

**Vorwort:**

Der Inhalt des Skriptes in der auf den Internetseiten des Kammergerichts veröffentlichten Fassung hat am 17. Juni 2005 die inhaltliche Billigung des Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamtes der Länder Berlin und Brandenburg gefunden. Die Darstellung zeigt jeweils einen mindestens vertretbaren Lösungsweg auf. Das GJPA wird die jeweils eingesetzten Examensprüfer auf die Existenz des Skriptes hinweisen und empfehlen, bei vergleichbaren Sachverhalten eine entsprechende Darstellung in der Klausur nicht zu beanstanden. Rechtsänderungen nach der Billigung sind in eigener Verantwortung zu beachten.

**Skript**  
**Referendarsausbildung**  
**Strafrecht**  
  
**Anwaltliche Sicht**

## Inhaltsübersicht

Übersicht Themengebiete der Arbeitsgemeinschaft	3
Akteneinsichtsrecht § 147 StPO	4
Anwesenheitsrechte des Verteidigers bei polizeilichen und anderen Ermittlungshandlungen	9
Eigene Ermittlungen des Verteidigers	14
Überprüfung und Vermeidung von Maßnahmen aus dem 1. Buch 8. Abschnitt der StPO	18
Verfahrenseinstellung im Ermittlungsverfahren	29
Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis	31
Vermeidung und Überprüfung der Untersuchungshaft	34
Das Zwischenverfahren §§ 199 – 211 StPO Das Zwischenverfahren §§ 199 – 211 StPO	51
Der Beweisantrag der Verteidigung/der Nebenklagevertretung	55
Der Sachverständigenbeweis – insbesondere die psychiatrische Begutachtung	66
Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen	71
Anwaltliche Einwirkungsmöglichkeiten auf Strafzumessungserwägungen	76
Strafbefehlsverfahren §§ 407 bis 412 StPO	85

## Übersicht Themengebiete der Arbeitsgemeinschaft

- a) Klausurtechnik
- b) Typische verfahrenrechtliche Probleme und anwaltliche Wirkungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, Zwischenverfahren und in der Hauptverhandlung sowie nach Abschluss einer Instanz
  - Akteneinsichtsrecht/Informationsgewinnung
  - Vermeidung und Überprüfung der Untersuchungshaft (Haftprüfung und Haftbeschwerde)
  - Anwesenheitsrechte bei polizeilichen und anderen Ermittlungshandlungen
  - Überprüfung und Vermeidung von Maßnahmen aus dem 1. Buch 8 Abschnitt der StPO
  - Beweisanregungen und Beweisanträge, Geltendmachung von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten
  - Eigene Ermittlungen der Verteidigerin/des Verteidigers
  - Einwirkungsmöglichkeiten im Zwischenverfahren
  - Vorbereitung der Hauptverhandlung (Selbstladung von Zeugen und Sachverständigen, Vorbereitung einer Besetzungsrüge)
  - Sachverständigenbeweis: Überprüfung der Gutachten und Ablehnung des Sachverständigen
  - Ablehnung von Verfahrensbeteiligten
  - Nebenklage, Adhäsionsverfahren, Täter-Opfer-Ausgleich
  - Erklärungsrechte und- möglichkeiten während der drei Verfahrensabschnitte
  - Strafbefehlsverfahren und anwaltliche Nutzung dieses Verfahrens zur Vermeidung einer Hauptverhandlung
  - Anwaltliche Einwirkungsmöglichkeiten auf Strafzumessungserwägungen
  - Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

## **Akteneinsichtsrecht § 147 StPO (Humke)**

Die erfolgreiche Verteidigung setzt umfassende Akteneinsicht voraus.

Grundsätzlich gilt:

Keine Einlassung des Beschuldigten oder Stellungnahme zum Tatvorwurf vor Akteneinsicht.

Eine vom Verteidiger abgegebene Stellungnahme oder vom Verteidiger veranlasste Einlassung des Beschuldigten vor Akteneinsicht ist grob fehlerhaft und stellt einen Verteidigungsfehler dar.

Von diesem Grundsatz gibt es nur selten Ausnahmen:

z. B., wenn der Beschuldigte ein Alibi hat oder sich auf Notwehr berufen kann und sich dies leicht beweisen lässt. Selbst in den Fällen, in denen der Beschuldigte ein Geständnis ablegen möchte, ist davor zu warnen, dies ohne Akteneinsicht geschehen zu lassen. Auch wenn der Beschuldigte gegenüber den Ermittlungsbehörden bereits Angaben gemacht hat, muß durch die Akteneinsicht geprüft werden, ob diese überhaupt verwertbar sind (§ 136 a StPO).

## **Schriftsatzmuster für den Meldeschriftsatz des Verteidigers gegenüber der Polizei.**

Den Polizeipräsidenten in Berlin

Geschäftszeichen: XXX

Meine Mandantin: Susi Strolch

Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Vorlage einer auf mich lautenden Vollmacht zeige ich an, daß ich Frau Susi Strolch, Mauerweg 7, 13589 Berlin, verteidige. Ich habe meiner Mandantin empfohlen, zu der polizeilichen Vernehmung am 06.12.2004 nicht zu erscheinen. Eine spätere Stellungnahme bleibt vorbehalten.

Ich darf Sie bitten, mich von einer Abgabe des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft kurz telefonisch zu informieren.

Gegenüber der Staatsanwaltschaft beantrage ich bereits jetzt

### **Akteneinsicht.**

Ich bitte um kurze telefonische Benachrichtigung, wann die Akte auf der Geschäftsstelle abgeholt werden kann.

Rechtsanwalt

## **Schriftsatzmuster bei Akteneinsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft**

Staatsanwaltschaft Berlin

10548 Berlin

**In dem Ermittlungsverfahren**

**./.** Susi Strolch

**- 94 Js 333/04 -**

wird unter Hinweis auf die Vollmacht

### **Akteinsicht**

in die Verfahrensakten, sämtliche Beiakten, Beweismittelordner und sonstige Beweisstücke beantragt.

Sollten die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen und zurzeit wegen Gefährdung des Ermittlungszwecks gemäß § 147 Abs. 2 StPO Akteneinsicht nicht gewährt werden, wird beantragt,

unter Hinweis auf § 147 Abs. 3 StPO auf jeden Fall das Protokoll der Beschuldigtenvernehmung, die Protokolle über solche richterlichen Untersuchungshandlungen, bei denen ein Verteidiger anwesend war bzw. einem Verteidiger die Anwesenheit hätte gestattet werden müssen sowie Sachverständigengutachten zur Verfügung zu stellen.

Ich bitte auch kurze Mitteilung der Tatsachen, aus denen sich die Gefährdung des Ermittlungszwecks ergeben soll.

Sollte aufgrund dieses Antrags während des Ermittlungsverfahrens bis zum Vermerk über den Abschluß der Ermittlungen Akteneinsicht nicht gewährt werden, beantrage ich unter Hinweis auf die dem Beschuldigten nach § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO zustehenden Rechtsbehelfsmöglichkeiten und den verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör, mich vom Abschluß der Ermittlungen (§ 169 a StPO) zu unterrichten und dann ggf. gegen die Verweigerung der Akteneinsicht Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen.

Für den Fall, daß der Verletzte Akteneinsicht gem. § 406 e Abs. 1 StPO beantragt, bitte ich, mir vor Entscheidung über das Akteneinsichtsgesuch Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Stellungnahmerecht des Beschuldigten ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG und aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

Rechtsanwalt

### **Akteneinsicht, Anfertigung eines Aktenauszugs**

Der Verteidiger ist berechtigt, sich Auszüge oder Ablichtungen aus den Akten oder Abschriften von Akteilen zu fertigen. Dies gilt auch für das Überspielen von Tonauszeichnungen auf ein eigenes Tonband und für Bildaufnahmen.

Umstritten ist, ob ein Akteneinsichtsrecht auch für unter Geheimschutz stehende Akten gilt (BGHSt 18, 369; 27, 244 und Zieger StV 1995, 107).

## **Behandlung der Akten**

Der Verteidiger ist verpflichtet, die Akten sorgfältig zu verwahren und zu behandeln, § 19 Abs. 1 Satz 2 BerufsO.

- Keine Beschädigungen
- Kein Einsichtsrecht an Unbefugte
- Pünktliche Rückgabe
- Rückgabe mit Anschreiben oder Quittung

## **Beschränkung der Akteneinsicht**

Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers kann im Ermittlungsverfahren bis zu dem Zeitpunkt, in dem gemäß § 169 a StPO der Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt ist - spätestens jedoch nur bis zur Erhebung der Anklage – insgesamt oder in einzelne Teile versagt werden, wenn die Einsichtnahme den Untersuchungszweck gefährden kann. Davon macht die Staatsanwaltschaft häufig bei Wirtschaftsdelikten, Straftaten nach dem BtM -Gesetz oder bei Taten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität Gebrauch. In Rechtssprechung und Literatur ist nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Gefährdung angenommen werden kann. Die StA rühmt sich hier eines breiten Ermessensspielraums.

### **Gefährdung des Untersuchungszwecks bejaht:**

Wenn zu befürchten ist, daß bei Gewährung der Akteneinsicht die Sachaufklärung beeinträchtigt würde (Verdunkelungsgefahr)

Wenn konkrete Umstände vorliegen, die nach Art des Delikts, nach dem Umfang und der Eigenart der Ermittlungen eine Gefährdung nahe liegen.

Wenn bestimmte Untersuchungshandlungen vorbereitet werden, die nur durch ihren Überraschungseffekt erfolgreich sein können (Durchsuchung oder Beschlagnahme)

### **Gefährdung des Untersuchungszwecks verneint:**

Wenn die Staatsanwaltschaft beabsichtigt, den Beschuldigten mit neuen Ermittlungsergebnissen zu überraschen

- weil die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen ungestört führen können will,
- mit der Erwägung, der Beschuldigte mache seinem Schweigerecht Gebrauch
- mit der Besorgnis, der Verteidiger komme durch die Kenntnis von den Akten in einen Pflichtenwiderstreit

Der Verteidiger befindet sich in einer relativ schwachen Position, wenn ihm unter Hinweis auf § 147 Abs. 2 StPO Akteneinsicht nicht gewährt wird. Der Verteidiger hat nur geringe Möglichkeiten, die Ablehnung der Akteneinsicht rechtlich überprüfen zu lassen, § 147 Abs. 5 StPO

Es empfiehlt sich daher bei abgelehnter Akteneinsicht ein Gespräch mit der Staatsanwaltschaft zu führen.

Von besonderer Bedeutung ist das Akteneinsichtsrecht, wenn sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet. Häufig kann nur durch die beantragte Akteneinsicht dem dringenden Tatverdacht oder auch den Haftgründen entgegen getreten werden.

Nach der Rechtsprechung des EGMR (StV 1993, 283) hat der Verteidiger einen Anspruch auf Einsicht in alle Akten, die dem Haftrichter zum Zeitpunkt des Antrags auf Haftprüfung bzw. der Haftbeschwerde gegen den Haftbefehl vorliegen. Die den Haftbefehl bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen im Haftprüfungs- und Haftbeschwerdeverfahren können nur auf solche Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die dem Beschuldigten vorher bekannt waren und zu denen er sich äußern konnte.

**Leitsatz:** Die Möglichkeit, in Aktenstücke Einsicht zu nehmen, ist für die Verteidigung im Stadium der Haftprüfung von wesentlicher Bedeutung. Genaue Aktenkenntnis auf der Seite der Anklage und die mangelnde Möglichkeit der Verteidigung, die für die Aufrechterhaltung der U-Haft vorgebrachten Gründe in geeigneter Weise zu bekämpfen, bedeuten, daß die Waffengleichheit nicht gewährleistet wurde. Das Verfahren war in diesem Fall nicht wirklich kontradiktorisch (EGMR, StV 1993, 283).

### **Uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 Abs. 3 StPO**

Für entsprechende Schriftstücke besteht in jeder Lage des Verfahrens das uneingeschränkte Recht auf Akteneinsicht, so daß der Verteidiger Einsicht in diese Unterlagen immer verlangen kann.

Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten (Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht) auch Vermerke über Aussagen des Beschuldigten sowie eigene handschriftliche Äußerungen.

Uneingeschränkte Akteneinsicht besteht weiterhin in Niederschriften über richterliche Untersuchungshandlungen, bei denen dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet wurde oder hätte gestattet werden müssen

- Richterliche Augenscheinseinnahme
- Richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten
- Vernehmung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren
- Richterliche Vernehmungen von Zeugen im Ermittlungsverfahren
- Sachverständigengutachten, gleichgültig welchen Inhalts und aus welchem Verfahrensschnitt

## **Rechtsmittel bei Ablehnung der Akteneinsicht**

§ 147 Abs. 5 Satz 2 i.V.m § 161 a Abs. 3 Satz 2 – 4 StPO

Zuständig ist damit das Landgericht. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt eine gerichtliche Entscheidung nur in Betracht, wenn die Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Ermittlungen die Akteneinsicht verweigert. In den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft vor Abschluss der Ermittlungen die Akteneinsicht versagt, besteht kein ausdrücklicher Rechtsbehelf.

### **Möglichkeiten der Verteidigung:**

- Informeller Weg
- Dienstaufsichtsbeschwerde
- Gegenvorstellung
- Mitteilung an die Staatsanwaltschaft, daß der Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht so lange Gebrauch macht, wie keine Akteneinsicht gewährt werde. Wenn eine Einlassung des Beschuldigten nach erfolgter Akteneinsicht in Aussicht gestellt wird, ist die Staatsanwaltschaft zuweilen bereit, Akteneinsicht zu gewähren.

### **Antrag nach §§ 23 ff. EGGVG an Oberlandesgericht**

### **Schriftsatzmuster für Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Versagung von Akteneinsicht**

Kammergericht

Elßholzstr. 30 - 33

10781 Berlin

**In dem Ermittlungsverfahren**

**./. Susi Strolch**

**- 94 Js 333/04 -**

beantrage ich,

gerichtliche Entscheidung gemäß §§ 23 ff. EGGVG gegen den Bescheid der Staatsanwaltschaft vom 01.12.2004, wodurch mein Antrag auf Einsicht in die Akte des Verfahrens zum Aktenzeichen 94 Js 333/04 abgelehnt wurde.

Begründung:

.....

Rechtsanwalt

**Zur Vertiefung:** Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, Rdnr. 55 – 188.

## **Anwesenheitsrechte des Verteidigers bei polizeilichen und anderen Ermittlungshandlungen (Hensel, Humke)**

### **1. Polizeiliche Ermittlungshandlungen**

Die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten erfolgt gem. § 163 a Abs. 4 ZPO und steht meist im Zusammenhang mit dem ersten Zugriff der Polizei gem. § 163 StPO.

Nach herrschender Meinung hat der Strafverteidiger bei **polizeilichen Maßnahmen kein Anwesenheitsrecht**, insbesondere bei der Vernehmung seines Mandanten/des Beschuldigten aber auch nicht bei der Durchsuchung beim Beschuldigten/Mandanten, eines Dritten, bei der Gegenüberstellung, Leichenschau oder der Vernehmung von Mitbeschuldigten, Sachverständigen und von Zeugen. Hinsichtlich der Verweigerung dieses Anwesenheitsrechts beruft sich die herrschende Meinung auf das Fehlen von gesetzlichen Regelungen zum Anwesenheitsrecht und aus dem Umkehrschluss zu § 163 a Abs. 3 i.V.m. § 168 c StPO (richterliche Vernehmungen), da dort dem Verteidiger das Anwesenheitsrecht ausdrücklich gestattet ist.

Gleichwohl sollte in jedem Fall der Verteidiger beantragen, der polizeilichen Ermittlungsmaßnahme beizuwohnen. Hilfreich zur Gestattung der Anwesenheit des Verteidigers wäre die Hinweiserteilung, dass der Mandant nur in seiner Gegenwart Angaben machen werde. Wird die Anwesenheit nicht gestattet, sollte der Verteidiger seinen Mandanten in der Regel davon abraten, Angaben zu machen, da der in Vernehmungsfragen und -technik unerfahrene Beschuldigte/Mandant dem geschulten Polizeibeamten allein gegenüber steht.

Sobald der Beschuldigte während der polizeilichen Vernehmung den Kontakt zum Verteidiger verlangt, haben die Polizeibeamten dem Verteidiger den Kontakt zu gestatten, da sonst die Angaben des Beschuldigten unverwertbar sind. Dies gilt auch, wenn der Beschuldigte bereits gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt worden ist (siehe BGHSt 38, 372).

Wird der Kontakt zum Verteidiger verweigert, so hat dieser auf § 137 StPO hinzuweisen, wonach sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens, also auch bereits zu Beginn des Ermittlungsverfahrens/seiner Vernehmung, seines Verteidigers bedienen darf.

Wird der Verteidiger nicht vorgelassen, hat dieser schriftlich (**vorab per Telefax!!**) einen entsprechenden Antrag zu stellen, um den Vorgang aktenkundig zu machen. Sofern nicht die Möglichkeit besteht, sofort ein Gespräch mit dem Mandanten zu führen, empfiehlt sich folgende Vorgehensweise:

Den Polizeipräsidenten in Berlin

Mordkommission I

**vorab per Telefax-Nr.**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Frau Strolch ist heute Vormittag unter dem Verdacht des Totschlagvorwurfs festgenommen und auf Ihre Dienststelle verbracht worden. Sie hat ihre Mutter beauftragt, mich zu benachrichtigen und um Übernahme ihrer Verteidigung zu bitten. Mehrere Anläufe, mit meiner Mandantin fernmündlich Kontakt aufzunehmen oder etwas über den Verfahrensstand sowie ihren Verbleib in Erfahrung zu bringen, sind gescheitert. Mir ist es nicht gelungen, zu einem Mitarbeiter der Mordkommission persönlich oder telefonisch vorzudringen. Ich bin deshalb gegenwärtig außer Stande, die Rechte der Beschuldigten zu wahren.

Unter Berufung auf §§ 137, 148 StPO möchte ich Sie dringend bitten,

1. Mich unverzüglich unter der Telefonnummer ..... zurückzurufen.
2. Das anliegende Vollmachtsformular Frau Strolch unter Aushändigung meines Begleitschreibens vorzulegen, von ihr/ihm unterschreiben zu lassen, das Original zum Vorgang zu nehmen und eine Kopie per Fax (mit der Fax-Nr. ....) an mich zu übermitteln.
3. Zur Kenntnis zu nehmen und zu respektieren, dass Frau Strolch auf mein Anraten bis auf Weiteres zur Sache schweigen wird.
4. Die etwa gegenwärtig andauernde Vernehmung sofort abubrechen, jeden weiteren Vernehmungsversuch einstweilen zu unterlassen und Frau Strolch sogleich ein unüberwachtes Telefonat mit mir zu ermöglichen.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass die Verweigerung der Anwaltskonsultation ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen kann.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

N. N.

Nach Gestattung des Anwesenheitsrechtes durch den Verteidiger ist dieser berechtigt, Fragen zu stellen und Hinweise zu geben. Im Hinblick zur Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbotes sollte der Verteidiger nachfolgendes prüfen:

1. Vernehmung oder vernehmungähnliche Situation?

2. Hat der Vernehmungsbeamte den Beschuldigten darauf hingewiesen, das es ihm freistehe sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§§ 163 a Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO)?
3. Hat der vernehmende Polizeibeamte den Beschuldigten zwar auf seine Aussagefreiheit hingewiesen, dieser aber den Hinweis infolge einer geistig/seelischen Störung nicht verstanden?
4. Hat der Vernehmungsbeamte den Beschuldigten auf sein Recht hingewiesen einen Verteidiger beiziehen zu können?
5. Hat der Polizeibeamte dem Beschuldigten die gewünschte Verteidigerkonsultation ermöglicht?
6. Hat der Vernehmungsbeamte dem Beschuldigten geholfen, Kontakt zum Verteidiger herzustellen?
7. Wie ist der Beschuldigte, nachdem die Kontaktaufnahme zum Verteidiger gescheitert ist, belehrt worden, als die Vernehmung fortgesetzt wurde?
8. Ist der Beschuldigte vor der Vernehmung über seine Rechte aus den §§ 136 Abs. 1 Satz 3, 4 Abs. 2, 3 StPO belehrt worden?
9. Ist die Vernehmung nach Ablauf der Vorführungsfrist der §§ 115, 115 a, 128 Abs. 1 StPO durchgeführt worden?
10. Hat die Polizei heimlich eine Ton- oder Videoaufnahme von der Vernehmung angefertigt?
11. Sind die Vernehmungsvorschriften (§ 69 Nr. 45 Abs. 1 RiStBV) beachtet worden?
12. Ist ein jugendlicher Beschuldiger in Abwesenheit seiner Erziehungsberechtigten vernommen worden?

Das Protokoll einer polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten darf in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden, wobei die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten nur im Einverständnis mit dem anwaltlich vertretenen Angeklagten, dem Verteidiger und Staatsanwalt erfolgen, § 251 Abs. 1 Nr.1 StPO (weitere Ausnahmen in § 251 Abs. 1 Nr.2, 3 sowie Abs. 2 und Abs. 3 StPO; bitte lesen!).

## **2. Staatsanwaltliche Ermittlungshandlungen**

Bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten besteht ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers gem. §§ 163 Abs. 3 i.V.m. 168 c Abs. 1 StPO.

Bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten, Sachverständigen oder Zeugen besteht, wie bei der polizeilichen Maßnahme, kein Anwesenheitsrecht, sondern nur die Möglichkeit, der Gestattung der Anwesenheit (s.o.). Gleiches gilt für die Augenscheinseinnahme, der Gegenüberstellung sowie der Durchsuchung beim Beschuldigten oder einem Dritten. Hier wird ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers verneint.

### **3. Richterliche Ermittlungshandlung**

Bei richterlichen angeordneten Ermittlungshandlungen hat der Strafverteidiger im Gegensatz zu den polizeilichen sowie staatsanwaltschaftlichen Ermittlungshandlungen ein Anwesenheitsrecht. Insbesondere bei der Vernehmung des Beschuldigten gem. § 168 c Abs. 1 StPO aber auch bei der Vernehmung von Sachverständigen und Zeugen gem. § 168 c Abs. 2 StPO. Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Augenscheinseinnahme folgt aus § 168 d Abs. 1 StPO. Umstritten ist das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten. Ein Teil der Literatur argumentiert, dass bei der richterlichen Vernehmung und der Zulässigkeit der Verlesbarkeit der Protokolle gem. §§ 251, 254 StPO sich um einen vorweggenommenen Teil der Hauptverhandlung handele. Auch handele es sich um ein gesetzgeberisches Versehen, dass der Mitbeschuldigte in § 168 c Abs. 2 StPO nicht erwähnt sei. Gleichwohl hat der 4. Strafsenat des BGH sich gegen eine analoge Anwendung des § 168 c Abs. 2 StPO entschieden (BGHST 42, 391).

### **4. Anwesenheitsrecht bei Vornahme der körperlichen Untersuchung, § 81 a StPO ff**

Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei angeordneten ärztlichen Untersuchungen des Mandanten durch die Staatsanwaltschaft oder Gericht ist gesetzlich nicht geregelt. Die Anwesenheit - im Einverständnis mit dem Probanden - wird jedoch in der Regel von den untersuchenden Ärzten gestattet, soweit der Verteidiger die Anwesenheit erbittet und darauf hinweist, dass bei fehlender ärztlicher Verschwiegenheitsverpflichtung (z.B. beim Landesinstitut für gerichtliche und soziale Medizin) der Mandant nur in Anwesenheit des Verteidigers zu Tatumständen, o.ä. Angaben machen wird.

## Übersicht: Anwesenheitsrechte des Verteidigers im Ermittlungsverfahren

<b>Ermittlungsmaßnahme</b>	<b>Polizeiliche</b>	<b>Staatsanwaltschaftliche</b>	<b>Richterliche</b>
<b>Augenscheinseinnahme</b>	(-)	(-)	(+) § 168 d Abs. 1
<b>Durchsuchung beim Beschuldigten</b>	(-), da aber Beschuldiger Hausrecht hat, wird Anwesenheit in der Regel gestattet	siehe links	siehe links
<b>Durchsuchung bei einem Dritten</b>	(-), da aber Dritter Hausrecht hat, wird Anwesenheit in der Regel gestattet	siehe links	siehe links
<b>Gegenüberstellung</b>	(-)	(-)	(-)
<b>Haftprüfungstermin</b>			(+)
<b>Leichenschau</b>	(-)		
<b>Vernehmung des Beschuldigten</b>	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	(+) § 163a Abs. 3 i.V.m. § 168 c Abs. 1	(+) § 168c Abs. 1
<b>Vernehmung von Mitbeschuldigten</b>	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	str.
<b>Vernehmung von Sachverständigen</b>	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	(+) § 168c Abs. 2
<b>Vernehmung von Zeugen</b>	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	h.M. (-) Verteidiger kann zugelassen werden	(+) § 168c Abs. 2
<b>Vorführung des Beschuldigten</b>			(+)

## **Eigene Ermittlungen des Verteidigers (Röth)**

### **I. Basiswissen**

1. Der Verteidiger darf selbst ermitteln oder ermitteln lassen (absolute herrschende Meinung) im Rahmen des Gesetzes- und Standesrechts.
2. Es ist (leider) nicht häufig der Fall und man sollte vorsichtig damit umgehen.
3. Die Kosten hierfür werden in der Regel nicht vom Staat übernommen.

