



Strafverteidigung bei besonderen Verfahrensgestaltungen 77323

Kurseinheit 1

Verteidigung in Kapitalstrafsachen

Verfasser:
RA Dr. Holger Rostek

Inhaltsverzeichnis

Autor des Studienbriefes	4
1 Einführung.....	6
1.1 Fall Fritz Möller	6
1.2 Fall Ursula Eckwert.....	9
1.3 Fall Ulrich B.	10
2 Materieller Teil.....	12
2.1 §§ 20, 21 StGB Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen und verminderte Schuldfähigkeit	12
2.2 §§ 22 ff. StGB – Versuch und Teilnahme	13
2.3 § 32 StGB – Notwehr	13
2.4 §§ 30, 31 StGB – Versuch der Beteiligung und Rücktritt vom Versuch der Beteiligung.....	14
2.5 §§ 63, 64, 66, 66 a, 66 b StGB	16
2.5.1 § 63 StGB – Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus	16
2.5.2 § 64 StGB – Unterbringung in einer Erziehungsanstalt	17
2.5.3 § 66 StGB – Unterbringung in der Sicherungsverwahrung....	18
2.6 § 211 StGB – Mord	19
2.7 § 212 StGB – Totschlag	19
2.8 § 213 StGB – Minder schwerer Fall des Totschlags	21
2.9 § 227 StGB – Körperverletzung mit Todesfolge.....	22
2.10 § 323 a StGB -Vollrausch	22
2.11 §§ 57, 57 a StGB – Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe	23
2.12 § 106 Abs. 1 und Abs. 3 JGG.....	25
2.13 § 74 Abs. 2 GVG – Zuständigkeiten	25
3 Übernahme der Verteidigung	28
3.1 Erste Kontakte zu dem Beschuldigten.....	28
3.2 Katalog für Verhaltensmaßnahmen.....	31
3.2.1 Keine Vernehmung ohne Anwalt	32
3.2.2 Keine Gespräche mit Mitgefangenen	32
3.2.3 Keine eigenen Eingaben des Beschuldigten	33
3.2.4 Keine Briefe mit Verfahrensinhalten.....	33
4 Verteidigung – Nebenklage	35
5 Akteneinsicht	36
5.1 Aktenstudium / Aktenauswertung	37
5.2 Einlassung des Beschuldigten	38
6 Tätigkeit im Ermittlungsverfahren	40
6.1 Tatortbesichtigung als wichtige Routinehandlung	42
6.2 Einbeziehung der Angehörigen, u.a. als Zeugen.....	44

6.3	§ 252 StPO – Verbot der Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung	45
6.4	Haftbetreuung durch Angehörige u.a.	47
7	Der Sachverständige für die §§ 20, 21 StGB	48
7.1	Die Machtstellung des Gutachters.....	48
7.2	Einflussnahme des Verteidigers auf die Auswahl des Gutachters	49
7.3	Vorbereitung auf das Gutachten.....	50
7.3.1	Vorbereitung auf die Schilderung des Lebenslaufs u.a.	51
7.3.2	Affektat.....	51
7.3.3	Vorsatzprobleme.....	52
7.3.4	Sachverständigengutachten	52
7.3.5	Maßregeln zur Besserung und Sicherung.....	53
8	Haft	56
8.1	Verteidigerpost	57
8.2	Haftbeschwerde, Antrag auf mündliche Haftprüfung, weitere Beschwerde.....	57
8.3	§ 121 StPO, Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate....	57
8.4	§ 126 a StPO, Einstweilige Unterbringung	58
8.5	Psychologische Betreuung während der Haft in Extremsituationen ..	58
8.6	Die Frage nach dem Ergebnis	61
9	Hauptverhandlung	62
9.1	Einlassung des Angeklagten.....	62
9.1.1	Lebensweg	63
9.1.2	Tatvorgeschichte.....	63
9.1.3	Tatschilderung	64
9.2	Vernehmung von Zeugen gem. § 69 StPO.....	65
9.3	Konfrontation – Kooperation, keine Alternativen.....	66
9.4	Ständiges Beobachten.....	67
9.5	Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit.....	68
9.6	Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.....	69
9.7	Aufzeichnungen während der Hauptverhandlung	70
9.8	Anträge schriftlich.....	71
9.9	§ 238 Abs. 2 StPO – Entscheidung des Gerichtes.....	71
9.10	§ 246 StPO – Verspätete Beweisanträge	72
9.11	§ 247 StPO – Vorübergehende Entfernung des Angeklagten	73
9.12	§ 248 StPO – Entlassung von Zeugen und Sachverständigen.....	74
9.13	Hauptverhandlung an einem einzigen Tag.....	75
9.14	Absprachen im Schwurgerichtsverfahren?.....	76
9.15	Mitteilung der Gerichtsbesetzung gem. § 222 a StPO	80
9.16	Verbot der Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung	81
9.17	§ 257 – Befragung des Angeklagten; Erklärungsrecht des Staatsanwalts und des Verteidigers	82
9.18	Ständiger Informationsfluss	83
9.19	Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts gem. § 265 StPO	84
9.19.1	Hinweispflicht bei rechtlichen Veränderungen	85
9.19.2	Hinweispflichten bei tatsächlichen Veränderungen	86
9.19.3	Aussetzung und Unterbrechung	86

10	Das Geständnis als Problem.....	88
11	Verteidigung bei versuchten Tötungsdelikten.....	91
11.1	Tötungsvorsatz	91
11.2	Rücktrittsprobleme	92
11.3	Fehlender Vorsatz oder Rücktritt	94
11.4	Haft bei versuchten Tötungsdelikten.....	94
11.5	Sachverständigengutachten zur Schuldfähigkeit.....	95
12	Plädoyer.....	97
13	Nach dem Urteil.....	100
	Mustertexte	101
	Literaturverzeichnis (Auswahl)	105

Autor des Studienbriefes



Dr. jur. Holger Rostek, geb. 1944 in Hameln

1966 - 1969 Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten München und Tübingen

1970 - 1973 Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Eser

1971 Promotion an der Universität Bielefeld

1974 - 1975 Richter in Bielefeld und Dortmund

seit 1975 Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Sozietät Dr. Rostek, Dr. Klose und Partner GbR, Bielefeld

Tätigkeitsschwerpunkte: Revisionsrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerstrafrecht, Kapitalstrafsachen, Sexualstrafrecht, Betäubungsmittelstrafrecht

Veröffentlichungen:

Mehrere Veröffentlichungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, unter anderem:

Der rechtlich unverbindliche Befehl – Ein Beitrag zur Effektivitätskontrolle des Rechts, Duncker & Humboldt 1971

Ablehnung des Amtsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit in der Hauptverhandlung, NJW 1975, S. 192 ff.

Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, S. 862 ff.

Strafprozessordnung, Formularkommentierung für den Strafverteidiger, C. F. Müller Verlag, 1989

Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, „Sachverhaltsverfälschung in der obergerichtlichen Rechtsprechung“, 1995.

Die aufgedrängte Haftprüfung, StV 2002, S. 225 ff.

Die ständige Missachtung des § 69 StPO StraFo 2011, 386 ff.

1 Einführung

Strafverteidigung ist entscheidend von eigenem Erleben und von eigenen Wahrnehmungen geprägt. Es gibt keine objektiv richtige Verteidigung. Sie wird von der Person des Mandanten und auch von der Person des Verteidigers bestimmt. Dennoch gibt es natürlich viele Regeln, die zu beachten und allgemein gültig sind.

Meine Ausführungen beruhen auf eigenen Erfahrungen. Ich habe in über 40 Jahren Tätigkeit als Strafverteidiger über 300 Verteidigungen in Mord- und Totschlagsfällen übernommen und das an mehr als 1.500 Hauptverhandlungstagen. Eine Vielzahl der Fälle wurde im eigenen Landgerichtsbezirk, an Schwurgerichten in Nordrhein-Westfalen, verhandelt, in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Saarland. Wenn Beispiele angeführt werden, so handelt es sich dabei um erlebte Fälle, d.h. eigene Verteidigungen. Dabei bedürfen drei Fälle der besonderen Hervorhebung. Das ist der so genannte Hoferben-Fall (Fritz Möller)¹, der Fall Ursula Eckwert² und schließlich der Fall Ulrich B.

Die Fälle Fritz Möller und Ursula Eckwert sind durch die Rechtsprechung und Literatur bekannt geworden. Der Fall B. hat mich fast 20 Jahre im Beruf und im Privatleben begleitet. Diese Fälle schicke ich meinen Ausführungen voran, ohne die dort angesprochenen rechtlichen Probleme zu vertiefen. Sie dienen der Heranführung an die Probleme, die die Verteidigung in diesem Deliktsbereich so schwierig machen.

1.1 Fall Fritz Möller

Der Hoferbenfall zeigt, dass die Wirklichkeit oft Geschichten schreibt, die unser Vorstellungsvermögen übersteigen und die man nicht erfinden könnte: Fritz Möller, 57 Jahre alt, hat einen Sohn aus erster Ehe, der Hoferbe ist. Fritz Möller hat ein lebenslanges Wohnrecht. Der Sohn (er hat keine vernünftige Ausbildung und Probleme mit Alkohol) will, als er volljährig ist, so schnell wie möglich an Geld kommen. Dazu muss der Hof verkauft werden. Im Wege steht das Wohnrecht. Nun beginnt er mit dem Terror gegenüber dem Vater. Der Sohn greift den Vater mehrfach tötlich an, sperrt ihn nachts aus, droht, ihn umzubringen, steht nachts mit einer Axt vor dem Bett des Vaters, um auf diese Weise den Vater zu einem Verzicht auf das Wohnrecht zu bewegen. Der Vater hält den jahrelangen Druck nicht mehr aus, ist auch körperlich in einem angeschlagenen Zustand. Er beauftragt einen Bekannten (T) mit der Tötung seines Sohnes gegen Zahlung von 3.000,00 DM und die Lieferung von landwirtschaftlichen Produkten; gibt T genaue Anweisungen, wann der Sohn auf welchem

¹ Hoferbenfall BGHSt 37, 214 f; Rostek in Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (Herausgeber), Grenzüberschreitungen Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg i. Br., 1995, Seite 89 ff.

² Mauz, Gerhard, Die Justiz vor Gericht, 2. Auflage, München 1991, Seite 72 f.

Weg nachts nach Hause kommt; gibt dem T ein Bild seines Sohnes, damit es ja nicht zu einer Verwechslung kommt. Der T hält sich an die Anweisungen und erschießt einen Nachbarn, der zufällig denselben Weg wie der Sohn genommen und eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Sohn hat. Die Tat wird zunächst nicht entdeckt. Der Schuss trifft ein Auge, das Projektil bleibt im Schädel stecken. Der Landarzt diagnostiziert einen natürlichen Tod durch Herzversagen. Ca. zwei Jahre später, der Terror durch den Sohn wird fortgesetzt, legt der Vater nunmehr selbst Hand an. Er lockt seinen Sohn unter dem Vorwand, die Batterie am Traktor auszuwechseln, an das Fahrzeug. Als sich der Sohn niederbeugt, schlägt ihm der Vater mit einem Hammer auf den Kopf, trifft nur oberflächlich, begibt sich auf den Dachboden und hängt sich auf. Der Sohn kommt hinterher und rettet den Vater. Als der Sohn abends zum Notar geht, dieser nach der Kopfverletzung fragt, kommt man auf die Idee, der frühere tödliche Anschlag auf den Nachbarn könne dem Sohn gegolten haben. Die Kripo wird eingeschaltet, die Leiche exhumiert, im Schädel ein Projektil sichergestellt. Vater und T werden verhaftet und gestehen die Tat.

