

StRR-kompakt

Ermittlungsverfahren ▪ Hauptverhandlung ▪ Rechtsmittelverfahren
 ▪ Strafvollzug ▪ StGB – Allgemeiner Teil ▪ StGB – Besonderer Teil
 ▪ Haftrecht ▪ Ordnungswidrigkeiten ▪ Anwaltsvergütung

Praxisforum

**Unzulässige Einlegung von Berufungen
 (sog. Sperrberufungen) (S. 84)**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin Dr. Nicole Krumdiak, Bremen

Zur Strafbarkeit des Skimming (S. 89)

*Leitender Oberstaatsanwalt Dr. Günter Braun und
 Staatsanwalt Björn Heidberg, Drensteinfurt/Detmold*

Die anwaltliche Vergütung in der Strafvollstreckung (S. 93)

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Gutachterpraxis

Blutspurenmusteranalytische Tatortbearbeitung und
 Gutachtenerstellung (S. 97)

Dr. Silke Brodbeck, Usingen

Rechtsprechungsreport

- Verfahrensrecht
- StGB/Nebengebiete
- Haftrecht
- Anwaltsvergütung

Herausgeber:

Detlef Burhoff
 Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D.,
 Münster/Augsburg
 (Geschäftsführender Herausgeber)

Olaf Arnoldi
 Vorsitzender Richter am LG, Berlin

Dr. Heiko Artkämper
 Staatsanwalt (GL), Dortmund

Prof. Dr. Stephan Barton
 Lehrstuhl für Strafrecht und
 Strafprozessrecht, Bielefeld

Uwe Freyschmidt
 Rechtsanwalt/Fachanwalt für
 Strafrecht, Berlin

Dr. Bernd Roggenwallner
 Facharzt für Neurologie und
 Psychiatrie/Sachverständiger,
 Dortmund

Michael Stephan
 Rechtsanwalt/Fachanwalt für
 Strafrecht, Dresden

**Schwerpunkt Vergütung des
 Strafverteidigers**



Unzulässige Einlegung von Berufungen (sog. Sperrberufungen)

von Dr. Nicole Krumdiak, Bremen*

Mit dem folgenden Beitrag soll der Komplex unzulässig eingelegter staatsanwaltlicher Berufungen (sog. „Sperrberufungen“) im Strafverfahren näher durchleuchtet werden. Nach einführender Darstellung des Problemfeldes wird dafür zunächst der exemplarisch zugrunde gelegte Sachverhalt nebst Verfahrensgang dargestellt. Im Anschluss daran soll die strafprozessrechtliche Rechtmäßigkeit solcher Sperrberufungen erörtert werden.

I. Problemaufriss

In der Praxis (vgl. die Nachweise im Internet: Mitteilungen MAV Dezember 2002, S. 13; Juli 2002, S. 6; August/September 2002, S. 8; abzurufen jeweils unter URL: <http://www.muencheneranwaltsverein.de>) hat sich gezeigt, dass das Rechtsmittel der Berufung seitens der Staatsanwaltschaft (StA) nicht selten nur deshalb eingelegt wird, um einerseits das Verbot der „**reformatio in peius**“ (vgl.: BGHSt 9, 324, 332; 21, 256, 259 f.; 27, 176, 178; 29, 269, 270; BGH JZ 1978, 245 f.; BEULKE, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 540; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 51 Rn. 29 f.; MEYER/GOSSNER, StPO, 52. Aufl., § 331 Rn. 1 ff.; HANACK, in: LÖWE/ROSENBERG, StPO, 25. Aufl., vor § 296 Rn. 16) aus § 331 Abs. 1 StPO zu umgehen, und/oder um andererseits eine **Sprungrevision** des Angeklagten im Wege des § 335 Abs. 1 Satz 1 StPO zu verhindern (ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft, 2008, Rn. 780; LEONHARD, Rechtsmittelermessungen der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 72 f.; HEGHMANN/SCHEFFLER, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Kap. IV, Rn. 185; BIERMANN GA 1955, 353, 354; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.6.2003 – 2 VAs 36/02; OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.; CHASLOWICZ/SEITZ, in: Münchner Anwalts-handbuch Strafverteidigung, 2006, § 11 Rn. 23; hierzu auch NJW-Spezial 2004, 90). Der folgend geschilderte Fall soll dabei stellvertretend für eine Vielzahl vergleichbarer Verfahrensabläufe stehen und das Problem von Sperrberufungen verdeutlichen.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Am AG Zittau hatte Ende 2007 die Verhandlung gegen einen totalen Kriegsdienstverweigerer, der aus Gewissensgründen die Ableistung sowohl des Wehr- als auch des Zivildienstes abgelehnt hatte, stattgefunden. Bereits im Vorfeld der Verhandlung kam es dabei zu Unstimmigkeiten mit dem zuständigen Vorsitzenden. So wurde auf einen entsprechenden Antrag gem. § 138 Abs. 2 StPO, drei vom Beschuldigten gewählten Personen die Zulassung als Wahlverteidiger zu erteilen, zunächst über 7 Monate hinweg überhaupt nicht reagiert. Anschließend wurde zwar einem der Gewählten die Zulassung erteilt, über die Anträge der beiden anderen jedoch – ohne jegliche

