

Die auf Freisprechung des Angeklagten gerichtete Nebenklage – zulässig? Zugleich Besprechung von OLG Rostock, Beschl. v. 26.3.2012 – I Ws 77/12

Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Noak, LL.M., Rostock*

I. Einführung

Ein strafprozessualer Sachverhalt kann merkwürdig anmuten, wenn einer der Prozessbeteiligten sich nicht verhält, wie seine „klassische“ Rolle es vorsieht. Schon der Staatsanwalt, der bei Zweifeln über die Täterschaft des Angeklagten Freispruch beantragt, entspricht nicht seinem Klischee, obgleich er die Funktion der „objektivsten Behörde der Welt“¹ ausfüllt (vgl. § 160 Abs. 2 StPO). Erst recht stößt der hier erörterte Fall, in dem ein Nebenkläger sich beim Angeklagten nicht „beklagen“, sondern ihn schützen und einen Freispruch erreichen will, auf Erstaunen. Das OLG Rostock² hat den Anschluss des – wie er auch genannt wird – verteidigenden Nebenklägers³ an die öffentliche Klage nicht zugelassen, Vertreter des Schrifttums⁴ hätten anders entschieden. Interessanter und ungewöhnlicher Stoff also, der einen Rostocker Anwalt ermuntert, die Konstellation anhand des Beschlusses des heimatischen OLG zu untersuchen.

II. Einzelheiten zu Verfahren und Beschluss

Im Oktober 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen den im Jahre 1994 geborenen M wegen Totschlags mit dem Vorwurf, seinen Bruder W im August 2011 erstochen zu haben. Im Januar 2012 wurde gegen M am Landgericht Stralsund verhandelt. Nachdem M zur Person vernommen worden war, beantragte T, die Mutter von M und W, „im Strafverfahren als Nebenklägerin zugelassen zu werden“ und dass ihr dafür ein Beistand bestellt werde. Die Anschlussklärung wurde in die Sitzungsniederschrift aufgenommen. Zur Begründung des Antrags erklärte T ausweislich des Protokolls: „Ich bin die Mutter von M und W, und mir geht es um die Aufklärung des Todes meines Sohnes W, und zwar in jeder Richtung. Mit meiner Anschlussklärung möchte ich nicht erreichen, dass mein Sohn verurteilt wird. Ich meine damit,

dass ich dieses Ziel so explizit nicht verfolge, sondern mit meiner Anschlussklärung erreichen will, dass der wahre Täter gefunden wird. Dabei weiß ich, dass mein Sohn M nicht der Täter war. Darum geht es aber nicht, sondern, wie gesagt, darum, den wahren Täter zu finden.“

Das LG Stralsund lehnte den Antrag auf Zulassung der Nebenklage ab. Die dagegen beim OLG Rostock eingelegte Beschwerde der T blieb ohne Erfolg. In seiner Begründung zitiert das OLG die Generalstaatsanwalt Rostock (im Folgenden: GenStA), die eine Stellungnahme abgegeben hatte. Dort wird – kurz gesagt⁵ – ausgeführt, es lägen zwar die formellen Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 1 JGG vor, weil T als Mutter des Getöteten im Verfahren gegen den Angeklagten nebenklageberechtigt sei. Berücksichtige man jedoch Sinn und Zweck der Nebenklage, müsse die Zulässigkeit der Nebenklage ausnahmsweise an der Intention der T scheitern. Dies werde gestützt durch die Systematik des Gesetzes, besonders § 400 Abs. 2 S. 1 StPO und die Tatsache, dass bei Antragsdelikten auf die wirksame Anbringung eines Strafantrags durch den Verletzten als Verfahrensvoraussetzung nicht verzichtet werden könne.

Das OLG ist den Ausführungen der GenStA beigetreten, hat aber noch folgenden Satz ergänzt: „Der ‚Nebenkläger‘, der mit seinem Anschluss erklärtermaßen dafür eintreten will, dass der seiner Auffassung nach unschuldige Angeklagte freigesprochen wird, verneint selbst seine Verletzteneigenschaft und entzieht damit seiner Anschlussklärung die verfahrensrechtliche Grundlage (OLG Schleswig a.a.O.).“

III. Analyse des Beschlusses: Ist die verteidigende Nebenklage zulässig?

1. Vorab: § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO als Zulassungsnormen

Entgegen der Auffassung der GenStA folgt die Anschlussberechtigung der T nicht aus § 80 Abs. 3 S. 1 JGG, sondern § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Denn mit Ausnahme von § 221 Abs. 2 StGB, der ein Todesopfer nicht voraussetzt, erfasst § 80 Abs. 3 S. 1 JGG nur *versuchte* Tötungsdelikte zu Lasten des Verletzten, während das Nebenklagerecht der Angehörigen bei Vollendungstaten abschließend in § 80 Abs. 3 S. 2 JGG geregelt ist.⁶

2. Argumente für und wider die Zulässigkeit des Anschlusses

a) Verneinung der Verletzteneigenschaft?

Das Argument des OLG Rostock am Ende des Beschlusses, T verneine wegen ihres Strebens nach Freispruch des M ihre Verletzteneigenschaft, geht fehl. Das Gericht meint, sich einer

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Rostock und Lehrbeauftragter für Verwaltungsrecht und Strafrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommerns in Güstrow.

