

Übungsfall: Alkoholgenuss mit Folgen*

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Hamburg

Die vorliegende Klausur behandelt das Strafprozessrecht mit Gegenständen aus dem materiellen Strafrecht. Sie setzt Schwerpunkte bei der Lehre von den Beweisverwertungsverboten (§§ 81a, 100c, 136 StPO) einschließlich der „Widerspruchslösung“, der Strafverfolgung bei relativen Antragsdelikten und bei Fragen des Strafklageverbrauchs nach einer Einstellung des Verfahrens gem. § 153 Abs. 2 StPO.

Sachverhalt

Aufgabe 1

Dauerstudent A ist bei seinem reichen Freund F zu einer „feuchtföhlichen“ Party eingeladen. Entgegen seinen Gewohnheiten lässt A sich zum Genuss von sehr viel Alkohol verleiten. Als er im Begriff ist, volltrunken die Party zu verlassen und nach Hause zu gehen, kommt A an dem Mercedes des F vorbei. Alkoholbedingt von plötzlichem Hass auf die „reichen Bonzen“ erfasst, zieht der ansonsten lammfromme A seinen Haustürschlüssel an der Karosserie des Mercedes entlang, so dass eine deutlich sichtbare 75 cm lange Kerbe im Lack zurückbleibt. Gleichzeitig erblickt A das teure Motorrad des F, das er sich – ebenfalls einer spontanen Eingebung folgend – für eine „Spritztour“ ausleihen und dann zurückgeben will. Da er aufgrund des Alkoholkonsums in seinem Gleichgewichtssinn stark beeinträchtigt ist, will A das Motorrad von vornherein nur schieben. Sich so fortbewegend, gerät A einhalb Kilometer von dem Haus des F entfernt in eine Polizeikontrolle. Da F den „Diebstahl“ des Motorrads bereits gemeldet hat, wird A vorläufig festgenommen und eine Blutprobe ordnungsgemäß angeordnet. Da der diensthabende Arzt im Krankenhaus nicht anwesend ist, wird die Blutprobe ohne Einwilligung des A von der Krankenschwester S nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen. Die Blutprobe ergibt eine Blutalkoholkonzentration des A zur Tatzeit von 3,9 Promille.

1. Strafbarkeit des A nach dem StGB?

2. Darf die Blutprobe in dem Strafverfahren gegen A verwertet werden?

3. Was wird die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren tun, wenn F mit Rücksicht auf die Freundschaft zu A keinen Strafantrag stellt?

Aufgabe 2

Bauer X ist auf grausame Weise ermordet worden. B wird aufgrund bestimmter Tatsachen der Tat verdächtigt. Als B sich wegen eines Arbeitsunfalls im Einzelzimmer einer Rehabilitationsklinik befindet, wird formell ordnungsgemäß eine Maßnahme nach § 100c Abs. 1 StPO gestattet, da tatsächliche Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Überwachung für die Erforschung des Sachverhalts relevante Ergebnisse liefert, die sonst nicht hätten erlangt werden können. Die Raumgesprächsaufzeichnung gibt minutiös alle Geräusche wie „Spülung“, „husten“ und „schnarchen“ wieder. Dabei wird auch ein Selbstgespräch des B aufgezeichnet, in dem B mehrfach mit klarem Bezug auf X ausruft: „In Kopf hätt' i eam schießen sollen“. B wird daraufhin festgenommen. In der

ersten Vernehmung durch den übermotivierten Polizeibeamten P wird B nicht ordnungsgemäß über seine Aussagefreiheit belehrt und sagt Belastendes aus. In der Hauptverhandlung widersprechen weder B noch sein Verteidiger der Verwertung der Beschuldigtenvernehmung.

1. Prüfen Sie, ob das Gericht die in formal zulässiger Weise in den Prozess eingeführte Aufzeichnung des Selbstgesprächs des B im Urteil verwerten darf.

2. Prüfen Sie, ob das Gericht die in formal zulässiger Weise in den Prozess eingeführte Einlassung des B im Urteil verwerten darf.

Zusatzfrage

Wie Aufgabe 1, nur nachdem F die Freundschaft mit A aufgekündigt und den entsprechenden Strafantrag gestellt hat, stellt das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des A das Strafverfahren gemäß § 153 Abs. 2 StPO durch Beschluss ein. Drei Monate später meldet sich ein Zeuge, der gesehen hat, dass A tatsächlich das Motorrad nicht nur geschoben hat, sondern auch darauf gefahren ist. Kann die Staatsanwaltschaft diesen Sachverhalt erneut zur Anklage bringen?

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1

I. Frage 1: Strafbarkeit des A nach dem StGB?

1. § 303 Abs. 1 StGB ist tatbestandlich in der Form der Sachbeschädigung erfüllt. Sachbeschädigung liegt jedenfalls immer dann vor, wenn es zu einer nicht ganz unerheblichen Verletzung der Sachsubstanz gekommen ist.¹ Die Rechtsprechung hat bereits das Ritzen von Inschriften in Ruhebänke als Sachbeschädigung gewertet.² Das Ritzen der 75 cm langen Kerbe in den Lack des Mercedes stellt eine solche Verletzung der Sachsubstanz des Autos dar. Aufgrund ihrer Länge und Sichtbarkeit handelt es sich bei der Kerbe auch um eine erhebliche Beschädigung, deren Beseitigung beachtliche Kosten verursacht. Eines Eingehens auf die 2005 vor allem zur Bekämpfung der Graffiti-Schmierereien neu eingefügte Tatbestandsalternative der Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes nach § 303 Abs. 2 StGB bedarf es nicht, da diese Alternative nur greift, sofern es zu keiner Substanzverletzung gekommen ist.³ Subjektiv handelt A mit Absicht. Insbesondere ist die Alkoholisierung nicht so hoch, dass sie die Handlungs- und Vorsatzfähigkeit des A ausschließt.