Begründung – nicht entschieden, gleichzeitig aber zeitnah ein Hauptverhandlungstermin bestimmt. Der bereits zugelassene Verteidiger beantragte daraufhin Akteneinsicht und die Aufhebung des Termins, um über die noch ausstehenden Zulassungen befinden zu können. Erst nach mehrfachem Drängen reagierte das Gericht eine knappe Woche vor angesetztem Termin, wobei die beiden anderen gewählten Verteidiger abgelehnt wurden, der Termin wiederum aufrechterhalten, gleichzeitig aber die Akteneinsicht bis 2 Tage vor anvisiertem Hauptverhandlungstermin überhaupt nicht beschieden wurde. Erst nachdem der Angeklagte daraufhin den RiAG wegen der Besorgnis der Befangenheit (erfolglos) ablehnte, wurde der Termin zur Hauptverhandlung aufgehoben und Akteneinsicht durch den Vertretungsrichter erteilt. Das LG Görlitz griff korrigierend ein und erteilte auf die Beschwerde hin auch den beiden anderen Gewählten die Verteidigerzulassung. Die Verhandlung gegen den erklärten Pazifisten fand schließlich in grotesker Hochsicherheitsatmosphäre statt. So waren vom Vorsitzenden sechs bewaffnete und z.T. mit schussicherer Weste ausgerüstete Beamte der Bereitschaftspolizei hinzugezogen worden, die auf Anweisung des Richters in der ersten Reihe des Zuschauerraums Platz nahmen. Die u.a. aus diesen Gründen erhobenen Befangenheitsvorwürfe gegen den RiAG wurden durch den Richter erledigt, indem dieser den Antrag selbst als unzulässig gem. § 26a Abs. 1 Satz 3 StPO (wegen sog. Verfahrensverschleppung) verwarf. Dennoch aber in die Begründetheitsprüfung eintretend und damit unter deutlicher Übertretung dieser Verwerfungsmöglichkeit, hatte er sich mit dieser Entscheidung zum „Richter in eigener Sache“ gemacht.

Gleichzeitig wurde den Verteidigern – unter Rückgriff auf das (seit dem 1.7.2008 durch das RDG abgelöste) RBeG – die Zulassung entzogen, woraufhin sie im Publikum Platz nehmen mussten. Anschließend wurde sofort und trotz entsprechenden Antrags ohne Unterbrechung gegen den nunmehr **unverteidigten** Angeklagten weiter verhandelt. Die Staatsanwaltschaft beantragte 3 Monate Freiheitsstrafe mit Bewährung, das AG Zittau verhängte eine Strafe von 2 Monaten, ausgesetzt auf 3 Jahre Bewährung (Urt. v. 14.12.2007 – 4 Ds 240 Js 22693/05). Auf die entsprechend eingelegte Beschwerde wurde den Verteidigern die Zulas-

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin an der Universität Bremen.



sung durch das LG Görlitz erneut erteilt. Das Urteil des AG Zittau wurde vom Angeklagten erwartungsgemäß mit der Revision angefochten, um eine Überprüfung der Vorgänge in der Verhandlung am AG durch das OLG Dresden zu erreichen. Gleichzeitig aber hatte die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt, die ganz offensichtlich – und später durch nachfolgenden Schriftverkehr auch konkret nachweisbar – dem Ziel diene, die Revision des Angeklagten zu verhindern und damit das klar rechtswidrige Verhalten des AG zu decken. Eine Zurücknahme dieser (Sperr-)Berufung wurde seitens der Staatsanwaltschaft Görlitz, der nachfolgend eingeschalteten GenStA Dresden sowie seitens des sächsischen Justizministeriums verweigert. Um das (vorgebliche) Ziel einer schärferen Bestrafung (von 3 – 6 Monaten) zu erreichen, führte die Berufungsrechtfertigung der Staatsanwaltschaft dabei die Weigerung des Angeklagten, sich bei der Urteilsverkündung von seinem Platz zu erheben sowie den Umstand, dass der Angeklagte es zulasse, dass der Prozess dazu missbraucht werde, die angebliche Unfähigkeit und Willkür des erkennenden Gerichts zu demonstrieren, an. In einer Stellungnahme gab der LOStA der Staatsanwaltschaft Görlitz schließlich an, dass „in einer derartigen Fallgestaltung eine Berufung der Staatsanwaltschaft auch den Zweck haben könne, den Amtsrichter zu schützen“. Dieses von der Staatsanwaltschaft angestrebte Ergebnis trat letztlich auch ein, und dies, obwohl die Verhandlung am LG Görlitz deutlich zeigte, dass die Staatsanwaltschaft kein legitimes Ziel für die Aufrechterhaltung ihrer Berufung anzuführen wusste, sondern es ihr lediglich um die Verhinderung einer Überprüfung der Verfahrensweise des RIAG ging. Vom offiziellen Berufungsziel einer Strafschärfung – an dem die Staatsanwaltschaft über Monate hinweg geradezu verbissen festgehalten hatte – ging sie in der Berufungsverhandlung ohne jede Begründung plötzlich ab, um nun selbst eine mildere Bestrafung in Form einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu beantragen. Damit war ironischerweise aus der ursprünglich zum Nachteil des Angeklagten eingelegten Berufung der Staatsanwaltschaft unter der Hand ein Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten geworden; das aber gleichwohl die Revision des Angeklagten verhinderte. Damit konkretisierte sich der **Vorwurf der Verteidigung**, die Staatsanwaltschaft habe eine **unzulässige Sperrberufung** lediglich eingelegt, um die Revision des Angeklagten zu verhindern und die Vorgänge am AG Zittau, sowie den Anteil der Staatsanwaltschaft daran, zu verschleiern. Dennoch blieb diese Tatsache letztlich ohne Folgen, denn auch das LG weigerte sich, die Berufung der Staatsanwaltschaft als unzulässig zu verwerfen. Kernsatz der mündlichen Begründung lautete dabei, dass das Gericht „kein juristisches Neuland betreten“ wolle. Stattdessen folgte das LG Görlitz dem Antrag der Staatsanwaltschaft und verhängte eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen (Urt. v. 2.9.2008 – 5a Ns 240 Js 22693/05). Die vorangegangene Darstellung ist dabei maßgeblich von der schriftlichen Mitteilung des Verteidigers JÖRG EICHLER übernommen (mehr Infor-

