

Abstract

Jahn/Schmitz

**Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger
Mitwirkungshandlungen?**

Die Frage, ob ein allgemeines Missbrauchsverbot im Strafverfahren existiert, ist seit einigen Jahren Gegenstand einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion. In der Rechtsprechung besteht eine deutlich registrierbare Neigung, Grundverteidigungsrechte unter Hinweis auf ein solches Verbot zu verkürzen. Besonders problematisch wird diese Spruchpraxis dann, wenn es um die Rechte geht, bei denen Fortgang und Inhalt des Strafverfahrens in der Hauptverhandlung von einer wirksamen Zustimmung des Angeklagten abhängen. Der Beitrag faßt den Stand dieser Debatte zusammen und spricht sich gegen die Geltung eines ungeschriebenen Missbrauchsverbots im Strafprozeßrecht - nicht nur für die tatbestandliche Situation des § 266 I StPO - aus.

**Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger
Mitwirkungshandlungen?**

- Dargestellt am Problem der fehlenden Zustimmung zur Nachtragsanklage durch den Angeklagten -

Von Rechtsanwalt Dr. Matthias Jahn, Frankfurt a.M. und Rechtsanwältin Alexandra Schmitz, Stuttgart

I. Problemstellung

Die Frage, ob ein allgemeines Missbrauchsverbot im Strafverfahren existiert, ist seit einigen Jahren Gegenstand einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion. Das auf den ersten Blick durchaus legitime Anliegen der Begrenzung der missbräuchlichen Rechtsausübung und die illegitime Begrenzung des Gebrauchs von Rechten der Prozessbeteiligten stehen in dieser Debatte allerdings eng beieinander. Die Gefahr eines Missbrauchs des Missbrauchsgedankens zu Lasten der Grundverteidigungsrechte des Angeklagten ist kaum zu übersehen¹. Die Fragen, die sich in diesem Kontext stellen, sind ebenso vielfältig wie ungelöst: Gibt es eine auch nur ansatzweise subsumtionsfähige Definition des Missbrauchs prozessualer Rechte im Strafverfahren? Wenn dem so wäre: Welche Rechtsfolgen müssten sich an eine Übertretung anknüpfen? Und zuletzt: Wäre es - auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) - nicht in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, diese Fragen im Rahmen einer Kodifikation zu beantworten? Die höchstrichterliche Rechtsprechung

¹ *Fahl* StV 2001, 98 (99); *Rüping* JZ 1997, 865 (869); *Grüner* Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, Berlin 2000, S. 83 f.

zeigt sich indes von dieser Diskussion recht unbeeindruckt. Es häufen sich derzeit Entscheidungen, in denen verschiedene Strafsenate beiläufig und *obiter dictu* den landgerichtlichen Strafkammern signalisieren, dass sie »im Ernstfall« nicht unbedingt abgeneigt wären, Verfahrensrügen in der Revisionsinstanz unter Heranziehung des allgemeinen Missbrauchsgedankens zurückzuweisen. Besonders problematisch wird diese Spruchpraxis dann, wenn es um die Rechte geht, bei denen Fortgang und Inhalt des Strafverfahrens in der Hauptverhandlung von einer wirksamen Zustimmung des Angeklagten abhängen. Der Paradefall einer solchen, den schützenden Formen des Prozessrechts unmittelbar zuzuordnenden Rechtsposition des Angeklagten ist wohl das Zustimmungserfordernis im Rahmen einer Nachtragsanklage (§ 266 I StPO).

II. Die Entscheidung des *BGH*

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen soll ein induktiver Zugang über eine bislang - zu unrecht - in der Flut neuer obergerichtlicher Judikate untergegangene Entscheidung des *BGH* sein, in der sich der 5. *Senat*² im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Verfahrensrüge mit der Einbeziehung der Nachtragsanklage in das Hauptverfahren ohne die Zustimmung der Angeklagten befaßt:

Das LG hat die Angeklagten wegen einer Serie von Gewaltverbrechen zum Nachteil der Nebenklägerin wie folgt verurteilt: Den Angeklagten W wegen Vergewaltigung in 10 Fällen, sexueller Nötigung in 2 Fällen und räuberischer Erpressung zu 6 Jahren Jugendstrafe, den Angeklagten M wegen Vergewaltigung in 4 Fällen zu 2 Jahren Jugendstrafe unter Strafaussetzung zur Bewährung und den Angeklagten F wegen Vergewaltigung in 2 Fällen, sexueller Nötigung in 2 Fällen und Beihilfe zu räuberischer Erpressung zu 4 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe sowie den Angeklagten S wegen Vergewaltigungen in 7 Fällen zu 7 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe. Im übrigen wurden W, M und S freigesprochen. Die Revisionen von W und F führten zu einer Änderung der Schuldsprüche. Die Revisionsführer rügten mit Erfolg die Einbeziehung der Nachtragsanklage in das Verfahren durch die Jugendkammer, obwohl die Beschwerdeführer der Einbeziehung nicht zugestimmt hatten.

Im Rahmen der Vernehmung der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung waren vollständige Erkenntnisse über die Gesamtheit der Serienstraftaten zutage getreten. Unter Berücksichtigung der Belange der Verfahrensbeschleunigung und des Opferschutzes, so führt der *Senat* aus, müsse der Tatrichter in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft abwägen, ob er die Vorwürfe nach Erhebung einer weiteren Anklage und Verbindung insgesamt zum Gegenstand einer darauf neu zu beginnenden Hauptverhandlung machen oder ob er erst einmal die begonnene Hauptverhandlung im eingeschränkten, angeklagten Umfang zum Abschluss bringen wolle. Im letztgenannten Fall bestünde die Möglichkeit, sonstige prozessordnungsgemäß gewonnene Erkenntnisse über nicht angeklagte weitere Taten bei der Strafzumessung der abgeurteilten angeklagten Taten zu berücksichtigen. Dann obliege es der Staatsanwaltschaft, ob die Erhebung einer weiteren Anklage erforderlich sei oder ob insoweit nach § 154 I StPO verfahren werde. Der *Senat* stellt aber ausdrücklich fest, dass es der Jugendkammer verwehrt war, bislang nicht angeklagte Taten

² Beschl. v. 3.8.1998 – 5 StR 311/98 = NStZ-RR 1999, 303 = BGHR StPO § 266 Zustimmung 1.

(§ 264 I StPO) in das Verfahren einzubeziehen. Von dem Erfordernis der Zustimmung konnte nicht abgesehen werden, da eine diesbezügliche Ausnahmeregelung im Gesetz fehlt. Jenseits der Tatidentität des § 264 I StPO, in deren Grenzen § 265 StPO die Umgestaltung der Strafklage erlaubt, durfte den Angeklagten die Anklageerweiterung nicht aufgezwungen werden. Die Verweigerung der Zustimmung zur Nachtragsanklage der Angeklagten war somit beachtlich. Das Gericht führt zur Untermauerung dieser Feststellung aus (*Hervorh. v. Verf.*):

„Gerade im Falle umfassenden Bestreitens der Tatvorwürfe, wie vorliegend, wird eine Verweigerung der Zustimmung kein fernliegendes – *jedenfalls ohne weitergehende Besonderheiten auch nicht rechtsmißbräuchliches* – Verteidigungsverhalten sein.“

III. Missbrauchskontrolle im Strafprozess

Die Entscheidung des 5. *Senats* betritt mit ihrem beiläufigen Hinweis auf die Möglichkeit des Missbrauchs prozessualer Rechte bei Verweigerung der Zustimmung zur Nachtragsanklage äußerst unsicheres Terrain. Trotzdem ist die Praxis bereit, trotz der unklaren Konturen des Rechtsinstituts Rechte des Angeklagten zu verkürzen. Dies gilt nicht nur für die Hauptverhandlung, sondern auch für das Rechtsmittelverfahren. So findet sich in einer neueren Entscheidung des 2. *Senats*³ der apodiktische Hinweis: „Widersprüchliches Prozeßverhalten verdient jedoch keinen Rechtsschutz. Die Verfahrensbeschwerde erweist sich damit als mißbräuchliche und mithin unzulässige Ausübung der Rügebefugnis“. Trotz intensiver Diskussion ist es aber bislang noch nicht gelungen, über Voraussetzungen und Grenzen eines solchen Missbrauchs-»Tatbestands« auch nur näherungsweise Einigkeit herbeizuführen. Es darf auch nicht übersehen werden, dass nicht nur gegen seine Existenz, sondern auch gegen die Anwendung in diesem konkreten Fall fundamentale und, wie zu zeigen sein wird, berechtigte Einwände formuliert werden. Bevor also die Frage zu erörtern ist, ob im Sonderfall des § 266 I StPO überhaupt Raum für rechtsmißbräuchliches Verteidigungsverhalten des Angeklagten sein kann, ist eine Klärung dieser Grundfrage eines rechtsstaatlichen Verfahrensrechts geboten.

