



## Die Aufsichtsarbeit aus dem Strafrecht mit einer staatsanwaltlichen Aufgabenstellung

Stand: Dezember 2021

In der strafrechtlichen Aufsichtsarbeit der zweiten juristischen Staatsprüfung wird gem. § 37 Abs. 2 Nr. 2 NJAVO eine gutachterliche Bearbeitung eines abschlussreifen staatsanwaltlichen Aktenstückes und der Entwurf einer daraus abgeleiteten praktischen Entschließung verlangt. Dasselbe gilt für die Wahlklausur im Strafrecht (§ 37 Abs. 2 Nr. 4 NJAVO).

Die Klausur besteht daher aus dem materiell-rechtlichen (sog. A-) Gutachten mit der Frage, ob der oder die Beschuldigte/n bestimmter Straftaten hinreichend verdächtig ist / sind, ferner aus prozessrechtlichen Überlegungen (sog. B-Gutachten) sowie einem praktischen Teil (Entwurf von Anklageschrift, Antrag auf Erlass eines Strafbefehls, Antragschrift im Sicherungs-, beschleunigten oder vereinfachten (Jugend-) Verfahren, Einstellungsverfügung). Bei Erheben der öffentlichen Klage wird der Entwurf einer Abschlussverfügung (als Begleitverfügung zur Anklage) nicht verlangt. Nur wenn eine öffentliche Klage in keiner Form erhoben wird bzw. nur im Falle der vollständigen Einstellung des Verfahrens, ist eine Einstellungsverfügung zu erstellen.

Die Arbeit muss sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Nur durch Konzentration auf das Wesentliche bzw. eine zutreffende Schwerpunktbildung wird es gelingen, innerhalb der Bearbeitungszeit einen verwertbaren praktischen Teil zu erstellen.

Jeder Klausur ist ein Bearbeitungsvermerk des Landesjustizprüfungsamtes beigelegt, der im Zweifel den allgemeinen Hinweisen dieses Merkblattes vorgeht.

### I. A-Gutachten

#### 1. Aufbau

Besteht ein Geschehen aus mehreren, historisch abgeschlossenen und trennbaren Abschnitten, sollte regelmäßig auch entsprechend abschnittsweise begutachtet werden. Innerhalb einzelner Abschnitte kann eine Aufteilung nach Personen ratsam sein; dies ist aber nicht zwingend. Insoweit gilt der Grundsatz, dass die Form (der Aufbau) dem Inhalt folgt. Entscheidend ist eine übersichtliche Strukturierung und die Verständlichkeit.

Beim Sortieren und Strukturieren des Sachverhalts ist darauf zu achten, dass nicht ein aus mehreren Teilakten bestehendes, aber einheitliches Geschehen in



Einzelteile zerlegt wird. Dies kann zu falschen Ergebnissen führen oder unökonomisch sein (z. B. mehrere Schläge und Tritte bei einer Schlägerei, mehrere Wegnahmen bei einem Raubgeschehen, mehrere Schüsse auf ein Opfer, von denen nicht alle treffen).

Im Übrigen ist grundsätzlich chronologisch aufzubauen. Bei Akzessorietät (z. B. Prüfung des Haupttäters vor dem Gehilfen, des tatnächsten Täters vor einem tatferneren Mittäter) oder aus Konkurrenzgründen kann davon abgewichen werden. Delikte, die andere konsumieren, können vorrangig erörtert werden. Ähnliches gilt bei Spezialität oder für sonstige Konkurrenzerwägungen. Voraussetzung ist, dass sie ernsthaft in Betracht kommen (Beispiel: Versuch hat Vorrang vor Verabredung, § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat Vorrang vor den §§ 123, 303 StGB). Wird hinreichender Tatverdacht bejaht, ist auf das zurücktretende Delikt allenfalls noch in einem Satz hinzuweisen (z. B. auf § 246 StGB bei Unterschlagung von Geld, das durch einen Computerbetrug am Geldautomaten erlangt wurde). Ein solcher Hinweis ist bei eindeutiger Rechtslage entbehrlich (z. B. bei Anstiftung eines Mittäters durch den bereits geprüften Haupttäter, bei Verabredung eines Verbrechens, das tatsächlich zur Ausführung gelangt, bei Bedrohung nach Bejahung einer entsprechenden Nötigung). Eine vollständige Prüfung wäre unökonomisch. Sie kann allenfalls in Ausnahmefällen erforderlich werden, wenn die Konkurrenzfrage umstritten und ihre Lösung ohne genauere Prüfung nicht ableitbar ist.

