

## Catalog

1. Der Strafverteidiger	1
2. Tätigkeit im Ermittlungsverfahren	26
3. Verfahren nach Anklageerhebung	70
4. Rechtsmittel	90
5. Verfahrensabsprache	96
6. Folgeprobleme der Verfahrensabsprache	137
7. Literatur und Rechtsprechung zur Verfahrensabsprache	155
8. Kodifikation der Verfahrensabsprache	186
9. Für das Examen	212
10. Neue Rspr	276
11. Neue Rspr. zur Verfahrensabsprache	277
12. Aktuelle RSpr. zur Verfahrensabsprache	287
13. BVerfG zu § 257 c StPO	290
aktuelle Lit. zu § 257 c StPO	294
aktuelle Rechtsprechung zu Erörterung und Verständigung in der Hauptverhandlung	307
Aufsatz zu § 261 StPO	308
neue Rspr. zu § 257 c StPO aus 2020	319
WIRE-Card	323
15. Verfassungsbeschwerden zu § 257 c StPO	324

# Das schwere Los des Strafverteidigers



teilung ohne maßgebliche Bedeutung, daß die Abwicklung des Geschäfts längere Zeit in Anspruch nahm sowie eine Mehrzahl von Einzelhandlungen der Angekl. erforderte und diese während des Laufs der Verhandlungen davon erfuhren, daß ihre langjährige Repräsentanz im Iran, die Firma P. der Beschaffungstätigkeit im »rüstungs- und proliferationsrelevanten Bereich« verdächtigt wurde. Letzteres mag auf ihren Vorsatz hinsichtlich des Zuwiderhandelns gegen das Außenwirtschaftsgesetz schließen lassen; für die Frage, ob sie sich in geheimdienstlicher Weise in fremde Ausforschungsbemühungen eingliederten, kann hieraus demgegenüber nichts Entscheidendes abgeleitet werden.

Daß die Angekl. sich bemühten, den wahren Abnehmer ihrer Lieferung gegenüber den für die Ausfuhrkontrolle zuständigen deutschen Behörden zu verschleiern, kann – wie das OLG zutreffend ausgeführt hat – schon darin seine Erklärung finden, daß ihnen die fehlende Erlaubnis für das Geschäft sowie die daraus folgende Strafbarkeit der Lieferung an diesen Abnehmer und damit die Notwendigkeit der Tarnung bewußt war; einen naheliegenden Schluß auf »geheimdienstliche« Tätigkeit begründet ihr in Teilen auf Verheimlichung gerichtetes Verhalten daher ebenfalls nicht.

Zudem war die Lieferung der Vibrationstestgeräte erkennbar nicht auf die heimliche Vermittlung des in den Geräten verkörperten Know-hows gerichtet; vielmehr handelte es sich um sog. dual-use-Anlagen, deren Ausfuhr in den Iran zur zivilen Nutzung keinen Beschränkungen unterlag und von der T. GmbH an einen iranischen Automobilhersteller bereits offen angeboten worden war, mag es sich hierbei auch um Anlagen von deutlich geringerer Leistungsstärke gehandelt haben. Verschleiert werden sollte der im Rüstungsbereich tätige Abnehmer der Anlagen, nicht die Übermittlung von in den Geräten enthaltenen technischen Informationen.

All dies trägt die Beurteilung des OLG, die Angekl. seien der Ausübung geheimdienstlicher Tätigkeit nicht hinreichend verdächtig i. S. d. § 203 StPO. Soweit der GBA demgegenüber einwendet, das OLG habe nicht bedacht, daß durch die Angekl. auch Informationen zur Umgehung der deutschen Ausfuhrkontrolle sowie zur Bedienung der Anlagen durch Entsendung eines Monteurs in den Iran vermittelt worden seien, vermag dies der sofortigen Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Dem Informationsaustausch über den gegen die Firma P. entstandenen Verdacht, an den auch der GBA nach dem Anklagesatz keinen gesonderten Tatvorwurf nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB anknüpft, kommt für die Frage der Eingliederung in fremde Ausforschungsbemühungen kein Indizwert zu, der über denjenigen hinausginge, der schon den – bereits zuvor angelaufenen – Aktivitäten der Angekl. zur Verschleierung des wahren Abnehmers der Anlagen zukommt: er mußte daher vom OLG nicht gesondert erörtert werden und führt nicht zu einer abweichenden Würdigung der Gesamtumstände. Die Informationsweitergabe durch den Monteur der T. GmbH an die Bedienungskräfte der Anlagen im Iran ist schon deswegen ohne Belang, weil keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß diese in irgendeiner Form einer geheimdienstlichen Organisation des Irans angehörten; das Einweisen in die Bedienung der Anlagen und damit auch der Auftrag zu dieser Einweisung kann daher nicht mehr als Tätigkeit für den möglicherweise bei der Beschaffung der Anlagen tätigen Geheimdienst einer fremden Macht begriffen werden.

3. Letztlich ist es auch nicht zu beanstanden, daß das OLG die Anklage nicht unter dem Aspekt einer möglichen Beihilfe der Angekl. zur geheimdienstlichen Tätigkeit ihrer iranischen Kontaktpersonen zugelassen und jedenfalls deswegen das Hauptverfahren vor sich eröffnet hat. Der Senat hält an seiner – an den Willen des Gesetzgebers anknüpfenden – Ansicht fest, daß eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur geheimdienstlichen Tätigkeit jedenfalls nicht an die Haupttat der Mitarbeiter des fremden Geheimdienstes anknüpfen kann, zu denen der

Täter in Kontakt tritt (BGHSt 24, 369, 378; BGH NStZ 1986, 165 f.); denn derartige Beihilfehandlungen sind in § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB bereits als täterschaftliches Handeln erfaßt und daher keiner gesonderten Beihilfehaftbarkeit mehr zugänglich. Eine abweichende Betrachtungsweise würde dazu führen, daß die strafbarkeitseinschränkende Wirkung des Merkmals »Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit« nicht erreicht würde. Die sofortige Beschwerde bleibt demgemäß ohne Erfolg.

### StGB § 211 Abs. 1

(Heimtückische Tötung von Kindern)

1. Einem Kleinstkind gegenüber ist heimtückisches Handeln in der Regel nicht möglich, weil es nicht fähig ist, anderen Vertrauen entgegenzubringen. Bei einem 5 Jahre und 4 Monate alten Kind ist bei normaler Entwicklung davon auszugehen, einen auf sein Leben zielenden Angriff zu erkennen und zu versuchen, Hilfe herbeizurufen, den Täter umzustimmen oder in sonstiger Weise dem Anschlag zu begegnen bzw. die Durchführung zu erschweren.

2. Zwar ist eine Ausnahme der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke dann zu machen, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können. Allerdings ist schützender Dritter nur derjenige, der den Schutz des Kindes übernommen hat und ihn im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut.

BGH, Urt. v. 10. 3. 2006 – 2 StR 561/05 (LG Mühlhausen)

♦ Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. wegen Totschlags in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 13 J. 6 M. verurteilt. Mit der Sachrüge beanstanden die Revisionen der Nebenkl. die Verneinung der Mordmerkmale Heimtücke sowie niedrige Beweggründe und erstreben eine Verurteilung wegen Mordes. Die Rechtsmittel haben teilweise Erfolg.

I. 1. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG war der Angekl. Vater von drei Kindern, die zur Tatzeit 7 J., 5 J. 4 M. sowie 1 J. 9 M. alt waren. Seine Ehefrau, die Nebenkl., hatte – wie in der Vergangenheit schon des öfteren – im September 2003 eine Beziehung zu einem anderen Mann aufgenommen und lebte zwischen beiden Männern hin- und hergerissen – teils bei dem Angekl., teils bei ihrem neuen Liebhaber. Der Angekl., der sehr an seiner Ehefrau hing und von ihr geradezu abhängig war, hatte sich früher stets erfolgreich darum bemüht, diese zurückzugewinnen und zwar sowohl mit Liebesbeteuerungen als auch mit der Drohung, sich und die Kinder zu töten. Im Herbst 2003 reichte die Nebenkl. die Scheidung ein, das elterliche Sorgerecht für die drei Kinder wollten sich beide Ehepartner teilen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht sollte beim Angekl. liegen.

Nach einem Streit mit ihrem neuen Liebhaber war die Nebenkl. am 23. 4. 2004 zu dem Angekl. und den Kindern zurückgekehrt, die darüber glücklich nunmehr an eine Fortführung der Ehe glaubten. Am 1. 5. 2004 wandte sich die Nebenkl. für den Angekl. überraschend wieder ihrem Liebhaber zu. Der Aufforderung, auch die Kinder mitzunehmen, kam sie nicht nach. Der Angekl., dessen Wut in Verzweiflung umschlug, konnte die erneute Trennung psychisch nicht verkraften und nahm am 2. 5. 2004 gegen 17.30 Uhr in Selbsttötungsabsicht insgesamt 18 Tabletten (Schmerzmittel und Antidepressiva) sowie Alkohol zu sich und brachte anschließend die Kinder zu Bett. Nach dem erneuten Genuß einer größeren Menge Alkohols, die zu einer max. BAK von 2,61 ‰ führte, faßte er gegen 20.30 Uhr den Entschluß, die Kinder »mit in den Tod zu nehmen«. Gleichgewichtige Beweggründe dafür waren, daß er zum einen verzweifelt war und sich um die Zukunft der Kinder nach seinem Tode sorgte, da seine Ehefrau diese vermeintlich nicht haben wollte, zum anderen wollte er seine Ehefrau anklagen und ihr vor Augen führen, sie hätte den Tod der Kinder durch die Rückkehr zu ihm verhindern können.



Der stark angetrunkene Angekl. stieß seinem im elterlichen Schlafzimmer in einem Kinderbett schlafenden, 1 J. 9 M. alten Sohn Hannes ein Messer mit einer Klingenlänge von 22 cm in die Brust, was infolge Verblutens innerhalb einiger Minuten zu dessen Tode führte. Während dieser Zeit hielt er die Hand des sterbenden Kindes. Anschließend trank er weiter Alkohol und sandte der Nebenkl., die ihr Handy jedoch nicht eingeschaltet hatte, eine Kurznachricht über die Tötung des Kindes.

Zwischen 1.00 Uhr und 2.00 Uhr morgens begab sich der stark alkoholisierte Angekl. (max. BAK 3,51 ‰) ins Kinderzimmer und stieß der dort schlafenden 5 J. 4 M. alten Lisa-Marie dasselbe Messer in die Brust. Das Mädchen erwachte dabei mit den Worten: »Papa, ich hab dich doch lieb«. Infolge inneren Verblutens starb Lisa-Marie nach etwa einer Stunde. In dieser Zeit streichelte der Angekl. das Mädchen und brachte es auf ihre Bitte noch zweimal zur Toilette.

Zum Zeitpunkt der Tötungshandlungen war der Angekl. infolge des Alkohol- und Tablettenkonsums i. V. m. einem zehntägigen Schlafentzug, einer affektiven Ausnahmesituation und der bei ihm bestehenden abhängigen (asthenischen) Persönlichkeitsstörung in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt.

Nach Tötung der Lisa-Marie fühlte sich der Angekl. nicht mehr in der Lage, auch noch seinen siebenjährigen Sohn Niklas zu töten. Er erwog, sich die Pulsadern aufzuschneiden, nahm davon aber Abstand, um Niklas nicht alleine zu lassen. Statt dessen reinigte er die Wohnung, damit der noch schlafende Junge nichts merken sollte und brachte diesen am nächsten Morgen gleich auf den Spielplatz. Er selbst wusch währenddessen die Leichen der Kinder, kleidete sie neu ein, legte sie mit Plüschtieren und Spielzeug in den Armen ins Ehebett und deckte sie bis zum Hals zu. Danach schrieb er seiner Ehefrau, die das Handy noch immer ausgeschaltet hatte, eine Kurznachricht, daß sie die Kinder noch einmal sehen könne und daß er sie liebe. Anschließend brachte er Niklas zu seiner Ehefrau in die Wohnung ihres Liebhabers. Er selbst kehrte kurz in die eigene Wohnung zurück, nahm in Selbsttötungsabsicht weitere 30 Tabletten (Antidepressiva) und lief in den nahe gelegenen Stadtwald, um dort auf seinen eigenen Tod zu warten. Am nächsten Tag wurde er von einem polizeilichen Suchtrupp am ganzen Körper zitternd und mit gläsernem Blick festgenommen.

2. Das LG hat das Tatgeschehen als Totschlag in zwei Fällen gewertet und ist jew. von einem gem. §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraum ausgegangen. Das Vorliegen von Mordmerkmalen, insbes. von Heimtücke und niedrigen Beweggründen, hat es ausgeschlossen.

Für das Mordmerkmal der Heimtücke fehle es an der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer. Der Angekl. habe den Schlaf der Kinder gerade nicht zum Zwecke der Tötung herbeigeführt oder genutzt. Er habe den Tatentschluß vielmehr erst gefaßt, als die Kinder schon schliefen und diese ihm übrigen nicht in einer feindseligen Willensrichtung getötet. Zudem sei zweifelhaft, ob die beiden kleinen Kinder überhaupt die Fähigkeit zum Argwohn hatten.

Niedrige Beweggründe seien nicht handlungsbestimmend gewesen, weil die Absicht des Angekl., seine Ehefrau zu bestrafen, nur eines von mehreren, nicht aber das tatbeherrschende Motiv gewesen sei.

II. 1. Diese Erwägungen sind rechtsfehlerhaft und führen zur Aufhebung des Urteils, soweit es die Tat zum Nachteil des Mädchens Lisa-Marie betrifft, weil das LG die Voraussetzungen eines »Heimtückemordes« verkannt hat.

a) Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewußt zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, daß der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSr 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 m. w. N.). Das Opfer muß gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSr 32, 382, 384). Arglos ist regelmäßig auch der Schlafende, wenn er einschläft. Er überläßt sich dem Schlaf in Vertrauen darauf, daß ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit. Arglos ist er hingegen nicht nur, ehe er einschläft. Wer sich zum Schlafen niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie

begleitet ihn, auch wenn er sich ihrer nicht mehr bewußt ist. Das besonders Gefährliche und Tückische, das den Täter lebenslanger Freiheitsstrafe aussetzt, liegt darin, daß er sein Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSr 23, 119, 120 f.). Entgegen der Auffassung des LG handelt ein Täter gegenüber seinem Opfer auch schon dann heimtückisch, wenn er dessen Arglosigkeit nur bewußt ausnutzt, ohne daß es darauf ankommt, ob er sie bewußt herbeigeführt oder bestärkt hat (BGHSr 8, 216, 219). Daß der Angekl. hier seine Kinder nicht in der Absicht, sie anschließend zu töten, schlafen gelegt, sondern seinen Tatentschluß erst später gefaßt hat, steht einer Verurteilung wegen Heimtückemordes deshalb nicht entgegen.

b) Im Ansatz zutreffend geht das LG davon aus, daß einem Kleinstkind gegenüber heimtückisches Handeln in der Regel nicht möglich ist, weil es nicht fähig ist, anderen Vertrauen entgegenzubringen. Der BGH hat es in st. Rspr. abgelehnt, die Tötung eines sehr kleinen Kindes, das infolge seiner natürlichen Arg- und Wehrlosigkeit gegen einen Angriff auf sein Leben nichts unternehmen kann, als heimtückisch anzusehen, weil seine Wahrnehmungsfähigkeit noch nicht ausgebildet ist. Diese Rspr. beruht darauf, daß der Begriff der Heimtücke auf etwas Heimliches hindeutet, man eine böse Absicht aber nur vor jemandem verheimlichen kann, der an sich in der Lage ist, sie wahrzunehmen (BGHSr 4, 11; 8, 216, 218). Hier war jedoch das Opfer Lisa-Marie bereits 5 J. 4 M. alt, also in einem Alter, in dem ein normal entwickeltes Kind einen auf ein Leben zielenden Angriff erkennen und danach versuchen kann, Hilfe herbeizurufen, den Täter umzustimmen oder in sonstiger Weise dem Anschlag zu begegnen bzw. die Durchführung zu erschweren (vgl. BGH NJW 1978, 705; NStZ 1995, 230 jew. für ein dreijähriges Kind). Der neue Tatrichter wird deshalb festzustellen haben, ob Lisa-Marie i. d. S. normal entwickelt und damit in der Lage war, den Angriff auf ihr Leben in irgendeiner Weise zumindest zu erschweren.

c) Der Annahme von Heimtücke steht nicht entgegen, daß es an der erforderlichen feindlichen Willensrichtung beim Angekl. fehlte. Das kommt unter Umständen dann in Betracht, wenn ein zur Selbsttötung entschlossener Täter Angehörige seiner Familie, die er sehr liebt, aus Sorge um deren ungewisse Zukunft mit sich in den Tod nehmen will, weil er – möglicherweise in krankhafter Verblendung – meint, zum Besten seiner Familie zu handeln (BGHSr 9, 385; 37, 376; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 10; BGH NStZ 1995, 230). Hier handelte der Angekl. jedoch nicht ausschließlich aus Sorge um das künftige Wohlergehen seiner Kinder, sondern auch, um seine Ehefrau anzuklagen und sie zu bestrafen, mithin in feindlicher Willensrichtung gegenüber seinen Kindern, die er für seine Rachegefühle opferte (vgl. MünchKomm-Schneider § 211 Rdnr. 145). 2. Demgegenüber weist das Urteil, soweit es die Tat zum Nachteil des Jungen Hannes anbelangt, keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

a) Der Annahme eines Heimtückemordes steht hier – wie vom LG zutreffend erwogen – das Alter des Tatopfers von nur 1 J. und 9 M. entgegen. Das altersgerecht entwickelte Kleinkind Hannes war unter den hier gegebenen Umständen zum Argwohn zumal gegenüber seinem eigenen Vater bereits konstitutionell nicht fähig und konnte deshalb nicht heimtückisch getötet werden (vgl. BGHSr 4, 11; MünchKomm-Schneider, § 211 Rdnr. 134).

Zutreffend weist die Revision zwar darauf hin, daß nach der Rspr. eine Ausnahme der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke dann zu machen ist, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können (vgl. BGHSr 8, 216, 219; BGH NStZ-RR 2006, 43). Allerdings ist schützender Dritter auf der Grundlage der bisherigen Rspr.



# **Ordnungsmittel gegen den STV?**

## **Fristen für Beweisanträge ?**



In Ermangelung dieser an sich gebotenen Einzelfallbearbeitung liegt zur Zeit keine Spruchreife vor, die eine Entscheidung des *Senats* in der Sache ermöglichen würde.

3. Die StA wird bei der noch durchzuführenden Einzelfallbearbeitung des Löschantrages nach Auffassung des *Senats* folgendes zu beachten haben:

Zwar ergibt sich die Art der zu verarbeitenden Daten und ihre Speicherdauer zunächst aus der aufgrund von § 490 StPO erlassenen Errichtungsanordnung der StA v. 27. 11. 2001. Der Maßstab der Erforderlichkeit der (weiteren) Speicherung der Daten muß aber letztlich dem aus dem von dem *BVerfG* im Volkszählungsurteil (*BVerfGE* 65, 1 ff.) entwickelten Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerecht werden. Darüber hinaus darf aufgrund des sog. Zweckbindungsgrundsatzes – es muß ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Speicherung und konkretem Verwendungszweck bestehen – die speichernde Stelle nur die Daten speichern, die für ihre Aufgabenerfüllung geeignet und erforderlich sind (vgl. zu der im Hinblick auf das Erforderlichkeitserfordernis entsprechend ausgestalteten Vorschrift des § 20 BDSG im übrigen *Bergmann, Möhrle, Herb, Datenschutzrecht*, Rdnr. 44 zu § 20 BDSG).

Aus den Kommentierungen zur – insoweit – ähnlich ausgestalteten Vorschrift des § 14 BDSG ergibt sich, daß bei der Speicherung von Daten ein strenger Maßstab anzulegen ist. Die Speicherung und Veränderung personenbezogener Daten ist nur dann erforderlich, wenn die Aufgabe sonst nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise erfüllt werden kann. Daß die Daten zur Erfüllung der Aufgabe geeignet und zweckmäßig sind, ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung (*Bergmann, Möhrle, Herb, a. a. O.*, Rdnr. 26; *Mallmann, a. a. O.*, Rdnr. 15 zu § 14). Angesichts des Umstandes, daß die datenschutzrechtlich motivierten Regelungen im StVÄG 1999 insbes. dem Ur. des *BVerfG* v. 15. 12. 1983 zum Volkszählungsgesetz Rechnung tragen sollten (BT-Drucks. 14/1494), müssen nach Ansicht des *Senats* bei der Prüfung der Erforderlichkeit i. S. v. § 489 Abs. 2 StPO die oben dargelegten, vom *BVerfG* entwickelten Maßstäbe herangezogen werden. Hierbei weist der *Senat* insbes. darauf hin, daß wesentliche Aspekte oder Bestimmungsfaktoren für die Erforderlichkeit der Speicherung der Datenumfang und der Zeitaspekt sind (so auch *Mallmann, a. a. O.*, Rdnr. 16 zu § 20 m. w. N.; vgl. im übrigen auch *BVerfG, StV* 2002, 577, 578).

b) Angesichts der vom *BVerfG* aufgestellten Maßstäbe unterliegt die nach § 490 S. 1 StPO von der StA erlassene Errichtungsanordnung insbes. folgenden Bedenken:

Zum einen sind Art und Umfang der gespeicherten Daten sowie die Speicherdauer stets gleich geregelt, unabhängig davon, ob eine Speicherung der Daten auf der Grundlage der §§ 483, 484 oder des § 485 StPO erfolgt. Auch wenn eine derartige Mischform der Datenspeicherung durch die ausdifferenzierte Regelung der StPO nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. *Brodersen, a. a. O.*, S. 2541), hält der *Senat* insbes. die Rspr. des *BVerfG* für überzeugend, wonach eine weitere Speicherung von Daten dann unzulässig sein kann, wenn nichts dafür spricht, daß die Eintragung in Zukunft auch praktische Bedeutung hat und deshalb ausgeschlossen werden kann, daß die vorhandenen Daten die Arbeit der zuständigen Behörde noch fördern können. Insoweit hat das *BVerfG* entschieden, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einer (weiteren) Speicherung personenbezogener Daten aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in einer polizeilichen Personalauskunftsdatei zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung dann entgegensteht, wenn nichts dafür spricht, daß der Betroffene erneut einschlägig oder ähnlich strafrechtlich in Erscheinung treten wird und deshalb ausgeschlossen ist, daß die vorhandenen Daten die Arbeit einer Behörde fördern können. (*Mallmann, a. a. O.*, Rdnr. 42 zu § 20 mit eingehenden Nachweisen der Rspr. des *BVerfG*).

Bedenken unterliegt insbes. auch, daß die Errichtungsanordnung der StA entgegen § 490 Nr. 7 StPO keine Prüffristen vorsieht und damit den Mindestanforderungen des § 490 StPO an Errichtungsanordnungen für automatisierte Dateien nicht gerecht wird.

Mitgeteilt von RA Peter Wasem, Leipzig.

#### + GVG §§ 177, 178

(Unzulässigkeit von Ordnungsmitteln gegen Verteidiger)

**Die Festsetzung von Ordnungsmitteln gegen einen Verteidiger nach den §§ 177, 178 GVG ist unzulässig.**

*OLG Hamm*, Beschl. v. 6. 6. 2003 – 2 Ws 122/03

♦ **Aus den Gründen:** I. Der Betroffene RA Dr. N. ist Verteidiger des Angekl. M., gegen den die StA Hagen den Vorwurf des Verstoßes gegen das BtMG erhoben hat. Die Hauptverhandlung in dem Strafverfahren M. fand am 20. 5. 2003 vor dem SchöfG Hagen statt. An dieser nahm RA Dr. N. als Verteidiger des Angekl. M. teil.

Nach Schluß der Beweisaufnahme beantragte der Vertreter der StA die Festsetzung einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. unter Strafaussetzung zur Bewährung und Aufhebung des gegen den Angekl. bestehenden Haftbefehls. Der Verteidiger beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J. unter Strafaussetzung zur Bewährung und ebenfalls Aufhebung des Haftbefehls. Nach Beratung wurde der Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt. Der gegen den Angekl. bestehende Haftbefehl wurde aufgehoben und neuer Haftbefehl nach Maßgabe des verkündeten Urteils erlassen.

Im Protokoll der Hauptverhandlung v. 20. 5. 2003 ist der Fortgang der Hauptverhandlung im Anschluß an die Verkündung des Urteils wie folgt festgehalten:

»Der Verteidiger unterbrach das Gericht ständig bei seinem Versuch, dem Angekl. eine Rechtsmittelbelehrung nach Abschluß der Begründung des Urteils zu erteilen.

Er wurde mehrfach aufgefordert, zu schweigen.

Als er diesen Aufforderungen nicht nachkam, wurde die Sitzung unterbrochen und der anwesende RA Dr. N. wurde nunmehr nochmals aufgefordert, zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen.

Auch dieser Aufforderung kam er nicht nach.

Daher wurde er zunächst auf Anweisung des Vors. durch die Wachtmeister aus dem Sitzungssaal geführt.

Es wurde wieder in die Hauptverhandlung eingetreten.

Dem Angekl. wurde hinsichtlich des Urteils und des Haftbefehls eine Rechtsmittelbelehrung erteilt.

Die Sitzung wurde erneut unterbrochen und der störende RA Dr. N. zur Prüfung, ob gegen ihn ein Ordnungsmittel zu verhängen sei, vorgeführt.

Zur Person:

Dr. F. N.

Dem Störer wurde mitgeteilt, daß das Gericht erwägt, gegen ihn ein Ordnungsmittel (Ordnungsgeld oder Ordnungshaft) zu verhängen, da er nach Unterbrechung der Hauptverhandlung gegen M. der Aufforderung des Gerichts, zu schweigen und den Saal zu verlassen, nicht nachgekommen sei und in unverschämter Weise weiter geredet und darauf bestanden habe, sprechen zu dürfen.

Dem Störer Dr. N. wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Er erklärte:

Ich habe vor Unterbrechung der Hauptverhandlung gebeten, einen Antrag stellen zu dürfen und, nachdem dies mir nicht gestattet worden war, gebeten, zu protokollieren, daß mir nicht gestattet worden sei, einen Antrag zu stellen.

Sodann habe der Vors. nach Erinnerung des Störers noch vor Unterbrechung der Hauptverhandlung den Störer aufgefordert den Sitzungssaal zu verlassen und darauf hingewiesen, daß gegen ihn nach dem GVG sitzungspolizeiliche Maßnahmen nicht zulässig sind.



Nach der Unterbrechung, so jedenfalls meine Erinnerung, habe ich gesagt: »Sie brauchen mich nicht zu verhaften, ich verlasse den Sitzungssaal freiwillig.«

Das Gesamtgeschehen, angefangen mit meiner Bitte, einen Antrag stellen zu dürfen, bis zu meiner Verhaftung hat insgesamt nicht mehr als 60 Sekunden gedauert.

Der Vertreter der StA erklärte, daß nach seiner Einschätzung ordnungsrechtliche Maßnahmen gegen den Störer nicht verhängt werden dürfen, da es sich um einen fortlaufenden Wortwechsel gehandelt hat und er deshalb seine Verteidigerstellung durch die während des Wortwechsels erfolgte Unterbrechung der Hauptverhandlung nicht verloren hat.

Das Gericht zog sich zur Beratung zurück.

Nach Beratung wurde der Beschl. (des Gerichts) verkündet. Beschl.

In der Sache

über die Verhängung einer Ordnungsmaßnahme betreffend Dr. F. N.

wird gegen den Störer Dr. N. gem. § 178 Abs. 1 GVG eine Ordnungshaft von 1 Tag festgesetzt.

Gründe: Der Störer Dr. N. hat sich im Zusammenhang mit der Hauptverhandlung gegen den Angekl. M. am heutigen Tage einer gröblichen Ungebühr schuldig gemacht.

Er war an diesem Verfahren als Verteidiger beteiligt und unterbrach am Ende der Urteilsbegründung und vor Erteilung der Rechtsmittelbelehrung an den Angekl. den Vors. und wollte, daß dort ein Antrag zu Protokoll genommen wird.

Nachdem der Vors. mehrfach erklärt hatte, daß vor Erteilung der Rechtsmittelbelehrung keinerlei Anträge mehr protokolliert werden, versuchte der Störer Dr. N. seinen Willen durch lautstarkes und aggressives Weiterreden durchzusetzen. Hiermit fuhr er, trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Vors. zu schweigen, fort. Daraufhin unterbrach der Vors. wegen dieser Störung die Sitzung und forderte den Störer Dr. N. auf, nunmehr unverzüglich zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen.

Dieser Aufforderung kam der Störer nicht nach, sondern redete vielmehr weiterhin lautstark und aggressiv auf den Vors. ein. Er wurde nochmals unter Hinweis auf die Unterbrechung der Sitzung unmißverständlich in lauterem Ton aufgefordert, zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen.

Auch auf diese Aufforderung des Vors. reagierte der Störer nicht. Erst nach diesen mehrfachen, ergebnislosen Aufforderungen durch den Vors. zu schweigen und den Sitzungssaal zu verlassen, ordnete der Vors. schließlich an, daß die Wachtmeister den Störer aus dem Saal entfernen.

Dem Störer wurde eine Rechtsmittelbelehrung erteilt.

Der Störer wurde durch die Wachtmeister in die Ordnungshaft abgeführt.

Der Störer erhielt Ausfertigung des Ordnungsbeschl.

Der Sitzungsvertreter der StA erhielt ebenfalls eine Beschlusaussfertigung.

Der Betroffene wurde im Anschluß an die Verkündung des Beschl. in Ordnungshaft genommen. Er hat umgehend gegen die gerichtlichen Maßnahmen Rechtsmittel eingelegt. Auf die sofortige Beschwerde hin hat der Senat noch am 20. 5. 2003 – entsprechend dem Antrag der GStA – die Vollziehung des angefochtenen Ordnungshaftbeschl. ausgesetzt.

Inzwischen hat der Betroffene umfassend Stellung genommen und beantragt, den angefochtenen Beschl. aufzuheben. In der Begründung seines Antrags hat der Betroffene auch zur Frage der Unzulässigkeit der Entfernung aus dem Sitzungssaal Stellung genommen. Die GStA hat ebenfalls beantragt, den Ordnungshaftbeschl. aufzuheben.

II. 1. Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 181 GVG, 311 StPO).

Aufgrund der Begründung des Rechtsmittels durch den Schriftsatz v. 26. 5. 2003 geht der Senat davon aus, daß der Betroffene sich nicht nur gegen die Festsetzung der Ordnungshaft, sondern auch gegen die vorangegangene (gewaltsame) Entfernung aus der Hauptverhandlung wendet. Zwar wird ausdrücklich nur die Aufhebung des Ordnungshaftbeschl. beantragt, die Begründung verhält sich inhaltlich jedoch auch zu der Entfernung aus der Hauptverhandlung. Auch insoweit war somit eine Entscheidung zu treffen. Dem steht nicht entgegen, daß diese Maßnahme inzwischen vollzogen ist. Es bedarf nach Auffassung des Senats keiner näheren Begründung, daß hinsichtlich dieser Maß-

nahme die Grundsätze der Rspr. des BVerfG zum fortwirkenden Rechtsschutzinteresse Anwendung zu finden haben (vgl. dazu BVerfG NJW 1997, 2163).

2. Das Rechtsmittel ist begründet.

a) Die Festsetzung bzw. der Erlaß von Zwangsmaßnahmen in der Hauptverhandlung gegen den Verteidiger Dr. N. nach den §§ 177, 178 GVG ist unzulässig.

Die Frage, ob ein Verteidiger, der nach Auffassung des Gerichts die Hauptverhandlung stört, gem. § 177 GVG aus dem Sitzungssaal entfernt oder gegen ihn sogar nach § 178 GVG ein Ordnungsmittel erlassen werden kann, ist in Rspr. und Lit. umstritten. Die Lit. ist – soweit ersichtlich – einhellig der Auffassung, daß Zwangsmaßnahmen gegen den Verteidiger in der Hauptverhandlung stets unzulässig sind (vgl. u. a. Meyer-Goßner, StPO, 46. A. 2003, § 177 GVG Rdnr. 2 f.; Pfeiffer, StPO, 3. A., § 178 GVG Rdnr. 4; KK-Diemer, StPO, 4. A., § 178 GVG Rdnr. 4 i. V. m. § 177 Rdnr. 2 GVG; Wickern in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. A., § 177 GVG Rdnr. 7; Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 4. A., 2003, Rdnr. 809). Dem hat sich in der Vergangenheit bereits das OLG Düsseldorf angeschlossen (vgl. wistra 1994, 79).

Demgegenüber wurde in der Rspr. in der Vergangenheit darauf abgestellt, ob ein extremes Fehlverhalten des Verteidigers vorliegt, das zu einer nachhaltigen Störung der Hauptverhandlung bis hin zur Gefahr der Unmöglichkeit der weiteren ordnungsgemäßen Durchführung der Verhandlung führt. Für diesen Fall war/ist die obergerichtliche Rspr. der Auffassung, daß in solchen (Extrem)Fällen der Vors. befugt sein sollte, den Verteidiger aus dem Sitzungssaal zu weisen, ggf. sogar mit Gewalt (BGH NJW 1977, 437; OLG Hamm JMBL NW 1980, 215; Malmendier NJW 1997, 227, 232 ff.).

Der Senat schließt sich der Lit. an und gibt seine im Beschl. v. 13. 6. 1980, 2Ss 1079/80, JMBL NW 1980, 215, in einem obiter dictum geäußerte entgegenstehende Auffassung ausdrücklich auf. Gegen die Ansicht, wonach zumindest in Extremfällen die Anwendung von Zwangsmaßnahmen zulässig sein soll, spricht nicht nur die Stellung des Verteidigers als unabhängiges und neben Gericht und StA gleichgeordnetes Organ der Rechtspflege, sondern auch vor allem der eindeutige Wortlaut der §§ 177, 178 GVG, die den Verteidiger als eine der Personen, gegen die eine Maßnahme nach diesen Vorschriften erlassen werden könnte, nicht nennt. Eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 177, 178 GVG auf den Verteidiger scheidet aus. Der Betroffene weist zu Recht darauf hin, daß im Bereich des tangierten Art. 104 GG weder eine Analogie noch Rechtsfortbildung zulässig ist (vgl. dazu u. a. BVerfG 29, 183). Es ist vielmehr allein Aufgabe des Gesetzgebers, durch ein förmliches Gesetz Vorsorge dafür zu treffen, daß die Durchführung der Hauptverhandlung nicht an einem ungehörigen Verhalten des Verteidigers scheitert (Meyer-Goßner, a. a. O.: Jahn NStZ 1998, 391 ff.; Gröner, Strafverteidigung und Sitzungspolizei, 1998, Burhoff, a. a. O.).

Demgemäß war der Beschl. des AG, durch den ein Tag Ordnungshaft gegen den Verteidiger Dr. N. festgesetzt worden ist, aufzuheben und zudem festzustellen, daß die – zuvor erfolgte – Entfernung von Dr. N. aus dem Sitzungssaal nicht zulässig war. Etwas anderes folgt nicht daraus, daß die vom Vors. angeordnete Entfernung des Verteidigers aus der Hauptverhandlung offenbar während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung erfolgte – das Protokoll der Hauptverhandlung ist insoweit nicht ganz eindeutig. Denn dadurch wurde die Verteidigerstellung des Betroffenen nicht aufgehoben. Auch die Zeit kurzfristiger Unterbrechungen zählt zudem zur »Hauptverhandlung« bzw. zur »Sitzung« i. S. d. §§ 176, 177, 178 GVG (vgl. dazu auch BGHSt 44, 23), so daß die eingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 177, 178 GVG auf den dort genannten Personenkreis unter Ausschluß des Verteidigers, auch für diese Zeiträume gilt. Da der Beschl. des AG hinsichtlich der Ordnungshaft schon aus den vorstehend dargelegten Gründen aufzuheben war, konnte schließlich die Frage dahinstehen, ob zum Zeitpunkt



seines Erlasses das AG überhaupt noch die Sitzungsgewalt und damit die Befugnis hatte, Ordnungsmittel gegen den Betroffenen festzusetzen (insoweit verneinend OLG Hamburg NJW 1999, 2607). Denn immerhin war zum Zeitpunkt der Anordnung der Ordnungshaft dem Angekl. bereits hinsichtlich des Urteils und des Haftbefehls die Rechtsmittelbelehrung erteilt.

b) Vorsorglich weist der Senat auf folgendes hin:

Selbst nach der vom Senat bislang vertretenen Auffassung (vgl. den bereits erwähnten Beschl. v. 13. 6. 1980) wäre vorliegend die Festsetzung von Zwangsmaßnahmen gegen den Betroffenen – wie auch die GStA zutreffend ausgeführt hat – nicht in Betracht gekommen. Denn die Festsetzung von Ordnungshaft hat der Senat auch schon damals als nicht zulässig angesehen. Er vertritt darin lediglich die Auffassung, daß in Extremfällen ggf. die zwangsweise Entfernung des verteidigenden RA aus dem Sitzungssaal und damit aus der Hauptverhandlung zulässig sein könnte. Als Extremfall angesehen worden ist dabei eine Fallgestaltung, die unaufschiebbar nur – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – durch die zwangsweise Entfernung des »Störers« bereinigt werden könne. Ein solcher »Extremfall« hat hier aber nach den Feststellungen des Protokolls nicht einmal ansatzweise vorgelegen. RA N. hat – so auch die Begründung des Beschl. des AG – zunächst lediglich als Verteidiger versucht, einen Antrag zu stellen. Dies mag dem Gericht in dem Verfahrensabschnitt des Erteilens der Rechtsmittelbelehrung lästig gewesen sein, es stellt aber auf keinen Fall eine »Ungebühr« dar. Dies gilt auch für den sich auf Grund der Weigerung des Gerichts daraus entwickelten verfahrensbezogenen Wortwechsel des Vors. mit dem Verteidiger, selbst wenn dem Verteidiger vom Vors. nicht das Wort erteilt war. Sowohl der BGH (a. a. O.) als auch der Senat haben demgemäß für ein der vorliegenden Fallgestaltung vergleichbares Verhalten eines RA bzw. eines Verteidigers gerade den Erlaß einer Zwangsmaßnahme ausdrücklich abgelehnt (vgl. BGH NJW 1977, 437, OLG Hamm, a. a. O.) ...

Mitgeteilt vom RiOLG Detlef Burhoff, Ascheberg und RA Dr. Frank Nobis, Iserlohn.

Ann. d. Red.: Siehe hierzu den Aufsatz von Leuze StV 2004, 101 (in diesem Heft).

#### StPO § 24

(Besorgnis der Befangenheit wegen Aktenunkenntnis)

Erklären Richter während einer laufenden Hauptverhandlung, ihre Unkenntnis vom Inhalt mehrerer von der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung vorgelegter Beiakten sei unschädlich, weil die Hauptakten »allen verfahrensrelevanten Prozeßstoff enthielten und der Zugriff auf Beiakten zur Wahrheitsfindung nicht erforderlich sei«, läßt dies aus der Sicht des Angeklagten besorgen, daß etwa in den nicht gesichteten Akten enthaltene entlastende Umstände von dem Gericht nicht erkannt und gewürdigt werden und dies vom Gericht auch nicht für erforderlich erachtet wird.

LG Hanau, Beschl. v. 10. 9. 2003 – 1200 Js 18044/2002 – Kl

◆ **Aus den Gründen:** Eine Ablehnung von Richtern wegen Besorgnis der Befangenheit setzt voraus, daß ein verständiger Angekl. bei Würdigung der durch das Ablehnungsgesuch vorgetragene Umstände Grund zu der Annahme hat, daß die Richter eine innere Haltung einnehmen, die ihre Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit beeinflussen könnte. Dabei ist nicht entscheidend, ob die abgelehnten Richter tatsächlich befangen sind oder sie sich selbst für befangen halten. Vorliegend werden gegen die drei abgelehnten Richter eine Mehrzahl von Ablehnungsgründen vorgetragen, die zum Teil alle drei Richter, zum Teil nur einzelne von ihnen betreffen.

Entscheidend für die vorliegend getroffene Entscheidung war, daß die Richter sowohl bei der Eröffnungsentscheidung (Dr. S., Dr. St.) als auch zu Beginn und bis zum dritten Tag der auf vier Tage angesetzt gewesenen Hauptverhandlung (alle drei Richter) offensichtlich lediglich den Akteninhalt von drei Bänden Hauptakten zur Kenntnis genommen hatten, allerdings darüber hinaus drei Bände Sonderakten und ein Beweismittelordner und weitere Stehordner mit Beweismitteln (Fremdakten) existieren. Die drei Bände Sonderordner und der Beweismittelordner waren ausweislich der Übersendungsverfügung der StA v. 2. 5. 2003 gemeinsam mit den drei Bänden Hauptakten bei Anklageerhebung dem Gericht vorgelegt worden, sind am 5. 5. 2003 eingegangen und lagerten seitdem auf der Geschäftsstelle. Die Anklageschrift selbst weist aus, daß neben diesen übersandten Beiakten noch weitere Stehordner als Beweismittelordner existieren, die bei der StA verblieben und von der Kammer weder bei Abfassung des Eröffnungsbeschl. noch bei Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung zur Einsichtnahme angefordert worden waren.

Ein verständiger Angekl. wird daraus noch nicht grundsätzlich zwingend den Schluß auf eine mangelnde Unvoreingenommenheit der Richter ziehen dürfen, bedenkt er nämlich, daß es im Strafverfahren angesichts der drängenden Geschäftsbelastung im normalen Tagesgeschäft durchaus nicht unüblich sein muß und keinesfalls ohne weiteres auf Voreingenommenheit schließen ließe. Beiakten oder Beweismittelordner erst während einer länger dauernden Hauptverhandlung intensiver zu sichten und ggf. durchzuarbeiten. Dies liegt auch in der Natur der Hauptverhandlung als einem dynamischen Prozeß.

Anders liegt der Fall aber hier. Die drei abgelehnten Richter haben am dritten Tag der Hauptverhandlung deutlich gemacht. Beiakten gar nicht zu kennen, wobei zunächst offenbar sogar davon ausgegangen wurde, es gäbe solche Akten gar nicht.

In ihren dienstlichen Erklärungen zu den gestellten Ablehnungsgesuchen haben dann alle drei Richter sinngemäß erklärt, dies sei allerdings deshalb unschädlich, weil die drei Bände Hauptakte allen verfahrensrelevanten Prozeßstoff enthielten und der Zugriff auf Beiakten oder Sonderordner von daher aus ihrer Sicht zur Wahrheitsfindung nicht erforderlich sei. Zu einer solchen Einschätzung könnten die Richter nach den Gesetzen der Logik aber erst bei Kenntnis dieser Akten, Vergleich mit dem Inhalt der Hauptakte und einer sich daran anschließenden Abwägung kommen. Die mit den dienstlichen Erklärungen dokumentierte davon abweichende Verfahrensweise muß dann aber dazu führen, daß ein verständiger Angekl. besorgt darüber sein muß, daß etwa in den nicht gesichteten Akten enthaltene entlastende Umstände von der Kammer nicht erkannt und gewürdigt werden und die Kammer dies auch nicht für erforderlich erachtet. Das begründet weiter die Sorge, die Richter seien in ihrer Unvoreingenommenheit störend beeinflusst.

Damit haben die Ablehnungsgesuche Erfolg. Auf weitere vorgetragene Ablehnungsgründe kommt es nicht an, so daß dazu keine Stellung genommen werden muß.

Mitgeteilt von RA Michael Simon, Hanau.

## Strafrecht

#### StGB § 46 Abs. 1

(Berücksichtigung berufsrechtlicher Folgen einer Verurteilung bei der Strafzumessung)

Sind im Zeitpunkt der Hauptverhandlung bereits disziplinarische Vorermittlungen gegen einen angeklagten Arzt mit dem Ziel eingeleitet, ihm die Approbation zu entziehen, ist im Falle



... den das Urteil der 3. großen Strafkammer des Landgerichts Koblenz vom 1. Dezember 2003 Revision eingelegt hatte: ...

Erst am 21. April 2004, mithin 7 Wochen nach [Ablauf der Revisionsbegründungsfrist], verfügte der Vorsitzende die Weiterleitung der Revisionsbegründungsschrift an den Nebenklägervertreter und die Staatsanwaltschaft, bei der die Akten am 26. April 2004 eingingen.

In den folgenden mehr als 3 Monaten wurden die Akten immer wieder wegen – vermeintlicher oder tatsächlicher – formaler Fehler bei der Behandlung von Urteil, Revisionsbegründung und Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft sowie zur Bescheidung eines die Besuchsüberwachung betreffenden Antrages des Angeklagten vom 6. Juli 2004 zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht hin und her geschickt.

Letztmals gingen die Akten am 5. August 2004 bei der Staatsanwaltschaft Koblenz ein und wurden erst jetzt – mehr als 5 Monate nach Eingang der Revisionsbegründung – gem. § 347 Abs. 2 StPO weitergeleitet. Wann genau sie in Karlsruhe eingingen, ist den dem Senat vorliegenden Aktenbänden nicht zu entnehmen. Der Antrag des Generalbundesanwalts, die Revision gem. § 349 Abs. 2 StPO zu verwerfen, wurde unter dem 26. August 2004 gefertigt und ging am 2. September 2004 beim BGH ein.

c) Ob es nach Anklageerhebung sowie während und/oder nach Abschluss des Revisionsverfahrens zu weiteren vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verzögerungen kam, braucht nicht mehr untersucht zu werden. Bereits auf Grund der vorstehend festgestellten etwa neunmonatigen Verfahrensverzögerung ist, zumal angesichts der bisherigen Unterbringungsdauer von nun schon über 4 Jahren, die Aufhebung der vorläufigen Unterbringung unvermeidlich.

3. Unabhängig von der aufzuhebenden einstweiligen Unterbringung gem. § 126a StPO kann dem auf den Schutz der Allgemeinheit gerichteten Präventivgesichtspunkt auch durch eine Unterbringung nach § 11 des Landesgesetzes für psychisch kranke Personen (PsychKG) Rechnung getragen werden. Ein solches Verfahren ist bereits eingeleitet. Auf Antrag der Kreisverwaltung Mayen-Koblenz hat das AG Andernach ... die Unterbringung des Angeklagten in einer behandlungssichernden Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses angeordnet (10 XIV 331/06.L AG Andernach).

Mitgeteilt von Rechtsanwältin  
Gabriele Steck-Bromme, Frankfurt a.M.  
und VRiOLG Hartmut von Tzschoppe, Koblenz

StPO § 142

Die Bereitschaft des Wahlverteidigers zu konfliktfreudiger Verteidigung ist kein wichtiger Grund, der seiner Beordnung entgegensteht. (Red).

OLG Köln, Beschl. v. 12.5.2006 – 2 Ws 188/06

I. Rechtsanwalt R hat sich noch im Ermittlungsverfahren zum Verteidiger des Angeklagten bestellt und nach Erhebung der Anklage seine Beordnung zum Pflichtverteidiger beantragt. Diesen Antrag hat der Vorsitzende der zuständigen Jugendstrafkammer mit dem angefochtenen Beschluss abgelehnt und Rechtsanwalt S zum Pflichtverteidiger bestellt. Unter Bezugnahme auf eine Reihe von Vorkommnissen ... in einem früheren Verfahren vor der Strafkammer und einem Verfahren vor einer anderen Strafkammer des LG Bonn wird darin ausgeführt, dass Rechtsanwalt R „zu einem sachgerechten und verfahrensfördernden Handeln nicht gewillt oder in der Lage ist“ ...

II. Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Der Senat vertritt seit längerem die Auffassung, dass die Frage der Bestellung oder Abberufung eines Pflichtverteidigers außerhalb der Hauptverhandlung nicht zu den Maßnahmen gehört, die gem. § 305 StPO der Beschwerde entzogen sind (OLG Köln NStZ 1991, 248). Hieran hält er fest.

2. § 142 Abs. 1 S. 3 StPO lässt es – ausnahmsweise – zu, dass der Vorsitzende nicht den vom Angeklagten benannten Verteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt, wenn wichtige Gründe entgegenstehen. Als solche Gründe kommen nur Umstände in Betracht, die besorgen lassen, dass der Zweck der Bestellung zum Pflichtverteidiger, nämlich die Gewährleistung einer sachgerechten und ordnungsgemäßen Verteidigung des Angeklagten, durch Bestellung dieses Verteidigers nicht erreicht werden kann. Diese Voraussetzungen sind ohne weiteres gegeben, wenn nicht gewährleistet ist, dass der Verteidiger überhaupt an der Hauptverhandlung teilnehmen kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 2.3.2006 – 2 BvQ 10/06, Beschluss des Senats vom 17.8.2005 – 2 Ws 317/05). Auch fehlende Kenntnisse können der Bestellung zum Pflichtverteidiger entgegenstehen (*Meyer-Goßner*, StPO, 48. Aufl., 2005, § 142 Rn 3 m.w.N.). Dasselbe gilt, wenn bekannt ist, dass der Verteidiger nicht bereit ist, ohne zusätzliche Zahlungen des Angeklagten in dem gebotenen Umfang tätig zu werden oder wenn die Gefahr einer sachwidrigen Verteidigung auf Grund von Interessenkollisionen besteht (OLG Hamm NStZ 2004, 641).

Ein wichtiger Grund dafür, den vom Angeklagten gewünschten Verteidiger nicht zum Pflichtverteidiger zu bestellen, liegt auch darin, dass konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieser seine Stellung als Verteidiger zu verfahrensfremden Zwecken missbrauchen wird. Wer gem. § 138a StPO als Verteidiger ausgeschlossen werden könnte, braucht nicht zum Pflichtverteidiger bestellt zu werden. Insoweit kommt auch ein (drohender) Missbrauch von Verfahrensrechten in der Hauptverhandlung gem. § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO als Ausschlussgrund in Betracht (vgl. *Meyer-Goßner*, a.a.O., § 138a Rn 11 m.w.N.). Dem steht es gleich, wenn der Verteidiger in der Vergangenheit ein Verhalten gezeigt hat, das seine Abberufung als Pflichtverteidiger aus wichtigem Grund rechtfertigen würde und konkreter Anlass besteht, mit einer Wiederholung dieses Verhaltens zu rechnen (vgl. OLG Köln NStZ 1991, 248, 249; KG StV 1993, 236). Einen solchen Fall hat der Senat – gerade auch in Bezug auf Rechtsanwalt R – grundsätzlich angenommen, als Pflicht-



verteidiger durch ihren Auszug aus der Hauptverhandlung deren Fortsetzung verhindert haben (OLG Köln NJW 2005, 3588).

Der Senat hält die vorstehend dargestellten Ausnahmefälle, die im Interesse der Freiheit der Verteidigung von staatlicher Beaufsichtigung und Bevormundung streng zu handhaben sind (vgl. OLG Köln NStZ 1991, 248, 249; KG StV 1993, 236) ... nicht für gegeben. Der Senat schließt es allerdings ausdrücklich nicht aus, dass die Nichtbestellung zum Pflichtverteidiger darüber hinaus im Interesse des Angeklagten auch gerechtfertigt sein kann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verteidiger durch Störung der Verhandlungsabläufe, z.B. durch verspätetes Erscheinen, Unterbrechung anderer Verfahrensbeteiligter oder völlig unangemessenen Sprachgebrauch, eine nachhaltige Beeinträchtigung der Verhandlungsatmosphäre erstrebt, die in nicht hinnehmbarer, von den prozessualen Rechten des Beschuldigten nicht gedeckter Weise die Wahrheitsfindung erschwert. Hier kann bei einer Gesamtwürdigung der dem Verteidiger angelasteten Vorfälle ein wichtiger Grund i.S.d. § 142 Abs. 1 S. 3 StPO nicht angenommen werden, wie die Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme zutreffend ausführt:

„Mit seinen die ablehnende Entscheidung begründenden Ausführungen, der Verteidiger habe in einer Reihe von früheren Strafverfahren eine Neigung zu unredlichem Verhalten gezeigt und nach dem Prinzip der sachwidrigen Konfliktverteidigung agiert, beabsichtigt das LG offensichtlich, eine nicht konfrontationsfreie Verteidigungsstrategie zu kennzeichnen, welche die Möglichkeiten der Strafprozessordnung in nicht mehr hinnehmbarer Weise ausnutzt. Die hierfür gewählte, als Vorwurf ausgestaltete Bezeichnung der ‚Konfliktverteidigung‘ ist als Ablehnungsgrund angesichts des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des fairen Verfahrens und des Anspruchs des Angeklagten auf angemessene Verteidigung nicht tragfähig. Der Verteidiger, so auch der Pflichtverteidiger, ist im Strafverfahren Organ der Rechtspflege. Gleichwohl muss der Verteidiger seinem Mandanten die aus dessen Sicht und nach gener Beurteilung bestmögliche Verteidigung bieten. Die Angemessenheit und Notwendigkeit von Verteidigungshandeln kann daher nicht allein aus der Sicht des Gerichts beurteilt werden, sondern muss vorrangig an den Belangen des noch als unschuldig geltenden Mandanten gemessen werden. Ein nicht tolerierbares Verhalten dürfte daher nur dann anzunehmen sein, wenn die Verteidigung sich auf bloße Verfahrensobstruktionen beschränkt. Der Würdigung solchen Verteidigerverhaltens sind enge Grenzen gesetzt. Eine für das Gericht nicht oder nur schwer nachvollziehbare Verteidigungshandlung kann aus Sicht des Angeklagten noch sinnvoll und notwendig erscheinen, um eine entgegenstehende Beweisführung anzuzweifeln. Eine formal korrekt geführte Verteidigung ist, auch wenn sie alle prozessualen Möglichkeiten exzessiv ausnutzt, solange hinzunehmen, wie sie sich der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren noch verpflichtet fühlt (BGH NStZ 2005, 341). Die vom LG angeführten Verhaltens-

weisen des Verteidigers überschreiten auch in der Vielzahl ihrer Auflistung die hierdurch gezogenen Grenzen nicht. ...“ Die Rechtsanwältin R angelasteten Verhaltensweisen mögen störend, teilweise nicht sachdienlich und aus Sicht des Gerichts auch ärgerlich gewesen sein. Sie waren jedoch in keinem Fall von einem solchen Gewicht, dass dadurch die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens ernsthaft gefährdet worden wäre, nicht einmal eine schwer wiegende Verfahrensverzögerung ist zu erkennen.

*Mitgeteilt von Rechtsanwalt Carsten Rubarth, Bonn*

#### StPO § 142

Erschütterung des Vertrauensverhältnisses durch Untätigkeit (Red).

LG Köln, Beschl. v. 17.5.2006 – 109-2/06

Die Beschwerde des Beschuldigten vom 21.4.2006 ist als Antrag auf Entpflichtung des bisherigen Pflichtverteidigers auszulegen. Diesem Antrag war zu entsprechen. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist aufzuheben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Angeklagten endgültig und nachhaltig erschüttert und deshalb zu besorgen ist, dass die Verteidigung objektiv nicht (mehr) sachgerecht geführt werden kann (BGHSt 39, 310, 314f. m.w.N.). Maßstab hierfür ist, insoweit vergleichbar der Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, die Sicht eines verständigen Angeklagten (vgl. BGHSt 39, 310 ff.; BGH NStZ 2004, 632). Vorliegend ist von einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses auszugehen. Der Beschuldigte konnte hier zu dem Schluss gelangen, dass sich sein bisheriger Pflichtverteidiger nicht hinreichend für seine Belange einsetzt und die Verteidigung nicht sachgerecht wahrnimmt. Unwidersprochen hat er vorgetragen, dass ihn sein bisheriger Verteidiger noch nicht in der Untersuchungshaft besucht habe, obwohl diese seit Februar 2006 andauere. Auch aus der Sicht eines verständigen Angeklagten ist dieses Verteidigerverhalten nicht sachgerecht. Soweit der bisherige Pflichtverteidiger dieses Unterlassen damit erklärt hat, dass ihm nur eingeschränkt Akteneinsicht gewährt worden sei, ist dieser Umstand für eine Rechtfertigung ungeeignet. Die eingeschränkte Akteneinsicht bot allenfalls Anlass, diesen Umstand mit dem Beschuldigten zu besprechen und mit ihm das weitere Vergehen abzustimmen. Zu erwägen gewesen wären weitere Bemühungen um Akteneinsicht bei der Staatsanwaltschaft, ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 147 Abs. 5 StPO oder eine Haftbeschwerde, in deren Rahmen weiter gehend Akteneinsicht hätte verlangt werden können. Auch die Beantragung eines Termins zur mündlichen Haftprüfung mit Fortschreiten der Dauer der Untersuchungshaft wäre zu diskutieren gewesen.

*Mitgeteilt von Rechtsanwalt Peter Schäfer, Aachen*



Redaktion: Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Ulrichstraße 22, 60433 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 52 72 37; Fax: 0 69 / 51 94 26;  
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Kleine Waagestr. 1, 28195 Bremen, Tel.: 04 21 / 32 65 55, Fax: 04 21 / 3 35 16 88;  
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Friedensstr. 11, 60311 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 7 58 06 90, Fax: 0 69 / 97 36 67 67.  
 Redaktionsanschrift: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Heddesdorfer Straße 31, 56564 Neuwied,  
 Bärbel Smakman, Telefon 0 26 31 / 8 01-0, Heike Tillenburg, Telefon 0 26 31 / 8 01-20 96, Fax 0 26 31 / 8 01-22 04.

## ENTSCHEIDUNGEN

Leitsätze der mit einem (-) versehenen Entscheidungen sind Leitsätze des Gerichts. Die mit (\*) gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des jeweiligen Gerichts bestimmt. Soweit nicht anders vermerkt (nr), sind die Entscheidungen rechtskräftig

### Verfahrensrecht f

StPO § 142 Abs. 1 S. 3  
 (Wichtiger Grund gegen Beordnung)

Hat der Rechtsanwalt einen Mandanten vertreten, der im Hinblick auf die Vergünstigung des § 31 BtMG Angaben zu anderen Tatbeteiligten gemacht hat, so steht seiner Beordnung in einem späteren Strafverfahren gegen einen von dem früheren Mandanten belasteten Angeklagten ein wichtiger Grund i. S. d. § 142 Abs. 1 S. 3 StPO entgegen.

BGH, Beschl. v. 15. 11. 2005 – 3 StR 327/05 (LG Düsseldorf)

♦ **Aus den Gründen:** Das LG hat den Angekl. wegen mehrerer Btm-Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 9 J. 6 M. verurteilt. Gegen das Urteil wendet sich der Angekl. mit seiner Revision. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Die Revision beanstandet zu Recht, daß der Angekl. in der Hauptverhandlung ausschließlich durch den zum Pflichtverteidiger bestellten, vorher als Wahlverteidiger tätigen RA M. verteidigt worden ist. Dessen Bestellung stand ein wichtiger Grund i. S. d. § 142 Abs. 1 S. 3 StPO entgegen. RA M. hatte vor Beginn des Strafverfahrens gegen den Angekl. die Zeugin E. in einer Strafsache verteidigt. Die rechtskräftig verurteilte Zeugin hatte in ihrem Verfahren – nach Beratung durch RA M. – im Hinblick auf die Vergünstigung des § 31 BtMG Angaben zu anderen Tatbeteiligten gemacht und u. a. auch den Angekl. erheblich belastet. In vier der dem Angekl. zur Last liegenden fünf Straftaten war sie im wesentlichen das einzige Beweismittel, so daß ihre Aussage für die Überführung des bestrittenen Angekl. von ausschlaggebender Bedeutung war. Bei diesem Sachverhalt durfte die Vors. der StrK, der diese Umstände bekannt waren, weil sie auch in der Verhandlung gegen die Zeugin E. den Vorsitz innehatte, RA M. wegen der konkreten Gefahr einer Interessenkollision nicht zum Verteidiger des Angekl. bestellen (vgl. BGHS 48, 170 [= StV 2003, 210]). Ob dem Angekl. die mögliche Interessenkollision erst später bekannt geworden ist oder er sie schon gekannt hatte, als er den Wunsch auf Bestellung von RA M. als Pflichtverteidiger äußerte, kann dahingestellt bleiben, weil die Vors. die hier gebotene Anhörung von Verteidiger und Angekl., (vgl. BGHS a. a. O., S. 174) nicht durchgeführt hat. Dieser Anhö-

rung bedarf es, weil in dem Spannungsfeld zwischen dem Erfordernis einer effektiven Verteidigung einerseits und dem grundsätzlich bestehenden Recht des Angekl. auf Bestellung des Verteidigers seines Vertrauens zum Pflichtverteidiger andererseits, eine sachgerechte Entscheidung erst möglich ist, wenn das Ausmaß der drohenden Interessenkollision festgestellt und wenn geklärt ist, ob sich der Angekl. ihrer Tragweite bewußt ist und in diesem Bewußtsein an seinem Wunsch festhält, von diesem RA verteidigt zu werden.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Schuldspruch und die ihn tragenden Feststellungen auf dem Verfahrensfehler beruhen, kann das Urteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

+ StPO § 244 Abs. 3 S. 2, Abs. 6, § 246 Abs. 1  
 (Präklusion von Beweisanträgen)

Wurde eine Hauptverhandlung extrem verzögert, namentlich durch zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellte Beweisanträge, ist zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerung die prozessuale Möglichkeit in Betracht zu ziehen, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen und nach deren Ablauf gestellte Beweisanträge grundsätzlich nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschuß, sondern erst in den Urteilsgründen zu bescheiden.

BGH, Beschl. v. 14. 6. 2005 – 5 StR 129/05 (LG Hamburg)

♦ **Aus den Gründen:** Das SchwG hat – nach über dreieinhalb Jahren Verhandlungsdauer am 291. Verhandlungstag – den Angekl. Z. wegen Mordes (Tatkomplex A: lebenslange Freiheitsstrafe als Einzelstrafe), wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen Totschlags (Tatkomplex S/E: Einzelfreiheitsstrafen von 9 und 11 J.) sowie wegen (besonders) schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit versuchtem (besonders) schweren Raub (Tatkomplex R: Einzelfreiheitsstrafe von 10 J.) zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt, die besondere Schwere seiner Schuld festgestellt und die Sicherungsverwahrung gegen den Angekl. angeordnet. Den Angekl. Y. hat das SchwG wegen Anstiftung zum Mord (nur Tatkomplex A) zu einer Freiheitsstrafe von 6 J. 6 M. verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angekl. mit Verfahrens- und Sachrügen sowie eine Nebenkl. mit einer Sachrüge. Die Revisionen der Angekl. sind aus den Gründen der Antragschrift des GBA v. 7. 4. 2005 i. S. v. § 349 Abs. 2 StPO unbegründet; die Revision der Nebenkl. A. ist aus den dort genannten Gründen unzulässig (§ 400 Abs. 1 StPO). Über die zutreffenden Ausführungen in der Antragschrift des GBA hinaus sieht der Senat Anlaß zu folgenden Anmerkungen:

1. Die Revisionsbegründungsschrift von RA Ri. deckt keine durchgreifenden Rechtsfehler des SchwG, sondern ein Prozeßverhalten dieses Verteidigers des Angekl. Z. auf, das in seiner Gesamtheit als rechtsmißbräuchlich zu bewerten ist. Dies wird insbes. durch folgende Umstände gekennzeichnet: Stellung



einer Vielzahl sachlich unberechtigter Beweisanträge, zudem in sukzessiver Form, ohne daß für diese Vorgehensweise ein nachvollziehbares berechtigtes Interesse zu erkennen wäre; Reaktion auf die Ablehnung solcher und anderer Anträge mit umfangreichen »Gegenvorstellungen« sowie vielfach unzulässigen Ablehnungsgesuchen und Unterbrechungsanträgen; Ankündigung zahlreicher weiterer Beweisanträge ohne auch nur andeutungsweise erfolgte Offenlegung eines berechtigten weiteren Aufklärungsbegehrens; letztendlich ein »Plädoyer«, in dem über neun Verhandlungstage jew. stundenlang bis zum schließlich notwendigen Abbruch durch das Gericht nahezu ausschließlich Zeugen- und Sachverständigenaussagen in chronologischer Reihenfolge ohne erkennbaren Versuch einer zusammenfassenden Würdigung der Hauptverhandlungsergebnisse referiert wurden. Gerade in seiner Kumulation zeigt dieses Prozeßverhalten, daß es RA Ri. damit nicht um die Wahrnehmung legitimer Verteidigungsaufgaben – den Angekl. vor einem materiellen Fehlerurteil oder auch nur einem prozeßordnungswidrigen Urteil zu schützen (vgl. *BGH NSTZ* 2005, 341) – ging, sondern vorrangig um die Verhinderung eines Verfahrensabschlusses in angemessener Zeit durch die massive Beeinträchtigung von Verfahrensherrschaft und Arbeitsfähigkeit des Strafgerichts (vgl. *Hassemer* in *Festschrift für Lutz Meyer-Göbner*, 2001, S. 127, 143).

Abgesehen davon führt die Art und Weise des – zudem vielfach von urteilsfremdem Sachvortrag durchsetzten – Revisionsvorbringens von RA Ri. zu den einzelnen Verfahrensrügen – wie der GBA in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat – zur Unzulässigkeit all seiner verfahrensrechtlichen Beanstandungen, auch wenn die Anforderungen an die Vortragspflicht gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bei mehrjährigen umfangreichen Verfahren wie dem vorliegenden im Lichte der nicht verlängerbaren Monatsfrist nach § 345 Abs. 1 StPO nachsichtiger beurteilt werden. Die Revisionen von RA Me. (weiterer Verteidiger des Angekl. Z.) und RA in L. (für Y.) belegen, daß ein geordneter Revisionsvortrag zu mehreren Verfahrensrügen auch im vorliegenden Verfahren innerhalb der Monatsfrist des § 345 Abs. 1 StPO möglich war.

2. Der näheren Erörterung bedarf eine von beiden gerügte Verfahrensweise des *SchwG*, mit der nach mehr als dreijähriger Verfahrensdauer die weitere Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung abgelehnt wurde.

a) Aus dem Revisionsvortrag ergibt sich insoweit folgender Verfahrensgang:

aa) Mit Beschl. v. 28. 11. 2002, veröffentlicht in *StraFo* 2004, 170 m. Anm. *Durtli/Meyer-Lohkamp*) hat das *SchwG* erklärt, vorbehaltlich eines früheren Schlusses der Beweisaufnahme werde es Beweisanträge nicht mehr entgegennehmen, wenn diese nach dem 9. 1. 2003, 12.00 Uhr, gestellt würden. Zur Begründung hat es u. a. folgendes ausgeführt: Nach fast zweijähriger Verhandlungsdauer mit zwei Verhandlungstagen pro Woche sei das Beweisprogramm aus Sicht der *Kammer* seit Mitte 2001 vollständig abgearbeitet gewesen; die anschließende Beweisaufnahme habe keine wesentlichen neuen Ergebnisse ergeben. Seit Mitte 2001 seien über 320 Beweisanträge – teils aus vielfachen Einzelanträgen bestehend – gestellt worden, davon nach einem ersten Schluß der Beweisaufnahme am 14. 10. 2002 allein 120 Anträge. Mit Ausnahme der auf präsenzte Beweismittel gerichteten Anträge seien nahezu sämtliche Beweisanträge abgelehnt worden, und zwar überwiegend auch wegen Bedeutungslosigkeit. Insgesamt zeige das Verteidigungsverhalten einen Mißbrauch des Beweisantragsrechts zur Verschleppung des Verfahrens auf, zumal ohne sachlich erkennbaren Grund und ohne Konkretisierung beweisheblicher Themenkomplexe eine Vielzahl weiterer Beweisanträge angekündigt sei. Die Amtsaufklärungspflicht bleibe von der angekündigten Verfahrensweise unberührt.

bb) Mit Beschl. v. 5. 12. 2002 hat das *SchwG* den Beschl. v. 28. 11. 2002 dahingehend klargestellt, daß sich dieser nicht auf die Stellung von Hilfsbeweisanträgen beziehe. Zudem hat es ergänzend erläutert, weshalb die bisherige Antragstellung allein dem Zweck mißbräuchlicher Verfahrensverzögerung gedient habe. Mit einem

weiteren Beschl. v. 7. 1. 2003 hat das *SchwG* nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sich der Beschl. v. 28. 11. 2002 nicht auf die Stellung von Hilfsbeweisanträgen beziehe und nach Fristablauf gestellte Beweisanträge als Beweisanregungen gewertet sowie unter Aufklärungsgesichtspunkten geprüft würden.

cc) Die nach Ablauf der gesetzten Frist gestellten Beweisanträge der Verteidigung hat das *SchwG* in den Urteilsgründen im einzelnen wie Hilfsbeweisanträge beschieden. Sämtliche Anträge wurden wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt, überwiegend zudem wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen, darüber hinaus – von einem Antrag auf Verlesung präsenzter Urkunden abgesehen – mangels Aufklärungspflicht bei als Ermittlungsanträgen gewerteten Anträgen oder nach § 244 Abs. 5 S. 2 StPO.

b) Diese Vorgehensweise rügen die Revisionen letztlich erfolglos.

aa) Im Ausgangspunkt zutreffend weisen sie freilich darauf hin, daß dem deutschen Strafprozeßrecht eine Präklausion im Beweisantragsrecht grundsätzlich fremd ist (vgl. *BGH StraFo* 2005, 249).

(1) Nach § 246 Abs. 1 StPO darf eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sind. Daraus wird auch gefolgert, daß den Verfahrensbeteiligten nicht vorgeschrieben werden kann, zu welchem Zeitpunkt der Hauptverhandlung sie einen Beweisantrag zu stellen haben (vgl. *Meyer-Göbner*, *StPO*, 48. A., § 246 Rdnr. 1 m. w. N.). Das Gericht ist danach gem. § 246 Abs. 1 StPO grundsätzlich verpflichtet, bis zum Beginn der Urteilsverkündung Beweisanträge entgegenzunehmen (st. Rspr., vgl. *BGHSt* 16, 389, 391; 21, 118, 123 f.; *BGHR StPO* § 238 Abs. 2 Beweisantrag 1).

(2) Dabei darf nach § 244 Abs. 6 StPO die Ablehnung sämtlicher Beweisanträge grundsätzlich nur durch Gerichtsbeschl. in der Hauptverhandlung erfolgen. Mit dem Erfordernis dieses Gerichtsbeschl. kann, da er mit dem wesentlichen Inhalt seiner Begründung zu protokollieren ist, eine erhebliche Hemmung für den Fortgang der Hauptverhandlung einhergehen. Entscheidung und Begründung dürfen nicht nachträglich erfolgen, insbes. nicht erst in den Urteilsgründen enthalten sein (vgl. zum Vorstehenden *BGH StraFo* 2005, 249; *BGHR StPO* § 244 Abs. 6 Entscheidung 3). Eine Ausnahme gilt lediglich für Hilfsbeweisanträge, wobei dem Gericht die eigenmächtige Umdeutung eines unbedingten Beweisantrags in einen Hilfsbeweisantrag verwehrt ist (*BGH StraFo* 2005, 249). Wegen Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO) darf auch ein Hilfsbeweisantrag nicht erst in den Urteilsgründen abgelehnt werden (*Meyer-Göbner*, *StPO*, 48. A., § 244 Rdnr. 44 a m. w. N.).

(3) Eine Einschränkung des Beweisantragsrechts des Angekl. hat der *BGH* bislang lediglich im Falle eines massiven Mißbrauchs dieses Rechts durch exzessive Antragstellung eines Angekl. angenommen und es gebilligt, daß der Angekl. hierauf verwiesen wird, Anträge nur noch über seinen Verteidiger zu stellen (*BGHSt* 38, 111; vgl. auch *BayObLG StV* 2005, 12; ferner zur hier nicht relevanten Möglichkeit der Mißbrauchsverhinderung durch Anwendung des § 257 a StPO: *Diemer* in *KK*, 5. A., § 257 a Rdnr. 1; *BGH*, Beschl. v. 16. 3. 2005 – 5 StR 514/04). Hingegen ist das Gericht nicht befugt, der Verteidigung schlechthin und von vornherein die Stellung prozessual zulässiger Anträge zu verbieten (*BGHSt* 38, 111, 114; vgl. auch *BGH JR* 380, 218 m. Anm. *Meyer*).

bb) Im vorliegenden Fall hat das *SchwG* allerdings das Recht der Angekl. auf die Stellung von Beweisanträgen als solches nicht beschnitten.

Es hat vielmehr – wie durch mehrfache Klarstellung des fristsetzenden Ausgangsbeschl. deutlich gemacht – lediglich die weitere Bescheidung in Beweisanträgen in der Hauptverhandlung abgelehnt und diese der Urteilsbegründung vorbehalten. Zudem hat das Gericht in dem fristsetzenden Beschl. den Angekl. und ihren Verteidigern hinreichend klargestellt, daß die



Ablehnungsgründe der Verschleppungsabsicht und Bedeutungslosigkeit nach dem bisherigen Verfahrenslauf alle weiteren gleichartigen Beweisanträge der Verteidigung treffen würden und andere Arten von Beweisanträgen nach seiner Einschätzung nicht zu erwarten seien. Diese Erwartung war vor dem Hintergrund der bis dahin erfolgten Antragstellung in der Sache ersichtlich nicht zu beanstanden.

Werden Beweisanträge in dieser Weise bis zur Urteilsverkündung entgegen- und zur Kenntnis genommen und – bei Einzelbescheidung im Urteil – vorab die grundsätzlichen Ablehnungsgründe für alle nachfolgenden Beweisanträge ausdrücklich benannt, bleibt nicht nur die vollständige Überprüfbarkeit der Ablehnungsbegründung durch das Revisionsgericht erhalten: der mit der Fristsetzung verbundene Eingriff in die durch § 244 Abs. 6 StPO garantierte Informationsfunktion des individuellen Ablehnungsbeschl. hält sich aufgrund der gleichsam »vor die Klammer gezogenen« Vorabinformation über die zukünftigen Ablehnungsgründe auch in Grenzen.

cc) Die so verstandene Vorgehensweise des *SchwG* würde angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falls keinen durchgreifenden Bedenken begegnen.

Wurde eine Hauptverhandlung extrem verzögert, namentlich durch zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellte Beweisanträge, ist zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerung die prozessuale Möglichkeit in Betracht zu ziehen, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen und nach deren Ablauf gestellte Beweisanträge grundsätzlich nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschl., sondern erst in den Urteilsgründen zu bescheiden.

»(1) Jenseits der Frage eines Mißbrauchs von Verfahrensrechten (vgl. hierzu insb. *BGHSt* 38, 111, 113), die wesentlich von der jeweiligen inneren Einstellung des Betroffenen abhängt und bei verschiedenen Verfahrensbeteiligten unterschiedlich beurteilt werden kann, ist nach monate-, gar jahrelanger Verhandlungsdauer über das vom Gericht selbst bestimmte Beweisprogramm hinaus, namentlich bei lang andauernder U-Haft von Angekl., nach einer verfahrensrechtlich vertretbaren Möglichkeit zu suchen, die Hauptverhandlung – allerdings unter fort-dauernder Wahrung unverzichtbarer Verteidigungsinteressen – zu einem Abschluß zu bringen. Dies gebieten die mit zunehmender Verfahrensdauer immer gewichtiger werdenden Gebote der Beschleunigung des Verfahrens, insbes. in Haftsachen (Art. 6 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 2 MRK, Art. 2 Abs. 2 GG), und der Gewährleistung einer dem Gleichheitsgedanken verpflichteten funktionsfähigen Strafrechtspflege vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen der Strafjustiz (vgl. *BGH-GS* NJW 2005, 1440, 1443 f. [= StV 2005, 311]). Je länger ein Verfahren dauert, desto größer wird das legitime Interesse daran, es in absehbarer Zeit einer abschließenden Urteilsfindung zuzuführen, sofern nicht sachliche Gründe eine Verhandlung über Monate oder gar Jahre hin unerlässlich machen.

(2) Bei dieser Sachlage hält der *Senat* in extrem gelagerten Fällen bei Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechtsgüter – namentlich des Informationsinteresses des Angekl. an der Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung einerseits, des Beschleunigungsgrundsatzes in Haftsachen und des Gebots einer funktionsfähigen Strafrechtspflege andererseits – im Wege verfassungs- und konventionskonformer Einschränkung von § 244 Abs. 6 StPO folgende Verfahrensweise für erwägenswert:

Es wird den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und – mit eingehender Begründung – die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen; hernach überprüft das Gericht die Anträge, ohne sie allerdings jew. durch Gerichtsbeschl. nochmals gesondert individuell zu bescheiden, und zwar vornehmlich unter Aufklärungsgesichtspunkten, zudem bescheidet es sie wie Hilfsbeweisanträge in den Urteilsgründen; hierbei ist dann freilich

der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen. Diese besondere Verfahrensweise wird allerdings regelmäßig erst dann in Betracht kommen können, wenn zuvor gestellte Beweisanträge wiederholt wegen Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 S. 2, § 245 Abs. 2 S. 3 StPO) abgelehnt werden mußten.

(3) Der vorliegende Fall ist als Extremfall, für den eine solche Verfahrensweise in Betracht kam, zu werten.

Für eine mehr als dreijährige Verhandlungsdauer ist unter Berücksichtigung der gegebenen Beweislage kein vertretbarer Grund ersichtlich. Die drei Tatkomplexe waren sachlich überschaubar, die Beweislage war nicht einmal übermäßig schwierig. Der Angekl. Z. hatte im Ermittlungsverfahren nicht nur seine Beteiligung an der Tötung von S.A. in einem Umfang zugegeben, der wohl zumindest eine Verurteilung wegen gemeinschaftlichen Raubes mit Todesfolge getragen hätte, sondern sich auch in weiteren polizeilichen und ermittlungsrichterlichen Vernehmungen selbst der Täterschaft in den beiden anderen Tatkomplexen bezichtigt. Über diese Geständnisse hinaus wurde die Beweislage i. S. d. Anklage durch gewichtige objektive Spuren – etwa die Faserspuren im Fall S./E. – und mit Täterwissen durchsetzte selbstbelastende Angaben Z.s gegenüber dem Zeugen L. sowie durch die Angaben weiterer Zeugen bestärkt. Auch der Angekl. Y. hat im Laufe der Hauptverhandlung eine Beteiligung an dem Geschehen zum Nachteil von S. in einem erheblichen Umfang eingeräumt; hinzu kamen auch bei ihm übereinstimmende, sich ergänzende belastende Angaben von Zeugen, die durch das weitere Beweisergebnis gestützt wurden. Es ist auch kein für sich sachlich nachvollziehbares berechtigtes Interesse der Verfahrensbeteiligten an einer Antragstellung nach Ablauf der ihnen gesetzten Frist ersichtlich (vgl. hierzu auch *Basdorf* StV 1995, 310, 314); weder gab es eine erheblich veränderte Sachlage noch wesentliche neue Informationen, die es gerechtfertigt hätten, die jeweiligen Anträge erst zu einem so späten Zeitpunkt vorzubereiten und zu stellen.

dd) Eine abschließende Beurteilung der vom *Senat* erwogenen Verfahrensweise, insbes. auch der Frage, ob das Vorgehen des *SchwG* einer solchen Verfahrensweise in jeder Beziehung entsprach, kann indes dahinstehen.

Wie der GBA in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat, zeigen die Revisionen der Angekl. nicht auf, in welcher Weise das Urteil auf einer Verletzung von § 244 Abs. 6 StPO beruhen könnte (§ 337 Abs. 1 StPO) oder in welchem für die Entscheidung wesentlichen Punkt die Verteidigung durch die entsprechenden Gerichtsbeschl. beschränkt worden wäre (§ 338 Nr. 8 StPO).

Es ist nach dem Revisionsvortrag nicht ersichtlich, inwieweit sich die Angekl. bei einer dem Wortlaut des § 244 Abs. 6 StPO entsprechenden Verfahrensweise anders als geschehen hätten verteidigen können. Die erst im Urteil beschiedenen Anträge offenbaren sämtlich keine neuen Ansätze der Verteidigung und stellen auch das nach umfassender Sachaufklärung gewonnene sichere Beweisergebnis des *SchwG* nicht in Frage (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 16. 3. 2005 – 5 StR 514/04). Soweit die hierzu angebrachten Beanstandungen überhaupt zulässige Beweisanträge betreffen, handelt es sich bei den erst im Urteil beschiedenen, nach Ablauf der gesetzten Frist eingereichten Beweisanträgen um solche, mit denen die Frage der Glaubwürdigkeit als problematisch angesehener Beweispersonen weiter, aber in keinem Fall mit durchgreifend neuen Ansätzen, in Zweifel gezogen werden sollte.

c) Der vorliegende Fall verdeutlicht, daß für den Gesetzgeber Anlaß zur Prüfung besteht, ob unter Berücksichtigung der genannten gegenläufigen Interessen eine Änderung des derzeitigen – einen verfahrensverzögernden Mißbrauch ermöglichenden – Rechtszustands herbeigeführt werden sollte, etwa durch Ergänzung von § 244 Abs. 6 StPO oder § 246 Abs. 1 StPO (hierzu näher *Basdorf* StV 1995, 310, 314 f., Fn. 30 und StV 1997, 488, 490; vgl. auch *Brause* NJW 1992, 2865, 2869). Im Blick auf



andere Präklusionsregelungen, welche in angemessener Abwägung zwischen den Bedürfnissen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege wie einer effektiven Verteidigung unmittelbar vom Gesetzgeber (vgl. nur §§ 6 a, 25, 222 b StPO) oder von der Rspr. in Anwendung und Auslegung bestehender prozessualer Normen (vgl. nur Meyer-Göfner, StPO, 48. A., § 136 Rdnr. 25; § 238 Rdnr. 22; jew. m. w. N.) aufgestellt worden sind, wäre eine im Eingriff zurückhaltende gesetzliche Einschränkung der bestehenden Regelung keineswegs systemfremd.

