
Datum: 05.08.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ss 348/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0805.2SS348.02.00

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Bochum zurückverwiesen.

-
- G r ü n d e : I. Das Amtsgericht hat den Angeklagten mit dem angefochtenen Urteil wegen Raubes zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. Dazu hat das Amtsgericht folgende tatsächliche Feststellungen getroffen: 1
- "In den Morgenstunden des 24.10.2000 traf der Angeklagte, der betäubungsmittelabhängig ist, seinen Bruder A.K. vor dessen Wohnung und begleitete ihn zunächst bis zu einer Straßenbahnhaltestelle und sodann anschließend während einer Straßenbahnfahrt nach C. In der Nähe der C Sparkasse in einer Passage tastete der Angeklagte die Taschen seines Bruders ab und gab vor, nur nachprüfen zu wollen, ob dieser seinen Wohnungsschlüssel bei sich habe. Der Angeklagte verfolgte sodann seinen flüchtenden Bruder A., warf diesen am Eingangsbereich des Lieferantenausgangs zum City Point zu Boden, kniete sich auf den am Boden Liegenden, blockierte seine Arme und entwendete aus der rechten Hosentasche ein Handy der Marke M ####." 2
- Hiergegen wendet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision zu verwerfen. 3
- II. Die zulässige Revision des Angeklagten hat zumindest vorläufig Erfolg. Das angefochtene Urteil war auf die formelle Rüge des Angeklagten, mit der er u.a. einen Verstoß gegen § 252 4

StPO rügt, aufzuheben.

1. Der Verfahrensrüge der Verletzung des § 252 StPO liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde: 5

Nachdem der Angeklagte in der Hauptverhandlung vom 23. November 2001 von seinem Schweigerecht Gebrauch machte, verlas das Amtsgericht ein Schreiben des Angeklagten vom 28. Mai 2001 an den Haftrichter des Amtsgerichts Bochum sowie den am 20. Dezember 2000 gegen den Angeklagten erlassenen Haftbefehl. 6

Das Schreiben des Angeklagten vom 28. Mai 2001 ist im Wortlaut in den Gründen des angefochtenen Urteils wiedergegeben und hat im Wesentlichen folgenden Inhalt: 7

"Am Freitag dem 25. Mai 2001 wurde ich dem Haftrichter vorgeführt. Dort habe ich meinen Haftbefehl bekommen und abgestritten was darauf steht. Ich bitte Sie vielmals um Entschuldigung, dass ich eine Falschaussage gemacht habe. Die Geschichte stimmt so wie sie mein Bruder ausgesagt hat. Ich bereue die Tat zu 100 %, weil es falsch war was ich getan habe. Ich habe mich auch bei meinem Bruder mehrmals dafür entschuldigt und ihm ein neues Handy gegeben." 8

Der Haftbefehl vom 20. Dezember 2000 enthält ausweislich der Urteilsgründe den Vorwurf, so wie er in die Feststellungen des angefochtenen Urteils eingegangen ist. 9

Der sodann vom Amtsgericht vernommene Bruder des Angeklagten machte von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. 10

2. Die Verfahrensrüge ist in zulässiger Weise erhoben worden. 11

Soweit die Verletzung des § 252 StPO gerügt wird, genügt das Revisionsvorbringen den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Zwar werden die der Rüge zugrunde liegenden Verfahrensvorgänge insoweit nicht vollständig mitgeteilt, als die Revisionsrechtfertigung hinsichtlich des Wortlauts der verlesenen Urkunden auf die Urteilsgründe Bezug nimmt. Diesbezüglich kann aber aufgrund der umfassend erhobenen Sachrüge der Inhalt des Urteils ergänzend berücksichtigt werden (vgl. BGH StV 2001, 386; StraFo 2001, 86, 87; BGH bei Kusch NStZ 1997, 378; BGH StV 1995, 564; BGH NStZ 1993, 142, 143; Kuckein, in Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., § 344 Rn. 39). 12

