

## Inhaltsverzeichnis

<b>A)</b>	<b>DIE STRAFRECHTSKLAUSUR AUS ANWÄLTINNENSICHT .....</b>	<b>5</b>
	<b>DIE SCHRIFTSATZKLAUSUR .....</b>	<b>6</b>
	DIE ERÖFFNUNGSKLAUSUR.....	7
	DIE STRAFBEFEHLSKLAUSUR .....	8
	DIE HAFTBEFEHLSKLAUSUR.....	8
	<b>DIE PLÄDOYERSKLAUSUR .....</b>	<b>9</b>
	<b>DIE REVISIONSKLAUSUR .....</b>	<b>11</b>
	I.) Aufbau .....	11
	a) Zulässigkeit der Revision.....	11
	b) Begründetheit.....	12
	II.) Revisionsanträge .....	13
<b>B)</b>	<b>DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN.....</b>	<b>14</b>
	I) RECHTE DER VERTEIDIGUNG .....	14
	1.) Akteneinsicht (AE), § 147.....	14
	2.) eigene Ermittlungen .....	14
	3.) Anwesenheits- und Fragerechte .....	14
	4.) Pflichtverteidigung, §§ 140 ff.....	15
	II) MAßNAHMEN NACH DEM 8. ABSCHNITT.....	17
	1.) Telefonüberwachung (TKÜ), Quellen TKÜ, Staatstrojaner §§ 100a ff.....	17
	2.) Online-Durchsuchung, § 100b.....	19
	3.) großer Lauschangriff, §§ 100c.....	20
	4.) kleiner Lauschangriff (außerhalb der Wohnung), § 100f.....	21
	5.) Verdeckter Ermittler, §§ 110a ff. ....	22
	6.) Rasterfahndung, § 98a .....	23
	7.) Observation, § 163f .....	24
	8.) Durchsuchung, §§ 102 ff. (kurz und knackig, Michalke, StV 2014, 89 ff.) .....	25
	9.) Beschlagnahme: §§ 94 ff.....	27
	10.) Vorläufige Entziehung der FE, § 111a .....	28
	III.) DIE UNTERSUCHUNGSHAFT, §§ 112 FF. ....	29
	1.) Voraussetzungen (Prüfungsreihenfolge): .....	29
	2.) Rechtsbehelfe: .....	32
	IV.) EINSTELLUNG DES VERFAHRENS, §§ 170 II, 153, 153A, 154, 154A .....	33
	1.) § 170 II - kein hinreichender Tatverdacht.....	33
	2.) § 153 – geringe Schuld .....	33
	3.) § 153a – gegen Auflagen .....	33
	4.) § 154 – Mehrfachtäter/in.....	34
	5.) § 154a – Beschränkung der Strafverfolgung (zur Verfahrensbeschleunigung).....	34
<b>C.)</b>	<b>ZWISCHENVERFAHREN, §§ 199 FF. ....</b>	<b>35</b>
	I.) Ablauf.....	35
	III.) Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff. ....	36
	1.) Verfahren:.....	36
	2.) Probleme: .....	36
	3.) Einspruch, § 410: .....	36
	IV.) Beweisverwertungsverbote (BVV).....	38
	1.) Gesetzliche Beweisverwertungsverbote .....	38
	2.) Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote.....	39
	a) Fehlen der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2.....	40

b) Fehlen einer ZeugInnenbelehrung nach § 52 Abs. 3.....	41
c) Fehlen einer Belehrung nach § 55 Abs. 2 .....	41
d) verdeckte Ermittlungen .....	41
e) Verletzung d. Benachrichtigungspflicht, §§ 168c Abs. 5 S. 1, 224 Abs. 1 S.1 .....	42
f) § 252 – Unstatthafte Protokollverlesung/ allgemeines BVV .....	42
g) Durchsuchung.....	43
h) Fehler bei der Überwachung der Telekommunikation nach §§ 100a f. ....	43
i) körperliche Untersuchungen nach § 81a .....	43
k) rechtswidrige Erlangung von Beweismitteln durch Privatpersonen .....	43
l.) Schweigen des/ der Angeklagten.....	44
m.) verfassungsrechtliches BVV.....	44
3.) Fernwirkung.....	44
<b>D.) HAUPTVERFAHREN .....</b>	<b>45</b>
I.) Ablehnung von Gerichtspersonen, §§ 22 ff.....	45
II.) Beweisantragsrecht .....	46
a.) Begriff.....	46
b.) Ablehnung eines Beweisantrages, § 244 Abs. 3-5 .....	47
c.) Formlose Informationsweitergabe, Beweisanregung, Beweisermittlungsantrag, bedingter Beweisantrag und Hilfsbeweisantrag .....	49
d.) Selbstladung, §§ 220, 245 Abs. 2.....	49
3.) Der Deal, § 257c .....	50
4.) Rechtsfolgen der Tat, §§ 46 ff. StGB (insbesondere für Plädoyersklausur).....	51
a.) Strafraumen.....	51
aa.) minder schwerer Fall (z.B. § 250 Abs. 3 StGB) .....	51
bb.) vertypter Milderungsgrund (z.B. §§ 13 II, 21, 23 II, 27 II 2 StGB).....	52
b.) Strafzumessung im engeren Sinn, § 46 StGB .....	52
c.) Gesamtstrafe, § 54 (Tatmehrheit) .....	52
d.) nachträglich zu bildende Gesamtstrafe, § 55 StGB .....	52
e.) Tagessatzhöhe = bereinigtes Nettoeinkommen / 30 Tage .....	52
<b>E.) DIE NEBENKLAGE, §§ 395 FF (SIEHE AUCH §§ 406 D FF.) .....</b>	<b>53</b>
<b>F.) ADHÄSIONSVERFAHREN, §§ 403 FF.....</b>	<b>55</b>
<b>G.) RECHTSMITTEL.....</b>	<b>56</b>
I.) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	56
1.) Zulässigkeit, § 45: .....	56
2.) Begründetheit, § 44 .....	56
3.) Rechtsmittel:.....	56
II.) Beschwerde .....	57
III.) Berufung .....	57
IV.) Revision .....	58
1.) Anträge.....	58
2.) Begründung .....	58
a.) Sachrüge.....	58
b.) Verfahrensrüge.....	58
3.) Prüfungsfolge: .....	59
a.) Zulässigkeit der Revision.....	59
aa.) Statthaftigkeit .....	59
bb.) Beschwer des/ der Revisionsführers/ -in.....	59
cc.) Form und Frist der Einlegung .....	60
b.) Begründetheit.....	60
aa.) Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse.....	60
bb.) Verfahrensrügen.....	60

(1) ordnungsgemäße Begründung (§ 344 Abs. 2).....	60
(2) Vorliegen einer Gesetzesverletzung und Kausalität/ Beruhen .....	61
(a) absolute Revisionsgründe § 338 Abs. 1 Ziffer 1-7.....	61
(b) relative Revisionsgründe und § 338 Abs. 1 Ziffer 8.....	63
cc) Sachrüge.....	64
<b>H.) EINZELPROBLEME: .....</b>	<b>65</b>
I.) Zuständigkeit:.....	65
II.) Strafantrag/ besonderes öffentliches Interesse, §§ 77 ff. StGB.....	65
III.) Strafverfolgungsverjährung, § 78 ff. StGB.....	66
IV.) Zustellung, §§ 36 f. StPO, 166 ff. ZPO.....	66
V.) Fristberechnung: .....	67
VI.) Verbot der Mehrfachverteidigung, § 146 f.....	67
VII.) Strafklageverbrauch, anderweitige Rechtshängigkeit .....	67

**Strafverteidigung** ist notwendig um

- den/ die Einzelne davor zu schützen Objekt der Strafverfolgung zu werden
- Handlungskompetenz (zurück) zu erlangen
- Waffengleichheit herzustellen
- die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu sichern

Strafverfahren erfahren häufig im Ermittlungsverfahren ihre wichtigsten Weichenstellungen. Hier hat die Verteidigung durch die StPO nur wenige Möglichkeiten, entscheidenden Einfluss zu nehmen. Im Hauptverfahren sind die Versäumnisse aus dem Ermittlungsverfahren aufgrund der Akten"objektivität" kaum noch wett zu machen.

„Es ist mittlerweile fast schon eine Binsenweisheit, daß in dem Verfahrensmodell des reformierten Inquisitionsprozesses, wie es unserer Strafprozeßordnung zugrundeliegt, die entscheidenden Weichenstellungen für das Schicksal eines Strafverfahrens im Ermittlungsverfahren erfolgen. Kommt es nicht zu einer Verfahrenseinstellung, ist die spätere Hauptverhandlung tatsächlich und rechtlich durch die Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden vorgeprägt.“ (Schlothauer, Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten gegenüber dem Ermittlungsrichter (§ 166 Abs. 1); **StV 1995, 158**)

Diese Ausführungen machen die notwendige Sichtweise auf einen Fall deutlich. Sie müssen in den Klausuren InteressenvertreterInnen der MandantInnen sein. Das bedeutet, Sie haben immer die für den/ die Mandanten/ -in günstige Auslegung von Gesetzen und die diesen Interessen dienende Rechtsprechung für die Argumentation zu nutzen.

## A) Die Strafrechtsklausur aus AnwältInnensicht

Sie sind als VerteidigerIn InteressenvertreterIn des/ der MandantIn tätig. Aufgabe in der Klausur aus anwaltlicher Sicht ist es dementsprechend, den/ die MandantIn zu vertreten. Das bedeutet, dass der Schwerpunkt der Arbeit auf der Verneinung von Tatbeständen bzw. dem Herausarbeiten von Beweisverwertungsverböten, Verfahrenshindernissen etc. liegt.

Kurz gesagt: **Alles Günstige gehört in den Schriftsatz, das Plädoyer bzw. die Revision, das für den/ die MandantIn Negative ins Gutachten.**

Ein Problem in strafrechtlichen Klausuren ist immer die Zeit. Lesen Sie als Erstes den **BearbeiterInnenhinweis**, damit Sie wissen, was von Ihnen erwartet wird und was eventuell erlassen ist.

Fertigen Sie eine **Lösungsskizze**, die Sie Ihrer Arbeit beifügen. Falls Sie die Bearbeitung zeitlich nicht bewältigen, sieht der/ die PrüferIn aber dass Sie bestimmte Probleme gesehen haben.

Bilden Sie Schwerpunkte und arbeiten Sie im **Urteilsstil**. Handelt es sich um unproblematische Sachverhalte/ Tatbestände so sollte ein zusammenfassender Schreibstil gewählt werden, der auch mehrere Tatbestandsmerkmale umfassen kann. Problematisiert werden sollte nur dort, wo sich die wirklichen Probleme stellen. **Vermeiden Sie freies Assoziieren**, argumentieren Sie am Tatbestand bzw. an der Norm.

Im materiell-rechtlichen Bereich steht die Beweisbarkeit im Vordergrund.

Es ist im Rahmen des entsprechenden Tatverdachtsgrades zu problematisieren (einfacher/ dringender/ hinreichender Tatverdacht/ erwiesene Tatsachen). Der Verdachtsgrad ist eingangs kurz zu definieren und dann zu prüfen.

Im Hinblick auf das konkrete Tatbestandsmerkmal ist zunächst von der Einlassung des/ der MandantIn auszugehen, sodann sind die weiteren (verwertbaren) Aussagen/ Indizien zu filtern und in Bezug dazu zu setzen. Was bleibt übrig?

## Die Schriftsatzklausur

Denkbar sind hier die Haftbefehls-, die Eröffnungs-, die Einstellungs- und die Strafbefehlsklausur. Es handelt sich quasi um ein Baukastensystem. Es können in jedem Klausurtypus auch andere Elemente vorhanden sein (z.B. Einstellungsfragen in der Haftbefehlsklausur).

Es ist zunächst ein **Gutachten im Urteilsstil** zu fertigen und sodann ein **Schriftsatz**. Das Problem liegt im oben Skizzierten. Sie werden im Gutachten quasi „objektiv“ die Sach- und Rechtslage herausarbeiten. Dann müssen Sie aber in einem Verteidigungsschriftsatz im Rahmen einer optimalen Verteidigung argumentieren, was auch bedeuten kann, dass Sie einige Problemlagen, die dem/ der MandantIn zum Nachteil gereichen können, nicht bzw. allenfalls kurz in den Schriftsatz aufnehmen. Hier ist taktisches Geschick im MandantInneninteresse gefragt.

Diese vom Prüfungsamt vorgegebene Arbeitsanforderung bedeutet, dass Sie entweder komplett doppelte Arbeit (Gutachten und Schriftsatz) haben oder aber mit der Spitzklammertechnik arbeiten, wo sich dies anbietet. Das bedeutet, dass Sie im Schriftsatz auf einen bestimmten Abschnitt des Gutachtens verweisen.

Nach dem Gutachten ist der Schriftsatz zu fertigen:

Es ist ein **Rubrum** zu verwenden, was wie folgt lauten sollte:

RechtsanwältIn ...

An das Landgericht

In der Strafsache

./i. Mario Müller

248 KIs 165/13 (oder bei der StA: 243 Js 2148/12)

melde ich mich mit anliegender Vollmacht als VerteidigerIn des Beschuldigten. (Es wird Akteneinsicht beantragt und um Mitteilung gebeten wann und wo die Akte zur Abholung bereitliegt.)

(und dann abhängig vom Klausurtyp:)

Es wird beantragt, den Haftbefehl des Amtsgerichts Tiergarten vom 12.01.2013, Az.: 348 Gs 12/13 aufzuheben, hilfsweise diesen gegen geeignete Auflagen außer Vollzug zu setzen. (Haftbefehl)

Es wird beantragt, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen und der Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten aufzuerlegen. (Eröffnung)

Es wird beantragt, das Hauptverfahren mit der Maßgabe zu eröffnen, dass abweichend von der Anklageschrift lediglich hinreichender Tatverdacht wegen ... besteht. (Eröffnung)

Es wird Einspruch gegen den Strafbefehl vom 12.01.2013 eingelegt. (Strafbefehl)

Es wird angeregt, das Verfahren gemäß § 153 Abs. 1 StPO einzustellen. (Einstellung)

### **Die Eröffnungsklausur**

Die Situation ist, dass die Anklage durch das Gericht zugestellt wurde und nunmehr nach § 201 I 1 eine Stellungnahme erfolgen soll. Das Gericht soll entscheiden, ob das Hauptverfahren eröffnet wird (hinreichender Tatverdacht = Verurteilung bei vorläufiger Bewertung wahrscheinlich). Das betrifft auch die Rechtswidrigkeit und Schuld. Es ist zu beachten, dass eine Nichteröffnung hinsichtlich einer von mehreren Taten nur beantragt werden darf, wenn diese in Tateinheit (§ 53 StGB) zu einer anderen (zu eröffnenden) Tat steht. Bei Tateinheit wäre dies sachlich falsch, da das Verhalten unter eine (andere) Strafnorm fällt und damit nicht straflos ist. Von der Staatsanwaltschaft übersehene Tatbestände gehören i.d.R. **nur** ins Gutachten.

