Schriften zum Strafrecht
Heft 72

Das Beanstandungsrecht

gemäß § 238 II StPO

Von
Dr. Martin Erker

Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN ERKER

Das Beanstandungsrecht gemäß § 238 II StPO

Schriften zum Strafrecht

Heft 72

Das Beanstandungsrecht

gemäß § 238 II StPO

Von

Dr. Martin Erker

Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Erker, Martin:
Das Beanstandungsrecht gemäss §238 II StPO / von Martin Erker. — Berlin : Duncker u. Humblot, 1988
(Schriften zum Strafrecht ; H. 72)
Zugl.: München, Univ., Diss., 1986
ISBN 3-428-06354-6
NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Satz: Irma Grininger, Berlin 62
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3-428-06354-6

Inhaltsübersicht

Einleitung

Erster Teil: **Die Bedeutung des § 238 II in der Hauptverhandlung**

A. Der Anwendungsbereich des § 238 II: Sachleitung

B. § 238 II und Beschwerde, §§ 304 ff.

C. Beanstandungsgrund und Prüfungsmaßstab: (Un-)Zulässigkeit

D. Die Entscheidung des Gerichts

E. Abgrenzungen und Beispielsfälle

F. Zusammenfassung des ersten Teils

Zweiter Teil: **§ 238 II und Revision**

A. Verletzung des § 238 II als Revisionsgrund

B. Unterlassen der Beanstandung und „Rügeverlust"

C. Rückwirkungen der Revision auf § 238 II

Schlußbemerkung: **Zur Reform der Hauptverhandlung**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 15

Erster Teil

Die Bedeutung des § 238 II in der Hauptverhandlung

A. Der Anwendungsbereich des § 238 II: Sachleitung 17

I. Abgrenzung Verhandlungsleitung — Sachleitung 17

1. Trennungsansichten in der Rechtsprechung 18

a) Das Reichsgericht 19

aa) Die Leitentscheidungen zur Trennungsansicht 19

bb) Gegenläufige Tendenzen 20

(1) Die RG-Praxis 21

(2) Anhaltspunkte in einzelnen Urteilen 21

b) Der Bundesgerichtshof 22

aa) Entscheidungen zur Trennungsansicht 22

bb) Gegenläufige Tendenzen 23

(1) Anhaltspunkte in einzelnen Urteilen 23

(2) Gesamtbetrachtung 24

c) Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 24

d) Zusammenfassung der Rechtsprechung 25

2. Trennungsansichten in der Literatur 26

a) § 238 II ohne Bezug zu § 238 I? 26

b) Begriffliche Systematisierung: „Sachliche Förderung der Hauptverhandlung“ 26

c) Unterscheidungsmerkmal „Zulässigkeit“ 29

d) Sachleitung als „motivierende Anordnungen“ (Eb. Schmidt) 32

e) „Beruhensmöglichkeit“ — Die Parallelisierung von Beanstandungsrecht und Revision 37

aa) Abgrenzungskriterium „entscheidungsbeeinflussende Wirkung“ 39

bb) Einwände gegen die revisionsrechtliche Betrachtungsweise . 39

(1) Bezugspunkt Urteil 39

(2) Unstimmigkeiten innerhalb dieser Ansicht 40

(3) Die Feststellung der Beruhensmöglichkeit 41
f) Zwischenergebnis 43

II. Gleichsetzung von Verhandlungs- und Sachleitung 43
1. Begründungsansätze in der Literatur (Goldschmidt, Fuhrmann, W. Schmid, Gössel) 43
2. Entstehungsgeschichte des § 238 II: Die Parallele zur ZPO 44
3. Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens 46
4. Das Verhältnis Vorsitzender/Gericht: § 238 II als Kompetenzverteilungsnorm? 48
a) Aufgabenverteilung in der Hauptverhandlung 48
b) Keine Rückschlüsse aus § 238 II 49
c) Das Kriterium der „Wichtigkeit" 50
aa) Kein generelles Abgrenzungsmerkmal 50
bb) Die „in concreto wichtigen" Verfahrensvorschriften 51
cc) Beschwer 51
5. Zwischenergebnis 53