Der Zulässigkeit der Rüge steht auch nicht entgegen, dass sich die Revisionsbegründung nicht dazu verhält, ob der Angeklagte oder sein Verteidiger die Verwertung der früheren Angaben des Zeugen und die ihr zugrunde liegenden Verfahrensvorgänge in der Hauptverhandlung beanstandet bzw. ihnen widersprochen haben. § 252 StPO ordnet ein Beweisverbot an, welches von den Verfahrensbeteiligten nicht abbedungen werden kann (vgl. BGHSt 10, 77, 79; BGH StV 1998, 470; NStZ 1997, 95[96]; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 252 Rn. 12). Aus diesem Grund kann der Angeklagte einen Verstoß gegen § 252 StPO in der Revision auch dann rügen, wenn er oder sein Verteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht widersprochen haben. Auch eine Präklusion der Rüge wegen Verzichts auf den in § 238 Abs. 2 StPO vorgesehenen Zwischenrechtsbehelf scheidet bei Eingriffen in die Entschließungsfreiheit eines Zeugen, dem der Gesetzgeber zu seinem Schutz ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt hat, aus (vgl. insoweit BGHSt 45, 203, 205 mit weiteren Nachweisen). 13

3. Die Revision dringt mit ihrer Rüge der Verletzung des § 252 StPO auch in der Sache durch.

Die Vorschrift verbietet nach allgemeiner Meinung über ihren Wortlaut hinaus nicht allein die Verlesung der früheren Aussage eines Zeugen, der in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sondern enthält ein umfassendes Beweisverwertungsverbot des Inhalts, dass es bei berechtigter Zeugnisverweigerung schlechterdings unzulässig ist, eine frühere Aussage in irgendeiner Weise zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen (so schon BGHSt 2, 99 104 f.; vgl. zuletzt BGHSt 45, 203, 205; BGH StraFo 2001, 86,87; StV 2000, 236; JR 1998, 165, 167 f.; StV 1996, 522, 523; NStZ 1994, 593, 594; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O.). Auch eine mittelbare Verwertung ist unzulässig. 15

Durch die Verlesung des Haftbefehls vom 20. Dezember 2000 hat das Amtsgericht aber mittelbar die Aussage des Bruders des Angeklagten im Ermittlungsverfahren ausgenutzt, auch wenn der Tatrichter die Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten letztlich auf dessen geständige Einlassung in seinem Schreiben vom 28. Mai 2001 stützt. Zur Auslegung dieses Schreibens hat er den Vorwurf des Haftbefehls herangezogen, ohne den er Feststellungen zum tatsächlichen Geschehens-Ablauf nicht hätte treffen können, da das Schreiben des Angeklagten vom 28. Mai 2001 insoweit eine Schilderung der Vorgänge am Tatstage nicht enthält. Dazu war vielmehr der Inhalt des Haftbefehls erforderlich. Der Vorwurf des Haftbefehls beruhte aber allein auf der Aussage des in der Hauptverhandlung sein Zeugnis verweigernder Bruder des Angeklagten. Davon ist auch das Amtsgericht ausgegangen, wenn es in seiner Beweiswürdigung den Inhalt der Aussage des Zeugen/Bruders praktisch mit dem Vorwurf des Haftbefehls gleichgesetzt hat. 16

Entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft ist die Vorschrift des § 252 StPO auch nicht etwa mangels förmlicher Vernehmung des Zeugen unanwendbar. Zwar werden Äußerungen, die ein Zeuge vor oder außerhalb einer Vernehmung aus freien Stücken getan hat, von § 252 StPO nicht erfasst, was auch für den Inhalt einer Strafanzeige gilt, mit der keine Vernehmung verbunden ist (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, a. a. O., § 252 Rn. 8 mit weiteren Nachweisen). Dass es sich vorliegend aber um eine solche "Spontanäußerung" gehandelt hat, lässt sich den getroffenen Feststellungen jedoch nicht entnehmen. Die Urteilsgründe verhalten sich gerade nicht dazu, dass der Bruder des Angeklagten seine Aussage ohne amtliche Veranlassung getan hat. Zugunsten des Angeklagten ist daher davon auszugehen, dass der Zeuge im Sinn der §§ 136, 136 a StPO "vernommen" worden ist. 17

Das angefochtene Urteil beruht auch auf dem dargelegten Verfahrensverstoß (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Feststellungen des Amtsgerichts zum Schuldspruch stützen sich nämlich jedenfalls *auch* auf den Inhalt des prozessordnungswidrig verlesenen Haftbefehls. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil bei richtiger Gesetzesanwendung anders ausgefallen wäre. 18