¹ v. Liszt, DJZ 1901, 179 (180). Studiert man die Textstelle im Zusammenhang, wird freilich deutlich, dass der Autor die Staatsanwaltschaft in dieser Rolle nicht sieht.

² OLG Rostock NStZ 2013, 126; OLG Rostock JR 2013, 426.

³ Altenhain, JZ 2001, 791. Im Gegensatz dazu steht der von Klug, ZRP 1999, 291, so bezeichnete angreifende Nebenkläger, der die Verurteilung des Angeklagten erreichen will, weil er sich so am besten vom eigenen Tatverdacht befreien kann. Beispielgebend ist der Prozess gegen Monika Weimar, in dem der Vater der ermordeten Kinder, der neben der Angeklagten allein als Täter in Betracht kam, sich als Nebenkläger anschloss. Näheres bei Altenhain, JZ 2001, 791 (792 ff.).

⁴ Siehe Altenhain, JZ 2001, 791 (insb. 797 ff.); Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 395 Rn. 17 f.; neuerdings auch Bock, JR 2013, 428.

⁵ Ausführlicher unter III.

⁶ Siehe Noak, ZRP 2009, 15 (16); Schatz, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 80 Rn. 17; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 395 Rn. 17.

Entscheidung des OLG Schleswig⁷ anschließen zu können, übersieht aber, dass die Sachverhalte sich in einem maßgeblichen Punkt unterscheiden: Beim OLG Schleswig begehrt (auch)⁸ Verletzte den Anschluss an die öffentliche Klage; die Anschlussbefugnis der T folgt hingegen aus ihrem Status als Angehörige, der vom Begriff des Verletzten entkoppelt ist. Dies zeigen Wortlaut und Systematik des § 395 Abs. 1 bis 3 StPO: Abs. 1 und Abs. 3 räumen den unmittelbar durch die Tat Geschädigten das Nebenklagerecht ein und nennen sie Verletzte, während Abs. 2 Nr. 1 das Anschlussrecht der Angehörigen begründet und diese gerade nicht als Verletzte bezeichnet. Richtigerweise spricht auch die GenStA in ihrer Stellungnahme mit Bezug auf T von einer „Angehörige(n) eines durch den Angeklagten und seine Tat Verletzten“. Und weil T nicht verletzt war, kann sie diese Eigenschaft auch nicht selber verneint haben.

Unterstellt man probenhalber, T sei Verletzte, hätte sie diese Eigenschaft durch ihr Begehren gleichwohl nicht verneint. Denn jemand, der geltend macht, der Angeklagte sei nicht der Täter, distanziert sich nicht von seinem „Verletztsein“, sondern davon, der Angeklagte habe dieses „Verletztsein“ durch Begehung der rechtswidrigen Tat herbeigeführt.⁹ Noch bedenklicher wird es, wenn man die These des OLG Rostock dem § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO anpasst. Man käme nicht umhin festzustellen, dass das Gericht der T hätte vorhalten müssen, sie verneine durch ihr Streben nach Freispruch ihre Eigenschaft als Angehörige, anders ausgedrückt: distanzieren sich von der Mutter-Sohn-Beziehung zu dem getöteten W. Man könnte sich des Befremdens der T gewiss sein.

b) Sinn und Zweck

Die GenStA sieht im Anschluss der T eine unzulässige Rechtsausübung, weil das Anliegen mit der üblicherweise formulierten Position des Nebenklägers, der als Verletzter oder naher Angehöriger eines Verletzten an der Seite der Staatsanwaltschaft die Bestrafung des Angeklagten verfolgt, nichts gemein hat.¹⁰ Sinn und Zweck der Nebenklage sieht die Behörde im Schutz des Verletzten. Ihm solle, führt sie aus, eine Möglichkeit gegeben werden, seine spezifischen Interessen – die nicht immer deckungsgleich sein müssten mit denen der Anklagebehörde – darzustellen, zu vertreten und zu verteidigen, was auch die Abwehr von Verantwortungs- und Schuldzuweisungen seitens des Angeklagten umfasse. Für den Nebenkläger bestehe Gelegenheit, im Strafverfahren seine persönlichen Interessen auf Genugtuung zu verfolgen; durch Erklärungen, Fragen und Anträge das Verfahrensergebnis zu beeinflussen und sich z.B. gegen die Leugnung und Verharm-

losung seiner Verletzung zu wehren. Gehe es um die Nebenklage von bestimmten nahen Angehörigen, könne auch bei diesen das Bedürfnis nach einer entsprechenden Verfahrensbeteiligung bestehen.

