

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Nach einem Bundesligaspiel verprügelt Fußballfan A gemeinsam mit anderen einen Anhänger der gegnerischen Mannschaft. Unmittelbar darauf nimmt ihn der Polizeibeamte B fest. A wird wegen gefährlicher Körperverletzung angeklagt. In der Hauptverhandlung behauptet er, dass die Festnahme eine „Willküraktion“ des B gewesen sei. Dieser habe ihn wider besseres Wissen festgenommen, um ihn zu Unrecht einer Straftat zu bezichtigen. Auch legt A ein Foto vom Tatgeschehen vor. Es soll beweisen, dass B ihn nicht erkennen konnte, weil die Sichtverhältnisse ungünstig waren. Das Foto enthält einen handschriftlichen Zusatz des A, der ihn entlasten soll. Darin wird eine schwer erkennbare Person fälschlicherweise als „meine Person“ gekennzeichnet. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft warnt A: Er laste B wider besseres Wissen eine Verfolgung Unschuldiger an und mache sich dadurch wegen falscher Verdächtigung strafbar. A bleibt jedoch bei seiner Behauptung. Er wird wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Das Urteil wird rechtskräftig. Nunmehr erhebt die

Mai 2006

### Foto-Fall

*Falsche Verdächtigung / Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten / Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Strafverfahrens / Verfolgung Unschuldiger*

§§ 164 Abs. 1, 344 Abs. 1 Satz 1 StGB

#### Leitsätze der Verf.:

1. Ein wahrheitswidrig leugnender Beschuldigter macht sich nicht wegen falscher Verdächtigung strafbar, wenn er in einer Lage, in der nur er oder ein anderer als Täter einer Straftat in Betracht kommt, den anderen ausdrücklich der Tat bezichtigt. Eine Strafbarkeit ist jedoch dann gegeben, wenn er darüber hinaus auf die Beweislage zum Nachteil des anderen einwirkt.

2. Ist es nach der Einlassung eines Beschuldigten offenkundig ausgeschlossen, dass die darin enthaltene Verdächtigung eines anderen zu einem Strafverfahren führt, so scheidet eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung aus. Eine solche Offenkundigkeit liegt nicht vor, wenn die Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens von der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten oder der Glaubhaftigkeit seiner Aussage abhängt, denn deren Beurteilung ist nicht jedem möglich, sondern nur demjenigen, der den Beschuldigten mit seiner Einlassung erlebt hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 11. Januar 2006 – Az 2 Ws 319/05, teilweise veröffentlicht in RÜ 2006, 249, vollständig abrufbar unter [www.burhoff.de](http://www.burhoff.de).

Staatsanwaltschaft Anklage wegen falscher Verdächtigung gegen ihn.

## 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das angerufene Gericht muss darüber entscheiden, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll, was vom Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts abhängt (§§ 199, 203 StPO). Die Tatsachen sind hinreichend geklärt. Näher zu prüfen ist allein die **Rechtsfrage**, ob

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

die Behauptung des A und deren Absicherung durch das Foto die Voraussetzungen einer falschen Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB erfüllen.

Eine Prüfung, die sich ausschließlich an den **Wortlaut der Vorschrift** hält, lässt nicht erkennen, dass die Strafbarkeit zweifelhaft sein könnte. Objektiv hat A gegen einen anderen, nämlich B, bei einer Behörde, wozu nach § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB auch ein Gericht zählt, den Verdacht begründet, dieser habe eine rechtswidrige Tat nach § 344 Abs. 1 Satz 1 StGB begangen, indem er als zuständiger Amtsträger wissentlich eine Strafverfolgungsmaßnahme gegen einen Unschuldigen ergriffen habe. Auch in subjektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen gegeben. Im Hinblick auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes handelte A vorsätzlich. Für die zusätzlich erforderliche Absicht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen, genügt nach ganz überwiegender Meinung der direkte Vorsatz, also das bewusste Handeln im Wissen darum, dass die Verdächtigung ein Verfahren nach sich ziehen kann.<sup>2</sup> Dieses Wissen wird man bei A annehmen können. Dass er hauptsächlich bezweckte, sich vor Strafe zu schützen, ist demnach kein Grund, eine Absicht im Sinne von § 164 Abs. 1 StGB zu verneinen.<sup>3</sup>