A hat zur Tatzeit eine BAK von 3,9 Promille. Er ist insoweit steuerungsunfähig und damit schuldunfähig gemäß § 20 StGB (Schwellenwert im Normalfall in der Regel bei 3,0 Pro-

* Die Aufgabe ist im Sommertrimester 2006 als 3-stündige Abschlussklausur der StPO-Vorlesung für das 6. Trimester an der Bucerius Law School in Hamburg ausgegeben worden.

¹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 303 Rn. 6.

² Siehe die Nachweise bei Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 303 Rn. 9.

³ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 303 Rn. 17 ff.

mille)⁴. Alkoholrausch kann dabei entweder als krankhafte seelische Störung⁵ oder als tiefgreifende Bewusstseinsstörung subsumiert werden. Konsequenz: A ist wegen Schuldunfähigkeit nicht strafbar nach § 303 Abs. 1 StGB. Einer Prüfung von vorsätzlicher oder fahrlässiger *actio libera in causa* bedarf es nicht, weil der Sachverhalt überhaupt keine Anhaltspunkte für eine schuldhaft Verbindung zwischen dem Rausch und der Sachbeschädigung enthält.

2. §§ 242, 246 StGB des A scheitern daran, dass A sich das Motorrad des F nicht zueignen, sondern bloß gebrauchen will (Komponente dauerhafter Enteignung fehlt).

3. § 248b Abs. 1 StGB scheidet ebenfalls bereits tatbestandlich aus. Zwar ist auch das Motorrad des F ein Kraftfahrzeug i.S.d. § 248b Abs. 4 StGB. Allerdings hat A das Kraftfahrzeug nicht in Gebrauch genommen. Ein Ingebrauchnehmen liegt vor, wenn das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel benutzt wird. Unerheblich ist dabei, ob dies mit oder ohne Motorkraft geschieht. Der BGH hat deshalb auch das Abrollenlassen eines Kraftfahrzeugs als Ingebrauchnehmen angesehen.⁶ Denn Zweck des § 248b StGB ist es, den Gefahren zu begegnen, die daraus erwachsen, dass Kraftfahrzeuge und Fahrräder leicht, rasch und ohne besonderes Risiko für den Täter aus der Herrschaftsgewalt des Berechtigten entfernt werden können. Diese Gefahren können auch dann gegeben sein, wenn ein Fahrzeug ohne die ihm eigenen Antriebsmittel zur Fortbewegung verwendet wird.⁷ Diese Gefahren sind beim bloßen Schieben des Motorrads durch A nicht berührt. Insoweit gebraucht A das Motorrad des F nicht als Fortbewegungsmittel.

Da A aufgrund seiner alkoholbedingten Gleichgewichtsstörungen das Motorrad von Anfang an nur schieben will, scheidet auch eine Versuchsstrafbarkeit gemäß §§ 248b Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB aus: Er hat das Motorrad nicht genommen, um später damit zu fahren.

4. Nicht gegeben ist des Weiteren ein strafbares Führen eines Kraftfahrzeugs in fahruntüchtigem Zustand gemäß §§ 315c, 316 StGB. Insoweit ist anerkannt, dass das bloße Schieben eines Fahrzeugs, insbesondere eines Motorrads (auch mit angelassenem Motor), als bloßes „Mitführen“ eines Fahrzeugs im Sinne von § 25 Abs. 2 StVO noch kein Führen im Sinne von §§ 315c, 316 StGB ist.⁸

5. Begründet ist aber eine Strafbarkeit des A nach §§ 323a i.V.m. 303 Abs. 1 StGB. A hat sich zumindest fahrlässig durch alkoholische Getränke in einen Vollrausch versetzt. Ferner hat er in diesem Zustand mit § 303 Abs. 1 StGB eine rechtswidrige Tat begangen, deretwegen er nicht bestraft werden

kann, weil er infolge des Rausches zum Tatzeitpunkt schuldunfähig war.⁹

II. Frage 2: Darf die Blutprobe in dem Strafverfahren gegen A verwendet werden?

Die gerichtliche Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO gebietet grundsätzlich, die Beweisaufnahme auf alle Beweismittel zu erstrecken, die der Wahrheitsfindung dienlich sein können (Amtsaufklärungspflicht).¹⁰ Das gilt nicht, wenn das Beweismittel (hier: die Blutprobe) prozessrechtswidrig erhoben worden ist und (nach h.M.) dieser Normverstoß sich zu einem Beweisverwertungsverbot verdichtet hat.

1. Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot

Gemäß § 81a Abs. 1 S. 1 StPO darf eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck erlaubt § 81a Abs. 1 S. 2 StPO die Entnahme von Blutproben, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten. Mit der vorläufigen Festnahme wird gegen A als Beschuldigten ein Strafverfahren geführt. Die ordnungsgemäß angeordnete Blutprobe dient auch der Feststellung von Tatsachen, die für das Strafverfahren von Bedeutung sind, da die Feststellung der BAK für die Strafbarkeit Relevanz hat. Jedoch hat bei A nicht ein approbierter Arzt, sondern die Krankenschwester S die Blutprobe entnommen. Damit liegt ein Verstoß gegen die Beweiserhebungsvorschrift des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO vor. Insbesondere hat die Krankenschwester S auch nicht nach Belehrung des A und mit dessen Einverständnis oder unter der Aufsicht eines Arztes die Blutprobe entnommen.¹¹

2. Beweisverwertungsverbot

Fraglich ist, ob aus diesem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift ein Beweisverwertungsverbot folgt (so der Prüfungsansatz der ganz h.M.).¹² Eine ältere Auffassung be-

⁹ Rauschtat hier nach h.M. objektive Bedingung der Strafbarkeit; statt aller *Fischer* (Fn. 1), § 323a Rn. 17 ff.

¹⁰ Zum Umfang der Amtsaufklärungspflicht *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 454; vgl. auch §§ 244 Abs. 3 S. 1, 245 Abs. 1 S. 1, 245 Abs. 2 S. 2 StPO und *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 244 Rn. 12, 49, § 245 Rn. 7, 23.

¹¹ Zu diesen Ausnahmen *Meyer-Goßner* (Fn. 10), § 81a Rn. 3, 19.

¹² BVerfG NStZ 2006, 46; BGHSt 38, 214 (219 ff.); 42, 372 (377); *Meyer-Goßner* (Fn. 10), Einl. Rn. 55 ff.; *Beulke* (Fn. 10), Rn. 457 ff.; *Engländer*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 229 ff. Vertretbar konnte auch mit entsprechender (eingehender) Begründung auf Ansätze im Schrifttum abgestellt werden, die unter Betonung des Gesetzesvorbehalts eine *Rechtfertigung der Verwertung* prüfen bzw. grundsätzlich aus einem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift ein Verwertungsverbot folgern; vgl. etwa *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008; *Strate*, HRRS

⁴ Vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 20 Rn. 19 ff.; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 20 Rn. 16a ff.

⁵ So die h.M., vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 20 Rn. 12 ff.

⁶ BGHSt 11, 44 (46 f.); ferner *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 248b Rn. 4.

⁷ BGHSt 11, 44 (45 f.).

⁸ *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 316 Rn. 21; *Fischer* (Fn. 1), § 315c Rn. 3.

jahte diese Frage unter Berufung darauf, dass der Arztvorbehalt in § 81a Abs. 1 S. 2 StPO eine Qualitätsgarantie ausspreche und die Verlässlichkeit des Beweiswertes der entnommenen Blutprobe sichern solle.¹³ Die heute h.M., die Beweisverwertungsverbote nur nach einer Abwägung anerkennt¹⁴, verneint ein Beweisverwertungsverbot. Der Arztvorbehalt in § 81a Abs. 1 S. 2 StPO dient lediglich der Wahrung der Gesundheit des Betroffenen. Dieser Zweck hat sich schon erledigt, wenn die Blutprobe zwar von einem Nichtarzt, aber nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen wird. Außerdem bleibt die Beweisqualität der Blutprobe grundsätzlich davon unberührt, wer sie abnimmt.¹⁵ Ein Beweisverwertungsverbot wird unter Bezugnahme auf den Rechtsgedanken des § 136a StPO nur dann angenommen, wenn der anordnende Beamte den Beschuldigten bewusst über die Arzteigenschaft täuscht.¹⁶ Das ist hier nicht geschehen. Die Blutprobe darf daher nach h.M. in einem Strafverfahren gegen A als Beweismittel verwendet werden.

III. Frage 3: Was wird die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren tun, wenn F mit Rücksicht auf die Freundschaft zu A keinen Strafantrag stellt?

Nach § 323a Abs. 3 StGB wird das Delikt des Vollrausches nur auf Antrag verfolgt, wenn die Rauschtat nur auf Antrag verfolgt werden kann. Die Rauschtat des § 303 StGB ist nach § 303c StGB ein relatives Antragsdelikt, d.h. die StA kann den fehlenden Strafantrag des Verletzten (hier F, da er zur Zeit der Tat Eigentum an dem Motorrad innehat) ersetzen, indem sie ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht, was auch konkludent durch Anklageerhebung erfolgen kann.

Zu prüfen ist damit, ob die StA wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält (§ 303c StGB). Bei § 303 StGB besteht ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, wenn die Tat den Rechtsfrieden empfindlich gestört hat (z.B. Schäden durch Vandalismus), oder wenn Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Entscheidungsfreiheit des Verletzten beeinträchtigt ist.¹⁷ Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit einer Verfolgung von Amts wegen bei § 303 StGB geschaffen, weil sich Antragsberechtigte in manchen Fällen aus Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen oder auf Grund massiver Einschüchterungsversuche scheuen, Strafantrag zu stellen, und die Sachbeschädigung neben Eigentümerinteressen auch Interessen der Allgemeinheit in erheblichem Maß berühren

2008, 76; im menschenrechtlichen Kontext *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 807 ff.

¹³ *Eb. Schmidt*, MDR 1970, 461.

