

ihr teilnehmen können, sofern sie es wünschen (BGH bei Dallinger MDR 1970, 561). Zwar besagt der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung nicht, daß jedermann immer und unter allen Umständen wissen muß, wann und wo ein erkennendes Gericht eine Hauptverhandlung durchführt; es genügt, daß jedermann die Möglichkeit hat, sich ohne besondere Schwierigkeiten davon Kenntnis zu verschaffen, und daß der Zutritt im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten eröffnet ist (BGH, NStZ 1981, 311 = DRiZ 1981, 193). Die Rspr. hält es in der Regel für notwendig, daß außer der Verkündung in der öffentlichen Sitzung durch eine Hinweistafel am Gerichtssaal auf Ort und Zeit der Weiterverhandlung hingewiesen wird, hält ein solches Verfahren aber nicht in jedem denkbaren Fall für eine unverzichtbare Voraussetzung für die Öffentlichkeit der weiteren Verhandlung, sondern läßt die besonderen Umstände des Einzelfalls entscheiden (BGH, NStZ 1981, 311 u. a.). Hier hat die Rspr. auf Ort und Zeit der zwischenzeitlichen Verhandlung und auf ihre Bedeutung für das gesamte Verfahren abgestellt. (So hat der Senat einen Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit für den Fall verneint, daß in einer Garage des Gerichtshofes ein Gegenstand vom Gericht und von den Verfahrensbeteiligten kurzzeitig in Augenschein genommen wurde, ohne daß ein besonderer Aushang erfolgt war – Senatsurt. v. 13. I. 1987 – 1 Ss 510/86; vgl. auch Kissel, GVG, § 169 Rdnr. 51 m. N.; OLG Hamm a. a. O.). Der Auffassung, es genüge generell, wenn interessierte Zuhörer, die bei Verkündung eines Gerichtsbeschlusses über die Augenscheinseinnahme nicht anwesend gewesen seien, durch Nachfrage beim Sitzungswachmeister, bei der Geschäftsstelle oder beim Pförtner erfahren könnten, daß sich das Gericht zur Einnahme eines Augenscheins an einem bestimmten Ort außerhalb des Gerichtsgebäudes aufhalte (vgl. OLG Stuttgart, MDR 1977, 249, 250), vermag der Senat nicht zu folgen. Der BGH hat bereits früher entschieden, daß von einer möglichen Gegenwart auch unbeteiligter Personen nur gesprochen werden könne, wenn sichergestellt sei, daß solche Personen Ort und Zeit der Weiterverhandlung erfahren könnten. Diese Voraussetzung sei nicht etwa schon deswegen erfüllt, weil es Interessenten unbenommen bleibe, entsprechende Erkundigungen auf der Geschäftsstelle einzuziehen. Auf eine solche, nur kundigen Interessenten offenstehende Möglichkeit, Zeit und Ort der Weiterverhandlung zu erfragen, könne die Öffentlichkeit nicht verwiesen werden (vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1970, 560, 561).

Aus der dargelegten Rspr. zu § 169 GVG folgt die Verletzung dieser Vorschrift durch das SchöG. Es ist hier nicht nur ein Gegenstand oder eine Räumlichkeit (kurzzeitig) in Augenschein genommen worden, sondern es sind Teile des Tatgeschehens nachgestellt worden; es hat ein wesentlicher Teil der Beweisaufnahme während des Ortstermins stattgefunden. Für etwaige interessierte Zuhörer hat auch nicht die Möglichkeit bestanden, sich bei dem Pförtner über den Stand der Verhandlung zu informieren – falls der leere Gerichtssaal nicht sogar den Irrtum erweckte, die Hauptverhandlung sei bereits beendet. Der Pförtner kannte Ort und Zeit des Ortstermines nicht. Ob es ausgereicht hätte, wenn er umfassend Auskunft hätte geben können, mag deshalb dahinstehen. Ein Fall, in welchem dem Gericht eine Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung nicht trifft (vgl. BGHSt 21, 72; Kleinknecht/Meyer, StPO, 37. A., § 338 Rdnr. 49 f. m. N.), liegt hier nicht vor.

III. Für die neue Hauptverhandlung sei ergänzend auf folgendes hingewiesen: Einen inneren Widerspruch in der Urteilsbegründung stellt es dar, wenn das SchöG einerseits den Angekl. ihre Einlassungen über das Tatgeschehen nicht glaubt, andererseits aber ihre »sehr exakten Schilderungen« als Grund nimmt, eine wesentlich verminderte Schuldfähigkeit durch zuvor genossenen Alkohol auszuschließen.

Mitgeteilt von RA Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen.