### **II. vertiefteres Wissen**

#### 1. Bereiche der eigenen Ermittlungstätigkeit

- Befragung des Beschuldigten
- Befragung anderer Beschuldigter
- Befragung von Zeugen
- Tatortbesichtigung (Anfertigung von Fotos, Skizzen etc)
- Einholung von Auskünften
- Beauftragung eines Privatdetektivs
- Beauftragung eines Sachverständigen
- Inserate

#### 2. Probleme

- wenn Dritte eingeschaltet werden, können Sie auch vom Gericht gehört werden und haben voraussichtlich kein Zeugnisverweigerungsrecht (laut hM ist der Privatdetektiv kein Berufshelfer gem. § 53 a StPO)
- Beweisanregungen im Ermittlungsverfahren an die StA, obwohl man nicht weiß, ob das Ergebnis be- oder entlastend sein wird
- bei Einschaltung eines Privatdetektivs sind dessen Erkenntnisse eventuell nicht verwertbar
- Kosten

#### 3. Vorschläge

- transparent Handeln (bei Zeugen: s. die Mustertexte, über Verweigerungsrechte belehren, am neutralen Ort mit einem weiteren Zeugen treffen, evtl. offizieller Tonbandmitschnitt, die Regeln für eine Befragung beachten)
- den Anschein der Beeinflussung und diese selbst vermeiden (Grenze: die eigene Strafbarkeit)
- den Auftrag im Namen des Mandanten an Dritte klar umschreiben, auf legales Handeln für die Verwertbarkeit achten und auf die Verschwiegenheitspflicht schriftlich hinweisen.

- Kosten werden in der Regel nicht vom Staat erstattet (eventuell doch ob der Kosten eine Beweisanregung geben?). Ausnahmen sind (s. Burhoff zur Rechtsprechung)

Drohender Beweisverlust (OLG Hamm NJW 1968, 1537)

Eigene Ermittlungen sind für die Abwehr des Anklagevorwurfes unbedingt notwendig (LG Wuppertal AGS 2001, 37/OLG Düsseldorf NStZ 1991,353/OLG Düsseldorf NStZ 1997, 511 und einige mehr)

Die eigenen Ermittlungen haben das Verfahren gefördert (OLG Frankfurt VRS 42, 430/LG München StV 1988, 350/LG München StV 2001, 633/KG NStZ 1999, 476)

### III. Fälle

1. BGH, Beschluss vom 08.08.1979 (2 Ars 231/79), in: AnwBl 1981, 115f
2. OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.11.1980 ((2) 3 Ws 800/80), in: StV 1981,28ff

Bei 1. ging es darum, dass das Kammergericht einen Verteidiger ausgeschlossen hatte, weil dieser mit einer Zeugin telefoniert hatte, um die Behauptung des Beschuldigten zu überprüfen, was das KG „höchst befremdlich fand“. Der BGH hob die Ausschließung auf.

Bei 2. ging es ebenfalls um eine rechtswidrige Ausschließung. Das OLG gestand dem Verteidiger ausdrücklich das Recht zu, die spätere Einlassung einem anderen Verteidiger zwecks Überprüfung mit dessen Mandanten zu geben.

### IV. Mustertexte

1. Kontaktaufnahme mit einem Zeugen

„Sehr geehrter Herr M.,

in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bin ich Verteidiger des Herrn H. Muster.

In dieser Sache sollen Sie - nach Auskunft meines Mandanten - sachdienliche Angaben machen können. Aus diesem Grund würde ich Sie gern als Zeugen befragen. Dazu bin ich als Verteidiger berechtigt. Als Termin für unser Gespräch schlage ich Ihnen . . . in meiner Kanzlei vor. Ich werde Sie dann auch im Einzelnen über Ihre Rechte und Pflichten als Zeuge belehren.

Sollten Sie verhindert sein, setzen Sie sich bitte mit meinem Büro in Verbindung und vereinbaren einen anderen Termin.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt"

## 2. Protokollerklärung des befragten Zeugen

„In dem

Ermittlungsverfahren

gegen H. Muster

Az: . . .

hat mich Rechtsanwalt A. als Verteidiger des Beschuldigten H. Muster über meine Rechte und Pflichten als Zeuge belehrt und mich mit dem Gegenstand der Untersuchung vertraut gemacht. Ich bin bereit, wahrheitsgemäße und vollständige Angaben über meine Wahrnehmungen zu machen, die ich auch jederzeit vor Gericht wiederholen und beedigen kann. Mir ist für meine Angaben von niemandem etwas versprochen worden. Ich bin damit einverstanden, dass über meine Aussage ein schriftliches Protokoll/Tonbandprotokoll angefertigt wird.

Mir ist bekannt, dass Rechtsanwalt A. berechtigt ist, eigene Ermittlungen anzustellen und Zeugen zu befragen. Ich bin auch darüber belehrt, dass ich bei einer Zeugenvernehmung durch Gericht oder Staatsanwaltschaft die Tatsache, dass ich bereits vom Verteidiger befragt worden bin, unbefangen bestätigen kann.

Zur Person: . . .

Zur Sache: . . .

Die obige Niederschrift ist in meiner Gegenwart diktiert worden. Die von mir gemachten Angaben sind zutreffend wiedergegeben.

Musterstadt, den . . .

. . .

(Unterschrift)

oder, wenn die **Niederschrift** dem **Zeugen** zugesandt wurde:

Mir wurde diese Niederschrift zugesandt. Ich habe sie nochmals sorgfältig gelesen. Meine Angaben sind zutreffend wiedergegeben.

Musterstadt, den . . .

. . .

(Unterschrift)“

## V. Literatur

1. Wehrauch, Matthias: Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Rz. 92ff
2. Dahs, Hans: Handbuch des Strafverteidigers, Rz. 285 ff
3. Burhoff, Detlev: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, Stichwort: Eigene Ermittlungen des Verteidigers
4. Jungfer, Gerhard: Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers, in: StV 1981, 100ff
5. König, Stefan: Wege und Grenzen eigener Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers, in: StraFo 1996, 98 ff
6. Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, Abschnitt über das Ermittlungsverfahren, Unterkapitel Eigene Ermittlungen

## **Überprüfung und Vermeidung von Maßnahmen aus dem 1. Buch 8. Abschnitt der StPO (Schneider)**

In den allermeisten Fällen erfahren Mandant und Verteidigung erst nach Abschluß der Maßnahme davon. Daher kommt es für die Verteidigung vor allem darauf an, ob die Rechtmäßigkeit nachträglich überprüft werden kann ( zB für Schadensersatzforderungen ) und ob sich aus der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme ein Beweisverwertungsverbot ergibt.

### **Telefonüberwachung §§ 100 a ff**

Eingriff in Art. 2 und 10 GG, daher abschließende Regelung; gilt nicht im Bußgeldverfahren § 46 III 1 OWiG

für Verteidigung wesentliche Frage: Verwertbarkeit der durch Tü gewonnenen Erkenntnisse, da idR erst im nachhinein informiert ( keine Anhörung § 33 IV )

Personenkreis: Tatverdächtige; Nichtverdächtige, wenn Nachrichtenmittler oder Tatverdächtiger deren Anschluß benutzt; Verteidiger als Tatverdächtiger: streitig

Voraussetzungen der Anordnung

- durch Richter oder StA bei Gefahr im Verzug ( muß binnen 3 Tagen richterlich Bestätigt werden ); nie Hilfsbeamte
- schriftliche Anordnung; muß Name, Anschrift des Betroffenen, Bezeichnung des Telefonanschlusses, Art, Umfang und Dauer der Maßnahme enthalten; Begründung nach § 34;
- Verdacht einer Katalogtat gem § 100a
- Verdacht muß durch bestimmte Tatsachen konkretisiert sein, aber noch kein hinreichender Tatverdacht erf.
- Subsidiarität: Anordnung der Tü nur bei Unentbehrlichkeit: sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert

Beweisverwertungsverbote:

- Fehler bei der Anordnung von Tü: grsl kein BVV; außer: willkürliche Anordnung, Katalogtat wurde rechtsfehlerhaft bejaht (str), Anordnung nur durch die Polizei, Subsidiaritätsgrundsatz mißachtet; unzulässigerweise Verteidigeranschluß abgehört; Überwachung Tel-Anschluß Verteidiger; str.: Mailbox
- Erkenntnisse nicht im Rahmen des Fernmeldeverkehrs gewonnen; grsl: BVV; z.B.: heimlich aufgenommenes Gespräch; Raumgespräch bei Nichtauflegen des Telefonhörers; Hörfalle ( str. )
- Änderung der rechtlichen Beurteilung der Katalogtat: grsl kein BVV

- Zufallserkenntnisse: § 100 b V
  - Erkenntnisse bzgl anderer Strafverfahren nur verwertbar, wenn Katalogtat; sonst allerdings mittelbar, d.h. für weitere Ermittlungen verwendbar
  - Rspr: auch Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Katalogtat; a.A.: allenfalls bei Tateinheit
  - gilt bei Strafverfolgung Dritter entsprechend
- Äußerung Dritter: ( gg die keine Tü angeordnet war ) verwertbar bei Katalogtat, da unvermeidbar

wenn BVV (+): unverwertbare Erkenntnisse können Grundlage für Ermittlungsverfahren sein, aber dürfen nicht vorgehalten werden; ob auch Grundlage für DuSu etc ist streitig: BGHSt 32,68ff: keine Fernwirkung, wenn die Möglichkeit besteht, daß andere Ermittlungen zum Täter geführt haben könnten; außer Tü nach G 10-Gesetz: Fernwirkung (+);

Rechtsmittel:

richterliche Anordnung: Beschwerde gem § 304, aber in der Praxis kaum möglich

nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit: streitig; wohl (+) bei nachwirkendem Rechtsschutzbedürfnis nach §§ 98, 33a, bei zB tiefgreifendem Grundrechtseingriff

Verwertung der Erkenntnisse:

- Ermittlungsverfahren: schriftlich wesentlicher Inhalt zu den Akten, wenn es auf Wortlaut ankommt: wörtliche Übertragung;
- Hauptverfahren: Einführung durch wörtliche Übertragung; Augenscheinsbeweis: Abspielen oder Urkundsbeweis: Verlesen

### **Rasterfahndung: §§ 98a ff**

- Maschinell-automatisierter Datenabgleich zwischen auf den Täter vermutlich zutreffenden Prüfungsmerkmalen ( Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, daher nur zul, wenn Ermittlung sonst wesentlich erschwert )
- zureichende tatsächliche Anhaltspunkte ( Anfangsverdacht genügt ) für erhebliche Straftat in bestimmten Gebieten
- Mitwirkungspflicht der privaten oder öffentlichen Stelle, die die benötigten Daten gespeichert hat
- Schriftliche Anordnung des Abgleichs und der Übermittlung der Daten durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch StA, nicht aber durch Hilfsbeamte, dann aber unverzügliche Beantragung richterlicher Bestätigung

- Nach Durchführung: nach § 98b III, IV Rückgabe der Daten bzw Löschung, wenn nicht mehr für Strafverfahren benötigt
- idR keine nachträgliche Kontrolle möglich, außer nachwirkendes Rechtsschutzbedürfnis
- Verwertbarkeit der Erkenntnisse: ähnlich TÜ
- BVV: (+) bei völliger Umgehung des § 98a; von vornherein keine Anhaltspunkte für Katalogtat; Mißachtung der Subsidiaritätsklausel; evtl. wenn gegen Beschlagnahmeverbot gem § 97 verstoßen wurde; (-)wenn richterliche Bestätigung nach § 98b I2 fehlt, weil Voraussetzungen nicht mehr gegeben oder MN erledigt

### **Einsatz technischer Mittel § 100 c**

§ 100c I Nr1a: Lichtbilder und Bildaufzeichnungen in der Öffentlichkeit: keine Katalogtat erforderlich; einfacher Tatverdacht; Subsidiaritätsklausel; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Einsatz in nicht allgemein zugänglichen Wohnungen nicht erlaubt;

§ 100c I Nr.1b: sonstige Mittel, z.B. Bewegungsmelder, Nachtsichtgeräte, Alarmkoffer etc: wie Nr.1a, aber Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich;

### § 100c I Nr.2

- Aufzeichnung und Abhören von nichtöffentlichen Gesprächen; Lichtbilder und Bildaufzeichnungen in der Öffentlichkeit
- nur nach § 100c INr3 Großer Lauschangriff in Wohnung;
- begründeter Verdacht bzgl. Katalogtat nach § 100 a S.1
- Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters muß auf andere Weise aussichtslos oder erheblich erschwert sein
- strenge Subsidiaritätsklausel ( § 100c II3 ); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Abhörverbote § 100d III: bei § 53 I; sämtliche zu gewinnende Erkenntnisse unterliegen BVV
- Verfahren gemäß § 100 d: grsl durch Richter, bei Gefahr im Verzug StA oder Hilfsbeamte; binnen drei Tagen richterliche Bestätigung erf.; Großer Lauschangriff darf nur durch Staatsschutzkammer des LG angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug durch Vorsitzenden
- 3-Monatsfrist/ Gr. Lauschangriff 4 Wochen
- Rechtsschutz: vgl TÜ; Gr Lauschangriff § 100 d VI: nachträglich überprüfbar
- Zufallsfunde: vgl. TÜ
- BVV: vgl TÜ; auch (+) wenn PKW weggenommen wurde, um AbhörMN durchzuführen, da Eingriff in Art.14 GG nicht gedeckt; allgemein nicht zugängliche Büroräume, da wie Wohnung

Zielpersonen § 100c II: gegen den Beschuldigten alle Maßnahmen;

andere Personen:

- Maßnahmen nach Nr. 1a, wenn Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täter auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert ist
- Maßnahmen nach Nr.1b,2, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird und daß die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre
- Maßnahmen nach Nr.3, wenn Tatsachen für die Annahme vorliegen, daß der Beschuldigte sich in diesen Räumen aufhält, die Maßnahmen in der Wohnung des Beschuldigten alleine nicht zur Erforschung des SV oder des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre;
- wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden

	Lichtbilder/ Bildaufzeichnungen Nr.1a	sonstige technische Mittel Nr. 1 b	Abhören außerhalb einer Wohnung Nr.2	Großer Lauschangriff Nr.3
welche Taten	jede Tat	jede Tat von erheblicher Bedeutung	Katalogtat § 100a S.1	Katalogtat § 100c I Nr.3 a-f
Tatverdacht	einfacher TV	Einfacher TV	einfacher, auf bestimmte Tatsachen gegründeter TV	einfacher, auf bestimmte tatsachen gegründeter TV
Einsatz in allgemein zugänglichen Wohnungen	nein	Nein	nein	Ja
Zielperson Beschuldigte	ja, wenn verhältnismäßig	ja, wenn verhältnismäßig	ja, wenn verhältnismäßig	ja, wenn verhältnismäßig
Zielperson andere Personen	ja, wenn andere MN erhebl. weniger Erfolg versprechend	ja, wenn andere MN aussichtslos o. wesentlich erschwert	ja, wenn andere MN aussichtslos o. wesentlich erschwert	ja, wenn andere MN aussichtslos o. wesentlich erschwert, aber ultima ratio
Zielperson Verteidiger	nein ( § 148 )	nein ( § 148 )	nein ( § 148 )	nein ( § 100d III )

ausdrückliches Verbot gg sonstige durch ZVR-Privilegierte	nein	Nein	nein	Ja
Anordnungskompetenz Polizei	ja	Ja	nein	Nein
Anordnungskompetenz StA/Hilfsb.	ja	Ja	ja, aber 3-Tages-Frist	Nein

### **Verdeckter Ermittler §§ 110 a ff**

schwieriger Ausgleich zwischen justizförmiger Aufklärung, fairem Verfahren, Verteidigungsrechten, Zeugenschutz und Polizeiinteressen

VE: Beamter des Polizeidienstes, der unter auf Dauer angelegten, veränderten Identität ermittelt

- Straftatenkatalog § 110a I1 wie Rasterfahndung; Verbrechensaufklärung bei Wiederholungsgefahr oder besonderer Bedeutung oder Aussichtslosigkeit anderer Ermittlungen
- tatsächliche Anhaltspunkte für Katalogtat erheblicher Bedeutung
- Subsidiaritätsklausel
- § 110 b Zustimmung StA (unverzüglich)/ Richter (drei Tage) vgl § 110b II
- Identität darf nach der Beendigung geheimgehalten werden § 110 b
- Befugnisse: darf mit Einverständnis des Berechtigten unter Verwendung seiner Legende fremde Wohnungen betreten; ( nicht heimlich, nicht als Gasmann o.ä.) im übrigen Befugnisse nach StPO und Polizeigesetzen ( nur offen); § 136a muß beachtet werden (sofern nicht gerade legendentypische Täuschung), aber nach h.M. keine Belehrungspflicht; darf keine Straftaten begehen, ggf gerechtfertigt oder entschuldbar
- BVV:
  - vgl TÜ
  - (-) bei unzulässigem Einsatz gewonnene andere Beweismittel; nur mündliche Zustimmung StA; str, bzgl Aussagen eines Beschuldigten ohne Belehrung; Hörfalle bei erheblicher Straftat;

- (+) richterliche Zustimmung fehlt und kann wegen Fristablauf nicht mehr eingeholt werden; Willkür; keine Verdacht einer Katalogtat; Erkenntnisse durch schwere Gesetzesverstöße ( Straftataen ) erlangt;

➤ Zufallsfunde: nur verwertbar wenn bzgl Katalogtat nach § 110a I

Hauptverhandlung: 3-Stufen-Modell:

1. VE wird in HV unter besonderen Schutzvorkehrungen vernommen
2. VE wird kommissarisch vernommen und das Protokoll verlesen ( beschränkte Aussagegenehmigung § 54 )
3. Identität wird gesperrt, nur Vernehmungsbeamter wird in HV vernommen

Möglichkeiten der Videoaufnahmen erhöht die Anforderung der Stufen.

Bei Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen: Beweiswürdigung nach Rspr. BVerfG; BGH besondere Anforderungen: muß durch wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden ( BGH NSTZ 2000,607 );

für Strafzumessung zu berücksichtigen: strafbare Handlung des VE; Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme; Art und Intensität der Tatprovokation; vorheriger Tatentschluß des Beschuldigten )

### **Durchsuchung §§ 102 ff**

Die DuSu dient dem Auffinden von Gegenständen, die der Beschlagnahme unterliegen, sowie der Ergreifung des Beschuldigten. Es können Räume und Personen durchsucht werden.

Rechtmäßigkeitscheckliste:

Rechtmäßigkeit der Anordnung:

- zuständiger Richter oder Gefahr in Verzug bei Anordnung durch die StA und Ermittlungspersonen( eng auszulegen BVerfG 2001,1121 )
- richtiger Verpflichteter gem §§ 102, 103; grsl der Inhaber der Räume
- DuSu nach § 102 (beim Verdächtigen): Vermutung, daß DuSu zur Ergreifung des Verdächtigen oder Auffinden von Beweismitteln führt; keine Ausforschungsuntersuchung ( Tatverdachtsstufe: tatsächliche Analtspunkte, daß Täterschaft oder Teilnahme möglich erscheint)

- DuSu nach § 103 I 1: bloße Vermutung genügt nicht, es müssen Tatsachen vorliegen, daß gesuchte Person oder Sache sich dort befindet
- Beweismittel müssen annäherungsweise benannt werden
- DuSu unzulässig, wenn die Gegenstände dem Beschlagnahmeverbot des § 97 unterfallen
- Verhältnismäßigkeit
- Bezeichnung der sog. DuSu-Gegenstände: Personen, Sachen (bewegliche Habe), Wohnungen und Räume
- Sonderproblem EDV-Anlagen vgl. Bär CR 1995,158ff, 227ff; Arzt-, Steuerberater-, Rechtsanwaltspraxen vgl Krekeler NJW 1977,1417ff, Bandisch NJW 1987, 2200ff

#### Rechtmäßigkeit der Art und Weise

- wiederholte DuSu: für neue DuSu ist neue Anordnung erf., Pausen müssen als solche benannt werden
- Zeitdauer zwischen Anordnung und Vollstreckung: nur dann unzulässig, wenn Änderung in Ermittlungslage, oder zu lange Zeitdauer; vgl BVerfG NJW 1997, 2165
- Richter, StA nicht anwesend: § 105 II Beziehung von Durchsuchungszeugen (wesentliche Förmlichkeit), Verzicht des Betroffenen vgl BGH NJW 1963,1461
- DuSu zur Nachtzeit: vgl § 104; eine vor 21.00 Uhr begonnene DuSu darf i.ü. fortgesetzt werden
- Zwangsmaßnahmen: grdsI erlaubt, aber evtl. Schadenersatz
- Erlaubnis Telefonat mit dem Verteidiger; Erlaubnis Anwesenheit des Verteidigers
- Mitnahme von Papieren, die noch durchgesehen werden müssen ( Anwesenheitsrechte bei der Durchsicht beachten )
- gezielte Suche nach Zufallsfunden

Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der DuSu: da Mandant Hausrecht hat, wird die Anwesenheit grsl erlaubt, aber Erscheinen des RA muß nicht abgewartet werden; sollte v.a. darauf hinwirken, daß Mandant möglichst wenig mit DuSubeamten spricht.

#### Beweisverwertungsverbote:

Rspr: Beschlagnahme und Verwertung grsl erlaubt, auch wenn der Gegenstand aufgrund fehlerhafter DuSu erlangt worden ist; bei gewichtigen Formverletzungen jedoch Interessensabwägung; z.B. willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug (BGH NStZ 1985, 262); planmäßige Suche nach Zufallsfunden (KG StV 1985,404)

Rechtsmittel:

BVerfG NJW 1997, 2163: Beschwerde kann nicht allein deswegen als unzulässig verworfen werden, weil MN bereits vollzogen, da gravierender Grundrechtseingriff

- richterliche DuSu-Anordnung: Beschwerde § 304; nach Vollzug § 98 II 2
- DuSu-Anordnungen StA: § 98 II 2 : Antrag auf gerichtliche Entscheidung

Antragsmuster :

An das

Amtsgericht Tiergarten

10548 Berlin

In dem Ermittlungsverfahren

./. M, Erika

AZ:.....

zeige ich mit anliegender Vollmacht an, daß mich Frau M mit der Vertretung ihrer Interessen beauftragt hat und beantrage

gerichtlich festzustellen, daß die Art und Weise der am 23.12.04 durchgeführten Durchsuchung rechtswidrig war.

Begründung:

Am 23.12.04 haben Polizeibeamte aufgrund eines Durchsuchungsbeschlusses des Amtsgerichts Tiergarten vom 22.12.04 die Wohnung meiner Mandantin durchsucht. Meine Mandantin hatte -nach meiner telefonischen Beratung, die ihr die Beamten gleich zu Beginn gestatteten, ausdrücklich darum gebeten, daß zur Durchsuchung Durchsuchungszeugen beigezogen werden. Dies wurde durch die Beamten mit der Begründung verwehrt, daß dafür keine Zeit sei und dies auch nicht üblich sei.

Ein Ausnahmefall, der den Verzicht auf die Zuziehung eines Durchsuchungszeugen rechtfertigen würde liegt nicht vor, so daß die Art und Weise der Durchsuchung rechtswidrig war.

Rechtsanwältin

### **Beschlagnahme §§ 94 ff**

Verteidigung kann idR nur nachträglich die Maßnahme überprüfen lassen

Beschlagnahme ist die förmliche Sicherstellung eines Gegenstandes durch Überführung in amtlichen Gewahrsam oder auf andere Weise, aber auch die Anordnung dieser Sicherstellung. Anordnung und Vollzug der Beschlagnahme können zusammenfallen.

