

OStA b. BGH Dr. Gerwin Moldenhauer, Hamburg/Karlsruhe, und RiBGH Marc Wenske, Karlsruhe*

Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zu möglichen aus dem strafprozessualen Zwischenverfahren fortwirkenden Verfahrensfehlern

Der folgende Beitrag zeigt anhand aktueller, examensrelevanter Entscheidungen auf, in welcher Weise sich gerichtliche Entscheidungen aus dem Zwischenverfahren auf die Urteilsfindung im Hauptverfahren auswirken können. Sie können sich daher für die Urteils- wie die Revisionsklausur in gleicher Weise als bedeutsam erweisen. In der gebotenen Kürze werden deren strafprozessualer Kontext skizziert, jeweils eine Lösungsstruktur vorgeschlagen und prüfungsrelevante sowie – namentlich mit Blick auf die mündliche Prüfung – rechtspraktische Anschlussfragen dargestellt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränkt sich der Beitrag weitgehend auf Nachweise der im Examen zugelassenen Kommentare und einzelne Hinweise auf Vertiefungsmöglichkeiten in der Ausbildungsliteratur.

A. ALLGEMEINES PRÜFUNGSWISSEN ZUM ERÖFFNUNGSBESCHLUSS

Nach allgemeiner Ansicht stellt der Eröffnungsbeschluss – ebenso wie die Anklageschrift¹ – eine Verfahrensvoraussetzung (synonym: Prozessvoraussetzung) dar. Die Rechtsprechung spricht diese Eigenschaft Umständen zu, die „so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängig gemacht werden muss.“² Diese Bedeutung kommt dem Eröffnungsbeschluss namentlich deshalb zu, weil er das Zwischenverfahren durch eine unabhängige, eigenverantwortliche gerichtliche Überprüfung des Ermittlungsergebnisses abschließt. Hierdurch soll der Angeklagte insbesondere vor einer übereilt durchgeführten, ungerechtfertigten Hauptverhandlung geschützt werden. Die prominente Stellung der Eröffnungsentscheidung als Verfahrensvoraussetzung wird unterstrichen durch folgende vom Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts (§ 203 StPO) als materielle Voraussetzung unabhängige **Funktionskreise**:

- Der Eröffnungsbeschluss (§ 203 StPO) ist Grundlage für das Hauptverfahren; sein Vorliegen ist Prozessvoraussetzung.
- Der Eröffnungsbeschluss konkretisiert im Zusammenspiel mit der von der Anklageschrift umgrenzten Tat den Verfahrensgegenstand in sachlicher und personeller Hinsicht (vgl. §§ 264, 155 StPO) und bestimmt auf diese Weise Art und Umfang des Schuldvorwurfs, der Gegenstand des Verfahrens ist, verleiht diesem eine qualifizierte Rechtshängigkeit und stellt insoweit ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der angeklagten Taten in einem weiteren Verfahren dar.
- Eine weitergehende Bindungswirkung, etwa auch betreffend die zugrundeliegende rechtliche Würdigung, entfaltet die Eröffnungsentscheidung für folgende Verfahrensabschnitte allerdings nicht (vgl. §§ 206, 264 II StPO).
- Der Eröffnungsbeschluss bestimmt – jedenfalls zunächst (vgl. §§ 225 a, 269, 270 StPO) – die Zuständigkeit des Gerichts. Seine Maßgaben gestalten im regelungssystematischen Zusammenspiel mit §§ 209, 209 a StPO die grundrechtsgleiche Gewährleistung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) einfachgesetzlich aus. Im Entscheidungszeitpunkt prüft das Gericht seine örtliche und funktionelle Zuständigkeit letztmalig *von Amts wegen* (vgl. §§ 16 S. 1, 6 S. 1 StPO).

- Die Verfahrensherrschaft verbunden mit der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 244 II StPO) geht mit der positiven Eröffnungsentscheidung endgültig auf das Gericht über, vor dem das Verfahren eröffnet worden ist. Dieses ist nunmehr zuständig als Tatgericht – als erkennendes Gericht.
- In prozessualer Hinsicht beschließt die Eröffnungsentscheidung die dem Angeschuldigten in diesem Verfahrensabschnitt eingeräumte besonders wirksame Möglichkeit rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG).³
- Die Nichteröffnungsentscheidung kann durch die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Beschwerde (§ 210 II StPO) angefochten werden und erzeugt – wie nachstehend näher aufgezeigt werden wird – nach den Maßgaben des § 211 StPO eine nur begrenzte Rechtskraft; der Nebenkläger kann die Nichteröffnung bezogen auf ein Nebenklagedelikt ebenfalls mit sofortiger Beschwerde anfechten (vgl. § 400 II 1 StPO).

