

# Die strafprozessuale Zusatzfrage

Kuhli / Papenfuß

2023

ISBN 978-3-406-79374-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

auch offenbleiben, ob der Fall anders zu behandeln wäre, wenn sich nachträglich neue Erkenntnisse ergeben.<sup>85</sup> Dementsprechend reichte die Anordnung durch die StA hier nicht aus. (*A.A. vertretbar*,<sup>86</sup> *so weit Sie sich mit der hier vertretenen Ansicht auseinandersetzen. → Soweit Sie die a.A. vertreten, müsste die Prüfung mit der Erörterung der materiellen Voraussetzungen weitergehen*).

### 3. Ergebnis

Die Durchsuchung war in Ermangelung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses rechtswidrig.

## e) Verhaftung (Untersuchungshaft) (§ 112 I S. 1 StPO)

### aa) Formelle Voraussetzungen

157 Wesentliche formelle Voraussetzungen sind:

dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden“ (Leitsatz 2). „Entscheidend ist dabei nicht der Zeitpunkt, zu dem die StA den Entschluss fasst, eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu beantragen, sondern der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung befasst wird. Dies ist der Fall, wenn die StA dem zuständigen Richter den Antrag tatsächlich unterbreitet hat, so dass dieser in eine erste Sachprüfung eintreten kann. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Richter die Aufgabe präventiven Grundrechtsschutzes gem. Art. 13 II GG erfüllen. Damit entfällt das Bedürfnis für eine Eilanordnung der Strafverfolgungsbehörden, da es nunmehr Sache des zuständigen Richters ist, über die Voraussetzungen und die Eilbedürftigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 13 I GG im Lichte des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Strafverfolgung zu entscheiden“ (ebd. 2791). – **Klausurtyp:** In der Klausur ist es nicht notwendig, dass Sie bestimmte Ansichten bestimmten Gerichten bzw. Autoren zuordnen.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu BVerfG NJW 2015, 2787 (Leitsatz 3): „Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht.“

<sup>86</sup> Vgl. in diesem Kontext auch *Hofmann*, NStZ 2003, 230, wo es heißt: „Lehnt ein ‚unwilliger‘ Richter die Befassung mit einem Durchsuchungsantrag ab, so ist die Staatsanwaltschaft zu einer Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug nach § 105 I StPO nicht nur befugt, sondern aufgrund des Legalitätsprinzips, des dieses sichernden § 258a StGB sowie des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 III GG verpflichtet.“

- Richterlicher **Haftbefehl** gem. § 114 StPO, der dem Beschuldigten bei der Verhaftung in Form einer Abschrift auszuhändigen ist (§ 114a StPO).
- **Belehrung** des Beschuldigten (§ 114b StPO).
- **Benachrichtigung** der Angehörigen (§ 114c StPO).

#### bb) Materielle Voraussetzungen

##### (1) Beschuldigtenstatus

Der zu Inhaftierende muss Beschuldigter (→ Rn. 58 ff.) sein (§ 112 I S. 1 StPO). **158**

##### (2) Dringender Tatverdacht

Gegen den zu Inhaftierenden muss ein dringender Tatverdacht bestehen (§ 112 I S. 1 StPO). Ein solcher liegt dann vor, wenn die große Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Straftat begangen hat.<sup>87</sup> **159**

##### (3) Haftgrund

Notwendig ist des Weiteren ein sog. Haftgrund (§ 112 I S. 1 StPO). **160**

**Allgemeine Haftgründe** sind:

- **Flucht** (§ 112 II Nr. 1 StPO).
- **Fluchtgefahr** (§ 112 II Nr. 2 StPO). **Verdunkelungsgefahr** (§ 112 II Nr. 3 StPO) meint, dass ein dringender Verdacht besteht, dass der Beschuldigte unzulässigerweise auf (sachliche oder persönliche) Beweismittel einwirken wird und somit die Wahrheitsfindung im Strafverfahren erschweren wird.<sup>88</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn nach den konkreten Umständen die große Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Beschuldigte Zeugen beeinflussen wird.