1. Theorie des Institutsmissbrauchs im Strafverfahrensrecht

a) *Teleologische Grenzziehungen: Vom Sinn und Zweck des Strafverfahrens*

Der wohl überwiegende Teil des Schrifttums⁴ sieht für den Fall, dass ein Verfahrensbeeteiligter die ihm durch die Strafprozessordnung eingeräumten Rechte dazu benutzt, gezielt verfahrensfremde oder -widrige Zwecke zu verfolgen, die Voraussetzungen rechtsmißbräuchlichen Verhaltens erfüllt. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass solche Prozesshandlungen dann bereits unzulässig seien, da kein anerkennenswertes

³ StV 2001, 101 m. abl. Anm. *Ventzke*.

⁴ *Stankewitz* in: FS-Schlüchter, Baden-Baden 1998, 25 (37); *Niemöller* StV 1996, 501 (505); *Basdorf* StV 1995, 310 (316); *Kintzi* DRiZ 1994, 325 (327); *Berg* DRiZ 1994, 380 (382); *Maatz* NSTZ 1992, 513 (514); *KK-Herdegen*, 4. Aufl. 1999, § 244 StPO, Rdnr. 68; *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, 44. Aufl. 1999, Einl., Rdnr. 111. Eine ausführliche, wenn auch etwas einseitige Darstellung des Meinungsstreits findet sich noch bei *Kröpil* JuS 1997, 354.

Rechtsschutzbedürfnis vorliegen könne. Begründet wird die Etablierung eines solchen, ungeschriebenen Missbrauchstatbestands vor allem damit, dass in jeder Verfahrensordnung der Gebrauch prozessualer Rechte nur zur Erreichung rechtlich gebilligter Ziele toleriert werden könne. In jüngerer Zeit hat insbesondere *Kröpi*⁵ verschiedentlich vorgeschlagen, § 241 I StPO für die damit notwendige Umgrenzung einer allgemeinen Missbrauchsklausel nutzbar zu machen. Dieser Vorschlag hat aus naheliegenden Gründen jedoch selbst innerhalb der h.M. keine Gefolgschaft gefunden, denn § 241 I StPO erläutert nicht den Begriffsinhalt, sondern setzt ihn voraus. Ein tragfähiges, nicht nur rein tautologisches Fundament für ein allgemeines Missbrauchsverbot versucht daher die Lehre vom Institutsmißbrauch im Strafprozess bereitzustellen.

Um diese Lehrmeinung richtig einordnen zu können, ist es erforderlich, im Wege der »Rechtsvergleichung« die anerkannten Grundsätze aus den anderen bundesdeutschen Verfahrensrechten kurz zu rekapitulieren. Für das Zivilprozessrecht ist anerkannt, dass alle Prozesshandlung analog § 242 BGB unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben stehen⁶. Auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird dieser Auslegungsgrundsatz - wohl schon wegen des Generalverweises in § 173 S. 1 VwGO - akzeptiert⁷. Das in § 242 BGB angelegte Verbot des Rechtsmißbrauchs kennzeichnet damit in beiden Prozessordnungen nach der Innentheorie⁸ die immanenten Schranken einer vom Gesetz im Grundsatz zugebilligten Rechtsstellung. Im einzelnen können unterschieden werden⁹:

- das Verbot, arglistig bestimmte prozessuale Rechtslagen zu schaffen,
- das Verbot widersprüchlichen Prozessverhaltens (*venire contra factum proprium*),
- die Möglichkeit der Verwirkung prozessualer Befugnisse bei treuwidrigem Verhalten,
- das generelle Verbot des Missbrauchs prozessualer Befugnisse (Institutsmißbrauch).

Die Theorie des Institutsmißbrauchs im Strafverfahrensrecht¹⁰ knüpft an diese Grundsätze an. Zwar seien deren Ergebnisse zur prozessualen Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben mangels Sonderverbindung aus einem (gesetzlichen) Schuldverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten in die StPO nicht ohne weiteres implementierbar. Dies bedeute aber nicht, dass die oben aufgestellten Grundsätze im Strafverfahren keine Bedeutung haben könnten. So kann etwa das von der Rechtsprechung¹¹ *praeter legem* entwickelte, rügerhaltende Widerspruchserfordernis

⁵ JA 1998, 680; *ders.* ZRP 1997, 9 (10); *ders.* JR 1997, 315 f. Seine in diesem Zusammenhang wiederholt vorgetragene Behauptung, es gäbe eine „einheitlich herrschende Auffassung“ zum Begriff des Mißbrauchs im Strafverfahren (JZ 1998, 135; *ders.* DRiZ 1996, 448 sowie *ders.* DVBl. 2000, 686 [687]), ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, unhaltbar.

⁶ BGHZ 20, 198 (206); *Stürmer* Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, S. 89. Weitere Nachw. bei *Ventzke*, StV 2001, 101 f.; *Herdegen* NStZ 2000, 1.

⁷ BVerwGE 44, 294 (298); BVerwG NVwZ-RR 1991, 111; BVerwG NVwZ 1990, 554.

⁸ Zum Begriff *Staudinger-Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 BGB, Rdnr. 129; *Kudlich* Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, Berlin 1998, S. 64 f.

⁹ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZivilprozeßR, 15. Aufl. 1993, § 65 VII (S. 362 f.)

¹⁰ Grundlegend *Weber* GA 1975, 289 (293); *Rüping/Dornseifer* JZ 1977, 417 (418). Weitere Nachw. zum neueren Schrifttum bei *Jahn* ZRP 1998, 103 (105).

¹¹ St. Rspr. seit BGHSt 38, 214 (225). Umfassende Nachw. dazu bei *Heinrich* ZStW 112 (2000), 398 (406 ff.); *Herdegen* NStZ 2000, 1 (4). Demgegenüber ergibt sich aber bereits im Umkehrschluß aus den §§ 6a S. 3, 16 S. 3, 25, 222b I 1 StPO und dem Vergleich mit § 295 ZPO, dass eine allgemeine

beim Verstoß gegen Belehrungspflichten gerade auch als - wenngleich verunglückte - Übertragung des Verwirkungsgedankens in die StPO interpretiert werden. Jede Rechtsausübung habe sich daher im Rahmen des mit der Ordnung des jeweiligen Rechtsinstituts gesetzten Zwecks zu bewegen. Prozessrechtlich unzulässig sei hiernach jedes von einem entsprechenden Rechtsmissbrauchswillen getragene Verhalten, das dem Zweck des Strafverfahrens, auf justizförmige Weise innerhalb angemessener Zeit zu einer Aufklärung des Sachverhaltes und einer Entscheidung über den staatlichen Strafanspruch zu gelangen, entgegenwirken solle¹². Methodisch handelt sich also um eine teleologische Reduktion des Normbereichs einzelner Verfahrensvorschriften unter Bezugnahme auf die Ziele des Strafverfahrens¹³. Weitere aussichtsreiche Präzisierungsversuche zum Begriffsinhalt stehen aber derzeit noch aus. Umfang und Grenzen eines Missbrauchsverbots im Strafverfahren sind, wie etwa *Beulke*¹⁴ unumwunden einräumt, „noch völlig ungeklärt“. Allenfalls findet man rudimentäre Ansätze einer Kasuistik. So könne beispielsweise die Prozessverschleppung als typischer Fall der Verfolgung verfahrensfremder Zwecke verstanden werden, denn sie verlasse den prozessualen Konsens über die angemessene Lösung von Konflikten¹⁵.