StPO §§ 312, 314, 315 (Anfechtung einer Berufungsrücknahme)

**Die Anfechtung einer Berufungsrücknahme ist zulässig, wenn die Rücknahme in einem Irrtum erfolgte und dieser durch objektiv unrichtige Maßnahmen der staatlichen Strafverfolgungsorgane herbeigeführt wurde (hier: Unwirksamkeit einer außergerichtlichen Absprache).**

LG Kassel, Urt. v. 12. 6. 1986 – 502 Js 31 281/83 – 5 Ns

Aus den Gründen: I. Durch Urteil des AG vom 24. 6. 1985 ist der Angekl. wegen fortgesetzter Einkommensteuerhinterziehung in Tateinheit mit fortgesetzter Gewerbesteuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von 1 J. und in die Kosten des Verfahrens verurteilt worden (§§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, 56 EStDV, 25 GewStDV, 52 StGB). Gegen das in seiner Anwesenheit verkündete Urteil hat der Angekl. mit am 25. 6. 1985 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz seines damaligen Verteidigers vom gleichen Tag Berufung eingelegt, die gleichzeitig auf eine Überprüfung des Strafmaßes beschränkt wurde. Gegen den Angekl. liefen seinerzeit zwei weitere Strafverfahren: In dem Verfahren 502 Js 26812/84 – 50 Ls beim AG Kassel wurde ihm mit Anklage vom 7. 7. 1985 zur Last gelegt, in der Zeit vom März 1982 bis November 1983 vorsätzlich und beharrlich entgegen einer vollziehbaren Anordnung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Gewerbeordnung ein Gewerbe ausgeübt zu haben. In dem Verfahren 504 Js 32756/79 – 50 Ls, in dem er durch seit dem 18. 3. 1980 rechtskräftiges Urteil des AG Kassel vom selben Tag wegen fortgesetzter Steuerhinterziehung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 M. verurteilt worden war, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt war, drohte ihm wegen der ihm in diesem Verfahren zur Last gelegten neuerlichen steuerlichen Verfehlungen der Bewährungswiderruf. Dem Angekl. war daran gelegen, sämtliche gegen ihn laufenden Strafverfahren möglichst schnell in einer für ihn günstigen Weise zu beenden. In der Absicht, mit allen Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Erledigung aller Strafverfahren zu erzielen, wandte sich der Verteidiger des Angekl. am 1. 8. 1985 zunächst an den Vorsitzenden Richter der zuständigen Berufungsstrafkammer, der ihn nach Erörterung der Interessenlage des Angekl. an den zuständigen Dezernenten bei der StA verwies. Noch am 1. 8. 1985 erörterte der Verteidiger des Angekl. mit dem zuständigen StA wie in den verschiedenen gegen S. anhängigen Verfahren eine Erledigung zu erreichen sei, die es ihm ermöglichen würde, seine Berufstätigkeit unbeeinträchtigt durch eine Strafverbüßung im geschlossenen Vollzug weiter auszuüben und seine Steuerschulden in erheblichen monatlichen Raten zu tilgen. Der Verteidiger des Angekl. schlug dann hinsichtlich der einzelnen Strafverfahren folgende Regelung vor: a) es erfolgt in den Verfahren 504 Js 32756/79 kein Widerruf der Strafaussetzung; b) der Angekl. nimmt seine Berufung in diesem Verfahren – 502 Js 31281/83 – im Hinblick auf die Möglichkeit, die dann rechtskräftige Freiheitsstrafe von einem Jahr von Anfang an im offenen Vollzug verbüßen zu können, zurück; c) wegen der in dem vorgenannten Verfahren zu verbüßenden Freiheitsstrafe erfolgt in dem Verfahren 502 Js 26812/84 die Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO. Der zuständige Dezernent der StA hielt die vorgeschlagene Erledigung der Strafverfahren für zweckmäßig, weshalb er dem Verteidiger des Angekl. erklärte, keine Bedenken gegen die vorgeschlagene Verfahrenserledigung zu haben und daß er im Falle der Zurücknahme der Berufung in diesem Verfahren die Einstellung des Verfahrens 502 Js 26812/84 gem. § 154 Abs. 2 StPO beantragen und hinsichtlich der Strafaussetzung in dem Verfahren 504 Js 32756/79 nicht auf einen Widerruf dringen würde. Wegen der Möglichkeit, den Angekl. von Anfang an zur Verbüßung der Freiheitsstrafe von einem Jahr in den offenen Vollzug zu nehmen, telefonierte er noch in Gegenwart des Verteidigers des Angekl. mit dem Leiter der zuständigen JVA und trug ihm für den Angekl. den Freigang zum Strafantritt an. Der Leiter der JVA wies bei diesem Telefonat darauf hin, daß eine endgültige Prüfung nach dem Verfahrensablauf in der Anstalt erst nach Eingang des formellen Aufnahmeersuchens der StA ergehen könne, sagte aber für den ihm dargestellten Fall des Angekl. eine wohlwollende Prüfung zu. Wenn der Leiter der JVA nach dem Verfahrensablauf in der Anstalt naturgemäß bei diesem Gespräch eine bindende Zusage noch nicht erteilen konnte und auch nicht erteilte, ging der Verteidiger des Angekl. ebenso wie der zuständige StA aufgrund dieses Telefonats davon aus, daß einem Antrag des Angekl. auf unmittelbare Aufnahme in den offenen Vollzug höchstwahrscheinlich entsprochen werden würde. Tatsächlich waren die Aussichten des Angekl., die einjährige Freiheitsstrafe von Anfang an im Freigang verbüßen zu können, wegen seiner zahlreichen Vorstrafen so schlecht, daß der Leiter der zuständigen Vollzugsanstalt in Kenntnis der zahlreichen Vorstrafen dem Verteidiger und dem StA von einer Antragstellung hätte abraten müssen und abgeraten hätte. Davon ausgehend, daß der ins Auge gefaßten Verfahrenserledigung nunmehr praktisch nichts mehr im Wege stünde, erklärte der Angekl. mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 2. 8. 1985 im Hinblick auf die erfolgte »Abklärung in sämtlichen Strafsachen« die Zurücknahme der

