

# Zwischenprüfungsklausur im Strafprozessrecht: Private Investigations

Von Dipl.-Jur. **Christopher Schöpe**, Göttingen\*

*Diese Klausur wurde im Wintersemester 2013/2014 als Zwischenprüfungsklausur im Strafprozessrecht an der Georg-August-Universität Göttingen gestellt. Schwerpunkte sind die Verwertbarkeit privatdeliktisch erlangter Beweismittel und die Rechtweite der Opportunitätseinstellung nach § 153a Abs. 1 StPO. Hinzu treten Fragen zur Weisungsbefugnis des Oberstaatsanwaltes gegenüber den ihm nachgeordneten Staatsanwälten sowie zur Rolle des Verteidigers. Im Durchschnitt wurden 6,25 Punkte erzielt; die Misserfolgsquote lag bei 27,41 %.*

## Sachverhalt

B ist Gesellschafter-Geschäftsführer eines Bauunternehmens, der B-GmbH. Um sein Gehalt aufzubessern, bezieht er minderwertige Bauprodukte zu überhöhten Preisen von einem Unternehmen U in Osteuropa, welches an B eine hohe Bonuszahlung zum Jahresende per Verrechnungsscheck abführt. Die minderwertigen Bauprodukte lässt B später bei den Kunden der B-GmbH verbauen und stellt sie diesen als „hochwertige Qualitätsware“ in Rechnung. Den Scheck löst er hingegen zu Gunsten eines Privatkontos ein. Während die B-GmbH nur einen äußerst bescheidenen Jahresgewinn ausweisen kann, führt B ein Leben im Überfluss. Der Nachbar des B, Jurastudent J, dem während seines Verwaltungspraktikums bei der Finanzdirektion die Steuerbilanz der B-GmbH in die Hände fällt, erkennt sofort eine erhebliche Diskrepanz zwischen dem Umsatz der B-GmbH und dem ausschweifenden Lebensstil des B. Er beschließt, den B zu überführen.

Am 1.3.2013 steigt J durch ein offenes Fenster in die Villa des B ein, um sich dort umzusehen. Bei seiner „Spurensuche“ findet er aber keine Geschäftsunterlagen, sondern lediglich einen Zettel mit den Zugangsdaten für ein E-Mail-Postfach, die er sich geistesgegenwärtig notiert. Im Schreibtisch des B entdeckt er zudem eine goldene Taschenuhr, die er spontan – quasi als Honorar für seine Ermittlungsarbeit – einsteckt. Über mehrere Wochen liest J die E-Mails im Postfach des B mit und leitet am 1.5. große Teile der Korrespondenz zwischen B und U unter der E-Mail-Adresse des B an Staatsanwalt S weiter. Die E-Mails belegen, dass B von der Minderwertigkeit der Bauprodukte wusste und sich wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) ggü. der B-GmbH strafbar gemacht haben könnte. Zudem lassen sie vermuten, dass B die minderwertigen Bauprodukte seinen Kunden als teure Qualitätsware berechnet hat. Die bei einer späteren Durchsuchung der Geschäftsräume der B-GmbH beschlagnahmten Rechnungen geben Anlass zur Annahme, dass sich B auch wegen gewerbsmäßigen Betruges (§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 Var. 1 StGB) strafbar gemacht haben könnte.

Auch der Besuch des J in der Villa bleibt nicht lange unentdeckt, da er beim Einstieg durch das Fenster von einer

Überwachungskamera des B gefilmt wurde. Das Fehlen der Taschenuhr bemerkt B zwar nicht, ist sich aber sicher, dass J hinter den mysteriösen E-Mails an S steckt. Mit Schreiben vom 1.6. erstattet V, der Wahlverteidiger des B, daher Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1 StGB) und Ausspähens von Daten (§ 202a StGB) gegen J. Den Hausfriedensbruch räumt J ein, schweigt aber im Übrigen. Weitere Ermittlungen veranlasst S nicht, da er es für aussichtslos hält, J als den anonymen Verfasser der E-Mails zu überführen. Am 1.8.13 fordert ihn sein Vorgesetzter, der leitende Oberstaatsanwalt O, aber auf, unverzüglich gegen J zu ermitteln und diesen in jedem Fall wegen Hausfriedensbruchs und Ausspähens von Daten anzuklagen. S befürchtet, dass O seinem Schulfreund B damit einen Gefallen erweisen möchte und dabei übersieht, dass J der Zugriff auf das E-Mail-Postfach wahrscheinlich nicht nachgewiesen werden kann.

*Frage 1:* Muss S die Weisung des O dennoch befolgen?

S kann O schließlich davon überzeugen, das Verfahren wegen Ausspähens von Daten nach § 170 Abs. 2 StPO und das Verfahren wegen Hausfriedensbruchs nach § 153a Abs. 1 StPO gegen Zahlung einer Geldauflage einzustellen. B ist empört, als er hiervon erfährt.

*Frage 2:* Wie kann B gegen die Einstellungsverfügungen vorgehen?

Die Bemühungen des B bleiben erfolglos. Kurze Zeit später wird auch B die Anklageschrift zugestellt, in der ihm gewerbsmäßiger Betrug und Untreue vorgeworfen werden. V beantragt, die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 204 StPO abzulehnen, weil die Beweismittel der StA unverwertbar seien. Er trägt vor, die Strafverfolgungsbehörden wären auf legalem Wege nie in den Besitz der E-Mails gekommen, weil – was zutrifft – ein Zugriff auf den im Ausland befindlichen E-Mail-Server bzw. die verschlüsselte Kommunikation zwischen dem PC des B und dem Server den Strafverfolgungsbehörden aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich gewesen wäre. Eine Verwertung der E-Mails würde, so V, die Rechtsstaatlichkeit des gesamten Verfahrens in Frage stellen und Dritte dazu animieren, die Strafverfolgung in eigene Hände zu nehmen. Das Verwertungsverbot müsse sich daher auch auf die Rechnungen erstrecken, zu deren Beschlagnahme es andernfalls nie gekommen wäre.

*Frage 3:* Können die E-Mails und die Rechnungen gegen B verwertet werden?