Den Wegweiser zu den Problemen liefert die **prozessuale Einrahmung der Tathandlung**. A agierte als Angeklagter in einer Hauptverhandlung. Die Rolle ist mit einer Rechtsstellung verbunden, die den Betroffenen davor bewahrt, der staatlichen Strafgewalt ungeschützt ausgeliefert zu sein. Das Prozessrecht erkennt ihn als Verfahrenssubjekt an, das sich umfassend gegen den Strafvorwurf zur Wehr setzen kann

und von jeglicher Verpflichtung befreit ist, zur Förderung des Verfahrens und zur eigenen Überführung beizutragen.<sup>4</sup> Das kommt in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck, die dem Beschuldigten ein Schweigerecht garantieren und den Strafverfolgungsorganen entsprechende Belehrungspflichten auferlegen,<sup>5</sup> sowie in dem Nemo-tenetur-Grundsatz, der verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG abgesichert ist<sup>6</sup>.

Daraus wird abgeleitet, dass der Beschuldigte<sup>7</sup>, wenn er aussagt, nicht zur Wahrheit verpflichtet ist. Grundsätzlich dürfe er straflos lügen. Ihn schütze sein „**Selbstbegünstigungsprivileg**“<sup>8</sup>. Eine Grenze soll sich aus den Vorschriften des materiellen Strafrechts ergeben. Der Beschuldigte dürfe nicht gegen §§ 145 d, 164, 185 StGB und andere Tatbestände verstoßen.<sup>9</sup>

Damit, so scheint es, entsteht ein gedanklicher Zirkel. Nachdem wir uns, ausgehend vom Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB, dem Prozessrecht zugewendet haben, werden wir auf den Tatbestand zurückverwiesen. Diesen Zirkel lösen Rechtsprechung und Literatur

<sup>2</sup> Vgl. BGHSt 13, 219, 222; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2005, Rn. 13.

<sup>3</sup> Zu einem anderen Ergebnis gelangt man auf der Grundlage der Mindermeinung von Vormbaum in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 164 Rn. 64; danach ist unter „Absicht“ in § 164 Abs. 1 StGB der „zielgerichtete Wille“ zur Herbeiführung eines Verfahrens zu verstehen.

<sup>4</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, § 7 Rn. 432–441.

<sup>5</sup> Z. B. §§ 136, 163 a, 243 Abs. 4 StPO.

<sup>6</sup> Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 125.

<sup>7</sup> Wir ändern nunmehr die Begrifflichkeit. Bisher haben wir vom Angeklagten A gesprochen. In dieser Rolle befand er sich, nachdem er zuvor Beschuldigter (im Ermittlungsverfahren) und dann Angeschuldigter (im Zwischenverfahren) gewesen war; vgl. § 157 StPO. Der Begriff des Beschuldigten dient zugleich als Oberbegriff; das ergibt sich ebenfalls aus § 157 StPO. Die folgenden Ausführungen gelten für sämtliche Verfahrensrollen desjenigen, der von einem Strafverfahren betroffen ist. Daher verwenden wir den Begriff des Beschuldigten in seiner Funktion als Oberbegriff, der den Begriff des Angeklagten einschließt. Vgl. zu diesen Begriffsfragen Beulke (Fn. 6), Rn. 110.

<sup>8</sup> Beulke (Fn. 6), Rn. 125.

<sup>9</sup> Vgl. Beulke (Fn. 6), Rn. 125; Hellmann (Fn. 4), § 7 Rn. 449.

durch **Differenzierung** auf. Sie unterscheiden Fälle einer unwahren Einlassung des Beschuldigten danach, wie stark die Rechte anderer und das Rechtsgut der staatlichen Strafrechtspflege tangiert sind. Daraus wird abgeleitet, wo die Grenzlinie zwischen dem Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten und seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit verläuft.