¹⁴ Vgl. im Überblick BGHSt 38, 372 (373 f.); 51, 285 (289 ff.) und *Beulke* (Fn. 10), Rn. 457 ff.

¹⁵ BGHSt 24, 125 (128 ff.); *Meyer-Göfner* (Fn. 10), § 81a Rn. 32.

¹⁶ BGHSt 24, 125 (131 f.).

¹⁷ *Fischer* (Fn. 1), § 303c Rn. 7; siehe auch Nr. 86 Abs. 2 RiStBV.

kann.¹⁸ Dabei ist freilich zu beachten, dass nach dem Gesetzeswortlaut die Strafverfolgung ohne Antrag die Ausnahme sein soll, so dass Zurückhaltung in der Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses am Einschreiten von Amts wegen geboten ist.¹⁹

Nach diesen Maßgaben wird die StA im Fall des A ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung verneinen. Die Tat überschreitet den engen Täter-Opfer-Kreis nicht, so dass eine Gefährdung des Rechtsfriedens über das Opfer hinaus nicht zu besorgen ist (vgl. Nr. 86 Abs. 2 RiStBV). Täter und Opfer sind darüber hinaus befreundet. Die Tat ist daher im Innenverhältnis zwischen F und A regulierbar, zumal A keinen Druck auf F ausübt. Interessen der Allgemeinheit sind nicht bzw. nicht wesentlich betroffen (vgl. Nr. 86 Abs. 2 RiStBV). Daraus ergibt sich folgende Konsequenz: Mit dem Fehlen eines Strafantrags und dem Fehlen der Erklärung der StA über die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses fehlt eine rechtliche Voraussetzung für die Durchführung eines Strafverfahrens gegen A (Strafantrag als Prozessvoraussetzung), so dass das eingeleitete Ermittlungsverfahren von der StA gemäß § 170 Abs. 2 StPO einzustellen ist.²⁰

Aufgabe 2

I. Frage 1: Prüfen Sie, ob das Gericht die in formal zulässiger Weise in den Prozess eingeführte Aufzeichnung des Selbstgesprächs des B im Urteil verwerten darf?

Nach Auffassung des BGH nicht. Der *1. Strafsenat* hat zu dem hier geschilderten Fall entschieden, dass ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar ist, soweit es dem durch Art. 13 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzuordnen ist.²¹ Demnach liegt ein Verstoß gegen § 100c Abs. 4 S. 1 StPO vor, der zur Unverwertbarkeit der Erkenntnisse über solche Äußerungen nach § 100c Abs. 5 S. 3 StPO führt.

Im Einzelnen unterfällt die Abhörmaßnahme dann den Anforderungen des § 100c Abs. 1 StPO, wenn das Krankenzimmer unter den Schutzbereich des Art. 13 GG zu subsumieren ist. Mit dem BGH ist der Wohnungsbegriff des Art. 13 GG weit auszulegen. Er umfasst zur Gewährleistung einer räumlichen Sphäre, in der sich das Privatleben ungestört entfalten kann, alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Wirkens gemacht sind. Dazu gehört auch das Krankenzimmer, jedenfalls in einer Rehabilitationsklinik, weil ihm – wie einer Privatwohnung – typischerweise die Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung zukommt. Dass diese Räumlichkeit nur zu bestimmten Zwecken und nur vorübergehend dem B überlassen wurde, spielt keine Rolle. Ebenso

¹⁸ Z.B. Vandalismus; Demonstrationsschäden; s. BT-Drs. 10/308, S. 4, 6.

¹⁹ *Stree* (Fn. 2), § 303c Rn. 6.

²⁰ Vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 10), § 170 Rn. 1, 6; Einl. Rn. 141 ff., 145.

²¹ BGHSt 50, 206 (210).

ist es unerheblich, dass die Krankenhausärzte und das übrige Krankenhauspersonal Betretungsrechte zu dem Zimmer haben.²²

Die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen der § 100c Abs. 1 Nr. 1-4, Abs. 2 StPO liegen laut Sachverhalt vor. Auch wurde die Maßnahme formell ordnungsgemäß beantragt und genehmigt (§ 100d StPO). Art und Inhalt der Äußerung des Angeklagten können aber in den absolut geschützten Kernbereich des § 100c Abs. 4 StPO fallen. Zwar gehören Gespräche, die Angaben über eine konkret begangene Straftat enthalten (Sozialbezug), ihrem Inhalt nach nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (§ 100c Abs. 4 S. 3 StPO: Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen, mittels derer Straftaten begangen werden). Hier besteht indes die Besonderheit, dass der Angeklagte nicht mit anderen kommuniziert, sondern ein Selbstgespräch geführt hat. Unter Bezugnahme auf das Grundsatzurteil des BVerfG zum „Großen Lauschangriff“,²³ den Wortlaut des § 100c Abs. 4 S. 3 StPO und die Gesetzesbegründung kommt der BGH²⁴ mit Recht zu dem überzeugenden Ergebnis, dass ein Selbstgespräch der vorliegenden Art, das in keiner Form verdinglicht und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben war, dem unantastbaren Kernbereich zuzurechnen ist. Denn das Gesetz entzieht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung lediglich Gespräche, also nur solche Äußerungen, die – wie wenigstens „Zwiegespräche“ – dazu bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden. Daher ist von einem Verwertungsverbot auszugehen (§ 100c Abs. 5 S. 3 StPO).