b) Kritik: Methodologische Defizite

Die Etablierung dieser allgemeinen Missbrauchsklausel kann freilich schon aus methodischen Gründen nicht überzeugen. Gerade deshalb ist der Institutsmissbrauchsgedanke selbst in der heutigen zivilrechtlichen Lehre längst nicht mehr unumstritten. Denn wie im Strafprozess besteht auch im Zivilrecht das logische Grundproblem darin, dass sich die unzulässige Rechtsausübung erst im Prozess entfaltet. In einer aktionenrechtlich formulierten Sprache können Rechtsfolgen also nur als Chancen und Risiken in konkreten prozessualen Situationen begriffen werden¹⁶. Die Theorie vom Institutsmissbrauch will nun den Missbrauch von Normen, Rechtsinstituten und Rechtsstellungen bei Nichtbeachtung der jeweils immanenten Schranken verhindern. Wenn diese Schranken nicht eingehalten würden, entstehe das Recht nicht. Doch wie soll der *Missbrauch* möglich sein, wenn er doch denknötwendig zunächst den *Gebrauch* des Rechts voraussetzt? Auf diesen sprachlogischen Einwand fehlt bislang eine plausible Antwort. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen ist für einen Verstoß gegen den Treu und Glauben zudem kein Verschulden erforderlich¹⁷. Die Feststellung - oder zumindest Zuschreibung - einer inneren (Missbrauchs-) Tendenz ist aber für die strafprozessuale Theorie vom Institutsmissbrauch nach ihren eigenen Voraussetzungen

Rügepräklusion der Strafprozeßordnung fremd ist, vgl. *Jahn* »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998, S. 71 f.

¹² Vgl. *OLG Hamburg* NJW 1998, 621 (622); *LG Ansbach* StV 1995, 287 (288); *LG Wiesbaden* NJW 1995, 409 (410); *Kröpil* ZRP 1997, 9 (12); *Berg* DRiZ 1994, 380 (383).

¹³ S. Löwe/Rosenberg-Lüderssen, 25. Aufl. 1999, Einl. L, Rdnr. 35; *Herdegen* NSTZ 2000, 1 (2); *Jahn* ZRP 1998, 103 (105).

¹⁴ StrafprozeßR, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 126a. Ebenso *Becker*, Das deutsche Rechtsmittelsystem, in: Rechtsmittel im Strafrecht, Bd. 1, (Hrsg.) *Becker/Kinzig*, Freiburg 2000, 1 (21 f.).

¹⁵ *Kröpil* AnwBl. 1999, 15 (19); *Rüping/Dornseifer* JZ 1977, 417 (419).

¹⁶ *Staudinger-Schmidt* (o. Fn. 8), § 242 BGB, Rdnr. 644.

¹⁷ *BGHZ* 64, 5 (9): „Es kommt lediglich darauf an, ob bei objektiver Betrachtung ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt“. A.A. für den Rechtsmißbrauch (die *exemptio doli* i.e.S.) *MüKo-Roth*, 3. Aufl. 1994, § 242 BGB, Rdnr. 280.

zwingend. Auch dieser Widerspruch bleibt ungeklärt. Und selbst wenn man dies anders sehen wollte, verbietet es sich, mit der Zuschreibung mangelnder subjektiver Ernstlichkeit der Prozesshandlung zu operieren. Es gehört zu den klassischen Einsichten eines *Eb. Schmidt*¹⁸, dass etwa der Antrag, mit dem der nicht in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte oder sein Verteidiger nur Zeit gewinnen und den Prozess verschleppen will, gerade im Strafprozess *ganz besonders* ernstlich gemeint sein kann.

Zuletzt bereitet auch die Bestimmung des Inhalts einer ungeschriebenen Missbrauchsklausel unüberwindbare Probleme. Denn wenn der Anwendungsbereich von Normen der Strafprozessordnung teleologisch reduziert werden soll, entsteht das Problem, dass man der Strafprozessordnung keinen Hauptzweck beilegen kann. Die Ziele des Strafverfahrens sind auch heute noch nicht geklärt, und wenn in diesem Bereich Einigkeit besteht, so doch nur insoweit, als dass die Prozessziele »Wahrheit und Gerechtigkeit« - was immer sich hinter diesen wertausfüllungsbedürftigen Globalbegriffen auch verstecken mag - jedenfalls vor allem durch ihre Antinomie zum Schutz der Beschuldigtenrechte und zu einem an den Gesetzesvorbehalt rückgekoppelten Strafprozessbegrenzungsrecht auszeichnen¹⁹. Doch je zahlreicher die aner kennenswerten Zwecke des Strafprozessrechts werden, um so unanwendbarer wird die Theorie, da sie mit steigender Anzahl tolerabler Zwecke notwendigerweise immer weniger Verhaltensweisen als intolerabel identifizieren kann.

Diese Bedenken haben sich in einer Vielzahl vermittelnder Auffassungen niedergeschlagen, welche trotz gewisser Nuancen regelmäßig eine Zurücknahme der Mißbrauchskontrolle auf „eindeutige Ausnahmefälle“ befürworten²⁰. Zur Begründung wird vor allem auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hingewiesen. Zudem seien an den Nachweis der mißbräuchlichen Zielsetzung sehr strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere eine Prüfung der Zweckmäßigkeit von Prozeßhandlungen stünde dem Gericht keinesfalls zu. Wenn auch aus der Bedürfnislage der Praxis manches für diese Ansicht sprechen mag - die Identifikation des »eindeutigen« Mißbrauchs darf nicht dem Tatgericht überlassen werden, weil oftmals Spannungen im Verfahrensablauf vorausgegangen sein werden, die erst in entsprechenden Vorwürfen kulminieren. Dies ist auch der gemeinsame Grundgedanke der Zuständigkeitsverlagerungen in den §§ 27, 138c StPO. Die Verteidigung (im materiellen Sinne) wird auch durch diese Position einer nicht

¹⁸ Lehrkommentar zur StPO und zum GVG II, Göttingen 1957, § 27 StPO, Rdnr. 13.

¹⁹ *Jahn* (o. Fn. 11), S. 175 ff. m.w.N.