B. DIE EXAMENSRELEVANZ DER ERÖFFNUNGSENTSCHEIDUNG

Die mit der Eröffnungsentscheidung verbundenen Klausurkonstellationen betreffen erkennbar nur die Revisions- und Urteilklausur im Assessorexamen, nicht aber die sog. Staatsanwaltsklausur. Zum unentbehrlichen Prüfungswissen zählen hierbei:

- Allgemeine Ansicht ist, dass ein wirksamer Eröffnungsbeschluss schriftlich abgefasst und unterschrieben sein muss; ausreichend ist die eindeutige auslegungsfähige schriftliche Willenserklärung, eine Anklage zur Hauptverhandlung zuzulassen;
- Nur schwere formelle und sachliche Mängel (Funktionsmängel) führen zur **Unwirksamkeit** des Eröffnungsbeschlusses; dies ist etwa anzunehmen, wenn nicht alle Richter an der Entscheidung mitgewirkt haben oder wenn der Vorsitzende ohne förmliche Beratung allein unterschrieben hat;
- Die **Heilung** eines mangelhaften Eröffnungsbeschlusses ist in der Hauptverhandlung möglich; die – besonders klausurrelevante – **Nachholung** eines unterbliebenen Eröffnungsbeschlusses kann in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs – also nicht durch das Berufungsgericht – bis zum Zeitpunkt vor der Vernehmung des (ersten) Angeklagten zur Sache erfolgen; stets erforderlich ist indes eine Entscheidung des Gerichts in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung (§ 76 I GVG), also ohne Mitwirkung der Schöffen.
- Eröffnungsbeschluss und der von ihm in Bezug genommene Anklagesatz umgrenzen die angeklagte prozessuale Tat und damit die **gerichtliche Kognitionspflicht** (§ 264 StPO); das Gericht darf diese Grenzen nicht überschreiten

* Der Verfasser *Moldenhauer* ist Oberstaatsanwalt beim BGH und Lehrbeauftragter der Freien Universität Berlin. Der Verfasser *Wenske* ist Richter am BGH in Karlsruhe.

1 Vgl. nur Meyer-Göfner/Schmitt/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, StPO Einl. Rn. 143.

2 BGHSt 46, 159 (169), vgl. im Einzelnen nur MüKoStPO/Wenske, Münchener Kommentar zur StPO, 2016, § 207 Rn. 2.

3 Im Einzelnen nur MüKoStPO/Wenske, 2016, § 207 Rn. 3 ff.

und eine andere als angeklagte Tat aburteilen. Zugleich ist es verpflichtet, sofern kein rechtliches Hindernis besteht, entsprechend dem Grundsatz der Unteilbarkeit auch die ganze angeklagte Tat – in tatsächlicher (§ 244 II StPO) wie in rechtlicher (vgl. aber § 265 StPO) Hinsicht, so wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt (§ 264 I StPO), ohne Bindung an die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung (§ 264 II StPO) – auch **erschöpfend abzuurteilen**.

C. AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Diese mit der Eröffnungsentscheidung verbundenen Klausurfragestellungen werden absehbar um neue Facetten aus der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung erweitert. Die Erfahrung lehrt, dass auch die Prüfungsämter diese neuen Entwicklungen „für sich“ entdecken. Hierzu im Einzelnen:

I. Der „vergessene“ Eröffnungsbeschluss (OLG Hamburg BeckRS 2019, 5077)

Dem Zwischenverfahren wird in der Rechtspraxis aus unterschiedlichen Gründen durch die Gerichte und die Verfahrensbeteiligten – zu Unrecht – nicht die nötige Aufmerksamkeit zuteil. Nicht selten wird es „im Massengeschäft“ schlicht „vergessen“, einen Eröffnungsbeschluss zu erlassen und damit die (Verfahrens-)Voraussetzung für das Hauptverfahren zu schaffen. Dass sich die damit zu konstatierende faktische Entwertung der Schutzfunktionen dieses Verfahrensabschnitts leider bis in die obergerichtliche Judikatur fortsetzen kann, belegt ein Beschluss des OLG Hamburg aus dem Jahre 2019.

1. Verfahrenskonstellation

Das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses bemerkte der Strafrichter „nach Durchführung der Beweisaufnahme und nachdem die Schlussvorträge in der Hauptverhandlung gehalten“ worden waren (vgl. § 258 StPO). Daraufhin trat er abermals in die Beweisaufnahme ein und verkündete nun einen Eröffnungsbeschluss, mit dem die Anklage unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen wurde. Der Angeklagte und sein Verteidiger verzichteten auf „Ladungs- und Einlassungsfristen“. Sodann wurde der Angeklagte – nach erneutem Schluss der Beweisaufnahme, abermals gehaltenen Schlussvorträgen und wiederum gewährtem letzten Wort – verurteilt. Hiergegen legte er form- und fristgerecht Berufung ein; das Berufungsgericht stellte das Verfahren durch Beschluss mit der Begründung ein, der Eröffnungsbeschluss sei nicht wirksam nachgeholt worden (§ 206 a StPO). Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer sofortigen Beschwerde.