II. Frage 2: Prüfen Sie, ob das Gericht die in formal zulässiger Weise in den Prozess eingeführte Einlassung des B im Urteil verwerten darf?

Dies ist nach h.M. dann nicht der Fall, wenn die Einlassung *erstens* unter Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot erlangt worden ist und sich daraus *zweitens* ein Beweisverwertungsverbot ergibt.

1. Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot

Die erste Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes regeln die §§ 163a Abs. 4 i.V.m. 136 StPO. Danach ist der Beschuldigte u.a. darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen (§§ 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. 136 Abs. 1 S. 2 StPO). Er ist ferner darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann (§§ 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. 136 Abs. 1 S. 3 StPO).

Gegen B besteht laut Sachverhalt Tatverdacht wegen Mordes. Spätestens mit der Festnahme bringt die Polizei zum Ausdruck, dass sie B als Beschuldigten in einem Verfahren

wegen Mordes führt.²⁵ Da B auch durch ein Staatsorgan in amtlicher Eigenschaft, den Polizisten P, zur Gewinnung einer Aussage befragt wird, wird B als Beschuldigter von P i.S.d. § 163a StPO vernommen. Demnach hätte er vorher gemäß §§ 163a Abs. 4 i.V.m. 136 Abs. 1 S. 2 StPO über die Möglichkeit, zum Tatvorwurf zu schweigen, belehrt werden müssen. Dies ist nicht erfolgt, so dass die belastende Einlassung des B unter Verletzung der Belehrungspflicht aus §§ 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO gewonnen wurde.

2. Beweisverwertungsverbot

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen diese Belehrungspflicht ein Verwertungsverbot für die Hauptverhandlung begründet.²⁶ Eine gesetzliche Regelung hierzu findet sich nicht. Der BGH hat 1992 seine früher ständige Rechtsprechung geändert.²⁷ Zuvor hatte er § 136 StPO als bloße Ordnungsvorschrift angesehen mit der Konsequenz, dass seine Verletzung die Aussage weder unverwertbar machte noch die Revision begründen konnte.²⁸ In einer späteren Entscheidung war der BGH zwar bereits von der These der bloßen Ordnungsvorschrift abgerückt, hielt aber an seiner Auffassung fest, dass aus einer Verletzung des § 136 StPO kein Verwertungsverbot folge. Zur Begründung verwies er auf § 136a StPO, der ein entsprechendes Verwertungsverbot ausdrücklich ausspricht, was in § 136 StPO nicht der Fall sei.²⁹ Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum mit Recht heftig kritisiert worden.³⁰ Unter dem Eindruck dieser Kritik stellt der BGH nunmehr darauf ab, ob die verletzte Verfahrensvorschrift (primär) dem Schutz des Beschuldigten dient, und bejaht ein Verwertungsverbot, wenn die Vorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern.³¹ Das ist bei § 136 Abs. 1 S. 2 StPO der Fall. Das Schweigerecht des Beschuldigten in § 136 Abs. 1 StPO ist eine Ausprägung des nemo-tenetur-Grundsatzes. Dieser wiederum ist aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet und genießt damit Verfassungsrang. Er ist auch Ausdruck des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK.³² Eine Verletzung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO berührt deshalb die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten zentral.

Nach Auffassung des BGH soll aber ausnahmsweise dann kein Verwertungsverbot greifen, wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptver-

²² BGHSt 50, 206 (210 ff.).

²³ BVerfGE 109, 279.

²⁴ BGHSt 50, 206 (212 ff.).

²⁵ Konkludenter Willensakt der Strafverfolgungsbehörden und damit Begründung der Beschuldigteneigenschaft nach h.M., vgl. *Beulke* (Fn. 10), Rn. 111 f.

²⁶ S.o. Nr. 2 Frage 2 zu Aufgabe 1 mit Fn. 11.

²⁷ BGHSt 38, 214.

²⁸ Etwa BGHSt 22, 170.

²⁹ BGHSt 31, 395.

³⁰ S. nur *K. Meyer*, NStZ 1983, 566; *Grünwald*, JZ 1983, 717; *Fezer*, JR 1984, 341; *Dencker*, MDR 1975, 359.

³¹ BGHSt 38, 214 (220 ff.).

³² Vgl. EGMR StV 2003, 257 m. Anm. *Gaede*.

handlung ausdrücklich der Verwertung zugestimmt bzw. ihr nicht widersprochen hat.³³ Hier haben weder B noch sein Verteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung bis zu dem – vom BGH als erforderlich gehaltenen – Zeitpunkt des § 257 StPO qualifiziert widersprochen.³⁴ Nach dem BGH kann das Gericht daher den Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot ignorieren und die Beschuldigtenvernehmung verwerten. Ausnahmen, in denen auch BGH-Senate auf das Widerspruchserfordernis verzichten, liegen nicht vor.³⁵

