

## Lösungsskizze zum Fall "Niemann"

### **1. Teil: Rechtliches Gutachten**

- A. Die Revision des Angeklagten Klaus Niemann
  - I. Zulässigkeit der Revision
    - 1. Statthaftigkeit
    - 2. Ordnungsgemäße Einlegung (Form/Frist)
  - II. Ergebnis
- B. Die Revision des Angeklagten Baumhaus
  - I. Zulässigkeit der Revision
    - 1. Statthaftigkeit
    - 2. Ordnungsgemäße Einlegung (Form/Frist)
    - 3. Revisionsbegründung
      - a) Sachrüge
      - b) Verfahrensrüge
    - 4. Beschwer
  - II. Begründetheit der Revision
    - 1. Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
      - a) Rechtskrafterstreckung
      - b) Strafklageverbrauch durch Strafbefehl
    - 2. Ergebnis

### **2. Teil: Hilfgutachten**

- A. Verfahrensrügen
  - I. Verstoß gegen § 230 I StPO hinsichtlich § 338 Nr. 5 StPO (Rüge d)
    - 1. Ausnahme gem. § 231 II StPO
    - 2. Ausnahme gem. § 247 StPO
  - II. Verstoß gegen § 230 I StPO hinsichtlich § 338 Nr. 5 StPO (Rüge g)
  - III. Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO hinsichtlich § 338 Nr. 8 bzw. § 337 StPO (Rüge b)
    - 1. Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO
    - 2. "Beruhen" i.S.d. §§ 338 Nr. 8; 337 StPO
  - IV. Verstoß gegen §§ 216, 35, 35 a StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge a)
  - V. Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO hinsichtlich § 338 Nr. 8 bzw. § 337 StPO (Rüge c)
  - VI. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge e)
    - 1. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO
    - 2. "Beruhen" i.S.d. § 337 StPO
  - VII. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge f)
- B. Begründetheit der Sachrüge
- C. Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte gem. § 357 StPO
  - I. Verstoß gegen materielles Recht
    - 1. Hinsichtlich des Angeklagten Rube
    - 2. Hinsichtlich des Angeklagten Niemann
  - II. Verfahrensvoraussetzungen
- D. Gesamtergebnis

### **3. Teil: Entscheidungsvorschlag (Tenor der Entscheidung des Revisionsgerichts)**

## **1. Teil: Rechtliches Gutachten**

### **A. Die Revision des Angeklagten Klaus Niemann**

#### **I. Zulässigkeit der Revision**

##### **1. Statthaftigkeit**

Gegen das Berufungsurteil des Landgerichts Essen ist gemäß § 333 StPO die Revision statthaft. Zuständiges Revisionsgericht ist gemäß § 121 I Nr. 1 b GVG das OLG in Hamm.

## **2. Ordnungsgemäße Einlegung (Form/Frist)**

Die Revisionseinlegung bedarf der Schriftform (vgl. § 126 BGB), die hier eingehalten worden ist.

Gemäß § 341 I StPO muss die Revision binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils eingelegt werden. Die Revision auf das am 22.7.2011 verkündete Urteil ist jedoch erst nach Ablauf der Wochenfrist, nämlich am 09.8.2011, bei Gericht eingegangen.

Nach § 341 II StPO beginnt für den Angeklagten die Revisionseinlegungsfrist erst mit der Zustellung des Urteils, wenn die Verkündung des Urteils nicht in Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden hat. Die Anwesenheit des Verteidigers würde für den Fristbeginn jedoch genügen, wenn ein Fall des § 341 II 2. HS StPO vorliegen würde. In Frage kommt allenfalls ein Fall des § 234 StPO. Es liegt jedoch keiner der vom Gesetz vorgesehenen Fälle (§§ 231 II, 231a, 231b, 232, 233 StPO) vor, in denen die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Angeklagten stattfinden kann. Da der Angeklagte Niemann zu der Berufungsverhandlung nicht erschienen war, beginnt für ihn die Frist zur Revisionseinlegung erst mit der Zustellung des Urteils; die Anwesenheit seines Verteidigers während der Verkündung ist insoweit auch nach der neuen Rechtslage ohne Bedeutung. Das Urteil ist aber laut Empfangsbekanntnis der Rechtsanwaltskanzlei Jahn dort wirksam am 29.7.2011 zugestellt worden. Auch von diesem Zeitpunkt an gerechnet wurde die Wochenfrist bei Eingang der Revision am 09.8.2011 überschritten.