²⁰ So wörtlich *OLG Hamburg* NJW 1998, 621 (622). In der Sache ebenso *Roxin* FS-Hanack, Berlin/New York 1999, 1 (20); *Christensen/Kudlich* in: Norm und Entscheidung, (Hrsg.) *Feldner/Forgó*, Wien/New York 2000, 189 (217 ff.); *Kudlich* NSTZ 1998, 588 (589); *ders.* in: FS-Schlüchter, Baden-Baden 1998, 13 (22 ff.); *Jähnke* NJW 1988, 1888 (1893); *Grüner* (o. Fn. 1), S. 114; *Kniemeyer* Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten, Frankfurt u.a. 1997, S. 38 f. Zu vergleichbaren Ergebnissen kommt der Vorschlag von *Scheffler* JR 1993, 170 (172) und GA 1996, 44 (46), der das in § 226 BGB enthaltene Verbot schikanöser Rechtsausübung im Strafprozeß entsprechend heranzuziehen. Die Rechtsausübung sei danach unzulässig, wenn sie objektiv und subjektiv *nur* den Zweck haben könne, einem anderen Schaden zuzufügen. Diesem Vorschlag ist zuzugeben, daß eine solche Anwendung der Vorschrift im Strafprozeß interessengerecht sein könnte. Aber diese Entscheidung muß dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Zudem birgt die Anwendung des § 226 BGB im Strafprozessrecht die Gefahr der schrankenlosen Anwendung zivilprozessualer Grundsätze. Denn warum bei einer Analogie zu § 226 BGB eine Analogie zu § 242 BGB unzulässig sein sollte, ist methodologisch wegen des entstehungsgeschichtlichen Zusammenhangs der beiden Normierungen nicht zu rechtfertigen.

hinnehmbaren Fremdkontrolle ausgerechnet durch das Gericht unterworfen, das nach der Konzeption des reformierten Strafverfahrens wegen des Grundsatzes der Amtsaufklärung regelmäßig diametral entgegengesetzte Interessen hat. Es gehört zu den grundlegenden Einsichten juristischer Methodologie, daß »Handgreiflichkeit«, »Offensichtlichkeit« und »Evidenz« keine dogmatisch validen Kategorien, sondern erfahrungsgesteuerte Zustandsbeschreibungen sind. Soweit von der Missbrauchstheorie zuletzt noch eine verfassungsrechtliche Argumentationsebene mit dem Gedanken der Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums oder seiner (normativ aufgeladenen) Verantwortung für das Verfahren gesucht wird, ist dies mit Blick auf die individuelle Abwehrfunktion der prozessualen Grundrechte des Angeklagten anfechtbar. Einen derart vagen Gemeinwohlvorbehalt der Grundrechtsausübung kennt das Bonner Grundgesetz nicht, wie der Umkehrschluss aus Art. 18 S. 1 GG belegt. Nicht ohne Grund ist deshalb die Grundrechtsverwirkung mit besonderen verfahrensrechtlichen Sicherungen versehen und die Zuständigkeit beim *BVerfG* konzentriert (Art. 18 S. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 1, 36 ff. BVerfGG). Zudem könnten gerade die (Straf-) Prozessgrundrechte, wie der Umkehrschluss aus Art. 18 S. 1 GG zeigt, nicht einmal dort verwirkt werden²¹.

2. Die Rechtsprechung

a) Leitentscheidungen

Des ungeachtet finden sich in der Rechtsprechung seit jeher Tendenzen, rechtsmissbräuchliches Verhalten im Strafprozess zu unterbinden. Auch an diese Rechtsprechungstradition knüpft die hier zu besprechende Entscheidung des 5. *Senats* - unausgesprochen - an. Bereits im ersten Band der amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen²² statuiert das Gericht, es müsse

„eine Schutzwehr dagegen geben, (...) daß nicht das dem Angeklagten in § 244 eingeräumte formale Recht (...) lediglich zum Verschleiß des Prozesses chikanös gemißbraucht werde“.

Später wird dieses Ergebnis mit dem - nun allgemeiner gehaltenen - Satz bekräftigt, dass insbesondere der Gebrauch des Beweisantragsrechts dem Zweck des Verfahrens nicht „Hohn sprechen“²³ dürfe. Diese Tradition reichsgerichtlicher Rechtsprechung wird auch in der Spruchpraxis des *BGH* dem Grunde nach fortgeführt, wengleich das Gericht stets das Verhältnis von Regel und Ausnahme zu betonen versucht. So genüge allein die formelhafte Berufung des Tatgerichts auf rechtsmissbräuchliches Verhalten für die Ablehnung des Beweiserhebungsanspruchs nicht. Allerdings seien, so der *I. Strafsenat*²⁴, außerordentliche Fallkonstellationen denkbar, in denen sich beispielsweise die Stellung eines Beweisantrags

²¹ Zum Ganzen ausführlicher *Sachs* JuS 1995, 984 (985); *Schnapp* JuS 1987, 732 (733). Abl. zur Herleitung eines prozessualen Mißbrauchsverbots über Art. 18 GG daher - insoweit zutr. - *Kröpil* ZRP 1997, 9 (12).

²² *RGSt* 1, 241 (243 f.). In *RGSt* 13, 151 (153) wird dies dahingehend präzisiert, dass solche Anträge *ausschließlich* zur OProzeßverschleppung gestellt worden sein müßten, was er heutigen Rechtslage gem. § 244 III 2 StPO entspricht.

²³ *RGSt* 45, 138 (141). Überblick über weitere Entscheidungen bei *Kröpil* JuS 1997, 354 (356).

²⁴ *BGH* StV 1986, 374. Abl. dazu jüngst auch *Fahl* StV 2001, 98 (99) m.w.N.

als grober Missbrauch verfahrensrechtlicher Befugnisse darstellen könne. Die Parallele dieses *obiter dictum* zu der hier zu besprechenden Entscheidung ist augenfällig. Denn allein die Erwähnung einer Rückausnahme in einem Fall, in dem ihre Voraussetzungen „offenbar nicht“²⁵ vorlagen, wie die Urteilsgründe zwei Sätze später selbst bemerken, verwundert. Ähnlich verhält es sich nun auch wieder in dem hier zu besprechenden Beschluß, in welchem der *Senat* darauf hinweist, dass das Verhalten „jedenfalls ohne weitergehende Besonderheiten“²⁶ kein rechtsmissbräuchliches Verteidigerverhalten sei. Bei genauerem Hinsehen sind solche Ausführungen nur als Hinweise auf die Befindlichkeit im zur Entscheidung berufenen Senat verständlich. Offenbar soll durch solche Hinweise den Tatrichtern die - wegen §§ 337, 338 Nr. 8 StPO revisionsrechtlich motivierte - Scheu vor entsprechenden Entscheidungen genommen werden. Die Leitentscheidung *BGHSt* 38, 111 hat diese »Missbrauchs-Grundsätze« geradezu allgemeinverbindlich gemacht.

In dem Verfahren hatte der Angekl. P in der im Oktober 1988 begonnenen Hauptverhandlung bis zum September 1989 ca. 300 Beweisanträge gestellt, diese aber nach Ablegung eines Geständnisses wieder zurückgenommen. Nach Widerruf des Geständnisses ein Jahr nach Beginn der Hauptverhandlung war die StrK nahezu ausschließlich mit der Entgegennahme und Bescheidung von Beweisanträgen des Angeklagten P beschäftigt. Schließlich hatte der Mitangeklagte R Anfang Januar 1990 ca. 8.500 schriftliche Beweisanträge eingereicht. P. hatte erklärt, dass er sich diesen - ihm unbekanntem - Anträgen »schon jetzt« anschließe. Die StrK meinte nach Prüfung von über 100 Beweisanträgen, es bestehe »kein Zweifel daran, dass der Angeklagte P sein Antragsrecht gröblich missbraucht hat mit dem Ziel, das Verfahren zur Verhinderung eines ihm nicht genehmen Abschlusses durch Urteil zu verzögern, das Gericht zu ermüden und zu einer bindenden Zusage für eine von ihm als akzeptabel angesehene Strafe zu bewegen«. Die Kammer hatte durch Beschluß verlangt, dass der Angeklagte seine Anträge künftig über die Verteidiger stellen solle, um eine rechtliche Kontrolle darüber stattfinden zu lassen, ob es sich um sachdienliche Anträge handelte.

