

NStZ

# Neue Zeitschrift für Strafrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Hans Dahs  
 Prof. Dr. Gerhard Hammerstein  
 Prof. Dr. Karl Heinz Kunert  
 Dr. Klaus Letzgus  
 Dr. Klaus Miebach  
 Prof. Dr. Gerd Pfeiffer  
 Prof. Dr. Kurt Rebmann  
 Prof. Dr. Peter Rieß  
 Dr. Karl Peter Rotthaus  
 Prof. Dr. Claus Roxin  
 Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber

in Zusammenarbeit mit der  
 Neuen Entscheidungssammlung  
 für Strafrecht und der  
 Neuen Juristischen Wochenschrift

C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung  
 München und Frankfurt a. M.

**3** 1991

S. 105-152 11. Jahrgang 15. März 1991

Aus dem Inhalt

- S. Jutzi*, Genehmigung der Vorteilsannahme bei nicht in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Amtsträgern S. 105
- H. Schweckendieck*, Die Ablehnung eines Beiweisantrages wegen Verschleppungsabsicht – eine zu wenig genutzte Möglichkeit? S. 109
- M. Heghmanns*, Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie S. 112
- E. Horn*, Die Bedeutung nachträglich eingetretener Umstände für den Gesamtstrafenbeschuß nach § 460 StPO S. 117
- V. Gallandi*, Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO S. 119
- K. Miebach/R. Kusch*, Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht S. 120
- BGH, Verwechslung des Opfers durch Angestifteten S. 123
- BGH, Beihilfe zur Bestechlichkeit S. 129
- BGH, Gesamtvorsatz bei Steuerhinterziehung S. 137
- OLG Karlsruhe, Rechtshilfe bei drohender Todesstrafe S. 138
- BVerfG, Verfall der Sicherheit S. 142
- BGH, Unerreichbarkeit eines Zeugen S. 143
- OLG Düsseldorf, Krankheitsbedingte Vollzugsuntauglichkeit S. 151

die Bestimmung der Höhe der Gesamtstrafe (auch der Höhe der Tagessätze der Geldstrafe) in Rede steht; der Beschlußrichter hat die früheren Rechtsfolgenentscheidungen insoweit allein auf der *Tatsachenbasis des letzten Tatrichters* zu koordinieren (II.).

2. Soweit über die Vollstreckung der Gesamtstrafe (bzw. deren Aussetzung) zu entscheiden ist, muß der Beschlußrichter hingegen alle Umstände berücksichtigen, die sich bis zum *Zeitpunkt seiner Entscheidung* verwirklicht haben. Die etwaige Verbesserung oder Verschlechterung der Prognose nach der Entscheidung des letzten Tatrichters ist also für die Nachtragsentscheidung zu werten (III. 1.).

3. Das gleiche gilt für die Entscheidung des Beschlußrichters, ob er – bei Einzelstrafen verschiedener Art – eine Gesamtfreiheitsstrafe bildet, oder ob er eine solche gem. § 53 II 2 StGB ablehnt, weil er die Aussetzung der Vollstreckung der Einzelfreiheitsstrafe aufrechterhalten (oder sich – auf der Basis der von ihm zellt und neu erstellten Prognose – ermöglichen) will (III. 3.).

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Schwetzingen

## Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO

### I. Problemstellung

Eine Verletzung des § 136a StPO führt nach gängiger Rechtsprechung bei Anwendung unerlaubter Vernehmungsmethoden gegenüber dem Zeugen wie auch gegenüber dem Angeklagten zur Unverwertbarkeit der Aussage<sup>1</sup>.

Dies ist revisionsrechtlich von erheblicher Bedeutung, insbesondere wenn der gar nicht so seltene Fall einer Täuschung des Beschuldigen oder Zeugen vorliegt<sup>2</sup>.

Eine Verletzung des § 55 StPO kann dagegen nach herrschender Meinung revisionsrechtlich direkt nicht gerügt werden. Beide Vorschriften sind im Verhältnis zueinander nicht systematisiert, es gibt soweit erkennbar auch keine einheitliche Theorie zur aussagepsychologischen Grundlage beider Vorschriften, obwohl sie denselben Sachverhalt meinen:

Ein Zeuge müßte sich mit einer Aussage selbst belasten und wird über die Möglichkeit der Aussageverweigerung nicht belehrt. Stattdessen wird er auf seine Wahrheitspflicht als Zeuge, d. h. auch darauf hingewiesen, daß er vollständig und richtig aussagen muß und daß er widrigenfalls mit hohen Strafen zu rechnen hat. Weiß der Richter, daß ein Aussageverweigerungsrecht besteht und erteilt er nur allgemeine Zeugenbelehrung, täuscht er konkludent darüber, daß der Zeuge zu einer Aussage verpflichtet sei. Im Zeugen wird der Irrtum erregt, er müsse aussagen und/oder er sieht sich unter dem Druck einer Strafdrohung zur Aussage veranlaßt.