B. § 238 II und Beschwerde, §§ 304 ff. 54

I. Der Normzweck des § 238 II 54
1. Ableitung aus dem Kreis der Beanstandungsberechtigten 54
a) Verfahrensträger — Verfahrensbeteiligte 54
b) Beisitzer und Schöffen als Verfahrensbeteiligte im weiteren Sinn? 56
2. Gesamtverantwortung des Gerichts 57

II. Konsequenzen aus der Zuordnung des § 238 II zum Regelungskreis der Beschwerde 59
1. Systematische Stellung des § 238 II 59
a) Ausschluß der Beschwerde gem. § 305 Satz 1 (hM) 59
b) Ausschluß der Beschwerde gem. § 304 I letzter Halbsatz 60
c) Einwände gegen die systematische Zuordnung 61
aa) Art. 19 IV GG 61
bb) Einengende Interpretation von § 304 I (Bohnert) 62
d) Urteilsvorbereitung i.S. § 305 Satz 1: Übertragbarkeit auf § 238 II 62
e) Ausweitung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber §§ 304 ff. 63
2. Sachliche Reichweite in der Hauptverhandlung 64
a) „Anordnung" 64
b) Sitzungspolizei 64

aa) Das Problem der Anfechtbarkeit sitzungspolizeilicher Maßnahmen ... 65
bb) Rechtsprechung ... 67
cc) Zusammenfassung ... 68
c) Unterlassen ... 68
d) Präventivbeanstandungen ... 70
3. Beanstandungsbefugte ... 71
a) Die Mitglieder des Gerichts ... 71
b) Prozeßbeteiligte im engeren Sinn ... 72
c) Zeugen und Sachverständige ... 72
d) Weitere Träger spezifischer Verfahrensrollen in der Hauptverhandlung ... 73
aa) Rückgriff auf § 304 II: „Andere Personen" ... 73
bb) Ableitung aus dem Normzweck des § 238 II ... 73
(1) Schutzbereich der Verfahrensförmlichkeit ... 74
(2) Konsequenzen ... 75
cc) Die Stellung des Verletzten ... 76
e) Zusammenfassung ... 77
4. Die Form der Beanstandung ... 78
a) Analogie zu § 306 I Satz 1 ... 78
b) Grenzen der formlosen Beanstandung ... 78
5. Fristen ... 79

C. Beanstandungsgrund und Prüfungsmaßstab: (Un-)Zulässigkeit ... 80

I. Begrenzung des Beanstandungsrechts ... 80
1. Entscheidungsvoraussetzung ... 80
2. Begründetheitskriterium ... 80

II. Die Rechtsprechung zur „Zulässigkeit" ... 81
1. Allgemeine Aussagen ... 81
2. Fallgruppen ... 81
a) Gesetzwidrigkeit ... 82
b) Ungeschriebene Anforderungen an die Verhandlungsleitung des Vorsitzenden ... 82
c) Ermessensfehler ... 82
aa) Überprüfbarkeit des Ermessens ... 82
bb) Kein Sonderfall: Anordnungen im Zusammenhang mit Vereidigungen ... 85

3. Zusammenfassung 87

III. Konturen des Prüfungsmaßstabs 87

1. Ordnungsvorschriften und „Rechtskreis“ 87
2. Ungeschriebene Anforderungen: Prozeßfairneß und Fürsorgepflicht 88
a) fair trial 88
aa) Grundlagen 88
bb) Wirkungsfeld in der Hauptverhandlung 90
cc) Grenzen der Prinzipkonkretisierung 91
b) Fürsorgepflicht 93
aa) Grundlagen 93
bb) Funktionelle Restriktion und Konsequenzen 94

3. Ermessensentscheidungen: Das Problem der Kontrolldichte 95
a) Rechtliche Bindungen des Ermessens 96
b) Überprüfung der Zweckmäßigkeit 96

D. Die Entscheidung des Gerichts 98

I. Das Verfahren nach Beanstandung 98

1. Protokollierung 98
2. Abhilfe 98
3. Anhörung der Verhandlungsbeteiligten 98
4. Beratung des Gerichts 99

II. Entscheidungszeitpunkt 100

III. Entscheidungsform: Beschluß 102

1. Bekanntmachung 102
2. Begründungspflicht 102
a) Voraussetzungen 102
aa) Zurückweisung der Beanstandung 103
bb) Stattgebende Entscheidung 104
cc) Ausnahmen 105
b) Art der Begründung 105