mationen zu diesem Verfahren sind im Internet unter <http://tkdv-zittau.blogspot.com> erhältlich).

III. Strafprozessuale Rechtmäßigkeit

1. Allgemeine Vorgaben

Aus § 296 StPO ergibt sich der **Grundsatz**, wonach die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen sowohl zulasten als auch zugunsten (Abs. 2) des Beschuldigten einlegen darf. Dabei gilt für die Staatsanwaltschaft nicht mehr das **Legalitätsprinzip** aus § 152 Abs. 2 StPO, (HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 180; LEONHARDT, a.a.O., S. 105 ff., 119 f.; GRÜNER/WASSERBURG NSTZ 1999, 286, 288; STRATE StV 1985, 337, 338; hierzu auch BGHSt 15, 156, 159; LR-HANACK, a.a.O., § 296 Rn. 6), vielmehr ist sie nach der h.M. bei der Beurteilung einer Rechtsmitteleinlegung verpflichtet, **sachgemäßes Ermessen** auszuüben, wobei sie grds. an die Nr. 147 ff. der RiStBV (hierzu ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, a.a.O., Rn. 779 ff.; LEONHARDT, a.a.O., S. 258 ff. 287 ff.; LG Görlitz, Urt. v. 2.9.2008 – 5 a Ns 240 Js 22693/05) gebunden ist (vgl. OLG Düsseldorf NSTZ 1990, 292, 293; MEYER/GOSSNER, a.a.O., vor § 296 Rn. 16; § 296 Rn. 4; KLEINKNECHT, FS BRUNS, 1978, 475, 476; OLG Koblenz NJW 1982, 1770; LR-HANACK, a.a.O., § 296 Rn. 6; LEONHARDT, a.a.O., S. 120 ff.; HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 180, 182; GRÜNER/WASSERBURG NSTZ 1999, 286, 288).

Da Ermessen dabei grds. voraussetzt, dass dem zu entscheidenden Organ mehrere, gleichermaßen rechtmäßige Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, wird z.T. auch vertreten, dass innerhalb der Frage der Rechtsmitteleinlegung im Regelfall eine **Ermessensreduzierung auf Null** vorliege, sodass im Ergebnis vielmehr von einer Verpflichtung zur Rechtsmitteleinlegung bzw. von einem diesbezüglichen Verbot auszugehen sei (so WOHLERS, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaften, 1994, S. 279). **Einschränkend** wird andernorts zumindest dann ein das Ermessen reduzierendes Element in dem Urteil gesehen, wenn hierin dem staatsanwaltlichen Antrag entsprochen wird (HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 181). Begründet wird dies jeweils mit der **funktionellen Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren** (hierzu auch LEONHARDT, a.a.O., S. 100 ff.) sowie der Tatsache, dass auch den Rechtshelfern der Verfahrensbeteiligten Grenzen zu setzen sind, um so die grds. Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen und die richterliche Unabhängigkeit anzuerkennen (WOHLERS, a.a.O., S. 279 ff., S. 279, Fn. 4; FEZER, Strafprozessrecht I, Kap. 2, Rn. 34; hierzu auch HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 180; LR-HANACK, vor § 296, Rn. 5 ff.; GRÜNER/WASSERBURG NSTZ 1999, 286, 288). Zudem fehle bei einem dem Antrag entsprechenden Urteil die **Beschwerde** der Staatsanwaltschaft (HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 180, kritisch auch WOHLERS, a.a.O., S. 283 ff.), was von der **h.M.** so aber wohl **nicht** gesehen wird. Danach soll eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht davon abhängen, ob das Urteil dem Antrag ent-