Der Antrag wird vorangestellt und dann begründet. Tatsächliche Gründe betreffen die Nachweisbarkeit, rechtliche Gründe Verfahrenshindernisse, Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgründe etc.. Gehen Sie **chronologisch** vor.

Es ist möglich, dass auch die abweichende (für den/ die MandantIn günstigere) Eröffnung beantragt werden soll (z.B. Diebstahl statt Raub), § 207 Abs. 2.

### **Die Strafbefehlsklausur**

Es ist der Einspruch ganz oder teilweise einzulegen und zu begründen. Hier kann es zu einer Verbindung mit weiteren Problemen kommen, insbesondere mit der Frage der wirksamen Zustellung oder einer Wiedereinsetzungsproblematik.

### **Die Haftbefehlsklausur**

Es ist nur die **letzte** (aktuelle) Haftentscheidung angreifbar! Dem entsprechend muss der Antrag formuliert werden, also **nur** das Datum des letztgangenen Beschlusses darf sich im Antrag wiederfinden. Alle vorherigen Beschlüsse sind prozessual überholt. Die Klausuren sind häufig darauf angelegt, da mehrere Beschlüsse im Raum stehen (erst Haftbefehl, (neuer) Haftbeschluss nach mündlicher Haftprüfung, (neuer) Haftbeschluss nach Beschwerde). Die Nichtbeachtung der o.g. Regel ist ein **üblicher Fehler** in Klausuren, den Sie nun sicher vermeiden werden.

Neben der Aufhebung des Haftbeschlusses ist **hilfsweise in der Regel** auch die Außervollzugsetzung zu beantragen. Das sehen andere AutorInnen differenziert. Für die hier vertretende Ansicht spricht, dass Sie nicht wissen, ob das Gericht Ihrer Argumentation folgt. Es wäre ein handwerklicher Fehler dies zu unterlassen (Haftung des/ der RA ´in?).

Es ist der dringende Tatverdacht (große Wahrscheinlichkeit, dass MandantIn TäterIn/ TeilnehmerIn der Tat ist) zu prüfen.

Sodann sind die Haftgründe zu problematisieren.



## Die Plädoyersklausur

Allgemeinverbindliche Regeln für das VerteidigerInnenplädoyer gibt es nicht.

Es erscheint zunächst sinnvoll, dem formalen Aufbau des Schlussvortrages der Staatsanwaltschaft zu folgen. Es ist tatbestands- und problembezogen vorzutragen. Allerdings ist der Sachverhalt nicht gesondert voranzustellen, sondern an der betreffenden Stelle der auf den einzelnen Tatbestand bezogenen Prüfung vorzutragen.

Zum Teil wird empfohlen, zunächst das für den/ die MandantIn Positive abzuarbeiten, d.h. den oder die Tatkomplexe darzustellen, bei denen auf einen Freispruch bzw. eine Verfahrenseinstellung argumentiert wird. Erst anschließend solle man sich den in eine Verurteilung mündenden Tatkomplexen zuwenden, wobei dem/ der MandantIn günstige Umstände herauszustellen seien. Danach kämen die Ausführungen zur Strafzumessung. Dem/ der MandantIn Negatives wird man dabei praxisnah je nach Einzelfall im Schlussvortrag weglassen und in einem anschließenden Hilfsgutachten dargestellt. Wenn eine Verurteilung sicher erfolgen wird, kann die entsprechende Tat natürlich im Hinblick auf die Strafzumessung nicht weggeschwiegen werden; das wäre praxisfern.

Auf dieser Grundlage ergibt sich **folgender Aufbau**:

- Anrede und Einleitungssatz
- rechtliche und tatsächliche Würdigung des Tatkomplexes/ der Tatkomplexe, bei denen auf Freispruch plädiert wird
- rechtliche und tatsächliche Würdigung hinsichtlich fehlender Verfahrensvoraussetzungen bzw. vorliegender Verfahrenshindernisse
- rechtliche und tatsächliche Würdigung des Tatkomplexes/ der Tatkomplexe, welche zur Verurteilung führen
- Überlegungen zur Strafzumessung
- zusammenfassende Anträge, auch zu den erforderlichen Nebenentscheidungen (Kostenantrag, Aufhebung eines Haftbefehls oder einer vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis, Einziehung, Entschädigung nach StrEG)

- gegebenenfalls Begründung der Anträge zu den Nebenentscheidungen

Die betreffenden Prüfervermerke des GJPA sind allerdings regelmäßig **chronologisch aufgebaut**, d.h. sie arbeiten die in der Anklage enthaltenen Tatvorwürfe in zeitlicher Reihenfolge ab und nehmen die rechtliche und tatsächliche Würdigung in diesem Rahmen vor.

Da sich die Erwartungen der ExamensprüferInnen häufig stark am Inhalt dieser Vermerke orientieren, erscheint ein entsprechender Aufbau in Modifizierung der obigen Struktur vorzugswürdig, aber nicht zwingend.

Neben den jeweiligen materiell-rechtlichen Einzelfragen aus dem Allgemeinen und Besonderen Teil des StGB wird sich die Plädoyerklausur inhaltlich insbesondere um Verfahrensvoraussetzungen, Beweisverwertungsverbote und Rechtsfolgenfragen drehen. Der Kostenantrag wird von dem/ von der VerteidigerIn nur im Fall von einem (Teil-) Freispruch bzw. einer (Teil-) Einstellung gestellt und geht dahin, *„der Staatskasse die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des/ der Angeklagten aufzuerlegen, (soweit der/ die Angeklagte freigesprochen/ das Verfahren eingestellt wird)“*.

Es sind bei gegebener Sachlage Anträge zur Aufhebung eines Haftbefehls, einer vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis, der Einziehung bzw. zur Entschädigung nach StrEG zu stellen.

Zu beachten ist, dass ein **Teilfreispruch** nur zu beantragen ist, wenn die/ der MandantIn nicht wegen aller Delikte zu verurteilen ist, die nach der zugelassenen Anklage in Tatmehrheit i. S. des § 53 StGB zueinander stehen. Bei Tateinheit darf ein Teilfreispruch nicht beantragt werden.

Wie der Teilfreispruch orientiert sich auch die **Teileinstellung** am materiellen Tatbegriff des § 53 StGB. Betrifft das Prozesshindernis also nur eine nach der zugelassenen Anklage tateinheitlich begangene Gesetzesverletzung, so scheiden diese Tatteile ohne förmliche Einstellung aus dem Verfahren aus.

## Die Revisionsklausur

Es handelt sich um eine Gutachtenklausur, in der Revisionsanträge grundsätzlich nicht den Schwerpunkt bilden.

### **I.) Aufbau**

#### **a) Zulässigkeit der Revision**

##### **aa) Statthaftigkeit**

Gegen alle Urteile die nicht selbst Revisionsurteile sind, also Urteile

- der Strafkammern
- des Schwurgerichts
- des OLG des 1. Rechtzuges
- des Strafrichters/ des Schöffengerichts (§ 335, statt der Berufung)

Die Revision ist nicht statthaft, wenn Rechtsmittelverzicht erklärt wurde. Wenn ein unbenanntes Rechtsmittel nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist benannt wird, wird es als Berufung behandelt.

##### **bb) Einlegungsberechtigung**

##### **cc) Beschwer der/ des Revisionsführerin/ -s**

Anfechtungsberechtigt sind:

- die/ der Angeklagte
- die/ der VerteidigerIn (nicht gegen den Willen des/ der MandantIn)
- die/ der gesetzliche VertreterIn

Die/ der Angeklagte muss geltend machen durch den Urteilstenor zu Unrecht verurteilt worden zu sein.

#### **dd) Form und Frist der Einlegung**

- 1.) Die Revision ist binnen einer Woche nach dem Urteilsspruch schriftlich oder zu Protokoll beim iudex a quo einzulegen, § 341.
- 2.) Die Begründung muss innerhalb eines Monats nach Ablauf der Revisionseinlegungsfrist bzw. nach Zustellung des Urteils durch einen RechtsanwaltInnen erfolgen, § 345.

#### **b) Begründetheit**

##### **aa) Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse**

Die Prüfung von Prozessvoraussetzungen und von Verfahrenshindernissen erfolgt von Amts wegen, wenn eine zulässige Revision eingelegt wurde.

Dabei sind insbesondere die folgenden Konstellationen zu prüfen:

- Strafantrag
- Sachliche Zuständigkeit des Gerichts gemäß § 6
- Anklage und wirksamer Eröffnungsbeschluss
- Mindestalter
- Verjährung
- Entgegenstehende Rechtskraft, Art. 103 II GG
- Tod

##### **bb) Verfahrensrügen (S. 57)**

##### **cc) Sachrügen (S. 61)**

## II.) Revisionsanträge

Diese lauten in etwa:

*„Es wird beantragt, das Urteil des Landgericht Berlin vom ..., Az.: ..... mit den zugrundeliegenden Feststellungen in vollem (bzw. im angegriffenen) Umfang aufzuheben und die Sache (soweit) zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts Berlin zurückzuverweisen.“*

Es ist im Urteilsstil zu begründen. Unproblematisches ist mit einem zusammenfassenden Schreibstil abzuhandeln. Es ist tatbestandsbezogen und problembewusst zu arbeiten. In der Revision geht es um die Frage des Erwiesenseins (in Abgrenzung zum hinreichenden Tatverdacht etc.).

In der Praxis sollte immer die Verletzung sachlichen Rechts gerügt werden, weil dies dem Revisionsgericht erlaubt, auf die Urteilsgründe zurückzugreifen. Daneben sind Verfahrensrügen zu erheben, die den Verfahrensverstoß unter Angabe der Norm zu bezeichnen haben. Die Verfahrensrüge ist so zu begründen, dass das Gericht allein anhand der Revisionschrift beurteilen können muss, ob diese begründet ist.

## B) Das Ermittlungsverfahren

### I) Rechte der Verteidigung

#### 1.) Akteneinsicht (AE), § 147

- Nichts vor Akteneinsicht!
- uneingeschränkt nach Abschluss der Ermittlungen, Abs. 6
- Gefährdung des Untersuchungszwecks: StA kann AE versagen (breites Ermessen)
- aber: immer Anspruch auf Vernehmungsprotokoll des Beschuldigten und bei Anwesenheitsrecht sowie in Sachverständigengutachten (§ 163a und § 168 c)
- bei U-Haft: AE in alles was dringenden Tatverdacht begründet (**EGMR, StV 2008, 475**), allerdings nicht bei Flucht (**KG, Beschl. v. 06.07.2011, 4 Ws 57711**)
- grds. durch Mitnahme/ Übersendung ins Büro außer Asservate
- der/ die unverteidigte Beschuldigte hat eigenes Akteneinsichtsrecht (Abs. 4)
  
- **Rechtsmittel**: Antrag auf gerichtliche Entscheidung, Beschwerde gg. Entscheidung Gericht (Abs. 5)

#### 2.) eigene Ermittlungen

- Problem: Beweisanregungen der Verteidigung im Ermittlungsverfahren muss nicht nachgegangen werden (aber Beweisantrag stellen, § 163a II (str.))
- alles ist möglich, was nicht verboten ist

#### 3.) Anwesenheits- und Fragerechte

- bei Polizei: (+) bei Vernehmung des Beschuldigten, § 163a Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 168c Abs. 1 und 5
  
- bei StA: (+) bei Beschuldigtenvernehmung (§ 163a Abs. 3 S. 2 )
  
- (-) bei Durchsuchung, Gegenüberstellung, Leichenschau etc.,

- bei RichterIn: §§ 168c, d alles (+), außer Vernehmung Mitbeschuldigter  
(BGHSt 42, 391)

#### 4.) Pflichtverteidigung, §§ 140 ff.

##### a.) Auswahl (142 Abs. 5)

- grundsätzlich der/ die RA´in des Vertrauens (arg. § 137)
- Ausnahme: gewichtige Gründe
  - auswärtige/r Verteidiger/in (i.d.R. wohl +, da besonderes Vertrauensverhältnis, Wahlfreiheit wiegt höher als Fiskalinteressen)
  - (rechtzeitige) Verfügung des/ der RA/ RA´in
- Gelegenheit zur Benennung unter Fristsetzung

##### b.) Bestellung, § 142/ Rücknahme, §§ 143, 143a

- durch Richter/in
- Aufhebung,
  - wenn Grund weggefallen ist
  - bei zu kurzer Frist zur Auswahl auf Antrag binnen 3 Wochen
  - bei endgültiger Zerstörung des Vertrauensverhältnisses (siehe für die Praxis aber NSU Prozess)
- Rücknahme: - Wahlverteidiger/in meldet sich
- Wechsel im Revisionsverfahren möglich, § § 143a Abs. 3
  
- rechtliches Gehör ist zu gewähren

##### c.) Fälle notwendiger Verteidigung, § 140

- Katalog **Abs. 1**, u.a.
  - Nr. 1 HV ab Schöffengericht aufwärts
  - Nr. 2 Verbrechen
  - Nr. 4 Vorführung zur Entscheidung über U- Haft (Aufhebung bei Ablehnung Erlass Haftbefehl § 143 Abs. 2 S. 4)
  - Nr. 10 Bestellung bei (allen) richterlichen Vernehmungen (SV,

Zeug/in, Beschuldigte(r), Vorführungen bei Gebotenheit zum Schutz der Beschuldigtenrechte nur für die Dauer der richterlichen Handlung (**Schlothauer StV 2017, 557**)

- Nr. 11 Antrag einer/-s seh-, sprach-, hörbehinderte/n Beschuldigten

**- Abs. 2**

- Schwere der Tat:
  - wohl ab zu erwartender FS von mind. 1 Jahr
  - Gesamtumstände/ Folgen der Tat
  - Bewährungswiderruf droht
- Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage, z.B.
  - umfangreiche/ schwierige Beweisaufnahme
- Unfähigkeit der Selbstverteidigung

**- § 418 IV** - mind. 6 Mo. Freiheitsstrafe im beschleunigten Verfahren

**- § 408b** - Freiheitsstrafe im Strafbefehlsverfahren bei unverteidigter/-m Beschuldigten

**d.) praxisferne Neuregelung der Beiordnung im Ermittlungsverfahren**

- nur auf Antrag des Beschuldigten nach dessen Belehrung (zum Verfahren siehe §§ 141, 142 – lies insbesondere § 136 Abs. 5 letzter Halbsatz)
- Ausnahmen: § 141 Abs. 2, insbesondere bei Vorführung vor den/ die Haftrichter/in
- Gegenausnahmen: § 141a

**Rechtsmittel:** sofortige Beschwerde (§ 142 Abs. 7) nur Beschuldigte/r, nicht Verteidiger/in in eigener Person

**Unterbevollmächtigung** ist nicht zulässig



## **II) Maßnahmen nach dem 8. Abschnitt**

### **1.) Telefonüberwachung (TKÜ), Quellen TKÜ, Staatstrojaner §§ 100a ff.**

#### **Anordnung, § 100e**

- grds. durch RichterIn durch zu begründenden Beschluss (BGH sehr großzügig)
- bei Gefahr im Verzug (G.i.V.) durch StA (nicht Polizei) - dann 3 Tage Vorlagepflicht, ansonsten Tü beenden

#### **Voraussetzungen, § 100a**

- Katalogtat
- einfacher auf Tatsachen begründeter Verdacht reicht
- subsidiär (milderes Mittel) und Verhältnismäßigkeit
- es müssen Überwachung und Aufzeichnung angeordnet werden
- für max. 3 Monate (ab Erlass)
- Unterrichtungspflicht BetroffeneR nach Abschluss (§ 101 IV 1 Nr. 2)

#### **Kernbereichsschutz, § 100d**

#### **Rechtsschutz, § 101 VII (nicht § 98 II analog)**

- Zweiwochen(ausschluss)frist nach Benachrichtigung

#### **a.) Telefonüberwachung**

##### **- BVV:**

- Raumgespräch (+), aber BGH, Urteil 14.03.2003, 2 StR 341/02
- ein/e Teilnehmer/in gestattet Abhören (-) nach BGH
- Nachricht auf AB, Fax, PC-Speicher (+) (BGH: zul. aber über §§ 102 f.)
- Ortung durch stille SMS (+)
- Willkür (obj.)