Berufung. Mit Schriftsätzen vom selben Tag an das AG und die StA beantragte der Verteidiger des Angekl. aufgrund der Berufungsrücknahme des Verfahrens wegen Verstoßes gegen die Gewerbeordnung - 502 Js 26812/84 AG Kassel - nach § 154 StPO einzustellen und regte bei der StA an, in der Steuerstrafsache 502 Js 32756/79 aufgrund des erfolgreich verlaufenden Gespräches vom 1. 8. 1985 und im Hinblick auf das von dem Angekl. erklärte Einverständnis, monatlich einen Betrag von mindestens DM 2500,- als Steuerrückzahlung zu leisten, auf einen Bewährungswiderruf zu verzichten. Ebenfalls mit Schriftsatz des Verteidigers vom 2. 8. 1985 an die JVA Kassel - Wehlheiden beantragte der Angekl. schließlich noch, ihn sofort mit Strafantritt in den offenen Vollzug zu verlegen bzw. ihn in den offenen Vollzug als Regelvollzug zu laden.

Mit Verfügung vom 7. 8. 1985 stellte der zuständige StA beim AG bezüglich des Verfahrens 502 Js 26812/84 den Antrag auf vorläufige Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO. Gleichzeitig nahm er den am 30. 11. 1983 gestellten Antrag auf Widerruf der Strafaussetzung in dem Verfahren 502 Js 32756/79 im Hinblick auf das Schreiben des Verteidigers vom 2. 8. 1985 zurück und regte an, die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe zu erlassen, sobald der Verurteilte die angekündigte Schuldentilgung aufgenommen hätte.

Mit Beschluß des AG vom 12. 8. 1985 wurde daraufhin das Verfahren wegen Verstoßes gegen die Gewerbeordnung - 502 Js 26812/84 - im Hinblick auf die durch Urteil des AG vom 24. 6. 1985 - 502 Js 31281/83 - verhängte Freiheitsstrafe von einem Jahr ohne Bewährung gem. § 154 Abs. 2 StPO eingestellt. In dem Steuerverfahren 504 Js 32756/79 wurde durch Beschluß des AG vom 23. 9. 1985 die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von 10 Monaten gem. § 56g Abs. 1 StGB erlassen. Dieser Beschluß wurde rechtskräftig.

Der Leiter der JVA Kassel I teilte dem Verteidiger des Angekl. auf dessen Schreiben v. 2. 8. 1985 mit Schreiben v. 6. 8. 1985 u. z. mit, daß eine abschließende Entscheidung, ob sich der Angekl. für die unmittelbare Aufnahme in den offenen Vollzug eigne, noch nicht getroffen werden könne, zumal auch mögliche Bedenken der StA gegen eine solche Maßnahme bei der zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen seien und das Aufnahmeverfahren der StA noch ausstehe. Allerdings dürfe nach oberflächlicher Prüfung der übersandten Unterlagen festgestellt werden, daß, wenn auch zunächst mit Vorbehalt, davon ausgegangen werden könne, daß dem Antrag entsprochen werden könne. Nachdem die StA das Aufnahmeverfahren übersandt hatte, teilte der Leiter der JVA dem Verteidiger des Angekl. mit Schreiben vom 28. 8. 1985 mit, eine umfassende Prüfung habe ergeben, daß eine unmittelbare Aufnahme des Angekl. in den offenen Vollzug nicht in Betracht komme, da der Angekl. seit 1958 meist nur in einem Abstand von einem Jahr immer wieder erneut straffällig und nach seiner Verurteilung wegen Steuerrückzahlung im Jahr 1980 noch in der Bewährungszeit erneut straffällig geworden sei, weshalb es nach Meinung der an der Zulassungskonferenz teilnehmenden Beamten keinerlei Gewährleistung dafür gebe, daß der Angekl. nunmehr keine weiteren Straftaten mehr begehen werde.

Mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 22. 10. 1985 erklärte der Angekl. die Anfechtung der Berufungsrücknahme vom 2. 8. 1985 aufgrund von Willensmängeln. Er habe, so die Begründung, von deren Richtigkeit die Kammer in Anbetracht des dargestellten Geschehensablaufes überzeugt ist, die Berufung nur im Hinblick auf den aufgrund der Gespräche vom 1. 8. 1985 erzielten Kompromiß zurückgenommen.