Die Wirtschaftsstrafkammer folgt der Argumentation des V nicht und eröffnet das Hauptverfahren. Jetzt wird es B langsam zu heiß und er beschließt, sich ins Ausland abzusetzen. Zur Sicherheit bittet er V, aus einer Liste potenzieller Reiseziele diejenigen auszuwählen, bei denen das Risiko einer Auslieferung am geringsten ist. V fürchtet seine eigene Be-

---

\* Der Verf. ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht der Georg-August-Universität Göttingen bei RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos.

strafung wegen Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) und erwägt sogar, S zu informieren.

*Frage 4:* Erläutern Sie kurz die Rolle des Verteidigers. Wie sollte V sich verhalten?

Am 1.12. entdeckt B im Schaufenster des Pfandleihers P die goldene Taschenuhr, die J am 15.3. bei P versetzt hatte. J wird wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) vor dem Amtsgericht angeklagt. Zu Beginn der Hauptverhandlung beantragt er die Einstellung des Verfahrens gem. § 260 Abs. 3 StPO, weil er die Geldauflage bereits erfüllt habe.

*Frage 5:* Wie wird das Amtsgericht über den Antrag des J entscheiden?

### Lösungsskizze

Insgesamt können 54 Punkte erzielt werden. Diese verteilen sich wie folgt:

- Frage 1: 10 Punkte
- Frage 2: 8 Punkte
- Frage 3: 13 Punkte
- Frage 4: 11 Punkte
- Frage 5: 8 Punkte

Die verbleibenden 4 Punkte entfallen auf den Gesamteindruck der Arbeit, insbesondere auf das Argumentationsvermögen. Die Gesamtpunktzahl geteilt durch drei ergibt die Gesamtnote.

*Hinweise zur Bewertung:* Die Klausur hat einen mittleren bis hohen Schwierigkeitsgrad. Eine eigenständige und problemorientierte Argumentation ist besonders zu honorigen, wobei es dem Bearbeiter unbenommen bleibt, sich mit Detailwissen zu profilieren. Dabei kommt der Präzision der Antwort gewiss eine höhere Bedeutung zu, als deren Umfang, allerdings werden auch im strafprozessualen Gutachten – jedenfalls an den Problemschwerpunkten – treffende Obersätze, klare Definitionen, eine saubere Subsumtion und präzise Normenangaben verlangt.

### Frage 1: Muss S die Weisung des O dennoch befolgen?

Die Staatsanwaltschaft ist eine hierarchisch organisierte Justizbehörde, in der die einzelnen Staatsanwälte gem. § 146 GVG den Weisungen ihres Vorgesetzten Folge zu leisten haben. Vorgesetzter ist dabei, wem das Aufsichts- und Leitungsrecht zusteht, § 147 GVG.<sup>1</sup> O ist als leitender OStA beim Landgericht der Vorgesetzte des S und diesem gegenüber mithin weisungsbefugt, § 147 Abs. 3 GVG (sog. internes Weisungsrecht).<sup>2</sup> Das Weisungsrecht aus § 146 GVG ist allerdings

nicht grenzenlos, sondern wird durch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) beschränkt.<sup>3</sup> Rechtswidrige Weisungen dürfen nicht erteilt werden.<sup>4</sup> Die Weisung des O könnte hier aber auf das Legalitätsprinzip gestützt werden (§§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO) und mithin rechtmäßig sein. Das Legalitätsprinzip verpflichtet die Staatsanwaltschaft bei Bestehen eines Anfangsverdachts den Sachverhalt zu erforschen und bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts Klage zu erheben.<sup>5</sup> Ein Anfangsverdacht liegt vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme begründen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde.<sup>6</sup> Das Überwachungsvideo zeigt J beim Einstieg in die Villa und liefert mithin tatsächliche Anhaltspunkte für einen Hausfriedensbruch, den J auch gesteht. Das einerseits nicht aufgeklärt werden kann, was J in der Villa gesucht hat, kurze Zeit später aber vertrauliche E-Mails aus dem Postfach des B an S übermittelt werden, macht ihn auch des Ausspähens von Daten verdächtig. Beide Taten können aufgrund des Strafantrags vom 1.6. (vgl. §§ 158 Abs. 2 StPO, 123 Abs. 2, 205 Abs. 1 S. 2 StGB) verfolgt werden, weshalb S aufgrund des Legalitätsprinzips – und damit unabhängig von den Beweggründen des O – dazu verpflichtet ist, gegen J zu ermitteln.

Zweifelhaft erscheint hingegen, ob S auch wegen beider Tatvorwürfe Anklage erheben muss. Ein für die Erhebung der öffentlichen Klage erforderlicher hinreichender Tatverdacht setzt voraus, dass eine Verurteilung in der Hauptverhandlung bei vorläufiger Tatbewertung wahrscheinlich ist.<sup>7</sup> Andernfalls ist das Verfahren nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO einzustellen, wobei der Staatsanwaltschaft kein Ermessensspielraum zusteht.<sup>8</sup> Der Hausfriedensbruch wurde gefilmt und von J später eingeräumt, weshalb eine Verurteilung wahrscheinlich ist. Der Vorwurf des Ausspähens von Daten kann J – den Ausführungen des S zufolge – aber nicht nachgewiesen werden, sodass ein Freispruch in dubio pro reo wesentlich wahrscheinlicher als eine Verurteilung ist. Eine Anklage wegen Ausspähens des E-Mail-Postfaches hat daher zu unterbleiben. Auch lässt sich O nach Auffassung des S von sachfremden Erwägungen – hier die Freundschaft zu B – leiten. Die Weisung des O, J auch bei Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts anzuklagen, ist ermessensfehlerhaft und mithin rechtswidrig.

Ob S die Befolgung einer rechtswidrigen Weisung verweigern darf, ist umstritten. Nach allgemeiner Auffassung folgt aus dem Beamtenverhältnis des Staatsanwaltes zunächst die Pflicht, bei seinem Vorgesetzten oder, sofern der Vorgesetzte auf seiner Weisung beharrt, bei dessen Vorgesetzten gegen die Weisung zu remonstrieren (vgl. §§ 63 Abs. 2 BBG, 36 Abs. 2 BeamStG).<sup>9</sup> Bestätigt der Vorgesetzte die Weisung, muss der Staatsanwalt sie nach überwiegender Ansicht befol-

<sup>3</sup> BVerfGE 9, 223 (228); *Kindhäuser* (Fn. 2), § 5 Rn. 15.

