



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## Urteil

4 StR 485/01

vom

22. März 2002

in der Strafsache

gegen

wegen Totschlags u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 22. März 2002, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Kuckein,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Solin-Stojnović

Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Ernemann,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Sost-Scheible  
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt ,  
Rechtsanwältin  
als Verteidiger,

Rechtsanwältin  
als Vertreterin der Nebenklägerin,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Nebenklägerin wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 3. Juli 2001 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Totschlags aus rechtlichen Gründen, vom Vorwurf der tateinheitlichen Beteiligung an einer Schlägerei aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Die von der Nebenklägerin eingelegte Revision ist zulässig; sie hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

I.

Entgegen der Behauptung der Verteidigung besteht nicht das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs.

1. Nachdem dem Angeklagten in Anklage und Eröffnungsbeschuß Totschlag in Tateinheit mit Beteiligung an einer Schlägerei zur Last gelegt worden war, haben Landgericht und Staatsanwaltschaft aufgrund der in der Hauptverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme die Auffassung vertreten, die vom Angeklagten begangene Tötung des Opfers sei durch Notwehr gerechtfertigt. Mit Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft hat daraufhin das

Landgericht das Verfahren mit Blick auf das noch verbleibende Delikt der Beteiligung an einer Schlägerei nach § 153 Abs. 2 StPO eingestellt. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde der Nebenklägerin hat das Oberlandesgericht den Einstellungsbeschuß aufgehoben. Daraufhin ist das Verfahren vom Landgericht in einer erneuten Hauptverhandlung fortgesetzt worden.

2. Mit Recht zieht der Angeklagte die Rechtmäßigkeit der oberlandesgerichtlichen Entscheidung in Zweifel.

a) Im Ansatz zutreffend geht das Oberlandesgericht davon aus, daß der gerichtliche Beschluß, mit dem ein Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt wird, trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO nicht jeglicher Anfechtung entzogen ist. Nach herrschender Meinung ist die Vorschrift vielmehr einschränkend dahin auszulegen, daß sich die Unanfechtbarkeit allein auf die Ermessensentscheidung bezieht, die Beschwerde jedoch dann gegeben ist, wenn eine prozessuale Voraussetzung für die Einstellung fehlte, etwa dann, wenn das Verfahren ein Verbrechen zum Gegenstand hat oder wenn eine erforderliche Zustimmung nicht erteilt worden ist (vgl. OLG Celle NJW 1966, 1329; Rieß in Löwe/Rosenberg StPO 24. Aufl. § 153 Rdn. 79 m.w.N.).

Nach ebenfalls herrschender Meinung gilt dies jedoch nur für den Angeklagten und die Staatsanwaltschaft, während dem Nebenkläger nach der Sondervorschrift des § 400 Abs. 2 Satz 2 StPO in keinem Falle ein Anfechtungsrecht zusteht (vgl. hierzu BVerfG NJW 1995, 317, 318; OLG Hamm NStE Nr. 1 zu § 153a StPO; Hilger in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 400 Rdn. 25; Senge in KK 4. Aufl. § 400 Rdn. 2; Rössner in AK-StPO § 400 Rdn. 14; Krehl in HK-StPO 3. Aufl. § 153 Rdn. 25; a.M. Schoreit in KK 4. Aufl. § 153 Rdn. 58). Diese Auffassung führt allerdings zu Wertungswidersprüchen, denn dem Ne-

benkläger ist nur dann die Möglichkeit einer weiteren richterlichen Überprüfung der tatrichterlichen Entscheidung genommen, wenn das zur Nebenklage berechtigende Verbrechen mit einem Vergehen dieselbe prozessuale Tat bildet, so daß im Falle der Nichterweislichkeit des Verbrechens eine Einstellung nach § 153 Abs. 2 StPO vorgenommen werden kann. Erschöpft sich dagegen der Gegenstand des Verfahrens in einem solchen Verbrechen, stünde dem Nebenkläger gegen ein freisprechendes Urteil ein Rechtsmittel zu. Ob dieser Wertungswiderspruch trotz des Gesetzeswortlautes zu einer einschränkenden Auslegung von § 400 Abs. 2 Satz 2 StPO führen kann, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