Dieser Fall hat rechtshistorische Bedeutung. Das Preußische Obertribunal hat diese Sachverhaltskonstellation im Jahre 1865 entschieden³. Der Fall Rose-Rosahl hat Generationen von Juristen beschäftigt. Es mussten über 125 Jahre vergehen, dass nunmehr ein Obergericht erneut zu diesem Problem Stellung nehmen konnte. Der BGH⁴ ist der Auffassung, dass der error in persona des Täters sich auf den Anstifter nicht auswirkt. Insbesondere soll eine versuchte Anstiftung gem. § 30 StGB nicht vorliegen, sondern vollendete Anstiftung.

Ich habe bereits an anderer Stelle ausgeführt, dass ich diese Entscheidung für nicht richtig halte.⁵

Die materiell rechtliche Frage ist das eine, was den Fall bekannt gemacht hat. Mindestens genau so interessant ist das Verfahren selbst.

Das Verfahren gegen Fritz Möller dauerte sechs Jahre, von der Verhaftung bis zum letzten Schwurgerichtsurteil. Bei zweimaliger Aufhebung durch den BGH fanden drei Durchgänge statt mit über 40 Hauptverhandlungstagen.

Bereits im Ermittlungsverfahren gab es Besonderheiten. Der Haftrichter hatte in seinem Dienstzimmer ein Bild mit einem Teufel hinter Gittern an der Wand⁶. Als der Mittäter T zur Verkündung des Haftbefehls vorgeführt wurde, zeigte der Richter dem T das Bild mit dem Hinweis „Da kommst Du rein, Du kriegst lebenslang“. T machte trotzdem eine Aussage.

³ Preußisches Obertribunal, GA Band 7 (1859) 323 f.

⁴ BGHSt 37, 214 f., siehe auch Fischer, § 16, Rdnr. 5.

⁵ Rostek a.a.O.

⁶ Es handelt sich dabei um eine Karikatur aus der pharmazeutischen Werbung.

Hier dürfte zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen des § 136 a StPO⁷ vorliegen und wenn ja, wie sich dieses auf Fritz Möller auswirkt⁸.

Eine weitere Frage ist, wann so etwas zu problematisieren ist. Soll dieses bereits im Ermittlungsverfahren geschehen⁹? Soll man sich dieses für das Hauptverfahren in der Hauptverhandlung aufsparen? Hier greifen viele taktische Erwägungen.

Was ist in solchen Fällen mit der Presse in der Hauptverhandlung? Lässt sich der Mandant „abknipsen“? Kann dieses der Verteidiger verhindern? In diesen Fällen muss sorgsam abgewogen werden, wem ein Fotografieren nutzen kann.

Die Verteidiger werden in der Regel erfreut sein, bildlich erfasst zu werden. Dem Angeklagten ist dieses in der Regel nicht recht. Es gibt jedoch Ausnahmen¹⁰.

Zumindest ist dieses mit dem Mandanten gewissenhaft zu erörtern. Wenn der Mandant nicht fotografiert werden will, sollte dieses mit allen Mitteln auch durchgesetzt werden¹¹.

Anlässlich der ersten Aufhebung durch den BGH auf die Revision des Staatsanwalts (die Revision der Verteidigung wurde verworfen) wurde der Schuldspruch von versuchter Anstiftung in vollendete Anstiftung umgewandelt¹².

Die lebenslange Freiheitsstrafe war somit unvermeidbar, es sei denn, es lag zur Tatzeit eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit vor.

Diese hatte der erste Gutachter im ersten Durchgang verneint. Der erste Gutachter hatte beide Angeklagte an einem Tag exploriert. Für Fritz Möller benötigte er mit Anamnese, medizinischer Untersuchung und Exploration vier Stunden. Dieses war ein Zeitraum, in dem eine gewissenhafte Exploration überhaupt nicht möglich war. Der spätere Gutachter benötigte deshalb auch mehrere Tage.

⁷ Das Schwurgericht kam nach einer umfassenden Beweiserhebung zu dem Ergebnis, dass § 136 a StPO nicht verletzt war, jedoch ließ sich der Vorsitzende zu der Bemerkung gegenüber dem als Zeugen vernommenen Haftrichter hinreißen: „Ihr Protokoll kann man in der Pfeife rauchen“.

⁸ BGH MDR 71, 15/18; Grünwald, Gerald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 66, 489/490; Rogall JZ 96, 950.

⁹ Wann gerügt wird, hängt natürlich auch von rechtlichen Überlegungen ab. Spätester Zeitpunkt im Rahmen des § 257 Abs. 2 StPO; BGHSt 38, 214 f.; BGHSt 39, 34 f.; OLG Oldenburg StV 1996, 416.

¹⁰ Häufig treten die Mandanten sogar an den Verteidiger heran mit der Bitte, ihren Fall zu vermarkten. In letzter Zeit sind die Medien mit entsprechenden Angeboten sehr zurückhaltend geworden, zumindest, was Zahlungen angeht.

¹¹ OLG Hamm, NStZ 82, 82; Gernot Lehr, Bildberichterstattung der Medien über Strafverfahren, NStZ 2001, 63/67; BVerfG, Urteil vom 24.01.2001, StV 2001, 149; BVerfG, Beschluss vom 21.07.2001, StV 2001, 149 f.; Stern, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 3. Auflage 2013, Seite 875 ff.

¹² Urteil des BGH vom 20.10.1990, BGHSt 37, 214 f.

Im zweiten Durchgang gelang es der Verteidigung nicht, einen neuen Gutachter zu bekommen. Ablehnungsgesuche gegenüber dem Gutachter wurden vom Gericht zurückgewiesen. Nach 28 Hauptverhandlungstagen lautete das Urteil lebenslang. Auf die Revision der Verteidigung sah der BGH aufgrund der materiellen Rüge die Notwendigkeit, die Sache unter Aufhebung im Strafausspruch an ein anderes Schwurgericht in einen anderen Landgerichtsbezirk zurückzuverweisen und nun im dritten Durchgang einen Gutachter beauftragen zu lassen, der auf Altersdelinquenz spezialisiert ist.

Der neue Gutachter attestierte Fritz Möller dann eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit aufgrund einer schweren anderen seelischen Abartigkeit. Dieses hatte der Vorgutachter nicht ansatzweise erkannt. Fritz Möller wurde zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren verurteilt. Der Haftbefehl wurde nach sechs Jahren Untersuchungshaft außer Vollzug gesetzt. Das spätere Halbstrafengesuch hatte Erfolg. Mit der verbüßten Untersuchungshaft war die Sache endgültig erledigt.

Wieder einmal lag das Schicksal eines Angeklagten ausschließlich in den Händen eines Gutachters.

1.2 Fall Ursula Eckwert¹³

Ursula Eckwert tötete ihren Ehemann, indem sie in eine Bohnensuppe eine Überdosis Lexotanil mischte und dem sodann eingeschlafenen Ehemann einen mit Äther getränkten Wattebausch vor Mund und Nase hielt, bis er verstarb.

Das Mordmerkmal der Heimtücke stand fest. Ursula Eckwert schilderte ein Ehemartyrium. Sie sei mehrfach vergewaltigt worden. Nach einer Totaloperation habe ihr Mann sie wie ein „Stück Dreck“ behandelt. Die Demütigungen, die seelischen und körperlichen Qualen hatten sie in eine ausweglose Situation gebracht, so dass sie sich zur Tötung des Mannes entschloss. Die Voraussetzungen des § 21 StGB lagen nicht vor. Im ersten Durchgang erhielt Ursula Eckwert eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren wegen Mordes unter Berufung auf die Entscheidung des BGHSt 30, 105. Das Gericht war der Meinung, dass außergewöhnliche, schuld mindernde Umstände vorliegen, die die Anwendung des Sonderstrafrahmens gem. § 49 Abs. 1 ermöglichten. Die zum Nachteil der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft hatte Erfolg. Im zweiten Durchgang sah das Schwurgericht das Ehemartyrium noch deutlicher bewiesen und verhängte eine Freiheitsstrafe von neun Jahren. Das ist einer der seltenen Fälle, in denen eine zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision zu einer (vorübergehenden) Verbesserung des Urteiles führte¹⁴. Aufgrund der erneuten Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH das Urteil zum zweiten Mal auf und machte dem Schwurgericht Vorgaben, die eine Anwendung der Grundsätze des oben genannten BGH-Urteils verboten. Das Lebenslang war vorprogrammiert.

¹³ Mauz a.a.O.

¹⁴ Vgl. §§ 358 Abs. 2, 301 StPO.

Als entscheidender Nachteil stellte sich die lange Verfahrensdauer heraus. Im dritten Durchgang waren über fünf Jahre seit Tatbegehung verstrichen. Ursula Eckwert hatte sich in dieser Zeit total verändert. Sie war selbstbewusster geworden, sie kleidete sich anders¹⁵. Die Tat war völlig verdrängt. Das LG Hagen, 140 km vom Tatort entfernt, war mit dem ostwestfälischen Menschenschlag nicht vertraut.

Die Bewältigung der Tat, das Weiterlebenmüssen und Wollen, wurde Ursula Eckwert zum Verhängnis. Sie wurde als emotionslos und kalt, als berechnend abqualifiziert. Das Landgericht Hagen glaubte Ursula Eckwert von dem geschilderten Ehemartyrium rein gar nichts. Zugleich wurde das Opfer durch dessen Angehörige hochstilisiert. Das Lebenslang war damit besiegelt, das Urteil wurde rechtskräftig.

Der Fall Ursula Eckwert hatte auch für die unmittelbar nachfolgenden Entscheidungen des BGH Konsequenzen. Offensichtlich wollte der BGH Tendenzen der Schwurgerichte Einhalt gebieten, die lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden. Denn anderenfalls ist es kaum nachvollziehbar, dass der BGH eine Vielzahl von Urteilen aufhob, die unter Berufung auf BGH 30, 105 zeitige Freiheitsstrafen verhängten¹⁶.

1.3 Fall Ulrich B.

Es war meine erste Verteidigung in einem Tötungsdelikt. Ulrich B. hatte eine Bekannte getötet. Nach einer durchzechten Nacht hatte er eine tätliche Auseinandersetzung mit seinem Vater und nach Festnahme durch die Polizei mit anschließendem Aufenthalt in der Ernüchterungszelle wollte er sich mit seiner Bekannten, dem späteren Opfer, aussprechen – der Vater hatte Ulrich B. in der Nacht erklärt, er habe ihn enterbt -. Diese ergriff jedoch für ihn nicht Partei, wie er es erwartet hatte, sondern verstärkte die Vorwürfe und befand die Entscheidung des Vaters für gut. Im Zuge einer heftigen verbalen Auseinandersetzung erwürgte Ulrich B. die Frau. Die Tote wurde zeitnah gefunden, der Täter jedoch nicht. Genau fünf Jahre später nach dem Tod geht Ulrich B. im betrunkenen Zustand zur Polizei und schildert die Tat. Aufgrund des alkoholisierten Zustandes des Ulrich B. glaubt die Polizei zunächst nicht das, was geschildert wird. Zufällig kommt ein Beamter dazu, der den Fall kennt. Ulrich B. wird festgenommen, gesteht umfassend, will zunächst keinen Anwalt sehen. Er wird psychiatrisch und psychologisch untersucht. Der psychiatrische Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass Ulrich B. als Hirnorganiker in Kombination mit Alkohol zur Tatzeit schuldunfähig gewesen sei, darüber hinaus befürwortet er die Einweisung gem. § 63 StGB.