Nach allem war daher das angefochtene Urteil mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Bochum zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 StPO). Ein Freispruch des Angeklagten (§§ 353, 354 Abs. 1 StPO) durch das Revisionsgericht kam nicht in Betracht. Nach Auffassung des Senats besteht noch die Möglichkeit, dass in einer neuen Hauptverhandlung weitere Feststellungen getroffen werden. Denn nur, wenn der Angeklagte weiter von seinem Schweigerecht Gebrauch macht *und* auch der Bruder weiterhin das Zeugnis verweigert, sind Feststellungen zu Lasten des Angeklagten ausgeschlossen. 19

III. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:	20
1. Die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen tragen derzeit die Verurteilung des Angeklagten wegen Raubes nicht. Der vom Amtsgericht gebrauchte Begriff der "Entwendung" beschreibt allein die äußerlich erkennbare (objektive) Tatbestandshandlung der Wegnahme, nicht aber auch die für eine Verurteilung nach § 249 Abs. 1 StGB erforderliche (subjektive) Zueignungsabsicht. Insoweit hätte es auch unter Berücksichtigung der familiären Beziehungen des Angeklagten zum Geschädigten genauerer Darlegungen zur inneren Tatseite bedurft.	21
2. Zu beanstanden ist auch die Rechtsfolgenentscheidung.	22
Nicht frei von Rechtsfehlern sind zum einen die Ausführungen, mit denen das Amtsgericht einen minder schweren Fall des Raubes verneint. Hierzu wird im Wesentlichen lediglich mitgeteilt, dass die Gewaltanwendung des Angeklagten sowie der Umfang der Beute nicht geringfügig gewesen seien und der Angeklagte den Raub tagsüber in der C Innenstadt begangen habe.	23
Der letztgenannte Umstand stimmt bereits nicht mit den getroffenen Feststellungen überein, nach denen die Tat in den Morgenstunden des 24. Oktober 2000 begangen wurde. Auch lassen die Ausführungen des Amtsgerichts jede Feststellung vermissen, die den gezielten Schluss auf einen nicht geringfügigen Wert der Beute rechtfertigen.	24
Zudem hat das Amtsgericht gewichtige, sich bei der Prüfung eines minder schweren Falles aufdrängende Tatumstände außer Acht gelassen. Diese Prüfung erfordert nämlich eine Gesamtwürdigung aller belastenden und entlastenden Umstände, die für die Wertung der Tat und der Täterpersönlichkeit in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat inne wohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder folgen. Nur hierdurch kann das Gesamtbild gewonnen werden, dass für die Beurteilung der Frage, ob der ordentliche Strafraum den Besonderheiten des Falles gerecht wird oder zu hart wäre, erforderlich ist (vgl. nur BGHSt 26, 97 f.; BGH NStZ-RR 1996, 228; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 46 Rn. 85 mit weiteren Nachweisen).	25
In seine hiernach gebotene Gesamtabwägung hat das Amtsgericht weder den Umstand einfließen lassen, dass der Angeklagte nach seiner unwiderlegten Einlassung im Schreiben vom 28. Mai 2001 seinem Bruder ein neues Handy gegeben hat noch zieht es die Betäubungsmittelabhängigkeit des Angeklagten zur Tatzeit als möglicherweise entlastenden Umstand überhaupt in Erwägung.	26
Darüber hinaus wäre das Amtsgericht gehalten gewesen, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob, weil der Angeklagte nach dessen unwiderlegten Ausführungen seinem Bruder ein neues Handy gegeben hat, möglicherweise eine Milderung der Strafe nach § 46 a Nr. 1 oder Nr. 2 StGB in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB in Betracht kommt oder jedenfalls die Wiedergutmachungsleistung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB als allgemeiner Strafzumessungsgesichtspunkt Berücksichtigung findet. Letzteres wäre, wie der Senat an anderer Stelle bereits entschieden hat, zumindest erforderlich gewesen (vgl. Beschluss des Senats vom 20. August 1998 in 2 Ss 972/98 = StV 1999, 89).	27