sprochen hat, sondern ob nach Auffassung der Staatsanwaltschaft gegen ein Gesetz verstoßen wurde (BGHSt 16, 374 ff.; 28, 327, 330 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1990, 292, 293; LR-HANACK, vor § 296 Rn. 54; BEULKE, a.a.O., Rn. 537; CHASLOWICZ/SEITZ, a.a.O., § 11 Rn. 13; BLOY, JuS 1986, 585, 586 f.; MEYER/GOSSNER, a.a.O., vor § 296, Rn. 8 ff.; GRÜNER/WASSERBURG NStZ 1999, 286, 288; WIEGNER, in: Handbuch für den Staatsanwalt, 3. Aufl. 2008, S. 969, Rn. 18, 22; ROXIN, a.a.O., § 51 Rn. 12; KK-StPO/PAUL, 6. Aufl. 2008, vor § 296 Rn. 6; AMELUNXEN, Die Revision der Staatsanwaltschaft, 1980, S. 15 f.; DERS., Die Berufung in Strafsachen, 1982, S. 31; ausführlich auch LEONHARDT, a.a.O., S. 133 ff., 140).

Im Hinblick auf das sachgemäß auszuübende Ermessen ist das Rechtsmittel zur Nachprüfung eines Strafmaßes jedenfalls nur dann einzulegen, wenn die Strafe in einem offensichtlichen **Missverhältnis** zu der Schwere der Tat steht (Nr. 147 Abs. 1 Satz 3 RiStBV) und das Urteil nach Auffassung der Staatsanwaltschaft das Verfahrensziel verfehlt und damit einen schweren Fehler aufweist, wobei das Ermessen restriktiv auszuüben ist, was insbesondere für die Rechtsmitteleinlegung zuungunsten des Angeklagten gilt (WOHLERS, a.a.O., S. 280 ff.; AMELUNXEN, Revision, a.a.O., S. 19; PETERS, Strafprozess, 3. Aufl. 1981, § 23, Kap. IV, S. 180; HEGHMANN/SCHEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 182 f., 190 ff.; GRÜNER/WASSERBURG NStZ 1999, 286, 288; LEONHARDT, a.a.O., S. 185 ff., 253 f., RIESS DRiZ 1976, 3, 5).

Praxistipp:

Die **Staatsanwaltschaft** hat sich somit auch bei dem Gebrauch ihrer Rechtsmittelbefugnisse an den **Zielen** des Strafverfahrens und damit an der *Findung der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit* zu orientieren (WOHLERS, a.a.O., S. 278 f.; HEGHMANN/SCHEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 180).

Die **Verfehlung des Verfahrensziels** kann dabei einerseits auf einer materiell-rechtlich unzutreffenden Würdigung der Tat durch das Gericht, andererseits auf einer formell fehlerhaft ergangenen Entscheidung beruhen (ausführlich WOHLERS, a.a.O., S. 282 f. m.w.N.). Jedoch darf ein Rechtsmittel nicht lediglich dem Selbstzweck dienen, woraus sich ergibt, dass ein Rechtsfehler nicht gerügt werden darf, wenn dieser im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nicht zu einer Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Entscheidung führen kann (RGSt 63, 184, 185; WOHLERS, a.a.O., S. 278 f.; hierzu auch: BIERMANN GA 1953, 353, 354; AMELUNXEN, Revision, a.a.O., S. 19).

Praxistipp:

Folglich ist es der Staatsanwaltschaft **verwehrt**, ein Rechtsmittel nur deshalb einzulegen, um die angefochtene Entscheidung mit einer **anderen Begründung** aufrecht zu erhalten (vgl. RGSt 63, 184, 185; LR-HANACK, § 333 Rn. 21; KK-StPO/PAUL, a.a.O., vor § 296 Rn. 6; AMELUNXEN, Berufung, a.a.O., S. 30; vgl. hierzu auch Nr. 147 Abs. 1 Satz 2 RiStBV). Zudem darf das Rechtsmittel damit auch nicht lediglich das Ziel verfolgen, das

Verschlechterungsverbot des Beschuldigten aus § 331 StPO zu umgehen, bzw. eine **Sprungrevision** gem. § 335 Abs. 1 StPO zu **verhindern** (vgl. OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.; ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, a.a.O., Rn. 780; HEGHMANN/SCHEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 185f.; LEONHARDT, a.a.O., S. 355 f.; WIEGNER, a.a.O., S. 970, Rn. 24; hierzu auch MEYER/GOSSNER, a.a.O., Einl. Rn. 111; KK-StPOEIFFER/HANNICH, Einl., Rn. 22a).