2. Lösung des OLG Hamburg

Das Oberlandesgericht erachtet die sofortige Beschwerde der Anklagebehörde für zulässig (vgl. §§ 206 a II, 311 StPO). Es gibt der Staatsanwaltschaft sodann auch in der Sache Recht und führt aus, dass die Nachholung des Eröffnungsbeschlusses durch den Strafrichter wirksam gewesen sei. Ein „einmal versäumter Eröffnungsbeschluss“ könne auch „in einem späteren Verfahrensstadium nachgeholt werden“. Aus der ständigen Rechtsprechung des BGH,⁴ die jedenfalls eine Nachholung bis zur Vernehmung des Angeklagten zur Sache unter bestimmten Maßgaben gestatte, folge nicht, dass „eine noch spätere Nachholung ausgeschlossen sei“. Für einen solchen Ausschluss sei auch kein sachlicher Grund erkennbar. Ein Angeklagter könne in der bereits – trotz fehlender gericht-

licher Entscheidung über die Verfahrenseröffnung – durchgeführten Hauptverhandlung, eine Aussetzung des Verfahrens beantragen (§ 229 StPO) und damit „dieselbe Rechtsstellung“ erlangen, wie es eine Verfahrenseinstellung nach § 206 a StPO wegen fehlender Eröffnungsentscheidung zur Folge habe.

3. Bewertung

Die Entscheidung überrascht in der Art und Weise ihrer Begründung; im Ergebnis ist sie in Klausur und Rechtspraxis abzulehnen.

a) Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

Mit Recht hat der Senat das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen die Verfahrenseinstellung nach § 206 a I StPO als zulässig angesehen. Nach § 206 a II StPO steht der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde (§ 311 StPO) gegen den Beschluss zu, durch den das Gericht das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt hat.

b) Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Der Strafsenat tritt mit seiner Begründetheitsprüfung Neuland. Die knappe Begründung wird allerdings weder diesem Umstand noch der Bedeutung des Zwischenverfahrens gerecht.

aa) Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos.

Ohne sich näher mit dem Wortlaut und der Systematik oder gar der Entstehungsgeschichte der §§ 199 ff. StPO, namentlich des § 207 StPO, zu befassen, wendet sich der Senat der ständigen Rechtsprechung des BGH zu. Hiernach kann die Eröffnungsentscheidung bis zur Vernehmung des Angeklagten zur Sache nachgeholt werden. Das OLG zitiert hier die der ständigen Rechtsprechung bis heute zugrunde liegende – in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 29, 224 = NJW 1980, 1858 veröffentlichte – Entscheidung sodann wörtlich: „Erst mit Abschluss der Tatsacheninstanz ... ist der fehlende Eröffnungsbeschluss zu einem endgültigen, nicht mehr behebbaren Verfahrenshindernis geworden.“ Hieraus lässt sich – wie auch das OLG Hamburg mit Recht anerkennt – indes kein Argument für eine noch weitergehende Befugnis zur Nachholung der Eröffnungsentscheidung entnehmen; denn hierüber hatte der BGH in den ihm bislang – soweit ersichtlich – vorliegenden Konstellationen nicht zu entscheiden. Zu entnehmen ist diesem Zitat lediglich, dass die – nicht ohne Kritik gebliebene⁵ – Rechtsprechung des BGH der vom OLG Hamburg sodann anerkannten weitergehenden Nachholungsbefugnis des Tatgerichts möglicherweise nicht entgegensteht.

bb) Scheinbar keine hindernden „Sachgründe“. Das OLG Hamburg sieht seine Rechtsauffassung erkennbar allein durch seine Einschätzung getragen, dass „kein sachlicher Grund“ vorliege, die Eröffnungsentscheidung „auch noch“ bis zum „Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung“ nachzuholen.

(1) Vorab: Da nicht anzunehmen ist, dass der Strafsenat eine Nachholung des Eröffnungsbeschlusses auch mit Verkündung des Urteils anerkennen will (vgl. § 260 I StPO), soll die diesen Anschein tragende erkennbare sprachliche Ungenauigkeit hier nicht vertieft werden.

⁴ BGHSt 29, 224 = NJW 1980, 1858; krit. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 203 Rn. 4.

⁵ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 203 Rn. 4 mwN.