### II. Beispielfälle

#### 1. Die telefonierenden Richter

In einem Landgerichtsbezirk läuft ein BtMG-Verfahren gegen einen Angeklagten, der in einem Verfahren in einem anderen Landgerichtsbezirk als Belastungszeuge benannt ist. Er erscheint vorgeführt aus der Untersuchungshaft und wird nach § 55 StPO belehrt. Er verweigert daraufhin die Aussage. Daraufhin sagte der Vorsitzende sinngemäß, er habe mit dem Vorsitzenden der anderen Strafkammer gesprochen, es werde „sein Schaden nicht sein“, wenn der Zeuge eine Aussage mache. Daraufhin erklärt er sich zur Aussage bereit.

#### 2. Verhörsperson als Aussagebeschleuniger

Ebenfalls in einem Rauschgiftprozeß wird ein drogensüchtiger Zeuge aus der Unterbringung vorgeführt. Er beginnt mit seiner Aussage zur Sache und wird dann gemäß § 55 StPO belehrt. Er verweigert daraufhin die Aussage. Da er der einzige Belastungszeuge ist, sein ebenfalls drogensüchtiger Freund entlastet den Angeklagten, wird mehrere Verhandlungstage später seine Verhörsperson vernommen. Im Protokoll wird festgehalten, daß alle Beteiligten auf die sich daraus ergebenden Revisionsrügen verzichteten. Anschließend wird der drogenkranke Zeuge erneut gehört und nicht nach § 55 StPO belehrt. Er sagt aus, seine Aussage wird wörtlich protokolliert und führt zur Verurteilung sowie zur Qualifikation der Aussage seines Freundes als Falschaussage.

### 3. Die Rechtsbelehrung bei Fiskalstraftaten

Gegen eine Firma und ihre Vertriebsleute besteht der Verdacht, daß sie gezielt Inhaber von Schwarzgeld mit dem Angebot einer diskreten und äußerst renditeträchtigen Venture-Capital-Anlage betrügen. Da nahezu alle potentiellen Geschädigten und Anleger eines Fiskaldelikts verdächtig sind, sind die Ermittlungen zunächst behindert. Im Rechtshilfefverfahren wird dann erreicht, daß in Liechtenstein Beschlagnahmen stattfinden.

Wie bei Rechtshilfsbeschlüssen im Schweizer Rechtskreis üblich, wird darauf hingewiesen, daß eine Verwertung der Unterlagen im Rahmen eines Fiskaldelikts gegen wen auch immer mit den beschlagnahmten Beweismitteln nicht stattfinden darf. Die Staatsanwaltschaft informiert weder die Verteidigung von des Anlagebetrugs verdächtigen Personen noch die Steuerfahndung von dem entsprechenden Beschluß des liechtensteinischen Gerichts. Dies führt trotz des Beschlusses des Gerichts zu einem Steuerstrafverfahren. Alle Zeugen, die vernommen werden sollen, werden wie folgt belehrt:

„Nach § 55 StPO besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht, denn aufgrund der seitens der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein lediglich eingeschränkt bewilligten Rechtshilfe dürfen durch eine Zeugenaussage gewonnene Erkenntnisse weder in einem Steuerstrafverfahren noch in einem Besteuerungsverfahren gegen den Zeugen, den Beschuldigten oder einen Dritten verwendet werden.“

### III. Die Problematik der Einzelfälle

Die 3 Fälle charakterisieren interessante und übliche Varianten strafprozessualer Praxis. Der 1. Fall stellt insofern einen Verstoß gegen § 136a StPO dar, als der Zeuge vom Vorsitzenden Richter auf ein Gespräch mit dem Vorsitzenden Richter in seinem eigenen Verfahren hingewiesen und in ihm nicht ausschließbar der Eindruck erweckt wird, er könne mit der Aussage in diesem Prozeß etwas Positives für das Ergebnis eines eigenen Prozesses bewirken.

Die gesetzte Hoffnung auf ein gutes Ergebnis im eigenen Prozeß ist aber irreführend, weil sie nach den Umständen nicht Ergebnis einer Zusicherung des Gerichts nach erfolgter Vorberatung ist. Wenn er erwartungsgemäß belastend aussagt, hat der in Aussicht gestellte Vorteil nichts Verbindliches an sich. Gerade dies steht in Widerspruch zu dem Eindruck, den ein ausländischer Angeklagter aus einem fremden Kulturkreis möglicherweise aufgrund der Aussage eines Richters hat.

Im 2. Fall wird virtuos versucht, die Strafprozeßordnung zu umgehen. Mit der Aussageverweigerung ist auch die Aussage vor dem Vernehmungsbeamten unverwertbar. Daher der „Verzicht“ auf Revisionsrüge bezüglich der Vernehmung des Beamten. Da der Richter offenkundig bemerkt hat, daß dies möglicherweise doch nicht geht, wird erneut der unmittelbare Zeuge gehört, nachdem die Verhörsperson bereits den Sachverhalt Berufsrichtern und Schöffen geschildert hat. Hier gewinnt § 55 StPO eine zentrale Bedeutung:

Gerade weil die Verhörsperson eine unverwertbare Aussage abgegeben hat, ist der Hinweis auf § 55 StPO unentbehrlich. Der Hinweis auf die Aussagepflicht des Zeugen muß in die Irre führen.

Der 3. Fall ist der krasseste:

Der Beschuldigte wird im Steuerstrafverfahren durch ein gutgläubiges Werkzeug, die Beamten der Steuerfahndung, die ebenfalls von nichts wissen, getäuscht. Er muß annehmen, daß die beschlagnahmten Unterlagen gegen ihn verwendet werden können und richtet sein Aussageverhalten darauf ein.