Als **Anknüpfungspunkt** für die Problemerkörterung dient, soweit eine Strafbarkeit nach § 164 Abs. 1 StGB in Betracht kommt, das objektive Tatbestandsmerkmal des Verdächtigen. Die gängige Definition lautet: **Verdächtigen** ist das Hervorrufen eines Verdachts oder das Verstärken eines bestehenden Verdachts gegen einen anderen durch eine falsche Tatsachenbehauptung oder die Herbeiführung einer verdächtigenden Beweislage.<sup>10</sup> Davon werden Fälle wie der vorliegende ohne weiteres erfasst. Unter Hinweis auf das strafprozessuale Selbstbegünstigungsprivileg wird nunmehr schrittweise eine Einschränkung vorgenommen. Dabei wird vom straflosen zum strafbaren Bereich vorangeschritten.<sup>11</sup>

Als **Standardbeispiel** wird zumeist die Verdächtigung eines Belastungszeugen durch den Beschuldigten, falsch ausgesagt zu haben, verwendet. Wir übernehmen zunächst dieses Beispiel. Für den hier vorliegenden Fall der Verdächtigung eines Polizeibeamten, einen Unschuldigen verfolgt zu haben, gilt grundsätzlich nichts anderes.

Nach allgemeiner Ansicht macht sich der Beschuldigte nicht wegen falscher Verdächtigung strafbar, wenn sein unwahres Bestreiten der Tat konkludent die Behauptung enthält, der Belastungszeuge habe falsch ausge-

sagt.<sup>12</sup> Das gilt als geradezu selbstverständlich angesichts des Rechts des Beschuldigten, sich verteidigen zu dürfen, ohne einer Wahrheitspflicht zu unterliegen. Zusätzlich wird noch auf die Tendenz dieser Einlassung abgestellt: Sie richte sich gegen den Anklagevorwurf, nicht gegen den Zeugen.<sup>13</sup>

Ferner wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Beschuldigte auch dann straflos bleibe, wenn er über das bloße Leugnen hinausgehe und den Zeugen ausdrücklich einer Falschaussage bezichtige.<sup>14</sup> Bemüht wird dafür die Logik. Der Beschuldigte spreche nur die logische Konsequenz des bloßen Bestreitens gegenüber einer belastenden Zeugenaussage aus. Was er konkludent äußern dürfe, müsse er auch ausdrücklich sagen dürfen.<sup>15</sup>

Die Grenze zur Strafbarkeit soll aber dann überschritten sein, wenn der Beschuldigte den Verdacht durch zusätzliche Tatsachenbehauptungen verstärkt oder die Beweislage sonst zum Nachteil des Zeugen verändert.<sup>16</sup> Dazu soll auch das Stellen einer Strafanzeige zählen. Dem Beschuldigten wird angelastet, dass er sich nicht nur selbst schütze, sondern auch Individualinteressen des Verdächtigten und die staatliche Strafrechtspflege angreife.<sup>17</sup>

Diesem gedanklichen Schema entspricht ein begriffliches. Unterschieden wird zwischen dem **straflosen**

<sup>10</sup> Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 331; *Rengier*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 50 Rn. 6 f.

<sup>11</sup> Vgl. zum Folgenden die Darstellungen bei *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 16–20; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 29. Aufl. 2005, Rn. 696 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 164 Rn. 4.

<sup>13</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 26.

<sup>14</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 12), § 164 Rn. 4; *Küper* (Fn. 10), S. 332 f.

<sup>15</sup> Mit der Straflosigkeit des modifizierten Leugnens sind nicht alle einverstanden. Dagegen wird vorgebracht, dass der positive Vorwurf der Falschaussage ein für die Verteidigung unnötiges und deshalb unzulässiges „Mehr“ an Rechtsgutsverletzung sei; vgl. z. B. *Ruß* in LK, 11. Aufl., § 164 Rn. 6.

<sup>16</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 12), § 164 Rn. 4; *Küper* (Fn. 10), S. 333.

<sup>17</sup> Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass umstritten ist, ob § 164 StGB die Rechtspflege und / oder den Verdächtigten schützt; vgl. *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 1–3. Auf die hier zu erörternden Probleme wirkt sich der Streit nicht aus.

**schlichten Leugnen** (konkludente Verdächtigung), dem auch noch **straflosen „modifizierten Leugnen“**<sup>18</sup> (ausdrückliche Verdächtigung) und dem **strafbaren „qualifizierten Leugnen“**<sup>19</sup> (verstärkende ausdrückliche Verdächtigung).