(2) Soweit der Senat keine Beeinträchtigung „schutzwürdiger Belange“ des Angeklagten und dessen Rechtsstellung durch eine *nach* spätere Nachholung des Eröffnungsbeschlusses erblickt und hieraus den (vorschnellen) Schluss auf fehlende hiergegen sprechende Sachgründe zieht, geht er fehl. Die Rechtsfolge eines fehlenden Eröffnungsbeschlusses ist – es fehlt schlicht eine Verfahrensvoraussetzung! – außerhalb der Hauptverhandlung (vgl. ansonsten § 260 III StPO) die Verfahrenseinstellung nach § 206 a I StPO. Diese ist formeller und materieller Rechtskraft fähig. Diese Einstellungsentscheidung ist mit Verstreichen der Frist aus § 206 a II iVm § 311 II StPO oder nach erfolglos betriebenen Rechtsmittelverfahren formell rechtskräftig und beendet das rechtshängige Verfahren. Hinsichtlich der Reichweite der hierdurch bewirkten Verfahrensbeendigung ist zu differenzieren: Steht das im Einzelfall festgestellte Verfahrenshindernis der Durchführung des Verfahrens wegen Unbehebbarkeit dauerhaft entgegen (Bestrafungsverbot), beendet die Entscheidung nicht nur die Rechtshängigkeit, sondern auch das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren. Kann das Verfahrenshindernis allerdings nachträglich behoben werden, etwa eine mangelhaft abgefasste Anklageschrift (sog. Befassungsverbot), so beendet der Einstellungsbeschluss nur die Rechtshängigkeit und versetzt das Verfahren im Übrigen zurück in den Stand vor Anklageerhebung.⁶

Kurz: Hier hätte die Verfahrenseinstellung durch das Tatgericht das Ende der Rechtshängigkeit bewirkt; die Staatsanwaltschaft wäre erneut zuständig gewesen und hätte die der Anklage zugrunde liegende prozessuale Tat – mangels Strafklageverbrauchs – durch eine erneute Anklage abermals rechtshängig machen müssen. Die Sache wäre erneut – nach den Maßgaben des gerichtlichen Geschäftsverteilungsverfahrens – beim Amtsgericht, möglicherweise einem anderen Richter, zugeteilt worden; hingegen bewirkt die Aussetzung des Verfahrens keine Ende der Rechtshängigkeit, sondern erzwingt – im Lichte der Unmittelbarkeit (§ 261 StPO) – lediglich den Neubeginn der Hauptverhandlung durch die dann zuständige Besetzung des Spruchkörpers. Entgegen der Annahme des OLG Hamburg begründete die Annahme eines Verfahrenshindernisses daher eine den Angeklagten begünstigende Rechtsposition; er hätte die Aussicht darauf, dass ein neuer Richter für die Sache zuständig wird und allein anhand der durch Ermittlungsakten dokumentierten Verdachtslage über die Eröffnung entscheidet und nicht derselbe Richter – gar nach seiner aus dem Inbegriff der unzulässiger Weise durchgeführten Hauptverhandlung geschöpften „Überzeugung“ (vgl. § 261 StPO) – die gesetzlich geforderte Verdachtsprüfung vornimmt und damit ad absurdum führt.

cc) Entwertung schützender Formen. Das OLG Hamburg entwertet – im Lichte von Sinn und Zweck dieses Verfahrensabschnitts – durch seine Entscheidung das Zwischenverfahren weiter. Das Zwischenverfahren, das den Angeklagten im Sinne eines „Filters“ in Gestalt einer unabhängigen Tatverdachtsprüfung allein anhand des aktenkundigen Ermittlungsergebnisses vor einer unberechtigten oder unberechtigt weiten Hauptverhandlung schützen und justizielle Ressourcen schützen soll,⁷ wird hierdurch – gerade aus der Perspektive der Tatgerichte – zu einer schlichten Formübung oder gar „Förmelei“ degradiert; eine solche obergerichtliche Entscheidung muss allseits als Ermunterung zur Sorglosigkeit um Umgang mit schützenden gesetzlichen Formen verstanden werden. Dass die bereits eingangs erwähnten, der ständigen Rechtsprechung des BGH entgegen gebrachten gewichtige

Einwände aus dem Schrifttum, etwa von *Dencker, Loos, Meyer-Göfner* und *Rieß*,⁸ dieser Entscheidung nicht einmal einen einzigen „Federstrich“ wert sind, um erörtert zu werden, erstaunt dann letztendlich nicht mehr. Immerhin wird die bislang höchstrichterlich ungeklärte Frage, ob der Angeklagte ein Recht auf Wiederholung der Hauptverhandlung habe, (nach einem hier nachgeholten Eröffnungsbeschluss) durch den Senat noch – freilich apodiktisch – mit „Nein“ beantwortet.

4. Folgen für die Klausurbearbeitung

Für die Klausurbearbeitung bietet es sich an, der – jedenfalls im Vergleich zum OLG Hamburg – restriktiven Rechtsauffassung des BGH zu folgen und eine Nachholung des Eröffnungsbeschlusses nur bis zur Vernehmung des (ersten) Angeklagten zur Sache zuzulassen. Damit werden zumindest nicht sämtliche Schutzfunktionen einer unabhängigen richterlichen Prüfung vor Beginn der Hauptverhandlung preisgegeben. Im Übrigen dürfte die Auffassung des OLG Hamburg einen „Ausreißer“ darstellen, welcher der Rechtsprechung des BGH soweit ersichtlich nicht nahesteht und der hoffentlich durch die Staats- und Generalstaatsanwaltschaft Hamburg im Revisionsverfahren beanstandet werden wird.