<sup>4</sup> *Beulke* (Fn. 1), Rn. 85.

<sup>5</sup> *Engländer* (Fn. 1), § 3 Rn. 17.

<sup>6</sup> *Engländer* (Fn. 1), § 3 Rn. 17.

<sup>7</sup> *Pflieger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, StPO § 170 Rn. 2.

<sup>8</sup> *Volk/Engländer* (Fn. 1), § 12 Rn. 1.

<sup>9</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 9 Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 5 Rn. 15.

<sup>1</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 84; *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2013, § 5 Rn. 48; *Volk/ders.*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 6 Rn. 2.

<sup>2</sup> *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 13.

gen, sofern ihre Befolgung keine Straftat, Ordnungswidrigkeit oder Verletzung der Menschenwürde darstellt.<sup>10</sup> Die Erhebung der Anklage entgegen der Anklagepflicht stellt jedenfalls bei Vorliegen begründeter Verdachtsmomente keine Straftat nach § 344 StGB (keine absichtliche oder wissentliche Verfolgung eines unstreitig Unschuldigen)<sup>11</sup>, Ordnungswidrigkeit, oder Verletzung der Menschenwürde dar, weshalb S die Weisung befolgen müsste.<sup>12</sup> Nach anderer Ansicht ist eine solche Verpflichtung mit der Gewissensfreiheit des Staatsanwaltes unvereinbar und der Vorgesetzte in seinem Auswahlmessen auf das Devolutiv- und Substitutionsrecht beschränkt.<sup>13</sup> S könnte den Gehorsam unter Verweis auf seine persönliche Überzeugung mithin verweigern; O bliebe lediglich die Möglichkeit, die Strafverfolgung im Fall J selbst zu übernehmen oder einem anderen Staatsanwalt zu übertragen. Ein vermittelnder Ansatz zieht einen Vorrang des Devolutiv- oder Substitutionsrechts gegenüber dem Weisungsrecht nur dann in Betracht, wenn das Funktionieren der Strafrechtspflege dadurch nicht beeinträchtigt wird.<sup>14</sup> Eine Übernahme des Verfahrens durch O oder die Ersetzung des S durch einen anderen Staatsanwalt würden eine effektive Strafrechtspflege hier jedenfalls nicht beeinträchtigen, weshalb S nach dieser Ansicht ausnahmsweise zugebilligt werden kann, den Gehorsam zu verweigern. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen: Das Legalitätsprinzip (§§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO) ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>15</sup> Diesem Anliegen entspricht die streng hierarchische Organisation der Staatsanwaltschaft (vgl. §§ 144, 145 GVG), die für eine höchstpersönliche Überzeugung der einzelnen Staatsanwälte keinen Raum lässt.<sup>16</sup> Allerdings ist der Effektivität der Strafrechtspflege in Konstellationen, in denen eine Ersetzung des widerwilligen Staatsanwaltes unproblematisch möglich ist, schon aus praktischen Gründen am meisten gedient, wenn der Vorgesetzte von seinem Substitutions- oder Devolutivrecht Gebrauch macht, statt auf seiner Weisungskompetenz zu beharren.

*Anmerkung:* Natürlich ist mit entsprechender Begründung ein anderes Ergebnis gut vertretbar.

<sup>10</sup> Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, Fall 2 Rn. 27 (S. 21); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (152).

<sup>11</sup> Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, § 7 Rn. 146.

<sup>12</sup> Vgl. Murmann, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 44; a.A. Beulke (Fn. 1), Rn. 85, der die Gewissensfreiheit des Staatsanwaltes dem Schutz der Menschenwürde unterstellt.

<sup>13</sup> Beulke (Fn. 1), Rn. 85; i.E. ebenso: Roxin/Schünemann (Fn. 9), § 9 Rn. 13; Volk/Engländer (Fn. 1), § 6 Rn. 11.

<sup>14</sup> Murmann (Fn. 12), Rn. 44.

<sup>15</sup> Satzger, Gutachten zum 65. DJT, I, 2004, C131; BVerfGE 90, 145 (190); Engländer (Fn. 1), § 3 Rn. 17.

<sup>16</sup> Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (152); a.A. Beulke (Fn. 1), Rn. 85; Volk/Engländer (Fn. 1), § 6 Rn. 11.

## Frage 2: Wie kann B gegen die Einstellungsverfügungen vorgehen?

### I. Klageerzwingungsverfahren, §§ 172 ff. StPO

In Betracht kommt zunächst die Durchführung eines Klageerzwingungsverfahrens gem. §§ 172 ff StPO.

#### 1. Antragssteller- und Verletzteneigenschaft des B

Das Klageerzwingungsverfahren kann nur durch den Verletzten i.S.d. §§ 171, 172 StPO betrieben werden, der die Strafverfolgung (zumindest konkludent) beantragt hat (vgl. § 172 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 171 StPO).<sup>17</sup> Verletzter ist dabei, wer durch die Tat in seinen Rechtsgütern, Rechten oder rechtlich anerkannten Interessen unmittelbar verletzt ist.<sup>18</sup> Durch das unbefugte Betreten der Villa und die unerlaubte Weiterleitung der E-Mails wurden das Hausrecht und das formelle Geheimhaltungsinteresse des B beeinträchtigt, sodass B Verletzter ist.<sup>19</sup> Auch hat B, vertreten durch V, die nach § 123 Abs. 2 und 205 Abs. 1 S. 2 StGB erforderlichen Strafanträge (vgl. § 158 Abs. 2 StPO) gestellt und mithin zum Ausdruck gebracht, dass er die Taten verfolgt wissen will. B ist auch Antragssteller.

#### 2. Kein Zulässigkeitsausschluss, § 172 Abs. 2 S. 3 StPO

Das Klageerzwingungsverfahren könnte dennoch unzulässig sein. Dies ist gem. § 172 Abs. 2 S. 3 StPO bei Privatklagedelikten (§§ 374 ff. StPO) und Opportunitätseinstellungen (§§ 153 ff. StPO) der Fall, da es sich um Durchbrechungen des Legalitätsprinzips handelt, die einer Absicherung durch das Klageerzwingungsverfahren nicht bedürfen. Der Hausfriedensbruch nach § 123 StGB kann gem. § 374 Abs. 1 Nr. 1 StPO im Wege der Privatklage verfolgt werden und wurde zudem nach § 153a Abs. 1 StPO, also aus Opportunitätsgründen, eingestellt, weshalb das Klageerzwingungsverfahren diesbezüglich unzulässig ist. Das Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB ist hingegen weder ein Privatklagedelikt noch erfolgte die Einstellung aus Opportunitätsgründen, sodass § 172 Abs. 2 S. 3 StPO der Verfahrensdurchführung nicht entgegensteht.