Das klingt plausibel, und niemand bestreitet, dass der überwältigende Teil der Nebenklagen dem Anliegen des Verletzten oder Angehörigen geschuldet ist, durch aktives Prozessieren gegen den in seinen Augen schuldigen Angeklagten Genugtuung zu erfahren und ggf. bei Schuldzuweisungen und Verharmlosungen eingreifen und entgegenzutreten zu können. Dennoch bleibt Unbehagen, denn dass die nach Freispruch des M strebende T eine weniger schützenswerte Angehörige sein soll, leuchtet auch nicht recht ein. Immerhin hat T einen schlimmen Schicksalsschlag erfahren und ein erhebliches Interesse daran, in dem Strafverfahren, das wegen des ihren Sohn betreffenden Tötungsdelikts geführt wird, besondere prozessuale Interaktions- und Informationsrechte geltend machen zu können (vgl. § 397 Abs. 1 StPO). In ihrem Sinne könnte man – mit *Velten*¹¹ – einen legitimen Sinn und Zweck der Nebenklage darin sehen, dem Nebenkläger zu erlauben, innerhalb des ihn zentral betreffenden Strafverfahrens unter Ausnutzung seiner „Sonderstellung“ dafür einzutreten, dass der aus seiner Sicht unschuldige Angeklagte vom Anklagevorwurf befreit und die Person bestraft wird, die die Tat begangen hat. Dazu kann die auf Freisprechung des Angeklagten gerichtete Nebenklage geeignet und erforderlich sein. Gelänge dem Nebenkläger sein Vorhaben, wäre größere Genugtuung kaum vorstellbar.¹²

Es zeigt sich, dass man mit Sinn und Zweck des Gesetzes sowohl für wie auch gegen den verteidigenden Nebenkläger streiten kann. Eine solch schwebend-teleologische Herangehensweise birgt somit die Gefahr ergebnisorientierter Beliebigkeit, was ihr auch seit Längerem entgegengehalten wird.¹³ Ein dem Gesetz vom Rechtsanwender beigelegter Sinn und Zweck muss, will er ernstgenommen werden, auf eine Quelle im Wortlaut des Gesetzes, der Gesetzgebungsgeschichte oder der Gesetzssystematik zurückzuführen sein,¹⁴ anderenfalls ist er als unbewiesene Behauptung wertlos, weil zirkelschlüssig: „Wenn Sinn und Zweck des Gesetzes das Ergebnis der Auslegung sind, können sie nicht gleichzeitig ihr Mittel sein.“¹⁵ Ob das Recht der Nebenklage solche Quellen für eine

⁷ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270.

⁸ Genauer besehen jedoch nicht nur, sondern auch Angehörige, was folgender Satz beweist: „Danach wird dem Angekl. vorgeworfen, sie durch eine vorsätzliche Brandstiftung in die Gefahr des Todes gebracht oder Angehörige von ihnen wenigstens leichtfertig getötet zu haben“ (OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 [271]).

⁹ So auch *Altenhain*, JZ 2001, 791 (797); *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 18.

¹⁰ *Altenhain*, JZ 2001, 791; *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 17.

¹¹ *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 18.

¹² Siehe auch *Bock*, JR 2013, 428 (429): verteidigende Nebenklage als „Nebenklage im ureigensten Interesse des Verletzten“.

¹³ Näher *Herzberg*, JuS 2005, 1 (6 ff.); *ders.*, ZIS 2011, 444 (446 f.); *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576); *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500 (503); *Walz*, ZJS 2010, 482 (485).

¹⁴ Ein Beispiel bietet § 1 UWG: „Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“ Zu ihm und seinen Auswirkungen auf den subjektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 und Abs. 2 UWG *Noak*, wistra 2006, 245.

¹⁵ *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576).

„Positionierung gegen den Angeklagten“ bietet, soll im Folgenden ermittelt werden.

c) Wortlaut, Historie, Systematik

aa) Wortlaut

(1) Das Landgericht Kiel¹⁶ hat in einem Beschluss aus dem Jahre 1999 bei Begründung des herrschenden Ergebnisses argumentiert, aus der Bezeichnung „Nebenklage“ folge, dass diese eine den Angeklagten belastende Tendenz aufweisen müsse. Die Wortwahl des Gesetzes lasse erkennen, dass der Gesetzgeber von einem Interesse des Verletzten oder Angehörigen an der Verurteilung des Angeklagten ausgegangen sei.

Dem wohnt Richtiges inne, denn die Verwendung des Begriffs „Nebenklage“ im Zusammenhang mit einem Prozessbeteiligten, der sich der Klage des Staatsanwalts anschließt und sich im Prozess „neben“ ihn setzt, deutet tendenziell auf eine Einstellung gegen den Angeklagten hin. Allerdings hat *Altenhain*¹⁷ auf zweierlei mit Recht hingewiesen: Zum einen erlaubt die Begrifflichkeit „Nebenklage“ schon deshalb keine allzu weitreichenden Folgerungen, weil sie juristisch unscharf und unglücklich gewählt ist. Die Nebenklage ist keine Klage im prozessual-technischen Sinne, denn es wird mit ihr weder eine Tat vor Gericht gebracht noch eine Rechtshängigkeit begründet. Zum anderen geht die Bezeichnung zurück auf die Rechtslage vor der heutigen, als die Nebenklage noch an die Privatklagebefugnis gebunden und der Nebenkläger ein „von der Staatsanwaltschaft an die Seite – neben sie – gedrängter Privatkläger – war“¹⁸. Und obgleich die frühere Konzeption bei Änderung der StPO durch das „Opferschutzgesetz“¹⁹ vom 18.12.1986 aufgegeben und geradezu in ihr Gegenteil verkehrt wurde,²⁰ ließ man die Bezeichnung „Nebenklage“ im Gesetzgebungsverfahren unerörtert und übernahm sie ins neue Recht. Daran lässt sich ersehen, dass „Nebenklage“ eine eher schlagwortartige Bezeichnung ist, der die letzte Genauigkeit fehlt und deshalb keine allzu weitreichenden Schlussfolgerungen erlaubt.