Bei Grund- und Qualifikationstatbeständen ist der am stringentesten zum Ziel führende Aufbau zu wählen: Ist das Ergebnis klar, ist mit dem Qualifikationstatbestand zu beginnen. Ist insbesondere das Herleiten der Qualifizierung problematisch, ist vorab der Grundtatbestand zu erörtern. Entsprechendes gilt für Privilegierungstatbestände.

Das Erörtern von benannten minder schweren oder besonders schweren Fällen (z. B. die §§ 213, 239 Abs. 3, 246 Abs. 2 StGB) einschließlich der Tatbestände mit Regelbeispielen (z. B. die §§ 240 Abs. 4, 243, 263 Abs. 3, 266 Abs. 2, 267 Abs. 3 StGB) erfolgt wie bei Qualifikations-/Privilegierungstatbeständen. Unbenannte besonders schwere oder minder schwere Fälle (z. B. die §§ 212 Abs. 2, 249 Abs. 2 StGB) sollen im materiell-rechtlichen Gutachten nicht thematisiert werden, sondern im B-Gutachten (siehe unten II.8).

Bei Mittäterschaft ist regelmäßig getrennt zu prüfen, wenn die Tatbeiträge von sehr unterschiedlichem Gewicht sind – insbesondere, wenn einer der Beschuldigten die Tathandlung im Wesentlichen allein ausgeführt hat - oder bei einzelnen Beschuldigten die Voraussetzungen der Mittäterschaft zweifelhaft erscheinen. Gemeinsam zu prüfen ist, wenn die Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 StGB voraussichtlich vorliegen oder wenn keiner der Beschuldigten den Tatbestand vollständig verwirklicht hat, sondern jeder der Beschuldigten – arbeitsteilig - nur einzelne Teile.



## 2. Begutachtung

Im Gutachtenstil ist zu prüfen, wenn vertieft zu argumentieren ist. Dann beginnt die Prüfung mit einem Obersatz, der die zu prüfende Handlung exakt bezeichnet und den Tatbestand, ggf. auch die fragliche Tatbestandsalternative, benennt, die geprüft werden soll. Bei der Prüfung sind regelmäßig die konkrete Anknüpfung im Sachverhalt und das Beweismittel anzugeben. Ein noch ungeklärter Sachverhalt darf nicht als geschehen unterstellt werden (Falsch: Indem der A den Zeugen B geschlagen hat, könnte er wegen Körperverletzung hinreichend verdächtig sein. Richtig: Die Angaben des Zeugen B, A habe ihm eine Ohrfeige versetzt, geben Anlass zur Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts einer Körperverletzung nach § 223 StGB).

Bei klarer Sach- oder Rechtslage ist zur Vereinfachung in einzelnen Punkten oder Prüfungsaspekten im Urteilsstil zu schreiben. Bereits der Obersatz entfällt. Besteht augenfällig hinreichender Tatverdacht - oder nicht -, ist dies in einem Satz mitzuteilen (Beispiel: Indem A, wie er selbst einräumt, den Strafantrag stellenden Zeugen B als „faules Schwein“ betitelt hat, ist er wegen Beleidigung nach § 185 StGB hinreichend verdächtig.).