Deutlicher ist der Fehler noch bei den Zeugen:

Die Belehrung ist unvollständig, weil sie den Zeugen nicht davon informiert, daß die Verfolgung eines Steuerbetruges nach wie vor möglich ist. Hat der Zeuge belastende Unterlagen beiseite geschafft, fällt er aus dem Bereich des reinen Fiskaldelikts heraus und alle Unterlagen sind ebenso gegen ihn zu verwenden wie die eigene Aussage.

1) Vgl. Kleinknecht/Meyer, 38. Aufl., Rn 27 und 33. Die Rechtsprechung hat § 136a StPO zunächst sehr restriktiv interpretiert, wobei der 3. Senat zu einer Ausweitung neigt; vgl. Ur. v. 27. 9. 1989 – 3 StR 188/89; und v. 24. 8. 1988 – 3 StR 129/88, NSStZ Nr. 3 u. 6 zu § 136a StPO.

2) Vgl. Kleinknecht/Meyer (o. Fn 1), Rn 16.

#### IV. Die aussagepsychologische Problematik

Täuschung ist bei vielen Deliktformen, Betrug, Kapitalanlagebetrug usw. durch aktives Tun und durch Unterlassen begehbar. Wer Informationen, die er zu geben verpflichtet ist, nicht gibt, kann durch ein Unterlassen täuschen. Daran gemessen steckt in jeder Beschuldigtenvernehmung vor Akteneinsicht eine Täuschung verborgen. Der Beschuldigte weiß etwas, kann aber nur vermuten, daß auf der Gegenseite ein Nichtwissen besteht. Der Vernehmungsbeamte hingegen weiß sehr genau, was er weiß und was ihm fehlt, er ist informationell überlegen und nach dem Gesetz zum Ausgleich dieser Überlegenheit im Ermittlungsverfahren nicht verpflichtet.

Das Gesetz nimmt dies hin und gibt dem Beschuldigten nur eine Chance, er kann die Aussage verweigern. Hierüber muß er belehrt werden. Läßt er sich auf eine Vernehmung ohne Aktenkenntnis ein, hat der Vernehmungsbeamte es in der Hand, ehrlich oder unehrlich, fair oder unfair zu sein, über seinen Informationsstand zu täuschen, um zu erfahren, ob der Beschuldigte zu Lügen neigt oder nicht. Im Betäubungsmittelverfahren gibt es zusätzlich die „kleine Kronzeugenregelung“, wonach der Beschuldigte weiß, daß seine Strafe gemildert wird, wenn er einen anderen belastet. (Warum gibt es keine niedrigere Strafe für die Entlastung?)

Eine legale „Nötigung“ zur wahrheitsgemäßen Aussage ist im Interesse ordnungsgemäßer Rechtspflege erlaubt, die Grenzen zu § 240 StGB verschwimmen dann, wenn der Richter weiß, daß der Zeuge ein Recht hat, zu schweigen, bei diesem aber auf irgendeine zurechenbare Art der Eindruck erzeugt wird, er müsse reden.

Wer der Belehrung nach § 55 StPO bedarf, ist selbst mindestens potentieller Beschuldigter oder Angeklagter. Er wird als Beschuldigter geschützt. Geschützt wird aber auch derjenige, den er belastet, wenn eine verbotene Vernehmungsmethode nach § 136a StPO angewandt wurde. Gerade der forensisch nicht erfahrene Zeuge, derjenige, der intellektuell unterlegen ist, einer psychischen Beeinträchtigung unterliegt oder auch nur die Regeln der zulässigen Aussageverweigerung nicht kennt, bedarf dringend der Aufklärung nach § 55 StPO.

Auch die Berufung auf § 55 StPO soll nicht verraten, daß der Betreffende eine Straftat begangen hat. Verweigert er von Anfang an zu einem ganzen Komplex die Aussage, wird er häufig vom Richter den Hinweis hören, daß er zu bestimmten Dingen doch etwas sagen müsse. Wie soll er entscheiden, was die Strafverfolgungsbehörden durch Berufung auf § 55 StPO „auf die Fährte setzt“ oder was zulässige Aussageverweigerung ist, ohne dem Strafverfolger den Weg zu weisen?

Aufgrund der fehlenden Protokollierung der Hauptverhandlung sind gerade landgerichtliche Prozesse anfällig für irreführende Hinweise auf die Aussagepflicht und eine zu kurz geratene Begrenzung derselben. Je eindringlicher die Anfangsbelehrung erfolgt, daß auch derjenige falsch aussagen kann, der etwas wegläßt, entsteht ein strafbewehrter Zwang zur Aussage. Hierbei muß der Richter nicht einmal zur Erzwingungshaft greifen. Diese strafbewehrte Inquisition führt bei einer Fehlanwendung des § 55 StPO regelmäßig zu § 136a StPO. Der Zeuge wird über die Grenzen des Aussageverweigerungsrechts getäuscht, er steht unter dem Zwang, vollständig und richtig aussagen zu müssen und er hat regelmäßig keine Hilfestellung bei der Grenzziehung.