Darüber hinaus bestimmt § 112 III StPO beim **Verdacht besonders schwerer Delikte** (z.B. Mord gem. § 211 StGB), dass „die Untersuchungshaft auch angeordnet werden [darf], wenn ein Haftgrund nach Absatz 2 nicht besteht“. Eine wörtliche Anwendung dieser Regelung hätte allerdings zur Konsequenz, dass ein Beschuldigter vor der Verurteilung inhaftiert werden könnte, auch wenn keinerlei Flucht, Fluchtgefahr und Verdunkelungsgefahr bestünde. Eine solche Maßnahme würde die Untersuchungshaft sehr nahe an eine Sanktion rücken, was im Hinblick auf die Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) problematisch erscheint. Dagegen ist jedoch die möglicherweise zu erwartende

<sup>87</sup> Vgl. *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 263.

<sup>88</sup> *Meyer-Gofner/Schmitt/Schmitt*, § 112 StPO Rn. 26; *Engländer*, Examens-Repetitorium, Rn. 120.

hohe Strafe als Argument zu erwägen: So wäre etwa daran zu denken, dass in derartigen Fällen immer eine abstrakte Fluchtgefahr besteht. Allerdings bleibt eine solche Überlegung letztlich eine Unterstellung, sodass sich die Frage stellt, ob eine Untersuchungshaft ohne konkreten Haftgrund verhältnismäßig ist.<sup>89</sup> In **verfassungskonformer Auslegung**<sup>90</sup> von § 112 III StPO ist deshalb in den dort genannten Fällen erheblicher Tatvorwürfe zumindest ein abgeschwächter Haftgrund zu verlangen. Das BVerfG fordert dementsprechend zu Recht, dass „Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, daß ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte“.<sup>91</sup>

- 162 Beim **Verdacht der Begehung bestimmter Delikte** (z.B. sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen gem. § 174 StGB) lässt das Gesetz als **zulässigen Haftgrund eine Wiederholungsgefahr** ausreichen (§ 112a StPO). Beim **Verdacht weniger schwerwiegender Delikte** ist die Verdunklungsgefahr kein tauglicher Haftgrund (§ 113 I StPO). Auf die Fluchtgefahr darf die Untersuchungshaft in diesen Fällen nur dann gestützt werden, wenn besondere Voraussetzungen gegeben sind (§ 113 II StPO).

(4) *Verhältnismäßigkeit*

- 163 Gem. § 112 I S. 2 StPO darf die Untersuchungshaft „nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht“.

- 164 **Klausurtyp:** Bitte beachten Sie, dass diese Verhältnismäßigkeitsprüfung die Ausnahme in der strafprozessualen Klausur ist (→ Fn. 76).

f) **Vorläufige Festnahme (§ 127 II Alt. 1 StPO)**

- 165 **Zuständig** (= **formelle** Voraussetzung) für die vorläufige Festnahme gem. § 127 II Alt. 1 StPO sind die StA und die Beamten des Polizeidienstes. Wesentliche **materielle** Voraussetzungen sind die Gefahr im

<sup>89</sup> Vgl. hierzu auch Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, § 112 StPO Rn. 37; Engländer, Examens-Repetitorium, Fall 28 (Rn. 120).

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch Engländer, Examens-Repetitorium, Fall 28 (Rn. 120).

<sup>91</sup> BVerfG NJW 1966, 243 (244); die betreffende Entscheidung erging zu § 112 IV StPO a.F., der § 112 III StPO ähnlich ist.

Verzug (→ Rn. 140, 156) und das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen eines Haftbefehls gem. §§ 112 ff. StPO<sup>92</sup> (→ Rn. 158 ff.).