Die Revision ist somit verfristet.

## **II. Ergebnis**

Die Revision des Angeklagten Niemann ist somit unzulässig und daher gem. § 346 I StPO durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen.

## **B. Die Revision des Angeklagten Baumhaus**

### **I. Zulässigkeit der Revision**

#### **1. Statthaftigkeit (s.o.)**

#### **2. Ordnungsgemäße Einlegung (Form/Frist)**

Die Revision des B. ist am 27.7.2011 rechtzeitig innerhalb der Wochenfrist beim Landgericht Essen als iudex a quo eingegangen.

Die Revisionsbegründungsschrift ist am 12.8.2001 rechtzeitig beim Landgericht Essen eingegangen, § 345 I StPO. Sie enthält einen konkreten Antrag und wurde von Rechtsanwalt Bauer selbständig angefertigt und unterzeichnet. Demnach entspricht sie der gem. § 345 II StPO erforderlichen Form.

#### **3. Revisionsbegründung**

Die Revisionsbegründung müsste den Anforderungen des § 344 II StPO genügen.

##### **a) Sachrüge**

Aus § 344 II 2 i.V.m. 1 StPO ergibt sich, dass die Sachrüge vom Revisionsführer weder ausgeführt noch begründet werden muss. Damit ist die Revision bereits bei einer in zulässiger Weise erhobenen Sachrüge zulässig. Das Revisionsgericht überprüft in diesem Falle das Urteil unbeschränkt daraufhin, ob die Verfahrensvoraussetzungen vorliegen oder Verfahrenshindernisse bestehen.

Gleichfalls prüft das Gericht jede Art der Verletzung materiellen Rechts. Für die Erhebung einer zulässigen Sachrüge reicht die hier gewählte Formulierung aus, der Revisionsführer rüge die Verletzung materiellen Rechts.

##### **b) Verfahrensrüge**

Für die Verfahrensrügen bestehen strenge Formvorschriften. In der Begründung ihrer Verletzung müssen die den Mangel enthaltenden Tatsachen so genau angegeben werden, dass das Revisionsgericht ohne Bezugnahme auf die Akten des Verfahrens allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt.

Da jedoch allein aufgrund der Erhebung der Sachrüge die Revision insoweit zulässig ist, empfiehlt es sich, die Frage der ordnungsgemäßen Begründung erst bei der Begründetheit der Revision zu erörtern.

#### **4. Beschwer**

B, als Revisionsführer, muss beschwert sein, das heißt, er muss unmittelbar in seinen Rechten oder rechtsgeschützten Interessen beeinträchtigt sein. Die Beschwerde ist Zulässigkeitsvoraussetzung (BGHSt 16, 374; 28, 330), die sich hier aus dem Tenor des seine Berufung verwerfenden Urteils ergibt (LR-Hanack § 333 Rn. 19, 24).

Die Revision ist somit zulässig.

## **II. Begründetheit der Revision**

### **1. Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse**

Ohne dass eine diesbezügliche Rüge erforderlich wäre, sind die im Verfahren nicht beachteten Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse von Amts wegen zu prüfen, sofern auch nur eine in zulässiger Weise erhobene Revision vorliegt.

Als Verfahrenshindernis könnte der Verbrauch der Strafklage durch den seit dem 01.2.2011 rechtskräftigen Strafbefehl des Amtsgerichts Dorsten vom 13.1.2011, zugestellt am 15.01.2011, entgegenstehen. Darin wurde B wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis auf der Rückfahrt vom Tatort des Diebstahls mit einer Geldstrafe belegt. Fraglich ist, ob die Rechtskraft des Strafbefehls einer Verurteilung wegen Diebstahls entgegensteht.

#### **a) Rechtskrafterstreckung**

Die Rechtskraftwirkung erstreckt sich auf die geahndete Tat im prozessualen Sinne.

Der prozessuale Tatbegriff der §§ 155, 264 StPO umfasst den gesamten historischen Vorgang, das heißt, das gesamte Verhalten der Täter, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt (BGHSt 32, 215).