So ist die alleinige Tatsache, dass ein anderer Beteiligter ein Rechtsmittel eingelegt hat nach Nr. 147 Abs. 1 Nr. 4 RiStBV gerade **kein ausreichender Grund**, das Urteil ebenfalls anzufechten, wobei diese Regelung vor dem Hintergrund des Verbots der reformatio in peius gesehen werden muss (LG Görlitz, Urt. v. 2.9.2008 – 5a Ns 240 Js 22693/05; BIERMANN, GA 1953, 353, 354; AMELUNXEN, Revision, a.a.O., S. 22; WIEGNER, a.a.O., S. 970, Rn. 24; LEONHARDT, a.a.O., S. 354 ff.; ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, a.a.O., Rn. 779 f.; WOHLERS, a.a.O., S. 280).

Praxistipp:

Sollte ein Rechtsmittel dabei **ohne sachlichen Grund** (ausführlich LEONHARDT, a.a.O., S. 189 ff.) eingelegt worden sein, kann hierin eine **rechtswidrige Verfahrensverzögerung** zu sehen sein, die innerhalb der **Strafzumessung** einer sich ggf. anschließenden Revision bzw. des sich hieran anschließenden Verfahrens zu berücksichtigen ist (OLG Karlsruhe NJW 2004 1887 f.; BGH NStZ-RR 2002, 219; BGH NStZ 1997, 29 ff.; WIEGNER, a.a.O., S. 970, Rn. 2; MünchKommStGB/Franke, 2003, § 46 Rn. 58 ff.; vgl. auch NJW-Spezial, 2004, 90).

2. Anwendung auf LG Görlitz

Bei dem eingangs geschilderten Fall stellt sich damit die Frage, inwiefern der Berufung der Staatsanwaltschaft sachliche und rechtlich nachvollziehbare Argumente zugrunde lagen, und ob zwischen der von der Staatsanwaltschaft in der Berufungsbegründung geforderten Strafe von 3 – 6 Monaten ein in Nr. 147 Abs. 1 RiStBV gefordertes offensichtliches Missverhältnis zu der vom AG ausgeurteilten Strafe von 2 Monaten liegt.

a) Begründung der staatsanwaltlichen Berufung

Wie dargelegt, ist die unzulässige Einlegung von Rechtsmitteln zur Erreichung rechtlich missbilliger Ziele im Strafprozess untersagt. Fraglich ist damit, ob der Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft sachliche bzw. rechtlich relevante Aspekte zugrunde lagen. Die Staatsanwaltschaft bezog sich im Rahmen ihrer **Berufungsbegründung** auf verschiedene Strafschärfungsgründe, die vom AG Zittau nicht berücksichtigt worden seien (vgl. hierzu den Antrag bzgl. der Berufungsverwerfung gem. § 322 StPO unter http://systemloesungen-beutner.de/TKDV/080705_an



trag%20Berufungsverwerfung%20nach%20322.pdf) womit sie beim LG Görlitz im Ergebnis hingegen keinen Erfolg hatte. Dabei gab das LG als Begründung der im Berufungsverfahren herabgesetzten Strafe u.a. an, dass strafscharfende Umstände nicht festzustellen seien, während es eine Reihe von Faktoren erörterte, die es zugunsten des Angeklagten wertete (LG Görlitz, Urt. v. 2.9.2008 – 5a Ns 240 Js 22693/05).

So führte das **LG richtigerweise nicht das Sitzbleiben** des Angeklagten bei der Urteilsverkündung im amtsgerichtlichen Prozess als strafscharfenden Umstand an. Vielmehr sei dies nach Auffassung der Richter wohl eher als Reaktion auf die Verfahrensweise des Vorsitzenden zu werten, kurzfristig die Verteidiger des Angeklagten auszuschließen. Das LG entsprach hier somit der Auffassung, wonach bei strafscharfender Berücksichtigung des Prozessverhaltens **äußerste Zurückhaltung** geboten sei, was mit der besonderen Situation des Angeklagten begründet wird (LK-StGB/THEUNE, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 205 m.w.N.). Auch auf das Argument der Staatsanwaltschaft, strafscharfend sei zu berücksichtigen, der Angeklagte habe den Prozess dazu benutzt, die vermeintliche Unfähigkeit und Willkür des erkennen- den Gerichts zu demonstrieren, ging das LG in seinem Urteil richtigerweise nicht ein. Schließlich ist es nicht ersichtlich, wie die Verwendung **zulässiger Mittel** der StPO zu einer solchen Demonstration fähig wäre (vgl. hierzu nur FISCHER, StGB, 57. Aufl. 2010, § 46 Rn. 53 mit diversen weiteren Nachweisen). Weitere sachlich zulässige Gründe nannte die Staatsanwaltschaft nicht. Folglich mangelte es bereits an der Geltendmachung sachlich anerkannter Gründe, die für eine Strafzumessung strafscharfend zu berücksichtigen gewesen wären.