Der 4. *Strafsenat* sah hierin keine unzulässige Beschränkung der Verteidigungsrechte. Diese Entscheidung wurde in der Literatur²⁷ bekanntlich vielfach begrüßt, weil hierdurch eine Lücke geschlossen werde, die durch die Notwendigkeit der Beweisantizipation in § 244 III 2 StPO gerissen werde. Zudem beuge diese Rechtsprechung der Gefahr vor, dass die »knappe Ressource Recht« unter die Räder gerate. Einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten, das die rechtsstaatlich geforderte effektive Förderung eines Strafverfahrens seitens aller Verfahrensbeteiligten ernsthaft und nachhaltig in Frage stelle, könne vielmehr allein auf der Grundlage des allgemeinen Missbrauchsverbots jedenfalls dann begegnet werden, wenn Einschränkungen prozessualer Rechte ihrerseits nicht das Recht des betroffenen Verfahrensbeteiligten sich umfassend verteidigen zu können, in Frage

²⁵ *BGH StV* 1986, 374 (375 - *Hervorh. v. Verf.*). Tatsächlich kommen solche Botschaften bei den landgerichtlichen Strafkammern an. So hat der 3. *Strafsenat* (*StV* 1991, 99 [100]) die Ansicht des Tatgerichts gebilligt, welches den Antrag des Verteidigers auf Vernehmung des Berichterstatters der *Kammer* als Zeugen mit der Begründung abgelehnt hatte, dessen Benennung in Kenntnis seiner der Beweisbehauptung entgegenstehenden dienstlichen Äußerung diene verfahrensfremden Zwecken und sei deshalb unzulässig.

²⁶ *BGH NStZ-RR* 1999, 303 = *BGHR StPO* § 266 Zustimmung 1.

²⁷ *Roxin FS-Hanack* (o. Fn. 20), 19 f.; *Niemöller StV* 1996, 501 (506); *Basdorf StV* 1995, 310 (316); *Berg DRiZ* 1994, 380 (382); *Kintzi DRiZ* 1994, 325 (327); *Maatz NStZ* 1992, 513 (518).

stellten²⁸. Konstruktiv kann man also die vom 4. Strafsenat gebilligte »Filterfunktion« des Verteidigers als Ausdruck des Prinzips der Erforderlichkeit (Gebot des Interventionsminimums) bei der Missbrauchsbekämpfung verstehen.

b) Kritik: Der Vorbehalt des Gesetzes

Grundlegend - und zutreffend - ist der verfassungsrechtlich motivierte Einwand gegen diese Rechtsprechung, nach dem sie die Zäsur durch das Grundgesetz bei der Rezeption der Missbrauchsrechtsprechung des RG nicht reflektiert. Es entspricht aber dem rechtsstaatlichen Basisprinzip vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG), dass für alle belastende Hoheitsakte grundsätzlich eine ausdrückliche gesetzliche Eingriffsermächtigung vorliegen muss. Dies gilt im vorliegenden Kontext nach den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie um so mehr, weil eine effektive Verteidigung zum Kernbereich der Gewährleistungen des Art. 103 I GG (für den Angeklagten)²⁹ und des Art. 12 I GG (für den Verteidiger)³⁰ gehört. »Wesentlichkeit« in diesem Sinne meint aber vor allem wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte³¹ - und damit auch für ihre Verwirkung. Einer Abwägungsdogmatik, die das Prinzip der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Eigenwert gegen die Rechte des Verfahrenssubjekts Verteidiger und der Subjektstellung des Mandanten unter Ausblendung des Gesetzesvorbehalts ausspielt, ist deshalb entschieden entgegenzutreten.

Daneben zeigt die historische Diskussion um die Etablierung einer allgemeinen Missbrauchsklausel, dass die Entscheidung dieser Frage dem Gesetzgeber überlassen werden muss. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung sind nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz in Art. 20 II 2 GG jedenfalls dann erreicht, wenn eine bewusste *Nicht-Entscheidung* des Gesetzgebers für eine allgemeine Sabotageklausel als Zustimmung zu ihrer Etablierung durch Judikativentscheidung gedeutet wird. Dies gilt sowohl für die im Kontext der sog. »Terroristenprozesse« geführte Diskussion um eine allgemeine Prozesssabotageklausel (§ 138b StPO eines 2. Strafverfahrensreformgesetzes³² und eines Gesetzes zum Schutze der Rechtspflege³³), die schon Mitte der 1970er Jahre in beinahe einhelliger Ablehnung einer solchen Normierung mündete³⁴, als auch angesichts der Beschlusslage auf dem 60. Deutschen Juristentag, der sich mehrheitlich gegen eine allgemeine Missbrauchsklausel gewandt hatte³⁵, ohne dass der Gesetzgeber seither aktiv geworden wäre. Im Gegenteil: Äußerungen aus dem Bundesjustizministerium weisen ausdrücklich darauf hin, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Einschränkung

²⁸ BGHSt 38, 111 (114).

²⁹ Die Rechtsprechung (z.B. BGHSt 42, 15 [20 f.]; 39, 310 [312]; BVerfGE 39, 238 [243]) verortet das Verteidigungsrecht des Angekl. demgegenüber nicht in Art. 103 I GG (zu den Gründen hierfür Jahn [o. Fn. 11], S. 209 ff.), sondern - bei im wesentlichen gleichen Auslegungsergebnis - in Art. 2 I, 1 I GG i.V.m. Art. 20 III GG.

³⁰ Jahn (o. Fn. 11), S. 155 ff.

³¹ Statt aller Jarass/Pieroth, 5. Aufl. 2000, Art. 20 GG, Rdnr. 46

³² BT-Ds. 7/2526, S. 31; BR-Ds. 90/75, S. 4. Abl. dazu der damalige BMJ Vogel BT-Prot. 7/8299; ders. NJW 1978, 1217 (1223) und der Rechtsausschußbericht auf BT-Ds. 7/2989, S. 4 f.

³³ BT-Ds. 7/3116, S. 5; BR-Ds. 90/75, S. 6.

³⁴ Gerhardt ZRP 1974, 125 (126 f.); Dahs NJW 1975, 1385 (1390); Baumann ZRP 1975, 38 (41); Herrmann JuS 1976, 413 (418). Weitere Nachw. bei Jahn NSTZ 1998, 389 (393); ders. ZRP 1998, 103 (107).

³⁵ Verhandlungen des 60. DJT Münster 1994, Bd. II/1, München, 1994, M 85 ff.

z.B. des formellen Beweisantragsrechts, wie etwa im CDU/CSU-Entwurf eines Strafverfahrensbeschleunigungsgesetzes vorgesehen³⁶, bestehe³⁷.

Auch die systematische Auslegung der verschiedenartigen und in dem Bestreben um präzise Eingriffsvoraussetzungen normierten Missbrauchstatbestände in §§ 26a I Nr. 3, 138a I Nr. 2, 231a, 241 I und II, 244 III, 245 II 2, 266 III 1 StPO zeigt im Umkehrschluss, dass eine allgemeine Missbrauchsklausel nicht existiert³⁸. Das dagegen vorgebrachte Argument, man dürfe ohne weiteres bei den durch diese Vorschriften *nichtgeregelten* Sachverhalten auf eine allgemeine Missbrauchsklausel rekurrieren, ist von nur vordergründiger Plausibilität. Das rechtsstaatliche Enumerationsprinzip, nach dem jeder belastende staatliche Eingriffsakt einer Eingriffsermächtigung bedarf, wird nämlich bei dieser Betrachtungsweise auf den Kopf gestellt. Dies zeigt das folgende - drastische - Beispiel: Wenn der Angeklagte den Hauptbelastungszeugen während dessen Aussage in der Hauptverhandlung hinterrücks erschießt, ist diese Konstellation in den Vorschriften über den Ablauf der Hauptverhandlung (§§ 243 ff. StPO) ebenfalls „gar nicht angesprochen“³⁹. Doch dies ist kein Missbrauch prozessualer Rechte, sondern ein Mord.