¹⁵ Mauz a.a.O., S. 76.

¹⁶ Z.B. BGHSt 42, 299; BGH, NStZ 81, 553; BGH, NStZ 95, 232; BGH, StV 81, 622; BGH, NStZ 84, 21; BGH, StV 83, 458.

Maßgeblich für die negative Prognose seien die Vorstrafen (u.a. eine Verurteilung wegen § 113 und § 224 StGB) und Übergriffe gegenüber seinen Angehörigen, insbesondere gegenüber dem Vater.

Obwohl ich zu diesem Zeitpunkt schon fünf Jahre Anwalt war, hatte ich von der Praxis, was Tötungsdelikte angeht, so gut wie keine Ahnung. § 63 StGB war mir in seinen möglichen Auswirkungen nicht bekannt, geschweige denn in seinen rechtlichen Feinheiten. So z.B., dass eine wichtige Voraussetzung für die Anwendung des § 63 StGB ist, dass § 21 oder § 20 StGB positiv festgestellt sein müssen und dass es die Möglichkeiten eines Sicherungsverfahrens gem. §§ 413 ff StPO gibt.

Eine Vorbereitung des Ulrich B. auf die Gutachter erfolgte durch mich nicht.

Ich wusste nicht, welche Ratschläge ich dem Mandanten geben sollte. Die Kenntnis des § 252 StPO ermöglichte es aber zumindest, den Angehörigen darzulegen, dass sie in der Hauptverhandlung die Aussage verweigern können mit der Folge, dass ihre früheren polizeilichen Angaben – da nicht richterlich bestätigt – nicht verwertet werden konnten¹⁷.

Den Gutachtern waren dadurch wichtige negative Informationen entzogen. Sie blieben in der Hauptverhandlung bei der Schuldunfähigkeit zur Tatzeit, eine Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB konnte jedoch nicht mehr bejaht werden. Ulrich B. wurde freigesprochen und für die Untersuchungshaft und die vorläufige Unterbringung entschädigt. Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft wurde diese Entscheidung durch das OLG aufgehoben und die Entschädigung versagt¹⁸.

Ulrich B. wurde nach 15-monatiger Freiheitsentziehung als freier Mann entlassen. Der Verteidiger war in der Folgezeit für Ulrich B. eine wichtige Bezugsperson. Irgendwie ging man zum „Du“ über. Ulrich B. erlaubte sich, auch nachts bei seinem Verteidiger anzurufen. Er war der Meinung, dass sein Verteidiger für ihn Tag und Nacht da sein müsse. Dieses hielt mit Unterbrechungen fast 20 Jahre an, bis zu einem überraschenden Tod des Beschuldigten, wobei nicht geklärt werden konnte, ob es sich um einen natürlichen Tod oder um Selbstmord handelte.

Aus der Rückschau habe ich viel richtig gemacht, vieles war aber auch falsch, z.B. die mangelnde Vorbereitung auf den Gutachter. Das war pures Nichtwissen. Natürlich war viel Glück dabei. Bei einem anderen Gutachter hätte trotz fehlender Angaben der Angehörigen der § 63 StGB verhängt werden können, zumal heute zu beobachten ist, dass die Gutachter bei der Attestierung der Schuldfähigkeit immer vorsichtiger werden.

Diese Fälle vorausgeschickt, können wir uns nun wesentlichen Problemen der Verteidigung in Mord- und Totschlagfällen zuwenden.

¹⁷ BGHSt 20, 384 f; BGHSt 36, 385 f; BGHSt 27, 231 f; BGHSt 10, 189 f; BGHSt 17, 324 f.; KK-Diemer § 252 Rdnr. 5

¹⁸ Vgl. § 6 I 2 Straftatschädigungsgesetz.

2 Materieller Teil

Das materielle Recht muss als bekannt vorausgesetzt werden. Auch ist es nicht erforderlich, auf Vorschriften einzugehen, die in jeder Strafsache eine Rolle spielen. Im Zentrum der Betrachtungen stehen die Vorschriften, die bei Tötungsdelikten häufig vorkommen. Das beginnt mit den §§ 20, 21 StGB. Die Versuchsvorschriften sind ein wichtiges Thema, dasselbe gilt für die Notwehr. Es folgen die Vorschriften zu den Unternehmenstatbeständen (§§ 30, 31 StGB). Die §§ 63, 64, 66, 66 a, 66 b und 66 c StGB müssen erörtert werden. Wenn es um die Maßregeln der Besserung und Sicherung geht, stellt sich die Frage der Aussetzung gem. § 67 b StGB. Dass die §§ 211, 212, 213, 227 und der § 323 a StGB behandelt werden müssen, ist selbstverständlich. Wer mit der lebenslangen Freiheitsstrafe konfrontiert wird, muss über die spätere Aussetzung gem. § 57 a StGB Bescheid wissen. Die Sondervorschriften des § 106 Abs. 1 und 3 JGG dürfen nicht vergessen werden. Schließlich führt § 74 Abs. 2 GVG die Verbrechen an, die vor dem Schwurgericht verhandelt werden müssen. Dennoch fällt der materielle Teil äußerst kurz aus, da der Schwerpunkt des Buches nicht auf der Vermittlung des materiellen Rechts, sondern auf der Einführung in die praktischen Probleme im Bereich der Verteidigung bei Tötungsdelikten liegt.

2.1 §§ 20, 21 StGB Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen und verminderte Schuldfähigkeit

Beginnen wir mit den §§ 20, 21 StGB. Während des Studiums und der Referendariats spielen diese Vorschriften so gut wie keine Rolle. Allenfalls werden diese Paragraphen bei Alkoholdelikten diskutiert, vor allem im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr. In Schwurgerichtsverfahren gehören die §§ 20, 21 StGB zur notwendigen Routine.

In der überwiegenden Zahl der Fälle hat die Staatsanwaltschaft bereits ein Gutachten zur Schuldfähigkeit einholen lassen, spätestens tut es jedoch die Schwurgerichtskammer. Mit den biologischen Eingangsmerkmalen der §§ 20, 21 StGB, der krankhaften seelischen Störung, der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, des Schwachsinn und der schweren anderen seelischen Abartigkeit muss sich jedes Gutachten auseinandersetzen, so auch der Verteidiger. Während bei der krankhaften seelischen Störung und dem Schwachsinn in der Regel der Psychiater gefragt ist, gewinnt bei der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung und der schweren anderen seelischen Abartigkeit die psychologische Fragestellung an Bedeutung¹⁹.

Bei Affektdelikten ist dieses besonders wichtig. Dabei muss man immer gewärtig sein, dass der gesunde Mensch in Ausnahmezuständen in einen Zustand geraten kann, der die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfüllt²⁰.

¹⁹ Venzlaff-Foerster, Ulrich, Psychiatrische Begutachtung; 5. Auflage 2009 S. 282 ff.

²⁰ Venzlaff-Foerster, a.a.O.

Im Rahmen des § 21 StGB ist darauf zu achten, dass nicht jede verminderte Schuldfähigkeit ausreicht; vielmehr muss es sich um eine *erhebliche* verminderte Schuldfähigkeit handeln. Es kommt also auf den Schweregrad an²¹.

Die Anwendung des § 21 StGB zieht nicht automatisch eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB nach sich. So kann eine Milderung abgelehnt werden, wenn der Angeklagte den Alkoholgenuss selbst herbeigeführt hat und er sich seiner Schwächen bewusst war, unter Alkoholeinfluss vergleichbar schwere Straftaten zu begehen²². Die Frage, welcher Strafraum anzuwenden ist, hat erhebliche Auswirkungen.

Während im Falle einer fehlenden Milderung bei § 21 StGB lebenslänglich unausweichlich ist, beträgt der Strafraum nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB nur noch 3 bis 15 Jahre. Im ersten Fall muss der Angeklagte mit einer Verbüßung von ca. 20 Jahren rechnen, während er bei einer zeitlichen Freiheitsstrafe von 12 Jahren unter Berücksichtigung des § 57 Abs. 1 StGB nach 8 Jahren entlassen werden kann. Im Fall Fritz Möller betrug die Verbüßungsdauer nur 6 Jahre.

2.2 §§ 22 ff. StGB – Versuch und Teilnahme

Die Versuchsvorschriften gehören ebenfalls zum gesicherten Repertoire des Verteidigers. Die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen unbeeendeten und beeendeten Versuch mit den verschiedenen Anforderungen an den strafbefreienden Rücktritt sind deshalb einem gesonderten Abschnitt gewidmet²³.

Was die Teilnahmevorschriften angeht, liegen keine Besonderheiten vor. § 28 Abs. 2 StGB ist bei den Mordmerkmalen zu beachten²⁴. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um tater- oder tatbezogene Merkmale handelt.

2.3 § 32 StGB – Notwehr

Die Notwehrvorschriften haben besonderes Gewicht, wenn der Anlass für die Tötung relativ gering ist. Bei der rechtlichen Beurteilung kommt es auf die Kampfplage an. Stehen mehrere gleichwirksame Mittel oder Handlungsalternativen zur Wahl, so ist der für den Angreifer schonendere Weg zu bestreiten²⁵.

²¹ BGH StV 93, 241 f; BGHR, § 21, Erheblichkeit 2; Fischer, § 21 Rdnr. 5 ff.; Schönke/Schröder/Perron/Weißer § 21 Rdnr. 5

²² Fischer, § 21 Rdnr. 20.

²³ Siehe unten Abschnitt 11.

²⁴ Fischer, § 28 Rdnr. 8;

²⁵ BGH StV 1990, 543.

Bei Stich- und Schusswaffengebrauch sind Grenzen gesetzt²⁶. Die Tötung ist nur als letztes Mittel erlaubt.

Bei Bagatellangriffen sind keine Abwehrhandlungen erlaubt, die die Grenze der Körperverletzung überschreiten²⁷.

Wer mit einer Waffe in eine Auseinandersetzung geht, hat eine schlechte Ausgangsposition. Dann wird relevant, ob und ggf. wie der Täter die Waffe einsetzen wollte. Wollte er nur damit drohen, kann ihm die konkrete spätere Notwehr nicht versagt werden²⁸.

2.4 §§ 30, 31 StGB – Versuch der Beteiligung und Rücktritt vom Versuch der Beteiligung

Die Unternehmenstatbestände der §§ 30, 31 StGB sind in der Praxis nicht so selten, wie vielleicht angenommen²⁹.

Es handelt sich bei § 30 StGB um eine Vorschrift, die Vorbereitungshandlungen für Verbrechen unter Strafe stellt. Strafgrund ist, dass Vorbereitungshandlungen zu einem geplanten Verbrechen bei einem (mindestens angestrebten) konspirativen Zusammenwirken aller Beteiligten schon vor Eintritt in das Versuchsstadium gefährlich sind³⁰. Die geplante Tat muss in der Vorstellung des Täters konkretisiert sein. Wie weit sie konkretisiert sein muss, hängt im Wesentlichen von der Art der Tat ab³¹. Ein strafbefreiender Rücktritt ist nach § 31 StGB möglich.