Die von dem Angekl. eingelegte Berufung ist zulässig, da sie zum einen Form und Frist der §§ 312, 314 StPO wahrt und zum anderen nicht wirksam zurückgenommen worden ist, da die erklärte Berufungsrücknahme erfolgreich angefochten und damit unwirksam ist.

Die Erklärung der Berufungsrücknahme ist als Prozeßerklärung zwar grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar, in der Rspr. ist jedoch anerkannt, daß es in den durch die Bedürfnisse der Rechtssicherheit gezogenen Grenzen zur Fairneß der staatlichen Strafverfolgung gehört, den Betroffenen von den nachteiligen Folgen einer Rechtsmittelerklärung zu entbinden, die er im Irrtum abgab, wenn diese Lage durch objektiv unrichtige Maßnahmen der staatlichen Strafverfolgungsorgane herbeigeführt wurde (vgl. *OLG Hamm* in *NJW* 1976 S. 1952, 1953 m. w. N.). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend gegeben. In Anbetracht der Bedeutung der ganzen Angelegenheit für ihn konnte und mußte der Angekl. davon ausgehen, daß ihm die sofortige Aufnahme in den Freigang nicht in Aussicht gestellt würde, ohne daß die insoweit befähigten Strafverfolgungs- bzw. Strafvollstreckungsorgane die grundsätzliche Eignung gerade seines Falles abgeklärt und bei vorläufiger gewissenhafter Prüfung bejaht hätten. Da ihm über seinen Verteidiger vorliegend die Aufnahme in den freien Vollzug schon bei Strafantritt im

Hinblick auf die angestrebte Gesamterledigung der gegen ihn geführten Strafverfahren als wahrscheinlich in Aussicht gestellt worden war, obwohl seine Aussichten tatsächlich nur sehr gering waren, befand er sich auch ohne das Vorliegen einer formellen Zusage, die es in diesem Verfahrensstadium gerade noch nicht geben und auf die der Angekl. nicht warten konnte, da Voraussetzung dafür stets seine vorherige Berufungsrücknahme war, in einem für die Berufungsrücknahme ursächlichen unverschuldeten Irrtum, der es unabhängig von einem Verschulden der Gesprächspartner seines Verteidigers gebietet, ihn an den ihm nachteiligen Folgen der erklärten Berufungsrücknahme nicht festzuhalten.

Auch die erklärte Beschränkung der Berufung auf eine Überprüfung des Strafmaßes ist gem. § 318 StPO wirksam, da sich die nunmehr noch allein angefochtene Straffrage losgelöst vom übrigen Inhalt des Urteils selbständig prüfen und rechtlich beurteilen läßt. Die Berufung des Angekl., mit der er insbes. eine Aussetzung der erkannten Freiheitsstrafe zur Bewährung erstrebte, ist jedoch erfolglos geblieben (wird ausgeführt).

**Anm. d. Red.:** Das OLG Frankfurt/M. hat durch Beschl. v. 14. 10. 1986 - 2 Ss 333/86 - auf die Revision des Angekl. gegen das für ihn in der Sache erfolglos gebliebene Berufungsurteil dieses aufgehoben und die Berufung des Angekl. gegen das Urteil des AG Kassel vom 24. 6. 1985 als unzulässig verworfen. Zur Begründung führt es aus: »Der Senat hat auf die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Revision vorab die Prozeßvoraussetzungen und somit, da sich die Revision gegen ein Berufungsurteil richtet, die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen (*Kleinnecht/Meyer*, StPO, 37. A., § 352 Rdnr. 2, 3; *KMR StPO*, 7. Aufl., § 337, Rdnr. 26, 27). Die Zulässigkeit der Berufung hängt von der Wirksamkeit ihrer Zurücknahme ab. (...)

Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, daß die Berufungsrücknahme als Prozeßerklärung grundsätzlich unanfechtbar und unwiderruflich ist. Eine - wie hier - eindeutig und zweifelsfrei erklärte Rechtsmittelerklärung ist bindend und kann weder unter Berufung auf einen Irrtum im Motiv noch über den Erklärungsinhalt angefochten werden. Das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtsbeständigkeit des formell rechtskräftigen Urteils ist gegen die Gefahr zu schützen, daß der Angekl. seine Rücknahmeerklärung durch die Berufung auf Erklärungsirrtum zu korrigieren versucht (*Schäfer-LR*, 23. A., Einl. Kap. 10, Rdnr. 18, 19; *Ruß - KK StPO*, § 302, Rdnr. 8). Die Rspr. hat in engen Grenzen im Interesse der »Fairness« staatlicher Strafverfolgung hiervon Ausnahmen in Fällen zugelassen, in denen Willensmängel des Angekl. bei einer Rechtsmittelerklärung durch objektiv unrichtige Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane, insbesondere eine unrichtige richterliche Auskunft herbeigeführt waren (*Schäfer a. a. O.*, Rdnrn. 24-26; *Ruß a. a. O.*, Rdnr. 7; vgl. *OLG Frankfurt*, *NJW* 1971, 949; *OLG Köln* *NJW* 1968, 2349; *OLG Hamm* *NJW* 1976, 1952). Eine solche Ausnahme von der Verbindlichkeit der Rechtsmittelerklärung liegt hier aus mehreren Gründen nicht vor: Die Vorstellung des Angekl., er werde in den offenen Vollzug kommen, betraf lediglich das Motiv der eindeutig und ohne Inhalts- oder Erklärungsirrtum erklärten Berufungsrücknahme. Die Vorstellung war auch nicht durch eine falsche Belehrung des AG oder des LG veranlaßt, sondern beruhte auf Überlegungen und Erwartungen des Angekl. und seines Verteidigers (vgl. hierzu *Schäfer a. a. O.*, Rdnr. 22). Schließlich befand sich der Angekl. auch nicht in einem Irrtum, sondern hatte lediglich eine Hoffnung. Aus den ihm bekannten Umständen konnte er nur schließen, daß seine Aussichten günstig seien, war jedoch nicht im Zweifel, daß die verbindliche Entscheidung noch ausstand, d. h. daß sie auch anders als erwartet ausfallen konnte. Ausweislich der dienstlichen Erklärungen des Vors., des StA und des Ltd. Reg. Dir. wurden keine entsprechenden Zusagen gemacht. Auch im Schreiben des Leiters der JVA K. an den Verteidiger vom 6. 8. 1985 wird zwar unter Vorbehalt mitgeteilt, daß dem Antrag, den Angekl. in den offenen Vollzug zu nehmen entsprochen werden könne; es wird jedoch unmißverständlich darauf hingewiesen, daß eine

abschließende Entscheidung noch nicht getroffen werden könne. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, daß sich der Angekl. in einem für die Berufungsrücknahme ursächlichen Irrtum befunden habe und daß ein solcher durch objektiv unrichtige Maßnahmen der staatlichen Strafverfolgungsorgane herbeigeführt worden sei, wie das LG meint. Das LG führt selbst aus, daß dem Angekl. eine sofortige Aufnahme in den Freigang nur in Aussicht gestellt worden sei. Die Auffassung, daß Voraussetzung einer formellen Zusage die Berufungsrücknahme gewesen sei, trifft zudem nicht zu. Hiernach ist die Anfechtung der Berufungsrücknahme nicht begründet und diese verbindlich, so daß mit ihr das Urteil des SchöG v. 24. 6. 1985 Rechtskraft erlangt hat und die Berufung unzulässig geworden ist.<sup>4</sup>

Mitgeteilt von RA Dr. Volker Gallandi, München.

#### Anmerkung

von Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, München

Die Entscheidung des LG, soweit sie hier von Bedeutung ist, behandelt den nicht allzu häufigen Fall einer rechtswirksamen Anfechtung einer Berufungsrücknahme.

In der Strafrechtspraxis stellt sich für den Angeklagten relativ häufig die Frage, ob eine im Grundsatz unwiderrufliche prozessuale Erklärung richtig oder, etwa infolge Irrtums oder anderer Willensmängel, falsch ist. In der Tat können aus der Sicht des Angeklagten von seiten seiner Person oder von seiten des für ihn handelnden Verteidigers bei der Abgabe von prozessualen Erklärungen zahlreiche Fehler gemacht werden. Die Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß beispielsweise kann sich nachteilig auswirken, wenn die Berufung keinen Erfolg hat, nur noch das Rechtsmittel der Revision bleibt und, aufgrund der Beschränkung, die Zahl der möglichen Rügen so sehr reduziert wird, daß eine erfolgreiche Revision nicht mehr möglich ist. Es ist völlig einleuchtend, daß in dieser »Ex-post-Situation« der Angeklagte bzw. dessen Verteidiger nicht sagen können, »hätte ich das gewußt«, so daß ein Recht der Irrtumsanfechtung gegeben wäre.

In einem anderen Fall weiß beispielsweise der Verteidiger, daß ein Rechtsmittel nicht erfolgreich sein kann, etwa, wenn er die Praxis des zuständigen Berufungsgerichts kennt, so daß er sich als handelnd den Angeklagten zur Rücknahme des Rechtsmittels bewegt. Diese Überzeugungsbildung wird häufig dadurch geschehen, daß dem Angeklagten die rechtlichen Möglichkeiten nach der Rechtskraft eines Urteils erläutert werden. Stellt sich dann für den nunmehr in Strafhaft sitzenden Verurteilten heraus, daß alle seine Hoffnungen auf die Institute der Gnadenentscheidung, der Wiederaufnahme oder der Halbstrafe enttäuscht werden, bleibt die Verärgerung über die – irrümliche – Rechtsmittelmöglichkeit zurück.