Praxistipp:

Aber selbst wenn solche Gründe seitens der Staatsanwaltschaft vorgebracht worden wären, dann wäre weiterhin zu fragen, ob zwischen der beantragten und der verhängten Strafe ein **offensichtliches Missverhältnis** besteht.

b) Offensichtliches Missverhältnis i.S.d. Nr. 147 Abs. 1 RiStBV

Grds. lässt sich hierzu festhalten, dass nicht jede Unterschreitung der von der Staatsanwaltschaft für angemessen erachteten Strafe durch das Gericht ein offensichtliches Missverhältnis begründet (HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 188; OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.). So wird in der **Literatur** von einem „offensichtlichen Missverhältnis“ u.a. ausgegangen, wenn statt einer Freiheitsstrafe nur eine geringe Geldstrafe verhängt wird, bzw. wenn die verhängte Strafe unerträglich unrichtig bzw. die spürbare Divergenz nicht **akzeptabel** ist. Danach soll ein Missverhältnis u.a. gerade nicht gegeben sein, wenn die der Schuld angemessene Strafe aufgrund spezialpräventiver Gesichtspunkte durch das Gericht herabgesetzt wurde, da hierdurch eine zulässige Unterschreitung gerade ins Gegenteil verkehrt würde

(ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, a.a.O., Rn. 779 f.; LEONHARDT, a.a.O., S. 352 f.; AMELUNXEN, Revision, a.a.O., S. 28 f., 32; HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 188; hierzu auch ROXIN, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 59). Zudem ist nach Ansicht des OLG Karlsruhe (NJW 2004, 1887 f.) auch zwischen einer verhängten Strafe von 10 Tagessätzen im Vergleich zu beantragen 20 Tagessätzen kein offensichtliches Missverhältnis zu sehen.

Dabei steht einem rechtmäßigen Berufungsverfahren regelmäßig nicht entgegen, dass das LG Görlitz im Ergebnis eine Strafe von 60 Tagessätzen ausgesprochen hat, da trotz der Einlegung einer Berufung zuungunsten des Beschuldigten weder ein **Verbesserungsverbot** (vgl. § 301 StPO sowie RGSt 63, 184, 186; OLG Hamm NJW 1953, 118, 118 f.; BGHSt 13, 41 f.; ROXIN, a.a.O., § 51 Rn. 29; WOHLERS, a.a.O., S. 280; HEGHMANN/SCHIEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 183 f.; MEYER/GOSSNER, a.a.O., § 301 Rn. 1; BEULKE, a.a.O., Rn. 540; einschränkend AMELUNXEN, Berufung, a.a.O., S. 103 ff.) gilt, noch ist es untersagt, anstelle einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe in **beliebiger Höhe** auszusprechen, solange die Anzahl der Tagessätze der Geldstrafe die frühere Freiheitsstrafe nicht übersteigen (LR-GÖSSEL, § 331 Rn. 44; MEYER/GOSSNER, a.a.O., § 331 Rn. 13; OLG Düsseldorf NJW 1994, 1016 f.; OLG Düsseldorf VRS 72, 202 f.; OLG Hamm NStZ 2008, 118).

Das **LG Görlitz** bezeichnet in seiner Urteilsbegründung die von der Staatsanwaltschaft angestrebte Freiheitsstrafe von 3 – 6 Monaten im Vergleich zu der vom Gericht verhängten Strafe von 2 Monaten als **„wesentlich höhere Freiheitsstrafe“** und geht somit von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Berufung aus. Eine nähere Erläuterung dieser Auffassung erfolgt dabei nicht. Dabei muss jedoch unter mehreren Gesichtspunkten angezweifelt werden, ob die ausgerichteten 2 Monate Freiheitsstrafe im Verhältnis zu den beantragten 3 – 6 Monaten Freiheitsstrafe ein **offensichtliches Missverhältnis** darstellen. Insbesondere bzgl. der Tatsache, dass der zugrunde liegende § 53 Abs. 1 ZDG eine Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren vorsieht, muss davon ausgegangen werden, dass ein Missverhältnis, welches zudem offensichtlich ist, gerade nicht vorlag. Hierfür spricht weiterhin auch die Tatsache, dass das AG Zittau statt der beantragten 2-jährigen Bewährungszeit eine Bewährung auf 3 Jahre festgesetzt hat. Dass die Staatsanwaltschaft dann im anschließenden Berufungsverfahren selbst eine Freiheitsstrafe von 60 Tagessätzen beantragte, mag dabei dem Umstand geschuldet sein, dass sich der Angeklagte hier vollumfänglich zu dem Tatvorwurf eingelassen hatte. Jedoch hat sich auch hierdurch kein wesentlich anderes Bild ergeben, als das dem amtsgerichtlichen Verfahren zugrunde liegenden (**AG Zittau**, Urt. v. 14.12.2007 – 4 Ds 240 Js 22693/05). So wurde auch ohne Geständnis des Angeklagten im Urteil des AG Zittau verdeutlicht, dass der Angeklagte einen sog. Totalverweigerer darstelle, der aus Gewissensgründen handelte. Wenn aber die Berufungsverhandlung keine wesentlichen neuen Ge-