Fraglich ist somit, ob der Diebstahl der Briefmarkensammlung und das Fahren ohne Fahrerlaubnis ein einheitlicher Lebensvorgang ist, da die Rückfahrt vom Tatort des Diebstahls der Sicherung der Beute diene.

Dies ist jedenfalls in den Fällen anzunehmen, in denen der Täter noch keinen gesicherten Gewahrsam an der Beute hat und durch die Wegfahrt vom Tatort dieser erst begründet werden soll, da dann die Art der Flucht eine wesentliche Rolle bei der Diebstahlsbegehung spielt und bei der Würdigung miteinzubeziehen ist (BGH NStZ 1996, 42).

Da demnach ein historischer Vorgang vorliegt, sind Diebstahl und Fahren ohne Fahrerlaubnis eine Tat im prozessualen Sinne gem. § 264 StPO.

#### **b) Strafklageverbrauch durch Strafbefehl**

Gemäß § 410 III StPO steht ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, in seiner Wirkung einem rechtskräftigen Urteil gleich.

Die Rechtsprechung hat von jeher die Ansicht vertreten, dass die Rechtskraft wegen der nur summarischen Prüfung des Sachverhalts beschränkt werden müsse und dass es zulässig sei, die Tat nochmals unter einem rechtlichen Gesichtspunkt zu verfolgen, der im Strafbefehl nicht berücksichtigt worden ist und der eine erhöhte Strafbarkeit begründet. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zunächst für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten (BVerfGE 3, 248), später aber für den Fall, dass der die höhere Strafbarkeit bedingende Erfolg erst nach rechtskräftigem Abschluss des Strafbefehlsverfahrens eintritt, dahingehend eingeschränkt, dass nur die nachträgliche Verfolgung wegen eines Verbrechens zulässig ist (BVerfGE 65, 377). Die Neufassung des § 410 StPO im Jahre 1987 hat diese Beschränkungen der Rechtskraftwirkung beseitigt. Der unanfechtbare Strafbefehl hat nunmehr dieselbe Rechtskraftwirkung wie ein rechtskräftiges Urteil. Diese ist nur im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens (§ 373a StPO) zu beseitigen. Der Strafbefehl verbraucht somit die Strafklage.

Damit besteht ein Verfahrenshindernis.

### **2. Ergebnis**

Bereits insoweit ist die Revision begründet und das Verfahren durch das Gericht gem. § 354 I bzw. außerhalb der Hauptverhandlung gem. 349 IV endgültig einzustellen (M-G § 354 Rn. 6).

## **2. Teil: Hilfsgutachten**

Da die Revision bereits aufgrund der fehlenden Verfahrensvoraussetzungen Erfolg hat, sind die zulässig erhobenen Verfahrensrügen und die Sachrüge in einem Hilfsgutachten zu erörtern.

### **A. Verfahrensrügen (Prüfung der absoluten Revisionsgründe vor den relativen)**

**I. Verstoß gegen § 230 StPO hinsichtlich § 338 Nr. 5 StPO (Rüge d)**

Das Verlassen des Sitzungssaales durch den Angeklagten Baumhaus während der Aussage des Zeugen Kamp könnte einen absoluten Revisionsgrund gemäß §§ 338 Nr. 5, 230 StPO darstellen.

**1. Ausnahme gem. § 231 II StPO**

Grundsätzlich darf gemäß § 230 I StPO die Hauptverhandlung gegen einen ausgebliebenen Angeklagten nicht stattfinden. Hier kommt jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz gem. § 231 II StPO in Betracht.

Unter den Voraussetzungen des § 231 II StPO kann dann ohne den Angeklagten verhandelt werden, wenn dieser sich aus dem Sitzungssaal entfernt hat. Dabei ist die "Eigenmächtigkeit" des Angeklagten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gemeint (BGHSt 10, 305). Eigenmächtig in diesem Sinne handelt der Angeklagte, der ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt (BGH wistra 1992, 97). An der Eigenmächtigkeit und damit an einer Voraussetzung zur Anwendung des § 231 II StPO fehlt es, wenn der Angeklagte sich mit Einverständnis des Gerichts aus der Hauptverhandlung entfernt hat (BGH NJW 1973, 522). Hier hat sich B mit Zustimmung des Gerichts aus dem Sitzungssaal entfernt, so dass ein Fall der Eigenmächtigkeit nicht vorlag. Ein Weiterverhandeln ohne den Angeklagten ist damit von § 231 II StPO nicht gedeckt.