Rechtmäßigkeitscheckliste:

1. Zuständigkeit des anordnenden Richters ( Ermittlungsrichter bzw. Tatrichter ), bzw lag Gefahr im Verzug ( BVerfG NJW 2001, 1121: unbeschränkte gerichtliche Kontrolle ) vor ( genügt nicht bei § 98 I S.2 )
2. Beschlagnahmeanordnung wegen 6-monatigem Fristablauf schon außer Kraft ( BVerfG NJW 1997, 2165 )
3. Feststellung in der Beschlagnahmeanordnung, daß der zu beschlagnahmende Gegenstand als Beweismittel in Betracht kommt ( sonst unzulässig BVerfG NStZ 1992,91)
4. zumindest potentielle Beweisbedeutung
5. Gewahrsam bei einer Person, die nicht freiwillig herausgibt
6. Beschlagnahmeverbote ( zB schriftliche Mitteilungen zw Beschuldigtem und diesem Personenkreis gem §§ 52, 53, 53a, aber (-) bei Verdacht der Teilnahme oder Deliktsgegenständen)
7. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: mögliche mildere Mittel: Auskunftsverlangen, Fotokopien; besondere Probleme: Beschlagnahme in Großbank (BVerfG NJW 1995, 2839), Pressebereich (AG Weinheim NStZ 1996, 203f); Arzt-Patienten-Vertrauensverhältnis ( BVerfG NJW 2000, 3557 ); Tagebuchartige Aufzeichnungen ( OLG Schleswig StV 2000, 11 ); Beschlagnahme Handakten des Verteidigers;
8. Arzt-, Steuerberater- und Arztpraxen: besondere Rechtsproblem, je nachdem, ob sich das Ermittlungsverfahren gegen den Praxisinhaber oder Mandanten/Patienten richtet. ( Krekeler NJW 77, 1417ff)

Rechtsmittel: vgl. DuSu; tiefgreifender Grundrechtseingriff durch Beschlagnahme: evtl bei mehrmonatiger Entziehung

#### Anordnung durch Polizei oder StA

Stand des Verfahrens	Ziel	Rechtsbehelf
B. dauert noch an	Aufhebung der B.	Antrag auf gerichtl. Entscheidung nach § 98 II 2
B. dauert noch an	Beanstandung der Art und Weise	Antr. auf gerichtl. E. § 98 II 2 oder Dienstaufsichtsbeschwerde
B. ist beendet	Aufhebung der Maßnahme bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit	Antr. auf gerichtl. E. § 98 II 2, wenn wegen der erheblichen Folgen o Wiederholungsgef. auch nachträglich Rechtsschutzbedürfnis besteht
B. ist beendet	Beanstandung der Art und Weise	Antr. auf gerichtl. E. § 98 II 2 berechtigtes Interesse an Feststellung erf.

#### Anordnung durch den Richter

Stand des Verfahrens	Ziel	Rechtsbehelf/Rechtsmittel
B. dauert noch an	Aufhebung der B.	Beschwerde gem. § 304
B. dauert noch an	Beanstandung v Art und Weise	Antr auf gerichtl E gem § 98 II 2 analog, dagegen Beschwerde gem § 304
B. ist beendet	Aufhebung der Anordnung bzw Feststellung der Rechtswidrigkeit	bei tiefgreifendem Grundrechtseingriff: Beschwerde
B. ist beendet	Beanstandung v Art und Weise	Antr. gem. § 98 II 2

#### Beweisverwertungsverbote:

- Verstoß gg § 98 nach h.M.: (-), aber zu diskutieren bei bewußter Bejahung von Gefahr im Verzug, bewußter Nichtbelehrung, um Überprüfung zu vermeiden
- fehlerhafter Durchsuchungsbeschuß: berührt die Wirksamkeit der B.grsl. nicht, außer bei besonders schweren Verstößen
- Verstoß gg Beschlagnahmeverbot: grsl (+)

Problemfälle bei verfassungskonformer Auslegung von § 97: Tagebücher (BVerfG NJW 1990,563;  
BGH NJW 1994, 1970)

## **Verfahrenseinstellung im Ermittlungsverfahren (Humke)**

Oberstes Ziel der Verteidigung im Ermittlungsverfahren muß es sein, eine Verfahrenseinstellung zu erreichen.

1. Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO, wenn kein hinreichender Tatverdacht besteht.
2. Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO
  - Vergehen
  - geringe Schuld
  - kein öffentliches Interesse an der Verfolgung
3. Einstellung des Verfahrens nach § 153 a StPO
  - Vergehen
  - Auflagen u. Weisungen geeignet, öffentliches Interesse an Strafverfolgung zu beseitigen
  - die Schwere der Schuld stellt Verfahrenseinstellung nicht entgegen

## **Checkliste für Verfahrenseinstellungen gem. § 153, 153 a StPO**

### **geringe Schuld**

Die Schuld ist gering, wenn sie bei Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt, wenn die Schuld des Beschuldigten deutlich geringer ist, als in vergleichbaren Fällen.

- Motive und Gesinnung des Beschuldigten (geringe Schuld, wenn diese nicht verwerflich, sondern verständlich sind, etwa weil er aus Not gehandelt hat, zur Tat provoziert oder verführt wurde)
- Kriminelle Intensität (geringe Schuld, wenn diese nur unerheblich ist)
- Bezug zur Person des Beschuldigten (geringe Schuld, wenn die Tat persönlichkeitsfremd ist, es sich um ein einmaliges Versagen handelt, der Beschuldigte überhaupt nicht oder zumindest nicht einschlägig vorbestraft ist)
- Verschuldete Folgen der Tat (nicht aber die Höhe des eingetretenen Schadens)
- Mitverschulden eines anderen Beteiligten
- Schadenswiedergutmachung (geringe Schuld, wenn der Beschuldigte den Schaden wieder gutgemacht hat oder sich zumindest ernsthaft darum bemüht hat)
- Zu erwartende Strafe im Falle einer Verurteilung (geringe Schuld auch möglich bei Vergehen, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht sind)
- Eigene Verletzung des Beschuldigten
- Eigener materieller Schaden des Beschuldigten
- Nachteilige wirtschaftliche Folgen einer Bestrafung für den Beschuldigten (Verlust der Arbeitsstelle, Zuweisung einer niedrigen bezahlten Beschäftigung)

- Drohende disziplinarrechtliche oder standesrechtliche Maßnahmen
- Psychische Belastung des Ermittlungsverfahrens
- Finanzielle Belastung durch das Ermittlungsverfahren

### **Öffentliches Interesse**

Neben der Geringfügigkeit der (hypothetischen) Schuld ist Einstellungsvoraussetzung das Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung. Eine Definition dieses Begriffes existiert nicht. Anlehnung an Nr. 86 Abs. 2 RiStBV.

- Vorbelastung des Beschuldigten (insbesondere einschlägige Vorstrafen oder Verfahrenseinstellungen gemäß § 153 a StPO führen zumeist zur Bejahung des öffentlichen Interesses)
- Gesellschaftsfeindliche Gesinnung oder bewusste Missachtung der staatlichen Autorität (begründen in der Praxis häufig das öffentliche Interesse)
- Stellung des Beschuldigten im öffentlichen Leben (soll ebenfalls zu einer Bejahung des öffentlichen Interesses herhalten; die Zugehörigkeit des Beschuldigten zur Mittel- oder Oberschicht erleichtert in der Praxis aber nicht selten die Verfahrenseinstellung)
- Wiederholungsgefahr (ist mit gleichen Taten des Beschuldigten zu rechnen, wird das öffentliche Interesse bejaht)
- Folgen der Tat (außergewöhnliche Tatfolgen können zu einer Bejahung des öffentlichen Interesses führen, auch wenn sie in ihrer konkreten Gestaltung für den Beschuldigten nicht voraussehbar waren)
- Beunruhigung der Gesellschaft (bei Delikten, die häufig vorkommen, dadurch die Gesellschaft beunruhigen und die Gefahr in sich bergen, daß sich Ungesetzlichkeiten im Sozialleben einbürgern, ist das öffentliche Interesse zu bejahen)
- Besonderes Interesse der Öffentlichkeit an der Tat
- Interesse der Öffentlichkeit an der Klärung bestimmter Rechtsfragen (ob das zu einer Bejahung des öffentlichen Interesses führen kann, ist umstritten; der Verteidiger sollte sich unter Hinweis darauf, daß es in erster Linie um den konkreten Fall und den konkreten Fall und den konkreten Beschuldigten geht, dagegen aussprechen)
- Verfahrensdauer (eine unangemessene/schwerwiegende Verfahrensverzögerung kann die Verneinung des öffentlichen Interesses begründen)

### **Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (Humke)**

Grundlage der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis ist § 111 a Abs. 1 Satz 1 StPO. Danach kann die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen werden, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß die Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB entzogen wird. „Dringende Gründe“ entsprechen dem Begriff des „dringenden Tatverdachts“ im Sinne des § 112 StPO.

Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis wird durch richterlichen Beschluss angeordnet.

Bei „Gefahr im Verzug“ kann der Führerschein auch von der Polizei gemäß §§ 98 Abs. 1 Satz 1, 94 Abs. 3 StPO beschlagnahmt werden, was in der Praxis insbesondere bei Trunkenheitsfahrten in Betracht kommt. „Gefahr im Verzug“ bedeutet hier, daß zu besorgen ist, der Kraftfahrer werde ohne die Abnahme des Führerscheins weitere Trunkenheitsfahrten unternehmen oder sonst Verkehrsvorschriften in schwerwiegender Weise verletzen.

Die Taktik des Verteidigers richtet sich danach, in welchem Stadium des Verfahrens er eingeschaltet wird. Ist die Fahrerlaubnis noch nicht vorläufig entzogen, kann er es ggf. noch verhindern. Ist die Fahrerlaubnis hingegen bereits von der Polizei sichergestellt und/oder die vorläufige Entziehung möglicherweise schon richterlich angeordnet, wird der Verteidiger sich überlegen müssen, ob und mit welchen Rechtsmitteln er vorgehen will.

In den Fällen, in denen die Fahrerlaubnis noch nicht vorläufig entzogen ist, erfährt der Verteidiger zumeist von einer beabsichtigten Maßnahme dadurch, daß der Mandant gehört wird. In diesem Fall ist zu prüfen, ob überhaupt eine Katalogtat im Sinne von § 69 Abs. 2 StGB vorliegt.

- Straßenverkehrsdelikte, §§ 315 c, 316 StGB.
- Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142 StGB, wenn der Täter weiß oder wissen kann, daß bei dem Unfall ein Mensch getötet oder nicht unerheblich verletzt worden oder an fremden Sachen bedeutender Schaden entstanden ist.
- Vollrausch, § 323 a StGB, wenn die Rauschtat eine der vorgenannten Taten ist.

Da die Polizei in der Regel keine Akteneinsichten gewährt, sollte der Verteidiger sich bemühen, durch ein informelles Gespräch mit dem ermittelnden Polizeibeamten den Hintergrund der dem Mandanten angelasteten Tat in Erfahrung bringen. Insbesondere teilt die Polizei dem Verteidiger i. d. R. das Ergebnis der Blutprobe mit.

Der Verteidiger hat nun folgende Fragen zu prüfen:

- Steht der Mandant als Fahrer fest?  
Wenn nicht, muß der Verteidiger gemeinsam mit dem Mandanten überlegen, ob diesem die Fahreigenschaft nachgewiesen werden kann.

- Sind die vorliegenden Beweismittel verwertbar?  
Hier ist zu prüfen, ob die Angaben des Mandanten gegenüber der Polizei u. U. einem Beweisverwertungsverbot unterliegen; so z. B. bei nur informellen Gesprächen mit den Polizeibeamten.
- Ist dem Mandanten eine Blutprobe entnommen worden? Ist diese Blutprobe verwertbar?

Gegen die Beschlagnahme des Führerscheins ist der Antrag auf richterliche Entscheidung gemäß §§ 98 II S. 2, 111 a StPO zulässig (§ 111 a Abs. II, III, IV StPO). Auf Antrag des Beschuldigten nach § 98 II 2 StPO entscheidet das zuständige Gericht nicht über die Zulässigkeit der Beschlagnahme, sondern ordnet die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis an oder lehnt sie ab.

Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde gegeben. Hier muß der Verteidiger sorgfältig prüfen, ob er von diesen Rechtsbehelfen Gebrauch macht, denn sie bergen Risiken für den Mandanten in sich. Zunächst führen sie oft zu einer beträchtlichen Verzögerung des Verfahrens. Das kann für den Mandanten den wirtschaftlichen Ruin bedeuten. Mit dem Beschwerdeverfahren wird jedoch riskiert, daß mehrere Monate die Entscheidung auf sich warten lässt. Darüber hinaus besteht die Gefahr der „Zementierung“. Hat der Verteidiger nämlich Beschwerde eingelegt und war diese erfolglos, ist die dem Mandanten nachteilige Auffassung nunmehr durch zwei richterliche Entscheidungen als richtig bestätigt worden. Das erkennende Gericht hat damit durch das Beschwerdegericht Rückendeckung erhalten.

### **Schriftsatzmuster Stellungnahme zu einem Antrag auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis**

Amtsgericht Tiergarten

10548 Berlin

**In dem Ermittlungsverfahren**

**./.** Susi Strolch

**- 94 Js 5123/04 -**

wird beantragt,

den Antrag auf vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis zurückzuweisen.

Meiner Mandantin wird vorgeworfen, am 01.12.2004 in Berlin einen Verkehrsunfall verursacht und sich anschließend unerlaubt vom Unfallort entfernt zu haben.

Die Voraussetzungen für eine vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 111 a Abs. 1 Satz 1 StPO liegen nicht vor. Danach wird die Fahrerlaubnis nämlich nur dann vorläufig entzogen,

wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß die Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB entzogen wird. Das ist hier jedoch aus verschiedenen Gründen nicht der Fall.

Die dringenden Gründe im Sinne des § 111 a Abs. 1 StPO erfordern denselben Grad der Wahrscheinlichkeit der späteren Entziehung der Fahrerlaubnis wie der dringende Tatverdacht im Sinne des § 112 StPO. Dringender Tatverdacht ist jedoch nicht gegeben. In der Anlage überreiche ich eine Bescheinigung des Arbeitgebers meiner Mandantin vom 10.12.2004, aus der sich ergibt, daß meine Mandantin am 01.12.2004 ganztätig an einem in der Firma stattfindenden Seminar teilgenommen und dieses auch nicht zeitweise verlassen hat. Damit scheidet meine Mandantin als Fahrerin des Pkws zum Unfallzeitpunkt und damit als Täterin eines Vergehens nach § 142 StGB aus.

Gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB kommt bei einem Verstoß gegen § 142 StGB die Entziehung der Fahrerlaubnis nur dann in Betracht, wenn an fremden Sachen bedeutender Schaden entstanden ist. Die Grenze dafür bei mindestens 1.000,00 €. Bei dem meiner Mandantin zu Last gelegten Verkehrsunfall ist jedoch, wie der in Kopie anliegende Kostenvoranschlag der Firma Müller vom 10.12.2004 beweist, an dem Pkw des Unfallgegners lediglich ein Schaden von 500,00 € entstanden, so daß eine Entziehung der Fahrerlaubnis ausscheidet.

Rechtsanwalt

**Zur Vertiefung:** Burhoff, Ermittlungsverfahren, Rdnr. 2014 – 2031

## **Vermeidung und Überprüfung der Untersuchungshaft (Fuchs)**

### **1. Das Haftmandat**

Die Verteidigung von Mandanten die in Untersuchungshaft einsitzen, macht in der Regel besondere Schwierigkeiten. Bereits die Kontaktaufnahme und der Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten sind zeitintensiv. Die Haft wirkt sich auf die psychologische Verfassung des Mandanten aus. Der Verteidiger ist auch gefordert, sich ggf. um die Haftbedingungen des Mandanten zu kümmern. Zusätzlich zu den allgemeinen Aktivitäten der Verteidigung wird er aufgrund der Haftsituation besondere Tätigkeiten zu entfalten haben, mit denen er die Rechtmäßigkeit der Haft überprüfen lässt.

### **2. Kontaktaufnahme**

Bereits die Kontaktaufnahme des Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten kann sich in der Praxis aus Rechtsgründen schwierig gestalten. Zu differenzieren ist dabei, ob es um die Kontaktaufnahme zum Mandanten bei einem bereits bestehenden Mandatsverhältnis geht oder ob das Mandatsverhältnis erst noch begründet werden soll.

Grundlage für die Kontaktaufnahme des Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten bei bereits bestehendem Mandate ist § 148 Abs. 1 StPO. Danach ist dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet, der grundsätzlich ungehindert sein muss. Der Verteidiger hat dabei ein eigenes Recht auf ungehinderten Verkehr (BGHSt 33, 347) mit seinem Mandanten. Gleichwohl verlangt Nr. 36 Abs. 2 der Untersuchungshaftvollzugsordnung (UVollzO) als Nachweis des Mandatsverhältnisses die Vollmacht des Gefangenen oder die Bestellungsanordnung des Gerichtes.

Soll das Mandatsverhältnis erst noch begründet werden, muss sich der Verteidiger bei einem in Untersuchungshaft befindenden Mandanten um einen Anbahnungssprechschein nach Nr. 36 Abs. 3 UVollzO bemühen, mit dem er dann seinen zukünftigen Mandanten besucht und ein Mandantenanbahnungsgespräch führen kann.

Ist der Beschuldigte nur vorläufig festgenommen, kommt es zur ersten Kontaktaufnahme mit dem Verteidiger häufig durch einen Telefonanruf. Der Verteidiger muss dem Mandanten dann eindeutig und klar darüber informieren, ob er bereit ist das Mandat zu übernehmen. Für einen solchen Fall muss er sich dann zu seinem neuen Mandanten begeben um mit ihm vor Ort in einem unüberwachten Gespräch die Situation in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu erörtern. Darüber hinaus wird sich der Verteidiger in diesem Falle sogleich vorsorglich Vollmachtsformulare unterzeichnen lassen um den weiteren Kontakt zu gewährleisten. Eine durch den Verteidiger veranlasste Einlassung des Beschuldigten ohne Kenntnis des Akteninhalts ist auch in dieser für den Mandanten besonders belastenden Situation in aller Regel grob fehlerhaft.

Wird dem Verteidiger der vom Beschuldigten erwünschte Kontakt verweigert, liegt ein Verstoß gegen § 137 Abs. 1 S. 1 StPO vor. Der verweigerter Kontakt kann bei Angaben des Beschuldigten in Abwesenheit des Verteidigers zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

### **3. Vermeidung von U- Haft**

Die Haftfrage kann auch erst nachdem der Verteidiger das Mandat übernommen hat, im Laufe des Ermittlungsverfahrens entstehen, etwa weil sich mit zunehmender Ermittlungstätigkeit eine Verdachtsschwere entwickelt, die den Erlass eines Haftbefehles erwarten lässt. Der Verteidiger ist gehalten, auch diesen Aspekt in seine erste Beratung mit dem Mandanten einzubeziehen, damit geklärt werden kann, ob nicht ein Beitrag gegenüber der Staatsanwaltschaft und den Ermittlungsbehörden geleistet werden kann, der sich später dazu eignet, die Voraussetzung einer Flucht- oder Verdunklungsgefahr zu verneinen oder die Außervollzugsetzung eines späteren Haftbefehles zu rechtfertigen. Der Beschuldigte, der selbst oder über seinen Verteidiger, den Ermittlungsbehörden bekannt macht, dass ihm die Schwere des Vorwurfes (und damit räumt er noch keine Tat ein) bekannt ist und dass er sich dem Vorwurf stellen wird, wird er es leichter haben, die gesetzlichen Voraussetzungen der Fluchtgefahr zu erschüttern. Erst recht, wenn er in einem frühen Verfahrensabschnitt den Fortgang des Verfahrens durch Vorlage von Dokumenten und Beweisen fördert. Der Verteidiger kann diese in einem begleitenden Schriftsatz kommentieren und der Staatsanwaltschaft mitteilen, dass der Beschuldigte persönlich für Fragen zur Verfügung steht. Eine solche psychologische Situation wird es dem Staatsanwalt erschweren, den Erlass eines Haftbefehls zu beantragen. Sollte der Staatsanwalt durch sachliche Argumente, durch schriftliche Erklärung oder durch eine persönliche Vernehmung des Beschuldigten von seinem Vorhaben nicht abzubringen sein, so kann der Verteidiger noch auf die Möglichkeit zurückgreifen, eine Absprache über die Außervollzugsetzung des Haftbefehls zu treffen, die der Staatsanwalt dann dem Richter mitteilt. Entsprechend dem Auflagenkatalog nach § 116 Abs.1 StPO kann dabei eine Meldeauflage, die Hinterlegung der Ausweispapiere, das Verbot eine bestimmte Stadt, einen bestimmten Landkreis oder ein bestimmtes Bundesland zu verlassen oder zu betreten, Kontaktverbote mit bestimmten Personen, oder die Hinterlegung einer Sicherheit durch Bargeld verabredet werden.

### **4. Der Verhaftungsablauf**

#### **a) vorläufige Festnahme**

In der Praxis erfolgt in der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle, in denen später ein Haftbefehl erlassen und der Beschuldigte in U-Haft genommen wird, zuvor die vorläufige Festnahme des Beschuldigten nach § 127 StPO. Nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO kann der

"auf frischer Tat" Betroffene vorläufig festgenommen werden, wenn er "der Flucht verdächtig" ist. Fluchtverdacht ist nach herrschender Meinung nicht identisch mit Fluchtgefahr im Sinne des § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO und soll dann gegeben sein, wenn nach den konkreten Umständen unter Berücksichtigung der Erfahrung der Verdacht besteht, der Täter werde sich durch Flucht der Verantwortung entziehen, wenn er nicht festgenommen werde. Darüber hinaus sind nach § 127 Abs. 2 StPO Polizei und Staatsanwaltschaft bei "Gefahr im Verzug" zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorliegen. "Gefahr im Verzug" bedeutet in diesem Zusammenhang, dass nach pflichtgemäßen Ermessen der Polizei die Zeit nicht ausreicht, über die Staatsanwaltschaft beim zuständigen Haftrichter oder bei diesem direkt gem. § 125 Abs. 1 StPO einen Haftbefehl zu erlangen, so dass die Festnahme des Verdächtigen durch den zu erwartenden Zeitverlust gefährdet erscheint. Für das Verfahren nach vorläufiger Festnahme des Beschuldigten ist die sog. Vorführungsfrist des § 128 Abs. 1 S. 1 StPO von besonderer Bedeutung. Danach ist der Beschuldigte, sofern er nach der vorläufigen Festnahme nicht wieder freigelassen wird, unverzüglich, spätestens am Tag nach der Festnahme dem zuständigen Richter beim Amtsgericht, in dessen Bezirk er festgenommen worden ist, vorzuführen. Ist das nicht möglich, ist der Beschuldigte freizulassen.

Eine etwaige Fristüberschreitung macht nach herrschender Meinung den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls aber nicht unzulässig (Meyer-Goßner StPO 47 Aufl. § 115 Rn-Nr. 5).

b) Vorführung des Beschuldigten

Zur Vorführung des Beschuldigten kann es nach seiner vorläufigen Festnahme kommen, wenn gegen ihn aufgrund eines Antrags der Staatsanwaltschaft Haftbefehl erlassen werden soll. Zur Vorführung kommt es aber auch dann, wenn der Beschuldigte aufgrund eines bereits erlassenen Haftbefehls festgenommen worden ist. In beiden Fällen findet eine sog. Vorführungsverhandlung statt.

Die Vorführungsverhandlung nach vorläufiger Festnahme ist in § 128 StPO i.V.m. § 115 StPO gesetzlich geregelt. In der Regel wird es sich bei dieser Vorführung vor dem Richter um die erste richterliche Vernehmung des Beschuldigten handeln, so dass die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 1 StPO eingreift. Dem Beschuldigten ist dabei nicht nur mitzuteilen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (NJW 1994, 3219) ist ihm darüber hinaus auch mitzuteilen, was an be- und entlastenden Material gegen ihn vorliegt. Zu einer solchen Mitteilung ist der Richter auch dann verpflichtet, wenn die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger die Akteneinsicht verweigert, ohne dass dies etwas an der Tatsache ändert, dass über die Gewährung der Akteneinsicht die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens entscheidet.

Ist dem Verteidiger noch keine Akteneinsicht gewährt worden, empfiehlt es sich spätestens den Antrag auf Akteneinsicht nunmehr im Vorführungstermin zu stellen mit der Bitte an den Haftrichter, falls die Staatsanwaltschaft nicht am Termin teilnimmt, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft darüber einzuholen. Dazu ist dann der Vorführungstermin ggf. zu unterbrechen. Mit der bloßen mündlichen Mitteilung des Inhalts der Akten sollte sich der Verteidiger nicht zufrieden geben. Einer solchen Haltung ist im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des EGMR (NJW 2002, 2013) entgegenzutreten. Wird die Akteneinsicht nicht bzw. nicht ausreichend gewährt, muss bei der Haftentscheidung des Richters alles das, was der Verteidiger/Beschuldigte von den Ermittlungsvorgängen nicht kennt, unberücksichtigt bleiben.

Der Beschuldigte ist nach § 136 Abs. 1 S. 3 StPO ferner darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. Nach § 166 Abs. 1 StPO hat der Richter einzelne Beweiserhebungen vorzunehmen, wenn er diese für erheblich erachtet und diese die Freilassung des Beschuldigten begründen können.

Nach § 168 c Abs. 1 StPO ist dem Verteidiger die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung und damit auch beim Vorführungstermin gestattet. Der Verteidiger ist darüber hinaus nach § 168 c Abs. 5 S. 1 StPO von dem Termin der Vorführung zu unterrichten. In dem Vorführungstermin ist es in der Regel das Ziel der Verteidigung, den Erlass eines Haftbefehles zu verhindern. Der Verteidiger wird sich daher in erster Linie gegen den zum Erlass des Haftbefehls erforderlichen dringenden Tatverdacht und/oder gegen die Haftgründe wenden. Dazu kann der Verteidiger in der Verhandlung Fragen an den Beschuldigten stellen. Er kann Beweisanträge stellen, für die § 166 StPO gilt. Er kann die Aussetzung des Vollzuges des Haftbefehles nach § 116 Abs. 1 StPO mit den Verfahrensbeteiligten erörtern.