(2) Die Gegenauffassung, die für Zulassung des verteidigenden Nebenklägers plädiert, kann ein stärkeres Wortlautargument verbuchen: die Vorschriften der Nebenklage, insbesondere § 395 Abs. 1 bis 3 StPO und § 80 Abs. 3 JGG, knüpfen ausschließlich an die Begehung einer bestimmten rechtswidrigen Tat an und normieren sonst keinerlei Anforderungen an die Person des Angeklagten oder das vom Nebenkläger verfolgte Ziel.²¹ Zur Verdeutlichung unser Fall: T ist eine Person, deren Kind W durch eine rechtswidrige Tat getötet wurde. Sie hat nach den Buchstaben des Gesetzes, nämlich § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO, auf den § 80 Abs. 3 S. 2 JGG verweist, die gleiche Befugnis wie jemand, der verletzt ist durch

eine in § 395 Abs. 1 StPO genannte Straftat: sie darf sich der erhobenen öffentlichen Klage anschließen. Es liegen, wie die GenStA ja auch offen bekennt, „[...] die formellen Voraussetzungen einer Anschlussberechtigung [...] vor“.

Weil die Tatbestände der § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO eine Voraussetzung der „Positionierung gegen den Angeklagten“ nicht kennen, ist T in einer komfortablen Lage. Sie hat, könnte man formulieren, eine Anwartschaft auf Zulassung ihrer Nebenklage, während die Befürworter des einschränkenden Kriteriums Überzeugungsarbeit leisten müssen. Denn der Wortlaut, sagt *Hardtung*²² mit Recht, „ist maßgeblich, bis ein anderer Auslegungsgesichtspunkt (Historie, Systematik) dargetan ist, der zu einem anderen Auslegungsergebnis führt: Wer sich vom typischen Wortsinn lösen möchte, hat die Beweislast.“

bb) Historie

Wie bereits erwähnt, hat das Recht der Nebenklage eine wichtige Zäsur durch das „Opferschutzgesetz“ erfahren. Kurz zur Vergangenheit der §§ 395 ff. StPO:²³ Bei Schaffung der am 1.10.1879 in Kraft getretenen Reichsstrafprozessordnung war anerkannt, dass das Strafverfahren ausschließlich der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs diene.²⁴ Der verletzte Bürger galt „nur [als] das zufällige Objekt, an welchem das Verbrechen zur Erscheinung gekommen ist“²⁵. Entsprechend sah man in den prozessualen Instituten, in denen der Bürger Beteiligungsrechte hatte – Klageerzwingungs-, Privatklage- und Nebenklageverfahren – Instrumente zur Entlastung und Kontrolle der Staatsanwaltschaft.²⁶ Der Gesetzgeber räumte dem Verletzten die Beteiligung am Hauptverfahren ein, weil und soweit sie für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nützlich war.²⁷ Dass der Nebenklage dabei die am wenigsten bedeutsame Rolle zufiel, ließ sich daran ablesen, dass sie größtenteils akzessorisch war, nämlich gekoppelt entweder an die Befugnis Privatklage zu erheben oder ein erfolgreiches Klageerzwingungsverfahren durchgeführt zu haben. Das „Opferschutzgesetz“ dokumentierte sodann einen Paradigmenwechsel, denn der Gesetzgeber räumte ein, dass das überkommene Straf- und Strafverfahrensrecht die Position des Verletzten vernachlässigt und seine eigenhändige Rolle im Strafprozess nicht hinreichend berücksichtigt habe.²⁸ Die Nebenklage wurde gestärkt und verselbständigt, was sich insbesondere darin manifestierte,

¹⁶ SchlHA 1999, 187.

¹⁷ *Altenhain*, JZ 2001, 791 (798).

¹⁸ *Altenhain*, JZ 2001, 791 (798).

¹⁹ BGBl. I 1986, S. 2496.

²⁰ Dazu sofort unter bb).

²¹ Siehe auch *Altenhain*, JZ 2001, 791 (797); *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 17.

²² *Hardtung*, Lehrskript Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 3. Kapitel: Die Auslegung von Gesetzen, Stand: 2014, Rn. 275.

²³ Ausführlicher *Herrmann*, ZIS 2010, 236; *Rohde*, Die Rechte und Befugnisse des Verletzten im Strafverfahren gegen Jugendliche, 2009, S. 25 ff; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 24 ff.

²⁴ Siehe *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795).

²⁵ *Groß*, in: Glaser (Hrsg.), Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl. 1883, S. 551 Fn. 14.

²⁶ Siehe *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795) m.w.N.

²⁷ Dazu *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795); *Maiwald*, GA 1970, 53 (55).