II. „Geschwätziges Elstern“ (BGH NJW 2017, 1828)⁹

In dieser Entscheidung hat sich der BGH mit der rechtspraktisch besonders bedeutsamen Frage befasst, nach welchen rechtlichen Maßgaben das Revisionsgericht die Überprüfung der Voraussetzungen des § 211 StPO vornimmt.

1. Was war geschehen?

Der Angeklagte war wegen Mordes angeklagt. Das Landgericht hatte die Eröffnung des Hauptverfahrens indes *zunächst* abgelehnt; eine hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft war ohne Erfolg geblieben (§ 210 StPO). Nachdem der Angeklagte anschließend aber in anderer Sache in Untersuchungshaft genommen worden war, gestand er die verfahrensgegenständliche Tat den mitgefangenen Zeugen K. und H. Diese hatten ihm unter Vorspiegelung des Angebots, ihm bei der Beseitigung der bis dahin nicht aufgefundenen Leiche behilflich zu sein, gezielt zu dieser Tat befragt. Nachdem beide Zeugen ihr Wissen an die Ermittlungsbehörden weitergegeben hatten, nahm die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen wieder auf. Diese führten zum Auffinden der Leiche. Die Staatsanwaltschaft erhob abermals Anklage. Diese wurde durch Eröffnungsbeschluss des Landgerichts zur Hauptverhandlung zugelassen und der Angeklagte nunmehr wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt (§ 211 StGB). Gegen seine Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision und macht damit namentlich geltend, dass die Aussagen der Zeugen K. und H. unverwertbar seien. Daher hätten keine – wie von

6 Meyer-Göfner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO Einl. Rn. 143, vgl. auch MüKoStPO/Wenske, 2016, § 206 a Rn. 47 f. mwN.

7 BT-Dr. IV/178, 19 zu Art. 7 StPÄG.

8 Meyer-Göfner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, 13 f.; Meyer-Göfner, FS Eser, 2005, 371 (378); Meyer-Göfner JR 1981, 214 (216); Rieß, FS Rolinski, 2002, 239 (246); KK-StPO/Tolksdorf, Karlsruher Kommentar StPO, 5. Aufl. 2003, § 207 Rn. 21, 216 f.; SK-StPO/Paeffgen, Systematischer Kommentar StPO, 5. Aufl. 2015, § 207 Rn. 27; AK-StPO/Loos, Alternativer Kommentar zur StPO, 1992, § 207 Rn. 22 ; Gercke/Julius/Temming/Zöller/Julius, Heidelberger Kommentar StPO, 6. Aufl. 2019, StPO § 207 Rn. 17; Dencker NSz 1982, 152 (154).

9 BGH NJW 2017, 1828.

§ 211 StPO gesetzlich gefordert – tauglichen *neuen* Beweismittel im Zeitpunkt der zweiten Anklage vorgelegen, sodass es bei der rechtskräftigen Verfahrenseinstellung sein Bewenden hätte haben müssen.

2. Problemaufriss

Zentrales Problem ist hier die Sperrwirkung des § 211 StPO. Diese gestattet nur unter besonderen Maßgaben die Wiederaufnahme der Klage zuungunsten eines Angeschuldigten und setzt damit einfach-gesetzlich das verfassungsrechtlich verbürgte Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 III GG) für das Zwischenverfahren um. Erforderlich sind hierfür neue Tatsachen oder Beweismittel. In allen übrigen Fällen ist die Strafklage ebenso verbraucht, wie bei einem freisprechenden Urteil.¹⁰ Die insoweit „beschränkte Rechtskraft“ ermöglicht ein neues Verfahren unter weniger strengen Maßgaben als das Recht über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff. StPO). Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass das Eröffnungsgericht den hinreichenden Tatverdacht nicht umfassend und abschließend nach dem Ergebnis einer vollwertigen Beweisaufnahme, sondern nur vorläufig aufgrund der mit der Anklage vorgelegten Akten geprüft hat. Diese schmalere und zudem unzuverlässigere Erkenntnisbasis rechtfertigt die – verfassungsrechtlich nicht problematische – Ausnahme vom Verbot des *ne bis in idem*.¹¹

Nach heute überwiegender Ansicht wird das alte Verfahren durch die auf ein neues Beweismittel gestützte Anklage nicht fortgesetzt, sondern bleibt abgeschlossen. Es wird vielmehr ein neues, selbstständiges Verfahren durchgeführt,¹² wenn die Sperrwirkung des Nichteröffnungsbeschlusses wegen neu hervortretender Tatsachen oder Beweismittel entfällt. Die Staatsanwaltschaft muss abermals wegen derselben Tat (§ 155 StPO) in die Ermittlungen eintreten (§ 152 II StPO) und klären, ob die festgestellten Nova eine erneute Klageerhebung rechtfertigen. Trifft dies nicht zu, ist – auch – dieses Ermittlungsverfahren einzustellen (§ 170 II StPO). Wird Anklage erhoben, gelten für das Eröffnungsverfahren in diesem Zweitverfahren erneut die Voraussetzungen der §§ 201 ff. StPO.