Ist gegen den Beschuldigten bereits ein Haftbefehl erlassen und wird er aufgrund dieses Haftbefehles festgenommen, richtet sich das weitere Verfahren nach § 115 StPO. Hier gilt im Wesentlichen das Gleiche wie bei der Vorführung nach vorläufiger Festnahme. Dem Beschuldigten ist der Haftbefehl gem. § 114 a, 35 StPO bekannt zu machen. Der Beschuldigte ist nach § 115 Abs. 1 StPO unverzüglich dem zuständigen Richter vorzuführen. Dies ist in der Regel der Richter, der den Haftbefehl erlassen hat. Kann die Vorführung nach § 115 Abs. 1 StPO vor dem zuständigen Richter nicht spätestens am Tag nach der Ergreifung erfolgen, muss der Beschuldigte nach § 115 a StPO unverzüglich, spätestens am Tag nach der Ergreifung dem Richter des nächsten Amtsgerichtes vorgeführt werden. Dieser Richter hat nur geringe Kompetenzen. Er soll u.a. nicht berechtigt sein, den Haftbefehl wegen fehlenden dringenden Tatverdacht oder mangelnde Haftgründe aufzuheben (BGHST 42, 343). Es bleibt nur die Prüfung ob der Haftbefehl noch besteht und ob der Ergriffene die im Haftbefehl genannte Person ist.

## 5. Der Untersuchungshaftbefehl

Voraussetzungen und Erlass des Untersuchungshaftbefehles sind in den § 112 ff. StPO geregelt. Die Strafprozessordnung kennt weitere Haftbefehle nach den §§ 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 4 S. 1, 453 c Abs. 1 StPO. Für Jugendliche Beschuldigte gilt darüber hinaus die Regelung des § 72 JGG, die auf Heranwachsende jedoch keine Anwendung findet (siehe § 109 Abs. 1 S. 1 JGG).

Die Voraussetzung für den Erlass des Haftbefehls sind in den § 112 ff. StPO geregelt. Die Zuständigkeit für den Erlass des Haftbefehls findet sich in § 125 StPO. Zusammenfassend ergeben sich damit folgende Voraussetzungen für den Erlass des Haftbefehls.

1. Anordnungsbefugnis § 125 StPO
2. Dringender Tatverdacht § 112 Abs. 1 StPO
3. Haftgrund
  - 3.1. konkrete Haftgründe im Sinne von § 112 Abs. 2 StPO
    - 3.1.1. Flucht
    - 3.1.2. Fluchtgefahr
    - 3.1.3. Verdunkelungsgefahr
  - 3.2. abstrakte Gründe bei Schwerstdelikten im Sinne von § 112 Abs. 3 StPO
  - 3.3. Wiederholungs- Fortsetzungsfahr bei Delikten im Sinne von § 112 a StPO
4. Verhältnismäßigkeit § 112 Abs. 1 S. 2, § 113 StPO, § 72 Abs. 1 JGG
  - a) dringender Tatverdacht

Dringender Verdacht besteht, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist (Lutz Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 112 Rn-Nr. 5). Dabei muss es sich um eine rechtswidrige und schuldhaft begangene Tat handeln. Bei Rechtsfragen darf der Richter sich mit dringendem Verdacht "nicht begnügen". Er muss die Rechtsfragen lösen, auf die es ankommt. Eine Prognose, dass eine Verurteilung wahrscheinlich ist, verlangt der dringende Tatverdacht nicht. Hier unterscheidet er sich vom hinreichenden Tatverdacht, bei dem es auch darauf ankommt, dass die Tat mit den Mitteln des Strengbeweises wahrscheinlich nachgewiesen werden kann. Der Unterschied erklärt sich aus dem Stand des Ermittlungsverfahrens. Die Prüfung des hinreichenden Tatverdacht erfolgt stets auf der Grundlage des abgeschlossenen Ermittlungsergebnisses. Die Prüfung des dringenden Verdachts dagegen auf Grund des gegenwärtigen Stands der Ermittlungen, zu dem die Beweisgewinnung noch überhaupt nicht abgeschlossen ist.

Gleichwohl darf auch der dringende Tatverdacht nur aus bestimmten Tatsachen nicht aus bloßen Vermutungen hergeleitet werden.

b) Haftgrund

Der Verteidiger muss sich weiter fragen, ob eine Haftgrund vorliegt. Der in der Praxis bedeutsamste Haftgrund ist der der Fluchtgefahr im Sinne des § 112 Abs. 1 Nr. 2 StPO.

aa) Fluchtgefahr

Fluchtgefahr besteht, wenn die Würdigung aller Umstände des Einzelfalles es wahrscheinlicher macht, dass sich der Beschuldigte den Strafverfahren eher entziehen, als sich zur Verfügung halten werde. Erforderlich ist ein Verhalten des Beschuldigten, das den Erfolg hat, den Fortgang des Strafverfahrens dauernd oder wenigstens vorübergehend durch Aufhebung der Bereitschaft des Beschuldigten vor Ladung zu verfügen zu stehen zu verhindern (Lutz Meyer-Goßner StPO 47 Aufl. § 112 Rn-Nr. 17 m. w. N.).

Die Fluchtgefahr muss sich aus bestimmten Tatsachen ergeben. Insoweit genügt der selbe Wahrscheinlichkeitsgrad wie beim dringenden Tatverdacht. Ob Fluchtgefahr vorliegt oder nicht, erfordert die Berücksichtigung aller Umstände des Falles.

In der Praxis wird mit steigender Straferwartung um so weniger Gewicht auf die sonstigen Umstände gelegt. Bei einer besonders hohen Straferwartung wird in der Regel nur noch geprüft, ob Umstände gegeben sind, die ggf. die aus der Straferwartung abzuleitenden Fluchtgefahr ausräumen können. Die Grenze wird dabei in der Regel verfrüht bei einer Haftstrafverurteilung gezogen, die lediglich nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

Gegen Fluchtgefahr können folgende Umstände sprechen:

- wenn der Beschuldigte sich selbst stellt
- starke familiäre oder soziale Bindungen
- hohes Alter
- schlechter Gesundheitszustand
- gefestigte berufliche Existenz
- wenn der Beschuldigte sich bei außer Vollzug gesetzten Haftbefehl für das Verfahren zur Verfügung gehalten hat
- fester Wohnsitz

Nach der Rechtsprechung wird ein Entziehen vom Strafverfahren auch angenommen, wenn sich der Beschuldigte bewusst in einem Zustand länger andauernder Verhandlungsunfähigkeit versetzt, z. B. durch Drogenmissbrauch oder die Nichteinnahme ärztlich verordneter Medikamente (OLG Oldenburg NStZ 1990, 431).

Bei Jugendlichen unter 16 Jahren ist nach § 72 Abs. 2 JGG die Verhängung von Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr nur zulässig wenn sich diese dem Verfahren bereits entzogen haben, oder über keinen festen Wohnsitz verfügen.

#### bb) Flucht

Flucht im Sinne des § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO setzt voraus, dass der Beschuldigte sich verborgen hält und flüchtig ist. Das muss ebenfalls aufgrund bestimmter Tatsachen feststehen.

Verborgen hält sich, wer unangemeldet, unter falschem Namen oder an einem unbekanntem Ort lebt, um sich dem Verfahren dauernd oder auf längere Zeit zu entziehen.

Flüchtig ist nach der Rechtsprechung (vgl. Lutz Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 112 Rn-Nr. 13) derjenige Beschuldigte, der vor, während oder nach der Tat seine Wohnung aufgibt ohne eine neue zu beziehen, der sich ins Ausland mit dem Ziel absetzt, für Ermittlungsbehörden oder Gerichte un erreichbar zu sein, oder der als Deutscher nicht mehr aus dem Ausland zurückkehren will.

#### cc) Verdunkelungsgefahr

Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr in Sinne des § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO ist gegeben, wenn das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, dass er durch bestimmte Handlungen auf sachliche oder persönliche Beweismittel einwirkt und dadurch die Ermittlungen der Wahrheit erschwert werden wird (Lutz Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 112 Rn-Nr. 26).

Dieser Haftgrund birgt für den Beschuldigten die Gefahr, dass er für die Sicherung des Ermittlungsverfahrens auch dann angenommen werden kann, wenn sich aufgrund einer niedrigen Straferwartung Fluchtgefahr nicht begründen lässt. Der Beschuldigte sollte also rechtzeitig darauf aufmerksam gemacht werden, dass er alles zu unterlassen hat, was nur den Anschein erweckt, er wolle auf sachliche oder persönlich Beweismittel einwirken. Gleichwohl ist es dem Beschuldigten nicht untersagt, wenn er sich prozessordnungsgemäß an Zeugen wendet, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und sie bittet von ihrem Verweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Verdunkelungsgefahr kann von der Natur der Sache her nicht mehr bestehen, wenn der Sachverhalt in vollem Umfang aufgeklärt ist und die Beweise so gesichert sind, dass der Beschuldigte die Ermittlungen nicht mehr behindern kann. Nach § 113 Abs. 1 StPO darf Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr nicht angeordnet werden, wenn die Tat nur mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht ist.

dd) Schwerstdelikte

Bei bestimmten schweren Straftaten ist nach § 112 Abs. 3 StPO die Anordnung der Untersuchungshaft auch zulässig, wenn keiner der oben angeführten Haftgründe gegeben ist. Der Haftgrund der Tatschwere, der durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.12.1994 noch erweitert worden ist, wird in Rechtsprechung und Literatur zum Teil als offensichtlicher Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angesehen und hat durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bestimmte Einschränkungen erfahren (Lutz Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 112 Rn-Nr. 37). Danach ist im Fall des § 112 Abs. 3 StPO der Richter nur von den strengen Anforderungen der Haftgründe des § 112 Abs. 2 StPO befreit. Es müssen jedoch gleichwohl bestimmte Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, dass ohne die Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte. Der Erlass eines Haftbefehles nach § 112 Abs. 3 StPO ist daher verfehlt, wenn eine Flucht ganz fern liegt, eine Wiederholung der Tat ausgeschlossen ist oder dieser Gefahr durch mildere Maßnahmen begegnet werden kann (vgl. OLG Köln NJW 1996, 1686 für 60 Jahre alten, zu 60 % schwerbehinderten, verheirateten, nicht vorbestraften Rentner, dem ein Totschlag zur Last gelegt wird, gleichwohl nur Außervollzugsetzung).

ee) Wiederholungsgefahr

Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112 a Abs. 1 StPO ist als vorbeugende Maßnahme der Sicherungshaft vor weiteren erheblichen Straftaten besonders gefährlicher Täter erlaubt. Die Vorschrift soll mit dem Grundgesetz vereinbar sein (BVerfG NJW 1973, 1363). Die Sicherungshaft darf nach § 112 Abs. 2 StPO nur subsidiär angeordnet werden. Erforderlich für die Anwendbarkeit ist ein dringender Tatverdacht in Sinne des § 112 Abs. 1 S. 1 StPO hinsichtlich einer der in § 112 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO genannten Anlasstaten. Darüber hinaus müssen bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, dass der Beschuldigte vor Aburteilung weiterer erheblicher Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftaten fortsetzen wird und dass die Haft zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlich ist.

c) Verhältnismäßigkeit

Zuletzt steht jeder Haftbefehl, auch der außer Vollzug gesetzte, und der noch nicht vollzogene nach § 112 Abs. 1 S. 2 StPO unter dem Gebot der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der besonders nochmals in § 120 Abs. 1 S. 1 StPO erwähnt ist. Für Jugendliche ist darüber hinaus § 72 Abs. 1 JGG zu beachten.

d) Inhalt des Haftbefehls

Der gesetzlich erforderliche Inhalt des Untersuchungshaftbefehls ergibt sich aus § 114 Abs. 2, 3 StPO. Danach sind in dem Haftbefehl anzuführen.

- der Beschuldigte
- die Tat, derer er dringend verdächtig ist
- Zeit und Ort ihrer Begehung
- die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften
- der Haftgrund
- die Tatsachen, aus denen sich der dringende Tatverdacht und der Haftgrund ergibt, soweit nicht dadurch die Staatssicherheit gefährdet wird
- ggf. Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit (§ 114 Abs. 3 StPO)

Der Haftbefehl muss gemäß § 114 Abs. 1 StPO schriftlich ergehen. Die Schriftform ist auch gewahrt, wenn der Haftbefehl in einem Hauptverhandlungsprotokoll oder in einem Protokoll eines sonstigen Termins aufgenommen worden ist (Lutz Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 114 Rn-Nr.2).

e) Haftverschonung

Nach § 116 StPO kann der erlassene Haftbefehl von dem Richter außer Vollzug gesetzt werden (sog. Haftverschonung). § 116 Abs. 1 StPO regelt dabei die Vollzugaussetzung beim Haftgrund der Fluchtgefahr. § 116 Abs. 2 betrifft den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr und § 116 Abs. 3 StPO den Haftgrund der Wiederholungsgefahr.

## 6. Rechtsmittel und –behelfe gegen den Haftbefehl

Die Strafprozessordnung fordern unabhängig von der Einlegung eines Rechtsbehelfes eine ständige richterliche Kontrolle, ob die Voraussetzungen der Untersuchungshaft weiterhin vorliegen und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist (§ 120 Abs. 1 StPO).

Darüber hinaus erfolgt zwingend eine erste Überprüfung unverzüglich nach ergreifen des Beschuldigten im Rahmen des Vorführungsverfahrens nach § 115 ff. StPO. Nach Ablauf von 3 Monaten seit Erlass des Haftbefehls muss gem. § 117 Abs. 5 StPO spätestens eine weitere Haftprüfung von Amts wegen stattfinden. Dauert der Vollzug der Untersuchungshaft bereits 6 Monate an, so findet das in § 121 ff. StPO geregelte besondere Haftprüfungsverfahren durch das OLG statt.

Neben diesen von Amts wegen bzw. nach Aktenvorlage durchzuführenden Kontrollen besteht auch die Möglichkeit, dass der Haftbefehl aufgrund eines Antrages der Staatsanwaltschaft gem. § 120 Abs. 3 StPO aufgehoben wird oder aufgrund der Einlegung eines Rechtsbehelfes überprüft werden muss. Als solche Mittel, mit denen das Gericht zu einer förmlichen Entscheidung gezwungen werden kann, stellt die StPO zum einen den Antrag auf Haftprüfung gem. § 117 Abs. 1 StPO zum anderen die Haftbeschwerde gem. § 117 Abs. 2 i.V. m. § 304 Abs. 1 StPO zur Verfügung, über die der Beschuldigte zu belehren ist (§ 115 Abs. 4 StPO).

### a) Haftprüfungsverfahren gem. § 117 Abs. 1 StPO

Durch einen Antrag im Sinne des § 117 Abs. 1 StPO wird der nach § 126 Abs. 1 StPO zuständige Richter verpflichtet, zu prüfen und zu entscheiden, ob der Haftbefehl nach § 120 StPO aufzuheben, sein Vollzug nach § 116 StPO auszusetzen, oder ob er aufrecht zu erhalten ist. Der Inhaftierte hat dabei einen Anspruch auf mündliche Verhandlung in den Grenzen des § 118 StPO.

Antragsberechtigt ist neben dem Beschuldigten auch dessen Verteidiger (§§ 118 b, 297 StPO) sowie im Jugendgerichtsverfahren auch der Erziehungsberechtigte (§ 67 Abs. 1 JGG).

Der Antrag ist formfrei bei dem nach § 126 StPO zuständigen Gericht zu stellen. Dabei ist zu beachten, dass mit Erhebung der öffentlichen Klage die Zuständigkeit an das mit der Sache befasste Gericht wechselt (§ 126 Abs. 2 StPO).

Dem Antrag kommt kein Devolutiveffekt zu, da in der Regel der Richter für die Haftprüfung zuständig ist, der auch die angefochtene Entscheidung getroffen hat und er hat auch kein Suspensiveffekt. Es handelt sich beim Haftprüfungsantrag folglich lediglich um einen Rechtsbehelf, nicht um ein Rechtsmittel.

Der Antrag ist nicht an Fristen gebunden. Zu beachten ist jedoch, dass eine Haftprüfung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 117 StPO nur zulässig ist, wenn der Beschuldigte sich auch tatsächlich in der Untersuchungshaft befindet. Ist er beispielsweise nach § 116 Abs. 1 StPO vom Vollzug der Untersuchungshaft verschont, ist die Haftprüfung unzulässig.

Bei der Haftprüfung wird auf Antrag des Beschuldigten oder nach Ermessen des Gerichts von Amts wegen nach mündlicher Verhandlung entschieden (§ 118 Abs. 1 StPO). Im Gegensatz zum Anspruch auf Durchführung der einfachen Haftprüfung, die jederzeit und damit auch immer wieder bis zur Aufhebung des Haftbefehls oder zum Übergang der Untersuchungshaft in Strafhaft beliebig oft begehrt werden kann, ist dem wiederholten Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Rahmen der Haftprüfung eine Grenze in § 118 Abs. 3 StPO gesetzt. Danach hat der Beschuldigte, wenn die Untersuchungshaft nach mündlicher Verhandlung aufrecht erhalten worden ist, einen Anspruch auf weitere mündliche Verhandlung nur dann, wenn die Untersuchungshaft mindestens 3 Monate und seit der letzten mündlichen Verhandlung mindestens 2 Monate gedauert hat.

Zeigt sich in der mündlichen Verhandlung, dass das Ziel auf Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls aktuell aussichtslos ist, sollte der Verteidiger auch erwägen, den Haftprüfungsantrag zurückzunehmen. Damit vermeidet er, dass die Untersuchungshaft nach mündlicher Verhandlung im Sinne des § 118 Abs. 3 StPO aufrecht erhalten wurde. Der Verteidiger vermeidet damit auch die zeitlich begrenzte Präklusionswirkung für eine weitere mündliche Haftprüfung, die etwa nach Erhebung der öffentlichen Klage wegen § 126 Abs. 2 StPO bei einem anderen Gericht oder wegen der internen Zuständigkeit des Amtsgerichtes vor einem anderen Abteilungsrichter verhandelt wird. Muss eine mündliche Verhandlung nach § 118 Abs. 1 StPO durchgeführt werden, so muss sie unverzüglich erfolgen und darf ohne Zustimmung des Beschuldigten nicht über 2 Wochen nach dem Eingang des Antrages anberaumt werden (§ 118 Abs. 5 StPO). Nach herrschender Meinung handelt es sich dabei lediglich um eine Ordnungsvorschrift, so dass eine Überschreitung der Frist nicht zur Aufhebung des Haftbefehls führen soll (Klein-knecht/Meyer/Gossner § 118 Rn-Nr. 4).

Von dem Termin der Haftprüfung sind die Staatsanwaltschaft sowie der Beschuldigte und der Verteidiger gem. § 118 a Abs. 1 StPO zu unterrichten.

In der mündlichen Verhandlung sind die anwesenden Beteiligten gem. § 118 a Abs. 3 S. 1 StPO zu hören. Zur Vorbereitung der Verhandlung muss sich der Verteidiger um eine Akteneinsicht in die Ermittlungsakten unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG NJW 1994, 3219) und des EGMR (NJW 2002, 2013) bemühen. Der Verteidiger kann eine Vernehmung und Ladung von Zeugen zum Haftprüfungstermin anregen und im Haftprüfungstermin Beweisanträge stellen, denen nach § 166 Abs. 1 StPO vom Gericht dann nachgegangen werden muss, wenn die Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.

Das Haftprüfungsverfahren endet mit einer Entscheidung des Gerichtes, in der es die

Aufrechterhaltung oder Aufhebung des Haftbefehls dessen Vollzugsaussetzung oder inhaltliche Änderungen beschließt. Dabei kann es die Untersuchungshaft auch mit einem neuen Haftgrund aufrecht erhalten, denn das Gericht trifft seine Entscheidung nach vollständiger und selbständiger Überprüfung des Haftbefehls in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Der Beschluss muss begründet werden (§ 34 StPO). Im Falle der Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist die Entscheidung an deren Schluss oder ggf. spätestens binnen einer Woche bekannt zu machen (§ 35, 118 a Abs. 4 StPO).

Die auf die Haftprüfung ergehende Entscheidung ist nach Maßgabe der §§ 117 Abs. 2 S. 2, 304, 310 StPO mit der Beschwerde und die auf die Beschwerde ergehende Entscheidung mit der weiteren Beschwerde angreifbar.

b) Das Haftbeschwerdeverfahren gem. § 117 Abs. 2 StPO

Außer der mündlichen Haftprüfung kann der Verteidiger mit dem Rechtsmittel der Beschwerde gegen den Haftbefehl vorgehen. Dabei muss sich die Beschwerde nicht nur unmittelbar gegen den Haftbefehl wenden, der Beschuldigte kann mit ihr praktisch jede im Zusammenhang mit der U-Haft ergangene Entscheidung zur Überprüfung durch das Beschwerdegericht stellen, also auch gegen die Verweigerung der Außervollzugsetzung oder gegen in diesem Zusammenhang ergangenen Auflagen und Weisungen.

Die Haftbeschwerde kann immer nur gegen die zuletzt ergangene Haftentscheidung eingelegt werden. Sie ist auch dann zulässig, wenn der Haftbefehl wegen Überhaftnotierung oder Außervollzugsetzung nicht vollzogen wird. Nach § 117 Abs. 2 StPO ist die Haftbeschwerde aber neben einem zulässigen Antrag auf schriftliche oder mündliche Haftprüfung unzulässig. Der Verteidiger muss sich daher vor Einlegung einer Beschwerde immer vergewissern, dass der Beschuldigte nicht selbst bereits Haftprüfung beantragt hat.

Die Einlegung der Haftbeschwerde ist an keine Frist gebunden. Die Beschwerde kann im Verfahren auch mehrfach eingelegt werden, wenn zwischenzeitlich eine neue Haftentscheidung ergangen ist.

Für das Beschwerdeverfahren gelten die allgemeinen Regeln der StPO. Die Beschwerde ist gem. § 306 Abs. 1 StPO bei dem Gericht der angefochtenen Entscheidung schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Nach § 306 Abs. 2 StPO kann das Gericht der Beschwerde abhelfen oder die Beschwerde sofort, spätestens vor Ablauf von 3 Tagen dem Beschwerdegericht vorlegen. Durch die Einlegung der Beschwerde wird der Vollzug der angefochtenen Entscheidung nicht gehemmt (§ 307 StPO).

Die Haftbeschwerdeentscheidung, die gem. § 34 StPO, mit einer Begründung zu versehen und gem. § 35 Abs. 2 S. 2 StPO formlos mitzuteilen ist, kann abweichen von dem ansonsten im Strafverfahren geltenden Grundsatz des § 310 Abs. 2 StPO mit der weiteren

Beschwerde angefochten werden. Auch diese Beschwerde unterliegt keiner Frist.

c) Haftprüfung oder Haftbeschwerde

Die Entscheidung, ob gegen einen Haftbefehl mündliche Haftprüfung beantragt oder Haftbeschwerde eingelegt werden soll, kann davon abhängig gemacht werden, ob mit dem Rechtsbehelf neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden sollen und ob es auf den persönlichen Eindruck des Haftrichters von dem Beschuldigten ankommen soll. Ist dies der Fall, empfiehlt sich die mündliche Haftprüfung. Geht es hingegen nur um Rechtsfragen oder will der Verteidiger anhand des bereits bekannten und vorhandenen Aktenmaterial vortragen, wird er eine Haftbeschwerde einlegen.

Haftprüfungsverfahren	Haftbeschwerdeverfahren
unbeschränkt, jederzeit, beliebig oft wiederholbar	subsidiär gegenüber Haftprüfung, nur einmal gegen dens. Haftbefehl
Vollzug der U-Haft erforderlich	unabhängig vom Vollzug
Mündl. Verhandlung in Grenzen des § 118 Abs. 3 und 4 erzwingbar	Fakulativ (§ 118 Abs. 2) und selten
ohne Devolutiveffekt	mit Devolutiveffekt

**7. Checkliste Haftbefehl**

- a) Entspricht der Haftbefehl den nach § 114 StPO zu stellenden Anforderungen?
- b) Ist der Haftbefehl, der/dem Beschuldigten ordnungsgemäß bekannt gegeben worden?
- c) Besteht dringender Tatverdacht? Soll dazu vorgetragen werden?
- d) Liegt ein Haftgrund vor?
  - Ist die Fluchtgefahr ggf. unzulässiger Weise allein mit hoher Straferwartung begründet?

- Was hat der Mandant bei realistischer Sicht im Fall der Verurteilung für eine Strafe zu erwarten?
  - Welche Strafmilderungsgründe liegen ggf. vor?
  - Welche Umstände sprechen gegen Fluchtgefahr?
  
  - Ist die Verdunkelungsgefahr mit Verhalten des Beschuldigten begründet ?
  - Ist überhaupt noch etwas zu verdunkeln?
  
  - Haftgrund der Tatschwere ?
  
  - Wiederholungsgefahr ?
- e) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet? Abwägung zwischen Schwere der Tat, Bedeutung der Sache und zu erwartenden Folgen.