**2. Ausnahme gem. § 247 StPO**

Gemäß § 247 StPO kann das Gericht anordnen, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus dem Sitzungszimmer zu entfernen hat, wenn zu befürchten ist, dass ein Zeuge in dessen Gegenwart nicht die Wahrheit sagen werde (§ 247 S. 1 StPO). Fraglich ist, ob das Einverständnis des Gerichts mit dem Verlassen des Sitzungssaals durch B als eine entsprechende Anordnung gedeutet werden kann. Eine Anordnung gemäß § 247 StPO erfordert zwingend einen förmlichen Gerichtsbeschluss (BGHSt 22, 20), der nach vorheriger Anhörung der Beteiligten gem. § 33 I StPO zu verkünden und im Protokoll zu vermerken ist (M-G § 247 Rn. 14). Das Einverständnis der Beteiligten entbindet das Gericht nicht von der Beschlussfassungspflicht (BGH NStZ 1991, 296; OLG Hamm, Beschluss vom 17.03.2009 - 2 Ss 94/2009).

Das Fehlen des Beschlusses ist ein absoluter Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 5 StPO, selbst wenn die sachlichen Voraussetzungen des § 247 StPO an sich gegeben sind. Dies ergibt sich daraus, dass eine Einschränkung des unverzichtbaren Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit und des verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) in Frage steht (BGHSt 4, 364; BGH NJW 1976, 1108; OLG Hamm a.a.O.).

*[Anm: Der BGH (NStZ 01, 48) erwägt eine Einschränkung des absoluten Revisionsgrundes nach § 338 Nr. 5 StPO für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 247 StPO zweifelsfrei vorliegen und das Einverständnis des Angeklagten und aller Prozessbeteiligten mit seiner Abwesenheit auf der Anerkennung dieser verfahrensrechtlich eindeutigen Situation beruht (vgl. auch M-G, § 247 Rn. 20). Dagegen weist das OLG Hamm in einer späteren Entscheidung ausdrücklich daraufhin, dass auch dies allein nicht zur Annahme einer Rügeverwirkung oder eines Rügeverzichts ausreichen können (OLG Hamm, Beschluss vom 17.03.2009 - 2 Ss 94/2009). Selbst bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten eines rechtskundigen Angeklagten ist darüber hinaus unklar, ob nicht gerade die Unverzichtbarkeit der verletzten Vorschrift dafür spricht, dass ihm das Rügerecht nicht genommen werden kann (offen gelassen in OLG Hamm, a.a.O.; a.A. wohl BGH, NStZ 1998, 209). ]*

Somit liegt ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 5 StPO vor.

**II. Verstoß gegen § 230 I StPO hinsichtlich § 338 Nr. 5 StPO (Rüge g)**

Ein absoluter Revisionsgrund der §§ 338 Nr. 5, 230 I StPO könnte zudem dadurch vorliegen, dass nach dem endgültigen Sich-Entfernen des B die Sitzung durch Beschluss des Gerichts fortgesetzt wurde.

Als B mit den Worten "Jetzt reicht es mir aber" den Sitzungssaal verließ, handelte er eigenmächtig im Sinne des § 231 II StPO. Die Befugnis zur Fortsetzung der Hauptverhandlung setzt aber weiterhin voraus, dass B schon über die Anklage vernommen worden ist. Darauf, ob der Angeklagte Angaben gemacht hat, kommt es dabei nicht an (M-G § 231 Rn. 19 m.w.N.). Entscheidend ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß § 243 IV 2 StPO. B wurde rechtliches Gehör gewährt; er erklärte, dass er zur Aussage bereit sei. Der Umstand, dass die Vorstrafen noch nicht mit dem Angeklagten erörtert worden sind, steht der Anwendung des § 231 II StPO nicht entgegen; sie dürfen in Abwesenheit des Angeklagten festgestellt werden (BGHSt 27, 216). Zudem hängt die Anwendung des § 231 II nicht davon ab, dass der Vorsitzende zuvor nach Abs. 1 versucht hat, die Anwesenheit des Angeklagten zu erzwingen (M-G § 231 Rn. 7). Die Voraussetzungen zur Anwendung des § 231 II StPO durch das Gericht lagen damit vor.