3. Erfolglos bleiben auch die Rügen, wonach dem Angekl. nach berechtigtem Ausschluß von der weiteren Sitzungsteilnahme infolge ungebührlichen Verhaltens zu Unrecht nicht das letzte Wort gewährt oder sonstige Gelegenheit zur Äußerung bzw. zur Untersuchung durch einen Sachverständigen gegeben worden sein soll.

a) Angesichts von zwei massiven Ausschlußvorfällen vor dem Hintergrund eines vielfach auf Verzögerung ausgerichteten Prozeßverhaltens dieses Angekl. hat das SchwG mit seinem Vorgehen den ihm insoweit zustehenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraum letztlich nicht überschritten.

aa) Zwar muß auch bei einem wegen ordnungswidrigen Benehmens nach § 231 b StPO ausgeschlossenen Angekl. in aller Regel der Versuch gemacht werden, ihn für die Gewährung des letzten Worts wieder hinzuzuziehen (Meyer-Göfner, StPO, 48. A., § 258 Rdnr. 20). Ein von vornherein aussichtslos erscheinender Versuch ist im Hinblick auf die Ordnung der Verhandlung und das Ansehen des Gerichts indes nicht erforderlich (RGSt 35, 433, 436; BGHSt 9, 77, 81). Die tatrichterliche Prognose der Aussichtslosigkeit eines erneuten Zulassungsversuchs ist vom Revisionsgericht jedenfalls dann hinzunehmen, wenn das Gericht – wie hier – die widerstreitenden Interessen anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls sorgfältig und nachvollziehbar abgewogen hat.

bb) Bei dieser Abwägung hat das Gericht einerseits das hohe Gewicht des Rechts auf ein letztes Wort und den Umstand zu bedenken, daß dieses Recht nicht lediglich zum Zweck der Erleichterung oder Beschleunigung des Verfahrens abgeschnitten werden darf (BGHSt 9, 77, 81). Andererseits kommt auch dem Umstand besonderes Gewicht zu, ob das ungebührliche Verhalten auf einem vorübergehenden und letztlich noch nachvollziehbaren Verlust der Beherrschung angesichts in der Hauptverhandlung neu aufgetretener Umstände beruht oder ob ihm – für jeden unbefangenen Dritten sofort erkennbar – die auf zukünftige Störungen deutende Absicht innewohnt. Ansehen und Würde des Gerichts zu beeinträchtigen (vgl. BGHSt 9, 77, 80). Letzteres hat das SchwG rechtsfehlerfrei aus dem Umstand geschlossen, daß der Angekl. die massive Beleidigung des Vors. auch nach mehrfacher Ermahnung und Belehrung sowie einer längeren Unterbrechung bewußt und beharrlich in gleicher Weise fortgesetzt hat, nachdem er schon zuvor bereits über mehr als 2 J. wegen besonders gravierender Äusfälligkeit (Anspucken des Vors.) von der Teilnahme an der Hauptverhandlung ausgeschlossen gewesen war.

b) Vor dem Hintergrund dieses Prozeßverhaltens des Angekl. Z. und seines Verteidigers RA Ri. durfte das SchwG ohne Rechtsfehler davon ausgehen, daß die von diesem Verteidiger angesichts der unmittelbar bevorstehenden Urteilsverkündung abgegebene Erklärung, der bis dahin über mehr als dreieinhalb Jahre schweigende und wegen Ungebührens von der weiteren Verhandlungsteilnahme ausgeschlossene Angekl. wolle sich nunmehr erstmals zu den Tatvorwürfen in der Hauptverhandlung zunächst im Wege einer schriftlichen Erklärung äußern, zu deren Vorbereitung eine Unterbrechung für mehrere Tage notwendig sei, er wolle sich zudem erstmals einer Untersuchung durch einen Sachverständigen unterziehen, nur zum Schein und zu dem alleinigen Zweck abgegeben wurde, den Abschluß des Verfahrens weiter zu verhindern.

Mitgeteilt von RA Jev Meyer-Lohkamp, Hamburg.

**Anmerkung:** Das Strafprozeßrecht ist in ständiger Bewegung – nicht nur aufgrund von Maßnahmen des Gesetzgebers, sondern auch durch Aktivitäten der Rechtsprechung. Soweit es dabei um Stärkung und Ausbau bestehender oder die Kreation neuer Rechte der Verteidigung geht, sprechen wir gerne und positiv von »Fortentwicklung« des Rechtsstaats. Wirken sich dagegen Rechtsänderungen tatsächlich oder vermeintlich (auch) negativ auf die Strafverteidigung aus, sind Begriffe wie Repression, obrigkeitstaatliche Restauration u. ä. wohlfeil. Beispiele der erstgenannten Kategorie sind die Ausdehnung der Belehrungspflicht nach § 136 und die Entwicklung von Hilfspflichten der Polizei für den Aufbau einer Verteidigung, die Ausweitung des Akteneinsichts- und Informationsrechts im Haftbeschwerdeverfahren, der Anspruch auf einen auswärtigen Pflichtverteidiger des Vertrauens, die stringente Rechtsprechung zur notwendigen Verteidigung überhaupt,<sup>1</sup> die »Erfindung« des anwaltlichen Zeugenbeistandes für alle rechtlich geordneten Verfahren, die »Sanktion« justizbedingt überlanger Verfahren, die (weitgehende) Anerkennung von Verfahrensabsprachen sowie im Revisionsrecht eine strenge Rechtsprechung z. B. zur Anwesenheit des Angeklagten (§ 247), zur Einhaltung der Urteilsabsetzungsfrist u. a. Auf der anderen Seite sind zu nennen: Die gesetzliche Präklusion der Rüge fehlerhafter Besetzung des Gerichts oder der Unzuständigkeit, das Widersprucherfordernis für die Geltendmachung von Beweisverboten, die Möglichkeit der Beschränkung des Beweisantragsrechts auf den Verteidiger, im Revisionsrecht die Relativierung mancher absoluten Revisionsgründe<sup>2</sup> und die immer weiter steigenden Zulässigkeitsanforderungen bei Verfahrensrügen (§ 344 Abs. 2 S. 2) sowie zu anderen Obliegenheiten der Verteidigung.<sup>3</sup> Soweit, so ausgewogen – könnte man meinen. Zumal für alle skizzierten Rechtsentwicklungen »vernünftige« Gründe angeführt werden können – sei es die Vermeidung von Verfahrenswiederholungen und -verzögerungen aufgrund der Zwänge einer knappen Ressource Justiz, die Rückführung von Rechtsinstituten auf einen rechtsstaatlich unverzichtbaren Kern, aber auch deren Fortentwicklung und Verbesserung i. S. einer größeren Ausgewogenheit zwischen Strafrechtspflege und sachlich-optimaler Verteidigung.

In neuerer Zeit ist indes zu beobachten, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung sich zunehmend zu Auseinandersetzungen mit Verteidigungsaktivitäten unter dem Etikett des »Rechtsmißbrauchs« veranlaßt sieht. Die einschlägigen Fallgestaltungen liest man in der Tat nicht selten mit ungläubigem Staunen und fragt sich erfolglos, welche (systemimmanente) Verfahrensstrategie oder -taktik dabei Pate gestanden haben könnte. Schien die Diskussion über eine allgemeine prozessuale Mißbrauchsklausel mit dem 60. DJT<sup>4</sup> vom Tisch des Gesetzgebers verschwunden, so zeigt die neuere Rechtsprechung des BGH zunehmend deutlich die Tendenz, Einzelfälle des »Rechtsmißbrauchs« oder der »Prozeßsabotage« mit »informeller Präklusion« oder »Verwirkung« von Rechten und Rügen zu sanktionieren.<sup>5</sup> Die hier zu betrachtende Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH ist dafür ein besonderes Beispiel. Sie ist aber auch im Anschluß an den Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 3. 3. 2005<sup>6</sup> zur Rechtssicherung von Verfahrensabsprachen erneut ein Appell an den Gesetzgeber, die Strafjustiz nicht allein zu lassen in dem Bestreben, auch mit begrenzten Mitteln ihren Gesetzesauftrag zu erfüllen. In der vorangegangenen Rechtsprechung hatte der BGH durchweg eher zurückhaltend in obiter dicta warnend darauf hingewiesen, daß gewisse Verfahrensweisen von Verteidigern

1 Z. B. OLG München NSZ 2005, 651 m. N.

2 Dazu eingehend Mehle, FS Dahs, 2005, S. 381 ff.

3 Z. B. BGH 2005, 650.

4 Vgl. nur Gutachten Gössel, C 19, D 85 ff.

5 Vgl. dazu die Aufsätze von Brause, NJW 1992, 2865, 2869 und Basildorf, StV 1995, 310, 319; 1997, 488, 490. Beide Autoren sind heute Richter im 5. Strafsenat.

6 NSZ 2005, 648, mit Anm. Dahs, NSZ 2005, 580.



als Rechtsmißbrauch gewertet werden könnten mit der Folge des Rechtsverlustes. Der hier zu besprechende Beschluß vom 14. 6. 2005 geht weiter, indem er – ohne daß es revisionsrechtlich unbedingt erforderlich gewesen wäre – ein deutliches Verdikt über bestimmte »Verteidigungsstrategien« ausspricht, sanktionierende Rechtsfolgen für den Mißbrauch (fort-)entwickelt bzw. legislatorisch postuliert. Unmittelbar nach der hier zu besprechenden Entscheidung ist der 5. Strafsenat mit dem Verdikt der Verwirkung von Prozeßrechten und Revisionsrügen noch deutlicher geworden.<sup>7</sup>

Der prozessuale Sachverhalt – soweit er ohne Kenntnis der Akten, des tatrichterlichen Urteils und der Antragsschrift des Generalbundesanwalts erkennbar ist – drängt in der Tat den Eindruck auf, daß hier durch Beweisanträge und andere prozessuale Maßnahmen anscheinend versucht werden sollte, die Beendigung der Beweisaufnahme und den Erlaß des tatrichterlichen Urteils so lange aufzuhalten bis entweder das Schwurgericht sich zu einer Verfahrensabsprache oder anderen Konzessionen bereit finden oder jedenfalls Verfahrensfehler begehen würde, die aus der Sicht der Verteidigung zur Aufhebung des Urteils führen sollten. Es ist schon bemerkenswert, mit welcher unendlichen »Prozeßgeduld« das Schwurgericht die Aktionen der Verteidigung hingenommen hat. Ebenso bemerkenswert ist allerdings auch die »Furchtlosigkeit« des Verteidigers, dem offenbar trotz einer Vielzahl von Ablehnungen seiner Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht nicht der Gedanke gekommen ist, daß die Staatsanwaltschaft – wenn damit auch rechtliches »Neuland« betretend<sup>8</sup> – sein Vorgehen unter dem Aspekt des § 258 StGB aufgreifen könnte.

Der 5. Strafsenat des BGH ist bei seiner Entscheidung nicht den revisionsrechtlich naheliegenden und an sich gebotenen Weg gegangen, entweder Gesetzesverletzungen des Tatgerichts festzustellen oder dahinstehen zu lassen und die Revision wegen fehlenden Beruhens des angefochtenen Urteils auf den (möglichen) Gesetzesverletzungen zu verwerfen.<sup>9</sup> Es war ihm vielmehr ersichtlich ein Anliegen, den Fall zum Anlaß zu nehmen, den Tatrichtern in der Praxis weiterzuhelfen. Hier freilich müssen Bedenken angemeldet werden. Zwar erscheint die Rückführung einer Norm auf ihren ursprünglichen Zweckgehalt und die Feststellung, daß dieser durch einen Prozeßbeteiligten pervertiert worden ist mit der Sanktionsfolge eines partiellen Rechtsverlustes auf den ersten Blick eine pragmatische Lösung. Aber: principis obsta!<sup>10</sup> Hier würde schon deshalb ein unsicherer Weg beschritten, weil es für die Grenze zum »extremen Extremfall« des Rechtsmißbrauchs keine allgemeinen, rechtlich verlässlich überprüfbare Kriterien<sup>11</sup> gibt und solche vom BGH auch nicht entwickelt worden sind. Es liegt auf der Hand, daß Tatrichter und Revisionsrichter insoweit durchaus verschiedene Maßstäbe anlegen könnten – und »findige« Verteidiger versuchen würden, die jeweils gesetzte Grenze zu unterlaufen. Die vom Schwurgericht praktizierte, vom BGH weiterentwickelte Modifikation der gesetzesrechtlichen Lage ermangelt im Hinblick auf eine Verallgemeinerung – auch beschränkt auf Extremfälle – der Eignung einer durch abstrakte Kriterien gesicherten Fassung. Der Gedanke, die Grenzüberschreitung zum interventionsbedürftigen Extremfall dem pflichtgemäßen richterlichen Ermessen zu überlassen, ist dem Praktiker höchst unbehaglich und für die revisionsgerichtliche Kontrolle wohl nur sehr schwierig abstrakt zu fassen. Zudem sollte – wie figura zeigt – der Erfindungsreichtum von Verteidigern, die den Verfahrensfortgang unterlaufen oder ihrer eigenen Machtkompetenz unterwerfen wollen, nicht unterschätzt werden.

Ein weiterer Einwand von Gewicht kommt hinzu: Im vorliegenden Fall wird ja nicht nur die Bescheidspflicht des § 244 Abs. 6 »modifiziert«, sondern auch einer pauschalen Vorabentscheidung über alle (erwarteten) weiteren gleichartigen Beweisanträge das Wort geredet. Nach den Entscheidungsgründen bezog sich diese offenbar auf Beweisanträge, mit denen indiziell die Glaubwürdigkeit von Belastungszeugen oder Glaub-

haftigkeit belastender Aussagen angegriffen werden sollte. Derartige Anträge darf der Tatrichter als für die Entscheidung ohne Bedeutung ablehnen, wenn er aus den unterstellten Indizatsachen bei Würdigung auch des bisherigen Beweisergebnisses nicht die vom Antragsteller intendierten Schlüsse zu ziehen bereit ist.<sup>12</sup> Nachvollziehbar ist auch, daß die ungeachtet vieler einschlägiger und begründeter Ablehnungsbeschlüsse fortgesetzte Antragstellung irgendwann die Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht begründen könnte. Zwar hat das Schwurgericht einigen Beweisanträgen stattgegeben, aber wohl nur deshalb, weil für die Ablehnung nach § 245 Abs. 2 die (schlichte) Bedeutungslosigkeit nicht ausreicht. Wie dem auch sei: Pauschale Vorab-Ablehnungsbeschlüsse gibt es im deutschen Strafverfahrensrecht nicht, und sie sind auch nicht aus einer Norm oder einem Gesetzeszusammenhang sinnhaft herauszuinterpretieren. An dieser Stelle ist die richterliche Rechtsfindung doch wohl zu legislatorischer Rechtsetzung mutiert! Dem hätte der BGH seine Sympathie versagen sollen!

Das Berufen auf die ebenfalls von der Rechtsprechung (5. Strafsenat) etwas »freihändig« entwickelte höchst umstrittene Widerspruchslösung bei der Geltendmachung von Verwertungsverboten<sup>13</sup> bestätigt die Tendenz, als defizitär empfundenen Verhalten des Gesetzgebers durch Eigenkonstruktionen der Rechtsprechung auszugleichen – eine für das Prinzip der Gewaltenteilung bedenkliche Entwicklung! Das Vorgehen des Schwurgerichts, das »verspätete« Beweisanträge jedenfalls als Hilfsbeweisanträge im Urteil beschieden und unter allen Aspekten der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2) geprüft hatte, reduziert allerdings in der Gesamtwürdigung die von ihm in Kauf genommenen Gesetzesverletzungen nicht unerheblich. Letztlich offenbart die gesamte Verfahrensweise des Schwurgerichts durchaus noch das Bemühen, trotz des von ihm angenommenen, sich über mehr als ein Jahr fortsetzenden Rechtsmißbrauchs und der so erzeugten »Notwehrsituation der Rechtspflege« die Urteilsfindung ohne materielle Nachteile für die Wahrheitsfindung und den Angeklagten zu realisieren. Zum Verhalten des Verteidigers – jedenfalls so wie es im Beschluß des BGH dargestellt ist – erübrigt sich dagegen jeder Kommentar. Es kann nicht im Interesse des letztlich doch recht ausgewogenen Systems unserer Strafverteidigung liegen, Rechte und faktische Einwirkungsaktivitäten im Strafprozeß geradezu perniciös zu exekutieren und damit (repressive) Eingriffe der Legislative zu provozieren.<sup>14</sup> Sollte z. B. das »Filibustern« mit Anträgen und Erklärungen jeder Art (inkl. Plädoyer) über bisher wohl doch vereinzelte Extremfälle hinaus zu einem für die Strafrechtspflege bedrohlichen Phänomen werden, erscheint eine Intervention des Gesetzgebers nicht ausgeschlossen. Diese könnte z. B. darin bestehen, daß unter den (festzustellenden) Voraussetzungen der Verschleppungsabsicht nach Mahnung, Ankündigung und Fristsetzung die Beendigung der dysfunktionalen Prozeßhandlungen durch begründeten Gerichtsbeschluß herbeigeführt und die Bescheidung weiterer gleichartiger Prozeßbegehren in die Urteilsgründe verwiesen wird. Die revisionsgerichtliche Rechtskontrolle könnte sich dann auf die rechtlichen Voraussetzungen einer beharrlichen Verschleppungsabsicht nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung konzentrieren und daran orientieren.<sup>15</sup>

7 Urt. v. 16. 6. 2005 – NStZ 2005, 646, 648.

8 Vgl. Tröndle/Fischer, § 258, Rdnr. 8 a.

9 So BGH (5. StrS) Beschl. v. 16. 3. 2005 – 5 StR 514/04 – unter 2 b; wie hier BGH (5. StrS) wistra 2005, 390, 391.

10 »Wehret den Anfängen!«

11 Vgl. nur BGH Beschl. v. 16. 3. 2005 – 5 StR 514/04 – unter 2 b; Untersagung eigener Beweisanträge des Angeklagten zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung.

12 Meyer-Göbner, § 244 Rdnr. 56 m. N.

13 Vgl. nur BGHSt 38, 214; 42, 15; krit. Dahs StraFo 1998, 253.

14 – und anschließend darüber zu lamentieren.

15 Wahrscheinlich würde allerdings von einer solchen Regelung auf die Dauer ebensowenig Gebrauch gemacht werden müssen, wie z. B. von den §§ 138 a ff.



Völlig zutreffend hat Rieß in seiner Rezension<sup>16</sup> des nahezu enzyklopädischen Werkes von Fahl »Rechtsmißbrauch im Strafprozeß«<sup>17</sup> prognostiziert, die Diskussion über die sachgerechte Behandlung des Rechtsmißbrauchs werde weitergehen. Dazu hat der besprochene Beschluß des BGH sicher einen – allerdings mit besorgter Skepsis – zu beachtenden Beitrag geleistet.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans Dahs, Bonn.

#### StPO §§ 244, 24

(Beweisantrag und Befangenheit bei Absprache)

1. Zur Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Verteidigers zum Inhalt einer Urteilsabsprache
2. Zur Besorgnis der Befangenheit bei einer Absprache zu Lasten Mitangeklagter.
3. Bei einer Verurteilung eines Angeklagten auf Grund eines Geständnisses des Mitangeklagten, das Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache war, ist die Glaubhaftigkeit des Geständnisses in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise zu überprüfen. Dazu gehören insbesondere das Zustandekommen und der Inhalt der Absprache.

BGH, Ürt. v. 8. 12. 2005 – 4 StR 198/05 (LG Saarbrücken)

➔ **Aus den Gründen:** Das LG hat den ehemaligen Mitangekl. A. gegen den der Senat das Verfahren abgetrennt und eingestellt hat, weil er vor der Hauptverhandlung, am 4. 12. 2005, verstorben ist – sowie die Angekl. K. und Ab. [u. a.] der schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, ... den Angekl. Az. der Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und den Angekl. D. der Beihilfe zur räuberischen Erpressung schuldig gesprochen. Es hat A. – unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung (zweimal 10 sowie 8 J. Freiheitsstrafe) und Auflösung der dortigen Gesamtfreiheitsstrafe (13 J.) – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 J. (Einzelstrafe hier: 9 J. Freiheitsstrafe), den Angekl. K. zu einer Freiheitsstrafe von 8 J., den Angekl. Ab. zu einer solchen von 7 J. 6 M., den Angekl. Az. zu einer Freiheitsstrafe von 2 J. 5 M. und den Angekl. D. zu einer solchen von 1 J. 6 M. mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Beim Angekl. K. hat es darüber hinaus die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angekl. K., Ab., Az. und D. mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügen. Die StA hat das Urteil im Hinblick auf den Angekl. Ab. angefochten. Sie hat ihre – vom GBA vertretene – auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt und beanstandet, daß gegen den Angekl. nicht auch die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist. ...

Die Rechtsmittel der Angekl. Az., D., K. und der StA haben vollen Erfolg; die Revision des Angekl. Ab. hat zum Strafausspruch Erfolg.

A. Nach den Feststellungen des LG berichtete der Angekl. Ab. im Frühjahr 2003 dem ehemaligen Mitangekl. A. den er aus der Haft kannte, daß ihm der Angekl. Az. einen »Tip« weitergegeben habe, wonach in Bexbach ein Tankstellenbesitzer wohne, der seine Wochenendeinnahmen in Höhe von etwa 100 000 bis 200 000 Euro zu Hause aufbewahre. Az. bestätigte A. diesen »Tip«. Vor einem Überfall wollte A. aber zunächst den Tutort auskundschaften. Um dieses durchführen zu können, wandten sich Ab. und Az. an den Mitangekl. D. und baten ihn, sie nach Bexbach zu chauffieren. Das tat der Angekl. D. auch und fuhr A., Ab. und Az. zweimal – am 1. und 2. 5. 2003 – zu dem Haus, in dem der angebliche Tankstellenbesitzer wohnen sollte. A., Ab. und Az. wußten, daß der nun bereits fest ins Auge gefaßte Überfall unter Einsatz von Schusswaffen durchgeführt werden sollte. Dem Angekl. D., der sich wegen seiner Chauffeurdienste einen Anteil aus der Beute versprach, war nicht bekannt, daß die Tat bewaffnet stattfinden sollte. Der Angekl. K., mit dem A. bereits am 4. 4. 2003 ei-

nen Überfall begangen hatte, erklärte sich bereit, an der geplanten Straftat teilzunehmen.

Am Sonntag, dem 4. 5. 2003, gegen 23.30 Uhr, wurde der Überfall mit einem anderen, vom Angekl. Az. hierfür gewonnenen Fahrer (dem flüchtigen gesondert Verfolgten Allal Kh.) – von A., K. und Ab. ausgeführt. Sie waren maskiert, A. führte ein geladenes Schrotgewehr mit abgesägtem Lauf, K. eine geladene Pistole und Ab. ein Springmesser bei sich. Über ein Flachdach und ein gekipptes Fenster gelangten sie in die Wohnung der Familie F. Im Verlauf des nun folgenden Überfallgeschehens löste sich bei einem Handgemenge aus der von A. geführten Waffe ein Schuß, durch den A. am linken Zeigefinger verletzt wurde. Er gab dem Angekl. K. das Gewehr und kletterte durch ein Fenster nach draußen. K. versetzte bei dem weiteren Tatgeschehen dem Hausherrn Gerhard F. mit der Waffe zwei Schläge und übergab dem Angekl. Ab. die Pistole, die dieser zur Bedrohung der Tatopfer einsetzte. Da es sich bei Gerhard F. nicht – wie erwartet – um einen reichen Tankstellenbesitzer, sondern um einen pensionierten Lehrer handelte, erbeuteten die Angekl. lediglich ca. 600 Euro. Sie flüchteten sodann, wobei sich aus der vom Angekl. Ab. geführten Pistole noch ein Schuß löste.

Da der ehemalige Mitangekl. A. beim Ausstieg aus dem Fenster eine Bluts spur hinterlassen hatte, konnte er alsbald auf Grund eines DNA-Gutachtens als Täter ermittelt und am 5. 6. 2003 festgenommen werden. Die Mittäter blieben unbekannt. Nach Erhebung der Anklage vom 11. 6. 2003, in der als anzuordnende Maßregel die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung genannt ist, legte A. in mehreren Vernehmungen bei der Polizei ein Geständnis – auch zu anderen Taten – ab. Hierbei benannte er die Mitangekl. als Tatbeteiligte. Das hatte zur Folge, daß die Angekl. Az., Ab. und D. am 23. 7. 2003 festgenommen werden konnten. Der Angekl. K. befand sich bereits in anderer Sache seit dem 20. 6. 2003 in U-Haft.

In der Hauptverhandlung hat A. sein die Mitangekl. belastendes Geständnis wiederholt. Die Feststellungen zur Tat beruhen »grundsätzlich« auf diesem Geständnis. Die Mitangekl. hatten sich zunächst zur Sache nicht eingelassen; sie haben dann – bis auf den Angekl. D., der weiter von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat – »dem Grunde nach« ebenfalls Geständnisse abgelegt.

B. Revisionen der Angekl.

1. Revision des Angekl. D.

Die Revision des Angekl. D. hat mit der Verfahrensrüge Erfolg, ein Beweisantrag sei zu Unrecht abgelehnt worden.

a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Im Hauptverhandlungstermin vom 18. 6. 2004 beantragte der Verteidiger des Angekl. D., den RA B. zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, daß dieser als Verteidiger des Angekl. A. vor der ersten Beschuldigtenvernehmung seines Mandanten mit dem Vors. der StRK, dem Vors. RiLG Al., sowie dem (O)StA U. eine verfahrensbeendende Absprache dergestalt getroffen habe, daß im Falle einer umfassenden geständigen Einlassung sowie der Nennung sämtlicher Mittäter eine Freiheitsstrafe von 15 J. ohne Anordnung der Sicherungsverwahrung ausgeurteilt werde. Der Verteidiger begründete seinen Beweisantrag im wesentlichen wie folgt:

RA B. habe in einem Schreiben vom 7. 10. 2003 an die StA ausgeführt, daß er von seinem Mandanten A. erfahren habe, es seien (außer der im vorliegenden Verfahren erhobenen Anklage vom 11. 6. 2003) zwei weitere Anklageschriften bei anderen StRK eingereicht worden, die auf den umfangreichen Angaben seines Mandanten basierten, welche ihre Ursache in der Absprache zwischen dem Vors. RiLG Al., dem StA U. und RA B. habe. Er – RA B. – gehe davon aus, daß die getroffene Absprache auch für die weiteren Verfahren gelte, was bedeute, daß diejenige StRK, welche als letzte verhandele, »eine zeitliche Freiheitsstrafe ohne weitere Rechtsfolgen als Gesamtfreiheitsstrafe aussprechen (müsse)«.

In einer dienstlichen Erklärung vom 19. 1. 2004 habe StA U. eingeräumt, daß RA B. ihm nach Anklageerhebung ein umfassendes Geständnis seines Mandanten angekündigt und als Ziel

<sup>16</sup> ZStW 117 (2005) 175, 189.  
<sup>17</sup> V. E. Müller 2005.



# **Aufgabenbereiche des Strafverteidigers**

RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht  
- 2. große Strafkammer -  
Postfach 12 54

79742 Waldshut-Tiengen

Prozess-Register-Nr. 13.287.20.03.G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl 5681-(12)	Datum 05.01.2004
--	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

2 Kls AK 6/01  
- 3 AK 1/99 -  
In der Strafsache  
gegen **Max Mustermann**  
wegen Vergewaltigung

schließt sich die durch die Straftaten verletzte Tochter des  
Angeschuldigten, (Name, Adresse) als

**N e b e n k l ä g e r i n**

dem Strafverfahren an.  
Gleichzeitig wird beantragt, die Nebenklage zuzulassen.

Namens und in Vollmacht der Verletzten/Nebenklägerin beantrage  
ich darüber hinaus

1. Der Verletzten/Nebenklägerin für die Vertretung der Nebenklage in erster Instanz den Unterzeichner als Rechtsanwalt beizuordnen.
2. Hilfsweise der Nebenklägerin für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zur Führung der Nebenklage in erster Instanz Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Lutz Weger**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 11

Tel.: 07761/5681-0

Fax: 07761/5681-10

E-Mail:

Fisch-Gronenberg-Weger

@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/6022

Fax: 07761/57878

www.thomann-gmbh.de

E-Mail:

mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/913136

Fax: 07761/57878

www.revitho.com

E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein

Kto.-Nr. 26-184978

BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)

Kto.-Nr. 26-184945

BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)

Kto.-Nr. 45459065.0

Bankclearing-Nr. 231



**Begründung:**

Die Nebenklägerin wurde vom Angeschuldigten, ihrem leiblichen Vater, Max Mustermann, seit bzw. nach ihrem 5. Geburtstag am (Datum) bis zu ihrem 16. Lebensjahr im Jahre 1987 in mindestens 201 Fällen gegen ihren Willen durch Gewaltanwendung zum Geschlechtsverkehr mit ihm gezwungen.

Der Angeschuldigte hat sie mit Gewalt zum außerehelichen Beischlaf genötigt; strafbar als Vergewaltigung in 201 Fällen gem. §§ 177 Abs. 1 a.F.; 53 StGB.

Der Verbrechenstatbestand der Vergewaltigung berechtigt die Verletzte gemäß § 395 Abs. 1 Nr. 1 a) StPO grundsätzlich zur Führung der Nebenklage. Die Bestellung des Unterzeichners zum Beistand ergibt sich aus § 397 a Abs. 1 S. 1 StPO, welcher der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach Abs. 2 vorgeht.

Die Nebenklägerin ist nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage, die Kosten der Nebenklage auch nur teilweise aufzubringen. Sie ist derzeit Hausfrau und erziehende Mutter eines 1 ½ jährigen Kindes.

Zum Beweis ihres wirtschaftlichen Unvermögens füge ich die

Erklärung der Nebenklägerin über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vom (Datum) als Anlage 1 und die entsprechenden Belege als Anlagen (2 - X) bei.

Die Nebenklägerin ist ohne anwaltlichen Beistand nicht in der Lage, ihre Interessen im Rahmen der Nebenklage ausreichend wahrzunehmen.

Insbesondere ...

Vorliegend sind Sach- als auch Rechtslage besonders schwierig.

Die angeschuldigten Taten ...

In der Hauptverhandlung steht zu befürchten, dass die Nebenklägerin ohne anwaltlichen Beistand diesbezüglichen Einwendungen der Verteidigung nicht gewachsen sein wird. Darüber hinaus ist die Hinzuziehung des Unterzeichners geboten, weil die Nebenklägerin (auch) in der Hauptverhandlung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO beraten werden muss.

Schließlich ist es der Nebenklägerin auch nicht zumutbar, ihre Interessen mit dem notwendigen persönlichen Einsatz ohne anwaltlichen Beistand zu vertreten, weil sie als Opfer einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung noch immer psychisch unter den Folgen dieser - auch bei zurückliegenden - Beeinträchtigung leidet.

Aus vorgenannten Gründen wurde der Unterzeichner auch mit Beschluss des Amtsgericht Bad Säckingen vom 28.07.2000 (Aktenseite 311) der Nebenklägerin im Vorverfahren als Beistand gem. § 406 g Abs. 3 erste Alternative; § 397 a Abs. 1 StPO beigeordnet.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht

79713 Bad Säckingen

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

**Urs Gronenberg**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

**Lutz Weger**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Prozess-Register-Nr. 13.556.21.08.G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl 5681-(12)	Datum 05.01.2004
--	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

**Privatklage**

des Herrn **Georg Geschädigt**,  
(Adresse)

- Privatkläger -

Proz.Bev.: RAe Fisch, Gronenberg, Weger  
Steinbrückstr. 11,  
79713 Bad Säckingen

**g e g e n**

Frau **Sabine Schlecht**,  
(Adresse)

- Privatbeklagte -

wegen

**Beleidigung und Verleumdung**

Namens und in Vollmacht des Privatklägers erhebe ich gegen die  
Privatbeklagte

**Privatklage.**

**Kooperationspartner:**

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



**I. Tatgeschehen und Tatvorwurf:**

Die Privatbeklagte wird beschuldigt, sie habe den Privatkläger wie folgt bezeichnet:

Hintergrund der Streitereien ist, dass ... .

Zuletzt wurde schriftlich von der Privatbeklagten behauptet, mein Mandant ... .  
Das Schreiben füge ich zu Beweis Zwecken anbei.

**II. Rechtliche Würdigung:**

Die dargestellten Taten sind Vergehen der Beleidigung nach § 185 StGB als auch der Verleumdung nach § 187 StGB. Durch die Bezeichnung als ... .

In der Erhebung der Privatklage innerhalb der Antragsfrist des § 77 b StGB ist die Antragstellung im Sinne des § 194 StGB zu sehen (*Meyer-Gößner*, § 374 StPO Rn. 6).

Die Parteien haben insbesondere bereits den erforderlichen Sühneversuch durchgeführt (§ 380 Abs. 4 StPO i.V.m. § 38 Abs. 2 AGGVG; § 1 Abs. 2 SühneversuchsVO).

Der Sühneversuch ist hier als gescheitert zu betrachten, weil die Antragsgegnerin zum Sühnetermin nicht erschienen ist. Eine Kopie der Ladung zum Sühnetermin sowie des Protokolls über den gescheiterten Sühneversuch füge ich anbei.

Es wird daher **beantragt**, das Hauptverfahren zu eröffnen und Termin zur Hauptverhandlung zu bestimmen. Der Kostenvorschuss nach § 379 a StPO i.V.m. § 67 Abs. 1 GKG in Höhe von € 30,00 ist mittels Kostenmarken beigelegt.

Zwei Abschriften sind beigelegt.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



# **Das Mandatsverhältnis**



## Strafprozessvollmacht

Zustellungen werden nur an den/die  
Bevollmächtigte(n) erbeten!

wird hiermit in der Strafsache – Privatklagsache – Bußgeldsache – Entschädigungssache

gegen

wegen

Vollmacht zu meiner Verteidigung und Vertretung in allen Instanzen sowie im Vorverfahren erteilt, und zwar auch für den Fall meiner Abwesenheit zur Vertretung nach § 411 II StPO mit ausdrücklicher Ermächtigung auch nach §§ 233 I, 234 StPO, mit der besonderen Befugnis:

1. Strafanträge zu stellen, Rechtsmittel einzulegen, ganz oder teilweise zurückzunehmen oder auf sie zu verzichten und solche auf Strafausspruch und Strafmaß zu beschränken, sowie Zustellungen aller Art, insbesondere auch von Urteilen und Beschlüssen, entgegenzunehmen;
2. Untervertreter – auch im Sinne des § 139 StPO – zu bestellen;
3. Anträge auf Entbindung von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung, Wiedereinsetzung, Haftentlassung, Strafaussetzung, Kostenfestsetzung, Wiederaufnahme des Verfahrens, Anträge nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, insbesondere auch für das Betragsverfahren und sonstige Anträge zu stellen;
4. Gelder, Wertsachen und Urkunden in Empfang zu nehmen, soweit das Verfahren dazu Anlass gibt;
5. Akteneinsicht zu nehmen.

(Ort, Datum)

(Unterschrift)



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht  
- Jugendrichterin -  
Hauensteinstr. 9

79713 Bad Säckingen

Zeichen: Prozess-Register-Nr	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
R.A Gronenberg	Frau Schacht	(5681-12)	15.02.2005
13.337.23.05. G/S			

12 Ds 13 Js 912/03 Jug. In dem  
Strafverfahren  
gegen **Jürgen Jung**  
wegen des Verdachts der räuberischen  
Erpressung

reiche ich die mir mit Verfügung vom 30.04.2003 überlassene  
Strafakte zu meiner Entlastung zurück.  
Gleichzeitig **beantrage** ich

meine **Beordnung** als Pflichtverteidiger  
nach § 140 Abs. 1 StPO.

Die Voraussetzungen der Beordnung nach § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO  
liegen vor, da dem Angeschuldigten laut Anklageschrift vom  
01.04.2003 ein Verbrechen zur Last gelegt wird.  
Gründe, die meiner Beordnung entgegenstehen, sind nicht  
ersichtlich. Zu Einwendungen gegen die Zulassung der Anklage und  
Verfahrenseröffnung werde ich nach meiner Beordnung Stellung  
nehmen.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

Markus Fisch  
Rechtsanwalt \*

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

Lutz Weger  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

Advokatur  
Dr. Stefan Suter

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 221



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

Herrn  
Siegfried Schelm  
z. Zt. JVA Waldshut-Tiengen  
Bismarckstr. 19 a

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozeß-Register-Nr	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
RA Gronenberg	Frau Schacht	(5681-12)	05.01.2004
13.653.22.10. G/S			

**Strafsache gegen Siegfried Schelm zu Aktenzeichen 11 Js 111/04**  
**Hier: Mandatskündigung**

Sehr geehrter Herr Schelm,

in vorbezeichneter Angelegenheit nehme ich Bezug auf unser heutiges Gespräch und teile mit, dass ich das mir angetragene Mandatsverhältnis hiermit

**unwiderruflich niederlege.**

Eine Abrechnung für meine bisherige Tätigkeit werde ich Ihnen mit gesonderter Post zukommen lassen.  
Die Mandatsniederlegung teile ich der Staatsanwaltschaft schriftlich mit.

Mit freundlichen Grüßen

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761-913136  
Fax: 07761-57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht  
Bad Säckingen

79713 Bad Säckingen

Zeichen: Prozeß-Register-Nr  
RA Gronenberg  
13.370.23.06. G/S

Sekretariat      Tel.-Durchwahl      Datum  
Frau Schacht      (5681-12)      05.01.2004

7 Cs 21 Js 111/04

In dem **Strafverfahren**  
gegen **Bruno Böse**  
**wegen** Verdachts der fahrlässigen  
Körperverletzung

zeige ich an, dass Herr Bruno Böse fortan nicht mehr von mir verteidigt wird. Zustellungen gemäß § 145 a Abs. 1 StPO bitte ich an Herrn Böse selbst oder einen neuen Verteidiger vorzunehmen.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



# **Tätigkeit im Ermittlungsverfahren**



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An die  
Staatsanwaltschaft  
Waldshut-Tiengen  
Amtshausstr. 5

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozess-Register-Nr  
RA Gronenberg  
13.334.23.04. G/S

Sekretariat  
Frau Schacht

Tel.-Durchwahl  
(5681-12)

Datum  
05.01.2004

14 Js 111/04

Im **Ermittlungsverfahren**  
gegen **Marion Magersucht**  
**wegen** des Verdachts der Beihilfe zum  
Verstoss gegen das BtMG

zeige ich an, dass ich die Verteidigung der Beschuldigten übernommen habe. Gleichzeitig beantrage ich

**A k t e n e i n s i c h t**

in die Verfahrensakten, sämtliche Beiakten, Beweismittelordner und sonstige Beweisstücke. Vorsorglich wird bereits beantragt, mir Beschuldigtenvernehmungen sowie Niederschriften gemäß § 147 Abs. 3 StPO zur Verfügung zu stellen.

Die Akten können mir per Post oder im Wege der Rechtshilfe über das Amtsgericht 79713 Bad Säckingen übersendet werden.

Für entstehende Kosten übernehme ich die persönliche Haftung und sichere umgehende Rückgabe ausdrücklich zu.

Mit freundlichen Grüßen

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 11

Tel.: 07761/5681-0

Fax: 07761/5681-10

E-Mail:

Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/6022

Fax: 07761/57878

www.thomann-gmbh.de

E-Mail:

mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/913136

Fax: 07761/57878

www.revitho.com

E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein

Kto.-Nr. 26-184978

BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)

Kto.-Nr. 26-184945

BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)

Kto.-Nr. 45459065.0

Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

Herrn  
Zacharias Zeuge  
Umfeld 9

70007 Zeugenstadt

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.543.21.08.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	05.01.2004

**Strafverfahren gegen Emil Einbruch**

Sehr geehrter Herr Zeuge,

in vorbezeichneter Angelegenheit wende ich mich als Verteidiger des Herrn Emil Einbruch in einem laufenden Strafverfahren an Sie. Mein Mandant teilte mit, dass Sie zu diesem Verfahren oder dem zugrundeliegenden Vorfall sachdienliche Angaben machen können.

Als Verteidiger bin ich befugt und zähle es zu meinen Aufgaben, Zeugen über ihr Wissen zu befragen. In einem persönlichen Gespräch kann ich Sie über weitere Einzelheiten der Rechte und Pflichten eines Zeugen informieren.

Ich bitte Sie daher um **Rücksprache** zwecks Vereinbarung eines Besprechungstermins in meiner Kanzlei.

Die Ihnen entstehenden Fahrtkosten könnte ich entsprechend den gesetzlichen Regelungen erstatten.

In Ansehung dieses Besprechungstermins übersende ich Ihnen die von mir für solche Fälle vorbereitete Erklärung, die Sie bitte durchlesen und zur Besprechung mitbringen möchten.

Mit freundlichen Grüßen

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Lutz Weger**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

Herrn  
Zacharias Zeuge  
Umfeld 9

70007 Zeugenstadt

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.543.21.08.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	19.09.2001

2 Ls 13 Js 111/04 In der Strafsache  
gegen Emil Einbruch

habe ich am heutigen Tage auf Ersuchen von Herrn RA Urs Gronenberg dessen Kanzlei in der Steinbrückstr. 11 in 79713 Bad Säckingen aufgesucht.

Herr RA Gronenberg erklärte mir, dass er Strafverteidiger von Herrn Emil Einbruch in dem gegen ihn geführten Strafverfahren wegen des Vorwurfs des Verdachts der Vergewaltigung ist.

Ich bin von Herrn RA Gronenberg darauf hingewiesen worden, dass er als Verteidiger berechtigt sei, eigene Ermittlungen anzustellen und zu diesem Zweck auch Zeugen anzuhören. Er hat es ausdrücklich mir überlassen, ob ich ihm gegenüber eine Aussage machen möchte, da eine gesetzliche Verpflichtung zur Zeugenaussage - ebenso wie eine strafbewährte Wahrheitspflicht - vor einem RA nicht besteht.

Markus Fisch  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

Lutz Weger  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



Ich bin ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass ich bei einer eventuellen späteren Zeugenvernehmung in einem Gerichtsverfahren durch Gericht, Staatsanwaltschaft oder andere Prozessbeteiligte die Tatsache, dass dieses Gespräch geführt worden ist, wahrheitsgemäß und unbefangen bestätigen kann.

Ich bin bereit, wahrheitsgemäße Angaben zu machen und erkläre, dass meine Angaben richtig und vollständig sind und ich diese so jederzeit auch vor Gericht oder Staatsanwaltschaft wiederholen und gegebenenfalls auch beedigen würde.

Herr RA Gronenberg wird meine Aussagen nunmehr nach meinen Angaben diktieren. Eine mir vorzulegende schriftliche Ausfertigung werde ich durchlesen und nach Durchsicht die Richtigkeit durch meine Unterschrift bestätigen.

Sodann möchte ich **wie folgt** aussagen:

.....  
Ort, Datum

.....  
Unterschrift



# **Durchsuchung und Beschlagnahme**

## **Aktuelle Rspr.**



Dies gilt insbesondere auf Grund der erforderlichen Prognoseentscheidung (§ 67 b StGB).“

- 4 b) Diese Begründung hält im Ergebnis rechtlicher Prüfung stand: Der Beschuldigte wurde im Bezirkskrankenhaus H. im Rahmen einer einseitigen Unterbringung nach § 126 a StPO untersucht und behandelt, weil dringende Gründe für die Annahme sprachen, er habe eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) begangen und es lägen dringende Gründe für die Prognose vor, er werde in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB untergebracht. Die Untersuchungen und die Behandlung dienten somit der Vorbereitung eines Gutachtens über dessen psychischen Zustand. Der Unterbringungsbefehl nach § 126 a StPO machte eine ausdrückliche Anordnung zur Beobachtung nach § 81 StPO hier überflüssig (KK-Senge 4. Aufl., § 81 Rn 3).

- 5 Zwar hat der Beschuldigte während des Aufenthaltes im Bezirkskrankenhaus H. seinem Stationsarzt auch Geheimnisse i. S. des § 203 I Nr. 1 StGB, § 53 I Nr. 3 StPO „anvertraut“. Denn darunter ist alles zu begreifen, was der Arzt in dieser seiner Eigenschaft wahrnimmt, gleichgültig ob die Wahrnehmungsmöglichkeit auf einem besonderen Vertrauensakt beruht oder nicht (BGHSt 38, 369, 370; st. Rspr.). Mit der einseitigen Unterbringung nach § 126 a StPO liegt aber einer der wenigen von der Strafprozessordnung vorgesehenen Ausnahmefälle vor (vgl. §§ 81 ff. StPO), in denen die sonst erforderliche Zustimmung zur Preisgabe der Geheimnisse auf Grund einer gesetzlichen Duldungspflicht ersetzt wird, weil hier das staatliche Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts vorgeht (KK-Senge aaO, § 53 Rn 19; Klein-knecht/Meyer-Goßner 45. Aufl., § 53 Rn 19) ...

Ku.

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. auch Glatthaar MedSach 1963, 113.

## 15. Befangenheit eines Sachverständigen

StPO §§ 74 I, 24 I

Die Tatsache, dass der Sachverständige vor der Hauptverhandlung (auch) für die Brandversicherung beruflich tätig geworden und bezahlt worden war, rechtfertigt aus der Sicht des Angeklagten die Besorgnis, dass er bei Erstattung seines Gutachtens in dem Strafverfahren gegen ihn nicht unbefangen sein würde. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Beschl. v. 9. 11. 2001 – 3 StR 216/01 (LG Oldenburg)

- |   |   |
|---|---|
| Die Ablehnung des Sachverständigen war entgegen der Auffassung des Tatrichters begründet:   | 1 |
| Der Brandsachverständige erstellte im Auftrag der Versicherungsgesellschaft sein Gutachten. | 2 |
| Dies begründet seine Befangenheit.  | 3 |

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen schwerer Brandstiftung zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angekl. hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

- 1 Aus den Gründen: 1. Die geltend gemachte Verletzung von §§ 74 I, 24 I StPO führt zur Aufhebung des Urteils. Das LG hat das gegen den Sachverständigen F gerichtete Ablehnungsgesuch zu Unrecht zurückgewiesen. Dem liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde:
- 2 Der Sachverständige F war von der Versicherungsgesellschaft, bei der das Gebäude mit dem Hotel- und Gaststättenbetrieb „B Hof“ gegen Brand versichert war, in Absprache mit dem ermittelnden Kriminalbeamten als Sachverständiger eingeschaltet worden und hatte am 30. 11. 1999 der Brandversicherung für die Besichtigung des Brandorts und die Aus-

arbeitung eines Gutachtens ca. 2400 DM in Rechnung gestellt. Sein Gutachten und eine von ihm gefertigte Bildmappe übersandte er jeweils an die Brandversicherung und an die ermittelnde Polizeidienststelle. Das der ermittelnden Polizeidienststelle übersandte Gutachten wird mit dem Hinweis eingeleitet, der Sachverständige sei auf deren Aufforderung tätig geworden. Die Brandversicherung hat das Gutachten bezahlt.

Zu Recht hat deshalb der Angekl. den Sachverständigen, der in der Hauptverhandlung sein Gutachten zu Ursache und Verlauf des Brandes erstattet hat, wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Die Tatsache, dass der Sachverständige vor der Hauptverhandlung (auch) für die Brandversicherung beruflich tätig geworden und bezahlt worden war, rechtfertigt aus der Sicht des Angekl. die Besorgnis, dass er bei Erstattung seines Gutachtens in dem Strafverfahren gegen ihn nicht unbefangen sein würde; unabhängig davon, ob sich der Sachverständige in seinem für die Versicherungsgesellschaft erstatteten Gutachten bereits festgelegt hatte, war allein sein berufliches Tätigwerden (auch) für fremde Interessen vom Standpunkt des Angekl. aus geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen (vgl. RGSt 72, 250, 251; BGHSt 20, 245, 246). Davon, dass zwischen den Interessen der Brandversicherung und denen des Angekl. kein Gegensatz bestand, konnte der Senat nicht ausgehen.

Auf dem Gutachten des abgelehnten Sachverständigen beruhen die Überzeugung der Kammer vom Ablauf des Brandgeschehens und die aus diesem gezogenen Schlüsse auf die Täterschaft des Angekl. ...

Ku.

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. auch Bleyl MedR 1994, 106; Fezer JR 1990, 397; Abf MDR 1978, 981; Krause, in: FS Maurach, 1972, S. 549.

## 16. Anforderungen an die Durchsuchungsanordnung gegen einen Nichtverdächtigen

StPO § 103 I

Die Durchsuchungsanordnung gegen einen Nichtverdächtigen setzt voraus, dass hinreichend individualisierte Beweismittel gesucht werden. Diese müssen im Durchsuchungsbeschluss so weit konkretisiert werden, dass weder bei dem Betroffenen noch bei dem die Durchsuchung vollziehenden Beamten Zweifel über die zu suchenden und zu beschlagnehmenden Gegenstände entstehen können. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Beschl. v. 21. 11. 2001 – 3 BJs 22/04–4 (9) – StB 20/01

- |  |   |
|--|---|
| Die Beschwerde ist trotz abgeschlossener Durchsuchung zulässig.                                  | 1 |
| Das Rechtsmittel ist auch begründet; der angefochtene Beschluss verstößt gegen § 103 StPO.       | 2 |
| Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO müssen die Beweismittel hinreichend konkretisiert werden. | 3 |
| An einer solchen Konkretisierung fehlt es hier.  | 4 |

Zum Sachverhalt: Der GBA führt gegen die Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Mitgliedschaft in bzw. der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB), die sich als Musikgruppe unter dem Namen „L“ zusammengeschlossen habe, um Lieder mit rechtsradikalen Inhalten zu veröffentlichen, welche die Straftatbestände der §§ 111 und 130 StGB erfüllen. Die Betroffene ist die getrennt lebende Ehefrau des Beschuldigten B. Auf Antrag des GBA hat der Ermittlungsrichter des BGH am 4. 10. 2001 die Durchsuchung der Wohnung der Betroffenen in Berlin, der dortigen sonst von ihr genutzten Räume und ihrer Sachen einschließlich ihres Kraftfahrzeugs gestattet zur Sicherstellung von Schriftstücken.



Tonträgern und anderen Beweismitteln, welche geeignet sind, die Struktur der Band, deren Organisation und Arbeitsweise zu belegen. Mit ihrer nach Durchführung der Durchsuchung erhobenen Beschwerde hat die Betroffene geltend gemacht, in dem angefochtenen Beschluss seien die zu suchenden Beweismittel nicht hinreichend konkret bezeichnet. Sie hat außerdem einen Verstoß gegen § 110 I StPO gerügt und die Rückgabe bei der Durchsuchung sichergestellter Gegenstände verlangt. In seiner Zuschrift vom 15. 10. 2001 hat der GBA daraufhin u. a. beantragt, die Beschlagnahme der sichergestellten Gegenstände richterlich zu bestätigen. Der Senat stellte auf die Beschwerde fest, dass der Beschluss vom 4. 10. 2001 gegen § 103 StPO verstößt.

- 1 Aus den Gründen: 2. Die Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss ist zulässig (§ 304 II und 5 StPO). Dem steht nicht entgegen, dass die Durchsuchung durch den Antrag des GBA, die Beschlagnahme der sichergestellten Gegenstände richterlich zu bestätigen (§ 98 II 1 StPO), abgeschlossen ist (BGH NJW 1985, 3397). Denn die Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes gegen den Eingriff in das Grundrecht der Betroffenen aus Art. 13 I GG gebietet, dass auch nach Abschluss der Durchsuchung deren Rechtmäßigkeit mit dem grundsätzlich gegen diese Maßnahme gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel zur Überprüfung gestellt werden kann (BVerfGE 96, 27; BGHR StPO § 304 V Durchsuchung 1; BGH NJW 2000, 84, 85). Die Entscheidungskompetenz des Senats beschränkt sich indessen auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung. Über die Einwände der Betroffenen gegen die Art und Weise des Vollzugs der Durchsuchung und gegen die von den Ermittlungsbehörden hierbei ohne richterliche Anordnung ausgesprochenen Beschlagnahmen hat dagegen der Ermittlungsrichter des BGH zu befinden (§§ 98 II 2, 169 I 2 StPO; BGHSt 45, 183; BGH NJW 2000, 84, 86).
- 2 3. Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Durchsuchungsanordnung hat in der Sache Erfolg und führt zu der Feststellung, dass der Beschluss vom 4. 10. 2001 gegen § 103 StPO verstößt.
- 3 Der GBA hatte die Durchsuchung bei der Betroffenen als nicht tarverdächtiger Dritten beantragt. Sie durfte daher nur nach Maßgabe des § 103 I StPO angeordnet werden. Nach dieser Vorschrift ist die Durchsuchung bei einer nicht tarverdächtigen Person – abgesehen von anderen, hier nicht relevanten Zwecken – nur zulässig zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die gesuchten Sachen sich in den zu durchsuchenden Räumen befinden. Dagegen rechtfertigt – anders als im Falle des § 102 StPO für die Durchsuchung beim Tarverdächtigen – allein die allgemeine Aussicht, irgendwelche relevanten Beweismittel zu finden, die erheblich in Rechte des unbeteiligten Dritten eingreifende Maßnahme nicht. Die Durchsuchungsanordnung gegen einen Nichtverdächtigen setzte daher voraus, dass hinreichend individualisierte Beweismittel gesucht werden (BVerfGE NJW 1981, 971; BGHR StPO § 103 Gegenstände 1 und Tatsachen 1). Diese müssen, da die Durchsuchung ausdrücklich nur zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände zulässig ist, im Durchsuchungsbeschluss so weit konkretisiert werden, dass weder bei dem Betroffenen noch bei dem die Durchsuchung vollziehenden Beamten Zweifel über die zu suchenden und zu beschlagnahmenden Gegenstände entstehen können (vgl. für die Beschlagnahmeanordnung SK-StPO – Rudolphi 10. Lfg., § 98 Rn 17 mwN). Dazu ist es zwar nicht notwendig, dass sie in allen Einzelheiten beschrieben werden. Erforderlich ist es jedoch, dass sie zumindest ihrer Gattung nach bestimmt sind (zum Umfang der notwendigen Konkretisierung s. etwa BGHR StPO § 103 Gegenstände 1 und BGH Beschl. v. 13. 1. 1989 – StB 1/89, insoweit in BGHR StPO § 103 Tatsachen 1 nicht abgedr.).
- 4 Eine derartig hinreichende Konkretisierung der zu suchenden Beweismittel lässt der angefochtene Beschluss vermissen. Indem als Ziel der Maßnahme die „Sicherstellung von Schriftstücken, Tonträgern und anderen Beweismitteln, welche geeignet sind, die Struktur der Band, deren Organisation

und Arbeitsweise zu belegen“ genannt ist, wird letztlich die Suche nach jeglichem tauglichen Beweismittel vom Durchsuchungszweck umfasst. Eine gegenständliche Eingrenzung des Durchsuchungsziels fehlt. Weder für die Betroffene noch für die vollziehenden Beamten war erkennbar, auf welche zumindest gattungsmäßig konkretisierten Gegenstände die Suche beschränkt sein sollte. Bei dem Beschluss vom 4. 10. 2001 handelt es sich daher nach seinem wahren Gehalt um eine Durchsuchungsanordnung i. S. des § 102 StPO, die gegen die Betroffene nicht ergehen durfte.

Ku.

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. auch Schorret NSz 1999, 173; Ransiek EWIR 1994, 573; Krekeler NSz 1993, 263.

## 17. Ausschluss eines jugendlichen Angeklagten

StPO §§ 247, 338 Nr. 5, 344 II 2; JGG § 51 I

Richtet sich das Verfahren gegen einen Jugendlichen, kommt für einen Ausschluss des Angeklagten als Rechtsgrundlage nicht nur § 247 StPO, sondern auch § 51 I 1 JGG in Betracht. Der Anwendungsbereich des § 51 I 1 JGG umfasst auch die Verhandlung über die Vereidigung und Entlassung eines Zeugen. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH, Urt. v. 15. 11. 2001 – 4 StR 215/01 (LG Neubrandenburg)

Die Rüge des § 338 Nr. 5 StPO entspricht nicht den Anforderungen des § 344 II 2 StPO: 1

Die Revision beanstandet, dass der ausgeschlossene (jugendliche) Angeklagte nicht zur Verhandlung über die Vereidigung und Entlassung von Zeugen zugezogen worden ist. 3, 4

Die Darstellung des prozessualen Geschehens ist jedoch unvollständig. 5

Vorliegend muss sich aus der Ausschlussentscheidung ergeben, ob der Tatrichter auch § 51 I 1 JGG herangezogen hat. 6

§ 51 JGG reicht weiter als § 247 StPO. 7

Die Verhandlung über Vereidigung und Entlassung von Zeugen sind vom Anwendungsbereich des § 51 I JGG nicht ausgenommen. 8, 9

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung, wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, wegen gefährlicher Körperverletzung, wegen versuchten Diebstahls mit Waffen in Tateinheit mit versuchtem Wohnungseinbruchdiebstahl zu einer Einheitsjugendstrafe von 9 Jahren verurteilt.

Seine Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Die Verfahrensrüge, mit der die Revision den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO geltend macht und beanstandet, die Verhandlungen über die Vereidigung und Entlassung der Zeugen Edith und Fritz H seien zu Unrecht in Abwesenheit des Angekl. erfolgt, greift nicht durch. Die Rüge genügt nicht den Anforderungen des § 344 II 2 StPO, da die Revision die den Mangel begründenden Tatsachen nicht so vollständig und genau angegeben hat, dass das RevGer. allein auf Grund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (vgl. BGHSt 29, 203; BGH NSz 1995, 462; KK-Kuckein 4. Aufl., § 344 Rn 38 mwN).

1. Zu dem der Rüge zugrunde liegende prozessualen Geschehen hat die Revision ausgeführt:

Der – zur Tatzeit 15jährige – Angekl. sei auf Anordnung des Vorsitzenden für die Dauer der Vernehmung der Zeugen Edith und Fritz H. für die Dauer des Berichts der Jugend-



- 5 Das Roaming ermöglicht, dass ein Mobilfunkteilnehmer auch außerhalb der Reichweite des Netzes seines Vertragspartners in Netzen anderer Mobilfunkbetreiber unter einer einheitlichen Rufnummer erreichbar ist und anrufen kann, ohne selbst mit den weiteren Netzbetreibern in Vertragsbeziehung treten zu müssen. Rechtlich setzt das Roaming eine Vereinbarung zwischen dem Netzbetreiber, der seinen Kunden ein Roaming – also ein „Netzerweiterung“ – ermöglichen will, und dem oder den Betreibern derjenigen Netze, in denen ein Roaming ermöglicht werden soll, voraus. Eine solche Roaming-Vereinbarung zwischen den Netzbetreibern lässt jedoch deren vertragliche Beziehungen zu ihren jeweiligen Kunden unberührt (vgl. *Mestmäcker/Schweitzer* Netzwerkwettbewerb, Netzzugang und „Roaming“ im Mobilfunk, S. 14 und 15). Ein derartiges – nationales – Roaming-Abkommen besteht zwischen B und A seit Mai 1999. Seither können B-Kunden – so auch die hier zu überwachenden Anschlussinhaber – mit der von B ausgegebenen Mobilfunknummer auch das Netz der A nutzen, ohne mit dieser eine Vertragsbeziehung einzugehen. Im Rahmen der Roaming-Vereinbarung hat es A auch übernommen, innerhalb des von ihr betriebenen Netzes Überwachungsmaßnahmen von B-Kunden durchzuführen.
- 6 Obwohl in den Fällen des Roamings ein Mobilfunkteilnehmer auf Netze mehrerer Mobilfunkbetreiber Zugriff nehmen kann, bedarf es gleichwohl gem. § 100 b II StPO nur einer Überwachungsanordnung, da der zu überwachende Beschuldigte oder Nachrichtenmittler lediglich einen Mobilfunkanschluss in Gestalt der ihm vom Anschlussanbieter zugewiesenen Chip-Karte unterhält (vgl. *Pfeiffer* StPO, 4. Aufl., § 100 a Rn 1). Diese Anordnung deckt jedoch alle Netzbereiche ab, zu denen dem Betroffenen über die in der Anordnung angegebene Mobilfunknummer oder Kennung ein Zugang ermöglicht wird.
- 7 Wer zur Mitwirkung bei der Umsetzung dieser Überwachungsanordnung verpflichtet ist, ergibt sich aus § 100 b III 1 StPO und ist wegen des Vorbehalts des Gesetzes einer abweichenden Regelung durch die TKÜV nicht zugänglich (vgl. *Pernice* DuD 2002, 207, 208). Nach § 100 b III 1 StPO ist in den Fällen des Roamings jedoch nicht nur der Anbieter des Mobilfunkanschlusses verpflichtet, die Umsetzung der Überwachungsmaßnahme zu ermöglichen, sondern diese Pflicht trifft unmittelbar auch die Unternehmer, die auf Grund eines Roaming-Abkommens dem Anschlussinhaber den Zugang zu ihren Netzen ermöglichen. Diese sind nicht lediglich „Erfüllungsgehilfen“ des Anschlussanbieters (erwa i. S. des § 5 II TKÜV), wie dies der GBA meint. Vielmehr erbringen auch Roaming-Partner geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste i. S. des § 100 III 1 StPO.
- 8 Das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten wird in § 3 Nr. 5 TKG definiert als das nachhaltige – gemeint ist damit das auf eine gewisse Dauer angelegte (vgl. *Ehmer* TKG-Komm., 2. Aufl., § 3 Rn 8 und § 87 Rn 11) – Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht. Adressat der Verpflichtung aus § 100 III 1 StPO ist daher jeder, der einem Dritten, unabhängig davon, ob er zu diesem in Vertragsbeziehung steht, die Nutzung der von ihm i. S. des § 3 Nr. 5 TKG betriebenen Telekommunikationseinrichtung ermöglicht. Bei Mobilfunkunternehmen, die in ihrem Netzbereich auf Grund eines Abkommens ein Roaming gestatten, liegen diese Voraussetzungen vor.
- 9 Dies hat zur Folge, dass auch diesen Mobilfunkbetreibern zur Durchsetzung der Überwachungsmaßnahmen die schriftlichen Anordnungen direkt mitgeteilt werden müssen. Bei Vorabschaltungen in Eilfällen sind die Originalausfertigungen – nunmehr nach Maßgabe der Regelung in § 12 II TKÜV – nachzureichen (vgl. für den Rechtszustand vor Inkrafttreten der TKÜV *KK-Nack* § 100 b Rn 3). Die Ast'in hat sich deshalb zu Recht auf ihre Rechte und Pflichten aus § 12 II TKÜV berufen, nachdem ihr die Originalausfertigung

gen der Beschlüsse vom 5. 4. 2002 nicht rechtzeitig zugeleitet worden waren.

Die Eilanordnungen des GBA waren nicht geeignet, die Ast'in zur Fortführung der Schaltung zu verpflichten. Der Ast'in oblag nämlich bereits auf Grund der richterlichen Anordnungen vom 5. 4. 2002 die Pflicht, für die Umsetzung der Überwachungsmaßnahmen Sorge zu tragen. Gegenüber den richterlichen Anordnungen enthielten die Eilentscheidungen des GBA keinen eigenständigen Regelungsgehalt i. S. des § 100 a StPO und konnten deshalb keine Rechtswirkung mehr entfalten; sie waren vielmehr gegenstandslos. Allein zur Sicherstellung formaler Anforderungen können Eilentscheidungen gem. § 100 b I 2 StPO nicht ergehen. Die Übermittlung der Originalausfertigungen der Verlängerungsbeschlüsse vermochten sie deshalb nicht zu ersetzen.

3. Dem GBA ist allerdings zuzugeben, dass nicht ohne weiteres zu erkennen ist, ob über einen Mobilfunkanschluss nur der Zugang zum Netz des – derzeit noch aus der Vorwahlkennung ersichtlichen – Anschlussanbieters eröffnet oder ob darüber hinaus ein Roaming in anderen Netzen ermöglicht wird. Um die angeordnete Überwachung eines Anschlusses lückenlos bei allen betroffenen Netzanbietern zu gewährleisten, dürfte in Ermangelung einer entsprechenden Regelung im Telekommunikationsgesetz und in der Telekommunikations-Überwachungsverordnung eine aus § 100 a III 1 StPO herzuleitende Pflicht des Anschlussanbieters bestehen, die Ermittlungsbehörden nach Eingang einer Überwachungsanordnung umgehend über Roaming-Vereinbarungen in Kenntnis zu setzen.

#### 19. Übergabe des Durchsuchungsbeschlusses an den Betroffenen

StPO §§ 102, 103, 105, 34, 35

1. Ein schriftlicher Durchsuchungsbeschluss ist dem Betroffenen nach § 35 StPO grundsätzlich durch Aushändigung einer Ausfertigung mit vollständiger Begründung bekannt zu machen. Die Übung, dem Betroffenen nur die „Durchsuchungsanordnung“, also lediglich die Beschlussformel der Entscheidung des Ermittlungsrichters, nicht aber den vollständigen Durchsuchungsbeschluss mit Gründen auszuhändigen, unterliegt verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Zum weiteren Verfahren, wenn ausnahmsweise die Bekanntmachung der Gründe zulässigerweise (ganz oder teilweise) zurückgestellt worden ist. (Ls d. Schriftltg.)

*BGH, Beschl. v. 7. 11. 2002 – 2 BJs 27/02 – 5 – StB 16/2*

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt aus Gründen der sachlichen Gerechtigkeit und der Billigkeit die Staatskasse.

Die Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss wäre erfolglos geblieben, weil dieser rechtmäßig ergangen ist.

Da die dem Betroffenen ausgehändigte Ausfertigung 3 des Beschlusses nicht mit dem Original übereinstimmt, ist zu prüfen, ob die Ausfertigung des Betroffenen Anlass zur Beschwerde gab.

Dies ist der Fall, weil nicht erkennbar war, dass der Originalbeschluss ausführlich begründet war; auf die Weglassung der Gründe hätte in der Ausfertigung hingewiesen werden müssen.

Zum Sachverhalt: Der GBA führte gegen den Bf. und weitere Beschuldigte ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung. Auf seinen Antrag hat der Ermittlungsrichter des BGH mit Beschluss vom 28. 6. 2002 die Durchsuchung der Person und der Wohnung des Bf. gestattet. Die Durchsuchung ist am 3. 7. 2002 durchgeführt worden. Am 19. 7.



2002 hat der Beschuldigte Beschwerde gegen die Durchsuchungsanordnung eingelegt. Er hat beanstandet, der Durchsuchungsbeschluss enthalte weder einen konkreten Tatvorwurf noch beschreibe er die Beweismittel, auf deren Sicherstellung abgezielt werde. Bei der Einlegung der Beschwerde hat der Bf. nur über eine Ausfertigung der Durchsuchungsanordnung ohne die Gründe der ermittelungsrichterlichen Entscheidung verfügt. Mit Schreiben des Ermittlungsrichters vom 27. 8. 2002 ist dem Bf. der Durchsuchungsbeschluss mit den Gründen in seiner vollständigen Fassung übersandt worden. Der Bf. hat daraufhin zunächst mitgeteilt, dass gegen die ihm nunmehr vorliegende „Langfassung“ des Beschlusses keine Beschwerde eingelegt worden wäre. Später hat er die Beschwerde zurückgenommen und erklärt, der Umstand, dass er erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens einen vollständigen Beschluss erhalten habe, müsse in der Kostenentscheidung zum Ausdruck kommen. Der Senat entschied, dass Kosten und notwendige Auslagen die Staatskasse zu tragen hat.

1 Aus den Gründen: 2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Bf. erwachsenen notwendigen Auslagen sind – abweichend von § 473 I StPO – der Staatskasse aufzuerlegen. Dies folgt aus dem Gebot der sachlichen Gerechtigkeit, dem auch bei der Anwendung und Auslegung der Kostenbestimmungen ausschlaggebende Bedeutung zukommt (BGHSt 18, 268, 271; 19, 226, 230), und dem im Kostenrecht, insbesondere in Fällen eingetretener Erledigung, heranzuziehenden Gesichtspunkt der Billigkeit (vgl. OLG Dresden OLGSt StGB § 67 Nr. 11; Pfeiffer StPO, 4. Aufl., vor § 46+ Rn 2).

2 a) Allerdings hätte die zulässig eingelegte und inzwischen zurückgenommene Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss in der Sache keinen Erfolg gehabt.

Der Durchsuchungsbeschluss ist rechtmäßig ergangen; die Anordnungsvoraussetzungen des § 102 StPO lagen vor: Der Ermittlungsrichter des BGH hat rechtsfehlerfrei den Anfangsverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und damit seine Zuständigkeit für den Erlass des Durchsuchungsbeschlusses bejaht (§§ 142 a I 1, 120 I Nr. 6 GVG, § 169 I 2 StPO). Auf Grund der im Beschluss dargelegten Umstände und Ermittlungserkenntnisse bestanden hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich eine Vereinigung gebildet hatte, deren Zwecke und Tätigkeit darauf gerichtet waren, in § 129 a I StGB genannte Straftaten zu begehen. Ebenso lagen konkrete Hinweise darauf vor, dass der Beschuldigte dieser Gruppierung angehörte. Auch bezüglich der übrigen Voraussetzungen des § 102 StPO bestehen keine Bedenken, insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Im Durchsuchungsbeschluss werden Rahmen, Grenzen und Ziel der Durchsuchung hinreichend bestimmt; einer weiteren Eingrenzung bedurfte es in diesem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens nicht.

b) Indes kann bei der zu treffenden Kostenentscheidung nach Rücknahme der Beschwerde hier nicht allein auf die Tatsache der Rücknahme des Rechtsmittels und die Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsbeschlusses abgestellt werden. Vielmehr entspricht es in Fällen, in denen – wie hier – die dem Betr. ausgehändigte Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung mit dem Original nicht übereinstimmt, der Billigkeit, zu prüfen, ob die dem Bf. zunächst überlassene Ausfertigung Veranlassung zu der Beschwerde gegeben hat und diese begründet wäre, wenn der Beschluss der überlassenen Fassung entsprochen hätte.

4 Das ist hier der Fall. Für den Beschuldigten und seinen Verteidiger war nicht ersichtlich, dass der angefochtene Beschluss im Original mit einer ausführlichen Begründung versehen war. Der Bf. musste deshalb von einem Verstoß gegen die Begründungspflicht des § 34 StPO ausgehen. Aus seiner Sicht wäre das Rechtsmittel begründet gewesen, da das Fehlen einer Begründung regelmäßig einen Aufhebungsgrund darstellt (LR-Wendisch 25. Aufl., § 34 Rn 10; KK-Maul 4. Aufl. § 34 Rn 11). Der Bf. durfte auch annehmen, dass das Original des Beschlusses der ihm überlassenen Ausfertigung entspricht. Ein schriftlicher Durchsuchungsbeschluss ist dem Betr. nämlich nach § 35 StPO grundsätzlich durch Aushändigung einer Ausfertigung mit vollständiger Begründung bekannt zu machen. Wie der Senat mit Beschluss vom

3. 9. 1997 – StB 12/97 (BGHR StPO § 105 Zustellung 1) näher ausgeführt hat, unterliegt die Übung, den vom Grundrechtseingriff Betroffenen nur die „Durchsuchungsanordnung“, also lediglich die Beschlussformel der Entscheidung des Ermittlungsrichters, nicht aber den vollständigen Durchsuchungsbeschluss mit Gründen auszuhändigen, verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese den Regelfall betreffende Entscheidung des Senats schließt jedoch nicht aus, dass nach den das Ermittlungsverfahren beherrschenden allgemeinen Grundsätzen ausnahmsweise die Bekanntmachung der Gründe zurückgestellt werden kann, wenn durch sie der Untersuchungszweck gefährdet wäre (so auch KK-Nack 4. Aufl., § 105 Rn 5, der dies mit einer entsprechenden Anwendung von § 101 StPO begründet). Kann die Gefährdung des Untersuchungszwecks bereits dadurch ausgeräumt werden, dass in der auszuhändigenden Ausfertigung vom Abdruck einzelner Passagen der Begründung abgesehen wird, darf auch eine in den Gründen unvollständige Ausfertigung übergeben werden. In jedem Fall muss aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes und zur Vermeidung unnötiger Rechtsmittel in der dem Betr. überlassenen Ausfertigung allerdings auf die (vollständige oder teilweise) Weglassung der Gründe in geeigneter Form hingewiesen werden. Dabei obliegt bei einer richterlichen Anordnung nach § 36 I StPO die Entscheidung über die Art der Bekanntmachung dem Richter, dieser hat auch Sorge dafür zu tragen, dass dem Betr. eine vollständige Ausfertigung übermittelt wird, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks verantwortet werden kann (entsprechend § 101 I StPO).

Ku.

## 20. Verhinderung der Identifizierung bei audiovisueller Vernehmung von Verdeckten Ermittlern durch technische Veränderung

StPO § 247 a

Die audiovisuelle Vernehmung von Vertrauenspersonen der Polizei oder Verdeckten Ermittlern gem. § 247 a StPO kann mit einer die Identifizierung des Vernommenen verhindernden technischen Veränderung der Bild- und Tonübertragung stattfinden, wenn der Vernehmung sonst eine Sperrerklärung der zuständigen Stelle entgegensteht. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Beschl. v. 26. 9. 2002 – 1 StR 111/02

Gegenstand des Anfragebeschlusses ist die Frage, ob 1  
Zeugen nach § 247 a StPO unter Einsatz verfremdender technischer Mittel vernommen werden dürfen.

Der Senat erachtet die Entscheidung BGHSt 32, 115, 2  
die dem entgegen stehen könnte, für überholt.

Das im Ausgangsfall praktizierte Verfahren erlaubt 3  
den verfassungsrechtlich gebotenen Zugriff auf das bestmögliche und sachnächste Beweismittel.

Die Entscheidung BGHSt 32, 115 ist durch die geän- 4+6  
derte Gesetzeslage, insbesondere durch die Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung, überholt.

Dass das Gesetz die optische und akustische Abschir- 7  
mung von Zeugen nicht ausdrücklich vorsieht, macht diese nicht unzulässig.

Die neuere Rechtsprechung des EGMR zieht der Ver- 8. 9  
wertung von Beweissurrogaten enge Grenzen. Gefordert wird die Möglichkeit einer direkten Konfrontation der Verteidigung mit dem Belastungszeugen.

Die Möglichkeit einer abgeschirmten audiovisuellen 10  
Vernehmung ist danach rechtlich geboten; viele europäische Staaten sowie der ISrGH erfüllen diesen Standard.



Verteidigerhonorare nicht pflichtwidrig sein, da dem Verband an einer möglichst effektiven und guten Verteidigung gelegen sein muss.

Grundsätzlich wird man daher mit dem BGH eine Untreuestrafbarkeit bei Übernahme der Verfahrens- und Verteidigungskosten durch einen öffentlich-rechtlichen Verband zu verneinen haben.<sup>72</sup>

Wird bei öffentlich-rechtlichen Verbänden im Hinblick auf die relativ strengen Vorgaben zur Mittelverwendung und des eingegengten Entscheidungsspielraums dieses Ergebnis noch bezweifelt, so vermögen diese Restriktionen jedenfalls bei privatwirtschaftlichen Unternehmen nicht durchzugreifen. Hier besteht – wie oben bei A.II.3. bereits für Geldstrafen und Geldauflagen dargelegt – ein weitaus größerer Spielraum bei der Mittelverwendung. Zwar besteht auch hier wie schon oben bei A.II.1. dargelegt unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht keine Pflicht zur Übernahme der Verfahrenskosten und Verteidigerhonorare, da diese lediglich eine Ermessensentscheidung darstellt. Jedoch müssen hier die schon oben bei A.II.3. zu den Geldstrafen bzw. Geldauflagen angestellten Überlegungen erst recht gelten. Jedenfalls bei aus der unternehmerischen Sphäre herrührenden Verfahren, also gerade bei solchen Verfahren, in denen nicht das Unternehmen selbst geschädigt sondern vielmehr Schaden abgewendet werden sollte, muss eine vollumfängliche Übernahme der Verfahrenskosten und der Verteidigerhonorare aus den genannten Gründen möglich sein, ohne sich hierbei einen Untreuevorwurf auszusetzen. Eine Pflichtwidrigkeit ist in diesen Fällen daher grundsätzlich zu verneinen.

## D. Zusammenfassung

Insgesamt bleibt daher festzustellen, dass die Annahme einer Untreue durch Übernahme der gegen die Mitarbeiter verhängten Geldstrafen bzw. Geldauflagen zwar nicht an dem Bestehen eines Vermögensnachteil scheitert, wohl aber daran, dass ein solches Verhalten in aller Regel keine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Die gleichen Erwägungen greifen grundsätzlich auch bei der Vereinbarung einer Geldbuße gem. §§ 30 Abs. 4, 17 Abs. 3 OWiG. Allerdings ist hier die Entscheidung noch stärker einzelfallabhängig. Die Darlegung, dass in diesen Fällen eine ordnungsgemäße, d.h. eine den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns entsprechende, unternehmerische Entscheidung getroffen wurde, wird in der Praxis erheblich schwieriger sein.<sup>73</sup> Schließlich ist – gerade im privatwirtschaftlichen Bereich – auch eine Untreuestrafbarkeit wegen Übernahme der Verfahrenskosten und Verteidigerhonorare durch das Unternehmen grundsätzlich abzulehnen.

<sup>72</sup> So jedenfalls bei Verfahren, in denen kein großes Verschulden vorliegt, also eine Verurteilung zu einer Geldstrafe erfolgt. Da dies oftmals nur schwer zu prognostizieren sein dürfte, empfiehlt es sich daher vorsichtshalber eine Rückzahlungspflicht für den Fall eines großen Verschuldens im Vorhinein zu vereinbaren. Zwar mag sich dann auch hier die Frage nach der zutreffenden Würdigung des „großen Verschuldens“ und damit die nach der Pflichtwidrigkeit stellen, doch wird dann jedenfalls in aller Regel kein Vorsatz zu begründen sein.

<sup>73</sup> Im Ergebnis zu verneinen ist ebenfalls eine Strafbarkeit wegen Vollstreckungsverweigerung gem. § 258 Abs. 2 StGB sowie grundsätzlich auch eine Beihilfe zu den begangenen Straftaten der Mitarbeiter durch ein Versprechen einer späteren Übernahme evtl. verhängter Geldstrafen bzw. Geldauflagen. Vgl. hierzu, *Poller*, (o. Fußn. 2), S. 174 ff., sowie *Spatscheck: Ehmer*, StraFo 2005, 265 (in diesem Heft).

## Entscheidungen

### Europarecht

EMRK Art. 8

Ein Durchsuchungsbefehl muss Mindestangaben enthalten, die es ermöglichen, dass eine Kontrolle über die Einhaltung des darin festgelegten Untersuchungsbereichs durch die ausführenden Beamten ausgeübt wird (Red).

EGMR, Erste Sektion, Ur. v. 9.12.2004 – Beschwerde Nr. 41872/98 (*van Rossem J. Belgien* [rechtskräftig seit 9.3.2005])

#### 1. Die Umstände des Streitfalls

10. Am 27.6.1990 übermittelte der Staatsanwalt von Gent dem Untersuchungsrichter einen Antrag, um Untersuchungen gegen den Beschwerdeführer durchzuführen, der laut dem

Antrag der Urkundenfälschung, des Vertrauensmissbrauchs und der Ausstellung von ungedeckten Schecks verdächtigt wurde.