²⁸ BT-Drs. 10/5305, S. 8.

dass sie von der Privatklage im Wesentlichen gelöst wurde und man die Rechte des Nebenklägers durch einen Enumerativkatalog abschließend neu bestimmte.²⁹

Liest man die Begründung des „Opferschutzgesetzes“, den „Entwurf eines ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren“, im Lichte der hiesigen Problematik, so wird vielerorts deutlich, dass die Novellierung des Gesetzes den Nebenkläger im Blick hatte, der die Verurteilung des Angeklagten verfolgt. So heißt es, die Befugnisse des Nebenklägers nach seinem Anschluss würden selbstständig bestimmt: „Maßstab hierfür sind die spezifischen vorrangig auf Schutz vor Verantwortungszuweisungen durch den Beschuldigten gerichteten Bedürfnisse des Verletzten.“³⁰ Des Weiteren ist zu lesen, die in § 397 Abs. 1 S. 2 StPO genannten Befugnisse, vor allem die die Hauptverhandlung betreffenden, orientierten „sich insbesondere daran, dass der Verletzte als Nebenkläger seine Interpretation des Tatgeschehens artikulieren und Verantwortungszuweisungen durch den Angeklagten entgegentreten muss“³¹. Schließlich sei die Begründung zur Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis gemäß § 400 StPO erwähnt, wo der Gesetzgeber davon spricht, der Verletzte habe „in erster Linie ein legitimes Interesse daran, dass der Angeschuldigte wegen der Tat, aus der sich die Befugnis zum Anschluss ergibt, überhaupt verurteilt wird. [...] Dagegen ist ein legitimes Interesse an der Höhe der den Angeklagten treffenden Strafe regelmäßig zu verneinen“³².

Mag dem Gesetzgeber somit die Stärkung der Rechte des „normalen“ Nebenklägers ein Anliegen gewesen sein, ist jedoch auch zu bemerken, dass er den verteidigenden Nebenkläger an keiner Stelle der Gesetzesbegründung vom Verfahren ausgeschlossen sehen will. Er wird nicht einmal erwähnt, und dass deshalb, weil man sich ihm während des Gesetzgebungsverfahrens schlicht nicht bewusst war.³³ Ob man eine „Positionierung gegen den Angeklagten“ im Gesetz etabliert hätte, wenn er bedacht worden wäre, liegt im Bereich der Spekulation. Die Ausführungen in den Materialien zu §§ 395 ff. StPO verdeutlichen jedoch, dass Verletzten, „die nach kriminologischen und viktimologischen Erkenntnissen besonders schutzbedürftig erscheinen“, sprich: dem Katalog des § 395 StPO subsumiert werden können, „eine umfassende Beteiligungsbefugnis im gesamten Verfahren [...]“ zuteil werden sollte, um sie in das Prozedere einzubinden und ihnen ein Forum zu schaffen, um Genugtuung wegen des Geschehenen zu erlangen.³⁴ Zitat: „Opfer schwerer Straftaten bedür-

fen einer gesicherten Beteiligungsbefugnis [...]“³⁵. Ob dem Gesetzgeber angesichts eines solch ehrgeizigen Vorhabens in den Sinn gekommen wäre, Verletzte oder Angehörige auszuschließen, weil sie ein untypisches Ziel mit der Nebenklage verfolgen, darf man deshalb in Zweifel ziehen, weshalb die Historie des Nebenklagerechts aus hiesiger Sicht einen Beweis für die These, Nebenkläger müssten stets gegen den Angeklagten positioniert sein, nicht erbringen kann.

cc) Systematik

Es lassen sich äußere und innere Systematik unterscheiden.³⁶ Die äußere gewinnt Erkenntnisse aus eher formalen Gesichtspunkten wie der Überschrift der Norm, dem Abschnitt, in den sie eingebunden ist, ggf. dem Inhalt weiterer Absätze etc.; die innere orientiert sich an inhaltlichen Kriterien und berücksichtigt, dass die Rechtsordnung ein in sich stimmiges, widerspruchsfreies System sein soll und jedes Gesetz vor allem auch mit dem Grundgesetz in Einklang stehen muss.³⁷ Vorliegend ist nicht zu verhehlen, dass sich ein Großteil der gesetzlichen Vorschriften am Normalfall des gegen den Angeklagten positionierten Nebenklägers orientiert.³⁸ Ob daraus *zwingend* zu schließen ist, der verteidigende Nebenkläger sei außen vor zu lassen, steht auf einem anderen Blatt.

(1) § 400 StPO

Das LG Kiel³⁹ stützt sich auf Abs. 1 der Norm: Da der Nebenkläger das Urteil u.a. nicht mit dem Ziel anfechten könne, dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt werde, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtige, sei der Nebenkläger nur insoweit zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt, als er durch die Entscheidung in seiner Stellung als Nebenkläger beschwert sei. Dies wiederum sei nur der Fall, wenn der Angeklagte von dem Nebenklagedelikt freigesprochen werde oder das Nebenklagedelikt nicht in den Schuldspruch aufgenommen worden sei.

Darauf ist erstens zu erwidern, dass bereits der Schluss des LG Kiel von der Rechtsmittel- auf die Nebenklagebefugnis Bedenken aufwirft. Käme „es auf die Beschwerde durch die Anklageerhebung an, wäre die Nebenklage gerade dann unzulässig, wenn der Schuldige angeklagt wird!“⁴⁰ Zweitens erklärt das Gericht nicht, wie es darauf kommt, dass der Nebenkläger nur beschwert sei, wenn der Angeklagte freigesprochen werde, sondern setzt dies voraus – ein Zirkelschluss also. Drittens passt § 400 Abs. 1 StPO nicht zum hiesigen Fall: § 400 Abs. 1 Alt. 1 StPO verbietet dem Nebenkläger die Anfechtung des Urteils mit dem Ziel, eine andere Rechtsfolge zu erreichen. Um Rechtsfolgen geht es jedoch nicht, sondern den Schuldspruch. Wer nicht die Kühnheit besitzt, der Vorschrift den Umkehrschluss zu entnehmen, dass alle Rechts-

²⁹ Siehe *Rieß/Hilger*, NStZ 1987, 145 (154).