Ein Revisionsgrund besteht insoweit nicht.

### III. Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO hinsichtlich § 338 Nr. 8 bzw. § 337 StPO (Rüge b)

*[Anm.: Ob ein Verstoß gegen § 244 III StPO unter § 338 Nr. 8 StPO oder § 337 StPO fällt, ist umstritten. Im Ergebnis kommt diesem Umstand aber keine relevante Bedeutung zu, da es sich nach h.M. trotz der gesetzlichen Einordnung bei § 338 Nr. 8 StPO ebenfalls um einen relativen Revisionsgrund handelt (M-G § 338 Rn. 58; BGHSt 30, 135 (st. Rspr.) m.w.N.). Aus diesem Grund wird die Einordnung auch oftmals offengelassen (BGH StV 1990, 533; 1986, 418).]*

#### 1. Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO

Die Ablehnung der Protokollverlesung über die Aussage der Zeugin Elke Baumhaus vor dem Richter Jäger vom 21.2.2011 könnte einen Verfahrensverstoß gem. § 244 III S. 2 StPO darstellen, wenn der Beweis Antrag nicht mit der Begründung der Verzögerungstaktik hätte abgelehnt werden dürfen. Eine solche setzt eine Verschleppungsabsicht des Antragstellers hinsichtlich des Verfahrensablaufs voraus (BGH NStZ 1986, 416; KK-Herdeggen § 244 Rn. 87; Schrader NStZ 1991, 226), die hier nicht ersichtlich ist. Folglich hätte der Beweis Antrag mit der Begründung nicht abgelehnt werden, so dass ein Verstoß gegen § 244 III S. 2 StPO vorliegt.

#### 2. "Beruhen" i.S.d. §§ 338 Nr. 8; 337 StPO

Ein Urteil beruht auf dem Verstoß, wenn nicht auszuschließen ist, dass ohne den Verfahrensfehler anders entschieden worden wäre (Bloy, JuS 1986, 596; M-G § 337 Rn. 37). Hierzu genügt die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges (st. Rspr. BGH 22, 280 m.w.N.). Das Revisionsgericht kann eine fehlerhafte Ablehnung eines Beweis Antrages nicht durch eine andere Begründung ersetzen. In der Regel wird eine fehlerhafte Ablehnung daher für das Urteil ursächlich sein. Nur ausnahmsweise fehlt die Kausalität, wenn feststeht, dass die Beweiserhebung unter keinen Umständen rechtlich zulässig war (vgl. BGH NStZ 2000, 437ff.).

Die Zeugin Baumhaus hat aber in der Hauptverhandlung von dem ihr nach § 52 I Nr. 3 StPO zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Durch die Vorschrift des § 252 StPO wird das Interesse des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen i.S.d. § 52 StPO (vgl. identischer Wortlaut) gegenüber dem Aufklärungsinteresse des Gerichts geschützt. Das Verwertungsverbot des § 252 StPO steht insoweit einer Verlesung des Protokolls entgegen. Wird die Ablehnung des Beweis Antrags mit der Begründung der Verschleppungsabsicht folglich hinweggedacht, hätte die angeregte Protokollverlesung auch nicht erfolgen können. Demnach wäre das Urteil in der Sache nicht anders ausgefallen bzw. bestand auch nicht die Möglichkeit dazu. Somit "beruht" das Urteil hier nicht auf dem o.g. Verfahrensverstoß.

Die auf Verletzung der §§ 338 Nr. 8, 244 III StPO gestützte Rüge ist damit unbegründet.

*[Anm.: Der Verfahrensverstoß als solcher liegt jedoch hier vor. Insofern setzt § 252 StPO dem keine Grenze. In Betracht steht dabei nur die konkrete Begründung, die die Ausgangsinstanz bei der Ablehnung des Beweis Antrags angeführt hat und nicht die, die sie hätte anführen können (BGH StV 1991, 500; OLG Hamm NZV 1993, 122).]*

### IV. Verstoß gegen §§ 216, 35, 35 a StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge a)

Soweit sich die Revision gegen formelle Fehler bei der Umladung (§§ 216, 35, 35a StPO) des Mitangeklagten Niemann wendet, könnte darin allenfalls eine Gesetzesverletzung zum Nachteil dieses Mitangeklagten liegen. Eine Beschwerde des Revisionsführers B ist nicht ersichtlich, da das Ausbleiben des Niemann sowie die Verwerfung der von Niemann eingelegten Berufung keinerlei Auswirkungen auf das Verfahren gegen B selbst hatte. Demnach wäre der Angeklagte B auch bei einem möglicherweise vorliegenden Verfahrensverstoß nicht beschwert. Aus diesem Grunde ist diese Rüge unbegründet.