Vorliegend hat das LG nun die Anfechtung einer Berufungsrücknahme für zulässig und begründet erklärt. Zugrunde lag der interessante Fall eines im deutschen Recht eigentlich nicht vorgesehenen außergerichtlichen Aushandelns von Rechtsfolgen. Anders als beim amerikanischen »plea bargaining« ist es im deutschen Recht bekanntlich nicht vorgesehen, daß sich Richter, Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter an einen Tisch setzen und über die Verfahrenserledigung beraten. Auf einem anderen Blatt steht, daß diese Praxis üblich ist und, bei einer bestimmten Handhabung, auch keine moralische oder rechtliche Anrührbarkeit aufweist.<sup>5</sup>

Keine Anrührbarkeit ist wohl gegeben, wenn Mitglieder des Rechtsstabes, die mit einem Fall betraut sind, ihre vor Erledigung eines Verfahrens gebildete jeweilige Meinung ohne Rechtsverbindlichkeit austauschen, so daß in Form einer Erwartungs-Erwartung jeder genauer weiß, welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Gegenüber anstellt und welche Vorstellung von einer richtigen Entscheidung besteht.

Wenn dann im Sinne eines gegenseitigen Austauschs durchaus im Sinne des idealtypischen zivilrechtlichen Vergleichs ein Konsens entsteht, der dem Angeklagten nicht die Rechte als Prozeßsubjekt beschneidet, sondern ihn die Meinungsbildung der Mitglieder des Rechtsstabes nachvollziehen und dazu die Entscheidung treffen läßt, ist gegen einen »Strafrechtsvergleich« nichts zu sagen.

Der mögliche Einwand, daß in einem solchen Vorabklären des Verfahrens ein »Kuhhandel« auf dem Rücken des Angeklagten liegen kann, ist naturgemäß nur im Einzelfall zu entkräften. Ebenso klar ist aber auch, daß die informelle Verständigung, die mit einem solchen vorbereitenden Gespräch an die Stelle der formellen Verständigung auf den genau vorgeschriebenen Kommunikationsschienen des Vorverfahrens und Hauptverfahrens tritt, zu einem gerechten und die formelle Verständigung zu einem ungerechten Ergebnis führen kann. Die das Strafverfahren leitende Hoffnung, mit bestimmten Regeln sicherstellen zu können, daß der Angeklagte Prozeßsubjekt bleibt und ein faires Verfahren hin zur Wahrheitsgewinnung oder zum gerechten Urteil stattfindet, wird mit der informellen Kommunikationsebene natürlich zunächst außer Kraft gesetzt. Andererseits kann die Verständigung nur dann zustandekommen, wenn die beteiligten Mitglieder des Rechtsstabes davon ausgehen, daß vorliegend auf dem Wege der informellen Verständigung eher Ziele des Strafverfahrens erreicht werden können, als bei der Anwendung aller prozessualen Regeln.

Vorliegend waren die Einzelheiten der Erledigung mehrerer Strafverfahren durch insgesamt fünf Beteiligte festgelegt worden, nämlich durch den Vorsitzenden Richter der für das Berufungsverfahren zuständigen Strafkammer, durch den Amtsrichter, bei dem ein neues Verfahren anhängig war, durch den Staatsanwalt, der für den Bewährungswiderruf zuständig war, durch den Anstaltsleiter, der für den Vollzug zuständig war, und schließlich durch den Angeklagten in Korrespondenz mit seinem Verteidiger. Der erzielte Kompromiß sah so aus, daß die Berufung zurückgenommen wird. Als »Gegenleistung« dafür sollte das Verfahren vor dem Amtsgericht nach § 154 StPO und von seiten der Staatsanwaltschaft der Antrag auf Bewährungswiderruf zurückgezogen werden. Die in der Berufungsverhandlung zur Diskussion stehende Freiheitsstrafe ohne Bewährung sollte in der Form vollstreckt werden, daß der Angeklagte ab dem ersten Tag in den Genuß des offenen Vollzuges kam.

Dieser »strafrechtliche Vergleich« wäre auch komplett durchgeführt worden, hätte nicht die JVA entschieden, daß der Verurteilte in den geschlossenen Vollzug geladen wird.

Die rechtliche Überprüfung des »strafrechtlichen Vergleichs« durch die Berufungskammer des LG war nur deswegen möglich, weil ausnahmsweise die Regeln über die Anfechtbarkeit von Prozeßerklärungen eingriffen. Dabei ist bemerkenswert, daß das LG in Fortführung der bisherigen Rspr. der Anfechtung der Berufung nicht etwa deswegen stattgegeben hat, weil der »Vergleich« nicht eingehalten wurde, sondern weil das Handeln der JVA bzw. des Leiters der JVA rechtswidrig war. Der hätte nämlich nicht in Aussicht stellen dürfen, daß eine Ladung zum offenen Vollzug erfolgt, eben weil zahlreiche Vorstrafen bestanden und deswegen die Ladung in den offenen

<sup>5</sup> Es wäre sowohl eine rechtspsychologische als auch rechtstheoretische Aufgabe, die konsensusorientierten und konfliktorientierten Elemente formeller und informeller Verständigung im Strafverfahren herauszuarbeiten und Kriterien für die richtige Gewichtung zu finden. Je nach Landgerichtsbezirk gibt es erhebliche Differenzen bezüglich der Souveränität, die Richter, Staatsanwalt und Anwalt zum Vergleich führt oder aber diesen gänzlich ausschließt. Man kann sich oft des Eindrucks nicht erwehren, daß das Beharren auf formelle Rechtspositionen, Worterteilung nur durch den Vorsitzenden, Besetzungsrüge als Regeleintritt in den Prozeß, Befangenheitsanträge als Begrüßung, oft nur den mangelnden Mut der Prozeßbeteiligten, aufeinander zuzugehen, symbolisiert.