Obwohl die Taten nicht einmal ins Versuchsstadium gelangen, sind die Strafandrohungen immens. Handelt es sich bei dem geplanten Delikt um Mord, so bewegt sich der Strafraum gem. §§ 30, 211, 49 Abs. 1 StGB zwischen drei und 15 Jahren.

An drei Fällen sollen Probleme verschiedener Art angesprochen werden:

Eine Mutter will ihre 16-jährige Tochter, die gegen den Ehrenkodex der Familie verstoßen hat, töten lassen. Es werden Telefongespräche zwischen der Mutter und dem Auftraggeber abgehört. Man redet über das missratene Kind, das weg muss - gleichgültig, was es kostet. Über den genauen Preis und die konkrete Tatausführung, über Tatzeit und Tatort wird nicht gesprochen. Handelt es sich dabei schon um einen konkreten Auftrag? Hat die Mutter damit

²⁶ BGH NStZ 94, 538.

²⁷ BGH StV 82, 219/220.

²⁸ BGH, NJW 80, 2263; BGH, NStZ 86, 357; BGH, NStZ 87, 322.

²⁹ Sie werden jedoch selten angeklagt, weil, wie sich aus den Ausführungen ergibt, die Tatbestände sich schwer fassen lassen.

³⁰ Fischer, § 30 Rdnr. 2.

³¹ BGHSt 15, 276.

unmittelbar zur Bestimmungshandlung angesetzt³²? Das Schwurgericht hatte dieses bejaht und eine zweifelhafte Gesamtwürdigung angenommen.

Ein weiterer Fall: Drei Personen werden mit durchgeladenen Waffen vor einer Festhalle in einem Versteck angetroffen. In der Halle feiert ein Ehepaar Hochzeit, mit dem die drei weitläufig verwandt sind. Alle drei werden verhaftet und schweigen. Welcher Tatplan liegt vor? Kann aus den äußeren Umständen geschlossen werden, was die drei vor hatten? Ist die Tat nach Ort, Zeit und Inhalt hinreichend konkretisiert³³. Diese Feststellungen konnte das Schwurgericht nicht treffen. Von einer Tat im Sinne des § 30 StGB konnte nicht gesprochen werden. Die Angeklagten wurden lediglich wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.

In einem dritten Fall hat die Staatsanwaltschaft trotz mehrerer Treffen zwischen Anstifter und Anzustiftenden bis zur endgültigen Bestimmungshandlung gewartet, um dann einschreiten zu können. Anderenfalls wäre es zweifelhaft gewesen, ob der Täter die Tat will und die Aufforderung in einer Weise auf den Weg bringt, die nach seinem Tatplan geeignet ist, den Anzustiftenden beim ungestörten Fortgang der Dinge ohne weitere Zwischenschritte zum Tatentschluss zu veranlassen³⁴.

§ 31 StGB regelt den Rücktritt vom Versuch der Beteiligung. Grundvoraussetzung für die Straflosigkeit ist, dass der Verzicht endgültig und freiwillig ist. Je nach Beteiligungsform sind nach der Freiwilligkeit verschiedene Anforderungen zu erfüllen.

§ 31 Nr. 1 StGB regelt den Rücktritt für die versuchte Anstiftung. Hier genügt es, dass der Täter sein Vorhaben endgültig aufgibt und passiv bleibt, wenn sein Angriffsversuch auch ohne Wirkung geblieben ist und eine Gefahr der Tatbeteiligung nicht besteht³⁵.

Beim „Sich-Bereiterklären“ verlangt die Ziffer 2 des § 31 StGB, dass der Täter sein aus seiner Sicht noch fortführbares Vorhaben endgültig aufgibt und sich passiv verhält³⁶.

Bei der Ziffer 3 tritt Straflosigkeit ein, wenn der Täter die Tat verhindert. Im Einzelfall reicht das Nichterbringen des erforderlichen Tatbeitrages aus³⁷.

Schließlich regelt § 30 Abs. 2 die Straflosigkeit für den Fall, dass die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden unterbleibt oder dass sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen wird. Dann genügt zur Straflosigkeit das freiwillige und ernsthafte Bemühen, die Tat zu verhindern.

³² BGHR § 30 StGB, Beteiligung 1

³³ BGHR § 30 StGB Abs. 2 Mindestfeststellungen 1.

³⁴ Fischer, § 30 Rdnr. 9 a.

³⁵ NStZ RR 1997, 260.

³⁶ Fischer, § 31 Rdnr. 5.

³⁷ BGHSt 32, 133.

2.5 §§ 63, 64, 66, 66 a, 66 b, 66 c StGB

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung werden in der Ausbildung stiefmütterlich behandelt. In der Praxis werden sie zunehmend relevant, zumal der Anwendungsbereich des § 66 StGB erheblich erweitert worden ist. Umso wichtiger ist es, ein paar grundlegende Dinge anzusprechen.

2.5.1 § 63 StGB – Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

§ 63 StGB führt ggf. zu einem längerem Freiheitsentzug als bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe³⁸. Das hat mit den Gesetzesänderungen ab 1998 zu tun³⁹. Durch spektakuläre Fälle ist die Öffentlichkeit aufgeschreckt, sind die psychiatrischen Abteilungen der Landeskrankenhäuser in Festungen umgewandelt worden. Sicherheit ist das höchste Gebot. Dies hat zur Folge, dass Lockerungen zurückhaltend oder gar nicht gewährt werden. Zwar weist der BGH immer wieder auf die restriktive Handhabung des § 63 StGB und auf die Anwendung des § 67 b StGB hin. Dennoch lassen sich Einweisungen in vielen Fällen nicht verhindern. Zugleich werden vorzeitige Entlassungen aus der Unterbringung seltener.

Wie bereits erwähnt, müssen § 20 oder § 21 StGB positiv festgestellt werden⁴⁰.

Bei der Gefährlichkeitsprognose ist zu beachten, dass „Erwartung“ nicht die bloße Möglichkeit der Begehung der Straftaten beinhaltet, sondern ein Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht sein müsste, bei dem mit einer Begehung zu rechnen ist, wenn nicht vorgesorgt wird⁴¹.

Kommt die Anordnung der Unterbringung gem. § 63 StGB in Betracht, ist verschärft auf § 67 b StGB zu achten.

Nach § 67 b Abs. 1 StGB ist die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Maßregel auch dadurch erreicht wird. Die Aussetzung unterbleibt, wenn der Täter noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, die gleichzeitig mit der Maßregel verhängt und nicht zur Bewährung ausgesetzt wird.

³⁸ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 4.1 Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen, 1996 bis 2000; Wilfried Rasch, Krank und/oder kriminell? Gutachten zur Situation und zu Entwicklungsmöglichkeiten in der Durchführung des Maßregelvollzugs nach den §§ 63 und 64 StGB im Bereich des Westfälischen Landeskrankenhauses in Eickelborn Landschaftsverband Westfalen-Lippe, 1983; Stern a.a.O. Seite 273; Fischer § 63 Rdnr. 1

³⁹ So u.a. das am 31.01.1998 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten BGBl I 160.

⁴⁰ BGHR § 63 Zustand 3; ebenso: Zustand 34; 30; 27; 26; 25; BGHR § 67 b Abs. 1 StGB, Besondere Umstände 2; 3; BGHR § 63 StGB Zustand 9; BGHR § 63 StGB Zustand 14.

⁴¹ Fischer, § 63 Rdnr. 15; BGH StV 01, 676.

Was sind besondere Umstände im Sinne dieser Vorschrift? Das kann eine bereits laufende Unterbringung nach den Landesgesetzen sein, insbesondere wenn diese Maßnahme sich als günstiger erweist und einen gezielten Krankenhausaufenthalt ermöglicht⁴². Auch die Möglichkeit einer Betreuung und der Unterbringung in einem Heim sowie einer Einrichtung betreutes Wohnen kann zur Aussetzung führen⁴³.

Wenn diese Möglichkeiten ins Auge gefasst werden, müssen entsprechende Vorbereitungen getroffen werden. Es reicht nicht aus, wenn erst in der Hauptverhandlung auf andere Unterbringungsmöglichkeiten hingewiesen wird. Vielmehr muss die Betreuung bereits angeordnet sein und der Platz in einer anderen Einrichtung zur Verfügung stehen. Hier ist die Verteidigung gefordert. Ggf. muss im Vorfeld die Einrichtung einer Betreuung (z.B. Gesundheitsfürsorge zur Verabreichung der Medikation) angeregt und gezielt nach einer anderen Unterbringungsmöglichkeit gesucht werden. Wichtig ist auch, dass in der Hauptverhandlung der aktuelle Stand erfasst wird. Ist der Angeklagte gem. § 126 a StPO untergebracht, das Gutachten zu §§ 20, 21, 63 StGB bereits Monate alt, ist es dringend erforderlich, bei der Therapieeinrichtung einen aktuellen Bericht anzufordern. Anderenfalls können etwaige Fortschritte während der vorläufigen Unterbringung nicht verwertet werden.

2.5.2 § 64 StGB – Unterbringung in einer Erziehungsanstalt

Liegen die Voraussetzungen des § 64 StGB vor, so gibt es kein Ermessen. Die Unterbringung muss angeordnet werden⁴⁴. Während bis Anfang 1998 § 64 StGB für viele Straftäter ein probater Weg war, die Gesamtdauer der Freiheitseinziehung zu verkürzen (über § 67 Abs. 4 und 5 StGB), ist diese Möglichkeit durch die Gesetzesänderungen ab 1998 versperrt. Dabei spielt auch das verstärkte Sicherheitsdenken eine Rolle. Vollzugslockerungen werden seltener und später gewährt. Das gilt auch für die vorzeitigen Entlassungen.

§ 64 StGB setzt voraus, dass die hinreichende konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges besteht⁴⁵. Anordnung und Vollzug der Maßregel müssen an die hinreichende konkrete Aussicht geknüpft sein, den Süchtigen zu heilen oder doch über eine gewisse Zeitspanne vor einem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren⁴⁶. Auf diesem Hintergrund steht die fehlende Therapiebereitschaft des Täters einer Anordnung nach § 64 StGB nicht entgegen, wenn die konkrete Aussicht besteht, dass eine Therapiebereitschaft für eine erfolgversprechende Behandlung geweckt werden kann⁴⁷.

⁴² BGHSt 34, 313.

⁴³ BGHStV 01, 679.

⁴⁴ BGHSt 37, 5, 7.

⁴⁵ Fischer, § 64 Rdnr. 19.

⁴⁶ Fischer, a.a.O.

⁴⁷ BGH NStZ 96, 274.