## **8. Musterantrag „mündliche Haftprüfung“**

An das

Amtsgericht Tiergarten

In dem Ermittlungsverfahren

gegen . . .

Az.: . . .

hier: mündliche Haftprüfung

wegen des Verdachts des schweren Raubes u.a.

zeige ich unter Überreichung einer auf mich lautenden Originalvollmacht an,  
dass mich der Beschuldigte mit seiner Verteidigung beauftragt hat.

Es wird beantragt unverzüglich die

mündliche Haftprüfung durchzuführen.

Der Beschuldigte verzichtet nicht auf die Einhaltung der Frist des § 118 Abs. 5 StPO.

In dem anzuberaumenden Haftprüfungstermin werde ich beantragen,

den Haftbefehl vom ... aufzuheben

hilfsweise

außer Vollzug zu setzen.

Ich beantrage ferner mir vor Durchführung der mündlichen Haftprüfung

Akteneinsicht

in die Verfahrensakten, sämtliche Beiakten, Beweismittelordner und sonstige Beweisstücke zu gewähren und bitte um Mitteilung wann und wo die Akten zur Einsichtnahme und Mitnahme für zumindest drei Stunden bereit liegen.

Sollten die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen und deshalb gem. § 147 Abs. 2 StPO Akteneinsicht nicht gewährt werden, beantrage ich unter Hinweis auf § 147 Abs. 3 StPO, mir auf jeden Fall das Protokoll der Beschuldigtenvernehmung, die Protokolle über solche richterlichen Untersuchungshandlungen, bei denen ich als Verteidiger anwesend war bzw. mir die Anwesenheit hätte gestattet werden müssen sowie Sachverständigengutachten zur Verfügung zu stellen.

Darüber hinaus verweise ich auf die Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG NJW 1994, 3219) und des EGMR (NJW 2002, 2013, 2015, 2018), wonach dem Beschuldigten rechtzeitig vor dem Haftprüfungstermin rechtliches Gehör in der Form zu gewähren ist, dass er in geeigneter Weise zu Händen des Unterzeichners über diejenigen Tatsachen und Beweisergebnisse in Kenntnis gesetzt wird, die für die Haftentscheidung von Bedeutung sind und zu denen er bislang noch nicht gehört worden ist. Die Kenntnissgabe hat dabei zur Herstellung der von dem EGMR geforderten Waffengleichheit in der Form der Akteneinsicht zu erfolgen.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass nach dieser Rechtsprechung ein Haftbefehl nur auf die Tatsachen gestützt werden darf, zu denen der Verteidiger Akteneinsicht erhalten hat.

Zur Begründung des Aufhebungsantrags wird Folgendes vorgetragen:

(u.U. näheres zum dringenden Tatverdacht)

(u.U. näheres zum Haftgrund).

Ich beantrage daher

den erwähnten Zeugen (Name, ladungsfähige Adresse) zum Haftprüfungstermin zu laden

Das Beweismittel wird ergeben, dass ... (weiter ausführen)

Ich bitte, mich von der Ladung des Zeugen rechtzeitig zu benachrichtigen oder mir mitzuteilen, wenn der Zeuge zum Termin nicht geladen werden soll. Außerdem bitte ich um die Übersendung einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu meinem Haftprüfungsantrag.

Schließlich bitte ich, um Terminskollisionen zu vermeiden, den geplanten Termin mit meinem Büro abzustimmen.

Rechtsanwalt

## **9. Musterantrag „Haftbeschwerde“**

An das

Amtsgericht Tiergarten

In dem Ermittlungsverfahren

gegen . . .

Az.: . . .

hier: mündliche Haftprüfung

wegen des Verdachts des schweren Raubes u.a.

wird gegen den Haftbefehl vom . . .

Haftbeschwerde

eingelegt.

Es wird beantragt,

den Haftbefehl vom . . . aufzuheben

hilfsweise

außer Vollzug zu setzen.

Zur Begründung des Aufhebungsantrags wird Folgendes vorgetragen:

(u.U. näheres zum dringenden Tatverdacht)

(u.U. näheres zum Haftgrund).

Es wird außerdem beantragt, mir vor einer Entscheidung eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu der Haftbeschwerde zuzuleiten

Rechtsanwalt

## **Das Zwischenverfahren §§ 199 – 211 StPO (Wendt)**

### **1. Ausgangslage für die Verteidigung**

Mit Erhebung der Anklage beantragt die Staatsanwaltschaft die Eröffnung des Hauptverfahrens bei Gericht. Das Verfahren kommt damit in einen entscheidenden Abschnitt. Da (nicht inhaftierte) Beschuldigte im Ermittlungsverfahren häufig die Tendenz haben, sich - bspw. mangels konkreter Bedrohung oder der entstehenden Kosten - nicht um „ihre“ Strafsache zu kümmern, wird in der Mehrzahl der Fälle die Verteidigerin/der Verteidiger erst jetzt beauftragt.

In Fällen notwendiger Verteidigung (§ 140 StPO), ordnet das Gericht dem Angeschuldigten im Zwischenverfahren einen Pflichtverteidiger bei.

### **II. Funktion des Zwischenverfahrens und Kritik**

Das Zwischenverfahren soll filtern, klären und schützen. Gemäß dieser Intention des Gesetzgebers sollen tatsächliche und rechtliche Fragen, die noch offen sind, noch vor der Hauptverhandlung geklärt werden, die dadurch wesentlich entlastet werden könnte.

Gegen den positiven Eröffnungsbeschluß wird eingewendet, dass durch ihn der Angeschuldigte als eine „bereits gerichtlich als verdächtig gekennzeichnete Persönlichkeit“ (Peters Strafprozeß S. 400) in das Hauptverfahren eingeführt wird, damit also der Anschein einer Vorverurteilung besteht.

### **III. Ablauf**

Nach Vorlage der Anklageschrift (welche an den Anforderungen des § 200 StPO zu messen ist) mit den Akten durch die Staatsanwaltschaft bei dem für die Hauptverhandlung zuständigen Gericht, entscheidet letzteres darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen bzw. das Verfahren (vorläufig) einzustellen ist (§ 199 StPO). Gem. § 201 Abs. 1 StPO teilt der Vorsitzende des Gerichts die Anklageschrift dem Angeschuldigten mit und fordert ihn zugleich auf, innerhalb einer bestimmten Frist zu erklären, „ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle“. Nach Ablauf der Frist, die auf entsprechenden Antrag durch den Vorsitzenden ohne weiteres auch verlängert werden kann, entscheidet das Gericht durch Beschluß über den weiteren Verfahrensfortgang.

### **IV. Entscheidungsmöglichkeiten**

- Uneingeschränkte Eröffnung des Hauptverfahrens unter Zulassung der Anklage, § 203,211 StPO
- Nichteröffnung (§ 204 StPO) mit der Wirkung des Verbrauchs der Strafklage (§ 211 StPO)

- aus Rechtsgründen (fehlende Strafbarkeit des in der Anklageschrift dargestellten Sachverhalts oder endgültiges Vorliegen eines Verfahrenshindernisses)

- aus tatsächlichen Gründen

➤ modifizierte Eröffnung ( 207 Abs. 2 StPO)

- aus Rechtsgründen (bei abweichender rechtlicher Einordnung der angeklagten Tat § 207 Abs. 2 Ziff. 3 StPO)

- aus tatsächlichen Gründen (fehlende Nachweisbarkeit i. 5. eines nicht hinreichenden Tatverdachts) bezgl. einzelner angeklagter Taten

- „Teil“einstellung“ gern. § 154 a

➤ weitere Aufklärung durch Erhebung einzelner Beweise im Zwischenverfahren (§ 202 StPO)

➤ vorläufige Einstellung beim Bestehen vorübergehender Verfahrenshindernisse (§ 205 StPO)

➤ endgültige Einstellung wegen Verfahrenshindernissen bzw. Gesetzesänderungen nach Anklageerhebung ( 206a, 206b StPO)

➤ Eröffnung vor einem Gericht niedrigerer Ordnung ( 209 Abs. 1 StPO)

➤ Vorlage der Sache an ein höheres Gericht ( 209 Abs. 2 StPO)

## **V. tatsächliche Bedeutung des Zwischenverfahrens**

Im Widerspruch zu der Vielfalt der möglichen Entscheidungen im Zwischenverfahren steht dessen tatsächliche Bedeutung, denn in aller Regel beschließt das Gericht formularmäßig nach Ablauf der o.g. Frist die Eröffnung des Hauptverfahrens, wodurch es zugleich — wie die Staatsanwaltschaft — das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts bejaht hat.

Den Eröffnungsbeschuß kann der Angeklagte nicht anfechten, § 210 Abs. 1 StPO (während der Staatsanwaltschaft gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschuß und auch gegen die abweichende Eröffnung „nach unten“ die sofortige Beschwerde zusteht, § 210 Abs. 2 StPO).

## **VI. Verteidigung im Zwischenverfahren**

Gemäß der Vielfalt der unter IV. dargestellten Entscheidungsmöglichkeiten und entgegen der vorstehend skizzierten Verfahrenspraxis und der damit geringen Bedeutung des Zwischenverfahrens im Strafprozeß ergeben sich im Einzelfall eine Vielzahl von Verteidigungsansätzen.

Häufig erweist es sich gegenüber dem erkennenden Gericht, insbesondere, wenn eine komplizierte und zeitaufwendige Hauptverhandlung absehbar ist, als wesentlich einfacher, eine Verfahrenserledigung bzw. jedenfalls Verfahrensbeschränkung gem. §§ 153, 153a-d, 154, 154a StPO zu erreichen, als im Vergleich zu Bemühungen gegenüber der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. In entsprechenden Fällen wird das Gericht zudem der Staatsanwaltschaft den entsprechenden Antrag od. die erforderliche Zustimmung mitunter dringend nahelegen.

In geeigneten Fällen sollte daher durch die Verteidigung an das Gericht ein dem avisierten Antrag entsprechender Verteidigungsschriftsatz gefertigt werden.

Häufig kann es sinnvoll sein, in diesem Verfahrensstadium mit dem Gericht bspw. ein Gespräch über die Sache zu führen. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten, damit am Ende die Verteidigung nicht nur gebend und das Gericht nur nehmend geblieben ist.

Angesichts dessen sollte bei jeder Art von Vorgehen immer zunächst gründlich und realistisch abgewogen werden, ob die Verteidigung jetzt ihr gesamtes Verteidigungsvorbringen ausbreiten oder für die Hauptverhandlung zurückhalten soll. Als Faustregel kann folgendes gelten: Wenn nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage die Verteidigerin/der Verteidiger selbst zu der Überzeugung kommt, dass die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mit einer vertretbaren Begründung abgelehnt werden kann, ist es sinnvoll, die Frist verstreichen zu lassen bzw. dem Gericht mitzuteilen, dass die Verteidigung der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben soll. Dasselbe gilt in Fällen, in denen die Einwendungen gegen die Anklage nur zu einer anderen aber ähnlich gravierenden rechtlichen Beurteilung führen kann.

Mit der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens hat das Gericht beim inhaftierten Angeeschuldigten auch über die Fortdauer der Untersuchungshaft zu entscheiden. Hier kann durch die Verteidigung gegenüber dem Gericht darauf hinzuweisen sein, dass mit Anklageerhebung die Verdunklungsfahr meist entfallen sein wird. Auch kann sich die Fluchtgefahr abgeschwächt haben, weswegen das Gericht — insbesondere wenn es unter Terminsnot leidet — Gesprächen über eine Kautions zugänglich sein könnte.

Nicht übersehen werden sollte schließlich durch die Verteidigung, dass der Angeschuldigte im Zwischenverfahren erstmals durch das Gericht über seine bisherigen finanziellen Aufwendungen eine Auslagenentscheidung erhält. Dem mit starken Nerven ausgestatteten und (jedenfalls nach eigenen Angaben) völlig zu Unrecht verdächtigten Mandanten kann in Aussicht gestellt werden, statt einer Verteidigungsschrift bereits im Ermittlungsverfahren erst eine solche im Zwischenverfahren zu verfassen, so dass er in Fällen der Nichteröffnung seine Auslagen (im Umfang ihrer Erstattungsfähigkeit) zurück erhalten würde.

## **VII. Bestrebungen zur Belebung des Zwischenverfahrens**

In einem sog. Diskussionspapier der Regierungskoalition (StV 2001, 314) findet sich zur Belebung des Zwischenverfahrens der Vorschlag durch einen Anhörungstermin von den vorhandenen Gestaltungs-

möglichkeiten dieses Verfahrensabschnitts verstärkt Gebrauch zu machen. Damit soll die Hauptverhandlung auf die entscheidungserheblichen Fragen konzentriert werden. Ein solches „neues Zwischenverfahren“ kann letztlich auch auf Grundlage des geltenden Rechts praktiziert werden, indem der Angeklagte durch das Gericht vor der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur Anklageschrift „zur besseren Aufklärung der Sache“ (§ 202 StPO) vernommen bzw. angehört wird. Ein Erfahrungsbericht zu dieser Praxis findet sich bei Koch, StV 4/2002.

### **VIII. Antragsmuster**

Landgericht Berlin

1. Strafkammer

10548 Berlin

In der Strafsache

gegen XX

Gesch.-Z.: 501 - ../05

beantrage ich,

gemäß § 204 StPO die Nichteröffnung des Hauptverfahrens gegen den Ange-  
schuldigten XX zu beschließen.

Begründung:

Bereits nach Aktenlage besteht bezogen auf den Angeschuldigten X X kein  
hinreichender Tatverdacht im Sinne einer überwiegenden Verurteilungswahr-  
scheinlichkeit.

I. Sachverhalt

(...)

II. Würdigung

(...)

Da in der Hauptverhandlung Beweismittel, die die vorstehenden Darlegungen  
widerlegen würden, nicht zur Verfügung stehen, besteht keine überwiegende  
Verurteilungswahrscheinlichkeit.

Das Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten XX ist mithin nicht zu eröff-  
nen.

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

## Der Beweisantrag der Verteidigung/der Nebenklagevertretung (Reisert)

### I. Einleitung

1. Der deutsche Strafprozess hat das Ziel der Ermittlung des wahren Sachverhaltes. Das Gericht ist also durch das Gesetz gehalten, die der Entscheidung zu Grunde liegenden Tatsachen umfassend zu untersuchen und aufzuklären (§ 244 Abs. 2, § 155 StPO). Unabhängig davon können die Prozessbeteiligten Beweisanträge stellen, um so das Gericht zu zwingen, seiner Pflicht umfassend nachzukommen. Regelmäßig sind wohl diejenigen Beweiserhebungen, die durch einen Beweisantrag erzwungen werden können, auch durch die Aufklärungspflicht geboten<sup>1</sup>. Jedenfalls muss das Gericht die äußeren und inneren Tatsachen feststellen, die sowohl verfahrensrechtlich oder für die Frage der Schuld bzw. Rechtsfolge erheblich sind. Der BGH<sup>2</sup> formuliert das so:

„Der Beweisantrag ist das ernsthafte unbedingte oder an eine Bedingung geknüpfte Verlangen eines Prozessbeteiligten, über eine die Schuld oder Rechtsfolgenfrage betreffende Behauptung dadurch bestimmte, nach der StPO zulässige Beweismittel, Beweis zu erheben.“

2. Der Beschuldigte kann bereits im Ermittlungsverfahren (§ 163 a Abs. 2 StPO) Beweisanträge stellen, wobei nach (noch) herrschender Meinung es sich um eine Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft handeln soll, so dass dieser Beweisantrag nicht bindend ist<sup>3</sup>. Der Beweisantrag ist üblicherweise im Ermittlungsverfahren an die Staatsanwaltschaft, danach an das Gericht zu richten (vgl. auch § 219 StPO). Grundsätzlich ist unabhängig vom Zeitpunkt der Beweisantragstellung zu bedenken, ob angesichts der Einlassung des Mandanten die durch den Beweisantrag bewiesene Tatsache wirklich entlastet. Sollte dies der Fall sein, sollten die Beweise frühzeitig in das Verfahren eingeführt werden, um den Fortgang zu stoppen. Das gilt es recht, wenn bei späterer Antragstellung der Beweismittelverlust droht.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass - jedenfalls derzeit – bei etwaigen Zeugenvernehmungen durch die Polizeibehörde oder Staatsanwaltschaft die Verteidigung kein Anwesenheitsrecht hat. Unabhängig von jedem Beweisantrag sollte zuvor Akteneinsicht beantragt worden sein.

3. Zentrale Vorschrift des Beweisantrages ist § 244 StPO i.V.m. § 245 StPO: Ein Beweisantrag liegt danach im Sinne des Absatzes 3 vor, wenn ein Prozessbeteiligter in der Hauptverhandlung eine konkrete Tatsache behauptet und verlangt, mittels eines bestimmt bezeichneten Beweismittels darüber Beweis zu erheben.

Erforderlich ist die Behauptung einer hinreichend bestimmten Beweistatsache. Üblicherweise umfasst dies, Ort und Zeit des behaupteten Ereignisses zu benennen sowie ggf. auch die Art und

---

<sup>1</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl. 2002, S. 66, Rdziff. 5.

<sup>2</sup> BGHSt 1, 29ff.

<sup>3</sup> Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Aufl. 2003, Rdziff. 412.

Weise, in der ein Zeuge Kenntnis erlangt hat (Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung), insbesondere dann, wenn unklar ist, woher der genannte Zeuge über das behauptete Wissen verfügen soll<sup>4</sup>. Weiterhin ist das bestimmte Beweismittel zu bezeichnen, wie beispielsweise Name oder Adresse des Zeugen, damit der Zeuge ermittelbar ist. Bei der Benennung von Urkunden muss das einzelne Schriftstück mitsamt seinem derzeitigen Besitzer bzw. Aufbewahrungsort benannt werden, um dem Gericht die Beziehung zu ermöglichen.

**Achtung!** Nicht erforderlich ist, dass der Antragsteller sichere Kenntnis von der behaupteten Tatsache hat. Er muss auch nicht sicher davon ausgehen, dass das Beweismittel die Beweistatsache tatsächlich erbringen wird. Selbst wenn also der Antragsteller an seiner erfolgreichen Beweisführung zweifelt<sup>5</sup>, ist der Beweisantrag dennoch zulässig und darf nicht abgelehnt werden<sup>6</sup>. Der Antragsteller muß den Erfolg der Beweisführung lediglich für möglich halten.

5. Von dem Beweisantrag zu unterscheiden ist das Beweiserbieten/die Beweisanregung. Diese erfüllen weder die sachlichen noch förmlichen Voraussetzungen des Beweisantrages und beziehen sich häufig auf die Abwicklung bzw. Vorgehensweise bei der Beweiserhebung selbst.

Ein weiteres wichtiges Instrument ist der Beweisermittlungsantrag. Ein solcher ist gegeben, wenn entweder das Beweismittel nicht bestimmbar ist oder eine hinreichend bestimmte Beweistatsache nicht behauptet werden kann, jedoch das Gericht zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes gezwungen werden soll<sup>7</sup>. Neben einem möglichen Zeitgewinn kann in einer etwaigen Revision dann eine Aufklärungsrüge hiermit begründet werden. Sämtliche Anträge/Anregungen stellen prozessuale Anträge dar und sind zu protokollieren und ggf. in der Hauptverhandlung zu bescheiden.

Bsp. nach BGH<sup>8</sup>: „Bei dem Begehren auf Vernehmung des namentlich nicht bekannten Zeugen, von dem der Angeklagte eine Fotografie vorlegte, handelt es sich nicht um einen Beweisantrag, der allein nach den Maßgaben des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO hätte zurückgewiesen werden können, sondern lediglich um einen **Beweisermittlungsantrag**, über den nach den Maßstäben der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu befinden war. Da der Antrag den Namen und die Anschrift des Zeugen nicht mitteilte, sondern lediglich das Lichtbild verbunden mit der Behauptung beinhaltete, die darauf dargestellte männliche Person sei im Jahr 1998 bei der Müllabfuhr in B. beschäftigt gewesen, fehlte es an der für einen Beweisantrag erforderlichen Konkretisierung des Beweismittels.

2

Es mangelte an Merkmalen, die eine nähere Individualisierung der zu vernehmenden Person ermöglicht hätten. Da die Vorgänge am Abend des 1. Mai 1998, zu denen der Zeuge vernommen werden sollte, für diesen keinerlei Bedeutung hatten und seither nahezu vier Jahre verstrichen waren, stellt es im Ergebnis auch keinen Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO dar, daß sich das Landgericht letztlich wegen der zu erwartenden Unergiebigkeit der beantragten Beweisaufnahme nicht dazu gedrängt gesehen hat, dem Beweisbegehren des Angeklagten weiter nachzugehen.“

<sup>4</sup> Sehr kritisch zu dieser Judikatur: Deckers, Der strafprozessuale Beweisantrag, besprochen von Herdegen, StV 2002, 573.

<sup>5</sup> BGH 3 StR 482/01 - Beschluss vom 5. Februar 2002; zitiert unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/01/3-482-01.php3>: „Es ist dem Angeklagten nicht verwehrt, mit dem Mittel des Beweisantrags auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die er nur für möglich hält.“

<sup>6</sup> Wie vor.

<sup>7</sup> Eisenberg, Rdziff. 156.

<sup>8</sup> BGH 3 StR 431/02 - Beschluss vom 9. Januar 2003 zitiert nach <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/02/3-431-02.php3>.

Weiterhin können bedingte Beweisanträge von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Bedingung kann von einer bestimmten Zeugenaussage, der Erhebung eines anderen Beweises oder aber der Vereidigungsvornahme abhängen. Weit häufiger ist jedoch, ein Antrag unter der Bedingung zu stellen, dass das Gericht zu einer bestimmten Auffassung gelangt ist. Dies kann beispielsweise der Fall sein, bei der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage, der bejahten Schuldfähigkeit/Täterschaft des Angeklagten oder aber der Echtheit einer Urkunde.

Verbreitet sind auch die so genannten Hilfsbeweisanträge, die unter der Bedingung gestellt werden, dass das Gericht zu einer bestimmten (das Verfahren abschließenden) Entscheidung gelangt ist. Allerdings liegt im Hilfsbeweisantrag auch gleichsam der Verzicht auf die Bekanntgabe der Entscheidung über den Beweisantrag in der Hauptverhandlung vor der Urteilsfindung. Sicherheitshalber sollte daher in den Hilfsbeweisantrag mit eingestellt werden, dass die Bekanntgabe noch in der Hauptverhandlung verlangt wird (so genannte Bescheidungsklausel).

6. In der Praxis des Strafprozesses werden häufig Anträge gestellt, die auf den Beweis einer negativen Behauptung (»Negativtatsache«) gerichtet sind. Es soll dann unter Beweis gestellt werden, dass ein bestimmter Umstand nicht vorgelegen oder ein Ereignis nicht stattgefunden habe. Ob solche Anträge als Beweisanträge zu werten sind, ist umstritten, sollte aber für die Klausurtaktik nicht ausschlaggebend sein, aber es sollte nach Möglichkeit der Versuch unternommen werden, positive Beweisbehauptungen zu treffen und diesen dann den Vorzug zu geben.

*„In der Regel beziehen sich Negativbehauptungen nicht auf unmittelbare Wahrnehmungen des Zeugen und sind daher kein tauglicher Gegenstand eines Beweisantrags. Ausnahmen gelten jedoch bei »einfachen Sachverhalten«, wenn der Zeuge Wahrnehmungen über ein »unmittelbar tatbestandserhebliches Geschehen« gemacht haben soll, und insbesondere dann, wenn der Zeuge selbst als aktiver oder beobachtender Teilnehmer in die Beweisbehauptung einbezogen ist.“<sup>9</sup>*

7. Da die Antragsberechtigung der Verfahrensbeteiligten auf dem Anspruch auf rechtliches Gehör fußt, hängt das Antragsrecht demnach auch nicht von der rechtlichen Stellung (Geschäftsfähigkeit) ab. Hinsichtlich des Zeitpunktes der Beweisantragstellung ist festzuhalten, dass die Beweisanträge zwar grundsätzlich mündlich zu stellen sind, jedoch im Allgemeinen der Beweisantrag dann schriftlich zu Protokoll genommen wird. Kein Anspruch besteht darauf, dass ein mündlich gestellter Antrag in das Protokoll durch den Rechtsanwalt diktiert werden kann.<sup>10</sup> Folgerichtig ist den Verfahrensbeteiligten bei Unterbrechung der Hauptverhandlung zu ermöglichen, eine schriftliche Erklärung einzureichen. Der Beweisantrag kann bis zum Beginn der Urteilsverkündung gestellt werden. Nach Beginn der Urteilsverkündung liegt dies jedoch im Ermessen des Vorsitzenden, ob wieder in die Hauptverhandlung eingetreten wird.

Schließlich gebietet die Fürsorgepflicht des Gerichtes, auf vollständige und sachgerechte Beweisanträge der Prozessbeteiligten hinzuwirken (§ 244 Abs. 2 StPO); dies gilt auch dann, wenn

---

<sup>9</sup> Niemöller, Negativbehauptungen als Gegenstand strafprozessualer Beweisanträge, StV 2003, 687, 689.