##### **- Zufallsfunde (§ 477 II 2)**

- bei Katalogtat (nach Rspr auch, wenn Erkenntnisse im Zusammenhang mit Katalogtat stehen) und (schon) bei generalklauselartig umschriebenen

Delikten, wie „von erheblicher Bedeutung“ (KG, StraFo 2019, 213 ff, str.)  
- mittelbar für weitere Ermittlungen unproblematisch

### **b.) sog. Quellen TKÜ/ Staatstrojaner, § 100a**

**Zwei** Konstellationen sind geregelt:

**aa.)** (§ 100a Abs. 1 S. 2) Ausleitung von laufender unverschlüsselter Kommunikation unter Verwendung einer speziellen Software. Diese überwacht und zeichnet die Kommunikation auf.

**bb.)** (§ 100a Abs. 1 S. 3 kleine Onlinedurchsuchung) Überwachung und Aufzeichnung auf dem Computer gespeicherter Kommunikation (z.B. Messenger-Dienste, die bei der Übertragung verschlüsselt sind und erst auf dem Rechner unverschlüsselt vorliegen) ab dem Zeitpunkt der Anordnung.

#### **Probleme:**

Die (kleine) Onlinedurchsuchung und die Quellen TKÜ sind verfassungsrechtlich problematisch. Eine ausreichende Sicherung der Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung dürfte nicht möglich sein, da eine erhebliche Menge an Daten „abgegriffen“ wird. Das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG) ist betroffen. Zudem dürfte es an der Verhältnismäßigkeit für einen solchen Eingriff fehlen. Auf der einen Seite stehen die heutzutage zum Teil sehr persönlichen Daten. Dagegen steht ein Straftatenkatalog, der neben schwerer Kriminalität auch solche Straftaten enthält, die allenfalls der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind (Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung). Daneben reicht ein einfacher Tatverdacht aus. Es ist fraglich, ob die „Kommunikation“ mit dem Cloud-Computing darunter fällt.

## 2.) Online-Durchsuchung, § 100b

Überwachung und Aufzeichnung auf dem Computer gespeicherter Kommunikation und zwar auch älterer, **vor** dem Anordnungszeitpunkt liegende unter Verwendung spezieller Software. Auch das Nutzungsverhalten am Endgerät darf überwacht werden, darunter sollen auch die verdeckte Nutzung der Kamera/ des Mikrofons fallen. Damit wäre Art 13 GG betroffen, ohne dass das Grundrecht Erwähnung findet.

### - Anordnung, § 100e

- nur auf Antrag StA
- durch besondere Kammer am LG
- bei G.i.V., dessen Vorsitzende/r (3 Tage Bestätigungsfrist, sonst Anordnung gegenstandslos)
- max. 3 Monate, verlängerbar

### - zu begründender Beschluss

- besonders schwere Katalogtat, die im Einzelfall besonders schwer wiegt
- auf Tatsachen gegründeter Anfangsverdacht
- geeignet für Ermittlungen
- gegen Beschuldigte/n und Kontaktpersonen (besondere Begründung)
- Art, Umfang, Dauer
- subsidiär – ultima ratio

### -Ausnahmen:

- Kernbereichsschutz, § 100d Abs. 3
- unzulässig bei Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53
- bei Personen nach §§ 52, 53a – Abwägung im Einzelfall

- **Zufallsfunde** § 100e VI, nur wenn diese im Ausgangsverfahren zulässig wären

- **Rechtsschutz:** § 101 VII (**BGH StV 2009, 03**)

### Probleme:

Es gelten dieselben Bedenken wie bei der Quellen TKÜ und beim Staatstrojaner. Das BVerfG (NJW 2008, 822) hat für eine Onlinedurchsuchung eine Rechtfertigung allenfalls beim Betroffensein von überragend wichtigen Rechtsgütern, wie „Leib, Leben

und Freiheit der Person in Betracht gezogen. Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Hierzu zählt etwa auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.“ Das scheint bei der Regelung nicht der Fall zu sein (Katalogtaten sind u.a.: Eigentumsdelikte, wie Bandendiebstahl, ggf. Raub oder auch Geldfälschung bzw. Hehlerei oder Verstöße gegen das Asyl- und Aufenthaltsgesetz).

### **3.) großer Lauschangriff, §§ 100c**

- keine optische Überwachung
- **Anordnung**, 100e
  - nur auf Antrag StA
  - durch besondere Kammer am LG
  - bei G.i.V., dessen VorsitzendeR (3 Tage Bestätigungsfrist, sonst Anordnung gegenstandslos)
  - max. 3 Monate, verlängerbar
- zu begründender Beschluss
  - Katalogtat, im Einzelfall besonders schwerwiegend
  - auf Tatsachen gegründeter Anfangsverdacht
  - geeignet für Ermittlungen
  - gegen BeschuldigteN und Kontaktpersonen (besondere Begründung)
  - Art, Umfang, Dauer
  - subsidiär – ultima ratio
- Ausnahmen:**
  - Kernbereichsschutz, § 100d Abs. 4
    - negative Kernbereichsprognose (einfache Wahrscheinlichkeit)
    - Selbstgespräche
    - Gespräche mit Familienangehörigen
    - Ausnahme: Gespräch über Taten
  - unzulässig bei Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53

- bei Personen nach §§ 52, 53a – Abwägung im Einzelfall

- **Rechtsschutz:** § 101 VII (**BGH StV 2009, 03**)

- **Zufallsfunde**, § 100e VI, nur wenn diese im Ausgangsverfahren zulässig wären

- **BVV** - wie bei TÜ, bei Hörfalle (str.) und bei Verteidigungsüberwachung, § 148  
beachte §§ 161, 100e VI Nr. 3 (präventiv polizeilich erlangte Daten)

#### **4.) kleiner Lauschangriff (außerhalb der Wohnung), § 100f**

- Wohnungsbegriff ist weit auszulegen (Abgrenzung zu großem Lauschangriff)

- **Anordnung**, § 100f IV i.V.m. §§ 100b I, IV 1, 100d II

-grds. nach Antrag der StA durch RichterIn,

- bei G.i.V. StA (3 Tage Bestätigungsfrist, sonst Anordnung  
gegenstandslos)

- zu begründender Beschluss

-Katalogtat, § 100a II

- auf Tatsachen gestützter Anfangsverdacht

- gegen BeschuldigteN und Kontaktpersonen

- Art, Umfang, Dauer

- subsidiär

**Rechtsschutz:** § 101 VII (**BGH StV 2009, 03**)

#### **Probleme:**

- im Auto ? - nach BGH grds. rechtmäßig, allerdings ist längerer Entzug KfZ für  
Präparieren nicht gedeckt (**BGHSt 46, 266**)

- wie ist das bei Wohnmobil?

- **BVV** bei Selbstgespräch – **BGH, Urt. vom 22.12.2011, 2 StR 509/10**

## 5. ) Verdeckter Ermittler, §§ 110a ff.

§ 110a III: PolizeibeamtIn, der/die dauerhaft unter veränderter Identität ermittelt

### - Anordnung, § 110b I und II (BGH, Urteil. v. 7.3.95, 1 StR 685/94)

- StA, bei G.i.V. Polizei, 3 Tage Bestätigungsfrist, sonst ist AO hinfällig
- bei Maßn. gg. bestimmten Besch. oder Betreten einer Wohnung: RichterIn, bei G.i.V. StA, 3 Tage Bestätigungsfrist, sonst ist AO hinfällig
- schriftlich, zu begründen und zu befristen

### - Voraussetzungen, § 110a

- tatsächliche Anhaltspunkte für
  - Katalogtat
  - Verbrechen bei Wiederholungsgefahr oder besonderer Bedeutung
- subsidiär (Aufklärung sonst aussichtslos, wesentlich erschwert)

### - Befugnisse (§ 110c):

- Betreten der Wohnung nur mit Zustimmung Berechtigter
- nach StPO, ASOG
- § 136a muss beachtet werden (aber keine Belehrungspflicht)
- keine eigenen Straftaten

### - BVV\_(Widerspruchslösung):

- mündliche AO = kein BVV
- keine AO = BVV
- Willkür (fehlender Verdacht Katalogtat)
- Zufallsfunde, wenn Katalogtat oder Sachzusammenhang (§ 477 II 2)

### - Vernehmung in der HV (3 Stufen)

- unter besonderen Schutzvorkehrungen
- kommissarisch (Benachrichtigungspflicht (!)), dann Protokollverlesung
- nur VernehmungsbeamtIn ist ZeugIn

**Dieses Vorgehen (Stufen 2 und 3) verstößt wohl gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (EGMR, Urteil v. 15.12.2015, Rs 9154/10, Rs Schatschaschwili vs. Deutschland – mglw. klausurrelevant!)**

## **6.) Rasterfahndung, § 98a**

- durch RichterIn, bei G.i.V. StA (3 Tage Vorlagefrist)
- zu begründender Beschluss
  - Katalogstraftat von erheblicher Bedeutung (mittlerer Kriminalitätsbereich)
  - geeignet Rechtsfrieden erheblich zu stören, Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen
  - Anfangsverdacht
  - subsidiär
  - Benennung zu übermittelnde Stelle, Tat, Anordnungszweck, Merkmale
  
- nach Abschluss: Benachrichtigung BetroffeneR (§ 101 IV 1 Nr. 1)
  
- **Zufallsfunde:**
  - in der Sache (+)
  - bei Personen, wenn Katalogtat
  
- **Rechtsschutz:** § 101 VII (BGH StV 2009, 03)

## 7.) Observation, § 163f

- Beobachtung über 24 h oder an mehr als 2 Tagen (darunter: §§ 161 I, 163 I), Dokumentationspflichten (siehe **BVerfG, Beschluss v. 02.07.2009, 2 BvR 1691/07**)
  
- grds. durch RichterIn, bei G.i.V. von StA und Hilfsbeamten (Bestätigung binnen 3 Tagen, sonst Anordnung gegenstandslos) anzuordnen
  
- zu begründender Beschluss, max. 1 Monat
  - Straftat von erheblicher Bedeutung (keine Bagatelldaten)
  - Anfangsverdacht
  - subsidiär
  - auch bei Kontaktpersonen
  
- **Rechtsschutz:** § 101 VII (**BGH StV 2009, 03**)



## 8.) Durchsuchung, §§ 102 ff. (kurz und knackig, Michalke, StV 2014, 89 ff.)

- überraschende Maßnahme – grds. nicht zu verhindern
- Ziel: Auffinden von Sachen bzw. Ergreifen von Personen
  
- **Anordnung**, §§ 105:
  - grds. RichterIn (**BVerfG, NJW 2001, 1121**)
  - bei G.i.V. StA und HilfsbeamtlInnen, es ist zwingend zu versuchen, RichterIn zu erreichen
  - die einmal begründete Zuständigkeit des Gerichts nach dessen Anrufung bleibt bestehen, auf G.i.V. kann sich **nicht** mehr berufen werden (siehe **BVerfG, StV 2015, 606; BGH, StraFo 2017, 103**)
  - mindestens zur Tagzeit (- 21 h) ist Bereitschaftsdienst vorzuhalten, in Großstädten eher 24/7
  - Dokumentationspflicht bei G.i.V.
  
- zu begründender Beschluss (in Eilfällen auch mdl.), nicht älter als 6 Monate
  - auf Tatsachen gegründeter Anfangsverdacht (keine Vermutungen, vager Tatverdacht, LG Düsseldorf, **StV 2014, 20; BVerfG, StV 2015, 614, LG Ansbach StraFo 2018, 21 f.**)
  - Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die den Tatverdacht erst begründen (**BVerfG, Beschl. V. 24.01.2013, 2 BvR 376/11**)
  - gegen welche konkrete Person
  - welche Beweismittel (Konnexität zum Tatvorwurf, § 97 - Verbot?)
  - Ausmaß (insbesondere, welche Räume)
  
- bei **Dritten**, §§ 103 (auch bei Zeugnisverweigerungsrecht), zur
  - Ergreifung BeschuldigteR
  - Verfolgung von Spuren
  - Beschlagnahme bestimmter Gegenstände
  - Gebäudedurchsuchung bei §§ 129 a, b StGB
- hierfür ist eine auf Tatsachen basierende Auffindevermutung erforderlich
  
- keine **Zufallsfunde**, 108 I 3, bei Personen nach § 53 ist § 160a zu beachten

- **Verhältnismäßigkeit**: angemessenes Verhältnis zur Schwere der Straftat und Stärke des Tatverdachts, Bedeutung des Beweismittels, Grad des Auffindeverdachts

- insbesondere bei BerufsheimnisträgerInnen
- bei Beratungsstellen
- andere mildere Mittel (Herausgabe)
- Kopien (Papier/ Daten) statt Originale/ Hardware

beachte **§ 160a**:

Verwertungsverbot bei Ermittlungsmaßnahmen, die Erkenntnisse erbringen würden, über die ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht (lesenswert BGH **StV 2014, 388 ff.**)

- bei u.a. VerteidigerInnen, Geistlichen - absolutes Verbot
- bei u.a. SteuerberaterInnen, Beratungsstellen - relatives Verbot

- Beschluss und Beschlagnahmeprotokoll ist auszuhändigen, § 107
- Anwesenheitsrecht BetroffeneR bei Durchsuchung, § 106 (nicht zwingend für RA, keine RGL für Telefonverbot)
- Beschluss deckt nicht die Vernehmung der/des Betroffenen (Hausrecht)

- **Zufallsfunde** (§ 108) / BVV:

- keine gezielte Suche zulässig
- nach Herausgabe der zu suchenden Sache ist Durchsuchung zu beenden

- **Rechtsschutz**: bei Beschluss Beschwerde, §§ 304 ff, sonst Antrag nach § 98 II 2

- **Papiere/ Daten** (§ 110):

- Versiegelung vor Ort durch PolizeibeamtInnen
- solange Durchsicht anhält ist rechtlich die Durchsuchung noch nicht beendet

**Was passiert bei einem Verstoß?**

Ein Beweisverwertungsverbot soll nur ausnahmsweise vorliegen, nämlich bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden seien (**BVerfGE 113, 29, 61; NJW 2006, 2684, 2686; StraFo 2011, 145**).