Diese selbst vom BGH in Ausnahmefällen eingeschränkte „Widerspruchslösung“ ist indes hochproblematisch.³⁶ Sie wird begründet mit der Stellung des Verteidigers als „Organ der Rechtspflege“ und dem Umstand, dass die Strafprozessordnung dem Beschuldigten auch an anderer Stelle die Fehler seines Verteidigers zurechne, etwa im Falle des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bei unzureichender Revisionsbegründung. Das überzeugt aber schon deshalb nicht, weil der Verteidiger dem Angeklagten gerade die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zur Verwirklichung seiner prozessualen Menschenrechte gemäß Art. 6 EMRK sichern soll und muss. Vielmehr kann gerade der Staat bzw. das Gericht verpflichtet sein, auf die aktive und effektive Verteidigung des Angeklagten durch den Verteidiger hinzuwirken.³⁷ Die Stellung des Verteidigers als „Organ der Rechtspflege“ trägt nicht die Überwälzung der Alleinverantwortung für die Einhaltung der Strafprozessordnung auf den Verteidiger. Diese Verantwortung obliegt zentral dem Gericht. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz und die Bindung des Gerichts an Recht und Gesetz, während sich die „Widerspruchslösung“ gerade auf kein Gesetz stützen kann, denn § 257 StPO schafft lediglich ein Recht der Verteidigung, begründet nicht etwa eine Pflicht derselben.³⁸ Erkennt deshalb etwa der Vorsitzende, dass ein Beweis rechtswidrig erhoben wurde, so hat er diesen Verfahrensfehler zu heilen oder ein bestehendes Verwertungsverbot von sich aus zu beachten, es sei denn, der Angeklagte verzichtet wirksam auf das Verwertungsverbot. Ein konkludenter Verzicht liegt aber in einem mangelnden Widerspruch nicht. Gegen die „Widerspruchslösung“ spricht zudem die Ungleichbehandlung von verteidigten und unverteidigten Angeklagten. Dem verteidigten Angeklagten wird allein deshalb ein Revisionsgrund abgeschnitten, weil sein Verteidiger anwesend gewesen ist.³⁹

³³ BGHSt 38, 214 (224 ff.).

³⁴ Vgl. jüngst zum Erfordernis des „qualifizierten Widerspruchs“ BGH HRRS 2007 Nr. 900 m. abl. Bespr. *Gaede*, HRRS 2007, 402 (404 ff.) und *Velten*, ZJS 2008, 76.

³⁵ Vgl. zu diesen Ausnahmen aber BGHSt 50, 206 (215 f.): Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; BGHSt 51, 285 (296 f.) m. Bespr. *Brüning*, HRRS 2007, 250: willkürliche Missachtung des Richtervorbehalts.

³⁶ Vgl. zuseh. *Velten*, ZJS 2008, 76; *Gaede*, HRRS 2007, 402 (405).

³⁷ Vgl. m.w.N. EGMR EuGRZ 1980, 662; NJW 2003, 1229; m.w.N. *Gaede*, HRRS 2007, 402 (405 ff.).

³⁸ Vgl. schon *Fezer*, JZ 1994, 686 (687).

³⁹ Zu diesem Problemkreis siehe auch BGH JZ 2006, 473 mit abl. Anm. *Fezer*.

Lehnt man auf Basis dieser Kritik die „Widerspruchslösung“ ab, so ist ein Verwertungsverbot zu bejahen.

Zusatzfrage

Der gerichtliche Einstellungsbeschluss gemäß § 153 Abs. 2 StPO kann weder durch die StA noch seitens des Angeeschuldigten angefochten werden (§ 153 Abs. 2 S. 4 StPO). Die StA kann daher den Sachverhalt nur dann erneut zur Anklage bringen, wenn der Beschluss nicht zu einem Strafklageverbrauch geführt hat (ne bis in idem, Art. 103 Abs. 3 GG, materielle Rechtskraft). Im Unterschied zur Einstellung der StA nach § 153 Abs. 1 StPO, die nach ganz h.M. die Strafklage nicht verbraucht,⁴⁰ ist die Frage bei § 153 Abs. 2 StPO sehr streitig. Die Frage stellt sich, weil § 153 StPO eine § 153a Abs. 1 S. 5 StPO vergleichbare Regelung nicht enthält. Bei der Lösung sind zwei Probleme auseinander zu halten.

1. Zunächst ist zu prüfen, ob – die grundsätzliche Möglichkeit eines Strafklageverbrauchs durch den Beschluss nach § 153 Abs. 2 StPO unterstellt – die materielle Rechtskraft an sich einer erneuten Anklage entgegenstehen würde. Das ist nicht der Fall, wenn es sich bei dem ursprünglich angeklagten Sachverhalt und dem neuen Sachverhalt um zwei Taten im prozessualen Sinne handelt. Denn in materielle Rechtskraft erwachsen kann immer nur die Entscheidung zur angeklagten Tat im prozessualen Sinne (§§ 155 Abs. 1, 264 Abs. 1 StPO). Unter Tat im prozessualen Sinne ist das gesamte Verhalten des Beschuldigten zu verstehen, soweit es mit dem in der Anklage beschriebenen Sachverhalt nach allgemeiner Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang bildet. Maßgeblich sind dabei Tatort, Tatzeit, Tatobjekt und Tatbild,⁴¹ aber auch die „innere Verknüpfung“ der einzelnen Verhaltensweisen.⁴²