In unserem Fall scheint recht eindeutig bereits ein qualifiziertes Leugnen vorzuliegen, weil A durch die Vorlage des Fotos mit dem handschriftlichen Zusatz auf die Beweislage eingewirkt hat. Man könnte ihm allenfalls zugute halten, dass er das Foto selbst nicht manipuliert hat, sondern nur zur Absicherung seiner Verteidigungsposition bemüht war, das Gericht zu einer für ihn günstigen Verwertung des Fotos zu veranlassen.

Wird gleichwohl ein Verdächtigen gem. § 164 Abs. 1 StGB angenommen, so ist noch eine weitere Möglichkeit in Betracht zu ziehen, zu einer Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit zu gelangen. Auch sie erschließt sich nur, wenn man nicht an den Buchstaben des Gesetzes kleben bleibt.

Ein Vergleich mit Abs. 2 der Vorschrift liefert den Anlass für eine Erweiterung des Gesetzes um ein ungeschriebenes Merkmal. Die Strafbarkeit des Aufstellens tatsächlicher Behauptungen wird dort davon abhängig gemacht, dass diese geeignet sind, ein behördliches Verfahren oder behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen. Für eine **Einbeziehung dieses Eignungsmerkmals in Abs. 1** spricht, dass eine Verdächtigung, die ungeeignet ist, Strafverfolgungsorgane tätig werden zu lassen, die von der Vorschrift geschützten Rechtsgüter<sup>20</sup> – die staatliche Strafrechtspflege und das Individualinteresse des Verdächtigten – nicht berührt.<sup>21</sup>

Damit reiht sich § 164 Abs. 1 StGB ein in die Gruppe der Eignungsdelikte,

die zwischen den abstrakten und den konkreten Gefährdungsdelikten stehen und daher zu den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten gezählt werden.<sup>22</sup> Daraus ergeben sich die folgenden Konsequenzen. Eine Verdächtigung muss nicht unbedingt Strafverfolgungsmaßnahmen ausgelöst oder auch nur die konkrete Gefahr begründet haben, dass es dazu kommt. Das zeigt schon der Gesetzeswortlaut, der solche Anforderungen nicht enthält. Nötig ist jedoch, dass die Verdächtigung genügend Substanz für ein Tätigwerden der Strafverfolgungsorgane enthält. Fehlt es daran, so ist der Tatbestand nicht erfüllt.

Wonach bemisst sich dieser Schwellenwert der Eignung? Darauf gibt wiederum das Prozessrecht die Antwort.<sup>23</sup> Damit es zur Einleitung eines Strafverfahrens kommt, muss zumindest ein **Anfangsverdacht** vorliegen. Dieser erfordert Tatsachen, die es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde.<sup>24</sup> Ob diese Anforderungen erfüllt sind, wenn ein Angeklagter in der ihn bedrängenden Situation einer Hauptverhandlung den Belastungszeugen seinerseits zu belasten versucht, indem er wenig aussagekräftiges Beweismaterial vorlegt und zu seinen Gunsten interpretiert, lässt sich bezweifeln. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wird ein Staatsanwalt oder ein Polizeibeamter das Verhalten des Angeklagten wohl kaum zum Anlass nehmen, ein Verfahren gegen den Zeugen einzuleiten.

So hat es im vorliegenden Fall auch das Landgericht gesehen, das über die Zulassung der Anklage zu entscheiden hatte. Es hat zudem gemeint, dass A die Grenze zum qualifizierten Leugnen nicht überschritten habe. Gegen die

<sup>18</sup> Rengier (Fn. 10), § 50 Rn. 19.

<sup>19</sup> Küper (Fn. 10), S. 333.

<sup>20</sup> Vgl. dazu Fn. 17.

<sup>21</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 12), § 164 Rn. 4; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 164 Rn. 5.

<sup>22</sup> Vgl. zu den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten Schmidt, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2005, Rn. 108; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 12, sowie FAMOS Februar 2001 (Auschwitzlüge-Fall).