<sup>10</sup> Eisenberg, Rdziff. 176 ff.

der Beweisantrag vor der Hauptverhandlung gestellt wurde und dann in der Hauptverhandlung entsprechend wiederholt werden müsste<sup>11</sup>.

## II. Praktische Anwendung

1. Eine Formvorschrift wie der Beweisantrag zu stellen ist, existiert nicht. Dennoch sollten zur Vermeidung von Unklarheiten die Regeln der Schriftlichkeit beachtet werden. Lassen Sie sich auch nicht darauf ein, dass ein anderer „Ihren“ Antrag in seine Worte kleidet; schließlich wollen Sie ja später auch die Revision führen können. Versuchen Sie möglichst kurze Sätze zu formulieren. Denn der prägnante Satz überzeugt mehr, weil man ihn überhaupt wahrnimmt. Rechtsprechungshinweise sollten sehr sparsam verwendet werden.

Üblicherweise sollte Ihr Beweisantrag schriftlich an alle Prozessbeteiligten – ggfls. auch schon vor dem Termin - verteilt werden, bevor Sie den Antrag dann mündlich in der Hauptverhandlung verlesen. Achten Sie darauf, dass der Antrag als Anlage zu Protokoll genommen wird und notieren Sie in Ihren Unterlagen, welche Anlagennummer der Antrag erhält. Sollte die Stellungnahme der weiteren Prozessbeteiligten Sie dazu auffordern, ebenfalls eine Stellungnahme abzugeben, nehmen Sie dieses Recht in Anspruch - bevor das Gericht über Ihren Antrag befindet.

Sollte der Beweisantrag abgelehnt werden - die Begründung wird ebenfalls als Anlage zu Protokoll genommen - müssen Sie den Wortlaut des Beschlusses kennen und ggfls. eine Abschrift aus dem vorläufigen Protokoll erwirken. Denn nur so können Sie Ihren Beweisantrag „nachbessern“ bzw. ergänzen und müssen ihn dann erneut stellen.

2. Bei der Stellung eines Beweisantrages sollten die **fünf „W“** beantwortet werden können:

1. **Wann**: In welcher Phase sollte ein Beweisantrag gestellt werden
2. **Womit**: Mit welchem Beweismittel soll
3. **Welches** Beweisziel errungen werden und
4. **Wie** stehen diese miteinander in Verbindung
5. **Wo** ist dieses Beweismittel zu finden

Der BGH<sup>12</sup> dazu:

„Ein auf die Vernehmung eines Zeugen gerichteter Beweisantrag verlangt sowohl die Behauptung einer konkreten Tatsache als auch die Behauptung, daß der Zeuge diese Tatsache aus eigener Wahrnehmung bekunden kann. Darüber hinaus muß erkennbar sein, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu

---

<sup>11</sup> Thüringisches OLG 1 Ss 36/02 vom 16.07.2002, veröffentlicht auf der Homepage der Strafverteidigervereinigung Sachsen.

dem Beweisthema bekunden können soll. In Fällen, in denen sich dieser Zusammenhang nicht von selbst versteht, ist die "Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel" näher darzulegen"

Am besten ist es auswendig zu lernen:

„In der Strafsache

gegen

wird zum Beweis der Tatsache Y beantragt, das Beweismittel X, zu finden da und dort, zu vernehmen / verlesen / in Augenschein zu nehmen... Denn das Beweismittel führt zu dem Ergebnis Y, weil...“

---

<sup>12</sup> BGH 1 StR 33/00 - Beschluß v. 29. Februar 2000 zitiert nach <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/00/1-33-00.php3> .

### 3. Ein Formulierungsvorschlag von Burhoff für den Beweisantrag im Ermittlungsverfahren<sup>13</sup> lautet:

„An die  
Staatsanwaltschaft beim Landgericht Musterstadt

In dem Ermittlungsverfahren  
gegen H. Muster  
Az.: . . .  
wegen des Verdachts der Hehlerei u.a.

wird unter Hinweis auf die Vollmacht beantragt,  
den Elektrohändler K. Meier, Musterstadt, H.-Straße 17,  
als Zeugen zu vernehmen.

Dieser wird als Zeuge zum Beweis [der Tatsache] dafür benannt, dass der Beschuldigte den bei ihm gefundenen Videorecorder bei dem Zeugen am 5. Februar 2002 zum Preis von 339 EURO gekauft hat. Damit wird die Einlassung des Beschuldigten, der dies angegeben und den Vorwurf, den Videorecorder in der Gaststätte „Zum Treppchen“ von dem anderweitig verfolgten Kurt Schulze als Fehlerware erworben zu haben, bestreitet, bestätigt werden.

Ich beantrage, mir bei der Vernehmung des Zeugen die Anwesenheit zu gestatten.

Ich beantrage außerdem, mir nach Durchführung der Zeugenvernehmung nochmals

Akteneinsicht

zu gewähren.“

### 4. Ein (leicht abgeänderter) Formulierungsvorschlag für einen Beweisantrag vor der Hauptverhandlung von Michalke<sup>14</sup>

„An den Vorsitzenden der 2. Großen Strafkammer  
bei dem Landgericht Mainz

- AZ -

Datum

In der Strafsache  
Gegen

wird hiermit zur Kenntnis gegeben, dass die Verteidigung das Ergebnis des in den Akten befindlichen Sachverständigengutachtens Dr. XY.. durch einen ballistischen Sachverständigen, Prof. Z. hat überprüfen lassen. Dem Sachverständigen wurde zu diesem Zweck das vorliegende Gutachten wie auch der Obduktionsbericht, Bild-Sonderband zur Verfügung gestellt; weiter wurde eine Tatortbesichtigung vorgenommen. Weitere Akteneinsicht hat er nicht erhalten, womit er von einer schriftlichen sachverständigen Äußerung über einen möglichen Tatablauf abgesehen hat. Für eine abschließende Stellungnahme hält er die Mitwirkung an der Hauptverhandlung, insbesondere die Anhörung der Zeugen für unumgänglich.

Dessen ungeachtet sieht sich Prof. Z. allerdings bereits heute in der Lage, es auszuschließen, dass aus den sichergestellten Spuren und Beweismitteln sowie anhand des Inhalts des Obduktionsergebnisses Schlussfolgerungen im Hinblick auf mögliche Standorte sowohl des Schützen als auch des Opfers gezogen werden können.

Es wird daher in Hinblick auf dieses letztgenannte Beweisthema beantragt,

<sup>13</sup> Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Auflage 2003, Rz. 420.

<sup>14</sup> Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 3. Auflage 2998, VII.D.6.

Prof. Z, zu laden über ...Adresse

Für die am 6. Mai 2005 beginnende Hauptverhandlung zu laden. Der Sachverständige hat für die angesetzten Termine sein Erscheinen zugesagt.

Sollte dem vorliegenden Beweisantrag nicht stattgegeben werden, so ist die Ladung des Sachverständigen gemäß § 220 StPO beabsichtigt. Es wird darum gebeten, rechtzeitig vor Verhandlungsbeginn mitzuteilen, ob das Gericht die Ladung vornimmt.“

#### 5. Beispiel nach Michalke<sup>15</sup> auf Verlesung einer (präsenten) Urkunde (§ 245 StPO) in der Hauptverhandlung

„An das Amtsgericht  
AZ

In der Strafsache  
gegen A

Datum

wird beantragt,

das hiermit dem Gericht übergebene Schreiben des Herrn A an Frau B. vom 09.12.1995 als Urkunde zu verlesen

zum Beweis der Tatsache, dass die Behauptung der Zeugin B., Herr A. habe ihr nicht mitgeteilt, dass er am 10.12.1995 nach Wien gereist ist, unrichtig ist.

Begründung:

Es heißt in dem Brief: „Wie ich Dir schon gestern am Telefon mitgeteilt habe, bleibt es dabei, dass ich morgen früh nach Wien fliege.“

#### 6. Beispiel nach Michalke<sup>16</sup> auf Augenscheinseinnahme in der Hauptverhandlung:

„An das Landgericht  
AZ

In der Strafsache  
gegen

Datum

wird der nachfolgende Beweisantrag gestellt:

Zum Beweis der Tatsache, dass die Kreuzung Kurfürstendamm/ Joachimthaler Straße in Berlin morgens um 10:00 Uhr an einem normalen Werktag durch die im Kreuzungsbereich parkenden Fahrzeuge nur dann für einen Pkw-Fahrer einsehbar ist, wenn dieser mit seinem Fahrzeug ca. 2 m in den Kreuzungsbereich hineinfährt,

wird beantragt,

die Inaugenscheinseinnahme des Kreuzungsbereichs Kurfürstendamm/ Joachimsthaler Straße in Berlin um 10:00 Uhr vormittags.“

#### 7. Beispiel nach Michalke<sup>17</sup> für einen Beweisermittlungsantrag in der Hauptverhandlung:

„An das Landgericht  
AZ

In der Strafsache  
gegen

wird beantragt,

zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes die Behördenakte des Ordnungsamtes - Obere Wasserbehörde - zum AZ ...- beizuziehen.

Begründung:

Zur Begründung wird auf die verwaltungsrechtliche Bedeutung für die Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz der Verunreinigung eines Gewässers verwiesen. § 324 StGB spricht von Verunreinigung nur im Zusammenhang mit der fehlenden auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts zu regelnden wasserrechtlichen Genehmigung.

Die Verteidigung ist sich bewusst, dass es sich bei dem Antrag auf Beiziehung der Behördenakten um einen Beweisermittlungsantrag han-

---

<sup>15</sup> wie vor, VII.D.8.

<sup>16</sup> wie vor, VII.D.9.

<sup>17</sup> wie vor, VII.D.12.

delt. In diesem Zusammenhang wird jedoch darauf verwiesen, dass die bisherige Hauptverhandlung keine hinreichende Klarheit über den Umfang der in Rede stehenden Einleiteerlaubnis erbracht hat. Diese Frage lässt sich nach den Angaben des Zeugen Z durch die Einsicht in die Behördenakten eindeutig klären.“

8. Beispiel nach Michalke<sup>18</sup> für einen bedingten Beweisantrag in der Hauptverhandlung:

„„An das Landgericht

AZ

In der Strafsache

gegen A.

wird für den Fall, dass das Gericht die Angaben des in der Hauptverhandlung bereits abschließend vernommenen Alibizeugen U. nicht für glaubhaft ansehen sollte, beantragt,

Herrn G. Adresse-....

Als Zeugen zum Beweis der der folgenden Tatsache zu vernehmen: Herr G. ist Nachtportier im Hotel Königshof in Hannover. Herr A. hat das Hotel am Tatabend in der zeit zwischen 19:00 und 23:00 Uhr nicht verlassen.“

9. Beispiel nach Michalke<sup>19</sup> für einen Hilfsbeweisantrag in der Hauptverhandlung:

„„An das Landgericht

AZ

In der Strafsache

gegen A.

wird hilfsweise für den Fall, dass das Gericht davon ausgehen, Herr A. habe eine echte Urkunde verfälscht und damit eine Urkundenfälschung i. S. v. § 267 StGB begangen, beantragt,

ein Schriftsachverständigengutachten einzuholen,

zum Beweis der Tatsache, dass es sich bei den Schriftzügen auf der Kontrollkarte nicht um diejenige des Herrn A. handelt.“

---

<sup>18</sup> wie vor, VII.D.15.

<sup>19</sup> wie vor, VII.D.16.

## **Selbstladung von Zeugen und Vernehmung des präsenten Zeugen in Hauptverhandlung, §§ 220, 245 Abs. 2 StPO (Humke)**

Lehnt das Gericht einen Antrag auf Vernehmung eines Zeugen ab, so hat der Angeklagte das Recht, diesen als präsenten Zeugen selbst zu laden. Von dieser Möglichkeit muß insbesondere häufig Gebrauch gemacht werden, wenn ein Zeuge bereits vernommen und entlassen worden ist.

Für den Fall, daß dieser Zeuge aus der Sicht der Verteidigung weitere Angaben machen soll, wird der Beweisantrag von dem Gericht häufig abgelehnt mit der Begründung, dieser habe bereits umfassende Angaben gemacht. In diesem Fall muß der Verteidiger den Zeugen selbst laden. Die Einzelheiten der Selbstladung bestimmt § 220 StPO. Die Ladung muß durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt werden.

### **Schriftsatzmuster Selbstladungsschreiben an den Zeugen**

Herrn Theo Teufel

**Ladung zum Hauptverhandlungstermin des Amtsgerichts Tiergarten am 06.12.2004 in der Strafsache gegen Frau Strolch**

Sehr geehrter Herr Teufel,

in der Strafsache gegen Frau Strolch (Amtsgericht Tiergarten, Aktenzeichen 272 Ds 320/04) lade ich Sie hiermit in meiner Eigenschaft als Verteidiger der Frau Strolch als Zeugen zu der

am 06.12.2004, 9.00 Uhr

stattfindenden Hauptverhandlung des Amtsgerichts Tiergarten, Turmstr. 93, 10548 Berlin, Saal 555.

Hinsichtlich der Ihnen gesetzlich zustehenden Entschädigung als Zeuge sowie hinsichtlich der Reisekosten werden Ihnen 30,00 € über den Gerichtsvollzieher bar dargeboten.

Ich weise Sie daraufhin, daß Ihnen im Falle Ihres Nichterscheinens die durch Ihr Ausbleiben verursachten Kosten auferlegt werden können. Zugleich kann gegen Sie ein Ordnungsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt werden.

Es kann weiterhin die zwangsweise Vorführung angeordnet werden. Diese Maßnahmen unterbleiben, wenn Sie im Falle Ihrer Verhinderung dies dem Gericht mitteilen.

Rechtsanwalt

Dieses Schreiben ist mit einem Ladungsauftrag an den Gerichtsvollzieher zu versehen.

### **Schriftsatzmuster für Ladungsauftrag an den Gerichtsvollzieher**

Gerichtsvollzieherverteilerstelle bei dem Amtsgericht Wedding

**Ladung eines Zeugen gemäß §§ 38, 220 StPO.**

Sehr geehrter Herr Gerichtsvollzieher,

in der Anlage übersende ich ein vorgefertigte Ladung an Herrn Theo Teufel, (Anschrift), zum Hauptverhandlungstermin des Amtsgerichts Köln am 06.12.2004 in der Strafsache gegen Frau Strolch mit der Bitte, diese Ladung zuzustellen und mir schnellstmöglich die beglaubigte Abschrift der Ladung nebst Zustellungsurkunde zurückzusenden.

Gleichzeitig werden 30,00 € übergeben, damit diese dem Zeugen bar dargeboten werden können als Entschädigung für die Reisekosten und den Verdienstaussfall.

Hochachtungsvoll

Rechtsanwalt

In der Hauptverhandlung ist sodann der Beweisantrag auf Vernehmung des präsenten Zeugen (§ 245 Abs. 2 StPO) zu stellen.

### **Schriftsatzmuster Beweisantrag auf Vernehmung des präsenten Zeugen**

Amtsgericht Tiergarten

**10548 Berlin**

**In der Strafsache**

**./. Susi Strolch**

**- 272 Ds 320/04 -**

wird beantragt,

den von der Verteidigung geladenen und erschienenen Zeugen Theo Teufel (Ladungsnachweise als Anlage beigefügt)

als Zeugen zu vernehmen zum Beweis der folgenden Tatsache:

der Zeuge Teufel war zum Tatzeitpunkt Mitfahrer im Pkw der Frau Strolch. Er hat beim Einparkvorgang der Frau Strolch vor deren Wohnung in der Meyerstraße weder einen Anstoß ein an anderes Fahrzeug bemerkt, noch ein Anstoßgeräusch wahrgenommen.

Rechtsanwalt

## **Der Sachverständigenbeweis – insbesondere die psychiatrische Begutachtung (Enners)**

### **1. Vorbemerkung**

Der Sachverständige ist, ebenso wie der Zeuge, personales Beweismittel.

Wann das Gericht einen Sachverständigen hinzuzuziehen hat, ist im Einzelnen nicht geregelt. Die Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO gebietet die Hinzuziehung eines Sachverständigen, wenn über Tatsachenwahrnehmungen oder Erfahrungssätze das Gericht Auskunft haben will und/oder eine bestimmten Sachverhalt beurteilen will, ohne die nötige Sachkunde zu haben.

Der forensisch psychiatrische Sachverständige hat wissenschaftliche Sachkunde zur Schuldfähigkeit.

Der Brandsachverständige oder Waffensachverständige hat auf seinen jeweiligen Gebieten die entsprechende Sachkunde. Ähnliches gilt für andere Sachgebiete.

Interessant ist der forensisch psychiatrische Sachverständige, der wissenschaftliche Sachkunde zu Schuldfähigkeit besitzt. Dieser Sachverständige, ebenso wie alle übrigen Sachverständigen, sind Gehilfe, nicht aber Partner des Gerichtes. Das Gericht bleibt prüfungsbefugt und prüfungsberechtigt.

Der Sachverständige geht von Anknüpfungstatsachen aus. Das sind Tatsachen, die vom Gericht vorgegeben sind.

Als weiteres geht er von Befundtatsachen aus. Dies sind Tatsachen, die er im Rahmen der Untersuchung feststellt. Darüber hinaus geht er von Zusatztatsachen aus. Dies sind Tatsachen, die er zwar im Rahmen der Untersuchung feststellt, für deren Erhebung keine besondere Sachkunde erforderlich ist.

### **2. Der Begriff des Sachverständigen**

Die Abgrenzung zum Zeugen ist nicht nur gebührenrechtlich von Bedeutung. Der Sachverständige kann zum Beispiel abgelehnt. Der Zeuge unterliegt nicht dem Ablehnungsrecht.

Vermittelt die Beweisperson Sachkunde oder Forschungsergebnisse, ist er Sachverständiger. Begutachtet die Beweisperson einen festgestellten Sachverhalt, ist er ebenfalls Sachverständiger. Gibt er Auskunft über vergangene Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung er besonderer Sachkunde bedarf, dann ist er sachverständiger Zeuge (§ 85 StPO)

### **3. Die Rechtsstellung des Sachverständigen**

§ 72 ff. StPO

### 3.1. Die Bestellung des Sachverständigen ist in § 73 ff. StPO geregelt.

Nach dem Wortlaut bezieht sich dies nur auf das gerichtliche Verfahren. § 73 ff. StPO regelt die Bestellung durch den Richter, d.h. durch das erkennende Gericht.

§ 161a StPO i.V.m. § 70 RiStBV regelt die Bestellung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.

Darüber hinaus wird in §§ 162, 169 StPO die Bestellung im Vorverfahren durch den Ermittlungsrichter geregelt.

### 3.2. Die Rechte des Verteidigers

Im Ermittlungsverfahren hat der Verteidiger bei Bestellung des Sachverständigen durch die StA (§ 70 RiStBV) ein Anhörungsrecht. Dies Anhörungsrecht geht nach herrschender Meinung nicht in ein Vorschlagsrecht über. Die Diskussion hier ist breit gefächert.

Der Verteidiger kann aber im Selbstladeverfahren über § 220 StPO den Sachverständigen laden. (Näheres siehe später)

Wenn der Beschuldigte mit dem bestellten Sachverständigen nicht zusammenarbeitet, bleibt zu klären, welche Verteidigungsrechte dann bestehen.

Verweigert der Angeklagte dem gerichtlich bestellten Sachverständigen die Untersuchung, so kann nach BGH ein weiterer Sachverständiger nicht deswegen beantragt werden, weil dieser über überlegendere Forschungsmittel verfügt.

Weigert sich der Beschuldigte an der Untersuchung mitzuwirken, kann dies nach mittlerweile immer gefestigter Rechtsprechung zu seinem Nachteil bewertet werden. Der BGH geht sogar soweit, dass dann bei fehlender Mitwirkung die Schuldfähigkeit zu seinen Lasten geklärt ist.

### 3.3. Die Auswahl des Sachverständigen

Hier soll nur zum forensisch psychiatrischen Sachverständigen Stellung genommen werden. Es gibt einmal sachorientierte Kriterien. Ein Psychiater ist in der Regel zu bestellen, wenn die Diagnostik einer Psychose oder hirnganischen Erkrankungen naheliegen. Ein Psychologe ist auf jeden Fall bei Prognosengutachten zu bestellen, darüber hinaus auch bei differenzierter Persönlichkeitsdiagnostik, und bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit kindlicher Zeugen. Auch wird hin und wieder der Psychoanalytiker beauftragt. Er ist mehr dann Erklärungsgehilfe. Der Psychoanalytiker – ein gefestigtes Berufsbild insoweit gibt es nicht – kann und soll psychodynamische Prozesse oder Therapiechancen abklären.

Den Beruf des Sachverständigen, insbesondere des forensisch psychiatrischen Sachverständigen gibt es nicht (noch nicht). Der Sachverständige muss Arzt sein, noch nicht einmal braucht er Facharzt zu sein. Seine Sachkunde muss aber außer Zweifel stehen. Er muss die klinische Psychiatrie exzellent beherrschen, muss auch psychologische Kenntnisse haben. Dies ist ggf. abzufragen.

Nach welchen Kriterien wählt der Verteidiger den Sachverständigen aus?

Der Verteidiger hat natürlich ein Interesse, über den Sachverständigen ein günstigeres Ergebnis zu erzielen. Ziel ist es in der Regel, über den Sachverständigen über fakultative Strafrahmenverschiebungen (§§ 20, 21 StGB) ein günstiges oder günstigeres Urteil zu erzielen. Selbst wenn diese Ziel nicht erreicht werden kann, kann durchaus die Bestellung eines Sachverständigen sinnvoll sein, um die Täterpersönlichkeit zu durchdringen, psychische Entwicklungen aufzuhellen, die möglicherweise eine Erklärung für die Tat oder die Taten waren. Nicht ganz von der Hand zu weisen sind die subjektiven Tatbestandsmerkmale, die auch mit Hilfe eines Sachverständigen geklärt werden können. So ist in der Regel der Sachverständige im Schwurgerichtsverfahren die entscheidende Beweisperson, ob subjektive Tatbestandsmerkmale, etwa bei den Mordmerkmalen vorliegen.

Also:

Der Sachverständige kann dann ein wichtiger Entscheidungsgehilfe für die Beurteilung der subjektiven Tatbestandsmerkmale, der Willensrichtung und des Motivs sein. Auch dies sollte ein wichtiges Auswahlkriterium sein.

#### 3.4. Wann ist ein Sachverständiger zu bestellen

Die gesetzlichen Verpflichtungen sind §§ 81 StPO; 80a, 264a StPO; 63, 64, 66 StGB; 81a StPO (DNA-Begutachtung) sowie Prognosengutachten bei § 463 Abs. 3 StPO.

Darüber hinaus ist der Sachverständige im Rahmen der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu bestellen. Dies drängt sich auf Hirnschädigungen, Affekttaten, ungewöhnlichen Tatausführungen, Triebanomalien, Blutalkohol, nichtstoffgebundenen Süchten, pp.

## 4. Die Ablehnung des Sachverständigen

§ 74 StPO verweist auf die Ausschließungsgründe der § 22 Abs. 1 bis 4 StPO.

Aber § 74 Abs. 1 S. 2 StPO schließt § 22 Abs. 5 StPO aus.

Sonstige Ablehnungsgründe sind nach § 24 Abs. 2 StPO geltend zu machen. Es gibt eine umfangreiche Kasuistik. Es können einige Beispiele erörtert werden.

Ablehnungsberechtigt nach § 74 Abs. 2 StPO sind Staatsanwaltschaft, Privatkläger und Angeklagter. Hier ist der Wortlaut verfehlt. Gemeint ist der Nebenkläger.

Nach § 83 Abs. 2 StPO kann der Sachverständige auch nach Erstattung des Gutachtens bis zum Abschluss der Beweisaufnahme abgelehnt werden. Im Gegensatz zur Richterablehnung besteht keine Präklusion.

Der Ablehnungsgrund muss glaubhaft gemacht werden (§ 74 Abs. 3 StPO). Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch trifft das Gericht in großer Besetzung. Die Anhörung des Sachverständigen ist nicht erforderlich, aber geboten. Der abgelehnte Sachverständige darf nicht mehr vernommen werden. Sein Gutachten darf auch nicht verwertet werden. Der abgelehnte Sachverständige kann aber als Zeuge über den Inhalt seines Gutachtens vernommen werden.

Rechtsmittel gegen Verwerfungsbeschlüsse sind nur beschränkt gegeben.

Im Ermittlungsverfahren kann einfache Beschwerde eingelegt werden, nach Eröffnung des Hauptverfahrens ist kein Rechtsmittel mehr gegeben. (§ 305 StPO)

## **5. Die Rechte des Sachverständigen.**

§ 76 gibt ihm das Gutachtenverweigerungsrecht nach Maßgabe von § 52 StPO, nicht aber nach § 53 StPO. Dies bezieht sich sowohl auf die Befund- als auch auf die Zusatztatsachen.

Der Sachverständige wird nur auf Antrag vereidigt. Der Eid erstreckt sich nur auf die Befundtatsachen. Zusatztatsachen bekundet der Sachverständige als Zeuge, deshalb muss an sich über seine Vereidigung gesondert entschieden werden. Dieser Streit ist nun obsolet durch § 59 StPO.