Es ist für das Revisionsgericht nicht nachvollziehbar, was beim zweiten Beispielfall dem Zeugen bei seiner zweiten Vernehmung gesagt wurde. Wenn ihm gesagt wurde, daß der Polizeibeamte X, den er ja gut kenne, schon alles gesagt habe, wird dies nicht im Protokoll aufgenommen. Auch ein Verteidiger, der zuvor den Verzicht auf Revisionsrügen erklärt, wird auf wörtliche Protokollierung solcher Hinweise nicht bestehen. Wie aber soll ein aus der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus vorgeführter Drogenabhängiger aussagen, wenn er ohne Belehrung nach § 55 StPO erfährt, daß für das Gericht schon alles klar sei?

Ein Gericht wird dem Vorwurf eines Verstoßes gegen § 136a StPO regelmäßig nur dann entgehen können, wenn die Grenzen des Aussageverweigerungsrechts nach § 55 StPO weit gezogen werden. Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Zeuge durch eine unzureichende Belehrung über sein Aussageverweigerungsrecht die Grenzen falsch zieht, sollte von einer Anwendbar-

*Miebach/Kusch, Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht*

keit des § 136a StPO i. V. mit § 55 StPO ausgegangen werden. Bei der Frage, ob der Richter „bewußt“ täuscht, sollten die Anforderungen praxisnah gestaltet werden. Auch ein Richter, der die Akte ungenau liest oder sich über die Grenzen der Anwendbarkeit des § 55 StPO keine Gedanken macht, nimmt billigend in Kauf, daß der Zeuge aufgrund des Aussagezwangs eine unverwertbare Aussage – unter Täuschung und Druck – macht.

§ 31 BtMG darf durch den Richter nicht ins Spiel gebracht werden, weil er auf eine mögliche Vorteilsgewährung gegenüber dem Zeugen im Regelfall keinen Einfluß hat, der Zeuge dies aber annehmen könnte. Gerade die Haftsituation und die für den Inhaftierten begrenzte Möglichkeit der Selbstdarstellung können hier fehlerhafte Ergebnisse provozieren.

#### V. Zusammenfassung

Dem Grundgedanken der §§ 136a und 55 StPO nach sollen Aussagen nicht durch verbotene Vernehmungsmethoden erreicht und Verdächtige nicht gezwungen werden, sich selbst im Zuge der Pflicht des Zeugen zur vollständigen Aussage zu belasten. Da das Aussageverweigerungsrecht angesichts des Fehlens einer Pflicht des Richters zur vollständigen Information des Zeugen die einzige Schutzmöglichkeit darstellt, muß der Begriff der Täuschung in § 136a StPO so weit gezogen werden, daß er von der unrichtigen Anwendung des § 55 StPO i. V. mit den Vorschriften über die Zeugenbelehrung mit umfaßt wird.

Ohne eine solche Auslegung kann die Zwangssituation, in der sich ein Zeuge angesichts gesetzlich geregelter und zwangsmittelbewehrter Aussagepflicht befindet, nicht angemessen gewürdigt werden, es verbliebe ein Dunkelfeld richterlichen Ermessens, häufig ohne Nachprüfbarkeit für das Revisionsgericht. Die Belehrungen über Aussagepflicht und Strafbarkeit unvollständiger Aussagen und die Grenzen eines Verweigerungsrechts können so subtil gehandhabt werden, daß der Zeuge entweder gut informiert ist oder vollständig in die Irre geführt wird. Dem muß die Auslegung des § 136a StPO Rechnung tragen.

*Richter am BGH Dr. Klaus Miebach, Karlsruhe  
Staatsanwalt Dr. Roger Kusch, Bonn*

#### Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht

– Januar bis Juli 1990 –

##### – 2. Teil –\*

#### StPO § 244 IV Eigene Sachkunde/Hirnverletzung

16. „Die Revision beanstandet mit Recht, daß die *StrK* zu den möglichen Auswirkungen der Kopfverletzung, die der Angekl. bei dem Autounfall erlitt, nicht von Amts wegen einen medizinischen Sachverständigen mit besonderen Kenntnissen und Erfahrungen auf dem Gebiete der Hirnverletzungen zugezogen hat. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Unfall eine Hirnquetschung zur Folge; der Angekl. lag einige Wochen im Koma und wurde anschließend mehrere Monate in einem Krankenhaus und einer Rehabilitationsklinik behandelt. Danach war er aus medizinischer Sicht längere Zeit zu 100% arbeitsunfähig.

Nach ständiger Rechtsprechung muß bei Hirngeschädigten zur Beurteilung der Schuldfähigkeit ein Sachverständiger zugezogen werden (vgl. *BGH*, NJW 1952, 633; 1969, 1578; StV 1984, 142; Beschl. v. 25. 1. 1979 – 4 StR 9/79). Schwere Hirnverletzungen können nach medizinischen Erkenntnissen nicht nur zu einer Beeinträchtigung des Hemmungsvermögens, sondern auch der Einsichtsfähigkeit führen. Angesichts der fließenden Grenzen zwischen den §§ 20 und 21 StGB kann dabei im vorliegenden Fall völlige Schuldfähigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Ist aber möglicherweise die Einsichtsfähigkeit betroffen, so kann das – jedenfalls im Hinblick auf die hier zur Beurteilung stehenden versicherungsrechtlichen Fragen – auch den Betrugs-

\* Im Anschluß an *NStZ* 1991, 27 ff.

vorsatz, insbesondere das Bewußtsein rechtswidriger Vermögensschädigung berühren.“  
(*Beschl. v. 2. 1. 1990 – 1 StR 643/89*). St. Rspr. des BGH; vgl. Übersichten NStZ 1990, 227 Nr. 12; 1990, 27 Nr. 15.