### V. Verstoß gegen § 244 III StPO hinsichtlich § 338 Nr. 8 bzw. § 337 StPO (Rüge c)

Mit der Rüge c wird geltend gemacht, die Ablehnung der Vernehmung des Richters Jäger über die frühere Aussage der Zeugin Elke Baumhaus hätte nicht erfolgen dürfen. Inhaltlich ist die Rüge des Revisionsführers auf eine Ausnahme von § 252 StPO gerichtet, der ein Verwertungsverbot von Aussagen eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen enthält, der in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Nach dieser Ausnahme kann ein Richter über die frühere Aussage als Zeuge vernommen werden, wenn der weigerungsberechtigte Zeuge vor der Hauptverhandlung vorschriftsmäßig belehrt und vor dem Richter vernommen worden ist (BGHSt 36, 384).

Fraglich ist jedoch, ob dieser Verstoß in den Anforderungen des § 344 II S. 2 StPO genügender Weise gerügt wurde. Um den Anforderungen zu genügen, muss der Revisionsführer nicht nur den Wortlaut des den Antrag ablehnenden Beschlusses mitteilen, sondern auch behaupten, dass die Voraussetzungen für die Ausnahme, nämlich eine richterliche Vernehmung eines schon damals zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nach korrekter Belehrung vorgelegen haben. Da der Revisionsführer dies vorliegend unterlassen hat, ist die Rüge bereits in unzulässiger Form begründet.

### VI. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge e)

In § 250 S. 2 StPO ist der sog. Unmittelbarkeitsgrundsatz, d.h. das Verhältnis des Zeugenbeweises zum Urkundsbeweis geregelt. Grundsätzlich ist es unzulässig, ein Vernehmungsprotokoll zum Beweis zu verlesen, wenn statt dessen auch der Zeuge gehört werden kann.

Hier hat sich der Zeuge Dahm auf sein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 II StPO berufen. Fraglich ist, ob unter diesen Umständen die Protokollverlesung zulässig war.

### 1. Ausnahme gem. § 251 I - III StPO

Gemäß § 251 I - III StPO kann die Vernehmung durch Protokollverlesung ersetzt werden, etwa wenn der Zeuge verstorben ist, aus anderen Gründen nicht in absehbarer Zeit vernommen werden kann oder alle Verfahrensbeteiligten der Vernehmung zustimmen.

Hier widersprachen die Verteidiger jedoch der Verlesung. Da auch keine anderen Ausnahmen nach § 251 StPO ersichtlich sind, war die Vernehmung nach dieser Regelung unzulässig.

### 2. Ausnahme gem. § 254 I StPO

Gemäß § 254 I StPO können Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden.

Zwar hatte sich der Zeuge Dahm in der richterlichen Vernehmung geständig eingelassen. § 254 I StPO setzt aber voraus, dass es sich um Erklärungen des im gegenwärtigen Verfahren Angeklagten handelt, was hier gerade nicht der Fall war. Damit liegt ein Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO vor.

### 3. Beruhen

Das Urteil müsste gem. § 337 I StPO auf diesem Verfahrensverstoß beruhen (s.o.). Im Urteil wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt und damit auch die Verurteilung auf das verlesene Geständnis des Zeugen Dahm stützt. Damit beruht das Urteil auf der Gesetzesverletzung. Ein relativer Revisionsgrund liegt somit vor.

Die Revision des B ist somit wegen dieses Verfahrensfehlers begründet.