IV. Das Wesen der Nachtragsanklage

1. Erweiterung und Konkretisierung des Gegenstandes der Anklage und Urteilsfindung

Festzuhalten bleibt also, dass der Aktivierung des Rechtsmissbrauchsgedankens im Verfahren schon grundsätzlich durchgreifende Bedenken entgegenstehen. Aber selbst dann, wenn man die hier vorgetragenen Bedenken nicht mittragen wollte, ist jedenfalls in der prozessualen Situation des § 266 I StPO der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht geeignet, die Zustimmung des Angeklagten zu ersetzen: Gegenstand des Strafverfahrens gegen den Beschuldigten ist die angeklagte Tat⁴⁰ im prozessualen Sinn⁴¹. Damit wird der Umfang der Erkenntnispflicht des Gerichts festgelegt⁴²; nur diesen dadurch aufgedeckten Vorgang hat das Gericht rechtlich – wenngleich vollständig - zu bewerten⁴³. Hat die Staatsanwaltschaft einen Vorgang angeklagt, so stehen sämtliche dazugehörige Geschehnisse zur Verhandlung und Entscheidung durch das Gericht an, unabhängig von

³⁶ *BT-Ds.* 14/1714 mit Aussprache *BT-Prot.* 14/63 v. 28.10.1999, S. 5675 ff.

³⁷ Pointiert die Äußerung der BMJ *Däubler-Gmelin* AnwBl. 1999, 586 (592) und *recht* Nr. 5 v. Sept./Okt. 1999, S. 49: „Für ein aufgeregtes Beklagen einer durch Konfliktverteidigung nahezu kollabierenden Strafjustiz gibt es keine Grundlage. Deswegen sehe ich auch keinen Anlaß für gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Bereich“. Dagegen jüngst *J. Jahn* DRiZ 2001, 8.

³⁸ So auch *Kühne* StrafprozeßR, 5. Aufl 1999, § 15 Rdnr. 293; *Krahl* GA 1998, 329 (342); *Hamm* NJW 1993, 289 (296).

³⁹ *Kudlich* NStZ 1998, 588.

⁴⁰ Vgl. dazu das Korrelat Art. 103 III GG: *BVerfGE* 45, 434; *BGHSt* 32, 146 (150).

⁴¹ *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (o. Fn. 4), § 264 StPO, Rdnr. 1; *LR-Gollwitzer*, 24. Aufl. 1987, § 264 StPO Rdnr. 3.

⁴² *AK-Loos*, StPO, 1993, § 264 Rdnr. 1, *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 7a.

⁴³ *BGHSt* 43, 96 ff.; 22, 105 (106); *OLG Düsseldorf* OLGSt § 263 StGB Nr. 2; *SK-Schlüchter*, Stand Okt. 1998, § 264 StPO Rdnr. 4.

dem Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft⁴⁴. Das Gericht ist nicht an die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Würdigung des Geschehens gebunden. Mithin ist es unerheblich, ob die Staatsanwaltschaft bestimmte Geschehensvorgänge als nicht strafbar⁴⁵ oder als eine andere prozessuale Tat gewürdigt hat⁴⁶. Somit verengt die Auffassung der Staatsanwaltschaft den Prozessgegenstand nicht⁴⁷. Es kommt nur dann auf den Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft, wenn fraglich ist, ob bestimmte weitere Geschehnisse eher beiläufig und nur zum Verständnis des Sachverhaltes mitgeteilt worden sind⁴⁸. Ist dies der Fall und bildet der in Ergänzung mitgeteilte Sachverhalt eine neue prozessuale Tat, so unterliegt dieser Teil nicht der Aburteilung und Entscheidung durch das Gericht⁴⁹. Ermitteln lässt sich der Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft über die Auslegung der Anklageschrift. Gegebenfalls kann dabei auf die wesentlichen Ermittlungsergebnisse zurückgegriffen werden⁵⁰.

Mit der Bestimmung des aufzuklärenden und abzuurteilenden Sachverhaltes kommt der Anklageschrift gleichzeitig eine *Begrenzungsfunktion*⁵¹ zu. Das Gericht darf *nur* in dem von der Anklage vorgegebenen Rahmen die Haupttatsachen würdigen und die Tat aburteilen. Eine gesetzlich geregelte Ausnahme bildet die Umgestaltungsmöglichkeit gem. § 264 II StPO. Nach dieser Vorschrift ist das Gericht an die Beurteilung der Tat, wie sie sich nach dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens darstellt, unter bestimmten Voraussetzungen nicht gebunden. Es kann eine Änderung sowohl der tatsächlichen als auch rechtlichen Beurteilung im Verhältnis zur Anklage im Hauptverfahren vornehmen⁵². Sofern es dabei um tatsächliche Vorgänge, also um Tatsachengrundlagen geht, können sie in die Verurteilung mit einbezogen werden⁵³. Dies gilt aber nur dann, wenn die Identität der Tat gewahrt bleibt⁵⁴. D. h. die Grenzziehung erfolgt durch die Bestimmung der prozessualen Tat im Sinne des § 264 StPO. Nur *eine* prozessuale Tat ist nicht mehr gegeben, wenn die neuen Tatsachen einen anderen Geschehensablaufs betreffen, der in der Anklage nicht besonders erwähnt worden ist⁵⁵.

⁴⁴ Vgl. *BGHSt* 16, 200 (202); *BGHSt* 23, 270 (275); *BayObLG MDR* 1991, 985; *OLG Düsseldorf NJW* 1983, 767 (768); *OLG Saarbrücken NJW* 1974, 375 (376).

⁴⁵ *BayObLG NJW* 1964, 1813; *SK-Schlüchter* (o. Fn. 43), § 264 StPO Rdnr. 2.

⁴⁶ *KK-Engelhardt* (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 9 u. a. mit Hinweis auf *BGH v. 25.1.1978 – 3 StR 501/77*.

⁴⁷ *SK-Schlüchter* (o. Fn. 43), § 264 StPO Rdnr. 2.

⁴⁸ *LR-Gollwitzer* (o. Fn. 41), § 264 StPO Rdnr. 15.

⁴⁹ *BGHSt* 13, 21 (26); *BGH NJW* 1959, 898; *BayObLG NJW* 1989, 2828 (2829); *BGHSt* 41, 292 (297); *BGH NSTZ* 1996, 563.

⁵⁰ *Schäpe* Die Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschluss und ihre Heilung im späteren Verfahren, Frankfurt 1998, S. 74 f., 135 f. Kritisch dazu *Danko* Rechtsfehler bei der Anklageerhebung oder in der Anklageschrift unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Frankfurt 1998, S. 107 mit Hinweis auf *OLG Schleswig StV* 1995, 455 (456).

⁵¹ *SK-Schlüchter* (o. Fn. 43), § 264 StPO Rdnr. 5; *Danko* (o. Fn. 50), S. 64 ff.; *Schäpe* (o. Fn. 50), S. 53 ff.

⁵² *Kleinknecht/Meyer-Gößner* (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 8.

⁵³ Es kommt nicht darauf an, ob diese Tatsachen erst in der Hauptverhandlung zutage getreten oder aber bereits aus den Akten zu entnehmen sind: *LR-Gollwitzer* (o. Fn. 41), § 264 StPO Rdnr. 21 m.w.N.

⁵⁴ *RGSt* 51, 371 (372 f.); 55, 76 (77); 59; 359 ff. Vgl. dazu auch insbesondere die neuere Entscheidung des *BGH NSTZ-RR* 1996, 203; *KK-Engelhardt* (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 15.

⁵⁵ *BGHSt* 32, 215 (216); Siehe auch die umfassende Darstellung der Beispiele bei *Kleinknecht/Meyer-Gößner* (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 9 und die Einzelfragen zur fortgesetzten Handlung und des Dauerdelikts bei *SK-Schlüchter* (o. Fn. 43), § 264 StPO Rdnr. 28 f.

Davon unterscheidet sich die Umgestaltungsmöglichkeit der Strafklage in rechtlicher Hinsicht⁵⁶. Eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes steht zur Disposition des Gerichts gem. § 264 II StPO⁵⁷. Dies gilt sowohl für den ersten Rechtszug als auch nach Zurückverweisung der Sache für das Revisionsgericht⁵⁸. Dabei sind alle zur angeklagten Tat gehörenden Umstände rechtlich zu würdigen, soweit der Einbeziehung nicht rechtliche Gründe, wie z. B. der Strafklageverbrauch⁵⁹ oder die Verjährung entgegenstehen⁶⁰.