#### StPO § 244 IV Weiterer Sachverständiger/Behandelnder Arzt

17. „Die Anordnung der Sicherungsverwahrung hat ... keinen Bestand. Die Revision macht insoweit zutreffend geltend, daß der zur Entwicklung des Angekl. in den Krankenanstalten gestellte Hilfsbeweis mit rechtsfehlerhafter Begründung zurückgewiesen worden ist. Die benannten Ärzte sollten sich entgegen der Annahme der *StrK* nicht zu der Zukunftsprognose äußern, sondern als sachverständige Zeugen – als für eine Zukunftsprognose unter Umständen bedeutsam – bekunden, daß der Angekl. nach ihren Beobachtungen und Untersuchungen bis zum Jahr 1985 im LKH Moringen und ab Ende Dezember 1988 im LKH Göttingen therapeutische Fortschritte gemacht und sich in seiner Persönlichkeit positiv verändert habe. Dieser Antrag konnte nicht mit fehlender Notwendigkeit einer weiteren Begutachtung zurückgewiesen werden (vgl. *BGH*, NStZ 1985, 376), sondern nur aus den Gründen des § 244 III StPO (vgl. *KK-Pelchen*, 2. Aufl., § 85 Rn 2). Solche Gründe lagen nur vor, soweit die Entwicklung im LKH Moringen in Frage stand, denn die *StrK* ist nach Vernehmung des sachverständigen Zeugen *Dr. S* davon ausgegangen, daß in Moringen eine günstige Prognose gestellt worden war und der Angekl. dort einen erheblichen Reifungsprozeß erfahren hatte. Für die Ablehnung der Beweisaufnahme zur Entwicklung im LKH Göttingen ist ein Grund des § 244 III StPO nicht ersichtlich. Da der Angekl. in Göttingen immerhin rund 10 Monate beobachtet und behandelt worden war, konnten die Beweistatsachen insbesondere nicht als bedeutungslos erachtet werden, zumal da der Sachverständige *Dr. L* in Berücksichtigung des Verhaltens des Angekl. während seiner 3jährigen Flucht von einer schwierigen Prognosebeurteilung ausgegangen war.“  
(*Beschl. v. 29. 5. 1990 – 5 StR 186/90*). Vgl. auch Übersicht NStZ 1990, 27 Nr. 14.

#### StPO § 244 V Augenscheinseinnahme im Ausland

18. Unbegründet ist die Rüge, die *StrK* habe den Antrag vom 24. 10. 1986 auf Augenscheinseinnahme des Tatortes in Torremolinos rechtsfehlerhaft beschieden. Die Ansicht der Revision geht fehl, dieser Beschluß sei schon deshalb aus Rechtsgründen zu beanstanden, weil er die erforderlichen Kenntnisse über die örtlichen Gegebenheiten u. a. auf die Angaben des Mitangekl. *D* stütze, so daß die Einlassung, deren Unwahrheit bewiesen werden sollte, als Argument für die Entbehrlichkeit der Inaugenscheinseinnahme herangezogen werde. Soweit der angefochtene Beschluß bei der Darlegung der Ablehnungsgründe auch die Einlassung *D*'s erwähnt (Sichtmöglichkeiten von der Felsentreppe, Stellung der Beteiligten zueinander zum Zeitpunkt der tödlichen Schüsse auf das Tatopfer *L*), ist dies ersichtlich nur zu dem Zweck geschehen, darzulegen, daß die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Einlassung des Mitangekl. *D* bereits mit den aus anderen Beweismitteln (Lichtbildern, Obduktionsergebnis) geschöpften Erkenntnissen überprüft werden kann. Ein Verstoß gegen § 244 V StPO beinhaltet diese Begründung nicht. Daß das *LG* sich im übrigen auf die Lichtbilder vom Tatort sowie die ortskundigen – spanischen Zeugen gestützt hat, ist mit einer sachgerecht wahrgenommenen Aufklärungspflicht vereinbar. Dies gilt um so mehr, als ein deutsches Gericht eine Augenscheinseinnahme i. S. des § 244 V StPO auf fremdem Staatsgebiet nicht durchführen kann. Die Strafprozeßordnung gebietet deshalb eine solche Beweisaufnahme nicht (vgl. *BGHR StPO § 244 III 2 Unerreichbarkeit 7* [= NSStE Nr. 65 zu § 244 StPO] und § 251 I Nr. 2 Auslandsvernehmung 1 [= NSStE Nr. 1 zu § 69 StPO]).  
(*Urt. v. 14. 3. 1990 – 3 StR 109/89*).