Für zwei Taten im prozessualen Sinne spricht, dass nach der neuen Zeugenaussage A auch die Straßenverkehrsdelikte der §§ 316, 315c StGB als Rauschtaten verwirklicht haben könnte, die mit der Sicherheit des Straßenverkehrs anders als § 303 StGB ein kollektives Rechtsgut schützen. Auch erscheint das Führen eines Kraftfahrzeugs vom Tatbild her anders als das „Mitführen“ eines Kraftfahrzeugs. Dagegen spricht jedoch, dass bei materiellrechtlicher Tateinheit (§ 52 StGB) in der Regel auch eine Tat im prozessualen Sinne gegeben ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Rechtsprechung und Schrifttum bei mehreren Rauschtaten im selben Rausch nur eine einzige Tat nach § 323a StGB annehmen.⁴³ Der Rausch ist damit der für das Tatbild grundsätzlich entscheidende Umstand. Das ist sachgerecht, weil der Rausch in der Tat alle Rauschtaten zu einem Delikt verklammert. Hinzu kommt, dass

⁴⁰ *Meyer-Göfner* (Fn. 10), § 153 Rn. 37; *Plöd*, in: von Heintzel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: April 2007, § 153 Rn. 36; *Weßlau*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 29. Lieferung, Stand: Dezember 2002, § 153 Rn. 43; *Beulke* (Fn. 10), Rn. 336; a.A. *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs, 1994, S. 385.

⁴¹ BGHSt 45, 211 (212); näher *Beulke* (Fn. 10), Rn. 513.

⁴² BGH NJW 1992, 1776.

⁴³ BGHSt 13, 223 (225); *Fischer* (Fn. 1), § 323a Rn. 23.

Ort und Zeit des Schiebens bzw. Fahrens so eng beieinander liegen, dass ihre getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde. Eine grobe Verurteilung des Unwertgehaltes als Ausnahme von diesem Grundsatz⁴⁴ kommt im Verhältnis von § 303 StGB und §§ 315c, 316 StGB als Rauschtaten nicht in Betracht. Es liegt daher eine Tat im prozessualen Sinne vor.⁴⁵

2. Mit diesem Zwischenergebnis stellt sich als zweites Problem die Frage nach dem Strafklageverbrauch des gerichtlichen Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs. 2 StPO. Einigkeit besteht heute zunächst dahin, dass ein Strafklageverbrauch nicht in Betracht kommt, wenn sich die Tat aufgrund neuer Tatsachen oder aufgrund einer anderen rechtlichen Bewertung nachträglich als Verbrechen darstellt.⁴⁶ Das ist schon deshalb richtig, weil § 153 StPO bei Verbrechen gar nicht anwendbar ist und zudem mit Blick auf § 153a Abs. 1 S. 5 StPO, wo der Beschuldigte immerhin eine Auflage oder Weisung erfüllt, für § 153 StPO jedenfalls kein weitergehender Strafklageverbrauch eintreten kann als für § 153a StPO. Des Weiteren besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass § 153 Abs. 2 StPO zumindest ein beschränkter Strafklageverbrauch zukommt. Dazu wird zum einen verwiesen auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Vertrauensschutz für den Beschuldigten (Art. 20 Abs. 3 GG), der daraus resultiert, dass bei § 153 Abs. 2 StPO ein unabhängiges Gericht mit der Möglichkeit umfangreicher Beweisaufnahme und wechselseitiger Kontrolle durch alle Verfahrensbeteiligten entschieden hat. Zum anderen wird die Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses gemäß § 153 Abs. 2 S. 4 StPO herangezogen, die durch eine unbeschränkte Möglichkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens ausgehöhlt würde.⁴⁷ Strittig ist dagegen trotz eines Grundsatzurteils des BGH aus dem Jahre 2003⁴⁸ nach wie vor der Umfang des Strafklageverbrauchs bei Vergehen.⁴⁹

Der 5. Strafsenat des BGH und ein Teil der Lehre vertreten eine extensive Position und wenden auf § 153 Abs. 2 StPO die Anforderungen in § 153a Abs. 1 S. 5 StPO analog an. Danach tritt auch bei § 153 Abs. 2 StPO für Vergehen grundsätzlich Strafklageverbrauch ein, soweit sich die Tat

nicht nachträglich als Verbrechen erweist.⁵⁰ Nach dieser Auffassung bestünde im vorliegenden Fall Strafklageverbrauch, weil die §§ 315c, 316 StGB keine Verbrechen sind. Demgegenüber werden im Schrifttum mit beachtlichen Argumenten restriktivere Ansichten vertreten. Insbesondere soll in Analogie zu den §§ 174 Abs. 3, 211 StPO, 45 Abs. 3 S. 4, 47 Abs. 3 JGG für die Durchbrechung der Rechtskraft bereits das Vorliegen neuer Tatsachen und Beweismittel genügen, aufgrund derer die Schuld nun nicht mehr als gering anzusehen bzw. das öffentliche Verfolgungsinteresse zu bejahen wäre.⁵¹ Nach letzterer Ansicht könnte die StA den neuen Sachverhalt zur Anklage bringen, weil danach sowohl die Schuld des A nicht mehr gering ist als auch das öffentliche Strafverfolgungsinteresse wegen der Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs besteht.