IV. Entscheidungsinhalt 106

1. Entscheidungsalternativen 106
2. Begründetheit 107
3. „reformatio in peius“ 109

V. Entscheidungswirkung 109

1. Bindung des Vorsitzenden ... 109
a) Grundsatz und Streitpunkte (Rechtsprechung) ... 109
b) Bindung rebus sic stantibus ... 110
2. Bindung des Gerichts ... 111
3. Verbindlichkeit für die Beteiligten ... 112
a) Unanfechtbarkeit des Beschlusses, § 305 Satz 1 ... 112
b) Präjudiz für wiederholte Beanstandung ... 113

E. Abgrenzungen und Beispielsfälle ... 113

I. Anwendbarkeit im Einzelrichterverfahren ... 113
1. Rechtsprechung ... 113
2. Literatur ... 114

II. Sonderfälle der Beanstandung ... 115
1. Beanstandung von Fragen, § 242 ... 115
a) Lex specialis zu § 238 II ... 115
b) Ergänzung des Beanstandungsrechts ... 118
c) Zusammenfassung ... 119
2. Gesetzliche Sonderregelung § 273 III Satz 2 ... 119
a) Konkurrenzverhältnis ... 119
b) § 273 III Satz 2 als lex specialis ... 120
aa) Beanstandbarkeit von Protokollierungsanordnungen ... 120
bb) Einschränkung der Beanstandbarkeit ... 121
cc) Geltungsgrund des § 273 III Satz 2 ... 122
c) Zusammenfassung ... 124

III. Verhältnis Beanstandung des Vorsitzenden — Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24) ... 124
1. § 24 I 2. Alt. als Ergänzung zu § 238 II ... 124
2. Wahlmöglichkeit bei Verfahrensfehlern ... 124
3. Befangenheit infolge Beanstandung ... 125

IV. Einige Anwendungsfälle des § 238 II ... 126
1. Aufruf der Sache ... 126
2. Ablehnung von Schöffen oder Urkundsbeamten in der Hauptverhandlung: § 31 II Satz 1 ... 127
3. Pflichtverteidigung ... 129
a) Bestellung, Abbestellung ... 129

b) Auswahl des Pflichtverteidigers, § 142 130
4. Beweisanregungen 131
5. Beanstandung bei Hinweisen (§ 265 I, II) und Befragungen (§ 265 a) 131
6. Beanstandungen nach Beginn der Urteilsverkündung 132

F. Zusammenfassung des ersten Teils 133

Zweiter Teil

§ 238 II und Revision

A. Verletzung des § 238 II als Revisionsgrund 135

I. Meinungsstand 135

II. Begründungsgesichtspunkte 136

1. Absoluter oder relativer Revisionsgrund? 136
2. Möglichkeiten des Beruhens (§ 337) 138
a) Verspätete Entscheidung nach § 238 II 138
b) Unterlassene Entscheidung des Gerichts 140
c) Entscheidung ohne oder mit unzureichender Begründung 140
d) Entscheidung ohne Anhörung von Beteiligten 141
e) Zusammenfassung 141

3. Beschränkung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8) 142
a) § 338 Nr. 8 als absoluter Revisionsgrund 142
aa) Unzulässigkeit 143
bb) Wesentlichkeit 143
(1) Abstrakte Beruhensmöglichkeit 144
(2) Modifizierungen 144
(a) Schlüchter 144
(b) ter Veen 145
cc) Zwischenergebnis 146
b) Der „für die Entscheidung wesentliche Punkt" 146