Kommt es zu einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes, so greift die in § 265 I StPO statuierte Hinweispflicht gegenüber dem Angeklagten⁶¹ und räumt diesem Gelegenheit zur Verteidigung ein. Dadurch soll die Gewährleistung der Verteidigungsrechte des Angeklagten umfassend gesichert werden. Denn die Möglichkeit der Verteidigung darf durch die Umgestaltung der Anklage nicht eingeschränkt werden⁶². Es ist vielmehr erforderlich, dass dem Angeklagten hinreichend deutlich wird, dass die Abweichungen in der rechtlichen Würdigung zu einem gegen ihn neu erhobenen Vorwurf geführt haben⁶³. So muss der Angeklagte explizit darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Verurteilung wegen eines anderen Strafgesetzes in Betracht kommen kann⁶⁴. Dadurch sichert das Gesetz ihn vor solchen Überraschungen⁶⁵, die dadurch entstehen, dass das Gericht die Tatsachengrundlage rechtlich anders würdigen darf und nicht an die rechtliche Würdigung der Anklage gebunden ist⁶⁶. Dies gewährleistet die Sicherung der umfassenden Verteidigung, womit nicht zuletzt die besondere Fürsorgepflicht⁶⁷ gegenüber dem Angeklagten zutage tritt.

2. Funktionen der Nachtragsanklage unter Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte

Nur dann, wenn die Umgestaltung der Anklage an die rechtlich normierten Grenzen stößt, kommt das Institut der Nachtragsanklage gem. § 266 StPO ins Spiel⁶⁸. Betrachtet man den Ablauf des Verfahrens, so müsste, um über eine neue Tat verhandeln zu können, eine neue Anklage erhoben und das Zwischenverfahren durchgeführt werden. Dieses nunmehr notwendige Verfahren wird durch die Erhebung der Nachtragsanklage erspart⁶⁹. Die Nachtragsanklage tritt vielmehr an die Stelle der Anklage und der

⁵⁶ Zu den rechtlichen Abweichungen im Einzelnen vgl.: LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 264 StPO Rdnr. 28.

⁵⁷ BGHSt 32, 84 (85); OLG Koblenz NJW 1982, 1770; Roxin, StrafverfahrensR, 25. Aufl. 1998, § 46 Rdnr. 6.

⁵⁸ BGHSt 9, 324 (326 f.).

⁵⁹ Ein solcher ist von Amts wegen zu berücksichtigen: BGH NJW 1952, 432.

⁶⁰ BGHSt 25, 72 (75 f.).

⁶¹ Vgl. dazu insbesondere: BGH NJW 1955, 1600 L; BGH NJW 1963, 2238.

⁶² LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 264 StPO Rdnr. 25.

⁶³ KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 264 StPO Rdnr. 18.

⁶⁴ Zu den weiteren Einzelheiten und Beispielen vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 265 StPO Rdnrn. 8a ff.

⁶⁵ Siehe nur BGHSt 25, 287 (289); BGHSt 29, 274 (278); BGH NStZ 1985, 563.

⁶⁶ Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 265 StPO Rdnr. 3.

⁶⁷ KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 265 StPO Rdnr. 1; LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 265 StPO Rdnr. 2.

⁶⁸ BGH StV 1982, 256 (257); SK-Schlüchter (o. Fn. 43), § 264 StPO Rdnr. 45 und Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 2 jew. m.w.N.

⁶⁹ Roxin (o. Fn. 57), § 46 Rdnr. 5; SK-Schlüchter (o. Fn. 43), § 266 StPO Rdnr. 1.

Einbeziehungsbeschluss an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses⁷⁰. So wird die Notwendigkeit einer förmlichen Einbeziehung der neuen prozessualen Tat⁷¹ gesichert. Dadurch erfolgt keine Durchbrechung, sondern zu eine Bestätigung des Akkusationsprinzips⁷². Warum dieses Institut der Nachtragsanklage unter Einhaltung der genannten Voraussetzungen notwendig ist, erhellt der Blick auf die hinter § 266 StPO stehenden Verfahrensgrundsätze. Diese sind für die Rechte des Angeklagten zur Proklamation der Notwendigkeit des uneingeschränkten Zustimmungserfordernisses fruchtbar zu machen.

a) Die Zustimmung als Voraussetzung der Einbeziehung der Nachtragsanklage

Die Nachtragsanklage gem. § 266 StPO kann von der Staatsanwaltschaft nach ihrem Ermessen⁷³ im laufenden Verfahren und zwar bis zum Beginn der Urteilsverkündung⁷⁴ mündlich⁷⁵ erhoben werden. Notwenig ist, dass das Gericht auch für diese neue Tat sachlich zuständig, oder zumindest keine Zuständigkeit eines höheren Gerichts gegeben ist⁷⁶.

⁷⁰ BGHSt 9, 243 (245); KMR-Sax, § 266 StPO Rdnr. 1; KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 1; Schäpe (o. Fn. 50), S. 30.

⁷¹ BGH MDR 1975, 20; Roxin (o. Fn. 57), § 46 Rdnr. 3.

⁷² KMR-Sax, § 266 StPO Anm. 2; Roxin (o. Fn. 57), § 46 Rdnr. 3.

⁷³ Gollwitzer JR 1996, 474 (476); Lüttger GA 1957, 191 (206).

⁷⁴ BGH MDR 1955, 397; KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 4; a.A. LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 9; KMR-Sax, § 266 StPO Rdnr. 9.

⁷⁵ Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 5: Insoweit handelt es sich bei § 266 II StPO nicht um eine Kann-Vorschrift.

⁷⁶ Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 9.

Wichtigste Voraussetzung aber, damit die neu angeklagte Tat Gegenstand des bereits laufenden Verfahrens wird, ist die Zustimmung des Angeklagten. Erst wenn sie erfolgt, kann der förmliche Einbeziehungsbeschluss ergehen, durch welchen die neue Tat Gegenstand der Entscheidung wird⁷⁷. Die Zustimmung ist wesentliche Voraussetzung der Abkürzung des Verfahrensganges. Sie muss eindeutig, ausdrücklich und erklärt werden⁷⁸ und von dem Angeklagten persönlich erfolgen⁷⁹. Sie kann z. B. nicht durch den Verteidiger ersetzt werden, wenn der Angeklagte abwesend ist⁸⁰. Auch reicht ein unterlassener Widerspruch nach richtiger Auffassung nicht aus und die sachliche Einlassung des Angeklagten zu den neuen Tatvorwürfen darf nicht als Zustimmung gewertet werden⁸¹. Einzige Ausnahme, nach welcher von dem Erfordernis der persönlichen Zustimmung des Angeklagten abgewichen werden kann, ist, wenn die Verteidigung die Zustimmung in Anwesenheit des Angeklagten erklärt, und der Angeklagte nicht widerspricht⁸². Dadurch mache sich der Angeklagte die Erklärung der Verteidigung zu eigen. Eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis allerdings liegt darin nicht.

Halten wir fest: Strikte Voraussetzung des Einbeziehungsbeschlusses ist nach bisher einhelliger Auslegung die Zustimmung als höchstpersönliche Entscheidung des Angeklagten⁸³.

b) Rechtsfolgen der Mängel

Das *Landgericht München I* hat in seinem Beschluss vom 27.07.1977 - 9 Qs – 61/77 das Fehlen der notwendigen Zustimmung als Prozesshindernis qualifiziert⁸⁴. Demgegenüber hält der *BGH*⁸⁵ die Zustimmung nicht für eine Verfahrensvoraussetzung. Auch in der hier vorgestellten Entscheidung des 5. *Strafsenats* wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass das Fehlen der Zustimmung kein in jeder Lage des Verfahrens zu beachtendes Prozesshindernis darstelle⁸⁶.