³⁰ BT-Drs. 10/5305, S. 9.

³¹ BT-Drs. 10/5305, S. 13.

³² BT-Drs. 10/5305, S. 15.

³³ Dass die Reichweite eines Gesetzes im Gesetzgebungsverfahren verkannt wird, ist ein Umstand, der allenthalben vorkommt, wie etwa die Strafnorm des § 19 UWG („Verleiten und Erbieten zum Verrat“) beweist, die im Jahre 2004 geändert wurde. Vor Inkrafttreten hatte *Mitsch* in einem durchaus unterhaltsamen Beitrag (wistra 2004, 161) vor den Folgen der gesetzgeberischen Pläne gewarnt; gleichwohl ist die Vorschrift in der bemängelten Fassung in wirksam geworden.

³⁴ BT-Drs. 10/5305, S. 10 f.

³⁵ BT-Drs. 10/5305, S. I. unter „Zielsetzung“.

³⁶ Siehe etwa *Hardtung* (Fn. 22), Rn. 191 ff.; *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 154 ff.

³⁷ Dazu *Hardtung* (Fn. 22), Rn. 192.

³⁸ Siehe *Bock*, JR 2013, 428.

³⁹ SchlHA 1999, 187.

⁴⁰ Zutreffend *Altenhain*, JZ 2001, 791 (799).

mittel mit Blick auf den Schuldspruch, also auch die auf Freisprechung des Angeklagten gerichteten, erlaubt sind, muss wenigstens feststellen, dass sie zur hiesigen Problematik nichts beitragen kann. Gleiches gilt für § 400 Abs. 1 Alt. 2 StPO, der anordnet, dass der Nebenkläger das Urteil nicht angreifen kann, damit der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt. Auch dieser Passus verbietet explizit nicht die Einlegung eines Rechtsmittels mit dem Ziel des Freispruchs, sondern äußert sich dazu überhaupt nicht.

(b) Die GenStA sieht ihre Auffassung zu Sinn und Zweck der Nebenklage⁴¹ durch § 400 Abs. 2 StPO gestützt, der dem Nebenkläger ein spezielles Beschwerderecht gegen die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 204 StPO) und die Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses (§ 206a StPO) oder der Änderung der Rechtslage (§ 206b StPO) einräumt.⁴² Dem ist zuzugeben, dass ein Nebenkläger, der die genannten Beschlüsse anfecht, tendenziell gegen den Angeschuldigten eingestellt sein wird, denn ein dessen Entlastung suchender Nebenkläger hätte dazu keinen Anlass. Weitergehende Konsequenzen ergeben sich aus § 400 Abs. 2 StPO indes nicht. Aus einer (fehlenden) Rechtsmittelbefugnis ließe sich nur dann ein Schluss zu Lasten des verteidigenden Nebenklägers ziehen, wenn einer der weiteren Prozessbeteiligten, insbesondere der Angeschuldigte, in der Position wäre, die Zulassung der Anklage anzugreifen, während dem Nebenkläger dies verwehrt wäre. Dann müsste man tatsächlich sagen, dass der verteidigende Nebenkläger in der Systematik des Nebenklagerrechts einen Fremdkörper darstellte, weil ihm das wichtigste Verteidigungsmittel des Zwischenverfahrens nicht zur Verfügung stünde: die Anfechtung des Beschlusses, der den Angeschuldigten zum Angeklagten macht und ihn der Verurteilung ein Stück näher bringt. So ist die Rechtslage aber nicht. Weder der Angeschuldigte noch die Staatsanwaltschaft können die Zulassung der Anklage angreifen, weil § 210 StPO dies verbietet.⁴³ Somit lässt § 400 Abs. 2 StPO sich nicht mehr entnehmen, als dass der Nebenkläger Beschlüsse, die den Angeschuldigten begünstigen, nur soweit anfechten darf, als ein Nebenklagedelikt betroffen ist.

(2) Antragsanfordernis

Das OLG Schleswig, dem die GenStA in ihrer Stellungnahme folgt, beruft sich darauf, bei Antragsdelikten könne auf die wirksame Anbringung eines Strafantrags seitens des Verletzten nicht verzichtet werden. Werde dem Nebenkläger die

Stellung eines Strafantrags gegen den Täter abverlangt, zu dessen Verfahren er die Zulassung begehre oder die Bejahung des öffentlichen Interesses der StA verlange, beinhalte dies das Erfordernis, dass er als Nebenkläger das Ziel der Verurteilung haben müsse.⁴⁴