B. Unterlassen der Beanstandung und „Rügeverlust" 147

I. Die Rechtsprechung 148

1. Grundsatz und Ausnahmen 148
2. Aufhebung des Grundsatzes 149

II. Beanstandungslast 151

1. „Prozessuale Überholung“ 152
2. § 338 Nr. 8 152
3. Notwendigkeit der „Rechtswegerschöpfung“ 153
4. Prozeßökonomie 154
5. Verzichtserklärung 155
6. Fehlende Beschwer 157
7. Verwirkung 158
a) Loyalitätspflichten des Angeklagten 159
aa) Bindung an „Treu und Glauben“ 159
bb) Uneinheitliche Rechtsprechung 160
cc) Fehlen einer Vertrauensgrundlage 161
dd) Die Parallele zur Selbstbelastung und zum „Lügerecht“ 162
ee) Zusammenfassung 165
b) Loyalitätspflichten anderer Beteiligter 166
8. Verfahrensverantwortung und Fehlerzurechnung 166
a) Überwachung des Prozeßganges 166
b) „Verpaßte Möglichkeiten“ 167
c) Verantwortungsverlagerung zu Lasten des Angeklagten 168
d) Verantwortung anderer Beteiligter 170
aa) Staatsanwalt 170
bb) Verteidiger 171
cc) Privat- und Nebenkläger 172
9. Zusammenfassung 173
III. Nachweisbarkeit von Verfahrensfehlern 173

C. Rückwirkungen der Revision auf § 238 II 175

I. Dogmatische Konsequenzen 175
1. Belastung der Revision 175
2. Entförmlichung des Rechtsbehelfs? 176
II. Handhabung des Beanstandungsrechts in der Hauptverhandlung 176
1. Staatsanwaltschaft 176
2. Wahlmöglichkeit für andere Beteiligte 177
III. Folgerungen 178

Schlußbemerkung: Zur Reform der Hauptverhandlung 179

Literaturverzeichnis 180

Abkürzungen und Zitierweise

Paragraphen ohne Gesetzesangabe bezeichnen Bestimmungen der Strafprozeßordnung.

Festschriften werden mit dem Namen des zu Ehrenden und dem Zusatz „FS" abgekürzt.

Soweit im Literaturverzeichnis nicht anders angegeben, wird nach dem Namen des Autors zitiert.

Im übrigen entsprechen die verwendeten Abkürzungen dem „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 3. Aufl. Berlin, New York 1983, bearbeitet von Hildebert Kirchner und Fritz Kastner.

Einleitung

Die sich widersprechenden Stellungnahmen der Literatur und die Divergenzen zwischen Literatur und Rechtsprechung bezüglich § 238 II StPO stehen in einem seltsamen Gegensatz zu der eher stiefmütterlichen Behandlung seiner immer noch ungeklärten dogmatischen Probleme. Abgesehen von den regelmäßig erscheinenden Kommentaren haben in jüngster Zeit lediglich Bohnert[1] und — in wesentlich knapperem Umfang — Giesler[2] den § 238 II StPO wenigstens mitbehandelt. Auch die Reformbestrebungen der letzten Jahre (Schuld- bzw. Tatinterlokut; Rechtsmittelreform) ließen den § 238 II unbeachtet[3].

Dabei wird die Bedeutung des § 238 II — wenn auch mit jeweils eigener Blickrichtung — ausdrücklich betont[4], während man auf der anderen Seite wegen der bestehenden Schwierigkeiten[5] neuerdings eine Abschaffung der Vorschrift in Betracht zieht[6]. Es ist bezeichnend, daß noch nicht einmal darüber Einigkeit herrscht, woraus die Hauptschwierigkeiten des § 238 II resultieren[7].

Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Problemkreise: Zum einen geht es darum, die Bedeutung und Reichweite des § 238 II in der Hauptverhandlung zu klären; zum anderen ist das Verhältnis der Beanstandung gem. § 238 II zur Revision zu bestimmen. Die Trennung der beiden Fragestellungen erscheint umso dringender geboten, als z.T. beides dergestalt miteinander verbunden wird, daß § 238 II überhaupt nur im Beruhensbereich der Revision anwendbar sein soll[8]. In der Revision sollen zudem Maßnahmen, die keine Sachleitungsanordnungen sind, nicht überprüfbar sein[9], und Sachleitungsanordnungen grundsätzlich nur, wenn sie zuvor gem. § 238 II beanstandet wurden[10].

---

[1] *Bohnert,* S. 166 ff.

[2] *Giesler,* S. 283 ff.

[3] Vgl. nur *Schreiber* (Hrsg.), Strafprozeß und Reform; *Lüttger* (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform; zuletzt Entwurf des StVÄG 1984, BT-Drucksache 10/1313 v. 13.4.84 und AE-StPO-HV 1985, S. 50 ff.

[4] *Bohnert,* S. 166; *Fuhrmann* GA 1963, 65.

[5] *Eb. Schmidt,* LK II § 238 Rn. 29 spricht von den „reichlich dunklen ‚Mysterien des § 238'".