11. Am gleichen Tag stellte der Untersuchungsrichter *Gregoir* fünf Durchsuchungsbefehle aus, die an verschiedenen Orten durchzuführen waren und wie folgt lauteten:

„Wir, ... verhindert durch andere Aufgaben und auf Grund der Dringlichkeit, ... weisen den Polizeibeamten bei der Staatsanwaltschaft von Antwerpen ... an, mit Unterstützung der Staatsgewalt, falls er dies für erforderlich ansieht, dringend und gem. dem Gesetz eine Durchsuchung am Wohnsitz von ... vorzunehmen, um dort alle für die Untersuchung nützlichen Belege und Dokumente zu suchen und zu beschlagnahmen: ... alle sachdienlichen Vernehmungen vorzunehmen, insbesondere in Bezug auf die Herkunft der beschlagnahmten Gegenstände, und alle für die Untersuchung sachdienlichen Auskünfte zu erhalten.“



12. Infolge dieser Aufträge führten die Beamten der Gerichtspolizei, handelnd unter dem Befehl von Kommissar *Kerstens*, der die erste Vernehmung des Beschwerdeführers am 26.6.1990 vorgenommen hatte, am Wohnsitz des Beschwerdeführers, seiner Ehefrau sowie in den Räumen der N.V. Moneytron Public Relations, der B.V.B.A. Publimax und der B.V.B.A. Metodax, bei denen es sich allesamt um vom Beschwerdeführer geleitete Handelsunternehmen handelt, Durchsuchungen durch. Die Durchsuchungen am Sitz von Moneytron und Publimax wurden von Kommissar *Kerstens* selbst in Anwesenheit von acht Personen vorgenommen. Die Untersuchungsbeamten bemerkten in ihrem Protokoll, dass sie „eine gewisse Anzahl von Buchhaltungs- und anderen Dokumenten, die der Untersuchung nützlich sein könnten“, beschlagnahmt hätten, die „vorläufig im Büro aufbewahrt bleiben im Hinblick auf eine spätere Prüfung“. Eine Liste der mitgenommenen Belege und Dokumente wurde nicht erstellt. ...

14. Am 21.11.1991 wurde der Beschwerdeführer festgenommen.

15. Am 24.11.1991 wurde er bei den Parlamentswahlen zum Mitglied der Abgeordnetenversammlung gewählt. ...

24. Am 18.11.1997 wies der Kassationshof die Beschwerden ab. ... In Bezug auf das Urteil über den Grund der Sache vom 26.9.1996 vertrat er folgenden Standpunkt:

„ ... In Erwägung, dass der Untersuchungsrichter einen Beamten der Gerichtspolizei ... mit der Durchführung der Durchsuchung beauftragen kann; ... dass in diesem Fall die Beauftragung nur bei Notwendigkeit und durch eine begründete Anordnung, in der festgestellt wird, dass der Untersuchungsrichter sie nicht selbst durchführen kann, erfolgen kann ...

In Erwägung, dass zwar kein allgemeiner Auftrag erteilt werden kann, es jedoch weder erforderlich ist, dass im Durchsuchungsbefehl die Taten beschrieben sind, die die Straftat darstellen, die Gegenstand der Untersuchung bildet, mit der der Untersuchungsrichter beauftragt ist, oder dass darin die vorläufige Beschreibung dieser Straftat angeführt ist, noch dass die zu suchenden und gegebenenfalls zu beschlagnahmenden Objekte darin genannt werden; dass es zwar eine notwendige, aber ausreichende Bedingung darstellt, dass der mit der Durchführung der Durchsuchung beauftragte Beamte der Gerichtspolizei über die notwendigen Angaben verfügt, damit er weiß, auf welche Straftat sich die Untersuchung bezieht sowie welche sachdienlichen Nachforschungen und Beschlagnahmungen er diesbezüglich vornehmen kann, ohne die Grenzen der gerichtlichen Untersuchung und seines Auftrags zu überschreiten ...

Dass es in dem Urteil, gegen das Berufung eingelegt wurde, diesbezüglich heißt, die strittigen Durchsuchungsbefehle enthielten eine Beauftragung ‚zur Suche und Beschlagnahme aller Objekte und Dokumente, die der Untersuchung dienlich sein können‘, die Beauftragten wussten tatsächlich, was sie suchen sollten, da die Durchsuchungen, von Kommissar *Kerstens* der Gerichtspolizei, der die erste Vernehmung des (Beschuldigten) vorgenommen hat“, und durch Mitglieder der

Gerichtspolizei unter seiner Leitung und Koordinierung durchgeführt wurden und dass daraus geschlussfolgert wird: ‚im vorliegenden Fall stellt die Beauftragung für die vom Untersuchungsrichter *Gregoir* ausgestellten Durchsuchungsbefehle keine allgemeine Beauftragung dar‘.

In Erwägung, dass aus der Antwort auf den ersten Teil des Klagegrundes hervorgeht, dass die Beauftragung zur Durchführung der Durchsuchungsbefehle vorschriftsmäßig erfolgt ist und somit kein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten vorliegt:

dass der Klagegrund nicht annehmbar ist“ ...

#### *Rechtliche Würdigung*

##### *1. Der geltend gemachte Verstoß gegen Art. 8 der Konvention*

##### *2. Beurteilung durch den Gerichtshof*

36. Der Gerichtshof stellt fest, dass Untersuchungsbeamte bei einer großen Aktion die Räume der durch den Beschwerdeführer geleiteten Handelsgesellschaften, den Wohnsitz seiner Ehefrau sowie in seiner Abwesenheit seinen Privatwohnsitz durchsucht und zahlreiche Dokumente und Belege beschlagnahmt haben. Der Gerichtshof erinnert daran, dass unter gewissen Umständen die gem. Artikel 8 der Konvention garantierten Rechte so ausgelegt werden können, dass sie für eine Gesellschaft das Recht auf Achtung vor ihrem Sitz, ihrer Zweigstelle oder ihren beruflichen Räumen beinhalten (*Société Colas Est* und Konsorten gegen Frankreich, Nr. 37971/97, § 41, EGMR 2002-III; siehe ebenfalls *Chappel* gegen Vereinigtes Königreich, Ur. v. 30.3.1989, Serie A Nr. 152-A, p. 26, § 63 und *Niemietz* gegen Deutschland, Ur. v. 16.12.1992, Serie A Nr. 251-B, p. 34, § 30).

37. Die Regierung ficht nicht an, dass eine Einmischung in seine Rechte, die auf Grund von § 1 von Art. 8 der Konvention garantiert sind, vorliege. Eine solche Einmischung verletzt Art. 8, außer wenn sie die Bedingungen von § 2 erfüllt.

##### a) Durch das Gesetz vorgesehen

38. Der Gerichtshof erinnert daran, dass bei einer Einmischung nur davon auszugehen ist, dass sie „im Gesetz vorgesehen“ ist, wenn sie zunächst im internen Recht eine Grundlage hat (*Chappel*, vorstehend angeführt, S. 22, § 52). Gem. der Rspr. der Organe der Konvention ist der Begriff „Gesetz“ in seinem „materiellen“ und nicht „formellen“ Sinn zu verstehen. In einem durch das geschriebene Recht abgedeckten Bereich ist das „Gesetz“ der geltende Text, so wie er durch die zuständigen Gerichte ausgelegt wird (*mutatis mutandis*, *Kruslin* und *Huvig* gegen Frankreich, Urteile vom 24.4.1990, Serie A Nr. 176 A und B, beziehungsweise S. 22, § 29 und S. 53, § 28). ... [wird bejaht].

##### b) Rechtmäßiges Ziel

40. Die Einmischung diene der Suche nach Indizien und Beweisen für Urkundenfälschung, Vertrauensmissbrauch und Ausstellung von ungedeckten Schecks. Sie diene eindeutig sowohl zur Verteidigung der Ordnung als auch zur Verhinderung von Straftaten und somit zu Zielen, die in § 2 von Art. 8 aufgezählt und auf Grund dieses Artikels rechtmäßig sind.



c) Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft

41. Gem. der ständigen Rspr. des Gerichtshofes genießen die Vertragsstaaten einen gewissen Ermessensspielraum, um die Notwendigkeit einer Einmischung zu beurteilen, doch sie geht mit einer europäischen Kontrolle einher. Die Ausnahmen, die § 2 von Art. 8 zulässt, verlangen eine Auslegung im engeren Sinne, und ihre Notwendigkeit in einem bestimmten Fall muss auf überzeugende Weise nachgewiesen werden (*Ernst* und Konsorten, vorstehend angeführt, § 113 und *Mialhe* gegen Frankreich, Ur. v. 25.2.1993, Serie A Nr. 256-C, S. 89, § 36).

42. Der Gerichtshof erkennt an, dass die Staaten es als notwendig erachten können, gewisse Maßnahmen zu ergreifen, wie Haussuchungen und Beschlagnahmungen, um den materiellen Beweis gewisser Straftaten zu erbringen. Allerdings müssen ihre Gesetzgebung und ihre Praxis geeignete und ausreichende Garantien gegen Missbrauch bieten (*mutatis mutandis*, *Ernst* und Konsorten, vorstehend angeführt, § 114 und *Camenzind* gegen Schweiz, Ur. v. 16.12.1997, Sammlung der Urteile und Entscheidungen 1997-VIII, § 45).

43. Der Gerichtshof stellt fest, dass die im vorliegenden Fall durchgeführten Durchsuchungen mit gewissen Verfahrensgarantien einhergingen. Sie wurden durch den untersuchenden Richter angeordnet, der zwar nicht selbst die Durchsuchungen vorgenommen hat, sondern mit dieser Aufgabe einen Beamten der Gerichtspolizei beauftragt, der gem. dem Gesetz ermächtigt war, an seiner Stelle zu handeln. Dieser Beauftragung kann man keine besondere Bedeutung beimessen, selbst wenn Art. 89 bis der Strafprozessordnung besagt, dass sie nur „im Falle der Notwendigkeit“ erfolgen darf. Insbesondere Zwänge der Effizienz können sie rechtfertigen, u.a. bei Mehrfachdurchsuchungen wie im vorliegenden Fall. Dann sind besondere Vorkehrungen notwendig, um zu gewährleisten, dass die Einmischung nicht über das Ziel der Vorbeugung und Bekämpfung der mit der Maßnahme ins Auge gefassten Straftaten hinausgeht.

44. Zu diesen Garantien gehört in der vorliegenden Rechtsache der Umstand, dass die Durchsuchungen unter dem Befehl des Kommissars *Kerstens* durchgeführt wurden, der die erste Vernehmung des Beschwerdeführers vorgenommen und persönlich an zwei Durchsuchungen in Begleitung von acht Personen teilgenommen hat. Der Gerichtshof muss jedoch feststellen, dass die verschiedenen Durchsuchungsbefehle allgemein formuliert waren (*Niemietz*, vorstehend angeführt, § 37; *Roemen und Schmit* gegen Luxemburg, Nr. 51772/99, § 57, EGMR 2003, § 70; *a contrario*, *Keslasy* gegen Frankreich (Dez.), Nr. 51578/99, EGMR 2002-I, und *Tamosius* gegen Vereinigtes Königreich (Dez.), Nr. 62002/00, EGMR 2002-VIII, *Ernst* und Konsorten, vorstehend angeführt, § 116). Der untersuchende Richter ordnete nämlich am 27.6.1990 die Reihe von Durchsuchungen an, „um dort alle für die Untersuchung nützlichen Belege und Dokumente zu suchen und zu beschlagnahmen ( ... )“, ohne irgendeine Einschränkung. Diese Durchsuchungsbefehle, die keine Informationen zu der betreffenden Untersuchung und den zu

beschlagnahmenden Objekten enthielten, verliehen den Untersuchungsbeamten somit weitreichende Befugnisse (siehe *Funke*, *Crémieux* und *Mialhe*, vorstehend angeführt).

45. Nach Auffassung des Gerichtshofes muss ein Durchsuchungsbefehl mit gewissen Einschränkungen verbunden sein, damit die dadurch erlaubte Einmischung in die durch Art. 8 garantierten Rechte, insbesondere in das Recht auf Achtung vor der Wohnung, nicht möglicherweise unbegrenzt und damit unverhältnismäßig ist. Folglich muss ein Durchsuchungsbefehl Mindestangaben enthalten, die es ermöglichen, dass eine Kontrolle über die Einhaltung des darin festgelegten Untersuchungsbereichs durch die ausführenden Beamten ausgeübt wird.

46. Nach Auffassung des Gerichtshofes ergibt sich daraus, dass die Durchsuchungsbefehle im vorliegenden Fall zumindest die gleichen Vermerke hätten enthalten müssen, wie sie im Antrag auf Untersuchung des Staatsanwalts angeführt waren. Diesbezüglich kann der Gerichtshof sich nur mit der Aussage der Regierung begnügen, wonach den Untersuchungsbeamten „die Untersuchung bekannt war“, und damit übernimmt er eine Erwägung des Kassationshofes, der erwähnt hatte, dass der Appellationshof von Antwerpen bemerkt hatte, die Untersuchungsbeamten „wussten tatsächlich, was sie suchen sollten“. Aus den Ausführungen zum Sachverhalt geht nämlich hervor, dass der Appellationshof von Antwerpen nur „annehmen“ konnte, dass der untersuchende Magistrat den Untersuchungsbeamten diesbezüglich sachdienliche Erläuterungen erteilt hatte. Es ist auch symptomatisch, dass keine Liste der Belege und Dokumente erstellt wurde, die für die Durchsuchungen in den Räumen der vom Beschwerdeführer geleiteten Handelsgesellschaften mitgenommen wurden. Der Gerichtshof kann nur bemerken, dass es sich um eine massive Aktion mit fünf Durchsuchungen handelte, bei denen tatsächlich zahlreiche Dokumente und Belege beschlagnahmt wurden.

47. Der Umstand, dass die Untersuchungsbeamten „tatsächlich (gewusst hätten), was sie suchen sollten“, kann im Übrigen nicht ausreichen. Nach Auffassung des Gerichtshofes besteht das entscheidende Element darin, ob die von der Maßnahme betroffene(n) Person(en) oder eine Drittperson über ausreichende Informationen über die Verfolgungen verfügt, die der Aktion zugrunde liegen, damit sie daraus Missbrauch erkennen, verhindern und anprangern kann (siehe *Funke*, *Crémieux* und *Mialhe*, vorstehend angeführt, beziehungsweise § 56, § 39 und § 37).

48. Der Gerichtshof vertritt den Standpunkt, dass angesichts der betreffenden, allgemein formulierten Durchsuchungsbefehle nur der Beschwerdeführer, der zuvor von dem Kommissar vernommen worden war, unter dessen Leitung die strittigen Durchsuchungen durchgeführt wurden, im vorliegenden Fall als eine Person angesehen werden konnte, die über den „Kontext“ informiert war, in dem dies stattfand, nämlich die Eröffnung einer Untersuchung wegen Urkundenfälschung, Vertrauensmissbrauch und Ausstellen von unge-



deckten Schecks. Hierdurch hätte er sich vergewissern können, dass die Durchsuchung sich auf die Ermittlung dieser Straftaten begrenzte, und etwaige Missbräuche dabei anprangern können, so dass eine Kontrolle über die Reichweite der durchgeführten Durchsuchungen und Beschlagnahmen ausgeübt werden konnte.

49. Der Gerichtshof stellt jedoch fest, dass der Beschwerdeführer bei keiner der Durchsuchungen anwesend war. Dies gilt insbesondere für diejenige, die an seinem Privatwohnsitz durchgeführt wurde und die einzige war, für die dem Gerichtshof Präzisionen erteilt wurden. Der Beschwerdeführer war abwesend, und es ist nicht ersichtlich, dass die Untersuchungsbeamten versucht haben, ihn über ihre Anwesenheit, ihre Aktion und ihre Absichten zu informieren, nachdem sein Sohn ihnen mitgeteilt hatte, dass er während des Tages abwesend sein würde. Bei dem Hausmeister, den sie hinzuzuziehen, damit er als Zeuge auftreten konnte, kann angesichts des vollständigen Fehlens einer Präzisierung des Durchsuchungsbefehls vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden, dass er ausreichende Informationen über die der Aktion zugrunde liegenden Verfolgungen erhalten hätte.

50. Überdies stellt der Gerichtshof fest, dass kein Inventar der Objekte erstellt wurde, die in den Räumen der vom Beschwerdeführer geleiteten Handelsgesellschaften beschlagnahmt wurden. Wenn die Regierung erklärt, diese Situation sei dadurch gerechtfertigt, dass zahlreiche Belege und Dokumente beschlagnahmt worden seien, kann der Gerichtshof dies im vorliegenden Fall nur bedauern, denn wenn weder die Vermerke auf dem Durchsuchungsbefehl noch die Anwesenheit des Beschwerdeführers vor Ort die tatsächliche und vollständige Kontrolle gewährleisten konnten, die über die Reichweite der Durchsuchung musste vorgenommen werden können, hat der Betroffene somit nicht jedes beschlagnahmte Objekt vernünftig identifizieren können. Ein solches Inventar hätte es jedoch zumindest dem Beschwerdeführer erlaubt, a posteriori die Freigabe der beschlagnahmten Objekte zu beantragen (auf der Grundlage von Art. 61 quater der Strafprozessordnung), und dieses teilweise Fehlen eines Inventars hat die nachträgliche Kontrolle besonders erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Der Umstand, dass diese Formalität nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, ist diesbezüglich ohne Bedeutung.

51. Der Gerichtshof gelangt zu der Schlussfolgerung, dass die Regierung nicht bewiesen hat, dass im vorliegenden Fall ein billiger Interessenausgleich gewahrt wurde. Er schlussfolgert daraus, dass die strittigen Maßnahmen keine in einem vernünftigen Verhältnis zur Verfolgung der angestrebten rechtmäßigen Ziele stehenden Mittel darstellten, angesichts des Interesses der demokratischen Gesellschaft die Achtung vor der Wohnung zu gewährleisten. Es liegt somit ein Verstoß gegen Art. 8 der Konvention vor.

## Verfassungsrecht

GG Art. 2 Abs. 1

1. Die Strafprozessordnung erlaubt die Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und hierauf gespeicherten Daten als Beweisgegenstände im Strafverfahren (Ls).
2. Bei Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten muss der Zugriff auf für das Verfahren bedeutungslose Informationen im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden (Ls).
3. Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten (Ls).

BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02

A. Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Durchsuchung und Beschlagnahme des elektronischen Datenbestands einer Rechtsanwaltskanzlei und einer Steuerberatungsgesellschaft im Rahmen eines gegen einen der Berufsträger gerichteten Ermittlungsverfahrens. ...

II. 1. Die StA ... und die SteuFa ... führen ein Ermittlungsverfahren gegen den Beschwerdeführer zu 2). Dieser ist Rechtsanwalt und Steuerberater. Er ist Sozius der gemeinschaftlichen Rechtsanwaltskanzlei der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) sowie Prokurist und Mitgesellschafter der unter gleicher Adresse firmierenden Beschwerdeführerin zu 4), einer Steuerberatungsgesellschaft. ...

3. Die Durchsuchung wurde ... in den zumindest teilweise gemeinsam von den Soziern genutzten Räumen der Rechtsanwaltskanzlei und der Steuerberatungsgesellschaft durchgeführt. Hierbei wurden schriftliche Unterlagen ... und drei Computer im „Büro R.“, im „Büro U.“ sowie im „Empfangsbereich/Archiv“ sichergestellt. Ferner erstreckte sich der Zugriff auf „diverse Daten, auf eigenen Medien gespeichert“. Dabei handelte es sich um vor Ort von den Ermittlungsbeamten angefertigte Kopien aller Daten auf den Festplatten von Computern der Rechtsanwaltskanzlei und der Steuerberatungsgesellschaft. ...

III. 1. Die Beschwerdeführer rügen mit der Verfassungsbeschwerde die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 und 2 GG. Sie wenden sich in erster Linie „gegen die sich aus den Beschlüssen des LG ergebende Beschlagnahme“. ...

C. Die angegriffenen Beschlüsse des LG Hamburg vom 14., 20. und 25.6.2002 verletzen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.

Die Beschlagnahme des Datenbestands der Beschwerdeführer ist am Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG zu messen (I.). Das strafprozessuale Eingriffsregime ermöglicht zwar grundsätz-



ten Beträge wurden mit Beschluss des AG München vom 2. 9. 2003 beschlagnahmt. Es erging eine Pfändungsanordnung der StA, wonach der Drittschuldnerin Y-Bank verboten wird, die Beträge an die Z-GmbH auszusahlen.

Die gegen den Beschlagnahmebeschluss des AG gerichtete Beschwerde war erfolgreich.

Aus den Gründen: Nach Art. 59 des EGV werden „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedsstaaten ... schrittweise aufgehoben“. Nach Art. 60 EGV unterfallen die verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten grundsätzlich und inhaltlich den in Art. 59 gemeinten Dienstleistungen.

Die Frage, ob die Freizügigkeit innerhalb des Gemeinschaftsgebiets uneingeschränkt auch für die hier in Rede stehenden Dienstleistungen Geltung beanspruchen darf, ist freilich umstritten. Aus einem von der Verteidigung vorgelegten Gutachten der Rechtsanwälte T, an deren Kompetenz und Objektivität zu zweifeln, das Gericht keine Veranlassung hat, ergibt sich der derzeitige Stand des rechtlichen Diskurses vor dem EuGH. Danach steht letztlich, unabhängig von Erwägungen über die Verhältnismäßigkeit, die Einschränkung der Freizügigkeit in dem hier einschlägigen Bereich unter dem – verkürzt ausgedrückt – Vorbehalt der Frage, ob ein Staat kraft einer Wertentscheidung, etwa zum Zwecke der Bekämpfung oder Eindämmung der Spielsucht, innerhalb des Geltungsbereichs seiner Gesetze das Glücksspiel generell untersagt. In solchen Fällen soll es auch unter der Geltung des EG-Vertrags möglich sein, Dienstleistungen der verfahrensgegenständlichen Art zu verbieten oder an besondere Erlaubnisse zu binden. Diese Argumentation überzeugt. Sie führt im vorliegenden Falle zu der Feststellung, dass eine Bindung der Wettveranstaltung an eine gesonderte Erlaubnis deutscher Behörden oder gar ein Verbot von Sportwetten trotz vorliegender Erlaubnis eines anderen EG-Staates gegen die EG-Verbindungen und Art. 59 EGV verstieße. Denn in der BR Deutschland sind Werten, auch Sportwetten, nach Maßgabe behördlicher Erlaubnis generell zulässig. Die Wettveranstaltungen werden sogar in allen Medien nachdrücklich beworben, nicht zuletzt auch unter dem Aspekt, dass ein Teil der Einnahmen gemeinnützigen Zwecken zufließen. Dem Gesichtspunkt der Bekämpfung bzw. Eindämmung der Spielsucht kommt dabei, worauf das oben angeführte Gutachten zu Recht hinweist, keinerlei Bedeutung zu.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass in Deutschland die Werten (Lotterie, Sportwetten) mit Ausnahme der Pferdewetten unter staatlicher, nämlich landesrechtlicher Monopolregie stehen. Entscheidend für diese Regelung sind jedoch nicht etwa rechtsethische oder ordnungspolitische Erwägungen, sondern vor allem fiskalische Gesichtspunkte. Im Hinblick auf die in Deutschland geltende Regelung ist es jedenfalls nicht gerechtfertigt, privatrechtlich geführte Wettveranstaltungen unter der Geltung des EG-Rechts an eine besondere deutsche Erlaubnis zu binden, wenn, wie hier, eine österreichische Erlaubnis vorliegt ...

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt M. Arendts, M. B. L.-HSG, Grünwald)

Anm. d. Schriftlgt.: Die Herstellung des freien Dienstleistungsverkehrs ist nach dem EG-Vertrag i. d. F. des Vertrags von Amsterdam nunmehr in Art. 49 ff. EG (ex-Art. 59 ff. EGV) geregelt. Zur Beurteilung von Sportwetten unter dem Gesichtspunkt des EG-rechtlichen Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit s. auch EuGH EuZW 2000, 151 m. Anm. Stein. Speziell zum Verhältnis von § 284 StGB einerseits zu Art. 49 EG andererseits s. weiterhin OVG Münster NVwZ-RR 2003, 351: Eine im EU-Ausland erteilte Erlaubnis zum Betreiben von Sportwetten stellt keine Erlaubnis i. S. des § 2 NWSportWG dar, ohne dass dies gegen die in Art. 49 EG normierte Dienstleistungsfreiheit verstößt. – Entsprechend zum Verhältnis § 284 StGB/Art. 59 EGV bereits OLG Köln GRUR 2000, 538: Die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr stehen einer nationalen, am Allgemeininteresse ausgerichteten und diese zugleich rechtfertigenden Regelung über die Veranstaltung von Glücksspielen (hier: auf Grund des b. Gesetzes zur Reform des Strafrechts) nicht entgegen.

## Strafverfahrensrecht

### 11. Durchsuchung – Anfangsverdacht

#### StPO § 94 II

1. Den Anfangsverdacht hat der für die vorherige Gestattung der Durchsuchung oder deren nachträgliche Kontrolle zuständige Richter zu prüfen. Es ist seine Aufgabe und Pflicht, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa nur die Anträge der Staatsanwaltschaft nach einer pauschalen Überprüfung gegenzuzeichnen.

2. Der Anfangsverdacht als Eingriffsvoraussetzungen i. S. des § 94 II StPO muss eine Tatsachengrundlage haben, aus der sich die Möglichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten ergibt, ohne dass es auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit ankommt, nur eine bloße Vermutung reicht nicht aus. Andererseits muss sich aus den Umständen, die den Anfangsverdacht tragen, nicht bereits eine genaue Tatkonkretisierung ergeben. (Ls d. Schriftlgt.)

BVerfG (3. Kammer des Zeiten Senats), Beschl. v. 23. 1. 2004 – 2 BvR 766/03

Zum Sachverhalt: Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendete sich der Bf. gegen die Anordnung einer Durchsuchung. Sie blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen (§ 93 a II BVerfGG), weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat.

1. Wird die Durchsuchung – meist ohne vorherige Anhörung des Betr. – angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betr. angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121 = NSStZ 2001, 382). Dies setzt eine eigenverantwortliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen voraus; die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. BVerfGE 57, 346 [355] = NJW 1981, 2111).

Norwändiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren ist der Verdacht einer Straftat. Diesen Verdacht hat der für die vorherige Gestattung des behördlichen Eingriffs oder dessen nachträgliche Kontrolle zuständige Richter zu prüfen. Es ist seine Aufgabe und Pflicht, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa nur die Anträge der StA nach einer pauschalen Überprüfung gegenzuzeichnen. Zur richterlichen Einzelentscheidung gehören eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall. Schematisch vorgenommene Anordnungen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht.

Der Anfangsverdacht als Eingriffsvoraussetzung i. S. des § 94 II StPO muss eine Tatsachengrundlage haben, aus der sich die Möglichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten ergibt, ohne dass es auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit ankommt; nur eine bloße Vermutung würde nicht ausreichen (vgl. BVerfGE 44, 353 [381 f.] = NJW 1977, 1489; BVerfGE 59, 95 [97 f.]). Andererseits muss sich aus den Umständen, die den Anfangsverdacht tragen, nicht bereits eine genaue Tatkonkretisierung ergeben. Ein Eingreifen des BVerfG ist nur geboten, wenn die Auslegung und Anwendung der einfach-rechtlichen Bestimmungen über die prozessualen Voraussetzungen des Verdachts (§§ 152 II, 160 I StPO) als Anlass für die strafprozessuale Zwangsmaßnahme und die strafrechtliche Bewertung der Verdachtsgründe objektiv willkürlich sind oder Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Grundrechte des Bf. beruhen (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 ff.] = NJW 1964, 1715).



und st. Rspr.). eine ins Einzelne gehende Nachprüfung des von den Fachgerichten angenommenen Verdachts ist nicht Sache des BVerfG (vgl. BVerfGE 95, 96 [128] = NJW 1997, 929).

Gemessen daran liegt dem amtsgerichtlichen Durchsuchungsbeschluss eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Verdachtsannahme zu Grunde. Bestanden nach Aktenlage Zweifel, ob ausländische Kapitaleinkünfte erklärt wurden, kann dies den Verdacht einer Steuerhinterziehung begründen. Das AG hat seine Annahme mit konkreten Tatsachen belegt. Das LG hat sie im Beschwerdeverfahren nochmals geprüft. Das Ergebnis der Beurteilung der tatsächlichen Anhaltspunkte entzieht sich einer Überprüfung durch das BVerfG, denn es hat nicht seine eigene Wertung nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen. Ob in jeder Hinsicht eine zutreffende Gewichtung vorgenommen wurde oder ob eine andere Beurteilung näher gelegen hätte, unterfällt nicht seiner Entscheidung (vgl. BVerfGE 95, 96 [141] = NJW 1997, 929).

2. Die allgemein gehaltene Beschlagnahmeanordnung des AG hatte nur die Bedeutung einer Richtlinie für die Durchsuchung (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zeiten Senats], NSiZ 2002, 212 [213]). Sie war noch keine wirksame Beschlagnahmeanordnung. Darauf hat das LG zutreffend hingewiesen.

Anm. d. Schriftl.: Vgl. auch LG Halle, NSiZ 2001, 276.

## 12. Anfechtung der Einstellung wegen Geringfügigkeit StPO § 153 II

1. Der Beschluss, mit dem das Gericht das Verfahren gem. § 153 II StPO einstellt, ist mit der der Beschwerde anfechtbar, wenn eine prozessuale Voraussetzung für die Einstellung fehlt.

2. Zur Verwirkung dieser Anfechtungsmöglichkeit

OLG Hamm, Beschl. v. 13. 11. 2003 – 4 Ws 578–578/03

Zum Sachverhalt: Dem ehemaligen Angekl. war mit Anklageschriften der StA Paderborn vom 10. 12. 2001 und vom 15. 1. 2002 zur Last gelegt worden, am 30. 10. 2001 gemeinschaftlich handelnd eine versuchte schwere räuberische Erpressung in Tateinheit mit einer gefährlichen Körperverletzung begangen zu haben. Am Tatort sollen sie gemeinsam mit weiteren Mittätern von dem Zeugen die Zahlung von 1000 \$ für „den Ausstieg“ aus der gemeinsamen Diebesbande verlangt haben. Als der Zeuge sich weigerte, soll der ehemalige Angekl. T ihm mit einem Schraubendreher fünf Mal in den Rücken gestochen haben. Der ehemalige Angekl. M soll ihn mit einem Messer bedroht und mit Fäusten ins Gesicht geschlagen haben. Trotz dieser massiven Gewaltanwendungen zahlte das Opfer nicht. Es gelang ihm wegzulaufen. Durch Beschlüsse vom 4. 3. 2003 wurden die Anklagen zugelassen, beide Verfahren verbunden und das Hauptverfahren vor dem *Jugend-schöffenGer. Höxter* eröffnet.

In der Hauptverhandlung vom 26. 3. 2002 – der Geschädigte war als Zeuge nicht erschienen – verwies das *Jugend-schöffenGer.* ohne Durchführung der Beweisaufnahme „nach ausführlicher Erörterung der Sach- und Rechtslage und Anhörung der Beteiligten nach Beratung“ das Verfahren gem. § 270 StPO (dessen Voraussetzungen erkennbar nicht vorlagen) an das LG Paderborn. Dies wurde damit begründet, dass im Falle einer möglichen Verurteilung und der möglichen Anwendung von Erwachsenenstrafrecht bei den heranwachsenden Angekl. eine Mindest-Freiheitsstrafe von 5 Jahren zu verhängen sei und damit die Strafgewalt des AG überschritten wäre. Die *Jugendkammer*, die sich offensichtlich durch diese Verweisung – zu Unrecht – gebunden fühlte, bestimmte daraufhin Termin zur Hauptverhandlung auf den 20. 6. 2002. Zu diesem Termin erschien der Geschädigte erneut als Zeuge nicht. Die Angekl. erklärten sich zu einer Äußerung zur Sache nicht bereit. Daraufhin wurden sie um Erklärungen zu einem etwaigen Entschädigungsanspruch gebeten (die ehemaligen Angekl. T und A hatten sich bis zur Verhandlung vor dem *Jugend-schöffenGer.* in Untersuchungshaft befunden). Während der Angekl. M auf Entschädigung verzichtete, gab T keine Erklärung ab. A beantragte ausdrücklich eine solche.

Im Anschluss daran wurde auf Antrag der StA das Verfahren hinsichtlich des Angekl. T gem. § 154 a II StPO auf den Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung beschränkt und anschließend mit Zustimmung aller Beteiligten gem. § 153 II StPO eingestellt. Sodann

vernahm die *Kammer* den Polizeibeamten K, welcher im Ermittlungsverfahren den anderweitig verfolgten M vernommen hatte. Im Anschluss an diese Vernehmung wurden die Verfahren gegen die verbliebenen Angekl. in gleicher Weise wie bei T eingestellt. Ferner wurde festgestellt, dass die Landeskasse verpflichtet sei, die Angekl. M und A für die Verfolgungsmaßnahmen zu entschädigen. Dabei wurde offensichtlich übersehen, dass M zuvor auf eine Entschädigung verzichtet hatte. Bezüglich des Angekl. T wurde eine Entschädigungspflicht abgelehnt, weil dies nicht der Billigkeit entspreche. Mit Schreiben vom 14. 8. 2002 wurden die Angekl. A und M aufgefordert, ihre Entschädigungsansprüche geltend zu machen. In diesem Schreiben wurden sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Entscheidung des Gerichts über die Entschädigung seit 28. 6. 2002 rechtskräftig sei. Daraufhin meldete der frühere Angekl. A mit Schreiben vom 17. 2. 2003 eine Entschädigung in Höhe von 998,04 € an. Ohne dass der Akte eine weitere Bearbeitung nach dem 17. 2. 2003 zu entnehmen ist, legte die StA unter dem 29. 7. 2003, beim LG Paderborn eingegangen am 1. 8. 2003, Beschwerde gegen die Beschlüsse vom 20. 6. 2002, durch die die Verfahren gegen die Angekl. gem. § 154 a II StPO beschränkt und wegen des Vorwurfs der gefährlichen Körperverletzung gem. § 153 II StPO eingestellt worden sind, ein und beantragte gem. § 154 a III 2 StPO die Wiedereinbeziehung des ausgeschiedenen Vorwurfs der versuchten schweren räuberischen Erpressung. Die *Jugendkammer* hat durch Beschluss vom 12. 9. 2003 der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen: Die Beschwerde hat keinen Erfolg, sie ist als unzulässig zu verwerfen.

Dies ergibt sich allerdings nicht aus § 153 II 4 StPO. Nach dieser Bestimmung ist der Beschluss, mit dem das Gericht das Verfahren gem. § 153 II StPO wegen Geringfügigkeit einstellt, zwar grundsätzlich nicht anfechtbar. Die Bestimmung ist aber seit jeher dahin einschränkend ausgelegt worden, dass die Unanfechtbarkeit sich lediglich auf die Ermessensentscheidung über die Einstellung bezieht, die Beschwerde dann jedoch gegeben ist, wenn eine prozessuale Voraussetzung für die Einstellung fehlt, etwa dann, wenn das Verfahren ein Verbrechen zum Gegenstand hat oder wenn eine erforderliche Zustimmung nicht oder nicht wirksam erklärt worden ist (vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 46. Aufl., § 153 Rn 34; *Beulke*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl., § 153 Rn 82; *OLG Hamm*, Beschl. v. 9. 1. 2003 3 Ws 462/02; Beschl. v. 31. 3. 1998 1 Ws 84/98). Die Beschwerde war daher, gestützt auf die Behauptung, Gegenstand des Verfahrens sei ein Verbrechen (versuchte schwere räuberische Erpressung) gewesen, die gesetzlichen Voraussetzungen des § 153 II StPO hätten damit nicht vorgelegen, zulässig. Ihr kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Verbrechen zuvor gem. § 154 a II StPO ausgeschieden worden sei. Denn auch diesem Beschluss fehlte die gesetzliche Grundlage und konnte von der StA deshalb angefochten werden. Die Beschränkung diene nach dem oben aufgezeigten Verfahrensablauf allein dem Zweck, von dem angeklagten und zugelassenen Vorwurf des Verbrechens der versuchten schweren räuberischen Erpressung Abstand zu nehmen, um eine Einstellung des gesamten Verfahrens nach § 153 II 1 StPO zu ermöglichen. Dies erfolgte ohne nachvollziehbare Sachaufklärung. Die Entscheidung erging damit objektiv willkürlich.

Zudem hätte die *Kammer* vor endgültiger abschließender Verfahrenseinstellung den ausgeschiedenen Teil wieder einbeziehen müssen. Dann hätte das Verfahren auch formal wieder den Vorwurf eines Verbrechens zum Gegenstand gehabt.

Der Zulässigkeit der Beschwerde steht auch nicht entgegen, dass die StA der vorläufigen Einstellung in der Hauptverhandlung zugestimmt hat. Denn hinsichtlich ihrer Beschwer gelten für Rechtsmittel der StA, sofern sie sie nicht ausschließlich zu Gunsten des Angekl. eingelegt hat, andere Grundsätze als für den Angekl., weil die StA als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege neben dem Gericht die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und Ordnungsgemäßheit des Verfahrens trägt (vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 28. 3. 1996 – 3 Ws 89/96 –; Beschl. v. 31. 3. 1998 – 1 Ws 84/98 –; *OLG Celle*, NJW 1966, 1330; *LG Krefeld*, NJW 1976, 815; *Meyer-Göfner*, vor § 296 Rn 16 mwN).



vertretenen Bf. keine zu hohen Anforderungen stellen dürfen, sondern dem Vorbringen den konkludent gestellten Antrag entnehmen müssen, er wolle keine Nachteile dadurch erleiden, dass der StVK sein Aufenthalt unbekannt geblieben sei, ohne dass er zu dessen Verschleierung beigetragen habe.

2. Die Verletzung des Grundrechts des Bf. aus Art. 19 IV 1 GG führt zur Aufhebung des Beschlusses des OLG. Das OLG wird erneut zu entscheiden haben, ob dem Bf. der Zugang zur Beschwerdeinstanz auch ohne die verfassungsrechtlich zu beanstandenden, unsachgemäßen Erwägungen verwehrt werden kann. Ob das Verfahren der StVK und der von ihr getroffene Beschluss den Anforderungen des einfachen Rechts und des Verfassungsrechts genügen, hat zunächst das OLG zu prüfen, wenn es die Begründetheit der sofortigen Beschwerde beurteilt. Da damit noch ein fachgerichtlicher Rechtsweg zur Entscheidung über die verfassungsrechtlichen Einwendungen gegen den Beschluss der StVK zur Verfügung steht, ist die Verfassungsbeschwerde insoweit wegen des Grundsatzes der Subsidiarität (§ 90 II BVerfGG) unzulässig (vgl. BVerfGE 104, 220 [237] = NJW 2002, 2456) und wird daher nicht zur Entscheidung angenommen (§ 93 b BVerfGG). Das BVerfG kann sich einer Überprüfung des Beschlusses der StVK erst annehmen, wenn das fachgerichtliche Verfahren bei Wahrung des dem Bf. zu gewährenden effektiven Rechtsschutzes abgeschlossen ist, denn die Wahrung und Durchsetzung der Grundrechte obliegt nach der Funktionenteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst den Fachgerichten (vgl. BVerfGE 104, 220 [236] = NJW 2002, 2456; st. Rspr.).

Anm. d. Schriftlgt.: Zur Notwendigkeit und Umfang der Aufenthaltsermittlung vor Anordnung der öffentlichen Zustellung vgl. OLG Düsseldorf, NSrZ 2003, 167 und KG, Beschl. v. 24. 6. 1998 – 3 Ws 306/98 – Juris.

## 8. Anfangsverdacht bei Durchsuchung – Bestechung im geschäftlichen Verkehr

GG Art. 13, StPO §§ 93 ff., 102 ff., StGB § 299 II; AO § 160 I 1

1. Die Durchsuchung verlangt wegen des Gewichts des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 13 GG als Voraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausgehen.

2. Der Verdacht der Bestechung im geschäftlichen Verkehr lässt sich nicht mit einem für eine Durchsuchungsanordnung ausreichenden Gewicht allein darauf stützen, dass ein Steuerpflichtiger bestimmte Ausgaben nicht als Betriebsausgaben gewinnmindernd geltend macht und den Verwendungszweck und die Zahlungsempfänger nicht offen legt. (Ls d. Schriftlgt.)

BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 9. 2. 2005 – 2 BvR 1108/03

Zum Sachverhalt: Der Bf. war Geschäftsführer der H-GmbH, und er betrieb Geschäfte als Einzelkaufmann unter der Fa. H-Vermietung. Mit den angegriffenen Beschlüssen ordnete das AG die Durchsuchung der Wohnräume des Bf. sowie der Geschäftsräume seines Unternehmens und der H-GmbH an. Der Bf. sei der Bestechung im geschäftlichen Verkehr der Steuerhinterziehung „und anderer Delikte“ verdächtig. Die Durchsuchung diene dem Auffinden von Unterlagen über Privatkonten des Bf., über eingereichte Schecks der H-GmbH, über die Auszahlung der Scheckbeträge an Dritte und über Zuwendungen an Dritte, die zur „Kontaktpflege“ oder als „Beratungshonorare“ gedient hätten. Die H-GmbH habe dem Bf. während dreier Jahre wiederholt Schecks über einen Gesamtbetrag von ungefähr 2,36 Mio. DM ausgestellt, dabei einen Verwendungszweck nicht angegeben und die Beträge in der Buchhaltung auf einem Konto für „nicht abzugsfähige Betriebsausgaben“ erfasst. Der Bf. habe dem Finanzamt mitteilen lassen, die Beträge seien für Zuwendungen an frühere leitende Angestellte verwendet worden zum Zwecke der Kontaktpflege und als Beratungsaufwendungen. Das AG führte aus, es bestehe der Verdacht, dass die Zahlungen tatsächlich als Gegenleistungen für unlautere Bevorzungen gedient hätten, weil Beratungsaufwendungen steuerlich hätten abgesetzt werden können. Der Geschäftsführer einer weiteren Gesellschaft, an der der Bf. eine Minderheitsbeteiligung halte, habe eingeräumt, dass er Geschäftspartner jener Gesellschaft mit geschenkten Kraftfahrzeugen bestochen habe. Die Empfänger der Zahlungen des Bf. seien zudem

der Steuerhinterziehung und der Bf. der Beihilfe hierzu verdächtig. Die hiergegen eingelegte Beschwerde verwarf das LG mit dem angegriffenen Beschluss. Die Auszahlungen von insgesamt rund 2,3 Mio. DM seien durch Barschecks an den Bf. gelangt. Anders als bei sonstigen Auszahlungen sei ein Verwendungszweck nicht angegeben worden. Dass der Dritte eine Bestechung eingeräumt habe, zeige, dass es im geschäftlichen Umfeld des Bf. zu Bestechungstaten gekommen sei.

Die Verfassungsbeschwerde des Bf. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: ... V. Soweit die Verfassungsbeschwerde die Durchsuchung der Wohnung des Bf. und der von ihm als Einzelkaufmann benutzten Geschäftsräume betrifft, wird sie zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Bf. angezeigt ist (§ 93 a II b BVerfGG). Zu dieser Entscheidung ist die Kammer berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das BVerfG bereits entschieden sind und die Verfassungsbeschwerde insoweit offensichtlich begründet ist (§ 93 c I BVerfGG).

Soweit die Beschlüsse des AG die Durchsuchung der Wohn- und Geschäftsräume des Bf. betreffen und der Beschluss des LG diese Beschlüsse bestätigt, ist der Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG verletzt.

1. Damit die Unverletzlichkeit der Wohnung durch eine vorbeugende richterliche Kontrolle gewahrt werden kann, hat der Ermittlungsrichter die Durchsuchungsvoraussetzungen eigenverantwortlich zu prüfen. Erforderlich ist eine konkret formulierte, formelhafte Wendungen vermeidende Anordnung, die zugleich den Rahmen der Durchsuchung abstecken und eine Kontrolle durch ein RechtsmittelGer. ermöglichen kann (vgl. BVerfGE 42, 212 [220 f.]; BVerfGE 103, 142 [151 f.] = NJW 2001, 1121 = NSrZ 2001, 382). Das Gewicht des Eingriffs verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353 [371 f.] = NJW 1977, 1489; BVerfGE 59, 95 [97]).

2. Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Beschlüsse nicht gerecht.

a) Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung sind die Durchsuchungsbeschlüsse des AG in der Gestalt der Beschwerdeentscheidung des LG. ...

c) Der Verdacht der Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 II StGB) lässt sich nicht mit einem für eine Durchsuchungsanordnung ausreichenden Gewicht allein darauf stützen, dass ein Steuerpflichtiger bestimmte Ausgaben nicht als Betriebsausgaben gewinnmindernd geltend macht und den Verwendungszweck und die Zahlungsempfänger nicht offen legt. Das liefe auf einen Generalverdacht gegenüber so Handelnden hinaus, für den sich eine rechtliche Grundlage nicht finden lässt. Die Angabe des Zahlungsempfängers ist steuerrechtlich nicht geboten, und ihr Unterlassen ist nicht strafbewehrt. Wer die Empfängerbezeichnung verweigert, nimmt lediglich hin, dass die Berücksichtigung als gewinnmindernde Ausgabe unterbleibt (§ 160 I 1 AO). Die von dem Bf. geführte Gesellschaft hatte von vornherein darauf verzichtet, die fraglichen Zahlungen als Betriebsausgaben geltend zu machen, und damit die Rechtsfolge einer verweigerter Auskunft vorweggenommen. Sie durfte so handeln, ohne gegen steuerrechtliche Normen zu verstoßen und ohne dass die Verantwortlichen dadurch Straftatbestände erfüllt hätten. Aus einem nicht strafbaren und auch darüber hinaus rechtmäßigen Verhalten auf das Begehen einer Straftat zu schließen, hätte weiterer Anhaltspunkte bedurft. Der Verweis auf Bestechungsfälle „im geschäftlichen Umfeld“ des Bf. reicht dazu nicht aus. Die gegen den Bf. gerichtete Vermutung wird dadurch nicht zum Verdacht erhärtet, weil nicht erkennbar wird, wie der Bf. an den von dem weiteren Beschuldigten eingeräumten Bestechungstaten beteiligt gewesen sein könnte oder wie sie ihm wenigstens nützlich gewesen sein könnten. Die Zahlung beträchtlicher Beträge ohne Dokumentation des Zwecks und der Empfänger allein legt eine Bestechungstat nicht nahe. Auch Schutzgeldzahlungen und das Erfüllen er-



presserischer Forderungen werden mit der Rechtsfolge aus § 160 I S. 1 AO so in die Buchhaltung aufgenommen, weil der Empfänger entweder unbekannt ist oder zu seiner Geheimhaltung genötigt hat. Zur Annahme eines gegen den Bf. gerichteten Bestechungsverdachts hätte es weiterer Anhaltspunkte wie z. B. der Kenntnis der Zahlungsempfänger oder des Zwecks der Zahlungen bedurft. Eine Durchsuchung darf indes nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind, denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus.

Die angeführten Gesichtspunkte stehen auch einer auf Beihilfe zur Steuerhinterziehung gerichteten Verdachtsannahme entgegen. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob allein aus dem Verdacht einer Bestechungstat mit einer für eine Wohnungsdurchsuchung ausreichenden Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden darf, dass der Empfänger der unlauteren Zuwendung diese in seiner Steuererklärung nicht angibt.

Anm. d. Schriftlfg.: Zum erforderlichen Anfangsverdacht für eine Durchsuchung vgl. auch *BVerfG* (3. Kammer des Zweiten Senats), NSz-RR 2004, 143 und 2002, 172.

## 9. Entscheidung über die Vereidigung

StPO § 59 I (n. F.), 238 I, II

Die Neufassung der Vorschriften über die Vereidigung, namentlich des § 59 I StPO hat nichts daran geändert, dass auf Grund der Prozessleitungsbefugnis des Vorsitzenden dieser zunächst allein im Wege der Anordnung nach § 238 I StPO darüber entscheidet, ob ein Zeuge nach seiner Vernehmung zu vereidigen ist oder unvereidigt bleibt. (Ls d. Schriftlfg.)

*BGH, Beschl. v. 30. 3. 2005 – 1 StR 67/05 (LG Bamberg)*

Zum Sachverhalt: Die Revision des Angekl. wurde als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben hatte.

Aus den Gründen: Ergänzend bemerkt der Senat zur Rüge, über die Nichtvereidigung der Zeugen sei nicht durch Gerichtsbeschluss, sondern allein vom Vorsitzenden der StrK entschieden worden:

Die Hauptverhandlung gegen den Angekl. fand am 30. 9. 2004 statt, mithin nach Inkrafttreten des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24. 8. 2004 (BGBl. I S. 2198). Mit diesen Neuregelungen wurde unter anderem auch die bis zum 31. 8. 2004 im Strafverfahren geltende Regelvereidigung abgeschafft. Nach § 59 I StPO nF sind Zeugen danach nur dann zu vereidigen, wenn es das Gericht wegen der Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Bekundung für erforderlich erachtet (vgl. auch BT-Dr. 15/1508. S. 23; s. hierzu auch *BGH, Beschl. v. 15. 2. 2005 – 1 StR 584/04*).

Die Neufassung der Vorschriften über die Vereidigung hat nichts daran geändert, dass auf Grund der Prozessleitungsbefugnis des Vorsitzenden dieser zunächst allein im Wege einer Anordnung, zu der ihn § 238 I StPO ermächtigt, darüber entscheidet, ob ein Zeuge nach seiner Vernehmung zu vereidigen ist oder unvereidigt bleibt (*BGH, Beschl. v. 20. 1. 2005 – 3 StR 455/04*). Daher kann dahinstehen, ob vorliegend, worauf die Hauptverhandlungsniederschrift hindeutet, der Vorsitzende im Einvernehmen mit den anderen Mitgliedern der StrK oder nur allein entschieden hat. Jedenfalls setzt die Zulässigkeit einer entsprechenden Verfahrensrüge voraus, dass der Angekl. oder seine Verteidiger die Entscheidung in der Hauptverhandlung beanstanden und gem. § 238 II StPO einen ausdrücklichen Beschluss des Gerichts herbeiführen (*BGHR StPO § 59 I Entscheidung, fehlende 2; BGHR StPO*

§ 238 II Vereidigung 1 mwN; *BGH, NSz* 1997, 198; *Beschl. v. 20. 1. 2005 – 3 StR 455/04*).

Daran fehlt es hier, so dass die Rüge bereits unzulässig ist und ohne Erfolg bleibt.

Anm. d. Schriftlfg.: Zu den strafrechtlichen Neuerungen im 1. Justizmodernisierungsgesetz vgl. *Knauer/Wolf, NJW* 2004, 2932 und *Huber, Jus* 2004, 970.

## 10. Keine Zurückverweisung durch das Berufungsgericht

StPO §§ 154 a, 296, 328 I, II, 333

1. Verweist das Landgericht als Berufungsgericht ein Verfahren zu Unrecht an das Amtsgericht zurück, ist der Angeklagte hierdurch beschwert.

2. Hat das Amtsgericht in der Haupthandlung Teile einer (prozessualen) Tat gem. § 154 a StPO eingestellt, muss das Berufungsgericht auch dann über diese Tatteile entscheiden, wenn ihre Wiedereinbeziehung erst in der Berufungsinstanz erfolgt. Für eine Zurückverweisung an das Amtsgericht ist kein Raum.

*OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22. 2. 2005 – 2 Ss 236/04*

Zum Sachverhalt: Im Strafbefehl des AG M vom 21. 3. 2004 wurden dem Angekl. tatmehrheitlich begangene Vergehen der fahrlässigen Trunkenheit im Verkehr (Ziffer 1 des Strafbefehls) und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in drei Fällen (Ziffern 2–4 des Strafbefehls), davon in einem Fall in Tateinheit mit versuchtem gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr, vorgeworfen. Auf seinen hiergegen eingelegten, hinsichtlich des Trunkenheitsvorwurfs auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Einspruch verurteilte ihn das AG M am 8. 7. 2004 wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe und entzog ihm unter Anordnung einer Sperrfrist nach §§ 69, 69 a StGB seine Fahrerlaubnis. Bezüglich der übrigen Vorwürfe war das Verfahren in der Hauptverhandlung mit Zustimmung der StA gem. § 154 a StPO eingestellt worden. Auf die Berufung den StA, die zugleich die Wiedereinbeziehung der ausgeschiedenen Teile der Tat gem. § 154 a III 2 StPO beantragte, hob das LG F mit der angefochtenen Entscheidung vom 6. 10. 2004 das Urteil des AG M im Rechtsfolgenausspruch auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die angeklagten (und wieder einzubeziehenden) Widerstandshandlungen, an das AG zurück. Die hiergegen gerichtete Revision des Angekl. mit der er die unterbliebene Sachentscheidung des LG und die Zurückverweisung an das AG beanstandet, führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

Aus den Gründen: II. 1. Die Revision ist zulässig.

a) Obwohl das Urteil des LG keine Sachentscheidung enthält, beschwert es den Angekl. Eine Beschwerde als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels liegt vor, wenn die ergangene Entscheidung den Bf. in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt und einen unmittelbaren Nachteil für ihn enthält (*BGHSt* 16, 374 = *NJW* 1962, 404; *Ruß* in: *KK-StPO*, 5. Aufl. vor § 296 Rn 5). Grundsätzlich bestimmt sich die Beschwerde nach dem Urteilsspruch selbst als dem entscheidenden Teil des Urteils (vgl. *BGHSt* 7, 153; *BGHSt* 13, 75). Im Anwendungsbereich des § 328 II StPO wird dabei für den (ähnlich gelagerten) Fall, dass das BerGer. ein Urteil des Erstgerichts wegen dessen Unzuständigkeit aufhebt und die Sache an das seiner Auffassung nach zuständige Gericht höherer Ordnung verweist, die Beschwerde darin gesehen, dass das BerGer. nicht die dem Angekl. günstigste, von ihm erstrebte Sachentscheidung erlässt, sondern die Sache an ein anderes Gericht verweist. Denn der Angekl. hat in Form eines erstinstanzlichen Urteils schon eine Rechtsposition erlangt, in die durch Aufhebung dieses Urteils zu seinem möglichen Nachteil eingegriffen wird; darauf, ob die spätere abschließende Entscheidung dem Angekl. zum Vorteil gereicht, kommt es für die Frage der Beschwerde nicht an (*BGH, NJW* 1975, 1236). Ferner liegt eine Beschwerde des Angekl. außerdem darin, dass eine gesetzlich nicht vorgesehene Verweisung



wendung des Messers zur Duldung des Geschlechtsverkehrs und anderer sexueller Handlungen. In einem weiteren Fall scheiterte bereits sein Raubvorhaben an der Gegenwehr des Tatopfers. Danach hat zwar das LG den Angekl. in Bezug auf die Wegnahmehandlungen jeweils zu Recht wegen schweren Raubes bzw. versuchten schweren Raubes verurteilt; die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen versuchten Einbruchsdiebstahls kann jedoch daneben keinen Bestand haben. Das gesamte Tatgeschehen stellt eine einheitliche Handlung dar (vgl. BGHSt 21, 78 [79] = NJW 1966, 1930). Der ursprüngliche Wegnahmeentschluss blieb bestehen, der Angekl. fasste lediglich hinsichtlich des Mittels, das gleichbleibende Ziel zu erreichen, einen neuen Entschluss. Damit ist bereits die Annahme von Tateinheit nicht gerechtfertigt. Zwischen den Raubtaten und dem versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl besteht indes auch keine Tateinheit, sondern Gesetzeskonkurrenz, da der Tatbestand des Diebstahls, und zwar auch in den Formen der §§ 243, 244 StGB, für den Raub keine selbständige Bedeutung mehr besitzt und in diesem aufgeht (BGHSt 20, 235 [237/238] = NJW 1965, 1922; Senatsbeschl. v. 25. 2. 1994 – 4 StR 34/94; vgl. auch Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 249 Rn 13; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., § 249 Rn 23). Tateinheit kommt lediglich bei vollendetem Diebstahl und versuchtem Raub in Betracht (BGHSt 21, 78 [80]).

Die Verurteilung wegen der versuchten Straftaten nach § 244 StGB muss daher entfallen. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. Dies führt zum Wegfall der insoweit verhängten Einzelfreiheitsstrafen von je einem Jahr und sechs Monaten in den Fällen II. 1., 2., 4. und 5. und von zwei Jahren im Fall II. 3. der Urteilsgründe. Der Ausspruch über die Gesamtstrafe kann hingegen bestehen bleiben. Der Senat schließt in Anbetracht der verbleibenden Einzelstrafen (in Höhe von 9 Monaten bis zu 7 Jahren und 6 Monaten Freiheitsstrafe, in der Addition 35 Jahre und 3 Monate Freiheitsstrafe) aus, dass das LG bei zutreffender Bewertung des Konkurrenzverhältnisses auf eine niedrigere Gesamtstrafe erkannt hätte. Jedenfalls erachtet der Senat entsprechend den Ausführungen des GBA die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe für angemessen i. S. des § 354 I a StPO (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 2. 12. 2004 – 3 StR 273/04 [z. Veröff. in BGHSt bestimm], v. 8. 12. 2004 – 1 StR 483/04 und v. 23. 2. 2005 – 1 StR 554/04). ...

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. auch BGH, NSz-RR 1998, 235.

## Strafverfahrensrecht

### 6. Anforderungen an die Begründung eines Durchsuchungsbeschlusses

GG Art. 13, 104; StPO §§ 102, 103

1. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine richterliche Durchsuchungsanordnung.

2. Dass für einen anderen Beurteiler ein konkretisierbarer und dem Durchsuchungsbeschluss gegebenenfalls zu Grunde liegender Verdacht einer Straftat aus den Akten zu entnehmen sein mag, kann den Ermittlungsrichter nicht der Mitteilung und Bewertung des aus seiner Sicht maßgeblichen Verdachts entheben. Der durch den Richtervorbehalt bezweckte Schutz liefe leer, wenn es ausreichend wäre, dass eine Durchsuchungsanordnung – im Wege der Nachbesserung – verfassungsrechtlichen Anforderungen möglicherweise hätte genügen können. (Ls d. Schriftlgt.)

BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 9. 2. 2005 – 2 BvR 984/04, 1018/04 und 1030/04

Zum Sachverhalt: Die Verfassungsbeschwerden betreffen strafprozessuale Durchsuchungen. Sie richten sich jeweils gegen dieselben letztinstanzlichen Beschlüsse des LG Oldenburg vom 15. 4. 2004 und vom 13. 5. 2004. Der Bf. zu 1. ist Rechtsanwalt; gegen ihn richtet sich das Ermittlungsverfahren, in dem die zu überprüfenden Maßnahmen vorgenommen wurden. Die Bf. zu 2. ist Rechtsanwältin in der Rechtsanwalts- und Steuerberater-GbR, auf deren Geschäftsräume sich der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des AG Oldenburg vom 12. 12. 2003 bezog. Der Bf. zu 3. ist Rechtsanwalt und Notar sowie Partner in der vorgenannten Gesellschaft. Mit drei gleich lautenden Beschlüssen vom 12. 12. 2003 ordnete das AG Oldenburg gem. § 102 StPO die Durchsuchung der Geschäftsräume des Bf. zu 1. und seiner Wohnung sowie die Beschlagnahme bezeichneter – nicht aber konkret bestimmter – Beweismittel an. Die Bf. zu 2. und 3. sind lediglich von einem dieser Beschlüsse betroffen. Zum Tatvorwurf enthalten die am 17. 12. 2003 vollzogenen Beschlüsse – neben der Bezeichnung im Beschlussrubrum „wegen Untreue pp.“ – im Wortlaut lediglich folgende Ausführungen: „Der Beschuldigte steht im Verdacht, zu den Steuerhinterziehungen des I Beihilfe geleistet zu haben. Außerdem steht er im Verdacht, gewerbsmäßig rumänische Arbeiter der Firma C nach Deutschland geschleust zu haben. Des Weiteren besteht der Verdacht, dass er anlässlich seiner Tätigkeit für den Beschuldigten I und die Firmen der Herren Dr. D und Prof. P selbst Steuern hinterzogen hat.“

Das LG Oldenburg verwarf die dagegen eingelegten Beschwerden der Bf. mit Beschluss vom 15. 4. 2004 als unbegründet. Die hiergegen eingelegten Gegenvorstellungen blieben ohne Erfolg.

Die Verfassungsbeschwerde der Bf. führte zur Aufhebung der angegriffenen Beschlüsse.

Aus den Gründen: III. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93 b i. V. mit § 93 a II b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93 c I 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zu Art. 13 I und II GG i. V. mit Art. 19 IV GG hat das BVerfG bereits entschieden. Danach sind die auf die angegriffenen Durchsuchungsbeschlüsse bezogenen Verfassungsbeschwerden (1.) in einem die Entscheidungskompetenz der Kammer begründenden Sinne zulässig (2.) und offensichtlich begründet (3.).

1. Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu 1. und 2. richten sich gegen die angegriffenen Beschlüsse ausdrücklich lediglich „soweit diese die Anordnung der Durchsuchung betreffen“. Eine interessengerechte Auslegung der Verfassungsbeschwerde des Bf. zu 3. ergibt, dass auch diese alleine die auf die Durchsuchung bezogenen Beschlüsse zum Gegenstand hat. ...

2. Die fristgerecht eingegangenen Verfassungsbeschwerden sind zulässig. Der Verfassungsbeschwerde der Bf. zu 2. steht auch nicht der Grundsatz ihrer Subsidiarität entgegen.

a) Dieser verlangt, dass ein Bf. – über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus – auch alle sonstigen prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen hat, die eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen versprechen (vgl. BVerfGE 95, 163 [171] = NJW 1997, 1147). Den Fachgerichten muss die Vorprüfung der mit der Verfassungsbeschwerde vorgetragenen Beschwerdepunkte ermöglicht werden (vgl. BVerfGE 77, 381 [401] = NJW 1988, 1659).

b) Zwar hat die Bf. zu 2. in dem sie betreffenden fachgerichtlichen Beschwerdeverfahren alleine auf das einfach-rechtliche Verhältnis zwischen § 102 StPO und § 103 StPO abgestellt. Sie ist jedoch deswegen nicht daran gehindert, die angegriffenen Beschlüsse auch unter den weiteren in der Verfassungsbeschwerde aufgegriffenen Gesichtspunkten zu rügen. Dem LG Oldenburg lagen für die einheitliche Beschlussfassung wegen der materiellen Erwägungen in den fachgerichtlichen Beschwerden der weiteren Bf. sämtliche auch das Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffenden Beschwerdepunkte zur Prüfung und Entscheidung vor. Dem BVerfG hätte bereits auf dieser Grundlage ein eingehend geprüftes Tatsachenmaterial vorgelegt und die Fallanschauung der Fachgerichte vermittelt werden können (vgl. BVerfGE 86, 382 [386 f.] = NJW 1992, 2749).

3. Die angegriffenen Beschlüsse verletzen die Bf. – soweit sie jeweils hiervon betroffen sind – in ihren Grundrechten aus Art. 13 I und II GG i. V. mit Art. 19 IV GG.

a) Art. 13 I GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung der



Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet. In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. *BVerfGE* 42, 212 [219 f.] = NJW 1976, 1735; *BVerfGE* 59, 95 [97]; *BVerfGE* 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163 = NSz 1997, 447; *BVerfGE* 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121 = NSz 2001, 382). Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Dieser Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. *BVerfGE* 20, 162 [223] = NJW 1966, 1603; *BVerfGE* 57, 346 [355 f.] = NJW 1981, 2111; *BVerfGE* 76, 83 [91] = NJW 1987, 2499; *BVerfGE* 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121 = NSz 2001, 382). Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz die Rechte der Betr. im Einzelfall am besten und sichersten wahren können. Wird die Durchsuchung regelmäßig ohne vorherige Anhörung des Betr. angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betr. angemessen berücksichtigt werden (vgl. *BVerfGE* 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121 = NSz 2001, 382). Dies setzt eine eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen voraus. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. *BVerfGE* 57, 346 [355] = NJW 1981, 2111).

b) Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (vgl. *BVerfGE* 20, 162 [224] = NJW 1966, 1603; *BVerfGE* 42, 212 [220] = NJW 1976, 1735; *BVerfGE* 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121 = NSz 2001, 382). Dazu muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies versetzt den von der Durchsuchung Betr. zugleich in den Stand, die Durchsuchung seinerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten (vgl. *BVerfGE* 42, 212 [221] = NJW 1976, 1735; *BVerfGE* 103, 142 [151 f.] = NJW 2001, 1121 = NSz 2001, 382). Um die Durchsuchung rechtsstaatlich zu begrenzen, muss der Richter die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (vgl. *BVerfGE* 20, 162 [224] = NJW 1966, 1603; *BVerfGE* 42, 212 [220 f.] = NJW 1976, 1735). Der Richter muss weiterhin grundsätzlich auch die Art und den vorgestellten Inhalt derjenigen Beweismittel, nach denen gesucht werden soll, so genau bezeichnen, wie es nach Lage der Dinge geschehen kann. Nur dies führt zu einer angemessenen rechtsstaatlichen Begrenzung der Durchsuchung, weil oft eine fast unübersehbare Zahl von Gegenständen als – wenn auch noch so entfernte – Beweismittel für den aufzuklärenden Sachverhalt in Frage kommen können (vgl. *BVerfGE* 20, 162 [224] = NJW 1966, 1603). Der Schutz der Privatsphäre, die auch von übermäßigen Maßnahmen im Rahmen einer an sich zulässigen Durchsuchung betroffen sein kann, darf nicht allein dem Ermessen der mit der Durchführung der Durchsuchung beauftragten Beamten überlassen bleiben (vgl. *BVerfGE* 42, 212 [220] = NJW 1976, 1735). Ein Durchsuchungsbefehl, der keinerlei tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs enthält und der zudem den Inhalt der konkret gesuchten Beweismittel nicht erkennen lässt, wird rechtsstaatlichen Anforderungen jedenfalls dann nicht gerecht, wenn solche Kennzeichnungen nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ohne weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich sind (vgl. *BVerfGE* 42, 212 [220 f.] = NJW 1976, 1735; *BVerfGE* 44, 353 [371] = NJW 1977, 2255;

*BVerfGE* 45, 82; *BVerfGE* 50, 48 [49]; *BVerfGE* 71, 64 [65]).

c) Art. 19 IV GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. *BVerfGE* 67, 43 [58] = NJW 1984, 2028; stRspr). Der Bürger hat einen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle in allen bestehenden Instanzen (vgl. *BVerfGE* 78, 88 [99] = NVwZ 1988, 718; *BVerfGE* 96, 27 [39] = NJW 1997, 2163 = NSz 1997, 447; stRspr). In Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe – wie beispielsweise der Wohnungsdurchsuchung auf Grund richterlicher Anordnung –, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betr. die gerichtliche Entscheidung in der von der Rechtsordnung vorgesehenen Instanz kaum erlangen kann, gebietet es effektiver Grundrechtsschutz, dass der Betr. Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden, wenn auch nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen (vgl. *BVerfGE* 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163 = NSz 1997, 447). Das RechtsmittelGer. darf ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Bf. „leer laufen“ lassen (vgl. *BVerfGE* 78, 88 [99] = NVwZ 1988, 718; *BVerfGE* 96, 27 [39] = NJW 1997, 2163 = NSz 1997, 447). Diese Erwägungen gelten unabhängig davon, dass die Durchsuchung als solche im Hinblick auf die gegebenenfalls noch nicht abgeschlossene Durchsicht der sichergestellten Gegenstände gem. § 110 StPO noch nicht beendet sein könnte. Jedenfalls der Eingriff in die räumliche Sphäre des Bf. ist bereits erfolgt.

d) Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen tragen die angegriffenen Entscheidungen des *AG Oldenburg* nicht Rechnung.

aa) Soweit die Umschreibung der aufzuklärenden Straftaten betroffen ist, wird der jeweilige Lebenssachverhalt in den Beschlüssen des *AG Oldenburg* vom 12. 12. 2003 nicht hinreichend konkretisiert. Hinsichtlich der Beihilfe zur Steuerhinterziehung erschöpft sich das mitgeteilte Tatgeschehen in der Benennung des Haupttäters; hinsichtlich einer täterschaftlichen Steuerhinterziehung wird lediglich mitgeteilt, dass diese anlässlich einer im Übrigen nicht umschriebenen Tätigkeit für einen weiteren Beteiligten beziehungsweise für im Beschluss genannte Firmen begangen worden sein soll. Angaben zu der jeweils betroffenen Steuerart, den maßgeblichen Einzelbestimmungen im Gesetz (vgl. *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats] NJW 2002, 1941 [1942], zu diesen Mindestangaben bei Steuerstraftaten) sowie zum Tatzeitraum unterbleiben. Soweit der Verdacht gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern betroffen ist, bezieht sich dieser Vorwurf lediglich auf rumänische Arbeiter einer im Beschluss genannten Firma. Auch hier werden in den angegriffenen Beschlüssen weder die den Tatvorwurf begründenden Handlungen noch weitere Tatmodalitäten sowie der relevante Tatzeitraum genannt. Soweit der im jeweiligen Beschlussrubrum enthaltene Vorwurf der Untreue betroffen ist, enthalten die Beschlüsse des *AG Oldenburg* – ungeachtet dessen, dass das *LG Oldenburg* im Beschluss vom 15. 4. 2004 diesen Vorwurf nach Lage der Akten als „nicht schlüssig“ erachtete und das Rubrum auf „Einschleusung von Ausländern“ (beziehungsweise „Schleusung“, vgl. den Beschl. des *LG Oldenburg* vom 13. 5. 2004) änderte – keinerlei Sachverhalt.

bb) Die in den Beschlüssen des *AG Oldenburg* genannten Beweismittel sind nicht dazu geeignet, den Mangel der Konkretisierung auszugleichen; eine Spezifizierung des Tatvorwurfs ist auf dieser Grundlage nicht zu erzielen. Von Bedeutung ist insoweit zudem, dass das *LG Oldenburg* im Beschluss vom 15. 4. 2004 anhand der vorgelegten Akten zu der Feststellung gelangte, dass sich die strafrechtliche Relevanz bestimmte Firmen betreffender Beweismittel nicht erkläre und dieser Umstand seitens der StA „als auf Fehlinformationen beruhend“ erklärt wurde.



cc) Die Fassungen der Durchsuchungsbeschlüsse lassen besorgen, dass eine eigenverantwortliche Prüfung zur Erfüllung der Rechtsschutzfunktion des Richtervorbehalts gem. Art. 13 II GG nicht stattgefunden hat. Der verfassungsrechtlichen Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses wurde nicht Rechnung getragen. Das *AG Oldenburg* hat die Begrenzung des Grundrechtseingriffs den die Durchsuchung durchführenden Beamten überlassen. Dass eine für die Kontrolle des Eingriffs grundsätzlich erforderliche Konkretisierung und Gewichtung des Tatvorwurfs in der Begründung der Beschlüsse nach der Lage des Einzelfalles unmöglich oder aus ermittlungstaktischen Gründen unangebracht gewesen wäre, ist schon im Hinblick darauf, dass die angegriffenen Beschlüsse keine entsprechenden Ausführungen enthalten, auszuschließen.

dd) Im Übrigen bestehen auch aus einem weiteren Grund Bedenken dagegen, dass das *AG Oldenburg* mit der erforderlichen richterlichen Sorgfalt die Eingriffsvoraussetzungen geprüft hat. Es wird nicht erkennbar, ob zwischen den Eingriffsvoraussetzungen für eine Durchsuchung beim Verdächtigen gem. § 102 StPO und der Durchsuchung bei anderen Personen gem. § 103 StPO, wonach eine Durchsuchung nur unter engeren Voraussetzungen zulässig ist (vgl. *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats] NJW 2003, 2669 [2670]), unterschieden wurde. Auch die auf die Geschäftsräume in § bezogene Anordnung wird vom *AG Oldenburg* auf § 102 StPO gestützt; hiernach muss der Verdächtige Allein- oder Mitbesitzer der zu durchsuchenden Räumlichkeiten sein (vgl. *Nack*, in: *KK-StPO*, 5. Aufl., § 102 Rn 8). Zugleich bezieht sich der Beschluss des *AG Oldenburg* auf sämtliche Geschäftsräume der Rechtsanwältin- und Steuerberater-GbR. Ob das Gericht überprüft hat, ob der Verdächtige (Mit-)Besitzer sämtlicher Räumlichkeiten war oder ob bei „anderen Personen“ i. S. des § 103 StPO – insbesondere bei den weiteren Bf. – die dort genannten Voraussetzungen vorlagen, kann nicht festgestellt werden.

e) Die Beschlüsse des *LG Oldenburg* haben den amtsgerichtlichen Verfassungsverstoß fortgesetzt.

aa) Das *LG Oldenburg* hat den Bf. die von Verfassungs wegen gebotene Klärung der Berechtigung der Durchsuchung versagt. Zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Durchsuchung gehört regelmäßig eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende richterliche Anordnung (vgl. *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats], StV 2000, 465 [466]). Das *LG Oldenburg* hat einerseits die Auffassung vertreten, dass die angegriffenen amtsgerichtlichen Entscheidungen hinsichtlich der benannten Straftaten, der zu durchsuchenden Räumlichkeiten und der aufzufindenden Beweismittel rechtsstaatlichen Anforderungen genügt hätten. Ungeachtet dessen, dass das *LG Oldenburg* sich damit zumindest teilweise in Widerspruch zu eigenen Feststellungen gesetzt hat, hat es auf der anderen Seite beanstandet, dass der den Schuldvorwurf begründende Lebenssachverhalt nicht mitgeteilt worden sei. Das *LG Oldenburg* hat jedoch nicht die erforderlichen Folgerungen hieraus gezogen. Von einer Feststellung der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Durchsuchungsbeschlüsse hat es abgesehen. Das *LG Oldenburg* hat damit seine Rechtsschutzaufgabe verletzt.

bb) Begründungsdefizite der amtsgerichtlichen Beschlüsse konnten nicht als unbeachtlich bezeichnet werden.

(1) Die fachgerichtliche Beschwerde des Bf. zu 1. richtete sich in eindeutiger Weise gegen die Durchsuchungsbeschlüsse; hierauf hat der Bf. zu 1. mit seiner Gegenvorstellung nochmals hingewiesen. Gleichwohl hat das *LG Oldenburg* die Mängel der Durchsuchungsbeschlüsse im Beschluss vom 15. 4. 2004 ersichtlich nur hinsichtlich der „verfügbaren Beschlagnahme“ geprüft, welcher sie nicht entgegenstünden. Im Beschluss vom 13. 5. 2004 wird ohne weitere Begründung lediglich darauf hingewiesen, dass die Gegenvorstellung keinen Anlass gegeben hätte, die Entscheidung zu ändern.

(2) Soweit das *LG Oldenburg* darauf hingewiesen hat, dass der Anfangsverdacht der täterschaftlichen Steuerhinterziehung, einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung des Beschuldigten I und der mittäterschaftlichen Einschleusung rumänischer Arbeitnehmer (nur) dem Akteninhalt zu entnehmen sei, vermag dies eine andere Bewertung nicht zu begründen. Dass für einen anderen Beurteiler ein konkretisierbarer und den amtsgerichtlichen Beschlüssen gegebenenfalls zu Grunde liegender Verdacht aus den Akten entnehmbar sein mag, kann den Ermittlungsrichter nicht der Mitteilung und Bewertung des aus seiner Sicht maßgeblichen Verdachts entheben (vgl. *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats] NJW 2002, 1941 [1942]). Der durch den Richtervorbehalt bezweckte Schutz liefe leer, wenn es ausreichend wäre, dass eine Durchsuchungsanordnung – im Wege einer Nachbesserung – verfassungsrechtlichen Anforderungen möglicherweise hätte genügen können (vgl. *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats], StV 2000, 465 [466]). Im Übrigen wird auch in dem landgerichtlichen Beschluss nicht in hinreichender Weise ein für den vorliegenden Eingriff vorausgesetzter Tatvorwurf umschrieben.

(3) Hier verstärken weitere Umstände die Sorge um die verfassungsrechtlich gebotene Eigenverantwortlichkeit einer wirksamen und sorgfältigen richterlichen Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen.

(a) Das fachgerichtliche Beschwerdevorbringen der Bf. ist im Beschluss des *LG Oldenburg* vom 15. 4. 2004 zumindest nicht im vollen Umfang berücksichtigt worden. Hinsichtlich des Bf. zu 1. hat das *LG Oldenburg* den Gegenstand des begehrten Rechtsschutzes verkannt; eine Auseinandersetzung mit der vom Bf. zu 1. vorgetragenen und einschlägigen Rechtsprechung des *BVerfG* hat nicht stattgefunden.

(b) Mit dem Begehren der Bf. zu 2. hat sich das *LG Oldenburg* in lediglich apodiktischer Weise auseinander gesetzt. Die Behauptung, der – auf § 102 StPO gestützte – Durchsuchungsbeschluss habe auch die Durchsuchung der Aktenchränke der Bf. zu 2. sowie des – nach dem Vorbringen der Bf. zu 2. in ihrem Alleingewahrsam befindlichen – Arbeitszimmers gestattet, hat das *LG Oldenburg* nicht begründet. Auf das das Verhältnis zwischen § 102 StPO und § 103 StPO betreffende Vorbringen der Bf. zu 2. ist das *LG Oldenburg* nicht eingegangen. Auch hinsichtlich der durchsuchten Gegenstände ist das Beschwerdevorbringen nicht im vollen Umfang erschöpft worden.

(c) Ob das von den Bf. in den Gegenvorstellungen aufrecht erhaltene Vorbringen vom *LG Oldenburg* umfassend zur Kenntnis genommen und erwogen wurde (vgl. hierzu *BVerfGE* 60, 250 [252]; stRspr), ist zumindest im Hinblick darauf fraglich, dass eine – sich wegen der Entscheidungserheblichkeit des Vorbringens aufdrängende – Begründung des die Gegenvorstellungen zurückweisenden Beschlusses unterblieben ist.

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. zu diesem Thema auch *LG Konstanz*, wistra 2000, 118 m. Anm. *Burkhard*.

## 7. Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung

GG Art. 19 IV; StPO §§ 40 I, 44, 45, 311 II

1. Das Rechtsmittelgericht darf ein von der Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel (hier: sofortige Beschwerde) nicht ineffektiv machen, indem es den Zugang zur weiteren Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert.

2. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn dem Bürger, der ein befristetes Rechtsmittel (hier: sofortige Beschwerde) einlegt, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus Gründen versagt wird, die er nicht zu vertreten hat.

3. Eine ungerechtfertigte Erschwerung zum Zugang der Beschwerdeinstanz liegt ferner vor, wenn das Beschwerdegericht sich vorschnell über auf der Hand liegende Bedenken gegen die Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung des angefochtenen Beschlusses hinwegsetzt und aus diesem Grunde die sofortige Beschwerde wegen Fristversäumnis für unzulässig hält.



und vage Anhaltspunkte hinaus. Es ist äußerst bedenklich, den Verdacht der Steuerhinterziehung allein darauf zu gründen, daß eine dem Verdächtigen nahe stehende Person zu seinen Gunsten über einen großen Geldbetrag verfügt, der nicht aus versteuertem Einkommen stammt. Anderes hatte sich aus den Ermittlungen nicht ergeben: Der Vater der Ehefrau des Bf. gab ein Darlehen, das letztlich dem Geschäftsbetrieb des Bf. vorteilhaft war, ohne daß festgestellt werden konnte, daß der Kapitalbetrag dem Vater zuvor als versteuertes Einkommen zugeflossen war. Daraus abzuleiten, das Geld stamme aus dem Geschäftsbetrieb des Bf., läßt zu viele Varianten offen, die nicht auf von dem Bf. begangene Straftaten hindeuten. Selbst ein Zufluß in das Vermögen des Vaters ohne jegliche strafbare Handlung lag nahe. Denn zum einen gibt es keinen Rechtssatz, nach dem jegliche Vermögensmehrung einer Steuer unterläge. Zum anderen hatten die Finanzbehörden von dem Bf. eine plausible Möglichkeit benannt bekommen, die zu einem steuerfreien Zufluß in das Vermögen des Vaters der Ehefrau führen konnte, nämlich die Veräußerung von Grundstücken.