Anschließend ist bei problematischen Fällen der Tatbestand zu subsumieren. Dabei gelten einige Besonderheiten:

Etwaige Strafverfolgungsvoraussetzungen und -hindernisse sind vorab zu prüfen. Dazu gehören Verjährung oder der Strafantrag bei absoluten Strafantragsdelikten (z. B. §§ 123, 185, 247 StGB). Auch das Fehlen des rechtlichen Gehörs hindert die Anklage und damit die Annahme hinreichenden Tatverdachts. In diesem Fall ist auf die Delikte erst im B-Gutachten weiter einzugehen. Bei relativen Antragsdelikten, bei welchen das Bejahen des besonderen öffentlichen Interesses ein Fehlen des Strafantrages kompensieren kann, sind Antrag oder besonderes öffentliches Interesse nach der Schuld zu prüfen (z. B. §§ 248 a, 230 StGB).

Sachverhaltsfragen sind bei dem Tatbestandsmerkmal zu klären, bei welchem sie für die Subsumtion erstmals relevant werden. Das gilt auch für die Beweiswürdigung. Die unkommentierte Wiedergabe des Sachverhalts oder einzelner Aussagen wäre falsch. Vielmehr sind die relevanten be- und entlastenden Indizien zu nennen, auf ihre Beweiskraft hin zu untersuchen und gegeneinander abzuwägen. Der Prüfling sollte alle Indizien finden, lebensnah bewerten und ein nachvollziehbares Ergebnis ableiten. Weil hinreichender Tatverdacht genügt, stehen verbleibende tatsächliche Zweifel dem Bejahen des jeweiligen Merkmals nicht entgegen. Alle berücksichtigten Beweismittel müssen auch prozessual verwertbar sein. Zweifel sind an dieser Stelle zu diskutieren (z. B. Zweifel an einer fehlerfreien Belehrung eines Beschuldigten). Betreffen



Aspekte der Beweiswürdigung (etwa die Verwertbarkeit einer Zeugenaussage) nicht nur ein, sondern mehrere Tatbestandsmerkmale, kann es vertretbar sein, die Würdigung nicht an einem einzigen, sondern für mehrere Tatbestandsmerkmale gemeinsam vorzunehmen. Auch hier gilt, dass Aufbaufragen kein Selbstzweck sind, sondern die Form dem Inhalt folgt und eine logisch konsistente und übersichtliche Darstellung zu wählen ist.

Entnimmt der Prüfling aus dem Akteninhalt die Möglichkeit weiterführender Ermittlungen, ist zu unterstellen, dass diese vorgenommen wurden, jedoch keine neuen be- oder entlastenden Erkenntnisse erbracht haben. Auch das Vorhandensein einer Ermittlungslücke als solche darf dann nicht zu Gunsten des Beschuldigten berücksichtigt werden; vielmehr ist diese insgesamt zu ignorieren.

Wird ein Meinungsstreit relevant, sollte der Prüfling praxisorientiert arbeiten und im Zweifel der Rechtsprechung wegen der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung - BGHSt 15, 155 ff. - folgen: Hält die Staatsanwaltschaft entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Verhalten für strafbar, ist sie an der Anklage nicht gehindert, hält sie es im Gegensatz dazu für straflos, muss sie jedenfalls wegen der ihr obliegenden Pflicht, auf eine einheitliche Rechtsanwendung zu achten, durch Anklageerhebung eine Änderung der Rechtsprechung herbeizuführen versuchen. Ein Meinungsstreit kann in der Regel knapp dargestellt werden. Ein Zitat aus dem Kommentar ist für sich genommen noch keine Begründung. Theorienstreitigkeiten, die in der modernen Diskussion überholt sind, sind nicht mehr anzusprechen (z. B. sind in diesem Sinne erledigt etwa die Vorsatztheorie oder die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen im Rahmen der Behandlung des Irrtums über Merkmale von Rechtfertigungsgründen).