sichtspunkte zu Tage fördert, sich die Staatsanwaltschaft hier aber entgegen der eigenen Berufungsbeurteilung auf einen Antrag von 60 Tagessätzen verständigt, dann bleibt doch die Frage offen, inwiefern es zuvor ein offensichtliches Missverhältnis gem. Nr. 147 Abs. 1 RiStBV annehmen konnte. Dass es sich bei der Begründung auf Nr. 147 Abs. 2 RiStBV stützte, wonach von den Grundsätzen der Nr. 147 Abs. 1 RiStBV abgesehen werden kann, wenn ein Gericht (...) im Strafmaß nicht nur vereinzelt, sondern allgemein den Aufgaben der Strafrechtspflege nicht gerecht wird (vgl. Nr. 147 Abs. 2 RiStBV; ARTKÄMPER/HERRMANN/JACOBS/KRUSE, a.a.O., Rn. 781) ist dabei nicht ersichtlich. Zudem wäre die Staatsanwaltschaft auch hier an die bereits aufgeführten Grundsätze pflichtgemäßen Ermessens gebunden (HEGHMANN/SCHAEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 186).

c) Resümee

Als **Ergebnis** bleibt **festzuhalten**, dass die Vermutung, bei der eingelegten Berufung der Staatsanwaltschaft habe es sich um eine sog. Sperrberufung gehandelt, vorliegend kaum bis gar nicht zu entkräften ist. So stellt sich diese Annahme jedenfalls um Einiges plausibler dar als das geltend gemachte offensichtliche Missverhältnis zwischen verhängter und beantragter Strafe. Insbesondere ist das Verhalten der Staatsanwaltschaft nicht frei von Widersprüchen (vgl. zu widersprüchlichem Prozessverhalten des Angeklagten BGH StV 2001, 100 f.). Über die Gründe, warum das LG Görlitz hierauf in seiner Begründung mit keinem Wort eingegangen ist, können nur Spekulationen angestellt werden, was aber an dieser Stelle unterbleiben soll.

IV. Empfohlene Verteidigerstrategie

Der Verteidigung bleibt folglich anzuraten, das Rechtsmittel der **Revision** erst am letzten Tag der **Frist** (§ 314 StPO) einzulegen, um so die Einlegung einer Sperrberufung möglichst zu vermeiden (so auch CHASLOWICZ/SEITZ, a.a.O., § 11 Rn. 24). Gegen eine dennoch eingelegte Sperrberufung existiert die form- und fristlose **Beschwerde** gegen das dienstliche Verhalten des zuständigen Beamten bzgl. dessen Sachbehandlung in Form der Sachaufsichtsbeschwerde (HEGHMANN/SCHAEFFLER, a.a.O., Kap. IV, Rn. 186 Fn. 472; CHASLOWICZ/SEITZ, a.a.O., § 11 Rn. 13; hierzu auch MEYER/GOSSNER, a.a.O., vor § 296 Rn. 22). Diese ist entweder bei der **GenStA** und gegen dessen Entscheidung bzw. auch unmittelbar bei dem zuständigen **Justizministerium** einzulegen (§ 147 GVG Nr. 2; MEYER/GOSSNER, a.a.O., § 172 Rn. 18, vor § 296 Rn. 22).

Praxistipp:

Jedoch soll für eine rechtsmissbräuchliche Sachbehandlung die sachwidrige Geltendmachung eines prozessualen Rechts allein wohl nicht genügen (so jedenfalls das OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.).

Eine **weitere Möglichkeit** der Verteidigung besteht darin, einen Antrag im Hinblick auf **§ 322 Abs. 1 StPO** zu formulieren, um so zu erreichen, dass ein Verwerfungsbeschluss erlassen wird. Das Gericht kann gem. § 322 Abs. 1 StPO die Berufung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss als unzulässig verwerfen, wenn es die Zulässigkeitsvoraussetzungen für nicht gegeben hält, wobei sich die Prüfung auf alle Zulässigkeitsvoraussetzungen erstreckt und damit auch die Überprüfung der Einhaltung der RiStBV-Vorgaben umfasst (vgl. BEULKE, a.a.O., Rn. 548 ff.; PFEIFER, StPO, 5. Aufl. 2005, § 322 Rn. 2; § 349 Rn. 2; KK-StPO/KUCKEIN, a.a.O., § 349 Rn. 4; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.6.2003 – 2 VAs 36/02, abzurufen unter: <http://systemloesungen-beutner.de/TKDV/2VAs36-02.Bes.pdf>; BGH StV 2001, 100; hierzu auch WOHLERS, a.a.O., S. 283 ff.; LG Cottbus, Beschl. v. 15.7.2004 – 25 Ns 140/04; LG Cottbus, Beschl. v. 10.6.2005 – 25 Ns 112/05).

