

# Strafverteidiger

Die Zeitschrift erscheint in Zusammenarbeit mit den Rechtsanwälten Nicolas Becker, Berlin; Wolfgang Bendler, München; Bertram Börner, Hannover; Rüdiger Deckers, Bochum; Rainer Elfferding, Berlin; Hans-Joachim Ehrig, Berlin; Rechtsanwältin Alexandra Goy, Berlin; den Rechtsanwälten Georg Greeven, Düsseldorf; Kurt Groenewold, Hamburg; Prof. Dr. Bernhard Haffke, Wolfratshausen; Dr. Rainer Hamm, Frankfurt/M.; Heinrich Hannover, Bremen; Dr. Hans Heinz Heldmann, Frankfurt/M.; Erich Joester, Bremen; Gerhard Jungfer, Berlin; Rechtsanwältin Ulrike Kolneder-Zeher, Berlin; Peter Kruse, Essen; Dr. Norbert L. Kückelmann, München; Jürgen Laubscher, Heidelberg; Uwe Maeffert, Hamburg; Peter Noss, Berlin; A. Götz von Olenhusen, Freiburg; Christian Richter II, Köln; Dr. Christoph Rückel, München; Prof. Dr. Werner Sarstedt (†), Frankfurt/M.; Dietrich Scheid, Berlin; Johann Schwenn, Hamburg; Gerhard Strate, Hamburg; und Prof. Dr. Erhard Denninger, Frankfurt/M.; Prof. Dr. Winfried Hassemer, Frankfurt/M.; Prof. Dr. Herbert Jäger, Frankfurt/M.; Prof. Dr. Arthur Kreuzer, Gießen; Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Frankfurt/M.; Dr. Ingo Müller, Bremen; Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Hamburg; Prof. Dr. Ulrich K. Preuß, Bremen; Prof. Dr. Heinz Wagner, Kiel

## Aus dem Inhalt

- BGH* Beweiswürdigung bei anfänglichem Schweigen des Angeklagten  
*BGH* Unzulässige Vernehmungsmethoden und Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten  
*BGH* Unerreichbarkeit eines Informanten  
*BGH* Vorschriftswidrige Gerichtsbesetzung  
*OLG Celle* Öffentlichkeit der Hauptverhandlung außerhalb des Gerichts  
*LG Kassel* Anfechtung einer Berufungsrücknahme (*Gallandi*)  
*BGH* Mordmerkmal der Heimtücke (*Frommel*)  
*OLG Köln* Verfälschung einer Fotokopie keine Urkundenfälschung  
*LG Lübeck* Beschädigung von Volkszählungsbögen keine Sachbeschädigung – Unzulässigkeit der Beschlagnahme von Flugblättern mit Boykottaufruf
- *AG Schwandorf* Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei Herauslösen aus einer Menschenkette  
*BGH* Strafzeitberechnung bei Zurückstellung der Strafe  
*LG Frankfurt/M.* Freigang zur Fortsetzung eines Hochschulstudiums (*Nestler-Tremel*)  
*BGH* Bemessung der Jugendstrafe  
*BGH* Strafaussetzung einer Jugendstrafe  
*BGH* Jugendverfehlung  
*LG Essen* Notwendige Verteidigung in Jugendgerichtsverfahren
- Martin Niemöller* Besetzungsrüge und »Willkürformel«  
*Hans-Joachim Weider* Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und Opferchutzgesetz  
*Heribert Ostendorf* Die Bewährungszeit im Jugendstrafrecht und ihre Abänderung

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

Mitgeteilt von RA Dr. Volker Gallandi, München.

### Anmerkung

von Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, München

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

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

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

Vorliegend hat das LG nun die Anfechtung einer Berufungsrücknahme für zulässig und begründet erklärt. Zugrunde lag der interessante Fall eines im deutschen Recht eigentlich nicht vorgesehenen außergerichtlichen Aushandelns von Rechtsfolgen. Anders als beim amerikanischen »plea bargaining« ist es im deutschen Recht bekanntlich nicht vorgesehen, daß sich Richter, Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter an einen Tisch setzen und über die Verfahrenserledigung beraten. Auf einem anderen Blatt steht, daß diese Praxis üblich ist und, bei einer bestimmten Handhabung, auch keine moralische oder rechtliche Anrüchigkeit aufweist.<sup>1</sup>

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> Es wäre sowohl eine rechtspsychologische als auch rechtstheoretische Aufgabe, die konsensorientierten und konfliktorientierten Elemente formeller und informeller Verständigung im Strafverfahren herauszuarbeiten und Kriterien für die richtige Gewichtung zu finden. Je nach Landgerichtsbezirk gibt es erhebliche Differenzen bezüglich der Souveränität, die Richter, Staatsanwalt und Anwalt zum Vergleich führt oder diesen gänzlich ausschließt. Man kann sich oft des Eindrucks nicht erwehren, daß das Beharren auf formelle Rechtspositionen, Worterteilung nur durch den Vorsitzenden, Besetzungsrüge als Regeleintritt in den Prozeß, Befangenheitsanträge als Begrüßung, oft nur den mangelnden Mut der Prozeßbeteiligten, aufeinander zuzugehen, symbolisiert.

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

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

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

## Strafrecht

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

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

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

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

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

1. Der Ausschluß eines Heimtückemords begegnet rechtlichen Bedenken.

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

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

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