#### 3. Vorabbeschwerde zum Generalstaatsanwalt

Gegen die Verfahrenseinstellung ist gem. § 172 Abs. 1 StPO die Vorabbeschwerde zum Generalstaatsanwalt beim OLG statthaft.

#### 4. Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim OLG

Im Falle einer negativen Bescheidung könnte B, vertreten durch V und unter Wahrung der Monatsfrist, eine gerichtliche Entscheidung des OLG beantragen, §§ 172 Abs. 2, 3, 4 StPO.

<sup>17</sup> Rackow, JA 2011, 1 (5 f.).

<sup>18</sup> Beulke (Fn. 1), § 17 Rn. 346.

<sup>19</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 123 Rn. 1 i.V.m. § 202a Rn. 1.

## II. Dienstaufsichtsbeschwerde

B könnte die Entscheidung der StA zudem frist- und formlos mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde rügen. Da sich S und O letztlich übereinstimmend für eine Verfahrenseinstellung ausgesprochen haben, wäre eine Dienstaufsichtsbeschwerde ebenfalls an den Generalstaatsanwalt am OLG zu richten, der ihr durch Ausübung seines Weisungs-, Devolutiv- oder Substitutionsrechts (§§ 145, 146 GVG) abhelfen könnte.

## III. Privatklage

B könnte auch erwägen, den Hausfriedensbruch im Wege der Privatklage gem. § 374 Abs. 1 Nr. 1 StPO zu verfolgen. S hat allerdings ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung im Rahmen des § 153a Abs. 1 StPO bejaht und die Strafverfolgung des J selbst übernommen. Wird die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Verfolgungshoheit (vgl. §§ 376, 377 Abs. 2 StPO) tätig, so überwiegt das Allgemeininteresse an einem ökonomischen Abschluss des Verfahrens durch die Einstellung das Interesse des Privatklägers an einer weiteren Strafverfolgung.<sup>20</sup> Ein Privatklageverfahren ist infolge der Einstellungsverfügung nach § 153a Abs. 1 StPO daher unzulässig.

*Anmerkung:* Da die Privatklage kein Rechtsbehelf im eigentlichen Sinne gegen die Einstellungsentscheidungen darstellt, werden Ausführungen hierzu nicht erwartet.

### Frage 3: Können die E-Mails und die Rechnungen gegen B verwertet werden?

Die E-Mails können in einem Strafverfahren gegen B verwertet werden, sofern ihrer Verwertung kein Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Beweisverwertungsverbote stellen stets Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes (§§ 244 Abs. 2, 155 Abs. 2, 160 Abs. 2 StPO) dar und bedürfen somit der gesetzlichen Anordnung oder übergeordneten Gründen im Einzelfall.<sup>21</sup>

## I. Verwertbarkeit der E-Mails

### 1. Unselbständiges Verwertungsverbot aufgrund rechtswidriger Beweiserhebung

Ein Beweisverwertungsverbot könnte zunächst aus einer vorherigen, rechtswidrigen Beweiserhebung resultieren, da die Wahrheit nicht um jeden Preis ermittelt werden darf.<sup>22</sup> Hier stellt sich das Problem, dass die E-Mails durch die Straftat einer Privatperson erlangt wurden.

#### a) Wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der StPO (insb. in Analogie zu § 136a StPO)

Nach einer Auffassung folgt bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip die (analoge) Anwendung der Vorschriften der StPO auf Private, um zu verhindern, dass sich der Staat durch den Einsatz privater Ermittler über die Beweiserhebungsvorschriften

ten der StPO hinwegsetzt.<sup>23</sup> Demzufolge wäre der Zugriff auf das E-Mail-Postfach an den Beweiserhebungsvorschriften der StPO zu messen.<sup>24</sup> Nach ganz h.M. sind Private aber nicht Adressat der StPO, da sich die Vorschriften nach ihrer Systematik, ihrem Wortlaut und ihrem Telos allein an den Staat richten.<sup>25</sup> Ein Beweisverwertungsverbot aufgrund der Verletzung von Beweiserhebungsvorschriften scheidet mithin aus.

#### b) Wegen Verstoßes gegen § 202a Abs. 1 StGB

J hat jedoch den Straftatbestand des § 202a Abs. 1 StGB erfüllt. Die vorsätzliche Verletzung materieller Strafgesetze stellt regelmäßig eine besonders schwerwiegende Verletzung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG dar und zieht daher zumeist auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich.<sup>26</sup> J ist aber nicht Verpflichteter des Rechtsstaatsprinzips, sondern der Staat, weshalb es einer Zurechnung des strafbaren Verhaltens bedarf.<sup>27</sup> Dazu müssten die Strafverfolgungsbehörden aber in zurechenbarer Weise (z.B. durch Anstiftung, Unterstützung oder Instrumentalisierung des J) an der Beweismittelbeschaffung beteiligt gewesen sein.<sup>28</sup> J hat das E-Mail-Postfach jedoch unabhängig vom Willen der Strafverfolgungsbehörden ausgespäht und die E-Mails an S übermittelt. Hier aus der Straftat des J ein Beweisverwertungsverbot folgern zu wollen, kann daher nicht überzeugen.

*Anmerkung:* Vor diesem Hintergrund sind wohl auch Überlegungen hinsichtlich der Schaffung eines Straftatbestandes der Datenhehlerei zu verstehen, der das Problem der Zurechnung gegenüber dem Staat löst und die Verwertungsfrage folglich von einer Einzelfallabwägung abhängig macht.<sup>29</sup> De lege lata fehlt es an einer derartigen Regelung.