## VII. Verstoß gegen § 250 StPO hinsichtlich § 337 StPO (Rüge f)

Die wegen der Verlesung des polizeilichen Protokolls über die Vernehmung des Zeugen Ewig auf Verletzung des § 250 StPO gestützte Rüge hat Erfolg, wenn dadurch der Grundsatz der persönlichen Vernehmung der Hauptverhandlung nicht beachtet wurde. Grundsätzlich darf die Vernehmung eines Zeugen nicht durch die Verlesung eines früheren Protokolls ersetzt werden, § 250, 2 StPO. Die Verlesung des Protokolls über eine frühere Vernehmung eines Zeugen ist eine wesentliche Förmlichkeit und kann nur unter den Voraussetzungen der §§ 251, 253, 254 StPO als Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip des § 250 StPO im Wege eines förmlichen Urkundenbeweises vorgenommen werden.

Davon abzugrenzen ist der formfreie Vorhalt einer früheren Aussage als bloßer Vernehmungsbehelf beim Zeugenbeweis. Beweismittel ist dabei aber nicht die dem Zeugen möglicherweise durch Verlesung vorgehaltene frühere Aussage, sondern die von ihm daraufhin gemachte eigene Aussage in der Hauptverhandlung. Der Zeuge Ewig hat laut Protokoll der mündlichen Verhandlung erklärt, er könne sich nicht mehr an die Einzelheiten seiner früheren Beobachtungen erinnern. Demnach konnte das frühere, auch nichtrichterliche Protokoll zur Gedächtnisstütze verlesen werden, ohne dass darin ein Verstoß gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit zu sehen wäre. Vielmehr handelt es sich um einen zulässigen formfreien Vorhalt, der im Protokoll vermerkt wurde. Das Verfahrensweise des Gerichts war somit zulässig und die Revision in diesem Punkt unbegründet.

*[ Anm.: Zu unterscheiden vom formfreien Vorhalt ist eine Protokollverlesung nach § 253 I StPO, mit der die Vernehmung der Verhörsperson ersetzt wird. Allerdings ist zu beachten, dass § 253 StPO nicht anzuwenden ist, wenn sich der Vernehmungsbeamte nicht an den Inhalt der damaligen Zeugenaussage erinnert.]*

## B. Begründetheit der Sachrüge

Fraglich ist, ob der Schuldspruch gegen den Angeklagten Baumhaus wegen gemeinschaftlichen Diebstahls mit Waffen gem. § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB gerechtfertigt ist.

Der Angeklagte Baumhaus hat als Fahrer des Fluchtfahrzeugs an dem Diebstahl der Briefmarkensammlung teilgenommen. Bei diesem Diebstahl hat der Mitangeklagte Rübe eine Schusswaffe bei sich geführt. Der objektive Tatbestand des § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB ist damit gegeben, da die Schusswaffe nach dem WaffG eine Waffe darstellt.

Darüber hinaus ist für eine Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen auch Vorsatz aller Beteiligten erforderlich. Hierzu müssten die Mittäter gewusst haben, dass ein anderer Tatbeteiligter eine einsatzfähige Schusswaffe bei sich führt. Nach den Feststellungen in der Hauptverhandlung hat Baumhaus von der Waffe des Rube nichts gewusst. Laut Aussage seiner Ehefrau hat dieser ihr unmittelbar nach der Tat erklärt, er habe von der Waffe keine Kenntnis gehabt und hätte sich anderenfalls auch nicht an der Tat beteiligt. Diese Aussage wird gestützt durch die Angaben des Zeugen Freitag. Dessen Bruder, der Mitangeklagte Niemann, hat ihm ebenfalls erzählt, dass keiner der Tatbeteiligten etwas von der Waffe gewusst habe. Folglich fehlt dem Angeklagten Baumann für eine Verurteilung aus dem Qualifikationstatbestand § 244 I Nr. 1 lit. a) StGB der erforderliche Vorsatz. Beim Betreten des Hauses durch die unverschlossene Kellertür und der Entwendung der Briefmarkensammlung handelt es sich für den Mittäter Baumhaus damit lediglich um einen Diebstahl gem. § 242 I StGB. Das Urteil kann daher insoweit hinsichtlich des Angeklagten Baumhaus keinen Bestand haben. Die Sachrüge ist begründet.

### **C. Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte gem. § 357 StPO**

Die Revision könnte sich auch gem. § 357 StPO auf die Mitangeklagten Niemann und Rube erstrecken.

Dazu müsste die Aufhebung des Urteils wegen einer Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes erfolgt sein. Die Anwendung eines Strafgesetzes ist nicht nur die Anwendung materiellen Rechts, sondern auch die fehlerhafte Beurteilung der von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen, sofern sie auch für den Nichtrevidenten Bedeutung haben können (BGHSt 24, 210; BGH NStZ 1987, 239; LR-Hanack § 357 Rn. 22).

#### **I. Verstoß gegen materielles Recht**

Zunächst könnte ein Verstoß gegen sachliches Recht in Betracht kommen.

##### **1. Hinsichtlich des Angeklagten Rube**

Zugunsten des Mitangeklagten Rube, der die Pistole bei der Tat bei sich führte, kommt eine Erstreckung der Revision nicht in Betracht. Der Angeklagte hat den Tatbestand des § 244 I Ziff. 1 StGB tatsächlich rechtswidrig und schuldhaft erfüllt. Damit liegt kein gemeinsamer Revisionsgrund im Sinne des § 357 StPO vor.

##### **2. Hinsichtlich des Angeklagten Niemann**

Die Revision könnte sich allerdings auf den Angeklagten Niemann erstrecken, dessen Bruder in der Berufungshauptverhandlung ausgesagt hat, Niemann habe ebenfalls von der Pistole des Rube keine Kenntnis gehabt. Voraussetzung für eine Erstreckung der Revision auf einen Mitangeklagten ist allerdings, dass der Revisionsführer und der Nichtrevident durch dasselbe Urteil verurteilt worden sind (M-G § 357 Rn. 12). Die bloße Aburteilung in demselben Verfahren reicht nicht aus. Wird eine Revision gegen ein Berufungsurteil eingelegt, erfolgt keine Aufhebungserstreckung zugunsten von früheren Mitangeklagten, deren Berufung gem. § 329 I StPO verworfen worden ist (M-G aaO.). Die Berufung des Angeklagten Niemann wurde wegen dessen unentschuldigtem Ausbleiben durch ein gesondertes Urteil verworfen. Eine Revisionserstreckung gem. § 357 StPO kommt daher wegen eines Verstoßes gegen materielles Recht nicht in Betracht.

#### **II. Verfahrensvoraussetzungen**

Denkbar ist aber eine Revisionserstreckung aufgrund des Verfahrenshindernisses bzw. wegen des Verfahrensfehlers. Zwar steht der Verurteilung des Angeklagten Baumhaus die Rechtskraft des Strafbefehls des Amtsgerichts Dorsten vom 13.1.2011 entgegen, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist, dieser Verfahrensverstoß hat jedoch für die Mitangeklagten keinerlei Bedeutung, da diese selbst nicht Adressaten des Strafbefehls waren.

Sonstiges Verfahrensrecht ist - verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG NJW 1985, 125) - für die Anwendung des § 357 StPO ohne Bedeutung, auch wenn seine Verletzung einen zwingenden Aufhebungsgrund gem. § 338 StPO bilden sollte (M-G § 357 Rn. 11; BGHSt 17, 179). Demnach kommen andere Verfahrensverstöße den Mitangeklagten vorliegend ebenfalls nicht zugute.

Eine Revisionserstreckung auf die Mitangeklagten Rube und Niemann gem. § 357 StPO liegt somit nicht vor.

### **D. Gesamtergebnis**

Die Revision des Angeklagten Niemann ist unzulässig und daher zu verwerfen.

Die Revision des Angeklagten Baumhaus ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und wegen des Verfahrenshindernisses zur Einstellung des Verfahrens. Gem. § 354 I StPO ergeht in diesem Fall die Einstellung per Urteil (bzw. gem. § 349 IV StPO außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluss).

## **3. Teil: Entscheidungsvorschlag (Tenor der Entscheidung des Revisionsgerichts)**

1. Die Revision des Angeklagten Niemann wird verworfen. Der Angeklagte trägt die Kosten seiner Revision und seine eigenen Auslagen.
2. Auf die Revision des Angeklagten Baumhaus wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 22.7.2011 mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben, soweit sie den Angeklagten Baumhaus betreffen. Das Verfahren gegen den Angeklagten Baumhaus wird eingestellt. Die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen des Angeklagten Baumhaus fallen der Staatskasse zur Last.

**Rspr.:**

- \* BGH, NJW 2009, 605, " Sachleitung und Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen - Indiz für Verschleppungsabsicht (mit Anm. von Gaede)