<sup>23</sup> Vgl. Lenckner (Fn. 19), § 164 Rn. 5.

<sup>24</sup> Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. 2005, § 152 Rn. 4.

Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens hat die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingelegt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Hamm gibt der sofortigen Beschwerde statt. Es lässt die Anklage gegen A zu und eröffnet das Hauptverfahren vor dem Landgericht.

In Übereinstimmung mit der h. M. orientiert sich das Gericht an der Unterscheidung zwischen dem modifizierten und qualifizierten Leugnen. Eine Strafbarkeit soll dann gegeben sein, wenn der Beschuldigte „für seine positive Behauptung zusätzliche Tatsachen liefert, Beweismittel vorlegt, auf die Beweisaufnahme so einwirkt, dass der Verdacht zum Nachteil der anderen Person verstärkt wird, oder gar eine förmliche Strafanzeige erstattet“<sup>25</sup>. Als eine nicht mehr vom Verteidigungsrecht gedeckte Einwirkung auf die Beweisaufnahme bewertet das Gericht die Vorlage des Fotos mit dem handschriftlichen Zusatz. Eine nähere Würdigung dieses Umstandes enthält der Beschluss nicht.

Das Gericht hält auch eine Einschränkung des Tatbestandes durch das Merkmal der Eignung für geboten. Für die Konkretisierung des Merkmals wählt es aber eine negative Fassung. An der Eignung soll es fehlen, „wenn nach der Einlassung des Täters offenkundig ausgeschlossen ist, dass die Verdächtigung zu einem Verfahren führt“<sup>26</sup>. Eine solche Offenkundigkeit verneint es für Fälle, in denen es „um die Glaubwürdigkeit einer Person oder die Glaubhaftigkeit der Aussage geht“<sup>27</sup>. Begründung: „Denn die Beurteilung dieser Frage ist nicht jedem möglich, sondern nur demjenigen, der den Angeklagten mit seiner Einlassung erlebt hat.“<sup>28</sup> Bei dieser allgemein gehaltenen Argumentation bleibt es. Weitergehende, den

Fall betreffende Ausführungen finden sich dazu nicht.

Schließlich bejaht das Gericht auch die Absicht der Herbeiführung eines Verfahrens, indem es mit der h. M. den direkten Vorsatz ausreichen lässt und dessen Vorliegen annimmt. A habe in dem Bewusstsein gehandelt, dass ein Strafverfahren gegen B „notwendige Folge seiner Einlassung“<sup>29</sup> sein werde.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Eine **Prüfung des Tatbestandes von § 164 Abs. 1 StGB**, welche die hier erörterten Probleme einbezieht, könnte folgendermaßen aussehen:

#### 1. Objektiver Tatbestand

- a) **Tatobjekt:** ein anderer (lebender) Mensch
- b) **Tathandlung**
  - Verdächtigen
  - einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht
  - Falschheit der Verdächtigung
  - Grenze: Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten
- c) **Handlungsadressat:** Behörde oder ein zur Entgegennahme von Anzeigen zuständiger Amtsträger oder militärischer Vorgesetzter oder die Öffentlichkeit
- d) **Eignung** der falschen Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens oder einer anderen behördlichen Maßnahme

#### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) **Vorsatz** bezüglich des objektiven Tatbestandes
- b) **Absicht**, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen

Im Zusammenhang mit der Selbstbegünstigungsproblematik sollte man sich noch eine weitere Fallkonstellation merken. Das Privileg des Beschuldigten wirkt auf die Anwendung von § 164 StGB nicht nur in Fällen ein, in denen ein Straftäter, gegen den bereits ein Verfahren läuft, zur Abwehr des gegen ihn erhobenen Vorwurfs einen anderen Verfahrensbeteiligten einer Straftat mit Verfahrensbezug bezichtigt. Es kommt in gleicher Weise zum Zuge, wenn der Täter zur Vermeidung der Entstehung eines Verdachts gegen ihn selbst einen anderen in den Verdacht bringt, Täter derselben Tat zu sein. Beispiel: Nach einem auf strafbare Weise herbeige-