**Exkurs zum weiteren Verfahren:** Ist eine vorläufige Festnahme erfolgt, so richtet sich das weitere Verfahren grds. nach § 128 StPO. **166**

### g) Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161 I, 163 I StPO)

#### aa) Formelle Voraussetzungen

Die StA ist gem. § 161 I S. 1 Alt. 1 StPO grds. für „Ermittlungen jeder Art“ **zuständig**, alternativ kann sie die Ermittlungen aber auch entsprechend Alt. 2 durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen. Darüber hinaus sind auch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes gem. § 163 I S. 2 StPO grds. eigenständig für „Ermittlungen jeder Art“ zuständig. **167**

#### bb) Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht sind die Vorschriften, aus denen die strafprozessuale Ermittlungsgeneralklausel hergeleitet wird (§§ 161 I, 163 I StPO), vergleichsweise unkonkret. Nach dem Wortlaut ermächtigen die Regelungen zu „Ermittlungen jeder Art“ (§ 161 I S. 1 StPO) bzw. zur Erforschung von Straftaten (§ 163 I S. 1 Alt. 1 StPO). Aus der **Wesentlichkeitslehre** und aus der Systematik der StPO ergibt sich allerdings, dass eine Maßnahme, die auf §§ 161 I, 163 I StPO gestützt wird, nach ihrer Eingriffsintensität nicht den oben genannten speziell geregelten Ermittlungsmaßnahmen entsprechen darf. Mit anderen Worten kann man sagen, dass die Voraussetzungen spezieller Vorschriften nicht durch einen Rückgriff auf die strafprozessuale Ermittlungsgeneralklausel umgangen werden dürfen. Auch dürfte es unzulässig sein, eine nur knapp unterhalb der Schwelle einer speziellen Ermittlungsmaßnahme liegende Handlung auf die Ermittlungsgeneralklausel zu stützen. So darf etwa eine nur knapp unter der Dauer i.S.d. § 163f StPO<sup>93</sup> liegende Observation (z.B. 24 Stunden) nicht unter die §§ 161 I, 163 I StPO subsumiert werden. Welche Maßnahmen allerdings im Einzelnen auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden dürfen, wird durchaus unterschiedlich gesehen.<sup>94</sup> **168**

<sup>92</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, § 127 StPO Rn. 18, wo auf die Voraussetzungen der §§ 112, 112a StPO abgestellt wird.

<sup>93</sup> Eine solche sog. längerfristige Observation i.S.d. § 163f I S. 1 StPO liegt vor, wenn die planmäßige Beobachtung des Beschuldigten entweder durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder an mehr als zwei Tagen stattfinden soll.

<sup>94</sup> Vgl. hierzu Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 146 f. m.w.N.

- 169 Klausurtyp:** Zu dieser Frage werden in der Klausur regelmäßig keine vertieften Ausführungen erwartet. Doch sollte die Grundproblematik (d.h. Wesentlichkeitslehre und gesetzliche Ermächtigung) bekannt sein.
- 170** Gut vertretbar ist es jedenfalls, die **Verfolgung eines fliehenden Tatverdächtigen** auf die Ermittlungsgeneralklausel zu stützen.<sup>95</sup> Auch ein Gespräch mit einem sog. **Informanten** kann unter Umständen hierunter subsumiert werden.<sup>96</sup>
- 171 Exkurs zu Verdeckten Ermittlern etc.:** Zu unterscheiden sind Informanten, V-Personen und Verdeckte Ermittler:
- Verdeckte Ermittler** sind nach der gesetzlichen Legaldefinition des § 110a II S. 1 StPO „Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln“. Die Voraussetzungen für den Einsatz Verdeckter Ermittler sowie ihre Befugnisse sind in §§ 110a, 110b, 110c StPO geregelt. Die Ermittlungsgeneralklausel reicht als Ermächtigungsgrundlage nicht aus.
- Ein **Informant** ist eine Person, die (ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören) im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.<sup>97</sup> Die Kooperation mit Informanten wird auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt.
- Eine **V-Person** ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grds. geheim gehalten wird.<sup>98</sup> Es ist **umstritten**, ob die Ermitt-

<sup>95</sup> *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 147.

<sup>96</sup> Vgl. *Engländer*, Examens-Repetitorium, Rn. 165.

