

Hamm

# Die Revision in Strafsachen

begründet von

Kurt Gage

fortgeführt von

Werner Sarstedt

7., neubearbeitete und erweiterte Auflage

von

Rainer Hamm

De Gruyter

<b>Teil 5: Revisionsbegründung</b> . . . . .	73
A. Formelle Anforderungen . . . . .	75
I. Frist . . . . .	75
II. Form . . . . .	85
III. Empfänger . . . . .	90
B. Sachlicher Inhalt der Revisionsrechtfertigung . . . . .	91
<b>Teil 6: Verfahrensrügen</b> . . . . .	97
A. Allgemeines zum notwendigen Rügevorbringen (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) . . . . .	97
B. Von der Rechtsprechung aufgestellte Rügebarrieren . . . . .	107
I. Sollvorschriften . . . . .	108
II. Reine Ordnungsvorschriften . . . . .	109
III. Rechtskreistheorie . . . . .	111
IV. „Rekonstruktionsverbot“ . . . . .	112
V. „Leistungstheorie“ . . . . .	118
C. Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls für die Revision . . . . .	123
I. Allgemeines zur Funktion und zur Aussagekraft der Sitzungsniederschrift (§§ 271–274 StPO) . . . . .	123
II. Verfahrensrügen „wider besseres Wissen“? . . . . .	125
III. „Rügeverkümmern“ . . . . .	127
IV. Widersprüche zwischen Protokoll und Urteil . . . . .	130
V. In dubio pro reo bei Verfahrensfehlern? . . . . .	131
D. Verfahrensfehler . . . . .	132
I. Absolute Revisionsgründe . . . . .	132
1. Das „Wesen“ der absoluten Revisionsgründe . . . . .	133
2. § 338 Nr. 1 StPO (Besetzungsrügen) . . . . .	135
a) Der Verfassungsanspruch auf den gesetzlichen Richter . . . . .	136
b) Rügepräklusion . . . . .	139
c) Geschäftsverteilungsplan . . . . .	142
d) Verhinderung eines Richters . . . . .	146
e) Unrichtige Schöffensbesetzung . . . . .	150
f) Mängel in der Person der Berufsrichter oder Schöffen . . . . .	154
g) Notwendiges Revisionsvorbringen . . . . .	155
3. § 338 Nr. 2 StPO (Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters) . . . . .	156
4. § 338 Nr. 3 StPO (Mitwirkung eines abgelehnten Richters) . . . . .	158
5. § 338 Nr. 4 StPO (Unzuständigkeit) . . . . .	166
6. § 338 Nr. 5 StPO (Abwesenheit) . . . . .	170
7. § 338 Nr. 6 StPO (Öffentlichkeit) . . . . .	190
8. § 338 Nr. 7 StPO (Fehlen der Entscheidungsgründe; verspätete Urteilsabsetzung) . . . . .	201
9. § 338 Nr. 8 StPO (Beschränkung der Verteidigung) . . . . .	209
II. Relative Revisionsgründe . . . . .	219
1. Die Beruhensprüfung . . . . .	220
2. Typische Verfahrensrügen nach § 337 StPO . . . . .	231
a) Die Aufklärungsrüge . . . . .	231

aa) Die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) . . . . .	232
bb) Die Reichweite der Amtsaufklärungspflicht . . . . .	234
cc) Aufklärungspflicht und Beweisantragsrecht . . . . .	237
dd) Die geschichtliche Entwicklung der Aufklärungsrüge . . .	240
ee) Das Anwendungsgebiet der Aufklärungsrüge . . . . .	243
ff) Begründungsanforderungen . . . . .	246
(1) Welche Tatsachen hätte das Gericht aufklären sollen? .	247
(2) Mit welchen Mitteln, auf welchem Weg hätte das Ge- richt aufklären sollen? . . . . .	248
(3) Welche Umstände, die dem Gericht in der Hauptver- handlung erkennbar waren, hätten zu weiterer Auf- klärung drängen müssen? . . . . .	248
b) Die Verletzung des Beweisantragsrechts . . . . .	256
aa) Allgemeines zum Beweisantragsrecht . . . . .	257
bb) Bedingte und Hilfsbeweisanträge . . . . .	269
cc) Der Beschluss nach § 244 Abs. 6 StPO . . . . .	274
dd) Notwendiges Revisionsvorbringen . . . . .	276
ee) Gesetzlich nicht vorgesehene Zurückweisungsgründe . . .	280
ff) Fehlerhafte Anwendung der Zurückweisungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO . . . . .	281
(1) Beweiserhebung unzulässig . . . . .	281
(2) Offenkundigkeit . . . . .	283
(3) Prozessverschleppung . . . . .	286
(4) Beweismittel ungeeignet . . . . .	290
(5) Beweismittel unerreichbar . . . . .	293
(6) Besonderheiten bei „Auslandszeugen“ (§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO) . . . . .	295
(7) Besonderheiten bei V-Leuten als Zeugen . . . . .	301
(8) Beweisbehauptung ohne Bedeutung . . . . .	302
(9) Beweisbehauptung schon erwiesen . . . . .	306
(10) Wahrunterstellung . . . . .	307
gg) Fehlerhafte Anwendung der Zurückweisungsgründe des § 244 Abs. 4 StPO (Beweisanträge auf Sachverständigen- gutachten) . . . . .	315
hh) Augenscheinseinnahme (§ 244 Abs. 5 Satz 1 StPO) . . . . .	321
ii) Präsentе Beweismittel (§ 245 StPO) . . . . .	322
c) Fehlerhaftes Gebrauchmachen von Beweismitteln . . . . .	327
aa) Zeugenbeweis . . . . .	328
(1) Allgemeines . . . . .	328
(2) Aussageverweigerungsrechte und Belehrungsfehler . .	332
(3) Vereidigungsfehler . . . . .	339
(4) Nichtausschöpfung des Beweismittels . . . . .	340
bb) Sachverständigenbeweis . . . . .	341
(1) Allgemeines . . . . .	341
(2) Hinzuziehung und Ablehnung . . . . .	342
(3) Leitung und Vereidigung . . . . .	344