Auf dieser Grundlage durfte eine Durchsuchung bei dem Bf. nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind; denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus. Aus einem nicht strafbaren und auch darüber hinaus rechtmäßigen Verhalten auf das Begehen einer Straftat zu schließen, hätte weiterer Anhaltspunkte bedurft (vgl. *BVerfGG* 5. 84 [90 f.]). Es war Aufgabe der Ermittlungsbehörden, die plausible Angabe über die Herkunft des fraglichen Betrages zunächst ohne empfindliche Grundrechtseingriffe zu überprüfen, um Zwangsmaßnahmen erst dann in Betracht zu ziehen, wenn sich die Angabe als falsch oder nicht überprüfbar erwiesen hätte.

c) Selbst wenn man voraussetzen wollte, daß allein der dem Bf. vorteilhaften Geldzahlung an seine Ehefrau ein Verdacht der Steuerhinterziehung entnommen werden könnte, so war die angeordnete Durchsuchung doch jedenfalls deshalb unverhältnismäßig, weil zur Aufklärung der Herkunft des Geldes andere Mittel zur Verfügung gestanden hätten, die gar nicht oder weniger empfindlich in Grundrechte des Bf. oder anderer Grundrechtsträger eingegriffen hätten. Es ist nicht zu erkennen, weshalb die Ermittlungsbehörden der Angabe des Bf., der Vater seiner Ehefrau habe das als Darlehen gegebene Geld aus Grundstücksverkäufen erlöst, nicht nachgegangen sind, bevor sie eine Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen veranlaßt haben. Da der Bf. offensichtlich über die Verhältnisse des Vaters seiner Ehefrau auskunftsbereit war, hätten auch der Käufer und der ungefähre Zeitpunkt des Verkaufs nachgefragt werden können. So wäre beim zuständigen Grundbuchamt nicht nur eine Überprüfung dieser Angaben, sondern auch eine Ermittlung des vereinbarten Kaufpreises möglich gewesen. Über den Geldfluß hätten Auskünfte der Banken Aufschluß geben können, die in aller Regel ohne Eingriffe in deren Grundrechte zu erlangen sind. Auf diese Weise hätte mit großer Wahrscheinlichkeit auch die Herkunft des vom *LG* zur Bekräftigung des Tatverdachts herangezogenen Betrages von 100 000 DM geklärt werden können, den der Bf. im Dezember 2001 an die Finanzkasse gezahlt hatte. Es mag für die Ermittlungsbehörden mühevoller sein, auf diese Weise durch Auskunftserhebungen und eventuell durch Zeugenvernehmungen die Hinweise auf ein strafbares Verhalten zu überprüfen; der hohe Wert der Integrität der Wohnung verlangt diese Mühewaltung jedoch, bevor ein empfindlicher Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG zulässig sein kann. Das *AG* hätte deshalb nicht am selben Tage die Beschlagnahme von Bankunterlagen und die Durchsuchung der Wohn- und Geschäftsräume des Bf. anordnen dürfen, sondern es hätte die Ermittlungsbehörden zunächst auf die Bankauskünfte verweisen müssen, um erst nach einer Bestätigung des Verdachts durch diese Ermittlungen einen Eingriff in das Grundrecht des Bf. aus Art. 13 Abs. 1 GG zu prüfen.

V. Die angegriffenen Beschl. sind aufzuheben (§ 95 Abs. 2 *BVerfGG*). Die Sache wird an das *LG Braunschweig* zurückverwiesen, das noch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden haben wird. (...)

#### StPO §§ 213, 137

(Ablehnung einer Terminverlegung bei Verhinderung des Wahlverteidigers)

**Zur Ablehnung eines Antrages auf Verlegung eines Fortsetzungstermins wegen Verhinderung des Wahlverteidigers, wenn dem Angeklagten neben diesem ein Pflichtverteidiger beigeordnet war.**

*BGH*, Beschl. v. 20. 6. 2006 – 1 StR 169/06 (LG München II)

✦ **Aus den Gründen:** ... Zu der von dem Angekl. P. erhobenen Rüge der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren durch die Terminanberaumung des Vors. bemerkt der *Senat* ergänzend:

1. Das vor dem *SchwG* anhängige Verfahren richtete sich gegen fünf Angekl., die sich bereits seit 1 J. in U-Haft befanden. Neben sechs Verteidigern waren drei Nebenklägerinnen sowie deren anwaltliche Vertreter an dem Verfahren beteiligt. 23 Zeugen waren zu laden. Nach wochenlangen intensiven Terminabklärungen beraumte der Vors. am 4. 10. 2005 Termin zur Hauptverhandlung auf den 25., 26., 27. und 28. 10. 2005 an. Dem Bf., der durch RA L. als Wahlverteidiger verteidigt wurde, ordnete er zusätzlich einen Pflichtverteidiger bei, nachdem RA L. zuvor mitgeteilt hatte, daß er am 26. 10. 2005 verhindert sei, weil er an diesem Tag einen Termin vor dem *SchöG* Saarbrücken wahrnehmen werde. Dem von RA L. daraufhin gestellten Antrag auf Aufhebung des Hauptverhandlungstermins v. 26. 10. 2005 lehnte der Vors. ab, weil die anberaumten Termine nur nach wochenlangen Abstimmungen mit allen Beteiligten hätten ermöglicht werden können und weiteren Verfahrensverzögerungen das Beschleunigungsgebot entgegenstünde.

2. Weder die Terminanberaumung v. 4. 10. 2005 noch die Ablehnung des Antrags auf Aufhebung des Hauptverhandlungstermins v. 26. 10. 2005 verletzen den Bf. in seinem Recht auf ein faires Verfahren.

Grundsätzlich hat ein Angekl. das Recht, sich in einem Strafverfahren von einem RA seines Vertrauens verteidigen zu lassen (*BGH* NStZ 1998, 311, 312; *Senat*, Beschl. v. 19. 1. 2006 – 1 StR 409/05 –). Daraus folgt aber nicht, daß bei jeder Verhinderung des gewählten Verteidigers eine Hauptverhandlung gegen den Angekl. nicht durchgeführt werden könnte. Die Terminierung ist grundsätzlich Sache des Vors. Hierüber und insbes. über Anträge auf Terminverlegungen oder -aufhebungen hat er nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der eigenen Terminplanung, der Gesamtbelastung der *Kammer*, des Gebots der Verfahrensbeschleunigung und der berechtigten Interessen aller Prozeßbeteiligten zu entscheiden. Nichts anderes gilt bei entsprechenden Anträgen, die mit der Verhinderung eines Verteidigers begründet werden (*Senat*, a. a. O.).

Das *LG* hat sich ersichtlich an diesen Grundsätzen ausgerichtet, nach denen die Terminierung wie auch die Ablehnung einer Verlegung des Termins v. 26. 10. 2005 sachgerecht erscheint. Zu Recht hat das *LG* insbes. das dem Interesse der Angekl. dienende und das gesamte Strafverfahren erfassende Beschleunigungsgebot in den Vordergrund gestellt. Dieses Gebot unterliegt strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. etwa *BVerfG* NJW 2006, 672, 673; *BVerfG* StraFo 2006, 196). Insbes. in Haftsachen zwingt es dazu, daß die Hauptverhandlung so bald und so schnell wie möglich durchgeführt wird. Das *LG* hatte sich entsprechend seiner prozessualen Fürsor-



bezug auf seine Höhe angemessen ist. Er billigt dem Bf. somit den Betrag von 5 868,88 EUR zuzüglich der Beträge zu, die als Mehrwertsteuer möglicherweise angefallen sind. [...]

Mitgeteilt von RA Dr. Ulrich Busch, Ratingen.

**Anm. des Bearbeiters:** Die Verletzung von Art. 3 EMRK wurde mit 10:7 Stimmen, die Verletzung von Art. 6 EMRK mit 11:6 Stimmen festgestellt. Mit 12:5 Stimmen wurde festgestellt, daß keine gesonderte Frage unter dem Blickwinkel des Art. 8 EMRK aufgeworfen wird. Die Entscheidungen über die Gewährung von Schadensersatz sowie über die Erstattung von Kosten und Auslagen wurden ebenfalls mit 11:6 Stimmen getroffen. Dem Urteil sind gem. Art. 45 Abs. 2 EMRK und Art. 74 Abs. 2 der Verfahrensordnung fünf Sondervoten beigelegt, von deren Abdruck hier aus Raumgründen abgesehen wurde. Der vollständige Text ist im Internet über [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) zugänglich.

Nicht-amtliche Übersetzung des BM der Justiz, bearbeitet von RA Jürgen Pauly, Frankfurt/M.

**Anm. d. Red.:** Siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von Schumann StV 2006, 661 (in diesem Heft).

### StPO §§ 102, 105

(Tatverdacht bei Durchsuchungsanordnung)

Zu den Forderungen an den Tatverdacht bei einer Durchsuchungsanordnung in einem steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Eine Durchsuchungsanordnung kann unverhältnismäßig sein, wenn zur Aufklärung der Umstände, denen die Durchsuchung gilt, andere Mittel zur Verfügung stehen. Diese Ermittlungen mögen für die Ermittlungsbehörden mühevoller sein. Der hohe Wert der Integrität der Wohnung verlangt diese Mühewaltung jedoch.

BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 3. 7. 2006 – 2 BvR 2030/04

✦ **Aus den Gründen:** Der Bf. wendet sich gegen die Anordnung einer Durchsuchung in einem steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

1. Ein Betriebsprüfer des Finanzamtes führte bei den jew. einzelkaufmännisch betriebenen Unternehmen des Bf. und seiner Ehefrau Betriebsprüfungen durch. Der Bf. betrieb sein Unternehmen in einer von seiner Ehefrau gemieteten Halle. Auf die Herkunft der Mittel, mit denen die Ehefrau des Bf. dieses Gebäude errichten ließ, richtete der Betriebsprüfer sein Interesse. Der Bf. erklärte ihm, der größte Anteil (550 000 DM) stamme aus einem Darlehen des Vaters seiner Ehefrau, der wiederum das Geld aus einem Grundstücksverkauf erlöst habe. Der Betriebsprüfer erstellte daraufhin anhand der Einkommensteuererklärungen der Eltern der Ehefrau des Bf. eine »Geldverkehrsrechnung«, gelangte dabei zu dem Ergebnis, die Herkunft von 350 000 DM ergebe sich aus den Steuererklärungen nicht, und teilte deshalb dem Finanzamt für Fahndung und Strafsachen den Verdacht mit, jener Betrag stamme tatsächlich aus nicht versteuerten Einnahmen des Bf.

2. In den nun geführten Ermittlungsverfahren ordnete das AG mit dem angegriffenen Beschl. die Durchsuchung der Wohn- und Geschäftsräume des Bf. an. Der Bf. sei verdächtig, Einkommen-, Gewerbe- und Umsatzsteuer für die Jahre 1997 bis 2002 bzw. 2004 hinterzogen zu haben, indem er Erlöse aus seinem gewerblichen Betrieb nicht in voller Höhe versteuert habe. Die Durchsuchung diene dem Auffinden von Buchführungsunterlagen, Aufzeichnungen über Einnahmen oder Ausgaben, Kontoauszügen, Bankbelegen, Schriftwechsel sowie sämtlicher Unterlagen, aus denen die Entstehung oder die Verwendung von Einkünften oder Vermögenswerten ersichtlich sei.

Am selben Tage ordnete das AG auch die Durchsuchung der Geschäftsräume von Steuerberatern des Bf. und die Beschlagnahme von Bankunterlagen bei mehreren Banken an, bei denen der Bf. nach den Ermittlungen Konten oder Depots unterhielt.

Die nach der Durchsuchung eingelegte Beschwerde verwarf das AG mit dem ersten seiner angegriffenen Beschl. [...]

Auf eine Gegenvorstellung des Bf. lehnte das LG mit dem zweiten seiner angegriffenen Beschl. eine Änderung seiner Beschwerdeentscheidung ab.

4. Bei einer Durchsuchung beim Vater der Ehefrau des Bf. stellte das Finanzamt fest, daß der Vater 1999 und 2000 aus Grundstücksverkäufen insgesamt 1 848 000 DM erlöst hatte. Die Ermittlungsverfahren wurden eingestellt.

II. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG. (...)

2. Dem BVerfG haben die Akten 2004/00263/4 und 2004/01582/8 des Finanzamts für Fahndung und Strafsachen Braunschweig vorgelegen.

IV. Die Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Bf. angezeigt ist (§ 93 a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Zu dieser Entscheidung ist die Kammer berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das BVerfG bereits entschieden sind und die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist (§ 93 c Abs. 1 BVerfGG).

Die angegriffenen Beschl. verletzen den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 und 2 GG, weil der empfindliche Eingriff einer Wohnungsdurchsuchung vorschnell und auf unzureichender Verdachtsgrundlage angeordnet wurde.

1. a) Damit die Unverletzlichkeit der Wohnung durch eine vorbeugende richterliche Kontrolle gewahrt werden kann, hat der Ermittlungsrichter die Durchsuchungsvoraussetzungen eigenverantwortlich zu prüfen. Erforderlich ist eine konkret formulierte, formelhafte Wendungen vermeidende Anordnung, die zugleich den Rahmen der Durchsuchung abstecken und eine Kontrolle durch ein Rechtsmittelgericht ermöglichen kann (vgl. BVerfGE 42, 212 [220 f.]; 96, 44 [51]; 103, 142 [151 f.]). Zu einer angemessenen Begrenzung der Zwangsmaßnahme kann ein Durchsuchungsbeschl. nicht beitragen, wenn er keinerlei tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs oder eine nur schlagwortartige Bezeichnung der mutmaßlichen Straftat enthält, obwohl eine konkretere Kennzeichnung nach dem Ergebnis der Ermittlungen möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich ist (Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 5. 5. 2000 – 2 BvR 2212/99 –, NStZ 2000, 601).

b) Das Gewicht des Eingriffs verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353 [371 f.]; 59, 95 [97]; Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 20. 4. 2004 – 2 BvR 2043/03 u. a. –, NJW 2004, 3171 [3172]).

c) Eine Durchsuchung ist schließlich nur dann zulässig, wenn gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der in Frage stehenden Straftat erforderlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 96, 44 [51]).

2. Die angegriffenen Beschl. werden diesen Anforderungen nicht gerecht.

a) Ob der Beschl. des AG die Funktion noch erfüllen kann, den Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung des Bf. angemessen zu begrenzen, ist bereits zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Der geschilderte Tatvorwurf erlangt zwar durch das Benennen von drei Steuerarten und von Veranlagungszeiträumen eine gewisse Konkretisierung. Die Beschreibung der vorgeworfenen Tathandlung verliert sich aber in allzu allgemeinen Wendungen: das AG teilt lediglich formelhaft mit, der Bf. sei verdächtig, Steuern verkürzt zu haben, indem er unrichtige Angaben gemacht und Erlöse nicht in voller Höhe versteuert habe. Worauf das AG die Annahme unrichtiger Angaben stützt, wird nicht mitgeteilt, hätte aber ohne Gefährdung des Ermittlungszwecks mitgeteilt werden und ggf. der Begrenzung des Durchsuchungsbeschl. dienen können.

b) Die Verdachtsgründe, die sich gegen den Bf. richteten, leiteten allenfalls sehr geringfügig über bloße Vermutungen



nachdem die StA beschlossen hat, die Strafverfolgung nur deshalb nicht fortzusetzen, weil in einem anderen Mitgliedstaat Strafverfolgungsmaßnahmen gegen denselben Besch. wegen derselben Tat eingeleitet worden sind. Ohne daß es in der vorliegenden Rechtssache erforderlich wäre, über die Frage zu befinden, ob ein Freispruch, dem keine Prüfung in der Sache zugrunde liegt, unter diesen Art. fallen kann, ist festzustellen, daß ein Freispruch aus Mangel an Beweisen auf einer Prüfung in der Sache beruht.

6/ Folglich ist auf die zweite Frage zu antworten, daß der in Art. 54 SDÜ verankerte Grundsatz des *ne bis in idem* auf eine Entscheidung der Justiz eines Vertragsstaats anwendbar ist, mit der ein Angekl. rechtskräftig aus Mangel an Beweisen freigesprochen wird.

Anm. d. Red.: Das Urt. des *EuGH* v. 9. 3. 2006 = StV 2006, 393 wird von Kühne in JZ 2006, 1019 besprochen, das Urt. v. 11. 2. 2003 = StV 2003, 201 von Maudsörfer StV 2003, 313.

#### StPO § 102 (Durchsuchung bei RA)

Richtet sich eine strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsgeheimnisträger in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so bringt dies regelmäßig die Gefahr mit sich, daß unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG stehende Daten von Nichtbeschuldigten, etwa den Mandanten eines RA, zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers gerade sicher wähen durften. Dadurch werden nicht nur die Grundrechte der Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege. Diese Belange verlangen eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme.

BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 7. 9. 2006 – 2 BvR 1141/05

Mitgeteilt von RA Norbert Hack, Eschweiler.

#### StPO § 53 Abs. 1 Nr. 1 (Zeugnisverweigerungsrecht eines Geistlichen)

1. Geistlicher i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO ist auch ein Laie, der keine kirchliche Weihe erhalten hat, aber im Auftrag der Kirche hauptamtlich als Anstaltsseelsorger einer JVA selbständig Aufgaben wahrnimmt, die zum unmittelbaren Bereich seelsorgerischer Tätigkeit gehören.

2. Das Recht zur Zeugnisverweigerung erstreckt sich nicht auf Tatsachen, von denen ein Geistlicher zwar bei Gelegenheit der Ausübung der Seelsorge erfahren hat, nicht aber in seiner Eigenschaft als Seelsorger. Deshalb ist ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht anzuerkennen, soweit es sich um eine karitative, fürsorgliche, erzieherische oder verwaltende Tätigkeit des Geistlichen handelt oder ein Straftäter diesen nur als Verbindungsmann einschaltet, etwa um den Taterfolg zu erreichen oder zu sichern oder die Strafverfolgung zu vereiteln.

3. Ob im Einzelfall Seelsorge gegeben ist, ist objektiv zu beurteilen. In Grenz- und Zweifelsfällen ist die Gewissensentscheidung des Geistlichen maßgebend.

BGH, Beschl. v. 15. 11. 2006 – StB 15/06 (OLG Düsseldorf)\*

Anm. d. Red.: Vgl. auch BGHS 37, 138, 140.

#### + StPO §§ 55 Abs. 1, 238 Abs. 2 (Gerichtsbeschuß als Voraussetzung der Rüge fehlerhafter Belehrung)

1. Liegt einer sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zugrunde, die ihm einen Beurteilungsspielraum oder Ermessen eröffnet, so kann ein Verfahrensbeteiligter die Revisionsrüge, die Maßnahme habe die Grenzen des Beurteilungsspielraums bzw. Ermessens überschritten, grundsätzlich nur dann zulässig erheben, wenn er in der Hauptverhandlung von dem Rechtsbeihelf nach § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht hat.

2. Hat der Vorsitzende einem Zeugen unter Verletzung seines Beurteilungsspielraums zu Unrecht ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zugebilligt, so kann ein Verfahrensbeteiligter eine Verfahrensrüge hierauf demgemäß im allgemeinen nur dann stützen, wenn er in der Hauptverhandlung die Entscheidung als unzulässig beanstandet hat.

BGH, Urt. v. 16. 11. 2006 – 3 StR 139/06 (Hans. OLG Hamburg)\*

♦ Aus den Gründen: Das OLG hatte den Angekl. im Zusammenhang mit den Anschlägen v. 11. 9. 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika wegen »Beihilfe zum Mord in 3066 Fällen sowie zum versuchten Mord und zur gefährlichen Körperverletzung in fünf Fällen in Tateinheit mit Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung« zu einer Freiheitsstrafe von 15 J. verurteilt. Auf die Revision des Angekl. hat der Senat dieses Urteil mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen (BGHS 49, 112). Dieses hat den Angekl. nunmehr wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu einer Freiheitsstrafe von 7 J. verurteilt. Hiergegen richten sich die Revisionen des GBA, des Angekl. und einiger Nebenkl. ...

II. Revision des Angekl.

Der Angekl. rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sein Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

1. Die verfahrensrechtlichen Beanstandungen greifen nicht durch. Die maßgeblichen Gründe hierfür hat der GBA in seiner Antragschrift v. 28. 4. 2006 im einzelnen dargelegt. Hierauf nimmt der Senat im wesentlichen Bezug. Näherer Erörterung bedarf lediglich die Rüge, das OLG habe unter Verstoß gegen § 55 Abs. 1, § 244 Abs. 2 StPO von der Sachvernehmung des Zeugen Mzoudi abgesehen.

Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Nachdem der in einem Parallelverfahren wegen gleichgelagerter Tatvorwürfe angeklagte Mzoudi rechtskräftig freigesprochen worden war, wurde er als Zeuge zur Hauptverhandlung gegen den Angekl. geladen. Dort berief er sich über die ihm als Zeugenbeistand bestellte RA in auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 StPO, weil er durch die Beantwortung jeglicher Frage zur Sache die Gefahr einer Wiederaufnahme des gegen ihn geführten Strafverfahrens begründen würde. Danach äußerte er sich allein zu der Körpergröße Attas, Alshehhis, Jarrahs sowie seiner selbst. Sodann wurde er im allseitigen Einverständnis vom Vors. entlassen.

Bei diesem Verfahrensablauf ist es dem Angekl. versagt, mit der Revision geltend zu machen, dem Zeugen sei in rechtsfehlerhafter Weise die Befugnis zugebilligt worden, Fragen zur Sache umfassend unbeantwortet zu lassen. Seine Rüge ist unzulässig.

Die Entscheidung, ob ein Zeuge durch die Beantwortung von Fragen sich oder einen seiner in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen einer Verfolgungsgefahr i. S. d. § 55 Abs. 1 StPO aussetzen würde und in welchem Umfang eine derartige Verfolgungsgefahr ein Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen nach dieser Vorschrift begründet, ist durch § 238 Abs. 2 StPO vorrangig dem Vors. anvertraut (s. a. § 241 Abs. 2 StPO). Er hat daher zunächst im Rahmen der Verhandlungsleitung darüber zu befinden, ob ein Zeuge die Beantwortung einiger, vieler oder gar aller sachbezogenen Fragen verweigern darf. Hält



bar, ob er warten muss oder nicht. Es würde dem gesetzgeberischen Willen widersprechen, wenn aus der Sicht eines Unfallbeteiligten die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Unfalls von schwierigen, sachenrechtlichen Fragen oder anderen Rechtsfragen abhängen würde, die an Ort und Stelle nicht beurteilt werden können. Daher kommt es nicht mehr darauf an, ob an den an der Leiche befindlichen Sachen ebenfalls ein Schaden vom Angekl. verursacht worden ist ...

(Mitgeteilt von Richter am AG H. Loeber, Rosenheim)

## Strafverfahrensrecht

### 10. Polizeiliche Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug

GG Art. 13 I, 19 IV; StPO §§ 98 II, 102, 105 I

Fehlen nach freibeweislicher Erhebung der nahe liegenden Beweise Anhaltspunkte dafür, dass zur Zeit der behördlichen Durchsuchungsanordnung tragfähige Gründe für eine zutreffende Annahme von Gefahr im Verzug vorgelegen hatten, muss davon ausgegangen werden, dass Gefahr im Verzug zu Unrecht angenommen war. (Ls d. Schriftltg.)

BVerfG – 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 3. 12. 2002 – 2 BvR 1845/00

Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes hat der Richter auch die Voraussetzungen der Eilkompetenz zu prüfen.

Die Strafverfolgungsbehörden können von dieser Kompetenz keinen Gebrauch machen, wenn sie die Gefahr des Beweismittelverlusts selbst herbeigeführt haben.

Die Prüfung der Prognoseentscheidung erfolgt im Freibeweisverfahren; ob bereits das Fehlen einer zeitnahen Dokumentation durch die Behörde zur Verneinung der Eilkompetenz führt, kann offen bleiben.

Fehlen Anhaltspunkte für die Annahme von Gefahr im Verzug, so ist davon auszugehen, dass die Kompetenz zu Unrecht in Anspruch genommen wurde.

Zum Sachverhalt: Die Bf'in beantragte entsprechend § 98 II 2 StPO beim AG die gerichtliche Entscheidung mit dem Ziel, die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung zu erreichen. Das AG wies den Antrag als unzulässig zurück. Hiergegen legte die Bf'in Beschwerde ein, die das LG mit der Maßgabe verwarf, dass der Feststellungsantrag als unbegründet zurückgewiesen werde. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

- 1 Aus den Gründen: Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist nur erfüllt, wenn der zur nachträglichen Überprüfung der behördlich angeordneten Maßnahme berufene Richter die Voraussetzungen der Anordnung einer Durchsuchung vollständig eigenverantwortlich nachprüft (vgl. BVerfGE 96, 44, 51 = NJW 1997, 2165). Dies gilt auch für die Überprüfung der Kompetenz der StA und ihrer Hilfsbeamten zur Anordnung der Durchsuchung wegen Gefahr im Verzug (vgl. BVerfGE 103, 142, 156 ff. = NJW 2001, 1121). Ein gerichtlich nicht überprüfbarer Auslegungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielraum für die Behörden besteht bei der Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug nicht (BVerfGE 103, 142, 156 ff. = NJW 2001, 1121). Nur eine uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle des Merkmals der Gefahr im Verzug wird der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 13 I GG und der grundrechtssichernden Funktion von Art. 13 II GG gerecht (vgl. BVerfGE 103, 142, 158 = NJW

2001, 1121). Nur sie gewährleistet dem von der Durchsuchung Betroffenen auch effektiven Rechtsschutz.

Gefahr im Verzug kann ... nicht dadurch entstehen, dass die Strafverfolgungsbehörden deren tatsächliche Voraussetzungen selbst herbeiführen. Sie dürfen nicht so lange mit einem Antrag an den Ermittlungsrichter zuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich entstanden ist, um dann ihre Eilkompetenz anzunehmen und die Regelzuständigkeit des Richters zu unterlaufen (vgl. BVerfGE 103, 142, 155 = NJW 2001, 1121). Die polizeilichen Aktenvermerke vom 24. und 25. 2. 2000 legen es nahe, dass die Annahme von Gefahr im Verzug jedenfalls im Zeitraum von der telefonischen Mitteilung des Beschuldigten B über die bevorstehende Hehlereihandlung bis zum polizeilichen Einschreiten nur daraus entstanden ist, dass die zuständigen Beamten nicht rechtzeitig vor dem Zugriff am 25. 2. 2000 gegen 10 Uhr den Ermittlungsrichter angerufen hatten. Darauf geht die angegriffene Entscheidung nicht ein.

b) Das LG hat es auch versäumt aufzuklären, aus welchen Gründen die Polizeibehörde nach Rücksprache mit dem zuständigen Staatsanwalt Gefahr im Verzug angenommen hat (vgl. zu einem vergleichbaren Aufklärungsmangel BVerfGE 103, 142, 162 = NJW 2001, 1121).

Die behördliche Prüfung der Eilkompetenz wegen Gefahr im Verzug stellt eine – auf drohenden Beweismittelverlust bezogene – Prognoseentscheidung dar. Dafür gilt das Freibeweisverfahren (vgl. BVerfGE 70, 297, 309; 103, 21, 35 f. = NJW 2001, 879). Die nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Prognoseentscheidung der Behörde erfolgt ebenfalls durch Freibeweis. Im Urteil des BVerfG vom 20. 2. 2001 (BVerfGE 103, 142, 160 = NJW 2001, 1121) ist weiter ausgeführt worden, dass eine wirksame gerichtliche Überprüfung nur möglich ist, wenn die Ermittlungsbehörde durch eine zeitnah zu den Akten gebrachte Dokumentation der maßgeblichen Umstände und ihrer behördlichen Bewertung ausreichende Hinweise gibt. Dies konnte zur Zeit der hier in Rede stehenden Durchsuchungsanordnung und der angegriffenen Gerichtsentscheidung noch nicht berücksichtigt werden. Ob für solche Fälle stets davon auszugehen ist, dass mangels einer ausreichenden Dokumentation das Vorliegen der Voraussetzungen für die Annahme von Gefahr im Verzug zu verneinen ist, kann offen bleiben.

Fehlen nach freibeweislicher Erhebung der nahe liegender Beweise Anhaltspunkte dafür, dass zur Zeit der behördlichen Durchsuchungsanordnung tragfähige Gründe für eine zutreffende Annahme von Gefahr im Verzug vorgelegen hatten, muss davon ausgegangen werden, dass Gefahr im Verzug zu Unrecht angenommen worden war ...

### 11. Auslagen für Pflichtverteidiger

GG Art. 3 I; EMRK Art. 6 III c; StPO §§ 464 a I 2, 465 I

Die Auffassung, Art. 6 III c EMRK stehe der Geltendmachung der für einen Pflichtverteidiger verauslagten Gebühren nicht entgegen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. (Ls der Schriftltg.)

BVerfG – 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 27. 9. 2002 – 2 BvR 705/02

Die Auffassung, Art. 6 III EMRK gebiete nicht die dauerhafte Freistellung von den Kosten des Pflichtverteidigers, ist vertretbar und entspricht der Rechtsprechung des EGMR.

Der Gleichheitssatz gebietet eine Gleichbehandlung von Dolmetscher- und Verteidigerkosten nicht.

Zum Sachverhalt: Die Verfassungsbeschwerde wurde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen.



Fortdauer der Haft nicht mit dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung und Ahndung einer besonders schweren Straftat gerechtfertigt werden darf (vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 8. 1982 – 1 Ws 607/82 –, StV 1982, 531 [532 a. E.]; Beschl. v. 1. 2. 1991 – 2 Ws 632 – 633/90 –, StV 1991, 308; Beschl. v. 10. 8. 1992 – 2 Ws 312/92 –, StV 1992, 586; Beschl. v. 25. 3. 1996 – 2 Ws 86/96 –, StV 1996, 496). In seinem Beschl. v. 18. 8. 1982 – 1 Ws 607/82 –, StV 1982, 531 (532 a. E.) hat der erkennende *I. Strafsenat des OLG Düsseldorf* ausgeführt:

»Endlich rechtfertigt der Umstand, daß der Angekl. einer schweren Straftat dringend verdächtig und daher möglicherweise für die Allgemeinheit gefährlich ist, nicht die Fortdauer der U-Haft. Den Belangen einer wirksamen Strafrechtspflege kann nur durch eine am Beschleunigungsgrundsatz orientierte Verfahrensgestaltung, nicht aber durch die einschränkende Fortdauer der U-Haft hinreichend Rechnung getragen werden.«

Dieser Entscheidung ist von Verfassungs wegen nichts hinzuzufügen. Sie hätte den Entscheidungen v. 8. 7., 8. und 30. 11. 2005 ohne Abstriche zugrunde gelegt werden können.

III. 1. Die angefochtenen Entscheidungen verletzen das Grundrecht des Bf. aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und sind nach § 93 c Abs. 2 i. V. m. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben. Die Beschl. des *OLG* v. 8. und 30. 11. 2005 verletzen den Bf. zusätzlich in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG. Die Vollstreckungsanordnungen dienen der Sicherstellung der Beseitigung des Verfassungsverstößes. Sie beruhen auf § 35 BVerfGG.

2. Nach der Besonderheit des Falles besteht kein Spielraum mehr für eine weitere richterliche Entscheidung; das Begehren des Bf. muß in vollem Umfang Erfolg haben. Das *OLG* könnte die Entscheidung des *BVerfG* nur wiederholen (vgl. *BVerfGE* 35, 202 [244]; 79, 69 [79]). Eine Zurückverweisung in der Sache erscheint zudem auch deshalb nicht angebracht, weil das Interesse des Bf. im Hinblick auf die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit eine sofortige Entscheidung verlangt und das *OLG* sich trotz der dem Beschl. der *2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG* v. 23. 9. 2005 – 2 BvR 1315/05 –, NJW 2005, 3485 (3487 f.) mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmenden Konsequenz – *es kann in einem Rechtsstaat von Verfassungs wegen nicht hingenommen werden, daß die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nach 8 J. U-Haft nicht mehr in Händen halten als einen dringenden Tatverdacht*; *der weiterte Vollzug von U-Haft entbehrt deshalb einer tragfähigen Grundlage* – nicht in der Lage gesehen hat, die von Verfassungs wegen gebotenen Folgerungen aus der Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen zu ziehen. Die Sache wird daher lediglich zur Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens an das *OLG* zurückverwiesen ...

**StPO §§ 120 Abs. 1, 112 Abs. 1, 275 Abs. 1;  
GG Art. 2 Abs. 2 S. 2**

(Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes in Haftsachen)

1. Die fachgerichtliche Rechtsprechung, wonach es der Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen in Umfangsverfahren grundsätzlich gebietet, zumindest an 2 Tagen in der Woche Termin zur Hauptverhandlung anzuberaumen, trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundrechts der persönlichen Freiheit Rechnung.
2. Mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot in Haftsachen ist eine Vorgehensweise nicht vereinbar, die die Urteilerstellung von vornherein auf das zeitlich fixierte Ende der Frist des § 275 Abs. 1 StPO ausrichtet.
3. Ebenso wie sich aus dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen die Pflicht des Gerichtspräsidenten ableitet, durch Er-

greifen geeigneter organisatorischer Maßnahmen die beschleunigte Bearbeitung von Haftsachen sicherzustellen, folgt daraus zugleich, daß solche richtsorganisatorischen Maßnahmen zu unterlassen sind, die einer beschleunigten Bearbeitung von Haftsachen zuwiderlaufen (hier: Abziehen von Berufsrichtern aus einer Strafkammer während laufender Urteilsabsetzungsfrist).

4. In der vermeidbaren Verzögerung von 6 Wochen bei der Urteilszustellung zu einem Zeitpunkt, in dem die Untersuchungshaft bereits mehr als 5 Jahre andauert hat, liegt eine erhebliche, den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnende Verfahrensverzögerung, die das Beschleunigungsgebot verletzt.

5. Die nicht rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafe stellt grundsätzlich nur ein Indiz für das Gewicht der zu verfolgenden Straftat im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft dar. Sie kann deshalb nicht ohne weiteres als Maßstab für die mögliche Länge der Untersuchungshaft dienen, weil dies mit dem Resozialisierungszweck der Strafhaft in ein Spannungsverhältnis tritt.

*BVerfG*, Beschl. v. 29. 12. 2005 – 2 BvR 2057/05 (3. Kammer)

♦ **Aus den Gründen:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Anordnung und Aufrechterhaltung von U-Haft.

A. – I. 1. Der Bf. besitzt die lettische und die griechische Staatsangehörigkeit. Gegen ihn erließ das *AG Koblenz* am 14. 2. 2000 Haftbefehl, worin ihm neben mehreren Waffendelikten die versuchte Beteiligung an der Ermordung eines Koblenzer OStA sowie die Verabredung zum Mord an einem in Berlin wohnhaften osteuropäischen Staatsangehörigen vorgeworfen wurde. Das *AG* bejahte neben dem dringenden Tatverdacht das Vorliegen von Fluchtgefahr, weil der Bf. im Falle seiner Verurteilung mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe rechnen müsse. Zudem verfüge er über beste Kontakte in die GUS-Staaten. Daher sei nicht zu erwarten, daß er sich in Deutschland einem Strafverfahren stellen werde. Aus den Umständen der ihm zur Last gelegten Taten lasse sich ferner auf das Vorliegen von Verdunkelungsgefahr schließen. Zusätzlich sei der Haftgrund des § 112 Abs. 3 StPO gegeben.

Aufgrund dieses Haftbefehls wurde der Bf. am 17. 2. 2000 verhaftet und befindet sich seitdem in ununterbrochener, nunmehr 5 J. 10 M. andauernder U-Haft. Mit Beschl. v. 2. 11. 2000 erweiterte das *AG Koblenz* den Haftbefehl um den Vorwurf des unerlaubten Handeltreibens mit 500 kg Haschisch.

2. Das *OLG Koblenz* ordnete im Verfahren der besonderen Haftprüfung nach §§ 121, 122 StPO mit Beschl. v. 28. 8. 2000, 23. 4. 2001 und 25. 7. 2001 jew. die Fortdauer der U-Haft an. Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen hätten eine Sachentscheidung bislang nicht zugelassen; vermeidbare Verfahrensverzögerungen lägen nicht vor.

3. Am 29. 1. 2001 erhob die StA Koblenz gegen den Bf. und zwei weitere Mitangekl. vor der *SchwGK* des *LG* Anklage wegen versuchter Anstiftung zum Mord, vollendeter Anstiftung zum Mord, Verabredung zum Mord sowie verschiedener Waffen-, Urkunds- und Btm-Delikte. Das Hauptverfahren wurde daraufhin am 28. 5. 2001 eröffnet. Im Zeitraum zwischen dem 14. 8. 2001 und dem 1. 9. 2004 fand an 156 Verhandlungstagen vor der *3. gr. StrK* des *LG Koblenz* als *SchwGK* die Hauptverhandlung statt.

4. Mit Beschl. v. 13. 1. 2004 faßte das *LG Koblenz* den Haftbefehl gegen den Bf. neu. Ihm wurden nunmehr Verabredung zum Mord sowie mehrere Btm- und Waffendelikte vorgeworfen. Der Vorwurf des Versuchs der Beteiligung an einem weiteren Mord wurde dagegen fallen gelassen. Hinsichtlich der aufrechterhaltenen Tatwürfe habe die bisherige Beweisaufnahme während der Hauptverhandlung den dringenden Tatverdacht erhärtet. Nach wie vor liege der Haftgrund der Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO vor. Der Bf. habe im Falle seiner Verurteilung mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe zu rechnen. Seine Lebensgefährtin sei zusammen mit dem gemeinsamen Sohn nach Lettland zurückgekehrt. Da er ansonsten in der Bundesrepublik Deutschland über keine gefestigten sozialen Bindungen verfüge, bestehe angesichts der hohen Straferwartung die Befürchtung, daß er sich nach einer Haftentlassung ins Ausland absetzen werde.



5. Am letztem Hauptverhandlungstag, dem 1.9.2004, kam es zwischen der StA und dem Bf. zu einer Verständigung, die in der Sitzungsniederschrift wie folgt protokolliert wurde:

»1. Es wird eine Strafuntergrenze v. 8 J. 6 M. festgelegt.

2. Die StA wird die Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO bzgl. aller weiteren gegen den Angekl. B. anhängigen Strafverfahren beantragen. Dies gilt auch für das bei der StA Mainz anhängige Verfahren.

3. Bei tadelstfreier Führung im Strafvollzug und keiner weiteren Straftaten während des Vollzuges wird die StA zum  $\frac{2}{3}$ -Zeitpunkt die bedingte Entlassung des Angekl. B. beantragen.«

6. Mit am selben Tag verkündeten Urteil verhängte das *LG Koblenz* gegen den Bf. wegen Verabredung zu einem Verbrechen in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb und unerlaubter Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Schusswaffe, des unerlaubten Handelns tateinheitlich mit unerlaubter Ausfuhr und Besitz von Btm in nicht geringer Menge sowie mehrerer weiterer waffenrechtlicher Delikte eine Gesamtfreiheitsstrafe von 8 J. 6 M. Bei der Strafzumessung wurden die lange U-Haft wie auch die »verschärften Bedingungen der Einzelhaft«, unter denen die U-Haft vollzogen wurde, in erheblichem Umfang strafmildernd berücksichtigt. Hinsichtlich des Vorwurfs der versuchten Beteiligung an einem weiteren Mord wurde der Bf. dagegen freigesprochen. Die Mitangekl. verurteilte das *LG* zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 J. 6 M. und einer Bewährungsstrafe von 1 J. 6 M. Die Urteile sind rechtskräftig. Mit Beschl. v. gleichen Tage hielt das *LG* den Haftbefehl gegen den Bf. aufrecht.

7. Gegen das *Urteil* des *LG* legte der Bf. am 8.9.2004 Revision ein, die er mit Schriftsatz seines Verteidigers v. 17.7.2005 näher begründete. Gertigt wurde die Verletzung formellen und sachlichen Rechts, darunter ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen sowohl bei der Abwicklung der Hauptverhandlung wie auch bei der Absetzung des Urteils. Über die Revision hat der *BGH* bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht entschieden.

8. Mit Schriftsatz seines Verteidigers v. 12.5.2005 erhob der Bf. gegen den zusammen mit dem Urteil verkündeten Haftfortdauerbeschl. v. 1.9.2004 Beschwerde und machte eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen geltend. Bereits das Hauptverfahren sei nicht mit der gebotenen Beschleunigung geführt worden, weil das *LG* entgegen der st. Rspr. des *OLG* nicht zumindest zwei Hauptverhandlungstermine pro Woche anberaume habe. Allein an 122 Hauptverhandlungsterminen sei lediglich einmal wöchentlich verhandelt worden. Auch nach der Urteilsverkündung sei das Verfahren nicht mit der gebotenen Beschleunigung betrieben worden. Die schriftlichen Urteilsgründe lägen bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vor. Die Frist des § 275 Abs. 1 StPO sei zwar formal noch nicht überschritten. Es müsse jedoch berücksichtigt werden, daß es sich hierbei um eine Höchstfrist handle, die nur dann ausgeschöpft werden dürfe, wenn eine frühere Urteilsabsetzung nicht möglich sei. Es sei deshalb unzulässig, von vornherein von der vollständigen Ausschöpfbarkeit der Höchstfrist auszugehen. Wenn, wie im vorliegenden Verfahren, während der Hauptverhandlung Verzögerungen auftreten, müsse das *LG* dem überragenden Gebot der Verfahrensbeschleunigung in Haftsachen durch eine zügige Urteilsabsetzung ohne Ausschöpfung der Höchstfrist Rechnung tragen. Die Fortdauer der U-Haft sei in keinem Fall mehr verhältnismäßig. So könne es mit rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht vereinbar sein, wenn ein Besch., der zu einer Freiheitsstrafe von 8 J. 6 M. verurteilt worden sei, bis zu einer möglichen rechtskräftigen Verurteilung den Zwei-Drittel-Zeitpunkt bei weitem überschritten habe.

9. Mit Beschl. v. 14.6.2005 halt die *SchwG* des *LG* der Beschwerde nicht ab. (...)

b) Der weitere Vollzug der U-Haft sei auch verhältnismäßig.

aa) Dies ergebe sich mit Blick auf die Dauer des Ermittlungs- und Hauptverfahrens auf den im Beschwerdeverfahren des Mitangekl. S. ergangenen Beschl. des *OLG Koblenz* v. 3.3.2004 – 1 Ws 76/04 –. Darin werde ausgeführt, daß die seit 14.8.2001 andauernde Hauptverhandlung, von prozeßordnungsgemäßen Unterbrechungen abgesehen, fortlaufend durchgeführt worden sei. Die *StRK* habe zwar nicht immer, wie es die Rspr. des *Senats* bei von vornherein als »Umfangsverfahren« angelegten Haftsachen fordere, mindestens zweimal pro Woche verhandelt. Die Hauptverhandlung habe überwiegend nur einmal pro Woche, regelmäßig mittwochs, stattgefunden. Dies begründe jedoch nicht die Annahme unzureichender Verfahrensförderung. Eine höhere Terminfrequenz sei zunächst an Umständen wie Urlaub und Erkrankung

von Mitgliedern des Gerichts, die im Verlaufe einer Hauptverhandlung von längerer Dauer unvermeidbar seien und zwangsläufig außerhalb der Verantwortung des Vors. zu Verfahrensverzögerungen führten, gescheitert. Daß derartige Umstände den Kammervors. zu Verhandlungsunterbrechungen von mehr als einwöchiger Dauer gezwungen hätten, habe dieser in seiner Verf. v. 11.2.2004 auf Anfrage des *Senats* im einzelnen dargelegt. Auch hätten urlaubsbedingte Unterbrechungen nicht durch Koordinierung der Urlaubsplanung vermieden werden können. Die am verfahren beteiligten Schöffen seien ihrerseits beruflich gebunden und könnten deswegen Urlaub nur nach den Vorgaben ihres jeweiligen Arbeitgebers antreten. Bei der Abstimmung des Urlaubs unter den berufsrichterlichen Kammermitgliedern müsse der Vors. die Funktionsfähigkeit der *Kammer* insgesamt im Auge behalten, was einem gleichzeitigen Urlaubsantritt aller Kammermitglieder regelmäßig entgegenstehe. Ein unzumutbarer Verzicht auf den Urlaubsanspruch stelle keine zur Verfahrensbeschleunigung gebotene Maßnahme dar. Im übrigen sei die Terminbestimmung des Vors. das Ergebnis einer Absprache mit den beteiligten Verteidigern. Deren Termininteressen hätten berücksichtigt werden müssen. Sie hätten eine höhere Terminfrequenz nicht zugelassen. Wie der Vors. in seinem Nichtabhilfevermerk v. 9.1.2004 mitgeteilt habe, sei es in seiner Absicht gelegen, über den Mittwoch als regelmäßigen Terminstag hinaus an weiteren Tagen in der Woche zu verhandeln. Er habe die Verteidiger deswegen aufgefordert, verfügbare Dienstage und Donnerstage zu benennen. Dies sei an insgesamt 13 dementsprechend genutzten Verhandlungstagen der Fall gewesen. Terminierungshindernisse durch anderweitige Terminauslastung der Verteidiger seien, solange die Durchführung der Hauptverhandlung nicht in Frage gestellt und deswegen die Bestellung von Pflichtverteidigern erforderlich werde, grundsätzlich kein dem Gericht zuzurechnender Verzögerungsgrund.

Wenn ferner im vorliegenden Verfahren Hauptverhandlungstermine nur kurz angedauert hätten, so hätte dies stets sachlich nachvollziehbare Gründe gehabt.

Weiter sei es auch nicht zu erwarten, daß das Verfahren und damit die U-Haft auf unabsehbare Zeit fortgeführt würden. Einer Verfahrensbeendigung stehe derzeit, nachdem der Vors. auf die Absicht des Gerichts hingewiesen hatte, die Beweisaufnahme zu schließen, nur die Tatsache entgegen, daß der Verteidiger eines Mitangekl. dazu übergegangen sei, nunmehr Beweisanträge zu Tatkomplexen zu stellen, die bereits im Jahr 2002 abgehandelt worden waren. Die dadurch eingetretene Verfahrensverzögerung habe das Gericht nicht zu vertreten.

bb) Nach Ergehen des Beschl. des *OLG* v. 3.3.2004 sei der Verfahrensgang im wesentlichen davon geprägt gewesen, daß die Verteidiger des Bf. und eines Mitangekl. Beweisanträge gestellt hätten. Trotz des Hinweises des Gerichts, nach Möglichkeit gebündelte Beweisanträge zu stellen, hätten die Angekl. neue Beweisanträge jew. erst gestellt, nachdem die vorherigen negativ beschieden worden waren. Dadurch sei es zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens gekommen.

cc) Die Urteilsabsetzung sei ferner unter Einhaltung der Frist des § 275 StPO erfolgt. Die Zeitspanne bis zum 4.5.2005, dem Zeitpunkt, zu dem das Urteil zur Geschäftsstelle gelangt sei, sei in Anbetracht des besonderen Umfangs der Sache erforderlich gewesen. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß der ursprüngliche Richterstatler durch Krankheit am Ende des Verfahrens ausgefallen sei und durch den Ergänzungsrichter habe ersetzt werden müssen. Dadurch sei eine Neuverteilung der Aufgaben erforderlich geworden. Schließlich sei der Ergänzungsrichter zum *BGH* abgeordnet und der zweite Beisitzer einer extrem belasteten *Zivilkammer* zugeordnet worden.

dd) Das Hauptverhandlungsprotokoll, das sieben Bände umfasse, sei am 3.6.2005 fertiggestellt und die Urteilszustellung am gleichen Tag veranlaßt worden. Die Unterzeichnung des Protokolls habe sich jedoch verzögert, da der vorgelegte Entwurf unvollständig gewesen sei. »Es habe eine Beschlüßausfertigung gefehlt, die versehentlich in einem Beiordner abgehört gewesen sei und die erst nach Durchsicht des gesamten Akten-, Beiakten- und Beweismaterials habe aufgefunden werden können.

10. Mit Beschl. v. 23.6.2005 wies das *OLG Koblenz* die Beschwerde als unbegründet zurück. Es verwies zur Begründung zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in der Nichtabhilfeentscheidung des *LG*. Ferner sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weiterhin gewahrt. Die bisherige Dauer der U-Haft von 5 J. 4 M. liege noch deutlich unter der Höhe der verhängten Gesamtfrei-



heitsstrafe. Der Umstand, daß schon im September 2005 eine Entscheidung über eine Strafrestaussetzung zur Bewährung gem. § 57 Abs. 1 StGB anstünde, könne die Verhältnismäßigkeit des weiteren Haftvollzugs allenfalls dann in Frage stellen, wenn auch die materiellen Voraussetzungen der genannten Vorschrift vorlägen oder zumindest wahrscheinlich erfüllt wären. Das sei vorliegend jedoch nicht anzunehmen. Der Bf. habe sich in schwerwiegender Weise strafbar gemacht. Bei zwei der verwirklichten Delikte handele es sich um Verbrechen, für die die SchwGK Einsatzstrafen von mehr als 2 J. verhängt habe. Selbst wenn eine Strafrestaussetzung zu erwägen wäre, müßte zunächst gem. § 454 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO, § 66 Abs. 3 S. 1 StGB ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Daß dieses zu einer positiven Prognose gelange, sei angesichts der Tatsache, daß Erkenntnisse über den Bf. aus dem Strafvollzug bislang nicht vorlägen und er keine Resozialisierungsmaßnahmen durchlaufen habe, wenig wahrscheinlich.

Die bisherige Dauer des Strafverfahrens sei auch sachlich begründet. Unvertretbare, im Verantwortungsbereich der Strafverfolgungsbehörden liegende und deshalb die Verhältnismäßigkeit weiteren Haftvollzugs in Frage stellende Verzögerungen seien weder vor noch nach der Urteilsverkündung zu verzeichnen. Insoweit verweise der Senat auf die Gründe des den Mitangekl. betreffenden Beschl. v. 3. 3. 2004. Die Zustellung des Urteils an den Bf. sei inzwischen veranlaßt worden.

11. Gegen diesen Beschl. erhob der Verteidiger des Bf. am 19. 7. 2005 Gegenvorstellung, die das OLG mit Beschl. v. 27. 7. 2005 als unbegründet zurückwies. Die Zusage der StA im Rahmen der in der Hauptverhandlung protokollierten Verfahrensabsprache sei für die Frage der Verhältnismäßigkeit des weiteren Vollzugs von U-Haft unerheblich. Die Zusage der Stellung eines Antrags auf bedingte Entlassung gelte von vornherein nur unter der Voraussetzung einer tadelssfreien Führung im Strafvollzug. Der Bf. befinde sich gegenwärtig jedoch nicht im Strafvollzug, so daß keine Erkenntnisse über sein Verhalten unter Vollzugsvoraussetzungen vorliegen. Tadelssfreie Führung im Strafvollzug würde überdies mehr als bloßes formales Wohlverhalten im Freiheitsentzug erfordern. Im übrigen würde auch ein absprachegemäß gestellter Antrag der StA nichts daran ändern, daß eine Strafrestaussetzung nur erfolgen könnte, wenn auch die materiellen Bedingungen dafür erfüllt wären. Besondere Sicherungsmaßnahmen, denen der Bf. im Vollzug der U-Haft ausgesetzt gewesen sei, berührten die Verhältnismäßigkeit des weiteren Vollzugs nicht.

12. Gegen die oberlandesgerichtlichen Beschl. v. 23. 6. 2005 und 27. 7. 2005 legte der Verteidiger des Bf. mit Schriftsatz v. 1. 9. 2005 unter Wiederholung seines Vorbringens aus dem Beschwerdeverfahren Verfassungsbeschwerde ein.

Mit Beschl. der 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 6. 9. 2005 – 2 BvR 1490/05 – wurde die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Mangels fristgemäßer Vorlage insbes. des Beschl. des OLG Koblenz v. 3. 3. 2004 sowie der Haftfortdauerbeschl. des LG Koblenz v. 13. 1. 2004 und 1. 9. 2004 sei die verantwortliche Prüfung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen durch das BVerfG nicht möglich, die Verfassungsbeschwerde folglich unzulässig. Fraglich sei darüber hinaus auch die fristgemäße Erhebung der Verfassungsbeschwerde.

13. Mit Schriftsatz v. 14. 9. 2005 beantragte der Bf. über seinen Verteidiger beim LG Koblenz erneut die Aufhebung des Haftbefehls, hilfsweise die Außervollzugssetzung gegen geeignete Auflagen. Unter Wiederholung seines bisherigen Vorbringens macht er einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen geltend. Zum einen sei das Hauptverfahren nicht mit der vom Gesetz geforderten Beschleunigung geführt worden, zum anderen lasse sich auch die Absetzung des Urteils nicht mit dem Beschleunigungsgebot vereinbaren. Schließlich müßten die von besonderen Beschränkungen gekennzeichneten Haftbedingungen des Bf. bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit des weiteren U-Haftvollzuges berücksichtigt werden.

14. Diesen Antrag wies das LG Koblenz mit Beschl. v. 29. 9. 2005 als unbegründet zurück.

a) Hinsichtlich der dem Bf. vorgeworfenen Taten bestehe weiterhin dringender Tatverdacht. Auch wenn er sich zwischenzeitlich länger als zwei Drittel der verhängten Freiheitsstrafe in U-Haft befinde, läge bei ihm weiterhin Fluchtgefahr vor, da er über keine Bindungen in der Bundesrepublik Deutschland verfüge und sich seine Ehefrau und der gemeinsame Sohn in Riga aufhalten würden.

b) Der Vollzug der U-Haft sei nach wie vor verhältnismäßig. Insoweit werde auf die oberlandesgerichtlichen Beschl. v. 23. 6. 2005

und 27. 7. 2005 Bezug genommen. Die bisherige Verfahrensdauer sei auf den erheblichen Ermittlungs-, Verhandlungs- und Begründungsaufwand zurückzuführen. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit und der Verfahrensstraffung habe die StA weitere wesentliche Anklagepunkte vorläufig eingestellt, weil andernfalls sehr umfangreiche und langandauernde Beweisaufnahmen in Georgien, Griechenland, Rußland und Litauen erforderlich gewesen seien. Im übrigen sei die Hauptverhandlung so zügig wie möglich geführt worden. Bereits frühzeitig habe man einen Wochentag, den Mittwoch, als regelmäßigen Hauptverhandlungstag festgelegt. Darüber hinaus sollte an weiteren Wochentagen nach Absprache mit den Verteidigern verhandelt werden. Insoweit seien die Verteidiger immer wieder gebeten worden, »freie« Terminstage bekanntzugeben. Trotz der Beiordnung von Pflichtverteidigern an zwei Angekl. sei es nicht immer gelungen, weitere Termine abzustimmen. Viele Hauptverhandlungstermine hätten auch nicht in dem Umfang wie geplant durchgeführt werden können, wofür stets sachliche Gründe vorgelegen hätten.

Letztlich habe auch das Verteidigerverhalten erhebliche Verzögerungen mit sich gebracht. In aller Regel hätten die Verteidiger Beweisanträge nicht komplett gestellt, sondern erst das Ergebnis eines Beweisantrages abgewartet, um dann den nächsten zu stellen. Trotz entsprechender Hinweises des Gerichts habe sich diese zu einer Verzögerung führende Verfahrensweise nicht geändert. Eine weitere Streckung der Hauptverhandlungsdauer habe auf der Erkrankung und dem teilweisen Ausfall von Kammermitgliedern sowie Erkrankungen der Mitangekl. S. und S. beruht.

15. Gegen diesen Beschl. legte der Verteidiger des Bf. mit Schriftsatz v. 9. 10. 2005 Beschwerde ein. Über den bisherigen Vortrag hinaus wird darin ausgeführt, daß das LG den wenige Tage zuvor ergangenen Beschl. des BVerfG v. 23. 9. 2005 – 2 BvR 1315/05 – zur Überlangen U-Haft nicht beachtet habe. Allein aufgrund der Tatsache, daß Ehefrau und Sohn des Bf. sich in Riga aufhielten, könne Fluchtgefahr nicht angenommen werden. Stünde beim Bf. die Rückkehr in seine Heimat im Vordergrund, so hätte er dies einfacher dadurch erreichen können, daß er sein Rechtsmittel zurückgenommen und die zugesagte Zwei-Drittel-Entlassung in Anspruch genommen hätte. Durch sein gegenteiliges Verhalten bringe er vielmehr zum Ausdruck, daß er sich gerade nicht dem Verfahren entziehen wolle. Weiter vermöge der angeführte Begründungsaufwand die Verfahrensdauer nicht zu rechtfertigen. Die schriftlichen Urteilsgründe würden nur 66 Seiten umfassen, die dazu in nicht unerheblichem Umfang wortgleich aus der Anklageschrift übernommen worden seien.

Das Beschleunigungsgebot erfasse demgegenüber das gesamte Strafverfahren. Die Kammer wäre daher gehalten gewesen, die Urteilsabsetzung in einem angemessenen Zeitraum zu bewerkstelligen. Hinsichtlich der Terminierung der Hauptverhandlung sei in umfangreichen Verfahren bereits der Ansatz mit nur einem regelmäßigen wöchentlichen Hauptverhandlungstag fehlerhaft. Eine Verzögerung sei auch nicht auf das Verteidigerverhalten zurückzuführen. Bei Durchsicht der Hauptverhandlungsprotokolle falle auf, daß die Verteidigung überwiegend ab Januar 2004 Beweisanträge gestellt habe. Erst ab diesem Zeitpunkt finde sich der Hinweis des Vors. auf eine eventuelle Bündelung. Nicht nachvollziehbar und schlichtweg falsch sei die Begründung der Verfahrensverzögerung mit der Erkrankung der Mitangekl. S. und S. Beide seien jew. an einem Hauptverhandlungstag erkrankt gewesen. Weiter seien bei der Entscheidung über die Fortdauer der U-Haft auch die erschwerten Haftbedingungen des Bf. zu berücksichtigen gewesen.

16. Die Beschwerde wies das OLG Koblenz mit Beschl. v. 21. 11. 2005 zurück. Die U-Haft gegen den Bf. werde zu Recht vollzogen. (...)

b) Die U-Haft stehe ferner zur Bedeutung der Sache und der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe von 8 J. 6 M. noch in einem angemessenen Verhältnis. Weder das Erreichen des Zwei-Drittel-Zeitpunktes im September 2005 noch die Zusage der StA in der protokollierten Verfahrensabsprache führten zur Unangemessenheit weiteren Haftvollzuges. Hierbei werde auf die Senatsentsch. v. 23. 6. und 27. 7. 2005 Bezug genommen.

Weiter sei das Verfahren auch durchweg zügig betrieben worden. Erhebliche, im Verantwortungsbereich der Strafverfolgungsbehörden liegende Verfahrensverzögerungen, die Anlaß böten, das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit hinter dem Freiheitsanspruch des Bf. zurücktreten zu lassen, hätten bislang nicht festgestellt werden können.



Die wiederholte Rüge der vollständigen Ausschöpfung der Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 StPO entbehre schon einer zutreffenden Tatsachengrundlage. Das vollständige Urteil sei bereits zwei Wochen vor Fristablauf am 4. 5. 2005 zu den Akten gelangt. Auch nach der letzten Haftentscheidung des *Senats* v. 23. 6. 2005 seien keine Verfahrensverzögerungen von Erheblichkeit eingetreten. Das Revisionsverfahren habe nach Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls mit der am 16. 6. 2005 erfolgten Urteilszustellung an den Angekl. seinen Fortgang genommen. Die am 17. 7. 2005 eingegangene Revisionsbegründung des Bf. sei der StA am 22. 7. 2005 zugeleitet worden. Die zunächst nicht mit vorgelegten Protokollbände seien auf Anforderung am 4. 8. 2005 bei der StA eingegangen. Diese habe die Revisionsgegenerklärung am 20. 9. 2005 fertiggestellt, die zusammen mit der Sachakte am 22. 9. 2005 beim LG eingegangen sei. Damit habe die StA zwar die gesetzlich vorgesehene Wochenfrist überschritten. Zu berücksichtigen sei jedoch, daß zunächst 1 700 Seiten Hauptverhandlungsprotokoll hätten durchgesehen und ausgewertet werden müssen. Die Bearbeitungszeit sei im Hinblick auf den außergewöhnlichen Aufwand nicht als unangemessen lang zu bewerten. Ob bei höchstmöglicher Beschleunigung die Bearbeitungszeit hätte verkürzt werden können, könne dahinstehen, weil der möglicherweise zu erzielende Zeitgewinn im Verhältnis zur Gesamtdauer des Revisionsverfahrens nicht entscheidend ins Gewicht falle. Eine etwa eingetretene Verzögerung sei dementsprechend nur kurzfristiger Natur und könnte durch eine zügige Fortführung des Verfahrens, ohne weiteres ausgeglichen werden. Nach Eingang der Revisionsgegenerklärung habe der Kammervors. die Sachakte mit Verf. v. 24. 9. 2005 umgehend wieder der StA zugeleitet, die diese am 28. 9. 2005 dem GBA übersandt habe. Protokollmängel, die ihm Veranlassung gegeben hatten, die Sachakte am 2. 11. 2005 der StA zur Nachbesserung zuzuleiten, seien durch den Kammervors. am 11. 11. 2005 beseitigt worden. Die durch die Mängelbeseitigung eingetretene Verfahrensverzögerung sei so gering gewesen, daß sie nicht als Verletzung des Beschleunigungsgebotes ins Gewicht falle. Auch ihr könne im weiteren Verfahrensgang mühelos ausgleichende Rechnung getragen werden. Beim gegebenen Verfahrensstand bestünden weder für sich betrachtet noch in ihrer Gesamtheit von den Strafverfolgungsbehörden verschuldete Verfahrensverzögerungen, die als Verletzung des Beschleunigungsgebotes die Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und dem Freiheitsanspruch des Bf. zu dessen Gunsten beeinflussen könnten. (...)

II. 1. Mit seiner am 5. 12. 2005 fristgemäß eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen, darüber hinaus die Unverhältnismäßigkeit seiner bereits seit dem 17. 2. 2000 andauernden U-Haft. Zugleich beantragt er den Erlass einer einstweiligen Anordnung. (...)

B. Die *Kammer* nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Bf. angezeigt ist (§ 93 b i. V. m. § 93 a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und – in einer die Entscheidungszuständigkeit der *Kammer* gem. § 93 c Abs. 1 S. 1 BVerfGG eröffnenden Weise – auch offensichtlich begründet: die für die Beurteilung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das *BVerfG* bereits entschieden.

I. 1. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG garantiert die Freiheit der Person. In diesem Freiheitsgrundrecht ist das in Haftsachen geltende verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot angelegt (vgl. *BVerfGE* 46, 194 [195]). Das *BVerfG* hat in st. Rspr. betont, daß der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Besch. den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßigen Freiheitsbeschränkungen ständig als Korrektiv entgegenzuhalten ist (vgl. *BVerfGE* 19, 342 [347]; 20, 45 [49 f.]; 36, 264 [270]; 53, 152 [158 f.]). Zwischen beiden Belangen muß abgewogen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Haftdauer auch unabhängig von der zu erwartenden Strafe Grenzen setzt (vgl. *BVerfGE* 20, 45 [49 f.]; 20, 144 [148]; 36, 264 [270]; 53, 152 [158 f.]), und gleichzeitig zu bedenken, daß sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung mit zunehmender Dauer der U-Haft regelmäßig vergrößert (vgl. *BVerfGE* 36, 264 [270]; 53, 152 [159]).

2. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen umfaßt das gesamte Strafverfahren (vgl. Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 22. 2. 2005 – 2 BvR 109/05 –, StV 2005, S. 220 [222]). Die Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zwingt die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte regelmäßig, dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu berücksichtigen. So wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allgemein dazu anhält, in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und der Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkung für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zum dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen (vgl. *BVerfGE* 46, 17 [29]; Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG*, v. 19. 3. 1992 – 2 BvR 1/91 –, NJW 1992, 2472 [2473]; Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 19. 4. 1993 – 2 BvR 1487/90 –, NJW 1993, 3254 [3255]; Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 22. 2. 2005 – 2 BvR 109/05 –, StV 2005, 220 [222]), verpflichtet er im Falle eines mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht im Einklang stehenden überlangen Verfahrens zu sorgfältiger Prüfung, ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen kann (vgl. Beschl. 3. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 5. 2. 2003 – 2 BvR 327/02 u. a. –, NJW 2003, 2225; Beschl. der 3. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 25. 7. 2003 – 2 BvR 153/03 –, NJW 2003, 2897). Dementsprechend ist nach § 120 StPO der Haftbefehl aufzuheben, wenn die Fortdauer der U-Haft unverhältnismäßig ist (vgl. Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 22. 2. 2005 – 2 BvR 109/05 –, StV 2005, 220 [222]).

3. Nach st. Rspr. des *BVerfG* verstärkt sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Untersuchungsgefangenen gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates mit zunehmender Dauer der U-Haft (vgl. *BVerfGE* 19, 342 [347]; 36, 264 [270]; 53, 152 [158 f.]). Vor diesem Hintergrund kommt es im Rahmen der Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann. Dies macht eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung des Verfahrensablaufs erforderlich. Mit zunehmender Dauer der U-Haft sind dabei stets höhere Anforderungen an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zu stellen. Entsprechend dem Gewicht der zu ahndenden Straftat können zwar kleinere Verfahrensverzögerungen die Fortdauer der U-Haft rechtfertigen. Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung vermag aber bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden U-Haft zu dienen (so ausdrücklich Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 22. 2. 2005 – 2 BvR 109/05 –, StV 2005, 220 [224]; Beschl. der 2. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* v. 23. 9. 2005 – 2 BvR 1315/05 –, NJW 2005, 3485 [3487]).

4. Der verfassungsrechtlich verankerte Beschleunigungsgrundsatz in Strafsachen verlangt bezogen auf das in Rede stehende Strafverfahren, daß die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Besch. vorgeworfenen Taten herbeizuführen (vgl. *BVerfGE* 20, 45 [50]; 36, 264 [273]). An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die U-Haft schon andauert (vgl. *BGHSt* 38, 43 [46]; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 8. 1982 – 1 Ws 607/82 –, StV 1982, 531 [532]; Beschl. v. 1. 2. 1991 – 2 Ws 632 – 633/90 –, StV 1991, 308; Beschl. v. 10. 8. 1992 – 2 Ws 312/92 –, StV 1992, 586; Beschl. v. 25. 3. 1996 – 2 Ws 86/96 –, StV 1996, 496; *KG*, Beschl. v. 30. 6. 1999 – (3) 1 HES 299/98 –, StV 2000, 36 [37]).



Dabei findet der Vollzug von U-Haft von mehr als 1 J. bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder dem Erlaß eines Urteils nur in ganz besonderen Ausnahmefällen seine Rechtfertigung (vgl. Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 30. 9. 1999 – 2 BvR 1775/99 – NStZ 2000, 153; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. 8. 1992 – 2 Ws 312/92 –, StV 1992, 586; OLG Köln, Beschl. v. 14. 6. 1992 – HEs 164/91 – 181/92 u. a. –, MDR 1992, 1070). Je nach Sachlage kann bereits eine Zeitspanne von 3 M. zu beanstanden sein (vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 2. 4. 1992 – 1 HEs 14/92 –, StV 1992, 525; Hans OLG Hamburg, Beschl. v. 7. 3. 1985 – 2 Ws 90/85 H –, StV 1985, 198; OLG Köln, Beschl. v. 18. 8. 1992 – HEs 136/92 –, StV 1992, 524 f.; OLG Koblenz, Beschl. v. 28. 4. 2000 – [1] 4420 Bl-III-25/00 –, StV 2000, 515 [516]; vermeidbare Verzögerung von rd. 2 M. mit dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen unvereinbar). Dauert die U-Haft bereits 1 J. an, so führt in bestimmten Fällen schon eine Verzögerung um 1 M. oder sechs Wochen zur Verletzung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen. (vgl. Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 30. 9. 1999 – 2 BvR 1775/99 –, NStZ 2000, 153 [154]; KG, Beschl. v. 30. 6. 1999 – (3) 1 HEs 299/98 –, StV 2000, 36 [37]).

II. Dienen sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ergebenden Anforderungen an die Durchführung eines Strafverfahrens wird die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Beschwerdeentscheidung des OLG Koblenz nicht gerecht. Sie berücksichtigt im Rahmen der Abwägung zwischen dem Freiheitsrecht des Bf. und dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der persönlichen Freiheit nicht hinreichend.

1. Das OLG hat in der angegriffenen Beschwerdeentscheidung zunächst die tatsächlichen Grundlagen unzureichend gewürdigt. Vorliegend lassen sich dem Gang des Verfahrens eine Vielzahl von Umständen entnehmen, die den Schluß auf vermeidbare und den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten zuzurechnende Verzögerungen nahelegen.

a) Es kann dahinstehen, ob die vom Bf. mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Terminierungspraxis des Vors. der SchwGK des LG Koblenz mit den Vorgaben des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen unvereinbar war. Diese Annahme liegt allerdings nahe.

aa) Wie aus der Stellungnahme des Vors. im Haftbeschwerdeverfahren des Mitangekl. S. v. 9. 1. 2004 und dem hierauf gründenden Beschl. des OLG v. 3. 3. 2004, die der Beschl. des OLG v. 21. 11. 2005 ausdrücklich in Bezug nimmt, zu entnehmen ist, wurde für die Abwicklung der Hauptverhandlung gegen den Bf. und seine zwei Mitangekl. grundsätzlich nur ein Wochentag als regelmäßiger Sitzungstag der Kammer festgelegt. Dies führte trotz weiterer Bemühungen des Vors. um zusätzliche Sitzungstermine im Ergebnis dazu, daß bei einer Gesamtdauer der Hauptverhandlung von 3 J. und zwei Wochen an lediglich 156 Tragen mündlich verhandelt worden ist.

bb) Diese geringe Hauptverhandlungsdichte steht, worauf das OLG im Beschl. v. 3. 3. 2004 selbst hingewiesen hat, im Widerspruch zu seiner eigenen Rspr. zur Terminierung sog. Umfangsverfahren, wonach es der verfassungsrechtliche Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen grundsätzlich gebietet, zumindest an zwei Tagen in der Woche Termin zur Hauptverhandlung anzuberaumen.

Dieser Ansatz der fachgerichtlichen Rspr. trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundrechts der persönlichen Freiheit Rechnung. Bei absehbar umfangreichen Verfahren wie dem vorliegenden, in denen sich der Angekl. in U-Haft befindet, fordert das Beschleunigungsgebot in Haftsachen stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umgreifende Hauptverhandlungsplanung mit mehr als nur einem durchschnittlichen Hauptverhandlungstag pro Woche (vgl. auch OLG Celle, Beschl. v. 23. 3. 2001, NdsRpfl 2001, 196 unter Hinweis auf ggf. anzuberaumende Sondersitzungstage). Dabei kann, je weiter in die Zukunft eine derartige Planung reicht,

regelmäßig im Verlauf einer Hauptverhandlung auftretenden Terminierungshindernissen durch entsprechende Koordination, bspw. von Urlaubsterminen, Rechnung getragen und damit ein zügiger Verlauf der Hauptverhandlung sichergestellt werden.

Den genannten Anforderungen hat der Vors. bei der Bestimmung der Termine zur Hauptverhandlung nach § 213 StPO nicht hinreichend und stringent genug Rechnung getragen. Allerdings hat er den Terminierungsplan abgestimmt nach Beweiskomplexen mit der Verteidigung zuvor abgesprochen und diese zudem aufgefordert, an weiteren zwei Verhandlungstagen in der Woche teilzunehmen.

Aufgrund der nach Erlaß des Urteils festgestellten Verzögerungen (vgl. nachfolgend b) bedarf diese Frage keiner Entscheidung. Es kann deshalb vor allem dahinstehen, ob die von der Verteidigung geltend gemachten Terminkollisionen auch Ausdruck einer auf Langfristigkeit angelegten Verteidigungsstrategie gewesen sind, wofür vor allem die Häufung gestaffelter Beweisanträge nach der Ankündigung der Schließung der Beweisaufnahme im Februar 2004 und ferner der Umstand sprechen kann, daß diese Beweisanträge nicht gebündelt, sondern gestaffelt gestellt wurden, mit der Folge, daß diese Verzögerungen möglicherweise nicht dem Gericht anzulasten wären.

b) Jedenfalls verstoßen die nach Erlaß des Urteils des LG Koblenz v. 1. 9. 2004 entstandenen Verzögerungen gegen das Beschleunigungsgebot und sind ausschließlich dem Gericht anzulasten.

aa) Ausdruck des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebotes bildet nach Ergehen eines strafrechtlichen Urteils auch die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 StPO (vgl. Gollwitzer, in: LR, StPO, 25. A., § 275 Rdnr. 2; vgl. auch Hans OLG Hamburg, Beschl. v. 18. 10. 1982 – 2 Ws 292/82 –, JR 1983, 259 f.). Mit dieser Bestimmung, die für das erkennende Gericht gestaffelt nach der Dauer der Hauptverhandlung eine Frist zur Niederlegung der schriftlichen Urteilsgründe festlegt, hat der Gesetzgeber zunächst in abstrakter Form zum Ausdruck gebracht, welchen Zeitraum er für die Fertigstellung eines Urteils nach Ende der Hauptverhandlung noch als angemessen ansieht. Gleichwohl handelt es sich hierbei um eine Höchstfrist, die, vor allem in Haftsachen, das Gericht nicht von der Verpflichtung entbindet, die Urteilsgründe des bereits verkündeten Urteils unverzüglich, das heißt ohne vermeidbare justizseitige Verzögerungen, schriftlich niederzulegen (vgl. BGH, Urt. v. 12. 12. 1991, NStZ 1992, 398 f.; Meyer-Goßner, StPO, 48. A., § 275 Rdnr. 8; Gollwitzer, in: LR, StPO, 25. A., § 275 Rdnr. 9). Das Gebot der bestmöglichen Verfahrensförderung ergreift damit auch den Prozeß der Urteilerstellung.

Mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot in Haftsachen ist demnach eine Vorgehensweise nicht vereinbar, die die Urteilerstellung von vornherein auf das zeitlich fixierte Ende der Frist des § 275 Abs. 1 StPO ausrichtet (vgl. BGH, a. a. O.: »Höchstfristen sind keine Regelfristen«). Ob dies im vorliegenden Verfahren der Fall war, wie der Bf. unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Kammervors. v. 20. 1. 2005 an das OVG des Landes Rheinland-Pfalz geltend macht, kann dahinstehen. Jedenfalls soweit das LG Koblenz in seiner Nichtabhilfeentscheidung v. 14. 6. 2005 darauf verweist, daß die Urteilerstellung deshalb nicht stärker habe beschleunigt werden können, weil der Richter, der als Ersatzrichter die Position des wegen Krankheit aus dem Verfahren ausgeschiedenen Berichterstatters eingenommen habe, inzwischen an den BGH abgeordnet, der zweite berufsrichterliche Beisitzer zwischenzeitlich einer stark belasteten Zivilkammer zugewiesen worden war, ist dies mit dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen nicht vereinbar. Ebenso wie sich aus dem Beschleunigungsgebot die Pflicht des Gerichtspräsidenten ableitet, durch Ergreifen, geeigneter organisatorischer Maßnahmen die beschleunigte Bearbeitung von Haftsachen sicherzustellen (vgl. BVerfGE 36, 264 [272]), folgt daraus zugleich, solche richtsorganisatorische Maßnahmen zu unterlassen, die einer beschleunigten Be-



arbeitung von Haftsachen zuwiderlaufen. Daß im vorliegenden Verfahren bei der Urteilsabsetzung durchaus Beschleunigungsmöglichkeiten gegeben waren, zeigt indiziell auch der im Vergleich zur Dauer der Hauptverhandlung eher geringe Umfang der Urteilsgründe von 66 Seiten und deren partielle Übereinstimmung mit der Anklageschrift der StA. Mit dem diesbezüglichen Vortrag des Bf. setzt sich das OLG im Beschl. v. 21. 11. 2005 indes nicht auseinander und verweist statt dessen pauschal auf die Einhaltung der Frist des § 275 Abs. 1 StPO.

bb) Auch nach Niederlegung der Urteilsgründe auf der Geschäftsstelle ist der weitere Verfahrensforgang von justizseitig zu vertretenden Verfahrensverzögerungen gekennzeichnet. So ist es nicht nachvollziehbar, daß bis zur Zustellung des Urteils an den Bf. weitere sechs Wochen vergangen sind, weil eine dem Hauptverhandlungsprotokoll beigegebene Beschlußausfertigung fehlte und diese erst in den umfangreichen Verfahrensakten gesucht werden mußte. Die Erstellung eines kompletten Hauptverhandlungsprotokolls hätte, ohne daß das OLG hierauf näher eingegangen wäre, durchaus im unmittelbaren Anschluß an die Hauptverhandlung und damit parallel zur Erstellung der Urteilsgründe erfolgen müssen. Damit hätte eine weitere Verfahrensverzögerung von sechs Wochen vermieden werden können.

Auch der weitere Fortgang des Revisionsverfahrens ist, wie im Beschl. des OLG v. 21. 11. 2005 zugestanden wird, von justizseitig zu vertretenden Verfahrensverzögerungen geprägt, denen dort jedoch keine Erheblichkeit beigemessen wird. So fehlten nach Eingang der Revisionsbegründung des Bf. bei deren Übermittlung an die StA zunächst die Protokollbände, die erst auf eine spätere ausdrückliche Anforderung hin der StA zugeleitet wurden. Für die Revisionsgegenenerklärung gem. § 347 Abs. 1 S. 2 StPO benötigte die StA in der Folge statt der gesetzlich bestimmten Wochenfrist 2 M., was das OLG aufgrund des außergewöhnlichen Aufwandes als nicht unangemessen lang bewertete. Jedenfalls würde ein bei größtmöglicher Beschleunigung möglicherweise zu erzielender Zeitgewinn im Verhältnis zur Gesamtdauer des Revisionsverfahrens nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Schließlich wurde die Sachakte nach ihrer Übermittlung an den GBA von diesem erneut an die StA wegen Protokollmängeln (!) zurückgesandt, die der Vors. der SchwGK erst im Wege einer Nachbesserung beseitigen konnte. Auch die durch diese Mängelbeseitigung eingetretene Verfahrensverzögerung bewertet das OLG, ohne sie zeitlich einzugrenzen, als so gering, daß sie als Verletzung des Beschleunigungsgebotes nicht ins Gewicht falle. Jedenfalls könne ihr im weiteren Verfahrensgang mühelos ausgleichend Rechnung getragen werden. Ob letzteres angesichts des grundsätzlich in Haftsachen obwaltenden Beschleunigungsgebotes verfassungsrechtlich möglich ist, kann vorliegend dahinstehen. Jedenfalls in der vermeidbaren Verzögerung von sechs Wochen bei der Urteilszustellung zu einem Zeitpunkt, in dem die U-Haft des Bf. bereits mehr als 5 J. angedauert hatte, liegt eine erhebliche, den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnende Verfahrensverzögerung, die das Beschleunigungsgebot verletzt. Indem das OLG auch eine derartige Verfahrensverzögerung billigt, beachtet es Umfang und Reichweite der grundgesetzlichen Freiheitsgarantie erneut nicht hinreichend.

c) Die aufgezeigten, das Verfahren des Bf. prägenden Umstände sind geeignet, den Schluß auf vermeidbare, von den Gerichten zu vertretende Verfahrensverzögerungen zu tragen, die im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Bf. und dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch die Anordnung einer Fortdauer der U-Haft nicht mehr erlaubt.

2. Des weiteren kommt hinzu, daß das OLG maßgebliche Abwägungsgrundsätze unbeachtet gelassen hat.

a) Nach st. Rspr. des BVerfG verstärkt sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Untersuchungsgefangenen gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates mit zunehmender

Dauer der U-Haft (vgl. BVerfGE 19, 342 [347]; 36, 264 [270]; 53, 152 [158 f.]). Daraus folgt zum einen, daß die Anforderungen an die Zügigkeit der Arbeit in einer Haftsache mit der Dauer der U-Haft zunehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25. 3. 1996 – 2 Ws 86/96 –, StV 1996, 496; Meyer-Goßner, StPO, 48. A., § 121 Rdnr. 19). Zum anderen steigen auch die Anforderungen an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund (vgl. EGMR, Urt. v. 5. 7. 2001 – Beschw. Nr. 38321/97 – Erdem, EuGRZ 2001, S. 391 [395 Rdnr. 47]). Dem entspricht es auch, daß in jedem Haftfortdauerbeschl. aktuelle Ausführungen zum Vorliegen eines solchen Grundes, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Besch. und dem Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten sind, weil sich die dafür maßgeblichen Umstände, vor allem angesichts der seit der letzten Entscheidung verstrichenen Zeit in ihrer Wichtigkeit verschieben können (vgl. Beschl. der 1. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 13. 9. 2001 – 2 BvR 1316/01 –, NJW 2002, 207 [208]; Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 11. 3. 1999 – 2 BvR 171/99 –, StV 1999, 328; Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 7. 8. 1998 – 2 BvR 962/98 –, StV 1999, 40).