### 2. Selbständiges Beweisverwertungsverbot aufgrund übergeordneter Rechtsprinzipien

Die h.M. geht mithin von einer grundsätzlichen Verwertbarkeit privatsdeliktisch erlangter Beweismittel aus.<sup>30</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz werden bei einer Verletzung der Men-

<sup>20</sup> Rössner, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 7), StPO § 376 Rn. 4.

<sup>21</sup> BVerfG, Urt. v. 24.2.2011 – 2 BvR 1596/10, Rn. 10.

<sup>22</sup> BGHSt 14, 358 (365); 38, 214 (220).

<sup>23</sup> Kühne (Fn. 11), § 54 Rn. 904.1; Jahn, Gutachten zum 67. DJT, I, 2008, C102 f.; ders., JuS 2000, 441 (444 f.).

<sup>24</sup> A.A. Jahn (Fn. 23), C102 f.; ders., JuS 2000, 441 (445), der in jeder rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung einen Verstoß gegen den Leitgedanken des § 136a StPO sieht.

<sup>25</sup> Volk/Engländer (Fn. 1), § 28 Rn. 35; Beulke, Jura 2008, 653 (661); Joerden, JuS 1993, 927 (928).

<sup>26</sup> Kölbl, NStZ 2008, 241 (242).

<sup>27</sup> Demko, HRRS 2004, 382 (382 f.); Gaede, StV 2004, 46; a.A. Godenzi, GA 2008, 504 (505 f.).

<sup>28</sup> BGHSt 34, 39 (52); 44, 129 (134); Kindhäuser (Fn. 2), § 23 Rn. 36; Godenzi, GA 2008, 500 (503).

<sup>29</sup> Schünemann, NStZ 2008, 305 (308); Beulke, Jura 2008, 653 (664).

<sup>30</sup> BVerfGE 34, 238 (245 ff.); EGMR NJW 1989, 654 (656); BGHSt 27, 355 (357); Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 106 ff.; Volk/Engländer (Fn.1), § 28 Rn. 35; Beulke (Fn. 1), Rn. 478.

schenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder besonders menschenrechtswidrigem Verhalten, einer Beeinträchtigung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder aber der vorsätzlichen oder willkürlichen Umgehung von Beweiserhebungsverboten angenommen, zumal durch die Einführung derart erlangter Beweise in den Strafprozess eine erneute – dem Staat zurechenbare – Rechtsverletzung des Beschuldigten drohen würde.<sup>31</sup> Das Ausspähen des E-Mail-Postfaches könnte allenfalls einen Eingriff in den Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung darstellen. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist wegen seiner Nähe zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und mit Blick auf die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG einem staatlichen Eingriff gänzlich entzogen, während Eingriffe in die Privat- oder Geheimsphäre durch ein überwiegendes Allgemeininteresse an der Strafverfolgung gerechtfertigt sein können.<sup>32</sup> J hat hier zwar generellen Zugriff auf das E-Mail-Postfach, leitet allerdings nur geschäftliche E-Mails an S weiter, sodass die staatliche Verwertungshandlung nicht geeignet ist, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu tangieren. Ein Verwertungsverbot scheidet demzufolge aus.

*Anmerkung:* Die folgenden Ausführungen werden nicht erwartet. Zieht der Bearbeiter dennoch einen oder mehrere Lösungsansätze in Betracht, ist dies positiv zu vermerken.

Teile der Literatur folgern ein Verwertungsverbot aus dem staatlichen Verwertungsakt des kontaminierten Beweismaterials, weil der Staat als „Beweishehler“ aufträte und das Unrecht der Vortat „perpetuiere“ oder vertiefe.<sup>33</sup> Stellt man allein darauf ab, dass die E-Mails überhaupt erst im Zusammenhang mit dem Strafverfahren zum „Beweismittel“ werden,<sup>34</sup> so kann man in ihrer Nutzung für den Strafprozess allenfalls einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des B sehen, das im Rahmen der gebotenen Einzelfallabwägung jedoch regelmäßig hinter dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege zurückstehen wird. Eine darüber hinausgehende „Unrechtsvertiefung“ ist nicht ersichtlich, denn das Unrecht der Vortat – hier das Ausspähen des E-Mail-Postfaches – ist dem Staat nicht zurechenbar und muss daher unberücksichtigt bleiben.<sup>35</sup> Dafür spricht bereits die Anlehnung dieser Auffassung an den Charakter der Anschlussdelikte, die zwar an das Unrecht der Vortat anknüpfen, aber gerade keine Zurechnungsgrundlage darstellen.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Kölbl, NStZ 2008, 241 (242); Beulke (Fn. 1), Rn. 478 f.; ders., Jura 2008, 653 (661); Engländer (Fn. 1), § 10 Rn. 260; BGHSt 14, 358; 36, 167; 19, 325; 51, 285 (292); BVerfG NJW 2005, 1917 (1923).

<sup>32</sup> BVerfGE 80, 367 (373 f.); 77, 65 (76); BVerfG, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07.

<sup>33</sup> Schmidt-Leichner, in: Verhandlungen des 47. DJT, II, F 139; Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481 (488).

<sup>34</sup> Kaspar, GA 2013, 206 (208).

<sup>35</sup> Ambos (Fn. 30), S. 109; Kaspar, GA 2013, 206 (216 f.); a.A. Godenzi, GA 2008, 504 (505).

<sup>36</sup> Kaspar, GA 2013, 206 (220).

Einer etwaigen staatlichen „Perpetuierung“ des Unrechts der Vortat wird man zusätzlich entgegen können, dass die bloße Verwertung eines Beweismittels keine staatliche Intention im Sinne einer Billigung oder eines Gutheißens des Beweismittels oder dessen Herkunft beinhaltet.<sup>37</sup> Vielmehr ist der Staat durch das Legalitätsprinzip gehalten, die Beweismittel zur Sachverhaltserforschung heranzuziehen und die Beweisaufnahme im Interesse der materiellen Wahrheit auf alle bedeutsamen Beweismittel zu erstrecken, §§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO.<sup>38</sup> Dieses Vorgehen als „Unrecht“ qualifizieren zu wollen, kann nur überzeugen, wenn es zu einer zusätzlichen Rechtsverletzung durch den Staat kommt.<sup>39</sup>