Jedoch bestimmt auch das Rechtsmittelgericht im Falle des Vorliegens eines die fehlende Zustimmung nicht beachtenden Einbeziehungsbeschlusses eine Verfahrenseinstellung und stellt damit in der Rechtsfolge die Zustimmung einer Verfahrensvoraussetzung gleich. Im Ergebnis bleibt dann nur noch zu fragen, ob das Vorliegen einer wirksamen Zustimmung für den Einbeziehungsbeschluss von Amts wegen⁸⁷ oder aber aufgrund der ausgeführten Verfahrensrüge Beachtung finden muss⁸⁸.

⁷⁷ Roxin (Fn. 57), § 46 Rdnr. 4; KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 7.

⁷⁸ BGH NJW 1984, 2172; Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 11.

⁷⁹ AK-Loos, StPO, 1993, § 266 Rdnr. 9; LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 16.

⁸⁰ Vgl. statt aller: LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 16.

⁸¹ BayObLG NJW 1953, 674; LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 14.

⁸² KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 7; LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 16.

⁸³ LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 16.

⁸⁴ LG München I MDR 1978, 161. Zu dem gleichen Ergebnis gelangen diejenigen, welche die Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Einbeziehungsbeschluss betrachten: z. B. Schlüchter (o. Fn. 43), § 266 StPO Rdnr. 15.

⁸⁵ BGH MDR 1977, 984; BGH JR 1985, 125 (126).

⁸⁶ BGH (o. Fn. 2).

⁸⁷ So jedenfalls AK-Loos (o. Fn. 79), § 266 Rdnr. 12; LG München I (o. Fn. 85).

⁸⁸ LR-Gollwitzer (o. Fn. 41), § 266 StPO Rdnr. 37; SK-Schlüchter (o. Fn. 43), § 266 StPO Rdnr. 29; Kleinknecht/Meyer-Goßner (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 14; KK-Engelhardt (o. Fn. 4), § 266 StPO Rdnr. 7; KMR-Sax, § 266 StPO Rdnr. 12.

Durch diese Gleichstellung in der Rechtsfolge lässt sich im Ergebnis die besondere Bedeutung des Zustimmungserfordernisses des Angeklagten zu einer Nachtragsanklage ersehen.

3. Inkompatibilität des Missbrauchsgedankens

Was bedeutet nun die Aufweichung des Zustimmungserfordernisses in Fällen angeblich rechtsmißbräuchlichen Verhaltens des Angeklagten? In *BGHSt* 38, 111 wurde gefordert, dass ein Verteidiger den Angeklagten in der Hauptverhandlung keineswegs nach Belieben schalten und walten lassen dürfe⁸⁹. Ihn treffe eine Pflicht, mit dafür Sorge zu tragen, dass das Verfahren sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen durchgeführt werde. Konsequenterweise müßte man diesen - wie bereits gezeigt wurde: unzutreffenden - Rechtssatz nun auch auf das Tatgericht erstrecken, das den Einbeziehungsbeschluss auch ohne Zustimmung des Angeklagten fassen dürfte, wenn die Verweigerung der Zustimmung wegen Rechtsmißbrauchs fern läge. Doch dies zu beurteilen kann schon *formell-rechtlich* schlechterdings nicht Aufgabe derjenigen Instanz sein, die für den Fall der Ersetzung der Zustimmung die weitere Straftat i.S.d. § 266 I StPO rechtlich zu bewerten hat. Anders könnte es nach dem Basisprinzip vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) nur sein, wenn sich für die Beachtlichkeit der Prozeßhandlung - wie etwa in § 266 III 1 StPO mit den immerhin ansatzweise subsumtiontauglichen Merkmalen der »Mutwilligkeit« und »zur Verzögerung des Verfahrens« - weitergehende inhaltliche Anforderungen fänden. Da dies in Absatz 1 der Vorschrift gerade nicht der Fall ist, drängt sich ein Umkehrschluß geradezu auf. Auch *materiell* ignoriert der ungeschriebene Mißbrauchsvorbehalt bei der Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen darüber hinaus den Zusammenhang, dass aus der Existenz eines Rechts noch nicht zwingend die Pflicht zu seiner Ausübung folgt. Dieser Satz gilt für alle Verfahrensbeteiligten. *Scheffler*⁹⁰ meint sogar, die Aussagen zur Mitwirkungspflichtenlehre in *BGHSt* 38, 111 seien nach den Grundgedanken des Strafprozeßrechts schlechthin abwegig. Jedenfalls ist die undifferenzierte Etablierung einer prozessualen Mitwirkungspflicht der Verteidigung im materiellen Sinne abzulehnen⁹¹. Deshalb verbleibt dem Angeklagten zur Erhaltung seiner grundrechtlich verbürgten Subjektstellung im Strafverfahren stets die freie Disposition über die (Nicht-) Geltendmachung seiner gesetzlichen Rechte. Dazu gehört auch das Unterlassen der Zustimmung zur Erhebung der Nachtragsanklage.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob durch eine nicht erteilte Zustimmung die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ beeinträchtigt ist. Dies ist zumindest der gemeinhin geläufige Einwand und gleichsam letztes Argument zur Beschränkung von Grundverteidigungsrechte. Gerade das Nachtragsanklageverfahren zeigt aber, dass dieser Einwand hier nicht greift. Denn der Staatsanwaltschaft steht es frei, eine neue Anklage zu

⁸⁹ *BGHSt* 38, 111 (115).

⁹⁰ *Scheffler* GA 1996, 44 (45).

⁹¹ Vgl. *Bernsmann* StraFo 1999, 226 (230); *Hamm* NJW 1993, 289 (296 f.) und - allerdings nur in Bezug auf die formelle Verteidigung - *Beulke* in: Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, (Hrsg.) *Kühne/Miyazawa*, Berlin 2000, 137 (144 ff.); *Kniemeyer* (o. Fn. 20), S. 157, 201. Bedenken auch bei *KK-Herdeggen* (o. Fn. 4), § 244 StPO, Rdnr. 68 a.E.; *ders.*, NSTZ 2000, 1 (8); *Fezer* in: FG 50 Jahre BGH, Bd. IV, München 2000, 847 (870 f.); *Dahs*, FS-Odersky, Berlin 1996, 317 (331).

erheben und dadurch ein neues Verfahren einzuleiten. Der Angeklagte verhindert also in keiner Weise eine Aburteilung des neuen Geschehens. Darüber hinaus hat das Gericht die Möglichkeit, die Erkenntnisse über die neue Tat bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. In diesem Fall hat der Angeklagte nicht einmal Einfluss auf die mit einem neuen Verfahren notwendig verbundene zeitliche Komponente der Aburteilung der Tat.

V. Ausblick

Nach alledem wird deutlich, dass es eine Verwirkung des Zustimmungsrecht des Angeklagten zur Nachtragsanklage gem. § 266 StPO nicht geben kann. Weder kann das Damoklesschwert des Missbrauchsgedankens dem Angeklagten die Pflicht zur Zustimmungserklärung aufbürden noch greifen die gängigen Argumente zur Proklamation der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, um das Unterlassen einer solchen Erklärung zu substituieren. Sicher ist freilich auch: Die immer deutlicher registrierbare Tendenz einiger Strafsenate, in nicht-tragenden Entscheidungsteilen den Rechtsmissbrauchsgedanken zu aktivieren, wird in nicht wenigen landgerichtlichen Strafkammern bei der Vorbereitung von Umfangssachen aufmerksam registriert werden. Es bedarf keiner besonderen seherischen Fähigkeiten für die Feststellung, dass sich dies in Entscheidungen niederschlagen wird, die dem geltenden Strafprozessrecht nicht entsprechen.