Eine schematische Subsumtion aller Tatbestandsmerkmale ist nicht erforderlich, wenn hinreichender Tatverdacht am Fehlen eines Merkmals eindeutig scheitert. Dann ist das Überspringen von Merkmalen zulässig und ökonomisch. Etwas anderes gilt, wenn wegen möglicher Mittäter oder Gehilfen oder wegen notwendiger Erörterungen der §§ 145 d, 164, 185 ff. StGB an späterer Stelle ohnehin erneut auf die übersprungenen Merkmale eingegangen werden müsste (z. B. Schuldunfähigkeit des Haupttäters bei prüfenswerter mittelbarer Täterschaft eines Hintermannes).

Liegen Rechtswidrigkeit und Schuld vor, so braucht dies nicht jedes Mal formelhaft festgestellt zu werden, sondern es kann sofort erwähnt werden, dass hinreichender Tatverdacht besteht. Dies gilt auch für den Vorsatz, wenn dieser unproblematisch vorliegt und sich seine Feststellung in einer Wissen-und-Wollen-Formel erschöpft. Bei Vorliegen bedingten Vorsatzes wird hierauf regelmäßig einzugehen sein. Nur bei ernsthaften Zweifeln an der Schuldfähigkeit soll auf § 20 StGB eingegangen werden. § 21 StGB ist hier nicht anzusprechen.



Die – häufig unterschätzten – Konkurrenzfragen sind regelmäßig am Ende des Gutachtens, ausnahmsweise auch am Ende einzelner Handlungsabschnitte, zu klären, soweit nicht Gesetzeskonkurrenzen (Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion) bereits im Rahmen der Subsumtion thematisiert wurden. Wegen der Bedeutung für den Anklageaufbau dürfen die Ergebnisse nicht nur formelhaft aufgelistet werden. Vielmehr ist in jedem Fall zu begründen, warum einzelne Tatbestände im Verhältnis der Tateinheit oder der Tatmehrheit zu anderen stehen. Das Ergebnis ist kurz im Stil eines Urteilstenors zusammenzufassen (z. B.: Es besteht also gegenüber A hinreichender Tatverdacht wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Beleidigung.).

## II. B-Gutachten

Aufgabe des prozessrechtlichen Gutachtens ist zu prüfen, wie die Resultate des A-Gutachtens in eine praktische Lösung umzusetzen sind. Was im Einzelnen angesprochen werden muss, hängt vom Fall ab (z. B. wäre es verfehlt, bei einer schlichten Trunkenheit im Verkehr die Fragen einer notwendigen Verteidigung oder einer Haft auch nur anzureißen). Im Einzelnen können – je nach Fall – folgende Fragen zu behandeln sein, wobei sich nachstehende Reihenfolge der Bearbeitung anbietet:

1. Besteht Anfangsverdacht gegen weitere Beschuldigte oder wegen weiterer Taten, weil insoweit rechtliches Gehör nicht gewährt worden ist? Ist dies der Fall, sind die fraglichen Tatbestände wie im A-Gutachten zu subsumieren. An dieser Stelle ist nur die Möglichkeit der Tatbegehung Prüfungsmaßstab. Wird ein Anfangsverdacht bejaht, ist zu prüfen, was weiter zu veranlassen ist, z. B. eine Verfahrensabtrennung oder ein Vorgehen nach § 154 StPO.
2. Besteht ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Privatklagedelikten? Eine Antwort ist entbehrlich, wenn Privatklagedelikte eine prozessuale Tat mit ebenfalls bejahten Officialdelikten bilden.
3. Empfehlen sich Teileinstellungen bzw. Beschränkungen nach den §§ 154, 154 a StPO? Besonders bei sonst umfangreicheren Anklagen kann es sich anbieten, die Vorwürfe auf einige wenige Kerndelikte zu reduzieren, sofern dies nicht nach dem Bearbeitungsvermerk zur jeweiligen Klausur ausgeschlossen ist. Wichtig ist, dass nicht nur die Voraussetzungen der §§ 154, 154 a StPO erörtert werden, sondern auch Erwägungen zur Ermessensausübung.
4. Sind ansonsten Teileinstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO erforderlich? Zu überlegen ist, ob im A- oder B-Gutachten geprüfte und verneinte Delikte Gegenstand eigener prozessualer Taten sind (dann Einstellung) oder wegen derselben prozessualen Tat ohnehin anzuklagen wäre, was einer Einstellung entgegenstünde.