b) Selbst wenn der Nebenklägerin hier ein Anfechtungsrecht zuzubilligen wäre, hätte das Oberlandesgericht den Einstellungsbeschluß nicht aufheben dürfen. Zu Unrecht meint das Oberlandesgericht, das Verfahren habe ungeachtet des dem Angeklagten zugute gehaltenen Rechtfertigungsgrundes der Notwehr nach wie vor ein Verbrechen zum Gegenstand, so daß die formellen Voraussetzungen des § 153 Abs. 1, 2 StPO daher nicht vorlagen. Entscheidend ist, daß die dem Angeklagten angelastete Tat zum Zeitpunkt des Einstellungsbeschlusses nach der übereinstimmenden Auffassung von Landgericht und Staatsanwaltschaft nur noch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Beteiligung an einer Schlägerei, mithin einem Vergehen, verfolgbar war. Dagegen ist unbeachtlich, ob der Verbrechensvorwurf schon im Ermittlungsverfahren, im Eröffnungsbeschluß oder im Verlauf der Hauptverhandlung entfallen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der für die Beendigung des Verfahrens durch Urteil in § 264 Abs. 2 StPO zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke, daß das Gericht an die Beurteilung der Tat im Eröffnungsbeschluß nicht gebunden ist, für die Beendigung des Verfahrens durch Einstellung nach § 153 Abs. 2 StPO nicht in gleicher Weise gelten sollte (vgl. OLG Hamm NStE Nr. 1 zu § 153a

StPO; Rieß in Löwe/Rosenberg aaO Rdn. 8; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. § 153 Rdn. 1; Plöd in KMR § 153 Rdn. 6; Schöch in AK-StPO § 153 Rdn. 8; Krehl in HK-StPO aaO Rdn. 5; im Ergebnis ebenso Schlegl, NJW 1969, 89). Ebensowenig kann es unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Einstellungsmöglichkeit eine Rolle spielen, ob der ursprünglich auf ein Verbrechen gerichtete Tatverdacht aus tatsächlichen oder - wie hier - aus rechtlichen Gründen entfallen ist.

c) Die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung des Oberlandesgerichts führt jedoch nicht dazu, daß durch den Einstellungsbeschluß des Landgerichts Strafklageverbrauch eingetreten wäre.

Nach § 336 Satz 2 StPO sind dem Urteil vorausgehende Entscheidungen, die das Gesetz ausdrücklich für unanfechtbar erklärt, der Beurteilung des Revisionsgerichts entzogen. Damit sind Beschlüsse der Oberlandesgerichte, auf die diese Voraussetzung - von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - nach § 304 Abs. 4 Satz 2 1. Halbs. StPO zutrifft, von § 336 Satz 2 StPO erfaßt (vgl. Mutzbauer in KMR § 336 Rdn. 39; Temming in HK-StPO § 336 Rdn. 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 336 Rdn. 6; krit. Hanack in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 336 Rdn. 12). Ist jedoch von einer § 336 Satz 2 StPO unterfallenden fehlerhaften Entscheidung eine Verfahrensvoraussetzung betroffen, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen festzustellen ist, hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Mängel so gravierend sind, daß sie zur Nichtigkeit der Entscheidung führen (vgl. Hanack in Löwe/Rosenberg aaO Rdn. 13 f.; Kuckein in KK aaO § 336 Rdn. 6 f.; Mutzbauer in KMR aaO Rdn. 14). Ein solcher Ausnahmefall, der nur dann in Betracht kommt, wenn es unter Berücksichtigung der Belange der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens vom Standpunkt der Gerechtigkeit unerträglich wäre, die