<sup>97</sup> Begriffsbestimmung nach Nr. 2.1 der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (abgedruckt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Anhang 3 Anlage D).

<sup>98</sup> Begriffsbestimmung nach Nr. 2.2 der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (abgedruckt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Anhang 3 Anlage D).

lungsgeneralklausel als Ermächtigungsgrundlage ausreicht oder ob eine spezielle Ermächtigung erforderlich ist.<sup>99</sup>

**Klausurtyp:** Zur effektiven Vorbereitung auf die Klausur kann man die genannten Personengruppen auch anhand der Kriterien „Zeitliche Dauer“ und „Polizeizugehörigkeit“ **klassifizieren:** **Verdeckte Ermittler** agieren **auf längere Zeit** und sind **Polizisten**. **V-Personen (V-Männer)** agieren **auf längere Zeit** und sind **keine Polizisten**. **Informanten** agieren **im Einzelfall** und sind **Privatpersonen**.<sup>100</sup> **172**

#### IV. Muss der Beschuldigte bzw. der Zeuge belehrt werden?

Im Strafprozess gibt es verschiedene Konstellationen, in denen eine Person über ein ihr zustehendes Recht belehrt werden muss. Der Gesetzgeber geht in diesen Fällen davon aus, dass die betreffende Person das jeweilige Recht nicht zwingend kennt und deshalb im Fall der Unkenntnis an der Ausübung dieses Rechts gehindert ist. **173**

**Beispiel:** Ein Zeuge, der mit dem Beschuldigten verlobt ist, darf im Strafverfahren die Aussage verweigern (§ 52 I Nr. 1 StPO). Über die Existenz dieses Zeugnisverweigerungsrechts ist der betreffende Zeuge vor jeder Vernehmung zu belehren (§ 52 III S. 1 StPO).

**Klausurtyp:** Soweit in der Klausur gefragt wird, ob eine Person belehrt werden muss, kommt es zunächst darauf an, dass Sie die in Betracht kommende Belehrungsvorschrift (z.B. § 52 III S. 1 StPO) finden. Sodann ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift einschlägig sind. Dies kann allgemein davon abhängen, welchen Status die betreffende Person hat (z.B. bei § 52 III S. 1 StPO: Zeuge mit Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I StPO, also etwa der Verlobte gem. § 52 I Nr. 1 StPO) und welche Situation vorliegt (z.B. bei § 52 III S. 1 StPO: vor einer Vernehmung). Die Klausurfrage wird dann in der Regel darauf abzielen, dass eine dieser Voraussetzungen problematisch ist. **174**

<sup>99</sup> Vgl. hierzu *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 651 m.w.N.

<sup>100</sup> *Werner*, Art. „Informant“, in: *Weber, Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 6. Ed. (Stand: 1. Juni 2022), 2022.

- 175 Ergibt die Prüfung das Vorliegen einer Belehrungspflicht, so kann sich daran die Frage anschließen, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen diese Pflicht (also die Nichtbelehrung trotz Belehrungspflicht) hat. Dies betrifft etwa die Frage der **Verwertung** eines Vernehmungsergebnisses, das unter Verstoß gegen eine Belehrungspflicht zustande gekommen ist (→ Rn. 234 ff.).

### 1. Beschuldigter

#### a) Belehrung über Schweigerecht

- 176 Eines der zentralen Rechte des Beschuldigten ist sein Schweigerecht (→ Rn. 70 f.). Über dieses Recht muss er jedoch nicht bereits bei Beginn des Strafverfahrens bzw. bei Beginn seiner Beschuldigteneigenschaft<sup>101</sup> belehrt werden, sondern erst dann, wenn er als Beschuldigter vernommen werden soll. Die Frage, welche Belehrungsvorschrift in diesen Fällen einschlägig ist, richtet sich regelmäßig nach dem Verfahrensstadium und nach der Vernehmungsperson. Die klausurrelevanten **Konstellationen** sind:
- Belehrungspflicht bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren: **§ 136 I S. 2 StPO.**
  - Belehrungspflicht bei der staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren: **§ 163a III S. 2 i.V.m. § 136 I S. 2 StPO.**
  - Belehrungspflicht bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren: **§ 163a IV S. 2 i.V.m. § 136 I S. 2 StPO.**
  - Belehrungspflicht bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung in der Hauptverhandlung: **§ 243 V S. 1 StPO.**