#### StPO § 250 Verlesung eines Aktenvermerks

19. Eine als Zeugin vernommene Kriminalbeamtin konnte sich nicht an die Einzelheiten ihrer Ermittlungstätigkeit erinnern und berief sich auf einen selbstgefertigten Aktenvermerk (s. nachfolgend StPO § 261 Nr. 20). Dazu, wie der Inhalt des Ak-

tenvermerks in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann, bemerkt der *BGH*:

„Für die neue Verhandlung wird darauf hingewiesen, daß der Verlesung jenes Aktenvermerks im Zusammenhang mit der Vernehmung der Zeugin nichts im Wege steht (vgl. *Kleinknecht/Meyer*, 39. Aufl., § 250 Rn 12; *KK-Mayr*, 2. Aufl., § 250 Rn 2; *LR-Gollwitzer*, 24. Aufl., § 250 Rn 17 – je mit Rspr.).“  
(*Beschl. v. 27. 3. 1990 – 1 StR 67/90*). Zur Frage der Verlesbarkeit einer schriftlichen Erklärung des die Auskunft nach § 55 StPO Verweigernden vgl. *BGH*, NStZ 1988, 36.

#### StPO § 261 Überzeugungsbildung/Aktenvermerk

20. „Zutreffend rügt die Revision die Verletzung von § 261 StPO. Die (frühere) Kriminalbeamtin, die das Kind im Ermittlungsverfahren vernommen hatte, konnte sich bei ihrer Vernehmung durch den beauftragten Richter auch nach Vorhalt nur noch an wenige Einzelheiten der damaligen Vorgänge – bei denen es nicht nur auf die Angaben, sondern auf das gesamte Verhalten des Kindes ankam – erinnern. Im übrigen verwies sie auf den Aktenvermerk, den sie damals unmittelbar darauf gefertigt hatte; dieser wurde bei der kommissarischen Vernehmung – und entsprechend in der Hauptverhandlung – nicht verlesen. Deshalb ist, was nur im Aktenvermerk festgehalten und von der Zeugin auch nach Vorhalt inhaltlich nicht bestätigt wurde, nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden; es durfte zur Überzeugungsbildung nicht verwertet werden.“

Dagegen hat das *LG* verstoßen. Schon die als Aussage der Beamtin wiedergegebene (eine von dem Kind gefertigte Zeichnung betreffende) Angabe des Mädchens, ‚das Männchen sei der Roland‘, gründet sich auf den Aktenvermerk. Bei der kommissarischen Vernehmung hat die Beamtin auf Vorhalt hierzu gesagt, das Mädchen ‚muß das damals gesagt haben. Heute kann ich mich konkret daran nicht mehr erinnern‘. Auch im übrigen sind Aussage der Zeugin und Aktenvermerk untrennbar miteinander verbunden. Der im Urteil enthaltene Satz, das strafbare Verhalten habe sich so zugetragen, ‚wie es die Zeugin *H* in ihrer richterlichen Vernehmung geschildert und in dem ihr vorgehaltenen Aktenvermerk niedergelegt hat‘, könnte dann unbedenklich sein, wenn die Zeugin den Inhalt jenes Vermerks sachlich bestätigt hätte; das hat sie aber gerade nicht getan.“  
(*Beschl. v. 27. 3. 1990 – 1 StR 67/90*). Zum Erinnerungsvermögen eines Kriminalbeamten *BGH*, NSStE Nr. 37 zu § 261 StPO; zur Glaubwürdigkeit eines Mitangekl. *BGH*, NSStZ 1990, 603.

#### StPO § 267 Offensichtliches Versehen bei der Urteilsabsetzung

21. Den Urteilsgründen zufolge war die *StrK* von 2 Jahren Mindeststrafe ausgegangen; wie die Revision zu Recht geltend machte, betrug die Mindeststrafe tatsächlich nur 6 Monate.

„Zwar haben die 3 Berufsrichter in einer dienstlichen Äußerung erklärt, die fehlerhafte Darlegung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen bei der Urteilsabsetzung; bei der Urteilsberatung habe die *StrK* ihrer Entscheidung die richtige Mindeststrafe zugrundegelegt. Diese Erklärung ist jedoch unbeachtlich, da kein Fall vorliegt, in dem das bei Abfassung der Urteilsgründe unterlaufene Versehen klar zu Tage liegt (vgl. *BGHSt* 12, 374, 376f.). Es muß deshalb, wie auch der *GBA* meint, davon ausgegangen werden, daß die *StrK* der Bemessung der (auf 4 Jahre festgesetzten) Einzelstrafe für diese Tat eine zu hohe Mindeststrafe zugrundegelegt hat. Das kann sich bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angekl. ausgewirkt haben.“

(*Beschl. v. 3. 5. 1990 – 1 StR 154/90*). Die Berichtigung der Urteilsgründe ist unzulässig, wenn auch nur der Verdacht einer nachträglichen Änderung und damit einer Verfälschung des Urteils aufkommen könnte; scheidet ein solcher Verdacht aus, ist die Berichtigung selbst dann zulässig, wenn sie einem bereits eingelegten Rechtsmittel die Grundlage entzieht: *BGH*, NJW 1959, 899, 900.