[6] *Bohnert,* S. 182.

[7] Vgl. einerseits *Bohnert,* S. 169, andererseits *Eb. Schmidt,* LK II § 238 Rn. 16.

[8] Vgl. *Kleinknecht/Meyer,* § 238 Rn. 5; *Schlüchter,* Rn. 452.1.

[9] KK-*Treier,* § 238 Rn. 16.

[10] st.Rspr., vgl. KK-*Treier,* § 238 Rn. 17.

Der erste Teil der Arbeit befaßt sich demgemäß mit der Dogmatik des § 238 II, insbesondere mit der Frage des Verhältnisses von „Verhandlungsleitung" (§ 238 I) und „Sachleitung" (§ 238 II). In einem zweiten Teil wird dann die Beziehung des § 238 II zur Revision behandelt.

Erster Teil

Die Bedeutung des § 238 II in der Hauptverhandlung

A. Der Anwendungsbereich des § 238 II

Eine Durchsicht der Stellungnahmen zum Anwendungsbereich des § 238 II zeigt eine Vielzahl von Einzelargumenten, die in ihrer Beziehungslosigkeit zu einer entsprechenden Unklarheit im Ergebnis führen. Schon der Ausgangspunkt der Argumentation wird selten hinreichend deutlich bezeichnet. Stets jedoch werden Gegensatzpaare akzentuiert: Zulässig — unzulässig[1]; formell — sachlich (materiell)[2], wobei die inhaltliche Bestimmung dieser Unterscheidungen — dem jeweiligen Ausgangspunkt entsprechend — wieder differiert bzw. letzlich überhaupt der Unterschied geleugnet wird[3].

Die Gegensatzpaare leiten sich ab vom Wortlaut des § 238, der in Absatz I die „Leitung der Verhandlung" erwähnt, während in Absatz II von „auf die Sachleitung" bezüglichen Anordnungen des Vorsitzenden die Rede ist. Die Systematisierung und kritische Würdigung der bisherigen Deutungsversuche zu § 238 II setzt beim Wortlaut der Vorschrift an, ohne daß damit eine Rangfolge der Interpretationsmittel[4] vorgezeichnet werden soll.

I. Abgrenzung Verhandlungsleitung — Sachleitung

Der Wortlaut „Leitung der Verhandlung — Sachleitung" weist auf den ersten Blick auf einen klaren Unterschied hin: Als „Sache" läßt sich der zu untersuchende Lebenssachverhalt und der daran geknüpfte Tatvorwurf verstehen[5].

[1] *Eb. Schmidt,* LK II § 238 Rn. 6.

[2] *Birkmeyer,* S. 278; *Gerland,* S. 351; *Kleinknecht/Meyer,* § 238 Rn. 4, 5.

[3] z.B. *Gössel,* S. 170; KMR[7]-*Paulus*, § 238 Rn. 3; anders noch KMR[6]-*Sax*, § 238 Anm. 2, 3.

[4] Vgl. *Rahlf,* S. 14 ff. Einer methodologischen Rangfolgebestimmung bedarf es erst, wenn die verschiedenen Auslegungsmittel zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, d.h. wenn ein Konflikt zwischen den Interpretationselementen entsteht. Sicher ist, daß der absolute Vorrang der Auslegung nach dem „Geiste der Entstehungszeit" (RGSt 55, 1 (4)) heute nicht mehr gilt. Zur Auslegung des Strafprozeßrechts neuerdings *Tiedemann,* Peters-FS 1984, S. 131 ff. Grundlegend *Larenz,* Methodenlehre, S. 298 ff.

[5] Vgl. z.B. BGH NStZ 1984, 133 (Nr. 22): „Gegenstand der Untersuchung"; s.a. *Sauer,* Grundlagen, S. 188 f.; *ders.,* Prozeßrechtslehre, S. 103 f.; ebenso schon RGSt 41, 259 (261), wo allerdings als „zur Sache gehörig" auch prozessuales Geschehen angesehen wurde. Die StPO verwendet den Begriff „Sache" nicht einheitlich; in § 22 bezeichnet er gerade das Verfahren (*Kleinknecht/Meyer*, § 22 Rn. 12 mwN); s.a. *Dünnebier,* Schäfer-FS, S. 27 (28).