Mit einer gerichtlichen Verurteilung vergrößert sich auch das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs, weil aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme die Begehung einer Straftat durch den Verurteilten als erwiesen angesehen worden ist. Der Umstand, daß das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Einlegung eines Rechtsmittels hindert lediglich die Vollstreckung der durch das angegriffene Urteil ausgesprochenen Sanktionen bis zur Überprüfung durch das nächst höhere Gericht. Sie beseitigt indessen nicht die Existenz des angegriffenen Urteils und damit den Umstand, daß auf der Grundlage eines gerichtlichen Verfahrens bereits ein Schuldnachweis gelungen ist. Gleichwohl rechtfertigt dieser Gesichtspunkt noch nicht, daß der Verurteilte jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Vollverbüßung der ausgesprochenen Strafe in U-Haft gehalten werden kann. Die verhängte Freiheitsstrafe stellt grundsätzlich nur ein Indiz für das Gewicht der zu verfolgenden Straftat dar. Sie kann auch deshalb nicht ohne weiteres als Maßstab für die mögliche Länge der U-Haft dienen, weil dies mit dem Resozialisierungszweck der Straftat in ein Spannungsverhältnis tritt. Wird die verhängte Freiheitsstrafe durch Anrechnung der U-Haft zum überwiegenden Teil oder gar vollständig verbüßt, so können die im Rahmen des Vollzuges der Straftat möglichen Maßnahmen zur Resozialisierung nur in geringem Ausmaß oder überhaupt keine Wirkung entfalten.

b) Diesen aufgezeigten Grundsätzen entspricht es nicht, wenn, das OLG im Beschl. v. 21. 11. 2005 unter Bezugnahme auf die Beschl. v. 23. 6. und 27. 7. 2005 bei seiner Entscheidung über die Fortdauer der U-Haft der Tatsache, daß der Bf. sich zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde bereits über einen Zeitraum von mehr als zwei Dritteln der verhängten Strafe in U-Haft befunden hat, ihm ferner die StA im Zuge einer Verfahrensabsprache zugesichert hat, bei tadellosem Verhalten im Strafvollzug zum Zwei-Drittel-Zeitpunkt einen Antrag auf bedingte Entlassung zu stellen, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung keine Relevanz beimißt. Allein der Umstand, daß über den Bf. Erkenntnisse aus dem Strafvollzug nicht vorliegen, weil er gegen das Strafurteil Rechtsmittel eingelegt hat bzw. daß mangels Verbüßung von Straftat das zur Prüfung der Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 S. 2 StGB gem. § 454 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO, § 66 Abs. 3 S. 1 StGB erforderliche Sachverständigenutachten noch nicht erstellt worden ist, vermag es nicht zu rechtfertigen, daß das OLG seinerseits von einer – zumindest hypothetischem – Prognose über die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung absieht. Vorliegend hätte gerade die Zusage der StA, die offensichtlich vom Vorliegen der Voraussetzung einer Strafaussetzung zur Bewährung ausgegangen war, zu einer derartigen Prognose Anlaß gebo-



ten. Diesen, im Hinblick auf die bestehende Reststrafverurteilung relevanten Umstand, hat das OLG nicht mit dem ihm zukommenden Gewicht in seine Abwägungsentscheidung einbezogen und damit zugleich auch Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der persönlichen Freiheit verkannt. (...)

III. 1. Die angefochtene Entscheidung verletzt das Grundrecht des Bf. aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Sie ist unter Zurückverweisung der Sache aufzuheben. Das OLG hat unter Beachtung der aufgezeigten Gesichtspunkte unverzüglich erneut über die vom Bf. eingelegte Beschwerde zu entscheiden. Dabei wird es zu beachten haben, daß die festgestellten Verletzungen des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen eine weitere Fortdauer der U-Haft nicht mehr rechtfertigen und die Strafjustiz darüber hinaus durch die in der Hauptverhandlung v. 1. 9. 2004 getroffene und protokollierte Verständigung im Hinblick auf eine bedingte Entlassung des Bf. zum Zwei-Drittel-Zeitpunkt einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Dieser besitzt, ungeachtet des Umstandes, daß sich der Bf. nach wie vor in U- und nicht in Strafhaft befindet, im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung erhebliches Gewicht. Auf die Bindungswirkung stattgebender Kammerentscheidungen des BVerfG wird Bezug genommen (vgl. Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG v. 5. 12. 2005 – 2 BvR 1964/05 – [Juris]).

Mitgeteilt von RA Axel Küster, Wiesbaden.

#### GG Art. 2 Abs. 2 S. 2; StPO §§ 120 Abs. 1, 116

(Aufhebung eines außer Vollzug gesetzten Haftbefehls wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots)

Eine Haftsache ist auch dann wie eine Haftsache zu behandeln, wenn der Haftbefehl nicht vollzogen wird, weil er außer Vollzug gesetzt ist. Kommt es aufgrund vermeidbarer Fehler der Justizorgane zu einer erheblichen Verzögerung, so steht dies der Aufrechterhaltung des Haftbefehls regelmäßig entgegen. Der inhaftierte Beschuldigte hat es insbesondere nicht zu vertreten, wenn seine Strafsache nicht binnen angemessener Frist zum Abschluß gebracht werden kann, weil familiär bedingte personelle Veränderungen auf der Richterbank mit einer ordnungsgemäßen Bewältigung des Geschäftsanfalls in Haftsachen kollidieren. Es handelt sich insoweit weder um einen unvorhersehbaren Zufall noch um ein schicksalhaftes Ereignis.

BVerfG, Beschl. v. 29. 11. 2005 – 2 BvR 1737/05 (3. Kammer)

♦ **Aus den Gründen:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten U-Haftbefehls trotz ungewissen Verfahrenfortgangs.

A. – I. 1. Dem Bf. liegen gewerbsmäßige Hehlerei und gewerbsmäßige Veranstaltung unerlaubter Glücksspiele zur Last.

Aufgrund Haftbefehls des AG Aachen v. 21. 8. 2003, abgeändert, erweitert und neu gefaßt durch Haftbefehl des LG Aachen v. 16. 1. 2004 befand sich der Bf. zunächst ab dem 18. 9. 2003 in U-Haft. Nach Zulassung der Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Bf. und drei weitere Mitbeschuldigte (darunter seine Ehefrau) durch Beschl. v. 1. 3. 2004 begann die Hauptverhandlung vor der 3. Gr. StrK des LG Aachen am 9. 6. 2004.

Mit Beschl. v. 10. 9. 2004 setzte das LG den Haftbefehl unter Auflagen (Einzahlung einer Sicherheitsleistung in Höhe von 200 000 €, Hinterlegung der Ausweispapiere, Verbot, die Bundesrepublik zu verlassen, Beibehaltung eines festen Wohnsitzes und wöchentliche Meldung auf der Geschäftsstelle) außer Vollzug. Nach Leistung der Sicherheit befindet sich der Bf. seit dem 5. 11. 2004 auf freiem Fuß.

2. Nach 44 Verhandlungstagen trennte die StrK das Verfahren gegen den Bf. und dessen Ehefrau mit Beschl. v. 3. 6. 2005 ab und setzte die Hauptverhandlung unter gleichzeitiger Aufhebung des Haftbefehls sowie des Haftverschonungsbeschl. auf unbestimmte Zeit aus. Die Abtrennung erscheine zweckmäßig. Das Verfahren

sei nur bezüglich der Mitangekl. S. und A. entscheidungsreif und könne ansonsten bis zum Beginn des gesetzlichen Mutterschutzes der Beisitzerin nicht mehr zu Ende geführt werden.

3. Gegen die Aufhebung des Haftbefehls und des Haftverschonungsbeschl. erhob die StA noch in der Hauptverhandlung v. 3. 6. 2005 Beschwerde. Dieser half das LG mit Beschl. v. 7. 6. 2005 nicht ab. Zur Begründung führte die StrK aus, es sei gegenwärtig nicht abzusehen, wann erneut mit der Hauptverhandlung begonnen werden könne. Derzeit seien einschließlich des Verfahrens des Bf. 17 Anklagen anhängig, darunter mehrere Verfahren, in denen sich die Angekl. in U-Haft oder einstweiliger Unterbringung befänden. Es sei daher unwahrscheinlich, daß noch im laufenden Jahr erneut mit der Verhandlung begonnen werden könne. Da dies dem Bf. jedoch nicht zum Nachteil gereichen dürfe, habe der gegen ihn bestehende Haftbefehl aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aufgehoben werden müssen.

4. Die StA trat dem in ihrer Beschwerdebegründung v. 21. 6. 2005 mit der Erwägung entgegen, der gänzliche Wegfall der nach § 116 Abs. 1 StPO verhängten Maßnahmen lasse besorgen, daß sich die befürchtete Fluchtgefahr realisiere. Die getroffenen Anordnungen stünden auch in Ansehung der beträchtlichen Verfahrensdauer nicht außer Verhältnis zur Schwere der Tatvorwürfe. Der Bf. habe weiterhin mit der Verhängung einer empfindlichen Freiheitsstrafe zu rechnen. Die in Folge der notwendig gewordenen Abtrennung und Aussetzung des Verfahrens eingetretene Verzögerung beruhe nicht auf einer Mißachtung des Beschleunigungsgebots, sondern sei aufgrund von Umständen unvermeidbar gewesen, die nicht nur in der Person der Berichterstatterin, sondern auch in der von den Angekl. und ihren Verteidigern gewählten Konfliktstrategie ihre Ursache fänden. Allenfalls die dem Bf. auferlegte wöchentliche Meldung auf der Geschäftsstelle der Kammer, nicht aber die Sicherheitsleistung in Höhe von 200 000 € und die Abgabe der Ausweispapiere stünden zur Schwere der Tatvorwürfe außer Verhältnis.

5. Mit Beschl. v. 29. 6. 2005 hielt die 3. Gr. StrK des LG ihre Nichtabhilfeentscheidung v. 7. 6. 2005 aufrecht. Daraufhin begründete die GBA die eingelegte Beschwerde gegenüber dem OLG Köln weiter. Der Abtrennungs- und Aussetzungsbeschl. des LG v. 3. 6. 2005 habe der Fürsorgepflicht gegenüber dem noch in Haft befindlichen früheren Mitangekl. A. entsprochen, der zeitnah, nämlich durch Urte. des LG v. 29. 6. 2005, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. 6 M. verurteilt worden sei. Gegenwärtig erscheine eine Haftfortdauer gegen den Bf. auch nicht unverhältnismäßig. Allenfalls die auferlegte Pflicht zur wöchentlichen Meldung auf der Geschäftsstelle könne entfallen. Die Verteidigung des Bf. trat dem mit Schriftsatz v. 26. 7. 2005 unter umfangreicher Darlegung der angespannten Terminsituation sämtlicher Gr. StrK des LG Aachen entgegen.

Mit Schreiben v. 27. 7. 2005 bat der 2. Strafsenat des OLG Köln sowohl den Vors. der 3. Gr. StrK als auch den Personaldezernenten des LG um Stellungnahme zum Fortgang des Verfahrens und um Mitteilung, ob seitens des Präsidiums eine Entlastung der 3. Gr. StrK erwogen werden könne.

Unter dem 1. 8. 2005 teilte der Vors. mit, er könne zur Zeit leider keine genaueren Mitteilungen machen. Mit Schreiben v. 29. 7. 2005 ließ der Personaldezernent das OLG im Auftrag des LG-Präsidenten wissen, daß die 3. StrK – ebenso wie die übrigen Gr. StrK des LG – hoch belastet sei. Dies habe seine Ursache zum einen in einem generellen Anstieg der Eingangszahlen und zum anderen in der Belastung einzelner Kammern mit außergewöhnlich umfangreichen Hauptverhandlungen. Einige Gr. StrK hätten Probleme, alle Haftsachen vor Ablauf der Fristen des § 121 StPO zu verhandeln. Da praktisch bei allen Kammern Nichtthaftsachen anhängig seien, die nicht sofort terminiert werden könnten, werde eine Entlastung der 3. Gr. StrK zur schnelleren Erledigung von Nichtthaftsachen jedoch kaum möglich sein.

7. Mit Schreiben v. 9. 8. 2005 bat das OLG den Vors. der 3. Gr. StrK erneut um Äußerung, ob und ggf. wann jedenfalls im Jahre 2006 voraussichtlich mit einer Neutermminierung des Verfahrens zu rechnen sei. Der Vors. teilte hierzu unter dem 17. 8. 2005 mit, es sei zur Zeit nicht davon auszugehen, daß die Sache vor Februar 2006 erneut verhandelt werden könne. Keiner weiteren Erläuterung bedürfe insoweit, daß sich hiervon Änderungen dann ergeben könnten, wenn neue Haftsachen eingingen. Das Präsidium des LG sei durch den Personaldezernenten über die Situation der Kammer und insbes. auch über die des vorliegenden Verfahrens unterrichtet. Nach vorläufiger Einschätzung des Dezernenten sei nicht zu erwarten, daß eine Entlastung der Kammer erfolgen könne.



# **Strafverteidigung bei Untersuchungshaft**



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht

80333 München

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.606.21.09.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	04.08.2005

5 Gs 305/04 In der **Haftsache**  
gegen **Franz Fummler**  
wegen **Verdachts des Betrugs**

wird hiermit gegen den Haftbefehl vom 29.08.2004

### Beschwerde

eingelegt mit dem **Antrag**,

den Haftbefehl aufzuheben,

hilfsweise diesen unter geeigneten Auflagen  
nach § 116 StPO außer Vollzug zu setzen.

### Begründung:

Der angegriffene Haftbefehl entspricht **nicht** den Voraussetzungen  
des § 112 StPO.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

- \* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg
- \*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

### Kooperationspartner:

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

### Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065 0  
Bankclearing-Nr. 231



1.

Erste Voraussetzung für die Anordnung der Untersuchungshaft ist das Vorliegen eines **dringenden Tatverdachts**. Dieser liegt vor, wenn nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis in seiner Gesamtheit eine große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat und somit aufgrund des bisherigen Ermittlungsergebnisses in seiner Gesamtheit die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Verfolgte sich schuldig gemacht hat (BGH NJW 1992, 1975; BGH NStZ 1981, 94). Der dringende Tatverdacht darf nicht aus bloßen Vermutungen, sondern nur aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden (Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 112 StPO Rn 7 sowie KK-Boujong, § 112 StPO Rn 3 und Pfeiffer, § 112 StPO Rn. 2).

Der Haftbefehl vom 29.08.2004 stützt sich ersichtlich jedoch lediglich auf solche Vermutung, *der Beschuldigte habe von vornherein geplant und beabsichtigt, die Geschädigten unter Einschaltung eines unbekanntes Dritten um ihr Geld zu bringen, ohne diesen einen höheren oder auch nur entsprechenden Geldwert zukommen zu lassen.*

Hierbei handelt es sich um die bloße Mutmaßung der Geschädigten, ohne dass eine tatsächliche Tatbeteiligung des Beschuldigten anhand konkreter Umstände festzumachen ist.

Dies reicht jedoch für einen dringenden Tatverdacht, welcher stärker als der hinreichende Verdacht nach § 203 StPO sein muss, gerade **nicht** aus.

2.

**Weitere** Voraussetzung für die Anordnung der Untersuchungshaft ist vorliegend ein **Haftgrund** nach § 112 Abs. 2 StPO.

Der angegriffene Haftbefehl stützt sich hierzu auf **Fluchtgefahr** gem. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO, begründet mit der Straferwartung einer nicht mehr zur Strafaussetzung zur Bewährung fähigen Freiheitsstrafe und dem Umstand, dass der Beschuldigte *italienischer* Staatsbürger ist.

**Auch** der Haftgrund der Fluchtgefahr darf nur aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden (Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 112 StPO Rn. 22 sowie Pfeiffer, § 112 StPO Rn 4). Fluchtgefahr besteht dann, wenn bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Annahme spricht, der Beschuldigte werde sich dem Strafverfahren entziehen, als für die Erwartung, er werde am Strafverfahren teilnehmen (Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Aufl., Rn 812, 813). Das der Beschuldigte den Strafverfolgungsbehörden derzeit nicht zur Verfügung steht, mag deren Strafverfolgungstätigkeit erschweren, einen Haftgrund beinhaltet dies indes nicht (BGH StV 1990, 309; OLG Karlsruhe, NJW 1972, 2098; zuletzt StraFo'04, 240). Die Beurteilung der Fluchtgefahr erfordert neben der Berücksichtigung der Straferwartung auch die Würdigung der Lebensverhältnisse (OLG Hamm, StV' 03, 509).

Gerade die Beurteilung der Fluchtgefahr erfordert die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten, seiner Lebensverhältnisse, seines Vorlebens und seines Verhaltens vor und nach der Tat.



Die Ausführungen hierzu im Haftbefehl vom 29.08.2001 sind formelhaft und pauschal gehalten. Das AG übersieht hierbei in nahezu ständiger Praxis, dass im Allgemeinen auch die Straferwartung allein die Fluchtgefahr nicht begründet; sie ist nur Ausgangspunkt für die Erwägung, ob der in ihr liegende Anreiz zur Flucht auch unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände so erheblich ist, dass die Annahme gerechtfertigt ist, der Beschuldigte werde ihr wahrscheinlich nachgeben und flüchtig gehen (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 112 StPO Rn. 24 StPO sowie *Pfeiffer*, § 112 StPO Rn. 6; *OLG Karlsruhe*, StV' 99, 323; *OLG Hamm*, StraFo' 01, 359; zuletzt OLGSt § 7 StGB Nr. 7 ).

Selbst bei einer besonders hohen Straferwartung, welche hier nicht vorliegen dürfte, bedeutet dies nicht, dass die Anforderungen für die Annahme der Fluchtgefahr herab gemindert sind (*LG Köln*, StV 93, 371; *OLG Köln*, StV' 95, 419; zuletzt StraFo' 01, 143).

**Gegen** die Fluchtgefahr des Beschuldigten spricht eindeutig, dass er bereits seit 26 Jahren in Deutschland lebt; davon seit 1992 mit seiner Verlobten Gabriele Günstig in der gemeinsamen Wohnung Königsberger Straße 2 in 10200 Berlin. Der Beschuldigte ist verwitwet und bezieht von der LVA Baden eine Witwenrente. Seine verstorbene Ehefrau ist in Berlin beerdigt und er besorgt deren Grabpflege. Seine zwei aus dieser Ehe stammenden Kinder leben bei der Schwiegermutter in Berlin. Seinen Lebenskreis hat der Beschuldigte in Berlin, wo er u. a. dem italienischen Sportverein angehört.

Außer der verwandtschaftlichen Beziehung zu seiner in Italien lebenden 83 jährigen Mutter hat er keinerlei Bindung mehr nach Italien; weder in Form von persönlichen Kontakten noch wirtschaftlicher Art.

Die Verteidigung legt zum Beweis der Tatsachen, die einer Fluchtgefahr entgegenstehen, die anliegenden Urkunden (Anmeldebestätigung, ärztliche Bescheinigung) vor.

Diese Tatsachen sprechen deutlich **gegen** eine Fluchtgefahr. Die reine Befürchtung, der Beschuldigte werde sich nach Italien absetzen, ist keinesfalls geeignet, die Fluchtgefahr zu begründen. Selbst der Täter entzieht sich dem Verfahren nicht, der unter einer den Strafverfolgungsbehörden bekannten Adresse im Ausland schlicht verbleibt und sich dort zur Verfügung hält (*OLG Naumburg*, wistra 1997, 80).

Weil vorliegend keine derartige Straferwartung besteht, die eine Fluchtgefahr begründet und hinsichtlich des Beschuldigten selbst bei seiner Ausländereigenschaft gewichtige Gründe gegen die Fluchtgefahr sprechen, sind auch die Voraussetzungen eines Haftgrunds offensichtlich nicht vorliegend.

Im Rahmen des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** muss überdies Berücksichtigung finden, dass der Beschuldigte - wie bereits anlässlich der Haftrichtervorführung am 14.09.2004 festgestellt wurde - zuckerkrank ist und auch gesundheitliche Probleme mit der Leber hat, so dass er als Diabetiker spezielles Essen benötigt, was in der Justizvollzugsanstalt nicht ausreichend gewährleistet ist.

#### 4.

Sofern das Gericht den Haftbefehl nicht aufhebt, so sollte dem Hilfsantrag entsprochen werden, denn der bestehenden Fluchtgefahr kann durch anderweitige Maßnahmen des § 116 StPO entgegen gewirkt werden. Das Gericht möge die geeignet erscheinenden Maßnahmen bestimmen. Der Beschuldigte ist bereit, den Auflagen zu folgen.



Dies gilt insbesondere für die Anweisung, sich zu bestimmten Zeiten bei einer vom Gericht zu bestimmenden Dienststelle zu melden und den Wohn- und Aufenthaltsort nicht ohne Erlaubnis des Gerichts oder der Strafverfolgungsbehörde zu verlassen oder für die sonstige Maßnahme der Abgabe des italienischen Reisepass (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 116 StPO Rn 12).

Es wird gebeten, die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu diesem Antrag dem Unterzeichner vor Entscheidung des Gerichts zuzuleiten.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht

40215 Düsseldorf

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.606.21.09.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	14.02.2006

3 Qs 4/02 In der **Haftsache**  
gegen  
**Dieter Dödel**

wird hiermit gegen den Haftfortdauerbeschluss vom 27.01.2006

**weitere Beschwerde**

eingelegt mit dem **Antrag**,

den Haftbefehl aufzuheben,

hilfsweise, diesen unter geeigneten Auflagen  
nach § 116 StPO außer Vollzug zu setzen.

**Begründung:**

Mit Beschluss vom 27.01.2006 hat das Landgericht die mit Schriftsatz vom 17.12.2005 begründete Haftbeschwerde des Beschuldigten gegen den Haftbefehl des Amtsgerichts Düsseldorf vom 29.09.2005 als unbegründet verworfen. Hiergegen ist nach § 310 Abs. 1 StPO die weitere Beschwerde zulässig.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenate in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



1.

Zu Recht stellt das Landgericht anfangs fest, dass ein dringender Tatverdacht für eine Beihilfe zum versuchten Totschlag nicht gegeben ist, sodass für den Haftbefehl hinsichtlich der Haftgründe nur § 112 Abs. 2 StPO Anwendung findet.

2.

Der angegriffene Haftbefehl stützt sich hierzu auf **Fluchtgefahr** gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO, - abermals fast ausschließlich - begründet mit der Straferwartung einer nicht mehr zur Strafaussetzung zur Bewährung fähigen Freiheitsstrafe und derzeitiger Arbeitslosigkeit des Beschuldigten.

Der Haftgrund der Fluchtgefahr darf nur aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 112 Rn. 22 sowie *Pfeiffer*, § 112 Rn. 4 StPO). Fluchtgefahr besteht dann, wenn bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Annahme spricht, der Beschuldigte werde sich dem Strafverfahren entziehen, als für die Erwartung, er werde am Strafverfahren teilnehmen. (*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Aufl. Rn 812, 813). Gerade die Beurteilung der Fluchtgefahr erfordert die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten, seiner Lebensverhältnisse, seines Vorlebens und seines Verhaltens vor und nach der Tat.

3.

Der Haftfortdauerbeschluss stützt sich hierzu in den Gründen auf eine Straferwartung, die eher hoch einzustufen sei, wobei einer Vielzahl einschlägiger Vorstrafen Bedeutung zukomme. Der Beschuldigte habe mehrer Freiheitsstrafen vollständig verbüßt. Selbst bei einer besonders hohen Straferwartung, welche hier bereits aus vorgenannten rechtlichen Gründen nicht vorliegt, bedeutet dies nicht, dass die Anforderungen hinsichtlich der Fluchtgefahr herab gemindert sind (*LG Köln*, StV' 93, 371; *OLG Köln*, StV'95, 419).

4.

**Gegen** die Fluchtgefahr des Beschuldigten spricht bereits sein Verhalten nach der Tat. Seiner aktiven Hilfeleistung ist es u.a. zu verdanken, dass der Verletzte letztlich gerettet werden konnte. Der Beschuldigte ging - anders als der Beschuldigte A. - gerade nicht flüchtig.

Zu den Lebensverhältnissen des Beschuldigten ist vorzutragen, dass er ...

Vorstehende Tatsachen sprechen deutlich **gegen** eine Fluchtgefahr. Die reine Befürchtung, der Beschuldigte werde sich dem Strafverfahren entziehen, ist keinesfalls geeignet, die Fluchtgefahr zu begründen.

Weil vorliegend keine derartige Straferwartung besteht, die eine Fluchtgefahr begründet und auch ein sonstiger Haftgrund nicht ersichtlich ist, sind auch die Voraussetzungen eines Haftgrunds offensichtlich nicht vorliegend.



5.

Sofern das Gericht den Haftbefehl nicht aufhebt, so sollte dem Hilfsantrag entsprochen werden, denn einer Fluchtgefahr kann durch anderweitige Maßnahmen des § 116 StPO entgegen gewirkt werden. Das Gericht möge die geeignet erscheinenden Maßnahmen bestimmen. Der Beschuldigte ist bereit, den Auflagen zu folgen. Dies gilt insbesondere für die Anweisung, sich zu bestimmten Zeiten bei einer vom Gericht zu bestimmenden Dienststelle zu melden (Meldepflicht) und den Aufenthaltsort nicht ohne Erlaubnis des Gerichts oder der Strafverfolgungsbehörde zu verlassen (Aufenthaltsbeschränkung) oder für die sonstige Maßnahme wie Abgabe der Personalpapiere (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 116 StPO Rn 12).

Es wird gebeten, die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu diesem Antrag dem Unterzeichner vor Entscheidung des Gerichts zuzuleiten.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht

79761 Waldshut-Tiengen

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.369.23.05.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	14.02.2006

5 Gs 673/02 In der **Haftsache**  
11 Js 7431/01 gegen **Christoph Christ**

wird **beantragt**,

Termin zur **mündlichen Haftprüfung**  
anzuberaumen.

Im Haftprüfungstermin werde ich beantragen,

den Haftbefehl des Amtsgericht  
Waldshut-Tiengen vom 24.10.2003  
aufzuheben, hilfsweise gegen Auflagen außer  
Vollzug zu setzen.

**Begründung:**

Es besteht bereits kein auf bestimmte Tatsachen gestützter  
Haftgrund der Fluchtgefahr gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO:

Der angegriffene Haftbefehl stützt sich hierzu auf **Fluchtgefahr**  
begründet mit der Erwartung einer empfindlichen Haftstrafe im  
nicht mehr bewährungsfähigen Bereich und der Vermutung,  
dass der Beschuldigte sich als Schweizer Staatsbürger einer  
Aburteilung nicht stellen würde.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



# **Anträge des Verteidigers im Ermittlungsverfahren**



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An die  
Staatsanwaltschaft  
Amthausstr. 5

79761 Waldshut-Tiengen

Prozess-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.448.23.07.G/S	Frau Schacht	5681-(12)	15.02.05

21 Js 6487/03 Im Ermittlungsverfahren  
gegen Beate Bissig  
wegen Verdacht der Beleidigung

wird nach Einsichtnahme in die Ermittlungsakte **beantragt**,

das gegen meine Mandantin eingeleitete  
Ermittlungsverfahren nach Vorschrift des  
§ 170 Abs. 2 StPO einzustellen.

**Begründung:**

Nach Aktenlage bieten die bisherigen Ermittlungen keinen  
genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage,  
weil hinsichtlich meiner Mandantin kein hinreichender Tatverdacht  
anzunehmen ist. Ein solcher liegt nur vor, wenn die nach  
Maßgabe des Akteninhalts vorzunehmende vorläufige  
Tatbewertung ergibt, dass die Verurteilung des Angeschuldigten  
in einer Hauptverhandlung mit vollgültiger Beweisaufnahme  
wahrscheinlich ist (hierzu BGHSt<sup>9</sup> 23, 304; Meyer-Göfner, § 203  
StPO Rn 2; Tolksdorf in KK-StPO, 5. Auflage, § 203 StPO Rn 4  
sowie Pfeiffer, § 203 StPO Rn 2).

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

Markus Fisch  
Rechtsanwalt \*

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

Lutz Weger  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**Advokatur  
Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (C11)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

R Ae Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An die  
Staatsanwaltschaft  
Amtshausstr. 5

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozess-Register-Nr R.A Gronenberg 13.293.22.03. G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl (5681-12)	Datum 24.07.2006
---	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

23 Js 9495/01

In dem Ermittlungsverfahren  
gegen **Siegmond Schlachter**  
wegen Verdachts der fahrlässigen  
Körperverletzung

nehme ich Bezug auf diesseitigen Schriftsatz vom 28.01.2002.

Eine **Verfahrenseinstellung** nach § 153 a Abs. 1 StPO bietet sich hier unter Berücksichtigung von Nr. 86, 233, 234 RiStBV an, da die angelastete Unfallverursachung u. a. auf die widrigen schwer vorhersehbaren Witterungsverhältnisse (Überfrierung) und die Kollision zweier Pkws mit Abdriften in eine Personenmenge zurückzuführen ist. Somit liegt weder eine rohe Tat noch ein besonders leichtfertiges Handeln vor. Glücklicherweise sind die beiden Fußgängerinnen nicht erheblich verletzt worden, sondern befinden sich auf dem Wege der Genesung. Die Verletzungsfolgen dürften ausgeheilt sein.

Der Beschuldigte wäre auf anwaltliches Anraten bereit, einer Verfahrenseinstellung gemäß § 153 a Abs. 1 StPO seine Zustimmung zu erteilen und eine Geldauflage, deren Höhe ins Ermessen gestellt wird, zu Gunsten der Mutter-Kind-Klinik Rickenbach oder aber als Schmerzensgeldzahlung an die Verletzten im Rahmen der Wiedergutmachung über den durch die Haftpflichtversicherung regulierenden Betrag hinaus zu akzeptieren.

Darüber hinaus gehende materielle und immaterielle Ansprüche der Geschädigten werden bereits durch die Haftpflichtversicherung des Beschuldigten reguliert.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

Markus Fisch  
Rechtsanwalt \*

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

Lutz Weger  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg  
\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

Advokatur  
Dr. Stefan Suter

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



# **Das Verfahren nach Anklageerhebung**



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht Waldshut-Tiengen  
2. Große Strafkammer  
Bismarckstr. 19 a

79761 Waldshut-Tiengen

Prozess-Register-Nr. 13.369.23.05.G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl 5681-(12)	Datum 05.01.04
--	-----------------------------	-----------------------------	-------------------

2 KLa 11 Js 111/04 In der **Strafsache**  
gegen **Kurt Krumm**  
**wegen** Verdacht des Betrugs

beantragt die Verteidigung,

die Anklage der Staatsanwaltschaft  
Waldshut-Tiengen vom (Datum) nicht  
zuzulassen und gleichzeitig die Eröffnung des  
Hauptverfahrens abzulehnen.

**Begründung:**

Die Eröffnung des Hauptverfahrens ist bereits aus tatsächlichen  
Gründen abzulehnen, weil der Angeschuldigte der ihm zur Last  
gelegten Tat nicht hinreichend verdächtig ist.  
Insoweit hat das OLG Karlsruhe (1 Ws 111/04) folgerichtig das  
Vorliegen eines dringenden Tatverdachts verneint, wenn auch nicht  
verkannt wird, dass dieser nicht identisch mit dem Begriff des  
hinreichenden Tatverdachts ist.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



1.

**Hinreichender Tatverdacht** ist nur anzunehmen, wenn die nach Maßgabe des Akteninhalts vorzunehmende vorläufige Tatbewertung ergibt, dass die Verurteilung des Angeschuldigten in einer Hauptverhandlung mit vollgültiger Beweisaufnahme wahrscheinlich ist (BGHSt' 23, 304, 306; Pfeiffer, § 203 StPO Rn. 2, KK-StPO-Tolksdorf, § 203 StPO Rn. 2). Das ist weniger als die mit Sicherheit zu erwartende Verurteilung oder auch nur die Wahrscheinlichkeit, die ein dringender Tatverdacht im Sinne von § 112 StPO voraussetzt. Die Wahrscheinlichkeit muss aber so groß sein, dass es einer Entscheidung durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung bedarf, um festzustellen, ob noch bestehend Zweifel gerecht fertigt sind (KK-StPO-Tolksdorf, § 203 StPO Rn. 4).

2.

Den Gründen im Beschluss des OLG Karlsruhe vom (Datum) ist zu entnehmen, dass die von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungen lückenhaft sind und wegen dieser Defizite - ohne weitere zeitaufwendige Nachforschungen - nicht mit einer Verurteilung des Täters gerechnet werden kann (Seite 7 des Beschlusses).

Dieser Missstand stellt sich nicht nur im Rahmen eines dringenden Tatverdachts (§ 112 StPO), sondern genau so bei der Bewertung des hinreichenden Tatverdachts gemäß § 203 StPO.

3.

Die Staatsanwaltschaft versucht die Anklage mit Verfügung vom 30.06.2003 insoweit zu retten, als sie sich ...

Dem entsprechend kann die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt werden, wenn sicher zu erwarten ist, dass ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch machen wird (KK-StPO-Tolksdorf, § 203 StPO Rn. 5).

Darüber hinaus ist für eine weitere Aufklärung nach § 202 StPO kein Raum, wenn eine Ermittlungsanordnung des Gerichts darauf hinauslaufen würde, dass erhebliche Teile des Ermittlungsverfahrens nachgeholt werden müssen bzw. dadurch erst die Voraussetzung eines hinreichenden Tatverdachts geschaffen werden (LG Berlin, NStZ 2003, 504).

So läge es aber hier. Denn das OLG Karlsruhe hat im vorgenannten Beschluss angeführt, welche einzelnen Beweiserhebungen im Zwischenverfahren noch durchzuführen wären und wie umfangreich sich dies gestalten würde.

Allein unter Berücksichtigung der bisherigen Beweiswürdigung ist somit davon auszugehen, dass in einer Hauptverhandlung wahrscheinlich ein Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung ergehen würde. Mit dieser Begründung kann der hinreichende Tatverdacht hier verneint werden (OLG Karlsruhe, NJW 1974, 806).

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

**An das  
Landgericht  
- 2 Große Strafkammer -  
Salzstr. 17**

**79098 Freiburg**

Prozeß-Register-Nr.	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
13.225.24.04.G/S	Schacht	5681-(12)	04.08.2005

**2 KLS 82 Js 12107/02**     **In der Strafsache**  
**AK 9/05**                     **gegen Siegfried Strolch**  
                                     **wegen des Verdachts der Vergewaltigung**

nehme ich nach ergänzender Akteneinsicht Bezug auf die der Verteidigung gemäß § 201 Abs. 1 StPO übermittelte Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Lörrach vom 18.05.2005.

Es wird **beantragt**,

die Anklage zur Hauptverhandlung nicht zuzulassen sowie die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen.

**Begründung:**

Die Anklage, insbesondere der Anklagesatz, entspricht nicht den erforderlichen Voraussetzungen des § 200 Abs. 1 S. 1 StPO.

Eine Anklageschrift hat im Rahmen der Umgrenzungsfunktion die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, daß die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargelegt wird und erkennbar ist, welche bestimmte Tat gemeint ist (vgl. Nr. 110 Abs. 2 lit. c) RiStBV). Fehlt es hieran, ist die Anklage, sofern sie nicht nachgebessert werden kann, unwirksam und die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen (BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1; StV 1994, 63; KK-Tolksdorf, § 200 StPO Rn 30; Meyer-Goßner, § 200 StPO Rn 26).

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

**Kooperationspartner:**

**Advokatur  
Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

**Bankverbindungen:**

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065 0  
Bankclearing-Nr. 231



Diesen Anforderungen entspricht die Anklageschrift vom 18.05.2005 nicht, sofern meinem Mandanten angelastet wird,

hinsichtlich Tat Ziff. 1

*der Angeklagte sei an einem Tag gegen Ende des Jahres 1997 und Anfang 1998 in die Geschädigte eingedrungen,*

hinsichtlich Tat Ziff. 2

*der Angeklagte sei bei einem ersten Vorfall im Zeitraum zwischen November 2001 bis September 2002 in die Geschädigte eingedrungen,*

hinsichtlich Tat Ziff. 3

*der Angeklagte sei bei einem zweiten Vorfall (im obigen Tatzeitraum) von hinten in sie eingedrungen,*

hinsichtlich der Tat Ziff. 4

*der Angeklagte sei bei einem dritten Vorfall (in obigem Tatzeitraum) in sie eingedrungen,*

ohne hier eine weitere zeitliche Eingrenzung oder Konkretisierung des Vergewaltigungsvorgangs anzugeben.

Dies entspricht nicht den Anforderungen des § 200 Abs. 1 S. 1 StPO, weil die angeklagten Taten nicht ausreichend zeitlich eingegrenzt werden und zudem keine Beschreibung von Ausführungsart oder sonstigen individualisierbaren Merkmalen erfolgt (KK-Tolkendorf, § 200 StPO Rn 7; BGH NStZ 1996, 294; BGHSt' 42, 107).

Da die Anklage somit gravierende **funktionelle** Mängel aufweist, ist die beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



Das LG hat zu Recht davon abgesehen, die von dem Verteidiger des Angeklagten in dem ‚Protokoll‘ vom 4. 6. 1999 niedergelegte Aussage von S in die Hauptverhandlung einzuführen. Die Beweiserhebung über diese Aussage ist unzulässig (§ 244 Abs. 3 S. 1 StPO), weil aus dem Rechtsgedanken des § 252 StPO folgt, daß eine Verwertung dieser Angaben verboten ist,

a) Die Vorschrift des § 252 StPO enthält nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht nur ein Verlesungsverbot, sondern – über ihren Wortlaut hinaus – auch ein Verwertungsverbot. Dieses schließt auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage aus; insbesondere ist die Vernehmung von Verhörspersonen nicht gestattet (BGHSt 2, 99, 102; 36, 384, 387; 42, 391, 397; vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO, 44. Aufl., § 252 Rn. 12f.; *Gollwitzer in Löwe/Rosenberg*, StPO, 24. Aufl., § 252 Rn. 3, jew. m. N.). Damit sind die Ergebnisse einer früheren Vernehmung des nunmehr die Aussage befragt nach § 52 StPO verweigern den Zeugen un verwendbar, wobei es unerheblich ist, ob er damals als Zeuge oder als Beschuldigter vernommen wurde (BGHSt 20, 384; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, aaO., § 252 Rn. 11 m. w. N.); im letzteren Fall dürfte im übrigen nicht einmal der vernehmende Richter als Zeuge gehört werden (BGHSt 42, 391, 398 m. w. N.).

b) Allerdings betrifft § 252 StPO nur vorangegangene amtliche Vernehmungen; denn zum Begriff der Vernehmung gehört es, daß der Vernehmende dem Beschuldigten oder Zeugen in amtlicher Funktion gegenübertritt (vgl. BGHSt 40, 211, 213). Die in die Form einer Vernehmung gekleidete Anhörung durch den Verteidiger fällt nicht hierunter. Zwar ist es dem Verteidiger nicht verwehrt, eigene Ermittlungen zu führen, insbesondere Zeugen oder Mitbeschuldigte vor und außerhalb der Hauptverhandlung zu befragen (BGH AnwBl 1981, 115, 116; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Aufl., Rn. 166f.; *Laufhütte* in KK-StPO, 4. Aufl., vor § 137 Rn. 3, jeweils m. N.). Die Befugnis, Zeugen oder Beschuldigte ‚amtlich‘ zu vernehmen (vgl. §§ 161a, 163a, 168, 168a bis c StPO), gibt ihm das Gesetz, auch soweit es in verschiedenen Bestimmungen Nachforschungen des Verteidigers zuläßt (vgl. etwa §§ 246 Abs. 2, 364b Abs. 1 Nr. 1 StPO), aber gerade nicht.

Auch wenn der Verteidiger bei der Befragung von Zeugen oder Beschuldigten keine amtliche Funktion wahrnimmt, muß ein Verwertungsverbot entsprechend dem Rechtsgedanken des § 252 StPO für eine vor dem verfahrensbeteiligten Verteidiger des Angeklagten gemachte Aussage angenommen werden, wenn sie zur Verwendung durch den Verteidiger des Angeklagten in dem gegen diesen und – wie hier – zu diesem Zeitpunkt auch gegen den Zeugen gerichteten Verfahren bestimmt war. Wenn § 252 StPO es schon untersagt, eine unter den Strafdrohungen der §§ 145d und 164 StGB vor der Polizei oder der Staatsanwaltschaft gemachte Aussage als Zeuge oder eine sogar vor dem Richter als Beschuldigter abgegebene Einlassung nach anschließender berechtigter Zeugnisverweigerung zu verwerten, muß dies erst recht der Verwertung einer Aussage bei einer anwaltlichen ‚Beschuldigtenvernehmung‘ entgegenstehen (vgl. BGHSt 20, 384, 385 a. E.; 29, 230, 232), zumal der Verteidiger bei einer solchen Anhörung einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen hat (vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 336; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, aaO., vor § 137 Rn. 1 a. E.), während die Strafverfolgungsorgane nach § 160 Abs. 2 StPO sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln haben.

Wäre dies anders, würde es darüber hinaus – wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat – ‚die Möglichkeit eröffnen, daß wesentliche Teile der Verhandlungsführung dem Verantwortungs-

bereich des Vorsitzenden und des Gerichts entzogen und in die Hände eines anderen Verfahrensbeteiligten gelegt würden, der es dann seinerseits in der Hand hätte, zunächst eine Zeugenaussage zu ‚protokollieren‘ und den Zeugen dann auf sein Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen, von dem dieser dann in der Hauptverhandlung Gebrauch macht‘.

c) Allerdings werden frühere Äußerungen eines Zeugen außerhalb einer Vernehmung von § 252 StPO nicht erfaßt, wie auch Spontanäußerungen trotz eines später ausgeübten Zeugnisverweigerungsrechts verwertbar bleiben (BGHSt 36, 384, 387, 389; BayObLG StV 1983, 452; *Diemer* in KK-StPO; 4. Aufl., Rn. 20 und *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, aaO., Rn. 8, 9, jeweils zu § 252). Hier war die Aussage der Zeugin aber gezielt für das Strafverfahren herbeigeführt worden; es handelte sich somit gerade nicht um derartige Angaben, die ‚aus freien Stücken‘ erfolgen (vgl. BGHSt 29, 230, 232; 36, 384, 389; BGH NStZ 1992, 247) und nicht im Bewußtsein ihrer späteren Verwendungsmöglichkeit im Verfahren abgegeben werden.

d) Selbst wenn – was der Beschwerdeführer nicht behauptet hat – die Zeugin mit der Verwertung ihrer dem Verteidiger gegenüber gemachten Angaben trotz Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts einverstanden gewesen wäre, hätten die Angaben nicht verwertet werden dürfen. Aus der Entscheidung des BGH vom 23. 9. 1999 (4 StR 189/99 = StraFo 2000, 17, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmt) ergibt sich nichts anderes. Soweit der Senat nämlich dort die Verwertung von früheren Aussagen eines Zeugen gestattet hat, der im übrigen von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, kann sich dies nur auf nach gesetzlicher Vorschrift ordnungsgemäß zustande gekommene polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmungen oder – wie in dem entschiedenen Fall – auf nach amtlicher Anordnung durchgeführte Sachverständigenuntersuchungen beziehen. Im übrigen gelten insoweit die unter b) dargelegten Bedenken hier in gleicher Weise: Die Vernehmung des Zeugen oder früheren Beschuldigten in der Hauptverhandlung darf nicht durch die Verwertung einer unter keinerlei formellen Vorschriften stehenden ‚Verteidigervernehmung‘ ersetzt werden.

e) Der Ausschluß der Verwertbarkeit erstreckt sich auch auf die zu der Anhörung hinzugezogenen Personen (vgl. auch BGHSt 13, 394, 396; BGH NStZ 1993, 294, 295). Deshalb war das LG hier auch gehindert, die Ehefrau des Verteidigers als Zeugin zu vernehmen ...“

#### StPO §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 261

**Verweigert ein umfassend schweigender Angeklagter die Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht, darf hieraus kein belastendes Indiz gegen ihn hergeleitet werden (Ergänzung zu BGHSt 20, 298 f.)**

BGH, Urt. v. 22. 12. 1999 – 3 StR 401/99 – LG Dortmund

*Aus den Gründen:* „... Das LG hat den Angeklagten wegen Nötigung in zwei Tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und mit einer Zuwiderhandlung gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist, verurteilt. Die Revision des Angeklagten macht mit der Sachrüge Fehler bei der Beweiswürdigung geltend: sie hat Erfolg.

Nach den Feststellungen wurde der Geschädigte M. K., der in der Türkei seine Kampftätigkeit für die PKK aufgegeben und sich nach Deutschland begeben hatte, hier von Angehörigen der PKK unter dem Vorwurf der Fahnenflucht bis zu einer Entscheidung des kurdischen Volksge-



richtshofes\* unter Bewachung gestellt. Seiner Schwester G K wurde vorgeworfen, sie habe ihn bei der Ausreise nach Deutschland unterstützt, weshalb sie dafür bestraft werden müsse. Sie wurde zu Dienstleistungen im Kurdischen Zentrum in Bi gezwungen und dabei auch einmal mit einer Ohrfeige gewaltsam am Verlassen dieser Einrichtung gehindert.

An den Repressalien gegen die Geschwister M und G K war ein Kurde, der unter dem Namen ‚B‘ aufgetreten war, maßgeblich beteiligt. Die Überzeugung der Strafkammer, daß der Angeklagte mit ‚B‘ identisch sei, beruht jedoch auch auf einer unzulässigen Schlußfolgerung.

Der Angeklagte hat Angaben zur Sache umfassend verweigert. Die Geschädigte G K konnte nicht gehört werden, da sie unbekanntes Aufenthaltsort ist. Der Zeuge M K hat in der Hauptverhandlung angegeben, bei dem Angeklagten handle es sich nicht um ‚B‘. Die Strafkammer geht jedoch davon aus, daß er aus Angst vor weiteren Repressalien den Angeklagten deckt. Ihre Überzeugung von der Identität mit ‚B‘ stützt sie auf Übereinstimmungen, insbesondere eine auffällige Armverletzung, zwischen den von den Geschädigten bei der Polizei abgegebenen Personenbeschreibungen und dem Aussehen des Angeklagten. Schließlich ergebe sich aus der Aussage des Polizeibeamten S. daß in Bi nur eine Person mit dem Namen ‚B‘ bekannt sei und ‚B‘ in einem abgehörten Telefongespräch einen Gesprächspartner gebeten habe, einen Termin beim Arzt Dr. M. in Bi abzusagen. Da aber der Angeklagte diesen Arzt nicht von seiner Schweigepflicht entbunden habe und ein solches Recht nur einem Patienten zustehe, lasse dies den Schluß zu, daß der Angeklagte Patient dieses Arztes gewesen sei.

1. Diese Folgerung ist rechtlich unzulässig. Die Strafkammer dürfte bei dem zur Sache umfassend schweigenden Angeklagten den Umstand, daß er von seinem prozessualen Recht Gebrauch gemacht hat, einen ärztlichen Zeugen von seiner Schweigepflicht nicht zu entbinden, nicht als belastendes Indiz verwerten. Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO findet ihre Grenze an dem Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitragen zu müssen (Grundsatz des ‚Nemo tenetur se ipsum prodere‘; vgl. Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 249). Dieses Abwehrrecht eines Beschuldigten gegen staatliche Eingriffe wird durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet (BVerfGE 56, 37, 49).

Danach ist ein Angeklagter im Strafverfahren grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv zur Sachaufklärung beizutragen (BGHSt 34, 324, 326). So steht es ihm frei, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, § 136 Abs. 1 S. 2, § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Macht er von seinem Aussageverweigerungsrecht umfassend Gebrauch, so ist allgemein anerkannt, daß daraus für ihn keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen (vgl. BGHSt 32, 140, 144; Kleinknecht/Meyer-Göfner, StPO, 44. Aufl., § 261 Rn. 16 m. w. N.).

Nichts anderes kann für das sonstige prozessuale Verhalten eines umfassend schweigenden Angeklagten gelten, insbesondere, wenn er eine Mitwirkung an der Sachaufklärung verweigert, etwa Zustimmungs- oder Entbindungserklärungen nicht erteilt; auch hieraus darf kein belastendes Indiz gegen ihn hergeleitet werden (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO, 23. Aufl., § 261 Rn. 79; Schlüchter in SK-StPO, 13. Erg. Lfg., § 261 Rn. 36; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2. Aufl., Rn. 899; Rogall, aaO, S. 59f.). So hat es die Rechtsprechung des BGH bei einem schweigenden Angeklagten für unzulässig erachtet, die in Beweisunterlagen des Verteidigers enthaltenen Tatsachenbehauptungen als eine der Beweiswürdigung unterliegende Teileinlassung des Angeklagten (BGH NStZ 1990, 447f.) oder die Formulierung, mit der er eine Einlassung zur Sache

verweigert hat (BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 14), zu verwerten. Danach war es nicht zulässig, daß die Strafkammer die Verweigerung einer Entbindungserklärung im Rahmen der Beweiswürdigung zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt hat. Ein Angeklagter, der bei der Abgabe prozessualer Erklärungen mit nachteiligen Schlußfolgerungen rechnen müßte, könnte von seinem Recht auf Aussage- und Mitwirkungsfreiheit nicht mehr unbefangenen Gebrauch machen; dieses wäre unzulässig beschränkt.

Erwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung in BGHSt 20, 298f., wonach aus der Weigerung eines Angeklagten, bei der Aufklärung eines bestimmten Punktes mitzuwirken, jedenfalls dann ein ihm nachteiliger Schluß gezogen werden dürfe, wenn er sich im übrigen zum Anklagevorwurf eingelassen habe. In der Begründung wurde entscheidend darauf abgestellt, daß sich der Angeklagte durch seine Einlassung zur Sache selbst zu einem Beweismittel gemacht und so seine Erklärungen der freien Beweiswürdigung durch den Tatrichter unterstellt habe. Bei dieser Sachlage könne es dem Tatrichter nicht verwehrt sein, Schlüsse daraus zu ziehen, daß der Angeklagte sich zwar in einer bestimmten Weise zum Hergang eines Gespräches mit seinem Rechtsanwalt geäußert, indes die Überprüfung dieser Darstellung dadurch verhindert hat, daß er seinen Gesprächspartner nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Die Begründung der Entscheidung spricht im Gegenteil dafür, daß auch der damals erkennende Senat das Aussageverhalten bei einem umfassend schweigenden Angeklagten anders beurteilt und eine Beweisverwertung der Verweigerung der Entbindungserklärung als unzulässig angesehen hätte.

2. Unabhängig von diesem Beweisverwertungsverbot beruht die der Schlußfolgerung des LG zugrundeliegende Prämisse, ein Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes habe nur dann bestanden, wenn der Angeklagte tatsächlich bei ihm Patient gewesen war, auf einer Verkennung der rechtlichen Tragweite des ärztlichen Schweigerechts und ist daher auch aus diesem Grund sachlichrechtlich fehlerhaft.

Die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient erstreckt sich auch auf die Anbahnung des Beratungs- und Behandlungsverhältnisses. Demgemäß ist anerkannt, daß sich die Befugnis des Arztes zur Verweigerung des Zeugnisses auch auf die Identität des Patienten und die Tatsache seiner Behandlung bezieht (BGHSt 33, 148, 152 m. w. N.). Steht in Frage, ob ein Angeklagter bei einem bestimmten Arzt in Behandlung war, hat der Arzt, der nicht von seiner Schweigepflicht entbunden worden ist, ein Zeugnisverweigerungsrecht, gleich ob er den Patienten tatsächlich behandelt hatte oder nicht. Ähnlich wie bei der Frage nach dem Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO (vgl. dazu BGHR StPO § 55 Abs. 1 Auskunftsverweigerung 3; BVerfG StV 1999, 71) ist auch hier die Möglichkeit einer Bejahung und Verneinung der Frage in gleicher Weise in Betracht zu ziehen, da anderenfalls der Sinn des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts verfehlt werden würde.

Denn nach der Logik der Argumentation der Strafkammer könnte die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegende Frage, ob ein Angeklagter bei einem bestimmten Arzt in Behandlung war, unabhängig von einer Entbindungserklärung des mutmaßlichen Patienten geklärt werden. Hätte nämlich ein Behandlungsverhältnis nicht bestanden, wäre der Arzt nach dieser Ansicht mangels eines ein Schweigerecht begründenden Patientenvertrages verpflichtet, diese Tatsache ohne jegliche Entbindung als Zeuge zu bekunden; hätte es dagegen bestanden, dürfte er zwar das Zeugnis verweigern, doch könnte allein aus dieser Erklärung der zu beweisende Umstand gefolgert werden. Daß hierbei die ärztliche Schweigepflicht unterlaufen werden würde, liegt auf der Hand.



Wenn daher in Frage steht, ob eine Person bei einem Arzt in Behandlung war, so hat der Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht, gleich ob er die Frage bejahen oder verneinen müßte. Über die Entbindung von dieser Schweigepflicht hat der mutmaßliche Patient zu entscheiden, gleich ob er tatsächlich in Behandlung war oder nicht.

3: Das Urteil kann auf dem dargelegten Mangel beruhen. Die Strafkammer hat ihre Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten allerdings auch noch aus anderen Umständen geschöpft. Das Revisionsgericht kann jedoch nicht von sich aus entscheiden, ob diese anderen Indizien für sich allein der Strafkammer für eine Verurteilung genügt hätten ... "

#### **StPO §§ 81 g, 162 Abs. 1; DNA-IFG § 2**

**Die Entnahme von Körperzellen und deren molekulargenetische Untersuchung zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters bilden zusammen eine Untersuchungshandlung. Für deren Anforderung ist der Ermittlungsrichter desjenigen AG zuständig, in dessen Bezirk die Entnahme stattfinden soll; dies gilt auch dann, wenn beantragt ist, die Untersuchung der Körperzellen im Bezirk eines anderen AG vorzunehmen.**

BGH, Beschl. v. 2. 2. 2000 – 2 ARs 495/99 – AG Koblenz und Oldenburg

*Aus den Gründen:* „ ... Die Staatsanwaltschaft Oldenburg hat bei dem AG Koblenz beantragt, gegen den im dortigen Bezirk wohnhaften Verurteilten, der 1997 vom AG Wilhelmshaven wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern rechtskräftig mit Strafe belegt worden war, die Entnahme einer Speichelprobe und deren molekulargenetische Untersuchung durch das Landeskriminalamt Niedersachsen anzuordnen (§ 2 DNA-IFG i. V. m. § 18 g Abs. 1 StPO). Das angerufene AG hat diesen Antrag abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, es sei örtlich nicht zuständig, weil die Entnahme der Körperzellen in seinem Bezirk, ihre Untersuchung dagegen in Niedersachsen stattfinden sollte; da der Antrag somit auf die Vornahme zweier Untersuchungshandlungen in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken ziele, sei nach § 162 Abs. 1 S. 2 StPO das AG zuständig, in dessen Bezirk die antragstellende Staatsanwaltschaft ihren Sitz habe. Das von der Staatsanwaltschaft sodann angerufene AG Oldenburg hat seine Zuständigkeit gleichfalls verneint. Daraufhin ist die Sache zur Bestimmung des zuständigen Gerichts dem BGH vorgelegt worden.

Der BGH, der als gemeinschaftliches oberes Gericht den Zuständigkeitsstreit zu entscheiden hat (§ 14 StPO), erklärt das AG Koblenz für zuständig. Dessen Zuständigkeit ergibt sich daraus, daß die beantragte Untersuchungshandlung mit der Entnahme einer Speichelprobe im dortigen Bezirk anfangen soll, weil der Verurteilte dort wohnt (§ 2 Abs. 2 DNA-IFG i. V. m. § 162 Abs. 1 S. 1 StPO). Anders wäre es allerdings, wenn die gleichfalls beantragte Untersuchung der dabei zu gewinnenden Körperzellen, die in Niedersachsen, also im Bezirk eines anderen AG stattfinden soll, eine weitere, selbständige Untersuchungshandlung darstellen würde: hält nämlich die Staatsanwaltschaft richterliche Anordnungen für die Vornahme von Untersuchungshandlungen in mehr als einem Bezirk für erforderlich, so muß sie die Anordnungen bei dem AG beantragen, in dessen Bezirk sie selbst ihren Sitz hat (§ 162 Abs. 1 S. 2 StPO). Diese Voraussetzung liegt jedoch nicht vor. Entnahme und Untersuchung der Körperzellen bilden vielmehr zusammen eine einheitliche Untersuchungshandlung. Die Entnahme hat ohne nachfolgende Untersuchung keinen Sinn, die Untersuchung ist ohne vorangegangene Entnahme nicht möglich. Beide Maßnahmen sind Gegen-

stand nur einer richterlichen Anordnung. Für diese ist dasjenige AG zuständig, in dessen Bezirk die Untersuchungshandlung beginnen soll. Dies hat der BGH bereits unter der Geltung des noch nicht novellierten DNA-IFG vom 7. 9. 1998 (BGBl. I S. 2646) entschieden: zur Begründung hat er sich die Ausführungen des Generalbundesanwalts zu eigen gemacht, wonach die Entnahme von Körperzellen nur als Vorstufe einer molekulargenetischen Untersuchung zulässig ist und mit dieser zusammen eine einzige, auf die Gewinnung nur eines Erkenntnisses gerichtete Untersuchungshandlung darstellt (BGHR StPO § 81 g Zuständigkeit 1 = StV 1999, 302). Dies gilt – wovon eine spätere Entscheidung des BGH ohne weiteres ausgeht (BGH, Beschl. v. 23. 12. 1999 – 2 ARs 487/99) – auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des DNA-IFG vom 2. 6. 1999 (BGBl. I S. 1242). Durch dieses Gesetz ist § 2 DNA-IFG geändert worden; der bisherigen Vorschrift, die nunmehr Abs. 1 ist, wurde ein Abs. 2 angefügt, wonach für die in Abs. 1 beschriebenen Maßnahmen § 81 a Abs. 2, §§ 81 f. und 162 Abs. 1 StPO entsprechend gelten. Diese Verweisungsregelung berührt nicht die Frage, ob die Untersuchung von Körperzellen im Verhältnis zu deren vorangegangener Entnahme eine weitere, selbständige Untersuchungshandlung ist; sie ändert nichts daran, daß beide durch den einheitlichen Erkenntniszweck miteinander verknüpften und aufeinander folgenden Maßnahmen eine einheitliche Untersuchungshandlung im Rechtssinne bilden ... "

#### **StPO §§ 96 S. 1, 261; MRK Art. 6 Abs. 3 Buchst. d**

- 1. Zu den Grenzen der Beweiswürdigung bei der Verwertung anonymer Quellen.**
- 2. Ein „in camera“-Verfahren, wie es nach der Entscheidung des BVerfG vom 27. 10. 1999 – 1 BvR 385/90 – zu § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO zulässig ist, kommt im Bereich des Strafverfahrens zu § 96 S. 1 StPO nicht in Betracht.**

BGH, Ur. v. 11. 2. 2000 – 3 StR 377/99 – OLG Frankfurt am Main

*Aus den Gründen:* „ ... Das OLG hat die Angeklagte wegen tateinheitlicher Beihilfe zum Angriff auf den Luftverkehr, zur Geiselnahme, zum erpresserischen Menschenraub und zum versuchten Mord in zwei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

I. Nach den Feststellungen hatte sich die palästinensische Widerstandsorganisation PFLP nach der Entführung des Präsidenten des Arbeitgeberverbandes und des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, Dr. Hanns Martin Schleyer, am 5. 9. 1977 durch die terroristische Vereinigung ‚Rote Armee Fraktion (RAF)‘ bereit erklärt, die Forderungen der RAF auf Freilassung von zehn Gefangenen mit einem Lösegeld von je 100.000 DM durch eine Flugzeugentführung zu unterstützen. Hierzu wählte der in der PFLP für die Durchführung solcher Terrorakte zuständige Ha die PFLP-Mitglieder A, H, Sh, und Sa als Entführungskommando aus und entsandte sie – aus Sicherheitsgründen getrennt und ohne Bewaffnung – nach Palma de Mallorca. Mit dem Transport der für die Flugzeugentführung benötigten Waffen und des Sprengstoffes beauftragte Ha die Angeklagte und den PFLP-Angehörigen S. Die Angeklagte, die zum Sympathisantenkreis der RAF gehört hatte, hatte Ende 1975/Anfang 1976 auf einem Ausbildungscamp der PFLP den Leiter dieses Camps, He, näher kennengelernt und lebte mit diesem – später nach jemenitischem Recht verheiratet – unter dem Namen ‚Amal‘ zusammen. Ende Januar 1976 wurde sie im Zusammenhang mit einem von der PFLP geplanten Abschub einer israelischen Passagiermaschine beim Landeanflug auf den



digten hätte die Parallelität und Identität der Sexualstraftaten in zahlreichen ungewöhnlichen Details verdeutlicht und damit die – nicht erfolgte – Dokumentation und Erörterung dieser Umstände auch für die erkennende *Kammer* unumgänglich gemacht.

Da es entscheidend auf das erste vermeintliche Wiedererkennen des Bf. und die Entstehung der diesbezüglichen Aussage der Geschädigten ankam, hätte dieser Punkt mittels Inaugenscheinnahme des Phantombildes sowie Befragung der Geschädigten und der polizeilichen Zeugen hierzu näherer Aufklärung zugeführt werden müssen.

b) Das *LG* hat zudem in zweifacher Weise in dem für die Entscheidung ausschlaggebenden Punkt gegen Denk- und Erfahrungssätze verstoßen, so daß die Beweiswürdigung auch deshalb fehlerhaft ist und das Urteil hätte aus diesem Grunde ebenfalls aufgehoben werden müssen (vgl. *Stuckenberg*, in: *KMR*, StPO, § 261 Rdnr. 31 ff. m. w. N. zur Rspr. des *BGH*).

Das Gericht ist einerseits einem Zirkelschluß erlegen, indem es die zu beweisende Frage, ob die Geschädigte den Bf. irrtümlich für den Täter gehalten und ihn unter Umständen mit dem möglichen Alternativtäter – seinem Bruder – verwechselt hat, als bewiesen ansah, weil die Geschädigte die Brüder in den Gegenüberstellungen und Lichtbildvorlagen nicht verwechselt habe. Andererseits hat es dem Wiedererkennen in der Berufungsverhandlung einen hohen Beweiswert zugemessen, ohne zu erkennen zu geben, ob ihm die Gefahr bewußt war, daß die Zeugin den Angekl. in der Hauptverhandlung nicht mit ihrem Erinnerungsbild von dem Täter verglichen hat, sondern mit der von ihr anlässlich der vorhergehenden Lichtbildvorlage und Gegenüberstellung identifizierten Person.

3. In der Entscheidung des *BayObLG* werden die vom *BGH* entwickelten Kriterien für die Kontrolle der tatgerichtlichen Beweiswürdigung in Konstellationen von Aussage gegen Aussage und bei Wiedererkennensfragen außer acht gelassen. Der *Strafsenat* perpetuiert den Grundrechtsverstoß durch das landgerichtliche Urteil und wird daher selbst dem verfassungsrechtlichen Maßstab nicht gerecht.

Die Revisionsbegründung des Bf. entsprach den Voraussetzungen für die formgerechte Begründung einer Aufklärungsrüge: die Begründetheitsprüfung war dem *Strafsenat* mithin eröffnet. Bei der gegebenen Sachlage und unter Berücksichtigung der besonderen Konstellation des konkreten Einzelfalles ist es von Verfassungs wegen nicht hinnehmbar, daß das *OLG* die Revision gleichwohl verworfen hat.

Die Würdigung des Zirkelschlusses, der den zentralen Punkt der Beweiswürdigung betraf, mit einem erneuten Zirkelschluß und dahingehend, es handele sich nur um eine nicht tragende Erwägung, ist sachwidrig und damit objektiv willkürlich. Das *LG* hatte sich mit der naheliegenden Möglichkeit einer fehlerhaften Identifizierung des Bf. an Stelle des möglichen Alternativtäters nicht auseinandergesetzt und keine Kontrolle des eigenen Beweisergebnisses daraufhin vorgenommen, welche der festgestellten Indizien auch auf den Bruder des Bf. als möglichen Täter hinwies und damit ihren Beweiswert zu Lasten des Bf. verlieren. Es hatte sich so den Blick für die eigentliche Beweisfrage verstellt. Dieser Fehler ist dem *Revisionsenat* in gleicher Weise unterlaufen.

Die Ausführungen zur Problematik des wiederholten Wiedererkennens gehen gleichfalls am Revisionsvortrag vorbei und sind ebensowenig nachvollziehbar wie die Entscheidung, das landgerichtliche Urteil beruhe nicht auf den Fehlern. Denn die Fehler lagen hier darin, daß das Tatgericht es bei der Begründung, seiner Überzeugungsbildung unterlassen hat, seine Erwägungen bezogen auf sämtliche gegen die Täterschaft des Bf. sprechenden Indizien zu dokumentieren, und ihm zusätzlich zwei Verstöße gegen Denk- und Erfahrungssätze in den entscheidenden Passagen unterlaufen sind. Dies hat regelmäßig und so auch hier unmittelbar Einfluß auf das Urteil.

II. Der Beschl. des *BayObLG* verletzt den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip des

GG. Er ist demzufolge aufzuheben, und die Sache ist an das Revisionsgericht zurückzuverweisen. Ob der Verstoß des Revisionsenats gegen die vom *BGH* aufgestellten Beweisgrundsätze zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bedeutet, kann mithin dahinstehen.

Auch das landgerichtliche Urteil wäre an sich wegen Verstoßes gegen die Grundsätze fairen Verfahrens aufzuheben. Die Verfassungsbeschwerde ist insoweit jedoch nicht in zulässiger Weise erhoben worden, da sie den Substantiierungserfordernissen der §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG nicht entspricht. Der Bf. hat nicht erklärt, durch die Berufungsentscheidung in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein, und seine Angriffe allein auf den behaupteten Verstoß des Revisionsgerichts gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG konzentriert; eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dem landgerichtlichen Urteil fehlt völlig. Die Erstreckung der Begründetheit auf dieses Urteil ist also nicht möglich.

Mitgeteilt vom Verein der Richter am BVerfG, Karlsruhe.

#### + StPO 1975 § 252

(Verwertung von Angaben in nichtrichterlichen Vernehmungen nach Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung)

**Die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts hindert den Zeugen nicht, nach ordnungsgemäßer Belehrung die Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten.**

*BGH*, Urt. v. 23. 9. 1999 – 4 StR 189/99 (LG Stendal)\*

➔ **Aus den Gründen:** Das *LG* hat den Angekl. wegen »sexuellen Mißbrauchs eines Kindes in 9 Fällen« zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 J. verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angekl. die Verletzung formellen und sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben. Der Erörterung bedarf nur die Rüge der Verletzung des § 252 StPO, mit der sich der Bf. gegen seine Verurteilung in den Fällen II 7 bis 9 der Urteilsgründe wendet.

1. Dieser Verfahrensrüge liegt folgendes zugrunde: Der Angekl. hat nach den Feststellungen in drei Fällen seine zur Tatzeit elfjährige Nichte Nicole P. sexuell mißbraucht (II 7 bis 9 der Urteilsgründe). Das *LG* hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. der nur den im Fall II 9 erhobenen Tatvorwurf »teilweise eingeräumt« hat, im wesentlichen auf die Aussage der in der Hauptverhandlung hierzu als Zeugin vernommenen Sachverständigen Pi. gestützt. Nicole P. »habe ihr die Sachverhalte – so wie festgestellt – im Explorationsgespräch geschildert«. Das *LG* hat zu der Verwertung dieser das Tatgeschehen betreffenden Angaben des Kindes, das in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch gemacht hat, u. a. ausgeführt:

»Nach den Feststellungen der *Kammer* wurde die Zeugin vor der Einholung des Glaubwürdigkeitsgutachtens nicht über ihr Recht der Verweigerung der Mitwirkung an der Begutachtung richterlich belehrt, was grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach §§ 252, 81 c StPO nach sich zieht. Da die Zeugin, die in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, nach eingehender Belehrung einer Verwertung ihrer Angaben vor der Sachverständigen ausdrücklich zustimmte, ist das Verwertungsverbot indes ausnahmsweise entfallen ... Die *Kammer* hegt auch keine Bedenken dagegen, daß die Zeugin Nicole P. den Sinn und die Konsequenzen der Belehrung verstanden hat. Die Belehrung erfolgte in kindgerechter Form. Die Zeugin wurde dabei deutlich darauf hingewiesen, daß eine Verwertung zu einer Bestrafung des Angekl. führen könnte. Der Zeugin kam es ersichtlich nur darauf an, nicht noch einmal über die in Rede stehenden Vorfälle berichten zu müssen.«

Aus der Sitzungsniederschrift ergibt sich, daß die damals zwölf Jahre alte Nicole P. im Termin v. 16. 11. 1998 gem. § 52 StPO belehrt wurde. Der Vors. bat die Sachverständige Pi., der Zeugin, die zum



Ausdruck gebracht hatte, sie habe die Belehrung »nicht richtig« verstanden, die Belehrung »in kindlicher Form zu erklären«. Hier wurde die Sitzung von 11.12 bis 11.45 Uhr unterbrochen. Danach wurde die Zeugin »nochmals auf die Belehrung gem. § 52 StPO hingewiesen«. Sie erklärte: »Ich möchte nicht aussagen«. Über die nochmalige Belehrung und Befragung der Zeugin im Termin v. 24.11.1998, die an diesem Tage nach Fortsetzung der Sitzung um 11.45 Uhr aufgerufen und um 11.50 Uhr entlassen wurde, enthält die Sitzungsniederschrift folgende Eintragungen:  
 »Die Zeugin machte nach Belehrung wie in den vorherigen Sitzungen von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch, worauf sie auch weiterhin beharrt. Die Zeugin wurde weiter belehrt, daß sie berechtigt war, eine Mitwirkung bei der Begutachtung durch die Sachverständige Pi. zu verweigern. Die Zeugin wird befragt, ob die Sachverständige darüber berichten darf, was die Zeugin in ihrer Exploration der Sachverständigen anvertraute. Sie wird darauf hingewiesen, daß dies ohne ihre Zustimmung nicht erfolgen darf und die Verwertung zu einer Bestrafung des Angekl. führen könnte. Die Zeugin gab zu verstehen, daß sie dies verstanden habe. Die Zeugin erklärte: »Ich bin damit einverstanden, daß diese Angaben hier verwertet werden.«  
 L. d. u. g.«

## 2. Die Verfahrensrüge ist zulässig erhoben worden.

Zwar kommen nach den zur Rüge der Verletzung des § 252 StPO vorgetragene(n) Tatsachen mehrere Verfahrensmängel, u. a. ein Verstoß gegen § 81 c StPO, in Betracht. Aus seinen Ausführungen zur »rechtlichen Würdigung« ergibt sich aber, daß der Bf. jedenfalls auch die Verwertung der durch die Aussage der Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben der Zeugin Nicole P. zum Tatgeschehen beanstandet. Er macht insoweit geltend, die »persönliche Genehmigung« der Verwertung dieser Angaben sei unwirksam, weil die Zeugin, die »eigenständig von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht« habe, in unzulässiger Weise »durch das Gericht und die Sachverständige« beeinflusst worden sei, und führt dies im einzelnen aus. Damit hat der Bf. in der Revisionsbegründung die Angriffsrichtung der Rüge hinreichend deutlich bezeichnet und dargetan, welcher der nach den hierzu vorgetragene(n) Tatsachen in Betracht kommenden Verfahrensmängel geltend gemacht wird (vgl. *BGH* NStZ 1998, 636; 1999, 94).

Soweit hiermit die Verletzung des § 252 StPO gerügt wird, genügt das Revisionsvorbringen den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Zwar werden die der Rüge zugrundeliegenden Verfahrensvorgänge nicht vollständig mitgeteilt. Insoweit kann aber aufgrund der umfassend erhobenen Sachrüge der Inhalt des Urteils, das sich zu diesen Vorgängen verhält, ergänzend berücksichtigt werden (vgl. *BGH*St 36, 384, 385; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO, 44. A., § 344 Rdnr. 20; *Kuckein* in *KK-StPO*, 4. A., § 344 Rdnr. 39 jew. m. N.).

Der Zulässigkeit der Rüge steht auch nicht entgegen, daß sich die Revisionsbegründung nicht dazu verhält, ob der Angekl. oder sein Verteidiger die Verwertung der früheren Angaben der Zeugin und die ihr zugrundeliegenden Verfahrensvorgänge in der Hauptverhandlung beanstandet haben. Einen Verstoß gegen § 252 StPO darf der Angekl. auch dann rügen, wenn er oder sein Verteidiger der Verwertung nicht widersprochen haben, da im Rahmen des § 252 StPO eine etwaige Einwilligung der Verfahrensbeteiligten unbeachtlich ist (*BGH*St 10, 77, 78; *BGH* StV 1998, 470). Auch eine Präklusion der Rüge wegen Verzichts auf den in § 238 Abs. 2 StPO vorgesehenen Zwischenrechtsbehelf scheidet bei Eingriffen in die Entschließungsfreiheit eines Zeugen, dem der Gesetzgeber zu seinem Schutz ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt hat, aus (*BGH*St 42, 73, 77 f.).

3. Die Verfahrensrüge dringt jedoch in der Sache nicht durch. Die Verwertung der durch Vernehmung der Sachverständigen als Zeugin in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben des Kindes verstößt wegen dessen Einverständnisses nicht gegen § 252 StPO:

a) Diese Vorschrift ist – über ihren Wortlaut hinaus – nicht nur als Verlesungs-, sondern als Verwertungsverbot aufzufassen,

das auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage, insbes. die Vernehmung von Verhörspersonen, ausschließt (*BGH*St 2, 99, 102; 36, 384, 387; vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* a. a. O. § 252 Rdnr. 12 f.; *Gollwitzer* in *LR StPO*, 24. A., § 252 Rdnr. 4, jew. m. N.). Mitteilungen eines gem. § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen über Zusatzfakten (vgl. *BGH*St 18, 107, 108), zu denen regelmäßig auch die Tatschilderung eines auf seine Glaubwürdigkeit zu begutachtenden Zeugen gehört (*BGH* NStZ 1997, 95), stehen einer Aussage i. S. d. § 252 gleich. Soweit die Rspr. unter bestimmten Voraussetzungen für richterliche Vernehmungen Ausnahmen von dem Vernehmungsverbot macht und die Vernehmung der Richter zuläßt, die an der früheren Vernehmung mitgewirkt haben (vgl. *BGH*St 2, 99; 27, 231; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* a. a. O. Rdnr. 13 f.; *Gollwitzer* a. a. O. Rdnr. 6 ff.), können diese Grundsätze auf Befragung durch den Sachverständigen (vgl. §§ 78, 80 Abs. 1 StPO), die einer richterlichen Vernehmung nicht gleichgesetzt werden kann, keine Anwendung finden (*BGH*St 13, 1, 4). Macht der Zeuge später sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend, dürfen seine Mitteilungen über Zusatzfakten daher weder durch das Sachverständigengutachten noch durch die Vernehmung des Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der richterlichen Überzeugungsbildung verwertet werden (*BGH*St 13, 1, 3; 36, 217, 219; *BGH* NStZ 1997, 95; vgl. *Diemer* in *KK-StPO*, 4. A., § 252 Rdnr. 18; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* a. a. O. § 252 Rdnr. 10, jew. m. w. N.). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Zeuge der Verwertung seiner Angaben wirksam zugestimmt hat.

b) Die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts hindert den Zeugen nämlich grundsätzlich nicht, die Verwertung seiner bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten und damit auf das in § 252 StPO enthaltene Verwertungsverbot zu verzichten (*Schlüchter* in *SK-StPO* § 252 Rdnr. 22; vgl. auch *Gollwitzer* a. a. O. § 252 Rdnr. 20):

aa) Ein solcher Verzicht ist mit der gleichzeitigen Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts vereinbar. Ein Zeuge, der seine Aussage verweigert hat, ist verfahrensrechtlich nicht an diese Erklärung gebunden. Er kann sie vielmehr jederzeit widerrufen (*BGH* NJW 1961, 1484, m. N.; vgl. *Dahs* in *LR-StPO*, 25. A., § 52 Rdnr. 38), mit der Folge, daß Beweiserhebungen über frühere Aussagen zulässig sind (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* a. a. O. § 252 Rdnr. 16; *Schlüchter* a. a. O.). Verweigert der Zeuge unter Berufung auf § 52 StPO die Aussage, schließt dies nicht aus, daß er in anderer Weise zur Sachaufklärung beiträgt: so kann er etwa durch seine bloße Anwesenheit bei der Vernehmung anderer Zeugen mitwirken (vgl. *BGH* NJW 1960, 2156; vgl. *Dahs* a. a. O. § 52 Rdnr. 25; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* a. a. O. § 52 Rdnr. 23). Erklärt er sich hierzu nach entsprechender Belehrung über sein nach § 52 StPO auch insoweit gegebenes Weigerungsrecht bereit, setzt er sich damit nicht ohne weiteres in Widerspruch zu seiner Weigerung, in der Hauptverhandlung auszusagen. Vielmehr ist denkbar, daß ein Zeuge zwar seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vermeiden möchte, aber doch bereit ist, sich für die Ermittlung der Wahrheit in anderer Weise zur Verfügung zu stellen. Verhält es sich so, ist seine Mitwirkung verfahrensrechtlich zulässig (vgl. *BGH* a. a. O.), und zwar grundsätzlich auch durch Gestattung der – sonst unzulässigen – Verwertung einer Aussage bei einer nichtrichterlichen Vernehmung.

bb) Dem steht § 252 StPO nicht entgegen. Vielmehr sprechen Sinn und Zweck dieser Vorschrift und des damit im Zusammenhang stehenden Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 StPO entscheidend für die Zulässigkeit eines solchen Verzichts auf das Verwertungsverbot nach § 252 StPO.

Das in § 52 StPO eingeräumte Zeugnisverweigerungsrecht soll den Zeugen vor Konflikten schützen, die aus den Besonderheiten der Vernehmungssituation entstehen, insbes. einerseits durch die Wahrheitspflicht bei der Zeugenvernehmung und an-



dererseits durch die sozialen Pflichten, die aus der familiären Bindung gegenüber dem Angekl. erwachsen (vgl. *BGHSt* 22, 35, 36; 27, 231, 232; 40, 211, 214; *Kleinknecht/Meyer-Göfner* a. a. O. § 52 Rdnr. 1; *Senge* in KK-StPO, 4. A., § 52 Rdnr. 1). Es ist aber nicht im Interesse der Wahrheitsfindung geschaffen und bezweckt auch nicht den Schutz des Angekl. vor der Verwertung eines konfliktbeladenen und daher in seinem Wert vielleicht fragwürdigen Beweismittels (*BGHSt* 11, 213, 215; *Dahs* a. a. O. § 52 Rdnr. 1; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 3. A., Rdnr. 1241; *Senge* a. a. O.), sondern es dient nur den persönlichen Belangen des Zeugen (vgl. *BGHSt* 22, 35, 27; 27, 139, 142). Demgemäß hat kein Verfahrensbeteiligter eine prozessuale Möglichkeit, von dem Zeugen zu verlangen, von seinem Recht in bestimmter Weise Gebrauch zu machen (vgl. *Rogall* in SK-StPO vor § 48 Rdnr. 140; *Senge* a. a. O. § 52 Rdnr. 2). Insbes. ist der Zeuge nicht gehindert, Verstöße gegen Belehrungspflichten, die ihn in der Ausübung seiner Rechte schützen (vgl. § 52 Abs. 3 S. 1, § 81 c Abs. 3 S. 2 StPO) und die ein Verwertungsverbot begründen können (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Göfner* a. a. O. § 52 Rdnr. 34, § 81 c Rdnr. 32 m. N.), dadurch zu heilen, daß er der Verwertung seiner Aussage nachträglich ausdrücklich zustimmt (vgl. *BGHSt* 12, 235, 242; 20, 234; *Dahs* a. a. O. § 52 Rdnr. 53) oder sich in der Hauptverhandlung nach ordnungsgemäßer Belehrung als Beweismittel zur Verfügung stellt und dadurch seine Zustimmung zur Verwertung seiner früheren Aussage erkennen läßt (vgl. *BGHSt* 20, 234 in Ergänzung zu *BGHSt* 13, 194; BGHR StPO § 52 Abs. 3 S. 1 Verletzung 6). Das in § 252 StPO enthaltene Beweisverwertungsverbot dient allein der Sicherung des mit der Gewährung des Rechts zur Zeugnisverweigerung verfolgten Zwecks. Es soll gewährleisten, daß der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte Aussage verwertet werden darf (*BGHSt* 10, 77; BGHR StPO § 52 Abs. 3 S. 1 Belehrung 4). Macht ein Zeuge sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend, bedarf er des daran anknüpfenden Schutzes des § 252 StPO nicht, wenn er sich nach Belehrung über die Folgen des Verzichts auf das sonst bestehende Verwertungsverbot entschieden hat, die Verwertung seiner bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten. Es ist daher mit dem Zweck des in § 252 StPO enthaltenen Verwertungsverbot vereinbar und im Hinblick auf den Grundsatz der Wahrheitsforschung auch sachgerecht, einen solchen isolierten Verzicht auf das Beweisverwertungsverbot zuzulassen.