Für die Prognose ist auf eine Unterbringungszeit von höchstens 2 Jahre (§ 67 b Abs. 1 Satz 1 StGB) abzustellen. Nach herrschender Rechtsprechung des BGH besteht keine hinreichende Erfolgsaussicht, wenn die voraussichtliche Therapiedauer diese Höchstfrist überschreitet.^{47a}

Derjenige, der nicht in die Therapie möchte, ist nicht ganz machtlos. Wenn der Angeklagte dem Gutachter klipp und klar erklärt, dass er in einer Therapie nicht mitwirken will und auch nach einer gewissen Anpassungszeit in der Therapie für die Notwendigkeit der Behandlung nicht motiviert sein wird, dieses mit Fakten belegt, kann die Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und die Gründe und Wurzeln für den in Rede stehenden Motivationsmangel zur Verneinung des § 64 StGB führen.

2.5.3 § 66 StGB – Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

§ 66 StGB hat im Schwurgerichtsverfahren Ausnahmecharakter, obwohl durch das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21.08.2002 (BGBl I, 3344)^{47b} jetzt die Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe verhängt werden kann. Bisher konnte die Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann verhängt werden, wenn wegen einer weiteren Straftat eine Freiheitsstrafe verwirkt war, hinsichtlich der die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 66 StGB gegeben waren⁴⁸.

Zu weit reichenden Verschärfungen hat die Einführung der §§ 66 a und 66 b StGB geführt.

§ 66 a StGB schafft erstmalig die Möglichkeit, Sicherungsverwahrung auch nachträglich anzuordnen, wenn sie im Urteilstenor des Erkenntnisverfahrens bereits vorbehalten ist und sich die Gefährlichkeit des Straftäters während des Strafvollzugs herausgestellt hat.

§ 66 b StGB ermöglicht die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung, wenn sich die besondere Gefährlichkeit des Täters erst während des Vollzugs herausstellt.

§ 66 c StGB regelt die Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des weitergehenden Strafvollzugs.

Gegen Jugendliche ist die Verhängung von Sicherungsverwahrung unzulässig, jedoch gegen Heranwachsende ist gem. § 106 Abs. 3 JGG eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung möglich.

Zur Feststellung der Voraussetzungen des § 66 StGB ist ein Sachverständiger hinzuzuziehen (§ 246 a StGB). Selbstverständlich besteht in der Hauptverhandlung eine Hinweis-

^{47a} BGH NJW 12, 2292; BGH NStZ 14,453

^{47b} Die Beschränkung auf zeitige Freiheitsstrafen in den Abs. 1 bis 3 ist entfallen; vergl. Schönke/Schröder-Kinzig, § 66 Vorbemerkung

⁴⁸ Fischer, § 66 StGB, Rdnr. 25;.

pflicht gem. § 265 Abs. 2 StPO, wenn die zugelassene Anklage insoweit nicht eindeutig ist⁴⁹.

2.6 § 211 StGB – Mord

Die Tatbestände beschäftigen uns bereits im Studium, ohne jedoch die praktische Relevanz annähernd erfassen zu können. Nichts anderes gilt für das Referendariat. Die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale lassen sich unschwer anhand der gängigen Kommentare erarbeiten. So dürfte es z.B. keine Schwierigkeiten bereiten, das Mordmerkmal der Heimtücke in den Griff zu bekommen.

Probleme tauchen auf, wenn es um die Verknüpfung subjektiver Tatbestandsmerkmale mit der Frage der Schuldfähigkeit geht. Fehlt es dem Angeklagten an dem Vorsatz bei der Heimtücke, wenn der Angeklagte sich in einem hochgradigen Affekt befindet, der nicht ausschließbar zu § 21 StGB führt⁵⁰, so z.B. wenn es sich um eine verzweifelte und affektiv angespannte Lage gehandelt hat⁵¹?

Die Streitfrage der besonderen Verwerflichkeit eines Tatbestandes braucht nicht näher erörtert zu werden. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der BGH von der Rechtsfolgenlösung absehen will⁵².

2.7 § 212 StGB – Totschlag

Bei § 212 StGB stehen die Vorsatzprobleme im Vordergrund. Bedingter Vorsatz reicht aus. Damit wird die Abgrenzung zwischen Körperverletzung und versuchtem Totschlag einerseits und dem vollendeten Totschlag und Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB andererseits schwierig⁵³.

Bedingter Tötungsvorsatz liegt nämlich bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen nahe, wenn sie der Täter, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, vornimmt und es dem Zufall überlässt, ob er die erkannte Gefahr verwirklicht⁵⁴. Das gilt für Schüsse auf den Oberkörper (Entfernung spielt eine Rolle, für Messerstiche, Tritte mit schweren Schuhen auf den Kopf eines auf dem Boden liegenden).

Der Mandant will dies in der Regel nicht wahr haben. Hier ist die Überzeugungsarbeit durch den Verteidiger erforderlich. In eindeutigen Fällen des bedingten Vorsatzes ist dem

⁴⁹ BGH StV 1994, 232; BGHR § 265 Abs. 2 StPO, Hinweispflicht 6; Hinweispflicht 7; BGH, GA 1966, 180; Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 StPO, Rdnr. 20.

⁵⁰ Fischer, § 211 Rdnr. 44;

⁵¹ BGHR § 211 Abs. 2 StGB Heimtücke 26.

⁵² Fischer, § 211 Rdnr. 46.

⁵³ BGHSt 34, 313.

⁵⁴ BGH NSTz 81, 22/ 23; Fischer, § 212, Rdnr. 7.

Mandanten klar zu machen, dass er den Tod des Opfers in Kauf genommen hat, dass hier eine Verurteilung wegen eines Tötungsdeliktes in Betracht kommt.

In einem Fall musste ich dem Mandanten „einreden“, dass er bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Die Ehefrau war über Nacht nicht nach Hause gekommen. Um 7.30 Uhr sollte das Kind in den Kindergarten gebracht werden. Die Ehefrau war immer noch nicht da. Der Ehemann, Fahrlehrer von Beruf, konnte die erste Fahrstunde nicht durchführen. Die Anspannung wuchs. Der Tagesplan muss völlig umgeworfen werden. Gegen Abend geht der Mandant auf die Suche und sieht seine Ehefrau in einer Gaststätte zusammen mit einem anderen Mann in einer eindeutigen Pose, stürzt herein, zieht ein Fahrtenmesser und sticht dem Liebhaber mehrfach in die Brust. Durch eine sofortige Operation wird dieser gerettet.

Der Mandant bestritt, töten zu wollen, er wisse nicht, wie das passiert ist. Damit verbaute sich der Mandant den Weg für die Schilderung seiner seelischen Verfassung, was seit der Nacht in ihm vorgegangen ist.

Das bedurfte einer intensiven Erörterung. Es stellte sich heraus, dass seit dem frühen Morgen eine „Zeitbombe“ tickte. Als der Mandant den Liebhaber sah, wollte er ihn umbringen. Der Mandant konnte in der Hauptverhandlung diese Einzelheiten nachvollziehbar darlegen. Die Verletzungen des Opfers waren zur Zeit der Hauptverhandlung folgenlos verheilt, das Opfer nahm eine Entschuldigung des Mandanten an. Alles in allem führte zu der Anwendung des § 213 StGB und einer Bewährungsstrafe.

Hier war entscheidend, dass sich der Mandant klar geworden war, töten zu wollen.

Das zeigt auch ein weiterer Fall: Der Ehemann nimmt nicht hin, dass seine Frau sich von ihm trennen will. In hoher affektiver Anspannung besteigt er seinen BMW, zwingt seine Ehefrau, ebenfalls einzusteigen, startet wie wild durch, um in einem Kreisverkehr zu beschleunigen und geradeaus gegen einen Baum zu fahren. Dabei wurden beide schwer verletzt. Die Ehefrau war nicht angeschnallt. Die Anklage erfolgt wegen versuchten Mordes aus niedrigen Beweggründen. Der Mandant bestritt, töten zu wollen, er habe seiner Ehefrau nur einen Schreck einjagen wollen. Diese Einlassung verbaute dem Mandanten eine sachgerechte Verteidigung. Er musste sich klar und deutlich sagen lassen, dass bei einem solchen Fahrverhalten der Tod billigend in Kauf genommen wird. Hier führten die objektiven Begleitumstände zwanglos zum Tötungsvorsatz. Als dieses dem Mandanten verständlich gemacht werden konnte und er dieses auch verinnerlichte, war nunmehr die Möglichkeit gegeben, auf den Vorsatz hinsichtlich des niedrigen Beweggrundes einzugehen und festzustellen, dass er das Mordmerkmal des § 211 StGB gar nicht verinnerlicht hatte⁵⁵. Somit kam

⁵⁵ Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben § 211 StGB, Rdnr. 38; BGH, NJW 89, 1739; BGH, GA 67, 244; BGH JZ 74, 511.

nur noch Totschlag und ein Fall des § 213 StGB in Betracht. Nach Absprache mit Gericht, Staatsanwalt und Gutachter wurde der Mandant zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.^{55 a}

2.8 § 213 StGB – Minder schwerer Fall des Totschlags

§ 213 StGB wurde oben bereits erwähnt. Seitdem der Strafraum fast verdoppelt wurde, ist die praktische Bedeutung gesunken. Dennoch kann es sich im Einzelfall lohnen, auf den § 213 StGB „herunterzukommen“⁵⁶.

Die Voraussetzungen des § 213 1. Alt. StGB sind relativ kompliziert. Eine wichtige Voraussetzung bei der zugefügten Misshandlung oder/und der schweren Beleidigung ist, dass ein objektiver Maßstab anzulegen ist⁵⁷. Maßgeblich dabei sind allerdings nicht abstrakte Erwägungen, sondern der konkrete Geschehensablauf und der Lebenskreis der Beteiligten⁵⁸.

Das Merkmal „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ ist irreführend, soweit man daraus herleitet, dass zwischen Provokation und Tat nur ein kurzer Zeitraum liegen darf. „Auf der Stelle“ bedeutet nicht Spontantat im engeren Sinne, maßgeblich ist vielmehr, ob der durch die Kränkung hervorgerufene Zorn noch angehalten hat⁵⁹ und der Täter zur Tat hingerissen wurde, möglicherweise also noch nach mehreren Stunden, wenn die Tat unter dem beherrschenden Einfluss einer anhaltenden Erregung über die Misshandlung geschehen ist.

Gerade bei Partnerkonflikten sind solche Wirkungsmechanismen zu erkennen. Ein lange schwellender Konflikt geht voraus, der sich explosionsartig entlädt. In der konkreten Situation können dann bereits geringe Anlässe ausreichen, die Tat auszulösen⁶⁰. Dabei ist auch die nonverbale Kommunikation zu berücksichtigen. Erwartet der Täter eine Antwort oder eine bestimmte Reaktion und sie kommt nicht, wird man ignoriert und tut so, als ob nichts geschehen ist, so kann dies auch eine schwere Beleidigung sein.

In der Praxis tauchen hier ganz erhebliche Schwierigkeiten auf. Bei den zu erörternden Rechtsproblemen sind Gesamtbewertungen vorzunehmen, bei denen das Gericht ein erhebliches Ermessen hat. Was provozierend, beleidigend, demütigend ist, hängt in der Tat von der konkreten Situation ab. Aus der vornehmen Distanz im Gerichtsverfahren ist es oft ein Kunststück, die konkrete Situation, die zur Tat geführt hat, wahrheitsgetreu wiederzugeben, zumal bei der vollendeten Tötung das Opfer nicht mehr anwesend ist.

^{55 a} Den § 257 c StPO gab es noch nicht.