## 9.) Beschlagnahme: §§ 94 ff

gg. den Willen des/ der Betroffenen, förmliche Sicherstellung

### - Anordnung, § 98:

- grds. RichterIn (**BVerfG, NJW 2001, 1121**), beachte § 98 I 2 bei Presse
- bei G.i.V. StA und HilfsbeamtInnen, 3 Tage Vorlagefrist (nur Ordnungsvorschrift)

### - zu begründender Beschluss

- Feststellung, dass Beweismittel
- konkrete Bezeichnung (= Umfang der Beschlagnahme, Konnexität zur Tat)
- Belehrung, dass richterliche Entscheidung nach § 98 II 2 möglich

### - Verhältnismäßigkeit

- Schwere der Tat, Stärke des Tatverdachts versus Eingriff in Grundrechte, insbesondere bei Presse, VerteidigerInnen, Beratungsstellen, Dateien auf Rechner etc.
- milderer Mittel? – Auskunft, Kopien etc.

### - Beschlagnahmeverbote, § 97 (sonst BVV, Widerspruchslösung! )

- Handakte VerteidigerIn
- Aufzeichnungen etc. die Verteidigung dienen, entsprechende Gegenstände
- § 148 I beachtet (Ausnahmen: **LG Berlin, NStZ 93, 146**)

### - BVV – quasi nur bei Willkür

### - Beschlagnahmeanordnung endet

- (automatisch) mit rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens
- Voraussetzungen weggefallen

### - Rechtsschutz: § 98 II 2, Prüfung RM zur Zeit der Entscheidung (Beschlagnahme in RA-Kanzlei: **EGMR, Urt. vom 03.07.2012, Robathin ./.** Österreich)

## 10.) Vorläufige Entziehung der FE, § 111a

### - Anordnung:

- durch RichterIn (nach Antrag StA)
- bei G.i.V. Beschlagnahme des FS durch Polizei
- zu begründender Beschluss (muss nachvollziehbar sein)

### - Voraussetzungen:

- hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass Gericht den/ die
  - Besch. für ungeeignet zum Führen von KfZ befindet (wie dringender TV)
    - Katalog § 69 II StGB oder
    - Tat mit verkehrsspezifischem Zusammenhang
  - Indizwirkung durch besondere Umstände erschüttert
- Ausnahme von einzelnen KfZ-Klassen nach Abs. 1 S. 2 möglich (wirtschaftliche Gründe genügen nicht)

### - Wirkung:

- Führen von KfZ bedeutet Verstoß gg. § 21 StVG
- Beschluss = AO/ Bestätigung Beschlagnahme FS (Abs. 3)

### - Rechtsmittel:

- Aufhebungsantrag, § 111a II
- Beschwerde

### **III.) Die Untersuchungshaft, §§ 112 ff.**

(**Rspr: KG**, Beschl. v. 24.03.2010, 4 Ws 37/10, 4 Ws 37/10 - 1 AR 410/10 und Beschl. v. 03.11.2011, 4 Ws 96/11; **EGMR**, Urt.v. 13.02.2001, 24479/94 juris)

- **Zuständigkeit:** Richter/in, §§ 125 f., während laufender HV: gesamter Spruchkörper, (**KG**, StraFo 2016, 292 ff.), str.

- **Anordnung:**

- auf Antrag der StA durch Gericht
- zu begründender Beschluss (Mindestinhalt, § 114)
- dem/ der Beschuldigten ordnungsgemäß bekannt zu machen, §§ 35, 114a, 115

**1.) Voraussetzungen (Prüfungsreihenfolge):**

- a.) dringender Tatverdacht
- b.) Haftgrund (Flucht, Fluchtgefahr, Verdunkelungsgefahr)
- c.) Verhältnismäßigkeit

**a.) dringender Tatverdacht**

- große Wahrscheinlichkeit, dass BetroffeneR TäterIn oder TeilnehmerIn der Tat ist (i.d.R. weniger als hinreichender Tatverdacht)
- in Klausuren geht es um die Verneinung aus Rechtsgründen (Verfahrenshindernisse, Beweisverwertungsverbote (BVV), Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründe)

**b.) Haftgrund**

**aa.) Fluchtgefahr:**

- bei Würdigung des Einzelfalles ist es wahrscheinlicher, dass der/ die Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen wird, als dass er/ sie sich diesem zur Verfügung hält

- **Ausgangspunkt:** Straferwartung

- (lesenswert: **KG Berlin, Beschl. vom 03.11. 2011 – 4 Ws 96/11**, juris)
- tatsächlich zu erwartende Strafe (Netto-Strafe)
- bewährungsfähige Strafe, Halb-/ Zweidrittelstrafe (§ 57 StGB),  
Anrechnung U-Haft (§ 51 StGB)
- droht Bewährungswiderruf in anderer Sache?

- **Bezugspunkte:**

- Person des Beschuldigten (hohes Alter, Gesundheitszustand)
- Lebensumstände (Familie, Arbeit, Wohnung)
- Vorleben, Vorstrafen
- trotz Wissens um Tatvorwurf keine Fluchtvorbereitungen etc.

- **Probleme:**

- Wohnsitz im Ausland
  - dies allein begründet nicht die Fluchtgefahr, es müssen weitere Anhaltspunkte hinzutreten, die gerade ein Sich-Entziehen-Wollen belegen
- geplante Auslandsreise
  - war diese schon vorher geplant unabhängig von Tat?
- allein auf Straferwartung darf der Haftbefehl nicht gestützt werden

**bb.) Verdunklungsgefahr (achte auf § 113):**

- dringender Verdacht auf Beweismittel **unlauter** einzuwirken und dadurch die Ermittlung der Wahrheit zu erschweren

**cc.) Wiederholungsgefahr**

- dringender Tatverdacht Katalogtat
- Wiederholungsgefahr (Tatsachen)
- Einschränkung: Taten müssen im Einzelfall überdurchschnittliche Schwere/  
Unrechtsgehalt aufweisen
- Haft zur Abwendung der Gefahr erforderlich
- subsidiärer Haftgrund

**dd.) Schwerstkriminalität (§ 112 III)**

- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten (BVerfG Rspr.).

**c.) Verhältnismäßigkeit (§ 120)**

Es sind die Schwere des Eingriffs mit der Bedeutung der Sache und den Rechtsfolgen abzuwägen. Dabei dürfen nur die Tatvorwürfe berücksichtigt werden, die Inhalt des Haftbeschlusses sind. Insbesondere wenn die U-Haft die zu erwartende Strafe übersteigen würde, ist Unverhältnismäßigkeit naheliegend. Mit zunehmender Dauer der Haft steigen die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.

Besondere Ausprägung ist die Außervollzugsetzung des Haftbeschlusses, § 116. Es können Auflagen erteilt werden, ohne dass der Katalog abschließend ist. Letztlich hat die Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorrangig bei § 116 zu erfolgen.

Es sind die **Aufhebung des Haftbeschlusses** und hilfsweise (i.d.R. regelmäßig) seine **Außervollzugsetzung** zu beantragen.

## 2.) Rechtsbehelfe:

### a.) Haftprüfung, §§ 117, 118

- schriftliche Haftprüfung immer, auch mehrmals möglich
- mündliche Haftprüfung
  - § 118 III: nach Durchführung: Sperre für weitere Haftprüfung
  - § 118 V: innerhalb von 2 Wochen durchzuführen (Verstoß führt trotz Rechtswidrigkeit nicht zur Aufhebung Haftbeschluss, VerfGH Berlin, **StV 2015, 649**)
- neben der Haftprüfung ist die Beschwerde nicht zulässig, § 117 II (ev. Antrag auf mündliche Haftprüfung vorher zurücknehmen)

### b.) Haftbeschwerde, § 304 Abs. 1 (am ehesten klausurrelevant)

- nur gegen den letzten, aktuell geltenden Beschluss
- auch gegen nicht vollstreckte bzw. vollzogene Haftbeschlüsse mgl.
- auch mit dem Ziel der Außervollzugsetzung bzw. Aufhebung nach § 120
- einzulegen beim Ausgangsgericht, § 306 I (mit Abhilfemöglichkeit)
- Vorlagefrist von 3 Tagen, § 306 II (Verstoß ohne Rechtsfolge (VerfGH Berlin, Beschluss v. 18.02.2015, StV 2015, 649 ff.), aber Argumentationshilfe wg. eines Verstoßes gegen den Beschleunigungsgrundsatz)
- zu begründender Beschluss, § 34
- dagegen ist weitere Beschwerde statthaft, § 310 I Nr. 1

Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung können bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden (**BVerfG, Beschl. v. 13.05.2009, 2 BvR 388/09**).



#### **IV.) Einstellung des Verfahrens, §§ 170 II, 153, 153a, 154, 154a**

##### **1.) § 170 II - kein hinreichender Tatverdacht**

- wenn Verurteilung des/ der Beschuldigten nicht wahrscheinlich
- Verfahrenshindernisse, Beweisverwertungsverbote (BVV), Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründe

##### **2.) § 153 – geringe Schuld**

- bei Vergehen (klausurrelevant: Annahme eines Verbrechens durch StA)
- StA, mit Zustimmung Gericht oder nach Eröffnung, das Tatgericht
- geringe Schuld
  - Vergleich mit Taten gleicher Art
  - nicht unerheblich unter dem Durchschnitt (Strafe im untersten Bereich siehe Strafzumessungskriterien, S.26 f.)
- Schuld muss nicht feststehen, nur wahrscheinlich sein
- kein öffentliches Interesse an der Verfolgung
- beschränkter Strafklageverbrauch (eingeschränkt)

##### **3.) § 153a – gegen Auflagen**

- StA, mit Zustimmung Gericht oder nach Eröffnung das Tatgericht
- kleinere und mittlere Kriminalität (Vergehen)
- hinreichender Tatverdacht besteht
- öffentliches Interesse, aber Kompensation durch Auflagen und Weisungen
- keine entgegenstehende Schwere der Schuld
- wohl nicht bei Vorstrafen bzw. früherer § 153a-Einstellung f. ähnliche Tat
- Zustimmung Beschuligte/r
- beschränkter Strafklageverbrauch (nur noch Verbrechen verfolgbar)

**Tipp:** - In der Schriftsatzklausur sollte die Einstellung angeregt, sowie ein bezifferter Vorschlag für eine (meistens Geld-) Auflage mit der Zustimmung verbunden werden (hierfür muss sich eine Zustimmung des Mandanten in

den Akten befinden)

#### 4.) § 154 – Mehrfachtäter/in

- eine von mehreren prozessualen Taten i.S.d. § 264
- Abs. 1 S. 1 relevant: Rechtsfolgenminus zu verhängter oder zu erwartender Rechtsfolge fällt nicht beträchtlich ins Gewicht (bis ein Viertel etwa)
- sollte durch Verteidigung angeregt werden
- nach Anklageerhebung ist Antrag der StA notwendig
- fristgebundene Wiederaufnahme dieser Taten möglich, § 154 III, IV
- Verwertung bei der Strafzumessung nicht ausgeschlossen

#### 5.) § 154a – Beschränkung der Strafverfolgung (zur Verfahrensbeschleunigung)

- Beschränkung innerhalb derselben prozessualen Tat (also i.d.R. Tateinheit)
- einzelne abtrennbare Teile der Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen
- nach Anklageerhebung ist Zustimmung der StA notwendig
- Wiederaufnahme jederzeit möglich (auf Antrag der StA zwingend)
- Verwertung bei der Strafzumessung nicht ausgeschlossen

Alle Einstellungen sind im **Ermittlungsverfahren** und auch noch **nach Anklageerhebung** möglich und jeweils im Absatz 2 der Vorschriften geregelt.

In **Plädoyers-** und **Revisionsklausuren** spielen diese Verfahrensbeendigungsmöglichkeiten **keine** Rolle, da es entweder um den Schlussvortrag geht, nach dem das Urteil ergehen bzw. das Urteil bereits gefallen ist und angegriffen werden soll. Bei Revisionsklausuren kann allerdings aufgrund von § 153a Abs. 2 S. 1 ein solches Vorgehen beantragt werden.