3. Lösung des BGH

Die Entscheidungsfindung des 3. Strafsenats lässt sich hier in vier Strichen nachzeichnen:

a) Nova als besondere Verfahrensvoraussetzung

Zunächst konstatiert der Revisions Senat, dass die Prüfung, ob die Durchbrechung der Sperrwirkung des § 211 StPO wegen neuer Tatsachen oder Beweise – also sog. Nova – gerechtfertigt war, auch im Revisionsverfahren von Amts wegen als „besondere Prozessvoraussetzung“ veranlasst ist; der Erhebung einer Verfahrensrüge (§ 344 II 2 StPO) bedarf es daher insoweit nicht. Bereits die zulässig erhobene allgemeine Sachrüge erwirkt deshalb diese revisionsgerichtliche Überprüfung des Befassungsverbots.

b) Keine begrenzte Kontrolldichte (§ 336 S. 2 StPO)

Der zweite Schritt ist in der Ausbildung weniger geläufig: Die inhaltliche Überprüfung neuer Tatsachen oder Beweismittel wird – so der Senat weiter – auch nicht ausgeschlossen durch die Maßgaben von § 336 S. 2 StPO. Zwar gilt hiernach, dass der Beurteilung des Revisionsgerichts solche dem Urteil vorausgegangenen Entscheidungen nicht unterliegen, die ausdrücklich für unanfechtbar erklärt oder mit der sofortigen

Beschwerde anfechtbar sind; § 210 I und II StPO schließt die Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses durch den Angeklagten aus und erklärt die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft nur ausnahmsweise für statthaft. Die gleichwohl hier fehlende Anwendbarkeit der einschränkenden Wirkungen des § 336 S. 2 StPO folgert der BGH aber zunächst aus einem geschichtshistorischen Argument: Denn die Einführung der Norm hat nicht zu einem Bruch mit der höchstrichterlichen Rspr. geführt, nach der es sich bei dem Vorliegen von Nova um eine besondere Verfahrensvoraussetzung handele. Überdies hebt der Senat zur Begründung seiner Ansicht erkennbar maßgeblich ab auf eine – vom BVerfG vorgegebene – verfassungskonforme Auslegung des § 210 I StPO. Hiernach sei der nach Wiederaufnahme des Verfahrens und erneute Anklage hin erlassene – neue – Eröffnungsbeschluss im Zweitverfahren mit der einfachen Beschwerde anfechtbar (§ 304 StPO). Anderenfalls sei der verfassungsrechtlich garantierte Schutz vor strafrechtlicher Doppelverfolgung nicht entsprechend den Maßgaben des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs gesichert.¹³ Mit der einfachen Beschwerde kann der Beschuldigte ausnahmsweise die Überprüfung des Eröffnungsbeschlusses im Zweitverfahren erzwingen¹⁴ und geltend machen, dass die Voraussetzungen zur Beseitigung der Sperrwirkungen (§ 211 StPO) nicht vorlagen.¹⁵

c) Überprüfungsmaßstab

Der Senat überprüft sodann den Eröffnungsbeschluss im Zweitverfahren und führt aus:

„Die Überprüfung des Eröffnungsbeschlusses in dem Zweitverfahren ist auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Eröffnung vorliegenden Akteninhalts vorzunehmen. Bei der Eröffnungsentscheidung handelt es sich auch im Fall des § 211 StPO um eine vorläufige Tatbewertung anhand der dem Gericht vorliegenden Akten, die nicht im Nachhinein deshalb unrichtig wird, weil sich das Wahrscheinlichkeitsurteil nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung nicht bestätigt. Hat das Eröffnungsgericht dieses Wahrscheinlichkeitsurteil ohne Rechtsverstoß getroffen, bleibt die besondere Prozessvoraussetzung für das neue Verfahren daher bestehen. Prüfungsmaßstab für das Revisionsgericht ist die Frage, ob die Tatsachen oder Beweismittel für das eröffnende Gericht iSd § 211 StPO neu und erheblich gewesen sind. Als neu sind sie zu bewerten, wenn sie dem Gericht, das die Eröffnung zuvor abgelehnt hatte, aus den Akten nicht ersichtlich waren. Sie sind dann erheblich, wenn sie vom Standpunkt des eröffnenden Gerichts aus geeignet gewesen sind, allein oder im Zusammenwirken mit den übrigen, dem Erstgericht schon bekannt gewesenen Tatsachen und Beweismitteln die Frage nach dem Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts iSd § 203 StPO nunmehr anders zu beurteilen als bisher.“

So lag es hier: Der Angeklagte hatte erst nach Eintritt der beschränkten Rechtskraft der Nichteröffnungsentscheidung gegenüber den beiden Zeugen seine Tat gestanden. Damit lagen sowohl neue als auch erhebliche Tatsachen vor.