Freilich wird das Tatgericht bei der Würdigung des so erhobenen Beweises zu beachten haben, daß der Beweiswert der Aussage wegen der erheblich eingeschränkten Möglichkeiten zur Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Aussage wesentlich geringer ist als bei einer unmittelbaren Aussage des Zeugen.

cc) An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn der Zeuge – wie hier – rechtsfehlerhaft vor der Untersuchung durch den Sachverständigen nicht über sein Mitwirkungs- und Aussageverweigerungsrecht belehrt worden ist. Auch dieser Fehler, der an sich zur Unverwertbarkeit der Aussage führt, wird dadurch geheilt, daß der Zeuge nach Belehrung in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Untersuchung der Verwertung zugestimmt hat (vgl. *BGHSt* 20, 234).

c) Dieser grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwertung bei dem Sachverständigen gemachter Angaben, stehen auch in dem hier zu entscheidenden Fall keine durchgreifenden Bedenken entgegen.

aa) Die Zeugin hat, wie der Sitzungsniederschrift zu entnehmen ist, nicht jede Mitwirkung bei der Beweisaufnahme verweigert, sondern an beiden Sitzungstagen lediglich zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht »aussagen« wolle. Dabei kam es ihr, wie den Urteilsgründen zu entnehmen ist, aber nur darauf an, »nicht noch einmal über die in Rede stehenden Vorfälle berichten zu müssen.« Die Zeugin hat sich mit der Verwertung nach ordnungsgemäßer Belehrung, insbes. auch über die mög-

liche Verurteilung des Angekl. im Falle ihrer Zustimmung, bewußt und freiwillig einverstanden erklärt.

bb) Die Rüge, die Zeugin sei in der Sitzung am 24. 11. 1998 »durch das Gericht und die Sachverständige« in unzulässiger Weise dahin beeinflusst worden, der Verwertung der »Sachverständigenfeststellungen« zuzustimmen, ist nicht erwiesen.

Zwar hat sich das Gericht im Zusammenhang mit der Belehrung nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO jeder Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit eines Zeugen zu enthalten. Insbes. hat es jede tendenziöse Einflußnahme in dem Sinne, daß er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen solle oder nicht, zu unterlassen (*BGHSt* 9, 34, 37; *BGH* NStZ 1988, 561; 1989, 440). Das Recht des Zeugen auf freie und unbefangene Entscheidung schließt es jedoch nicht aus, daß das Gericht ihn im Rahmen der Belehrung über Umstände unterrichten darf, die als Grundlage der von ihm zu treffenden Entscheidungen von Bedeutung sein können (*BGHSt* 21, 12, 13; *BGH* NStZ 1988, 561; 1999, 94). Um eine solche zulässige – und nach den gegebenen Umständen auch erforderliche – Unterrichtung handelt es sich hier.

Da die Zeugin an beiden Verhandlungstagen lediglich die Aussage verweigert hatte, und zwar deshalb, weil sie »nicht noch einmal« aussagen wollte, war sie aus den oben genannten Gründen nicht gehindert, die Verwertung ihrer Angaben bei der Befragung durch die Sachverständige zu gestatten und durch ihre nachträgliche Zustimmung zugleich den Verstoß gegen § 81 c Abs. 3 S. 2 StPO zu heilen. Die mit den gebotenen Belehrungen verbundene Unterrichtung über die Möglichkeit, auf diese Weise bei der Sachaufklärung mitzuwirken, war zulässig, weil die Zeugin bis dahin nur die Aussage, nicht aber jede Mitwirkung bei der Beweisaufnahme verweigert und damit insoweit über die Ausübung der Rechte nach §§ 52, 81 c StPO noch nicht entschieden hatte. Die Unterrichtung der Zeugin war hier, da in Betracht kam, daß die Zeugin die Verwertung gestatten würde, unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht auch geboten (*BGH* NJW 1960, 2156; vgl. *BGH* NStZ 1999, 94).

Soweit die Revision geltend macht, die Zeugin sei durch das Gericht, u. a. durch langatmige Belehrungen und die Aufforderung, ihre Entscheidung zu überdenken, sowie durch die Sachverständige »bearbeitet« und in ihrer Entscheidung beeinflusst worden, wird ihr Vorbringen durch die Sitzungsniederschrift nicht bestätigt. Daß die Sachverständige sich am 24. 11. 1998 während einer Sitzungsunterbrechung »allein und intensiv« mit der Zeugin beschäftigt und ihr die Entscheidung suggeriert hat, entspricht nicht dem durch die Sitzungsniederschrift bewiesenen Ablauf der Belehrung der Zeugin. Danach wurde die Zeugin nach Fortsetzung der Sitzung um 11.45 Uhr aufgerufen und, nachdem ihre Zustimmung protokolliert worden war, bereits um 11.50 Uhr entlassen. In diesem Zeitraum ist die Sitzung nicht unterbrochen worden. Ein erneutes Gespräch zwischen der Sachverständigen und dem Kind hat in dieser Zeit ausweislich des Sitzungsprotokolls nicht stattgefunden.

cc) Des eingeschränkten Beweiswerts der mittelbar erlangten Aussage des Kindes war sich das LG bewußt, wie sich aus der eingehenden Würdigung der Aussage der Sachverständigen ergibt.

**Anmerkung:** Das vor vier Jahren ergangene Urteil des 4. Strafsenats ist mittlerweile vielfach besprochen worden, und zwar überwiegend – und mit Recht – kritisch.<sup>1</sup> Gleichwohl lohnt sich ein zusammenfassender und ergänzender Rückblick (I. und II.), auch vor dem Hintergrund des nicht ohne weiteres kompatiblen Urteils des 4. Strafsenats vom 10. 2. 2000 (III.)

<sup>1</sup> Krit. *Dallmeyer*, JA 2000, 274 ff.; *Fezer*, JR 2000, 341 f.; *Firsching*, StraFo 2000, 124; *Keiser*, NStZ 2000, 458 ff.; *Roxin*, in: Rieß-FS, 2002, S. 451 (453 ff.); *Wollweber*, NJW 2000, 1702 f. und 2001, 3760 f.; zust. aber *Ranft*, Jura 2000, 628 ff., NJW 2000, 1305 ff. und 2001, 3761 f.



Die *StrK* hat eine fachkundige – für sich genommen rechtsfehlerfreie – Aussageanalyse vorgenommen. Schon hierbei wäre allerdings zu bedenken gewesen, daß gerade den Merkmalen, daß die Angaben »detailliert« und »in einen vielschichtigen Kontext eingebunden« sind, infolge des Fehlens einer konträrdiktorischen Erörterung ein geringeres Gewicht zukommt (*Senat*, Urt. v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00 – Umdr. S. 27 f., in *BGHSt* 46, 93 nicht abgedruckt).

Die weiteren Beweismittel, die das Urteil zur Bestätigung der Aussage anführt, genügen hier im Hinblick darauf, daß die unterbliebene konfrontative Befragung der Justiz zuzurechnen ist, den sich daraus ergebenden besonderen Beweiswürdigungs- und Begründungsanforderungen nicht. Die Überzeugung der *Kammer* stützt sich wesentlich auf die »Entstehungsgeschichte« der Aussage, die Auseinandersetzung in der Trambahn und die ersten zeitnah erfolgten Äußerungen der Geschädigten; beides wird durch Zeugen- und Sachverständigenbeweis bestätigt. Was die Auseinandersetzung in der Trambahn anbelangt, so ließe sie sich jedoch auch mit einem vom Angekl. – gleichfalls zeitnah – behaupteten Beziehungsstreit in Einklang bringen. Dies gilt um so mehr, als nach den Urteilsfeststellungen die Geschädigte selbst aussagte, sie habe etwa vor den Familienmitgliedern so getan, als habe sie eine Beziehung mit dem Angekl. S. K. Daß die Auseinandersetzung bei den beiden Fahrgästen nicht den »Eindruck eines Beziehungsstreits erweckte«, ist indessen nicht ausreichend mit Tatsachen belegt und stellt ein bloßes Werturteil dieser Zeugen dar. Die ersten Äußerungen der Geschädigten gegenüber der Polizei sprechen zwar – als wichtiger Teil der Aussagegenese – für die Glaubhaftigkeit der Aussage; es handelt sich hierbei aber nicht um Gesichtspunkte, die außerhalb der Aussage liegen. Die auf eine Schwangerschaft der Geschädigten hindeutenden Umstände (Milchausfluß und Schmierblutungen) sind zudem nicht aussagekräftig bezüglich der Feststellung, daß der Geschlechtsverkehr nicht einvernehmlich stattfand.

Soweit sich die Überzeugung der *StrK* darauf stützt, daß die Angaben der Geschädigten von Zeugen insofern bestätigt wurden, als sie von einer Fahrt des Angekl. D. Ko. nach Polen im Juni 2005 sowie von ihrem Besuch in einer Gaststätte etwa am 25. 7. 2005 berichtete, fehlt es an einem hinreichenden Bezug zu den festgestellten Taten. Auch teilt das Urteil nicht mit, ob und wie sich die Angekl. bei ihren polizeilichen Vernehmungen hierzu eingelassen hatten.

Augenzeugen, die Angaben zum Kerngeschehen machen konnten, standen dem *LG* nicht zur Verfügung. Auch objektive Beweismittel, mit denen die von der Geschädigten geschilderten Taten bestätigt worden wären, waren nicht vorhanden (vgl. *Senat*, a. a. O., S. 28).

4. Auf dem Rechtsfehler beruht das angegriffene Urteil (§ 337 Abs. 1 StPO). Ein Freispruch durch den *Senat* selbst kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil eine erneute Vernehmung der Geschädigten, die dem Fragerecht der Angekl. nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK Rechnung trägt, nicht auszuschließen ist.

#### StPO §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3

(Verwertung von Angaben eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen nach Verweigerung des Zeugnisses in der Hauptverhandlung)

Mitteilungen eines gem. § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen über Zusatztatsachen, zu denen regelmäßig auch die Tatschilderung eines auf seine Glaubwürdigkeit zu begutachtenden Zeugen gehört, stehen einer Aussage i. S. d. § 252 StPO gleich. Dies gilt auch dann, wenn der oder die Sachverständige außerhalb des anhängigen Strafverfahrens, etwa in einem Zivilrechtsstreit oder auch in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig geworden ist. Soweit die Rechtsprechung ausnahmsweise die Vernehmung eines Richters zuläßt, der an

einer früheren Vernehmung mitgewirkt hat, kann diese Ausnahme auf die Befragung durch Sachverständige, die einer richterlichen Vernehmung nicht gleichgesetzt werden kann, keine Anwendung finden.

*BGH*, Beschl. v. 27. 10. 2006 – 2 StR 334/06 (LG Limburg)

♦ Aus den Gründen: Das *LG* hat die Angekl. wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Mißbrauch von Schutzbefohlenen in zwölf Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt und im übrigen freigesprochen. Mit ihrer Revision rügt die Angekl. die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Die Revision hat mit der Verfahrensrüge nach §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Erfolg. Mit ihrer Rüge macht die Angekl. geltend, das *LG* habe die Angaben ihres Sohnes D. nicht verwerten dürfen, die dieser bei der Exploration im Sorgerechtsverfahren gegenüber der Sachverständigen K. zum Tatgeschehen gemacht habe, weil D. in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe.

1. Die Rüge ist zulässig erhoben. Die in der Antragschrift des GBA vorgebrachten Zulässigkeitsbedenken greifen nicht durch. Der Zulässigkeit der Rüge steht nicht entgegen, daß die Revisionsbegründung nicht näher mitteilt, mit welcher Begründung die Angekl. oder ihre Verteidigerin in der Hauptverhandlung der Verwertung der früheren Angaben D.s gegenüber der Sachverständigen widersprochen haben und mit welcher Begründung das *LG* den wiederholten Widerspruch zurückgewiesen hat. Hierauf kommt es nicht an. Einen Verstoß gegen § 252 StPO darf die Angekl. auch dann rügen, wenn sie selbst oder ihre Verteidigerin der Verwertung nicht widersprochen hat, da im Rahmen des § 252 StPO eine etwaige Einwilligung der Verfahrensbeteiligten unbeachtlich ist. Auch eine Präklusion der Rüge wegen Verzichts auf den in § 238 Abs. 2 StPO vorgesehenen Zwischenrechtsbehelf scheidet bei Eingriffen in die Entscheidungsfreiheit eines Zeugen aus (vgl. *BGHSt* 45, 203, 205 m. w. N. [= StV 2003, 596]; *Ranft* NJW 2001, 1305, 1306).

Im übrigen kann aufgrund der umfassend erhobenen Sachrüge der Inhalt des Urteils, das sich ebenfalls zur Verwertung der Angaben des Zeugen D. äußert, ergänzend berücksichtigt werden (vgl. *BGHSt* 45, 203, 204 f. m. w. N. [= StV 2003, 596]).

2. Der Rüge liegen folgende Verfahrensvorgänge zugrunde: Die Sachverständige K. wurde von einer *ZivilK* des *LG Limburg* im vormundschaftsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beauftragt, ein Glaubhaftigkeitsgutachten über die Angaben D.s zu sexuellen Übergriffen seiner Eltern zu erstatten. Nach richterlicher Belehrung am 1. 9. 1993 wurde D. am 2. 9. 1993 von der Sachverständigen K. exploriert. Bei dieser Exploration hat sich D. auch zu dem der Angekl. und ihrem Ehemann in der Anklage zur Last gelegten Tatgeschehen geäußert.

Die Feststellung, daß die Angekl. und ihr Ehemann ihre Kinder D. und J. sexuell mißbraucht haben, beruht nach der Beweiswürdigung des angefochtenen landgerichtlichen Urteils auf den inhaltsgleichen Angaben D.s, die dieser bei der Exploration durch die Sachverständige K. gemacht hat und die diese in der Hauptverhandlung als Zeugin wiedergegeben hat, sowie den durch weitere Zeugen und sachverständige Zeugen bekundeten Verhaltensauffälligkeiten der beiden Kinder.

3. Das angefochtene Urteil stützt sich somit bei seiner Beweiswürdigung insbes. zu den konkret festgestellten zwölf einzelnen Taten auf die Ausführungen, die die Sachverständige als Zeugin dazu gemacht hat, was ihr D. bei der Exploration am 2. 9. 1993 insbes. zum Tatgeschehen berichtet hat. Darin liegt ein Verstoß gegen § 252 i. V. m. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. *BGHSt* 46, 189; 36, 384 [= StV 1990, 242]). § 252 StPO enthält nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein Verwertungsverbot, das nach der berechtigten Zeugnisverweigerung auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage, insbes. die Vernehmung von Verhörspersonen, ausschließt (vgl. *BGHSt* 46, 189, 192; 45, 203, 205 [=



StV 2003, 596] jew. m. w. N.). Mitteilungen eines gem. § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen über Zusatzfakten, zu denen regelmäßig auch die Tatschilderung eines auf seine Glaubwürdigkeit zu begutachtenden Zeugen gehört, stehen einer Aussage i. S. d. § 252 StPO gleich (BGHS 46, 189, 192). Dies gilt auch dann, wenn der oder die Sachverständige außerhalb des anhängigen Strafverfahrens, etwa in einem Zivilrechtsstreit oder auch in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig geworden ist (vgl. BGHS 17, 324, 327 f.; 36, 384, 387 f. [= StV 1990, 242]); BGH NSZ 1998, 629, jew. m. w. N.). Soweit die Rspr. ausnahmsweise die Vernehmung der Richter zuläßt, die an der früheren Vernehmung mitgewirkt haben (BGHS 2, 99; 27, 231), kann diese Ausnahme auf die Befragung durch die Sachverständigen, die einer richterlichen Vernehmung nicht gleichgesetzt werden kann, keine Anwendung finden (BGHS 13, 1, 4). Macht der Zeuge später sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend, dürfen seine Mitteilungen über Zusatzfakten daher weder durch das Sachverständigengutachten noch durch die Vernehmung der Sachverständigen als Zeugin in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der richterlichen Überzeugungsbildung verwertet werden (BGHS 46, 189, 192 f. m. w. N.). Da sich der Sohn der Angekl. in der Hauptverhandlung berechtigt auf sein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO) berief, waren seine Angaben zum Tatgeschehen, die er gegenüber der Sachverständigen K. gemacht hat, nicht verwertbar. Wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, stützt das LG seine Feststellungen zu den einzelnen Taten somit in unzulässiger Weise auf die Angaben, die D. gegenüber der Sachverständigen bei der Exploration gemacht hat. Es beruht somit auf dem Verfahrensfehler.

+ StPO § 37, ZPO §§ 178, 180  
(Wirksame Zustellung in einer Wohnung im Falle der Inhaftierung)

Bei mehrmonatiger Strafverbüßung – hier 3 Monate – verlieren die bisher vom Inhaftierten bewohnten Räume für die Dauer der Freiheitsentziehung ihren Charakter als Wohnung im Sinne der §§ 178, 180 ZPO, § 37 Abs. 1 StPO, so daß dort eine wirksame Zustellung nicht erfolgen kann.

ThürOLG, Beschl. v. 26. 1. 2006 – 1 Ws 29/06

Mitgeteilt von RiOLG Stefan Schulze, Jena.

StPO §§ 102, 94, 105, 337  
(Beweisverwertungsverbot bei unter Mißachtung des Richtervorbehalts vorgenommener Durchsicherung)

Die Verwertung von anläßlich einer unter Verletzung des Richtervorbehalts durchgeführten Durchsicherung erlangten Beweismitteln ist unzulässig, wenn im Zeitpunkt der Durchsicherungsdurchführung nur ein schwacher Tatverdacht bestand, das Strafverfolgungsinteresse nicht besonders hoch zu veranschlagen war und ein zutreffend über den Einzelfall informierter Richter einen Durchsicherungsbeschluß voraussichtlich nicht erlassen hätte.

OLG Hamm, Beschl. v. 19. 10. 2006 – 3 Ss 363/06

♦ Aus den Gründen: I. Durch das angefochtene Urteil des AG ist der Angekl. wegen Diebstahls oder Hehlerei in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 M. unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden. Nach den Urteilsfeststellungen hat

der Angekl. zwei Leuchten im Wert von 2 950,00 € bzw. 445,00 € entweder an verschiedenen Tagen im Juli und August 2005 aus den Geschäftsräumen der Firma S., wo er zu dieser Zeit als Praktikant beschäftigt war, entwendet oder er hat sich diese in dem Wissen, daß die Leuchten bei der Firma S. entwendet worden waren, in Bereicherungabsicht verschafft.

Der Angekl. hat sich zum Tatvorwurf ausweislich des angefochtenen Urteils nicht eingelassen. Grundlage des Schuldspruchs durch das AG waren ganz maßgeblich die Erkenntnisse aus einer Durchsicherung der Wohnung des Angekl. am 10. 8. 2005, deren Verwertung der Angekl. in der Hauptverhandlung widersprochen hat. Bei dieser an einem Mittwoch in der Zeit von 11.25 bis 11.45 Uhr von den Zeugen PHK S. und PKin B. in Anwesenheit des Angekl. durchgeführten Durchsicherung waren die entwendeten Leuchten in der Wohnung des Angekl. versteckt aufgefunden worden. Die Beamten hatten sich am 10. 8. 2005 gegen 9.20 Uhr wegen eines »Ladendiebstahls« zu der Firma S. begeben, wo der Angekl. von dem Geschäftsführer der Firma, dem Zeugen L., des Diebstahls von insgesamt drei hochwertigen Leuchten verdächtigt wurde, während der Angekl. den Vorwurf zurückwies. Gegen 10.45 Uhr nahmen die Beamten von der Polizeiwache, zu welcher sie sich zwischenzeitlich mit dem Angekl. begeben hatten, telefonisch Kontakt mit der StA auf. Hierzu ist im Ermittlungsbericht v. 10. 8. 2005 vermerkt, daß die StAin »Antrag auf Wohnungsdurchsicherung stellte«. Ohne indes den Erlaß eines richterlichen Durchsicherungsbeschl. abzuwarten, begaben sich die Beamten sodann mit dem Angekl. zum Zwecke der Durchsicherung zu dessen Wohnung. Daß der Angekl. mit dieser Vorgehensweise einverstanden war, ergibt sich weder aus dem Ermittlungsvermerk v. 10. 8. 2005 noch aus dem Durchsicherungsprotokoll vom selben Tage. Ebenso wenig ist die Annahme von Gefahr im Verzug durch die Beamten dokumentiert worden.

II. Die Revision hat mit der zulässig erhobenen Verfahrensrüge der Verwertung fehlerhaft erlangter Beweismittel unter Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot Erfolg. Sie führt zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und zum Freispruch des Angekl. Die aus der Durchsicherung der Wohnung des Angekl. v. 10. 8. 2005 gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Beweisverwertungsverbot. Sonstige den Schuldspruch tragende Beweismittel stehen nicht zur Verfügung. Die Durchsicherung einer Wohnung ist ein schwerwiegender Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, daß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO die Anordnung einer Durchsicherung im Regelfall dem Richter vorbehält, der gem. § 162 Abs. 3 StPO zu prüfen hat, ob die von der StA beantragte (§ 162 Abs. 1 StPO) oder von der Polizei angeregte (§§ 163 Abs. 2 S. 2, 165 StPO) Untersuchungshandlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist. Die Anordnungscompetenz der StA und ihrer Hilfsbeamten wegen Gefahr im Verzug setzt voraus, daß konkrete, einzelfallbezogene Tatsachen ein sofortiges Tätigwerden zur Verhinderung eines Beweismittelverlustes erfordern. Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus. Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine richterliche Anordnung zu erlangen bevor sie eine Durchsicherung beginnen. Nur dann, wenn ausnahmsweise schon die mit einem solchen Versuch verbundene zeitliche Verzögerung den Erfolg der Durchsicherung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung – wegen Gefahr im Verzug – treffen, ohne sich vorher um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben. Der anordnende Beamte muß vor oder unmittelbar nach der Durchsicherung seine für den Eingriff bedeutsamen Erkenntnisse und Annahmen in den Ermittlungsakten dokumentieren und dabei insbes. die Umstände darlegen, auf die er die Gefahr eines Beweismittelverlustes stützt. Auch muß erkennbar sein, ob er den Versuch unternommen hat, eine richterliche Entscheidung zu erlangen oder was dem im konkreten Einzelfall entgegenstand.



# **Beweisanträge der Verteidigung**



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozeß-Register-Nr	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
RA Gronenberg 13.613.24.01. G/S	Frau Schacht	(5681-12)	15.02.2005

1 Ns 13 Js 1864/02 In dem **Strafverfahren**  
gegen **Heike Listig**  
wegen Mordes

**beantragt** die Verteidigung im Rahmen der Beweisaufnahme nach  
§ 244 Abs. 1, 2 StPO,

Herrn Baron von Münchhausen,  
Im Wolkenschloss 11,  
20100 Hamburg

als **Zeugen** zu laden und zu vernehmen zum **Beweis** der Tatsache,

das die Angeklagte am Abend des  
maßgeblichen Tattages mit ihm im Kino  
war und dann mit ihm die Nacht in seiner  
Wohnung verbrachte.

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CTI)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 221



**Begründung:**

Der Angeklagten wird vorgeworfen, am Abend des 11.11.2004 ihren Ehemann mit einer Axt erschlagen zu haben. Die Tat soll in der ehelichen Wohnung in Waldshut erfolgt sein.

Der Zeuge wird hingegen bekunden, dass die Angeklagte an eben diesem Tage und die ganze Nacht mit ihm zusammen in Hamburg war und erst am folgenden Tag die Rückreise nach Waldshut antrat.

Die Angaben des Zeugen werden den Tatvorwurf entkräften, weswegen die unter Beweis gestellte Tatsache beweisheblich ist.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht

20200 Hamburg

Zeichen: Prozeß-Register-Nr  
RA Gronenberg  
13.609.23.12. G/S

Sekretariat  
Frau Schacht

Tel.-Durchwahl  
(5681-12)

Datum  
04.08.2005

1 Ns 22 Js 5368/03

In dem Strafverfahren  
gegen Udo Unfried  
wegen **Beleidigung**

beantragt die Verteidigung im Rahmen der Beweisaufnahme nach  
§ 244 Abs. 1, 2 StPO,

die Einholung eines **phonetischen Sachverständigengutachtens** über  
Herrn Prof. Dr. Hermann J. Künzel,  
zu laden über die Philipps-Universität  
Marburg, Abteilung Phonetik,  
Wilhelm-Röpke-Straße Nr. 6 A in  
35039 Marburg

zum **Beweis** der Tatsache,

das das zu Beweis Zwecken vorgelegte  
und abgehörte Tonband **keine**  
ausreichende Stimm- wie auch  
Klangqualität aufweist, um die Stimme  
des Angeklagten mit der für eine  
Verurteilung erforderlichen Sicherheit  
identifizieren zu können

Markus Fisch  
Rechtsanwalt \*

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

Lutz Weger  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

- \* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg
- \*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

Advokatur  
Dr. Stefan Suter

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065 0  
Bankclearing-Nr. 231



sowie zum **Beweis** der Tatsache,

das die im erstinstanzlichen Urteil sowie von den Zeugen Becker, Schäuble und Günzel als Stimmidentifizierungskriterien genannten Merkmal der Tonlage, des Tonfall und des Dialektes hierzu gänzlich ungeeignet sind und diese Zeugen daher nicht in der Lage sind, eine ausreichende Bewertung der Stimme hinsichtlich einer für die Verurteilung erforderlichen Sicherheit zu geben.

Insoweit wird auf den beigefügten Auszug des Sachverständigen hingewiesen, welchem das schriftliche Urteil, nicht aber das Tonband vorgelegt wurde, sodass er aufgrund seiner allgemein gehaltenen Angaben weiterhin als unbefangen gelten kann. Sollten Gericht oder StA Bedenken gegen den Sachverständigen äußern, schlage ich ersatzweise Herrn Prof. Köster, zu laden über die Uni Trier, Universitätsring 15, 54296 Trier vor.

In **rechtlicher** Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass ein Stimmvergleich den Grundsätzen der Wahlgegenüberstellung entsprechen muss (*Birkenstock*, § 261 StPO Rn 6; **BGHSt'** 40,66). Es hätte somit sichergestellt werden müssen, dass den Zeugen nicht nur die Stimme des Angeklagten isoliert vorgespielt wird, sondern neben anderen Stimmen. Ist diese wirkliche Wahlmöglichkeit nicht eröffnet, liegt ein revisibler Rechtsfehler vor.

Die unter Beweis gestellte Tatsache ist beweiserheblich, um den Tatvorwurf zu entkräften.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht  
- Jugendschöffengericht -

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozeß-Register-Nr RA Gronenberg 13.289.23.03. G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl (5681-12)	Datum 24.07.2006
---	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

2 Ls 13 Js 3520/03 jug. In dem Strafverfahren  
gegen Harald Hendricks

beantragt die Verteidigung im Rahmen der Beweisaufnahme nach  
§ 244 Abs. 1, 2 StPO,

die **Inaugenscheinnahme** des nach der  
Anklage vermeintlichen Tatorts,  
des benachbarten Waldstücks neben dem  
Heimgelände des Kinderheims  
St. Fridolin in Bad Säckingen

zum **Beweis** der Tatsache,

das diese Waldstück entgegen den  
Ausführungen in den Anklageschriften  
nicht so abgelegen ist, dass die Hilferufe  
der Geschädigten nicht  
erfolgsversprechend gewesen wären oder  
das mit einem Hinzukommen  
hilfeleistender Personen nicht zu rechnen  
war.

Markus Fisch  
Rechtsanwalt \*

Urs Gronenberg  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

Lutz Weger  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

Advokatur  
Dr. Stefan Suter

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

R. Thomann  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

Revitho GmbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



**Begründung:**

Die Staatsanwaltschaft stützt ihre Tatvorwürfe in den Anklageschriften vom 16.02.2004 auf die Vorschrift des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wonach der Angeklagte eine Lage ausgenutzt habe, in welcher das Opfer seiner Einwirkung schutzlos ausgeliefert gewesen sei. Begründet wird dies ausschließlich mit der Behauptung, bei dem Waldstück würde es sich um einen abgelegenen Ort handeln, wo man mit fremder Hilfe nicht hätte rechnen können.

Dies entspricht nicht den Tatsachen. Das Waldstück mag zwar ca. 500 m vom Kinderheim entfernt liegen. Es liegt jedoch in unmittelbarer Nähe eines Wohngebietes und einer Vereinsörtlichkeit an einem stark belauften Wanderweg. Im Übrigen befanden sich zumindest am 16.03.2003 auch die Zeugen A, B und C in unmittelbarer Nähe.

Die unter Beweis gestellte Tatsache ist beweisheblich, um das Tatbestandesmerkmal des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB und damit den gesamten Tatvorwurf zu entkräften.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht



# Rechtsmittel



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht

79713 Bad Säckingen

Zeichen: Prozess-Register-Nr  
RA Gronenberg  
13.518.23.09. G/S  
neues Aktenzeichen

Sekretariat  
Frau Schacht

Tel.-Durchwahl  
(5681-12)

Datum  
05.01.2004

7 Cs 21 Js 111/04

In der Strafsache  
gegen Dieter Dumbart  
wegen Verstrickungsbruchs

wird gegen das am 11. September 2003 verkündet Urteil des  
Amtsgerichts Bad Säckingen hiermit

**R e c h t s m i t t e l**

ingelegt.

Um eine Entscheidung über die Bestimmung des Rechtsmittels  
frühzeitig treffen zu können, bitte ich darum, mir nach Fertigung des  
Verhandlungsprotokolls die Akte oder eine Abschrift des Protokolls  
nach Ziff. 9003; 9000 Abs. 2 Nr. 3 KV kostenfrei zur Einsichtnahme  
zuzuleiten.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensitzen in Freiburg

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 11

Tel.: 07761/5681-0

Fax: 07761/5681-10

E-Mail:

Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/6022

Fax: 07761/57878

www.thomann-gmbh.de

E-Mail:

mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/913136

Fax: 07761/57878

www.revitho.com

E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein

Kto.-Nr. 26-184978

BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)

Kto.-Nr. 26-184945

BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)

Kto.-Nr. 45459065.0

Bankclearing-Nr. 331



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht

79713 Bad Säckingen

Zeichen: Prozess-Register-Nr  
RA Gronenberg  
13.602.22.10. G/S

Sekretariat  
Frau Schacht

Tel.-Durchwahl  
(5681-12)

Datum  
05.01.2004

2 Ls 25 Js 111/04

In der Strafsache  
gegen **Hans Hochmut**  
wegen räuberischem Diebstahl u.a.

wird gegen das am 08. Oktober 2002 verkündet Urteil des  
Amtsgerichts - Schöffengericht -Bad Säckingen hiermit das Rechtsmittel  
der

**B e r u f u n g**

ingelegt.

Das Urteil wird in vollem Umfang angefochten und schon jetzt gemäß  
§ 325 Abs. 1, 2. Hs StPO beantragt, alle in erster Instanz  
vernommenen Zeugen zur Berufungshauptverhandlung erneut zu laden.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 11

Tel.: 07761/5681-0

Fax: 07761/5681-10

E-Mail:

Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/6022

Fax: 07761/57878

www.thomann-gmbh.de

E-Mail:

mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen

Steinbrückstraße 19

Tel.: 07761/913136

Fax: 07761/57878

www.revitho.com

E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht  
- 1. Große Strafkammer -  
Bismarckstr. 19 a

79761 Waldshut-Tiengen

Zeichen: Prozeß-Register-Nr R.A. Gronenberg 13.334.23.04. G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl (5681-12)	Datum 05.01.2004
---	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

1 KLS 14 Js 111/04 In der Strafsache  
gegen  
Bärbel Blauäugig

wird hiermit gegen das am 27. November 2003 verkündete Urteil der  
1. Großen Strafkammer des Landgerichts Waldshut-Tiengen  
das Rechtsmittel der

REVISION

ingelegt.

Ich bitte mir den Band der Akten, in dem sich die  
Sitzungsniederschrift befindet oder eine Abschrift derselben nach  
Ziff. 9000; 9003 Abs. 2 Nr. 3 KV kostenfrei,  
noch vor der Urteilszustellung zur Einsichtnahme zuzuleiten.  
Die umgehende Rückgabe nach Herstellung von Kopien der  
Sitzungsniederschrift wird ausdrücklich zugesichert.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Urs Gronenberg**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

**Lutz Weger**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Sozialrecht

alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**R. Thomann**  
SteuerberatungsGmbH

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Amtsgericht  
- Strafrichter -

79713 Bad Säckingen

Zeichen: Prozess-Register-Nr	Sekretariat	Tel.-Durchwahl	Datum
RA Gronenberg	Frau Schacht	(5681-12)	24.07.2006
13.295.26.03. G/S			

7 Cs 26 Js 1208/06 In der Strafsache  
gegen **Monika Mollig**  
wegen Gefährdung des Straßenverkehrs

wird hiermit gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nach  
§ 111 a StPO im Beschluss vom 18.03.2006

**Beschwerde**

eingelegt. Gleichzeitig **beantrage** ich

**Akteneinsicht.**

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außenstellen in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e. V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



RECHTSANWÄLTE  
FISCH · GRONENBERG · WEGER

RAe Fisch · Gronenberg · Weger Postfach 1523 79706 Bad Säckingen

An das  
Landgericht Freiburg  
- 1. Strafvollstreckungskammer -

79098 Freiburg

Zeichen: Prozess-Register-Nr RA Gronenberg 13.342.22.04. G/S	Sekretariat Frau Schacht	Tel.-Durchwahl (5681-12)	Datum 24.07.2006
--	-----------------------------	-----------------------------	---------------------

12 StVK 494/02

In der Strafvollstreckungssache  
Jürgen Jehle

wird gegen den Beschluss des Landgerichts Freiburg vom 06.12.2002,  
zugestellt am 09.12.2002, - vorab zur Fristwahrung -  
das Rechtsmittel der

**sofortigen Beschwerde**

ingelegt.

Sofern an der Beschwerde nach Rücksprache mit meinem Mandanten  
festgehalten wird, werde ich eine Beschwerdebegründung bis spätestens  
zum 17.01.2003 zu den Akten reichen.

Gronenberg  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Strafrecht

**Markus Fisch**  
Rechtsanwalt \*

**Urs Gronenberg**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Strafrecht \*\*

**Lutz Weger**  
Rechtsanwalt \*  
Fachanwalt für Sozialrecht

\* alle Amts- und Landgerichte  
zugelassen beim Oberlandesgericht  
Karlsruhe mit Außensenaten in Freiburg

\*\* Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Strafrecht im Freiburger Anwaltverein e.V.

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 11  
Tel.: 07761/5681-0  
Fax: 07761/5681-10  
E-Mail:  
Fisch-Gronenberg-Weger  
@t-online.de

Kooperationspartner:

**Advokatur**  
**Dr. Stefan Suter**

CH-4005 Basel  
Clarastrasse 56  
Tel.: 061/6919210  
Fax.: 061/6919235

**R. Thomann**  
**SteuerberatungsGmbH**

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/6022  
Fax: 07761/57878  
www.thomann-gmbh.de  
E-Mail:  
mail@thomann-gmbh.de

**Revitho GmbH**  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

79713 Bad Säckingen  
Steinbrückstraße 19  
Tel.: 07761/913136  
Fax: 07761/57878  
www.revitho.com  
E-Mail: mail@revitho.com

Bankverbindungen:

Sparkasse Hochrhein  
Kto.-Nr. 26-184978  
BLZ 684 522 90

Sparkasse Hochrhein (Anderkonto)  
Kto.-Nr. 26-184945  
BLZ 684 522 90

UBS 4332 Stein Aargau (CH)  
Kto.-Nr. 45459065.0  
Bankclearing-Nr. 231



# **Die Verfahrensabsprache**



schl. v. 5. 9. 2001 – 5 StR 386/01 – zugrundeliegende Auffassung.

Ohne daß es, soweit ersichtlich, für die Anfrage darauf ankäme, würde der *Senat* freilich für den Ausnahmefall einer »qualifizierten Belehrung« des Angekl. über seine Freiheit zum Rechtsmittelverzicht ungeachtet der insoweit unzulässigen Absprache zu einer abweichenden Beurteilung neigen (vgl. *BGHSt* 45, 227, 233 [= StV 1999, 412]). Der *Senat* gibt auch zu bedenken, ob die Absprache eines Rechtsmittelverzichts in Ausnahmefällen zu billigen ist. Das könnte etwa in einem Fall in Betracht gezogen werden, in dem eine Folgeentscheidung nach § 57 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB durch das erkennende Gericht unmittelbar nach Urteilsverkündung in die Verständigung miteinbezogen wurde. Ferner ist an Fälle zu denken, in denen insbes. die StA im Wege der Verständigung zugleich auf die Erledigung anderer offener Strafverfahren gem. § 154 StPO nach bestandskräftiger Bestrafung des Angekl. im anhängigen Verfahren abzielt.

Andererseits wird aus etwaigen Schwierigkeiten, ein »schlankes« Geständnis zu einer den Voraussetzungen des § 261 StPO genügenden Urteilsgrundlage zu machen, keine Legitimation für eine Rechtsmittelverzichtsabsprache im Einzelfall hergeleitet werden können. Mit einem Geständnis, das die Mindestvoraussetzungen der Zuverlässigkeit und Hinterfragbarkeit verfehlt, darf sich das Tatgericht ohnehin nicht begnügen. Bezogen auf »unstreitige«, aber für die Urteilsfindung unerläßliche und im Wege des Geständnisses nicht einführbare Zusatztatsachen wird ggf. eine weitgehend vereinfachte Beweisführung, etwa durch Vernehmung eines Ermittlungsführers, möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sein.

3. Ohne daß insoweit eine gesonderte entgegenstehende Rspr. des *Senats* ersichtlich wäre, billigt der *Senat* angesichts der entsprechenden Problematik und zur Vermeidung etwaiger Umgehungen die nämliche rechtliche Folgerung auch für die im Anfragebeschl. unterbreitete Fallvariante, daß der Rechtsmittelverzicht zwar nicht unzulässigerweise ausdrücklich zum Gegenstand der Absprache gemacht, im Rahmen der Verhandlung über die Verständigung jedoch vom Gericht ausdrücklich angesprochen und befürwortet wurde. Der *Senat* geht dabei davon aus, daß die unzulässige gerichtliche Initiative im zweiten Fall der Anfrage, wie erforderlich, bewiesen ist.

Eine Beweisbarkeit wird allerdings in Fällen dieser Art bei entsprechenden Behauptungen eines Revisionsführers mangels Protokollierung regelmäßig nicht selbstverständlich sein. In diesem Zusammenhang weist der *Senat* vorsorglich darauf hin, daß er nach wie vor – unabhängig von der Annahme grundsätzlicher Unzulässigkeit eines vorab abgesprochenen Rechtsmittelverzichts – bei seiner im *Senatsbeschl.* v. 20. 3. 2002 – 5 StR 1/02 (*BGHR StPO* § 302 Abs. 1 S. 1 Rechtsmittelverzicht 24 [= StV 2002, 354]) vertretenen Einschätzung bleibt, daß Verständigungen häufig mit dem Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten, namentlich des Angekl., nach abschließender Erledigung des Strafverfahrens verbunden sind. Ausgehend von diesem Verständnis wird eine Frage des Gerichts nach einem Rechtsmittelverzicht unmittelbar nach Verkündung eines auf einer Absprache beruhenden Urteils nicht etwa bereits als sachwidrig abzuqualifizieren sein. Allein hieraus könnte daher kein hinreichendes Indiz für die Behauptung eines Revisionsführers entnommen werden, das Gericht habe unzulässigerweise »informell« bereits im Rahmen der Absprache auf den späteren Rechtsmittelverzicht hingewirkt.

4. Der *Senat* merkt im übrigen zur Folgeproblematik des Anfragebeschl. an, daß er es für dringend bedenkenswert hält, ob und inwieweit bei einer nach einer Absprache stets zulässigen Revision die Statthaftigkeit bestimmter verfahrensrechtlicher, aber auch sachlichrechtlicher Einwände infolge der Mitwirkung des Revisionsführers an der Absprache zu verneinen wäre (offengeblieben im Verfahren 5 StR 286/03, vgl. *Senatsurt.* v. 13. 8. 2003). Es erscheint zweifelhaft, ob in solchen Fäl-

len wesentlich mehr als die Frage nach Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Verständigung zur revisionsgerichtlichen Prüfung zu stellen ist.

Schließlich ergibt sich aus Sicht des *Senats* aus der Billigung der zum Gegenstand der Anfrage gemachten Rechtsfragen nicht, daß einem Angekl. stets ohne weiteres Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren wäre, wenn er geltend macht, er habe die Revisionseinlegungsfrist versäumt, weil er sich an einen wegen unzulässiger Absprache unwirksamen Rechtsmittelverzicht gebunden glaubte.

**Anm. d. Red.:** Siehe zum Anfragebeschluß des 3. *Senats Meyer StV* 2004, 41 (in diesem Heft).

#### + StPO §§ 44, 138 Abs. 1, 302 Abs. 1 S. 1, 338 Nr. 5

(Absoluter Revisionsgrund bei Verteidigung durch Scheinverteidiger; Wiedereinsetzung bei Rechtsmittelverzicht)

**In einem Fall notwendiger Verteidigung begründet die alleinige Mitwirkung eines nicht als Rechtsanwalt zugelassenen Scheinverteidigers an der Hauptverhandlung den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. Ein nach Beratung durch den Scheinverteidiger erklärter Rechtsmittelverzicht des Angeklagten ist unwirksam. Der Angeklagte kann danach gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen.**

*BGH*, *Beschl.* v. 5. 2. 2002 – 5 StR 617/01 (LG Berlin)

♦ **Aus den Gründen:** Das *LG* hat die Angekl. am 25. 9. 2001 wegen insgesamt 30 Fällen des Betruges und wegen versuchten Betruges unter Einbeziehung anderwärts verhängter Strafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J. sowie zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. 6 M. verurteilt. Nach Urteilsverkündung und Rechtsmittelbelehrung erklärte die Angekl. nach Rücksprache mit ihrem damaligen Wahlverteidiger, der für sie an der Hauptverhandlung teilgenommen hatte, Rechtsmittelverzicht.

I. Mit am 2. 11. 2001 eingegangenem Schriftsatz meldete sich ein neuer Wahlverteidiger für die Angekl. Er trug vor, diese sei am 26. 10. 2001 von der Rechtsanwaltskammer Berlin darüber informiert worden, daß ihr bisheriger Wahlverteidiger zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht als RA zugelassen gewesen sei. Der neue Wahlverteidiger beantragte für die Angekl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist und legte Revision ein.

Tatsächlich war der Widerruf der Zulassung des damaligen Wahlverteidigers zur Rechtsanwaltschaft wegen Vermögensverfalls (§ 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO) mit *Beschl. des BGH – Senat für Anwaltsachen* – v. 18. 6. 2001 – *AnwZ (B) 6/00* – bestandskräftig geworden. Gleichwohl hatte sich der ehemalige RA danach als anwaltlicher Wahlverteidiger für die Angekl. gemeldet und für sie an der Hauptverhandlung vor der großen *StRK* des *LG* teilgenommen.

II. Das Wiedereinsetzungsgesuch der Angekl. hat Erfolg.

1. Ihr am Schluß der Hauptverhandlung erklärter Rechtsmittelverzicht erweist sich abweichend von dem Grundsatz, daß eine solche Prozeßerklärung als unwiderruflich und unanfechtbar zu gelten hat (*BGHSt* 45, 51, 53 [= StV 1999, 412]) auf Grund besonderer verfahrensrechtlicher Gegebenheiten als von Anfang an unwirksam.

In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor dem *LG* fehlte es an der nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers. Der für die Angekl. als Wahlverteidiger mitwirkende ehemalige RA konnte infolge des Verlusts seiner Rechtsanwaltszulassung gem. § 138 Abs. 1 StPO nicht mehr als Verteidiger auftreten.

Am Schluß der Hauptverhandlung wurde der Angekl. vor ihrer Rechtsmittelverzichtserklärung Gelegenheit zur Rücksprache mit ihrem vermeintlichen Verteidiger gegeben. Hiermit wollte das *LG* der gebotenen Einhaltung der Verfahrens-



**Voraussetzungen für die  
Verfahrensabsprache**



handlung, die nicht zu einer Festlegung führen dürfen, hat der Vorsitzende in der Hauptverhandlung den wesentlichen Inhalt der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche mitzuteilen und dem Angekl. für bestimmte „Gegenleistungen“ eine Strafmaßobergrenze zuzusagen. Nach Protokollierung des Abspracheangebots ist der Verteidigung Gelegenheit zu einer endgültigen Entscheidungsfindung und Stellungnahme zu geben. Nur in diesem Fall ist nicht nur eine unmittelbare Beteiligung des Angekl. an der Absprache im Rahmen der Hauptverhandlung (und nicht nur vermittelt über seinen Verteidiger) gesichert, sondern es ist auch gewährleistet, dass Missverständnisse über den Absprachegegenstand vermieden werden, im Revisionsverfahren der Nachweis des gerichtlichen Angebots gesichert ist und gegebenenfalls die Gründe, die zur Ablehnung des Angebots durch die Verteidigung geführt haben, öffentlich und ggf. zu Protokoll mitgeteilt wurden. Auch wenn in der überwiegenden Anzahl der Fälle das außerhalb der Hauptverhandlung ins Auge gefasste Ergebnis dann tatsächlich auch in der Hauptverhandlung umgesetzt wird, so garantiert doch die vorgeschlagene Verfahrensweise mehr Transparenz und Rechtssicherheit gerade in Fällen unsicherer, unklarer oder dissensbehafteter Absprachen.

Man darf gespannt sein, wie die Praxis mit den neuen „Richtlinien“ des 4. *Senats* umgeht und ob die anderen *Strafsenate*, die wesentlich absprachefreundlicher sind (zum offenen Dissens beim Rechtsmittelverzicht, aber auch für die Spielräume der Verfahrensbeteiligten bei der Absprache vgl. *BGH StV* 2003, 544 [3. *Senat*]; *StV* 2004, 4 [1. *Senat*]; *StV* 2004, 4, 196 [2. *Senat*]) der Entscheidung folgen.

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt a. M.

### 13. Absprache außerhalb der Hauptverhandlung

StPO §§ 238 II, 261

1. Eine Verständigung muss unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung stattfinden. Das Ergebnis der Absprache ist – da es sich um einen wesentlichen Verfahrensvorgang handelt – im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten.

2. Führt der Vorsitzende mit dem Verteidiger vor der Hauptverhandlung Gespräche über eine einvernehmliche Beendigung des Verfahrens, so ist der Vorsitzende verpflichtet, die Gespräche zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen. Tut er das nicht, so liegt hierin kein Verstoß gegen das Gebot fairer Verfahrensführung. Der Angeklagte darf sich insoweit nicht allein auf das Verhalten des Vorsitzenden verlassen, sondern muss durch seinen Verteidiger – gegebenenfalls durch Anrufung des Gerichts gemäß § 238 II StPO – eine Offenlegung herbeiführen. (Ls d. Schriftltg.)

**BGH,** Beschl. v. 5. 8. 2003 – 3 StR 231/03 (LG Verdien)

Der Angekl. rügt, das LG habe ihn über den Inhalt 1 einer Verfahrensabsprache nicht unterrichtet.

Der Vorsitzende hat in einer dienstlichen Stellung- 2 nahme dargelegt, es seien mit dem Verteidiger Besprechungen über eine Strafobergrenze bei vollständig geständiger Einlassung erfolgt; hieran habe er sich aber nach nur teilgeständiger Einlassung des Angekl. nicht mehr gebunden gefühlt.

Zur Frage einer Belastung der Mitangeklagten habe 3 der Verteidiger mehrfach wechselnde Informationen abgegeben; in der Folge sei die abgesprochene Verständigung nicht protokolliert worden.

Der Revisionsvortrag, der Angekl. habe zu Beginn der 4 Verhandlung umfassend gestanden, wird durch die dienstliche Erklärung nicht gestützt.

Die Rüge, der Grundsatz des fairen Verfahrens sei 5, 6 verletzt, da der Angekl. im Rahmen der Absprache nicht über die Anforderungen an ein Geständnis aufgeklärt worden sei, ist erfolglos.

Hierauf kann sich der Angekl. nicht berufen, da die 7 Verfahrensabsprache die vom BGH aufgestellten Mindestbedingungen nicht erfüllt hat (zu Ls 1).

Der Angekl. hätte über seinen Verteidiger eine Offen- 8 legung der geführten Gespräche herbeiführen müssen (zu Ls 2).

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen „gemeinschaftlichen schweren Raubes und wegen versuchten besonders schweren Falls des Diebstahls“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 8 Jahren verurteilt. Die Gesamtstrafe wurde gebildet aus der Einsatzstrafe für den schweren Raub von 6 Jahren, einer Einzelstrafe für den versuchten Diebstahl von 10 Monaten sowie aus 2 einbezogenen Einzelstrafen von 2 Jahren 6 Monaten und 2 Jahren aus einer früheren Entscheidung. Die Revision des Angekl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Näherer Erörterung bedarf nur die Rüge, das LG habe gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen, weil es den Angekl. und seinen Verteidiger über den Inhalt einer verfahrensbeendenden Absprache im Unklaren gelassen habe. Ihr liegt folgender von der Revision vorgetragener und insoweit durch die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden der *StrK* bestätigter Sachverhalt zu Grunde:

2 Vor der Hauptverhandlung hatte es mehrere Telefonate zwischen dem Verteidiger und dem Vorsitzenden darüber gegeben, ob das Verfahren „einvernehmlich“ beendet werden könnte. Dabei wurde eine Einigung dahingehend erzielt, dass der Angekl. wegen der beiden angeklagten Taten (schwerer Raub und versuchter Diebstahl) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von höchstens 4 Jahren und 9 Monaten verurteilt werden würde, sofern er umfassend geständig sei. In diesen Gesprächen, in denen sich die Beteiligten der Notwendigkeit, weitere Strafen einzubeziehen, noch nicht bewusst waren, wurde auch erörtert, ob der Angekl. die beiden Mitangeklagten belasten werde. Dieser Aussageinhalt war erneut Gegenstand eines Telefonats kurz vor dem Hauptverhandlungstermin sowie eines Gesprächs unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung, bei dem der Vorsitzende den Verteidiger fragte, ob „alles beim Alten bleibe“. In der Hauptverhandlung hat der Angekl. sodann, ohne dass zuvor die Gespräche zwischen dem Verteidiger und dem Vorsitzenden zum Gegenstand der Erörterung gemacht worden waren, (teil)geständige Angaben gemacht. Nach Abschluss des 1. Hauptverhandlungstages hat der Vorsitzende dem Verteidiger mit den Worten, „auch im Strafrecht“ gebe es „den Wegfall der Geschäftsgrundlage“, mitgeteilt, er fühle sich nicht mehr an die vorherige Absprache gebunden.

3 Der Revisionsvortrag, es sei von Seiten der *StrK* nachgefragt worden, ob auch eine Belastung der Mitangeklagten erfolgen würde, worauf die Verteidigung mit dem Hinweis reagiert habe, der Angekl. könne aus eigenem Wissen dazu wenig sagen, wird durch die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden nicht bestätigt. Dieser hat erklärt: Es sei der Verteidiger gewesen, der auf die Mitteilung, die *Kammer* nehme bei geständiger Einlassung des Angekl. eine Strafobergrenze von 5 bis 5 1/2 Jahren in Aussicht, nachgefragt habe, ob eine weitere Strafmilderung in Betracht käme, wenn sein Mandant auch die Mitangeklagten belaste. Daraufhin habe die *Kammer* für den Fall einer Belastung auch der Mitangeklagten im Umfang des Anklagevorwurfs eine Strafobergrenze von 4 Jahren und 9 Monaten in Aussicht gestellt. In der Folgezeit hätten die Informationen des Verteidigers, ob eine solche Drittbelastung erfolgen werde, mehrfach gewechselt, das Gespräch mit dem Verteidiger unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung habe er, der Vorsitzende, so verstanden, dass ein volles Geständnis und eine Drittbelastung i. S. der Anklage erfolgen werden. Wegen der gleichwohl beste-



solchen Beurteilung hätte eine Darstellung des Umfangs der anhängigen Sachen beitragen können, eine Mitteilung, ob Anhaltspunkte für geständige Einlassungen des Angeklagten ersichtlich sind, und eine Prognose über die etwaige Reduzierung der Hauptverhandlungsbesetzung nach § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG. Das gegen den Beschwerdeführer geführte Strafverfahren konnte in der vor deren Eingang bei der Kammer verfassten Überlastungsanzeige nicht erwähnt werden.

Weshalb es dennoch sachgerecht gewesen sein könnte, gerade nur dieses Verfahren, das schließlich auch ohne geständige Einlassungen nach nur dreitägiger Hauptverhandlung erledigt werden konnte, nachträglich einer anderen Kammer zuzuweisen, ergibt sich aus dem Präsidiumsbeschluss nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Dabei ist insbesondere nicht nachvollziehbar, warum nicht eines der in der Überlastungsanzeige aufgeführten Verfahren abgeleitet wurde, sondern das augenscheinlich recht überschaubare und schnell zu erledigende Verfahren gegen den Beschwerdeführer. Dass gerade die nachträgliche Zuweisung eines so vergleichsweise geringfügigen Verfahrens geeignet und erforderlich sein könnte, um eine Überlastung der ursprünglich zuständigen Kammer zu vermeiden oder zu beseitigen, erschließt sich auf Grund der fehlenden Darlegungen nicht.

d) Auf die Frage, ob die konkret getroffene Regelung, die zwar abstrakt formuliert war, jedoch – wie im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits bekannt war – nur ein einziges Verfahren erfasste, als verdeckte Einzelzuweisung zudem wegen Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip unzulässig war, kommt es nicht mehr an (vgl. BGHR StPO § 338 Nr. 1 Geschäftsverteilungsplan 2; BGHSt 44, 161 ff.).

2. Da der BGH auf die zulässige Revision das Urteil der 10. Strafkammer nicht aufgehoben hat, wirkt die Grundrechtsverletzung im Beschluss des Senats fort.

*Mitgeteilt von Rechtsanwalt Heinz Petersohn, Köln*

## Verfahrensrecht

StPO: Absprache

Eine (selbst-)bindende Erklärung des Gerichts zu einer Strafobergrenze ist noch keine Absprache (Red).

BGH; Ur. v. 15.2.2005 – 5 StR 536/04 (LG Berlin)

I. 2. Aus dem von der Revision mitgeteilten Protokoll der Hauptverhandlung ergibt sich folgende Verfahrensweise des LG:

Der Vorsitzende der Strafkammer hat am ersten Verhandlungstag zu Beginn der Hauptverhandlung nach Verlesung der Anklageschrift und Belehrung des Angeklagten sowie vor dessen Anhörung zur Sache folgende Erklärung abgegeben: In Vorgesprächen sei von der Strafkammer den Verteidigern des Angeklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht worden, dass im Falle eines Geständnisses ... eine Gesamt-

freiheitsstrafe von sieben Jahren nicht überschritten werde, ohne dass dies dem Angeklagten zuvor ausdrücklich mitgeteilt werden würde. Diese Strafmaßvorstellungen seien mit allen Mitgliedern der Strafkammer erörtert worden und würden von ihnen geteilt. Nachdem der Vertreter der StA daraufhin erklärt hatte, diese Strafobergrenzen seien nicht Gegenstand einer Absprache mit der StA gewesen, und die Verteidigerin darauf hingewiesen hatte, mit ihr sei keine Absprache getroffen worden, hat der Vorsitzende der Strafkammer geäußert, er habe nicht erklärt, dass mit der StA oder der Verteidigerin eine Absprache getroffen worden sei.

II. ... 1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die StA ... überhaupt eine Verfahrensrüge wirksam erhoben hat. Eine solche wäre zumindest unbegründet.

a) Allerdings kann die unter Übergehung der StA erfolgende Zusicherung einer Strafobergrenze beim Vorliegen weiterer Umstände die Besorgnis der Befangenheit gegenüber den beteiligten Richtern begründen (vgl. BGHSt 45, 312, 315 ff.; BGHR StPO vor § 1/aires Verfahren – Vereinbarung 15). Ein Befangenheitsgesuch hat die StA indes nicht angebracht.

b) Auch unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Versagung rechtlichen Gehörs (§§ 33, 261 StPO; vgl. BGHSt 42, 46) wäre die Beanstandung erfolglos, weil eine „Absprache“ zwischen Gericht und Verteidigung nicht stattgefunden hat. Das LG hat lediglich als Ergebnis einer Zwischenberatung mitgeteilt, dass es im Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze von sieben Jahren Gesamtfreiheitsstrafen nicht ohne einen entsprechenden Hinweis überschreiten werde. Dies ist nicht grundsätzlich unzulässig (BGHSt 42, 46; 43, 195, 207; vgl. auch BGHSt 38, 102, 104 f., zum Fall einer „Absprache“).

StPO § 37 Abs. 1; ZPO § 178 Abs. 1

Im Ordnungswidrigkeitenverfahren bleibt rechtsmissbräuchliches Verhalten des Zustellungsadressaten regelmäßig ohne Folgen (Red).

OLG Koblenz, Beschl. v. 14.2.2005 – 1 Ss 341/04

I. ... Der Betroffene war unmittelbar nach Durchführung der Geschwindigkeitsmessung von der Polizei angehalten und zu dem Vorwurf angehört worden. ... Als seinen Wohnsitz hatte ein Polizeibeamter die damalige Meldeadresse Sch-Straße notiert. Dabei handelt es sich, wie auf Veranlassung des Senats durchgeführte polizeiliche Ermittlungen ergaben, um den Sitz eines dem Vater des Betroffenen gehörenden Unternehmens. Tatsächlich wohnte der Betroffene damals bereits seit etwa einem Jahr im Anwesen W. ...

Der an die damalige Meldeanschrift adressierte Bußgeldbescheid wurde ausweislich der Zustellungsurkunde vom 8.3.2004 dem Vater des Betroffenen ausgehändigt. ...

II. Gem. §§ 37 Abs. 1 StPO, 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO setzt eine wirksame Ersatzzustellung voraus, dass „die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung ... nicht angetroffen



Der aufgezeigte Verfahrensfehler nötigt zur Aufhebung der Verurteilung des Angekl., denn diese kann auf der unterbliebenen Bescheidung des Antrages auf Vernehmung der Zeugin G beruhen. Nach Auffassung des LG hat der Angekl. den Straftatbestand der gewerbsmäßigen Hehlerei zumindest mit bedingtem Vorsatz verwirklicht. Es ist daher nicht auszuschließen, dass eine der Beweisbehauptung entsprechende Aussage der Zeugin auf die hinsichtlich der inneren Tatseite getroffenen Feststellungen Einfluss hätte haben können.

Ku.

## 27. Geständnis bei fehlgeschlagener Absprache

StPO § 261

Legt ein Angeklagter in einem Strafverfahren außerhalb des in BGHSt 43, 195 beschriebenen förmlichen Vorlaufes vor oder auch in der Hauptverhandlung ein Geständnis im Vertrauen auf eine gerichtliche Zusage zur Strafobergrenze ab, die gegen den erklärten Widerspruch der StA oder gar ohne deren Kenntnis erteilt wurde, so besteht von vornherein kein Vertrauenstatbestand für den Angeklagten, dass die – notwendig unverbindliche – Zusage eingehalten oder aber das Geständnis unverwertet bleiben werde. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Ürt. v. 7. 5. 2003 – 5 StR 556/02 (LG Hamburg)

Die Verfahrensrügen sind unzulässig, da die StA die beanstandeten Verfahrenstatsachen nicht vollständig vorgetragen hat. 1, 2

Ergänzend bemerkt der Senat, dass der Richter auch unverbindliche Prognosen über die Straferwartung nicht gezielt an der StA vorbei abgeben darf. 3, 4

Der Angeklagte kann auf eine gegen den Widerstand der StA vom Gericht abgegebene Zusage einer Strafobergrenze nicht vertrauen, wenn er in Kenntnis dieser Umstände ein Geständnis ablegt. 5

Es kann einen Ablehnungsgrund darstellen, wenn ein Verfahrensbeteiligter an Vorbesprechungen zur Verfahrensbeendigung nicht beteiligt oder wenn ein Teilnehmer über die Wirksamkeit einer Zusage getäuscht wird. 6

Dass hier die Ablehnung der Anträge bedenklich erscheint, ändert nichts an der Pflicht zu umfassendem Revisionsvortrag. 7

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten verurteilt. Die Revision der StA blieb zum Schuldspruch ohne Erfolg, führte jedoch mit der Sachrüge zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs.

1 Aus den Gründen: 1. Die auf § 338 Nr. 3 StPO und auf Verletzung des § 261 StPO gestützten Verfahrensrügen sind mangels vollständigen Sachvortrags unzulässig (§ 344 II 2 StPO).

2 a) Die StA stützt ihre Besorgnis der Befangenheit der Berufsrichter und ihre Beanstandung, das LG habe das Urteil auf eine unzulässige Zusage und nicht auf den Inbegriff der Hauptverhandlung gestützt, den Inhalt von Vorbesprechungen zudem unzulässigerweise nicht in die Hauptverhandlung eingeführt, auf Verfahrensvorgänge, die ihren Ausgang in 2 Haftprüfungen vor der StrK nahmen, ohne den Inhalt der mündlichen Verhandlungen – etwa durch Vorlage der hierüber aufzunehmenden Niederschriften (§ 118 a III 3 StPO) – und die als Ergebnis der zweiten Haftprüfung ergangene Entscheidung vollständig mitzuteilen. Zur Beurteilung der von der StA erhobenen Beanstandungen ist die vollständige Kenntnis dieser Verfahrenstatsachen – im Übrigen auch die Kenntnis von Verlauf und Ergebnis des anschließend durch-

geführten Beschwerdeverfahrens, die ebenfalls nicht mitgeteilt werden (vgl. BGHSt 40, 218, 240) – unerlässlich.

b) Die Verfahrensrügen geben dem Senat – ohne dass allerdings wegen der unvollständigen Revisionsbegründung hier eine abschließende Beurteilung dieses Verfahrens möglich wäre – Anlass zu folgenden Anmerkungen:

(1) Es ist einem Richter nicht verwehrt, zwecks Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen; er darf dabei bereits – auch für den Fall eines ausstehenden Geständnisses – stets freilich nicht etwa verbindliche Prognosen über Straferwartungen abgeben, wie sie bei Beurteilung sachlicher Zuständigkeiten oder bei Haftentscheidungen ohnehin gang und gäbe sind (vgl. BGHSt 42, 46). Der Richter darf solche Gespräche indes nicht etwa gezielt an der StA als einer hierbei stets umfassend und beizeiten zu informierenden Verfahrensbeteiligten vorbei durchführen (vgl. BGHSt 37, 298; 38, 102; 42, 46; 43, 195; 45, 312).

(2) Legt ein Angekl. in einem Strafverfahren außerhalb des in BGHSt 43, 195 beschriebenen förmlichen Vorlaufes vor oder auch in der Hauptverhandlung ein Geständnis im Vertrauen auf eine gerichtliche Zusage zur Strafobergrenze ab, die gegen den erklärten Widerspruch der StA oder gar ohne deren Kenntnis erteilt wurde, so besteht von vornherein kein Vertrauenstatbestand für den Angekl., dass die – notwendig unverbindliche – Zusage eingehalten oder aber das Geständnis unverwertet bleiben werde (vgl. BGH Beschl. v. 23. 10. 2001 – 5 StR 433/01). Hier bestand angesichts des offenen Dissenses mit der StA kein Anlass für das Gericht, in der Hauptverhandlung eine Entscheidung über eine bei Geständnis nicht zu überschreitende Strafobergrenze (vgl. BGHSt 43, 195, 206 ff.) zu treffen.

(3) Durch die unfaire Nichtbeteiligung von Verfahrensbeteiligten an Vorbesprechungen zur Verfahrenserledigung oder durch die unzutreffende Täuschung eines Verfahrensbeteiligten über die Verbindlichkeit einer derart unwirksamen Zusage kann ein Ablehnungsgrund gegen den beteiligten Richter wegen Besorgnis der Befangenheit begründet werden.

(4) Der Umstand, dass die Behandlung der Ablehnungsanträge der StA nach § 26 a I Nr. 2, II 1 StPO im vorliegenden Fall für sich auf den ersten Blick verfahrensrechtlich offensichtlich bedenklich erscheint, ändert nach den Grundsätzen von BGHSt 23, 265 an der umfassenden, hier nicht ausreichend beachteten Vortragspflicht zur Sache nichts ...

Ku.

Anm. d. Schriftltg.: Vgl. auch Haas NJW 1988, 1345; Cramer in FS Rebemann, 1989, S. 145; Schmidt-Hieber DRiZ 1990, 321; Fahl JA 1997, 272; Martin JuS 1998, 373; Landau/Eschelbach NJW 1999, 321; Eschelbach JA 1999, 694; Herrmann JuS 1999, 1162; Schmitt GA 2001, 411; Momsen/Moldenhauer JA 2002, 415; Weider StV 2003, 266; ferner die Anm. Krekeler NSz 1994, 196; Zschokelt NSz 1996, 449.

## 28. Protokollierungspflicht des Hinweises auf Nichtgebundensein einer Absprache

StPO § 265 I, II; StGB §§ 46 I 1, II 1

Der Hinweis des Gerichts, es sei an eine getroffene Absprache im Strafverfahren wegen sich neu ergebender schwerwiegender Umstände zu Lasten des Angeklagten nicht mehr gebunden, ist protokollierungspflichtig (im Anschluss an BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NSz 1998, 31).

BGH, Beschl. v. 21. 1. 2003 – 4 StR 472/02 (LG Bielefeld)

Durch die Bekanntgabe einer Strafobergrenze hat das LG einen Vertrauenstatbestand geschaffen; es durfte davon ohne ausdrücklichen, im Protokoll zu vermerkenden Hinweis nicht abweichen.



Die Fortsetzung der Beweisaufnahme nach der Einlassung des Angekl. ließ die Vertrauensgrundlage nicht entfallen.

Im Revisionsverfahren kann sich der Angekl. auf die Vereinbarung einer Strafobergrenze berufen.

Zum Sachverhalt: Am 2. Verhandlungstag teilte der Vorsitzende der StrK nach Beratung des Gerichts zu Protokoll mit: „Das Gericht wird für den Fall der Ablegung glaubhafter Geständnisse, und dass sich nicht noch schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können, herausstellen, eine Strafobergrenze von 7 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe für den Angekl. K nicht überschreiten“. Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung gab der Verteidiger für den Angekl. eine mündliche Erklärung ab, nach der der Angekl. „die ihm vorgeworfenen Taten vollumfänglich einräumt, allerdings mit der Maßgabe, dass ihm – dem Angekl. – nicht bekannt gewesen sei, dass es an dem Einverständnis der Karteninhaberin gefehlt habe. Die PIN-Nummer sei ihm nämlich bekannt gewesen“ (betr. die Fälle der Verurteilung wegen Computerbetrugs). Der Angekl. erklärte sodann auf Befragen: „Ich schließe mich den Worten meines Verteidigers an. Das ist so richtig“. Er ließ sich zur Sache ein und die StrK setzte die Beweisaufnahme fort. Sie verurteilte ihn schließlich zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 8 Jahren.

Die Revision des Angekl. hatte teilweise Erfolg.

- 1 Aus den Gründen: Dieses Vorgehen verstieß gegen das Gebot fairer Verfahrensführung. Die Verfahrensweise des Gerichts entsprach den Anforderungen an eine verbindliche Verständigung im Strafverfahren wie sie der Senat in seinem Urteil vom 28. 8. 1997 (BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31) festgelegt hat. Durch die – in öffentlicher Hauptverhandlung protokollierte – Angabe einer Strafobergrenze bei Ablegung eines Geständnisses hat es bei dem Angekl. einen Vertrauenstarbestand geschaffen. An die Strafobergrenze war es nur bei Bekanntwerden neuer schwerwiegender Umstände zu Lasten des Angekl., auch etwa, wenn es der Auffassung war, dass die Einlassung des Angekl. den Anforderungen an ein „glaubhaftes Geständnis“ nicht genügte, nicht gebunden; es war dann aber zu einem ausdrücklichen Hinweis an den Angekl. über die beabsichtigte Abweichung verpflichtet (vgl. BGHSt 36, 210, 212 = NJW 1989 2270 = NStZ 1989, 438; BGHSt 38, 102, 105 = NJW 1992, 519 = NStZ 1992, 139; BGHSt 42, 46, 49 = NJW 1996, 1763 = NStZ 1996, 448; BGH NStZ 2002, 219 [gescheiterte Absprache], m. Anm. Weider NStZ 2002, 174). Wie die zuvor getroffene verbindliche Absprache war dieser – entsprechend § 265 I, II StPO – protokollierungspflichtig (BGHSt 43, 195, 206, 210 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31; zur Protokollierungspflicht bei § 265 I, II StPO vgl. BGHSt 2, 371, 373 = NJW 1952, 899; BGHSt 19, 141, 143 = NJW 1964, 308; BGHSt 23, 95, 96 = NJW 1969, 2246; BGH StV 1994, 232, 233; StV 1998, 583). Ein solcher – protokollierter – Hinweis ist jedoch nicht erfolgt.
- 2 Die vom LG geschaffene Vertrauensgrundlage ist auch nicht dadurch entfallen, dass die Beweisaufnahme nach der – im Wesentlichen geständigen – Einlassung des Angekl. fortgeführt wurde; denn das Gericht ist auch bei einem auf Grund einer Verständigung abgelegten Geständnis dazu verpflichtet, dieses auf seine Richtigkeit zu überprüfen (BGHSt 43, 195, 204 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31; BGH StV 1999, 407; 410, 411).
- 3 c) Der Angekl. kann sich im Revisionsverfahren auf die protokollierte zulässige Vereinbarung, eine zugesagte Strafobergrenze werde nicht überschritten, berufen (vgl. BVerfG StV 2000, 3; BGHSt 45, 227, 228 = NJW 2000, 526; Kuckein/Pfister in FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 641, 659 f. mwN). Der Strafausspruch hat daher keinen Bestand. Der Senat hebt – entsprechend dem Antrag des GBA – nicht nur die Gesamtstrafe, sondern auch die Einzelstrafen auf, weil nicht auszuschließen ist, dass der Angekl. bei einem Hinweis des Gerichts, die zugesagte Strafobergrenze sei nicht mehr bindend, seine Verteidigung so geändert, er insbesondere sein

Geständnis so erweitert hätte, dass dies auch Einfluss auf die Einzelstrafen gehabt hätte ...

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. zur zitierten Entscheidung BGHSt 45, 227 die Anm. Rieß NStZ 2000, 96, und Rönnau JR 2001, 29. Zur zitierten Entscheidung BGHSt 43, 195 s. die Anm. Kintzi JR 1998, 245; Satzger JABl 1998, 98, und Lemke NJ 1998, 41. Absprachen im Strafprozess aus revisionsrechtlicher Sicht behandelt der Aufsatz von Thomsen/Moldenhauer JABl 2002, 415. Mit der Thematik „Absprachen zur strafrechtlichen Hauptverhandlung“ befasst sich auch der Beitrag von Landau/Eschelbach NJW 1999, 321.

## 29. Überschreiten der Urteilsabsetzungsfrist.

StPO § 275 I 4

Weder Umstände, die die Organisation des Gerichts betreffen, noch die allgemeine Arbeitsüberlastung der Richter rechtfertigen eine Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, *Urt. v. 9. 4. 2003 – 2 StR 513/02 (LG Koblenz)*

Das Urteil hätte bis zum 17. 9. 2002 zu den Akten 1, 2 gelangt sein müssen; dies ist jedoch erst am 20. 9. 2002 geschehen, weshalb die Verfahrensrüge nach §§ 275 I, 338 Nr. 7 StPO durchgreift.

Ein nicht voraussehbarer, unabwendbarer Umstand 3 i. S. von § 275 I 4 StPO war hier nicht ersichtlich, zumal bereits am 13. 9. 2002 die Reinschrift eines Urteilsentwurfs vorlag und lediglich einige Schreib- und Übertragungsfehler zu berichtigen waren.

Die Fristüberschreitung beruht aus den Gründen des 4–6 Ls auf einem Organisationsmangel, der von den für die rechtzeitige Fertigstellung der schriftlichen Urteilsgründe verantwortlichen Berufsrichtern zu vertreten ist.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl., der des Betrugs in 17 Fällen angeklagt worden war, nach Einstellung von 14 Fällen vom Vorwurf der restlichen 3 Betrugstaten freigesprochen. Die Revision der StA hatte mit der Rüge einer Verletzung des § 338 Nr. 7 StPO Erfolg.

Aus den Gründen: II. Die Verfahrensrüge, das Urteil sei 1 verspätet zu den Akten gebracht worden (§§ 275 I, 338 Nr. 7 StPO), die auch die StA erheben kann (vgl. u. a. BGH *Urt. v. 30. 1. 2002 – 2 StR 504/01*; NStZ 1985, 184), greift durch.

Das am 16. 7. 2002 nach 17-tägiger Verhandlung verkündete Urteil hätte nach § 275 I 2 StPO spätestens nach 9 Wochen (vgl. hierzu BGHSt 35, 259 f.), also zumindest bis zum 17. 9. 2002, zu den Akten gelangt sein müssen. Ausweislich des Vermerks der Geschäftsstelle auf der Urteilsurkunde ist dies jedoch erst am 20. 9. 2002 geschehen.

Gemäß § 275 I 4 StPO darf die Frist nur überschritten 3 werden, wenn und solange das Gericht durch einen im Einzelfall nicht voraussehbaren unabwendbaren Umstand an ihrer Einhaltung gehindert worden ist. Ein solcher Umstand ist hier nicht ersichtlich, ergibt sich insbesondere auch nicht aus den dienstlichen Erklärungen der berufsrichterlichen Mitglieder der StrK. Danach lag – trotz zeitweiliger Urlaubsabwesenheit des Vorsitzenden und des Berichterstatters – bereits am 13. 9. 2002 eine Reinschrift des Urteilsentwurfs vor, bei der „noch einige Schreib- und Übertragungsfehler zu berichtigen“ waren. Wegen Tätigkeiten in anderen eilbedürftigen Verfahren, für die der Vorsitzende durch Präsidiumsbeschluss des LG vom 12. 9. 2002 zusätzlich auch als Vorsitzender der 12. StrK zuständig wurde, gelangte das Urteil erst am 20. 9. 2002 von den Berufsrichtern unterschrieben zu den Akten. Die geltend gemachten Umstände rechtfertigen eine Fristüberschreitung nicht. Die Berufsrichter waren gehalten, zunächst die bereits verkündete Sache fristgemäß zum Abschluss zu bringen. Dies gilt hier umso mehr, als mehrere



fige Teileinstellung des Verfahrens ein entsprechender Vertrauenstatbestand nicht geschaffen worden ist und daher das Verteidigungsverhalten des Angekl. durch die Heranziehung der ausgeschiedenen Taten nicht beeinflusst wurde (BGH StraFo 2001, 236; NJW 1985, 1479; 1996, 2585, 2586; NSZ 1987, 134; StV 1996, 585). Das ist z. B. dann der Fall, wenn die Teileinstellung erst nach Abschluß der Beweisaufnahme erfolgt ist. Dann kann nämlich diese Einstellung das Verteidigungsverhalten des Angekl. ersichtlich nicht beeinflussen haben, da der Angekl. sich während des gesamten Verfahrens gegen die ursprünglichen Tatvorwürfe zur Wehr setzen mußte und der Beschl. daher seine Verteidigungsstrategie nicht beeinflussen konnte (so wohl auch BGH NSZ 1987, 134). Davon ist auch vorliegend auszugehen. Ist die (Teil)Einstellung erst nach dem Schluß der Beweisaufnahme erfolgt, mußte sich die Angekl. während der gesamten Beweisaufnahme gegen alle drei Tatvorwürfe verteidigen. Ein Vertrauenstatbestand, der einen Hinweis nach § 265 StPO erforderlich gemacht hätte, ist dann nicht geschaffen worden.

2. Das Urteil ist jedoch auf die Sachrüge hin aufzuheben. Die vom AG getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur subjektiven Tatseite sind nämlich lückenhaft (§ 267 StPO) und tragen die Verurteilung wegen einer Leistungerschleichung gem. § 265 a StPO nicht. Die Feststellungen des Tatrichters ermöglichen es dem Revisionsgericht nicht zu überprüfen, ob die vorgenommene Beweismittelwürdigung fehlerfrei erfolgt ist.

Der Tatrichter hat das Vorliegen der im Rahmen des § 265 a StGB erforderlichen Absicht der Angekl. wie folgt festgestellt:

„Allerdings ist davon auszugehen, daß jemand, der die Straßenbahn ohne gültigen Fahrausweis betritt, dies tut, um die Kontrollen zu umgehen, in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten. So ist es zwar nicht Aufgabe der Angekl., das Gericht von ihrer Unschuld zu überzeugen, sondern die des Staates, die Schuld der Angekl. nachzuweisen. Hier liegt der Fall jedoch insofern anders, daß die Tathandlung als solche feststeht und die Angekl. sich – davon ist das Gericht aufgrund der Aussage des Zeugen L. und des Inhalts des EDV-Ausdrucks überzeugt – bei der Kontrolle auf keinen entlastenden Umstand berufen hat. Es erscheint jedoch vollständig lebensfern, daß jemand, der bei einer Fahrkartenkontrolle Entlastendes vorzubringen vermag, hierüber schweigt. Darüber hinaus ist die Angekl. bereits zuvor bei zwei Gelegenheiten in der Straßenbahn kontrolliert worden. Angesichts dieser Tatsache ist es nach Ansicht des Gerichts ausgeschlossen, daß sie aus Versehen ohne gültigen Fahrausweis in die Straßenbahn gestiegen ist.“ (...)

b) Aus Rechtsgründen ist auch nicht zu beanstanden, daß das AG die beiden Taten, deretwegen das Verfahren vorläufig nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden ist, bei der Beweismittelwürdigung als mitentscheidende Umstände (mit)berücksichtigt hat. Die Teileinstellung ist erst nach Abschluß der Beweisaufnahme erfolgt und hat somit das Verteidigungsverhalten der Angekl. nicht beeinflusst und somit auch keinen Vertrauenstatbestand geschaffen.

Eine zulässige Berücksichtigung der beiden eingestellten Taten bei der Beweismittelwürdigung setzt jedoch voraus, daß der Tatrichter diese prozessordnungsgemäß festgestellt hat (BGH NSZ 1981, 10; BGH, JR 1984, 170; BGH StV 1995, 520, 521; Meyer-Göfner, a. a. O., § 154 a Rdnr. 2). Die vom Tatrichter insoweit getroffenen Feststellungen sind jedoch nicht ausreichend. Das AG hat lediglich festgestellt, daß »die Angekl. bereits zuvor bei zwei Gelegenheiten in der Straßenbahn kontrolliert worden« ist. Das ist aber in keiner Weise ausreichend, um prüfen zu können, ob die beiden eingestellten Taten zu Recht mit herangezogen worden sind, um im Rahmen der Beweismittelwürdigung auf die nach § 265 a StGB erforderliche Absicht der Angekl. zu schließen. Das Gericht hätte also z. B. nähere Feststellungen darüber treffen müssen, wann die Angekl. mit welchem Ergebnis kontrolliert worden ist. Auch ist von Belang, ob und wie sie sich hinsichtlich dieser Taten eingelassen hat. Es ist für die Beweismittelwürdigung nämlich schon von Bedeutung, ob die Angekl. bei den beiden anderen Gelegenheiten ggf. nur vergessen hatte,

einen gültigen Fahrschein zu lösen oder aus welchen sonstigen Gründen sie ggf. ohne Fahrschein angetroffen worden ist.

Auch im übrigen ist die Beweismittelwürdigung des AG zu beanstanden. Entgegen der offenbar vom AG vertretenen Auffassung gibt es nämlich keinen Erfahrungssatz des Inhalts, daß jemand, der die Straßenbahn ohne gültigen Fahrausweis betritt, dies (nur) tut, um die Kontrollen zu umgehen, in der Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Es sind auch andere Gründe denkbar, die dazu führen, eine Straßenbahn ohne gültigen Fahrausweis zu betreten (vgl. dazu ähnlich KG StV 2002, 412).

Mitgeteilt von RiOLG Detlef Burhoff, Hamm.

#### StPO §§ 338 Nr. 4, 344 Abs. 2 S. 2, 16

(Anforderungen an Verfahrensrüge der örtlichen Unzuständigkeit)

#### Zu den Anforderungen an die Revisionsbegründung bei Rüge der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts.