Allerdings könnte man – der Argumentation des V folgend – auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf abstellen und sich fragen, ob die Strafverfolgungsbehörden das Beweismittel auch auf legalem Wege hätten erlangen können. Im Falle einer rechtswidrigen hypothetischen Beweiserhebung, ließe sich ein Verwertungsverbot damit begründen, dass die Verwertbarkeit eines zufällig erlangten Beweismittels, welches aus einer privatdeliktischen Beweiserhebung stammt, nicht über die Verwertbarkeit eines Beweismittels, das aus einer hypothetischen finalen Beweisbeschaffung des Staates stammt, hinausgehen könne.<sup>40</sup> Aus diesem Grund nimmt das schweizerische Bundesgericht bei Beweismitteln, die aus strafrechtswidrigen Privatmittlungen stammen, ein generelles Verwertungsverbot an.<sup>41</sup> Auch B könnte sich darauf berufen, dass die E-Mail-Korrespondenz zwischen ihm und U durch die Strafverfolgungsbehörden nicht oder nur durch die Begehung einer Straftat (§ 202a Abs. 1 StGB) hätte ermittelt werden können, was nach den vorstehenden Überlegungen ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hätte. Die daraus folgende horizontale Drittwirkung der Beweiserhebungsvorschriften, sowie der Grund- und Menschenrechte, wird insbesondere damit begründet, dass sich der Staat nicht in Widerspruch zur objektiv rechtlichen Werteordnung setzen darf.<sup>42</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch die Zurechnungsregeln Teil der objektiven Werteordnung sind und die Annahme eines Beweisverwertungsverbot oder gar ein Verzicht auf die Verfolgung doch gerade die Geltung der verletzten Strafnorm in Frage stellen, mithin also die objektive Werteordnung konterkarieren würden.<sup>43</sup> Die Beweis hypothese allein vermag ein Beweisverwertungsverbot mithin nicht zu begründen.

Ein selbständiges Verwertungsverbot ließe sich im Einzelfall auch aus dem Grundsatz eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens (Art. 6 Abs. 3 EMRK, Art. 2 Abs. 1 i.V.m.

<sup>37</sup> Kubiciel, GA 2013, 226 (235).

<sup>38</sup> Beulke (Fn. 1), Rn. 17; Kubiciel, GA 2013, 226 (235).

<sup>39</sup> Kaspar, GA 2013, 206 (208); Kubiciel, GA 2013, 226 (234 f.); Godenzi, GA 2008, 504 (508).

<sup>40</sup> Godenzi, GA 2008, 500 (514 f.); Beulke, ZStW 103 (1991), 657 (660).

<sup>41</sup> SchwBGer SJZ 77 (1981), 130 (132).

<sup>42</sup> Jahn/Dallmeyer, NStZ 2005, 297 (303 f.); Godenzi, GA 2008, 500 (514 f.); Lesch, GA 2000, 355 (371).

<sup>43</sup> Kubiciel, GA 2013, 226 (234 f.); Kaspar, GA 2013, 206 (224).

20 Abs. 3 GG) herleiten.<sup>44</sup> Eine Verletzung des Fair Trial-Grundsatzes ist aber allenfalls dann anzunehmen, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht, auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte, ergibt, „dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.“<sup>45</sup> Die bloße Verwertung der E-Mails wiegt indes nicht so schwer, dass sie das gesamte Verfahren gegen J als unfair erscheinen ließe, zumal die rechtswidrige Beweisbeschaffung dem Staat nicht zurechenbar ist. Der Grundsatz eines fairen Verfahrens steht einer Verwertbarkeit der strafrechtswidrig erlangten E-Mails mithin nicht entgegen.

Der Disziplinierungsgedanke, demzufolge ein Beweisverwertungsverbot zugleich Dritte von der strafrechtswidrigen Beweiserhebung abhalten soll, kann ebenfalls nicht überzeugen, da nicht einzusehen ist, den Beschuldigten zu Lasten der Rechtsgemeinschaft mit einem Beweisverwertungsverbot zu „belohnen“, dessen Zweck der Schutz Dritter vor zukünftigen Verstößen sein soll.<sup>46</sup> Auch ist eine Disziplinierung im deutschen Strafprozess mit Blick auf die objektive Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft (§ 160 Abs. 1, 2 StPO) nicht zwingend notwendig.<sup>47</sup>

In Betracht kommt zudem die Begründung eines Beweisverwertungsverbotes aufgrund grundgesetzlicher Schutzpflichten.<sup>48</sup> Dazu müssten die getroffenen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Erreichung des Zwecks – hier der Gewährleistung des formellen Geheimhaltungsinteresses – allerdings völlig ungeeignet sein, wobei dem Gesetzgeber eine erhebliche Einschätzungsprärogative zusteht.<sup>49</sup> Mit Blick auf das umfassende Schutzniveau §§ 202a ff., 303a ff. StGB wird sich eine derartige Schutzpflichtverletzung wohl kaum begründen lassen.<sup>50</sup>

## II. Verwertbarkeit der Rechnungen

Die im Rahmen der späteren Durchsuchung beschlagnahmten Rechnungen stammen aus einer rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme. Ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot kommt daher nicht in Betracht. Folgt man der Argumentation des V, könnte sich ein Verwertungsverbot allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass eine Beschlagnahme der Rechnungen ohne die vorherige (strafbare) Weiterleitung der E-Mails vermutlich ausgeblieben wäre. In Betracht käme daher die Annahme einer sog. Fernwirkung nach dem amerikanischen Vorbild der „fruit of the poisonous tree doctrine“.<sup>51</sup> Dieser

Auffassung zufolge geht die Sperrwirkung eines Beweisverwertungsverbotes über das unmittelbar erlangte Beweismittel hinaus und erstreckt sich mithin auch auf spätere (fernliegende) Beweismittel, die aufgrund des unverwertbaren Beweismittels erlangt wurden.<sup>52</sup> Folgt man der h.M. und lehnt ein Beweisverwertungsverbot an den E-Mails ab, so scheitert die Annahme einer Fernwirkung bereits daran, dass kein Beweisverwertungsverbot existiert, welches Fernwirkung entfalten könnte. Die Rechnungen sind mithin verwertbar.