Entscheidung als verbindlichen Richterspruch hinzunehmen (vgl. dazu Klein-knecht/Meyer-Goßner aaO Einleitung Rdn. 105 m.w.N.), scheidet hier jedoch aus. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Anfechtungsmöglichkeiten eines gerichtlichen Einstellungsbeschlusses nach § 153 Abs. 2 StPO ebenso wie die Reichweite der von einem solchen Beschluß ausgehenden Rechtskraftwirkung bis heute umstritten sind (zum Streitstand vgl. Rieß in Löwe/Rosenberg aaO Rdn. 85 ff.). Die konstitutive Wirkung der Entscheidung des Oberlandesgerichts, mit der der Einstellungsbeschluß des Landgerichts aufgehoben worden ist, hat damit Bestand. Ebenso wie in dem vergleichbaren Fall, in dem dem Nebenkläger aufgrund einer zu Unrecht erfolgten, nach § 46 Abs. 2 StPO aber unanfechtbaren Entscheidung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist eingeräumt wird (vgl. dazu Wendisch in Löwe/Rosenberg 25. Aufl. § 46 Rdn. 16), steht daher das Verfahrenshindernis der res iudicata der Fortsetzung des Verfahrens nicht entgegen (im Ergebnis ebenso OLG Hamm JMBINW 1956, 59; Hans. OLG Bremen JZ 1958, 546, 547 m. zust. Anm. Spindel; vgl. auch Senatsbeschluß vom 22. September 1998 - 4 StR 376/98 - insoweit in StV 2000, 20 f. nicht abgedruckt). Zwar hätte das Landgericht das Verfahren ohne Bindung an die Entscheidung des Oberlandesgerichts erneut einstellen können (vgl. OLG Hamm JMBINW 1956, 59, 60; Naucke in FS zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, S. 459, 462). Dies ist jedoch nicht geschehen.

## II.

Die Revision hat mit einer auf die Verletzung von § 261 StPO i.V.m. § 250 StPO gestützten Verfahrensrüge Erfolg, der folgendes prozessuale Geschehen zugrundeliegt:

1. Nachdem das Oberlandesgericht - wie dargestellt - den gemäß § 153 Abs. 2 StPO ergangenen Einstellungsbeschuß aufgehoben hatte, wurde das Verfahren mit demselben Vorsitzenden und derselben Berichterstatterin, die bereits an der ersten Hauptverhandlung teilgenommen hatten, fortgesetzt. Um die Glaubwürdigkeit des Angeklagten sowie der Entlastungszeugen C. , B. und D. zu erschüttern, beantragte die Nebenklägerin nunmehr, neben weiteren Prozeßbeteiligten, die in der ersten Hauptverhandlung anwesend waren, auch den Vorsitzenden und die Berichterstatterin als Zeugen zum Beweis dafür zu hören, daß sich der Angeklagte und die Entlastungszeugen seinerzeit zum Kern- und Nachtatgeschehen abweichend von ihren Angaben in der jetzigen Hauptverhandlung geäußert hätten. An den Widersprüchen werde insbesondere deutlich, daß die Entlastungszeugen ihre Aussagen der jeweiligen Einlassung des Angeklagten anpaßten.

Der Vorsitzende und die Berichterstatterin gaben daraufhin dienstliche Erklärungen ab, an die behaupteten früheren Äußerungen des Angeklagten und der Zeugen keine Erinnerung mehr zu haben. Während der Vorsitzende gleichzeitig darauf verwies, keine schriftlichen Notizen gefertigt zu haben, teilte die Berichterstatterin jedoch mit, über schriftliche Aufzeichnungen zu verfügen. Unter Rückgriff auf diese Notizen nahm sie in ihren dienstlichen Erklärungen zu den in ihr Wissen gestellten Beweisbehauptungen jeweils detailliert in der Weise Stellung, daß sie diese nicht bestätigte. Die dienstlichen Erklärungen wurden durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt. Die auf die zeugenschaftliche Vernehmung des Vorsitzenden und der Berichterstatterin gerichteten Beweisanträge lehnte das Landgericht ab. Zur Begründung hierfür führte es aus, dienstliche Wahrnehmungen der erkennenden Richter, die das anhängige Verfahren betreffen, könnten in zulässiger Weise durch eine dienstliche Äußerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dies sei gesche-



hen. Die entsprechenden Anträge auf Vernehmung der Richter seien daher auf eine unzulässige Beweiserhebung gerichtet.

Andere in den Beweisanträgen benannte Prozeßbeteiligte der ersten Hauptverhandlung, darunter Staatsanwalt, Verteidiger, Dolmetscherin, Protokollführerin und Nebenklägerin, wurden dagegen zu den Beweisthemen gehört und äußerten sich hierzu zum Teil gegensätzlich. Seiner Beweiswürdigung, mit der es die Beweisbehauptung widersprüchlichen Aussageverhaltens des Angeklagten und der Entlastungszeugen als widerlegt erachtet, legt das Landgericht sowohl die zeugenschaftlichen Bekundungen der übrigen Prozeßbeteiligten als auch die in ihren dienstlichen Erklärungen wiedergegebenen schriftlichen Aufzeichnungen der Berichterstatterin zugrunde.