Ein darüber hinausgehender Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. **§ 23 EGGVG** ist nach **h.M. nicht zulässig**, da die Rechtsmittel einlegung durch die Staatsanwaltschaft keine Maßnahme im Sinne eines hoheitlichen Handelns mit unmittelbarer Außenwirkung und somit keinen **Justizverwaltungsakt** darstellt, sodass der Rechtsweg für ein Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG nicht eröffnet ist (vgl. ausführlich mit den entsprechenden Nachweisen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.6.2003 – 2 VAs 36/02). Sofern dies angezweifelt wird, muss der Antrag nach §§ 23 ff. EGGVG wohl aber auch aus Gründen der Subsidiarität zurücktreten, da die geltend gemachte Unzulässigkeit einer durch die Staatsanwaltschaft eingelegten Berufung im Wege des § 322 Abs. 1 StPO durch das Berufungsgericht selbst überprüfbar ist, sodass hiermit der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entsprochen wird (vgl. BVerfG StV 2001, 697 f. m.w.N.; LAGODNY JZ 1998, 568, 579; TERBACH NStZ 1998, 172, 173). Darüber hinausgehend gestaltet sich die Überprüfung durch das Berufungs- und damit durch das sachnähere Gericht selbst auch als **prozessökonomischer**.

Praxistipp:

Sofern ein solcher Antrag dennoch erfolgt ist, kann die hierbei eintretende Verfahrensverzögerung allerdings nicht – jedenfalls nicht vollumfänglich – dem Angeklagten als **verfahrensverzögerndes** und damit **rechtsmissbräuchliches** Verhalten zugerechnet werden (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.6.2003 – 2 VAs 36/02; OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.; BVerfG NJW 2003, 2897 ff.).

Dabei ist im Fall einer nachfolgenden Revision zu beachten, dass eine von der Staatsanwaltschaft eingelegte Sperrberufung zumindest dann bei der späteren **Strafzumessung** zu berücksichtigen ist, sofern hierdurch eine **Verfahrensverzögerung** eingetreten ist, die als unangemessen lang anzusehen ist (OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.; BVerfG NJW 2003, 2897 ff.; BGH NStZ-RR 2002, 219; BGH NStZ 1997, 29; NJW-Spezial 2004, 90; MünchKomm-StGB/FRANKE,



§ 46 Rn. 58 ff.; WIEGNER, a.a.O, S. 970 Rn. 24). Denn auch wenn die staatsanwaltliche Berufung vom Revisionsgericht „nur“ als sachwidrig, hingegen nicht als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird, kann die mit der Berufung eingetretene Verfahrensverzögerung einen Verstoß gegen das **Beschleunigungsgebot** aus Art. 6 EMRK darstellen, was von Amts wegen entsprechend zu berücksichtigen wäre (OLG Karlsruhe NJW 2004, 1887 f.; NJW-Spezial 2004, 90; hierzu auch BGH NStZ 1997, 29 ff.; OLG Stuttgart Justiz 2002, 375; Justiz 2004, 169; OLG Karlsruhe StraFo 2004, 203 f.).

V. Zusammenfassende Stellungnahme

Klarer Verlierer einer rechtsmissbräuchlich eingelegten Berufung ist eindeutig der Rechtsstaat selbst. Die vorhandenen Rechtsmittel (hierzu auch LEONHARDT, a.a.O., S. 438 ff.) gegen eine Sperrberufung sind mitunter dabei wohl eher als dürrtig zu bewerten. Insbesondere die Möglichkeit der **Sachaufsichtsbeschwerde** wird sich als wenig scharfes Schwert erweisen, so wird diese allgemein mit den drei F's bezeichnet: Formlos – Fristlos – Fruchtlos.

Erfolgsversprechender erscheint es hingegen, den aufgezeigten Weg nach § 322 Abs. 1 StPO zu verfolgen. Wie der vorliegende Sachverhalt jedoch gezeigt hat, scheint das mit der Sache befasste Berufungsgericht hingegen nicht immer den nötigen Mut zu haben, die Staatsanwaltschaft in ihre zugewiesene Kompetenzgrenzen zu verweisen und eine eingelegte Berufung wegen eines Verstoßes gegen Nr. 147 RiStBV und damit mangels Zulässigkeit abzulehnen (vgl. hierzu auch BeckOK-StPO v. 1.8.2008; § 322 Rn. 4; BGHSt 51, 88, 92 m.w.N.).

Aus diesem Grund und wegen Nichtvorliegens weiterer entsprechender positiv geregelter rechtlicher Wehrmöglichkeiten wird der Verteidigung somit auch künftig weiterhin nur eine **taktische Vorgehensweise** in der Form anzuraten sein, dass die **Revision** erst am **letzten Tag** der **Frist** und somit möglichst spät eingereicht wird, und darüber hinausgehend die bestehenden Rechtsmittel gegen eine Sperrberufung konsequent zu verfolgen. Wirklich befriedigend ist dies allerdings nicht.