#### StPO § 267 Persönliche Verhältnisse des Angeklagten

22. „Entgegen der Auffassung des *GBA* enthält das Urteil ausreichende Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angekl. Die *StrK* hat zu den persönlichen Verhältnissen ‚dieselben Feststellungen‘ getroffen, wie sie bereits im Urteil vom 16. 2. 1989 enthalten sind. Insoweit nimmt das *LG* auf den Inhalt dieses Urteils Bezug und teilt weitere neue Feststellungen mit. Die im

ersten tatrichterlichen Urteil getroffenen Feststellungen sind allerdings durch die Entscheidung des *Senats* vom 20. 6. 1989 aufgehoben worden, so daß sie für ein neues Urteil grundsätzlich nicht mehr im Wege der Bezugnahme oder Verweisung herangezogen werden können (BGHSt 24, 274, 276; 30, 225; BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 5 [= NStE Nr. 10 zu § 267 StPO]; BGH, bei Pfeiffer/Miebach, NStZ 1987, 220; bei Miebach, NStZ 1989, 15).

Die StrK hat es aber nicht bei dieser rechtlich fehlerhaften Bezugnahme bewenden lassen. Sie hat – wie erwähnt – selbst Feststellungen getroffen und diese im Urteil insgesamt so ausreichend mitgeteilt, daß dem *Senat* eine Überprüfung der Strafzumessung auf Rechtsfehler umfassend möglich ist. Daraus, daß wesentliche Feststellungen erst bei den Ausführungen zur Strafzumessung aufgeführt werden, lassen sich rechtliche Bedenken nicht herleiten.“

(*Urt. v. 17. 5. 1990 – 1 StR 191/90*).

#### StPO § 328 II Übergang in erstinstanzliches Verfahren

23. „Der BGH ist für die Entscheidung über das Rechtsmittel des Angekl. nicht zuständig, weil das angefochtene Urteil im Revisionsverfahren nicht als erstinstanzliches Urteil i.S. von § 135 I GVG behandelt werden kann, sondern als Berufungsurteil einer großen StrK i.S. des § 121 I Nr. 1b GVG anzusehen ist. Zwar hat die StrK gemeint, als erstinstanzliches Gericht entscheiden zu können. Hierfür fehlte ihr aber die gesetzliche Befugnis. Die verfahrensmäßige Lage (vgl. BGHSt 34, 159, 164 [= NStZ 1987, 33 m. Anm. Schnarr, NStZ 1987, 236]) stellte sich nämlich von vornherein so dar, daß die amtsgerichtliche Strafgewalt (§ 24 II GVG) nicht überschritten werden durfte, weil nur der Angekl. in vollem Umfange Berufung gegen das Urteil des AG Hamburg – Schöffenger. – vom 8. 11. 1988 eingelegt, die StA ihr Rechtsmittel hiergegen aber auf den Strafausspruch beschränkt hatte (vgl. BGHSt 31, 63; Senat, Beschl. v. 3. 8. 1984 – 5 StR 506/84, bei Pfeiffer/Miebach, NStZ 1985, 208; und v. 5. 9. 1989 – 5 StR 404/89 [= NStE Nr. 7 zu § 328 StPO]).

Über die Revision hat deshalb das HansOLG Hamburg zu befinden.“

(*Beschl. v. 20. 3. 1990 – 5 StR 97/90*).

#### StPO § 338 Nr. 1 Blinder Beisitzer/Starke Sehbehinderung

24. „Soweit die Revision die Mitwirkung des Richters am LG *W* beanstandet (§ 338 I StPO), hätte es im Hinblick auf die Feststellung im Urteil, daß der Richter ‚stark sehbehindert ist, bis an die Grenze zur Blindheit‘ des Vortrags bedurft, daß der Richter tatsächlich blind ist (§ 344 II 2 StPO). Der *Senat* weist allerdings darauf hin, daß er die Auffassung der StrK, ‚daß grundsätzlich auch blinde Richter nicht an der Mitwirkung als Beisitzer in der Hauptverhandlung in Strafsachen gehindert sind‘, nicht teilt.“

(*Beschl. v. 5. 6. 1990 – 4 StR 206/90*). Die nun verneinte Frage, ob blinde Richter als Beisitzer an der Hauptverhandlung mitwirken dürfen, hatte der 4. Strafsenat in der Entsch. NStZ 1988, 374 m. Anm. Fezer noch offengelassen. Bejaht wird die Frage hingegen vom 3. Strafsenat, Übersicht NStZ 1989, 220 Nr. 16.

#### StPO § 338 Nr. 6 Öffentlichkeitsgrundsatz/Entfernung eines potentiellen Zeugen aus dem Sitzungssaal

25. „Die Rüge, es seien die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt, geht fehl. Sobald die Zeugenvernehmung des Polizeibeamten *O* in Betracht kam, durfte ihn der Vorsitzende zum Verlassen des Sitzungszimmers auffordern; ein Gerichtsbeschluß war nicht erforderlich (BGHSt 3, 386, 388). Daß der ‚maßgebliche Ermittlungsbeamte im Ermittlungsverfahren gegen den Angekl.‘ (so die Revision) als Zeuge in Betracht kam, nachdem die Verteidigung Beweisanträge angekündigt hatte, liegt jedenfalls nicht so fern, daß das RevGer. von einer mißbräuchlichen oder ermessensfehlerhaften Anordnung des Vorsitzenden ausgehen könnte.“

(*Urt. v. 5. 7. 1990 – 1 StR 135/90*). Zur Bitte des Vorsitzenden an einen Zuhörer, den Sitzungssaal zu verlassen BGH, NStZ 1988, 467.