Der Sachverständige hat eine Belehrungspflicht gegenüber den zur Untersuchung Verweigerungsberechtigten. Dies folgt aus § 81c Abs. 3 u. 4 StPO. Deshalb besteht bei fehlender Belehrung ein Verwertungsverbot. Hier soll aber nochmals darauf hingewiesen werden, dass dies nur bei Widerspruch gilt. (Widerspruchslösung des 5. Senates)

Ansonsten besteht keine Belehrungspflicht. Dies gilt auch bei der Glaubwürdigkeitsbegutachtung des nicht verweigerungsberechtigten Zeugen.

Eine Belehrungspflicht besteht bei fremdanamnestischen Untersuchungen von Angehörigen.

Die Belehrungspflicht entfällt, wenn die zeugnisverweigerungsberechtigten Personen vorher richterlich belehrt worden sind.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Sachverständige bei fremdanamnestischen Untersuchungen zeugnisverweigerungsberechtigte Angehörige belehren muss, wenn diese nicht richterlich belehrt worden sind. Ansonsten droht ein Verwertungsverbot. Hier ist wiederum die Widerspruchslösung zu beachten.

Der Sachverständige hat ein Anwesenheits- und Fragerecht. Darüber hinaus hat er Akteneinsichtsrecht, auch eine Akteneinsichtspflicht.

Auf Verlangen des Sachverständigen kann er zur Vorbereitung seines Gutachtens Zeugen vernehmen. Auch hier besteht nach m.E. falscher herrschender Meinung keine Belehrungspflicht.

Unstreitig ist mittlerweile, dass der Verteidiger kein Anwesenheitsrecht hat.

## **6. Der Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens**

Hier muss der Verteidiger einen Beweisantrag stellen. Es gilt nichts anderes als für den Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen. Es muss ein Beweismittel benannt werden, sowie muss eine bestimmte Beweistatsache behauptet werden. Ein bestimmter Sachverständiger muss nicht vorgeschlagen werden. Es muss noch nicht einmal die Fachrichtung angegeben werden. Den Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens kann unter den Voraussetzungen des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO abgelehnt werden. Der wichtigste Ablehnungsgrund ist die eigene Sachkunde des Gerichtes. Das Gericht, ggf. auch ein Mitglied des Gerichtes muss die eigene Sachkunde ausreichend darlegen.

Der Ablehnungsgrund „nicht erforderlich“ ist nicht zulässig, das dies ein im Gesetz nicht vorgesehener Ablehnungsgrund ist.

Problematisch ist die Gesetzeslage und die Rechtsprechung zur Frage der Einholung eines weiteren Sachverständigen. In der Regel können diese Beweisanträge unter den Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 S. 2 HS 1 StPO abgelehnt werden.

Ein weiterer Sachverständiger ist in der Regel zu beauftragen, wenn der gehörte Sachverständige nicht auf der Höhe der Wissenschaft ist, er nicht die erforderliche Qualifikation hat. Ein weiterer Sachverständiger ist zu beauftragen, wenn mit abweichenden früheren Untersuchungsergebnissen er sich nicht auseinander gesetzt hat, oder wenn er seine Meinung ohne Begründung wechselt. Das gleiche gilt, wenn der bestellte Sachverständige sich weigert, seine Untersuchungsmethoden darzulegen.

## **7. Die Selbstladung nach § 220 StPO**

Dies ist ein scharfes Schwert der Verteidigung, wird leider zu selten eingesetzt. Das Kostenrisiko ist sehr groß. Die formalen Voraussetzungen sind im § 220 StPO geregelt. Danach muss der Sachverständige durch den Gerichtsvollzieher geladen werden mit dem Anbieten der gesetzlichen Entschädigung. Darüber hinaus ist ein Beweisantrag nach § 245 Abs. 2 StPO erforderlich.

## **Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen (Elze)**

### **A. Ausschließung und Ablehnung eines Richters**

#### **I Basiswissen**

1. Es gibt Ausschließungsgründe eines Richters bei der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes, §§ 22 und 23 StPO, mit der Folge, dass er aus diesem Grund abgelehnt werden kann, und es gibt die Möglichkeit, einen Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, § 24 I und II StPO
2. Vor der Ablehnung eines Richters sollten die Vor- und Nachteile eines Ablehnungsgesuches und dessen Auswirkungen auf das „Prozessklima“ mit dem Mandanten besprochen, abgewogen und in die strategischen Überlegungen einbezogen werden
3. Die Ablehnung eines Richters sollte auf keinen Fall überstrapaziert werden

#### **II Vertiefendes Wissen**

Die Ablehnung und Ausschließung von Gerichtspersonen ist Ausfluss aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG - des Rechts auf den gesetzlichen Richter. Der Unterschied von Ausschluss kraft Gesetzes und Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit liegt darin, dass der Ausschluss eines Richters von der Mitwirkung an einer Entscheidung kraft Gesetzes eintritt und eine entsprechende Feststellung des Gerichts nur deklaratorischen Charakter hat, während im Falle der Befangenheit die entsprechende gerichtliche Entscheidung konstitutiv wirkt, d.h. erst die Entscheidung selbst zum Ausschluss eines Richters von der Mitwirkung bei der Entscheidung führt.

Der Rechtsanwalt (Verteidiger) muss den Mandanten vor Stellung des Ablehnungsantrages beraten bei der Ausschließung des Richters im Hinblick auf

- a. Kostenrisiko, falls dem Antrag stattgegeben wird und das Verfahren ausgesetzt und mit der Hauptverhandlung neu begonnen wird,
- b. nachteilige Veränderung der Stimmung, falls dem Antrag nicht stattgegeben wird und der Richter nicht mehr Gesprächen zugänglich ist im Hinblick auf eine Beendigung des Verfahrens.

Es ist deshalb zu beachten, dass das Mittel der Ablehnung nicht überstrapaziert wird, sondern nur in solchen Fällen ein Ablehnungsantrag gestellt wird, wenn keine andere Wahl mehr besteht, d.h. wenn eine vorurteilsfreie Entscheidung in diesem Verfahren nicht mehr zu erwarten ist. Insofern ist ein Verlangen des Mandanten, einen Ablehnungsantrag zu stellen, sorgfältig vom RA zu prüfen. Der Antrag auf Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit ist auch kein Mittel, um das Verfahren zu sabotieren.(vgl. NJW 1995,409; NStZ 1997,212; StV 1996,507). Allerdings ist das Anbringen eines Ablehnungsantrages wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde Voraussetzung für eine Verfassungsbeschwerde, so dass der RA gezwungen sein kann einen solchen Ablehnungsantrag zu stellen (vgl. BVerfG NStZ2000,382)

Entscheidend ist immer das Interesse des Mandanten. Der RA muss deshalb bei der Formulierung des Ablehnungsantrages einen sachlichen Stil wählen und diesen emotionslos abfassen.

### **Ablehnungszeitpunkt**

Der Ablehnungsantrag wegen Besorgnis der Befangenheit ist bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse und in der Hauptverhandlung über die Berufung oder die Revision bis zum Beginn des Vortrages des Berichterstatters zu stellen, § 25 I StPO  
Nach diesem Zeitpunkt kann der Ablehnungsantrag nur gestellt werden, wenn die Umstände, auf welche die Ablehnung gestützt wird, erst später auftreten oder erst später bekannt werden und die Ablehnung muss dann unverzüglich geltend gemacht werden. Nach dem letzten Wort des Angeklagten ist ein Ablehnungsantrag nicht mehr zulässig, § 25 II StPO

Der Ablehnungsantrag ist bei dem Gericht anzubringen, dem der Richter angehört. Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen. Der Ablehnungsantrag muss in der Hauptverhandlung gestellt und dort wiederholt werden, falls er bereits früher gestellt worden ist.

### **Ablehnungsberechtigte:**

Nach § 24 Abs. 3 S. 1 StPO sind Ablehnungsberechtigte

der Angeklagte (nicht der Verteidiger)

die Staatsanwaltschaft

der Privatkläger und

der Nebenkläger

### **Praxistipp:**

Da der RA schnell handeln muss, sollte er sofort nach Kenntnis vom Ablehnungsgrund eine Unterbrechung beantragen, um den Befangenheitsantrag zu formulieren und glaubhaft zu machen.

Als Befangenheit i.S. von § 24 StPO wird die innere Haltung des Richters angesehen, aufgrund der er nicht mehr neutral ist und die von ihm erwartete Neutralität nicht mehr gewährleistet zu sein scheint (ob er tatsächlich befangen ist, spielt keine Rolle). Für die Beurteilung der Befangenheit kommt es auf den Standpunkt eines vernünftigen Angeklagten an. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes wegen Besorgnis der Befangenheit ist vom Standpunkt des Ablehnenden zu beurteilen.

Für die Besorgnis der Befangenheit haben sich in der Rechtsprechung 4 Gruppen gebildet.

- Das eigene Verhalten des Angeklagten
- Die Vortätigkeit des Richters
- Sein Verhalten oder Äußerungen
- Die persönlichen Verhältnisse des Richters

Beispielfälle aus der Rechtsprechung, in denen Besorgnis der Befangenheit

a) bejaht wurde.

Wenn der Richter im Rahmen einer Absprache über eine Obergrenze der Freiheitsstrafe sich auf ein Höchstmaß festgelegt hat, ohne den Umfang des Geständnisses und den weiteren Verlauf der Hauptverhandlung abzuwarten (BGHSt 45,312)

Wenn der Richter gegenüber dem Angeklagten Äußerungen gegenüber dem Verteidiger abgibt, aus denen sich entnehmen lässt, dass er von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist (BGHSt 26,298):

b) verneint wurde:

Bei Rat des Richters, das Rechtsmittel zurückzunehmen

#### **A. Das Ablehnungsverfahren:**

1. Der Name des Richters ist festzustellen, § 24 II S 2
2. Der Ablehnungsgrund ist anzugeben und glaubhaft zu machen
3. Der abgelehnte Richter muss sich i.d.R. dienstlich äußern
4. Die Entscheidung des Gerichts ergeht durch Beschluss
5. Bei erfolgloser Ablehnung kann die Entscheidung nur mit dem Urteil angefochten werden

### **Literaturhinweise:**

Der befangene Strafrichter 1969, NJW 1971,1112.

Dahs, Ablehnung von Tatrictern nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht,  
NJW 1966,1691.

Burhoff, Die Ablehnung des Richters im Strafverfahren, ZAPF 22, S. 101.

Sommer, Maßnahme des Strafverteidigers in der Hauptverhandlung, ZAPF 22, S. 101

### **B. Ablehnung von Schöffen**

Für die Ablehnung von Schöffen gelten nach § 31 I StPO die §§ 22, 23 StPO für den Ausschluss des Richters und die §§ 24 ff StPO für die Richterablehnung entsprechend

### **C. Ablehnung von Urkundsbeamten**

Nach § 31 I StPO gelten für die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und andere als Protokollführer hinzugezogene Personen die §§ 22 ff StPO entsprechend. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit spielt hier in der Praxis keine Rolle

### **D. Ablehnung von Sachverständigen**

Nach § 74 StPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen wie ein Richter abgelehnt werden, § 22 ff und 24 StPO. Der Ablehnungsgrund gem. § 74 I S.2 StPO kann nicht daraus genommen werden, dass der SV zuvor als Zeuge vernommen worden ist. Neben der Ablehnung kann auch ein sogenannter Entbindungsantrag nach § 76 StPO in Betracht kommen.

### **E. Ablehnung des Vertreters der Staatsanwaltschaft**

Ist nach herrschender Meinung nicht möglich. Die Vorschriften der §§ 22, 23, 24 ff StPO gelten nicht entsprechend. Es kann lediglich bei dem Vorgesetzten des Staatsanwaltes angeregt werden, den

Staatsanwalt wegen Besorgnis der Befangenheit abzulösen. Es liegt dann im Ermessen des Vorgesetzten, ob der STA abgelöst wird oder nicht.

**Mustertext:**

An das  
Landgericht Berlin

In dem Strafverfahren  
Gegen  
Karl Meier  
501-40/04

wird der Vorsitzende Richter am Landgericht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

Zur Begründung wird wie folgt vorgetragen:

In der heutigen Hauptverhandlung hat der Vorsitzende während der Vernehmung des Angeklagten zur Sache geäußert: „Nun bleiben Sie aber bei der Wahrheit! Was Sie uns hier erzählen stimmt nicht. Nach Aktenlage lügen Sie“.

Mit dieser Äußerung hat der Richter den Eindruck erweckt, dass er für sich, bevor die Zeugen vernommen wurden, entschieden hat, dass die von dem Angeklagten gegebene Einlassung nicht zutrifft. Dadurch ist das Vertrauen meines Mandanten, des hiesigen Angeklagten, in die Unvoreingenommenheit und Neutralität des Vorsitzenden Richters zerstört.

Zur Glaubhaftmachung beziehe ich mich auf die dienstlichen Äußerungen der Kammermitglieder und des Protokollführers.

Ich beantrage

1. meinem Mandanten gem. § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO die zur Mitwirkung an dem Verfahren beteiligten Richter, insbesondere des Vorsitzenden Richters, namhaft zu machen

und

2. ihm die dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden Richters, der beisitzenden Richter und des Protokollführers zugänglich zu machen.

Schmidt  
Rechtsanwältin

# **Anwaltliche Einwirkungsmöglichkeiten auf Strafzumessungserwägungen**

von Rechtsanwalt Torsten Rose

## **I) Einleitung**

Um auf Strafzumessungserwägungen zugunsten seines Mandanten günstig einwirken zu können, ist die Kenntnis der in § 46 StGB genannten Grundsätze der Strafzumessung und der hierzu ergangenen einschlägigen Rechtsprechung natürlich unverzichtbar. Es würde den Rahmen dieses Skriptes sprengen, darauf im Einzelnen näher einzugehen. Die entsprechenden Kenntnisse müssen daher hier im Wesentlichen vorausgesetzt werden. Viele wichtige Aspekte sind aber in die nachfolgende Darstellung eingearbeitet, die ihren Schwerpunkt aber darauf legt, wie diese Kenntnisse in der Praxis vom Verteidiger effektiv genutzt werden können. Äußerst wichtig ist in diesem Zusammenhang natürlich auch der Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46a StGB), der in einem separaten Kapitel näher behandelt wird.

## **II) Übersicht**

Die Möglichkeiten des Verteidigers zur Beeinflussung der Strafzumessung lassen sich im Wesentlichen in drei Gruppen aufgliedern:

- Für die Strafzumessung günstige Tatsachen in das Strafverfahren einführen bzw. solche bereits anderweitig eingeführten Tatsachen besonders betonen
- Von anderen Verfahrensbeteiligten (zu Unrecht) geäußerten bzw. von diesen mutmaßlich in Erwägung gezogenen Strafschärfungsgründen entgegentreten
- Auf die Schaffung noch nicht vorhandener günstiger Tatsachen hinwirken (z.B. Ablegen eines Geständnisses, Entschuldigung beim Opfer, Schadenswiedergutmachung usw.). Sofern ein Geständnis in Betracht kommt, muss stets überlegt werden, ob im Hinblick auf ein in Aussicht gestelltes Geständnis eine so genannte Verständigung im Strafverfahren („Deal“) in Betracht kommt. Auf dieses Thema kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, es sei aber darauf hingewiesen, dass die Kenntnis

der hierzu in jüngerer und jüngster Zeit erfolgten Rechtsprechung des BGH unerlässlich ist.<sup>20</sup>

### III) Vorüberlegungen

Bevor der Verteidiger eine Strategie entwickelt, welche Strafmilderungsgründe er in welcher Weise in das Strafverfahren einführen kann, muss zunächst –gemeinsam mit dem Mandanten- das Verteidigungsziel festgelegt werden. Hierbei ist insbesondere zu klären, ob ein Freispruch erstrebt werden soll oder ob die Verteidigung sich von vornherein auf die Erzielung eines möglichst geringen Strafmaßes beschränken soll. Bei dieser Entscheidung werden maßgeblich die Weichen für das gesamte weitere Verfahren gestellt:

Entscheidet man sich für die Freispruch-Verteidigung, sind dem Mandanten naturgemäß einige Strafmilderungsgründe von vornherein abgeschnitten. Solange diese Strategie verfolgt wird, kann der Mandant nicht in den Genuss der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses kommen, das insbesondere bei Sexualstraftaten (wenn dadurch dem Opfer eine detaillierte Aussage in der Hauptverhandlung erspart bleibt) in der Regel zu einer ganz erheblichen Strafmilderung führt. Zwar kann die Verteidigungsstrategie im Fall einer ungünstig verlaufenden Beweisaufnahme immer noch geändert und ein Geständnis abgelegt werden, dessen strafmildernde Wirkung reduziert sich dann jedoch erheblich. Der BGH ging in Einzelfällen sogar davon aus, dass eine strafmildernde Wirkung eines Geständnisses gänzlich entfallen kann, wenn es erkennbar nicht aus einem echten Reue- oder Schuldgefühl heraus erfolgte, sondern lediglich aufgrund einer erdrückenden Beweislage heraus abgelegt wurde.<sup>21</sup> Ferner kommen bei der Freispruchverteidigung eine Entschuldigung beim Opfer oder eine Schadenswiedergutmachung von vornherein nicht in Betracht. Als weiteres Beispiel sei hier der Fall genannt, dass der Mandant spontan zu einem Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt durch eine der Tat unmittelbar vorausgegangene Provokation des Opfers hingerissen wurde. Solange der Mandant die Tat be-

---

<sup>20</sup> Grundlegend zur Verständigung in der Hauptverhandlung: *BGHSt 43, 195*; mehrer Entscheidungen des *BGH* aus jüngster Zeit finden sich u. a. in *StV 2004*, S. 470 ff. Besonders hervorzuheben ist hierbei ein *Beschluß vom 09.06.2004*: Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens (Art 6 MRK) durch unzulässige Willensbeeinflussung, wenn vom Gericht für den Fall eines Geständnisses (und vollständiger Schadenswiedergutmachung) eine Strafobergrenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe zur Bewährung angeboten wird, während andernfalls eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren ernsthaft in Aussicht gestellt wird. Der BGH führte hierzu aus: „Diese Differenz ist nicht mehr mit der strafmildernden Wirkung von Geständnis und Schadenswiedergutmachung im Rahmen schuldangemessenen Strafs zu erklären. Dieses Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erzwingung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden.“

<sup>21</sup> BGHR StGB 213 Alt 2 Gesamtwürdigung 2

streitet oder schweigt, ist dieser Umstand für die Verteidigung grundsätzlich nicht in das Verfahren einführbar.

Aufgrund dieser schwerwiegenden Konsequenzen bei der Festlegung des Verteidigungsziels ist der Mandant diesbezüglich besonders gründlich und eingehend zu beraten. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dem Mandanten anhand der Aktenlage eine realistische Einschätzung der Chancen auf einen Freispruch zu ermöglichen. Hierbei sollte sich der Verteidiger einerseits bewusst sein, dass eine Vielzahl von Beschuldigten dazu neigt, übertrieben große Hoffnungen auf einen Freispruch zu hegen. Andererseits ist bei der Beratung auch großes Fingerspitzengefühl erforderlich, um beim Mandanten den Eindruck zu vermeiden, sein eigener Verteidiger würde ihm keinen Glauben schenken oder die Angelegenheit nicht mit dem notwendigen Engagement betreiben wollen.

Allerdings kann und muss der Verteidiger auch im Fall einer Freispruchverteidigung vorsorglich –für den Falle eines Schuldspruches– auf einige eventuelle Strafzumessungserwägungen zugunsten seines Mandanten Einfluss nehmen. Zu denken ist hier insbesondere an Folgendes:

- Der Mandant muss ggf. über die Bedeutung der Stabilisierung seiner Lebensverhältnisse beraten werden. Insbesondere können sich die Aufnahme einer geregelten Arbeit oder der Beginn einer Alkohol- bzw. Drogentherapie positiv auf die Strafzumessung auswirken, von entscheidender Bedeutung können diese Aspekte bei der Frage einer Strafaussetzung zur Bewährung (positive Sozialprognose gemäß § 56 Abs. 1 StGB) werden. Bei Vorliegen solcher günstigen Umstände muss der Verteidiger sicherstellen, dass diese in das Strafverfahren eingeführt werden.
- Auf negative Folgen für den Mandanten, die schon durch die Durchführung des Strafverfahrens entstanden sind, ist hinzuweisen. In Betracht können hier z. B. kommen: erlittene Untersuchungshaft, lange Dauer des Verfahrens, Verlust des Arbeitsplatzes, Vorverurteilung in den Medien usw.
- Anhaltspunkte für Strafmilderungsgründe, die sich bei Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung ergeben, müssen ggf. durch Nachfragen deutlich herausgearbeitet werden. Hierbei ist allerdings Vorsicht erforderlich, wenn der Zeuge den Mandant hinsichtlich der Schuldfrage belastet (siehe unten).

#### **IV) Wann und wie sind für die Strafzumessung günstige Umstände in das Verfahren einzuführen?**

1)

Hinsichtlich des Zeitpunktes gilt hier der Grundsatz, dass in aller Regel eine möglichst frühzeitige Einführung in das Strafverfahren, möglichst noch im Ermittlungsverfahren (wichtig: aber grundsätzlich nicht vor Einsichtnahme in die Ermittlungsakten!) geboten ist. Vorsicht ist allerdings hinsichtlich einer geständigen Einlassung bereits im Ermittlungsverfahren geboten. Es besteht hier die Gefahr, dass man sich Chancen auf eine besonders milde Strafe im Rahmen einer verfahrensabkürzenden Verständigung in der Hauptverhandlung („Deal“) abschneidet. Ansonsten wäre es aber verfehlt, sich hinsichtlich von Strafzumessungstatsachen „Munition“ bis zum Ende des Strafverfahrens „aufzusparen“. Die Vorstellung, kurz vor Schluss noch eine entscheidende Verbesserung für den Mandanten erzielen zu können, dürfte sich ganz überwiegend als Trugschluss erweisen. Insbesondere sollte die Bedeutung des Plädoyers für die Entscheidung des Gerichts nicht überschätzt werden. Hintergrund dieser Überlegungen ist das Phänomen der sog. selektiven Wahrnehmung: Es gilt heute wissenschaftlich als weitgehend gesichertes Erkenntnis, dass das menschliche Bewusstsein die ihm zugänglich gemachten Informationen nicht gleichmäßig aufnimmt bzw. gewichtet. Vielmehr neigt es dazu, diejenigen Informationen besser aufzunehmen und ihnen Glauben zu schenken, die sich zwanglos mit dem bereits vorhandenen Bild vom Geschehen bzw. einer Person in Übereinstimmung bringen lassen. Dagegen werden diejenigen Informationen, die diesem Bild widersprechen, wesentlich häufiger gar nicht erst wahrgenommen oder hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes besonders skeptisch beurteilt. Es sollte daher möglichst frühzeitig versucht werden, der Verfestigung eines (besonders) negativen Bildes von Tat und Täter beim Gericht entgegenzuwirken.

2)

Hinsichtlich des *Wie* der Einführung von günstigen Strafzumessungstatsachen kommen insbesondere folgende Möglichkeiten in Betracht:

- Eigene Angaben des Mandanten

Insbesondere bei einem Geständnis in der Hauptverhandlung ist sorgfältig zu prüfen, ob dieses vom Mandanten selbst in freier Rede abgelegt werden oder zuvor schriftlich fixiert und verlesen (evt. durch den Verteidiger) werden soll. Beide Varianten haben erhebliche Vor- und Nachteile. So wirkt ein –jedenfalls beim Vorliegen echter Reue und Bedauerns-

in freier Rede vorgetragens Geständnis in der Regel überzeugender und für die Strafzumessung somit günstiger als eine oftmals hölzern und distanziert wirkende Verlesung eines schriftlichen Geständnisses. Andererseits birgt die freie Rede des Mandanten, vor allem wenn er nervös oder sprachlich nicht gewandt ist, auch die Gefahr von Missverständnissen. Ferner gibt es Mandanten, die im Laufe einer längeren Einlassung immer mehr von dem mit dem Verteidiger besprochenen Konzept abweichen und zum Relativieren bzw. Herunterspielen der eigenen Verantwortung neigen, was den strafmildernden Wert dieses Geständnisses erheblich beeinträchtigen kann. Jedenfalls muss aber der Verteidiger die Angaben seines Mandanten aufmerksam verfolgen und ggf. eingreifen. Sieht er die Gefahr, dass Angaben seines Mandanten falsch interpretiert werden oder der Kern der Sache undeutlich bleibt, muss er dem insbesondere durch eigenes Nachfragen entgegenwirken.

- Befragung von Zeugen, Mitangeklagten und Sachverständigen in der Hauptverhandlung

Sofern der Verteidiger durch Befragung von Zeugen usw. für die Strafzumessung günstige Umstände herausarbeiten will, muss er stets darauf achten, dass „der Schuss nicht nach hinten losgeht“ und er dem Gericht ungewollt auch negative Tatsachen präsentiert. Der Verteidiger sollte sich hier an den –etwas überspitzt formulierten– Grundsatz halten, keine Frage zu Stellen, auf die er die Antwort (insbesondere aufgrund seiner Aktenkenntnis) nicht schon im Voraus weiß.

