

Strafprozessrecht

Putzke / Scheinfeld

8. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-74069-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Kapitel 3. Das Strafverfahren

A. Vorverfahren (Ermittlungsverfahren)

Der Zweck des Vorverfahrens lässt sich § 160 I entnehmen: Die StA hat „zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen“. Wann die öffentliche Klage (Anklage) zu erheben ist, sagt § 170 I im Zusammenspiel mit § 203: Der StA darf einen Beschuldigten anklagen, wenn „die Ermittlungen genügenden Anlaß“ dazu bieten (§ 170 I); das tun die Ermittlungsergebnisse, wenn zu prognostizieren ist, dass das Strafgericht das Hauptverfahren eröffnet, wenn also der Angeschuldigte „einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint“ (§ 203). Damit ist der „**hinreichende Tatverdacht**“ umschrieben. Prägen Sie sich diese wichtige Erkenntnis ein: Die Anforderungen des § 170 I sind mit denen des § 203 identisch! Soll eine Anklage zur Eröffnung des Hauptverfahrens führen, muss sie also die Anforderungen des § 203 erfüllen. Dafür ist nötig, dass

die Verurteilung des Beschuldigten wahrscheinlich ist.

Hinreichend verdächtig ist ein Beschuldigter/Angeschuldigter m.a.W. dann, wenn nach vorläufiger Tatbewertung „**die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung nach durchgeführter Beweisaufnahme höher ist als die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs**“ (OLG Nürnberg StV 2010, 468, 469). Die Grundlage für diese Prognose zu schaffen, ist der primäre Zweck des Ermittlungsverfahrens.

Obwohl schon Ermittlungen gegen den Beschuldigten teilweise massiv in seine Grundrechte eingreifen (dürfen), gilt stets Art. 6 II MRK: „Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist“ (ebenso geregelt in Art. 14 II IPbpR).

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG folgt, dass diese

Unschuldsvermutung

für das gesamte Strafverfahren gilt, also auch für das Vorverfahren. Die Unschuldsvermutung darf nicht wörtlich verstanden werden, denn sonst wären U-Haft oder andere Zwangsmaßnahmen stets unverhältnismäßig.

Gemeint ist nur, dass der Beschuldigte bis zum Nachweis der Schuld nicht als schuldig behandelt, insbesondere nicht sanktioniert werden darf.

- 36 Aus Art. 6 II MRK und dem Rechtsstaatsprinzip folgt ein weiterer Grundsatz:

in dubio pro reo

(im Zweifel für den Angeklagten). Dieser Zweifelsatz gilt auch für manche Prozessvoraussetzungen, aber nur hinsichtlich der tatsächlichen Umstände und nach Teilen der Rspr. und Lit. ausschließlich für **die Verjährung** (Tatzeitpunkt?), die **anderweitige Rechtshängigkeit** und den **Strafklageverbrauch** (also zur Frage: Ist die strafbare Handlung innerhalb eines schon abgeurteilten geschichtlichen Vorgangs begangen worden?) und das **Vorliegen eines Strafantrags** (etwa: Gab es einen Strafantrag des bestohlenen Verletzten vor seinem Tod?).

- 37 Folgerichtig ist es indes, den Zweifelsatz grds. auf *alle* Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse zu erstrecken (dahingehend neuerdings auch *BGH* NStZ 2010, 160 m. zust. Anm. *Schwabenbauer* HRRS 2011, 26; differenzierend *Meyer-Goßner*, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, S. 60 ff.). Für eine Beschränkung gibt es keinen Sachgrund. – Zu Zweifelsatz und richterlicher Überzeugungsbildung (§ 261): → Rn 732.

I. Einleitung des Vorverfahrens

Literatur: *Bosch*, Der Strafantrag, JURA 2013, 368; *Dallmeyer/Jahn*, Einleitung und Einstellung des Ermittlungsverfahrens, in: Hb. zum Strafverfahren, hrsg. v. Heghmanns/Scheffler, 2008, I Rn 1 ff.

- 38 Die Strafverfolgungsbehörden dürfen nicht einfach „drauflos ermitteln“. Denn schon das Ermittlungsverfahren belastet den Beschuldigten. Zu denken ist vor allem an einen (unumkehrbaren) Ansehensverlust, etwa bei einem Lehrer, gegen den wegen sexuellen Missbrauchs ermittelt wird. Außerdem sollte sich der Bürger in einer freiheitlichen Demokratie den Staat schon dadurch „vom Leib halten“ können, dass jener sich rechtstreu verhält und keinen Anlass zu irgendwelchen Verdächtigungen gibt. Deshalb errichtet das Gesetz den Strafverfolgungsbehörden eine – niedrige – Hürde und setzt für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens voraus, dass

„zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“
für eine „verfolgbare Straftat“

vorliegen (§ 152 II), d.h.: Tatsachen müssen es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat

vorliegt. Gängig ist die blasse Bezeichnung **Anfangsverdacht**. Bei der Entscheidung, ob er vorliegt, hat die StA einen **Beurteilungsspielraum**, der erst verlassen ist, wenn die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens willkürlich erscheint (bloße **Vermutung** = wenn von bestimmten Anzeichen ohne ausreichende Tatsachengrundlage willkürlich auf die Annahme einer Straftat geschlossen wird). – Vielfach richtet sich ein Tatverdacht nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen Unbekannt. Das schadet nicht, denn der Anfangsverdacht ist tatbezogen: Die zureichenden Anhaltspunkte müssen nur den Verdacht ergeben, dass überhaupt eine Tat begangen worden ist. Von wem sie begangen worden ist, muss das Vorverfahren klären.

Beispiel: D schlendert an mehreren Tagen über den städtischen Busbahnhof, einen Ort, der als Drogenmarktplatz bekannt ist. – Die statistische Häufigkeit bestimmter Straftaten an bestimmten Orten genügt für den strafrechtlichen Anfangsverdacht nicht (anders im Polizeirecht, vgl. etwa Art. 13 I Nr. 2 BayPAG). **Gegenbeispiele: (1)** Der Sozialdienst katholischer Frauen ruft das „Moses-Projekt“ ins Leben. Es ermöglicht Not leidenden Müttern, ihren Säugling anonym durch eine „Babyklappe“ in ein Kinderbett zu legen, wo er dann umgehend weiter versorgt wird. Die StA erfährt davon, dass ein Kind „ingelegt“ wurde. – Obwohl eine Strafbarkeit wegen Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 I StGB) von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen abhängt, ist der Anfangsverdacht zu bejahen. Denn es ist gut möglich, dass die Mutter ihr Kind aus anderen Gründen als finanzieller Not abgegeben hat. **(2)** Die Katholische Kirche hatte eine interdisziplinäre Studie zum sexuellen Missbrauch in Auftrag gegeben. Die Studie kam unter Auswertung der – von der Kirche zur Verfügung gestellten und anonymisierten Akten – zu dem Ergebnis, dass es in allen 27 Diözesen zu Straftaten von etwa 1670 Klerikern an Kindern und Jugendlichen gekommen war. Zwar benannte die Studie die jeweiligen Opfer und Täter nicht namentlich, gleichwohl ergibt sich aus ihr ein Anfangsverdacht: Nach den §§ 152 I, 160 I kommt es nicht auf die Kenntnis an, wer Opfer und Täter sind, sondern darauf, dass es ein Opfer, einen Täter und deshalb eine Straftat gibt (zum Ganzen Scheinfeld/Willenbacher, NJW 2019, 1357).

Der Anfangsverdacht ist **wichtig für** die Beschuldigteneigenschaft **40** (→ Rn 46 ff.), die Beschuldigtenrechte (→ Rn 140 ff.), als (Mindest-)Voraussetzung für (manche) Zwangsmaßnahmen, für den Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen (§§ 839, 823 BGB) und für den Ausschluss einer Strafbarkeit der Amtsperson (z.B. § 258a StGB).

Trennen Sie den Anstoß zur Einleitung des Verfahrens von der Einleitung selbst: **41**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

1. Der Anstoß: „Anzeige oder auf anderem Wege“ (§ 160 I)

- 42 **Fall 2:** In der Fernseh-Castingshow des D sind Herabwürdigungen der Kandidaten an der Tagesordnung. Als D nach einer Gesangsdarbietung den sensiblen Kandidaten K als „talentfrei-quakenden Frosch“ bezeichnet, rastet K aus, wirft D das Mikro an den Kopf (Folge: Platzwunde), nennt ihn ein „Arschloch“ und zwingt ihn mit Drohungen, das Studio zu verlassen. (a) D ruft bei der StA an und will, dass sie wegen aller infrage kommenden Straftaten einschreitet. (b) D stellt bei der Polizei schriftlich Strafantrag bezüglich §§ 223, 240 StGB. (c) Der zuständige StA hat die Sendung gesehen.
- 43 **Offizialdelikte** (→ Rn 524) müssen von Amts wegen verfolgt werden (§§ 152, 160 I, 163 I 1). Die nötige Kenntnis von der Straftat können die Strafverfolgungsbehörden auf mehreren Wegen erlangen. Die **Anzeige** ist in der Praxis der häufigste Weg. Sie ist die bloße Anregung, den mitgeteilten Sachverhalt mit dem Ziel zu überprüfen, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist (42
Fall 2a). Sie kann von jedermann formlos gestellt werden (Anruf, Fax, E-Mail, Brief etc.), und zwar bei den in § 158 I genannten Behörden (ohne Rücksicht auf deren örtliche oder sachliche Zuständigkeit).
- 44 § 158 I 1 Alt. 2 nennt weiter den **Strafantrag**. Er ist der ausdrückliche Wunsch des Verletzten oder sonst Berechtigten nach Strafverfolgung (**Strafantrag im weiteren Sinne**, er gibt dem Antragsteller, falls das Verfahren eingestellt wird, gewisse Rechte → Rn 487). Einen solchen Strafverfolgungswunsch hat D sowohl im 42
Fall 2a wie im 42
Fall 2b ausgedrückt. Dieser Wunsch ist streng zu trennen vom **Strafantrag im engeren Sinn** nach § 158 II. Mit ihm ist der Strafantrag gemäß §§ 77 ff. StGB gemeint; er ist bei Antragsdelikten iSd StGB erforderlich (z.B. §§ 185 ff. iVm § 194; § 223 iVm § 230 StGB), und er muss den Förmlichkeiten des § 158 II genügen. Bei den Antragsdelikten des StGB wird weiter unterschieden zwischen relativen und absoluten. Während bei den absoluten Antragsdelikten die Straftat ausschließlich bei Vorliegen eines Strafantrags im engeren Sinne verfolgt wird, kann die StA bei den relativen Antragsdelikten – wie bei § 223 StGB im 42
Fall 2b – das besondere öffentliche Interesse bejahen (s. § 230 I 1 Hs. 2 StGB), damit den Strafantrag entbehrlich machen und ggf. Anklage erheben.
- 45 Schließlich kann die StA Kenntnis durch **eigene Wahrnehmungen** erlangen: Im 42
Fall 2c muss die StA das Verfahren „von Amts wegen“ einleiten, sie hat „auf anderem Wege“ Kenntnis „von dem Verdacht einer Straftat“ erhalten (§ 160 I).

2. Die Einleitung im engeren Sinne: das Einschreiten

Der Anfangsverdacht und die damit zusammenhängenden Ermittlungen richten sich meist gegen einen individuellen **Beschuldigten**. Wann jemand in diese Rolle gerät, ist von großer Bedeutung: Einerseits weist das Gesetz dem Beschuldigten größere Rechte zu als anderen Betroffenen (z.B. § 136 I). Andererseits darf das Ermittlungsverfahren nicht vorschnell eingeleitet werden, weil es den Betroffenen belastet, insbesondere gewisse Maßnahmen nur gegen Beschuldigte durchgeführt werden dürfen (z.B. § 81a I). In der zweiten Konstellation schadet dem Betroffenen die großzügige Zuschreibung des Beschuldigtenstatus, wohingegen sie ihm in der ersten nutzt. An diese Zweischneidigkeit ist beim Beschuldigtenstatus zu denken.

Der Beschuldigtenstatus hat auch Auswirkungen auf die Verjährung. Unterbrochen wird sie durch die erste Vernehmung (§ 78c I 1 Nr. 1 StGB).

Fall 3 (nach BGHSt 38, 214): A fuhr mit einer BAK von 1,67 Promille mit seinem Auto, verlor die Gewalt und ließ das Fahrzeug stark beschädigt liegen. Der Streifenpolizist P fand im Unfallfahrzeug den Führerschein des A. Etwa eine halbe Stunde später traf P den A auf der Straße. Dieser nannte auf Befragen zunächst einen falschen Namen und Wohnort. P hatte den Verdacht, A sei die in dem Führerschein ausgewiesene Person und hielt ihm das vor. Der räumte das ein. Auf den Verkehrsunfall angesprochen, gab er an, er sei Beifahrer gewesen, wolle aber den Namen des Fahrers nicht nennen und zum Unfallhergang nichts sagen. Auf weiteres Befragen behauptete er, nach dem Unfall zwei Glas Bier getrunken zu haben. Hat P sich rechtmäßig verhalten?

P hätte A im Fall 3 nach §§ 136 I 1, 163a IV 2 belehren müssen, wenn A zu diesem Zeitpunkt bereits Beschuldigter war. Man könnte annehmen, A sei schon deshalb Beschuldigter, weil P ihn verdächtigt und ihm damit insgeheim die „Tat zur Last legt“ (vgl. § 136 I 1). Dagegen spricht aber § 60 Nr. 2, der einen Tatverdächtigen kennt, der lediglich „Zeuge“ ist und kein Beschuldigter.

Andererseits besteht Einigkeit darüber, dass jedenfalls derjenige als Beschuldigter anzusehen ist, gegen den ein Strafverfahren eingeleitet wurde. Im Steuerstrafrecht gibt es in § 397 I AO eine „Legaldefinition“, die den Inkulpatationsakt umschreibt, d.h. zu welchem Zeitpunkt ein Verfahren als eingeleitet gilt: „Das Strafverfahren ist eingeleitet, sobald die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, eine ihrer Ermittlungspersonen oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen.“ Im Fall 3 hat P den A nach seinem Alko-

holkonsum gefragt. Das zielte erkennbar darauf ab, dem Verdacht einer Straftat nachzugehen (§ 316 StGB). A war schon zu diesem Zeitpunkt Beschuldigter, und P hätte ihn belehren müssen. Zum Beweisverwertungsverbot, das aus dem Unterlassen der Belehrung folgt: → Rn 423.

- 50 In diese Fallgruppe ist auch der Sachverhalt BGHSt 51, 367 einzustufen: Ehefrau und Tochter des Beschuldigten B sind seit Monaten unauffindbar. Die Polizei vernimmt B stundenlang als „Zeugen“, hält ihm Widersprüche seiner Aussage vor und fordert ihn auf, den Aufenthaltsort der Leichen zu benennen. Diese Aufforderung zielt darauf ab, gegen B strafrechtlich vorzugehen.
- 51 Die Definition des § 397 I AO erfasst den Beschuldigtenbegriff aber nicht vollständig. Sie ist nur als Jedenfalls-Definition zu gebrauchen: *Immer dann*, wenn die Voraussetzungen des § 397 I AO vorliegen, ist das Ermittlungsverfahren eingeleitet, aber *nicht nur dann*:
- 52 **Fall 4:** Die StA ermittelt wegen eines Tötungsdelikts bislang gegen „Unbekannt“. Täter T hält sich irrig für überführt. In Wahrheit gibt es nur starke Verdachtsmomente. Als sich Kommissar K gerade überlegt, dass gegen T ein Ermittlungsverfahren eröffnet und eine DNA-Analyse durchgeführt werden sollte, meldet T sich auf der Wache und erklärt, er wolle Angaben machen. K belehrt ihn, dass er gem. § 55 I das Recht habe, belastende Angaben zu verschweigen. Dennoch gesteht T die Tat und das Tatmotiv „Habgier“. Vor dem Haftrichter R widerruft er das Geständnis. Darf R es verwerten?
- 53 Das Geständnis des T ist unverwertbar, wenn K gegen § 136 I verstoßen hat und dies nicht durch die Belehrung nach § 55 II kompensiert worden ist. K hätte T nach § 136 I belehren müssen (Schweigerecht etc.), wenn T zu diesem Zeitpunkt „Beschuldigter“ war. Wendet man § 397 I AO analog an, ist die Beschuldigteneigenschaft zu verneinen, denn eine Strafverfolgungsmaßnahme gegen T gab es noch nicht.
- 54 Fall 4 zeigt, dass § 397 I AO nicht allein maßgeblich sein kann. Verdichtet sich nämlich der Beteiligungsverdacht aufgrund „tatsächlicher Anhaltspunkte“, so ist die StA verpflichtet, das Verfahren gegen den Verdächtigen förmlich einzuleiten; dies soll verhindern, dass ihm die Beschuldigtenrechte vorenthalten werden (**Umgehungssperre**): „Nach **pflichtgemäßer Beurteilung** der Strafverfolgungsbehörde muss erst dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt“ (BGH NStZ-RR 2004, 368); denn der Beschuldigtenstatus und die Beschuldigtenrechte sollen nicht im Belieben der Behörden stehen. Liegen also „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ dafür vor, dass gerade der Betroffene eine Straftat begangen hat, muss die Strafverfolgungsbehörde ein Verfahren gegen ihn einleiten (§ 152 II).

Verletzt die Behörde die Einleitungspflicht, gilt der Betroffene (T) schon als „Beschuldigter“.

Dieser Sicht wird gern § 60 Nr. 2 als Argument entgegengehalten: Auf den Tatverdacht könne es für den Beschuligtenbegriff nicht ankommen, weil es den „verdächtigen Zeugen“ gebe. Dabei wird übersehen, dass es unterschiedliche Verdachtsgrade gibt; ein „einfacher“ Verdacht reicht für den Status als „verdächtiger Zeuge“; „zureichende Anhaltspunkte“ für ein Ermittlungsverfahren gerade gegen den Betroffenen erzwingen den Beschuligtenstatus! 55

Das Fehlen der Belehrung wird in Fall 4 nicht durch die Belehrung über das Schweigerecht kompensiert. Denn jedenfalls fehlte der Hinweis auf das Recht zur Befragung eines Verteidigers (§ 136 I 2). Und es ist nicht ersichtlich, dass T dieses Recht kannte. R darf das Geständnis des T also nicht verwerten bei seiner Prüfung des dringenden Tatverdachts (§ 112 I 1). 56

Die Beschuldigteneigenschaft einer Person fehlt bei sog. **informativen Befragungen** und bei **Spontanäußerungen**: 57

Beispiel: Auf dem Rathausplatz sitzt O mit blutiger und gebrochener Nase auf dem Boden, um ihn herum eine Traube von zehn angetrunkenen Punkern. Polizist P kommt hinzu und fragt, was geschehen sei. O gibt an, geschlagen worden zu sein, aber nicht zu wissen, von wem; doch sei außer den Zehnen niemand da gewesen. Als P noch überlegt, was er nun tun muss, sagt T: „Das war Notwehr! Was sollte ich denn machen!?“

Vor der ersten Frage des P war nicht einmal klar, dass überhaupt eine Straftat vorlag. Zur Orientierung durfte P daher fragen, was vorgefallen war (informativische Befragung). Danach spitzte sich der Verdacht der Körperverletzung auf die zehn anwesenden Punker zu. Zu diesem Zeitpunkt hätte P vor weiteren Fragen zum Tathergang alle belehren müssen (§ 136 I 1). Dem ist T aber mit seiner Spontanäußerung zuvorgekommen. Dagegen konnte (und musste) P nichts tun. Zum Nachweis, dass T zugeschlagen hat, darf die Spontanäußerung des T verwertet werden, indem P dazu als Zeuge vernommen wird.

Die **Beschuldigteneigenschaft** ist nach alledem zu bejahen 58

bei Verfolgungsmaßnahmen einer Strafverfolgungsbehörde (§ 397 I AO) oder zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten der Beteiligung an einer verfolgbaren Straftat (§ 152 II).

Lernen Sie mit Blick auf den Beschuligtenbegriff die üblichen Vokabeln: 59
Vom **formellen Beschuligtenbegriff** ist die Rede, wenn als Kriterium nur die formelle Einleitung des Ermittlungsverfahrens gerade gegen den Betroffenen gilt; vom **materiellen Beschuligtenbegriff** spricht man, wenn ein **Inkulpationsakt**, also ein Willensakt der Strafverfolgungsbehörde genügen soll (oder wenn gar ein **zureichender Tatverdacht** ausreichen soll).

- 60** **Fall 5:** Ein anonymen Anrufer fordert StA S auf, den Oberbürgermeister von Düsseldorf unter die Lupe zu nehmen. Der habe aus Geldnot einen Kreditbetrag zu Lasten einer Bank begangen. Was muss S tun?
- 61** Examensrelevant ist die Frage, ob **Vorermittlungen** zulässig sind. Machen Sie sich nochmals die Funktion der StPO klar: In Grundrechte darf nur „durch oder aufgrund eines Gesetzes“ eingegriffen werden. Als solche Gesetze kommen nicht die reinen „Aufgabennormen“ in Betracht, **erforderlich ist eine „Befugnisnorm“**, etwa **§ 161 I 1** („ist die Staatsanwaltschaft befugt, ... Ermittlungen jeder Art ... vorzunehmen“). Bei Eingriffen in wichtige Rechtsgüter muss das Gesetz allerdings präzisere Befugnisnormen bereitstellen, so z.B. § 102. Das Verhältnis ist ähnlich dem von Generalklauseln und Standardmaßnahmen im Polizeirecht. Aber ermächtigt die strafprozessuale Generalklausel des § 161 I 1 auch zu Vorermittlungen, wenn kein Anfangsverdacht besteht? Mit anderen Worten: Gibt es ein **Vor-Vorverfahren**?
- Ein Anfangsverdacht besteht im Fall 5 nicht, weil es keine „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“ für eine Straftat gibt (§ 152 II). Denn der Anrufer hat den Kreditbetrug bloß behauptet. Ein Vorverfahren einzuleiten, ist S nicht verpflichtet (es bestünde sogar die Gefahr einer Amtshaftung oder gem. § 344 StGB einer Strafbarkeit wegen der Verfolgung Unschuldiger).
- 62** Die h.M. kennt aber eine **Vorermittlungspflicht**: Sie geht davon aus, dass die StA das Vorliegen eines Anfangsverdachts ermitteln müsse. Aber woraus folgt diese Pflicht? Wer die §§ 152 II, 161 I 1 iVm § 160 I anführt, dreht sich im Kreis. Denn die Normen setzen das Bestehen eines Anfangsverdachts voraus („zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ = „Verdacht einer Straftat“); wenn die Pflicht zum Einschreiten erst ab Vorliegen von bestimmten Anhaltspunkten besteht, ist die StA nicht verpflichtet, das Vorliegen der Anhaltspunkte zu ermitteln. Sonst wäre sie ja auch weitergehend verpflichtet, die dafür nötigen Anhaltspunkte zu ermitteln usw. Gesetzlich anerkannt ist eine Vorermittlungspflicht nur im Fall des Leichenfundes, also beim Rechtsgut „Leben“ – dem § 159 I genügen irgendwelche „Anhaltspunkte“. Die Systematik drängt daher zu dem Umkehrschluss, dass andere Vorermittlungen unzulässig sind.
- 63** Die meisten muten der StA aber im Fall 5 nicht zu, die Hände in den Schoß zu legen. Daher erklärt die h.M. solche Vorermittlungen für zulässig, die wie **Gefahrerforschungsmaßnahmen** im Polizeirecht der näheren Bestimmung des „Gefahren“-Verdachts dienen. S muss nach h.M. Ermittlungen darüber anstellen, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist (registriert werden solche Verfahren üblicherweise nicht als Js-Sache, sondern unter einem AR-Aktenzeichen).

Grundrechtseingriffe sind, abgesehen von ganz leichten, bei Vorermittlungen aber unzulässig, denn Ermächtigungsgrundlagen fehlen.

Ob eine **Ermittlungspflicht** besteht, ist auch für die folgende Konstellation umstritten: Erhält „die Staatsanwaltschaft ... Kenntnis“ (§ 160 I), wenn der einzelne StA **außerdienstlich Informationen** über eine Straftat erlangt? **64**

Fall 6: StA S ist zur Kur in Davos. Während er sich der Liegekur hingibt, hört er, wie auf dem Nachbarbalkon der Dortmunder Lehrer L seiner Frau unter Tränen gesteht, mit mehreren 13-jährigen Schülerinnen Petting getrieben zu haben. Zurück in Dortmund, überlegt S, was er tun muss.

S nimmt seine Kenntnisse mit in den Dienst, sodass man durchaus sagen kann: „die (Institution) Staatsanwaltschaft“ hat Kenntnis vom Anfangsverdacht (§§ 174, 176 StGB).

Allerdings würde privater Kontakt mit Staatsanwälten wohl weitgehend gemieden, wenn man im Umgang mit ihnen stets auf der Hut sein müsste. Wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des StA (Art. 2 I iVm 1 I GG) schränkt man daher die Verfolgungspflicht ein: Das Recht des einzelnen StA auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit muss abgewogen werden gegen das Interesse, welches die Allgemeinheit an der Strafverfolgung hat. Während die h.M. von Fall zu Fall abwägt, wollen manche für Rechtssicherheit sorgen und ziehen materiellrechtliche Wertungen heran: einige stellen auf den Katalog des § 138 StGB ab, andere auf die Kategorie „Verbrechen“ (§ 12 I StGB).

Nach diesen Kriterien müsste S im Fall 6 nicht einschreiten: Die Tat des L fehlt im Katalog des § 138 StGB, und sie ist nur ein Vergehen (§§ 174, 176 StGB). Der Fall zeigt, dass die angebotenen materiellrechtlichen Maßstäbe unangemessen sind. Denn sobald der Täter (mit seiner Tat) mehrere Vergehen begeht, steigt das Strafverfolgungsinteresse, ohne dass die beiden Kriterien (§ 138, Verbrechen) dies einengen. Mit der h.M. ist S also im Fall 6 zum Einschreiten zu verpflichten; denn einerseits verletzt die Tat ein gewichtiges Rechtsgut und andererseits ist S nicht sehr belastet, da L nur eine Kurbekanntschaft ist.

Darf die StA das Vorliegen einer „Straftat“ iSd § 160 I rechtlich eigenständig beurteilen oder ist sie an eine gefestigte Rspr. gebunden? **65**

Fall 7: Frauenarzt Krokowski (K) nimmt bei A einen an sich erlaubten Schwangerschaftsabbruch vor, verursacht aber fahrlässig, dass das Kind lebend zur Welt kommt. Es stirbt erst nach einigen Stunden. – Davon noch mitgenommen, vergisst er, vor einem anderen Eingriff die Patientin Zimmermann (Z) über die Gefahren aufzuklären. Diese Operation führt er dann lege artis und erfolgreich durch. In Kenntnis der Gefahren hätte Z die OP abgelehnt. – (a) Hinsichtlich des Kindes klagt StA S den K nach § 222 StGB an. Ist

S strafbar nach § 344 StGB? (b) Muss S den K wegen Körperverletzung zum Nachteil der Z anklagen, wenn S meint, § 223 StGB sei nicht verwirklicht?

- Im Fall 7a sieht die gefestigte Rspr. keine fahrlässige Tötung. Sie argumentiert: Wäre das Kind im Mutterleib gestorben, wäre es noch kein „Mensch“ und § 222 StGB schieße aus; das müsse erst recht gelten, wenn das Kind länger lebe. Manche halten dagegen: Wenn das Kind erst mit vier Jahren gestorben wäre, läge auch nach der Rspr. eine fahrlässige Tötung vor; weil nun aber jedes menschliche Leben gleich viel wert sei, unabhängig vom Alter der Person, werde die Tat von § 222 StGB erfasst. – Nach allgemeiner Ansicht ist S, wenn er anklagen will, nicht an die Sicht der Rspr. gebunden. Zum einen bietet der Eröffnungsbeschluss einen hinreichenden Filter (§ 203), zum andern muss es der StA (in gewissen Abständen) möglich sein, einen Rechtsprechungswchsel herbeizuführen. Daher ist S im Fall 7a nicht strafbar nach § 344 StGB.
- 66 Im Fall 7b verneinen einige eine Körperverletzung, weil der Eingriff *lege artis* und erfolgreich durchgeführt wurde. Die gefestigte Rspr. sieht, weil Z nicht aufgeklärt wurde, eine Körperverletzung als gegeben an. Bindet das die StA?
- Bei der Beurteilung der StA, ob eine „Straftat“ vorliegt, geht es sicher um eine „amtliche Verrichtung“, bei der sie „von den Gerichten unabhängig“ ist (§ 150 GVG). Andererseits „bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage“ (§ 170 I), denn schließlich würde K ja verurteilt. Dass es für die Frage, ob eine „Straftat“ iSd §§ 160 I, 203 vorliegt, auf die Sicht der Rspr. ankommt, bestätigt uns § 172 II 1: Das letzte Wort zu dieser Frage spricht im Klageerzwingungsverfahren das Gericht (vgl. auch Art. 92 GG). Außerdem ist zu bedenken, dass es zu Ungleichbehandlungen käme, würden Rechtsfragen in jedem StA-Bezirk anders beantwortet (Art. 3 I GG). – S ist also im Fall 7b an eine gefestigte Rspr. gebunden.
- 67 **Merke:** Geht die gefestigte Rspr. von der Strafflosigkeit eines Verhaltens aus, **darf** die StA anklagen, wenn sie eine Rspr.-Änderung herbeiführen will; sie **muss** anklagen, wenn nach gefestigter Rspr. ein Verhalten strafbar ist (kann vor Gericht aber auf Freispruch plädieren). Ob eine Rspr. schon gefestigt ist, muss im Einzelfall entschieden werden.

II. Erforschung des Sachverhalts

Literatur: *Schulenburg*, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, JuS 2004, 765.

- 68 Liegen die Voraussetzungen zur Einleitung eines Strafverfahrens vor, sind die Ermittlungsbehörden zum Einschreiten verpflichtet. Für die Polizei ergibt sich dies aus § 163 I 1, für die StA aus § 152 II. Bei-

de Ermittlungspflichten sind inhaltlich identisch. Auf diesem Verfolgungszwang gründet sich das

Legalitätsprinzip.

Es will vor allem dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) entsprechen und eine Verfolgung unabhängig vom Ansehen der Person erreichen. Zudem stellt das Legalitätsprinzip den notwendigen Ausgleich zum Offizialprinzip (→ Rn 524) dar: Wenn der Staat schon Inhaber des Gewalt- und Anklagemonopols ist, dann muss er auch verpflichtet sein, bei Rechtsverletzungen einzuschreiten.

Keine Regel ohne Ausnahme – sie findet sich abstrakt ebenfalls in § 152 II: Die StA ist zum Einschreiten verpflichtet, „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist“. Solche anderen gesetzlichen Bestimmungen bilden das

Opportunitätsprinzip,

und sie durchbrechen das Legalitätsprinzip. Hierzu zählen etwa § 153 (Einstellung wegen Geringfügigkeit), § 153a (Einstellung nach Erfüllung von Auflagen) oder § 376 (Verweisung auf den Privatklageweg). In diesen Fällen hat sich der Gesetzgeber am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientiert und bei bestimmten Straftaten den Aufwand eines Strafverfahrens als nicht erforderlich angesehen. Hier bleibt der StA die Anklageerhebung erspart (beachte aber § 377 II). Auf die einzelnen Bestimmungen und ihre Voraussetzungen gehen wir detailliert erst im Rahmen des Abschnitts „Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft“ ein (→ Rn 489 ff.). Denn vor einer Einstellung muss die StA auch in diesen Fällen den Sachverhalt erforschen, um etwa das Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen beurteilen zu können (→ Rn 86 ff.).

Beispiel: Wäre der Beschuldigte 13 Jahre alt, dürfte das Verfahren nicht nach § 153 I wegen „geringer Schuld“ eingestellt werden, weil Schuldunfähigkeit nach § 19 StGB vorläge (es müsste vielmehr der hinreichende Tatverdacht wegen Fehlens einer Verfahrensvoraussetzung verneint und eine Einstellung des Verfahrens nach § 170 II verfügt werden).

Stellt sich im Verlauf der Ermittlungen heraus, dass eine Verfahrensvoraussetzung fehlt oder ein Verfahrenshindernis besteht oder dass das Opportunitätsprinzip zum Tragen kommt, sind die Ermittlungen abzubrechen und es ist eine Abschlussentscheidung zu treffen.

Eine solche Entscheidung steht allerdings nur der StA, nicht auch der Polizei zu. Letztere hat allein die Pflicht, „Straftaten zu erforschen“ (vgl. § 163 I 1) und dann die Ermittlungsergebnisse „ohne Verzug“ der StA zu übersenden (§ 163 II 1).

- 72 Soweit die Theorie. Die Praxis zeichnet überwiegend ein anderes Bild. Zwar wird die StA gern und oft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ bezeichnet (§ 160 I weist ihr diese Stellung zu); den Hauptteil der Ermittlungstätigkeit erledigt allerdings die Polizei im Rahmen des ersten Zugriffs. Betrachtet sie eine Sache als „ausermittelt“, übersendet sie die Akten der StA.

1. Umfang

- 73 Zu erforschen ist gem. § 160 I der Sachverhalt, und zwar im Lichte der Fragestellung, „ob die öffentliche Klage zu erheben ist“. Dafür verlangt § 170 I einen „genügenden Anlass“, also „hinreichenden Tatverdacht“ (→ Rn 33), der gleiche Maßstab, der auch für den Eröffnungsbeschluss gilt (§ 203: „hinreichend verdächtig“). Insoweit sind zwei Fragen zu beantworten, die zugleich den Mindestumfang der Sachverhaltserforschung beschreiben. *Erstens*: Sind die Verfahrensvoraussetzungen gegeben (→ Rn 90 ff.)? *Zweitens*: Können die vorhandenen bzw. zu erwartenden Beweise die gerichtliche Überzeugung (§ 261) begründen, dass die Voraussetzungen eines Straftatbestandes vorliegen und dass der Beschuldigte zu bestrafen ist (→ Rn 725 ff.)?
- 74 Wie die letzte Frage zeigt, dient die Arbeit der StA neben der Vorbereitung einer (eigenen) Abschlussentscheidung (Klage oder Einstellung des Verfahrens) auch der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens. Deshalb trägt die StA gem. § 160 II auch die Verantwortung für die **Beweissicherung**.
- 75 § 160 II lehrt aber noch ein Weiteres: Die StA ist nicht allein Anwältin des Staates, sondern ein zur Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan. Denn ihre Ermittlungen haben sich nicht nur auf „die zur Belastung, sondern auch **die zur Entlastung dienenden Umstände**“ zu erstrecken.
- 76 Deshalb nennen einige die StA „objektivste Behörde der Welt“. Anderer Ansicht ist das *BVerfG* (NSZ 2001, 382, 384): „Polizei und Staatsanwaltschaft genießen keine Unabhängigkeit, und von ihnen kann ... nicht wie vom Richter strikte Neutralität erwartet werden.“
- 77 Zeichnet sich ein „genügender Anlass“ zur Klageerhebung ab (siehe § 170 I), kommen auch die späteren **Rechtsfolgen** der Tat in den Blick. Die hierfür maßgeblichen Umstände sind nach § 160 III ebenfalls zu ermitteln.
- 78 Dazu gehören vor allem Umstände, die für Art und Höhe der Sanktion Bedeutung haben. Anknüpfungspunkt ist § 46 II StGB (Umfang des Schadens, Dauer von Verletzungen etc.). Bei diesbezüglichen Ermittlungen kann sich die StA der **Gerichtshilfe** bedienen (§ 160 III 2). Die Gerichtshelfer (meist Sozialarbeiter) erforschen die persönlichen Verhältnisse und das soziale Umfeld des Beschuldigten. Ihre Ergebnisse fassen sie in einem Bericht zusammen.

Für die Ermittlungen der StA wie auch im gesamten Strafverfahren gilt ein wichtiger Grundsatz: Die Wahrheit ist **von Amts wegen** sorgfältig und umfassend zu ermitteln. Dies ergibt sich für den StA aus § 160 und für den Richter aus den §§ 155 II und 244 II und wird als

Untersuchungsgrundsatz

bezeichnet (auch als „Ermittlungsgrundsatz“, „Instruktions-“ bzw. „Inquisitionsprinzip“ oder „Prinzip der materiellen Wahrheit“).

Welche Folgen hat die Geltung dieses Grundsatzes? Deutlich werden sie, wenn wir den Gegensatz betrachten: das Verhandlungsprinzip (Prinzip der formellen Wahrheit). Es gilt im Zivilprozess und führt dazu, dass ausschließlich darüber verhandelt wird, was die Parteien behaupten, unter Beweis gestellt und schließlich bewiesen haben. Im Strafverfahren gibt es keine solche Bindung an Behauptungen. Das Gericht darf selbst einem Geständnis des Angeklagten nicht ohne weiteres glauben. Außerdem kann das Gericht von Amts wegen Beweismittel heranziehen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob vom Angeklagten oder der StA nach diesen Beweisen verlangt wurde. Im Ermittlungsverfahren ist es aber mit dem Untersuchungsgrundsatz vereinbar, den Umfang der Ermittlungen nach der Bedeutung der Sache auszurichten (vgl. Nr. 3, 4 RiStBV).

Ausfluss des Untersuchungsgrundsatzes ist, dass das Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht als Schuldeingeständnis gewertet werden und ein Versäumnisurteil (wie im Zivilprozess) nicht ergehen darf (Säumnis hat jedoch Folgen etwa im Berufungsverfahren gem. § 329 I 1, im Strafbefehlsverfahren gem. § 412 und für den Privatkläger gem. § 391 II).

a) Verständigungen

Fall 8: StA S ermittelt gegen A wegen Subventionsbetrugs. Der Sachverhalt ist kompliziert, täglich kommen neue Akten. Als S sich gerade damit abfindet, den Sonntag im Büro zu verbringen, ruft Ally Mc Deal, As Verteidigerin, an. Mc Deal berichtet, dass A die Subventionen bereits zurückgezahlt hat und bei Einstellung des Verfahrens einen bestimmten Geldbetrag zahlen würde. Nach einigem Hin und Her einigt man sich auf 40.000 €. Nachdem A den Sachverhalt glaubhaft gestanden hat, wird das Verfahren mit Zustimmung des Gerichts vorläufig eingestellt. Ging alles mit rechten Dingen zu?

Verfahren mit vielen Tatvorwürfen und aufwändigen Beweisaufnahmen sind bei der StA unbeliebt (sie bringen nicht mehr Erledigungsziffern als ein rasch bearbeiteter Ladendiebstahl und blockieren die Bearbeitung anderer Akten). Auch der Beschuldigte hat kein Interesse, monatelang das Strafverfahren „im Nacken“ zu haben. Deshalb

einigen sich die Beteiligten häufig im Vorverfahren, d.h. es kommt – oft ähnlich wie im Fall 8 – zur **Verständigung** (auch als Absprache oder – abfälliger – als „Deal“ bezeichnet).

- 83** Im Vorverfahren galten solche Verständigungen schon früher wegen § 153a als zulässig. Die Norm sieht vor, das Verfahren gegen Auflagen einzustellen, wenn Gericht, StA und Beschuldigter zustimmen, sich also über dieses Vorgehen „verständigen“ (→ Rn 489 ff.). Freilich müssen die Voraussetzungen des § 153a vorliegen (aus einem Verbrechen darf kein Vergehen werden). Daneben ist – wegen des Sanktionscharakters der Auflage – der Untersuchungsgrundsatz zu beachten. So ist ggf. die Glaubhaftigkeit eines Geständnisses durch weitere Beweiserhebungen zu überprüfen.
- 84** Im Fall 8 hat S sich gesetzmäßig verhalten – die Voraussetzungen des § 153a I lagen vor. Insbesondere können die Wiedergutmachungszahlung und die geständige Einlassung berücksichtigt werden (§ 46 II 2 Var. 6 StGB: „Verhalten nach der Tat“), sodass „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“.
- 85** Mit dem **Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren** (August 2009) hat der Gesetzgeber ganz generell die Vornahme von „verfahrensförderlichen Erörterungen“ zwischen StA und sonstigen Verfahrensbeteiligten (Beschuldigter, Verteidiger, ggf. Nebenkläger oder Finanzbehörde) zugelassen (§ 160b). Als Gegenstand der Erörterungen kommt vor allem eine Beschränkung der Strafverfolgung in Betracht (§§ 153, 153a, 154a). Aber auch eine spätere Verständigung in der Hauptverhandlung (§ 257c) kann im Ermittlungsverfahren vorbereitet werden. Kommen die Erörterungen der Beteiligten zu einem positiven oder negativen Ergebnis, muss die StA dies **aktenkundig** machen (§ 160b S. 2 – ausführlich zu Verständigungen → Rn 639).

b) Prüfen der Verfahrensbedingungen

Literatur: *Meyer-Göfner*, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011; *Mürbe*, Fallen und Fehler bei der Behandlung der strafprozessualen Prozessvoraussetzungen, JA 1997, 321.

- 86** Ein Strafverfahren darf nur dann durchgeführt werden, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind: Es müssen alle **Verfahrensvoraussetzungen** gegeben sein (alternative Bezeichnungen: Prozess-, Verfolgungs- oder Sachentscheidungs voraussetzungen) und es dürfen keine **Verfahrenshindernisse** bestehen.
- 87** Viele setzen das Nichtvorliegen von Verfahrensvoraussetzungen mit dem Vorliegen von Verfahrenshindernissen („negative Verfahrensvoraussetzungen,“) gleich. Allerdings lassen sich sehr wohl Unterschiede benennen zwischen Verfahrensvoraussetzungen und -hindernissen, weshalb eine Unterscheidung durchaus Sinn hat (näher *Meyer-Göfner*, S. 35).

Fehlt eine Verfahrensvoraussetzung oder besteht ein Verfahrenshindernis, ist wie folgt zu verfahren: **88**

- Im **Ermittlungsverfahren** ist gem. § 170 II 1 der hinreichende Tatverdacht zu verneinen.
- Im **Zwischenverfahren** wird gem. § 204 I die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt.
- **Nach Eröffnung des Hauptverfahrens** wird das Verfahren gem. § 206a I eingestellt, soweit die Hauptverhandlung noch nicht begonnen hat. **Nach Beginn der Hauptverhandlung** wird das Verfahren gem. § 260 III eingestellt (steht bereits fest, dass freizusprechen wäre, gibt es aber einen „**Vorrang des Freispruchs**“).
- Besteht ein **Verfahrenshindernis** nur **vorübergehend**, kann das Verfahren vorläufig eingestellt werden – vor Erhebung der öffentlichen Klage nach § 154f, nach Anklageerhebung gem. § 205 S. 1.

Bei der Frage, ob dem Gericht eine Befassung mit dem Anklagevorwurf verboten ist (Fehlen einer Verfahrensvoraussetzung = Befassungsverbot) oder eine Bestrafung wegen dieses Vorwurfs (Vorliegen eines Verfahrenshindernisses = Bestrafungsverbot), wird abgestellt auf den Schweregrad: Es muss sich um derart schwer wiegende Umstände handeln, dass ihr Fehlen (bei Verfahrensvoraussetzungen) oder Vorliegen (bei Verfahrenshindernissen) eine Sachentscheidung ausschließt – die Zulässigkeit des Verfahrens muss insgesamt in Frage gestellt sein. **89**

Die Verfahrensvoraussetzungen und -hindernisse lassen sich – zwecks besserer Einprägsamkeit – in drei Gruppen einteilen (wobei Verfahrenshindernisse sind: fehlender Strafantrag, Verhandlungsunfähigkeit, Verjährung und Amnestie; vgl. *Meyer-Goßner*, S. 37): **90**

- **das Gericht betreffend:** deutsche Gerichtsbarkeit (§§ 18–20 GVG), Rechtsweg (§ 13 GVG), sachliche Zuständigkeit (§ 1 StPO iVm §§ 24 ff., 73 ff., 120 GVG), örtliche Zuständigkeit (§§ 7 ff.); **91**
- **die Tat betreffend:** Strafantrag (§§ 77 ff. StGB), Ermächtigung (§ 77e StGB – Bsp.: §§ 90 IV, 353a II StGB), Strafverlangen (§ 77e StGB – Bsp.: §§ 257 IV, 323a StGB), wirksame Anklage (§§ 151, 200, → Rn 529), wirksamer Eröffnungsbeschluss (§ 203, → Rn 570), keine Strafverfolgungsverjährung (§§ 78 ff. StGB), keine gesetzliche Amnestie und kein Gnadenerweis, kein Strafkla-geverbrauch = keine entgegenstehende Rechtskraft (Art. 103 III GG), keine anderweitige Rechtshängigkeit; **92**

- 93 **Beachte:** Das Antragsrecht eines Toten geht auf den Ehegatten und Kinder über, aber nur „in den Fällen, die das Gesetz bestimmt“ (§ 77 II 1 StGB); nötig ist eine besondere Regelung. Sie fehlt z.B. bei den §§ 123, 202a, 202b StGB; sie gibt es z.B. bei der Verunglimpfung Verstorbener (§ 194 II 1 StGB) und der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 230 I 2 StGB).
- 94 **den Täter betreffend:** Leben, Verhandlungsfähigkeit (entspricht nicht der Prozessfähigkeit im Zivilrecht, sondern bedeutet die Fähigkeit des Beschuldigten, seine Rechte wahrzunehmen – auch eine geisteskranke Person kann also verhandlungsfähig sein), Strafmündigkeit (§ 19 StGB: 14 Jahre; bei der Privatklage gem. § 80 JGG: 18 Jahre), keine Immunität (Art. 46 II, IV GG, § 152a), keine schwerwiegende Lebens- oder Gesundheitsgefahr durch die Fortsetzung des Verfahrens (BVerfGE 51, 324, 345 ff.; vgl. dazu „Fall Honecker“, *BerlVerfGH* NJW 1993, 515).
- 95 Welches Verfahren kann trotz Todes des Beschuldigten durchgeführt werden? Das Wiederaufnahmeverfahren zu Gunsten des Verurteilten (s. § 361 I). Seine Rehabilitation betreiben können die in § 361 II genannten Personen.
- 96 **Fall 9:** Ein polizeilicher Lockspitzel (agent provocateur) arrangiert mit A ein Drogengeschäft, um ihn zu überführen. A „beißt“ an und wird später auf frischer Tat verhaftet. Die Veröffentlichung von belastendem Material durch die StA führt im Strafverfahren zu einer massiven öffentlichen Vorverurteilung in den Medien. Das Verfahren zieht sich über zwölf Jahre in die Länge. Haben die geschilderten Vorgänge Auswirkungen auf das Strafverfahren?

Es liegt auf der Hand, dass es problematisch ist, wenn der Staat, ohne sich als solcher erkennen zu geben, z.B. mittels eines Verdeckten Ermittlers andere zur Begehung von Straftaten ermuntert, um diese Personen sodann als Straftäter verfolgen zu können („**tatprovozieren-des Verhalten**“). Mit dem Argument, dass der Staat den staatlichen Strafanspruch verwirkt, weil er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) verstößt, könnte man durchaus ein Verfahrenshindernis annehmen. Bislang favorisiert die Rechtsprechung allerdings die „**Strafzumessungslösung**“, d.h. die Annahme eines Strafmilderungsgrundes (BGHSt 32, 345). Argumente: Ein Verfahrenshindernis muss an klar zu bestimmende Tatsachen knüpfen (BGHSt 24, 239, 240) und darf nicht erst das Ergebnis einer umfassenden Prüfung aufgrund einer Hauptverhandlung sein; die dem Schutz des Staates anvertrauten Rechtsgüter dürfen nicht zur Disposition eines Lockspitzels stehen; selbst ein Befehl zur Begehung einer Straftat (§§ 56 II BGG, 11 II Soldatengesetz) schließt die Strafbarkeit nicht aus; es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber ein Verfahrenshindernis annehmen wollte.