OLG Köln, Beschl. v. 10. 1. 2003 – Ss 530/02

► **Aus den Gründen:** 1. Als unzulässig erweist sich die erhobene Verfahrensrüge, mit der geltend gemacht wird, es liege der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 4 StPO vor, weil mit dem AG Düren ein örtlich unzuständiges Gericht entschieden habe. Denn das Revisionsvorbringen genügt nicht den in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO normierten Darlegungsanforderungen.

Neben der erfolgten Mitteilung der fristgerechten Erhebung des Einwandes der örtlichen Unzuständigkeit (§ 16 StPO) ist nämlich für eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung insoweit zusätzlich zu verlangen, daß in ihr dargestellt wird, ob bzw. in welcher Weise das Tatgericht über diesen Einwand befunden hat (vgl. Meyer-Göfner, StPO, 46. A., § 338 Rdnr. 34 a). An diesbezüglichen Ausführungen fehlt es in der Revisionsbegründung jedoch gänzlich.

Außerdem enthält die Revisionsbegründung entgegen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO keine Angaben zu den in der Anklageschrift der StA Aachen v. 20. 7. 2001 mit dem Strafverfahren gegen den Angekl. verbundenen Strafvorwürfen gegen drei weitere Personen. Diesbezügliche Ausführungen waren aber für eine insoweit zulässige Revisionsrechtfertigung zu verlangen, da ansonsten nicht überprüft werden kann, ob sich die örtliche Zuständigkeit des AG Düren möglicherweise aus dem Gerichtsstand des Zusammenhangs (§§ 3, 13 StPO) ergibt (vgl. BGH NJW 1993, 2819 [2820] = NSZ 1993, 499 [= StV 1993, 452]; Kuckein in: KK, StPO, 4. A., § 338 Rdnr. 67).

Entgegen der Auffassung der GStA bedurfte es in der Revisionsbegründung allerdings keiner Wiedergabe der für den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit (§ 16 StPO) gegebenen Begründung, da auch die wirksame Geltendmachung dieses Einwandes keine Begründung verlangt (vgl. SenE v. 22. 2. 2000 – Ss 15/00 = NSZ-RR 2000, 273; Meyer-Göfner a. a. O., § 16 Rdnr. 3 i. V. m. § 6 a Rdnr. 4).

Mitgeteilt von RiAG Dr. Matthias Quarch, Aachen.

## Strafrecht

+ StGB § 46; GG Art. 20 Abs. 3  
(Verfahrensfremder Abspracheinhalt)

1. Eine verfahrensbeendende Absprache ist unzulässig, wenn das dem Angeklagten angesonnene Verhalten ersichtlich vordergründig einem Zweck dient, der mit der angeklagten Tat



und dem Gang der Hauptverhandlung in keinem inneren Zusammenhang steht (im Anschluß an *BGHSt* 43, 195).

## 2. Zu den Auswirkungen einer fehlgeschlagenen Verständigung.

*BGH*, *Ürt.* v. 19. 2. 2004 – 4 StR 371/03 (LG Münster)\*

♦ **Aus den Gründen:** Das *LG* den Angekl. wegen Hehlerei, versuchten Diebstahls und wegen Diebstahls in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 J. 9 M. verurteilt. Mit seiner wirksam auf den Strafausspruch beschränkten Revision beanstandet der Angekl., daß das *LG* nach dem Scheitern eines gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßenden »deals« die Strafe rechtsfehlerhaft zugemessen habe.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Nach der zulässig erhobenen Verfahrensrüge ging der Urteilsfindung folgendes in der Sitzungsniederschrift dokumentiertes Prozeßgeschehen voraus:

a) Am ersten Hauptverhandlungstag ließ der Angekl. durch seinen Verteidiger erklären, daß er sich zunächst nicht zur Sache äußern wolle. Der Mitangekl. D. machte dagegen umfassende Angaben zur Sache und war im wesentlichen geständig. Am vierten Hauptverhandlungstag verkündete das *LG* folgenden Beschl.:

»Der Angekl. W. wird, wie in Vorgesprächen mit seinem Verteidiger bereits erörtert, darauf hingewiesen, daß angesichts des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme allein einem Geständnis zum jetzigen Zeitpunkt keine überragende strafmildernde Bedeutung zukommen kann.

Im Falle einer Verurteilung wird die Vorstrafe und die zu den Tatzeiten laufende Bewährung bei der Strafzumessung von erheblicher Bedeutung sein. Allerdings hat der Angekl. W. die Möglichkeit, durch Begleichung der aus der Vorstrafe resultierenden Steuerschuld (derzeit noch ca. 564 000 €) den durch die der Vorstrafe zugrunde liegenden Tat verursachten Schaden wieder gut zu machen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme spricht vieles dafür, daß der Angekl. über Mittel zur Begleichung der Steuerschuld verfügen könnte, so soll er sich etwa noch wenige Tage vor seiner Festnahme für den Ankauf einer größeren Immobilie im Preis von über einer Million Euro ernsthaft interessiert haben.

Wird die Steuerschuld beglichen, so wäre der im Zusammenhang mit der Vorstrafe angerichtete Schaden/Steuerausfall wieder gut gemacht und der Vorbelastung könnte eine deutlich geringere nachteilige Bedeutung beigemessen werden. Für den Fall einer geständigen Einlassung und der Begleichung der Steuerschuld verpflichtet die *Kammer* sich, ein Strafmaß von insgesamt 4 J. nicht zu überschreiten«.

Am sechsten und letzten Tag der Hauptverhandlung trat die *Kammer* erneut in die Beweisaufnahme ein und erteilte dem Angekl. rechtliche Hinweise. Danach äußerte sich der Angekl. über seinen Verteidiger zur Sache, wobei er sich im wesentlichen geständig einließ. Der Verteidiger beantragte die Vernehmung zweier Zeugen zum Beweis dafür, daß die finanziellen Möglichkeiten des Angekl. entgegen der Annahme des *LG* vollständig erschöpft seien. In dem Beweisantrag wird u. a. ausgeführt:

»Herr W. ist außerstande, die Steuerschuld von ca. 564 000 € aufzubringen. Die Aufarbeitung der finanziellen Möglichkeiten mit Herrn W. und seinen Familienangehörigen hat ergeben, daß über seinen Bruder kurzfristig max. 200 000 € beschafft werden könnten«.

Das *LG* lehnte die beantragten Zeugenvernehmungen ab und führte in dem Beschl. ferner aus:

»Die *Kammer* weist den Angekl. W. darauf hin, daß auch Teilzahlungen auf die Steuerschuld strafmildernde Wirkungen hätten. Eine konkrete Zusage, wie Teilzahlungen in bestimmter Höhe sich auf das Strafmaß auswirken könnten, will die *Kammer* allerdings nicht abgeben«.

Der Verteidiger des Angekl. erklärte dazu:

»Mein Mandant kann binnen einer Woche einen Betrag von 200 000 € auf die Steuerschuld aufbringen lassen. Voraussetzung ist allerdings, daß der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wird, damit er im Falle einer Verurteilung bessere Chancen für den offenen Vollzug hat und dann Geld verdienen kann. Ich beantrage daher, den Haftbefehl außer Vollzug zu setzen«.

Das *LG* lehnte diesen Antrag durch Beschl. ab und führte zur Begründung aus:

»Der Angekl. hat aufgrund des Umfangs der Tatvorwürfe mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe zu rechnen, wobei er zusätzlich den Widerruf der Bewährungsstrafe von einem Jahr und 6 M. befürcht-

ten muß. Daraus ergibt sich ein erheblicher Fluchtanreiz, der andererseits nicht durch stabilisierende Faktoren abgemildert wird«.

b) Die Gründe des angefochtenen Urteils verhalten sich zu der gescheiterten Absprache nicht. Mitgeteilt wird lediglich, daß der Angekl. durch Urteil der WirtschaftsstrK des *LG* v. 13. 7. 2001 wegen gewerbsmäßiger Steuerhehlerei zu einer für 3 J. zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von 1 J. 6 M. verurteilt worden ist.

2. Der Bf. rügt hiernach zu Recht, in seinem Anspruch auf ein faires Verfahren (vgl. dazu *BVerfG* NJW 1987, 2662 = *NStZ* 1987, 419; *BGHSt* 29, 109, 111; *Pfeiffer* in *KK* 5. A., Einl. Rdnr. 28 jew. m. w. N.) verletzt worden zu sein.

a) Allerdings kann entgegen der Auffassung der Revision ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht schon darin gesehen werden, daß sich das *LG* nicht an die zunächst in Aussicht gestellte Strafobergrenze gehalten hat. Eine das *LG* bindende Zusage (vgl. *BGHSt* 36, 210, 214; 43, 195, 210 [= *StV* 1997, 583]) läge nur dann vor, wenn es zu der vom *LG* angestrebten Verständigung gekommen wäre. Das war – für alle Verfahrensbeteiligten offenkundig – nicht der Fall. Das *LG* hat zudem in den Beschl., mit denen es Beweiserhebungen zu den Vermögensverhältnissen des Angekl. und seinen Antrag auf Haftverschonung abgelehnt hat, ausgeführt, daß es sich im Falle der Verurteilung des Angekl. an die zunächst in Aussicht gestellte Obergrenze nicht gebunden fühlt, so daß der Angekl. sein Verteidigungsverhalten darauf einrichten konnte (vgl. *BGHSt* 36, 210, 216). Ob der Angekl. die Leistungen an das Finanzamt ohne eigenes Verschulden nicht erbringen konnte, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

b) Der Anspruch des Angekl. auf ein faires Verfahren ist aber deshalb verletzt, weil das *LG* die mit der Verkündung des oben genannten Beschl. am vierten Hauptverhandlungstag in Aussicht gestellte Einhaltung der Strafobergrenze von 4 J. an die Bedingung geknüpft hat, daß der Angekl. ein Geständnis ablegt und die gegen ihn bestehende Forderung des Fiskus wegen der in einem anderen Verfahren bereits rechtskräftig abgeurteilten Steuerhehlerei erfüllt. Die Revision trägt zu Recht vor, daß vom *LG* ein solches »erzwungenes Freikaufen« nicht hätte in die Wege geleitet werden dürfen.

Abstrachen im deutschen Strafverfahren sind allerdings nicht generell unzulässig. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Verhandlung (*BVerfG* NJW 1987, 2662). Nach inzwischen gefestigter Rspr. des *BGH* (vgl. *BGHSt* 43, 195 ff. [= *StV* 1997, 583]) ist anerkannt, daß dem Angekl. für den Fall der Ablegung eines Geständnisses die bindende Zusage erteilt werden kann, eine bestimmte Strafobergrenze nicht zu überschreiten. Unverzichtbare – im vorliegenden Fall eingehaltene – prozessuale Voraussetzung ist jedoch, daß die Vereinbarung in öffentlicher Hauptverhandlung unter Beteiligung aller Prozeßbeteiligten erfolgt. Inhaltlich setzt eine zulässige Verständigung voraus, daß bei dem Bemühen der Beteiligten um das Zustandekommen einer Absprache die freie Willensentschließung des Angekl. gewahrt bleibt (*BGHSt* 43, 195, 204). Zwar gerät ein Angekl., dem das Gericht eine Verständigung vorschlägt, zwangsläufig in den Konflikt, sein Verhalten den Wünschen des Gerichts anzupassen oder – im Falle eines Schuldspruchs – die Möglichkeit einer deutlich höheren Strafe in Kauf zu nehmen. Dies ist jedoch hinzunehmen, sofern die Verständigung geeignet ist, anerkannten strafprozessualen Zwecken zu dienen: so kann durch ein Geständnis des Angekl. eine langwierige Beweisaufnahme vermieden und damit dem verfahrensrechtlichen Beschleunigungsgebot Rechnung getragen, bei Gewaltdelikten zudem eine die Opfer belastende Zeugenvernehmung vermieden werden. Dagegen ist der latente Druck, der mit jedem Absprachevorschlag des Gerichts auf den Angekl. ausgeübt wird (vgl. dazu *Weider* *StraFo* 2003, 406, 408 f.), dann nicht hinzunehmen, wenn das dem Angekl. angebotene Verhalten ersichtlich vordergründig einem Zweck



## StPO §§ 261, 337

(Verfahrensrüge der Berücksichtigung von nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen)

§ 261 StPO ist verletzt, wenn das Urteil auf Feststellungen zu Abläufen der Hauptverhandlung beruht, die nicht aus den zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen gewonnen worden sind.

BGH, Urt. v. 8. 7. 2004 – 4 StR 47/04 (LG Essen)

→ Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. wegen Trunkenheit im Verkehr in zwei Fällen und wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt und ihn von dem weiteren Vorwurf der Vergewaltigung zum Nachteil der Nebenkl. Sabine Marion K. freigesprochen. Gegen den Teilfreispruch wenden sich die StA und die Nebenkl. mit ihren Rechtsmitteln, mit denen sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügen.

Beide Revisionen haben mit einer Rüge zu § 261 StPO Erfolg; eines Eingehens auf die weiteren erhobenen Rügen bedarf es daher nicht.

1. Nach der Anklage liegt dem Angekl. zur Last, an einem Abend im Juni 1996 die Nebenkl. Sabine Marion K. mit Gewalt, unter anderem durch Schläge und Fußtritte, zur Duldung des Geschlechtsverkehrs genötigt zu haben. Von seiner Täterschaft vermochte sich das LG nicht zu überzeugen, weil es Zweifel an der Richtigkeit der Aussage der Nebenkl., auf deren Angaben der Anklagevorwurf im wesentlichen beruht, nicht hat ausräumen können. Seine Zweifel hat es hierbei u. a. darauf gestützt, daß die Nebenkl. in der Hauptverhandlung in bezug auf ihre Beziehung zu dem Angekl. nach dem Vorfall die Unwahrheit gesagt habe. So sei ihre Aussage unwar gewesen, daß der sie während einer späteren Schwangerschaft behandelnde Arzt bestätigen könne, sie sei durch Tritte in den Unterleib so erheblich verletzt worden, daß es zum Schwangerschaftsabbruch gekommen sei und daß sie diesem Arzt anvertraut habe, der Angekl. habe ihr diese Tritte zugefügt. Tatsächlich – so das LG – habe die Zeugin – wie sie nach Vernehmung des Arztes eingeräumt habe – sich diese Geschichte nur ausgedacht.

2. Beide Bf. rügen zu Recht, daß die Feststellung, die Nebenkl. habe nach der Vernehmung des Arztes eingeräumt, sich »diese Geschichte nur ausgedacht« zu haben, entgegen § 261 StPO nicht durch die in der Hauptverhandlung verwendeten Beweismittel und auch sonst nicht aus den zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen gewonnen worden ist (vgl. BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 6; Schoreit in KK StPO, 5. A., § 261 Rdnr. 6).

a) Das Protokoll über die v. 5. 12. 2002 bis zum 20. 3. 2003 durchgeführte Hauptverhandlung weist hierzu folgenden Verfahrensgang aus (§ 274 StPO): Die Nebenkl. Sabine Marion K. wurde in den Terminen v. 10. 12. 2002 und 19. 12. 2002 als Zeugin vernommen und am 19. 12. 2002 entlassen. Im Termin v. 7. 1. 2003 beantragte die Vertreterin der Nebenkl. K. die Vernehmung des Arztes Dr. M. zum Beweis dafür, daß bei der Nebenkl. aufgrund einer körperlichen Mißhandlung eine Ausschabung vorgenommen werden mußte, und daß diese dem Arzt gegenüber angegeben habe, der Angekl. sei hierfür verantwortlich. Der Zeuge Dr. M. wurde im Termin v. 30. 1. 2003 vernommen. Eine (erneute) Vernehmung der Nebenkl. erfolgte danach nicht mehr, wie sich aus dem Schweigen des Protokolls hierzu ergibt (vgl. Meyer-Göbner StPO, 47. A., § 274 Rdnr. 14). Damit steht fest, daß nach der Vernehmung des Arztes Dr. M. eine Zeugenvernehmung der Nebenkl., bei der sie hätte einräumen können, daß sie sich »diese Geschichte nur ausgedacht« habe, nicht erfolgt ist.

b) Es ist auch nicht ersichtlich, daß entsprechende Angaben der Nebenkl. auf andere Weise prozeßordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt worden sein könnten. Die Bf. haben hierzu unwidersprochen vorgetragen, daß die Nebenkl. – wie es auch die Sitzungsniederschrift ausweist – weder während der Vernehmung des Zeugen Dr. M. noch in einem der nachfolgenden Hauptverhandlungstermine persönlich anwesend war.

→ 2. Der Senat kann nicht ausschließen, daß das Urteil in Anbe-

tracht der übrigen Beweisergebnisse auf dem aufgezeigten Verfahrensverstoß beruht. (...)

## MRK Art. 6, StGB § 46

(Verstoß gegen Grundsatz des fairen Verfahrens bei Verständigungsgesprächen)

Im Rahmen von Verständigungsgesprächen darf nicht mit einer erhöhten Strafe gedroht werden oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils der Angeklagte zu einem Geständnis gedrängt werden. Die vom Gericht ernsthaft aufgezeigten Strafgrenzen dürfen nicht so weit auseinanderfallen, daß die Willenentschließung ungebührlich beeinträchtigt wird. Die Differenz zwischen zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Strafaussetzung zur Bewährung und sechs Jahren Freiheitsstrafe ist nicht mehr mit der strafmildernden Wirkung von Geständnis und Schadenswiedergutmachung im Rahmen schuldangemessenen Strafens zu erklären. Ein solches Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden. Ein solches Verhalten ist rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

BGH, Beschl. v. 9. 6. 2004 – 5 StR 579/03 (LG München I)

→ Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. wegen Steuerhinterziehung in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. 10 M. verurteilt. Der Schuldspruch umfaßt Einkommen-, Gewerbe-, Umsatz- und Körperschaftsteuerhinterziehungen in den Jahren 1993 bis 1996 in Höhe von insgesamt 8,9 Mio. DM, die dem Angekl. als Geschäftsführer einer GmbH zur Last gelegt werden. Die Revision des Angekl., die auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützt wird, hat mit der Sachrüge Erfolg ...

III. Da die Revision bereits mit der Sachrüge Erfolg hat, kommt es auf die vom Angekl. erhobene Verfahrensrüge, die Grundsätze des fairen Verfahrens seien verletzt, nicht mehr an. Dennoch sieht der Senat Veranlassung zu folgenden Anmerkungen:

1. Der Angekl. hat in der Hauptverhandlung eine Erklärung durch seine Verteidiger verlesen lassen, die das LG als »Geständnis« gewertet hat. Diesem »Geständnis«, das der Angekl. – wie im Urteil ausdrücklich mitgeteilt – erkennbar nur äußerst ungern abgelegt hat, war folgendes vorangegangen: Nach Anklageerhebung und Eröffnungsbeschl. Ende 2002 hatten zwischen dem damaligen Verteidiger und Mitgliedern der StrK erste Gespräche über mögliche Rechtsfolgen im Falle einer Verurteilung stattgefunden. Dabei wurde eine Bewährungsstrafe erörtert, indes nicht in Aussicht gestellt, andererseits darauf hingewiesen, daß nach Durchführung einer Beweisaufnahme ohne Geständnis und ohne vollständige Schadenswiedergutmachung eine Freiheitsstrafe von bis zu 6 J. möglich sei und der Spruchpraxis der StrK entspreche. Im ersten in dieser Sache durchgeführten Hauptverhandlungstermin am 4. 2. 2003 wurde dem Angekl. seitens der StrK nunmehr angeboten, bei Geständnis und vollständiger Schadenswiedergutmachung eine Freiheitsstrafe von 2 J. mit Bewährung zu verhängen. Da der Angekl. im Hinblick auf die beim Finanzgericht München anhängige Klage gegen die entsprechenden Steuerbescheide das ihm angesonnene Geständnis nicht abgeben wollte, wurde die Hauptverhandlung zunächst ausgesetzt, um das Finanzgerichtsverfahren abzuwarten. Nachdem das Finanzgericht München durch Urt. v. 19. 3. 2003 die Klage abgewiesen hatte, erließ die StrK am 25. 3. 2003 Haftbefehl gegen den (nicht vorbestraften) Angekl. Dieser befand sich in der Zeit v. 31. 3. 2003 bis 21. 5. 2003 in U-Haft in der JVA München-Stadelheim. Die Aussetzung des Vollzugs erfolgte am 21. 5. 2003 durch das OLG München, nachdem der Angekl. eine von sei-



brauch nicht erfasster Delikte verfolgt zu werden, und sei es auch nur, weil die Ermittlungsbehörden aus seinen Angaben weitere Ermittlungsansätze gewinnen könnten. Dass das OLG diese Einschränkungen der Zeugnispflicht respektieren will, hat es in dem angefochtenen Beschluss deutlich zum Ausdruck gebracht.

Anm. d. Schriftltg.: Zu BGHSt 36, 192 = NJW 1983, 2702 = NSStZ 1989, 384, s. die Anm. Mayer StV 1989, 376. – Grundsätzlich zu § 55 StPO vgl. Dabs NSStZ 1999, 386.

### 13. Verständigung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung

StGB § 66; StPO §§ 136 a I 3, 24

1. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Maßnahme vorliegen, ebenso wenig wie die rechtliche Beurteilung der Tat einer Verständigung im Strafprozess zugänglich.

2. Zur Anbringung eines Ablehnungsgesuchs, wenn der Richter gleichwohl den Versuch unternimmt, die Sicherungsverwahrung zum Gegenstand einer Urteilsabsprache zu machen und etwa durch die Androhung, andernfalls die Maßregel zu verhängen, den Angeklagten zu einem Geständnis zu bewegen. (Ls d. Schriftltg.)

**BGH, Beschl. v. 8. 2. 2005 – 3 StR 452/04 (LG Lüneburg)**

Das LG hat, nachdem es – wie der Revisionsführer 1 behauptet – außerhalb der Hauptverhandlung für den Fall des Scheiterns einer Verfahrensabsprache die Begutachtung des Angekl. mit Blick auf eine Sicherungsverwahrung angekündigt hatte, eine solche angeordnet, da der Angekl. kein Geständnis abgelegt hat.

Ein solches Vorgehen wäre ein schwerwiegender Verfahrensverstöß 2 gewesen, da die Sicherungsverwahrung nicht Gegenstand einer Urteilsabsprache sein kann.

Eine den Bestand des Urteils gefährdende Verletzung 3, 4 des Rechts auf ein faires Verfahren auf Grund unzulässiger Beeinflussung der Kammermitglieder durch den Vorsitzenden kann gleichwohl nicht geltend gemacht werden, da dies mit der Richterablehnung hätte angegriffen werden müssen; dies ist aber nicht geschehen.

Unter sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten wurde die 5 Sicherungsverwahrung zu Recht bejaht.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit deren Einfuhr sowie mit versuchter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Die auf Verfahrensrügen und Beanstandungen der Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angekl. hatte insoweit Erfolg, als die Verurteilung wegen tateinheitlicher versuchter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge entfiel.

1 Aus den Gründen: ... b) Soweit sich die Revision mit der Rüge einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gegen die Anordnung der Sicherungsverwahrung wendet, trägt sie folgenden Verfahrensgang vor: Am 2. Tag wurde die Verhandlung unterbrochen, um unter Ausschluss der Öffentlichkeit und des Angekl. zwischen Gericht, StA und Verteidigung die Frage zu erörtern, ob eine „einvernehmliche Verfahrenserledigung“ in Betracht komme. Dabei stellte die Kammer im Falle eines umfassenden Geständnisses eine Freiheitsstrafe von höchstens 12 Jahren in Aussicht. Der Vorsitzende äußerte, dass die Sicherungsverwahrung in diesem Fall nicht angeordnet werde, kündigte aber zugleich an, dass im Fall

der Nichteinigung „ab Montag die Begutachtung“ des Angekl. „durch den Sachverständigen Dr. S“ im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung „im Raum“ stehe. Nach Wiedereintritt in die öffentliche Hauptverhandlung gab der Vorsitzende den Vorschlag der Kammer zur Verfahrenserledigung (höchstens 12 Jahre bei umfassendem Geständnis) bekannt, ohne dabei seine Ausführungen zur Maßregelverordnung zu erwähnen. Nachdem der Angekl. eine geständige Einlassung nicht abgab, veranlasste die StrK die Ladung des Sachverständigen für den nächsten Verhandlungstag.

Sollte der StrK-Vorsitzende, wie von der Revision behauptet, versucht haben, die Sicherungsverwahrung zum Gegenstand einer Urteilsabsprache zu machen und etwa durch die Androhung, andernfalls die Maßregel zu verhängen, den Angekl. zu einem Geständnis zu bewegen, läge hierin ein schwerwiegender Rechtsverstöß. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Maßnahme vorliegen, ebenso wenig wie die rechtliche Beurteilung der Tat einer Verständigung im Strafprozess zugänglich (BGH NSStZ-RR 2005, 39; Urt. v. 28. 5. 1998 – 4 StR 17/98; Beschl. v. 6. 8. 1998 – 4 StR 268/98). Dabei spielt es keine Rolle, dass vorliegend die Anordnung der Maßregel nur nach § 66 II und III 1 StGB in Betracht kam und deshalb im Ermessen der StrK stand. Ein nach einem gerichtlichen Höchststrafangebot abgegebenes Geständnis wäre angesichts der weiteren Umstände nicht geeignet gewesen, die Ermessensausübung entscheidend zu beeinflussen.

Die in der Revisionsbegründung geäußerte Besorgnis, die 3 StrK könne im Anschluss an die behaupteten Äußerungen ihres Vorsitzenden in ihrer Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr frei gewesen sein, vermag entgegen der Auffassung des Bf. eine den Bestand des Urteils gefährdende Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht zu begründen. Insofern sind die Regeln der Strafprozessordnung über die Richterablehnung vorgreiflich. Der Angekl. hätte die behaupteten Verfahrensvorgänge berechtigterweise zum Anlass nehmen können, ein Ablehnungsgesuch anzubringen. Soweit die Revision in ihrer Erwiderung nach § 349 III StPO einwendet, Ablehnungsgesuche lägen bei im Zusammenhang mit Vorgesprächen geäußerten Strafvorstellungen des Tatgerichts nicht nahe, kann dies jedenfalls nicht für den Fall gelten, in dem wie hier vorgetragen beanstandete Äußerungen zur Herbeiführung einer Urteilsabsprache die Voraussetzungen des § 136 a I 3 StPO erfüllen.

Der Senat braucht den Sachverhalt nicht aufzuklären, da 4 der Bf. das behauptete Geschehen nicht zum Gegenstand eines Ablehnungsgesuchs gemacht hat.

c) Das LG hat in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen in Ansehung der Rückfallgeschwindigkeit, der sich 5 steigernden Intensität der Straftaten sowie der Vorbereitung der letzten Tat während des vorangegangenen Strafvollzugs und der Persönlichkeit des Angekl. bei diesem einen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten bejaht. Bei der Ermessensausübung hat es das Alter des Angekl. und die Dauer der von ihm zu verbüßenden Freiheitsentziehung berücksichtigt. Auf die sachlichrechtliche Überprüfung ist bei der Maßregelverordnung kein Rechtsfehler zutagegetreten.

Ku.

### 14. Verlesbarkeit von Protokollen über Atemalkoholmessung

StPO §§ 249 I, 250 S. 1

Protokolle über Atemalkoholtests können Gegenstand des Urkundenbeweises sein. (Ls d. Schriftltg.)

**BGH, Beschl. v. 20. 7. 2004 – 1 StR 145/04 (LG Kempten)**

Zum Sachverhalt: Die Revision des wegen Totschlages verurteilten Angekl. wurde als unbegründet verworfen.



tisch sei. Zur Begründung wurde ausgeführt, der ehemalige Mitangekl. habe gesehen, dass sich die benannten Zeugen auf dem Boden liegend in direkter Nähe und in Blickkontakt zu den beiden Tätern des Raubüberfalls befunden und einen von ihnen bei der Entnahme von Geld aus einer Kasse beobachtet hätten. Das LG hat den Antrag als Beweismittlungsantrag qualifiziert und die Erhebung des Beweises im Hinblick auf die Aufklärungspflicht als nicht erforderlich angesehen. Es handele sich um eine Behauptung aufs Geratewohl, weil auch 4 anderen – bereits vernommenen – Tatzeugen, die ebenfalls auf dem Boden gelegen und in einem Fall sogar Körperkontakt mit den Tätern gehabt hätten, keine sicheren Angaben zur Frage der fehlenden Personengleichheit möglich gewesen seien.

2. Die Einordnung als Beweismittlungsantrag durch das LG hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Antrag des Angekl. genügt vielmehr den Anforderungen, die an einen Beweis Antrag i. S. d. § 244 III StPO zu stellen sind. Er enthält das unbedingte Verlangen, dass zum Nachweis eines bestimmt behaupteten, konkreten Sachverhalts durch Gebrauch eines bestimmt bezeichneten Beweismittels Beweis erhoben wird (vgl. KK-Herdagen 5. Aufl., § 244 Rn 43 mwN zur st. Rspr.). Insbesondere weist der Antrag mit der Behauptung mangelnder Personenidentität eine hinreichend bestimmte – gegenwärtige – Beweistatsache auf. Es ist anerkannt, dass auch zeitlich nach dem Tatgeschehen liegende Beobachtungen im Gerichtssaal oder andernorts Gegenstand des Zeugenbeweises sein können, etwa wenn ein Zeuge sich darüber äußern soll, ob er eine ihm dort gegenübergestellte Person wieder erkennt (vgl. BGHSt 16, 204, 205; LR-Gollwitzer 25. Aufl., § 244 Rn 17; Alsborg/Nüse/Meyer Der Beweis Antrag im Strafprozess, 1983, S. 173). Dass der Ast. die Aussagen der Zeugen im Vorhinein regelmäßig nicht kennt, sondern deren Inhalt lediglich vermutet, ist unschädlich (vgl. BGHSt 21, 118, 121, 125; BGH StV 1993, 3).

Dem Erfordernis der Konnexität i. S. eines verbindenden Zusammenhangs zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung (vgl. Meyer-Gößner 48. Aufl., § 244 Rn 21) wird ebenfalls hinreichend Rechnung getragen. In der Antragsbegründung ist – unabhängig von der Frage der Richtigkeit – ein nachvollziehbarer Grund dafür angegeben worden, warum die bezeichneten Zeugen in der Lage sein sollen, Angaben zur Personenungleichheit zu machen, wobei offen bleiben kann, ob insoweit bereits ihre Anwesenheit am Tatort ausreichend gewesen wäre (vgl. BGHSt 43, 321, 329 f.) oder ob es der zusätzlichen Mitteilung bedürfte, dass die Zeugen eine besonders gute Beobachtungsposition innehatten. Weitergehende Anforderungen sind an das Merkmal der Konnexität unter den gegebenen Umständen jedenfalls nicht zu stellen. Bei unmittelbaren Tatzeugen liegt auf der Hand, warum diese überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können sollen (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 43, 44). Es bedarf nicht der Darlegung noch weiter ins Detail gehender Umstände, damit das Gericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache oder der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels sinnvoll prüfen kann (vgl. BGHSt 40, 3, 6; 43, 321, 330) ...

## 21. Zulässiger Inhalt einer Verfahrensabsprache

StPO §§ 261, 264, 265

Eine Zusicherung des Angeklagten, dass von ihm und seinem Verteidiger „sämtliche aus Sicht der Kammer zur beschleunigenden Beendigung der Hauptverhandlung erforderlichen prozessualen Erklärungen abgegeben werden“, kann nicht zulässiger Gegenstand einer Verfahrensabsprache sein. (Ls d. Schrifttg.)

BGH, Beschl. v. 18. 5. 2006 – 4 StR 153/06 (LG Halle)

Zum Sachverhalt: Die Revision des wegen versuchten Totschlags u. a. verurteilten Angekl. wurde als unbegründet verworfen.

Aus den Gründen: Ergänzend zur Antragsschrift des GBA vom 21. 4. 2006 bemerkt der Senat zu der Verfahrensrüge.

mit der die Revision im Hinblick darauf, dass das LG eine über die im Rahmen einer protokollierten Urteilsabsprache zugesagte Strafobergrenze hinausgehende Strafe verhängt hat, einen „Verstoß gegen § 265 StPO“ geltend macht:

Gegen den Inhalt der Absprache bestehen insoweit durchgreifende rechtliche Bedenken, als danach Teil der „Vorleistung“ auch sein sollte, dass „seitens des Angekl. und seiner Verteidigerin sämtliche aus Sicht der Kammer zur beschleunigenden Beendigung der Hauptverhandlung erforderlichen prozessualen Erklärungen abgegeben werden“. Dem Angekl. eine solche Unterwerfung abzuverlangen, die verbunden ist mit einem bereits im Voraus erklärten praktisch umfassenden Verzicht auf Verteidigungsrechte, ist schon mit der Subjektstellung des Angekl. im Strafverfahren, die auch bei Urteilsabsprachen zu wahren ist (BGHSt – GS 50, 40, 48), nicht zu vereinbaren und kann deshalb auch nicht zulässiger Gegenstand einer Verfahrensabsprache sein.

Dieser Mangel berührt indes weder die Zulässigkeit der getroffenen Absprache im Übrigen noch die Begründung, mit der die Kammer von der Zusage wieder abgerückt ist (vgl. BGH aaO, 50). Allerdings ist der zu der Abweichung von der Zusage förmlich erteilte Hinweis – wie die Revision zu Recht beanstandet – insoweit unvollständig, als die Kammer auch darauf abgestellt hat, dass die Beweisaufnahme Umstände ergeben habe, „die die mutmaßliche Tat des Angekl. erheblich gravierender erscheinen lassen könnten“, ohne darzutun, worin diese Umstände zu sehen sind. Das versteht sich auch nicht etwa von selbst, zumal die SchwurGer.-Kammer im Eröffnungsbeschluss noch einen Hinweis auf eine mögliche Strafbarkeit wegen versuchten Mordes erteilt hatte, sie den Angekl. aber – entsprechend der Anklage – insoweit „nur“ des versuchten Totschlags für schuldig befunden hat.

Auf diesem Mangel beruht das Urteil aber nicht. Denn – wie der GBA in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat – war die Bindungswirkung der Verfahrensabsprache für das Gericht schon deshalb entfallen, weil der Angekl. sich nur teilgeständig eingelassen hatte und deshalb eine weitergehende Beweisaufnahme erforderlich war.

Ku.

Anm. d. Schrifttg.: Vgl. auch Beulke/Swoboda JZ 2005, 67; Pfisterer DRiZ 2004, 178; Eschelbach/Landau NJW 1999, 321; Bodei Küpper Jura 1999, 351.

## 22. Verhinderung eines beisitzenden Richters an der Urteilsunterzeichnung

StPO § 275 II 2

Die Abordnung eines Richters an die Verwaltungsbehörde begründet keine rechtliche Verhinderung i. S. v. § 275 II 2 StPO. Für die Frage, ob er tatsächlich verhindert war, ist ausschlaggebend, ob ihm trotz organisatorischer Vorkehrungen wegen unaufschiebbarer vorrangiger Verwaltungsaufgaben die für die Unterzeichnung notwendige Zeit nicht zur Verfügung stand. (Ls d. Schrifttg.)

BGH, Beschl. v. 26. 4. 2006 – 5 StR 21/06 (LG Hamburg)

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Körperverletzung im Amt mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Der Angekl. hatte als Polizist einen flüchtigen Einbrecher erschossen. Seine Revision hatte mit der Verfahrensrüge aus § 338 Nr. 7 StPO Erfolg.

Aus den Gründen: Entgegen der Auffassung des SchwurGer.-Vorsitzenden, der die Verhinderung eines beisitzenden Richters an der Urteilsunterzeichnung gem. § 275 II 2 StPO vermerkt hat, begründete dessen Abordnung zur Justizbehörde keine rechtliche Verhinderung, da sein Status als Richter damit nicht verloren ging (vgl. BGH NJW 2003, 836; Meyer-Gößner 48. Aufl., § 275 Rn 23). Ein Fall etwa auch



– wie hier – zwar ausdrücklich weigert, das in seiner Anwesenheit aufgenommene Protokoll zu unterzeichnen, trotz dieser Weigerung aber kein Zweifel daran besteht, dass die Rechtsmittelerklärung seinem Willen entspricht, die Weigerung zur Unterschriftsleistung also ihren Grund nicht etwa darin findet, dass der Angeklagte sich von der Rechtsmittelbegründung überhaupt distanziert (vgl. BayObLG, a.a.O.; Hanack, in: LR-StPO, § 345 Rn 34). Erwaige Zweifel sind im Wege des Freibeweises zu klären (*Frisch*, a.a.O., § 314 Rn 13).

Mitgeteilt von *VRIOLG Joachim Schubart, Karlsruhe*

StPO § 354 Abs. 1a Satz 1

Zur Anwendbarkeit von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO bei einer Urteilsabsprache, die eine „Punktstrafe“ zum Gegenstand hatte (Ls).

BGH, Beschl. v. 2.8.2006 – 1 StR 293/06 (LG Stuttgart) (BGHSt)

I. ... Nach mehrtägiger Beweisaufnahme hatte das Gericht erstmals im Verfahren die Möglichkeit einer verfahrensbeendenden Absprache angesprochen. Bei einem danach außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräch lagen „die Vorstellungen über das mögliche Strafmaß ... zunächst erheblich auseinander“. Der „Vorschlag“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren kam seitens des Gerichts. In der Hauptverhandlung wurde der Inhalt dieses Gesprächs bekannt gegeben; ausweislich der Niederschrift der Hauptverhandlung bezeichnete das Gericht die genannte Strafe als „angemessen“, was unter Abwägung für und gegen den Angeklagten sprechender Umstände näher begründet wurde. Anschließend fand nur noch in sehr geringem Umfang Beweisaufnahme statt. Letztlich waren alle Verfahrensbeteiligten mit dem Vorschlag des Gerichts einverstanden. In seinen Schlussausführungen stellte der Verteidiger des Angeklagten keinen konkreten Antrag zur Strafhöhe.

Mit seiner auf den Strafausspruch beschränkten Revision macht der Angeklagte geltend, das Gericht habe sich bereits vor der Urteilsberatung auf eine exakte Strafhöhe („Punktstrafe“) festgelegt.

II. 2. Revision und Generalbundesanwältin legen zutreffend dar, dass nach der Rspr. des BGH hier § 261 StPO ebenso verletzt ist wie § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StGB. Das Gericht kann zwar bei verfahrensbeendenden Absprachen eine Strafobergrenze nennen, es darf sich aber nicht auf eine exakte Strafhöhe („Punktstrafe“) festlegen (BGHSt 50, 40, 51 <Großer Senat>; 43, 195, 206 f.; NSTZ 1999, 571, 572; ebenso KG NSTZ-RR 2004, 175, 178); in der Regel wird auch nicht völlig auszuschließen sein, dass der Strafausspruch auf einer solchen schon vor den Schlussvorträgen der Verfahrensbeteiligten (§ 258 StPO) und der nachfolgenden Urteilsberatung (§ 260 Abs. 1 StPO) vorgenommenen Selbstbindung des

Gerichts beruht (vgl. BGHSt 43, 195, 211). Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn, wie hier, der Absprache eine längere Beweisaufnahme voranging und, wie hier ebenfalls, ihr Ergebnis mit abwägenden Erwägungen näher begründet wurde. Schließlich ändert sich auch nicht dadurch etwas, dass hier die Strafzumessungserwägungen des Urteils, die im Kern der Begründung des gerichtlichen Vorschlags entsprechen; so auch die Revision „für sich allein gesehen ... wohl nicht beanstandet werden“ können (vgl. BGHSt 43, 195, 211; KG a.a.O.).

3. Gleichwohl hat der Strafausspruch Bestand (§ 349 Abs. 2 StPO), da der Senat, entsprechend dem Antrag der Generalbundesanwältin, die Strafe trotz des aufgezeigten Mangels für angemessen hält, § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO.

a) Die Revision macht demgegenüber geltend, hier stünden schon grundsätzliche Erwägungen einer Anwendbarkeit von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO entgegen.

(1) So meint sie, wenn der Tatrichter „das ihm obliegende abschließende Beurteilungsermessen nicht ausgeübt“ habe, sei „es grundsätzlich erforderlich, die Sache an ihn zur Nachholung der rechtlich gebotenen Entscheidung zurückzugeben“.

Einen derartigen Rechtsgrundsatz gibt es nicht. Der Anwendung von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO steht nicht entgegen, dass nicht festgestellt werden kann, dass der Tatrichter ohne den Fehler auf dieselbe Strafe erkannt hätte (vgl. BT-Drucks 15/3482 S. 21 f.; BGH NJW 2005, 913, 914; BGH, Beschl. v. 17.3.2006 – 1 StR 577/05 [= *StV* 2006, 522] m.w.N.). Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob hier die Strafkammer, hätte sie ihr „abschließendes Beurteilungsermessen“ ausgeübt, zu demselben oder zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Deshalb ist es auch nicht erforderlich, die Sache zur Nachholung dieses Ermessens an den Tatrichter zurückzuverweisen.

(2) In ihrer Erwiderung auf den Antrag der Generalbundesanwältin (§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO) führt die Revision aus, obwohl die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 50, 40) „Gegenstand intensivster rechtlicher Diskussion (war.) ... verhält sich die ... Strafkammer ... , als habe es den Beschluss des Großen Senats (und die vorangegangene Rspr. des BGH ... ) überhaupt nicht gegeben. Unter solchen Umständen verbietet sich die ‚alles verzeihende‘ Anwendung von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO.“

Der Senat kann dem nicht folgen.

Einen Rechtssatz, dass § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nicht anwendbar wäre, wenn der Tatrichter revisionsgerichtliche Rspr. außer Betracht gelassen hat, gibt es nicht. Daran ändert sich auch nicht dadurch etwas, dass diese Rspr. (ebenso wie ihre zu erwartende Übernahme in eine künftige gesetzliche Regelung, wie die Revision im Einzelnen dargelegt hat) in der Fachöffentlichkeit breit diskutiert wird.

Im Übrigen hat der BGH wiederholt und in unterschiedlichen Zusammenhängen ausgesprochen, dass das Revisionsgericht den Tatrichter nicht zu „sanktionieren“ (BGH StV 2004, 196)



oder zu „maßregeln“ (BGH NStZ-RR 2006, 112, 114 f.) hat. Dies gilt auch hier. Dementsprechend kann es für die Anwendbarkeit von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO auch nicht darauf ankommen, ob der dem Tatrichter bei der Rechtsfolgenbestimmung unterlaufene Rechtsfehler „verzeihlich“ erscheint oder nicht.

b) Auch sonst steht einer Entscheidung gem. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nichts entgegen. Die im Urteil mitgeteilten Strafzumessungsumstände sind nicht lückenhaft oder unklar und ermöglichen dem Revisionsgericht die Prüfung und Beantwortung der Frage, ob die Rechtsfolge angemessen ist (vgl. *Senge* in FS für Hans Dahs 2005, 475, 486). Ebenso wenig ist erkennbar, dass es hier im Einzelfall besonders auf den persönlichen Eindruck vom Angeklagten ankäme (vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2006 – 1 StR 577/05, BGH NJW 2005, 1813, 1814). Schließlich gibt es auch keine Anhaltspunkte für erst nach der Hauptverhandlung eingetretene und dementsprechend bisher nicht berücksichtigte Entwicklungen oder Ereignisse, die ein neuer Tatrichter nahe liegend feststellen und zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigen würde (vgl. BGH StV 2005, 426).

c) Unter Abwägung aller für die Strafzumessung bedeutender Urteilsfeststellungen und unter Berücksichtigung des gesamten hierauf bezogenen Vorbringens der Verfahrensbeteiligten hält der Senat aus den von der Generalbundesanwältin zutreffend im Einzelnen dargelegten Gründen sowohl die von der Strafkammer verhängten Einzelstrafen als auch die daraus von ihr gebildete Gesamtstrafe für angemessen.

#### StPO § 475

Akteneinsicht in Verfahren gegen (nur) materiell Mitbeschuldigte (Red).

BGH, Beschl. v. 23.8.2006 – 1 StR 327/06 (LG Augsburg)

2. Die Revision legt ein Konvolut von Internetausdrucken und Presseberichten vor, die sich, so ihr Vortrag, auf die Verfahren gegen Mitglieder der genannten Bande beziehen. Obwohl deren Taten wesentlich schwerer wiegen würden als die des Angeklagten, seien die meisten von ihnen sogar niedriger als der Angeklagte bestraft worden. Wegen dieser rechtswidrigen Ungleichbehandlung könne der Strafausspruch gegen den Angeklagten keinen Bestand haben. ...

3. c) Die Generalbundesanwältin hat in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit hingewiesen, eine auf die Behauptung der Verletzung der Gleichmäßigkeit des Strafens gestützte Verfahrensrüge zu erheben, wobei zumindest die anderweitig ergangenen Urteile und deren Gründe vorzutragen seien. Zum Beleg hat sie sich auf BGH wistra 2001, 57, 58 berufen, wo freilich zugleich hervorgehoben ist, dass „primär ... für jeden <Angeklagten> die Strafe aus der Sache selbst gefunden werden“ muss. Ob eine solche Verfahrensrüge überhaupt Erfolg haben könnte, und unter welchen jedenfalls

ungewöhnlichen Umständen des Einzelfalls dies gegebenenfalls (allenfalls ausnahmsweise) der Fall sein könnte, braucht der Senat aber nicht zu prüfen, da es hier selbst an dem Vortrag der Gründe der anderweitigen Urteile fehlt.

d) Auf den dementsprechend zutreffenden Hinweis der Generalbundesanwältin hat die Revision erwidert (§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO), damit werde ihr Unmögliches abverlangt. Die in Rede stehenden Bandenmitglieder seien keine Mittäter des Angeklagten i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB und auch nicht in demselben Verfahren wie der Angeklagte verfolgt und abgeurteilt worden. Deshalb könne sie aus Rechtsgründen die Akten jener Verfahren nicht einsehen.

Dies trifft nicht zu, wie sich aus § 475 StPO ergibt. Die Annahme eines berechtigten Interesses i.S.d. § 475 Abs. 1 Satz 1 StPO kann sich im Einzelfall auch aus Notwendigkeiten (der Vorbereitung) einer Strafverteidigung ergeben (vgl. *Hilger* in *Löwe/Rosenberg* StPO, 25. Aufl., § 475 Rn 5), zumal bei einem inneren Zusammenhang zwischen den in Rede stehenden Verfahren.

Die von der Revision zum Beleg ihrer Auffassung herangezogene Entscheidung OLG Hamm StV 1993, 299 ff. ergibt nichts anderes. Abgesehen davon, dass zum Zeitpunkt dieser Entscheidung §§ 474 ff. StPO noch nicht galten – das Achte Buch der StPO beruht auf einem Gesetz vom 2.8.2000 (BGBl I S. 1253) –, heißt es auch dort schon, es komme „auch für einen Nichtverfahrensbeteiligten die Möglichkeit einer Akteneinsicht in Betracht“ (OLG Hamm a.a.O., 301).

#### SGB X § 73

Die Befugnis zur Übermittlung von Sozialdaten zur Durchführung eines Strafverfahrens nach § 73 SGB X ist nicht auf die Übermittlung von Sozialdaten des Beschuldigten beschränkt (Ls).

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.10.2006 – 3 Ws 374/06

Die Staatsanwaltschaft ... erhob ... wegen des Vorwurfs der fahrlässigen Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in jeweils drei tateinheitlichen Fällen Anklage zum LG. Dem Angeschuldigten liegt zur Last, er habe als Bauherr und verantwortlicher Bauunternehmer bei der Errichtung des Rohbaus des Wohnhauses D-Straße in B. im Frühjahr 1967 pflichtwidrig dazu beigetragen, dass bei der Bodenplatte des an der Gebäuderückseite im ersten Obergeschoss erstellten Balkons die statisch erforderliche Zugbewehrung nicht eingebaut worden sei. Dieser Mangel habe in vorhersehbarer Weise dazu geführt, dass die Balkonplatte am 28.7.2005 abgebrochen sei, wodurch drei Menschen getötet und drei weitere z.T. erheblich verletzt worden seien.

Das ... LG hat im Zwischenverfahren ... die Übermittlung der bei der BfA ... gespeicherten Namen und derzeitigen Anschriften aller noch lebenden, im Januar und Februar 1967 bei der Firma GO Bauunternehmen beschäftigt gewesenen Ar-



## **Verfahrensabsprache/ Rechtsmittelverzicht**



1997 bestehende Zahlungsunfähigkeit nicht entgegen, da auf dem Betriebskonto der O & P-GmbH noch 18 000 DM verfügbar gewesen seien. Da P das Unternehmen über die „Drei-Wochen-Frist“ hinaus weiter betrieben habe, hätte er die bis spätestens 15. 11. 1997 fälligen Oktoberbeiträge an die vier unterschiedlichen Krankenkassen als jeweilige Einzugstellen überweisen müssen. Er hat sich daher insoweit in vier Fällen nach § 266 a I StGB schuldig gemacht<sup>7</sup>.

Den Freispruch hinsichtlich der weiteren Fälle der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen in den Monaten November 1997 und Dezember 1997 begründet der Senat letztlich damit, dass P, der als gelernter Bautischler hauptsächlich für den technischen Bereich des Unternehmens verantwortlich gewesen sei, davon ausgegangen sein könnte, dass die im Notartermin erfolgte Abberufung auch rechtlich seine Verantwortlichkeit erlöschen ließ. Das LG hatte angenommen, dass die Geschäftsanteilsveräußerung entsprechend § 241 Nr. 4 AktG nichtig und damit auch seine darauf gestützte Abberufung als Geschäftsführer unwirksam gewesen sei. Der Senat setzt sich damit im Einzelnen näher auseinander, wobei er auch eine einseitige Niederlegung der Geschäftsführerstellung in Betracht zieht, aber diese Fragen letztlich offen lässt. Da die Fortdauer der Pflichtenstellung als Geschäftsführer aber Tatbestandsmerkmal der Strafvorschrift des § 266 a I i. V. mit § 14 I Nr. 1 StGB sei, hätte sich P jedenfalls, wenn er seine Abberufung für wirksam gehalten hätte, nach § 16 I StGB in einem Tatbestandsirrtum befunden. Da das LG diese hier gebotene Prüfung unterlassen habe und der Senat ausschließen könne, dass ein neuer Tatrichter noch zureichende Feststellungen zu der nahezu sechs Jahre zurückliegenden Tat zu treffen vermöge, führe dieser Mangel hier zu dem Teilfreispruch.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Entscheidung präzisiert den Anwendungsbereich des § 266 a I StGB weiter und ist deshalb wichtig, weil mit dieser Eingrenzung das problematische Verhältnis zwischen § 266 a I StGB und § 64 II GmbHG geklärt wird<sup>8</sup>. Dies wirkt sich wegen der Bedeutung, die diesen Normen auch im zivilrechtlichen Haftungsbereich zukommt<sup>9</sup>, auch über den Bereich des Strafrechts hinaus aus. Aus dem gleichen Grund ist auch die Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Interessenlagen bei Zahlungen einerseits im Vorfeld einer Insolvenz und andererseits in der Insolvenz bemerkenswert. Allerdings ist zu beachten, dass die Äußerung zu dem letztgenannten Problemkreis nur ein obiter dictum<sup>10</sup> darstellt, da in dem hier zu entscheidenden Fall weder ein Insolvenzverfahren durchgeführt noch die Durchführung eines solchen irgendwann beantragt worden war.

Sigmund P. Martin

Zum Überblick: Goette, DSr 2003, 604; Köhler, in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. des Wirtschafts- und SteuerstrafR, 2. Aufl. (2004), 7. Kap., Rdnrn. 249 ff.

Zur Vertiefung: Ranft, „Vorenthalten“ von Arbeitnehmerbeiträgen, DSr 2001, 132; Groß, Die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, ZIP 2001, 945.

- 3 Dieses nicht ausdrücklich genannte Merkmal ergibt sich aus den für echte Unterlassungsdelikte aufgestellten Grundsätzen; vgl. Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. (2001), Vorb. §§ 13 ff. Rdnr. 141; BGH, NJW 1998, 1306.
- 4 Vgl. Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. (2001), § 64 Rdnr. 44.
- 5 BGHSt 47, 318 (321) = NJW 2002, 2418 = NSz 2002, 547.
- 6 BGHZ 149, 100 = NJW 2002, 512; BGH, NJW-RR 2003, 1633.
- 7 Vgl. zu den Konkurrenzen Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 a Rdnr. 28; Tröndle/Fischer, § 266 a Rdnr. 36.
- 8 S. zu diesem problematischen Verhältnis auch die Darstellung bei Köhler (o. Fußn. 2), Rdnr. 276.
- 9 Vgl. Groß, ZIP 2001, 945; Köhler (o. Fußn. 2), Rdnr. 250; Tröndle/Fischer, 266 a Rdnr. 2.
- 10 Vgl. Meyer-Göbner, StPO, 46. Aufl. (2003), § 121 GVG Rdnr. 11, zur Wirkung einer die frühere Entscheidung nicht tragenden Rechtsäußerung.

## 11. Strafprozessrecht

Rechtsmittelverzicht des Angeklagten nach Urteilsabsprache

StPO § 302; GVG § 132 III

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist unwirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise (BGHSt 43, 195 [204] = NJW 1998, 86 = NSz 1998, 31) ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist. Dies gilt auch für den Rechtsmittelverzicht, auf den das Gericht, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich hingewirkt hat. (Anfrage des 3. Strafsenats wegen entgegenstehender Rechtsprechung der anderen Strafsenate.)

BGH, Beschl. v. 24. 7. 2003 – 3 StR 368/02 u. 3 StR 415/02, NJW 2003, 3426 = NSz 2003, 677

### Zum Sachverhalt

Der Senat hat zwei Revisionsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Im ersten Fall ging es um ein Strafverfahren gegen den Angekl. A wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Nach Aufruf der Sache, Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie einer einstündigen Unterbrechung der Sitzung hatte die Strafkammer des LG erklärt, dass sie „eine Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren und neun Monaten bei Rechtsmittelverzicht“ zusichere. Daraufhin erklärten sowohl die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft als auch A und sein Verteidiger, sie stimmten einer „solchen Absprache“ bzw. einer „solchen Zusage der Kammer“ zu. Nach Verlesung des Anklagesatzes und Belehrung des A über seine Aussagefreiheit erklärte dieser, aussagen zu wollen. Daraufhin gab der Verteidiger für A eine Erklärung ab, in der „die Anklagevorwürfe als richtig zugestanden“ wurden. A wurde wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Unmittelbar danach verzichteten A, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft auf Rechtsmittel.

In dem Verfahren gegen die Angekl. B wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln u. a. schlug die Strafkammer am ersten Verhandlungstag eine Verfahrenserledigung in der Form vor, dass sie für den Fall eines Geständnisses der B eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten als Strafobergrenze in Aussicht stellte. Dabei brachte sie zum Ausdruck, dass ein „Rechtsmittelverzicht wünschenswert“ sei. B und der Verteidiger stimmten der vom Gericht vorgeschlagenen Verfahrenserledigung zu. Anschließend erklärte der Verteidiger, die Anklagevorwürfe seien zutreffend, und die B bestätigte dies. Am nächsten Verhandlungstag wurde das Urteil verkündet. Im Anschluss daran erklärte der Verteidiger: „Wir verzichten auf Rechtsmittel“. Auf Nachfrage des Gerichts bekundete B nach kurzer Unterredung mit ihrem Verteidiger: „Ich verzichte auf Rechtsmittel gegen das soeben verkündete Urteil“. B wurde daraufhin wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt.

1 BGHZ 75, 96 (110 f.) = NJW 1979, 1823.

2 Der früher intensiv geführte Streit, ob der Unrechtsbestand auch dann erfüllt sein kann, wenn keine Lohnzahlung erfolgt, ist seit einer Gesetzesänderung von 2002 obsolet, was insbesondere bei älterer Lit. zu beachten ist; vgl. Köhler, in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. d. Wirtschafts- und SteuerstrafR, 2. Aufl. (2004), 7. Kap., Rdnrn. 26+ff.; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. (2003), § 266 a Rdnrn. 13 f.



### Einführung in die Probleme

Die Frage nach den Grenzen der Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess und die Frage, inwieweit ein Rechtsmittelverzicht unwirksam sein kann, sind hier zu einem Problemfeld verknüpft, werfen aber schon jeweils für sich interessante strafprozessuale Fragen auf. Das Grundproblem bei der Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts besteht darin, dass der Rechtsmittelverzicht eine grundsätzlich bedingungsfeindliche und unwiderrufliche Prozesshandlung darstellt<sup>1</sup>. Für den Verzicht gilt dieselbe Formvorschrift wie für die Einlegung des Rechtsmittels, d. h. er muss schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erfolgen. Da nach § 302 I StPO der Rechtsmittelverzicht schon vor Ablauf der Rechtsmitteleinlegungsfrist erfolgen kann, ist die Form insbesondere gewahrt, wenn er – wie hier und wie zumeist – direkt nach der Urteilsverkündung als mündliche Erklärung im Hauptverhandlungsprotokoll niedergelegt wird. Wird der Rechtsmittelverzicht von allen Anfechtungsberechtigten erklärt, wird das Urteil rechtskräftig und vollstreckbar. Diese Bedeutung des Rechtsmittelverzichts und das Erfordernis der Sicherstellung eines geordneten Verfahrens rechtfertigt nach allgemeiner Auffassung die weitgehende Bestandswirkung des Rechtsmittelverzichts<sup>2</sup>. Allerdings lässt die Rechtsprechung auf Grund des Gebotes der Gerechtigkeit Ausnahmen von der unbedingten Gültigkeit der Rechtsmittelverzichtserklärungen zu<sup>3</sup>. Ob ein vor Urteilsverkündung im Rahmen einer Absprache verabreiteter Rechtsmittelverzicht generell eine solche Ausnahme begründet, ist allerdings bisher unter den einzelnen *Strafsenaten* des BGH umstritten<sup>4</sup>. Dieser Streit ist zudem dadurch belastet, dass die Diskussion über die Zulässigkeit von Absprachen von Anfang an von zwei radikalen Grundströmungen geprägt war: Den einen erscheinen die Absprachen als ein ganz natürliches und begrüßenswertes Phänomen, während die anderen der Absprachenpraxis mit tiefstem Misstrauen entgegneten<sup>5</sup>.

### Prüfungsaufbau<sup>6</sup>

- I. Zulässigkeit
  1. Statthaftigkeit
  2. Rechtsmittelberechtigung
  3. Revisionseinlegung und Revisionseinlegungsfrist
  4. Revisionsanträge
  5. Revisionsbegründung und Revisionsbegründungsfrist
- II. Begründetheit der Revision
  1. Prozessvoraussetzungen
  2. hier: Verfahrensrüge
  3. Sachrüge

### Darstellung und Analyse

Der *Senat* „outet“ sich eingangs seiner Urteilsbegründung als genereller Skeptiker der Absprachenpraxis, indem er zunächst auf die allgemeine Problematik von Absprachen im Strafprozess eingeht und dabei behauptet, dass sich seit zwei Jahrzehnten im deutschen Strafverfahren eine Praxis entwickelt habe, „die besorgen lässt, dass die Grundprinzipien des Strafprozessrechts, nämlich die Erforschung der materiellen Wahrheit und die Verhängung einer schuldangemessenen Sanktion durch den gesetzlichen Richter in öffentlicher Hauptverhandlung, gefährdet sind“.

Der *Senat* spricht sodann die Mindestanforderungen an die Zulässigkeit von Absprachen an, die der 4. *Strafsenat* 1997 in einer allgemein als Grundsatzurteil angesehenen Entscheidung aufgestellt hatte<sup>7</sup>. Nach diesen Verfahrensregeln sei es dem Gericht insbesondere untersagt, sich für das Inaussichtstellen einer mildereren Strafe von dem Angekl. versprechen zu lassen, dieser werde auf Rechtsmittel verzichten, oder daran mitzuwirken, dass der Angekl. und die Staatsanwaltschaft

ihre Zustimmung zu der Absprache von einem wechselseitigen Verzicht auf Rechtsmittel abhängig machen. Diese Rechtsauffassung, dass die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts in einer Urteilsabsprache nicht zulässig sei, habe der 4. *Strafsenat* mehrfach ausgesprochen, und sie werde erkennbar von den anderen *Senaten* geteilt<sup>8</sup>. Der *Senat* begründet diese Auffassung näher damit, dass ein Rechtsmittelverzicht, der schon vor dem Erlass einer Entscheidung erklärt werde, nach einhelliger Ansicht unzulässig sei<sup>9</sup>. Das Versprechen eines zukünftigen Rechtsmittelverzichts komme, auch wenn es den Versprechenden rechtlich nicht binde, wegen der von ihm – aus vielfältigen Gründen – ausgehenden faktischen Bindung einem unzulässig vorab erklärten Verzicht in seinen Wirkungen so nahe, dass es sich ebenfalls als verfahrenswidrig darstelle. Gegen eine Aufgabe des Verbots sprächen zudem die naheliegenden Konsequenzen:

„Es liegt auf der Hand, dass schon das Wissen, die zu treffende Entscheidung werde nicht überprüft werden, weil ein Rechtsmittel nicht zu erwarten sei, einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Urteilsfindung hat (vgl. *Volk*, in: Festschr. f. Salger, S. 411). Sorgfalt bei der Sachverhaltsermittlung und der Subsumtion lassen nahezu zwangsläufig nach. Vor diesem Hintergrund gerät die ohnehin nicht unproblematische Praxis der Urteilsabsprache weiter ins Zwielicht, wenn sich das Gericht durch das Verlangen eines Rechtsmittelverzichts in eine Situation bringt, in der es in Gefahr gerät, sich das Verfahren und die Urteilsbegründung leicht zu machen (vgl. *Rieß*, NSz 2000, 96 [99] [Anm. zu BGHSr 45, 227 = NJW 2000, 526])“.

Ein schützenswertes Interesse, das die Abrede eines Rechtsmittelverzichts als zulässig legitimieren könnte, sei schließlich nicht ersichtlich:

„Das gilt zunächst mit Blick auf die Interessen des Angekl. ... Die zu seinen Ungunsten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft muss der Angekl. nur fürchten, wenn durchgreifende Rechtsfehler zu seinen Gunsten geschehen sind, insbesondere wenn die in Aussicht gestellte und verhängte Strafe so milde ist, dass sie ihre Aufgabe, gerechter Schuld ausgleich zu sein, nicht mehr erfüllen kann. Angesichts der weitgehenden Beschränkung, die das Verfahrensrecht dem Revisionsgericht bei der Überprüfung der tatrichterlichen Strafzumessung auferlegt, kann eine Revision – in den in Frage stehenden Fallgestaltungen – vor allem dann Erfolg haben, wenn der Tatrichter eine unverträglich milde Strafe verhängt hat. Gerade dies darf aber nicht das Ergebnis einer Urteilsabsprache sein (BGHSr 43, 195 [208] = NJW 1998, 86 = NSz 1998, 31). Dementsprechend kann ein etwa daraus resultierendes Interesse des Angekl. an der Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts nicht als schützenswert anerkannt werden. Soweit die Staatsanwaltschaft mit der Verzichtsabrede verhindern will, dass der Angekl. (kurz vor Fristablauf und so spät, dass sie ihrerseits das Urteil nicht mehr anfechten kann) Rechtsmittel einlegt und auf diese Weise erreicht, dass das Urteil ausschließlich zu seinen Gunsten überprüft werden kann, sind schutzwürdige Belange letztlich ebenfalls nicht ersichtlich“.

Aus diesem Verbot, einen Rechtsmittelverzicht zum Bestandteil der dem Urteil vorausgehenden Absprache zu machen, folgt nach Auffassung des *Senats* zwangsläufig die generelle Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts nach einer Absprache im Strafprozess:

„Das Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts ist – wie dargelegt – unter dem geltenden Strafverfahrensrecht eine unabwiesbare Bedingung für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verständigung im Strafverfahren. Ein Verstoß dagegen darf daher nicht sanktionslos bleiben (BGHSr 45, 227 = NJW 2000, 526 = NSz 2000, 96). Die einzig denkbare Sanktion ist aber die Annahme der Unwirksamkeit des abredgemäß erklärten Verzichts. Nur die Bewertung der Verzichts-erklärung als unwirksam kann sicherstellen, dass die Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte, die – über ihre Bedeutung für den Einzelfall hinaus – allein dadurch, dass sie generell möglich ist, die Einhaltung der Verfahrensregeln gewährleistet, auch in Strafverfahren, in denen das Urteil auf Grund einer Verständigung ergeht, in dem notwendigen Maß erhalten bleibt. Nur solange diese Kontrolle nicht gänzlich ausgeschlossen wird, kann der Gefahr von Aus-



wachsen entgegengewirkt werden, die der Akzeptanz der Justiz und speziell dem Vertrauen der Allgemeinheit in die den Prinzipien von Gleichheit vor dem Gesetz und Gerechtigkeit in besonderer Weise verpflichtete Strafrechtspflege abträglich wären... Hinzu kommt, dass das Gericht, das sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lässt, damit in unzulässiger Weise auf die freie Willensentscheidung des Angekl. über die Annahme oder Anfechtung des Urteils einwirkt und sich auch im Einzelfall – zumal wenn das Urteil später angefochten wird – kaum einmal verlässlich feststellen lassen wird, dass die Erklärung des Rechtsmittelverzichts nach dem Urteil unbeeinflusst von diesem Versprechen abgegeben wurde“.

Im Hinblick auf die zweite Sachverhaltsgestaltung, bei der das Gericht gegenüber B zum Ausdruck gebracht hatte, es erachte einen Rechtsmittelverzicht für wünschenswert, ist der Senat der Auffassung, dass es einem Gericht auch nicht erlaubt sein dürfe, auf einen Rechtsmittelverzicht des Angekl. lediglich hinzuwirken. Mit Blick auf die Beeinträchtigung der Willens- und Entschließungsfreiheit des Angekl. sowie ihres Ausmaßes bestehe kein grundsätzlicher Unterschied, ob das Gericht das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts ausdrücklich zum unzulässigen Gegenstand einer Urteilsabsprache mache oder ob es im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache in anderer Weise auf die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts hinwirke:

„Auch wenn das Gericht ... nur zum Ausdruck bringt, es halte einen Rechtsmittelverzicht für wünschenswert, ist zu befürchten, dass beim Angekl. und namentlich bei dem an das Verhandlungsklima und das wechselseitige Vertrauen in zukünftigen Strafverfahren vor demselben Gericht denkenden Verteidiger der Eindruck entstehen kann, das Gericht mache das Versprechen des Rechtsmittelverzichts – wenn auch nicht ausdrücklich – zum Inhalt der Urteilsabsprache und verbinde die Zusage der in Aussicht gestellten Strafobergrenze mit der Erwartung der Verzichtserklärung nach der Urteilsverkündung... Würde nur die ausdrückliche Abrede eines Rechtsmittelverzichts als unzulässig angesehen, bestünde zudem die nahe liegende Gefahr des Ausweichens auf andere, nur in der Form unverbindlich scheinende Erklärungen. Die allem Anschein nach weit verbreitete Praxis, im Rahmen einer Verständigung – unzulässigerweise – auch den wechselseitigen Rechtsmittelverzicht zu verabreden, diese Abrede aber anders als den sonstigen Inhalt der Verständigung nicht offen zu legen und insbesondere nicht in das Protokoll aufzunehmen, ist hinreichender Beleg für diese Befürchtung“.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die eingangs angesprochene Problematik der starken Polarisierung bei der Diskussion über die Zulässigkeit von Absprachen dauert an, wie sowohl in der Argumentation des vorlegenden Senates als auch in ersten Reaktionen auf den Vorlagebeschluss deutlich wird. Während der Senat die Absprachepraxis offensichtlich als besonders abschreckend empfindet, wird andererseits argumentiert, dass es eigentlich zum Wesen der konsensualen Verfahrensbeendigung gehöre, dass im Zeitpunkt der Einigung alle Beteiligten mit dem erzielten Ergebnis einverstanden sind und dass es für alle, die häufiger mit der Strafjustiz zu tun hätten, eine Selbstverständlichkeit sei, dass für das Tatgericht ein Rechtsmittelverzicht wünschenswert sei<sup>10</sup>. Bei diesen vorrangig auf die Absprachepraxis abstellenden Argumentationen gerät die eigentliche Sachfrage etwas in den Hintergrund. Wie bei allen Ausnahmen von der Grundregel, dass der Rechtsmittelverzicht als Prozesshandlung grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist, stellt sich die Frage, ob in rechtlich unzulässiger Weise auf die freie Willensbildung des Angeklagten vor dessen Rechtsmittelverzicht eingewirkt wurde. Die Kriterien für eine solche Abgrenzung sind zwar umstritten<sup>11</sup>, doch ist ihnen zumeist gemein, dass sie auf generelle Kriterien bei der Beeinflussung der Willensfreiheit abstellen, während es methodisch fragwürdig ist, für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts auf die zu Grunde liegende Absprache zurückzugreifen<sup>12</sup>, weil die gesetzlich nicht normierten Zulässigkeits-

voraussetzungen für Absprachen zumeist gerade nicht auf generelle Kriterien abstellen, sondern von der subjektiv geprägten Beurteilung der Absprachenpraxis abhängen. Der Vorlagebeschluss wird daher weiter kontrovers diskutiert werden.

Sigmund P. Martin

Zur Vertiefung: *Schroeder/Meindl*, StrafProzR, 3. Aufl. (1998), Fall 11; *Müller-Christmann*, Aktuelles StrafProzR, JuS 2002, 63 (66).

- 1 S. z.B. *BGH*, NJW 1999, 2449; *Meyer-Gößner*, StPO, 46. Aufl. (2003), § 302 Rdnr. 21.
- 2 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NScZ 1982, 521; *Schroeder/Meindl*, StrafProzR, 3. Aufl. (1998), S. 163.
- 3 S. näher *Müller-Christmann*, JuS 2002, 63 (66); *Schroeder/Meindl* (o. Fußn. 2), S. 163 ff.; *Meyer-Gößner*, § 302 Rdnrn. 22 ff.
- 4 Vgl. dazu insbes. *BGH*, NScZ 1997, 611; NScZ-RR 2001, 334; NScZ 2000, 386; NScZ-RR 2002, 114.
- 5 Charakteristisch für die Grundpositionen sind zum einen die Charakterisierung der Absprachen als „Handel mit der Gerechtigkeit“ oder „Deal“ und zum anderen ihre Bewertung als „elementares Bedürfnis der Praxis“; s. näher die zusammenfassenden Darstellungen bei *Cramer*, in: Festschr. f. Rebmann, 1989, S. 145 ff., und *Wolflast*, NScZ 1990, 409.
- 6 Im Folgenden wird generell ein Muster für den Prüfungsaufbau bei der Revision vorgeschlagen. Nach dem gegebenen Sachverhalt kann hier aber nur die Frage der Verfahrensrüge näher geprüft werden. S. näher zum Aufbau des Revisionsgutachtens z. B. *Jahn*, JuS 2000, 383; *Schmidt-Hieber*, JuS 1988, 794.
- 7 *BGHSt* 43, 195 = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31 = JuS 1998, 373 Nr. 13; s. generell zur Praxis der Absprachen und ihrer Problematik z. B. *Meyer-Gößner*, Einl. Rdnrn. 119a ff.; *Beulke*, StrafProzR, 5. Aufl. (2001), Rdnrn. 394 ff.
- 8 Unter Hinweis auf *BGHSt* 45, 227 = NJW 2000, 526 = NScZ 2000, 96, und *BGH*, StV 2000, 542; NScZ-RR 2002, 114; StV 2001, 354; NScZ-RR 2001, 334; *BGHSt* 47, 238 = NJW 2002, 1436 = NScZ 2002, 379; *BGH*, NJW 2002, 1436 = NScZ 2002, 219; NScZ 2002, 496.
- 9 Vgl. z. B. *BGH*, StV 2000, 542; *Meyer-Gößner*, § 302 Rdnr. 14.
- 10 *Moshacher*, NScZ 2004, 52 (52 f.).
- 11 Vgl. oben die Nachw. bei Fußn. 3.
- 12 S. *Grunst*, NScZ 2004, 54.

## 12. Sozialrecht

Amtshaftung des Rentenversicherungsträgers für vorzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben auf Grund unrichtiger Rentenauskunft

BGB § 839 I; SGB VI § 39 i. d. F. v. 15. 12. 1995, § 109 IV 2 i. d. F. v. 23. 7. 1996

Die Haftung des Rentenversicherungsträgers für eine unrichtige Rentenauskunft nach § 109 SGB VI, die den Versicherten bewogen hat, Rentenantrag zu stellen und vorzeitig aus dem Erwerbsleben auszuschcheiden, ist auf die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten und der fälschlicherweise errechneten Rente beschränkt. (Leitsatz des Bearbeiters)

*BGH*, Urt. v. 10. 7. 2003 – III ZR 155/02, NJW 2003, 3049

### Zum Sachverhalt

Der bekl. Rentenversicherungsträger erteilte der Kl. im Februar und April 1999 Rentenauskünfte. Aus diesen ergaben sich unter anderem die Auswirkungen des Versorgungsausgleichs auf Grund des Ehescheidungsurteils aus dem Jahr 1981. Danach sollten der Kl. Rentenanwartschaften von 249,31 DM zugeschrieben werden. Die Bekl. hatte bei der Berechnung allerdings den Ausgleichsbetrag doppelt berücksichtigt, so dass die Auskünfte 9.1026 Entgeltpunkte (das entspricht zum 1. 7. 2003 einem Rentenbetrag von 257,85 EUR) mehr aufwiesen, als der Kl. tatsächlich zustanden. Nach den Feststellungen des BerGer. entschloss sich die Kl. auf Grund der erteilten Auskünfte, ihre berufliche Tätigkeit aufzugeben und nach der Vollendung ihres 60. Lebensjahres im Mai 1999 ab dem 1. 10. 1999 die Altersrente für Frauen in Anspruch zu nehmen. Nun begehrt die Kl. Amtshaftung auf Ersatz von Vermögensnachteilen, die



handlung über die Entlassung einer Zeugin, denn auch sie wird nicht durch einen auf § 247 S. 1 oder S. 2 StPO gestützten Ausschließungsbeschluss gedeckt (s. nur *Meyer-Gößner* 46. Aufl., § 247 Rn 10, 11 mwN). Der *Senat* konnte parallel zu den Auswirkungen der Abwesenheit während der Verteidigung argumentieren. Denn auch eine Verhandlung über die Entlassung fand nochmals in Anwesenheit des Angekl. statt, sodass auch dieser Fehler geheilt war. Zwingend war das Eingehen auf den Heilungsaspekt an dieser Stelle nicht, denn in der Rechtsprechung aller *Strafsenate* ist anerkannt, dass es – wie auch im Urteil angeführt wird – bereits an einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung i. S. des § 338 Nr. 5 StPO fehlt, wenn der Angekl. – wie hier aus dem Protokoll hervorgeht – nach der Unterrichtung gemäß § 247 S. 4 StPO sein Fragerecht nicht ausübt. Der Verfahrensablauf gab dem *Senat* deshalb bedauerlicherweise keinen Anlass, zu der von den *Strafsenaten* uneinheitlich beantworteten Frage, ob die Entlassung eines Zeugen generell nicht als wesentlicher Hauptverhandlungsteil anzusehen ist (so *BGH NSStZ* 2000, 328, 329; *StraFo* 2001, 128) oder ob dies nur der Fall ist, wenn der wieder zugelassene Angekl. auf Fragen an den Zeugen verzichtet (so *BGHR StPO* § 338 Nr. 5 Angekl. 23 und *BGH NSStZ* 2000, 440), Stellung zu nehmen.

Richter am LG Stefan Maier, Ravensburg

### 17. Rechtsmittelverzicht des Angeklagten nach Urteilsabsprache

StPO § 302; GVG § 132 III

Der *Senat* beabsichtigt zu entscheiden: Die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist unwirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise (*BGHSt* 43, 195, 204 = *NJW* 1998, 86 = *NSStZ* 1998, 31) ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist. Dies gilt auch für den Rechtsmittelverzicht, auf den das Gericht, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich hingewirkt hat. (Anfrage des 3. Strafsenats wegen entgegenstehender Rechtsprechung der anderen Strafsenate). (Ls d. Schriftltg.)

*BGH, Beschl. v. 24. 7. 2003 – 3 StR 368/02 u. 3 StR 415/02*

Ein Rechtsmittelverzicht, der im Anschluss an ein darauf gerichtetes Versprechen in einer Urteilsabsprache erklärt wird, ist unwirksam. 1

Die Folge der Unwirksamkeit ist die einzige Möglichkeit, unzulässige Verzichtvereinbarungen zu sanktionieren; sie ist auch deshalb geboten, weil der Verzicht Folge einer unzulässigen Einflussnahme auf den Willen des Angeklagten ist. 2-4

Unwirksam ist auch ein Rechtsmittelverzicht, der einer bei einer Absprache zum Ausdruck gebrachten Erwartung des Gerichts entspricht, weil auch insoweit unzulässige Einflussnahmen zu besorgen sind. 5, 6

Zum Sachverhalt: Dem *Senat* liegen 2 Revisionsverfahren vor, in denen vorab jeweils über die Frage zu entscheiden ist, ob dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit zukommt. Der *Senat* hat die beiden Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

(1) Der Strafsache gegen J liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Nach Aufruf der Sache, Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie einer einstündigen Unterbrechung der Sitzung „sicherte die *Kammer* eine Freiheitsstrafe von höchstens 4 Jahren 9 Monaten bei Rechtsmittelverzicht zu“. Daraufhin erklärten sowohl die Sitzungsvertreterin der StA als auch der Angekl. und sein Verteidiger, sie stimmten einer „solchen Absprache“ bzw. einer „solchen Zusage der *Kammer*“ zu. Nach Verlesung des Anklagesatzes und Belehrung des Angekl. über seine Aussagefreiheit erklärte dieser aussagen zu wollen. Daraufhin gab der Verteidiger für den Angekl. eine Erklärung ab, in der

„die Anklagevorwürfe als richtig zugestanden“ wurden. Der Verteidiger erklärte für den Angekl. weiterhin das Einverständnis zur „außergerichtlichen Einziehung“ von sichergestellten Betäubungsmitteln und Geldbeträgen. Nach im Wesentlichen übereinstimmenden Schlussanträgen von StA und Verteidigung und dem letzten Wort des Angekl. verkündete die *StRK* das Urteil und einen Haftfortdauerbeschluss. Unmittelbar danach verzichteten der Angekl., sein Verteidiger und die StA auf Rechtsmittel.