<sup>25</sup> OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

<sup>26</sup> OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

<sup>27</sup> OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

<sup>28</sup> OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

<sup>29</sup> OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

fürten Unfall leugnet der Fahrer, das Fahrzeug geführt zu haben, und bringt dadurch den Beifahrer in den Verdacht, gefahren zu sein.<sup>30</sup>

**In praktischer Hinsicht** ist kaum vorstellbar, dass sich die Entscheidung des OLG Hamm durchsetzt. Verdachtsäußerungen des Beschuldigten gegen polizeiliche und andere Zeugen sowie Versuche, auf die gerichtliche Beweiswürdigung in verschiedenster Form zum Nachteil dieser Zeugen einzuwirken, gehören zum Alltag in deutschen Gerichtssälen. Würde stets nach den Leitlinien des OLG Hamm ein Strafverfahren wegen falscher Verdächtigung eingeleitet werden, so würden sich nicht mehr zu besteigende Aktenberge auftürmen. Tatgerichte und Staatsanwaltschaften sind gegenwärtig vernünftig genug, davon Abstand zu nehmen und allenfalls in Fällen ernstzunehmender Tatsachenbehauptungen und wirklicher Beweismanipulation die Strafverfolgung in Gang zu setzen.

Die materiellrechtliche Problemlage bietet zwei Möglichkeiten, diese Vernunft zur Geltung kommen zu lassen.

Zum einen kann als ein noch hinnehmbares modifiziertes Leugnen angesehen werden, wenn der Beschuldigte es bei Formen der Einwirkung auf die Beweislage belässt, die mit keinem objektiven Beweiswert verbunden sind, wie hier die Vorlage eines Fotos, das den Beweiswert, den A ihm beilegt, erkennbar nicht hat. Man bedenke, dass ein Beschuldigter oft gar nicht umhin kann, sich zur Beweislage zu erklären, wenn seine Verteidigungsposition schlüssig bleiben soll.<sup>31</sup>

Zum anderen kann das ungeschriebene Merkmal der Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens genutzt werden, um eine Strafbarkeit zu verneinen.<sup>32</sup> Wer mit „kriminalistischer Erfahrung“ über das

Vorliegen eines Anfangsverdachts entscheidet,<sup>33</sup> berücksichtigt die Verfahrenssituation des Beschuldigten. Sieht man von Fällen der Verstärkung der Verdächtigung durch plausible Tatsachenbehauptungen und durch die Einführung von Beweisen mit objektivem Beweiswert ab, so wird der erfahrene Kriminalist keinen Anlass zur Verfahrenseinleitung sehen.

## 5. Kritik

Aus den eben genannten Gründen hat aus unserer Sicht nicht das OLG Hamm, sondern die Vorinstanz richtig entschieden.

Wir wollen einen Einwand hinzufügen, der bisher noch nicht zur Sprache gekommen ist. Das OLG Hamm wendet bei der Prüfung der Eignung mit folgender Begründung einen objektiven, von der konkreten Verfahrenssituation abstrahierenden Maßstab an und grenzt damit bestimmte Gegenstände aus. Wenn es um die Glaubwürdigkeit einer Person und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage gehe, sei eine Beurteilung nur den unmittelbar am Verfahren Beteiligten möglich; sie müsse aber jedem möglich sein. Das verkennt die Struktur von § 164 Abs. 1 StGB, in die das Merkmal der Eignung eingefügt werden muss. Die Vorschrift spricht von einer Verdächtigung „bei einer Behörde ...“. Dementsprechend muss es der Horizont dieses Adressaten sein, der über die Eignung entscheidet. Für unseren Fall heißt das: Maßgeblich ist gerade die Perspektive der unmittelbar an der Hauptverhandlung beteiligten Richter und Staatsanwälte und nicht etwa die Sicht irgendeines Strafverfolgungsorgans, das auf Grund einer Anzeige tätig wird.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Kathleen Wolter zugrunde.)*

<sup>30</sup> Vgl. zu einem solchen Fall *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 18 f. (zu Fall 2 a und b).

<sup>31</sup> Vgl. die Ausführungen zur Verfahrenssituation bei *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 15, 27.

<sup>32</sup> Vgl. auch dazu *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 15, 27.

<sup>33</sup> Vgl. o. 2. am Ende.