2. Die Verwertung der in ihren dienstlichen Erklärungen aufgeführten Aufzeichnungen der Berichterstatterin im Rahmen der Beweiswürdigung stellt einen Verstoß gegen §§ 261, 250 StPO dar.

Da ein Richter, wenn er in der Sache als Zeuge vernommen ist, nach § 22 Nr. 5 StPO von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, besteht grundsätzlich die Gefahr, daß ein Verfahrensbeteiligter, der ein Mitglied des erkennenden Gerichts als Zeugen benennt, das Ziel verfolgt, einen ihm nicht genehmen Richter aus dem Verfahren zu drängen. Um einem solchen Mißbrauch zu begegnen, ist nach ständiger Rechtsprechung dem als Zeugen benannten Richter die Möglichkeit einzuräumen, in einer dienstlichen Erklärung dazu Stellung zu nehmen, ob er zu der behaupteten Beweistatsache etwas bekunden kann (vgl. BGHSt 44, 4, 9). Verneint er dies, so kann hierin genügend Grund zu Annahme liegen, die Aufrechterhaltung des Beweisantrages geschehe nur deshalb, um den Richter auszuschalten und das Gericht an der Ausübung seines Amtes zu hindern. Der Beweisantrag kann

dann - wie hier geschehen - als unzulässig abgelehnt werden (BGHSt 7, 330; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 1 Unzulässigkeit 4).

Dienstliche Erklärungen der genannten Art, die sich zu der Frage verhalten, ob der als Zeuge benannte Richter die in sein Wissen gestellten Beweisbehauptungen über Vorgänge aus einer früheren Hauptverhandlung bestätigen kann, erfüllen nicht ohne weiteres die Voraussetzungen einer Zeugenaussage im Sinne des § 22 Nr. 5 StPO. Soweit sie allein dem Bedürfnis nach Zurückweisung rechtsmißbräuchlicher Zeugenbenennung erkennender Richter Rechnung tragen, sind sie nicht dazu bestimmt, Gegenstand der Beweiswürdigung zu sein, sondern sie sollen lediglich der Vorbereitung einer gerichtlichen Entscheidung darüber dienen, ob über Vorgänge, die für die Schuld- und Straffrage von Bedeutung sein können, Beweis zu erheben ist. Der Richter, der eine solche Erklärung abgibt, gerät damit noch nicht in die Zwangslage, seine eigenen Angaben im Vergleich mit anderen Zeugenaussagen einer Bewertung unterziehen zu müssen, so daß seine vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 22 Nr. 5 StPO angestrebte kritische Distanz erhalten bleibt (vgl. Rissing-van Saan MDR 1993, 310, 311 m.w.N.).

Ob etwas anderes dann zu gelten hat und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 2 StPO i.V.m. § 22 Nr. 5 StPO vorliegt, wenn das Gericht - wie im vorliegenden Fall - trotz Ablehnung der auf eine förmliche Zeugenvernehmung der erkennenden Richter gerichteten Beweisanträge den Inhalt der dienstlichen Erklärungen seiner Beweiswürdigung zugrundelegt, kann offen bleiben. Jedenfalls verstieß hier die in den Urteilsgründen erfolgte Verwertung der dienstlichen Erklärungen der Berichterstatterin gegen §§ 261, 250 StPO, weil diese als Beweismittel für die Schuldfrage nicht in zulässiger Weise in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind.

Soweit die in den dienstlichen Erklärungen enthaltenen Mitteilungen darauf gerichtet waren, der Nebenklägerin Gelegenheit zu geben, ihre Beweisanträge zurückzunehmen und, nachdem dies nicht geschehen war, eine Grundlage für die Ablehnung der Beweisanträge als unzulässig zu bieten, dienten sie dazu, den Verfahrensbeteiligten Umstände bekannt zu geben, die für den Fortgang des Verfahrens von Bedeutung waren. Solche Tatsachen unterliegen dem Freibeweis und können auch dann durch dienstliche Erklärungen des Richters in zulässiger Weise zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, wenn sie nähere Erläuterungen dazu enthalten, weshalb der Richter die Beweistatsache nicht bestätigen kann (BGHSt 44, 4, 12; 45, 354, 356 f. m.w.N.).