⁵⁶ Nicht zuletzt wegen der besseren vorzeitigen Entlassungschancen. In der Regel lassen sich die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Satz 2 StGB begründen; siehe auch Zwiehoff, Gabriele, Die provozierte Tötung, Zur Tatbestandsqualität der Provokationsvariante des § 213 StGB, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

⁵⁷ Fischer, § 213 Rdnr. 5.

⁵⁸ BGH NJW 87, 3143.

⁵⁹ Fischer, § 213 Rdnr. 9 a.

⁶⁰ BGH NStZ 04, 500 f.

Auf die Möglichkeit einer Doppelmilderung ist zu achten. Liegt die 1. Alternative des § 213 StGB vor und kommt z.B. § 21 StGB dazu, so ermäßigt sich der Strafraum von einem Jahr bis 10 Jahre auf drei Monate bis sieben Jahre sechs Monate⁶¹.

Bei der Strafraumverschiebung darf sich die Verteidigung aber keine zu großen Hoffnungen machen. Im gemilderten Strafraum ist das Gericht nahezu frei⁶². Das führt in der Praxis häufig dazu, dass der niedrige Strafraum gewählt wird, um das Urteil revisionsrechtlich weniger angreifbar zu machen, die Strafe im Sonderstrafrahmen aber im oberen Bereich angesetzt wird. Somit wird eine Strafe verhängt, die auch bei Anwendung des Regelstrafrahmens zu erwarten gewesen wäre.

2.9 § 227 StGB – Körperverletzung mit Todesfolge

Der Tatbestand setzt voraus, dass durch die vorsätzliche Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden ist. Dabei muss dem Täter hinsichtlich des Taterfolges Fahrlässigkeit zur Last fallen. Es genügt nicht, dass überhaupt ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Todeserfolg und Körperverletzung besteht, vielmehr ist eine enge Beziehung zwischen der Tat und der schweren Folge vorausgesetzt. Die Verwirklichung des Grunddeliktes muss gerade eine ihm eigentümliche (tatbestandsspezifische) Gefahr anhaften, die nicht im tödlichen Ausgang unmittelbar niedergeschlagen hat⁶³. Das liegt z.B. vor, wenn bei einem vorsätzlichen Schlag mit der Pistole sich versehentlich ein Schuss löst und der Geschlagene dabei zu Tode kommt⁶⁴.

Der Strafraum des § 227 Abs. 1 StGB ist hoch, nämlich zwischen drei und 15 Jahren. Der minder schwere Fall des § 227 Abs. 2 ist dem Strafraum des § 213 StGB mit ein bis 10 Jahren angeglichen.

2.10 § 323 a StGB -Vollrausch

Die Rauschtaten gewinnen nach der Gesetzesänderung von 1998 an praktischer Bedeutung. Der Strafraum des § 323 a StGB ist bei einer Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren geblieben. Umso wichtiger ist es, auch hier den Wandel der Rechtsprechung zur Kenntnis zu nehmen. Während bis 1997 mehr oder weniger gesichert war, dass bei 3 o/oo ein Vollrausch anzunehmen ist, ist die Grenze keineswegs mehr klar⁶⁵.

Der 3. Strafsenat des BGH hat bei einem Blutalkoholgehaltwert zwischen 3,0 und 3,4 die Verneinung des § 20 StGB im Einzelfall mit Blick auf die psychodiagnostischen Kriterien

⁶¹ Fischer, § 213 Rdnr. 19.

⁶² Das liegt am § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO. Danach müssen nur die bestimmenden Zumessungserwägungen dargelegt werden, vgl. auch Fischer, § 46 Rdnr. 106.

⁶³ BGHSt 41, 113, 116.

⁶⁴ BGHSt 14, 112.

⁶⁵ Fischer, § 20 Rdnr. 20, 21.

gebilligt. Der tatrichterlichen Würdigung sind neben dem BKA-Wert weitere Umstände zugänglich. Dazu gehören die Alkoholgewöhnung des Angeklagten, sein intaktes Leistungsverhalten vor, während und nach der Tat, sein überraschend genaues Erinnerungsvermögen, das Fehlen von Orientierungsstörungen oder das Ausbleiben leichter motorischer Störungen⁶⁶.

Auch wenn es keinen aktuellen Blutalkoholwert gibt, ist aufgrund des bisherigen Vorlebens und den Tagen vor der Tat ein relativ zuverlässiger Schluss auf die Alkoholisierung zur Tatzeit möglich. Das wird im folgenden Fall besonders deutlich: Der Angeklagte trinkt seit 10 Jahren regelmäßig und hat bereits 15 Klinikaufenthalte in der Psychiatrie hinter sich. In den Tagen vor der Tat hat er übermäßig getrunken. Am Samstag wollte er sich einweisen lassen. Die Psychiatrie hat jedoch die Aufnahme verweigert. In der Nacht vom Sonntag auf Montag kam es dann zur Tat. Es fehlt ein aktueller Blutalkoholgehalt, da sich der Mandant erst 10 Tage später gestellt hat. Dennoch ist hier die Frage zu stellen, ob nicht sogar Schuldunfähigkeit vorliegt. Das könnte zum Vollrausch gem. § 323 a StGB führen.

2.11 §§ 57, 57 a StGB – Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe

Zum materiellen Teil gehören auch die §§ 57, 57 a StGB.

Ist eine lebenslange Freiheitsstrafe rechtskräftig verhängt, stellt sich in ferner Zeit die Frage der vorzeitigen Entlassung. Der § 57 a StGB, ursprünglich sicherlich als Verbesserung gedacht, hat das Gegenteil bewirkt⁶⁷. Wegen der besonderen Schwere der Schuld kommt es zu Verbüßungsdauern, die unter der Geltung des alten Rechts kaum möglich waren.

Auf diesem Hintergrund gehört es zu den Pflichten des Verteidigers, mögliche Entlassungszeitpunkte ins Gespräch zu bringen. Die Frage, die sich daran anschließt, ist der Zeitpunkt der Lockerungen und des Urlaubs. Dabei ist § 13 Abs. 3 Strafvollzugsgesetz zu beachten. Danach ist eine Beurlaubung frühestens nach 10 Jahren möglich. Lockerungen wird es jedoch nicht geben, so lange die genaue Verbüßungsdauer nicht festgelegt ist. Insoweit ist auf § 454 Abs. 1 Nr. 2 b StGB zu verweisen. Die Prüfung ist auf 13 Jahre festgelegt.

Vor 13 Jahren tut sich kaum etwas, was Lockerungen angeht; allenfalls kommen Ausführungen in Betracht.

Auch § 57 StGB muss bereits im Erkenntnisverfahren in die Verteidigungsstrategien eingebaut werden. Maßgeblich ist die Zeitdauer der Unfreiheit. 2/3-Entlassung bei zeitigen Freiheitsstrafen ist eine sichere Erwartung, mit der der Mandant rechnen kann - selbstverständlich ohne Komplikation in der Strafhaft. Auf die Notwendigkeit des Gutachtens gem. § 454 Abs. 2 Ziffer 2 StPO ist hinzuweisen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass durch die

⁶⁶ Fischer, § 20 Rdnr. 22 ff; BGH NStZ RR 97, 162.

⁶⁷ BT-Drucksache 13/4830; Rotthaus, K.P., Nochmals: BVerfG zur Aussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe-Auswirkungen im Strafvollzug, NStZ 93, 218; Stern a.a.O. S. 81 ff.

Einfügung des § 57 a StGB der Gnadenweg für eine vorzeitige Entlassung verschlossen ist. Grundsätzlich haben Entscheidungen des Gerichts und der Vollstreckungsbehörden Vorrang gegenüber Gnadenentscheidungen⁶⁸. Die Gnadenbehörde wird deshalb den Verurteilten auf den § 57 a StGB verweisen. Vor Einführung des § 57 a StGB war eine vorzeitige Entlassung im Gnadenwege unabhängig von der 15-Jahresgrenze möglich. Dieser Weg ist verbaut. Nichts läuft in der Regel ohne Gutachter. Darauf ist dem Angeklagten und nicht erst dem Verurteilten hinzuweisen.

Bei Ausländern sind die Möglichkeiten des § 456 a StPO mit einzubeziehen.

⁶⁸ § 10 der Gnadenordnung für das Land Nordrhein-Westfalen.

2.12 § 106 Abs. 1 und Abs. 3 JGG

Zum Abschluss ist auf die Sondervorschrift des § 106 Abs. 1 und Abs. 3 JGG hinzuweisen.

Abs. 1 ermöglicht an Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe von 10 bis 15 Jahren zu erkennen, wenn wegen der Strafbarkeit eines Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht anzuwenden ist. Das stellt eine wesentliche Privilegierung des Heranwachsenden dar. Dieses zeigte sich auch an einem konkreten Fall:

Die beiden Angeklagten hatten einen gemeinschaftlichen Mord begangen, der eine die Tat genau drei Tage vor Vollendung des 21. Lebensjahres, der andere drei Tage nach Vollendung des 21. Lebensjahres. Für den erwachsenen Täter lautete das Urteil lebenslang, er verbüßte 18 Jahre, der Heranwachsende hatte 12 Jahre erhalten und ist nach Verbüßung von 8 Jahren vorzeitig entlassen worden.

Während der Abs. 1 des § 106 JGG eine Besserstellung gegenüber dem Heranwachsenden darstellt, ist in Abs. 3 der Heranwachsende dem Erwachsenen im Wesentlichen gleichgestellt. Zwar darf die Sicherungsverwahrung nicht neben der Strafe angeordnet werden (§ 106 Abs. 3 Satz 1 JGG). Die Sicherungsverwahrung kann aber unter bestimmten Bedingungen vorbehalten werden. Es ist zu hoffen, dass von dieser Möglichkeit zurückhaltend Gebrauch gemacht wird.