cc) Urkundenbeweis . . . . .	345
(1) Allgemeines . . . . .	345
(2) Wechselbeziehung zwischen Zeugenbeweis, Urkundenbeweis und Videodokumentation . . . . .	347
(3) Verlesen der Urkunde . . . . .	349
(4) Der Vorhalt . . . . .	350
(5) Grenzen des Urkundenbeweises . . . . .	352
d) Verletzung des § 261 StPO . . . . .	359
aa) Allgemeines zur „Freiheit“ und zum Umfang der Darlegungslast bei der Beweiswürdigung . . . . .	360
(1) Jeder Beweis ist ein Indizienbeweis . . . . .	363
(2) Indizien müssen feststehen . . . . .	365
(3) Das Beweismaß . . . . .	369
bb) Einzelne Typen von Verstößen gegen § 261 StPO . . . . .	370
(1) Verstoß gegen die Beweiswürdigungspflicht . . . . .	373
(2) Gleichsetzung des Begriffs der Überzeugung mit rein subjektiver Gewissheit . . . . .	374
(3) Fehlende Gesamtwürdigung . . . . .	375
(4) Nichterörterung naheliegender Sachverhaltsvarianten . . . . .	376
(5) Unterlassene Verwertung erhobener Beweise . . . . .	377
(6) Mitberücksichtigung von außerhalb der Hauptverhandlung gewonnenen Erkenntnissen . . . . .	380
(7) Fehlerhafte Gewichtung eines Beweisanzeichens . . . . .	381
(8) Fehlerhafte „Polung“ eines Beweisanzeichens . . . . .	382
(9) Beweislagen mit erhöhten Anforderungen an die Beweiswürdigung . . . . .	384
(10) Beweiswürdigung in Fällen von Urteilsabsprachen . . . . .	387
(11) Verstoß gegen „in dubio pro reo“ . . . . .	388
(12) Denkgesetze . . . . .	389
(13) Erfahrungssätze . . . . .	397
cc) Rügevorbringen . . . . .	405
e) Beweisverbote . . . . .	405
aa) Beweisverwertungsverbote . . . . .	408
(1) Folge unzulässiger Vernehmungsmethoden . . . . .	410
(2) Verwertungsverbote aus den Grundrechten . . . . .	416
(3) Weitere Verwertungsverbote . . . . .	421
(4) Asymmetrische Verwertungsverbote? . . . . .	425
bb) Ersatz für Widerspruchslösung? . . . . .	429
cc) Beginn der Beschuldigteneigenschaft . . . . .	434
dd) Notwendiger Inhalt der Belehrung . . . . .	436
ee) Folgen der Widerspruchslösung für die Revisibilität . . . . .	438
ff) Drittwirkung . . . . .	441
f) Mitwirkungsrechte . . . . .	442
aa) Einlassung des Angeklagten und opening statement durch die Verteidigung . . . . .	442
bb) Fragerechte . . . . .	445

