Hinweise zur Anfertigung der Anwaltsklausur im Strafrecht

- Schriftsatz und Plädoyer -

Stand: März 2016

Rechtsanwälte Klaus Bobisch und Hannes Honecker

Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung	2 - 3
B) Gutachten + anwaltliche Leistung	3 -38
I. Der Aufbau des Gutachtens	5- 6
II. Die anwaltliche Leistung	6- 9
III. Das Verteidigungsziel	9-11
IV. Die Schutzschrift im Zwischenverfahren	11-20
1. Aufgabenstellung	11-12
2. Aufbau - Gliederung - Formalien	12-14
3. Die Anträge	14-20
V. Die Begründung einer Haftprüfung, einer Haftbeschwerde	20-28
oder einer weiteren Beschwerde	
1. Rechtsschutzmöglichkeiten im Recht der Untersuchungshaft	20-21
2. Basiswissen	21-23
a) Adressat / Zuständigkeit	21-22
b) Wahl des "richtigen" Rechtsbehelfs	22-23
3. Aufgabenstellung - Formalien und Gliederung - Anträge	24-28
VI. Die Strafbefehlsklausur	28-38
1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	31-32
2. Aufbau des Schriftsatzes / Beschränkung des Einspruchs	33-38
C) Das Plädoyer	38-48
1. Aufgabenstellung	38-40
2. Aufbau - Gliederung - Formalien	40-43
3. Die Anträge	43-46
4. Ergänzendes Gutachten	46-47
D) Besonderheiten - Insbesondere: Das Mandantenschreiben	47-48
E) Muster	49-61

Die Klausur im Strafrecht aus anwaltlicher Sicht

A) Einleitung

Nach § 28 Abs. 2 Satz 6 JAO (Berliner Juristenausbildungsordnung) stammen in der schriftlichen Prüfung (zweites Staatsexamen) bis zu vier Aufgaben aus der anwaltlichen Berufspraxis. Da zwei Aufsichtsarbeiten ihren Schwerpunkt im Pflichtfach Strafrecht haben, hat dies in der Praxis dazu geführt, dass eine Klausur im Strafrecht aus anwaltlicher Sicht geschrieben wird. Als Klausuren im Strafrecht aus anwaltlicher Sicht sind in Zukunft folgende Konstellationen zu erwarten:

1. Ein umfassendes materielles und prozessuales Gutachten + eine anwaltliche Leistung (Schriftsatzklausur)
2. Ein Plädoyer mit einem anschließenden ergänzenden Gutachten
3. Die Begutachtung der Erfolgsaussichten einer Revision

Die anwaltliche Leistung (vgl. 1.) soll darin bestehen, in Anschluss an das Gutachten einen anwaltlichen Schriftsatz oder ein Mandantenschreiben anzufertigen. Hinsichtlich des Plädoyers besteht die Besonderheit, dass die anwaltliche Leistung dem Gutachten vorangestellt wird. Dem Plädoyer folgt also ein ergänzendes Gutachten (vgl. dazu Seiten 46-47). Als Schriftsätze sind nach bisherigen Erfahrungen insbesondere folgende Konstellationen zu erwarten:

- Anfertigung einer Schutzschrift im Zwischenverfahren (§ 201 StPO)
- Begründung einer Haftprüfung, Haftbeschwerde bzw. einer weiteren Beschwerde
- Begründung eines Einspruchs gegen einen Strafbefehl
- Begründung eines Rechtsbehelfs gegen eine (vorläufige) Maßnahme im Ermittlungsverfahren. Examensrelevant dürfte insbesondere die Begründung einer Beschwerde gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis oder einen Durchsuchungsbeschluss sein.

Die Anfertigung eines Gutachtens ist Gegenstand der juristischen Ausbildung im Studium und dürfte für die Referendarinnen und Referendare - was den Aufbau betrifft - unproblematisch sein. Das Revisionsrecht wird in mehreren Lehrbüchern anschaulich dargestellt und in einem gesonderten Skript behandelt. In diesem Skript geht es deshalb darum, die Anträge, den Aufbau und die Formerfordernisse für die anwaltlichen Schriftsätze,

das Plädoyer der Verteidigung und das Mandantenschreiben darzustellen und auf mögliche Fehlerquellen hinzuweisen. Außerdem soll auf die Besonderheiten eingegangen werden, die für das ergänzende Gutachten gelten.

Wie häufig in Zukunft die Anfertigung eines Schriftsatzes oder eines Plädoyers in der schriftlichen Prüfung verlangt wird, lässt sich schwer einschätzen. In den letzten Kampagnen ist überwiegend die Anfertigung eines revisionsrechtlichen Gutachtens verlangt worden und voraussichtlich wird das Revisionsrecht auch weiterhin eine größere Rolle spielen, als die Schriftsatz- und Plädoyerklausur. Der Umfang dieses Skriptes soll darüber nicht hinwegtäuschen, sondern ist dem Umstand geschuldet, dass zu dem Thema (Schriftsatz- bzw. Plädoyerklausur) unseres Wissens keine Literatur existiert.

B) Gutachten + anwaltliche Leistung

Hinsichtlich der prozessualen und materiell-rechtlichen Begutachtung des Sachverhaltes gilt grundsätzlich nichts anderes, als für sämtliche juristischen Gutachten. Der Sachverhalt ist vollständig prozessual und materiell-rechtlich zu würdigen. Allerdings besteht bei der Anwaltsklausur die Besonderheit, dass Grundlage der Prüfung eine Anklageschrift, ein Haftbefehl oder ein Strafbefehl ist, so dass ***ein Teil der*** die zu prüfenden Straftatbestände vorgegeben wird. ***Nach den bisherigen Erfahrungen*** ist außerdem die Anzahl der zu prüfenden Straftatbestände geringer, als in der Klausur aus staatlicher Sicht.

Im Gutachten sollten in erster Linie sämtliche Straftatbestände erörtert werden, die angeklagt worden sind bzw. hinsichtlich derer in einem Haftbefehl oder einem Strafbefehl ein dringender / hinreichender Tatverdacht bejaht worden ist. Für die Beratung des Mandanten ist jedoch von Bedeutung, ob die Gefahr einer Bestrafung wegen eines bislang von der Staatsanwaltschaft bzw. dem Gericht nicht erwähnten Tatbestandes besteht. Daher sind gutachterlich auch diejenigen Tatbestände zu prüfen, die in der Anklageschrift, dem Straf- oder Haftbefehl nicht genannt werden. Allerdings dürfte die ***ausführliche*** Prüfung von Tatbeständen, die in der Anklageschrift, dem Strafbefehl bzw. dem Haftbefehl nicht erwähnt werden und vom Bearbeiter verneint werden, eher die Ausnahme darstellen. ***Eine solche Ausnahme läge beispielsweise vor, wenn die Staatsanwaltschaft vor einem Haftprüfungstermin eine Erweiterung des Haftbefehles auf andere Taten ankündigt und der Verteidigung insoweit Akteneinsicht gewährt wird. Auch in der Strafbefehlsklausur sollten die Bearbeiter darauf achten, dass das Verschlechterungsverbot nicht gilt und folglich die Prüfung von im Strafbefehl nicht genannten Tatbeständen in der mündlichen Hauptverhandlung nach einem entsprechenden rechtlichen Hinweis rechtlich zulässig ist.***

Die praktische Tätigkeit von Strafverteidigern lässt sich in der Klausur nur sehr eingeschränkt simulieren. Daher ist es üblich, dass Grundlage der gutachterlichen Prüfung regelmäßig eine fehlerhafte Anklageschrift bzw. ein fehlerhafter Haft-/Strafbefehl ist und aus der

zutreffenden bzw. zu erwartenden rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes die naheliegenden Konsequenzen für die Beratung des Mandanten gezogen werden. Hierzu zwei **Beispiele:**

1.

In einem Strafbefehl wird dem Mandanten vorgeworfen, am 05.11.2015 einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB / Mindeststrafe: 3 Monate) und am 17.11.2015 eine Urkundenfälschung begangen zu haben. Die gutachterliche Prüfung ergibt, dass tatsächlich ein Wohnungseinbruchdiebstahl vorlag, die verwertbaren Beweismittel jedoch nicht ausreichen, um den Mandanten wegen einer Urkundenfälschung zu verurteilen.

Da die Mindeststrafe für den Wohnungseinbruchdiebstahl 6 Monate beträgt und das Verschlechterungsverbot im Strafbefehlsverfahren keine Anwendung findet (§ 411 Abs. 4 StPO), sollte dem Mandanten geraten werden, den Einspruch auf die Tat vom 17.11.2015 zu beschränken (vgl. § 410 Abs. 2 StPO). Da die Verurteilung wegen Diebstahls im besonders schweren Fall mit der Beschränkung des Einspruchs rechtskräftig wird, käme in einer Hauptverhandlung eine Bestrafung gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht mehr in Betracht und könnte gleichwohl ein Freispruch wegen des Vorfalles vom 17.11.2015 erreicht werden. In dem dem Gutachten folgenden Schriftsatz (Begründung des Einspruchs gegen den Strafbefehl) wäre dann inhaltlich nur noch auf den Vorwurf der Urkundenfälschung einzugehen.

2.

In einem noch nicht vollstreckten Haftbefehl wird ein dringender Tatverdacht wegen gewerbsmäßigen Betrugs (§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB) angenommen. Die Fluchtgefahr des nicht vorbestraften Mandanten wird damit begründet, dass keine Meldeanschrift bekannt sei und bei einem Betrug generell eine Verdunkelungsgefahr bestünde. Nach Erlass des Haftbefehls schließt der Mandant einen Mietvertrag ab und meldet sich beim zuständigen Bürgeramt an. Die gutachterliche Prüfung ergibt, dass tatsächlich ein Tatverdacht lediglich wegen einfachen Betrugs besteht.

Diese Klausurkonstellation ist recht verbreitet. Zum einen kann der Tatvorwurf „herunterdefiniert" werden, wodurch sich die Straferwartung reduziert, was wiederum Auswirkungen auf die Prüfung der Fluchtgefahr hat. Zum anderen sind die Argumente, mit denen der Haftgrund bejaht wird, überholt (Fluchtgefahr) bzw. rechtlich nicht haltbar (Verdunkelungsgefahr), da nach allgemeiner Ansicht allein aus der Verwirklichung eines Tatbestandes nicht auf die Verdunkelungsgefahr geschlossen werden kann (vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, § 112 Rdnr. 30 am Ende). Ausführungen zum einfachen Betrug und zu den beiden Haftgründen wären in diesem Beispiel sowohl im Gutachten als auch in der Begründung der Haftbeschwerde erforderlich.

Die Beispiele verdeutlichen, dass in der Anwaltsklausur Anklageschriften, Haft- und Strafbefehle von den Referendaren kritisch gelesen werden sollten und davon ausgegangen werden kann, dass diese in der Regel die materielle Rechtslage nicht zutreffend wiedergeben.

I. Der Aufbau des Gutachtens

Was den Aufbau des Gutachtens angeht, möchten wir lediglich auf zwei Besonderheiten eingehen. Zum einen stellt sich die Frage, ob vorweg sämtliche Tatbestände geprüft werden sollen, die in der Anklageschrift bzw. dem Straf- oder Haftbefehl genannt werden und danach die „sonstigen" (übersehenen) Straftatbestände erörtert werden oder ob jede Tat vollständig gutachterlich abzuhandeln ist. Auch wenn es insoweit keine starren Regeln gibt, empfehlen wir die chronologische und vollständige Prüfung jeder prozessualen Tat. Anderenfalls besteht nach unserer Erfahrung die Gefahr, dass von den Korrektoren kritisiert wird, dass nach einer bereits beendeten Prüfung später unvermittelt nochmals auf denselben Sachverhalt zurückgekommen wird.

Zum anderen bereitet die Erörterung prozessualer Probleme den Referendaren regelmäßig Schwierigkeiten. Hierbei geht es häufig um Beweiswürdigungsfragen und Beweisverwertungsverbote, die immer tatbestandsmerkmalbezogen erörtert werden sollten. Es sollte also insoweit keinen prozessualen und einen hiervon getrennten materiell-rechtlichen Teil im Gutachten geben. Für diese Art der Darstellung spricht, dass dem Korrektor dadurch am besten die Bedeutung der erörterten Rechtsfrage für die Lösung des Falles vor Augen geführt werden kann. In den Klausuren liest man manchmal seitenlange Ausführungen zu einem Beweisverwertungsverbot, ohne zu wissen, für welchen Vorwurf bzw. für welches Tatbestandsmerkmal dies von Bedeutung ist. Es kommt vor, dass Gutachten mit dem Satz beginnen: „Die bei der Durchsuchung gefundenen Unterlagen könnten wegen eines willkürlichen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt unverwertbar sein." Unklar bleibt bei derart im „luftleeren Raum" erörterten Fragen, ob es auf das Beweisverwertungsverbot überhaupt ankommt. Auch hierzu ein **Beispiel:**

Der Mandant war vor seiner polizeilichen Vernehmung nicht über sein Schweigerecht belehrt worden und hatte ein Geständnis abgelegt. Der Nachweis der Tat (Körperverletzung) kann jedoch auf Grund mehrerer Zeugenaussagen geführt werden. Hinsichtlich einer weiteren Tat (Hehlerei – Weiterverkauf eines von dem Zeugen F. gestohlenen Fahrzeuges) konnte die Kenntnis des Mandanten von der rechtswidrigen Tat ausschließlich anhand eines richterlichen Geständnisses des Mandanten nachgewiesen werden. Insoweit war jedoch die erforderliche Benachrichtigung des Verteidigers gemäß § 168 c Abs. 5 StPO unterblieben.

Zwar werden von der herrschenden Meinung bei Verstößen gegen die §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 168 c Abs. 5 StPO im Falle eines rechtzeigen Widerspruches der Verteidigung in der Hauptverhandlung Verwertungsverbote bejaht. Die ausführliche Erörterung des ersten Verwertungsverbotes ist jedoch auf Grund des sicheren Tatnachweises durch andere Beweismittel überflüssig. Demgegenüber sollte auf das zweite Verwertungsverbot im Gutachten ausführlich eingegangen werden, weil es dazu führen kann, dass der Mandant nicht wegen Hehlerei bestraft wird.

Abgesehen von Beweiswürdigungsproblemen – also wenn es nicht um den Nachweis der Tat geht – kann es erforderlich sein, dass einzelne prozessuale Fragen gesondert – also losgelöst von der materiell-rechtlichen Prüfung – zu erörtern sind. Dies wird beispielsweise bei folgenden Fallkonstellationen vorkommen:

- Prüfung der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs ggf. gekoppelt mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (**Bsp.:** Strafbefehlsklausur – Versäumen der Einspruchsfrist)
- Begründung für die Beschränkung des Einspruchs gegen einen Strafbefehl (kein Verschlechterungsverbot)
- Auswahl eines von mehreren zulässigen Rechtsbehelfen (Standardfall: Haftprüfung / Haftbeschwerde)

Schließlich kann sich die gesonderte Erörterung prozessualer Probleme im Gutachten aus dem Bearbeitervermerk ergeben. Beliebt sind insoweit Fragen im Zusammenhang mit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers (**Beispiel:** Kann gegen die Ablehnung der Bestellung eines Verteidigers Beschwerde eingelegt werden? / Vgl. dazu Meyer-Goßner / Schmitt,§ 141, Rdnr. 10 ff.). Darüber hinaus wurde in einer Klausur nach den Voraussetzungen für einen Befangenheitsantrag gefragt. Denkbar wäre auch, dass die Anforderungen an einen Beweisantrag dargestellt werden sollen. Hier sind zahlreiche Konstellationen und Zusatzfragen denkbar. An dieser Stelle soll es lediglich darum gehen, dass sich die Beantwortung solcher prozessualer Zusatzfragen nicht in das materiell-rechtliche Gutachten integrieren lässt.

II. Die anwaltliche Leistung

Im Vergleich zu der Klausur im Strafrecht aus staatlicher Sicht (Anklageschrift) sind die formalen Anforderungen an einen anwaltlichen Schriftsatz gering. Dies darf aber nicht zu der Annahme verleiten, die anwaltliche Leistung wirke sich lediglich abrundend auf die Bewertung einer Klausur aus. Ebenso wie das Fehlen einer Anklageschrift in der Klausur aus staatlicher Sicht als erheblicher Mangel angesehen wird, soll sich auch das Fehlen eines Schriftsatzes, Plädoyers oder Mandantenschreibens gravierend auf die Bewertung einer Klausur auswirken. Denn erst durch den Schriftsatz weisen die Referendare ihre berufspraktischen Kenntnisse nach. Im anwaltlichen Bereich bedeutet dies, dass sie in der

Regel (vgl. Seiten 38 ff. zu der Ausnahme beim Plädoyer) nach einer umfassenden rechtlichen Würdigung (Gutachten) in der Lage sind, rechtlich ausschließlich im Interesse des Mandanten tätig zu werden, denn

Anwaltliche Tätigkeit zeichnet sich durch die einseitige Wahrnehmung der Interessen des Mandanten aus

In der Ausbildung ist diese Perspektive für Referendare ungewohnt und neu. Es soll nun nicht mehr - wie seit Jahren gewohnt - objektiv beurteilt werden, wie ein Sachverhalt rechtlich zu bewerten ist, sondern im Interesse des Mandanten argumentiert werden. Dies gilt uneingeschränkt für die Anfertigung von Schriftsätzen. Damit ist gemeint, dass sich längere Ausführungen zu rechtlichen Aspekten, die für den Mandanten nicht von Vorteil sind, in Schriftsätzen nachteilig auf die Bewertung auswirken dürften. Wird das nicht beachtet, gelingt nämlich in der Regel keine anwaltliche - also berufspraktische - Leistung. Zur Verdeutlichung ein Beispiele:

Beispiel (Haftklausur):

In einem Haftbefehl wird dem Mandanten ein schwerer Raub vorgeworfen. Der dringende Tatverdacht ergibt sich aus Sicht der Staatsanwaltschaft unter anderem aus der polizeilichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten, der zuvor nicht nach den §§ 163 a Abs. 4 S. 2, 136 Abs. 1 StPO über die Möglichkeit belehrt worden war, einen Verteidiger vor der Vernehmung zu befragen.

In der Begründung eines Rechtsbehelfs (Haftprüfung/Haftbeschwerde) gegen den Haftbefehl, muss man sich zwar grundsätzlich auch mit möglichen Verwertungsverboten auseinandersetzen, da diese den dringenden Tatverdacht ausschließen können. Jedoch bejaht die ganz herrschende Meinung (ständige Rechtsprechung) bei einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 StPO ein Verwertungsverbot nur, wenn der Rechtskreis des Vernommenen berührt wird (Rechtskreistheorie / Schutzzwecklehre). Der Verteidiger wird daher in einem Schriftsatz kaum mit Aussicht auf Erfolg die Unverwertbarkeit der Vernehmung des Mitbeschuldigten geltend machen können. Im Gutachten wäre dies vorab zu klären. Besonders engagierte Referendare können selbstverständlich versuchen, mit guten Argumenten gegen die gefestigte Rechtsprechung im Schriftsatz anzugehen. Taktisch nicht nachvollziehbar wäre es jedoch, im Schriftsatz die Rechtskreistheorie zu erörtern und dort das Verwertungsverbot zu verneinen. Denn dem Mandanten ist dadurch nicht geholfen. Ein solches Vorgehen soll sich nachteilig auf die Bewertung auswirken.

Häufig wird von Referendaren die Frage aufgeworfen, ob im Schriftsatz zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen und zum Vorsatz Stellung genommen werden soll oder ob es genügt, nur dasjenige Tatbestandsmerkmal zu erörtern, das verneint wird. Darüber hinaus bereiten die Erörterung von Beweiswürdigungsfragen und von Beweisverwertungsverboten manchmal Schwierigkeiten. Nach unserer Erfahrung ist hierzu folgendes zu sagen:

Es ist zu empfehlen, sich im Schriftsatz auf die Prüfung der Aspekte zu beschränken (Tatbestandsmerkmale / Vorsatz / Rechtfertigungsgründe / Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe / Strafaufhebungsgründe / Absehen von Strafe), die die Strafbarkeit ausschließen bzw. das Strafmaß für den Mandanten positiv beeinflussen.

> **Beispiel:** Dem Mandanten wird ein schwerer Raub gemäß §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorgeworfen. Er soll einem Zeugen das Smartphone mit Gewalt entwendet haben. Der objektive Tatbestand des Raubes lässt sich problemlos nachweisen. Zu verneinen sind der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung und die Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges.
>
> In einem solchen Fall sollte die Prüfung sogleich mit dem Vorsatz beginnen. Nach der Verneinung des Vorsatzes sollte zusätzlich darauf hingewiesen werden, dass die Qualifikation nicht verwirklicht worden ist.

Formulierungsvorschlag (Schutzschrift):

> Eine Eröffnung des Hauptverfahrens scheitert daran, dass der Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Zueignung des Smartphones nicht nachgewiesen werden kann. Unwiderlegbar hat nämlich mein Mandant dazu ausgeführt, irrtümlich davon ausgegangen zu sein, einen Anspruch auf Übergabe des Gerätes zu haben (...).
>
> Aber selbst wenn man einen Tatverdacht wegen Raubes annähme, käme allenfalls eine Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines einfachen und nicht wegen schweren Raubes in Betracht. Denn jedenfalls hat mein Mandant kein gefährliches Werkzeug verwendet (...).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die anwaltliche Leistung in der Regel darin besteht, in einem Schriftsatz einen Ausschnitt aus dem zuvor angefertigten Gutachten interessengerecht darzustellen. Daher drängt sich die Frage auf, ob sich die Spitzklammertechnik in der Klausur aus anwaltlicher Sicht anbietet. Die Meinungen darüber gehen weit auseinander. Nach unserer Erfahrung gelingt die Spitzklammertechnik häufig nicht, weil die für einen Schriftsatz typische Argumentation im Interesse des Mandanten in einem

Gutachten unüblich ist. Festzuhalten ist jedoch, dass die Spitzklammertechnik grundsätzlich möglich ist und - wenn sie gelingt - vermeidet, dass Rechtsfragen doppelt erörtert werden.