¹⁰ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 211 Rn. 1.

¹¹ Vgl. KK-StPO/Schneider, 8. Aufl. 2019, § 211 Rn. 1; zur aA vgl. MüKoStPO/Wenske, 2006, Rn. 37 ff.

¹² Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 211 Rn. 5.

¹³ Vgl. im Einzelnen nur MüKoStPO/Wenske, 2016, § 211 Rn. 54 mwN.

¹⁴ Warum hier nicht § 311 StPO entsprechend anwendbar sein soll, hat das BVerfG nicht erörtert.

¹⁵ Vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 211 Rn. 7 u. § 210 Rn. 1.

d) Tatverdachtsprüfung und Beweisverwertungsverbote

Allerdings hatte es hiermit noch nicht sein Bewenden. Denn in Rede stand ein Beweisverwertungsverbot. Der verteidigte Angeklagte machte im Einzelnen – erkennbar anknüpfend an den sog. „Wahrsagerinnen-Fall“¹⁶ – geltend, die Zeugenaussagen der Mitgefangenen könnten durch seine etwaige polizeilich gesteuerte oder initiierte Ausforschung kontaminiert und ihre Verwertung schon bei der Anklagerhebung und im Rahmen der Eröffnungsentscheidung damit rechtsfehlerhaft gewesen sein. Bevor der BGH sich mit dieser Frage im Einzelnen auseinandersetzt (cc), wendet er sich – soweit ersichtlich erstmals – der Frage zu, ob ein Beweisverwertungsverbot bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts von Amts wegen oder erst auf Widerspruch des vom Rechtsverstoß betroffenen Angeklagten hin zu berücksichtigen ist.

aa) Exkurs: Grundlagen der „Widerspruchslösung“. Die sog. Widerspruchslösung gehört seit der Entscheidung BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 aus dem Jahre 1992 zum unentbehrlichen strafrechtlichen Klausurwissen.¹⁷ Jedem Examenkandidaten sollte bekannt sein,

- dass die Widerspruchslösung nur in solchen Verfahrenskonstellationen anwendbar ist, in denen dem Tatgericht ein Beurteilungsspielraum zusteht; in der Klausur kann grundsätzlich durch die Kommentierung bei Meyer-Goßner/Schmitt in der letzten Randnummer einer Vorschrift hierüber schnell Orientierung gefunden werden;
- dass nach bislang gefestigter Rechtsprechung ein erforderlicher Widerspruch spätestens bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO angebracht werden muss. Wird dieser Zeitpunkt versäumt, kann der Widerspruch nicht mehr nachgeholt werden; eine Verfahrensrüge, mit der ein Beweisverwertungsverbot gleichwohl geltend gemacht wird, bleibt dann ohne Erfolg.

Seither herrscht über die genaue Dogmatik des Widerspruchs in Schrifttum Uneinigkeit; auch der Rechtsprechung lässt sich kein kohärentes Bild entnehmen.¹⁸

bb) Berücksichtigung eines Verwertungsverbots bei der Tatverdachtsprüfung. Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang unbeantwortet geblieben ist die Frage, welche Auswirkungen die Widerspruchslösung auf die Tatverdachtsprüfung hat. Hierzu stellte der BGH hier für das Zwischenverfahren erstmals klar:

„Bei dieser Prüfung hat ein mögliches Beweisverwertungsverbot nicht schon deswegen außer Betracht zu bleiben, weil – so Formulierungen in einigen Entscheidungen des BGH – bereits dessen Entstehung von einem hierauf bezogenen rechtzeitigen Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung abhängig wäre. Strenggenommen bedeutete dies, dass das Verwertungsverbot zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung noch gar nicht bestanden haben könnte. Eine solche Schlussfolgerung ist indes ersichtlich noch nicht gezogen worden. Vielmehr wird allgemein davon ausgegangen, dass bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts im Rahmen der Eröffnungsentscheidung mögliche Beweisverwertungsverbote zu berücksichtigen sind, weil für die Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht nur der materielle Verdachtsgrad, sondern auch die tatsächliche Beweisbarkeitsprognose gegeben sein muss. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass Verwertungsverbote bereits durch den jeweiligen Gesetzesverstoß, nicht erst durch ein Untätigbleiben in der Hauptverhandlung begründet werden und bei der Eröffnungsentscheidung

unabhängig von einer Beanstandung durch den Angeeschuldigten von Amts wegen zu beachten sind.“