2.13 § 74 Abs. 2 GVG – Zuständigkeiten

Diese Vorschrift führt den Katalog der Delikte an, die vor dem Schwurgericht verhandelt werden. Es handelt sich um die vorsätzlichen Tötungsdelikte und Verbrechen, die den Tod zur Folge haben. § 74 Abs. 2 Ziffer 4 und 5 beziehen sich auf Mord bzw. Totschlag, die übrigen Ziffern 1 bis 3 und 7 bis 30 umfassen vorsätzliche Delikte mit Todesfolge. Der § 74 Abs. 2 GVG hat folgenden Wortlaut:

Für die Verbrechen

1. des sexuellen Missbrauchs von Kindern mit Todesfolge (§ 176 b des Strafgesetzbuches),
2. der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 des Strafgesetzbuches),
3. des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen mit Todesfolge (§ 179 Abs. 7 in Verbindung mit § 178 des Strafgesetzbuches),
4. des Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches),
5. des Totschlags (§ 212 des Strafgesetzbuches)
6. (aufgehoben)

7. der Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 3 des Strafgesetzbuches)
8. der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 des Strafgesetzbuches)
9. der Entziehung Minderjähriger mit Todesfolge (§ 235 Abs. 5 des Strafgesetzbuches),
- 9 a. Die Nachstellung mit Todesfolge (§ 238 Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
10. der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 des Strafgesetzbuches),
11. des erpresserischen Menschenraubes mit Todesfolge (§ 239 a Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
12. der Geiselnahme mit Todesfolge (§ 239 b Abs. 2 in Verbindung mit § 239 a Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
13. des Raubes mit Todesfolge (§ 251 des Strafgesetzbuches),
14. des räuberischen Diebstahls mit Todesfolge (§ 252 in Verbindung mit § 251 des Strafgesetzbuches),
15. der räuberischen Erpressung mit Todesfolge (§ 252 in Verbindung mit § 251 des Strafgesetzbuches),
16. der Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306 c des Strafgesetzbuches),
17. des Herbeiführens einer Explosion durch Kernenergie (§ 307 Abs. 1 bis 3 des Strafgesetzbuches),
18. des Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion mit Todesfolge (§ 308 Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
19. des Missbrauchs ionisierender Strahlen gegenüber einer unübersehbaren Zahl von Menschen (§ 309 Abs. 2 und 4 des Strafgesetzbuches),
20. der fehlerhaften Herstellung einer kerntechnischen Anlage mit Todesfolge (§ 312 Abs. 4 des Strafgesetzbuches),
21. des Herbeiführens einer Überschwemmung mit Todesfolge (§ 313 in Verbindung mit § 308 Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
22. der gemeingefährlichen Vergiftung mit Todesfolge (§ 314 in Verbindung mit § 308 Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
23. des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer mit Todesfolge (§ 316 a Abs. 3 des Strafgesetzbuches),

-
24. des Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr mit Todesfolge (§ 316 c Abs. 3 des Strafgesetzbuches),
 25. der Beschädigung wichtiger Anlagen mit Todesfolge (§ 318 Abs. 4 des Strafgesetzbuches),
 26. einer vorsätzlichen Umweltstraftat mit Todesfolge (§ 330 Abs. 2 Nr. 2 des Strafgesetzbuches).
 27. Der schweren Gefährdung durch Freisetzen von Giften mit Todesfolge (§330 a Abs. 2 des Strafgesetzbuches)
 28. Der Körperverletzung im Amt mit Todesfolge (§ 340 Abs. 3 i.V.m. § 227 des Strafgesetzbuches).
 29. Das Abgebens, Verabreichens und Überlassens von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch mit Todesfolge (§ 30 Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes).
 30. Des Einschleusens mit Todesfolge (§ 97 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes)

3 Übernahme der Verteidigung

Der junge Strafverteidiger will an große Fälle heran. Nichts scheint geeigneter zu sein, als ein Tötungsdelikt zu verteidigen. Man steht in der Öffentlichkeit, das hat Anziehungskraft. Man glaubt – durch Beispiele aus Amerika suggeriert⁶⁹ – auf diese Weise bekannt zu werden und weitere große Fälle zu bekommen. Dann ist die Karriere als erfolgreicher Strafverteidiger gesichert. Am Anfang weiß man überhaupt nicht, auf was man sich da einlässt. Im Grunde ist der junge, unerfahrene Verteidiger hoffnungslos überfordert. Das hat mehrere Ursachen: Der Verteidiger selbst sieht sich einem eingespielten Team gegenüber. Der Mordkommission gehören erfahrene Beamte an, die die Tätigkeit schon seit Jahren machen. Sie haben umfassende Kenntnisse von Tat und Täter und sind im kriminalistischen Bereich haushoch überlegen. Was weiß man schon von Spurensicherung, Tatortbefundberichten, Eindrucksvermerken, Schmauchspuren usw.?^{69a} Der Staatsanwalt ist häufig als Kapitaldezzernent seit Jahren tätig und verfügt wegen der Vielzahl der Fälle über einen großen Erfahrungsschatz.

Der Vorsitzende des Schwurgerichts übt seine Tätigkeit auch in der Regel nicht erst seit gestern aus. Eine richterliche Tätigkeit, bevor man Vorsitzender werden kann, dauert in der Regel mindestens 10 Jahre.

Schließlich ist der Gutachter nicht zu vergessen. Er erstattet sein Gutachten für die Staatsanwaltschaft und das Gericht nicht zum ersten Mal. In vielen Gesprächen außerhalb des Gerichtes plaudert man über die diversen Fälle. Man weiß, was man voneinander zu halten hat. Das führt zu einem hohen Grad des gegenseitigen Vertrauens. Das hat unmittelbare Auswirkungen auf die Sache selbst. Man darf sich doch nichts vormachen: Wird ein erfahrener Kripobeamter nach seiner Einschätzung bestimmte Dinge befragt, so ist dessen Meinung wichtiger als die des Verteidigers, zumal dann, wenn dieser noch unerfahren und unbekannt ist.

3.1 Erste Kontakte zu dem Beschuldigten

Zunächst ist abzuklären, in welcher Phase das Mandat übernommen wird. Es ist die Ausnahme, dass ein Verteidiger dazu gerufen wird, wenn der Beschuldigte noch keine Angaben gemacht hat. Ich habe dieses in weniger als 10 Fällen (von über 300) erlebt: Drei davon seien kurz geschildert:

Ein Mandant ist wegen Verdachts des Mordes festgenommen. Er soll seine Ehefrau erschossen haben, die seiner neuen Beziehung mit einer anderen Frau im Wege stand. Als Mordmerkmale werden Heimtücke und niedrige Beweggründe angegeben. Der Mandant

⁶⁹ Z.B. „Die Jury“ von John Grisham, Wilhelm Heyne Verlag, München.

^{69a} Neuhaus/Artkämper, Kriminaltechnik und Beweisführung im Strafverfahren, Beck 2014

macht keine Angaben zur Sache und verlangt seinen Verteidiger. Der Verteidiger konnte bereits bei der Vorführung beim Haftrichter zugegen sein. Auf Anraten seines Verteidigers schweigt der Mandant das gesamte Verfahren bis zum Urteil. Er wird zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren wegen Totschlags verurteilt. Die Mordmerkmale ließen sich nicht nachweisen, weil wegen der fehlenden Einlassung die subjektiven Tatbestandsmerkmale des Mordes nicht festgestellt werden konnten und die übrigen Indizien dazu nicht ausreichten.

In einem anderen Fall erhält der Verteidiger von Sonntag auf Montag einen Anruf, ein von ihm betreuter Mandant sei wegen Verdachts des Mordes verhaftet worden. Das Opfer war erstochen worden. Der Mandant hatte eine Schussverletzung im linken Bein. Der Mandant berief sich im Vorgespräch mit dem Verteidiger auf Notwehr. Er sei vom Opfer mit einer Waffe bedroht worden, habe sein Messer gezogen und zugestochen, als er vom Opfer einen Schuss ins Bein erhalten hat. Ein recht abenteuerlicher Sachverhalt. Der Verteidiger war davon überzeugt, dass der Mandant den wahren Sachverhalt geschildert hat und entschloss sich, den Mandanten aussagen zu lassen. Dieses erfolgte auch detailliert. Trotzdem erließ der Richter Haftbefehl und die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen Mordes. In der Hauptverhandlung stellte sich heraus, dass die Einlassung des Mandanten nicht zu widerlegen war. Die Behauptung der Anklage, der Schuss ins Bein habe sich der Angeklagte selbst beigebracht, konnte durch ein Sachverständigengutachten widerlegt werden. Der Mandant wurde von dem Vorwurf des Mordes freigesprochen. Möglicherweise war die frühe Einlassung des Mandanten die Rettung.

In einem dritten Fall war der Beschuldigte noch auf freiem Fuß und wurde per Haftbefehl wegen Verdachts des Mordes (Heimtücke und niedrige Beweggründe) gesucht.

Der Beschuldigte soll dem Mörder seines Onkels anlässlich eines Bankbesuches aufgelauret haben, diesen am Bankschalter erschossen und anschließend erstochen haben. Als Motiv wurde Blutrache angenommen. Beschuldigter und Verteidiger trafen sich mehrmals. Auch wurden die Familie und die nahe Verwandtschaft in die Gespräche einbezogen. Nach sorgfältiger Abklärung des Sachverhalts stellte sich der Angeklagte, machte jedoch keine Angaben zur Sache bei der Polizei, beim Haftrichter und der Staatsanwaltschaft. Vielmehr vertraute er sich den Sachverständigen an, die vorher aufgrund des Antrages der Verteidigung⁷⁰ von der Staatsanwaltschaft beauftragt wurden. Die Gutachter kamen zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 21 StGB vorlagen. Das Gericht schloss sich dieser Meinung an und verurteilte den Mandanten zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren wegen Mordes.

Wie gesagt, sind diese Ausnahmen, was die vorzeitige Einschaltung des Verteidigers angeht. Der Regelfall ist, dass der Beschuldigte bereits in Untersuchungshaft sitzt, mehrfach ausgesagt und bei der Vorführung beim Haftrichter frühere Angaben bestätigt hat. Dabei sind bereits einige Tage vergangen, ohne dass der Beschuldigte einen Verteidiger gesehen hat. Daran hat auch die Neufassung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 zum 01.01.2010 nichts geändert. Nach dieser Vorschrift ist ein notwendiger Verteidiger dann beizuordnen, wenn gegen

⁷⁰ Siehe Mustertext 1.

den Beschuldigten Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung vollstreckt wird. Die Beiordnung soll unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft erfolgen. Zuständig ist gem. § 141 Abs. 4 Satz 2 der Haftrichter.^{70a} Auch bei einer unverzüglichen Beiordnung eines Verteidigers kann es zu einem verspäteten, ersten Kontakt mit dem Verteidiger kommen. Dieser sieht sich einer Vielzahl von Fragen des Beschuldigten ausgesetzt:

- Wann komme ich aus der Untersuchungshaft?
- Was ist mit einer Haftprüfung oder Haftbeschwerde?
- Habe ich Chancen, freigesprochen zu werden?
- Mit was habe ich im Falle einer Verurteilung zu rechnen?
- Wann findet die Hauptverhandlung statt?
- Wie viel muss ich von der zu erwartenden Strafe absitzen?
- Was ist mit etwaigen Rechtsmitteln (Berufung, Revision, Verfassungsbeschwerde)?

Diese Fragen, die sich auf das Verfahren selbst beziehen, kann der Verteidiger kaum beantworten. Das ist in fast jeder Strafsache so. Bei Tötungsdelikten ist eine Prognose umso schwieriger, weil der Strafrahmen von einem Jahr (§ 213 StGB minder schwerer Fall) bis zur lebenslangen Freiheitsstrafe und die besondere Schwere der Schuld in Betracht kommen kann.

Zum Schuldspruch, gar zur Strafhöhe, ist eine Beurteilung erst möglich, wenn man die Akte kennt. Die Schilderung des Beschuldigten ist selten ausreichend, um Prognosen zu wagen.

Gerade bei Affekttaten hat der Beschuldigte Probleme bei der Wiedergabe des Erlebten. Deshalb ist die Aktenkenntnis unabdingbare Voraussetzung.

Bei der zeitlichen Planung sind intime Kenntnisse der örtlichen Gepflogenheiten erforderlich. Wie schnell ist der Staatsanwalt mit der Anklageerhebung, wie ist die Geschäftslage der Schwurgerichtskammer? Was ist in der Ferienzeit⁷¹? Wie beschäftigt ist der Gutachter?

Was ist mit der 6-Monatsfrist gemäß § 121 StPO? Wird sie eingehalten?⁷²

^{70a} Dazu Ahmed, StV 15, S. 65 ff.

⁷¹ Vielfach werden während der Sommerferien große Verfahren nicht terminiert, weil zu viel urlaubsbedingte Ausfälle von Zeugen zu verzeichnen sind.