5. Sofern eine Einstellung nach den §§ 154, 170 Abs. 2 StPO vorgeschlagen wurde: Muss ein/e Anzeigerstatter/in einen Einstellungsbescheid erhalten? Muss eine Rechtsmittelbelehrung beigefügt werden? Ist eine Einstellungsnachricht an den Beschuldigten notwendig? Ist dieser ggf. nach dem StrEG zu belehren? Erfolgt zugleich eine Anklage, so sind an sich mögliche Mitteilungen der Teileinstellungen zwar formal korrekt. Sie unterbleiben in der Praxis häufig, wenn der Mitteilungsempfänger entweder auf die Kenntnis von einer Teileinstellung vermutlich keinen Wert legt oder aber ihm dieser Umstand anderweitig bekannt werden wird und dies zur Wahrung seiner Interessen genügt. Entsprechend kann in der Klausur verfahren werden.
6. Kommen Maßregeln der Besserung oder Sicherung, Nebenfolgen oder -strafen in Betracht, auf die in der Anklage hinzuweisen wäre oder die für die Wahl der Verfahrensart oder für die Zuständigkeit des Gerichts bedeutsam sind (z. B. Unterbringung nach §§ 63 ff. StGB, Entziehung der Fahrerlaubnis, Einziehungen, Fahrverbot)?
7. Wie soll wegen der verbleibenden Delikte die öffentliche Klage erhoben werden? Ist anstelle einer Anklage ein Strafbefehlsantrag oder eine Antragstellung nach den §§ 417 StPO, 76 JGG möglich oder angezeigt? Diese Frage kann sich erübrigen, falls im Bearbeitungsvermerk zur jeweiligen Klausur andere Formen der Klageerhebung ausgeschlossen worden sind.
8. Welches Gericht ist für die gewählte Vorgehensweise sachlich und örtlich zuständig? Falls es dabei auf die Straferwartung ankommt, werden kursorische Strafzumessungserwägungen erforderlich sein. Nur in deren Kontext kann dann ausnahmsweise die Prüfung unbenannter minder schwerer oder besonders schwerer Fälle (z. B. §§ 154 Abs. 2, 226 Abs. 3, 249 Abs. 2 StGB) oder des § 21 StGB geboten sein.
9. Welche Beweismittel werden benötigt? Darzulegen ist, welche Bedeutung die Beweismittel für das Hauptverfahren haben oder ob sie verzichtbar sind, etwa bei geständigen Beschuldigten. Die Beweiswürdigung selbst hat bereits im A-Gutachten zu erfolgen.
10. Ist ein Haftbefehl zu beantragen bzw. bei bereits bestehender U-Haft die Haftfortdauer zu beantragen?
11. Sind andere vorläufige Maßnahmen bzw. Zwangsmaßnahmen zu beantragen (z. B. die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis, die richterliche Bestätigung einer Beschlagnahme)?



12. Was hat mit vorhandenen Asservaten zu geschehen, die weder als Beweismittel benötigt werden noch der Einziehung oder dem Verfall unterliegen?
13. Ist eine Verteidigerbestellung durch das Gericht notwendig?
14. Falls Nebenklagezulassung begehrt wurde: Ist die Nebenklage zulässig?
15. Sind Mitteilungen von der Anklageerhebung nach der MiStra oder nach anderen Rechtsvorschriften vorzunehmen?