Besondere Vorsicht ist bei der Befragung des Tatopfers geboten. Die Behandlung des Tatopfers gilt gemeinhin zu Recht als eines der schwierigsten Probleme für den Verteidiger.<sup>22</sup> Hier ist besonders sorgfältig abzuwägen, ob die Chance auf Herausarbeitung von für den Mandanten günstigen Umständen in einem angemessenen Verhältniss zu den Risiken einer solchen Befragung steht. Neben der auch bei anderen Zeugen bestehenden Gefahren (s. o.) kommt hier noch folgendes hinzu: Zwar darf prozessual zulässiges Verteidigungsverhalten, also beispielsweise bei einem Sexualdelikt die Befragung des Tatopfers im Intimbereich, dem Angeklagten grundsätzlich nicht strafscharfend angerechnet werden.<sup>23</sup> Es ist aber zu befürchten, dass bei einer solchen Befragung insbesondere die Schöffen gegenüber dem Angeklagten voreingenommen werden. Ferner macht es einen verheerenden Eindruck, wenn ein anfangs noch relativ ruhiger und gefasster

---

<sup>22</sup> vgl. zu diesem Problemkreis (insbesondere auch für den Fall des nicht geständigen Angeklagten) Detter in: Bockenmühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. Aufl., S. 1496 f.

<sup>23</sup> vgl. Tröndle/Fischer 52. Aufl. § 46 Rdnr. 53 m. w. N.

Zeuge bei der Befragung durch den Verteidiger von seinen Emotionen (Nervenzusammenbruch, Weinen usw.) überwältigt wird.

- Beweisanträge, insbesondere auf Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (ggf. auch Selbstladung gem. §§ 220, 38 StPO)

Sofern das Gericht nicht von sich aus für die Erhebung der von der Verteidigung gewünschten Beweise sorgt, bleibt dieser nur der Beweisantrag (§ 244 StPO) oder ggf. die Selbstladung. Insbesondere bei einer (in Aussicht gestellten) reinen Strafmaßverteidigung zeigen sich aber die Gerichte in der Regel kooperativ, wenn ihnen durch die Verteidigung im Vorfeld der Hauptverhandlung mündlich oder schriftlich die Erhebung bestimmter Beweise nahe gelegt wird. Es empfiehlt sich aber in jedem Fall, dem Gericht rechtzeitig die Hauptziele und Argumente der Verteidigung zugänglich zu machen, insbesondere um dem oben beschriebenen Phänomen der selektiven Wahrnehmung entgegenzuwirken.

## **V) Das Plädoyer**

Am Einfachsten gestalten sich Aufbau und Inhalt des Plädoyers bei einer reinen Strafmaßverteidigung (geständiger Angeklagter) im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Amts- oder Landgericht. Etwaigen im Plädoyer der Staatsanwaltschaft (ggf. auch des Nebenklägers) zu Unrecht angestellten Strafschärfungserwägungen ist entgegenzutreten und die sich aus der Hauptverhandlung ergebenden strafmildernden Gesichtspunkte (ggf. auch die für eine Strafaussetzung zur Bewährung sprechenden Aspekte) sind zusammenfassend zu würdigen, wobei auf eine angemessene Schwerpunktsetzung geachtet werden sollte.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Aufgabe bei einer Berufungshauptverhandlung (LG, kleine Strafkammer), wenn nur der Angeklagte Berufung eingelegt hat, da dann – abweichend von § 258 Abs. 1 StPO – zunächst die Verteidigung als Beschwerdeführer zu plädieren hat (§ 326 S. 1 StPO).

Am Schwierigsten ist die sich dem Verteidiger stellende Aufgabe dann, wenn ein Freispruch erstrebt wird, aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine Verurteilung ernsthaft zu befürchten ist. Wann und in welchem Umfang in dieser Konstellation im Plädoyer auf Strafzumessungserwägungen einzugehen ist, stellt für den Verteidiger oftmals ein erhebliches Problem dar. Ein Plädoyer, das zunächst umfassend und ausführlich den

in der Hauptverhandlung nicht erbrachten Schuldnachweis beleuchtet, verliert – insbesondere gegenüber Schöffen- erheblich an Überzeugungskraft, wenn anschließend ausführlich um eine milde Strafe gebeten wird. Für dieses Dilemma gibt es wohl kein Patentrezept und es dürfte vom konkreten Einzelfall und auch vom persönlichen Stil des Verteidigers abhängen, wie man dieses am besten bewältigt. Nach Ansicht des Verfassers nützt es auch nur wenig, wenn man nach den Erwägungen zum fehlenden Tatnachweis betont, dass die nachfolgenden Erwägungen zur Strafzumessung nur höchst vorsorglich o. Ä. erfolgen. Vorzugswürdig erscheint es dem Verfasser, zunächst (in gebotener Kürze) auf die Strafzumessungserwägungen der Staatsanwaltschaft (sofern diese zuerst plädieren muss) und erst anschließend ausführlich auf die Frage des Tatnachweises einzugehen.<sup>24</sup>

## **VI) Der Schlussantrag**

Hier stellt sich in der Regel die Frage, ob der Verteidiger einen konkreten Antrag zu Strafhöhe stellen sollte. Verschärft stellt sich dieses Problem dann, wenn in erster Linie ein Freispruch erstrebt wird (s.o.). Ein solcher Antrag birgt folgende Risiken: Bleibt der Verteidiger zu deutlich unter dem vom Gericht ins Auge gefassten Strafraum läuft er Gefahr, nicht ernst genommen zu werden, so dass auch seine sonstigen Erwägungen im Plädoyer an Überzeugungskraft verlieren. Sofern das Gericht aber unerwartet milde gestimmt ist besteht die Gefahr, dass es gerade erst durch den Antrag der Verteidigung von einer noch geringeren Strafe abgehalten wird. Auch hier gibt es sicherlich kein Patentrezept für den Verteidiger, vielmehr kommt es hier besonders auf seine Erfahrung und Intuition an. Der Verfasser bevorzugt aufgrund der oben genannten Gefahren in der Regel auf einen konkreten Antrag zur Strafzumessung zu verzichten.

## **VII) Rechtsmittel**

Fehler bei der Strafzumessung stellen eine Verletzung materiellen Rechts dar und können grundsätzlich in der Revision mit der Sachrüge angegriffen werden. Zu beachten ist aber, dass die Höhe der verhängten Strafe grundsätzlich Sache des Tatrichters ist und insofern keine „Richtigkeitskontrolle“ stattfindet. Ausnahmen gibt es hier eher selten, nämlich wenn die verhängte Strafe offenkundig angesichts des vom Tatrichter im Urteil festgestellten Sachverhalts nicht mehr Ausdruck eines gerechten Schuldausgleiches sein kann und sich somit nicht mehr innerhalb des tatrichterlichen Spielraums befindet.<sup>25</sup> Häufiger finden sich jedoch Rechtsfehler dahingehend, dass vom Tatrichter zu Unrecht

---

<sup>24</sup> so auch Detter a.a.O. S. 1472

strafschärfende Gesichtspunkte herangezogen wurden (z.B. Verstoß gegen das sog. Doppelverwertungsverbot, § 46 Abs. 3 StGB) oder dass sich nach den tatrichterlichen Feststellungen aufdrängende Strafmilderungsgründe im Urteil ohne Erwähnung bleiben.

Ferner ist zu beachten, dass einige Fehler bei der Strafzumessung ausnahmsweise in der Revision nur in der Form einer Verfahrensrüge mit einem entsprechenden Sachvortrag (§ 344 Abs. 2 StPO) geltend gemacht werden können. Zu nennen ist hier insbesondere ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot (§ 6 Abs. 1 MRK)<sup>26</sup>, wenn dieser vom Tatrichter nicht strafmildernd berücksichtigt wird, außer wenn sich die entsprechenden Tatsachen bereits aus den Urteilsgründen ergeben.<sup>27</sup>

Im Fall einer reinen Strafmaßverteidigung vor dem Amtsgericht kommt auch eine Berufung in Betracht, wobei diese im Hinblick auf die Kostenentscheidung des BerufungsgERICHTS auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden sollte.

### **VIII. Einzelne Strafzumessungserwägungen**

Nachfolgend sollen einige Strafzumessungserwägungen beispielhaft etwas näher erläutert werden, die in der Praxis häufiger fehlerhaft behandelt bzw. übersehen werden.

#### **1) Berufliche Folgen der Verurteilung**

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch die zu erwartenden negativen beruflichen Folgen einer Verurteilung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. Denn diese können die Strafwirkung insgesamt empfindlicher machen und damit zu einem nicht mehr angemessenen Gesamtübel werden.<sup>28</sup> Die Frage, welches Gewicht diesen Folgen im konkreten Einzelfall beizumessen ist, muss der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen.<sup>29</sup>

Von besonderer Bedeutung sind die disziplinarrechtlichen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung für Beamte, insbesondere bei einer Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe (unabhängig davon, ob eine Strafaussetzung zur Bewährung erfolgt): In diesem Fall endet das Beamtenverhältnis mit Rechtskraft des Urteils automatisch, § 48 Abs. 1 Nr.1 BBG, § 83 Abs. 1 Nr. 1 LBG Bln. Ferner ver-

---

<sup>25</sup> vgl. z. B. BGHSt 29,319,320; 34, 345,349

<sup>26</sup> zu der strafmildernden Wirkung eines solchen Verstoßes vgl. BGH NSTz 1999, 181, 182

<sup>27</sup> BGH NSTz 1999, 95

<sup>28</sup> BGH bei *Detter* NSTz 2000,186

liert der Beamte damit grundsätzlich nicht nur seine Ansprüche auf laufende Dienstbezüge sondern auch seine Pensionsansprüche, § 49 BBG, § 84 LBB Bln.

Wegen dieser weit reichenden Folgen, können sich Versäumnisse des Verteidigers (der als solcher ansonsten eher selten seine Versicherung in Anspruch nehmen muss) an dieser Stelle als böse Haftungsfalle entpuppen. Erst in jüngerer Zeit wurden mehrfach Verteidiger zu Schadensersatzzahlungen an ehemalige Mandanten verurteilt, die ihren Beamtenstatus in Folge einer rechtskräftigen Verurteilung verloren hatte. Der Anwalt hatte es jeweils versäumt, im Strafverfahren das Gericht auf diese Konsequenzen für seinen Mandanten hinzuweisen. Zum Teil wurde dabei sogar zu Lasten des Verteidigers von einer Beweislastumkehr ausgegangen, so dass der ehemalige Mandant nicht einmal zu beweisen brauchte, dass bei ordnungsgemäßer Verteidigung die Strafe unter einem Jahr geblieben wäre<sup>30</sup>.

Ähnliche Konsequenzen sind auch bei Soldaten und Berufsgruppen zu berücksichtigen, denen berufsgerichtliche Konsequenzen bis zum Entzug der Zulassung drohen (z.B. Rechtsanwälte, Ärzte und Apotheker).

## 2) Verstöße gegen das Doppelverwertungsverbot

Verstöße gegen das in § 46 Abs. 3 StGB verankerte Doppelverwertungsverbot sind in der Praxis relativ häufig zu finden. Auch wenn das Strafmaß als solches überhaupt nicht zu beanstanden wäre, schleichen sich in die schriftlichen Urteilsgründe zum Teil zumindest missverständliche Formulierungen ein, die auf einen Rechtsfehler bei der Urteilsfindung hindeuten und deshalb zu einer Aufhebung durch das Revisionsgericht führen können. Der aufmerksame Verteidiger wird an dieser Stelle überraschend häufig Anknüpfungspunkte für eine erfolgreiche Revision finden.

Beispielhaft können hier folgende typische Fehler genannt werden:

- Bei einer Verurteilung wegen Untreue wird die Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses strafscharfend berücksichtigt.
- Rechtsfehlerhaft ist es auch, bei einer Verurteilung wegen sexueller Nötigung bzw. Vergewaltigung (§ 177 StGB) strafscharfend zu berücksichtigen, „der Täter habe alle Skrupel fallen gelassen und seine egoistischen Wünsche in den Vordergrund ge-

---

<sup>29</sup> BGHSt 35,148,150

stellt“, da dies nichts anderes als eine Beschreibung des geschützten Rechtsgutes darstellt.<sup>31</sup>

- Unzulässig ist auch eine für den Angeklagten nachteilige Würdigung des Umstandes, dass er sich nicht um das schwer verletzte Opfer bemüht habe, da dies nur besagt, dass der Täter nicht nach § 24 StGB von der Tat zurückgetreten ist.

## **IX) Literaturhinweise**

Übersichtliche, zu Ausbildungszwecken gut geeignete Literatur, die sich zusammenhängend mit den Einflussmöglichkeiten des Verteidigers auf Strafzumessungserwägungen auseinandersetzt, ist kaum zu finden. Am besten geeignet erscheint dem Verfasser noch die Darstellung in:

Jan Bockemühl (Hrsg.)  
Handbuch des Fachanwaltes Strafrecht  
2. Auflage; 2002  
(Kapitel 6: Zulässige und unzulässige  
Strafzumessungserwägungen)

Eine sehr gute Darstellung zum Thema Strafzumessung ist zweifelsfrei das Werk von

Gerhard Schäfer  
Praxis der Strafzumessung  
3. Auflage, 2001 (NJW-Schriftenreihe),

das aber eher als Nachschlagewerk in Betracht kommt. Besonders empfehlenswert sind hier die im letzten Teil des Buches aufgelisteten deliktsspezifischen Strafzumessungserwägungen (geordnet nach Tatbeständen).

---

<sup>30</sup> OLG Nürnberg, StV 97, 481 ff.

## **Strafbefehlsverfahren §§ 407 bis 412 StPO**

### **1. Begriff und Bedeutung**

Das Strafbefehlsverfahren gehört zu den besonderen Verfahren der Strafprozessordnung. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft wird eine Straffestsetzung ohne Zwischenverfahren, Hauptverhandlung und Urteil ermöglicht. Ein Anspruch des Beschuldigten auf Durchführung eines Strafbefehlsverfahrens besteht jedoch nicht.

Der Strafbefehl, gegen den kein Einspruch eingelegt wurde steht einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Abs. 3).

Im Gegensatz zum normalen Strafverfahren entfallen die Prinzipien der Mündlichkeit, Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit. Eine gewisse Parallele zum Mahnverfahren im Zivilprozess §§ 688 ff. ZPO kann gezogen werden. Es dient der vereinfachten und verkürzten Verfahrenserledigung. Für den Beschuldigten kann das insofern günstiger sein, als dass die öffentliche Prangerwirkung der Hauptverhandlung, die seelische Belastung hinsichtlich der Verfahrensdauer entfallen sowie die Verfahrenskosten geringer sind. (so entfallen z.B. die Kosten für die Ladung von Zeugen und Sachverständigen)

Bevor die Staatsanwaltschaft den Antrag an das Gericht stellt, müssen jedoch die gleichen Voraussetzungen vorliegen, die die Erhebung einer Anklage begründen würde. Das bedeutet also, dass für das Ermittlungsverfahren die allgemeinen Grundsätze gelten.

### **2. Zulässigkeit § 407**

Zulässig ist dieses Verfahren nur, wenn ein Vergehen vorliegt, die Zuständigkeit des Strafrichters oder Schöffengerichtes gegeben, nach dem Ergebnis der Ermittlungen eine Hauptverhandlung nicht erforderlich und eine der enumerativ in § 407 Abs. 2 festgelegten Rechtsfolgen anzuordnen ist.

Soweit die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen ausgeübt hat, stellt sie bei dem zuständigen Gericht den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls mit den bestimmt festzulegenden Rechtsfolgen. Eine Anklage wird somit nicht erhoben.

---

<sup>31</sup> BGH StV 1987, 62

Im Verfahren gegen Jugendliche ist das Strafbefehlsverfahren gemäß § 79 Abs. 1 JGG unzulässig. Bei Heranwachsenden ist es zulässig, soweit das Erwachsenenstrafrecht Anwendung findet. Gemäß § 109 Abs. 3 JGG darf eine Freiheitsstrafe jedoch nicht festgelegt werden.

Nach Eröffnung der Hauptverhandlung kann ebenfalls ein Strafbefehlsantrag gestellt werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 408a, 407 Abs. 1, S. 1 und 2 vorliegen. Sinn und Zweck ist, es Verfahren, die „stecken geblieben“ sind, weiter durchzuführen.

Zuständig ist der Strafrichter. Das Schöffengericht ist wegen § 25 GVG nicht mehr zuständig, weil gemäß § 407 Abs. 2 nur eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgelegt werden kann. Die Zuständigkeit für das Schöffengericht kann sich in der Sondersituation der schon erfolgten Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 408a ergeben. Hier kann zum Beispiel durch die Klarheit des Akteninhaltes, der Aufwand zur Durchführung des Hauptverfahrens erheblich sein, wobei die Straferwartung im Gegensatz sehr gering ist. Staatsanwaltschaft und Verteidiger können sich dahingehend einigen, dass ein Einspruch nicht eingelegt wird. Anwendung findet diese Vorschrift vorwiegend dann, wenn der Angeklagte zur Hauptverhandlung nicht erscheint, sein Verteidiger anwesend ist und festgestellt wird, dass eine Verfahrenserledigung durch Strafbefehl möglich ist. Das hat vor allem Auswirkungen auf die Kosten.

§ 408 regelt die Entscheidungsmöglichkeiten des Richters nach dem Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft. (Er kann unter anderem auch die Hauptverhandlung anberaumen, wenn er Bedenken gegen eine Entscheidung ohne diese hat (§ 408 Abs. 3))

### **3. Verfahren nach Erlass des Strafbefehls, insbesondere Rechtsmittel**

#### **a Einspruch**

Der Angeklagte kann gemäß § 410 innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Strafbefehls Einspruch bei dem Gericht, das den Strafbefehl erlassen hat einlegen. Die Einspruchsfrist berechnet sich nach § 43.

Der Einspruch hat schriftlich zu erfolgen oder zu Protokoll der Geschäftsstelle zu geben. Er kann nicht begründet werden. Er kann sich ebenso gemäß § 410 Abs. 2 auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränken.

Zu beachten ist insbesondere die Neuregelung in § 411 I S. 3 StPO: Hat der Angeklagte seinen Einspruch auf die Höhe der Tagessätze beschränkt, kann das Gericht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne Hauptverhandlung durch Beschluß entscheiden.

Gemäß § 297 kann der Einspruch auch vom Verteidiger und gemäß § 298 vom gesetzlichen Vertreter eingelegt werden. *Beispiel:*

Amtsgericht Tiergarten

Berlin, den

In dem Strafbefehlsverfahren

gegen A

Geschäftszeichen:

wegen Betruges

zeige ich unter Überreichung einer auf mich lautenden Originalvollmacht an, dass mich der Beschuldigte mit seiner Verteidigung beauftragt hat.

Gegen den am ..... erlassenen Strafbefehl wird

Einspruch

eingelegt.

Ich beantrage ferner mir vor Anberaumung der Hauptverhandlung umfassende

Akteneinsicht

in die Verfahrensakten, sämtliche Beiakten, Beweismittelordner und sonstige Beweisstücke zu gewähren.

Rechtsanwältin

Nach Einspruchseinlegung kommt es zur Hauptverhandlung, Ausnahme § 411 I S. 3. Der Angeklagte muss in der Hauptverhandlung damit rechnen, dass das Verbot der reformatio in peius mit Eröffnung der Hauptverhandlung nicht gilt.

Wird ein Einspruch nach § 411 Abs. 1 verworfen ist die sofortige Beschwerde (§ 311) zulässig.

Gemäß § 411 Abs. 3 kann der Einspruch bis zur Verkündung des Urteils zurückgenommen werden.

Erscheint der Angeklagte oder ein bevollmächtigter Verteidiger zur Hauptverhandlung nicht, wird der Einspruch nach § 412 verworfen. Wurde dagegen der Angeklagte persönlich geladen und erscheint nur sein Verteidiger, darf ein Verwerfungsurteil nicht ergehen.

Für die Beweisaufnahme gilt § 411 Abs. 2 Satz 2 iVm § 420, d.h. die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann durch Verlesung von Protokollen ersetzt werden. Damit wurde die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme durch den Gesetzgeber zur Disposition gestellt. Der Angeklagte und der Verteidiger können jedoch die Rechte, wie sie in Art. 6 Abs. 3 EMRK festgelegt sind, dadurch wahrnehmen, dass sie das nach § 420 Abs. 3 erforderliche Einverständnis nicht erklären.

§ 420 kann auch zur Folge haben, dass trotz Stellung eines Beweisantrages durch den Verteidiger dieser ohne Einschränkung von § 244 Abs. 3 und 245 abgelehnt wird (§ 420 Abs. 4). Die Verteidigerrechte sind somit auch für die Beschwerdebegründung eingeschränkt. Problematisch ist dabei, ob nicht eine Missachtung des Verbots der Beweisantizipation gegeben ist. (Kleinknecht/Meyer-Goßner § 420 Rn 10 bejaht die Zulässigkeit, mit Einschränkungen; so wäre die Ablehnung eines Entlastungszeugen ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung und die Amtsaufklärungspflicht)

#### Wiedereinsetzungsantrag §§ 44 ff.

Wiedereinsetzungsantrag und Einlegung der Berufung können nebeneinander erfolgen (§ 315). Denn der Wiedereinsetzungsantrag hemmt nicht die Rechtskraft (§ 47), so dass bei einem Misserfolg die Berufung wegen Ablaufs der Berufungsfrist verloren gehen könnte. Beide Rechtsbehelfe stehen gleichrangig nebeneinander. Der Wiedereinsetzungsantrag kann auch mit der Sprungrevision kombiniert werden (§ 342).

Beispiel für die Wiedereinsetzung:

Amtsgericht Tiergarten

Berlin, den

Az. :

In dem Strafbefehlsverfahren

gegen A

Geschäftszeichen:

wegen Betruges

zeige ich unter Überreichung einer auf mich lautenden Originalvollmacht an,  
dass mich der Beschuldigte mit seiner Verteidigung beauftragt hat.

Gegen den am ..... erlassenen Strafbefehl wird

die Wiedereinsetzung des Verfahrens in den vorigen Stand

wegen unverschuldeter Fristversäumnis beantragt sowie

Einspruch

ingelegt.

Ich beantrage ferner mir umfassende

Akteneinsicht

in die Verfahrensakten, sämtliche Beiakten, Beweismittelordner und sonstige  
Beweisstücke zu gewähren.

Begründung:

-(Tatsachenmitteilung, warum Fristversäumnis und das kein Verschulden vor-  
liegt)

-(Glaubhaftmachung [§§ 45, 26] durch schriftliche Versicherung von Zeugen; eidesstattliche Versicherungen des Beschuldigten sind nicht zugelassen, diese sind nur schlichte Erklärung)

Rechtsanwältin

#### **a. Wiederaufnahme §§ 359 ff.**

Die Frage der Wiederaufnahme stellt sich bei diesem summarischen Verfahren insbesondere häufig dann, wenn dem Gericht Tatsachen bei der Erlassung des Strafbefehls nicht bekannt waren (§ 359 Nr. 5). Des Weiteren findet sich in § 373a ein besonderer Wiederaufnahmegrund. Danach kann zuungunsten des Verurteilten die Weideraufnahme auch dann erfolgen, wenn neue Tatsachen die Annahme der Verurteilung eines Verbrechens rechtfertigen. Die ne bis in idem Wirkung des § 410 III ist aufgrund der Tatsache, dass es sich hier um ein summarisches Verfahren handelt, aufgehoben.

Im Wiederaufnahmeantrag kann gemäß § 360 der Aufschub der Vollstreckung angeordnet werden.

In dem als Beispiel in der nachfolgenden Anlage beigefügten Wiederaufnahmeantrag kann weiterhin folgender Antrag gestellt werden:

Ih beantrage ferner, die Zahlung der Geldstrafe bis zum Abschluss des Verfahrens über die Wiederaufnahme zu stunden und auch den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe auszusetzen.

Gleichfalls können Beweisanträge gestellt werden, die zum Beispiel der Entlastung dienen. Diesbezüglich verweise ich auf die Ausführungen zum Beweisantragsrecht.

#### **„Absprachen“**

Bis zur Erhebung der öffentlichen Klage hat Verteidiger und sein Mandant die Möglichkeit, z.B. durch Einlassung mit Geständnis, die Staatsanwaltschaft zu bewegen, anstatt einer Anklage ein Strafverfahren einzuleiten.

*Literaturhinweis zur Vertiefung:*

*Ranft, Jus 2000, S. 633 ff.;*

*Zur grundsätzlichen Problematik von Absprachen BHG mit Anmerkung Mosbacher NStZ 2004, S. 52; BGH NJW 2004, 1396ff. und 2536ff.; NJW 2003 3426 StV 97, 583, NJW 97, 2691; NStZ 97, 56; StV 2000, S. 4ff.; Küpper Jura 1999, 351ff.*