## C.) Zwischenverfahren, §§ 199 ff.

### I.) Ablauf

- Anklageerhebung durch die StA
- Gericht soll beurteilen, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll, also ob hinreichender Tatverdacht besteht und hierzu u.U. Beweise erheben, § 202
- Möglichkeit der Einstellung aus Opportunitätsgründen
- Übersendung der Anklage an AngeschuldigteN / VerteidigerIn (§ 145a) mit Äußerungsfrist (Beweise, Einwendungen), § 201
- Entscheidung über Beiordnung vor Eröffnung, § 141
- Gericht eröffnet Hauptverfahren (auch abweichend von Anklage bei anderer Beurteilung des Sachverhaltes), §§ 206, 207 II oder lehnt dies ab, §§ 203 ff., § 211
- bei Ablehnung ist mitzuteilen, ob aus tatsächlichen (kein Tatverdacht bzw. nicht beweisbar (BVV)) oder aus rechtlichen Gründen (Verfahrenshindernisse, Rechtfertigungsgrund etc.), § 204 I
- StA hat Rechtsmittel gegen Nichteröffnung, § 210 II
- mit Eröffnung wird Entscheidung über Haftfrage getroffen
- Einstellung nach §§ 205, 206a und b

### II.) klausurrelevant:

- Antrag, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen (nur, wenn hinreichender Tatverdacht bei einzelnen von mehreren angeklagten Taten nicht gegeben ist und diese in Tatmehrheit zueinander stehen)
- Antrag, Hauptverfahren rechtlich abweichend von Anklageschrift zu eröffnen (andere sachliche Zuständigkeit des Gerichts? – Anregung, das Verfahren vor Gericht niederer Ordnung zu eröffnen, § 209 I und § 209a)
- entsprechende Einteilung (§ 204 I) in rechtliche/ tatsächliche Gründe im Schriftsatz, Tatbestände chronologisch abarbeiten
- bei Beantragung der Nichteröffnung auch ggfs. Anträge zur Aufhebung von Haftbeschlüssen, zur Grundentscheidung der Entschädigung nach StrEG stellen

### III.) Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff.

- bei Vergehen, nicht bei Verbrechen
- hinreichender Tatverdacht
- nicht gegen Jugendliche (§ 79 I JGG)

#### 1.) Verfahren:

- Antrag der StA mit Inhalt des § 409 I 1 Nr. 1 – 6 und § 200 (wg. Wirkung als Anklage)
- auch noch nach Eröffnung Hauptverfahren möglich, § 408a
- Rechtsfolgen:
  - Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr auf Bewährung, wenn BeschuldigteR VerteidigerIn hat, § 407 II 2 (beachte § 109 III JGG)
  - Geldstrafe, § 407 II 1 Nr. 1
  - Entziehung der Fahrerlaubnis, Sperre max. 2 Jahre, § 407 II 1 Nr. 2
- Prüfung durch Gericht und Erlass des Strafbefehls oder Ablehnung, § 408 II

#### 2.) Probleme:

- Wirksamkeit wird nicht beeinträchtigt, wenn
  - mangelhafte Angaben zur Person
  - keine Angaben zu angewendeten Vorschriften, Beweismitteln
  - Verstoß gg. § 409 I 1 Nr. 3 (nach Einspruch Verfahrenshindernis?)
  - Festlegung unzulässige Rechtsfolge oder fehlt gänzlich
  - Fehlen der Belehrung, § 409 I 1 Nr. 7 (aber Wiedereinsetzung, § 44 S.1 – klausurrelevant!)
  - kein Datum
  - Divergenz zwischen Antrag StA und Strafbefehl
- unwirksam, wenn keine Unterschrift von RichterIn
- unwirksame Zustellung, wenn keine Übersetzung für Sprachunkundigen, § 37 III StPO, § 187 Abs. 2 GVG (LG Stuttgart, **StV 2014, 290 ff.**)

#### 3.) Einspruch, § 410:

- auch durch gesetzlicheN VertreterIn, VerteidigerIn, §§ 297 f.

- innerhalb von zwei Wochen (Eingang bei Gericht) nach (wirksamer) Zustellung
  - richtiger Adressat ausschließlich erlassendes Gericht
  - schriftlich
    - Unterschrift nicht unbedingt notwendig
    - bei Telefax nur mit Unterschrift
    - bei Computerfax entweder eingescannte Unterschrift oder Hinweis, dass auch ohne Unterschrift gültig
  - Beschränkung auf bestimmte Beschwerdepunkte möglich, § 410 II
  - bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz, § 411 III 1
  - bei Beschränkung auf Höhe (nicht Anzahl) der Tagessätze – ohne Hauptverhandlung durch Beschluss möglich, § 411 I 3
- Verwerfung des Einspruchs (§ 411 I) - Rechtsmittel: sofortige Beschwerde (§ 311)

Auf den Einspruch wird eine Hauptverhandlung durchgeführt. Es gelten erleichterte Beweisregeln, §§ 420 IV, 411 II 2. Das gilt nicht mehr im Berufungsverfahren. Das Verschlechterungsverbot gilt nicht, sogar die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe ist möglich.

Rücknahme bzw. Beschränkung des Einspruchs sind deshalb immer im Auge zu behalten, aber nach Beginn der Hauptverhandlung nur mit Zustimmung der StA möglich, §§ 411 III 2, 303 S. 2.

Die Beschränkung muss sich auf Beschwerdepunkte beziehen, die tatsächlich und rechtlich selbständig beurteilt werden können (Trennbarkeitsformel).

Der Strafbefehl hat Rechtskraftwirkung (Strafklageverbrauch möglich), § 410 III.

**klausurrelevant:**

- im Extremfall ist Einspruch zurückzunehmen und die Bearbeitung erfolgt im Hilfsgutachten
- werden keine Rechtsfolgen festgesetzt, ist kein Einspruch einzulegen (da keine Beschwer)
- fehlende Belehrung – Wiedereinsetzung, § 44 S. 1 analog

#### **IV.) Beweisverwertungsverbote (BVV)**

Nach dem Untersuchungsgrundsatz aus § 244 Abs. 2 hat das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Die StPO deckt keine Wahrheitserforschung um jeden Preis (§ 136a). Es sind die dem Beschuldigten zustehenden Rechte zu berücksichtigen. Dies ist in erster Linie Ausfluss des Anspruchs auf ein rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG). Der Untersuchungsgrundsatz kann demnach in bestimmten Fällen zu Gunsten höherwertiger Rechtsgüter und Interessen durch Beweisverbote durchbrochen werden. Diese Verbote dienen der Sicherung der Individualrechte des/ der Beschuldigten.

Neben Beweiserhebungsverböten (vgl. bspw. § 51 Abs. 1 BZRG, § 136a Abs. 1, Abs. 2 StPO) wegen Beweisthemen-, Beweismittel- und Beweismethodenverböten existieren Beweisverwertungsverböte. Besteht ein Beweisverwertungserbot, darf es nicht durch Rückgriff auf ein anderes Beweismittel umgangen werden.

##### **1.) Gesetzliche Beweisverwertungsverböte**

- §§ 81a Abs. 3, 81c Abs. 5 Satz 2; § 100d Abs. 2 und 5; §§ 108 Abs. 2 und Abs. 3, 160a Abs. 1 Sätze 2 und 5, Abs. 2 Satz 3, 161 Abs. 2 und Abs. 3, § 257c Abs. 4 Satz 3, 477 Abs. 2 Sätze 2 bis 4

- § 160a – BVV auch bei Zufallsfund einer polizeilichen Maßnahme, die anfänglich keine Ermittlungsmaßnahme war (LG Augsburg, **StV 2014, 468**)

- **§ 136a Abs. 3 Satz 2** (für StA/ Polizei: § 163a Abs. 3 Satz 2 bzw. Abs. 4 Satz 2)

- bei ZeugnInnen: über § 69 Abs. 3, §§ 161a Abs. 1 Satz 2 und §§ 163 Abs. 3 Satz 1

- verbotene Täuschung (str., ob diese - so der BGH für tatsächliche im Gegensatz zu Rechtsfragen - bewusst erfolgen muss) oder erlaubte kriminalistische List?

## 2.) Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote

Es existiert keine allgemeine Regel, wann die Verletzung eines Beweiserhebungsverbots zu einem BVV führt. Das BVV stellt die Ausnahme dar. Es geht um den fair trial Grundsatz (BVerfG, Beschluss v. 02.07.2009, 2 BvR 2225/08). Es ist eine Frage des Einzelfalls (Abwägungslehre). Der Verstoß muss feststehen (in dubio pro reo gilt hier nicht) und kann im Freibeweisverfahren festgestellt werden

*BVerfG a.a.O.: „Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. (...)*

*Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwer wiegenden Fehlers können - müssen indes nicht in jedem Fall - danach ein Verwertungsverbot nach sich ziehen“*

- Rechtskreistheorie – dient Vorschrift der Wahrung der Rechte des Beschuldigten?
- Abwägung der im Einzelfall maßgeblichen Aspekte:

- Interesse an Strafverfolgung
- Schwere der betroffenen Straftat
- Art der verletzten [Grund-]Rechtsposition
- Ausmaß der Rechtsverletzung
- Intensität des staatlichen Fehlverhaltens
- hypothetische Möglichkeit der rechtmäßigen Beweiserlangung

Grundsatz: Je mehr die verletzte Verfahrensvorschrift dem Schutz des/ der Beschuldigten im Verfahren dient, desto eher ist ein BVV anzunehmen.

### a) Fehlen der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2

§ 136 Abs. 1 Satz 2 betrifft den Kernbereich des nemo-tenetur-Prinzips. Die Verletzung zieht grundsätzlich ein BVV nach sich. Die Belehrung beinhaltet das Schweigerecht und das VerteidigerInnenkonsultationsrecht (sowie – wieso auch immer - die mögliche Kostentragungspflicht des/der Beschuldigten).

Allerdings gilt die **Widerspruchslösung**, d.h. es ist der Verwertung bis zum Zeitpunkt des § 257 in der Hauptverhandlung zu widersprechen.

Notwendig ist eine Vernehmungssituation (keine Privatpersonen, verdeckter Ermittler, RA´In etc.) und die Beschuldigteneigenschaft des/ der MandantIn zur Zeit der Vernehmung (Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder Verdacht verdichtet, so dass MandantIn als Täterin in Betracht kam, **BGH** in StV 2015, 337 ff.).

#### Kein BVV:

- wenn BeschuldigteR rechtskundig (BGH, B. v. 17. 2. 2009, 1 StR 691/08)
- bei Spontanäußerung
- i.R. informatorischer Befragungen bei unübersichtlichem Geschehen (str)

#### Heilung:

- qualifizierte Belehrung, also neben Belehrung zum Schweigerecht auch darüber, dass bisherige Aussage unverwertbar
- BGH (Urteil v. 18.12.2008, 4 StR 455/08) will aber nach Abwägung auch eine nicht qualifizierte Belehrung ausreichen lassen (wenn mehr als vorher bekundet)

**Beachte:** Bemüht sich die Vernehmungsperson um Hilfe bei Konsultation eines/ einer Verteidigers/ -in, bleibt dies aber erfolglos, darf Vernehmung nur mit ausdrücklichem Einverständnis des Beschuldigten nach nochmaliger Belehrung fortgesetzt werden



## **b) Fehlen einer ZeugInnenbelehrung nach § 52 Abs. 3**

- Angehörigenverhältnis prüfen (§§ 1589 f. BGB - selbst bei Neffen, Nichten)
- vor jeder Vernehmung ist über die Rechte zu belehren
- Schutzzweck: Zwangslage des/der Zeugn auf grund familiärer Solidarität verhindern
- bei Minderjährigen - § 52 II 1 beachten
- Verschwägerung entfällt nicht durch Scheidung
  
- **BVV** - auch wenn die Angehörigeneigenschaft dem Gericht nicht bekannt bzw.
  - der/ die Zeugn diesbezüglich falsche Angaben gemacht hat
  
- wenn Fehlen der Belehrung nicht ursächlich für Aussage (Kennen des Zeugnisverweigerungsrechts) = kein BVV
- bisher Widerspruch in der Hauptverhandlung nicht notwendig, weil der Rechtskreis des/ der Zeugn betroffen ist

## **c) Fehlen einer Belehrung nach § 55 Abs. 2**

M. M.: Beweisverwertungsverbot

H. M.: verneint BVV - Rechtskreis des Beschuldigten nicht berührt

**Klausurrelevant** ist der Rollentausch, also der/ die Beschuldigte war früher Zeugn und ist nicht nach § 55 belehrt worden, obwohl Anhaltspunkte für eine Notwendigkeit der Belehrung bestand. Es besteht jetzt ein BVV für die damalige ZeugInnenaussage (lesenswert: Anwendungsbereich LG Koblenz, **StV 2013, 18.**)

## **d) verdeckte Ermittlungen**

**BVV :**

- bei Willkür oder unvertretbare Entscheidungen
- ohne staatsanwaltschaftliche oder richterliche Zustimmung
- § 136 darf nicht umgangen werden, wenn BetroffeneR sich bereits auf sein/ ihr Aussageverweigerungsrecht berufen hat (**klausurrelevant**)
- § 136a uneingeschränkt analog

### e) Verletzung d. Benachrichtigungspflicht, §§ 168c Abs. 5 S. 1, 224 Abs. 1 S.1

- für richterliche Vernehmungen von ZeugInnen, SV und BeschuldigteR selbst
- nicht für Vernehmung von Mitbeschuldigten (str., **BGH, B. v. 06.10.2009, 4 StR 299/09**)
- Widerspruchslösung!
- keine Verlesung des richterlichen Protokolls bzw. Vernehmung des/der ErmittlungsrichterIn, **aber Verlesung als nichtrichterliches Protokoll** nach § 251 I möglich (Zustimmung bzw. Versterben des/ der ZeugIn bzw. dauerhaftes Hindernis)

### f) § 252 – Unstatthafte Protokollverlesung/ allgemeines BVV

Es spielt keine Rolle, wann das Angehörigenverhältnis entstanden ist.

Die Norm enthält über den Wortlaut hinaus ein allgemeines Verwertungsverbot (also keine Vernehmung der Verhörsperson oder mittelbare Verwertung über an sich rechtmäßige Urkundenverlesung u.ä.). Die Norm ist weit zu verstehen. Betroffen ist alles, was der/ die ZeugIn in förmlichen Vernehmungen oder vernehmungähnlichen Situationen (auch im Zivilverfahren, ggü. einem/einer Sachverständigen, auch ggü der Verteidigung) erklärt hat. Dazu gehören auch z.B. anlässlich der Vernehmung übergebene Schriftstücke oder Tonaufnahmen von Gesprächen etc. (BGH, **StV 2013, 135**). Abzugrenzen ist dies von Aussagen aus freien Stücken.

#### **Ausnahme:**

- VernehmungsrichterIn, die nach § 52 III 1 belehrt hat bzw. wenn Angehörigenverhältnis verschwiegen wurde; er/ sie kann ZeugIn sein bzw. das Protokoll verlesen werden
- bei der Vernehmung eines/einer BerufsheimnisträgerIn, die zur Zeit der (Erst)Vernehmung von der Schweigepflicht befreit war, denn § 53 schützt die/ den BerufsheimnisträgerIn und nicht den/ die BeschuldigteN

**Klausurrelevant:** FrühereR BeschuldigteR ist jetzt ZeugIn. Wenn er/ sie sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft oder nicht feststeht (wegen Unerreichbarkeit) ob er/ sie Gebrauch davon machen würde, besteht ein Verwertungsverbot (OLG Koblenz, **StV 2014, 330**), da die Norm den/ die ZeugIn davor schützen will gegen seinen/ ihren Willen zur Überführung des/ der Angeklagten beizutragen. Das soll nur anders sein,

wenn er/ sie flüchtig ist und eigentlich im selben Verfahren verhandelt würde, da ZeugInneneigenschaft nur durch Flucht entstanden.