### III. Praktischer Teil

Für eine praxisnahe Verwendbarkeit sollte der praktische Teil zutreffend, vollständig abgeschlossen und verständlich sein. Zudem muss der praktische Teil mit den Ergebnissen des Gutachtens korrespondieren, darf diesen also nicht widersprechen (Beispiel: Anklage eines Delikts, für das im Gutachten der hinreichende Tatverdacht verneint wurde) und muss die gefundenen Ergebnisse vollständig umsetzen (Beispiel: Sollte im Gutachten festgestellt werden, dass ein erforderlicher Strafantrag gestellt worden ist, sollte dies auch in der Anklage wiedergegeben werden).

Bei einer Anklageerhebung wird regelmäßig kein wesentliches Ergebnis der Ermittlungen verlangt. Vielfach werden im Bearbeitervermerk zur jeweiligen Klausur regelmäßig nähere Angaben zu den Personalien der Beschuldigten, die Angabe der Beweismittel und die Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen erlassen. Soweit einzelne Teile nicht erlassen sind, ist eine vollständige Anklageschrift nach Maßgabe der §§ 199 Abs. 2, 200 StPO zu erstellen.

Zu den formalen und inhaltlichen Anforderungen an Anklage, Strafbefehlsantrag oder Antragsschriften bzw. Einstellungsverfügung kann auf die RiStBV und die bekannten Anleitungsbücher für die praktische Tätigkeit der Staatsanwaltschaft verwiesen werden, wobei allerdings darauf zu achten ist, dass der praktische Entwurf den niedersächsischen Gepflogenheiten zu entsprechen hat. Hinweise liefert die Broschüre „Die staatsanwaltliche Praxis in Niedersachsen“.

Wichtiger als die Formalien sind im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage das Formulieren des Anklagesatzes und dabei vor allem die Konkretisierung der Tatvorwürfe. Der Prüfling muss zeigen, dass er es versteht, in knappen Worten alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes in der Konkretisierung widerzuspiegeln und zugleich dem der Akte unkundigen Leser ein anschauliches Bild vom Geschehen zu vermitteln. Es dürfen also keine tatsächlichen Kenntnisse vorausgesetzt werden, sondern das Tatgeschehen ist in sich geschlossen und verständlich zu schildern, ohne dass darunter die Subsumtion leidet. Auch der



subjektive Tatbestand muss bei der Konkretisierung der Tatvorwürfe berücksichtigt werden.

Bei der Anklage mehrerer Täter oder Taten gewinnt die Struktur des Anklagesatzes besonderes Gewicht. Es muss durch eine klare Gliederung deutlich werden, welche Tatbestände welchen Geschehensabläufen bzw. welchen Angeeschuldigten zuzuordnen sind. Zugleich darf die Verständlichkeit des Geschehens nicht darunter leiden, dass beispielsweise von der Chronologie abgewichen oder ein einheitliches Geschehen zergliedert wird.

Bei einer Einstellungsverfügung ist deren Begründung entscheidend, insbesondere in einem Bescheid an die Antragstellerin / den Antragsteller, sofern ein Strafantrag gestellt bzw. eine Strafanzeige erstattet wurde. In einem solchen Fall ist darauf zu achten, dass die Begründung sich nicht auf allgemeine, nichtssagende Redewendungen beschränkt und vielmehr die Gründe für die Einstellung auch einer rechtsunkundigen Antragstellerin / einem rechtsunkundigen Antragsteller verständlich macht. Anforderungsprofil ist insoweit die laiengerechte Darstellung der rechtlich entwickelten Ergebnisse.

#### **IV. Bewertungskriterien und Gewichtung**

Wichtige Bewertungskriterien sind neben dem Erkennen der fraglichen materiell- und prozessrechtlichen Probleme eine gut begründete Ableitung der Lösung und die fundierte Argumentation an den richtigen Problemschwerpunkten.

Es kann davon ausgegangen werden, dass das A-Gutachten der bedeutsamste Klausurteil ist. B-Gutachten und praktischer Teil werden im Verhältnis zueinander im Regelfall etwa gleichgewichtig sein. Weil jedoch jede Aufgabenstellung anders liegt, kann dies nur ein annähernder Hinweis ohne Allgemeingültigkeit sein.