- 177 **Klausurtyp:** Wird in der Klausur gefragt, ob (bzw. wann) der Beschuldigte über sein Schweigerecht belehrt werden muss, müssen Sie prüfen, ob die Voraussetzungen der in Betracht kommenden gesetzlichen Anordnung der Belehrung (z.B. § 163a IV S. 2 i.V.m. § 136 I S. 2 StPO) gegeben sind. Sodann haben Sie folgende drei Voraussetzungen zu prüfen:

**1. Beschuldigtenstatus** (→ Rn. 58 ff.).

**2. Vernehmung** (→ Rn. 134 ff.).

<sup>101</sup>Erinnert sei hier noch einmal daran, dass ein Strafverfahren auch gegen unbekannt geführt werden kann (→ Rn. 58), sodass die Beschuldigteneigenschaft unter Umständen erst nach Beginn des Ermittlungsverfahrens entsteht.



**3. Taugliche Vernehmungsperson (Richter, StA oder Polizei) und passender Verfahrensabschnitt (Ermittlungsverfahren oder Hauptverfahren).<sup>102</sup>**

Keine besonderen Probleme wird in der Klausur regelmäßig der dritte Prüfungspunkt bereiten, da für alle der genannten Vernehmungspersonen und Verfahrensabschnitte gesetzliche Belehrungspflichten existieren, die in der Rechtsfolge auch nicht wesentlich divergieren. Problematische Fälle können sich aber hinsichtlich der ersten beiden Prüfungspunkte ergeben. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn die Polizei einen Verdächtigen als Zeugen vernimmt (→ Fall 6) oder wenn fraglich ist, ob überhaupt eine Vernehmung gegeben ist (→ Fälle 5 und 7).

Unstrittig dürfte die Beschuldigtenvernehmung aus folgenden Elementen bestehen:

- Befragung (→ Fall 7).
- Beschuldigteneigenschaft ab Beginn der Befragung (→ Fall 5).

**Umstritten** ist jedoch, ob eine Beschuldigtenvernehmung nur dann vorliegt, wenn der Befragende dem Beschuldigten in erkennbar amtlicher Eigenschaft gegenübertritt.<sup>103</sup> Relevant wird dieser Streit etwa beim Einsatz von Verdeckten Ermittlern (→ Fall 4).

**Klausurtyp:** Auch hinsichtlich des zuletzt genannten Meinungsstreits gilt die allgemeine Regel, dass Meinungsstreitigkeiten in der Klausur immer nur dann diskutiert werden sollten, wenn sie für die Lösung des Falles relevant sind bzw. wenn es auf die Entscheidung ankommt. Soweit also die befragende Person (= Vernehmungsperson) dem Beschuldigten in erkennbar amtlicher Eigenschaft gegenübertritt (bspw. als uniformierter Streifenpolizist, als sich ausweisende Kriminalpolizistin oder als ihre Rolle offenlegende Ermittlungsrichterin), brauchen Sie in der Klausur für die Frage des Vorliegens einer Beschuldigtenvernehmung nur zu prüfen, ob eine Befragungssituation und eine Beschuldigteneigenschaft vorliegt.

**Formulierungsvorschlag:** „Das Vorliegen einer Beschuldigtenvernehmung erfordert jedenfalls eine Befragungssituation und die Beschuldigteneigenschaft ab Beginn der Befragung. Die umstrittene Frage, ob eine Beschuldigtenvernehmung zusätzlich noch das Vor-

<sup>102</sup> Im Bsp. eben (§ 163a IV S. 2 i.V.m. § 136 I S. 2 StPO): Polizei und Ermittlungsverfahren.

<sup>103</sup> Vgl. hierzu die Darstellung bei *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 177 m.w.N.