Damit deutet der BGH die von ihm entwickelte „Widerspruchslösung“ weiter aus und entkoppelt nunmehr ausdrücklich die Berücksichtigung eines Beweiserhebungsfehlers von einer Beanstandung durch die Verfahrensbeteiligten. Die Gerichte sind hiernach von Amts wegen und unabhängig von einem Widerspruch des Angeklagten berechtigt und verpflichtet, im Rahmen des Zwischenverfahrens – der Prüfung der Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 203 StPO) – Verwertungsverbote zu berücksichtigen. Nichts anderes gilt freilich auch für die der strikten Gesetzesbindung unterworfenen Staatsanwaltschaft bei der Prüfung nach § 170 I StPO.

cc) Ermittlung und Bewertung der für das Verwertungsverbot maßgeblichen Tatsachen. Der BGH war hier nicht an den Vortrag des Verteidigers zum angeblichen Verfahrensfehler gebunden. Er durfte vielmehr, da es sich bei den Nova nach § 211 StPO um eine (besondere) Prozessvoraussetzung handelt, im Wege des Freibeweises unter anderem die Akten hierzu auswerten. Hieraus ergab sich für den Senat indes kein Anhalt für eine Steuerung der Zeugen durch die Polizei. Es fehlte daher hier bereits an einem Verfahrensmangel, der – was erst in einem nächsten Schritt zu prüfen gewesen wäre¹⁹ – verfahrensrechtlich ein etwaiges Beweisverwertungsverbot hätte begründen können. Die Aussagen der Zeugen durften als neue Tatsachen und Beweismittel daher bereits bei der Anklageerhebung und im Zuge der Eröffnungsentscheidung berücksichtigt werden.

4. Bewertung

Für Ausbildung, Examen und Rechtspraxis ist nunmehr geklärt, dass es für die Berücksichtigung eines Verwertungsverbots bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts nicht mehr auf einen Widerspruch des Angeklagten bzw. seinen Verteidiger ankommt. Beweisverwertungsverbote sind von Gerichten und Staatsanwaltschaften im Eröffnungsverfahren von Amts wegen zu beachten. Welche Auswirkungen diese Entscheidung für das Gesamtverständnis der Widerspruchslösung haben wird, bleibt abzuwarten. Diese Linie hat der Strafsenat erst jüngst betreffend die Prüfung des dringenden Tatverdachts bekräftigt.²⁰ Jedenfalls der 3. Strafsenat des BGH scheint der Widerspruch lediglich insoweit Bedeutung zuzumessen, als dass durch seine Erhebung die Präklusion einer entsprechenden Verfahrensrüge verhindert wird. Nur wer sich mit seinem Verwertungsverbotseinwand an den sachnächsten Richter gewandt und diesen in die Lage versetzt hatte, schnellstmöglichen und effektiven Rechtsschutz zu gewähren, kann sich – als Ausfluss des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses – bei dennoch erfolgter Beweisverwertung im Rahmen gerichtlicher Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) hierauf in der Revisionsinstanz berufen.

Die Entscheidung lässt ferner die weitreichenden und bedenklichen Folgen der vom BVerfG geforderten Anwendung des § 304 StPO auf die Eröffnungsentscheidung im Zweitverfahren erkennen. Unbestritten: Einem Angeklagten im Zweitverfahren muss effektiver Rechtsschutz gewährt werden. Die einfache Beschwerde eröffnet einem Angeklagten aber die vollständig systemfremde Möglichkeit, die Eröff-

16 BGHSt 44, 129 = NJW 1998, 3506 = JA 1999, 102 mAnm *Fahl*.

17 Vgl. nur *Hombrecher* JA 2016, 457 (463).

18 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 136 Rn. 25 f.

19 Vgl. hierzu etwa *Moldenbauer/Wenske* JA 2017, 206 (208).

20 BGH NJW 2019, 2627.

nungsentscheidung im Zweitverfahren auch noch während laufender Hauptverhandlung durch das Beschwerdegericht nachprüfen zu lassen (vgl. § 305 StPO). Dieser Strukturbruch könnte durch eine – erkennbar auch vom 3. Strafsenat des BGH präferierte – analoge Anwendung des § 311 StPO vermieden werden.²¹ Ohne erkennbaren Rechtsverlust könnte ein Angeklagter – zeitnah und ebenso effektiv – schon vor Beginn der Hauptverhandlung eine Überprüfung durch das Beschwerdegericht erwirken. Damit drohte keine – zeitlich horizontal gestreckte – redundante Doppelprüfung etwa während laufender Hauptverhandlung.

C. BEWERTUNG UND AUSBLICK

Die Grundlagen einer Tatverdachtsprüfung nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens und im Zwischenverfahren müssen für das Assessorexamen beherrscht werden. Ausgehend hiervon lassen sich auch neuere Entwicklungen gut verorten und unter Verwendung der zugelassenen Kommentare in der Klausur gut entwickeln.

²¹ In diesem Sinne auch *Mosbacher* JuS 2017, 742 (745).