III. Das Verteidigungsziel

Bearbeitern einer Schriftsatzklausur soll bewusst sein, dass jeweils eine mandatsbezogene anwaltliche Arbeit verlangt wird. Der Sachverhalt soll daher - anders als in der Klausur aus staatlicher Sicht - nicht mehr aus allen rechtlichen Gesichtspunkten, sondern nur noch im Interesse des Mandanten betrachtet werden. Im Standardfall legt der Mandant seine Interessen zumeist in Form einer Gesprächsniederschrift dar. Hieraus muss nun die Verteidigung das juristische Verteidigungsziel definieren. In der Klausur soll dieses Ziel jedoch nicht vor oder zu Beginn eines Schriftsatzes formuliert werden. Es handelt sich insoweit um eine gedankliche Vorarbeit, durch die sich der Klausurbearbeiter klar werden soll, welches Ergebnis er anstrebt. Das Verteidigungsziel wird zumeist aus dem Sachverhalt, den Angaben des Mandanten und der Aufgabenstellung herzuleiten sein. Dort wird ein Beschuldigter in der Regel das Interesse formulieren, entweder gar nicht oder doch wenigstens möglichst milde bestraft zu werden.

Welches der beiden klassischen Verteidigungs(haupt)ziele, die Nichtverurteilung / Freispruchverteidigung oder die möglichst geringe Sanktion / Strafzumessungsverteidigung in Betracht kommt, kann in der Klausur erst aus einer sorgefältigen materiell-rechtlichen und prozessualen Analyse des Falles abgeleitet werden. Die Nichtverurteilung kann durch einen Freispruch (in der Hauptverhandlung), durch eine Nichteröffnungsentscheidung (im Zwischenverfahren), durch Einstellungen nach §§ 153, 153a, 170 Abs. 2, 205 StPO in allen Phasen des Verfahrens erreicht oder durch den Antrag auf Aufhebung eines Haftbefehls und den Einspruch gegen einen Strafbefehl vorbereitet werden.

Ist die Nichtverurteilung das Verteidigungsziel, so müssen in der Klausur die Rechtsgründe herausgearbeitet werden, die zur Nichtverurteilung führen können. Diese liegen in dem Dreiklang:

- Nichtbeweisbarkeit der Tatvorwürfe; etwa bei Verwertungsverboten
- Straflosigkeit des fraglichen Verhaltens; etwa bei fehlerhafter Subsumtion
- Verfahrenshindernisse; etwa bei fehlenden oder unwirksamen Strafanträgen

Die Klausuren sind regelmäßig so konstruiert, dass einzelne der oben genannten Rechtsgründe und Kombinationen hiervon das Verteidigungsziel begründen können.

Lautet das Verteidigungsziel hingegen, eine möglichst milde Sanktionierung zu erreichen, so sind zunächst alle denkbaren strafrechtlichen Rechtsfolgen in den Blick zu nehmen, da erst die Gesamtschau das Ausmaß der ggf. abzuwehrenden oder abzumildernden Negativfolgen deutlich macht. Rechtsfolgen sind:

- Strafen (Hauptstrafen und Nebenstrafen gem. §§ 38 - 44 StGB) **Beispiele:** Geldstrafe 5 - 720 Tagessätze; Freiheitsstrafe 1 Monat bis 15 Jahre bei der zeitigen Freiheitsstrafe; Fahrverbot
- Maßregeln (§§ 61 - 72 StGB); regelmäßig sind nur die Entziehung der Fahrerlaubnis und das Berufsverbot von Klausurrelevanz
- Verfall, Einziehung, Unbrauchbarmachung (§§ 73 - 76 a StGB)
- Eintragungen in das Bundeszentralregister (§§ 4 - 8 , 11, 17 BZRG) und in das Führungszeugnis (vgl. insbesondere § 32 BZRG)

Sodann ist zur Konkretisierung des Verteidigungszieles nach den Rechtsgründen zu unterscheiden, die zu einer Reduzierung der Sanktion führen können. Folgende Möglichkeiten kommen in Betracht:

- Anwendung eines milderen Strafgesetzes; benannte und unbenannte minder schwere Fälle des Besonderen Teils des StGB
- Strafrahmenverschiebung, § 49 StGB
- allgemeine Strafmilderungsgründe, § 46 StGB

Werden dem Mandanten mehrere Straftaten vorgeworfen, so kommt es in den Klausuren vor, dass einige Tatvorwürfe zutreffen, andere nicht. Hier muss zumeist differenziert vorgegangen werden. Verteidigungsbemühungen können das Ziel verfolgen, den Tatvorwurf „niedriger zu hängen", d.h. die Tat unter ein milderes Strafgesetz zu subsumieren bzw. die Anwendung eines verschärften Strafrahmens („besonders schwerer Fall") abzuwenden. Auch kann versucht werden, gesetzlich vorgesehene Strafrahmenverschiebungen zugunsten des Mandanten zur Geltung zu bringen. Zugunsten des Mandanten kommen die Strafrahmenverschiebungen des Allgemeinen Teils (z.B. §§ 13 Abs. 2, 21, 23 Abs. 2, 27 Abs. 2, 46a 1. Alt. StGB, jeweils i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) in Frage. Zuletzt bleibt noch die Möglichkeit, allgemeine Strafmilderungsgründe innerhalb von § 46 StGB zur Geltung zu

bringen, die regelmäßig der Sachverhalt liefert (**Beispiel:** folgenlose Heilung der Verletzung, Wiedergutmachung, etc.).

Schließlich sind noch Verteidigungsbemühungen im Zusammenhang mit Prognoseentscheidungen zu erwähnen, namentlich bei der Prüfung der Haftgründe (Fluchtgefahr / Verdunkelungsgefahr) und der §§ 56 ff. StGB (Strafaussetzung zur Bewährung). Hier kommt es weniger auf die rechtlichen Aspekte der Tat, sondern mehr auf die Persönlichkeit des Mandanten aber auch das soziale Umfeld an. Mangels abzuarbeitender Tatbestände fallen diese Prognoseentscheidungen den Bearbeitern regelmäßig schwer; zumeist wird aber nur verlangt, dass überhaupt eine Entscheidung getroffen wird und die richtigen Kriterien - wie z.B. die Sozialprognose bei der Prüfung des § 56 StGB - angewendet werden. Hier sollen sich die Bearbeiter jeweils nicht daran klammern, dass es eine „richtige" und eine „falsche" Entscheidung gibt. Es ist vielmehr jeweils aus der Perspektive der Verteidigung heraus zu argumentieren.

Als Erledigungsformen für Verfahren, in denen die Verteidigung mit dem Ziel „möglichst milde Sanktionierung" geführt wird, kommen in Betracht:

- (Teil-)Einstellung mit Auflagen und Weisungen (§ 153 a Abs. 1 oder 2 StPO)
- das Strafbefehlsverfahren, etwa weil es den Mandanten eine Hauptverhandlung erspart
- Urteil mit (minimiertem) Schuld- und (mildem) Strafausspruch
- Urteil mit Schuld- aber ohne Strafausspruch; § 60 StGB.

Die Einstellung gem. § 153 a StPO geht für den Beschuldigten zwar mit Sanktionen einher, weil die Auflagen und Weisungen jedenfalls eine strafähnliche Übelzufügung bedeuten. Allerdings wird die Unschuldsvermutung nicht berührt, denn diese Erledigungsart ist nicht mit einer Schuldfeststellung verknüpft. Die Anwendbarkeit dieser Einstellungsnorm hängt einerseits von dem Charakter des Delikts (Vergehen), andererseits von Tatschwere und Präventionsbedürfnissen ab. Die Ansatzpunkte für die Verteidigung sind prinzipiell die gleichen, wie bei einer Strafzumessungsverteidigung.

IV. Die Schutzschrift im Zwischenverfahren

1. Aufgabenstellung

Mit der Anklageerhebung legt die Staatsanwaltschaft gemäß § 199 Abs. 2 StPO dem Gericht die Akten vor. Das Zwischenverfahren (§§ 199 - 211 StPO), in dem das Gericht in erster Linie über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet, beginnt mit Eingang der Akten bei dem

nunmehr zuständigen Gericht. Im Klausurfall wendet sich der Mandant mit der ihm mitgeteilten Anklageschrift an einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin mit dem Hinweis, innerhalb einer bestimmten Frist könne zu den Anklagevorwürfen Stellung genommen werden. Anknüpfungspunkt für den zu entwerfenden Schriftsatz ist daher § 201 Abs. 2 StPO. In fast allen Schutzschriftklausuren wird diese Norm daher bereits auf der ersten Seite des Aufgabentextes genannt. Um zu den Vorwürfen Stellung nehmen zu können, muss den Referendaren der wesentliche Inhalt der Ermittlungsakte bekannt sein. Daher wird im Aufgabentext typischerweise mitgeteilt, dass der beauftragte Anwalt Akteneinsicht beantragt und erhalten hat. Die Klausuraufgabe besteht folglich aus der Anklageschrift und den zentralen Beweismitteln, die eine Prüfung des hinreichenden Tatverdachtes ermöglichen. Zu entwerfen ist nach dem Gutachten eine Schutzschrift (Stellungnahme im Zwischenverfahren).

2. Aufbau - Gliederung - Formalien

Der Schriftsatz wird an das Gericht adressiert, bei dem die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben hat. Dabei handelt es sich in der Klausur entweder um eine Abteilung beim Amtsgericht (Strafrichter / Schöffengericht) oder um eine Große Strafkammer - einschließlich des Schwurgerichtes, dessen Zuständigkeit sich nach § 74 Abs. 2 GVG richtet - beim Landgericht.

Zu Beginn des Schriftsatzes sollten die Anträge gestellt werden. Das Gericht soll bereits zu Beginn umfassend darüber informiert werden, zu welchem Ergebnis die Verteidigung gelangt. Zwar sieht § 201 Abs. 2 StPO nicht ausdrücklich ein Antragsrecht der Verteidigung vor, jedoch kann daraus nicht geschlossen werden, dass keine Anträge gestellt werden können. Von folgender Formulierung raten wir ab:

...nehme ich zu den Tatvorwürfen in der Anklageschrift wie folgt Stellung:...

Ein einfacher Schriftsatz, in dem zu einer Anklage beim Amtsgericht Tiergarten / Strafrichter Stellung genommen wird, würde etwa wie folgt beginnen (**Beispiel**):

Rechtsanwältin Tanja Stein
Badensche Straße 14
10715 Berlin

An das
Amtsgericht Tiergarten

- Strafrichter -
10548 Berlin
In der Strafsache
./. Kantich, Peter
- Az.: 253 Ds 101/15 -

beantrage ich,

das Hauptverfahren nicht zu eröffnen.

Begründung:

Aus dem Inhalt der Ermittlungsakte ergibt sich, dass kein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der in der Anklageschrift erhobenen Vorwürfe angenommen werden kann.

I.
Was den Vorwurf der Unterschlagung betrifft, liegen bereits keine verwertbaren Beweismittel vor, aus denen sich ergeben könnte, dass mein Mandant den erforderlichen Vorsatz hinsichtlich der Fremdheit des von ihm aufbewahrten Buches hatte. (...)

II. (...)

III. (...)

Es bietet sich an, die Vorwürfe in der Reihenfolge zu prüfen, die in der Anklageschrift gewählt worden ist. Alternativ können entweder - bei deutlich voneinander abweichenden Strafrahmen - zuerst die schwerwiegendsten Vorwürfe erörtert werden oder diejenigen Tatvorwürfe, hinsichtlich derer der hinreichende Tatverdacht verneint wird.

In der Begründung des Schriftsatzes geht es zunächst darum, zu sämtlichen Vorwürfen - also auch zu denjenigen, hinsichtlich derer ein hinreichender Tatverdacht bejaht wird - Stellung zu nehmen. Allerdings gilt auch hier: Zu bejahende Tatbestände sind im Schriftsatz äußerst knapp abzuhandeln. Denn es ist nicht Aufgabe der Verteidigung in einer Schutzschrift dem Gericht zu erläutern, aus welchen Gründen sich der Mandant strafbar gemacht hat, sondern aus welchen Gründen die Tat nicht verfolgbar ist, der Mandant sich nicht strafbar gemacht hat und / oder ihm ein Vorwurf nicht nachweisbar ist. Rechtliche Probleme, die mit diesen Tatbeständen in Zusammenhang stehen und deren Prüfung für den Mandanten nicht hilfreich ist, wurden zuvor im Gutachten behandelt.

Auch bei der Schutzschrift stellt sich die Frage, ob im Schriftsatz Delikte geprüft werden sollen, die in der Anklage übersehen worden sind. Zunächst findet insoweit selbstverständlich § 265 StPO keine Anwendung, so dass es jedenfalls nicht falsch ist, zu nicht angeklagten Delikten Stellung zu nehmen. Allerdings dürfte im Schriftsatz hierauf fast nie der Schwerpunkt der Erörterung liegen und wären von den nicht angeklagten Delikten nur diejenigen im Schriftsatz zu prüfen, hinsichtlich derer ein hinreichender Tatverdacht bejaht wird. In diesem Zusammenhang spielt wieder das "Herunterdefinieren des Vorwurfes" eine wichtige Rolle. Wird ein(e) Qualifikation/Regelbeispiel verneint und stattdessen lediglich der Grundtatbestand bejaht oder stehen das bejahte und das verneinte Delikt in engem Zusammenhang (**Beispiele:** Unterschlagung statt Diebstahl / Urkundenunterdrückung statt Urkundenfälschung) sollte die Prüfung auf jeden Fall im Schriftsatz erfolgen. Als Gegenbeispiel kann auf den auf Seiten 13-14 geschilderten Fall (§ 123 StGB - 136 StGB) verwiesen werden.

Aus den folgenden Ausführungen zu den Anträgen, kann sich ergeben, dass im Schriftsatz weitere Prüfungen erforderlich sind. Diese können insbesondere betreffen: die sachliche bzw. funktionelle Zuständigkeit des Gerichts (vgl. §§ 209 Abs. 1, § 209 a StPO), die Fortdauer der Untersuchungshaft (§ 207 Abs. 4 StPO), die Kosten und notwendigen Auslagen, Nebenentscheidungen nach den §§ 73 ff. StGB (Verfall und Einziehung), vorläufig angeordnete Maßnahmen der Besserung und Sicherung - klausurrelevant dürfte insoweit die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis sein - und Anregungen nach den §§ 153, 153 a, 154, 154 a StPO. Dass die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis und sonstige vorläufig angeordnete Zwangsmaßnahmen in § 207 Abs. 4 StPO nicht erwähnt werden, sollte die Verteidigung nicht davon abhalten, bereits im Zwischenverfahren entsprechende Aufhebungsanträge zu stellen. Das zuständige Gericht ist befugt, derartige Maßnahmen im Zwischenverfahren aufzuheben.

Wichtig ist uns in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass die Prüfung dieser zusätzlichen Rechtsfragen, die sich nicht unmittelbar auf die Anklagevorwürfe beziehen, bislang keinen Schwerpunkt der Bearbeitung in der Schutzschriftklausur dargestellt haben; sich aber durchaus abrundend auf die Bewertung auswirken dürften.

3. Die Anträge

Auch in der Schutzschrift sollte zuerst ein Antrag zur Frage der Eröffnung des Hauptverfahrens - nicht der Hauptverhandlung (!), wie man hin und wieder in Klausuren liest - gestellt werden. Der einfachste Antrag ist der nach § 204 StPO, der in dem auf Seite 22 formulierten Beispiel gewählt worden ist. Dass hinsichtlich sämtlicher Vorwürfe in der Anklageschrift der hinreichende Tatverdacht zu bejahen ist und folglich das Hauptverfahren nach § 203 StPO zu eröffnen ist, ist in der Klausur aus anwaltlicher Sicht nicht zu erwarten. Klausurrelevanz hat jedoch die Regelung in § 207 Abs. 2 StPO, die eine modifizierte Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ermöglicht. Wird hinsichtlich einer Tat

im prozessualen oder im materiellen Sinn ein hinreichender Tatverdacht verneint, ist insoweit die Nichteröffnung nach § 207 Abs. 1 Nr. 1 StPO zu beantragen. In der Regel entsprechen die "Anklagepunkte" in der Anklageschrift den Taten, so dass man sich bei der Formulierung des Antrages entweder an diesen oder an dem Datum der Tat orientieren kann. Lediglich bei tatmehrheitlich angeklagten Delikten ist insoweit weiter zu differenzieren. **Beispiel**:

Dem Mandanten wird in der Anklageschrift 1. ein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte am 02.01.2016, 2. eine Körperverletzung in Tatmehrheit mit einem Diebstahl am 15.01.2016 und 3. eine falsche Verdächtigung am 27.01.2016 vorgeworfen. Wird im Schriftsatz die Ansicht vertreten, dass sich nur der Tatverdacht hinsichtlich der Körperverletzung bestätigt hat, könnte der Antrag wie folgt formuliert werden.

Formulierungsvorschlag:

Ich beantrage,

- das Hauptverfahren hinsichtlich der Taten vom 02.01. und 27.01.2016 nicht zu eröffnen und
- hinsichtlich der Taten vom 15.01.2016 das Hauptverfahren abweichend von der Anklageschrift lediglich wegen des Vorwurfes der Körperverletzung zu eröffnen.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich aus § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO, der den Fall betrifft, dass im Schriftsatz eine Tat rechtlich abweichend bewertet wird. Es wird also ein hinreichender Tatverdacht bejaht, jedoch hinsichtlich anderer Delikte als der in der Anklageschrift genannten. Diese Konstellation bietet sich für die Anwaltsklausur an, weil sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem bereits oben erwähnten "Herunterdefinieren des Tatvorwurfes" steht. Auch hierzu ein einfaches **Beispiel:**

Dem Mandanten wird eine schwere Körperverletzung vorgeworfen. Die Auswertung der Beweismittel rechtfertigt jedoch nach Ansicht der Verteidigung nur die Annahme eines hinreichenden Tatverdachtes wegen einer einfachen Körperverletzung.

Formulierungsvorschlag:

Ich beantrage, das Hauptverfahren mit der Maßgabe zu eröffnen, dass abweichend von der Anklageschrift anstatt eines hinreichenden Tatverdachtes wegen schwerer Körperverletzung lediglich ein hinreichender Tatverdacht wegen einfacher Körperverletzung bejaht wird.

Sicher kann man sich bei der Formulierung des Antrages noch weitere Spitzfindigkeiten ausdenken. Wichtiger ist jedoch aus unserer Sicht, dass die Referendare durch die Formulierung des Antrages zu Beginn des Schriftsatzes ein klares Ergebnis präsentieren, das auf keinen Fall der anschließenden Prüfung im Schriftsatz widersprechen darf. Letzteres war in den von uns korrigierten Examensklausuren leider nicht immer der Fall und wirkte sich nachteilig auf die Bewertung aus.

Die Referendare sollten sich darüber im Klaren sein, dass im Zwischenverfahren ein hinreichender Tatverdacht für die Eröffnung des Hauptverfahrens genügt. In der Praxis hat das zur Folge, dass bei Unklarheiten hinsichtlich der Beweiswürdigung - insbesondere bei Zeugenaussagen - das Verfahren eher eröffnet als nicht eröffnet wird. Frei nach dem Motto: "Dann hören wir uns die Zeugen doch erst einmal an!", eröffnen die meisten Gerichte das Verfahren. Da der Zweifelsgrundsatz im Zwischenverfahren nur eine eingeschränkte Bedeutung hat, ist er regelmäßig auch nur ein schwaches Argument im Schriftsatz, mit der der Eröffnung des Verfahrens entgegengetreten werden kann. Anders als im Plädoyer, in dem der zutreffend angenommene Grundsatz in dubio pro reo zwangsläufig zum Freispruch führt, ist es kaum erfolgversprechend, mit dem Hinweis auf Beweiswürdigungsprobleme, die Eröffnung des Hauptverfahrens zu verneinen. Hierfür spricht aus Sicht des Praktikers auch, dass dem Gericht nur die Protokolle über die Zeugenvernehmungen vorliegen und offen ist, was der Zeuge in der Hauptverhandlung aussagen wird. Deckungsgleich sind die Aussagen von Zeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung in den seltensten Fällen.

Etwas anderes gilt selbstverständlich für Beweisverwertungsverbote und den Fall, dass der Antrag auf Nichteröffnung des Verfahrens ausnahmsweise auf anerkannte Beweisregeln gestützt werden kann. Letzteres wäre beispielsweise der Fall, wenn die Anklageschrift den Nachweis einer Tat mit dem Schweigen des Angeklagten begründen würde. Denn aus dem Schweigen des Angeklagten dürfen grundsätzlich keine für ihn nachteilige Schlüsse gezogen werden.

In den Klausuren sind neben den Anträgen nach §§ 204, 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO die beiden Anträge nach § 209 Abs. 1 StPO und § 207 Abs. 4 StPO recht beliebt.

Der Antrag nach § 209 Abs. 1 StPO hat wieder etwas mit dem "Herunterdefinieren des Tatvorwurfes" zu tun. § 209 Abs. 1 StPO ermöglicht es dem Gericht höherer Ordnung das Verfahren vor einem Gericht niedrigerer Ordnung zu eröffnen. Wird also im Schriftsatz der hinreichende Tatverdacht von der Verteidigung abweichend beurteilt und ändert sich dadurch die Straferwartung zugunsten des Mandanten (vgl. §§ 24 Abs. 3, 25 Nr. 2, 74 Abs. 1 Satz 2 GVG) oder führt die Verneinung eines hinreichenden Tatverdachtes dazu, dass die Zuständigkeit des Gerichts bzw. des Spruchkörpers entfällt (vgl. § 74 Abs. 2 GVG, §§ 209 a Nr. 1 StPO), kann das Verfahren vor dem Gericht niedrigerer Ordnung eröffnet werden. Die Formulierung Gericht ist in diesem Zusammenhang nicht wörtlich zu verstehen. Denn die Norm erlaubt auch die Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Schöffengericht vor dem Strafrichter, wenn die Straferwartung nicht über 2 Jahren liegt und - was hin und wieder

übersehen wird - kein hinreichender Tatverdacht wegen eines Verbrechens (§ 25 GVG) bejaht wird.

Klausurrelevant sind insbesondere die Eröffnung des Hauptverfahrens durch eine Große Strafkammer vor dem Amtsgericht (Strafrichter oder Schöffengericht), durch das Schwurgericht vor einer Großen Strafkammer und durch das Schöffengericht vor dem Strafrichter.

Im Zwischenverfahren entscheidet das zuständige Gericht von Amts wegen über die Fortdauer der Untersuchungshaft. Auch wenn § 207 Abs. 4 StPO kein Antragsrecht vorsieht, sollte in einer Anwaltsklausur die Aufhebung bzw. Außervollzugsetzung des Haftbefehls beantragt werden, wenn sich der Mandant in Untersuchungshaft befindet und die Prüfung im Schriftsatz ergibt, dass die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Haftbefehls nicht (mehr) vorliegen. Entsprechende Anträge sind auch zulässig, wenn sich der Mandant nicht in Untersuchungshaft befindet, eine Entscheidung von Amts wegen also nicht erforderlich ist. Denkbar ist auch, dass das Gericht, bei dem Anklage erhoben worden ist, signalisiert, es wolle einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl (§ 116 StPO) wieder in Vollzug setzen. Dann muss dieser Absicht im Schriftsatz entgegengetreten werden, ohne dass ein Antrag erforderlich ist. In beiden Fällen muss der Schriftsatz Überlegungen zur Haftsituation beinhalten.

Ob im Schriftsatz die Aufhebung bzw. Außervollzugsetzung des Haftbefehles beantragt wird, ergibt sich nahezu immer aus der vorangegangenen Prüfung des hinreichenden Tatverdachtes, da das Ergebnis dieser Prüfung sehr oft auch den dringenden Tatverdacht begründet und Auswirkungen auf den in der Praxis und den Klausuren am häufigsten zu prüfenden Haftgrund der Fluchtgefahr hat. Ein zentrales Kriterium bei der Prüfung der Fluchtgefahr ist die Straferwartung. Die schematische Bejahung der Fluchtgefahr ab einer bestimmten Straferwartung (**Beispiel**: Freiheitsstrafe über 2 Jahre = Fluchtgefahr) ist unzulässig. Dies folgt schon daraus, dass es bei der Prüfung dieses Haftgrundes immer auf eine Gesamtabwägung sämtlicher Umstände des Falles ankommt und zudem der Erwartungshorizont des Mandanten zu berücksichtigen ist (vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, § 112, Rdrn. 19 und 23-24). Ein wesentlicher Aspekt bei der Prüfung wird die Frage sein, ob die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Dies sollte die Klausurbearbeiter jedoch nicht davon abhalten, sich auch bei einer Straferwartung über 2 für eine Aufhebung bzw. Außervollzugsetzung des Haftbefehls einzusetzen. Allerdings werden dann ausführlichere Überlegungen zu den der Fluchtgefahr entgegenstehenden Umständen (z.B. soziale Bindungen) erforderlich sein. Längerer Ausführungen zum dringenden Tatverdacht bzw. den Haftgründen werden im Schriftsatz insbesondere erforderlich sein, wenn

- der hinreichende Tatverdacht ausnahmsweise vom dringenden Tatverdacht abweichend beurteilt wird,

- es für die Prüfung der Fluchtgefahr auf Grund konkreter Anhaltspunkte im Aufgabentext auf eine Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ankommt (soziale Bindungen / Verhalten in früheren Strafverfahren / Selbststeller) und deshalb dem Haftgrund Fluchtgefahr auch bei einer Straferwartung von über 2 Jahren mit Aussicht auf Erfolg entgegengetreten werden kann,
- eine Haftverschonung gemäß § 116 StPO beantragt wird,
- andere Haftgründe - insbesondere die Verdunkelungsgefahr - in Betracht kommen.

Mögliche Anträge könnten wie folgt lauten (**Formulierungsvorschläge**):

> Ich beantrage weiterhin, den Haftbefehl des Amtsgerichts ... vom ... aufzuheben.
>
> oder bzw. hilfsweise
>
> Ich beantrage weiterhin, den Haftbefehl des Amtsgerichts ...vom ... außer Vollzug zu setzen.

Die Regelung in § 207 Abs. 4 StPO hat zur Folge, dass seitens der Verteidigung im Zwischenverfahren kein Rechtsbehelf gegen den Haftbefehl (Haftprüfung / Haftbeschwerde) eingelegt werden muss, um die Aufhebung des Haftbefehls zu erreichen. Das bedeutet aber nicht, dass die genannten Rechtsbehelfe im Zwischenverfahren nicht eingelegt werden können. Hierzu dürfte jedoch nur Anlass bestehen, wenn der Bearbeitervermerk diese Möglichkeit anspricht oder sich aus dem Klausurtext Anhaltspunkte ergeben, dass der Mandant einen Rechtsbehelf wünscht oder sich das Zwischenverfahren über einen längeren Zeitraum erstrecken wird. In einer Klausur war die Möglichkeit einer Haftbeschwerde / Haftprüfung dadurch im Bearbeitervermerk angedeutet worden, dass die erforderlichen Schriftsätze anzufertigen seien. Vorrangig ging es in dieser Klausur um eine Schutzschrift; jedoch sollte auf die Möglichkeit hingewiesen werden, im Zwischenverfahren eine Haftprüfung / Haftbeschwerde einzulegen.

Wichtiger sind Überlegungen zu den Einstellungsmöglichkeiten nach den §§ 153 ff. StPO, die im Zwischenverfahren generell zur Verfügung stehen. Werden Einstellungen nach diesen Regelungen angeregt oder beantragt, müssen jedoch auch die Voraussetzungen - mit Ausnahme der selbstverständlich noch fehlenden Zustimmung der Staatsanwaltschaft - für die angeregte Einstellung (z.B.: geringe Schuld / fehlendes öffentliches Interesse) im Schriftsatz erörtert werden. Generell können Referendare durch entsprechende Anregungen praktisches Verständnis zeigen, was sich positiv auf die Bewertung auswirken dürfte.

Beispiel:

Dem Mandanten wird in der an das Landgericht adressierten Anklageschrift ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (erste Tat) und ein räuberischer Diebstahl (zweite Tat) vorgeworfen. Hinsichtlich der ersten Tat bejaht die Verteidigung lediglich einen hinreichenden Tatverdacht wegen einer räuberischen Erpressung; wegen der zweiten Tat nimmt sie nur einen hinreichenden Tatverdacht wegen eines einfachen Diebstahls geringwertiger Sachen an. Hier würde sich für den zweiten Vorwurf eine Einstellung nach § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO anbieten.

Formulierungsvorschlag:

Ich beantrage, das Verfahren hinsichtlich der Tat zu 1) mit der Maßgabe zu eröffnen, dass lediglich ein hinreichender Tatverdacht wegen einer räuberischen Erpressung bejaht wird.

Hinsichtlich der Tat zu 2) rege ich die Einstellung des Verfahren nach § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO an.

Nebenbei bemerkt: Ein Antrag gemäß § 209 Abs. 1 StPO wäre hier - unabhängig von der Straferwartung - ein Fehler, weil ein hinreichender Tatverdacht wegen eines Verbrechens bejaht wird.

In den Klausurlösungen liest man gelegentlich, dass ein Antrag auf Akteneinsicht gemäß § 147 Abs. 1 StPO gestellt wird. In der Regel ist dieser Antrag überflüssig und wirkt sich eher nachteilig auf die Bewertung aus. Die Klausur setzt nahezu immer voraus, dass bereits Akteneinsicht gewährt wurde, was sich häufig auch aus dem Aufgabentext ergibt. Ähnliches gilt für den Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Denn im Klausurfall dürfte der Rechtsanwalt das Mandat übernommen haben und folglich zunächst als Wahlverteidiger tätig geworden sein. Dies schließt allerdings einen Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidiger nicht aus, wenn zugleich für den Fall der Beiordnung die Niederlegung des Wahlmandates angekündigt wird. Wird ein Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers gestellt, ist darauf zu achten, dass dieser - anders als bei der Prozesskostenhilfe - nicht an die wirtschaftliche Bedürftigkeit des Mandanten anknüpft, sondern an die Notwendigkeit der Verteidigung (§ 140 StPO). Auch wollen wir darauf hinweisen, dass nicht generell unterstellt werden kann, dass ein Mandant einen Pflichtverteidiger beigeordnet bekommen möchte; selbst wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO) vorliegt. Der Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers sollte daher nur gestellt werden, wenn der Mandant zu verstehen gibt, dass er dies wünscht. Selbstverständlich können hierfür auch wirtschaftliche Schwierigkeiten des Mandanten ausschlaggebend sein. Im Schriftsatz sollte dann ein

entsprechender Antrag begründet werden und insoweit nur auf § 140 StPO und nicht auf die wirtschaftliche Situation des Mandanten Bezug genommen werden.

Grob falsch wäre es, in einer Schutzschrift eine Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO zu beantragen. Dieser Antrag wird sich - gerade aus Sicht des Praktikers - sehr nachteilig auf die Bewertung auswirken.

V. Die Begründung einer Haftprüfung , einer Haftbeschwerde oder einer weiteren Beschwerde

Die Voraussetzungen für den Erlass und die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls ergeben sich aus § 112 Abs. 1 und 2 StPO. Eine Auseinandersetzung mit dem Haftbefehl in einem Schriftsatz der Verteidigung muss sich mit dem dringenden Tatverdacht, den Haftgründen und ggf. der Verhältnismäßigkeit befassen. Aus diesen Voraussetzungen ergibt sich der Aufbau des Schriftsatzes. Die folgenden Ausführungen (1. - 3.) befassen sich mit den Besonderheiten der "Haftklausur". Sie sollten nicht den Blick dafür verstellen, dass zuvor ein umfassendes Gutachten anzufertigen ist und im Schriftsatz die Prüfung des dringenden Tatverdachtes und der Haftgründe den Schwerpunkt der Klausur darstellen.

1. Rechtsschutzmöglichkeiten im Recht der Untersuchungshaft

Eine Besonderheit der "Haftklausur" besteht darin, dass dem Mandanten bzw. seinem Verteidiger regelmäßig mehrere Rechtsbehelfe - nämlich die mündliche (theoretisch auch schriftliche) Haftprüfung und die Haftbeschwerde vor dem nächst höheren Gericht - gegen einen Haftbefehl zur Verfügung stehen und in den Klausuren nicht immer mitgeteilt wird, welcher Rechtsbehelf ergriffen werden soll. Daher sollen hier zunächst die Rechtsbehelfe gegen Haftbefehle und Haftverschonungsbeschlüsse (§ 116 StPO) zusammenfassend dargestellt werden:

Wird ein Haftbefehl vollzogen; befindet sich der Mandant also auf Grund des Haftbefehls, gegen den vorgegangen werden soll, in Untersuchungshaft, stehen grundsätzlich alternativ zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung; nämlich die Haftprüfung (§§ 117 ff. StPO) und die Haftbeschwerde (§§ 304 ff. StPO). Wenn im Anschluss an eine Haftprüfung die Haftfortdauer angeordnet worden ist, kann gegen diesen Haftfortdauerbeschluss Haftbeschwerde eingelegt werden. Eine Haftbeschwerde ist also sowohl gegen den Haftbefehl möglich, ohne dass zuvor eine Haftprüfung durchgeführt worden ist, als auch in Anschluss an eine Haftprüfung gegen den Haftfortdauerbeschluss. Als weiterer Rechtsbehelf kommt in der Anwaltsklausur die weitere Beschwerde (§ 310 StPO) in Betracht, die sich gegen den in Anschluss an eine Haftbeschwerde ergangenen Haftfortdauerbeschluss richtet.

In der Anwaltsklausur hat bislang die im Falle einer Untersuchungshaft von über 6 Monaten von Amts wegen durchzuführende Haftprüfung (§ 122 Abs. 1 StPO) bei den Oberlandesgerichten bzw. beim Kammergericht keine Rolle gespielt. Fristgebundene Rechtsbehelfe existieren im Recht der Untersuchungshaft nicht. Insbesondere kommt eine sofortige Beschwerde nach § 311 StPO nicht in Betracht.

2. Basiswissen

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind im Recht der Untersuchungshaft relativ gering. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass es sich bei der Anordnung der Untersuchungshaft um einen gravierenden Grundrechtseingriff handelt und der Inhaftierte grundsätzlich jederzeit die Überprüfung der Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft verlangen kann. Daher sollte der Schriftsatz nicht mit einer Zulässigkeitsprüfung beginnen. Allerdings sind einige Besonderheiten bzw. Anforderungen an den Schriftsatz zu beachten:

a) Adressat / Zuständigkeit

In der Praxis ist die mündliche Haftprüfung der mit Abstand häufigste Rechtsbehelf, der gegen einen Haftbefehl ergriffen wird. Gemäß § 118 Abs. 1 StPO muss über eine Haftprüfung auf Antrag mündlich verhandelt werden. Die theoretisch denkbare schriftliche Haftprüfung spielt demgegenüber in der Praxis so gut wie keine Rolle. Der Schriftsatz richtet sich während des Ermittlungsverfahrens an das gemäß § 126 Abs. 1 StPO zuständige Gericht. In der Klausur dürfte dies fast immer das Amtsgericht, also der Ermittlungsrichter am Amtsgericht (vgl. § 162 StPO) sein, der den Haftbefehl erlassen hat. Sollte im Klausurfall bereits Anklage erhoben worden sein, richtet sich die Zuständigkeit nach § 126 Abs. 2 StPO. Der Schriftsatz ist dann an das Gericht zu richten, das mit der Sache befasst ist; d.h. bei dem die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben hat. Wird unmittelbar nachdem eine Haftprüfung beantragt wurde, Anklage erhoben oder teilt die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger mit, in Kürze Anklage zu erheben, sollte darum gebeten werden, den Haftprüfungsantrag an das zuständige Gericht weiterzuleiten bzw. mit der Haftprüfung zu warten, bis die Akten dem mit der Sache befassten Gericht vorliegen. Die einzige nennenswerte Auswirkung des Zuständigkeitswechsels ergibt sich aus § 118 Abs. 5 StPO. Die dort genannte Zweiwochenfrist beginnt mit Eingang der Akten beim zuständigen Gericht von Neuem. In diesem Zusammenhang sollte den Referendaren bekannt sein, dass Verstöße gegen § 118 Abs. 5 StPO nicht per se die Aufhebung des Haftbefehls zur Folge haben. Nur eklatante Verstöße gegen § 118 Abs. 5 SPO (**Beispiel:** die Akten konnten dem zuständigen Gericht über einen Zeitraum von ca. 3 Monaten nicht vorgelegt werden) rechtfertigen nach h.M. die Aufhebung des Haftbefehles.

Die Haftbeschwerde wird beim judex a quo eingelegt; also bei dem Gericht, das den Haftbefehl erlassen bzw. die Haftfortdauer in Anschluss an eine Haftprüfung angeordnet hat.

Dies folgt aus der Regelung in § 306 Abs. 1 StPO und der Möglichkeit der Abhilfe in § 306 Abs. 2 StPO. Für die dort geregelte Vorlagefrist von 3 Tagen gilt dasselbe wie für Verstöße gegen § 118 Abs. 5 StPO (vgl. zuletzt KG StV 2015,157 f.). Im Ermittlungsverfahren wird die Haftbeschwerde ebenfalls beim Ermittlungsrichter eingelegt; und zwar unabhängig davon, ob sich die Beschwerde gegen den Haftbefehl oder auch gegen den in Anschluss an eine Haftprüfung erlassenen Haftfortdauerbeschluss richtet. Hat hingegen die Haftprüfung bereits bei dem mit der Sache befassten Gericht - z.B. einer Großen Strafkammer - stattgefunden, ist auch dort die Haftbeschwerde einzulegen. Auch die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts richtet sich an das judex a quo, also nicht an das Oberlandesgericht bzw. das Kammergericht, das über die weitere Beschwerde entscheidet, wenn eine Abhilfe unterbleibt.

b) Wahl des "richtigen" Rechtsbehelfs

Ergibt sich aus dem Bearbeitervermerk nicht eindeutig, ob nach dem Gutachten eine Haftbeschwerde oder eine Haftprüfung begründet werden soll, sind einige Besonderheiten zu beachten:

Richtet sich der Rechtsbehelf gegen einen gemäß § 116 StPO außer Vollzug gesetzten Haftbefehl oder wird der Haftbefehl nicht vollzogen, weil der Mandant beispielsweise flüchtig ist oder gegen ihn eine Freiheitsstrafe in anderer Sache vollstreckt wird, ist die Haftprüfung unzulässig. Das folgt aus der Regelung in § 117 Abs. 1 StPO ("Solange der Beschuldigte in Untersuchungshaft ist, ..."). In diesen Fällen ist die Haftbeschwerde zu wählen, die sich dann gegen den Haftbefehl oder den Haftverschonungsbeschluss (§ 116 StPO) richtet.

Auch die Regelung in § 118 Abs. 3 StPO kann in der Klausur dazu führen, dass man sich für die Haftbeschwerde entscheidet. Zwar ist grundsätzlich jederzeit (vgl. § 117 Abs. 1 StPO) eine Haftprüfung zulässig, jedoch besteht ein Anspruch auf eine <u>weitere</u> mündliche Haftprüfung nicht beliebig oft, sondern nur dann, wenn die letzte Haftprüfung zwei Monate zurückliegt und sich der Mandant seit drei Monaten in Untersuchungshaft befindet.

Ist im Klausurfall ausnahmsweise bereis Anklage erhoben worden, sollte eine Haftprüfung beantragt werden (zur Zuständigkeit vgl. § 126 Abs. 2 StPO), weil nach herrschender Meinung Haftbeschwerden nach Anklageerhebung in Haftprüfungsanträge umgedeutet werden (vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, § 117, Rdnr. 12; zuletzt NStZ 2015,144/147).

Sollte sowohl eine Haftprüfung als auch eine Haftbeschwerde zulässig sein, sollte der Schriftsatz keine Überlegungen darüber beinhalten, warum sich der Bearbeiter für welchen Rechtsbehelf entschieden hat. Wichtig ist in diesen Fällen jedoch, dass zu Beginn des Schriftsatzes klar wird, ob eine Haftprüfung beantragt oder eine Haftbeschwerde eingelegt wird. Manchmal liest man in Klausuren lediglich die Formulierung:

"Ich beantrage, den Haftbefehl aufzuheben",

ohne den Rechtsbehelf zu bezeichnen. Das ist zwar nicht falsch, jedoch sollten die Referendare zeigen, welchen Rechtsbehelf sie einlegen wollen und dürfte sich die oben genannte Formulierung nachteilig auf die Bewertung der Klausur auswirken.

Überlegungen zur Wahl des Rechtsbehelfs sollten im prozessualen Teil des Gutachtens angestellt werden, wenn beide Rechtsbehelfe (Haftprüfung / Haftbeschwerde) zulässig sind. In den Klausuren liest man manchmal, die Haftprüfung ginge gemäß § 117 Abs. 2 StPO der Haftbeschwerde vor und deshalb werde eine Haftprüfung beantragt. Das ist so nicht richtig. § 117 Abs. 2 StPO regelt das Konkurrenzverhältnis, wenn beide Rechtsbehelfe eingelegt worden sind und sieht zur Vermeidung divergierender Haftentscheidungen den Vorrang der Haftprüfung vor. Die Regelung beinhaltet aber kein Argument dafür, generell eine Haftprüfung zu beantragen, wenn auch eine Haftbeschwerde zulässig ist. Stattdessen sollten sich die Referendare an folgenden Kriterien orientieren: Für eine Haftprüfung spricht, dass eine mündliche Verhandlung auf Antrag erzwungen werden kann, was bei einer Haftbeschwerde nicht möglich ist (vgl. § 309 Abs. 1 StPO). Soll im Haftprüfungstermin eine Einlassung des Mandanten erfolgen oder können neue Beweismittel im Termin präsentiert werden, sollte daher eine mündliche Haftprüfung beantragt werden. Für die Haftprüfung spricht auch, dass gegen den Haftfortdauerbeschluss die Haftbeschwerde eingelegt werden kann, der Mandant also einen Rechtsbehelf "verliert", wenn er sogleich Haftbeschwerde einlegt. Allerdings gibt es auch Argumente, die für eine Haftbeschwerde sprechen. In der Regel sind die vor dem Ermittlungsrichter stattfindenden Haftprüfungstermine kaum erfolgversprechend, wenn sie kurz nach Erlass des Haftbefehls vor demselben Ermittlungsrichter stattfinden, der den Haftbefehl erlassen hat. Hat sich die Beweislage zwischen Erlass des Haftbefehls und einem möglichen Haftprüfungstermin nicht geändert, spricht das dafür, sogleich Haftbeschwerde einzulegen. Darüber hinaus dürfte bei der Erörterung schwieriger Rechtsfragen - wenn es also nicht um die Tatsachen geht, die den dringenden Tatverdacht bzw. den Haftgrund begründen - eher eine Haftbeschwerde zu empfehlen sein, da das Beschwerdegericht - also in der Regel das Landgericht - eher zeitlich dazu in der Lage ist, komplexe Rechtsfragen ausführlich zu prüfen.

Es ist eine Frage der Verteidigungstaktik, ob man sich für eine Haftprüfung oder eine Haftbeschwerde entscheidet. Deshalb bietet sich diese Fragestellung für eine Anwaltsklausur an. Da es hinsichtlich der Wahl des Rechtsbehelfes kein richtig oder falsch gibt, sollten die Referendare in der Klausur zeigen, dass sie zum einen wissen, dass grundsätzlich beide Rechtsbehelfe zulässig sind und dass sie zum anderen mit nachvollziehbaren Argumenten begründen können, warum sie sich für welchen Rechtsbehelf entschieden haben.

3. Aufgabenstellung - Formalien und Gliederung - Anträge

In der "Haftklausur" wird den Referendaren der Haftbefehl zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus müssen die Beweismittel bekannt sein, die nach Ansicht der Staatsanwaltschaft und des Haftrichters den dringenden Tatverdacht und den Haftgrund begründen. Hiervon erfährt die Verteidigung in der Regel durch Gewährung von Akteneinsicht, so dass auch in der Haftklausur ein Antrag auf Akteneinsicht meistens nicht erforderlich sein wird. Sollte ausnahmsweise einmal keine oder nicht ausreichend Akteneinsicht gewährt worden sein, hat dies jedoch Auswirkungen auf die Verwertbarkeit von Beweismitteln im Haftprüfungs- und Haftbeschwerdeverfahren. Bei einer Entscheidung über die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls darf das Gericht nämlich nicht Aktenbestandteile verwerten, die dem Verteidiger vorenthalten worden sind. Nachdem zunächst die Rechtsprechung - in einzelnen sehr umstritten - ein Verwertungsverbot angenommen hat, wenn Beweismittel, die den dringenden Tatverdacht oder den Haftgrund begründen, der Verteidigung nicht bekannt gegeben worden waren, hat der Gesetzgeber dies - wenn auch nicht ausdrücklich als Verwertungsverbot - inzwischen gesetzlich geregelt (vgl. § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO).

Bislang wurde in den Haftklausuren immer eine Konstellation im Ermittlungsverfahren gewählt. Denkbar wäre jedoch auch, einen Fall nach Anklageerhebung, nach Eröffnung des Hauptverfahrens oder gar in der Hauptverhandlung (vgl. § 118 Abs. 4 StPO) zu schildern. Auswirkungen hätte dies in erster Linie auf die Frage der Zuständigkeit des Gerichts. Soll eine weitere Beschwerde begründet werden, muss den Referendaren im Aktenauszug der Verlauf und das Ergebnis des Haftbeschwerdeverfahrens geschildert werden.

Für die Haftklausur gilt, abweichend von der Plädoyerklausur: Sowohl die Delikte, hinsichtlich derer ein dringender Tatverdacht angenommen wird als auch die Haftgründe können vom Haftrichter ausgetauscht werden. Das bedeutet, dass das zuständige Gericht den dringenden Tatverdacht rechtlich abweichend vom Inhalt des Haftbefehls beurteilen kann und beispielsweise anstelle der Fluchtgefahr Verdunkelungsgefahr angenommen werden kann, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen. Außerdem kann der Haftbefehl um weitere prozessuale Taten erweitert werden. Dies hat zur Folge, dass man sich im Schriftsatz - wenn Anlass dazu besteht - auch mit Delikten, Taten und Haftgründen befassen muss, die im Haftbefehl nicht erwähnt werden.

Beispiel:

> Dem Mandanten wird im Haftbefehl eine Untreue im besonders schweren Fall vorgeworfen. Als Haftgrund wird Fluchtgefahr angenommen. Wenige Tage vor der mündlichen Haftprüfung wird dem Verteidiger von der Staatsanwaltschaft mitgeteilt, dass auch dringender Tatverdacht wegen eines Wohnungseinbruchsdiebstahls bestünde. Die hierzu vorliegenden Beweismittel werden dem Verteidiger nach ergänzender Akteneinsicht bekannt. In der Akte befindet sich außerdem ein Brief des Mandanten, in dem er einen Freund darum bittet, beweiserhebliche Unterlagen zu vernichten.

In einem solchen Fall müssten nach der Prüfung des dringenden Tatverdachtes wegen des Vorwurfs der Untreue weitere Überlegungen zu einem dringenden Tatverdacht gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB folgen. Außerdem würde es nicht genügen, als möglichen Haftgrund nur die Fluchtgefahr zu prüfen, sondern die Verteidigung müsste von sich aus auch auf den Haftgrund Verdunkelungsgefahr eingehen. Etwas anderes würde allerdings gelten, wenn nur der Verteidigung der Inhalt des Briefes bekannt wäre. Zwar darf ein solcher Brief selbstverständlich nicht aus der Haftanstalt mitgenommen und weitergeleitet werden, jedoch verbieten es die Schweigepflicht und der mit dem Mandat übernommene Schutzauftrag, der Staatsanwaltschaft bzw. dem Gericht Informationen zu liefern, die dem Mandanten schaden.

Die zu beachtenden Formalien stellen in der Haftklausur selten ein Problem dar. Wichtig ist natürlich, dass der Rechtsbehelf an das "richtige" Gericht adressiert wird. Dies wird regelmäßig (Ausnahmen: weitere Beschwerde / Rechtsbehelf nach Anklageerhebung) der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht sein. Wir empfehlen für diesen Standardfall alternativ - je nachdem ob Haftprüfung beantragt oder Haftbeschwerde eingelegt wird - folgende Formulierung.

Formulierungsvorschläge:

I. Haftbeschwerde

Rechtsanwältin Tanja Stein
Badensche Straße 14
10715 Berlin

An das
Amtsgericht Tiergarten
- Ermittlungsrichter -
10548 Berlin

In dem Ermittlungsverfahren
./. Kantich, Peter
- Az.: 353 Gs 72/15 -

lege ich gegen den Haftbefehl des Amtsgerichts Tiergarten vom 20.01.2016

Haftbeschwerde

ein und beantrage,

den Haftbefehl aufzuheben, hilfsweise außer Vollzug zu setzen.

Begründung:

I.

Hinsicht der im Haftbefehl genannten Delikte kann lediglich wegen einer einfachen Körperverletzung ein dringender Tatverdacht angenommen werden:

(Prüfung des dringenden Tatverdachtes)

II.

Die Bejahung des Haftgrundes Fluchtgefahr ist nicht mehr vertretbar. Dies ergibt sich aus der Gesamtwürdigung sämtlicher für die Prüfung der Fluchtgefahr relevanten Umstände und insbesondere aus der erheblich gesunkenen Straferwartung. Während im Haftbefehl noch unzutreffend von einem dringenden Tatverdacht wegen mehrerer Verbrechen; nämlich einem räuberischen Angriff auf Kraftfahrer und einer schweren Erpressung ausgegangen worden ist, kann mein Mandant im Falle einer Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung mit einem Geldstrafe rechnen. Dies stellt keine fluchtanreizbietende Bestrafung dar (...)

III.

Sollte das Gericht wider Erwarten auch einen dringenden Tatverdacht wegen einer schweren Erpressung und deshalb auch eine Fluchtgefahr bejahen, kann der Zweck der Untersuchungshaft durch eine Meldeauflage nach § 116 Abs. 1 Nr. 1 StPO erreicht werden (...)

I. Haftprüfung

Rechtsanwältin Tanja Stein
Badensche Straße 14
10715 Berlin

An das

Amtsgericht Tiergarten
- Ermittlungsrichter -
10548 Berlin

In dem Ermittlungsverfahren
./. Kantich, Peter
- Az.: 353 Gs 72/15 -

beantrage ich, eine

mündliche Haftprüfung

durchzuführen, in der ich beantragen werde,

den Haftbefehl des Amtsgerichts Tiergarten vom 20.01.2016 aufzuheben, hilfsweise außer Vollzug zu setzen.

Begründung:

I.-III.

(siehe Haftbeschwerde)

Wir empfehlen, die *mündliche* Haftprüfung ausdrücklich zu beantragen, weil nur bei einem entsprechenden Antrag auch ein Anspruch auf eine mündliche Haftprüfung besteht (§ 118 Abs. 1 StPO). Der Antrag nach § 116 StPO sollte nicht reflexartig gestellt werden. Insbesondere hinterlässt es keinen guten Eindruck, wenn der Antrag gestellt wird, obwohl hinsichtlich sämtlicher Delikte *eindeutig* ein dringender Tatverdacht und / oder ein Haftgrund verneint wird. Denn der Ermittlungsrichter hat nur Veranlassung, sich mit Auflagen im Sinne des § 116 StPO zu befassen, wenn er einen dringenden Tatverdacht und einen Haftgrund bejaht. Außerdem sollte der Antrag, der sicher häufig angebracht ist, auch begründet werden. Konkrete Auflagen sollte man sich nicht ausdenken - das gilt insbesondere für eine Sicherheitsleistung - sondern nur erwähnen, wenn der Sachverhalt

hierfür Anhaltspunkte bietet. In einem solchen Fall können sie auch in den Antrag aufgenommen werden.

In der Haftklausur sind weitere Anträge unüblich. Teilweise wird von den Referendaren angeführt, es werde darauf bestanden, dass die in den §§ 118 Abs. 5, 306 Abs. 2 StPO genannten Fristen beachtet werden. Unseres Erachtens ist dieser Hinweis überflüssig. Die Fristen ergeben sich aus dem Gesetz und die Folgen einer Nichteinhaltung dieser Fristen bleibt - leider - nach h.M. fast immer ohne Folgen. Zu denken wäre noch an einen Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Dieser Antrag ist deshalb eine Besonderheit, weil in der Regel die Beiordnung erst nach Anklageerhebung erfolgt. Nach § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO ist ein Verteidiger jedoch unverzüglich beizuordnen, wenn die Untersuchungshaft vollstreckt wird. Der Antrag sollte jedoch nur gestellt werden, wenn sich aus dem Sachverhalt Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Mandant dies möchte. Gemäß § 307 Abs. 2 StPO besteht die Möglichkeit, dass im Beschwerdeverfahren die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung - also des Haftbefehls - ausgesetzt wird. Der Verteidiger kann dies selbstverständlich in seinem Schriftsatz auch beantragen. Allerdings sollte auch dieser Antrag, der in der Praxis aus Sicht der Verteidigung selten eine Rolle spielt, nur gestellt werden, wenn sich aus dem Sachverhalt Anhaltspunkte hierfür ergeben. In der Regel wird ein Beschwerdegericht, das Zweifel an der Aufrechterhaltung eines Haftbefehles hat, umgehend eine Entscheidung treffen, so dass eine Aussetzung des Vollzuges nicht erforderlich wird. Als Beispielsfall für einen Antrag nach § 307 Abs. 2 StPO könnte man den Klausurfall ggf. so gestalten, dass das Beschwerdegericht dem Verteidiger mitteilt, es werde erst nach der Erhebung weiterer Beweise eine Entscheidung über die Beschwerde treffen.

VI. Die Strafbefehlsklausur

In der Strafbefehlsklausur geht es nach der umfassenden Begutachtung des Sachverhaltes zunächst darum, Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen, soweit dies nicht ausnahmsweise durch den Mandanten oder den Verteidiger bereits geschehen ist. In diesem Zusammenhang kann die Zustellung des Strafbefehls problematisch sein und muss ggf. ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt werden. Anschließend ist der Einspruch zu begründen. Hierfür ist es erforderlich, dass dem Verteidiger der Strafbefehl und die Beweismittel, die den hinreichenden Tatverdacht aus Sicht des Strafrichters und der Staatsanwaltschaft begründen, zur Verfügung gestellt werden. Im Regelfall wird der Mandant dem Verteidiger den Strafbefehl aushändigen und dieser nach seiner Mandatierung Akteneinsicht beantragen. Dem Aktenauszug werden folglich die Aktenbestandteile beigefügt sein, die zur Prüfung des hinreichenden Tatverdachtes erforderlich sind. Da der Bearbeitervermerk zumeist den Hinweis beinhaltet, dass derzeit keine weiteren Informationen erlangt werden können, soll an dieser Stelle nochmals vor unnötigen Spekulationen gewarnt werden, die sich nachteilig auf die Bewertung auswirken können. Es ist davon auszugehen, dass dem Verteidiger die zentralen Beweismittel bekannt

sind und darüber hinaus keine weiteren Beweismittel existieren, die für die Prüfung des Tatverdachtes von Bedeutung sind.

Da es in der Begründung des Einspruchs gegen den Strafbefehl um eine Prognose hinsichtlich der Verurteilungswahrscheinlichkeit geht und das Verschlechterungsverbot im Strafbefehlsverfahren nicht gilt, muss aus anwaltlicher Sicht entschieden werden, ob die Durchführung des Einspruchs Erfolg verspricht. Der Verteidiger wird dem Mandanten nur raten, gegen den Strafbefehl vorzugehen, wenn in Anschluss an eine Hauptverhandlung mit einem "besseren" Ergebnis für den Mandanten zu rechnen ist. Dies ist der Fall:

- wenn nach einer Hauptverhandlung mit einem Freispruch, Teilfreispruch oder einer Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses zu rechnen ist,
- wenn im Strafbefehl Delikte aufgeführt sind, hinsichtlich derer nach einer Hauptverhandlung nicht mit einer Verurteilung zu rechnen ist,
- wenn anstatt der im Strafbefehl genannten Delikte mit einer Verurteilung wegen anderer Delikte zu rechnen ist, die jedoch eine geringere Strafe zur Folge haben würden und / oder
- wenn Strafzumessungskriterien von der Staatsanwaltschaft und dem Strafrichter übersehen worden sind.

Letzteres dürfte eher selten der Fall sein. Hierzu ein **Beispiel:**

Dem Mandanten war vorgeworfen worden, 200,00 € aus dem Portemonnaie eines Gastwirtes entwendet und in seine Hosentasche gesteckt zu haben. Nachdem der Gastwirt bemerkte, dass das Geld fehlte und er den Mandanten darauf ansprach, war diesem der Vorfall sehr unangenehm, gestand er die Tat und gab unverzüglich das Geld zurück.

Selbstverständlich wirkte sich dieses Verhalten auf die Strafzumessung aus; jedoch konnte unterstellt werden, dass der Strafrichter und die Staatsanwaltschaft dies berücksichtigt hatten, weil sich der Sachverhalt aus der in der Akte befindlichen Zeugenaussage des Gastwirtes ergab. Auch die für den Diebstahl im Strafbefehl festgesetzte Einzelstrafe deutete nicht darauf hin, dass Strafzumessungsaskepte übersehen worden waren. Es war daher kaum hilfreich, dem Mandanten zu raten, hinsichtlich des Diebstahls an dem Geld Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen. Nebenbei bemerkt: Ein Rücktritt vom Versuch schied aufgrund der Vollendung der Tat aus. In der Anwaltsklausur soll nicht im Interesse des Mandanten das materielle Strafrecht "umgedeutet" werden; sondern der Fall rechtlich realistisch eingeschätzt werden.

Waren strafmildernde Umstände dem Strafrichter bei Erlass des Strafbefehls hingegen unbekannt, kann dies natürlich dafür sprechen, Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen.

Beispiel:

Der Mandant teilt seiner Verteidigerin nach Erlass des Strafbefehles mit, er sei von einem Dritten unter Androhung von Schlägen zu der Tat gezwungen worden und dies könne bewiesen werden.

Für Referendare stellt sich mintunter die Frage, ob sie in der Begründung des Einspruchs einen hinreichenden Tatverdacht oder die Strafbarkeit prüfen sollen. Zwar wird bereits bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachtes der Strafbefehl vom Strafrichter erlassen (vgl. § 408 Abs. 2 StPO). Allerdings wird nach dem Einspruch die Hauptverhandlung anberaumt, in der es dann um die Strafbarkeit des Mandanten geht. Referendare sollten durch geschickte Formulierungen zeigen, dass ihnen die Grundzüge des Strafbefehlsverfahren bekannt sind.

Formulierungsvorschläge:

I.

Die in Anschluss an den Einspruch gegen den Strafbefehl anzuberaumende Hauptverhandlung wird ergeben, dass sich mein Mandant wegen keiner der Vorwürfe in dem Strafbefehl strafbar gemacht hat => Prüfung der Strafbarkeit

II.

Der Strafbefehl ist zu Unrecht erlassen worden, weil die Auswertung der vorliegenden Beweismittel ergibt, dass hinsichtlich keiner der vorgeworfenen Taten ein hinreichender Tatverdacht angenommen werden kann => Prüfung des hinreichenden Tatverdachtes (...)

Die nunmehr anzuberaumende Hauptverhandlung wird daher voraussichtlich zum Freispruch meines Mandanten führen.

Falsch wäre es, im Schriftsatz einen Freispruch ausdrücklich zu beantragen oder - auch das ist schon vorgekommen - die Aufhebung des Strafbefehls zu beantragen. Derartige Anträge sprechen dafür, dass dem Bearbeiter der Gang des Strafbefehlsverfahrens unbekannt ist. Sie dürften sich sehr nachteilig auf die Bewertung auswirken. Nur eine Anklage könnte von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen werden. Der von einem Richter unterschriebene Strafbefehl entspricht im Strafbefehlsverfahren jedoch dem Eröffnungsbeschluss, wenn rechtzeitig Einspruch eingelegt wird, so dass nur noch eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 153 ff. StPO oder den §§ 205, 206 a StPO möglich ist.

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Strafbefehle müssen dem Mandanten oder ggf. dem Verteidiger zugestellt werden. Für die ordnungsgemäße Zustellung gelten gemäß § 37 Abs. 1 StPO die Regelungen der ZPO; also die §§ 166 ff. ZPO. Von der ordnungsgemäßen Zustellung hängt der Beginn der zweiwöchigen Einspruchsfrist ab. Die Strafbefehlsklausur eignet sich aus diesem Grund besonders gut, um Probleme im Zusammenhang mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu prüfen.

Bevor ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Schriftsatz gestellt wird, sollten sich die Bearbeiter der Klausur jedoch mit der Frage befassen, ob der Antrag erforderlich ist. War die Zustellung des Strafbefehls eindeutig unwirksam, sollte auf den Antrag verzichtet werden und im Schriftsatz lediglich dargestellt werden, warum die Zustellung unwirksam war. Immerhin müsste der Antrag im Schriftsatz später begründet werden und das kostet Zeit. Wenn die Wirksamkeit der Zustellung jedoch lediglich zweifelhaft ist, sollte unseres Erachtens hilfsweise aus anwaltlicher Vorsicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden.

Die Probleme im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit der Zustellung eines Strafbefehls können und sollen an dieser Stelle nicht vollständig dargestellt werden. Examensrelevant waren bislang insbesondere die Ersatzzustellung nach § 178 ZPO, der Begriff der Wohnung bei inhaftierten Mandanten (Lebensmittelpunkt ist in diesen Fällen die Justizvollzugsanstalt) und § 37 Abs. 3 StPO analog, der nach h.M. auch im Strafbefehlsverfahren die Zustellung einer Übersetzung des Strafbefehls an einen der deutschen Sprache nicht mächtigen Mandanten verlangt, so dass eine Zustellung eines nicht übersetzten Strafbefehls unwirksam ist und die Einspruchsfrist nicht in Gang gesetzt wird. Außerdem sollte Referendaren das Problem der Doppelzustellung bekannt sein. Zwar dient die Regelung in § 145 a StPO dazu, Doppelzustellungen - also eine Zustellung an den Verteidiger und den Mandanten - zu vermeiden, kommt es jedoch versehentlich dennoch zu einer Doppelzustellung, richtet sich die Berechnung der Einspruchsfrist nach der zuletzt bewirkten Zustellung (§ 37 Abs. 2 StPO).

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird im Strafbefehlsverfahren bei dem Strafrichter beantragt, der den Strafbefehl erlassen hat (§§ 410 Abs. 1, 45 Abs. 1 StPO). Daher ist es unproblematisch und auch wünschenswert, dass in einem Schriftsatz sowohl der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt als auch der Einspruch gegen den Strafbefehl begründet wird. Die Besonderheit des Schriftsatzes besteht - soweit ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird - darin, dass zunächst ein Sachverhalt zu schildern ist, der es dem Strafrichter ermöglicht, die Voraussetzungen (Versäumen der Einspruchsfrist / kein Verschulden / Wegfall des Hindernisses / Einhaltung der Wochenfrist / Nachholen der versäumten Handlung innerhalb der Antragsfrist) für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu prüfen. Darüber hinaus ist dieser Sachverhalt glaubhaft zu machen (§ 45 Abs. 2 Satz 1 StPO).

Als Mittel zur Glaubhaftmachung des Sachverhaltes kommen in der Regel eidesstattliche Versicherungen in Betracht. Ob solche Versicherungen existieren, wird im Aktenauszug

mitgeteilt. In der Klausur sollte folglich nicht unterstellt werden, dass eidesstattliche Versicherungen vorhanden sind, die im Aktenauszug nicht erwähnt werden. Eidesstattliche Versicherungen des Beschuldigten sind im Strafverfahren kein zulässiges Mittel zur Glaubhaftmachung. Sie sind als schlichte Erklärungen anzusehen und können nur ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn dem Beschuldigten eine anderweitige Glaubhaftmachung ohne eigenes Verschulden nicht möglich ist.

Zur Glaubhaftmachung können auch Schriftstücke (z.B. Fahrkarten, Rechnungen etc.) eingereicht werden. Schließlich können Rechtsanwälte einen Sachverhalt, der Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung war, anwaltlich versichern. Dies spielt insbesondere bei der Frage des unverschuldeten Versäumens der Einspruchsfrist eine Rolle. Da anwaltliches Verschulden im Strafprozess dem Beschuldigten nicht zugerechnet wird - eine dem § 85 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung existiert in der Strafprozessordnung nicht - kann im Schriftsatz ohne weiteres mitgeteilt und glaubhaft gemacht werden, dass der Verteidiger schuldhaft die Einspruchsfrist versäumt hat.

Formulierungsvorschläge zur Glaubhaftmachung:

> Vom 15.01.2016 bis 30.01.2016 war mein Mandant verreist und hielt sich in Paris auf, so dass er erst nach seiner Rückkehr am 31.01.2016 den Inhalt des Strafbefehls zur Kenntnis nahm.
>
> **Glaubhaftmachung:**
>
> 1. Eidesstattliche Versicherung der Karin Stein vom 17.02.2016
> 2. Flugtickets über Hin- und Rückflug Berlin - Paris für zwei Personen vom 04.01.2016

> Am 01.02.2016 suchte mein Mandant mich in meiner Kanzlei auf und übergab mir den Strafbefehl. Ich sicherte ihm zu, alles Erforderliche zu veranlassen. Nach der Besprechung legte ich versehentlich einen Stapel Akten auf den Strafbefehl und fand ihn erst am 12.02.2016 wieder. Der vorstehende Sachverhalt wird anwaltlich versichert.

Grundsätzlich können also Mittel zur Glaubhaftmachung im Schriftsatz, ähnlich wie Beweismittel in einer zivilrechtlichen Klage, bezeichnet werden. Da es sich bei der anwaltlichen Versicherung jedoch nicht um ein gesondertes Schriftstück handelt, genügt es insoweit, wenn die anwaltliche Versicherung unmittelbar im Schriftsatz erklärt wird.

2. Aufbau des Schriftsatzes / insbesondere: Beschränkung des Einspruchs

Der Einspruch und ggf. der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand richtet sich an das Amtsgericht (Strafrichter). Bis auf einen evtl. erforderlichen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sind keine Anträge erforderlich. Allerdings kann auch in der Strafbefehlsklausur angeregt werden, das Verfahren beispielsweise nach den §§ 153, 153 a, 154, 154 a StPO einzustellen.

Formulierungsvorschlag (Antrag auf Wiedereinsetzung + unbeschränkter Einspruch):

Rechtsanwältin Tanja Stein
Badensche Straße 14
10715 Berlin

An das
Amtsgericht Tiergarten
- Strafrichter -
10548 Berlin

In dem Strafbefehlsverfahren
./. Kantich, Peter
- Az.: 224 Cs 170/14 -

beantrage ich die

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

und lege ich

Einspruch

gegen den am 15.01.2016 zugestellten Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten ein.

Begründung:

I.
Mein Mandant hat die Einspruchsfrist unverschuldet versäumt und innerhalb der einwöchigen Antragsfrist die versäumte Handlung nachgeholt:

Schilderung und Glaubhaftmachung eines Sachverhaltes, der dem Strafrichter die Prüfung der §§ 44 Satz 1, 45 StPO (Wann wurde der Strafbefehl zugestellt? - Wann endete die Einspruchsfrist? - Warum wurde diese unverschuldet versäumt? - Wann ist das Hindernis weggefallen? - Bis wann konnte der Einspruch nachgeholt werden?) ermöglicht.

II.
Hinsichtlich sämtlicher im Strafbefehl genannter Taten kann auf Grund des aktuellen Stands der Ermittlungen kein hinreichender Tatverdacht bejaht werden:
Prüfung der Im Strafbefehl genannten Delikte. Liegen Verfahrenshindernisse vor? Sind die Voraussetzungen des Straftatbestandes erfüllt? Ist der strafbare Sachverhalt beweisbar (Beweisverwertungsverbote? Beweiswürdigungsfragen?)

Die nunmehr anzuberaumende Hauptverhandlung wird daher voraussichtlich zum Freispruch meines Mandanten führen.

Rechtsanwalt

Anmerkung: In den Klausurlösungen wird manchmal zwischen der Zulässigkeit (§ 45 Abs. 1 StPO) und Begründetheit (§ 44 Satz 1 StPO) des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unterschieden. Nach unserer Auffassung ist das nicht erforderlich, da sich rechtlich keine abweichenden Konsequenzen ergeben. Für die Verteidigung ist es letztlich unerheblich, ob der Antrag als unzulässig oder unbegründet verworfen wird (vgl. § 46 Abs. 3 StPO). In beiden Fällen ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Eine Besonderheit in der Strafbefehlsklausur ergibt sich aus der Möglichkeit, den Einspruch auf bestimmte Beschwerdepunkte zu beschränken (vgl. § 410 Abs. 2 StPO). Insoweit findet die Trennbarkeitsformel Anwendung, nach der eine Beschränkung des Einspruchs nur möglich ist, wenn eine von dem nicht angegriffenen Teil des Strafbefehls unabhängige

tatsächliche und rechtliche Würdigung des Beschwerdepunktes möglich ist. Unproblematisch ist daher die Beschränkung eines Einspruchs auf einzelne Taten im prozessualen und/oder materiellen Sinn (zu den wenigen Ausnahmen wie. z.B. § 323 a StGB vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, § 318 Rdn. 9 ff.). In der Regel wird auch eine Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch zulässig sein und kann bei der Geldstrafe eine Beschränkung auf die Tagessatzhöhe (vgl. § 40 StGB) oder die Tagessatzanzahl erfolgen. Interessant für die Anwaltsklausur ist in diesem Zusammenhang die Regelung in § 411 Abs. 1 Satz 3 StPO, der bei einer Beschränkung des Einspruchs auf die Tagessatzhöhe eine Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss ermöglicht, wenn die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft dieser Vorgehensweise zustimmen, was in der Praxis regelmäßig der Fall sein dürfte, da für die Entscheidung des Gerichts "nur noch" die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten relevant sind. Ein weiterer Vorteil für den Mandanten besteht darin, dass bei einer Beschränkung des Einspruchs auf die Tagessatzhöhe ausnahmsweise das Verschlechterungs-verbot im Strafbefehlsverfahren gilt.

Mit der Trennbarkeitsformel nicht vereinbar ist die Beschränkung des Einspruchs auf einzelne Tatbestandsmerkmale, Strafmilderungsgründe oder Delikte, die tateinheitlich verwirklicht worden sein sollen. Letzteres gilt selbst dann, wenn im Strafbefehl versehentlich unzutreffend von Tatmehrheit ausgegangen worden ist. Im Einzelnen sehr umstritten ist die Frage, ob ein Einspruch auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und auf Maßregeln der Besserung und Sicherung beschränkt werden kann. Klausurrelevant dürften insoweit insbesondere das Fahrverbot (§ 44 StGB) und die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) sein. Waren charakterliche Mängel ausschlaggebend für die Entziehung der Fahrerlaubnis, wird eine Beschränkung des Einspruchs auf die Überprüfung der Maßregel überwiegend als unzulässig angesehen. Etwas anderes soll gelten, wenn körperliche oder geistige Mängel zur Entziehung der Fahrerlaubnis geführt haben, da diese Mängel losgelöst von den verwirklichten Straftaten beurteilt werden können. Eine Beschränkung des Einspruchs auf das Fahrverbot, wird nach ganz herrschender Meinung wegen des engen Zusammenhangs der Anordnung mit der verwirklichten Straftat als unzulässig angesehen. Die Möglichkeit, ein Rechtsmittel auf die Überprüfung der Strafaussetzung zur Bewährung zu beschränken, spielt für die Strafbefehlsklausur keine Rolle, da im Strafbefehlsverfahren keine Freiheitsstrafe ohne Bewährung verhängt werden kann (vgl. § 407 Abs. 2 StPO) und die Verteidigung kein Interesse daran haben kann, in der Hauptverhandlung nur die Bewährungsentscheidung überprüfen zu lassen.

In den Klausuren geht es regelmäßig um die Beschränkung des Einspruchs auf bestimmte Taten. Ausnahmsweise könnte auch einmal eine Beschränkung auf den Rechtsfolgen-ausspruch in Betracht kommen. Beachtet werden sollte, dass die oben genannten Vorteile der Regelung in § 411 Abs. 1 Satz 3 StPO dem Mandanten natürlich kaum weiterhelfen, wenn ohnehin auf Grund anderer Taten eine Hauptverhandlung stattfinden muss.

Beispiel:

Dem Mandanten wird im Strafbefehl vorgeworfen am 05.05.2015 eine Urkundenfälschung in Tatmehrheit mit einer Sachbeschädigung, am 19.07.2015 einen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit einer Körperverletzung, am 26.07.2015 eine Unfallflucht und am 09.08.2015 eine Strafvereitelung begangen zu haben. Die Prüfung anhand der Ermittlungsergebnisse führt aus Sicht der Verteidigung dazu, dass kein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der Urkundenfälschung, der Körperverletzung und der Unfallflucht vorliegt. Außerdem wird die Einzelstrafe - was die Tagessatzhöhe betrifft - für die verwirklichte Strafvereitelung als zu hoch angesehen.

Formulierungsbeispiel für die Beschränkung des Einspruchs:

(...) lege ich Einspruch gegen den am (...) zugestellten Strafbefehl ein. Hinsichtlich der Tat vom 05.05.2015 wird der Einspruch auf den Vorwurf der Urkundenfälschung und hinsichtlich der Tat vom 09.08.2015 auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt.

(Anmerkung: Damit ist klargestellt, dass hinsichtlich der übrigen Taten vom 19.07. und 26.07.2015 keine Beschränkung erfolgt ist. Eine Beschränkung auf den Vorwurf der Körperverletzung war wegen der tateinheitlichen Begehung nicht möglich, so dass im Schriftsatz kurz der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte eingeräumt werden sollte. Unseres Erachtens empfiehlt es sich nicht, den Einspruch hinsichtlich der Tat vom 09.08.2015 ausdrücklich auf die Tagessatzhöhe zu beschränken, auch wenn die festgesetzte Tagessatzanzahl nicht beanstandet werden soll.

Abzuraten ist von der Formulierung:

Hiermit lege ich *teilweise* Einspruch gegen den Strafbefehl ein.

Außerdem unterlaufen den Referendaren bei der Beschränkung des Einspruchs manchmal folgende Ungenauigkeiten:

..beschränke ich den Einspruch auf den Rechtsfolgenausspruch und die Tagessatzhöhe.

Diese Formulierung ist missverständlich. Wenn der Einspruch auf die Tagessatzhöhe beschränkt wird, geht daraus hervor, dass die Tagessatzanzahl nicht mehr vom Gericht überprüft werden soll. Die Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch sollte daher nur vorgenommen werden, wenn die Rechtsfolge insgesamt in einer Hauptverhandlung überprüft werden soll, der Tatvorwurf jedoch eingeräumt wird.

Die Formulierung:

> ...beschränke ich den Einspruch auf die Tagessatzhöhe und die Tagesatzanzahl.

ist ungeschickt, da in diesem Fall sogleich eine Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch insgesamt erfolgen kann.

Es wirkt sich nachteilig auf die Bewertung der Klausur aus, wenn die Beschränkung des Einspruchs nicht zu den Ausführungen im Schriftsatz passt. Wer den Einspruch auf die Tagessatzhöhe beschränkt, sollte auf gar keinen Fall im Schriftsatz Überlegungen zur Strafzumessung anstellen und wer durch die Beschränkung des Einspruchs auf bestimmte prozessuale Taten zeigt, dass hinsichtlich einiger Taten keine Beweisaufnahme mehr stattfinden soll, sollte die Taten, hinsichtlich derer kein Einspruch eingelegt wird, im Strafbefehl nicht prüfen, sondern diese allenfalls erwähnen, soweit nach der Hauptverhandlung eine Gesamtstrafenbildung erforderlich ist. So könnte man in dem oben genannten Beispiel den Schriftsatz mit der Formulierung beenden:

> Nach einer Hauptverhandlung wird mein Mandant folglich wegen der Tat vom 29.07.2015 freizusprechen sein und voraussichtlich wegen der verwirklichten Sachbeschädigung jeweils in Tatmehrheit mit einem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und einer Strafvereitelung eine neue - erheblich niedrigere - Gesamtstrafe zu bilden sein.

Nach unserer Einschätzung hat die Strafbefehlsklausur den Vorteil, dass durch eine sachgerechte Beschränkung des Einspruchs besonders gut vermieden werden kann, dass bereits ausführlich im Gutachten erfolgte Prüfungen im Schriftsatz wiederholt werden. Denn die Begründung des Schriftsatzes beschränkt sich auf die Prüfung derjenigen Taten, hinsichtlich derer Einspruch eingelegt worden ist, da der Strafbefehl mitsamt den verhängten Einzelstrafen teilweise - nämlich soweit der Einspruch beschränkt worden ist - rechtskräftig wird. Folglich ist die Erörterung von Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit den Taten stehen, hinsichtlich derer kein Einspruch eingelegt worden ist, nur im vorangegangenen Gutachten erforderlich. Außerdem lassen sich in einer Strafbefehlsklausur weitere anwaltsspezifische Aspekte abprüfen:

Im Strafbefehlsverfahren gilt das Verbot der Schlechterstellung nicht (vgl. § 411 Abs. 4 StPO). In Anschluss an eine Beweisaufnahme, kann folglich eine Verurteilung zu einer höheren Strafe und/oder wegen anderer Delikte erfolgen. Die Aufgabe in der Klausur besteht daher darin, nur im Interesse des Mandanten - also häufig beschränkt - Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen. Ergibt die Prüfung, dass eine Tat im Strafbefehl für den Mandanten

rechtlich unzutreffend, aber für ihn günstig bewertet worden ist, weil beispielsweise die Verwirklichung eines Regelbeispiels übersehen wurde oder anstatt einer tatsächlich vorliegenden Mittäterschaft von Beihilfe ausgegangen wird, wäre es interessenwidrig insoweit Einspruch einzulegen.

Die Begründung für die Beschränkung des Einspruchs ergibt sich folglich aus der vorangegangenen gutachterlichen Prüfung des Sachverhaltes. Man kann also sagen, dass das Gutachten in der Strafbefehlsklausur häufig die Begründung für die Beschränkung des Einspruchs liefert. Wir halten es daher für sinnvoll und empfehlen, die Konsequenzen des Gutachtens für die Beratung des Mandanten vor der Anfertigung des Schriftsatzes kurz zusammenzufassen.

Formulierungsvorschlag:

> Was die Taten vom 03.02.2016 und 07.03.2016 betrifft, wurde dem Mandanten von einem Einspruch gegen den Strafbefehl abgeraten und dieser entsprechend beschränkt. Dies war erforderlich, weil das Verbot der Schlechterstellung im Strafbefehlsverfahren gemäß § 411 Abs. 4 StPO nicht gilt und hinsichtlich der genannten Taten nach einer Beweisaufnahme mit einer schwereren Bestrafung zu rechnen wäre.

C) Das Plädoyer

Die auf den Seiten 6 - 11 geschilderten Grundsätze zur anwaltlichen Leistung und zum Verteidigungsziel gelten sinngemäß auch für das Plädoyer.

1. Aufgabenstellung

Die Aufgabe in der Plädoyerklausur besteht darin, ein Plädoyer zu verfassen und in Anschluss daran, in einem ergänzenden Gutachten diejenigen Rechtsfragen gutachterlich zu prüfen, für deren Erörterung im Plädoyer aus anwaltlicher Sicht keine Veranlassung besteht (vgl. dazu Seiten 46-47). Der einer Plädoyerklausur zugrundeliegende Aktenauszug beinhaltet eine Anklageschrift. Darüber hinaus muss den Referendaren der Inhalt der Beweisaufnahme mitgeteilt werden. Denn eine Verurteilung kann nur anhand der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise erfolgen. In der Klausur scheint dies manchen Referendaren nicht klar zu sein. Deshalb auch hierzu ein kurzes **Beispiel**:

> Ein Zeuge hat im Ermittlungsverfahren eine Aussage bei der Polizei gemacht und ist vor der Hauptverhandlung verstorben. Daher wird das Protokoll über die polizeiliche

Vernehmung in der Hauptverhandlung im Wege des Urkundenbeweises gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen.

Im Plädoyer sollte man daher nicht von der Aussage des Zeugen sprechen, sondern von dem Protokoll über die Vernehmung. Nur dieses kann Grundlage einer Verurteilung sein. Die Unterscheidung ist durchaus von Bedeutung, weil der Zeuge in der Hauptverhandlung von der Verteidigung nicht befragt werden konnte und der verlesenen Vernehmung ein geringerer Beweiswert zukommt, als einer Vernehmung des Zeugen in der Verhandlung (vgl. § 250 StPO / Grundsatz der Unmittelbarkeit).

Der Inhalt der Beweisaufnahme wird entweder durch eine Mitschrift des Verteidigers oder den Abdruck des Protokolls (vgl. § 273 StPO) mitgeteilt. Nach unserer Erfahrung neigt das GJPA dazu, den Referendaren eine Mitschrift des Verteidigers zur Verfügung zu stellen. Sollte ausnahmsweise einmal das Protokoll abgedruckt sein, was bei einer Verhandlung vor einer Großen Strafkammer nicht sinnvoll ist, weil dort der Inhalt von Zeugenvernehmungen nicht protokolliert wird (vgl. § 273 Abs. 2 StPO), sollten sich die Referendare nicht mit den formalen Anforderungen an das Hauptverhandlungsprotokoll befassen und dort nach Fehlern suchen. Das Hauptverhandlungsprotokoll dient dem Revisionsgericht als Beweisgrundlage. Nur in der Revisionsinstanz hat es positive und negative Beweiskraft (vgl. § 274 StPO). Für die Plädoyerklausur spielt das jedoch keine Rolle. Es soll den Referendaren nur mitgeteilt werden, was sich in der Hauptverhandlung ereignet hat; insbesondere welche Beweise mit welchem Inhalt erhoben worden sind. Auch hierzu ein **Beispiel:**

Aus dem Protokoll ergibt sich, dass der Vorsitzende Richter während der Beweisaufnahme gesagt hat, dass er den Angeklagten auf jeden Fall verurteilen werde, egal was hier noch für Anträge von der Verteidigung gestellt würden. Der Verteidiger nimmt das zum Anlass, unverzüglich (vgl. § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO) einen Befangenheitsantrag zu stellen, der vom Gericht als unzulässig verworfen wird (vgl. § 26 a StPO).

Für das Plädoyer ist dieser Vorgang bedeutungslos. Es ist nur zu erörtern, ob sich der Mandant aufgrund der erhobenen Beweise strafbar gemacht hat und wie er ggf. zu bestrafen ist. In einem Gutachten über die Erfolgsaussichten einer Revision, wäre selbstverständlich ein absoluter Revisionsgrund zu prüfen (§ 338 Nr. 3 StPO) und könnte durch das Protokoll bewiesen werden, dass rechtzeitig ein Befangenheitsantrag gestellt worden ist, der als unzulässig verworfen wurde. Für das Plädoyer spielt das aber keine Rolle.

Schließlich wird den Referendaren regelmäßig noch der Antrag der Staatsanwaltschaft mitgeteilt, die - fast immer - eine Verurteilung wegen sämtlicher Anklagepunkte in der Anklageschrift verlangt. Es ist die Aufgabe der Verteidigung, diesem Antrag entgegenzutreten, was voraussetzt, dass in die Klausur prozessuale und materiell-rechtliche Fehler eingebaut sind. Die Anklageschrift und die Beweisaufnahme müssen daher von den

Referendaren kritisch gelesen werden. Bei der Korrektur von Klausuren entsteht manchmal der Eindruck, einige Referendare würden sich nicht trauen, einer Anklageschrift zu widersprechen. Für das anwaltliche und klausurtaktische Denken ist das natürlich der falsche Ansatz.

2. Aufbau - Gliederung - Formalien

Die formalen Anforderungen an das Plädoyer der Verteidigung sind gering. Es sollte in wörtlicher Rede verfasst werden. Das soll dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass Gliederungszeichen im Text unterbleiben (Bsp.: A., I., 1., a), aa) usw.). Außerdem beginnt das Plädoyer mit der Anrede (Bsp.: "Hohes Gericht, sehr geehrte Frau Staatsanwältin") und soll mit dem Satz enden: "Ich danke für ihre Aufmerksamkeit".

Es empfiehlt sich, nach der Anrede sämtliche Anklagevorwürfe im Urteilsstil abzuhandeln. Häufig liegt es nahe, der Reihenfolge in der Anklageschrift zu folgen. Das ist aber nicht zwingend. Unseres Erachtens kann ohne weiteres auch mit dem schwerwiegendsten Vorwurf begonnen werden oder mit den Vorwürfen, die zu einem Freispruch führen. Entscheidend ist, dass sämtliche Vorwürfe, die sich aus der Anklageschrift ergeben und hinsichtlich derer die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung beantragt, geprüft werden müssen. Plädieren bedeutet also nicht, Straftaten zu verschweigen, die der Mandant tatsächlich begangen hat. Am Ende des Plädoyers muss dem Korrektor klar sein, hinsichtlich welcher Vorwürfe eine Strafbarkeit angenommen wird und hinsichtlich welcher nicht.

In diesem Zusammenhang stellt sich manchmal die schwierige Frage, ob zu Straftaten plädiert werden soll, die in der Anklageschrift nicht erwähnt werden:

War in der Beweisaufnahme eine in der Anklageschrift nicht genannte Tat im prozessualen Sinn (etwa anderer Lebenssachverhalt, vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, § 264 Rdnrn. 1 ff.) Gegenstand der Verhandlung, darf dazu materiell-rechtlich nur plädiert werden, wenn in der Hauptverhandlung eine Nachtragsanklage erhoben worden ist (vgl. § 266 StPO). Ob dies geschehen ist, kann sich aus dem Bearbeitervermerk oder der Mitschrift des Verteidigers bzw. dem Hauptverhandlungsprotokoll ergeben. Ist keine Nachtragsanklage erhoben worden, sind die Vorwürfe nur gutachterlich zu prüfen und genügt im Plädoyer der knappe Hinweis, dass eine Nachtragsanklage nicht bzw. nicht wirksam erhoben worden ist.

Wird eine Tat von der Verteidigung rechtlich abweichend von der Anklageschrift gewürdigt, sollte zunächst nachgesehen werden, ob ein rechtlicher Hinweis nach § 265 StPO erteilt worden ist (Regelfall). In mehreren Plädoyerklausuren wird im Bearbeitervermerk klargestellt, dass ein rechtlicher Hinweis - soweit er für erforderlich gehalten wird - zu unterstellen ist. In diesem Fall kann grundsätzlich auch zu Tatbeständen plädiert werden, die in der Anklageschrift nicht erwähnt werden. Allerdings kann man nur davor warnen, sich mit mehreren nicht angeklagten Straftatbeständen im Plädoyer zu befassen. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt im Plädoyer regelmäßig auf den in der Anklageschrift aufgeführten

Delikten. Liegt die Prüfung eines Tatbestandes nicht auf der Hand, sollte daher auch bei einem rechtlichen Hinweis die Prüfung nur im ergänzenden Gutachten erfolgen.

Beispiel:

In einem Klausurfall hatte der Mandant den Tacho seines eigenen Pkw zerstört. Zuvor war das Fahrzeug von der Polizei in einem anderen Strafverfahren, in dem gegen den Mandanten wegen versuchten Betrugs ermittelt wurde, beschlagnahmt worden. Es befand sich auf einem umzäunten Gelände. Mit der Zerstörung des Tacho wollte der Mandant erreichen, dass die mit dem Wagen zurückgelegten Kilometer nicht mehr nachgewiesen werden können und er folglich den Wagen zu einem höheren Preis verkaufen kann.

Vorgeworfen wurde dem Mandanten lediglich ein Hausfriedensbruch. Insoweit lag jedoch kein Strafantrag vor. Tatsächlich hatte sich der Mandant wegen eines Verstrickungsbruchs gemäß § 136 StGB strafbar gemacht, was nur wenige Bearbeiter der Klausur erkannten. In einem solchen Fall ist es unseres Erachtens durchaus vertretbar, den Verstrickungsbruch nur im ergänzenden Gutachten zu prüfen, es sei denn der rechtliche Hinweis im Aufgabentext bezieht sich ausdrücklich auf § 136 StGB.

Wenn kein expliziter rechtlicher Hinweis erteilt worden ist, empfehlen wir folgende Vorgehensweise. In vielen Plädoyerklausuren kann der Anklagevorwurf "herunterdefiniert" werden.

Beispiel: Angeklagt war eine gefährliche Körperverletzung, ein räuberischer Diebstahl und ein in Mittäterschaft begangener Betrug. Nach der Beweisaufnahme hat sich nur eine einfache Körperverletzung, ein versuchter Diebstahl und eine Beihilfe zum Betrug bestätigt. In einem solchen Fall wäre es unseres Erachtens praxisfern mit der Begründung, es fehle ein rechtlicher Hinweis, einen Freispruch zu beantragen und die verwirklichten Tatbestände im ergänzenden Gutachten zu prüfen.

Drängt sich allerdings die Prüfung eines Tatbestandes oder einer Qualifikation nicht auf, sollte die Prüfung im Plädoyer unterbleiben. Dies sollte vor allem gelten, wenn die Strafandrohung in diesem Tatbestand höher ist als in dem angeklagten Delikt.

Straftatbestände, die im Plädoyer bejaht werden, sollten lediglich knapp angesprochen werden. Rechtliche Probleme, die sich im Zusammenhang mit zu bejahenden Tatbeständen stellen, dem Mandanten aber nicht nützen, sind ausschließlich im ergänzenden Gutachten diskutiert werden.

Beispiel:

Dem Mandanten wird eine Nötigung in Tatmehrheit mit einer Urkundenfälschung vorgeworfen. Der Vorwurf der Urkundenfälschung hat sich in der Beweisaufnahme nicht

bestätigt. Hinsichtlich der Nötigung ist die Verwerflichkeit der Nötigungshandlung zwar rechtlich problematisch, sie wäre aber nach ganz herrschender Meinung zu bejahen.

Nachdem die Urkundenfälschung im Plädoyer verneint worden ist, könnte beispielsweise wie folgt formuliert werden: "Mein Mandant kann daher allenfalls wegen Nötigung zu einer Geldstrafe verurteilt werden". Das Problem der Verwerflichkeit sollte nur im ergänzenden Gutachten diskutiert werden.

Nachdem sämtliche Straftatbestände geprüft worden sind und das Ergebnis feststeht, kann Anlass bestehen, zu Maßnahmen der Besserung und Sicherung (klausurrelevant: Entziehung der Fahrerlaubnis), zu Nebenfolgen (Beispiel: Fahrverbot) und zur Haftsituation zu plädieren. Da das materiell-rechtliche Ergebnis bereits feststeht, fällt dieser Teil des Plädoyers häufig relativ kurz aus. Sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen des § 69 StGB als auch hinsichtlich des dringenden Tatverdachtes (§ 112 StPO) kann auf die vorangegangene Prüfung verwiesen werden. Es wäre daher nur zu erörtern, ob ein Regelfall des § 69 Abs. 2 StGB vorliegt oder der Mandant zum Führen eines Kraftfahrzeuges ungeeignet im Sinne des Absatzes 1 ist bzw. ein Haftgrund (examensrelevant sind insbesondere: Flucht / Fluchtgefahr / Verdunkelungsgefahr) gegeben ist.

Zuletzt sollte zur Strafzumessung plädiert werden, wenn nicht ein vollumfänglicher Freispruch beantragt wird. Dieser Teil des Plädoyers fällt den Referendaren zwar auf der einen Seite schwer, weil eine präzise Subsumtion der sehr allgemein gehaltenen Strafzumessungsüberlegungen in § 46 StGB kaum möglich ist, auf der anderen Seite stellt das Plädieren zur Strafzumessung in der Regel keinen Schwerpunkt der Klausur dar und wirkt sich eher abrundend auf die Gesamtbewertung einer Klausur aus.

Einige wenige Grundsätze müssen aber bekannt sein und beachtet werden. Bevor Überlegungen zur Strafzumessung im engeren Sinn angestellt werden, geht es darum, den Strafrahmen festzulegen. Vorab sind also mögliche Strafrahmenverschiebungen nach § 49 StGB zu prüfen, die beispielsweise bei einer verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), bei einem Unterlassungsdelikt (§ 13 Abs. 2 StGB), einem Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB), einer Beihilfe (§ 27 Abs. 2 StGB), dem Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmales (§28 Abs. 1 StGB) oder einem Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46 a StGB) fakultativ oder obligatorisch in Betracht kommen. Danach sollte man sich hinsichtlich der Strafart (Geldstrafe / Freiheitsstrafe) festlegen. In diesem Zusammenhang ist § 47 Abs. 2 StGB von Bedeutung, der unter bestimmten Voraussetzungen (Freiheitsstrafe unter 6 Monaten) die Verurteilung zu einer Geldstrafe selbst dann ermöglicht, wenn der Straftatbestand eine Geldstrafe nicht vorsieht. Bei der Prüfung des § 46 StGB ist zwar auf der einen Seite eine Auswertung des Sachverhaltes erforderlich, auf der anderen Seite ist hier aber kein Raum für Spekulationen (**Beispiel:** Der Mandant war vor der Tat in einer Kneipe und muss deshalb wohl alkoholisiert und vermindert schuldfähig gewesen sein) und muss bedacht werden, dass auch Strafzumessungstatsachen in der Beweisaufnahme festgestellt werden müssen. Darüber hinaus kann man vor Leerformeln (**Beispiel:** "Ich bitte um eine milde Strafe, weil mein

Mandant ein reumütiges Geständnis abgelegt hat und bestimmt nie wieder mit dem Gesetz in Konflikt geraten wird") nur warnen. Sie überzeugen Niemanden und wirken eher hilflos. Schließlich sollte an das Doppelverwertungsverbot gem. § 46 Abs. 3 StGB und § 50 StGB gedacht werden (**Beispiel:** Dass die Tat im Versuchsstadium stecken geblieben ist und der Mandant bei dem Diebstahl ja immerhin keine Gewalt angewendet habe, kann sich im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinn nicht zugunsten des Mandanten auswirken). Typischerweise sind bei der Prüfung des § 46 StGB die Vorstrafen sowie die Folgen der Tat für den Mandanten (Verletzungen / Verlust des Arbeitsplatzes) und das Opfer (komplikationslos verheilte Verletzung / kein oder geringer materieller Schaden) zu bedenken. Strafschärfende Aspekte sollten - wenn möglich - nicht erwähnt werden. Ist jedoch der Bundeszentralgeisterauszug verlesen worden und sind darin verwertbare Vorstrafen aufgeführt oder wird ein sonstiger strafschärfender Aspekt ausdrücklich zum Gegenstand der Verhandlung gemacht, sollte man sich damit befassen.

Kommt auf Grund der verwirklichten Delikte nur die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen den Mandanten in Betracht, wird häufig § 56 StGB zu prüfen sein. Wenn also eine bewährungsfähige Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren realistisch erscheint, sollte die Verteidigung sich im Plädoyer für eine Strafaussetzung zur Bewährung einsetzen, wenn dies realistisch erscheint und muss die Sozialprognose erörtert werden. Darüber hinaus sollte klar gestellt werden, ob Abs. 1 (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) oder Abs. 2 (Freiheitsstrafe von über einem Jahr bis zu 2 Jahren) geprüft wird, da die Anforderungen für die Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung insoweit unterschiedlich sind. Generell sollen die Referendare durch die Strafzumessungsüberlegungen und den folgenden Hauptantrag zeigen, dass sie im Referendariat praktische Erfahrungen gesammelt haben, die es ihnen ermöglichen, einen Sachverhalt nicht nur materiell-rechtlich zutreffend zu würdigen, sondern auch auf der Rechtsfolgenseite angemessen und interessengerecht einzuschätzen.

3. Die Anträge

Das Plädoyer sollte mit den Anträgen enden. Ein Hauptantrag ist immer erforderlich.
Folgende Anträge sind denkbar:

- Ich beantrage, meinen Mandanten freizusprechen.
- Ich beantrage, das Verfahren wegen Vorliegens eines Verfahrenshindernisses einzustellen.
- Ich beantrage, meinen Mandanten wegen ... zu einer Geldstrafe zu verurteilen, die ... Tagessätze nicht überschreiten sollte.
- Ich beantrage, meinen Mandanten wegen ... zu einer Freiheitsstrafe von ... Jahren/Monaten zu verurteilen, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird.

- Ich beantrage, meinen Mandanten ... zu einer Freiheitsstrafe von ... zu verurteilen.

Sind mehrere Taten im prozessualen oder materiellen Sinn angeklagt worden und erfolgt wegen mehrerer Taten eine Verurteilung, muss in der Regel zu einer Gesamtgeldstrafe oder einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt werden. Ausnahmsweise kann auch eine Geldstrafe neben einer Freiheitstrafe verhängt werden (vgl. § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB). Theoretisch ist bei einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen auch noch eine Verwarnung mit Strafvorbehalt denkbar. Die Gerichte verhängen diese Strafe in der Praxis äußerst selten. In geeigneten Fällen sollte sich die Verteidigung im Plädoyer jedoch nicht scheuen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Im Plädoyer muss dann jedoch auch zu den Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 StGB plädiert werden.

Anträge und Anregungen zu einer Einstellung des Verfahrens nach den §§ 153, 153 a StPO sollte man im Plädoyer unterlassen. Aus Sicht des Praktikers stellen sie sogar einen Fehler dar. Zwar kommt nach dem Wortlaut der Regelungen eine Einstellung in jeder Lage des Verfahrens in Betracht, jedoch ist es unrealistisch, eine Einstellung zu beantragen, wenn kurz zuvor die Staatsanwaltschaft plädiert und einen Antrag gestellt hat. Mit einer Zustimmung ist in dieser Lage des Verfahrens nicht zu rechnen. Für eine Einstellung nach Opportunitäts-gesichtspunkten setzen sich Strafverteidiger im Ermittlungs-, Zwischen- oder Hauptverfahren vor den Plädoyers ein.

Eine Besonderheit stellt der echte und unechte Teilfreispruch dar. Sind mehrere prozessuale Taten oder innerhalb einer prozessualen Tat mehrere Delikte tatmehrheitlich angeklagt, ist ein echter Teilfreispruch zu beantragen, wenn sich der Mandant hinsichtlich einer angeklagten Tat (prozessual oder materiell) nicht strafbar gemacht hat.

Beispiel:

Dem Mandanten wird vorgeworfen am 1.02.2016 einen Raub in Tatmehrheit mit einer Sachbeschädigung begangen zu haben. Außerdem wird ihm eine Trunkenheitsfahrt am 01.03.2016 zur Last gelegt. Die Beweisaufnahme führt dazu, dass leidglich eine Verurteilung wegen der Sachbeschädigung in Betracht kommt. Der Antrag würde in diesem Fall beispielsweise lauten:

> Ich beantrage, meinen Mandanten wegen Sachbeschädigung zu einer Geldstrafe unter 40 Tagessätzen zu verurteilen. Im Übrigen beantrage ich, meinen Mandaten freizusprechen.

Mit diesem Antrag ist klargestellt, dass ein Freispruch sowohl hinsichtlich der gesondert angeklagten prozessualen Tat vom 01.03.2016 als auch hinsichtlich des tatmehrheitlich angeklagten Raubes erfolgen soll.

Beim unechten Teilfreispruch geht es darum, dass dem Mandanten in der Anklageschrift die Verwirklichung mehrerer, tateinheitlich begangener Straftatbestände zur Last gelegt wird und die Beweisaufnahme ergibt, dass nicht alle der angeklagten Delikte (nicht Taten!) nachgewiesen werden können.

Beispiel:

Dem Mandanten wird in der Anklageschrift eine Urkundenfälschung in Tateinheit mit einem Betrug vorgeworfen. Nach der Beweisaufnahme kommt nur noch eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung in Betracht. Der Antrag würde in diesem Fall beispielsweise lauten:

> Ich beantrage, meinen Mandanten abweichend von der Anklage lediglich wegen einer Urkundenfälschung zu einer Geldstrafe unter 30 Tagessätzen zu verurteilen.

Beim unechten Teilfreispruch wäre es falsch, den Freispruch ausdrücklich zu beantragen. Mit anderen Worten: Freigesprochen werden kann immer nur von einer Tat im prozessualen oder materiellen Sinn; aber nicht von einem Delikt. Sollte sich aus dem Aktenauszug ergeben, dass nach den §§ 154, 154 a StPO in der Hauptverhandlung von der Strafverfolgung abgesehen worden ist, erübrigt sich selbstverständlich ein Antrag zu diesen Taten (vgl. aber zu den Auswirkungen auf die Strafzumessung: BGH StV 2014, 478).

Auch wenn laut Bearbeitervermerk kein konkreter Hauptantrag verlangt wird (vgl. Fn. 2), muss in der Klausur klar werden, welche Rechtsfolge (ungefähr) angestrebt wird (**Beispiele:** unbedingte Freiheitsstrafe unter 3 Jahren, Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden soll, Geldstrafe unter 90 Tagessätzen). Ein Antrag zur Tagessatzhöhe ist nicht erforderlich, es sei denn aus dem Aktenauszug ergeben sich Anhaltspunkte, die eine Prüfung des § 40 Abs. 2 StGB (Nettoeinkommensprinzip) ermöglichen.

Befindet sich der Mandant in Untersuchungshaft, existiert ein Haftverschonungsbeschluss (§ 116 StPO) oder ist dem Mandanten die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen worden, sind weitere Anträge erforderlich, wenn diese Maßnahme nicht aufrecht erhalten werden sollen. Folgende Anträge, zu denen zuvor im Plädoyer eine Begründung geliefert werden muss, sind möglich:

- Ich beantrage, den Haftbefehl vom ... aufzuheben, hilfsweise außer Vollzug zu setzen.
- Ich beantrage, den Haftbefehl und den Haftverschonungsbeschluss vom ... aufzuheben.
- Ich beantrage, den Beschluss über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis vom ... aufzuheben und meinem Mandanten, den Führerschein auszuhändigen.

Weitere Anträge nach den §§ 73 ff. StGB (Verfall / Einziehung) und § 70 StGB (Berufsverbot) sind denkbar, waren bislang aber äußerst selten Gegenstand der Prüfung in der Plädoyerklausur. Aus Verteidigersicht wird in der Regel Anlass bestehen, entsprechenden Anträgen der Staatsanwaltschaft entgegenzutreten; also selbst keinen Antrag zu stellen. Anträge nach dem Strafrechtsentschädigungsgesetz, das nicht mehr im Schönfelder I abgedruckt ist, sind wohl nicht zu erwarten. Ob ein Kostenantrag zu stellen ist, ergibt sich regelmäßig aus dem Bearbeitervermerk. Ist dieser nicht erlassen, sollte er gestellt werden. Insbesondere Folgende Varianten sind examensrelevant:

- Freispruch (§ 467 Abs. 1 StPO): Ich beantrage, die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen meines Mandanten der Staatskasse aufzuerlegen.
- echter Teilfreispruch (§ 467 Abs. 1 StPO): Soweit mein Mandant freizusprechen ist, beantrage ich die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen meines Mandanten der Staatskasse aufzuerlegen.
- unechter Teilfreispruch (nicht ausdrücklich geregelt; evtl. Anträge nach § 464 d, 465 Abs. 2 StPO); anderenfalls: Ich beantrage, dass mein Mandant die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen zu tragen hat (Anmerkung: in der Anwaltsklausur ist dieser Antrag eher nicht zu erwarten).

4. Das ergänzende Gutachten

Die Besonderheit der Plädoyerklausur ergibt sich daraus, dass nach dem Plädoyer ein ergänzendes Gutachten anzufertigen ist. Dadurch lässt sich vermeiden, dass Rechtsfragen doppelt erörtert werden. Im ergänzenden Gutachten sollen diejenigen Rechtsfragen erörtert werden, die im Plädoyer nicht ausführlich behandelt werden, weil das Ergebnis der Prüfung nicht dem Interesse des Mandanten dient. Es findet also eine Aufteilung der Erörterung der

Probleme des Falles statt. In diesem Zusammenhang geht es nicht etwa darum, "um jeden Preis" eine bestimmte mandantenfreundliche Rechtsansicht zu vertreten. Vielmehr sollen die Bearbeiter der Klausur zeigen, dass sie interessengeleitet denken können. Wenn also ein Bearbeiter aus Überzeugung ein Rechtsproblem dahingehend löst, dass es dem Mandanten schadet, soll er erkennen, dass er seine Überlegungen in diesem Fall besser gutachterlich behandelt und im Plädoyer hierzu schweigt oder sich zumindest äußerst kurz fasst. **Beispiel:**

> In der Anklageschrift wird dem Mandanten ein Tötungsdelikt vorgeworfen. Problematisch ist, ob der Mandant mit Eventualvorsatz oder lediglich fahrlässig gehandelt hat. Insoweit sind beide Ansichten mit einer entsprechend gründlichen Argumentation gut vertretbar.
>
> Auch wenn es in einem solchen Fall aus taktischen Gründen sinnvoll sein kann, den Vorsatz in einer Anwaltsklausur zu verneinen, kann dies kaum Einfluss auf die Bewertung der Leistung haben. Entscheidend ist in erster Linie die Qualität der Argumentation. Entscheidet sich der Bearbeiter einer Klausur den Vorsatz in Anschluss an eine ausführliche Begründung zu bejahen, sollte er jedoch unbedingt erkennen, an welcher Stelle er seine Argumentation zu Papier bringt. In einem Plädoyer dürfte sich der Mandant wundern, wenn er seinen Verteidiger dabei beobachtet, wie dieser ausführlich in einem Plädoyer darlegt, warum sein Mandant mit Vorsatz getötet hat und auch in der Klausur müssen die Referendarinnen und Referendare damit rechnen, dass sich (längere) Erörterungen im Plädoyer, bei denen nicht ersichtlich wird, welches Ziel die Verteidigung damit verfolgt, nachteilig auf die Bewertung auswirken. Im Beispielsfall wäre daher die Vorsatzproblematik nur im ergänzenden Gutachten zu erörtern.

D) "Zusatzaufgaben" - Insbesondere: das Mandantenschreiben

Es gibt rechtliche Probleme, die sich nur schwer in eine Plädoyer- oder Schriftsatzklausur integrieren lassen, die aber dennoch Prüfungsstoff sind. Sollen diese Themen Gegenstand der Prüfung werden, geschieht dies auf unterschiedliche Art und Weise. Manchmal soll dem Mandanten eine Frage in einem Mandantenschreiben beantwortet werden. Im Mandantenschreiben geht es dann natürlich in erster Linie darum, die Frage rechtlich zutreffend zu erörtern, aber auch darum, den Mandanten zu beraten und eine rechtliche Materie einem Laien verständlich zu erklären. In einigen Klausuren sollten Anträge formuliert oder Rechtsbehelfe gegen strafprozessuale Maßnahmen ergriffen werden. Es handelt sich bei diesen "Zusatzaufgaben" um einen von mehreren Schwerpunkten in der Klausur, auf dessen Bearbeitung nicht zu viel Zeit verwendet werden sollte. In der Regel wirkt sich die Bearbeitung dieser Aufgaben eher abrundend auf die Gesamtbewertung aus. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die anwaltliche Leistung ausschließlich darin besteht,

ein Mandantenschreiben zu formulieren. Folgende Rechtfragen sind nach unserem Kenntnisstand bislang Gegenstand solcher "Zusatzaufgaben" gewesen:

- Mandantenschreiben: Rechtsschutzmöglichkeiten gegen einen Durchsuchungsbeschluss (Beschwerde) und gegen die Art und Weise einer Durchsuchung (Antrag auf gerichtliche Entscheidung)
- Mandantenschreiben (Haftklausur): Erörterung der unterschiedlichen Rechtsbehelfe gegen einen vollstreckten Haftbefehl
- Möglichkeit der Beschwerde (§ 304 StPO) gegen die unterlassene Beiordnung als Pflichtverteidiger (Problem des Pflichtverteidigerwechsels in Haftsachen)
- Formulierung eines Ablehnungsgesuchs (Befangenheitsantrag)
- Formulierung eines Beweisantrages

Selbstverständlich können hier nicht einmal ansatzweise alle Konstellationen möglicher Zusatzfragen bzw. Klausuraufgaben dargestellt werden. Im Ermittlungs- und Zwischenverfahren können zahlreiche Zwangsmaßnahmen, wie zum Beispiel ein Arrest, eine Beschlagnahme oder eine vorläufige Einziehung angeordnet werden, gegen die dem Mandanten Rechtsschutzmöglichkeiten (Beschwerde / Antrag auf gerichtliche Entscheidung) zur Verfügung stehen. Dass in diesem Skript nicht erörterte Aufgaben in der Strafrechtsklausur aus anwaltlicher Sicht gestellt werden, können wir selbstverständlich nicht ausschließen. Davon sollte man sich jedoch nicht verunsichern lassen. In der Regel wird es bei einer atypischen Aufgabenstellung "nur" darum gehen, mit den zugelassenen Kommentaren einen brauchbaren Lösungsvorschlag zu machen.

E) Muster

Dem folgenden Plädoyer liegt die Klausur SRA 19, der Haftbeschwerde die Klausur SRA 7 zugrunde. Vom Abdruck der Aufgabentexte haben wir abgesehen, um den Umfang des Skriptes nicht ausufern zu lassen. Der Aufgabentext der Klausur SRA 7 kann auf der Homepage des Kammergerichts (Internetklausurenkurs) ausgedruckt werden. Es geht uns in erster Linie darum, den Referendaren Anregungen für interessengerechte Formulierungen und den Aufbau eines Schriftsatzes / Plädoyers / ergänzenden Gutachtens zu geben. Schriftsätze in dem dargestellten Umfang können im Examen nicht erwartet werden, da der Sachverhalt zuvor umfassend zu begutachten ist:

I. Plädoyer (Schwerpunkte sind kursiv gedruckt)

Hohes Gericht, sehr geehrte Frau Staatsanwältin,

die Beweisaufnahme hat die Vorwürfe in der Anklageschrift ganz überwiegend nicht bestätigt. Das gilt vor allem für den schwersten Tatvorwurf, der meinem Mandanten zur Last gelegt wird, nämlich den versuchten Mord an seiner geschiedenen Ehefrau.

Insoweit liegen keine verwertbaren Beweismittel vor, aus denen sich ergeben könnte, dass mein Mandant zum Zeitpunkt des Zustechens mit dem Brotmesser mit Tötungsvorsatz gehandelt hat; es also zumindest für möglich hielt, dass der Stich zum Tode führen könnte und dies darüber hinaus auch noch billigend in Kauf nahm. Das Gegenteil ist der Fall:

Herr K. hat nämlich gegen Ende der Beweisaufnahme ausdrücklich gesagt, er habe seine Frau gerade nicht töten wollen. Er sei auf Grund des Stichs in die Bauchgegend davon ausgegangen, dass ein solcher Stich gar nicht geeignet ist, den Tod herbeizuführen. Selbst wenn man diese Einlassung – wie die Staatsanwaltschaft das häufig tut – als Schutzbehauptung abtun möchte, drängt sich die Frage auf, warum mein Mandant unmittelbar in Anschluss an den Vorfall Hilfe herbei rief, indem er die Polizei telefonisch verständigte. Für eine billigende Inkaufnahme des Todes der Frau K. spricht das jedenfalls nicht.

Unabhängig davon sind an den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes besonders hohe Anforderungen zu stellen. Insbesondere kann von der objektiven Gefährlichkeit einer Handlung nicht ohne weiteres auf die billigende Inkaufnahme der Tötung eines Menschen geschlossen werden. Aus den Angaben des Sachverständigen Dr. S. ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für einen Vorsatz. Der Sachverständige hat ausführlich die emotionale Verfassung meines Mandanten unmittelbar vor Ausführung des Messerstichs geschildert. Danach war mein Mandant durch den vorausgegangenen Konflikt und die aus seiner Sicht vollkommen unerwartete ablehnende Haltung seiner Frau derart aufgebracht, enttäuscht und verzweifelt, dass er sich zu einer Kurzschlusshandlung hinreißen ließ, die er heute sehr bereut. Der spontane Ausbruch meines Mandanten, nachdem er unmittelbar zuvor noch um die Gunst seiner geschiedenen Frau kämpfte, spricht aber dafür, dass er davon ausging und hoffte, diese werde durch seine Attacke nicht sterben.

*Vollkommen unverständlich ist für die Verteidigung, dass die Kammer den **verdeckten Ermittler Y.** heute in der Hauptverhandlung **vernommen** hat und nach Zurückweisung meines Widerspruchs offenbar erwägt, dessen Angaben zu verwerten. Vorweg möchte ich darauf hinweisen, dass die Äußerungen meines Mandanten gegenüber dem verdeckten Ermittler - wenn es sie denn tatsächlich gegeben haben sollte - nicht zu dem passen, was uns der Sachverständige heute berichtet hat, so dass man selbst bei einer Verwertung dieser Erkenntnisse daran denken könnte, nach dem Zweifelsgrundsatz einen bedingten Vorsatz zu verneinen. Letztlich kann es meines Erachtens darauf jedoch nicht ankommen, da die Vorgehensweise des Y. nach der insoweit recht klaren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der sich der Bundesgerichtshof inzwischen nahezu vollständig angeschlossen hat, nicht mit dem **Nemo-tenetur-Grundsatz** vereinbar ist und allein aus diesem Grund die Äußerungen nicht verwertet werden können. Nach dem genannten Grundsatz ist niemand verpflichtet, in einem Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen; also an seiner eigenen Verurteilung mitzuwirken. Inzwischen steht fest, dass von diesem Grundsatz nicht nur Fälle erfasst werden, in denen die staatlichen Organe gegenüber einem Beschuldigten Zwang anwenden, sondern eine bewusste Umgehung des Schweigerechts des Verfolgten durch den Einsatz verdeckter Ermittlungsmethoden zumindest dann genügt, wenn dabei eine gewisse Drucksituation des Beschuldigten ausgenutzt wird. Was darunter genau zu verstehen ist, ist sicher noch nicht für alle denkbaren Fallvarianten abschließend geklärt. Das Vorgehen des Y. gegenüber meinem Mandanten, der sich zuvor ausdrücklich und standhaft auf sein Recht zu schweigen berufen hatte, sprengt aber den Rahmen dessen, was nach dem Nemo-tenetur-Grundsatz noch erlaubt ist.*

Der Y. war bewusst während der Verbüßung einer Reststrafe zu meinem Mandanten in die Zelle gelegt worden. Er verfolgte von Anfang an das Ziel, dem K. Informationen über die von ihm begangene Tat - insbesondere seine Vorstellungen und Ziele bei Ausführung des Messerstichs - zu entlocken. Doch damit nicht genug: Nachdem es ihm gelungen war, ein Vertrauensverhältnis zu K. aufzubauen und er nach seiner Entlassung dem Beschuldigten half, indem er seine Wäsche wusch und sich für Vollzugslockerungen einsetzte, stellte er meinen Mandanten zur Rede und wollte Näheres über die Tat erfahren. In dieser Situation musste mein Mandant davon ausgehen, dass der Y. seine weitere Hilfe davon abhängig machen würde, dass er sich dem Y. gegenüber offenbart. Gegen seinen Willen, den er zuvor mehrfach geäußert hatte, sah er sich "genötigt", Informationen Preis zu geben. Meinen sie ernsthaft, dass diese Informationen nun dazu führen können und dürfen, dass mein Mandant wegen eines Tötungsdeliktes verurteilt wird? Es mag in diesem Verfahren um die Aufklärung einer schweren Straftat gehen. Zum Glück besteht aber ein allgemeiner Konsens, dass nicht jede Straftat um jeden Preis und unter Verkennung verfassungsrechtlicher Prinzipien aufgeklärt werden muss. Wenn - wie hier - ein Angeklagter bewusst und ohne dass er es ahnt zum "Beweismittel gegen sich selbst" gemacht wird, degradiert ihn der Staat zum Objekt des Verfahrens. Genau das soll durch den Grundsatz Nemo-tenetur jedoch vermieden werden.

Wenn aber bereits die Aussage des Y. vollständig unverwertbar ist, dann muss das genauso für die Aussage des Zeugen Karlsberg gelten, soweit sie den Inhalt der zweiten polizeilichen Vernehmung meines Mandanten wiedergibt. In dieser Vernehmung hatte der Beschuldigte im Wesentlichen das bestätigt, was er bereits dem Y. berichtet hatte. Seine Angaben machte er jedoch erst, nachdem er von dem Vernehmungsbeamten davon unterrichtet worden war, dass er auf Grund der Angaben gegenüber dem verdeckten Ermittler "schlechte Karten" habe. Das konnte mein Mandant nur so verstehen, dass er auf Grund dieser Angaben in einer Hauptverhandlung überführt werden könne, was schlicht und ergreifend eine von dem

Zeugen Karlsberg veranlasste falsche rechtliche Einschätzung war. Dieses Verhalten mag zwar noch keine Täuschung im Sinne des § 136 a StPO sein, da der K. lediglich die Rechtslage verkannte und nicht aktiv unzutreffende Tatsachen behauptete. Jedoch muss sich das Beweisverwertungsverbot auf die zweite Vernehmung erstrecken, wenn sie ersichtlich nur auf Grund einer Fehlvorstellung des Beschuldigten zustande gekommen ist, die ein Polizeibeamter – sei es absichtlich oder unabsichtlich – verursacht hat.

Sollte die Kammer wider Erwarten einen Tötungsvorsatz annehmen und die Aussagen der Zeugen Y. und K. für verwertbar halten, müsste sie sich weiter mit der Frage befassen, ob mein Mandant gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB strafbefreiend vom beendeten Versuch zurückgetreten ist. Selbst wenn Herr K. unmittelbar nach dem Stich davon ausgegangen sein sollte, dass dieser zum Tod des Opfers führen kann, hätte er sich anschließend ernsthaft und erfolgreich darum bemüht, den Todeseintritt zu verhindern. Denn nur durch den Anruf bei der Polizei konnte Frau K. gerettet werden. Die Verteidigung hat keine Zweifel, dass mein Mandant derjenige war, der sich bei der Polizei meldete. Zum einen hat er das heute in der Hauptverhandlung mitgeteilt und zum anderen haben sich keinerlei Hinweise darauf ergeben, dass außer dem Täter und dem Opfer andere Personen etwas von dem Vorfall mitgekommen haben. Zwar kämen als Anrufer theoretisch auch die Zeugen H. oder G. in Betracht. Diese beiden Zeugen hat die Kammer jedoch heute vernommen und sie hätten sicher von sich aus von einem Anruf berichtet. Der Anruf erfolgte auch freiwillig, denn von einer Entdeckung der Tat ging mein Mandant nicht aus. Die Zeugen G. und H. hatten lediglich den Wurf des Notebooks mitbekommen und konnten insoweit nicht einmal bestätigen, dass Herr K. den Gegenstand aus dem Fenster geworfen hatte. Von der vorausgegangenen Messerattacke hatten sie auf jeden Fall nichts mitbekommen.

Zusammenfassend muss man daher zu dem Ergebnis kommen, dass eine Bestrafung meines Mandanten wegen eines Tötungsdeliktes ausscheidet.

Der Vollständigkeit halber möchte ich noch auf das angeklagte Mordmerkmal eingehen. Die Staatsanwaltschaft geht in der Anklageschrift davon aus, dass mein Mandant seine geschiedene Ehefrau ***heimtückisch*** *töten wollte. Das würde voraussetzen, dass Herr K. bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzen wollte, als er zustach. Meines Erachtens ist diese Annahme äußerst fern liegend und ich komme insoweit noch einmal zurück auf die Ausführungen des Sachverständigen, der uns von einer Spontantat berichtet hat. Es mag noch angehen anzunehmen, dass mein Mandant erkannte, dass Frau K. – wie sie auch selber ausgesagt hat – von dem Angriff überrascht war und trotz des vorausgegangenen Konflikts mit einer derartigen Attacke nicht rechnete und auch nicht rechnen musste. Immerhin hat die Zeugin uns ja auch berichtet, dass Herr K. ihr gegenüber zuvor noch nie gewalttätig geworden ist. Es spricht aber nichts dafür, dass der Angeklagte diesen Überraschungseffekt bewusst ausnutzen wollte. Das würde ein zumindest ansatzweise analytisches und gedanklich geordnetes Vorgehen voraussetzen. Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach klargestellt, dass bei einer Spontantat generell vieles gegen ein* ***Ausnutzungsbewusstsein*** *des Täters spricht. Hier handelte es sich nicht nur um einen spontanen Entschluss des Herrn K., den er ja nur umsetzen konnte, weil zufällig noch das Brotmesser auf dem Küchentisch lag, sondern darüber hinaus befand sich mein Mandant in einer emotionalen Ausnahmesituation, die nach den Schilderungen der Zeugin K. und des Sachverständigen auch nachvollziehbar ist. Selbst wenn – wie der Sachverständige meint – mein Mandant sich noch nicht in einem Zustand befand, der eine verminderte Schuldfähigkeit*

zur Folge hätte, schließt diese Feststellung die Verneinung eines Ausnutzungsbewusstseins – wie der BGH ausdrücklich entschieden hat – nicht aus.

All das ändert selbstverständlich nichts daran, dass mein Mandant sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht hat; allerdings nicht, weil er eine Waffe bei der Tat einsetzte, sondern weil das Brotmesser ein gefährliches Werkzeug darstellt. Es ist zwar nicht dafür vorgesehen einer Person Verletzungen zuzufügen. Jedoch besteht kein Zweifel daran, dass es bei einem Stich in Richtung des Bauches dafür geeignet ist. Folgt man der Rechtsprechung zu § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, nach der es für eine das Leben gefährdende Behandlung ausreicht, dass die Tathandlung abstrakt geeignet ist, eine lebensgefährliche Verletzung zu verursachen, halte ich es auch für gerechtfertigt, diese Qualifikation zu bejahen, obwohl insoweit der Hinweis auf die abweichende Meinung in der Literatur erlaubt sei, die eine konkret lebensgefährliche Handlung voraussetzt. Ob ein Stich in den Bauch ohne weiteres als konkret lebensgefährlich anzusehen ist, halte ich für fraglich. Die Verteidigung geht jedoch davon aus, dass die Kammer in dieser Frage der ständigen Rechtsprechung folgen wird.

*Die dritte von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift unterstellte Qualifikation – nämlich ein **hinterlistiger Überfall** – kann dem gegenüber aber nicht angenommen werden. Ein solcher Überfall setzt voraus, dass der Täter planmäßig seine Verletzungsabsicht gegenüber dem Opfer verbirgt. Ich bin der Auffassung, dass zu dieser Qualifikation wegen der Angaben des Dr. S., die ich bereits bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes und des Mordmerkmales eingehend gewürdigt habe, kaum noch etwas zu sagen ist. Dass mein Mandant weit davon entfernt und wohl auch gar nicht in der Lage war, seiner geschiedenen Ehefrau gegenüber planvoll etwas zu verbergen, steht meines Erachtens auf Grund seines Gemütszustandes und seines dadurch bedingten impulsiven Handelns fest. Es bleibt also bei einer Strafbarkeit gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB.*

Lassen sie mich nun auf den zweiten Tatkomplex zu sprechen kommen. Durch den Wurf des Notebooks aus dem Fenster seiner im zweiten Stock gelegenen Wohnung, den mein Mandant zugegeben hat, soll er sich laut Anklage nach den §§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, 224 Abs. 1 Nr. 2, 303 StGB strafbar gemacht haben. Mit dieser rechtlichen Bewertung des Sachverhaltes bin ich nicht einverstanden.

*Ich möchte mich zuerst dem angeklagten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr zuwenden. Dieser Vorwurf scheidet nach den Aussagen der Zeugen G. und H. aus, da bereits der Anwendungsbereich dieser Strafnorm nicht eröffnet ist. Als Straßenverkehrsdelikt setzt ein gefährlicher Eingriff nämlich ein **Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr** voraus. Zwar ist damit nicht gemeint, dass sich der Vorfall - in Abgrenzung zu einem Privatgrundstück - auf einem Gelände ereignet, dass der öffentlichen Hand gehört. Erforderlich ist aber, dass von vornherein ein unbestimmter Personenkreis von Verkehrsteilnehmern von dem Eingriff betroffen sein kann. Der Eingriff muss zumindest theoretisch grundsätzlich jeden treffen können. Das war hier aber nicht der Fall. Der Parkplatz, auf dem sich der H. mit seinem Pkw befand, gehörte zu einem Wohnhaus. Die Zeugen G. und H. haben ausgesagt, dass er mit einer abschließbaren Schranke versehen war und für jeden Bewohner des Hauses ein Parkplatz zur Verfügung stand. Besucher, geschweige denn unbekannte Verkehrsteilnehmer, hatten folglich gar nicht die Möglichkeit, auf dem Parkplatz am Straßenverkehr teilzunehmen. Wenn aber von vornherein nur bestimmte Personen oder zumindest ein nach klaren Kriterien benennbarer Personenkreis - wie hier die Bewohner des Hauses - von den*

gefährlichen Eingriff betroffen sein können, scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 315 b Abs. 1 StGB aus.

Es wäre auch nicht richtig, meinen Mandanten wegen einer gefährlichen Körperverletzung zu verurteilen. Natürlich war der Wurf mit dem Notebook ursächlich für die Verletzung, die sich die Zeugin G. zugezogen hat und das Verhalten stellt eine üble unangemessene Behandlung dar, die zu zwei schmerzhaften Rippenbrüchen führte; also einer Schädigung der Gesundheit und einer Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB. Allerdings ist nach der Beweisaufnahme offen geblieben, ob diese Verletzungen ***mittels eines gefährlichen Werkzeuges*** *verübt worden sind. Selbst wenn das Notebook sich in einer gepolsterten Tasche befunden hat, stellt es ein gefährliches Werkzeug dar, da es bei einem unkontrollierten Wurf aus dem zweiten Stock je nachdem an welchem Körperteil eine Person getroffen wird, erhebliche Verletzungen verursachen kann. Das allein genügt für eine Strafbarkeit gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB jedoch nicht. Entscheidend ist hier, dass nach dem Wortlaut der Qualifikation dem Täter eine unmittelbare Verursachung nachgewiesen werden muss. Das gefährliche Werkzeug selbst muss also die Verletzung herbeiführen. Diese Ansicht, der die Rechtsprechung seit einigen Jahren folgt, wird mit der Formulierung mittels in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB begründet und in der Tat wäre eine Auslegung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus mit dem Analogieverbot nicht vereinbar. Hinzu kommt, dass die Verwendung des Begriffs mittels bedeutungslos wäre, wenn eine mittelbare Verursachung für eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB genügen würde. Über die Kausalität hinaus, müsste folglich im konkreten Fall feststehen, dass die Rippenbrüche bereits eingetreten waren, als die Zeugin G. von dem Notebook getroffen worden war. Nach dem in der Hauptverhandlung verlesenen Attest des behandelnden Arztes und der Aussage der Zeugin G. besteht aber die Möglichkeit, dass erst der Sturz zum Bruch der Rippen führte. Da letzteres nicht ausgeschlossen werden kann, ist eine Verurteilung von Herrn K. nach dem Zweifelsgrundsatz ausgeschlossen.*

Aus Sicht der Verteidigung kann meinem Mandanten daher nur der Vorwurf einer einfachen Körperverletzung in Tateinheit mit einer Sachbeschädigung an dem Fahrzeug des Zeugen H. gemacht werden, wobei der Angeklagte in beiden Fällen jedoch nur mit bedingtem Vorsatz handelte, da er gedankenlos und – wie er selbst gesagt hat – nicht zielgerichtet das Notebook aus dem Fenster warf.

Nicht haltbar ist allerdings – und damit komme ich zum letzten Anklagevorwurf – eine Verurteilung wegen Hehlerei. § 259 StGB setzt eine taugliche Vortat voraus. Da Strafzweck der Hehlerei die Verfestigung einer rechtswidrigen Besitzlage ist, die es dem Berechtigten erschwert, sein Eigentum zurück zu erhalten, müsste bereits zum Zeitpunkt des Ankaufs des Fahrzeuges von L. eine rechtswidrige Besitzlage bestanden haben. Dies wäre der Fall, wenn feststünde, dass L. den Alfa Romeo vor dem Verkauf an meinen Mandanten gestohlen hätte. Vage Hinweise auf einen Diebstahl ergeben sich zwar aus der Aussage des Zeugen M., der berichtet hat, dass der L. regelmäßig Fahrzeuge aufknacke und dann weiter verkaufe. Letztlich spielt dies jedoch keine Rolle, weil die Aussage des M. nicht verwertet werden kann.

Dem M. stand nach ***§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO*** *ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, weil er mit meinem Mandanten verschwägert ist. Der M. ist der Sohn der geschiedenen Ehefrau meines Mandanten aus erster Ehe. Vor der Scheidung bestand folglich eine Schwägerschaft zwischen M. und meinem Mandanten gemäß § 1590 Abs. 1 BGB, die nach Absatz 2 dieser Vorschrift*

auch nach der Scheidung weiter bestand. Über dieses Zeugnisverweigerungsrecht ist der Zeuge M. jedoch ***nicht ausreichend belehrt*** *worden. Vor der Vernehmung las der Vorsitzende dem Zeugen lediglich die Regelung in § 52 Abs. 1 StPO vor und überließ es dem M. zu prüfen, ob er zu dem dort genannten Personenkreis gehört. Dies mag bei einfach gelagerten Verwandtschaftsverhältnissen ausreichen, wie die Vernehmung der Zeugin K. bestätigt. Dass diese nach der ebenfalls rein abstrakten Belehrung ohne weiteres erkannte, dass ihr als geschiedene Ehefrau ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand, verwundert nicht. Dieser Fall ist in § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO nämlich ausdrücklich geregelt. Wenn aber ein Zeuge unsicher ist, ob ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, muss ihm vom Vorsitzenden gesagt werden, ob er zur Verweigerung der Aussage berechtigt ist. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt das insbesondere, wenn der Zeuge irrtümlich glaubt, aussagen zu müssen. Das war hier der Fall, denn der Zeuge M. gab eindeutig zu verstehen, dass er lieber keine Aussage machen möchte, da er sich mit meinem Mandanten trotz der Scheidung von seiner Mutter immer noch gut versteht. Dass die Kammer, trotz der erkennbaren Nöte des Zeugen M., über dieses Rechtsproblem einfach hinweggegangen ist, stellt für die Verteidigung einen massiven Rechtsverstoß dar, der nun im Urteil korrigiert werden sollte. Denn der Belehrungsfehler muss nach § 52 Abs. 3 StPO ein Verwertungsverbot zur Folge haben.*

Wenn demnach die Aussage des M. bei der Urteilsfindung außen vor bleiben muss, ist eine taugliche Vortat des L. erst recht nicht nachweisbar. Zum Vorwurf der Hehlerei hat sich mein Mandant zwar in seiner Einlassung geäußert. Zu dem Verhalten des L. - insbesondere dazu, wie er an das Fahrzeug gelangt ist - konnte er aber nichts sagen.

Festzuhalten bleibt, dass Herr K. sich lediglich wegen einer gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB in Tatmehrheit mit einer Sachbeschädigung und einer hierzu tateinheitlich begangenen Körperverletzung strafbar gemacht hat.

Was die Strafzumessung betrifft, wird die Kammer folgendes zu berücksichtigen haben: Zwar ist mein Mandant bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten, jedoch bislang nicht durch Gewalttätigkeiten aufgefallen. Auch was die hier abzuurteilenden Delikte betrifft, halte ich es für wichtig, dass der Verletzung der Zeugin K. eine Ausnahmesituation zugrunde lag und mein Mandant - was die Zeugin G. betrifft - nicht das Ziel hatte, die G. zu verletzen. Er handelte insoweit gedankenlos und im Grenzbereich zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und noch unter dem Eindruck der vorangegangenen Ereignisse. Der Anlass für sein Fehlverhalten war aus seiner Perspektive auch nicht nichtig, denn es ging für ihn darum, die Beziehung zu seiner Frau zu retten. Dass er in dieser Situation die Kontrolle verlor, ist ihm heute sehr unangenehm. Zum Glück ist die Verletzung der Zeugin K. weitgehend folgenlos ausgeheilt.

Mein Mandant hat den Schaden an dem Fahrzeug des Zeugen H. beglichen und sich zu den Vorwürfen in vollem Umfang geständig eingelassen. Schließlich wird die Kammer zu berücksichtigen haben, dass sich mein Mandant seit mehreren Monaten in Untersuchungshaft befindet.

Nach alledem bin ich der Auffassung, dass mein Mandant hier zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zu verurteilen ist und die Vollstreckung dieser Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Die Sozialprognose könnte man zwar - oberflächlich betrachtet - als ungünstig einschätzen, da mein Mandant bereits schon einmal zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden ist und nunmehr erneut Straftaten begangen hat. Jedoch muss in diesem

Zusammenhang berücksichtigt werden, dass den Taten ein konkreter Anlass zugrunde lag und diese nicht Ausdruck einer grundsätzlich kriminellen Gesinnung waren. Nichts deutet darauf hin, dass Herr K. in Zukunft gewalttätig auftreten wird und die beiden Eintragungen im Bundeszentralregister beziehen sich auf Vorfälle, die ca. 4 bzw. 8 Jahre zurückliegen. Es liegen hier meines Erachtens auch besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB vor, die sich aus der Tat selbst ergeben. Der gesamte Vorfall beruhte auf einem äußerst emotionalen Beziehungskonflikt, der nicht nur für das Opfer, sondern auch für meinen Mandanten ein einschneidendes Ereignis in seinem Leben darstellt. Es ist folglich nach der endgültigen Trennung der Zeugin K. von meinem Mandanten nicht damit zu rechnen, dass Herr K. noch einmal in vergleichbarer Weise strafrechtlich in Erscheinung treten wird. Hierfür spricht auch, dass mein inzwischen fast fünfzigjähriger Mandant – was die Zeugin K. ausdrücklich bestätigt hat – nicht zu Gewalttätigkeiten neigt. Schließlich wird die Kammer bei der Prüfung des § 56 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen haben, dass sich mein Mandant durch seinen Anruf bei der Polizei und die Begleichung des Schadens an dem Fahrzeug um eine Wiedergutmachung seines Fehlverhaltens bemüht hat.

Ich beantrage daher, meinen Mandanten wegen der Taten zu 1 und 2 zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zu verurteilen, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt werden sollte. Im Übrigen beantrage ich, meinen Mandanten freizusprechen und insoweit der Staatskasse die Kosten und notwendigen Auslagen des Verfahrens aufzuerlegen. Schließlich beantrage ich, den Haftbefehl des Amtsgerichts Tiergarten aufzuheben. Insbesondere da sich der Tatverdacht wegen eines versuchten Tötungsdeliktes, der letztlich zur Inhaftierung meines Mandanten geführt hat, nicht bestätigt hat, ist nicht mehr von einer Fluchgefahr auszugehen.

Ich danke für ihre Aufmerksamkeit!

Ergänzendes Gutachten:

I. Verwertbarkeit der Aussage des Y

Nach der Aussage des Zeugen K. war davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für den Einsatz eines verdeckten Ermittlers gemäß § 110 a Abs. 1 Satz 4 StPO vorlagen. Es ging um die Aufklärung eines Tötungsdeliktes - also eines Verbrechens von erheblicher Bedeutung - und die Staatsanwaltschaft und das Gericht hatten dem Einsatz gemäß § 110 b Abs. 1 S. 1, bzw. Abs. 2 StPO zugestimmt. Es war aus Sicht der ermittelnden Behörden auch aussichtslos, auf andere Art und Weise den Sachverhalt aufzuklären. Da der Einsatz als solcher also rechtmäßig war, konnte sich aus den §§ 110 a ff. StPO kein Verwertungsverbot ergeben.

Die Rechtsprechung begründet die Unverwertbarkeit von Erkenntnissen eines verdeckten Ermittlers bei einer Umgehung des Schweigerechts unter Ausnutzung einer Drucksituation mit dem nemo-tenetur-Grundsatz. Einen Verstoß gegen § 136 StPO lehnt der BGH ausdrücklich ab, da der verdeckte Ermittler keine Vernehmungen durchführt und dem Beschuldigten auch nicht in einer amtlichen Eigenschaft gegenübertritt, so dass dieser

glauben könnte, es bestünde eine Aussagepflicht. Es lag daher auch keine vernehmungsähnliche Situation vor.

In der Literatur wird zum Teil ein Verstoß gegen § 136 a StPO bejaht. Das ist sicher vertretbar, wird vom BGH jedoch auch ausdrücklich verneint, weil es wieder an einer Vernehmung fehlt und der Einsatz verdeckter Ermittler als zulässige heimliche Ermittlungsmaßnahme ausdrücklich in der Strafprozessordnung vorgesehen ist. Das Verhalten des Y. im konkreten Fall, dürfte auch nicht mit den in § 136 a StPO restriktiv auszulegenden Alternativen (Quälerei, Misshandlung etc.) vergleichbar sein.

II. Zweiter Tatkomplex

1. Vorsatz

Bei allen drei angeklagten Delikten könnte man prüfen, ob dem Mandanten lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist. Die Annahme eines nur fahrlässigen Verhaltens liegt aber fern, weil der Zeuge Karlsberg über die erste polizeiliche Vernehmung des K. ausgesagt hatte, dieser habe aus Gedankenlosigkeit das Notebook aus dem Fenster geworfen und vor dem Wurf wahrgenommen, dass sich Personen auf dem Parkplatz befunden hätten. Die Tathandlung dürfte auch objektiv so gefährlich gewesen sein, dass das Gericht wahrscheinlich von dieser Handlung auf die billigende Inkaufnahme des Erfolges schließen wird.

2. Kausalität – objektive Zurechnung (§§ 315 b, 303 StGB)

Die Kausalität im Sinne der Äquivalenz- und Adäquanztheorie dürfte in beiden Fällen unproblematisch sein. Auch eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist kaum vertretbar, da das Verreißen des Steuers bei einem plötzlichen Ereignis nicht ungewöhnlich ist und folglich sowohl objektiv zurechenbar ist als auch nach der Rechtsprechung keine erhebliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf beinhaltet. Bei der Prüfung des § 315 b StGB wäre außerdem zu beachten, dass sich die Kausalität nicht auf den Eintritt des Schadens, sondern lediglich auf eine konkrete Gefährdung für das Fahrzeug des H. beziehen muss.

II. Haftbeschwerde

An das

Amtsgericht Tiergarten

10548 Berlin

In der Strafsache

gegen Bernd Berger

- Az.: 343 Gs 1 Bra Js 557/04 -

lege ich gegen den Haftbefehl des Amtsgerichts Tiergarten vom 28.01.2005

Haftbeschwerde

ein und beantrage,

1. den Haftbefehl aufzuheben;
2. hilfsweise den Haftbefehl gemäß § 116 StPO außer Vollzug zu setzen.

Begründung:

Nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen kann weder ein dringender Tatverdacht wegen eines Brandstiftungsdeliktes noch wegen eines räuberischen Diebstahls angenommen werden. Da insbesondere ein Brandstiftungsdelikt von vornherein ausscheidet, kann auch der Haftgrund der Fluchtgefahr nicht angenommen werden, da dieser allenfalls mit einer hohen Straferwartung begründet werden könnte.

I.

Unabhängig von der Frage, ob die bisherigen Ermittlungsergebnisse für die Verwirklichung eines Brandstiftungsdeliktes sprechen, scheitert ein dringender

Tatverdacht an dem verfahrensrechtlichen Grundsatz, dass niemand wegen derselben Tat mehrfach verurteilt werden darf (Artikel 103 Abs. 3 GG).

Mein Mandant ist durch das seit dem 09.08.2004 rechtskräftige Urteil des Landgerichts Berlin bereits wegen Betrugs zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden. Da Gegenstand dieses Verfahrens nicht allein der Straftatbestand des Betruges, sondern die Tat im prozessualen Sinn war und hierunter auch ein mögliches Brandstiftungsdelikt fällt, kann er nach Rechtskraft des Urteils für diese Tat nicht mehr strafrechtlich belangt werden. Nach ständiger Rechtsprechung wird unter einer Tat im prozessualen Sinn ein einheitlicher geschichtlicher Lebenssachverhalt verstanden. Regelmäßig wird hierfür ein enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang verlangt.

Es stellt sich hier also die Frage, ob der Brand in der Bäckerei und die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Versicherung, also die Täuschung im Sinne des § 263 StGB, eine Tat darstellen. Zwar mag es zutreffen, dass mein Mandant seiner Versicherung den Schaden erst 3 ½ Monate nach dem Brand in der Großbäckerei angezeigt hat, dies bedeutet im konkreten Fall jedoch nicht, dass es sich um unterschiedliche prozessuale Taten handelt. Denn trotz des möglicherweise fehlenden engen zeitlichen Zusammenhangs, liegt hier ein enger rechtlicher Zusammenhang vor, der die vorgeworfene Brandstiftung als Vorbereitungshandlung mit dem später begangenen Betrug verknüpft.

Das Landgericht konnte nämlich in dem Verfahren die Tatbestandsmerkmale des Betruges nicht unabhängig davon prüfen, ob mein Mandant vorsätzlich einen Versicherungsfall herbeigeführt hat. Dies ergibt sich aus mehreren Umständen. Zum einen setzt das Vorliegen eines Vermögensschadens nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung im Sinne des § 263 StGB voraus, dass dem Versicherungsnehmer kein Anspruch gegen die Versicherung zusteht; was bei einer vorsätzlichen Brandlegung selbstverständlich der Fall gewesen wäre. Zum anderen hätte die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles eine Verurteilung gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB ermöglicht, was ebenfalls dafür spricht, dass sich das Gericht mit den Umständen, die zu dem Brand geführt haben, auseinandersetzen musste.

Bestätigt wird diese Annahme auch durch die Feststellungen, die die 37. Große Strafkammer in ihrem Urteil vom 02.08.2004 getroffen hat. Wörtlich heißt es in dem Urteil:

> „Im Rahmen der Ermittlungen wegen Brandstiftung – beim Brandort wurden Rückstände eines Brandbeschleunigers festgestellt – konnte dem Angeklagten eine Beteiligung hieran nicht nachgewiesen werden."

Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass auch das Landgericht Berlin eine enge rechtliche Verknüpfung zwischen einer Brandstiftung und einem sich daran anschließenden Versicherungsbetrug erkannt hat. Da folglich von einem

einheitlichen Lebenssachverhalt auszugehen ist und mein Mandant bereits rechtskräftig wegen Betruges verurteilt worden ist, liegt ein Fall des Strafklageverbrauchs vor. Dieses Verfahrenshindernis hat zur Folge, dass eine erneute Verurteilung meines Mandanten wegen dieser Tat ausgeschlossen ist.

II.

Auch was den wesentlich weniger gravierenden Tatvorwurf – nämlich den Diebstahl eines Paares Herrenschuhe im Wert von deutlich unter 100,00 € in der Schönhauser Alllee 124 betrifft – lässt sich zumindest kein dringender Tatverdacht für einen räuberischen Diebstahl gemäß 252 StGB begründen.

Als Beweismittel liegen insoweit der bei der Wohnungsdurchsuchung gefundene Brief meines Mandanten an seine Ehefrau sowie das Protokoll über die polizeiliche Vernehmung der Zeugin Dahl vom 25.01.2005 vor. Weitere Beweismittel sind nicht ersichtlich. Sollte die Staatsanwaltschaft insoweit die Ehefrau bzw. den Schwager meines Mandanten zeugenschaftlich vernehmen wollen, weise ich bereits jetzt darauf hin, dass beide Zeugen angekündigt haben, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Auch wenn die Aussage der Zeugin Dahl dafür spricht, dass mein Mandant ein Paar Herrenschuhe vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht weggenommen hat, ergeben sich aus dieser Vernehmung keine Anhaltspunkte für eine Besitzerhaltungsabsicht meines Mandanten, die für die Annahme eines räuberischen Diebstahls erforderlich wäre. Denn die Zeugin hat ausgesagt, dass mein Mandant ihr erst gedroht haben soll, nachdem sie ihm die Schuhe aus der Hand genommen habe. Das bedeutet, dass nach dieser Aussage die Drohung meines Mandanten – soweit sie überhaupt stattgefunden hat – nicht dazu diente, die Schuhe für sich zu behalten. Lebensnah gibt die Zeugin außerdem an, dass es meinem Mandanten und seinem Begleiter in erster Linie darum gegangen sei, den Tatort unbehelligt zu verlassen, da die Zeugin angekündigt hatte, die Polizei zu rufen.

Allenfalls der bei der Wohnungsdurchsuchung gefundene Brief bietet Anhaltspunkte dafür, dass mein Mandant die Zeugin zu einem Zeitpunkt bedrohte, als sich die Schuhe noch in seinem Besitz befanden. Aus Sicht der Verteidigung erscheint es bereits zweifelhaft, die von dem Inhalt der Zeugenaussage abweichende Schilderung in dem Brief für die Annahme eines dringenden Tatverdachtes ausreichen zu lassen. Denn nichts deutet darauf hin, dass die Zeugin Dahl in ihrer Vernehmung unrichtige Angaben gemacht hat, so dass zumindest nach dem Zweifelsgrundsatz eine Verurteilung wegen räuberischen Diebstahls äußerst unwahrscheinlich erscheint.

Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, da der aufgefundene Brief gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht verwertet werden darf. Zwar lassen sich im Einzelnen die Umstände der Durchsuchung – insbesondere die Frage, ob überhaupt eine richterliche Durchsuchungsanordnung vorlag – derzeit für die Verteidigung nicht nachvollziehen, entscheidend ist jedoch, dass es sich bei dem Brief um eine schriftliche Mitteilung meines Mandanten – also des Beschuldigten – an eine zeugnisverweigerungsberechtigte Person – nämlich seine Ehefrau – handelte.

Solche schriftlichen Mitteilungen dürfen bei Wohnungsdurchsuchungen grundsätzlich nicht beschlagnahmt bzw. im Strafverfahren verwertet werden. Hierfür spricht bereits, dass es rechtlich keinen Unterschied machen kann, ob die ermittelnden Behörden durch eine mündliche Zeugenaussage oder die Beschlagnahme schriftlicher Unterlagen an Informationen herankommen, die von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen stammen. Gegen das Verwertungsverbot spricht hier auch nicht § 97 Abs. 2 StPO. Die schriftliche Mitteilung befand sich nämlich in Gewahrsam der Ehefrau meines Mandanten. Zwar gibt es ältere BGH-Rechtsprechung, nach der zumindest beim Mitgewahrsam des Beschuldigten das Beschlagnahmeverbot nicht gelten soll, ein solcher Mitgewahrsam lag hier jedoch nicht vor. Zwar mag die Annahme nahe liegen, dass Eheleute an sämtlichen Gegenständen der von ihnen gemeinsam bewohnten Wohnung Mitgewahrsam haben. Mein Mandant hatte jedoch – was den durchsuchenden Polizeibeamten zu Beginn der Durchsuchung von der Ehefrau meines Mandanten mitgeteilt worden war – die eheliche Wohnung bereits verlassen und war zu seinem Bruder gezogen. Da folglich – trotz Fortbestandes der Ehe – die Wohnung von meinem Mandanten nicht mehr bewohnt wurde und er auch tatsächlich gar nicht die Gelegenheit hatte, den beschlagnahmten Brief jederzeit an sich zu nehmen, kann von einem Mitgewahrsam nicht ausgegangen werden.

Die Unverwertbarkeit des Briefes muss letztlich dazu führen, den dringenden Tatverdacht wegen räuberischen Diebstahls mangels Besitzerhaltungsabsicht zu verneinen.

III.

Zieht man die Aussage der Zeugin Dahl heran, besteht allenfalls ein Tatverdacht für einen Diebstahl in Tateinheit mit einer Nötigung. Allein dieser Tatverdacht, der aus Sicht der Verteidigung allerdings nicht als dringend bezeichnet werden kann, rechtfertigt nicht die Annahme des Haftgrundes der Fluchtgefahr. Allein die Straferwartung ist nicht ausschlaggebend für die Annahme von Fluchtgefahr. Vielmehr kommt es auf eine Gesamtabwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles an, wobei hierbei der Straferwartung erhebliche Indizwirkung zukommt. Isoliert betrachtet wäre für den Fall, dass es zur Verurteilung wegen Diebstahls in Tateinheit mit Nötigung kommt, allenfalls mit einer Geldstrafe zu rechnen. Dies ergibt sich aus dem relativ geringen Wert der Schuhe (ca. 90,00 €) und der Tatsache, dass letztlich kein Schaden eingetreten ist. Auch das Verhalten meines Mandanten nach der Tat, spricht nicht gerade für eine hohe kriminelle Energie. Wie die Zeugin Dahl selbst sagt, konnte sie meinem Mandanten ohne weiteres die Schuhe nach dem Vorfall abnehmen.

Eine wesentlich höhere Straferwartung ergibt sich auch nicht aus der rechtskräftigen Verurteilung vom 02.08.2004. Zwar hat das Landgericht meinen Mandanten zu einer Bewährungsstrafe von einem Jahr verurteilt. Mit einem Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 56f StGB ist jedoch nicht zu rechnen. Insoweit verkennt die Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen für einen Bewährungswiderruf. Ein solcher kommt allenfalls in Betracht, wenn nach Rechtskraft der Verurteilung während des Laufens der Bewährungszeit der

Verurteilte eine weitere Straftat begangen hat bzw. hierfür zumindest erhebliche Anhaltspunkte vorliegen. Der Vorfall im Schuhgeschäft trug sich jedoch am 26.07.2004 – also vor Rechtskraft der Entscheidung des Landgerichts – zu. In Betracht zu ziehen wäre daher allenfalls eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 StGB bei der jedoch nicht mit einer erheblichen Erhöhung der bereits verhängten Bewährungsstrafe zu rechnen wäre. Aus Sicht der Verteidigung läge ohnehin eine Verfahrenseinstellung gemäß § 154 StPO nahe, da der Diebstahl an den Schuhen bzw. die Nötigung der Zeugin Dahl verglichen mit dem Betrug kaum ins Gewicht fällt.

Auch die weiteren Umstände sprechen gegen die Annahme von Fluchtgefahr. Soweit die Staatsanwaltschaft meinem Mandanten Auslandskontakte unterstellt, weise ich darauf hin, dass diese ausschließlich auf dem ursprünglichen Plan beruhten, sich nach Mallorca zu begeben, um dort eine neue Existenz aufzubauen. Dass sich dieser Plan mit der Verurteilung im vergangenen Jahr zerschlagen hat, liegt auf der Hand. Zivilrechtlich ist mein Mandant verpflichtet, die bereits ausgezahlte Rate von 150.000,00 € an seine Versicherung zurückzuzahlen. Da aufgrund der rechtskräftig festgestellten Täuschung meines Mandanten über einen Betriebsfortführungswillen mit weiteren Zahlungen nicht zu rechnen ist, hat mein Mandant sein Vorhaben aufgegeben. Außerdem hat er inzwischen die Ehekrise überwunden, für die u.a. die bereits abgeurteilte Straftat ursächlich war. Er hat sich mit seiner Frau versöhnt. Die Tatsache, dass er sich polizeilich nicht umgemeldet hat, sondern nach wie vor unter der Anschrift der gemeinsamen ehelichen Wohnung polizeilich gemeldet ist, verdeutlicht, dass er nie ernsthaft vor hatte, langfristig seine Frau zu verlassen. Sollte das Gericht wider Erwarten einen dringenden Tatverdacht wegen Diebstahls und einer hierzu tateinheitlich begangenen Nötigung annehmen, wäre folglich der Haftbefehl nach § 116 StPO außer Vollzug zu setzen. Sollte das Gericht diesen Weg beschreiten, regt die Verteidigung an, dass sich mein Mandant einmal wöchentlich bei dem für ihn zuständigen Polizeiabschnitt meldet.

Rechtsanwalt