*Anmerkung:* Ein Aufgreifen des Fernwirkungs-Gedankens kann vor dem Hintergrund der Argumentation des V erwartet werden; eine umfassende Auseinandersetzung mit der fruit of the poisonous tree doctrine dagegen nicht. Gelangt der Bearbeiter hingegen zu einem Beweisverwertungsverbot, müssen an dieser Stelle einige weiterführende Überlegungen angestellt werden: Gegen die grundsätzliche Annahme einer Fernwirkung lässt sich einwenden, dass der Disziplinierungsgedanke dem deutschen Strafprozess fremd ist, zu Lasten des Allgemeininteresses an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ginge und die Gefahr einer völligen Lahmlegung des gesamten Verfahrens bestünde.<sup>53</sup>

### Frage 4: Erläutern Sie kurz die Rolle des Verteidigers. Wie sollte V sich verhalten?

Die inquisitorische Ausgestaltung des deutschen Strafverfahrens kann in der Praxis nur einen unvollkommenen Schutz der Beschuldigtenrechte gewährleisten, wenn der Beschuldigte seine Rechte nicht kennt oder ihm die Distanz zu seinem Problem fehlt.<sup>54</sup> Aber auch persönliche Überzeugungen der Verfahrensbeteiligten (z.B. aufgrund der „Aktenlage“) können dazu führen, dass entlastende Momente übersehen oder untergewichtet werden.<sup>55</sup> Als vollwertiges Verfahrenssubjekt kann der Beschuldigte erst dann angesehen werden, wenn er die Möglichkeit hat, sich eines rechtskundigen Beistandes zu bedienen, der Fürsprache für ihn ergreift, Eingriffen in seine Rechte entgegenwirkt und dadurch ein Gegengewicht zu den Strafverfolgungsbehörden bildet.<sup>56</sup> Die Verteidigung dient damit zugleich dem Allgemeininteresse an der Durchführung eines fairen und rechtsstaatlichen Strafverfahrens (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 20 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 1 GG).<sup>57</sup>

Die Rechtsstellung des Verteidigers ist umstritten. Betont man die Einseitigkeit des Verteidigerhandels, liegt es nahe,

<sup>44</sup> *Ambos* (Fn. 30), S. 110 m.w.N.; *Kaspar*, GA 2013, 206 (218).

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09; *Godenzi*, GA 2008, 500 (501 f.).

<sup>46</sup> *Kubiciel*, GA 2013, 226 (232).

<sup>47</sup> *Heghmanns*, ZJS 2011, 98 (99).

<sup>48</sup> *Ambos* (Fn. 30), S. 108 f. m.w.N.; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (41).

<sup>49</sup> BVerfGE 92, 26 (46); 88, 203; 77, 170 f. m.w.N.

<sup>50</sup> *Kaspar*, GA 2013, 206 (223 f.); *Godenzi*, GA 2008, 500 (512 ff.).

<sup>51</sup> Es sei ausdrücklich auf die zahlreichen Ausnahmen dieser Doktrin (u.a. für die, aus staatlich veranlassten Privatermittlungen

erlangten Beweismittel) hingewiesen, vgl. *Ambos* (Fn. 30), S. 145.

<sup>52</sup> *Kühne* (Fn. 11), § 54 Rn. 912.

<sup>53</sup> *Heghmanns*, ZJS 2011, 98 (99); *Beulke* (Fn. 1), Rn. 482.

<sup>54</sup> *Volk/Engländer* (Fn. 1), § 11 Rn. 1; *Beulke* (Fn. 1), Rn. 148.

<sup>55</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 9), § 19 Rn. 1; *Beulke* (Fn. 1), Rn. 148.

<sup>56</sup> *Volk/Engländer* (Fn. 1), § 11 Rn. 1; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn. 5 ff.

<sup>57</sup> BVerfG, Urt. v. 25.9.2001 – 2 BvR 1152/01, Rn. 31; *Ambos*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, Kommentar, 2011, EMRK Art. 6 Rn. 44 ff.; *Demko*, HRRS 2006, 250; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 7 Rn. 1.

ihn als Interessenvertreter seines Mandanten anzusehen.<sup>58</sup> Stellt man hier auf den Willen des B ab, so müsste man V gestatten, dass er die Fluchtpläne des B unterstützt und zugleich alles unterlässt, was diese gefährden könnte. § 140 StPO stellt indes klar, dass die Verteidigung keine Privatsache des Beschuldigten und in bestimmten Fällen sogar von seinem Willen unabhängig ist.<sup>59</sup> Dem entspricht auch die fehlende Akzessorietät zwischen Verteidiger- und Beschuldigtenrechten:<sup>60</sup> So stehen dem Verteidiger nicht nur ein eigenes Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO), sondern auch ein eigenes Beweisanspruchsrecht zu.<sup>61</sup> Die h.M. sieht den Verteidiger daher als ein unabhängiges Organ der Rechtspflege an (vgl. § 1 BRAO), der neben den Individualinteressen seines Mandanten zugleich dem öffentlichen Interesse an einem rechtsstaatlichen Strafverfahren verpflichtet ist.<sup>62</sup> Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens kann nämlich nur dann gewahrt werden, wenn der Verteidiger die Strafrechtspflege – jedenfalls in ihrem Kernbereich<sup>63</sup> – nicht beeinträchtigt, die (Straf-)Gesetze beachtet und seine Wahrheitspflicht nicht verletzt.<sup>64</sup> Hier verlangt B von V eine juristische Beurteilung dahingehend, ob mit bestimmten Ländern ein Auslieferungsabkommen besteht oder nicht. Die Rechtsberatung ist eine der ureigenen Aufgaben des Verteidigers und daher unabhängig davon, ob man den Verteidiger als reinen Interessenvertreter oder Organ der Rechtspflege ansieht, erlaubt.<sup>65</sup> Einer Unterordnung des S über die Fluchtpläne des B steht die Verschwiegenheitspflicht (§§ 43a Abs. 2 BRAO, 2 BORA, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) des V entgegen, denn das Vertrauensverhältnis Verteidiger und Mandant untersteht als Voraussetzung einer effektiven Verteidigung besonderem strafrechtlichem Schutz.<sup>66</sup> Es ist V mithin verboten, S zu informieren.

#### Frage 5: Wie wird das Amtsgericht über den Antrag des J entscheiden?

Das Gericht wird das Verfahren gegen J gem. § 260 Abs. 3 StPO durch Prozessurteil einstellen müssen, wenn in der Hauptverhandlung ein Verfahrenshindernis festgestellt wird.