cc) Erklärungsrechte . . . . .	450
dd) Plädoyer . . . . .	453
ee) Letztes Wort des Angeklagten . . . . .	458
g) Informationsrechte . . . . .	460
aa) Akteneinsichtsrecht . . . . .	461
bb) Akkusationsprinzip (Verlesung und Umgestaltung der Anklage, Nachtragsanklage) . . . . .	464
cc) Hinweispflicht bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 StPO) . . . . .	475
dd) Rechtzeitige Bekanntgabe von beabsichtigten Verfahrensschritten . . . . .	484
h) Antrags- und Widerspruchsrechte . . . . .	488
aa) Streit über Zulässigkeit von Sachleitungsmaßnahmen . . . . .	488
bb) Unterbrechungsanträge, Aussetzungsanträge . . . . .	493
cc) Antrag auf Bestellung eines Verteidigers . . . . .	497
i) Mängel bei Beratung und Urteilsverkündung . . . . .	500
j) Verletzung zwingender Unterbrechungsfristen für die Hauptverhandlung . . . . .	505
III. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse . . . . .	506
1. Allgemeines . . . . .	507
2. Überlange Verfahrensdauer . . . . .	508
3. Tatprovokation durch polizeilichen Lockspitzel . . . . .	510
4. Weitere Verfahrenshindernisse . . . . .	511
5. Bindung an die tatrichterlichen Feststellungen des Tatgerichts bei der revisionsgerichtlichen Überprüfung von Verfahrenshindernissen? . . . . .	512
6. „In dubio pro reo“ für die tatsächlichen Voraussetzungen von Verfahrenshindernissen? . . . . .	513
<b>Teil 7. Sachrüge . . . . .</b>	<b>519</b>
A. Allgemeines zur Sachbeschwerde . . . . .	519
B. Von der (Un-)Möglichkeit der Trennung von Tat- und Rechtsfragen . . . . .	524
I. Die Schlüsselfrage für die Revision . . . . .	524
II. Normativer und sprachlicher Ausgangspunkt . . . . .	524
III. Zweistufigkeit der Beweiswürdigung . . . . .	528
1. Rechtlicher Anteil der Tatfrage . . . . .	528
2. Feststellung normativer Tatbestandsmerkmale . . . . .	530
a) Fallbeispiel 1 (alt: Katze im Bier) . . . . .	530
b) Fallbeispiel 2 (neu: WM-Tickets als Bestechung) . . . . .	532
3. Weitere Voraussetzung für einen Lösungsansatz . . . . .	535
IV. Subsumtion unter abstrakt definierbare Tatbestandsmerkmale . . . . .	536
V. Besonderheit bei der Subsumtion unter „beweiswürdigungsreflexive“ Rechtsbegriffe . . . . .	537
1. Kausalität . . . . .	537
2. Vorsatz . . . . .	540

## Inhalt

VI. Strafzumessung . . . . .	540
1. Fehler bei der Tatsachengrundlage . . . . .	543
2. Fehler bei der Bestimmung des Strafrahmens . . . . .	544
3. Fehler bei der Strafzumessung i. e. S. . . . .	545
4. Fehler bei der Gesamtstrafenbildung . . . . .	556
5. Fehler bei der Strafaussetzung zur Bewährung . . . . .	558
<b>Teil 8: Ablauf des Revisionsverfahrens und Entscheidungen . . . . .</b>	<b>561</b>
A. Entscheidung über die Revision . . . . .	561
I. Verwerfung als unzulässig durch das Tatgericht . . . . .	561
II. Der Weg der Akten zum Revisionsgericht . . . . .	563
III. Entscheidung durch das Revisionsgericht . . . . .	564
1. Beschlussverwerfung durch das Revisionsgericht bei Unzulässig- keit (§ 349 Abs. 1 StPO) . . . . .	564
2. Beschlussverwerfung bei offensichtlicher Unbegründetheit (§ 349 Abs. 2 StPO) . . . . .	565
3. Beschlussaufhebung bei einstimmig erkannter Begründetheit (§ 349 Abs. 4 StPO) . . . . .	573
IV. Anhörungsrüge nach § 356a StPO . . . . .	574
B. Entscheidung durch Urteil . . . . .	577
I. Anlässe für eine Revisionshauptverhandlung . . . . .	577
II. Vorbereitung und Ablauf der Hauptverhandlung vor dem Revisions- gericht . . . . .	577
C. Wirkung und Reichweite der Revisionsentscheidung . . . . .	583
I. Kombination von Beschluss- und Urteilsverfahren in derselben Sa- che . . . . .	588
II. Sonderfall: Erstreckung der Revisionsentscheidung auf den Nichtre- videnden (§ 357 StPO) . . . . .	589
D. Verfahren nach Aufhebung und Zurückverweisung . . . . .	594
I. Bedeutung für die neue Tatsacheninstanz . . . . .	595
II. Bindung an die Revisionsentscheidung . . . . .	595
E. Erneute Revision . . . . .	597
Stichwortverzeichnis . . . . .	599