Das Landgericht hat sich jedoch nicht darauf beschränkt, in den dienstlichen Erklärungen einen Anknüpfungspunkt für weiteres prozessuales Verhalten zu sehen. Vielmehr hat es die in den dienstlichen Erklärungen wiedergegebenen schriftlichen Aufzeichnungen der Berichterstatterin über Erkenntnisse außerhalb der laufenden Hauptverhandlung gegenteiligen Zeugenaussagen der Nebenklägerin gegenübergestellt und sie einer Würdigung unterzogen. Da diese Angaben die Aussagekonstanz des Angeklagten und der Entlastungszeugen C. , B. und D. betrafen, waren sie für die Glaubwürdigkeit jener Personen und damit für die Beurteilung der Schuldfrage von Bedeutung. Die Feststellung schuldrelevanter Tatsachen ist dem Freibeweis jedoch nicht zugänglich, sondern unterliegt den in den §§ 244 bis 265 StPO festgelegten Regeln des Strengbeweises, der dienstliche Erklärungen als Beweismittel nicht vorsieht (BGHSt 45, 354, 357).

Soweit das Landgericht sein Verhalten am Leitsatz der Entscheidung BGHSt 39, 239 ausgerichtet hat, verkennt es, daß diesem Urteil ein vom vor-

liegenden Fall deutlich abweichender Sachverhalt zugrundelag. Die vom 3. Strafsenat seinerzeit zu beurteilende dienstliche Erklärung des Vorsitzenden betraf eine kurze Information, die ihm außerhalb der laufenden Hauptverhandlung "aufgedrängt" worden war, bevor er das Gespräch abbrechen und den Informanten auf eine Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung verweisen konnte. Es kann dahinstehen, ob eine solche leicht überschaubare Information, wie vom 3. Strafsenat in einer die Entscheidung nicht tragenden Erwägung ausgeführt, im Wege einer dienstlichen Erklärung in das Verfahren eingeführt und der Beweiswürdigung zugrundegelegt werden darf, etwa weil insoweit eine "besondere Form der Gerichtskundigkeit" (vgl. dazu BGHSt 44, 4, 10 m.w.N.) angenommen werden kann. Aussageinhalte der in einer früheren Hauptverhandlung vernommenen Prozeßbeteiligten können jedenfalls nicht als gerichtskundig behandelt werden (Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß 5. Aufl. S. 550 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO 3. Aufl. Rdn. 28; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 244 Rdn. 230; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 244 Rdn. 52), da es sich insoweit um Beweisergebnisse handelt, die auf komplexen, ausschließlich auf den Einzelfall bezogenen Wahrnehmungen des Richters beruhen (vgl. BGHSt 45, 354, 359).

Wollte das Landgericht - was sich nicht eben aufdrängte - die Aufzeichnungen seiner Beweiswürdigung zugrundelegen, hätte es die Berichterstatterin als Zeugin vernehmen müssen.

Auf dem genannten Verfahrensfehler kann das Urteil beruhen. Zwar haben neben der Berichterstatterin weitere als Zeugen vernommene Prozeßbeteiligte das von der Nebenkägerin als Zeugin geschilderte Aussageverhalten des Angeklagten und der Entlastungszeugen in Abrede gestellt. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß das Landgericht den schriftlichen Auf-

zeichnungen der Berichterstatterin, auf die es zur Widerlegung der Aussage der Nebenklägerin jeweils ausdrücklich Bezug nimmt, jedenfalls hinsichtlich der Angaben der Entlastungszeugen besonderen Beweiswert beigemessen hat. Die Sache bedarf daher der erneuten Entscheidung.

III.

Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative StPO Gebrauch und verweist die Sache, die sich nur noch gegen einen Erwachsenen richtet, an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts Hagen zurück.

Tepperwien

Kuckein

Solin<sup>u</sup>Stoj<sup>u</sup>novi<sup>u</sup>

Ernemann

Sost-Scheible

Nachschlagewerk:	ja
BGHSt:	ja
Veröffentlichung:	ja

StPO §§ 250, 261

Äußert sich ein erkennender Richter in einer dienstlichen Erklärung über Wahrnehmungen, die er in einer früheren Hauptverhandlung gemacht hat, darf

der Inhalt der dienstlichen Erklärung nicht für die Beurteilung der Schuld- und Straffrage im Rahmen der Beweiswürdigung verwertet werden (in Abgrenzung zu BGHSt 39, 239).

BGH, Urteil vom 22. März 2002 - 4 StR 485/01 - Landgericht Essen