### **g) Durchsuchung**

- BVV zumindest bei schwerwiegenden willkürlichen oder bewussten Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig außer Acht gelassen worden sind (**BVerfGE 113, 29 (61)**; BGH **NStZ 2012, 104**), z.B. RichterInnevorbehalt nicht beachtet, bloße Vermutungen hinsichtlich Tatverdacht (LG Ansbach, **StraFo 2018, 21 f.**, vllt klausurrelevanter: LG Hamburg, **StraFo 2018, 22 f.**))

- § 97

- gezielte Suche nach Zufallsfunden

### **h) Fehler bei der Überwachung der Telekommunikation nach §§ 100a f.**

BVV nur,

- wenn objektive Willkür oder grobe Fehlbeurteilungen

- gerichtliche oder staatsanwaltliche Anordnung gemäß § 100e fehlt

### **i) körperliche Untersuchungen nach § 81a**

- Richtervorbehalt **nicht** bei Verdacht wegen §§ 315a I Nr. 1, II, III, 315c I Nr. 1 Buchst. a, II, III und 316 StGB (aber möglicherweise über eine Weisung der StA!)

- ansonsten grds. kein BVV (außer Willkür/ bewusster Verstoß), denn

Normzweck: § 81a soll BetroffeneN vor gesundheitlichen Schäden bewahren

### **k) rechtswidrige Erlangung von Beweismitteln durch Privatpersonen**

Beweismittel, die von Privaten rechtswidrig erlangt wurden, sind grds. verwertbar

#### **Ausnahmen:**

- eklatanter Verstoß gegen die Menschenwürde (BGHSt 44, 129)

- Eingriff in die Intimsphäre (gerechtfertigt, da durch Abspielen bzw. Verlesen der Rechtsverstoß in der Hauptverhandlung wiederholt würde)

- gezielter Einsatz von Privatpersonen (siehe aber BGHSt 42,139 - Hörfalle)

### **I.) Schweigen des/ der Angeklagten**

Das Schweigen ist grundsätzlich neutral. Hierzu zählt auch ein einfaches Bestreiten der Tat. Ebenso das unterschiedliche Aussageverhalten in verschiedenen Verfahrensabschnitten. (Das gilt auch für den/ die zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugn).

Davon abzugrenzen ist das Teilschweigen. Ein Teilschweigen innerhalb eines bestimmten Sachverhalts eines einheitlichen Geschehens kann zulasten des/ der Angeklagten verwandt werden.

### **m.) verfassungsrechtliches BVV**

- BVV – wenn Schutz der Grundrechte es gebietet
- bei Eingriff in Privatsphäre (statt Kernbereich) Abwägung betroffenes Grundrecht gegen (überragendes) Interesse an wirksamer Strafrechtspflege (z.B. Tagebuch)
- auch bei Privatpersonen zu beachten

### **3.) Fernwirkung**

Nach BGH (-), Gegenmeinung: fruit of the poisonous tree doctrine

## D.) Hauptverfahren

### I.) Ablehnung von Gerichtspersonen, §§ 22 ff.

- kraft Gesetzes, §§ 22 f.
- Ablehnung wegen Befangenheit, § 24 II
  - innere Haltung des/ der Richter/in , aufgrund der er/ sie nicht mehr neutral erscheint und die von ihm/ ihr erwartete Neutralität nicht mehr gewährleistet zu sein scheint (vom Standpunkt eines/r vernünftigen Angeklagten)

Ein Ablehnungsrecht haben der/ die Angeklagte, die StA, der/ die Privat- sowie Nebenkläger/in. Die Verteidigung hat kein eigenes Ablehnungsrecht.

Zeitpunkt, § 25:

- bis zur Vernehmung des/der ersten Angeklagten zu den persönlichen Verhältnissen
- bei Mitteilung der Besetzung nach § 222a Abs. 1 S. 2 (erstinstanzlich LG oder OLG) unverzüglich
- unverzüglich für später entstehende Gründe
- nicht mehr nach dem letzten Wort des/ der Angeklagten

Verfahren, § 26:

- an das Gericht, welchem Person angehört (in der HV stellen)
- Name des/ der Richters/in feststellen
- (ist schriftlicher Antrag angeordnet) Gründe benennen und glaubhaft machen und dadurch Verhinderung der Verlesung der Begründung in der HV (§ 26 I 2)
- dienstliche Äußerung des/ der RichterIn
- Entscheidung durch Beschluss
- der/ die Abgelehnte entscheidet nicht mit (§§ 26a II 1, 27)
- Rechtsmittel: sofortige Beschwerde bzw. mit dem Urteil, § 28

Bei unmittelbar vor der HV gestellten Anträgen besteht die Möglichkeit, die Hauptverhandlung zu beginnen und die Anklage durch die StA verlesen zu lassen. Die Hauptverhandlung wird bei in der HV gestellten Anträgen fortgesetzt, der Antrag muss

vor den Schlussvorträgen und spätestens nach 2 Wochen bzw. wenn dies später ist, zu Beginn des übernächsten Verhandlungstages entschieden werden, § 29. Bei begründeten Anträgen ist die HV neu zu beginnen/ zu wiederholen (außer bei unaufschiebbaren Handlungen).

Für UrkundsbeamtInnen, SchöffInnen und Sachverständige gilt das entsprechend, §§ 31, 74.

VertreterInnen der StA können nicht abgelehnt werden, es kann allenfalls auf eine Ablösung beim Vorgesetzten gedrungen werden.

## **II.) Beweisantragsrecht**

### **a.) Begriff**

Ein Beweisantrag ist das ernsthafte, unbedingte oder an eine Bedingung geknüpfte Verlangen eines Prozessbeteiligten, über eine die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betreffende Behauptung durch bestimmte, nach der StPO zulässige Beweismittel, Beweis zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, warum das Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll.

Es ist ausreichend, wenn die Verteidigung die im Beweisantrag behauptete Tatsache nur für möglich hält und deren Bestätigung erhofft. Zu unterscheiden hiervon ist nach der Rechtsprechung der sog. „Beweisantrag ins Blaue“ (KG, **StraFo 2015, 208**)

- **Arten** (Strengbeweis):

- Vernehmung von ZeugInnen
- Gutachten von Sachverständigen
- Augenschein und
- Verlesung von Urkunden

**Notwendiger Inhalt:**

- Beweistatsache (zu unterscheiden vom Beweisziel)
- Beweismittel
- Konnextität zwischen Beweistatsache und –mittel

Die Beweistatsache und insbesondere das Beweismittel sind hinreichend zu konkretisieren, so dass ein/e Zeuge/in ohne weiteres individualisiert werden kann. Der Beweisantrag zu einer **negativen** Tatsache ist **nur** in einfach gelagerten Fällen zulässig. Es sind die positiven Tatsachen, aus der die negative geschlossen werden kann, unter Beweis zu stellen. Sollte ein Beweisantrag aufgrund unzureichenden Antrags abgelehnt werden, kann dieser nur nachgebessert erneut gestellt werden.

**Form:** - (nur) mündlich in der Hauptverhandlung bis zur Urteilsverkündung

### **b.) Ablehnung eines Beweisantrages, § 244 Abs. 3-5**

Beim Beweisantragsrechts handelt es sich um eine der wenigen Möglichkeiten, mit denen der/ die Angeklagte/ VerteidigerIn auf die Wahrheitsfindung Einfluss nehmen kann.

Daher sieht § 244 Abs. 3 bis 5 einen eng begrenzten Katalog von Gründen vor, die die Ablehnung eines Beweisantrages. Aus anderen Gründen darf ein Beweisantrag nicht abgelehnt werden.

Es müssen die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen im Beschluss dargelegt werden, aus denen der Beweisantrag abgelehnt wird, § 244 Abs. 6.

Das Gericht darf nach der Absolvierung des eigenen Beweisprogramms der Verteidigung eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen auferlegen. Nach Ablauf der Frist muss die Verteidigung, soweit dennoch ein Beweisantrag gestellt wurde, darlegen wieso dies innerhalb der Frist nicht möglich gewesen ist. Diese Anträge können dann erst im Urteil beschieden werden (§ 244 Abs. 6 S. 3 - 5). Es gelten dennoch die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 - 5.

Die Ablehnungsgründe müssen so konkret abgefasst sein, dass dem/ der Antragsteller/in damit Gelegenheit gegeben wird, sich in seinem/ ihrem weiteren Verteidigungsverhalten auf die ihm Beschluss deutlich gewordene Haltung des Gerichts einzustellen (BGHSt 40, 60; BGH NSTZ 2004, 51). Hierzu kann/ muss eine Abschrift des Beschlusses aus dem vorläufigen Protokoll erwirkt werden.

**aa)** offenkundige (allgemein- und gerichtskundige) Tatsachen

Allgemeinkundig sind alle Tatsachen und Erfahrungssätze, von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder über die sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen unschwer unterrichten können.

Gerichtskundig sind die Tatsachen und Erfahrungssätze, die der gesamte Spruchkörper anlässlich seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (nicht bei privater Kenntnis) im zu verhandelnden Verfahren, **StV 2013, 548**).

**bb)** ohne Bedeutung – kein Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Tat bzw. die Beweisaufnahme lässt den vom Ast. gewollten Schluss zwar zu, den das Gericht aber nicht ziehen will (muss entsprechend begründet werden)

**cc)** bereits erwiesen

**dd)** völlig ungeeignet (Beweisziel sicher nicht zu erreichen, aber keine Bewertung des Beweiswertes, z.B. Zeugn, der/die zur Tatzeit bewusstlos betrunken war)

**ee)** Unerreichbarkeit (alle Bemühungen ausgeschöpft, aber Auslandszeugn s.u.)

**ff)** Wahrunterstellung – nur für den/ die AngeklagteN

**gg)** Sachverständige – eigene Sachkunde, bereits erwiesene Tatsache

**hh)** Verschleppungsabsicht (Scheinanträge, nur zur Verschleppung gestellt)

**ii)** ein Augenscheinsantrag kann nach Ermessen ablehnt werden, ebenso ist dies beim Auslandszeugen möglich (zu den Anforderungen BGH, Beschluss vom 12. Juli 2018 – 3 StR 144/18 –, juris, weitergehend und richtig: EGMR, Urteil vom 15.12.2011, 22228/06 - Al-Khawaja)



### **c.) Formlose Informationsweitergabe, Beweisanregung, Beweisermittlungsantrag, bedingter Beweisantrag und Hilfsbeweisantrag**

Die Amtsaufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 hat ihre Grenze am Horizont der erkennenden Richter. Es müssen nicht zwingend Beweisanträge gestellt werden.

- aa)** formlose Informationsweitergabe (z.B. ein einfaches Schreiben des Angeklagten zu einem Alibibeweis)
  
- bb)** Beweisanregung: eindeutiges Begehren einen bestimmten Beweis zu erheben
  
- cc)** Beweisermittlungsantrag
  - Beweismittel (z.B. die ZeugIn) nicht sicher bekannt
  - nicht sicher, wie z.B. der Zeuge aussagen wird
  - keine bestimmte Beweistatsache benannt (ein Sachverständigengutachten zur Leistungsfähigkeit des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tat)
  
- dd)** bedingter Beweisantrag (für Fall des Eintritts eines noch ungewissen Ereignisses)

Die Bedingung kann an die rechtliche Bewertung der festgestellten Tatsachen, an die Beweiswürdigung oder an eine Verfahrensentscheidung (Beschluss) anknüpfen.

- ee)** Hilfsbeweisantrag - wenn gestelltem Hauptantrag nicht nachgegangen

### **d.) Selbstladung, §§ 220, 245 Abs. 2**

Der/ die ZeugIn bzw. Sachverständige ist über eineN GerichtsvollzieherIn zu laden und in der Hauptverhandlung ein Beweisantrag auf Vernehmung des/ der präsenten ZeugIn zu stellen.

### 3.) Der Deal, § 257c

Die Verfahrensbeteiligten einigen sich darauf, dass im Falle eines Geständnisses des/ der Angeklagten eine Strafe zwischen einer zu benennenden Mindest- und einer Höchststrafe erfolgen wird. Nicht zulässig ist die Benennung einer bestimmten (Punkt-) Strafe. Absprachefähig sind alle mit dem Urteil zusammenhängenden Beschlüsse (z.B. Haft, Bewährung). Ein Rechtsmittelverzicht darf nicht Bestandteil des Deals sein. Der/ die Angeklagte ist darüber zu belehren, dass sein/ ihr Geständnis nicht verwertet werden darf, wenn das Gericht sich nicht an den Deal gebunden fühlt.

Nach § 243 Abs. 4 S. 1 hat der/ die Vorsitzende zu Beginn der Hauptverhandlung nach Verlesung des Anklagesatzes und vor der Belehrung und Vernehmung des/ der Angeklagten mitzuteilen, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Wer hat was wann vorgeschlagen und wie haben die Prozessbeteiligten darauf reagiert. Sofern es Gespräche in laufender Hauptverhandlung gegeben hat, ist dies mitzuteilen.

Die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 greift bei sämtlichen Vorgesprächen ein, die auf eine Verständigung abzielen. Dies ist anzunehmen, sobald bei Gesprächen vor/ in der Hauptverhandlung ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit einer Verständigung im Raum steht, was zumindest dann der Fall ist, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in einen Kontext zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung naheliegt (**StV 2014, 513 f.**). Getrennte Gespräche oder nur Gespräche mit einzelnen Angeklagten durch das Gericht sollen zulässig sein. Zum Umfang der Mitteilungspflicht gibt es eine mittlerweile umfangreiche BGH-Rechtsprechung (siehe etwa **StV 2014, 393 ff., 513-529**).

Der/ die Angeklagte ist nach Abs. 5 zu belehren. Mitteilung und Belehrung sind wesentliche Förmlichkeiten, die zu protokollieren sind.

Nach dem Urteil des BVerfG (2 BvR 2628/10) vom 19.03.2013 zum Deal sind viele Fragen noch ungeklärt. Insbesondere revisionsrechtlich ist dies interessant und deswegen für die (Revisions-) Klausur geeignet.

#### 4.) Rechtsfolgen der Tat, §§ 46 ff. StGB (insbesondere für Plädoyersklausur)

In der Klausur sind lediglich einfache Erwägungen anzustellen. Es sind Redewendungen wie:

- „im untersten Bereich des in Betracht kommenden Strafrahmens“
- „allenfalls im mittleren Bereich des in Betracht kommenden Strafrahmens“
- „im bewährungsfähigen Bereich“
- „tat- und schuldangemessene milde Strafe“

zu verwenden. Es werden keine vertieften Kenntnisse verlangt. Sie sollten kurz und knapp argumentieren, ansonsten besteht die Gefahr, dass Sie sich verzetteln und kein brauchbares Ergebnis mehr herauskommt. Es ist der Strafrahmens zu ermitteln aus dem schließlich die Strafe zu entnehmen und zu bilden ist.