Der BGH begründet seine Auffassung vor allem mit der Möglichkeit umfassender Sachverhaltsaufklärung und sachgerechter Ermittlung des Schuldvorwurfs bei § 153 Abs. 2 StPO, dem ein durch das Rechtsstaatsprinzip geschütztes Vertrauen des Bürgers in den Bestand staatlicher Entscheidungen entspreche. Die gerichtliche Einstellung ähnele insoweit dem Urteilsverfahren, bei dem eine Wiederaufnahme zu Lasten des Angeklagten nur in den Fällen des § 362 StPO eröffnet sei. Dass ein Urteil anders als der Einstellungsbeschluss nach § 153 Abs. 2 StPO mit Rechtsmitteln angefochten werden könne, begründe keinen relevanten Unterschied, weil der Angeklagte der Einstellung zustimmen müsse.⁵² Angesichts dieser Urteilsähnlichkeit sieht der BGH eine gewisse Stützung seiner Auffassung in den Unterschieden des § 153 Abs. 2 StPO zu den Regelungen in § 373a StPO und §§ 84, 85 Abs. 3 OWiG, bei denen der Strafklageverbrauch mit Recht stärker eingeschränkt sei.⁵³ Im Übrigen wirft der BGH den Gegenansichten Unpraktikabilität vor, weil sich im Einzelfall nur schwerlich feststellen lasse, welche Tatsachen bekannt waren oder nicht.⁵⁴

Der BGH hat mit seinem, den Vertrauensschutz sympathisch akzentuierenden Grundsatzurteil für die Rechtspraxis teilweise Rechtssicherheit geschaffen.⁵⁵ Dem BGH ist auch

⁴⁴ Vgl. dazu *Rössner*, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2007, 24. Problem.

⁴⁵ A.A. mit sorgfältiger Begründung vertretbar.

⁴⁶ BGHSt 48, 331 (335); *Schoreit*, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 153 Rn. 63 f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 10), § 153 Rn. 37; *Weßlau* (Fn. 40), § 153 Rn. 57; *Plöd* (Fn. 40), § 153 Rn. 37; *Beulke* (Fn. 10), Rn. 336.

⁴⁷ BGHSt 48, 331 (334); allg. Meinung: *Weßlau* (Fn. 40), § 153 Rn. 57; *Schoreit* (Fn. 46), § 153 Rn. 62 ff.; *Beulke*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2005, § 153 Rn. 90 ff.

⁴⁸ BGHSt 48, 331 (333 ff.) m. abl. Anm. *Heghmanns*, NSTZ 2004, 633; zust. *Kühne*, JZ 2004, 743.

⁴⁹ Zum Problem m.w.N. *Rössner* (Fn. 44), 26. Problem.

⁵⁰ BGHSt 48, 331 (335 ff.); ebenso *Schoreit* (Fn. 46), § 153 Rn. 66; *Krehl*, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2001, § 153 Rn. 28; *Schöch*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozessordnung, 1992, § 153 Rn. 55 ff.; *Radtke* (Fn. 40), S. 350; vgl. auch *Plöd* (Fn. 40), § 153 Rn. 37.

⁵¹ *Beulke* (Fn. 10), Rn. 336; *Heghmanns*, NSTZ 2004, 633 (635); *Weßlau* (Fn. 40), § 153 Rn. 57; *Meyer-Goßner* (Fn. 10), § 153 Rn. 38 rechtfertigt eine Wiederaufnahme, falls die neuen Tatsachen und Beweismittel eine andere (schärfere) rechtliche Bewertung ermöglichen. Zu weiteren Ansichten *Rössner* (Fn. 44), 26. Problem.

⁵² BGHSt 48, 331 (336 ff.).

⁵³ BGHSt 48, 331 (338 ff.).

⁵⁴ BGHSt 48, 331 (340).

⁵⁵ Offen gelassen hat der BGH die Frage, ob eine Ausnahme vom Strafklageverbrauch auch dann anzuerkennen ist, wenn der Tatrichter bei der Einstellung einer Einzeltat nach § 153 Abs. 2 StPO übersehen oder verkannt hat, dass es sich um ei-

zuzugeben, dass die von der Gegenauffassung analog bemühten Rechtsnormen auf § 153 Abs. 2 StPO nicht recht passen.⁵⁶ Andererseits ist eine analoge Gleichbehandlung von § 153 Abs. 2 StPO und § 153a StPO nicht unproblematisch.⁵⁷ Abgesehen von der durch den BGH tendenziell idealisierten wechselseitigen Kontrolle von Gericht und StA bei § 153 Abs. 2 StPO erscheinen die Funktionsunterschiede zwischen beiden Vorschriften nicht unerheblich, stellt doch allein § 153a StPO mit der Auflagenverhängung eine gemischt prozessual-materielle Einstellungsnorm dar, die einen erhöhten Vertrauensschutz ohne Weiteres rechtfertigt.⁵⁸ Eine gesetzliche Klarstellung wäre daher wünschenswert. Folgt man dem BGH, so kann die StA den Sachverhalt nicht erneut zur Anklage bringen.⁵⁹

nen Teilakt einer Dauerstraftat oder einer Bewertungseinheit gehandelt hat (BGHSt 48, 331 [340 f.]).

⁵⁶ BGHSt 48, 331 (335 f.). Für § 211 StPO konzidiert das auch *Weßlau* (Fn. 40), § 153 Rn. 57.

⁵⁷ Kritisch auch *Joecks*, Strafprozessordnung, Studienkommentar, 2006, § 153 Rn. 21.

⁵⁸ Vgl. näher *Saliger*, GA 2005, 164 (171) m.w.N.

⁵⁹ A.A. gut vertretbar.