Das überzeugt ebenfalls nicht. Zwar ist dem OLG Schleswig insoweit Recht zu geben, dass bei absoluten Antragsdelikten – Beispiel: § 185 StGB – auf den Strafantrag des einzigen Verletzten nicht verzichtet werden kann und er bei Beantragung der Zulassung der Nebenklage die Verurteilung des Angeklagten wollen muss. Anderenfalls müsste man ihm vorhalten, dass er die Entlastung des Beschuldigten viel einfacher erreichen könnte, nämlich durch Rücknahme des Strafantrags (§ 77d StGB). Schlüsse, die über diesen besonderen Fall hinausgehen, lassen sich daraus jedoch nicht ziehen, was deutlich wird, wenn man relative Antragsdelikte wie §§ 223, 230 StGB oder die Konstellation, dass ein Dritter befugt den Strafantrag stellt, in Betracht zieht. Dann ist die Einleitung und Betreibung des Strafverfahrens auch ohne Strafantrag des Verletzten zulässig, etwa wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.⁴⁵ Der potentielle Nebenkläger hat das „Ob“ des Verfahrens nicht in der Hand, weshalb nicht einzusehen ist, warum der Umstand, dass ein Antragsdelikt verhandelt wird, begründen soll, dass ein etwaiger Nebenkläger die Verurteilung des Angeklagten begehren muss.⁴⁶

(2) Zahl der Verteidiger und Anmaßung einer prozessualen Rolle

Ein weiteres Argument rührt aus dem Recht des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung: Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Zahl der gewählten Verteidiger auf drei zu beschränken (§ 137 Abs. 1 S. 2 StPO) würde umgangen, wenn man einen Nebenkläger, der auf einen Freispruch des Angeklagten hinarbeite, zum Verfahren zuließe. Überdies nehme er eine prozessuale Stellung ein, die ihm nicht zustehe, denn dass ein möglicherweise unschuldiger Angeklagter nicht verurteilt werde, liege im allgemeinen öffentlichen Interesse, zu dessen Wahrung neben dem Gericht (nur) Staatsanwaltschaft und Verteidigung berufen seien. Räumte man auch dem Nebenkläger diese Befugnis ein, sei nicht mehr abgrenzbar, unter welchen Voraussetzungen auch anderen der Zugang zum Verfahren eröffnet werden müsste, die von der Unschuld des Angeklagten überzeugt seien.⁴⁷

Dem ist wieder der Einwand der Zirkelschlüssigkeit entgegenzuhalten. Der Vortrag des OLG Schleswig, durch Zulassung eines verteidigenden Nebenklägers werde die vorgesehene Höchstzahl der Wahlverteidiger umgangen, setzt das zu Beweisende bereits voraus, nämlich dass die StPO einen solchen Nebenkläger nicht duldet. Wäre er vorgesehen, könnte von einer „Umgehung“ nicht die Rede sein, sondern man

⁴¹ Siehe oben b).

⁴² Zur missglückten Platzierung der §§ 206a, 206b StPO im Abschnitt über das Zwischenverfahren siehe *Schneider*, in: Hannich (Fn. 6), § 206a Rn. 2, § 206b Rn. 2.

⁴³ Dies ist bezüglich der Staatsanwaltschaft im Streit. Hier wird mit der wohl herrschenden Auffassung (siehe *Tolksdorf*, in: Hannich [Fn. 6], § 210 Rn. 3; anders *Heghmanns*, in: *Heghmanns/Scheffler*, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. VI 331 f.; beide m.w.N.) davon ausgegangen, dass § 210 StPO die Anfechtung der Entscheidung über die Eröffnung abschließend regelt und die Staatsanwaltschaft in Abs. 2 auf die dortigen Fälle der sofortigen Beschwerde beschränkt.

⁴⁴ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁴⁵ BGH NStZ 1992, 452; fehlerinterpretiert von OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁴⁶ So im Ergebnis auch *Bock*, JR 2013, 428 (429).

⁴⁷ Siehe OLG Schleswig, NStZ-RR 2000, 270 (272).

müsste feststellen, dass lediglich die gesetzlichen Möglichkeiten, im Prozess positiv für den Angeklagten einzutreten, ausgenutzt würden; zumal § 137 Abs. 1 S. 2 StPO die Anzahl der dem Angeklagten zur Seite stehenden Wahlverteidiger regelt, nicht die Tendenz der von der Verteidigung unabhängigen Nebenklage. Auch das Argument, der Nebenkläger sei zur Wahrung des öffentlichen Interesses nicht berufen, setzt bereits voraus, dass der verteidigende Nebenkläger der StPO fremd ist. Denn dass ihm – im Gegenteil – eine solche Bewahrfunktion zukommen könnte, lässt sich durchaus herleiten aus § 397 Abs. 1 S. 3 StPO, der ihm – ähnlich der Staatsanwaltschaft und Verteidigung – umfassende prozessuale Rechte einräumt und ihn, jedenfalls was die zur Nebenklage berechtigenden Delikte angeht, zum vollwertigen „Mitspieler“ des Verfahrens erhebt.⁴⁸ Dass der verteidigende Nebenkläger von weiteren nach Freispruch strebenden „Kräften“ nicht unterscheidbar wäre, trifft auch nicht zu, denn immerhin binden die Vorschriften über die Nebenklage deren Zulassung an die Eigenschaft des Antragstellers, verletzt oder Angehöriger zu sein.

(3) § 403 StPO

Auch § 403 StPO hilft der herrschenden Meinung nicht weiter. Wieder war es das OLG Schleswig⁴⁹, das den Bogen zur Nebenklage zu schlagen versucht hat, diesmal vom Adhäsionsverfahren aus: Die Vorschrift erlaube dem Nebenkläger die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen den Angeklagten in dem Verfahren, zu dem der Nebenkläger zugelassen worden sei. Daraus sei die Vorstellung des Gesetzgebers abzuleiten, dass Ziel des Nebenklägers nur die Verurteilung des Angeklagten in dem konkreten Verfahren sein könne.