##### a.) Strafrahmens

- Tateinheit, § 52 II 1: - Strafrahmens des Deliktes mit der höchsten Strafobergrenze
- Tatmehrheit, § 53: - für jede Tat einen Strafrahmens (und eine Einsatzstrafe) bilden

##### aa.) minder schwerer Fall (z.B. § 250 Abs. 3 StGB)

- ist im Gesetz vorgesehen (keine Ausführungen zu minder schweren Fall, wenn der nicht geregelt ist!)
- liegt vor, wenn die mildernden die strafscharfenden Umstände beträchtlich überwiegen, so dass die Anwendung des Regelstrafrahmens eine unverhältnismäßige Härte bedeutet. Nutzen Sie (nur) die folgenden Aspekte:

##### Mildernde:

- Geständnis, Reue, Entschuldigung
- keine/ wenige Vorstrafen
- spontane Begehung, Tatprovokation
- geringer Schaden/ Verletzungen
- alkoholbedingte Enthemmung
- vollzogene U-Haft
- Schadenswiedergutmachung

##### strafscharfende Gründe:

- Vorstrafen
- hohe kriminelle Energie
- hoher Schaden/ schwere Verletzungen
- mehrere Delikte in Tateinheit

Auch hier gilt: (Nur) das Gute in den Schriftsatz/ Plädoyer!

### **bb.) vertyppter Milderungsgrund (z.B. §§ 13 II, 21, 23 II, 27 II 2 StGB)**

- **Vorsicht:** § 50 StGB, Verbrauch der Gründe
- u.U. **Vorrang** von § 49 StGB vor minder schwerem Fall (BGH, StV 2015, 551)

Wenn bei der Strafraumenwahl die allgemeinen mildereren Umstände ausreichen, um einen minder schweren Fall anzunehmen, kann mit dem vertyppten Milderungsgrund eine weitere Strafraumenverschiebung nach § 49 StGB erreicht werden!

Ist kein minder schwerer Fall im Gesetz vorgesehen, ist nur nach § 49 StGB zu verfahren.

Wird bei der Milderung des Strafraumens die eigentlich im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafe (zum Beispiel 3 Monate) auf deren Mindestmaß abgesenkt (1 Monat, § 38 Abs. 2 StGB), dann kann auch Geld- statt Freiheitsstrafe bis zu 360 Tagessätzen ausgereicht werden (BGH, StV 2015, 561).

### **b.) Strafzumessung im engeren Sinn, § 46 StGB**

- knappe Ausführungen
- Gesamtabwägung
- obige Liste mit Kriterien verwenden

### **c.) Gesamtstrafe, § 54 (Tatmehrheit)**

- Erhöhung der schwersten Einsatzstrafe
- keine bloße Addition, sondern Gesamtwürdigung
- moderate Erhöhung insbesondere bei zeitlich, sachlich engem Zusammenhang der taten, bei wiederholter Begehung gleichartiger Taten

### **d.) nachträglich zu bildende Gesamtstrafe, § 55 StGB**

- rechtskräftiges Urteil
- in Rede stehende Tat vor Erlass dieses Urteils
- Strafe noch nicht vollständig erledigt (Teilzahlung Geldstrafe ist unschädlich)

### **e.) Tagessatzhöhe = bereinigtes Nettoeinkommen / 30 Tage**

## E.) Die Nebenklage, §§ 395 ff (siehe auch §§ 406 d ff.)

Die Nebenklage soll dem Opfer in erster Linie Genugtuung verschaffen. Zum anderen vertritt die Nebenklage die Interessen der Verletzten. Ein etwaiger rechtsradikaler, rassistischer, homophober, antisemitischer, sexistischer etc. Hintergrund der Tat kann manchmal erst durch die Nebenklagevertretung herausgearbeitet werden. Häufig sind die Staatsanwaltschaften und die Polizei personell schwach ausgestattet und mit einem hohen Arbeitspensum ausgelastet, so dass die Bearbeitung einer Akte mehr Alltag als etwas anderes ist.

Verletzte einer der in § 395 enumerativ aufgezählten Taten können sich der öffentlichen Klage als NebenklägerIn anschließen (§ 396). Das sind u.a. Taten gegen

- die sexuelle Selbstbestimmung (z. B. Vergewaltigung, sexueller Missbrauch),
- die persönliche Ehre (z. B. Beleidigung) in schwerwiegenden Fällen,
- das Leben oder die körperliche Unversehrtheit (z. B. vorsätzliche Körperverletzung, Tötungsversuch),
- die persönliche Freiheit (z. B. Freiheitsberaubung),
- oder wenn ein naher Angehöriger (Eltern, Kind, Geschwister oder Ehegatte) getötet worden ist.

Der Antrag auf Zulassung zur Nebenklage kann in jedem Verfahrensstadium schriftlich gestellt bzw. widerrufen werden (§ 395 Abs. 4). Wird der Antrag abgelehnt, kann dagegen mit der Beschwerde (§ 304) vorgegangen werden.

Die Nebenklage ist im Jugendstrafverfahren gegen Jugendliche nur in Ausnahmefällen zulässig, gegen Heranwachsende (18 – 21 Jahre alt) immer (§§ 80 Abs. 3, 109 Jugendgerichtsgesetz – JGG).

NebenklägerInnen haben die Möglichkeit, aktiv am Verfahren mitzuwirken und durch

ihr/ sein Anwesenheitsrecht, durch Erklärungen, Fragen, Anträge und Rechtsmittel auf das Verfahren Einfluss zu nehmen (§§ 397, 400 f.).

Der/ die NebenklägerIn hat dieselben Rechte wie die anderen Beteiligten des Verfahrens, also ein Fragerecht sowohl ggü. den Angeklagten als auch den ZeugnInnen und den Sachverständigen, ein Beanstandungsrecht von richterlichen Maßnahmen und von Fragen anderer Beteiligter, ein Ablehnungsrecht ggü. den RichterInnen und Sachverständigen, ein Beweisantragsrecht und das Recht Erklärungen nach jeder Beweiserhebung abzugeben sowie einen Schlussvortrag zu halten, ihr/ ihm sind Entscheidungen bekannt zu machen und er/ sie ist zur Hauptverhandlung zu laden.

Die Nebenklägerin ist jederzeit berechtigt, eine Rechtsanwältin ihrer Wahl mit der Vertretung zu beauftragen (§§ 397 Abs. 2, 397 a Abs. 3 Satz 2). Der/ die NebenklägerIn hat (nur) bei anwaltlicher Vertretung ein Akteneinsichtsrecht und ein Teilnahmerecht an richterlichen Maßnahmen außerhalb der Hauptverhandlung durch ihreN RechtsanwältIn.

Das Einlegen eines Rechtsmittels gegen ein freisprechendes Urteil ist möglich, nicht aber mit dem Ziel eine höhere oder andere Strafe zu erreichen (§ 400).

Sofern die Nebenklage noch nicht zugelassen ist (praktisch im Ermittlungsverfahren) oder noch nicht geklärt ist, ob der/ die Verletzte einen solchen Antrag stellen will, ergeben sich die Rechte auf anwaltlichen Beistand (§ 406 f), Akteneinsicht (§ 406 e) und weitere Rechte aus den §§ 406 d ff..

In jedem Fall sollte beantragt werden, über den Ausgang des Verfahrens informiert zu werden (§ 406 d Abs. 1), z.B. damit das Verfahren nicht „unbemerkt“ eingestellt wird.

## F.) Adhäsionsverfahren, §§ 403 ff.

Der/ die Verletzte kann einen Anspruch vor dem Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert geltend machen, sofern er nicht anderweitig rechtshängig ist (§ 403).

Es herrscht kein AnwälInnenzwang. Es muss kein Gerichtskostenvorschuss gezahlt werden.

Der Antrag kann bis zum Beginn der Schlussvorträge gestellt und bis zum Beginn der Urteilsverkündung zurückgenommen werden. Der Antrag muss Gegenstand und Grund enthalten (§ 404).

Im Zivilprozess ist es für die Verletzte schwierig, den Verfahrensstoff in das Verfahren einzuführen, da die Regeln des Zivilprozesses es grundsätzlich nicht zulassen, dass der/ die Verletzte auch Zeugin in einem solchen Verfahren sein kann.

Es herrscht eine **Amtsaufklärungspflicht**, ZeugInnen werden vom Strafgericht geladen und gehört. Der/ die Verletzte kann für das Verfahren Prozesskostenhilfe beantragen.

Das Gericht hat die Möglichkeit, den Adhäsionsantrag abzulehnen, wenn die Erledigung sich zur Aburteilung nicht eignet, insbesondere wenn die Klärung des Anspruchs, das Strafverfahren verzögern würde, § 406. Es ist das Rechtsmittel der Beschwerde bzw. der Berufung/ Revision gegeben, § 406a.

Wenn das Gericht der Auffassung ist, dass der Anspruch nicht besteht, wird es den Adhäsionsantrag ablehnen. In diesem Fall kann der Anspruch dann nochmals beim Zivilgericht eingeklagt werden. Sollte das Gericht nur einen Teil des geltend gemachten Anspruchs zusprechen, kann der nicht zuerkannte Teil danach ebenfalls eingeklagt werden.

Wird dem Adhäsionsantrag stattgegeben, erhält der/ die Verletzte einen vollstreckbaren Titel, aus dem er/ sie zwangsvollstrecken kann.

Die Verurteilten müssen die entstandenen Kosten und notwendigen Auslagen des/ der Verletzten tragen.

## G.) Rechtsmittel

### I.) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

- förmlicher Rechtsbehelf anderer Art

#### 1.) Zulässigkeit, § 45:

- schriftlicher Antrag beim Gericht, dessen Frist versäumt wurde
- Frist: eine Woche nach Wegfall des Hindernisses (i.d.R. Unkenntnis MandantIn nicht der Verteidigung – Verschulden der Verteidigung wird nicht zugerechnet)
- Nachholen der versäumten Handlung in derselben Frist
- die Begründung muss enthalten:
  - die versäumte Frist
  - die Hinderungsgründe
  - den Zeitpunkt des Wegfalls der Gründe
- Glaubhaftmachung sämtlicher Tatsachen (e.V. ZeugInnen, RA´Innen, nicht MandantIn, Urkunden etc.)

#### 2.) Begründetheit, § 44

- DP AG: mit Postlauf von einem Tag ist zu rechnen – es hat länger gedauert
- Nachweis: Poststempel auf Briefumschlag
- fehlt Briefumschlag – Wiedereinsetzung! (OLG Bbg, B.v. 30.06.2005, 2 Ws 94/05)
- Justiz: Belehrung unterblieben (z.B. § 409 I 1 Nr. 7), Unterbleiben der vorgeschriebenen Benachrichtigung der Verteidigung (§ 145a III 2)
- Verteidigung: (dem/ der MandantIn nicht erkennbare) Fristversäumnisse werden MandantIn nicht zugerechnet
- Fristablauf wegen urlaubsbedingter Abwesenheit, BVerfG, **StV 2013, 545**)

#### 3.) Rechtsmittel: - sofortige Beschwerde, § 46 III

Beschlüsse durch die ein Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird, müssen nicht gesondert angegriffen werden, da diese mit Wiedereinsetzung gegenstandslos werden.



Nach Wiedereinsetzung treten z.B. HB, andere Anordnungen wieder in Kraft, § 47 III.

## **II.) Beschwerde**

Die Beschwerde ist gemäß § 304 gegen alle Beschlüsse und Verfügungen des Vorsitzenden, wenn dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, vgl. § 304 Abs. 2, statthaft (bei Beschlüssen/ Verfügungen des OLG/ BGH - § 304 Abs. 4).

Sie ist bei dem Gericht schriftlich oder zu Protokoll einzulegen dessen Verfügung bzw. Beschluss betroffen ist (§ 306). Wenn der Beschwerde nicht abgeholfen wird, ist sie dem Beschwerdegericht vorzulegen. Gehen die Beschlüsse der Urteilsfindung voraus, so ist die Beschwerde gemäß § 305 ausgeschlossen.

In besonderen Fällen ist nur die sofortige Beschwerde gemäß § 311 statthaft. Diese ist binnen einer Woche einzulegen. Die Frist beginnt mit Bekanntmachung der Entscheidung gemäß § 35.

In den Fällen des § 310 ist gegen die ergangenen Beschlüsse im Beschwerdeverfahren die Möglichkeit der weiteren Beschwerde gegeben.

## **III.) Berufung**

Die Berufung ist statthaft gegen Urteile des Strafrichters oder des Schöffengerichts, § 312. Gemäß § 313 muss bei Urteilen mit einem Strafmaß bis zu 15 Tagessätzen die Berufung durch das Berufungsgericht angenommen werden. Der Verurteilte muss durch das Urteil beschwert sein (§ 296). Die Einlegung erfolgt binnen einer Woche schriftlich oder zur Niederschrift beim iudex a quo, § 314. Die Berufung muss durch den Beschuldigten nicht begründet werden. Es handelt sich um eine tatsächlich zweite Tatsacheninstanz. Das Verschlechterungsverbot gemäß § 331 besteht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen. Als Verteidiger ist insbesondere § 331 Abs. 2 zu beachten, da eine Unterbringung erfolgen kann, wenn nicht ausdrücklich erklärt wird, dass sich hierauf das Rechtsmittel nicht erstreckt.

## **IV.) Revision**

Die Revision beinhaltet die Überprüfung des Urteils und das ihm zugrundeliegende Verfahren (allein) auf Rechtsfehler. Es handelt sich nicht um eine weitere Tatsacheninstanz. Die Rechtskraft wird im Umfang der Anfechtung gehemmt. Das Revisionsgericht kann das Verfahren auch nach § 153a Abs. 2 S. 1 (Zustimmung AngeklagteR, StA erforderlich) einstellen.

Im Fall einer Verfahrensrüge hat die StA eine Gegenerklärung binnen einer Woche abzugeben (§ 347 Abs. 1 S. 3), (aber nur) wenn dies die Prüfung des Revisionsgericht erleichtert.

### **1.) Anträge**

Eine Beschränkung der Revision auf trennbare Teile des Urteils ist möglich, § 344.

#### Typische Formulierung:

„Es wird beantragt, das Urteil des LG Berlin vom ..., Az.: ..... mit den zugrunde liegenden Feststellungen in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an einen andere Kammer des Landgerichts Berlin zurückzuverweisen.“

### **2.) Begründung**

#### **a.) Sachrüge**

Es reicht die Rüge der Verletzung materiellen Rechts aus. In der Regel wird diese begründet, um das Revisionsgericht zu der Prüfung anzuregen. Die Begründung der Sachrüge kann daher bis zur Entscheidung des Revisionsgerichts erfolgen.

#### **b.) Verfahrensrüge**

Die Verfahrensrüge unterliegt strengen Formerfordernissen, § 344. Sie muss insbesondere schlüssig sein. Das Gericht muss allein durch die Begründung (ohne auf

andere Hilfsmittel/ die Akte zurückgreifen zu müssen) in die Lage versetzt werden, die Begründetheit zu prüfen.

Eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge ist wie folgt aufzubauen:

- Bezeichnung der verletzten Verfahrensvorschrift
- zugrunde liegende Verfahrenstatsachen (mit Fundstelle in der Akte)
- rechtliche Ausführungen
- Beruhen (Darstellung was konkret anders abgelaufen wäre (bspw. Inhalt ZeugInnenaussage))

### **3.) Prüfungsfolge:**

#### **a.) Zulässigkeit der Revision**

##### **aa.) Statthaftigkeit**

Gegen alle Urteile die nicht selbst Revisionsurteile sind, also Urteile

- der Strafkammern
- des Schwurgerichts
- des OLG des 1. Rechtzuges
- des Strafrichters/ des Schöffengerichts (§ 335, statt der Berufung)

Die Revision ist nicht statthaft, wenn Rechtsmittelverzicht erklärt wurde. Wenn ein unbenanntes Rechtsmittel nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist benannt wird, wird es als Berufung behandelt.

##### **bb.) Beschwer des/ der Revisionsführers/ -in**

Anfechtungsberechtigt sind:

- der/ die Beschuldigte
- der/ die Verteidiger/ in (nicht gegen den Willen des/ der Beschuldigten)
- der/ die gesetzliche Vertreter/ in

Der/ die Angeklagte muss geltend machen, durch den Urteilstenor zu Unrecht verurteilt worden zu sein.

### **cc.) Form und Frist der Einlegung**

Die Revision ist binnen einer Woche nach dem Urteilsspruch schriftlich oder zu Protokoll beim iudex a quo einzulegen, § 341. Die Begründung muss innerhalb eines Monats nach Ablauf der Revisionseinlegungsfrist bzw. nach Zustellung des Urteils durch eine/n Rechtsanwält/in erfolgen, § 345.

## **b.) Begründetheit**

### **aa.) Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse**

Die Prüfung von Prozessvoraussetzungen und von Verfahrenshindernissen erfolgt von Amts wegen, wenn eine zulässige Revision eingelegt wurde. Dabei sind insbesondere die folgenden Konstellationen zu prüfen:

- Strafantrag
- Sachliche Zuständigkeit des Gerichts gemäß § 6
- Anklage und wirksamer Eröffnungsbeschluss
- Mindestalter
- Verjährung
- Entgegenstehende Rechtskraft, Art 103 II GG
- Tod

### **bb.) Verfahrensrügen**

#### **(1) ordnungsgemäße Begründung (§ 344 Abs. 2)**

Der Verfahrensmangel muss bestimmt behauptet werden. Es ist nicht ausreichend, dass auf die fehlende Protokollierung verwiesen wird (sog. Protokollrüge). Das Protokoll liefert zwar auch die negative Beweiskraft dafür, dass wesentliche

Förmlichkeiten nicht eingehalten wurden (§ 274), es bedarf aber zunächst der Behauptung. Das Gericht hat nach der Revisionsbegründung die Möglichkeit das Protokoll zu ergänzen, wenn die Förmlichkeiten tatsächlich eingehalten wurden. Es bedarf daher der detaillierten Angabe aller Tatsachen, die den Verfahrensmangel ausmachen. Es muss allein aufgrund der Rechtsmittelschrift feststellbar sein, ob der Mangel vorliegt (Schlüssigkeit).

## **(2) Vorliegen einer Gesetzesverletzung und Kausalität/ Beruhen**

Gemäß § 337 hat die Revision Erfolg, wenn das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Bei absoluten Revisionsgründen wird dies stets angenommen.

### **(a) absolute Revisionsgründe § 338 Abs. 1 Ziffer 1-7**

Liegt einer dieser Revisionsgründe vor, wird unwiderlegbar vermutet, dass das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht. Nur in Ausnahmefällen kann das widerlegt werden. Es ist kurz festzustellen, dass das Urteil auf dem Verstoß beruht.

#### **(aa) Nr. 1 Falsche Besetzung**

Die fehlerhafte Besetzung muss aber rechtzeitig gerügt worden sein, wenn eine Mitteilungspflicht bestand § 222 a, 222 b (bei Land- und Oberlandesgerichten).

Der Grund liegt auch vor, wenn ein Richter nicht anwesend war.

#### **(bb) Nr. 2 ausgeschlosseneR RichterIn**

#### **(cc) Nr. 3 befangeneR RichterIn**

Auch einE RichterIn der/ die zu Unrecht nicht abgelehnt wurde, hat an der Urteilsfindung mitgewirkt. Es sind die Voraussetzungen des § 24 zu prüfen.

#### **(dd) Nr. 4. örtliche (§ 7 ff.) und besondere Zuständigkeit,**

Die örtliche Unzuständigkeit muss nach § 16 bis zur Vernehmung des/ der Angeklagten zur Sache gerügt worden sein, ebenso die Zuständigkeit besonderer Strafkammern, § 6 a.

#### **(ee) Nr. 5 Anwesenheit aller am Verfahren Beteiligter**

- Verteidiger/ in - nur wenn notwendige Verteidigung
- Angeklagte/ r - gesamte Hauptverhandlung, § 230

#### **- Ausnahmen:**

##### **1) komplette HV ohne den/ die Angeklagte/n**

- § 232 Nichterscheinen
  - nach Hinweis in der Ladung
  - nur die Verhängung bestimmter Rechtsfolgen möglich
  - Urteil muss durch Übergabe zugestellt werden
- § 233 Entbindung des/ der Angeklagten
  - Antrag notwendig
  - nur die Verhängung bestimmter Rechtsfolgen möglich
  - Vernehmung des/ der Angeklagten durch den/ die ersuchte/n oder beauftragte/n Richter/ in

##### **2) zeitweilige Abwesenheit, §§ 247, 230, 231**

- § 231 Abs. 2 eigenmächtiges Entfernen des/ der Angeklagten
- § 231 a herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit
- § 231 b ungebührliches Verhalten
- § 231 c unwesentlicher Teil bei mehreren Angeklagten
- § 247 (Gefährdung der Wahrheitsfindung, Schutz von Kindern/Jugendlichen/Erwachsenen, des/der Angeklagten selbst)
- § 51 JGG Nachteile für die Erziehung

### **(ff) Nr. 6 Verstöße gegen die Öffentlichkeit**

Ein Verstoß gegen § 169 GVG liegt vor, wenn die Verhandlung nicht öffentlich geführt wurde oder sachlich nicht gerechtfertigten Einschränkungen der Zugangsmöglichkeiten unterlag.

### **(gg) Nr. 7 fehlende oder verspätete Urteilsgründe gemäß § 275**

### **(b) relative Revisionsgründe und § 338 Abs. 1 Ziffer 8**

#### **(aa) § 338 Abs. 1 Nr. 8 unzulässige Beschränkung der Verteidigung**

Die Beschränkung muss aus der Verletzung einer besonderen Verfahrensvorschrift oder einem allgemeinen Verfahrensgrundsatz der das Recht der Verteidigung besonders schützt herrühren. Es muss eine Einschränkung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt vorliegen, so dass eine Beruhensprüfung vorzunehmen ist. Die Einschränkung muss durch einen Gerichtsbeschluss herbeigeführt worden sein.

#### **(bb) Gesetzesverletzungen gemäß § 337**

Verletzungen reiner Ordnungs- und Sollvorschriften sind nicht revisibel. Das Urteil muss auf dem Verfahrensmangel beruhen, also dann, wenn nicht auszuschließen ist, dass ohne den Verfahrensfehler anders entschieden worden wäre. Es genügt also die Möglichkeit des ursächlichen Zusammenhangs.

Verfahrensfehler müssen mit Bestimmtheit behauptet werden. Es genügt nicht, dass die Fehlerhaftigkeit des Protokolls gerügt wird.

### **(1) Fehler bei der Beweisaufnahme**

Beim Strengbeweis gelten die §§ 244 ff. Grundsätzlich trifft den/ die TatrichterIn im Strafprozess gemäß § 244 II eine Aufklärungspflicht. Die Verletzung der Aufklärungspflicht kann gerügt werden.

a) Beweisantrag abgelehnt

b) Unterlassene Belehrung des Angeklagten gemäß § 243 V

c) Fehlende Zeugenbelehrung gemäß §§ 52, 57, 55

d) Verlesung von Zeugenaussagen

Eine Zeugenaussage darf nicht durch Verlesung ersetzt werden, § 250.

**Ausnahmen:** §§ 251, 253, 254, 256

e) Verlesung von Aussagen des Beschuldigten, § 254

## **(2) Fehler bei der Verhandlungsleitung**

Gemäß § 238 Abs. 2 kann die Rüge der Fehler der Sachleitung verwirkt sein, wenn nicht die Entscheidung des Gerichts beantragt wurde. Unter die Sachleitung fallen Maßnahmen die sich inhaltlich auf das Urteil auswirken können. Es besteht nur eine Rügeobliegenheit, wenn ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum bestand, z.B. frühzeitige Entlassung des SV oder Zeugen, Zurückweisung von Fragen. Besteht kein Ermessensspielraum, bedarf es einer entsprechenden Rüge nicht, z.B. Verlesung der Anklageschrift, Gewährung des letzten Wortes.

## **3) Verstoß gegen die Hinweispflicht gemäß § 265**

Die Revision kann hierauf nur gestützt werden, wenn das Gericht die Voraussetzungen verkannt hat und sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Es bedarf der Darlegung, dass eine andere Verteidigung erfolgt wäre.

## **cc) Sachrüge**

Bei der Prüfung der Sachrüge wird überprüft, ob das Gericht das materielle Recht richtig angewandt hat. Grundlage für die Überprüfung sind allein die Urteilsgründe. Die Rüge einE Zeugn habe anders ausgesagt, ist unzulässig.



## H.) Einzelprobleme:

### I.) Zuständigkeit:

- Amtsgericht, § 24 GVG ( z.B. bis 4 Jahre Freiheitsstrafe (FS)) – Einzelfallbetrachtung ausgehend vom Strafraum und Würdigung von Tat und Täter/in
- Strafrichter/in: § 25 Nr. 2 GVG, sachliche Zuständigkeit bei Vergehen bis 2 Jahre FS
- ansonsten Anklage zum Schöffengericht (aber Einzelrichter/in hat Strafgewalt von 4 Jahren)

### -klausurrelevant:

- Qualifikationstatbestand (Verbrechen) aus tatsächlichen Gründen nicht haltbar
  - Erlaubnistatbestandsirrtum (=Fahrlässigkeitstat)
- 
- Jugendgericht, § 1 Abs. 2 JGG
  - das Gericht prüft v.A.w. bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens als Verfahrensvoraus.
  - besondere Strafkammern, §§ 74 ff. GVG
  - örtliche Zuständigkeit, §§ 7 ff
- 
- Rüge des Angekl. bis Vernehmung zur Sache möglich (Rügepräklusion), §§ 6a, 16

### II.) Strafantrag/ besonderes öffentliches Interesse, §§ 77 ff. StGB

- Verfahrensvoraussetzung
- Antragsfrist, 3 Monate ab Kenntnis Täter/ Tat
- dritte Personen antragsberechtigt? (Minderjährige, juristische Personen, Dienstvorgesetzter (§§ 194 Abs. 3 S. 1, 230 Abs. 2 S. 1 StGB))
- grundsätzlich schriftlich (Auslegung, dass Strafantrag), mit Unterschrift (str.)
- bei Fehlen: besonderes öffentliches Interesse bejaht?
  - nur durch (zuständige) StA mgl. auch konkludent
  - ersetzt nicht bei allen Delikten den fehlenden Antrag

### III.) Strafverfolgungsverjährung, § 78 ff. StGB - immer prüfen, wenn Tat länger als 3 Jahre zurückliegt!

- insbesondere bei §§ 123, 136, 185, 241, 265a, 316, 323c StGB, 21 StVG
- Ruhen, Unterbrechung der Verjährung?

### IV.) Zustellung, §§ 36 f. StPO, 166 ff. ZPO (insbesondere bei Strafbefehlen)

- Anordnung der (jeweils konkreten) Zustellung durch VorsitzendeN, § 36 I 1
- ansonsten: Zustellung unwirksam
- Heilung eingetreten?
  
- Ersatzzustellung, §§ 178, 180, 181 ZPO (Reihenfolge beachten)
  - in der Wohnung – Räumlichkeit, die z.Z. der Zustellung tatsächlich genutzt wird (z.B.(-), wenn BetroffeneR in U-Haft, Therapieeinrichtung)
  - Briefkasten – eindeutig Betroffenen zuzuordnen?
  - Niederlegung - BetroffeneR tatsächlich wohnhaft an Adresse?
    - Mitteilung i.S.d. § 181 I 3 ZPO?
  
- Zustellung an BevollmächtigteN (§ 145a) – unwirksam, wenn:
  - Vollmacht des/ der Wahlverteidigers/-in nicht bei der Akte
  - Zustellung in Sozietät an andereN RA´In bei Pflichtverteidigung (vgl. Unterschrift auf Empfangsbekanntnis)
  
- bei Wahlverteidigung: wenn nicht selbst nach § 145a I bevollmächtigt
  
- Zustellung von einer Ausfertigung, also einer amtlichen Abschrift/ Kopie mit Ausfertigungsvermerk, Unterschrift des/ der Urkundsbeamten/-in, Gerichtssiegel (§ 275 IV)
  
- Zustellung einer Ausfertigung, die nicht mit Urschrift übereinstimmt ist unwirksam
  
- Doppelzustellung, § 37 Abs. 2

- **klausurrelevant:** die Zustellung eines Strafbefehls an einen fremdsprachigen Angeklagten ohne Übersetzung setzt **keine** Frist in Gang (**StV 2014, 539f.**)

#### **V.) Fristberechnung:**

- beachte § 43 II, wenn das Ende auf einen Sonn-, Feier-, Samstag fällt
- fristwährend ist der Eingang bei ZustellungsempfängerIn
- Datum des Eingangs nicht nachvollziehbar? – nicht zulasten Betroffener

#### **VI.) Verbot der Mehrfachverteidigung, § 146 f.**

- Handlungen vor (unanfechtbarer) Zurückweisung bleiben wirksam, § 146a II

#### **VII.) Strafklageverbrauch, anderweitige Rechtshängigkeit**

- Art. 103 III GG (ne bis in idem) = Verfahrenshindernis
- durch rechtskräftiges Urteil, Strafbefehl, Beschlüsse nach §§ 153 ff, 206a
- Rechtshängigkeit mit Eröffnungsbeschluss, § 207
- Reichweite: Tat i.S.d. § 264, also im prozessualen Sinne eines geschichtlichen Vorkommnisses, das nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet