

1. Klausur / 24.10.2009

Die verkümmerte Rüge

## Lösung

### Frage 1

Zu Anwesenheitspflichten in der Hauptverhandlung  
vgl. Hellmann Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn 636 ff.

#### 1. Gericht, § 226 Abs. 1 StPO

Große Strafkammer als Schwurgericht, § 74 Abs. 2 Nr. 4 GVG

Drei Richter und zwei Schöffen, § 76 Abs. 1 S. 1 GVG

#### 2. Urkundsbeamter der Geschäftsstelle, § 226 Abs. 1 StPO

#### 3. Staatsanwaltschaft, §§ 226 Abs. 1, 227 StPO

#### 4. Angeklagter, §§ 230, 231 StPO

#### 5. Verteidiger des Angeklagten

Notwendige Verteidigung, § 140 Abs. 1 Nr. 1, 2 StPO

Anwesenheitserfordernis § 145 Abs. 1 StPO

Maximal 3 Wahlverteidiger, § 137 Abs. 1 S. 2 StPO

#### 6. Öffentlichkeit, § 169 GVG

Ausgeschlossen gem. § 172 Nr. 1 GVG

# Frage 2

## A. Revision des A

### I. Zulässigkeit der Revision

Die Revision ist zulässig.

Gem. § 333 StPO ist die Revision gegen das Urteil der Strafkammer statthaft. A ist als Angeklagter rechtsmittelberechtigt, § 296 StPO. Er ist durch das Urteil der Strafkammer beschwert. Form und Frist sind gewahrt. Von einer inhaltlich ordnungsgemäßen und fristgerecht eingereichten Revisionsbegründung (§§ 344, 345 StPO) ist auszugehen.

### II. Begründetheit der Revision

Die Revision ist begründet, wenn das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, § 337 StPO.

Im Falle eines absoluten Revisionsgrundes wird vermutet, dass das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht, § 338 StPO.

### 1. Verfahrensrüge

a) Während der Hauptverhandlung könnten die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt worden sein. Damit könnte der absolute Revisionsgrund § 338 Nr. 6 StPO aufgerufen sein.

Gem. § 169 S. 1 GVG ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht grundsätzlich öffentlich. Die Hauptverhandlung im Strafverfahren ist eine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht, vgl. § 226 StPO.

aa) Hier wurde während der Vernehmung des Angeklagten zur Sache, während der Vernehmung des Sachverständigen S und während der Besichtigung des Holzknüppels nichtöffentlich verhandelt. Das sind Teile der gerichtlichen Verhandlung, für die der Grundsatz der Öffentlichkeit gilt.

Der Ausschluss der Öffentlichkeit könnte gem. § 172 Nr. 1 GVG rechtmäßig gewesen sein. Die Voraussetzungen, unter denen nach dieser Vorschrift die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden darf, lagen jedenfalls während der Vernehmung des Angeklagten zur Sache vor. Allerdings hatte das Gericht ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls in seiner ursprünglichen **unkorrigierten** Fassung die Öffentlichkeit nur für die Vernehmung des Angeklagten zur Sache ausgeschlossen. Deshalb könnte die nichtöffentliche Verhandlung während der Vernehmung des Sachverständigen S und während der Besichtigung des Holzknüppels rechtswidrig – eine Verletzung des § 169 S. 1 GVG – gewesen sein.

Dem könnte jedoch wiederum das Hauptverhandlungsprotokoll in seiner **korrigierten** Fassung entgegenstehen. Gemäß § 274 S. 1 StPO ist für die Prüfung des Revisionsgerichts der Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls maßgeblich, soweit es um vorgeschriebene Förmlichkeiten der Hauptverhandlung geht<sup>1</sup>. Auf den Ausschluss der Öffentlichkeit durch einen Beschluss des Gerichts trifft dies zu<sup>2</sup>. Der Inhalt des Protokolls ist insofern auch dann für das Revisionsgericht verbindlich, wenn es sich um einen wahrheitswidrigen Inhalt handelt<sup>3</sup>. Der Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls darf nur dann ignoriert werden, wenn nachgewiesen ist, dass das Protokoll gefälscht wurde, § 274 S. 2 StPO.

Die entscheidende Frage ist, ob für die Prüfung des Revisionsgerichts das Protokoll in seiner ursprünglichen – unkorrigierten – oder in seiner korrigierten Fassung maßgeblich ist. Grundsätzlich darf das Hauptverhandlungsprotokoll nicht mehr nachträglich geändert werden. Insbesondere ist es grundsätzlich unzulässig, einer bereits vorgetragenen Verfahrensrüge durch nachträgliche Protokollergänzung oder Protokolländerung den Boden zu entziehen („Rügeverkümmern“)<sup>4</sup>.

Diese in Literatur und Rechtsprechung gefestigte Auffassung (BGHSt 51, 298, 304 : „Dieser Rechtssatz hat eine lange Tradition“) ist jedoch neuerdings durch die Rechtsprechung des BGH erheblich modifiziert worden. Durch diese Rechtsprechung ist das „Verbot der Rügeverkümmern“ aufgehoben worden. Wegweisend ist insbesondere eine Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen (BGHSt 51, 298 ff) :

**Leitsätze :**

- 1. Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden.**
- 2. Die Urkundspersonen haben in einem solchen Fall vor einer beabsichtigten Protokollberichtigung zunächst den Beschwerdeführer anzuhören. Widerspricht er der beabsichtigten Berichtigung substantiell, sind erforderlichenfalls weitere Verfahrensbeteiligte zu befragen. Halten die Urkundspersonen trotz des Widerspruchs an der Protokollberichtigung fest, ist ihre Entscheidung hierüber mit Gründen zu versehen.**
- 3. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliegt im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung.**

**Ausführliche Begründung der Entscheidung des Großen Senats auf S. 308 - 315**

Ablehnend dazu z. B. Beulke Rn 564 :

„Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die damit befürwortete Relativierung des § 274 StPO stellt einen Dammbruch dar, der letztendlich zur völligen Entwertung der Beweiskraft

<sup>1</sup> Beulke Strafprozesrecht, 10. Aufl. 2008, Rn 564; Hellmann Strafprozessrecht Rn 803; Kindhäuser Strafprozessrecht § 31 Rn 2; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2009, Rn 778.

<sup>2</sup> Fezer Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, 11/104.

<sup>3</sup> Kindhäuser Strafprozessrecht § 17 Rn 51.

<sup>4</sup> Fezer Strafprozeßrecht 11/113.

des Protokolls führen dürfte. Der Beschwerdeführer hat ein Recht, auf den unveränderten Bestand seiner Rüge zu vertrauen.“

Folgt man dieser Rechtsprechung, hat das Revisionsgericht bei der Prüfung der Verfahrensrüge davon auszugehen, dass sich der Beschluss, durch den die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, auf die Vernehmung des Angeklagten zur Sache und auf die Vernehmung des Sachverständigen S bezog. Da die Voraussetzungen des § 172 Nr. 1 GVG erfüllt waren, war das Verhandeln unter Ausschluss der Öffentlichkeit verfahrensrechtlich korrekt.

Fraglich ist, ob die nichtöffentliche Verhandlung auch insoweit rechtskonform war, als sie sich auf die Inaugenscheinnahme des Holzknüppels bezog. In formeller Hinsicht wäre dies nur unter der Voraussetzung einwandfrei, dass sich der Beschluss des Gerichts, durch den die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, auch auf diesen Teil der Hauptverhandlung bezog. Ausdrücklich wurde dieser Teil der Hauptverhandlung in dem Beschluss nicht erwähnt. Folglich kann sich der Beschluss darauf nur erstrecken, wenn die Besichtigung des Holzknüppels entweder Teil der Vernehmung des Angeklagten zur Sache oder Teil der Vernehmung des Sachverständigen S ist. Beides ist nicht der Fall. Es handelt sich um einen davon getrennten eigenständigen Vorgang der Beweisaufnahme. Die Öffentlichkeit war somit nicht durch Beschluss ausgeschlossen worden. Zudem lagen in Bezug auf die Besichtigung des Holzknüppels auch keine gesetzlichen Ausschließungsgründe vor.

Die Durchführung der Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit war daher in diesem Punkt ein Verstoß gegen § 169 S. 1 GVG. Das ist ein absoluter Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO. Daher beruht das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung.

Die Revision ist wegen dieser Verfahrensrüge begründet.

bb) Am zweiten Hauptverhandlungstag wurde die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen, obwohl die Staatsanwaltschaft dies beantragt hatte. Dies ist jedoch kein Verfahrensfehler, weil die Ausschließung der Öffentlichkeit im Ermessen des Gerichts steht<sup>5</sup>. Folglich darf öffentlich verhandelt werden, obwohl die Voraussetzungen der Ausschließung der Öffentlichkeit gem. § 172 Nr. 1 GVG erfüllt sind. Für fehlerhafte Ermessensausübung ist nichts ersichtlich.

## 2. Sachrügen

Um die Erfolgsaussichten der Sachrügen zu beurteilen, muss die materiellrechtliche Rechtslage geprüft werden. Es ist also zu prüfen, wie sich A strafbar gemacht hat.

### a) Versuchter Mord §§ 211, 22 StGB (in drei Fällen)

aa) Vollendet Mord liegt nicht vor. Der Mordversuch ist mit Strafe bedroht, §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

bb) A handelte mit Tötungsvorsatz gegenüber O, V und M.

---

<sup>5</sup> KKStPO-Diemer § 172 GVG Rn 1.

cc) Fraglich ist, ob A Mordmerkmale verwirklichte bzw. Vorsatz bzgl. der Verwirklichung von Mordmerkmalen hatte.

(1) Habgier

Da A töten wollte, um an das Geld im Tresor heranzukommen, handelte er aus Habgier.

(2) Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes

Als A Tötungshandlungen ausführte, handelte er noch nicht zur Befriedigung des Geschlechtstriebes. Diese Motivation lag erst den anschließenden Handlungen am Körper der bewußtlosen O zugrunde. Das waren aber keine Tötungshandlungen. Es fehlt daher an der Gleichzeitigkeit von Tötungshandlung und Geschlechtstriebbefriedigung. Dieses Mordmerkmal ist daher nicht erfüllt.

(3) Heimtücke

Alle drei Bewohner des Hauses schliefen – waren also arglos – als A in das Haus eindrang. Zu diesem Zeitpunkt befand sich A aber noch nicht im Stadium der versuchten Tötung. Als A damit begann, auf O einzuschlagen, war O nicht mehr arglos. Aufgrund der Gewalttätigkeit rechnete sie mit einem Angriff auf ihr Leben. Zu diesem Zeitpunkt hatte A noch keinen Tötungsvorsatz. Als A begann, mit Tötungsvorsatz auf O einzuschlagen, war O nicht mehr arglos. Daher handelte A gegenüber O nicht heimtückisch<sup>6</sup>. Auch die mit Tötungsvorsatz ausgeführten Schläge gegen V und M waren nicht heimtückisch. Diese beiden Opfer waren ebenfalls nicht mehr arglos, als A mit Tötungsvorsatz auf sie einschlug. Das Mordmerkmal Heimtücke wurde also nicht erfüllt.

(4) Ermöglichungsabsicht

Da A mit Tötungsvorsatz auf O, V und M einschlug, um auf diese Weise die Wegnahme des Geldes (Diebstahl) zu ermöglichen, handelte er mit der Absicht, die Begehung einer anderen Straftat zu ermöglichen.

(5) Verdeckungsabsicht

Nach dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass A mit Tötungsvorsatz auf O, V und M einschlug, um seine vorangegangenen Straftaten (Körperverletzung gegenüber O, Hausfriedensbruch) zu verdecken.

dd) Indem A mit dem Knüppel auf seine Opfer einschlug, setzte er zur Verwirklichung des Mordtatbestandes unmittelbar an, § 22 StGB.

ee) Die Tat war rechtswidrig.

ff) A handelte schuldhaft.

gg) A ist von seiner Tat nicht freiwillig zurückgetreten. Er gab die Tat auf, weil er entdeckt worden war.

---

<sup>6</sup> Rengier Strafrecht BT II § 4 Rn 24.

hh) A hat sich wegen versuchten Mordes strafbar gemacht.

**b) Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB**

aa) A hat O, V und M körperlich misshandelt. Dabei benutzte er ein gefährliches Werkzeug (Holzknüppel). Außerdem war die Körperverletzung eine lebensgefährdende Behandlung.

bb) In dem Tötungsvorsatz ist der Körperverletzungsvorsatz enthalten, § 15 StGB.

cc) A handelte rechtswidrig.

dd) A handelte schuldhaft.

ee) A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

**c) Versuchter schwerer Raub, versuchter Raub mit Todesfolge, §§ 249, 250, 251, 22 StGB**

aa) Vollendet Raub liegt nicht vor.

bb) Versuchter Raub ist mit Strafe bedroht, §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

cc) A hatte den Vorsatz

(1) fremde bewegliche Sachen wegzunehmen (§ 249),

(2) Gewalt gegen Personen anzuwenden (§ 249),

(3) die Gewalt zur Ermöglichung der Wegnahme anzuwenden (§ 249),

(4) bei der Tat ein gefährliches Werkzeug zu verwenden, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB,

(5) eine andere Person bei der Tat körperlich schwer zu misshandeln, § 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB,

(6) eine andere Person durch die Tat in die Gefahr des Todes zu bringen, § 250 Abs. 2 Nr. 3 b StGB,

(7) durch die Tat den Tod eines Menschen zu verursachen, § 251 StGB

dd) A hatte bei der Tat die Absicht, sich eine Sache rechtswidrig zuzueignen.

ee) A setzte zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar an, § 22 StGB.

ff) Die Tat war rechtswidrig.

gg) A handelte schuldhaft.

hh) A trat nicht freiwillig vom Raubversuch zurück.

ii) A hat sich wegen versuchten schweren Raubes und wegen versuchten Raubes mit Todesfolge strafbar gemacht.

**d) Versuchter schwerer (Wohnungseinbruchs-) Diebstahl, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB**

A erfüllte auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen des schweren Diebstahls. Die Verwirklichung dieses Tatbestandes tritt aber hinter dem Raubversuch zurück.

**e) Hausfriedensbruch, § 123 StGB**

A hat sich auch wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht.

**f) Konkurrenzen**

aa) Die Mordversuche stehen mit dem versuchten schweren Raub (mit Todesfolge) in Tateinheit, § 52 StGB.

bb) Zueinander stehen die drei Mordversuche in Tatmehrheit, § 53 StGB.

cc) Daran könnte sich nur deswegen etwas ändern, weil alle drei Mordversuche zu dem einen Raubversuch in Tateinheit stehen. Daraus könnte sich eine „Verklammerung“ der drei Mordversuche durch den Raubversuch ergeben. Eine derartige Klammerwirkung ist grundsätzlich anerkannt<sup>7</sup>. Sie kommt jedoch nicht zustande, wenn die verklammerten Delikte (hier : die drei Mordversuche) schwerer wiegen als das verklammernde Delikt (versuchter schwerer Raub mit Todesfolge)<sup>8</sup>. Das ist hier der Fall. Mordversuch wiegt schwerer und zieht eine höhere Strafe auf sich als versuchter schwerer Raub bzw. versuchter Raub mit Todesfolge.

Daher werden die drei Mordversuche nicht durch den Raubversuch verklammert. Sie stehen zueinander in Tatmehrheit, § 53 StGB.

dd) Die gefährlichen Körperverletzungen stehen zu den Mordversuchen jeweils in Tateinheit.

**g) Ergebnis**

Die Strafkammer hat also das materielle Strafrecht verletzt, indem sie die Konkurrenz zwischen den Mordversuchen und dem versuchten Raub falsch beurteilte. Da Tatmehrheit besteht, müsste eine Gesamtstrafe gebildet werden, die höher ist als die auf § 52 StGB beruhende Strafe.

---

<sup>7</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 52 Rn 14.

<sup>8</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 52 Rn 17.

Das Verbot der reformatio in peius (§ 358 Abs. 2 StPO) steht aber einer Strafschärfung auf Grund der von A eingelegten Revision entgegen.

## **B. Revision der Staatsanwaltschaft**

### **I. Zulässigkeit der Revision**

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist zulässig.

### **II. Begründetheit der Revision**

#### **1. Verfahrensrüge**

Die Staatsanwaltschaft kann ihre Revision ebenso wie A auf die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit stützen. Gemäß § 338 Nr. 6 StPO ist ihre Revision begründet.

#### **2. Sachrüge**

Auch die Sachrüge der Staatsanwaltschaft ist begründet. Anders als bei der Revision des A kann auf Grund der von der Staatsanwaltschaft eingelegten Revision die Anwendung der Vorschriften über die Tatmehrheit (§§ 53, 54 StGB) zu einer Erhöhung der Strafe führen.

## **Frage 3**

Ob die Staatsanwaltschaft mit der auf die Verletzung des § 169 S. 1 GVG gestützten Verfahrensrüge erreichen kann, dass das Urteil der Strafkammer aufgehoben und in neuer Hauptverhandlung eine höhere Strafe verhängt wird, hängt von § 339 StPO ab.

Danach kann die Staatsanwaltschaft die Verletzung einer zugunsten des Angeklagten bestehenden Norm nicht zu dem Zweck rügen, eine Aufhebung des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Angeklagten herbeizuführen.

Entscheidend ist also der Schutzzweck und die Schutzrichtung des § 169 S. 1 GVG. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung korrespondiert vielen verschiedenen Interessen, insbesondere nicht allein Interessen des Angeklagten. Beispielsweise dient die Öffentlichkeit offensichtlich dem Informationsinteresse der Allgemeinheit. Sie fördert die Transparenz des Verfahrens, schafft damit Vertrauen in die Justiz und dient damit sowohl der Justiz als auch der Allgemeinheit und dem Angeklagten. Um eine einseitig Interessen des Angeklagten schützende Vorschrift handelt es sich somit nicht. § 339 StPO ist deshalb nicht einschlägig.

Die Staatsanwaltschaft kann deshalb eine zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision mit der Verletzung des § 169 S. 1 GVG begründen.