Vollzug ermessensfehlerhaft gewesen wäre. Nicht die Ladung in den geschlossenen Vollzug, also die Nichteinhaltung des Vergleichs war also der Grund für die erfolgreiche Anfechtung der Berufungsrücknahme, sondern der Abschluß eines Vergleichs mit einer illegalen Zusage.

Mit anderen Worten: Lügen auf Seiten des Angeklagten nicht zahlreiche Vorstrafen vor, die die unmittelbare Ladung zum offenen Vollzug ausschließen, wäre also etwa der Angeklagte ohne Vorverurteilung gewesen, so daß die Zusicherung des offenen Vollzugs ermessensfehlerfrei erfolgt wäre, hätte für den Angeklagten keine Berufungsanfechtung mehr im Raume gestanden, auch dann nicht, wenn die Anstalt entgegen der vorherigen Ankündigung den Strafantritt zum geschlossenen Vollzug beschlossen hätte.

Die dem Urteil des LG zugrunde liegende Logik muß jedem Angeklagten, der in eine ähnliche Situation gerät, als verquer erscheinen. Klarer und ehrlicher wäre es, den in der Praxis nicht nur üblichen, sondern zur Arbeitsbewältigung auch dringend notwendigen »strafrechtlichen Vergleich« deutlich in der Rspr. zu verankern. Nur dann ist es möglich, Kriterien der Verrechtlichung zu entwickeln, die den informellen Kontakt zwischen den Mitgliedern des Rechtsstabes und dem Angeklagten vom Ruch des »Gemauschels« befreien. Es ist sicherlich nicht empfehlenswert, analog zum amerikanischen Recht den »prozessualen Vergleich« zu einem dem formellen Strafverfahren gleichwertigen Verfahrenstyp zu erklären. Andererseits würde es sich anbieten, die Rspr. bezüglich der Anfechtung von prozessualen Erklärungen zu ändern. Täuschungs- und Irrtumsanfechtung von Seiten des Angeklagten wie von Seiten der Staatsanwaltschaft könnten beispielsweise dann für möglich erklärt werden, wenn Zustandekommen und Inhalt des Vergleichs und damit die Fragen der Ermessensausübung und Ermessensüberschreitung nachprüfbar in den Akten fixiert wären. Noch scheut sich ja beispielsweise ein Amtsrichter, im Hinblick auf eine bestimmte Vereinbarung niederzuschreiben, daß eine Einstellung nach § 154 StPO erfolgt, weil von Seiten des Angeklagten Rechtskraft in einem anderen Verfahren zugesichert worden ist. Eine Erweiterung der von der Rspr. vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeiten würde auch vermeiden, daß die Nichteinhaltung eines »strafrechtlichen Vergleichs« dazu führt, daß an einem bestimmten Gericht kein Vertrauen mehr in die Zusicherungen des Gegenüber besteht. Ein Rechtsanwalt, der nicht weiß, ob der Staatsanwalt seine Zusagen einhält, wird keine Vereinbarungen mehr treffen, selbst dann, wenn sie nicht nur prozeßökonomisch, sondern auch aus anderen Gründen sinnvoll wären. Letztendlich profitiert die Justiz von dem Entlastungseffekt, den der Vergleich besitzt, kontraktische Verfahren können dann bis zuletzt ausgetragen werden, ohne daß unter dem Stichwort der »Beschleunigung« mit genereller Wirkung neue Gesetze geschaffen werden, die die Rechte des Beschuldigten unerträglich einengen.

## Strafrecht

### + StGB § 211 Abs. 2 (Mordmerkmal der Heimtücke)

**Ein der Tötungshandlung unmittelbar vorausgegangener, allein mit Worten geführter Angriff schließt Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer dennoch gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit arglos bleibt.**

BGH, Urt. v. 13. II. 1985 – 3 StR 273/85 (LG Wuppertal)\*

*Sachverhalt:* Das LG verurteilte den Angekl. wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 4 J. Die Revision der StA war mit der Sachrüge erfolgreich.

*Aus den Gründen:* Nach den vom LG getroffenen Feststellungen forderte der Angekl. seinen Besuch, H L, der ihn auf seine Einladung hin, nachts nach einem Barbesuch in seiner, des Angekl., Wohnung aufgesucht hatte, in brüllendem Ton zum Verlassen der Wohnung auf, weil dieser ihn während gemeinsamen Schallplattenhörens auf Wange und Hals geküßt und ihn gedrückt hatte. L verließ daraufhin widerspruchslos die Wohnung. Der mit einer BAK von etwa 2,5% alkoholisierte Angekl., der sich in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aber nicht beeinträchtigt fühlte, folgte ihm nach wenigen Minuten, um ihn wegen des Vorkommnisses zur Rede zu stellen. Er nahm, um sich gegen einen etwaigen Angriff des ihm körperlich überlegenen H L wehren zu können, ein Messer mit. Nachdem er L eingeholt hatte, beschimpfte der wütende Angekl. diesen aus sicherer Entfernung mit Ausdrücken wie »schwule Sau«. L reagierte darauf nicht aggressiv, sondern erwiderte nichts und begann zu lachen, was den Angekl. noch wütender machte. Während er ihm, stets in gebührendem Abstand, folgte, schimpfte der Angekl. auf H L, der seinen Weg fortsetzte und sich lediglich einmal umdrehte, pausenlos ein. Da seine verbalen Attacken nichts bewirkten, beschloß der Angekl., im Bewußtsein seiner eigenen körperlichen Unterlegenheit, L von hinten mit einem Stein zu erschlagen. Er nahm einen großen Stein auf, verringerte den Abstand zu dem Vorausgehenden bis er unmittelbar, höchstens einen Meter, hinter ihm war, hob den über acht Pfund schweren Stein mit beiden Händen über den Kopf und warf ihn von oben gezielt auf den Hinterkopfbereich seines Opfers, das schwerverletzt zu Boden stürzte. Als H L, der lediglich wegen seines ungewöhnlich dicken Schädeldachs keinen Schädelbruch erlitten hatte, sich aufrichteten versuchte, versetzte ihm der Angekl. einen weiteren Schlag mit dem Stein auf den Hinterkopf, der zum Bruch des Schädels führte. Der Angekl. drehte den sich nicht mehr bewegenden L um und versetzte ihm mit dem Stein mindestens zwei weitere gezielte Schläge in den Stirn- und Gesichtsbereich. Nachdem er die Kleidung des Opfers vergeblich nach einem Zettel mit seinem, des Angekl., Namen und seiner Telefon-Nummer durchsucht hatte, versetzte er ihm noch vier gezielte Stiche in den Halsbereich, weil er sicher sein wollte, daß sein Opfer auch tot sei. Dieses verstarb nach kurzer Zeit nach den insgesamt erlittenen Verletzungen.

1. Der Ausschluß eines Heimtückemords begegnet rechtlichen Bedenken.

Das LG ist auf der Grundlage seiner Feststellungen der Auffassung, H L habe damit rechnen müssen, daß es mit den wörtlichen Angriffen durch den Angekl. nicht sein Bewenden haben werde; es habe also – objektiv – mit einem tätlichen Angriff gerechnet werden müssen. Es stellt weiter fest, daß L sich – dennoch – tatsächlich eines körperlichen Angriffs nicht versah. Nach Auffassung des LG kommt es darauf ebensowenig entscheidend an wie auf die Frage, ob der Angekl. sein Opfer für arglos hielt und diese Arglosigkeit auszunutzen wollte.

Danach würde es zum Ausschluß der Arglosigkeit stets genügen, daß der Tötungshandlung ein verbaler Angriff unter Umständen vorausgeht, unter denen ein objektiver Beobachter mit einem anschließenden tätlichen Angriff rechnen muß. Unter dieser Voraussetzung würde Heimtücke also auch dann niemals vorliegen, wenn das Opfer der vorangegangenen Feindseligkeit keinerlei Bedeutung beimißt und sich der Möglichkeit eines tätlichen Angriffs in keiner Weise versieht, der Täter dies erkennt und diesen Umstand bewußt zur Tat ausnutzt. Dem kann der Senat nicht beitreten. Er ist – in Weiterführung der im Urt. v. 19. 12. 1979 – 3 StR 427/79 (MDR 1980, 329 = NJW 1980, 792) vertretenen Rechtsauffassung – der Meinung, daß es bei einer vorangegangenen Feindseligkeit des Täters auf die Arglosigkeit des Opfers gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit auch in den Fällen ankommt, in denen die Tötungshandlung der Feindseligkeit unmittelbar nachfolgt. Erkennt der im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer von ihm ausgehenden bloß verbalen Attacke zur Tötung seines Opfers ansetzende Täter dessen dennoch erhalten gebliebene Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines tätlichen Angriffs und nutzt er diese bewußt zur Tat aus, so handelt er heimtückisch. Eine tatsächlich vorhandene Arglosigkeit in diesem Sinne wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Opfer nach den Umständen mit einem tätlichen Angriff hätte rechnen müssen.

Die Frage, ob ein Mensch gegenüber einem Angriff arglos ist, kann nur als eine solche nach der tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Drohen einer Gefahr verstanden werden. Die