#### StPO § 338 Nr. 6 Öffentlichkeitsgrundsatz/Geschlossenes Gerichtsgebäude

26. „Zu der behaupteten Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit (§ 338 Nr. 6 StPO) bemerkt der *Senat*, daß eine eventuelle vorzeitige Schließung der Eingangstüren des Gerichts-

bäudes jedenfalls nicht auf einem Verschulden der StrK beruhte.“

#### StPO § 338 Nr. 6 Öffentlichkeitsgrundsatz/Videofilm in der Hauptverhandlung

27. In der Hauptverhandlung war ein von der Kriminalpolizei aufgenommenen Videofilm vorgeführt worden.

„Es ist keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der sich auf den freien Zugang zum Verhandlungsort bezieht, wenn bei einer Augenscheinseinnahme in der Hauptverhandlung – etwa von Urkunden – die Zuhörer im Sitzungssaal den Augenscheingegenstand nicht erkennen können.“

(*Urt. v. 26. 7. 1990 – 4 StR 301/90*).

#### StPO § 358 II Verschlechterungsverbot/Einziehung

28. „Die Einziehung der Waffe hat keinen Bestand. Im ersten Urteil hatte das LG diese Anordnung nicht getroffen. Ob das der Rechtslage entsprach, kann dahinstehen. Da gegen dieses Urteil allein der Angekl. Revision eingelegt hatte, konnte auch insoweit das neue Urteil nicht zu seinem Nachteil geändert werden. Das Verbot der Schlechterstellung erfaßt ‚Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat‘ (§ 358 II 1 StPO). Dazu gehört auch die Anordnung der Einziehung (vgl. LR-Gollwitzer, 24. Aufl., § 331 Rn 104).“

(*Beschl. v. 15. 5. 1990 – 1 StR 182/90*).

#### StPO § 404 I Schmerzensgeld/Höhe und Zinsen

29. „Auch die Verurteilung zur Zahlung einer Entschädigung gemäß § 847 BGB hat im wesentlichen Bestand. Entgegen der Meinung der Revision hat die Antragstellerin in zulässiger Weise die Höhe des begehrten Schmerzensgeldes in das gerichtliche Ermessen gestellt (vgl. LR-Wendisch, 24. Aufl., Rn 1; Kleinknecht/Meyer, 39. Aufl., Rn 3; KMR-Fezer, Januar 1990, Rn 2 – je zu § 404; vgl. ferner Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 48. Aufl., § 253 Anm. 5B Stichwort ‚Schmerzensgeld‘).

Jedoch muß der Ausspruch über die Verzinsung der zuerkannten Entschädigung entfallen, weil diese Zinsen weder schriftlich noch mündlich beantragt worden sind (vgl. BGH, Beschl. v. 29. 11. 1977 – 1 StR 715/77, bei Granderath, NStZ 1984, 399, 400).“

(*Beschl. v. 3. 5. 1990 – 1 StR 154/90*). Der Antrag auf Prozeßkostenhilfe ersetzt nicht den nach § 404 I StPO gebotenen förmlichen Antrag: BGH, NStE Nr. 2 zu § 404 StPO.

#### GVG § 48 II Verhinderter Ergänzungsschöffe

30. „Den in § 48 II GVG nicht ausdrücklich geregelten Fall, daß für den nach Verhinderung eines Hauptschöffen an seine Stelle getretenen Ergänzungsschöffen ebenfalls noch vor Beginn der Sitzung der Verhinderungsfall bekannt wurde, hat das LG in nicht zu beanstandender Weise – jedenfalls rechtlich vertretbar (vgl. KK-Pikart, 2. Aufl., § 338 Rn 21 mwN) – dahin entschieden, daß es den neuen aus der Hilfsschöffenliste zugewiesenen Ergänzungsschöffen nachrücken ließ.“

(*Beschl. v. 12. 1. 1990 – 3 StR 276/88*). Durch einen bloßen Rechtsirrtum – error in procedendo – wird niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen: BGH, GA 1976, 141.

#### GVG § 174 I Ausschluß der Öffentlichkeit/Angabe des Grundes im Beschluß

31. Die Revision „hat mit der Rüge Erfolg, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens seien verletzt (§ 338 Nr. 6 StPO). Der Beschluß, mit dem die StrK die Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung des Zeugen *B* ausschloß, beschränkte sich auf die Angabe, dies geschehe ‚gemäß § 172 Nr. 1 GVG‘. Damit war der Grund des Ausschlusses (§ 174 I 3 GVG) nicht hinreichend angegeben. § 172 Nr. 1 GVG nennt drei ganz verschiedene Ausschließungsalternativen; die im konkreten Fall maßgebliche muß sich aus dem Beschluß mit ausreichender Bestimmtheit ergeben (BGHSt 27, 117, 119; 30, 298, 301).“

(*Beschl. v. 24. 4. 1990 – 1 StR 211/90*). Vgl. zu den Mindestanforderungen an die Beschluß-Begründung BGH, NStE Nr. 3 zu § 172 GVG sowie Nrn. 1 und 2 zu § 174 GVG. Läßt der Beschluß den Ausschlußgrund eindeutig erkennen, braucht er die entsprechende Gesetzesbestimmung nicht unbedingt zu bezeichnen: BGH, NStZ 1989, 442.