⁷² Die OLG überwachen diese Frist sehr genau vergl. Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Artikel 5 Abs. 3 Satz 2 MRK

Was ist mit der Verbüßungsdauer? Wie lange hat ein wegen Totschlags zu 10 Jahren Verurteilter abzusetzen? Ist Halbstrafe möglich? Was ist mit einer Entlassung zum 2/3-Zeitpunkt? Was ist mit dem § 454 StPO? Wie sieht dieses alles bei einem Ausländer aus?

Sieht der Staatsanwalt gem. § 456 a StPO von der Vollstreckung der weiteren Strafe kurz vor dem Halbstrafenzeitpunkt ab oder dauert es bis zu einer 2/3-Verbüßung⁷³? Was ist, wenn der Verurteilte Ausländer ist und in Deutschland bleiben will? Was ist mit der Vollstreckungsdauer der §§ 63 StGB⁷⁴? Was ist, wenn ein Ausländer zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wird, wenn die besondere Schwere der Schuld festgestellt ist? Wann kann dieser gemäß § 456 a StPO abgeschoben werden?

Ein Kosovoalbaner wurde im Jahre 2000 wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Da die Verurteilung vor Einführung des § 57 a StGB erfolgt war, musste die Strafvollstreckungskammer nachträglich die Mindestverbüßungsdauer festlegen. Diese beträgt 20 Jahre. Der Verurteilte hat bereits über 15 Jahre verbüßt. Die Strafvollstreckungskammer lehnt eine vorzeitige Entscheidung gemäß § 456 a StPO ab. Anträge gemäß § 23 EGGVG hat das OLG regelmäßig zurückgewiesen.

Muss nicht der Verurteilte bei § 63 StGB mit einer dauerhaften Unterbringung rechnen, die unter Umständen lebenslang ist?

In all diesen Bereichen will der Mandant eine klare Antwort. Diese kann manchmal auch der erfahrene Verteidiger nicht geben.

Ein Kardinalfehler wäre, sich zu einer unbedachten Antwort hinreißen zu lassen. Der Verteidiger kann sicher sein, dass sich der Mandant jede Äußerung des Verteidigers genau merkt. Das liegt an der besonderen Situation: Die Besuche des Verteidigers haben Einmaligkeitscharakter. Er ist in der Regel die einzige Person, mit der der Beschuldigte unkontrolliert reden kann.

All diese Fragen werden immer wieder relevant, wenn der Verteidiger Akteneinsicht hatte, Anklage erhoben ist und die Hauptverhandlung naht.

3.2 Katalog für Verhaltensmaßnahmen

Besonders wichtig ist, dass der Verteidiger rechtzeitig entscheidende Verhaltensmaßnahmen „an den Mann“ bringt. Dazu gehören vor allem drei Dinge:

⁷³ § 456 a StPO wird von Staatsanwaltschaft zu Staatsanwaltschaft verschieden gehandhabt. Das gilt sogar für Staatsanwaltschaften desselben Bundeslandes. So habe ich erlebt, dass zwei Verurteilte in derselben Haftanstalt saßen, der eine war vom LG Traunstein wegen Einfuhr von 1 kg Heroin zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren, der andere vom LG Hannover wegen Einfuhr von 7 kg Heroin zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt worden. Die Staatsanwaltschaft hat im ersten Fall es abgelehnt, nach 10 Jahren, also nach dem 2/3-Zeitpunkt, gem. § 456 a StPO zu verfahren. Ein Antrag beim OLG hatte keinen Erfolg. Derjenige, der zu 3 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, wurde zum Halbstrafenzeitpunkt abgeschoben.

⁷⁴ Siehe Fußnote 39, Stern a.a.O., S. 457 ff.

3.2.1 Keine Vernehmung ohne Anwalt

Der Beschuldigte lässt sich nicht mehr vernehmen, weder von der Kripo, der Staatsanwaltschaft und vom Gericht, ohne dass der Verteidiger davon Kenntnis hat. Häufig kommt die Kripo noch einmal vorbei, um dem Beschuldigten Asservate auszuhändigen, zum Lebensweg zu befragen u.a., Dinge, die in früheren Vernehmungen unberücksichtigt geblieben waren. Bei Zigaretten und Cola ist der Beschuldigte gesprächsbereit. Das gebietet bereits die Höflichkeit. Nun können Dinge in eine Vernehmung einfließen, die sich später als nachteilig herausstellen. Der Einfluss des Verteidigers ist insoweit beschränkt. Schon aus Zeitgründen ist ein ständiger Kontakt nicht möglich. Manche Mandanten zeigen sich trotz dieser aufgegebenen Verhaltensregeln gesprächsbereit, sich mit dem Vernehmungsbeamten zu unterhalten. Das kann zum Beispiel bei einer Ausführung geschehen, bei der erkennungsdienstlichen Behandlung usw. Deshalb können die Vorsichtsmaßnahmen nicht oft genug ausgesprochen werden.

3.2.2 Keine Gespräche mit Mitgefangenen

Der Beschuldigte ist häufig mit ein und demselben Mitgefangenen in einem Haftraum. Man trifft sich beim Umschluss, in der Freistunde. Liegt es da nicht nahe, über seinen eigenen Fall zu sprechen? Das ist ganz normal. Diese Gespräche können gefährlich werden. Vielleicht steckt ein gezieltes Aushorchen dahinter⁷⁵. Vielleicht handelt der Mitinsasse auf Eigeninitiative, weil er sich Vorteile verschaffen will, wenn er Nachteiliges über seinen Zimmerkollegen gegenüber den Behörden äußern kann. Manchmal kennt der Mitinsasse den Fall besser als der Beschuldigte selbst, vor allem dann, wenn der Beschuldigte ihm über Gespräche hinaus noch den Aktenauszug zur Verfügung stellt.^{75a}

Bei einem fehlenden Geständnis ist die Kripo daran interessiert, weitere Angaben zu bekommen. Da bietet sich der Zellenkollege vortrefflich an. In einem Fall war tatsächlich das Gespräch mit einem Zellengenossen ausschlaggebend für den Schuldspruch wegen Totschlags. Der Fall war unmittelbar nach der Inhaftierung des Mandanten im Radio gesendet worden. Darauf hat ein Mitinsasse den Beschuldigten gefragt, ob er der Täter sei, dieser habe dieses bejaht. Der Beschuldigte bestritt, dieses seinem Zellengenossen gesagt zu haben. Der Zeuge konnte mit Details aufwarten, die er aus der Anklage hatte. Auch hatte er

⁷⁵ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 a Rdnr. 4 a.

^{75a} In einem Mordfall (Mord ohne Leiche) melden sich drei Mitgefangene als Zeugen, der Beschuldigte haben ihnen Einzelheiten über seinen Fall erzählt. Einer der Mitgefangenen legt sogar eine 20 Seiten umfassende Dokumentation vor, was und wann unter welchen Umständen der Beschuldigte über die Tat geschildert hat. Die Schilderung ist mit Details gespickt, die nur vom Beschuldigten stammen können. Zum Glück ging die Phantasie der Mitgefangenen zu weit. Sie schilderten einen Sachverhalt, der mit dem tatsächlichen Geschehen nicht in Einklang zu bringen war. Das Gericht sprach frei.

die Verteidigerpost des Beschuldigten gelesen. Das Gericht glaubte dem Zeugen und verurteilte den Angeklagten trotz Bestreitens zu 9 Jahren Freiheitsstrafe.

Mitinsassen können also zu gefährlichen Gegnern werden. Äußerste Zurückhaltung ist geboten. Der Beschuldigte sollte Gespräche über seinen Fall meiden, den Schriftverkehr bei sich behalten und niemandem zum Lesen geben. Darauf sollte der Verteidiger bereits im ersten Gespräch hinweisen und ggf. bei jeder Gelegenheit wiederholen. Das gilt auch bei Beschuldigten, die hafterfahren sind.

3.2.3 Keine eigenen Eingaben des Beschuldigten

Eigene schriftliche Eingaben an die Kripo, die Staatsanwaltschaft oder das Gericht sind von dem Beschuldigten zu unterlassen. Aus einer ungeschickten Formulierung können Schlüsse für das Verfahren gezogen werden. Durch eine eigene Eingabe des Beschuldigten kann die Autorität des Verteidigers untergraben werden. Das Gericht wähnt in der Eingabe des Beschuldigten einen Alleingang, der mit seinem Verteidiger nicht abgestimmt ist. Deshalb sind entsprechende Anträge ausschließlich vom Verteidiger zu stellen. Ausgenommen sind anstandsinterne Dinge, wie Genehmigungen für den Umschluss, Fernsehgenehmigung, Teilnahme an bestimmten Veranstaltungen usw.

Problematisch wird es bei Sonderwünschen, die einen Zusammenhang zum Verfahren herstellen können. So z.B. die Herausgabe bestimmter Gegenstände wie Kleidungsstücke, Telefon, Laptop usw. Auch hier ist es besser, den Weg über den Verteidiger zu wählen.

Dazu ein weiteres Beispiel: Eine Studienrätin, Diabetikerin, steht unter Mordanklage wegen Tötung ihres Ehemannes. Vom Sachverständigen werden die Voraussetzungen des § 21 StGB verneint. Die Angeklagte weist den Verteidiger darauf hin, dass es bei Diabetikern bei unregelmäßiger Verabreichung von Humaninsulin zu Stimmungsschwankungen kommen kann, Diabetiker deshalb stressanfälliger sind als der gesunde Mensch. Der Verteidiger besorgt daraufhin die entsprechende Fachliteratur, die die Angeklagte ebenfalls haben möchte. Für die Aushändigung des Buches an die Angeklagte ist eine Genehmigung des Gerichtes erforderlich. Stellt die Angeklagte den Antrag selbst, könnte dieses dem Gericht suspekt vorkommen. Es kann der Verdacht entstehen, dass sich die Angeklagte Wissen aneignen will, um die Voraussetzungen des § 21 StGB zu schaffen. Hier ist der richtige Weg über einen Antrag des Verteidigers auf Einholung eines neuen Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit mit der Fachrichtung Diabetiologie⁷⁶. Im Anschluss daran wurde vom Verteidiger der Antrag auf Aushändigung des Buches an die Angeklagte gestellt. Der neue Gutachter kam über den Diabetes zum § 21 StGB, die Angeklagte erhielt eine zeitige Freiheitsstrafe wegen Mordes.

⁷⁶ Siehe Mustertext 2.

3.2.4 Keine Briefe mit Verfahrensinhalten

Schließlich ist der Mandant darauf hinzuweisen, was er bei dem Schriftverkehr mit seiner Familie, Freunden oder Bekannten zu beachten hat. Der Schriftverkehr hat keine Information über das Verfahren und die ihm zur Last gelegte Tat zu enthalten. Wenn doch, besteht die Gefahr der Beschlagnahme und das der Brief zu den Akten als Beweismittel genommen wird. So schreibt z.B. ein Mandant an seine Freunde, dass die beiden Mitbeschuldigten nichts mit der Sache zu tun haben. Der Verteidiger erfährt davon erst durch die Beschlagnahme des Briefes. So etwas kann die Verteidigungsstrategie erheblich stören. Um solche Fälle zu verhindern, bedarf es der klaren Anweisung gegenüber des Mandanten.