#### I. „Bestehen eines Verfahrenshindernisses“

Der Durchführung eines Strafverfahrens gegen J wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) könnte hier ein beschränkter

Strafklageverbrauch (ne bis in idem, Art. 103 Abs. 3 GG) infolge der Einstellung des früheren Verfahrens wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1 StGB) nach § 153a Abs. 1 StPO entgegenstehen. Gem. § 153a Abs. 1 S. 5 StPO scheidet die erneute Verfolgung der Tat als Vergehen bei Erfüllung der Auflagen und Weisungen aus. Der Hausfriedensbruch wird gem. § 123 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr geahndet und stellt mithin ein Vergehen i.S.v. § 12 Abs. 2 StGB dar. Auch hat J die Geldauflage bereits erfüllt. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dem Hausfriedensbruch und dem Diebstahl um dieselbe Tat im prozessualen Sinn handelt. Unter der Tat im prozessualen Sinne versteht man einen einheitlichen geschichtlichen Vorgang, also das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebenssachverhalt darstellt.<sup>67</sup> Auch wenn streng zwischen dem materiellen und prozessualen Tatbegriff zu differenzieren ist, indiziert das Vorliegen von Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) regelmäßig eine Tat im prozessualen Sinne.<sup>68</sup> Der Diebstahl der Uhr erfolgt hier zwar während des Hausfriedensbruchs, allerdings liegen dem Hausfriedensbruch und dem spontanen Diebstahl anlässlich des Hausfriedensbruchs zwei unabhängige Willensbetätigungen zugrunde. Der Diebstahl dient dabei auch weder der Ermöglichung noch der Aufrechterhaltung des Dauerdeliktes, sodass Tatmehrheit (§ 53 StGB) vorliegt.<sup>69</sup>

*Anmerkung:* Ausführungen zur Konkurrenzlehre (§§ 52 ff. StGB) werden nicht erwartet, wohl aber, dass der Bearbeiter zwischen materiellem und prozessualen Tatbegriff differenzieren kann.

Das Bestehen von Tatmehrheit steht dem Vorliegen nur einer Tat im prozessualen Sinne aber nicht entgegen, sofern die getrennte Aburteilung der konkurrierenden Delikte als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes empfunden würde.<sup>70</sup> Hier kann der Diebstahl bei lebensnaher Betrachtung nicht von dem Hausfriedensbruch getrennt werden, weshalb von einer Tat im prozessualen Sinne auszugehen ist. Es besteht daher ein Prozesshindernis wegen beschränkten Strafklageverbrauchs.

*Anmerkung:* In Fallkonstellationen, in denen das Gericht die Unrechtsdimension der Tat völlig verkannt hat, gibt es Bestrebungen, das Vorliegen von zwei Taten im prozessualen Sinn anhand der Angriffsrichtung (prozessuale Lösung), der Annahme von Realkonkurrenz bei Zusammentreffen von Dauer- mit Zustandsdelikten (materiell-rechtlicher Lösung) oder unter Verweis auf die begrenzte Erkenntnismöglichkeit des Gerichts zu begründen.<sup>71</sup> Eine

<sup>58</sup> Scholderer, StV 1993, 228 (229); Beulke (Fn. 1), Rn. 151 f. m.w.N.

<sup>59</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 9), § 19 Rn. 7.

<sup>60</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 9), § 19 Rn. 8.

<sup>61</sup> Beulke (Fn. 1), Rn. 151 f.; Volk/Engländer (Fn.1), § 11 Rn. 3, 5.

<sup>62</sup> BVerfG NStZ 2004, 259 (269); Volk (Fn. 1), § 11 Rn. 20; Beulke (Fn. 9), Rn. 151 f.

<sup>63</sup> Beulke (Fn. 1), Rn. 150.

<sup>64</sup> BGH NStZ 1999, 188 (189).

<sup>65</sup> Dahs (Fn. 56), Rn. 62; Kindhäuser (Fn. 2), § 7 Rn. 7; Volk/Engländer (Fn. 1), § 11 Rn. 26.

<sup>66</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 375; Dahs (Fn. 56), Rn. 62; zu den Ausnahmen: ders., NJW-Spezial 2008, 158.

<sup>67</sup> BGHSt 45, 211 (212 f.); BVerfGE 56, 22 (28); Volk/Engländer (Fn. 1), § 13 Rn. 2 m.w.N.

<sup>68</sup> Beulke (Fn. 1), Rn. 514.

<sup>69</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 56 Rn. 61.

<sup>70</sup> Volk/Engländer (Fn. 1), § 13 Rn. 15; Beulke (Fn. 1), Rn. 516.

<sup>71</sup> Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 389.

völlige Verkenntung der Unrechtsdimension ist hier nicht ersichtlich. Die künstliche Aufspaltung des Tatgeschehens begründet zudem stets die Gefahr einer Aushöhlung des Doppelbestrafungsverbots, die weder mit Art. 103 Abs. 2 GG noch mit § 153a Abs. 1 S. 5 StPO vereinbar wäre.

## II. „In der Hauptverhandlung“

Aus der systematischen Stellung des § 260 Abs. 3 im 6. Abschnitt der StPO ergibt sich, dass die Feststellung des Verfahrenshindernisses in der Hauptverhandlung erfolgen muss.<sup>72</sup> J stellt seinen Antrag auf Verfahrenseinstellung zu Beginn der Hauptverhandlung und damit jedenfalls nach dem Aufruf zur Sache (§ 243 Abs. 1 S. 1 StPO). Das Gericht wurde demnach erst in der Hauptverhandlung auf das Verfahrenshindernis aufmerksam gemacht.

## III. Ergebnis

Das Verfahren gegen J wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) ist gem. § 260 Abs. 3 StPO einzustellen.

*Anmerkung:* Ein vorrangiger Freispruch des J kommt hier schon deswegen nicht in Betracht, weil zu Beginn der Hauptverhandlung noch keinerlei Erörterungen zur Sache (insb. hinsichtlich der Schuldfrage) stattgefunden haben.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Hellmann, Fallsammlung zum Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2008, S. 131.

<sup>73</sup> Hellmann (Fn. 72), S. 131.