Daran ist zu kritisieren, dass § 403 StPO nicht, wie das OLG Schleswig offenbar meint, die Befugnis des Verletzten zur Durchsetzung seiner Ansprüche an die Zulassung der Nebenklage bindet, sondern an die Verletzten- bzw. Erben-eigenschaft. Der Antragsteller kann Zeuge, Nebenkläger, Privatkläger oder auch Mitangeklagter sein, etwa im Falle einer gegenseitigen Körperverletzung.⁵⁰ Sicher ist richtig, dass ein Nebenkläger, der zu Beginn des Strafverfahrens zivilrechtliche Ansprüche gemäß §§ 403, 404 StPO gegen den Angeklagten geltend macht, dessen Verurteilung im Sinn haben wird. Eine Verallgemeinerung erlaubt jedoch auch diese Feststellung nicht. Man denke sich den Fall, dass die Schwester eines getöteten Opfers (S) als Zeugin und Erbin das Adhäsionsverfahren einleitet, an einer Nebenklage jedoch kein Interesse hat, der Bruder des Opfers (B) sich hingegen der öffentliche Klage anschließen und einen Freispruch des Angeklagten erreichen will. § 403 StPO gibt der S, die keine Nebenklägerin sein will, das Recht auf Einleitung des Adhäsionsverfahrens, gleichzeitig macht die Vorschrift zu der Frage, welche Tendenz der B gegenüber dem Angeklagten verfolgen muss, keine Angaben, und zwar weil sie eine Nebenklägereigenschaft nicht voraussetzt.

⁴⁸ Siehe auch *Bock*, JR 2013, 428 (429).

⁴⁹ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁵⁰ Dazu *Ferber*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 30.9.2013, § 403 Rn. 1.

(5) § 472 StPO

Das letzte Argument, das die herrschende Meinung⁵¹ für die Begrenzung der Nebenklage vorbringt, entstammt der Kostenregelung des § 472 Abs. 1 StPO, nach der die notwendigen Auslagen des Nebenklägers dem Angeklagten aufzuerlegen sind, wenn er wegen einer Tat verurteilt wird, die den Nebenkläger betrifft. Umgekehrt bekommt der Nebenkläger seine Auslagen nicht ersetzt, wenn der Angeklagte wegen des Nebenklagedelikts freigesprochen wird. Das Gesetz nimmt also, soweit richtig, die Position ein, dass der Nebenkläger im Falle des Freispruchs sein Ziel nicht erreicht hat und im Verfahren unterlegen ist, denn es ist ein dem deutschen Verfahrensrecht höchstgelegener Grundsatz, die Partei, die obsiegt, von den Kosten freizuhalten und der unterlegenen diese aufzubürden.⁵² Gleichwohl trägt auch diese Begründung nicht. Zwar kann man nicht vorbringen, es sei nicht geboten, dem Nebenkläger im Falle des Freispruchs seine Auslagen zu ersetzen, weil dieser sich freiwillig beteilige und der Staat ihm das Verfahren nicht aufzwingt.⁵³ Denn das gälte auch für den Nebenkläger, dessen Auslagen der verurteilte Angeklagte ersetzen muss. Entscheidend ist vielmehr, dass § 472 Abs. 1 StPO nicht die Kraft hat, den in den Zulassungsnormen fehlenden Passus der „Positionierung gegen den Angeklagten“ zu ergänzen, weil die Vorschrift keine werthaltigen Aussagen zur Nebenklage an sich enthält, sondern lediglich die Kosten regelt, einen reinen Annex. Wenn §§ 395 ff. StPO oder § 80 Abs. 3 JGG eine Einschränkung der Nebenklage nicht zu begründen vermögen, kann § 472 Abs. 1 StPO dies erst recht nicht. Stellt sich heraus, dass eine Kostenvorschrift systematisch nicht zu Regeln einer prozessualen Maßnahme passt, so ist die Kostenvorschrift den Regeln der Maßnahme anzupassen, nicht die Maßnahme der Kostenvorschrift.

IV. Schluss

Der Beschluss des OLG Rostock ist somit unzutreffend. Letztlich hat kein Auslegungsgesichtspunkt es vermocht, den Wortlaut von § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO, der die Nebenklagebefugnis nicht an eine bestimmte Intention des Nebenklägers oder sein Verhältnis zum Angeklagten bindet, sondern an den Status des Verletzten oder Angehörigen, zu verdrängen. Ein Kriterium der „Positionierung gegen den Angeklagten“ ist abzulehnen, was letztlich auch aus Gerechtigkeitsgründen überzeugt: Wem derart Einschneidendes wie eine eigene Verletzung oder rechtswidrige Tötung eines nahen Angehörigen widerfährt, soll das Recht haben, als Beteiligter ins Verfahren eingebunden zu werden, auch wenn er andere Ziele verfolgt als der „normale“ Nebenkläger, dem an einer möglichst strengen Verurteilung des Angeklagten gelegen ist. Ohnehin werden die Beweggründe eines Nebenklägers selten so offen zutage treten wie im vorliegenden Fall, in dem Antragstellerin T sie freimütig in der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben hat.

⁵¹ Siehe OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁵² Siehe z.B. § 91 ZPO, § 154 VwGO.

⁵³ So aber *Altenhain*, JZ 2001, 791 (800).