(2) In dem Verfahren gegen H trägt die Revision u.a. folgendes Geschehen vor:

Am 1. Verhandlungstag schlug die *StRK* eine Verfahrenserledigung in der Form vor, dass sie für den Fall eines Geständnisses der Angeklagten eine Gesamtfreiheitsstrafe von 8 Jahren und 6 Monaten als Strafobergrenze in Aussicht stellte. Dabei brachte sie zum Ausdruck, dass ein „Rechtsmittelverzicht wünschenswert“ sei. Die Angeklagte und der Verteidiger stimmten der vom Gericht vorgeschlagenen Verfahrenserledigung zu. Anschließend erklärte der Verteidiger, die Anklagevorwürfe seien zutreffend, und die Angeklagte bestätigte dies. Am nächsten Verhandlungstag wurde das Urteil verkündet. Im Anschluss daran erklärte der Verteidiger: „Wir verzichten auf Rechtsmittel.“ Auf Nachfrage des Gerichts bekundete die Angeklagte nach kurzer Unterredung mit ihrem Verteidiger: „Ich verzichte auf Rechtsmittel gegen das soeben verkündete Urteil.“

Der *Senat* beabsichtigt wie aus dem Ls ersichtlich zu entscheiden. Er fragt bei den anderen *Senaten* an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Aus den Gründen: 3. Nach Auffassung des *Senats* ist ein Rechtsmittelverzicht, der im Anschluss an ein Versprechen in einer Urteilsabsprache erklärt wird, unwirksam. 1

Die Unwirksamkeit der Erklärung ist eine zwangsläufige Folge des vorangegangenen Verstoßes gegen das Verbot, einen Rechtsmittelverzicht zum Bestandteil der dem Urteil vorausgehenden Absprache zu machen (so schon *BGHSt* 45, 227 = *NJW* 2000, 526 = *NSStZ* 2000, 96, allerdings nur beim Vorliegen weiterer besonderer Umstände). Das Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts ist – wie dargelegt – unter dem geltenden Strafverfahrensrecht eine unabwiesbare Bedingung für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verständigung im Strafverfahren. Ein Verstoß dagegen darf daher nicht sanktionslos bleiben (*BGHSt* 44, 227 = *NJW* 2000, 526 = *NSStZ* 2000, 96). Die einzig denkbare Sanktion ist aber die Annahme der Unwirksamkeit des abredgemäß erklärten Verzichts. 2

Nur die Bewertung der Verzichtserklärung als unwirksam kann sicherstellen, dass die Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte, die – über ihre Bedeutung für den Einzelfall hinaus – allein dadurch, dass sie generell möglich ist, die Einhaltung der Verfahrensregeln gewährleistet, auch in Strafverfahren, in denen das Urteil auf Grund einer Verständigung ergeht, in dem notwendigen Maß erhalten bleibt. Nur solange diese Kontrolle nicht gänzlich ausgeschlossen wird, kann der Gefahr von Auswüchsen entgegengewirkt werden, die der Akzeptanz der Justiz und speziell dem Vertrauen der Allgemeinheit in die den Prinzipien von Gleichheit vor dem Gesetz und Gerechtigkeit in besonderer Weise verpflichtete Strafrechtspflege abträglich wären. Es ist zwar richtig, dass die Beteiligten die Rechtsmittelkontrolle dadurch ausschließen können, dass sie kein Rechtsmittel einlegen oder – unbedenklich, soweit keine Absprache vorausgegangen ist – auf Rechtsmittel verzichten. Vereinbaren sie aber schon in einer Verständigung zum Verfahrensausgang, dass das Urteil der Kontrolle entzogen bleiben soll, so darf das Recht nicht auch noch dadurch der Umsetzung dieser Vereinbarung zum Erfolg verhelfen, dass es die Verzichtserklärung als wirksam akzeptiert. 3

Hinzu kommt, dass das Gericht, das sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen lässt, damit in unzulässiger Weise auf die freie Willensentscheidung des Angekl. über die Annahme oder Anfechtung des Urteils einwirkt und sich auch im Einzelfall – zumal wenn das Urteil später angefochten wird – kaum einmal verlässlich feststellen lassen wird, dass die Erklärung des Rechtsmittelverzichts nach dem Urteil unbeeinflusst von diesem Versprechen abgegeben wurde. Vielmehr besteht generell die Gefahr, dass auf eine (regelmäßig unmittelbar nach der Urteilsverkündung abgegebene) Ver-



zichtserklärung die Erwartungshaltung des Gerichts und die Beratung durch den Verteidiger – zumal dem Pflichtverteidiger, der in Zukunft auch in anderen Strafverfahren mit dem Gericht Urteilsabsprachen treffen will – den entscheidenden Einfluss haben. Eine Rechtsmittelverzichtserklärung ist aber – nach Auffassung aller *Strafsenate* des BGH – unwirksam, wenn der Erklärende dabei in seinem Willen beeinträchtigt war. Dabei ist ohne Belang, ob die Willensbeeinträchtigung in der Person des Erklärenden angelegt ist oder ihre Ursache in dem Einfluss Dritter auf den Erklärenden findet. Dementsprechend hat der *Senat* etwa bereits entschieden, dass der Rechtsmittelverzicht des Angekl. unwirksam ist, wenn ihm eine vom Vorsitzenden unzuständigerweise abgegebene und alsbald nach der Urteilsverkündung nicht eingehaltene Zusage zu Grunde liegt (BGHR StPO § 302 I 1 Rechtsmittelverzicht 14) ...

- 5 Nach Auffassung des *Senats* ist es nicht nur unzulässig, das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts zum Bestandteil einer Absprache über das Urteil zu machen. In einem Strafverfahren, das durch eine Urteilsabsprache beendet werden soll, ist es dem Gericht darüber hinaus auch nicht erlaubt, auf einen Rechtsmittelverzicht des Angekl. hinzuwirken, dies auch nicht in der Weise, dass es zum Ausdruck bringt, es erwarte einen Rechtsmittelverzicht oder erachte ihn für wünschenswert. Auch den Rechtsmittelverzicht, der nicht ausdrücklich vereinbart wurde, aber einer vorab zum Ausdruck gebrachten Erwartung des Gerichts entspricht, hält der *Senat* für unwirksam.
- 6 a) Was die Frage der Zulässigkeit einer solchen Einflussnahme anbelangt, besteht – mit Blick auf die Beeinträchtigung der Willens- und Entschließungsfreiheit des Angekl. sowie ihres Ausmaßes – kein grundsätzlicher Unterschied, ob das Gericht das Versprechen eines Rechtsmittelverzichts ausdrücklich zum unzulässigen Gegenstand einer Urteilsabsprache macht (so im Fall des Angekl. J) oder ob es im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache in anderer Weise auf die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts hinwirkt. Auch wenn das Gericht (wie im Fall der Angeklagten H) nur zum Ausdruck bringt, es halte einen Rechtsmittelverzicht für wünschenswert, ist zu befürchten, dass beim Angekl. und namentlich bei dem an das Verhandlungsklima und das wechselseitige Vertrauen in zukünftigen Strafverfahren vor demselben Gericht denkenden Verteidiger der Eindruck entstehen kann, das Gericht mache das Versprechen des Rechtsmittelverzichts – wenn auch nicht ausdrücklich – zum Inhalt der Urteilsabsprache und verbinde die Zusage der in Aussicht gestellten Strafobergrenze mit der Erwartung der Verzichtserklärung nach der Urteilsverkündung (vgl. BGH NSz 2002, 219; Weider in Hdb. d. BetäubungsmittelstrafR, S. 1133, 1198). Würde nur die ausdrückliche Abrede eines Rechtsmittelverzichts als unzulässig angesehen, bestünde zudem die nahe liegende Gefahr des Ausweichens auf andere, nur in der Form unverbindlich scheinende Erklärungen. Die allem Anschein nach weit verbreitete Praxis, im Rahmen einer Verständigung – unzulässigerweise – auch den wechselseitigen Rechtsmittelverzicht zu verabreden, diese Abrede aber anders als den sonstigen Inhalt der Verständigung nicht offen zu legen und insbesondere nicht in das Protokoll aufzunehmen, ist hinreichender Beleg für diese Befürchtung ...

### 18. \* Unzulässigkeit der Wiederaufnahme – Schuld-spruchänderung

StPO § 363 I

§ 363 I findet auf einen Wiederaufnahmeantrag, der eine Änderung des Schuldspruchs zum Ziel hat, keine Anwendung.

BGH, Beschl. v. 20. 12. 2002 – StB 15/02 (OLG Düsseldorf)

§ 363 I StPO steht der Wiederaufnahme nicht entgegen.

Zur Reichweite der Vorschrift werden in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten.

Der Senat folgt diesen Auffassungen nicht; er wendet § 363 I StPO nicht auf Anträge an, die eine Änderung des Schuldspruchs bezwecken.

Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift und aus der Gesetzgebungsgeschichte.

§ 359 Nr. 5 StPO steht dieser Sicht nicht entgegen; die Vorschrift betrifft einen anderen Fall.

Die Möglichkeit zur Änderung eines schwer belastenden Schuldspruchs ist ein Gebot der Gerechtigkeit.

Die vom Senat vertretene Auslegung führt nicht zu einer wesentlichen Ausweitung der Wiederaufnahme; ggf. kann das Verfahren nach § 154 II StPO beschränkt werden.

Die Wiederaufnahme kann sich auf ein Teilgeschehen beschränken, das zwar Teil einer einheitlichen materiell-rechtlichen Handlung ist, zugleich aber eine selbstständige prozessuale Tat bildet.

Zum Sachverhalt: Das OLG hat den Bf. wegen Völkermordes (§ 220 a StGB a. F.) in 11 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit „Mord an 22 Menschen“, in einem Fall in Tateinheit mit „Mord an 7 Menschen“, in einem weiteren Fall in Tateinheit mit Mord sowie in mehreren Fällen in Tateinheit mit Körperverletzung bzw. Freiheitsberaubung, zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt. Auf die Revision des Bf. hat der *Senat* nach Beschränkung der Verfolgung gem. § 154 a II StPO das Urteil dahin abgeändert, dass der Bf. wegen Völkermordes in Tateinheit mit Mord in 30 Fällen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt ist.

Der Bf. hat die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt und den Antrag hilfsweise auf den Vorwurf des Völkermordes in Tateinheit mit Mord in 22 Fällen beschränkt. Nach den hierzu getroffenen Feststellungen erschoss der Bf. an einem Tag zwischen dem 12. und dem 16. 6. 1992 in dem Dorf Grabska 22 Angehörige der muslimischen Bevölkerungsgruppe. Das OLG hat den Antrag als unzulässig verworfen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: 2. Der Wiederaufnahmeantrag scheidet nicht an § 363 I StPO. Der Bf. strebt nicht lediglich eine mildere Bestrafung an, sondern wendet sich gegen seine Verurteilung wegen Mordes in 22 Fällen.

a) Inwieweit § 363 I StPO einem Wiederaufnahmeantrag entgegensteht, der bei einer Verurteilung wegen mehrerer tateinheitlich begangener Straftaten nur einen Teil des Schuldspruchs angreift, ist in der Literatur umstritten. Überwiegend wird die Wiederaufnahme nur für zulässig erachtet, wenn sich der Antrag gegen die Anwendung derjenigen Strafnorm richtet, der nach § 52 II 1 StGB die Strafe entnommen worden ist, oder wenn – wie im vorliegenden Fall – alle angewandten Vorschriften die gleiche Strafdrohung enthalten (LR-Gössel 25, Aufl., § 363 Rn 7; KK-Schmidt 4. Aufl., § 363 Rn 10; Meyer-Goßner 46. Aufl., § 363 Rn 3; KMR-Paulus 8. Aufl., § 363 Rn 1). Diese Auffassung begegnet schon deshalb Bedenken, weil sie in sich nicht stimmig ist: Dass bei einer Verurteilung wegen mehrerer in Tateinheit stehender Delikte die Wiederaufnahme des Verfahrens unzulässig sein soll, wenn sich der Antrag nicht (auch) gegen die Anwendung des den Strafrahmen bestimmenden Strafgesetzes richtet, beruht offensichtlich auf der Erwägung, dass anderenfalls lediglich eine „andere Strafbemessung auf Grund desselben Strafgesetzes“ in Betracht käme. Hängt aber nach § 363 I StPO die Zulässigkeit der Wiederaufnahme davon ab, dass die Strafe einem anderen Strafrahmen zu entnehmen wäre, wenn sich das Vorbringen des Ast. in der erneuten Hauptverhandlung bestätigen sollte, dann steht diese Vorschrift einem auf einzelne Gesetzesverletzungen beschränkten Wiederaufnahmeantrag auch dann entgegen, wenn alle ange-



Die Existenz, den Inhalt und die eigenhändige Niederschrift der Urkunden durch die Zeugin I. A. haben Verteidigung und Angekl. zwar nicht bestritten, vielmehr die Schriftstücke als von I. A. verfaßt vorgelegt. Für die Beweiswürdigung ist es danach aber weiter darauf angekommen, ob die Texte nach Formulierung und Diktion vom Angekl. diktiert waren und auch gedanklich von ihm stammten, wie die Zeugin A. bekundet hat. Daß für die Beweisführung hier möglicherweise schon die auszugsweise Verlesung weiter Teile der Schriftstücke und das Sachverständigengutachten eine hinreichend tragfähige Beweisgrundlage hätten abgeben können, muß dahingestellt bleiben. Die *StrK* hat die Texte *vollständig* in die Urteilsgründe eingefügt und sie damit von Anfang bis Ende beweiskräftig festgestellt. Sie hat sie – neben dem Sachverständigengutachten – einer Würdigung unterzogen, bei der sie u. a. auf die »gesamte Diktion« abhebt und in Klammern zudem die Blattzahlen der Aktenfundstellen zitiert, welche die Schriftstücke vollumfänglich bezeichnen. Daraus erhellt, daß sie bei ihrer Beweiswürdigung auf die gesamten Urkunden zugegriffen hat. An dieser Bewertung mußten die beiden Schöffen teilhaben, die ihr Richteramt gleichwertig ausüben, denen aber der »Blick in die Akten« grundsätzlich verwehrt ist. Unter diesen Umständen steht fest, daß die *StrK* – unter Mitwirkung der Schöffen – die Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. auch auf der Grundlage der *vollständigen*, originalgetreu im Wege der Ablichtung in die Urteilsgründe aufgenommenen in Rede stehenden Schriften der Zeugin I. A. gewonnen hat, diese aber nicht vollständig Gegenstand einer prozeßordnungsgemäßen Beweis-erhebung waren.

Das angefochtene Urteil unterliegt infolgedessen der Aufhebung; die Sache bedarf neuer Verhandlung und Entscheidung.

#### StPO §§ 261, 267

(Verwertung von Angaben auf Vorhalt)

Zwar ist es möglich, daß ein Zeuge seine Angaben nach Vorhalt seiner früheren Aussage präzisiert. Diese Angaben sind im Urteil darzulegen. Die Mitteilung, daß der Zeuge auf »Vorhalt von Bl. 35 Bd. 1 der Akte« geäußert habe, daß dies stimme: es könne schon sein, ist unzureichend, da der bloße Hinweis auf bei den Verfahrensakten befindliche Vernehmungsprotokolle durch Bezeichnung von Fundstellen keine zulässige Bezugnahme darstellt. Das Gericht muß vielmehr darlegen, welche Angaben der Zeuge in der früheren Vernehmung gemacht hat, um dem Revisionsgericht die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu ermöglichen.

BGH, Beschl. v. 1. 7. 2003 – 4 StR 55/03 (LG Dessau)

♦ **Aus den Gründen:** Das LG hat den Angekl. J. wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit versuchter Erpressung und mit sexueller Nötigung in zwei rechtlich zusammentreffenden Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 J. verurteilt ... Die Rechtsmittel [des Angekl.] haben Erfolg ...

2. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken unterliegt auch die Beweiswürdigung hinsichtlich des dritten Vorfalls. Aus den Urteilsgründen ist nicht nachvollziehbar, worauf die *StrK* die Feststellung stützt, der Angekl. J. habe den Oralverkehr durch die Drohung, ansonsten seinen Rottweiler auf die Zeugin K. zu hetzen, erzwungen. Da sich der Angekl. J. auch hinsichtlich dieses Vorfalls nicht zur Sache eingelassen hat, kommen insoweit nur die Bekundungen der Zeugin K. in Betracht. Soweit im Urteil die Aussage der Zeugin zu diesem Vorfall wiedergegeben ist, enthält diese keine sicheren Angaben zum Einsatz des Nötigungsmittels; vielmehr hat die Zeugin K. insoweit lediglich bekundet, sie glaube, von dem Angekl. J. sei »so etwas

in der Art, daß, wenn sie rumzicke er den Hund auf sie hetze, gekommen«. Durch diese vage Aussage ist die Anwendung eines Nötigungsmittels i. S. d. § 178 StGB a. F. nicht belegt.

Zwar ist es möglich, daß die Zeugin ihre Angabe nach Vorhalt einer früheren Aussage präzisiert hat, jedoch hat die *StrK* dies im Urteil nicht dargelegt. Sie hat sich darauf beschränkt mitzuteilen, daß die Zeugin auf »Vorhalt von Bl. 35 Bd. 1 der Akte« geäußert habe, daß dies stimme; es könne schon sein. Dies ist unzureichend, da der bloße Hinweis auf bei den Verfahrensakten befindliche Vernehmungsprotokolle durch Bezeichnung von Fundstellen keine zulässige Bezugnahme darstellt (vgl. *Meyer-Goßner* StPO 46. A., § 267 Rdnr. 2). Die *StrK* hätte vielmehr darlegen müssen, welche Angaben die Zeugin in der früheren Vernehmung gemacht hat, um dem Revisionsgericht die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu ermöglichen ...

#### StPO § 302

(Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei Absprache)

Der Senat stimmt den im Tenor des Anfragebeschlusses des 3. Strafsenats v. 24. 7. 2003 – 3 StR 368/02 u. 3 StR 415/02 (= StV 2003, 544) bezeichneten Rechtssätzen unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung zu.

BGH, Beschl. v. 29. 10. 2003 – 5 ARs 61/03

♦ **Aus den Gründen:** Die verbreitete Absprachepraxis der Strafgerichte läßt immer wieder – womöglich gar zunehmend – bis zum Mißbrauch reichende Unzuträglichkeiten in Einzelfällen erkennen. Gleichwohl nötigen die begrenzten Ressourcen der Strafrechtspflege zur Ausschöpfung rechtsstaatlich vertretbarer Beschleunigungsmöglichkeiten. Daher erachtet der Senat die praeter legem entwickelte Praxis der »Verständigung in Strafsachen« in den Grenzen der maßgeblich im Ur. des 4. Strafsenats v. 28. 8. 1997 (BGHSr 43, 195 [= StV 1997, 583]) entwickelten Grundsätze (vgl. ferner *BVerfG* [Kammer] NStZ 1987, 41) für zulässig.

1. Danach ist – ungeachtet der Erkenntnis, daß eine Verständigung vielfach gerade aus der Sicht des Angekl. auf eine endgültige einverständliche Verfahrensbeendigung abzielt (vgl. Senatsbeschl. v. 20. 3. 2002 – 5 StR 1/02, BGHR StPO § 302 Abs. 1 S. 1 Rechtsmittelverzicht 24) – die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen der Verständigung grundsätzlich als unzulässig anzusehen (so auch der Senatsbeschl. v. 5. 2. 2002 – 5 StR 617/01, BGHSr 47, 238, 242 [= StV 2004, 5]). Der Senat teilt hierzu die im Anfragebeschl. dargelegte Einschätzung, daß für dieses Verdikt – abgesehen von eventuell gar nachrangigen dogmatischen Bedenken – die begründete Besorgnis ausschlaggebend ist, daß ein vorab vereinbarter Rechtsmittelverzicht eine Vernachlässigung der pflichtgemäßen Bemühungen des Gerichts, womöglich auch der übrigen Verfahrensbeteiligten, um eine hinreichend sorgfältige Sachverhaltsermittlung und um eine gründliche rechtliche Ausleuchtung der angeklagten Tat nach sich ziehen kann.

2. Der Senat billigt nach erneuter Überprüfung anlässlich des Anfragebeschl. auch die darin vertretene rechtliche Folgerung regelmäßiger Unwirksamkeit des derart unzulässig vorab abgesprochenen Rechtsmittelverzichts (so schon – obiter dictu – im Senatsbeschl. v. 5. 2. 2002 – 5 StR 617/01, BGHSr 47, 238, 242 [= StV 2004, 5]). Dieses Ergebnis wird gerechtfertigt durch das Bedürfnis nach Sanktionierung der unzulässigen Absprachepraxis insbes. aber aufgrund der Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen der fälschlichen Vermutung des Angekl., jene Absprache sei bindend, und seinem alsbald nach Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzicht. Insoweit gibt der Senat entgegenstehende Rspr. auf, insbes. die dem Senatsbe-



gung herangezogen werden können (vgl. BGHSt 38, 14, 16 f.). Allerdings weist der Senat darauf hin, dass ein Gericht grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die schriftliche Einlassung eines Angekl. als Urkunde zu verlesen, da seine mündliche Vernehmung nicht durch die Verlesung einer schriftlichen Erklärung durch das Gericht ersetzt werden kann (BGH NStZ 2000, 439). Denn nach § 243 IV 2 StPO erfolgt die Vernehmung eines Angekl. zur Sache nach Maßgabe des § 136 II StPO, also grundsätzlich durch mündliche Befragung und mündliche Antworten (vgl. KK, 5. Aufl., § 243 Rn.44 mwN).

3 Hätte dagegen, wie es entgegen dieser gesetzlichen Regelung zunehmend praktiziert wird, lediglich der Angekl. selbst oder sein Verteidiger eine entsprechende Erklärung verlesen und als Anlage zum Protokoll übergeben, wäre nur der entsprechende mündliche Vortrag und gegebenenfalls die Erklärung des Angekl., dass er sich den Inhalt zu eigen mache, Gegenstand der Hauptverhandlung geworden. Aufgabe des Tatrichters wäre es dann gewesen, – wie auch bei anderen Beweisergebnissen – den Inhalt dieser mündlich vorgetragenen Einlassung festzustellen, in den Urteilsgründen wiederzugeben und im erforderlichen Umfang zu würdigen (vgl. BGHSt 38, 14, 16 f.). Damit ist aber eine revisionsgerichtliche Kontrolle der Richtigkeit der Wiedergabe dieser Einlassung wegen des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren nicht möglich (ebenso Park StV 2001, 589, 592).

4 b) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verfahrensrüge bestehen auch deshalb, weil auf Seite 81 der Revisionsbegründung nur sehr pauschal dargestellt wird, inwieweit eine Würdigung der Einlassung des Angekl. O vermisst wird. Es kann aber nicht Aufgabe des RevGer. sein, eine 10seitige Einlassung mit einem 180 Seiten umfassenden und insbesondere in der Darstellung der festgestellten Tatsachen und ihrer Würdigung außergewöhnlich gründlichem und umfangreichem Urteil daraufhin zu vergleichen, welche konkreten Punkte bei der Beweiswürdigung nicht behandelt worden sind. Erst in der Erwidlungsschrift vom 12. 3. 2003 – und damit nach dem Ablauf der Revisionsbegründungsfrist – erfolgte eine derartige Konkretisierung, was allerdings die Zulässigkeit der Rüge nicht mehr zu begründen vermag.

5 c) Die Rüge wäre aber auch unbegründet. Der GBA hat in seiner Antragsschrift zutreffend dargelegt, dass sich die JugK mit der Einlassung des Angekl. eingehend befasst hat. Es ist nicht ersichtlich, dass für das Ergebnis wesentliche Umstände außer Betracht geblieben wären. Denn der Grundsatz der erschöpfenden Beweiswürdigung bedeutet nicht, dass sich der Tatrichter mit allen auch nebensächlichen Aspekten und wenig ergiebigen Argumenten ausdrücklich auseinander zu setzen hätte (st. Rspr.: vgl. BGH NStZ 2000, 48) ...

Ku.

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. auch Wagner ZStW 1994, 259; Kramer Jura 1980, 393 sowie die Anm. Schlothauer StV 1994, 468.

## 20. Rechtsmittelverzicht nach Urteilsabsprache

StPO § 302; GVG § 132 III

Der nach einer verfahrensbeendenden Absprache vom Angeklagten im Anschluss an die Urteilsverkündung oder auch später während des Laufs der Rechtsmittelfrist erklärte Rechtsmittelverzicht ist als Prozessklärung grundsätzlich unanfechtbar und unwiderruflich; seine Wirksamkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass er im Rahmen der Absprache in Aussicht gestellt oder vom Tatgericht auf ihn hingewirkt wurde oder dass er gar Teil der Absprache war. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Beschl. v. 26. 11. 2003 – 1 ARs 27/03

Die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts ist 1, 2 nur bei schwerwiegenden Einwirkungen auf die Willensentschlussfreiheit in Betracht zu ziehen; bei einer Absprache ist dies nicht ohne weiteres der Fall.

Verfahrensbeendende Absprachen sind legitim und 3 notwendig; die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts kann im Interesse des Angekl. liegen.

Auch nach der Vereinbarung eines Verzichts ist es 4 dem durch seinen Verteidiger beratenen Angekl. möglich, über die Abgabe der Verzichtserklärung frei zu entscheiden.

Der Sanktionsgedanke vermag die Rechtsfolge der 5, 6 Unwirksamkeit nicht zu tragen; er beruht zudem auf unrichtigen Voraussetzungen.

Die einseitige Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angekl. führt zu einer Disparität, die die 7–9 Forderung nach Gleichbehandlung anderer Verfahrensbeteiligter nahe legt.

Insbesondere im Blick auf das unscharfe Kriterium 10, 11 des „Hinwirkens“ sind in der Revisionsinstanz erhebliche Beweisschwierigkeiten zu befürchten.

Letzlich ist anzunehmen, dass die Praxis auf andere 12 Wege ausweichen wird.

Zum Sachverhalt: Auf die Anfrage des 3. Strafsenats (abgedruckt mit Sachverhalt und Gründen in NStZ 2003, 677) hat der 1. Strafsenat mitgeteilt, er halte an seiner entgegenstehenden Rechtsprechung fest.

Aus den Gründen: Der Senat teilt nicht die Auffassung des 1 anfragenden 3. Strafsenats, der vom Angekl. nach der Urteilsverkündung oder sonst während der Revisionseinlegungsfrist erklärte Rechtsmittelverzicht sei unwirksam, wenn er Teil einer verfahrensbeendenden Absprache sei oder das Tatgericht auch nur „auf ihn hingewirkt habe“. Die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts ist lediglich dann in Betracht zu ziehen, wenn ein schwerwiegender Willensmangel auf Grund von Täuschung oder Drohung vorliegt. Wenn dem Angekl. vom Tatgericht ein Rechtsmittelverzicht „abverlangt“ wird oder ihm zuvor nicht Gelegenheit zur Rücksprache und Beratung mit seinem Verteidiger gegeben wird (vgl. BGHSt 17, 14; 19, 101) oder wenn sonst in unzulässiger Weise auf ihn eingewirkt worden ist (vgl. BGHSt 45, 51, 53).

2 Eine solche unzulässige Einwirkung, die die Willensentschlussfreiheit des Angekl. bei Abgabe der Verzichtserklärung schwerwiegend beeinträchtigt, liegt indessen nicht bereits in dem Umstand, dass der Verzicht im Rahmen einer Verständigung ins Auge gefasst oder abgesprochen war. Ungeachtet etwaiger Mängel einer Absprache (gemessen am Maßstab von BGHSt 43, 195) kann der Angekl. vor und bei Abgabe der Verzichtserklärung in der Regel seine Interessen durchaus sachgerecht in freier Willensentschluss wahrnehmen. Er muss deshalb die Möglichkeit haben, einen wirksamen Rechtsmittelverzicht zu erklären, wenn er mit dem Urteil zufrieden ist oder jedenfalls das Verfahren beendet sehen will (Senat NStZ 2000, 386, 387).

3 I. Der Senat vermag den verfahrenstatsächlichen Befund, der Anlass für die Anfrage zur Wirksamkeit des im Zusammenhang mit einer verfahrensbeendenden Absprache stehenden Rechtsmittelverzichts ist, nicht uneingeschränkt zu teilen. Nach der Erfahrung des Senats führen die Tatgerichte ihre Verfahren auch bei etwaigen Verständigungen regelmäßig prozessordnungsgemäß und fair. Verfahrensbeendende Absprachen sind heutzutage ein wirksamer Weg, dafür geeignete Verfahren zügig und konsensual zu erledigen. Angesichts der durchweg großen Geschäftsbelastung der Strafkammern werden diese so in den Stand gesetzt, die vorhandenen, ohnehin begrenzten und eher noch knapper werdenden Kapazitäten den anderen, aus unterschiedlichen Gründen schwierigeren Verfahren zu widmen und die Verfahren so – auch aufs Ganze



gesehen – in angemessener Zeit einer Entscheidung zuzuführen ... Der Senat hält deshalb die – den Regeln entsprechend gehandhabte – verfahrensbeendende Absprache für ein mittlerweile unverzichtbares prozedurales Mittel, um die Strafverfahren in Deutschland in vertretbarer Zeit bewältigen zu können. Wird nach einer solchen verfahrensbeendenden Absprache von den Rechtsmittelberechtigten und namentlich vom Angekl. nach Rücksprache mit dessen Verteidiger in freier Willensentschließung und in Kenntnis von Bedeutung und Tragweite der Erklärung auf Rechtsmittel verzichtet, ist dies je nach Lage des Einzelfalls ein Weg, etwa noch in der Hauptverhandlung in Anwesenheit aller Beteiligten die sofortige Rechtskraft herbeizuführen. Dafür kann es auch aus Sicht eines Angekl. gute Gründe geben. Dieser wird sich nach der Erfahrung des Senats die Frage, ob er sich auf eine solche Absprache einlassen sollte, weit vorher, zumeist vor seinem Geständnis, mit seinem Verteidiger reiflich überlegt haben.

4 Dem Senat ist freilich nicht entgangen, dass es in einigen wenigen Fällen, die sich nach seiner Beobachtung indes eher als Ausnahme erweisen, zu verfahrensbeendenden Absprachen oder zum Versuch solcher kommt, bei denen die dafür geltenden Grundsätze möglicherweise nicht in jeder Hinsicht gewahrt werden (vgl. zu diesen Grundsätzen nur *BVerfG*, Vorprüfungsausschuss NJW 1987, 2662 = NSz 1987, 419; *BGHSt* 43, 195; s. weiter *Meyer-Goßner* 46. Aufl. Einl. Rn 119 ff.) ... Auch in diesen Ausnahmefällen muss es grundsätzlich den Verfahrensbeteiligten überlassen bleiben, ob sie von der Möglichkeit des Rechtsmittels Gebrauch machen und die je nach Sachlage zu erhebenden Beanstandungen anbringen. Dem Beistand des Verteidigers kommt in diesem Zusammenhang große Bedeutung zu ... Vor allem der Verteidiger muss und wird dem Angekl. verdeutlichen, dass einer Absprache, die einen Rechtsmittelverzicht in den Blick genommen hat, insoweit keinerlei Bindungswirkung zukommt. Das ist seine Pflicht, und an deren Erfüllung muss er im Interesse seines Mandanten festgehalten werden, auch wenn er besorgt, dadurch etwaigen oder vermeintlichen Erwartungen des Tatgerichts nicht gerecht zu werden. Der Verteidiger ist der berufene Berater des Angekl. Für seinen Rat, einen Rechtsmittelverzicht zu erklären, trägt er die Verantwortung. Die Rechtsordnung hat dem grundsätzlich Respekt zu zollen. Der Senat hat keinen Anlass, dem Verteidiger ein derartiges Vertrauen nicht entgegenzubringen. Dementsprechend ist auch anerkannt, dass das Tatgericht grundsätzlich nicht gehalten ist, die Tätigkeit des Verteidigers auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin zu überwachen (vgl. zum bestellten Verteidiger nur *BGH* bei *Kusch* NSz 1996, 21; *Meyer-Goßner* 46. Aufl. § 143 Rn 4) ...

5 Der anfragende 3. Strafsenat meint, die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, der Gegenstand einer Absprache (Verständigung) gewesen ist oder auf den das Tatgericht hingewirkt hat, sei die „einzig denkbare Sanktion“; ein solches Vorgehen dürfe „nicht sanktionslos bleiben“ (Anfragebeschluss S. 11, 12). Diese Begründung entbehrt der konkreten rechtlichen Grundlage. Ist das Ergebnis einer Verständigung zuvor zwischen den Verfahrensbeteiligten erörtert worden, befindet sich der Angekl. im Beistand eines Verteidigers, mit dem er sich auch nach Urteilsverkündung nochmals wenigstens kurz besprechen konnte, und sind andere die Willensentschließungsfreiheit wirklich beeinträchtigende Umstände nicht feststellbar, so besteht unter dem Gesichtspunkt der freien Willensentschließung kein Grund, die frei abgegebene Verzichtserklärung nur deshalb rechtlich zu missbilligen und ihr die Wirksamkeit zu versagen, weil zuvor die Hinweise in *BGHSt* 43, 195 zur Absprache nicht eingehalten worden sind (so schon *Senat* NSz 2000, 386, 387). Eine Willensbeeinflussung solchen Gewichts, dass der für die Unwirksamkeit einer Prozessklärung erforderliche Grad eines schwerwiegenden Willensmangels erreicht wäre, liegt darin ersichtlich nicht; im Vordergrund steht allein die „Sanktion“, die den Tatrichter treffen soll.

6 Auch die Annahme des anfragenden Senats, die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sei die „einzig denkbare“ Sanktion, trifft nicht zu: Ein zuvor besprochener oder gar abgesprochener Rechtsmittelverzicht ist nicht bindend „vereinbart“. Das ist allgemein anerkannt und gehört nach der Erfahrung des Senats zum Allgemeingut der Kenntnisse eines Strafverteidigers. Da die Verfahrensbeteiligten an eine entsprechende Verständigung nicht gebunden sind, können sie nach Verkündung des Urteils gleichwohl Rechtsmittel einlegen. Die angemessene und naheliegende Reaktion ist die Nichtabgabe einer Verzichtserklärung, die Inanspruchnahme der Revisionseinlegungsfrist zum Fassen der Entschließung und gegebenenfalls die Einlegung der Revision ...

7 Die verfahrensbezogenen Folgen der vom anfragenden 3. Strafsenat vorgesehenen „Sanktion“ auf eine den Rechtsmittelverzicht erfassende verfahrensbeendende Absprache sind aus Sicht des Senats durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Es ergäben sich verschiedene Unzuträglichkeiten, ohne dass die beklagte Fehlentwicklung wirksam zurückgedrängt würde.

8 a) Käme es trotz allseits erklärten Rechtsmittelverzichts wegen der Unwirksamkeit des vom Angekl. erklärten Verzichts dennoch zu einer Sachprüfung des Revisionsgerichts und zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, so ließe sich in der wohl weit überwiegenden Zahl solcher Fälle im Ergebnis kaum eine Korrektur absprachebedingter Rechtsfehler erreichen. In der praktischen Wirkung hätte dies den Charakter einer „Abstrafung“ des Tatgerichts (der anfragende Senat gebraucht den Begriff der „Sanktion“). Diese könnte zugleich aber auch in vielen Fällen gewichtige Folgen für das Opfer einer Tat – gerade bei Gewalt- und Sexualdelikten – haben. In den meisten Verfahren, die mit einer Absprache beendet werden, wird die ausgesprochene Strafe eher milde sein und im unteren Bereich des Schuldangemessenen liegen. Nach einer Neuverhandlung – auf die Revision des Angekl. hin bei unwirksamem Rechtsmittelverzicht – würde das Verschlechterungsverbot gelten (§ 358 II StPO) ...

9 Dies zeigt weiter, dass das Schicksal von Rechtsmittelverzichtserklärungen der Staatsanwaltschaft, des Nebenklägers und auch eines etwaigen Verfallsbeteiligten, die im Zusammenhang mit einem Verzicht des Angekl. abgegeben werden, auf der Grundlage der Rechtsauffassung des 3. Strafsenats nicht offen bleiben dürfte. Anderenfalls würde es zu schwer erträglichen Ergebnissen gerade in den Fällen mit individuellen Tatopfern kommen können. Hier müsste wenigstens erwogen werden, auch diesen die Wirkung zu versagen ...

10 c) Der im Anfragebeschluss aufgezeigte Weg würde für das Revisionsverfahren zu weiteren ausgeprägten Schwierigkeiten führen, welche die Befriedigungsaufgabe der Rechtsprechung in Frage zu stellen geeignet sind. Das Revisionsgericht hätte im Freibeweisverfahren zu klären, ob ein Rechtsmittelverzicht etwa Teil einer verfahrensbeendeten Absprache war. Hierzu wären dienstliche Äußerungen und anwaltliche Erklärungen der Beteiligten einzuholen, die anschließend einer Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht zu unterziehen wären. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt hier nicht (*BGHSt* 16, 164, 167; 21, 4, 10; *Meyer-Goßner* aaO § 337 Rn 12; speziell zur Absprache: *BGH* Beschl. v. 27. 6. 2001 – 1 StR 210/01 – BA S. 4; Beschl. v. 16. 5. 2002 – 5 StR 12/02; s. auch *Senat* NSz 1994, 196).

11 Wird gar der schon in tatsächlicher Hinsicht in hohem Maße unscharfe Begriff des „Hinwirkens“ auf einen Rechtsmittelverzicht zum Kriterium erhoben, so würde das Revisionsgericht bei dem Erfordernis der Würdigung der einzuholenden schriftlichen Erklärungen vor eine kaum lösbare Aufgabe gestellt. In der tatrichterlichen Praxis werden Fälle vorkommen, in denen etwa ein Vorsitzender den Verteidiger fragt, ob mit einem Rechtsmittelverzicht gerechnet werden könne; möglicherweise setzt er sogar der Frage hinzu, bekanntlich dürfe dieser nicht verlangt oder vereinbart werden; die Kammer dürfe nicht einmal darauf „hinwirken“. Hier



sind vielfältige Abläufe vorstellbar, die alle in ihrer Unterschiedlichkeit subsumiert werden müssten und die voraussehbar zu einer umfangreichen Kasuistik führen würden ...

- 12 5. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die gegenwärtige Praxis der Absprachen durch das Diktum der Unwirksamkeit des „erwirkten Rechtsmittelverzichts“ nicht abgeschafft werden wird. Beim Beschreiten des jetzt angefragten Weges würden die Tatgerichte unter ihrem Erledigungsdruck naheliegenderweise auf einen anderen Weg ausweichen. Im Ergebnis würde aller Voraussicht nach keine nennenswerte Verbesserung in irgend einer Hinsicht bewirkt. Anders geartete Ungereimtheiten und Problemstellungen wären die Folge ...

Anm. d. Schriftlfg.: S. hierzu auch BGH NStZ 2003, 677 (Anfragebeschluss des 3. Strafsenats) mit Anm. Mosbacher und Grunst NStZ 2004, 52 ff.

## 21. Unzulässigkeit der Revision wegen Nichteinhaltung der Formerfordernisse

### StPO § 345 II

Deuten Formulierungen in der Revisionsbegründungsschrift darauf hin, dass der Verteidiger sich von deren Inhalt distanziert, so ist die Revisionsbegründung trotz Unterzeichnung durch den Verteidiger unwirksam. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH, Beschl. v. 21. 5. 2003 – 3 StR 180/03 (LG Duisburg)

Zum Sachverhalt: Die Revision des wegen Betruges verurteilten Angekl. wurde verworfen.

Aus den Gründen: Der GBA hat in seiner Antragschrift vom 9. 5. 2003 ausgeführt: „Das LG hat den Angekl. wegen Betruges in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt. Seine hiergegen gerichtete, auf den Strafausspruch beschränkte Revision ist gem. § 349 I StPO unzulässig. Denn sie entspricht nicht den Formerfordernissen des § 345 II StPO, wonach eine Revisionsbegründung in einer von einem Verteidiger unterzeichneten Schrift erfolgen muss, die dieser grundsätzlich selbst zu verfassen, zumindest an ihr gestaltend mitzuwirken hat. Dabei darf kein Zweifel bestehen, dass der Rechtsanwalt die volle Verantwortung für den Inhalt der Schrift übernommen hat (BGH NStZ-RR 2002, 309 mwN).“

Solche Zweifel ergeben sich hier aus der Formulierung in der Revisionsbegründungsschrift, es werde „auftragsgemäß“ die Verletzung materiellen Rechts gerügt, und der sich daran anschließenden – in indirekter Rede erfolgten – Wiedergabe der vom Angekl. stammenden Ausführungen, mit denen er die Strafzumessung beanstandet. Dies deutet darauf hin, dass der Verteidiger sich von dem Inhalt der Revisionsbegründungsschrift distanziert, zumal da er keine eigenen Ausführungen hinzugefügt hat. Die Revisionsbegründung ist daher trotz Unterzeichnung durch den Verteidiger unwirksam.“

Dem schließt sich der Senat an ...

Ku.

## 22. Untätigkeit des Verteidigers trotz Auftrags zur Rechtsmitteleinlegung

### StPO §§ 349 I, 44, 45

Beantragt der Angeklagte gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, sein Verteidiger habe trotz entsprechenden Auftrags aus ihm unbekanntem Gründen keine Revision eingelegt, so ist der Antrag unzulässig, wenn der Angeklagte nicht auch behauptet, dass der Verteidiger ihm die Einlegung des Rechtsmittels zugesagt hat. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH, Beschl. v. 17. 7. 2003 – 3 StR 142/03 (LG Lüneburg)

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. am 9. 10. 2002 wegen Diebstahls in 9 Fällen unter Einbeziehung von 11 Einzelstrafen aus einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten verurteilt.

Am 28. 1. 2003 hat der neue Verteidiger des Angekl. gegen dieses Urteil Revision eingelegt und zugleich beantragt, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil der Angekl. von der Rechtskraft des nunmehr angefochtenen Urteils erst am 27. 1. 2003 erfahren habe; der frühere Verteidiger, Rechtsanwalt H, habe keine Revision eingelegt, obwohl er vom Angekl. dazu beauftragt worden sei. Zur Glaubhaftmachung hat sich der Angekl. auf eine eidesstattliche Versicherung seiner Ehefrau gestützt. Eine zunächst angekündigte anwaltliche Versicherung seines früheren Verteidigers hat er nicht vorlegen können, weil er diesen nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden hat.

Das Wiedereinsetzungsgesuch hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Es ist bereits unzulässig, da der Angekl. keine Tatsachen behauptet hat, die ihn – ohne sein Verschulden – an der Wahrnehmung der Revisionseinlegungsfrist gehindert haben können. Er beruft sich lediglich darauf, dass Rechtsanwalt H aus ihm unbekanntem Gründen keine Revision eingelegt habe, obwohl er ihn ausdrücklich gebeten habe. Er behauptet jedoch nicht, dass dieser ihm die Einlegung des Rechtsmittels auch zugesagt hat. Auf entsprechende Darlegungen kann hier nicht verzichtet werden, da das LG dem Antrag seines Verteidigers zur Strafhöhe gefolgt war, dieser ihm die Annahme des Urteils empfohlen und seither offenbar kein Kontakt mehr zu ihm bestanden hatte. Unter diesen Umständen konnte der Angekl. nicht darauf vertrauen, dass sein Verteidiger Revision einlegen würde (vgl. BGH Beschl. v. 8. 3. 2001 – 1 StR 18/01).

Im Übrigen wäre das Wiedereinsetzungsgesuch auch unbegründet. Denn die Tatsachen zur Begründung des Antrags sind, wie sich aus den Erwägungen des GBA in seiner Antragschrift vom 27. 6. 2003 im Einzelnen ergibt, nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden. Der Senat hält die Wahrscheinlichkeit der behaupteten Tatsachen nicht für nachgewiesen, zumal der Angekl. seinen damaligen Verteidiger nicht von der Schweigepflicht entbunden und damit eine nähere Aufklärung der Umstände der Beauftragung nicht ermöglicht hat (vgl. BGH Beschl. v. 22. 9. 1999 – 3 StR 358/99).

Da der Antrag auf Wiedereinsetzung erfolglos bleibt, ist auch das Rechtsmittel, weil verspätet, als unzulässig zu verwerfen (§ 349 I StPO).

Ku.

## 23. Begründung der Verfahrensrüge wegen Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht

### StPO §§ 147, 249, 261, 344

1. Zur Begründung der Verfahrensrüge mit der die Verletzung des Akteneinsichtsrechts während der Hauptverhandlung geltend gemacht wird, reicht es nicht aus, wenn nur der Akteneinsichtsanspruch und die daraufhin ergangene Entscheidung des Tatrichters mitgeteilt wird. Vielmehr muss ggf. auch noch vorgetragen werden, dass die Akte zum Zeitpunkt der Einsichtnahme nicht vollständig gewesen ist und welche Bestandteile gefehlt haben, sowie vor allem, welche Gründe einer – ggf. nochmaligen – erneuten und dann vollständigen Akteneinsicht entgegengestanden haben.

2. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Rüge, dass eine nicht verlesene Urkunde zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht worden sei, gehört der Vortrag, dass die Urkunde auch nicht in anderer Weise, nämlich durch Vorhalt oder durch die Vernehmung von Zeugen, in der Hauptverhandlung eingeführt worden ist. Ob zudem erforderlich ist, dass (immer) auch vorgetragen wird, dass von der Urkunde auch nicht im Wege des Selbstleseverfahrens gem. § 249 II 1 StPO Kenntnis genommen worden ist, kann offen bleiben.

OLG Hamm, Beschl. v. 10. 10. 2003 – 3 Ss OWI 598/03



die Möglichkeit genommen wird, entsprechende Gegenstände zukünftig auch an alle anderen kaufwilligen Kunden zu veräußern. Man würde im Sinne des *Senats* nie mit hinreichender Sicherheit feststellen können, dass ohne diese Täuschung wirklich alle im Lager befindlichen (oder gar insgesamt zum Verkauf anstehenden) Exemplare dieser Spezies zu einem nicht rabattierten Preis absetzbar gewesen wären. Es ist allerdings fraglich, ob die Rechtsprechung eine solche Betrachtung tatsächlich anstellen würde, da damit gegen ein entsprechendes Vorgehen von Endverbrauchern bei der Abnahme von kleinen Mengen praktisch kein strafrechtlicher Schutz bestehen würde. Wollte man anders entscheiden, müsste auf den konkret veräußerten Gegenstand abgestellt werden, für den eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer regulären Absetzbarkeit dann gerade regelmäßig bestünde.

Hans Kudlich

Zur Übersicht: Mitsch, BT IV/1, 2. Aufl. (2003), § 7 Rdnrn. 95–107; Otto, Die neue Rspr. zum Betrugstatbestand, Jura 2002, 606.

Zur Vertiefung: Kargl, Der strafrechtliche Vermögensbegriff als Problem der Rechtseinheit, JA 2001, 714.

## 11. Strafprozessrecht: Absprachen im Strafverfahren

Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts nach Urteilsabsprache  
StPO § 302; GVG § 132 III

1. In Übereinstimmung mit den in BGHSt 43, 195 (Leitentscheidung zur Absprache im Strafverfahren) aufgestellten Grundsätzen ist daran festzuhalten, dass in einer verfahrensbeendenden Absprache keine Verpflichtung zu einem Rechtsmittelverzicht vereinbart werden darf. Nur dadurch ist eine Überprüfung der Einhaltung der übrigen Anforderungen an eine Absprache durch das Rechtsmittelgericht möglich.

2. Insbesondere darf das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache nicht auf einen Rechtsmittelverzicht hinwirken, indem es ihn ausdrücklich anspricht oder befürwortet.

3. Wird bei der verfahrensbeendenden Absprache gleichwohl ein Rechtsmittelverzicht vereinbart, so ist die im Anschluss daran abgegebene Rechtsmittelverzichtserklärung unwirksam. (Leitsätze des Bearbeiters)

BGH, Beschl. v. 15. 6. 2004 – 3 StR 368/02, StR 415/02, NJW 2004, 2536 = NSStZ-RR 2004, 266

### Zum Sachverhalt

Der 3. Strafsenat des BGH hatte nach § 132 III GVG bei den übrigen Strafsenaten angefragt, wie diese zur Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts stehen, der in einer „Urteilsabsprache“ (Deal) versprochen und anschließend erklärt worden ist<sup>1</sup>. Der 3. Senat steht dabei auf dem Standpunkt, dass ein entsprechender Verzicht unwirksam ist und daher die Zulässigkeit eines gleichwohl eingelegten Rechtsmittels nicht berührt. Während der 5. Strafsenat seine bisherige Rechtsprechung aufgab und auf diejenige des 3. Senats einschwenkte<sup>2</sup>, halten der 1. und 2. Senat Rechtsmittelverzicht grundsätzlich auch dann für wirksam, wenn sie gewissermaßen im Vollzug einer verfahrensbeendenden Absprache erklärt worden sind<sup>3</sup>. Der 3. Senat hat daraufhin nach § 132 II und IV StPO den Großen Strafsenat angerufen.

### Einführung in die Probleme

Kaum ein strafprozessuales Problem ist in der jüngeren Vergangenheit in Rechtsprechung und Literatur so intensiv und

zugleich kontrovers diskutiert worden wie die Problematik der Absprachen bzw. Verständigung im Strafverfahren („Deal im Strafverfahren“)<sup>4</sup>. Dies ist Grund genug, dass die Rechtsprechungsübersicht das Thema vorliegend erneut wieder aufgreift<sup>5</sup>. Grob gesagt geht es bei der Absprachenproblematik im Strafverfahren bekanntlich darum, dass Strafverfolgungsbehörden und Angeklagter (samt Verteidigung) sich dergestalt einigen, dass beide Seiten gewissermaßen im „wechselseitigen Austausch“ einander entgegenkommen. Der Angeklagte kann hier insbesondere eine (zumindest teilweise) Geständnisbereitschaft „in die Waagschale werfen“, welche etwa umfangreiche und unübersehbare Ermittlungen oder das Opfer belastende Befragungen überflüssig machen kann; von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wird es meist um die Strafhöhe oder um das Ausscheiden einzelner angeklagter Taten gehen. Obwohl insbesondere aus dem Lager der Praxis immer wieder betont wird, dass gerade bei umfangreicheren Verfahren ohne die entlastende Wirkung von Verständigungen die Strafjustiz zusammenbrechen würde, ist auf den ersten Blick nicht selbstverständlich, dass solche Absprachen zulässig sein sollen: Immerhin sind im Strafprozess – anders als im Zivilverfahren – das Legalitätsprinzip und das Fehlen der Dispositionsmaxime zu beachten. Weiterhin besteht bei den Absprachen jedenfalls dann, wenn sie außerhalb der laufenden Hauptverhandlung getroffen werden, die Gefahr, dass eine ganze Reihe strafprozessualer Prinzipien (wie etwa der Unmittelbarkeitsgrundsatz, der Öffentlichkeitsgrundsatz, der Grundsatz der schuldangemessenen Strafe) missachtet werden.

Dennoch steht der BGH einer Verständigung im Hauptverfahren nicht generell ablehnend gegenüber, sondern akzeptiert sie unter bestimmten Voraussetzungen schon aus Praktikabilitätsgründen. Der 4. Strafsenat hat in einer Grundsatzentscheidung<sup>6</sup> eine Reihe von Leitlinien aufgestellt, unter deren Berücksichtigung eine Absprache zulässig sein soll:

### Prüfungsschema

#### Leitlinien des BGH zur Absprache

1. Keine Zusage einer bestimmten Strafe, wohl aber einer Strafobergrenze.
2. Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte und Wahrung der Schuldangemessenheit der Strafe.
3. Strafmildernde Berücksichtigung auch eines Geständnisses im Rahmen einer Absprache.
4. Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts mit dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung.
5. Durchführung bzw. zumindest Bekanntmachung der Absprache unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in der öffentlichen Hauptverhandlung und Aufnahme im Hauptverhandlungsprotokoll.

1 Vgl. BGH, NSStZ 2003, 677 m. Anm. Martin, JuS 2004, 256.

2 Vgl. BGH, NJW 2004, 1335.

3 BGH, NSStZ 2004, 164 (1. Senat), sowie BGH, NJW 2004, 1336 (2. Senat).

4 Vgl. aus der Rspr. insb. die Leitentscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86) sowie den Antragsbeschluss des 3. Strafsenats, NJW 2003, 3426 = NSStZ 2003, 677 m. Anm. Martin, JuS 2004, 256; aus der jüngeren Lit. etwa Meyer-Göbner, StraFo 2003, 401; Weider, StraFo 2003, 406; Jers., SeV 2002, 397; Schröder StraFo 2003, 412; Wehnert, SeV 2002, 219; Schmitt, GA 2001, 411; zusammenfassend Meyer-Göbner, StrPO, 47. Aufl. (2004), Einl. Rdnrn. 119 ff.; Pfeiffer, in KK-StPO, 5. Aufl. (2003), Einl. Rdnrn. 28 ff.; Sarger, in Bockemühl (Hrsg.), Hdb. des Fachanwalts StraFR, 2. Aufl. (2002), S. 1357 ff.

5 Vgl. zum Antragsbeschluss des 3. Strafsenats nochmals die Darstellung bei Martin, JuS 2004, 256.

6 31/11S, 43, 195 = NJW 1998, 86 m. Anm. Herrmann, JuS 1999, 1162.



Auch wenn man diese Grundsätze des 4. *Strafsenats* an sich akzeptiert, stellt sich insbesondere das hier unter 4. genannte Verbot, einen späteren Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren, als problematisch dar: Zum einen erscheint in der Sache zweifelhaft, ob eine Absprache, bei der beide Seiten gewisse „Leistungen erbringen“, sinnvoll ist, wenn insoweit die Furcht bestehen muss, dass die im Gegenzug erlangten Vorteile in einem Rechtsmittelverfahren wieder zunichte werden. Zum anderen ist zumindest nicht selbstverständlich, dass das Verbot der Vereinbarung eines späteren Rechtsmittelverzichts auch zur Unwirksamkeit eines möglicherweise tatsächlich erfolgten Verzichts führt. Die grundsätzliche Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit von Prozessklärungen wie einem Rechtsmittelverzicht sprechen vielmehr im Gegenteil dafür, seine Wirksamkeit gewissermaßen abstrakt von dem Verbot, ihn zu versprechen, zu beurteilen und ihn dann für wirksam zu halten, wenn er als solcher freiverantwortlich abgegeben wurde.

Andererseits ist nicht zu übersehen, dass das „Verbot“, sich zu einem Rechtsmittelverzicht zu verpflichten, letztlich durch die Revisionsgerichte nicht wirksam „sanktioniert“ werden kann, wenn man den Vollzug dieser Verpflichtung, d. h. die Erklärung des Rechtsmittelverzichts, für wirksam hält. In diesem Fall kann es nämlich zu keinem zulässigen Rechtsmittelverfahren mehr kommen, in dem die „Rechtmäßigkeit“ der Absprache insbesondere mit Blick auf die zugesagte Verzichtserklärung überprüft werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist der Vorlagebeschluss des 3. *Strafsenats* zu sehen, der einen Rechtsmittelverzicht nach Urteilsabsprache für unwirksam hält, wenn dieser im Rahmen der Absprache in Aussicht gestellt wurde oder das Strafgericht sogar „auf ihn hingewirkt“ hat.

Zum Verfahren bleibt ergänzend zu bemerken, dass der 3. *Senat* seine Vorlage nicht nur auf die sog. Innendivergenz zwischen den Strafsenaten (§ 132 II GVG), sondern teilweise auch auf die „grundsätzliche Bedeutung“ (§ 132 IV GVG) stützt. Diese Vorlagemöglichkeit soll in wichtigen Streitfragen eine einheitliche Rechtsprechung durch den *Großen Senat* ermöglichen, bevor es zu Divergenzen kommen musste.

### Darstellung und Analyse

Dem Vorlagebeschluss liegen zwei verbundene Verfahren zu Grunde, in denen jeweils nach einer verfahrensbeendenden Absprache ein Rechtsmittelverzicht erklärt worden ist, der Angeklagte aber jeweils anschließend gleichwohl Revision (einmal verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumnis der Revisionsfrist) eingelegt hatte. In einem Fall war der Rechtsmittelverzicht unmittelbar Gegenstand der vorausgegangenen Urteilsabsprache gewesen, im anderen hatte das Gericht ihn als zumindest wünschenswert bezeichnet. Nach einer kurzen Darstellung der bisherigen Entscheidungssituation der unterschiedlichen *Senats*, welche die Zulässigkeit der Vorlage nach § 132 II bzw. IV StPO belegt, und nach einem Hinweis, dass auch gesetzgeberische Initiativen zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren<sup>7</sup> die Vorlage nicht entbehrlich machen, fasst der *Senat* seine Argumente für eine Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts unter Berücksichtigung der Gegenargumente derjenigen *Senats*, die sich auf den Anfragebeschluss ablehnend geäußert hatten, noch einmal zusammen.

Zentraler Ausgangspunkt ist dabei, dass der 3. *Senat* trotz eines gewissen unabwiesbaren praktischen Bedürfnisses für Absprachen die „Verständigung in Strafsachen“ als „eine dem deutschen Strafverfahrensrecht fremde Erscheinung“ einord-

net, da die StPO „grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet“ sei, was zu ändern allein dem Gesetzgeber zustehe. Dementsprechend seien in der bekannten Leitentscheidung BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86, auch nur diejenigen Grundsätze skizziert, „bei deren Einhaltung durch den Tatrichter die Verständigung mit der geltenden Rechtsordnung (noch) in Einklang zu bringen ist“; daher sei jenseits dieser „Mindestbedingungen ... ein konsensuales Verfahren mit ... dem geltenden Strafprozessrecht nicht mehr zu vereinbaren“. Soweit sie aber eingehalten würden, bestehe trotz der generellen Bedenken an der Absprachenpraxis in der Literatur, „die durchaus Gewicht haben, ... keine Veranlassung, die Zulässigkeit von Verständigungen im Strafverfahren grundsätzlich anders und abweichend von der Entscheidung BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86, zu beurteilen“.

Gerade weil es sich aber um unverzichtbare „Mindestbedingungen für eine mit rechtsstaatlichen Anforderungen noch zu vereinbarende Verständigung“ handle, komme „dem Verbot, sich einen Rechtsmittelverzicht versprechen zu lassen, eine besondere Bedeutung zu“. Denn nur dadurch sei garantiert, dass „die Beteiligten nicht sicher sein können, dass das Urteil – ungeachtet der vorangegangenen Verständigung – nicht doch zur Überprüfung gestellt wird“. Die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts wird damit zu einem Abwehrmittel gegen „Abschottungsstrategien“ der instanzgerichtlichen Praxis, die durch die Vereinbarung eines solchen Verzichts Abweichungen von den Leitlinien des BGH zu vertuschen versuchen könne. Um dem Verbot, Rechtsmittelverzichte zum Abspracheninhalt zu machen oder informell darauf hinzuwirken, „Durchschlagskraft“ zu verschaffen, bleibe aber letztlich nur die Möglichkeit, als „Konsequenz aus einem Verstoß gegen dieses Verbot ... die Unwirksamkeit der im Anschluss daran abgegebenen Verzichtserklärung“ anzunehmen.

Den Einwand des 1. *Strafsenats*, derartige Überlegungen seien keine „hinreichend tragfähige“ bzw. „konkrete rechtliche Grundlage“, um zur Unwirksamkeit der Verzichtserklärung zu gelangen, wird entgegengehalten, dass die gesamte Absprachenpraxis nicht präziser gesetzlich geregelt ist, so dass darin kein entscheidendes Gegenargument liegen könne. Ebenso unerheblich sei, dass nach Ansicht des 1. *Senats* „in einzelnen Fällen, insbesondere in Verfahren wegen Wirtschaftskriminalität, der Angeklagte, der sofort auf Rechtsmittel verzichtet, um eine (häufig äußerst milde) Strafe schnellstmöglich rechtskräftig werden zu lassen, durchaus in der Lage ist, die Konsequenzen seiner Erklärung abzuschätzen“. Denn das ändere nichts daran, dass sich der Angeklagte zumindest im Regelfall „unmittelbar nach Urteilsverkündung auch dann in einer psychischen Extremsituation“ befinde, „wenn dem Urteil eine verfahrensbeendende Absprache vorausgegangen ist“. Die Beistands- und Beratungspflicht des Verteidigers bilde hier kein ausreichendes Gegengewicht, zumal auch der Verteidiger durchaus ein Interesse an einer schnellen Verfahrensbeendigung haben könne. Auch die Hinweise des 1. *Senats* auf die Wirksamkeit anderer strafprozessualer Erklärungen infolge einer Absprache oder gar zivilprozessualer Prozesshandlungen nach einem Vergleich werden angesichts der abweichenden Grundsätze des Strafverfahrensrechts und der Sonderstellung gerade des Rechtsmittelverzichts als irrelevant abgetan.

7 Krit. zu dieser Beschränkung der Absprache etwa auch Schmitt, GA 2001, 411 (424 f.), sowie Mosbacher, NSz 2004, 52 in einer Besprechung des Anfragebeschlusses des 3. *Strafsenats* BGH, NSz 2003, 677; gegen ihn Meyer-Gößner, NSz 2004, 216.

8 Vgl. den Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, abgedr. in StV 2004, 228.



Ist die Argumentation bis dahin vor allem durch die effektive Wahrung der Prinzipien der StPO und die Situation des Angeklagten geprägt, so gerät gegen Ende der Begründung das Verhältnis zwischen Revisions- und Instanzgericht in das Blickfeld des *Senats*. Man meint dabei eine gewisse Verärgerung über die trichterliche Praxis<sup>9</sup>, soweit sie von den Vorgaben des *BGH* abweicht, zu verspüren, wenn man liest:

„Hinzu kommt die Überlegung, dass ohne die generelle Konsequenz der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts der Verstoß des Gerichts gegen das Verbot seiner Vereinbarung und seiner Bewirkung sanktionslos bliebe ... Sollte der Einwand des 2. *Strafsenats*, das Revisionsgericht habe den Tatrichter nicht zu sanktionieren, dahin zu verstehen sein, dass die Verletzung von Verfahrensvorschriften durch den Tatrichter ohne Reaktion seitens des Revisionsgerichts bleiben solle, vermöchte dies nicht zu überzeugen ... Wenn die obergerichtliche Rechtsprechung Mindestbedingungen für eine zulässige Verständigung beschreibt, dann ist sie zugleich gehalten, deren Beachtung im Rahmen des Möglichen ebenso sicherzustellen, wie dies auch sonst zu den Aufgaben des Revisionsgerichts gehört ... Der *Senat* ist weiterhin der Auffassung, dass die gerichtliche Praxis zunehmend Anlass zu der Besorgnis gibt, die Grundprinzipien des Strafprozesses seien gefährdet. Zwar gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Grenzen zulässiger Verständigung in der täglichen Praxis der Strafgerichte regelmäßig überschritten werden. Indes ist ... der Bereich bedauerlicher Einzelfälle – quasi sporadischer ‚Ausreißer‘ – deutlich überschritten ... Die(se) Verstöße sind ... geeignet, das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung und deren Vertrauen in die Strafgerichtsbarkeit zu zerstören. Aufgabe der obergerichtlichen Rechtsprechung muss es sein, dieses Vertrauen zu erhalten und gleichzeitig den Tatrichtern die Möglichkeit zu belassen, in offener Verhandlungsführung mit den Beteiligten über die Aussichten des Verfahrens zu sprechen“.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Absprachen im Strafprozess haben – obwohl sie praktisch gewiss schon seit langem zumindest informell von Bedeutung sind – lange Zeit mehr oder weniger ein Schattendasein in der wissenschaftlichen Behandlung und auch in der Ausbildung (Literatur) geführt<sup>10</sup>. Dies hat sich mittlerweile geändert<sup>11</sup>. Man sollte deswegen bereits für das Erste Staatsexamen das Phänomen der Absprachen, die wichtigsten theoretischen Einwände gegen eine solche Praxis sowie die Leitlinien des 4. *Strafsenats* kennen. Der aktuelle, nun wohl zu einer Entscheidung des *Großen Strafsenats* führende Streit um die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts sollte nicht nur auf Grund der kontroversen Beurteilung innerhalb des *BGH* bekannt sein, sondern auch mit Blick darauf, dass er sich verhältnismäßig leicht in eine prozessuale Zusatzfrage<sup>12</sup> einkleiden lässt: Die Frage, ob der Verzicht wirksam ist, muss bereits im Rahmen der Zulässigkeit einer Revision thematisiert werden, deren Prüfung in ihren Grundzügen zum Standardwissen gehören sollte<sup>13</sup>.

Wie „folgenreich“ für die Praxis (und dann in der Zukunft auch für Ausbildung und Prüfung) die hier besprochene Vorlage ist, wird maßgeblich davon abhängen, wie sich der *Große Strafsenat* entscheidet. Seine Bedeutung liegt – ebenso wie die der vorangehenden Anfrage- und Antwortbeschlüsse – aber nicht nur darin, dass für den *Großen Strafsenat* die Argumente und Gegenargumente aufgezeigt sind; vielmehr lassen die gegenläufigen Beschlüsse im Vorfeld auch Vermutungen zu, wie extensiv oder restriktiv jeweils die anstehende Entscheidung des *Großen Senats* in der späteren Spruchpraxis der einzelnen *Senate* interpretiert würde<sup>14</sup>.

Hans Kudlich

Zum Überblick: *Bodel Küpper*, Absprachen im Strafverfahren, Jura 1999, 351; 393; *Beulke/Satzger*, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen – *BGHSt* 42, 191, JuS 1997, 1072; *Satzger*, Die Unwirksamkeit eines „ausgehandelten“ Rechtsmittelverzichts, JuS 2000, 1157.

Zur Vertiefung: *Fahl*, Rechtsmittelverzicht nach Absprache, JA 2003, 11.

Zur Übung: *Momsen/Moldenhauer*, Absprachen im Strafprozess aus revisionsrechtlicher Sicht, JA 2002, 415.

- 9 Vgl. insb. auch die zust. Zitierung einer Äußerung von *Rieß* (in: Festschr. f. Meyer-Goßner, 2003, S. 645 [643]) durch den *Senat*, wonach „der Unsitte, den Inhalt der Urteilsabsprache durch Verichtsvereinbarungen einer Rechtsmittelkontrolle zu entziehen, nachdrücklich und wirksam begegnet“ werden müsse.
- 10 Grundlegend vgl. *Deal*, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545; *Denckel/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990.
- 11 Vgl. aus den Ausbildungszeitschriften nur *Fahl*, JA 2003, 11; *Bodel Küpper*, Jura 1999, 351 und 393; *Beulke/Satzger* JuS 1997, 1072; *Satzger*, JuS 2000, 1157; aus der Lehrbuchlit. etwa *Beulke*, StPO, 7. Aufl. (2004), Rdnr. 394 ff.; *Schroeder*, StPO, 3. Aufl. (2001), Rdnr. 395 ff.; *Volk*, StPO, 3. Aufl. (2002), § 30 Rdnr. 1 ff.
- 12 Zur strafprozessualen Zusatzfrage in der Klausur im Ersten Staatsexamen instruktiv die JuS-Beilage von *Murrmann/Grassmann* JuS 2001, H. 3, Beil. 3 ff.
- 13 Ausführliches Prüfungsschema zur Revision bei *Beulke* (o. Fußn. 11), Rdnr. 559 ff.
- 14 Vgl. etwa zum restriktiven Verständnis der „Hörfallentscheidung“ des *Großen Strafsenats* (*BGH/GS/St* 42, 139 [= NJW 1996, 2940] m. Anm. *Kudlich*, JuS 1997, 696) durch den mit seinem damaligen Anfragebeschluss „unterlegenen“ 5. *Strafsenat* in der späteren „Wahrsagerentscheidung“ *BGHSt* 44, 129 [= NJW 1998, 3506] m. Anm. *Juhn*, JuS 2000, 441.

## 12. Öffentliches Recht – Steuerverfahrensrecht

Grenzen der Bindungswirkung tatsächlicher Verständigungen

GG Art. 3 I, 20 II, III, 106 ff.; AO 1977 §§ 85 ff.

Eine tatsächliche Verständigung zwischen einem Steuerpflichtigen und der für seine Besteuerung zuständigen Finanzbehörde, deren Gegenstand die Übernahme von Steuerschulden Dritter ist, bindet die für die Besteuerung zuständigen Finanzbehörden nicht, wenn diese am Zustandekommen der tatsächlichen Verständigung nicht beteiligt waren.

*BFH, Urt. v. 7. 7. 2004 – X R 24/03, DStR 2004, 1647*

### Zum Sachverhalt

Der Kl. erzielte in den Streitjahren 1993 und 1994 Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus einer Tätigkeit als Versicherungsvertreter für die Versicherungsgruppe X. Diese gewährte ihren Vertretern im Rahmen eines Haustarifs Rabatte und Zuschüsse, die für den Kl. in den Streitjahren 13.210 bzw. 13.507 DM betragen und von ihm in den Einkommensteuererklärungen nicht angegeben wurden. Im Rahmen eines gegen Verantwortliche der X eingeleiteten Ermittlungsverfahrens wegen Steuerhinterziehung und Beihilfe zur Steuerhinterziehung wurde am 18. 12. 1995 eine tatsächliche Verständigung zwischen Vertretern der X und Vertretern der für diese zuständigen Finanzbehörden schriftlich niedergelegt. In ihr erklärte sich die X zur Übernahme der – geschätzten – Steuerausfälle bei den selbstständigen Vertretern bereit. Entsprechende Ermittlungen hinsichtlich dieser enthielten insoweit für die Zeit bis zum 31. 12. 1994. Nach Maßgabe der Verständigung wurden die Festsetzungen der Körperschaftsteuer und des Gewerbesteuer-Messbetrags für das Jahr 1995 erhöht. Ungeachtet der Verständigung erließ 1997 die für den – in demselben Bundesland, aber dem Bezirk einer anderen Oberfinanzdirektion belegenden – Wohnsitz des Kl. zuständige Finanzbehörde einen Bescheid, in dem festgestellt wurde, dass den Körperschaftsteuerzahlungen der X keine Tilgungswirkung für Einkommensteuerschulden des Kl.



vollständige Überbürdung der Kosten und Auslagen im Revisionsverfahren auf die Staatskasse nach § 473 Abs. 4 StPO (vgl. Meyer-Göfner, StPO 47. A., § 473 Rdnr. 27 f.) angemessen erscheint.

### StPO § 302

(Rechtsmittelverzicht bei Absprache)

1. Ist es zulässig, im Rahmen einer Urteilsabsprache zu vereinbaren, daß auf ein Rechtsmittel verzichtet wird?
2. Ist es zulässig, daß das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache darauf hinwirkt, daß ein Rechtsmittelverzicht erklärt wird, indem es diesen ausdrücklich anspricht oder befürwortet?
3. Ist die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, wirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist oder bei der das Gericht, ohne sich ihm im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich auf diesen hingewirkt hat?

BGH, Vorlagebeschl. v. 15. 6. 2004 – 3 StR 368/02 u. 415/02

• Aus den Gründen: I. Dem Senat liegen zwei Revisionsverfahren vor, in denen vorab jew. über die Frage zu entscheiden ist, ob dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit zukommt. Der Senat hat die beiden Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden ... [zum Sachverhalt vgl. Anfragebeschl. des 3. Senats StV 2003, 544]

3. Der Senat hält in beiden Fällen den Rechtsmittelverzicht für unwirksam und möchte auf die Revisionen der Angekl. die Urteile einer Rechtsprüfung unterziehen.

Soweit es um die Wirksamkeit einer Verzichtserklärung geht, die – wie im Fall des Angekl. J. – unzulässigerweise Gegenstand einer vorausgegangenen Urteilsabsprache war, hat der Senat im Hinblick auf die entgegenstehende Rspr. des 2. Strafsenats (BGH NStZ 1997, 611 [= StV 1997, 572]) [unter Hinweis auf die Entscheidungen BGH wistra 1992, 309, 310; BGH, Beschl. v. 17. 7. 1991 – 2 StR 230/91]; Beschl. v. 25. 10. 2000 – 2 StR 403/00; Beschl. v. 11. 6. 2001 – 2 StR 223/01 = NStZ-RR 2001, 334 [= StV 2001, 557]; Beschl. v. 4. 7. 2001 – 2 StR 247/01; abschwächend: Beschl. v. 7. 8. 2002 – 2 StR 196/02], des 1. Strafsenats (BGH NStZ 2000, 386 [= StV 2000, 237]; NStZ-RR 2002, 114) und des 5. Strafsenats (BGH, Beschl. v. 5. 9. 2001 – 5 StR 386/01) angefragt, ob an dieser Rspr. festgehalten wird. Soweit es um die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts geht, auf den das Gericht – wie im Fall der Angekl. H. – lediglich hingewirkt hat, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, hat der Senat, nachdem hierzu eine Entscheidung des BGH bislang nicht vorliegt, die anderen Senate um Stellungnahme gebeten (Anfragebeschl. v. 24. 7. 2003 = StV 2003, 544).

4. Der 5. Strafsenat (Beschl. v. 29. 10. 2003 – 5 ARs 61/03 = StV 2004, 4) und der 4. Strafsenat (Beschl. v. 25. 11. 2003 – 4 ARs 32/03 = StV 2004, 4) haben mitgeteilt, daß sie den im Anfragebeschl. bezeichneten Rechtssätzen zustimmen und eigene Rspr. nicht entgegensteht (4. Strafsenat) bzw. aufgegeben wird (5. Strafsenat). Der 1. Strafsenat (Beschl. v. 26. 11. 2003 – 1 ARs 27/03 = StV 2004, 115) und der 2. Strafsenat (Beschl. v. 28. 1. 2004 – 2 ARs 330/03 = StV 2004, 196) haben ausgeführt, daß sie an ihrer entgegenstehenden Rspr. zur Wirksamkeit eines unzulässigerweise vereinbarten Rechtsmittelverzichts festhalten und auch eine Rechtsmittelverzichtserklärung als wirksam ansehen, auf die das Gericht nur hingewirkt hat. Der 2. Strafsenat hat zudem dargelegt, daß er es – abweichend von den in BGHSr 43, 195 aufgestellten Grundsätzen – für rechtlich unbedenklich hält, wenn bei einer formgerechten einver-

ständlichen Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten ein allseitiger Rechtsmittelverzicht »in Aussicht gestellt wird«. Der 4., 1. und 2. Strafsenat haben darüber hinaus angeregt, den Großen Senat für Strafsachen auch wegen der grundsätzlichen Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen anzurufen.

5. Nachdem durch den 2. Strafsenat die bisherige Rspr. des BGH zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Urteilsabsprache in Zweifel gezogen worden ist, legt der Senat diese Rechtsfrage (Vorlegungsfrage Nr. 1) gem. § 132 Abs. 4 GVG zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. vor. Die Rechtsfragen, ob dem Gericht auch untersagt ist, im Rahmen einer Urteilsabsprache auf die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts hinzuwirken (Vorlegungsfrage Nr. 2), und ob auch dieses Hinwirken zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führt (Vorlegungsfrage Nr. 3, Teil 2), legt er gem. § 132 Abs. 4 GVG zur Fortbildung des Rechts vor. Der Senat mißt den Fragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne dieser Vorschrift bei. Sie ergibt sich aus den Auswirkungen, die mit der Vereinbarung oder Bewirkung eines Rechtsmittelverzichts für den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung verbunden sind (vgl. Volk in FS Salger, S. 411, 418). Die Rechtsfrage nach der Wirksamkeit eines zuvor unzulässigerweise versprochenen Rechtsmittelverzichts (Vorlegungsfrage Nr. 3, Teil 1) legt der Senat gem. § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor.

Die Vorlage wird nicht dadurch entbehrlich, daß nunmehr von seiten des Bundesjustizministeriums und der die Bundesregierung tragenden Koalitionsfraktionen beabsichtigt ist, eine gesetzliche Grundlage für Gespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung zu schaffen (vgl. Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, Stand: 18. 2. 2004 = StV 2004, 228) und dabei nicht nur die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zu untersagen, sondern auch zu bestimmen, daß ein Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, wenn er Gegenstand einer vorangegangenen Verständigung war (§ 257 b Abs. 2 StPO-Entwurf und § 302 Abs. 1 S. 2 StPO-Entwurf). Es ist nicht absehbar, ob, wann und mit welchem Inhalt eine entsprechende gesetzliche Regelung in Kraft tritt.

6. In der Strafsache J. steht der Erheblichkeit der Rechtsfragen auch nicht entgegen, daß der Angekl. die Rechtsmittelfrist versäumt hat. Ihm wird nämlich für den Fall, daß der Große Senat für Strafsachen die Vorlegungsfragen 1 und 3 i. S. der Vorlage entscheidet, auf der Basis der bisherigen Rspr. (vgl. BGHSr 45, 227, 234 [= StV 2000, 4]) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision zu gewähren sein.

II. Der Senat hat die Gründe für seine Auffassung, daß ein Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache weder vereinbart werden noch daß das Gericht auf ihn hinwirken darf und daß eine Verzichtserklärung, die abgegeben worden ist, nachdem gegen diese Verbote verstoßen worden ist, unwirksam ist, bereits in seinem Anfragebeschl. v. 24. 7. 2003 (StV 2003, 544) dargelegt. Auf ihn wird Bezug genommen und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der anderen Senate das folgende ergänzend angemerkt:

1. Die Verständigung in Strafsachen, hier insbes. die verfahrensbeendende Absprache eines Urteils, ist eine dem deutschen Strafverfahrensrecht fremde Erscheinung. Die StPO ist grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet. Sie dahingehend zu ändern, daß die gerichtliche Aufklärungspflicht eingeschränkt und es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht wird, sich über das Verfahrensergebnis abzusprechen, liegt ausschließlich in der Kompetenz des Gesetzgebers. Da sich in der Strafrechtspraxis – trotz Fehlens gesetzlicher Regelungen – seit vielen Jahren zunehmend Formen konsensualer Verfahrensbeendigung entwickelt hatten, sah sich auch die obergerichtliche Rspr. zunehmend mit diesem Phänomen befaßt. Sie hatte zunächst einzelne, dafür typische Verfahrensvorgänge



anderen Umständen ausdrücklich als »weiteres Indiz der Täterschaft des Angekl.« nicht nur das sechsmonatige Hin-  
 angekün- digten Abgabe der Speichelprobe angeführt,  
 abhebt, daß der Angekl. »bei reinem Gewissen«  
 eines schweren Verbrechens umgehend hätte ausgeräu-  
 Das spricht dafür, daß es meinte, sich für seine Über-  
 auch hierauf stützen zu müssen. Dies zwingt zur  
 Verurteilung des Angekl. in beiden Fällen.

ufung des angefochtenen Urteils auf die auch all-  
 Sachrüge hin deckt weitere rechtliche Män-

hat bei der Beweiswürdigung zum Fall 1 im Rah-  
 samtschau aller Indizien unter anderem in dem  
 vor der Kriminalpolizei nur sechs Tage nach der  
 »falschen Alibi« einen belastenden  
 Das begegnet hier rechtlichen Bedenken,  
 jedoch dahingestellt bleiben können.

hatte vor der Polizei zunächst behauptet, zur Tat-  
 fahrer mit einem vom Flughafen Stuttgart abgehol-  
 gewesen zu sein. Als dies widerlegt werden  
 in der Hauptverhandlung erklärt, er sei – wohl  
 des zeitlichen Ablaufs – einem Irrtum unterlegen.

des BGH kann ein objektiv widerlegtes, aber  
 erlogenes Alibi für sich allein und ohne  
 Gründe und Begleitumstände seines Vorbrin-  
 als Beweiszeichen für die Überführung des An-  
 werden. Auch ein Unschuldiger kann meinen,

auf einen Freispruch seien besser, wenn er  
 die Wahrheit setze, sondern überdies versuche,  
 konstruiertes Alibi zu bauen, also mit dem  
 Lüge ein übriges tun zu sollen, um seinen Frei-  
 abzusichern. Ebenso wenig ist der lediglich  
 Alibibeweis – bei dem die Lüge nicht erwiesen ist  
 allein ein Beweiszeichen für die Täterschaft. Der  
 nicht gehalten, sein Alibi zu beweisen. Daß er dies  
 nicht, wenn auch im Ergebnis erfolglos, darf ihm nicht  
 zum Nachteil gereichen.

ein widerlegtes Alibi deshalb bei der Beweisfüh-  
 außer Betracht bleiben. Treten besondere Um-  
 so darf berücksichtigt werden, daß der Angekl.  
 wahrheitswidrig auf ein Alibi berufen hat (vgl. zu

StPO § 261 Überzeugungsbildung 11, 30). Die  
 und Begleitumstände der Alibibehauptung sind dabei  
 (BGHSt 41, 153 [= StV 1995, 510]; BGHR StPO  
 Überzeugungsbildung 30; BGH StV 1982, 158). Will der  
 erlogene Entlastungsbehauptung als zusätzli-  
 Beweiszeichen werten, so muß er sich bewußt sein,

essentlich falsche Einlassung hierzu ihren Grund  
 haben muß, daß der Angekl. die Tat begangen hat.  
 auch eine andere Erklärung finden kann. Deshalb  
 welchen Fällen darzutun, daß eine andere, nicht auf  
 hindeutende Erklärung im konkreten Fall nicht  
 kommt oder – obgleich denkbar – nach den Um-  
 jedenfalls so fernliegt, daß sie ausscheidet (BGHR  
 Aussageverhalten 13).

Insbesondere wird die Beweiswürdigung des LG  
 ungeschränkt gerecht. Es hat nicht ausdrücklich klar-  
 ob es von einem erlogenen oder nur von einem schlicht  
 Alibi ausgeht. Der Angekl. hat sich im Blick auf  
 Angabe bei der polizeilichen Vernehmung spä-  
 Irrtum berufen. Hiermit hat sich das LG nicht nä-  
 und dem Angekl. ohne weiteres das

Alibi als Indiz für seine Täterschaft im Fall 1 ent-  
 halten. Das wäre allenfalls dann rechtlich hinnehmbar,  
 wenn man dem Urteil noch entnehmen könnte, daß das LG  
 auch einen Irrtum des Angekl. ausschließen zu können  
 die dafür erforderliche Begründung in noch tragfähi-

aus dem Urteilszusammenhang ergäbe ...

+ StPO § 302 Abs. 1 S. 1  
 (Rechtsmittelverzicht bei Absprache)

**Unwirksamkeit eines sofort nach Urteilsverkündung erklärten  
 Rechtsmittelverzichts des Angeklagten, auf den der Staatsan-  
 walt mit der Ankündigung eines unsachgemäßen Haftantrages  
 für den Weigerungsfall gedrängt hatte.**

BGH, Beschl. v. 20. 4. 2004 – 5 StR 11/04 (LG Berlin)

♦ Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. R. wegen 14  
 Fällen der Steuerhinterziehung, zehnmal qualifiziert nach § 370 a  
 AO, unter Einbeziehung einer anderweitig rechtskräftig verhäng-  
 ten Geldstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. 6 M. verur-  
 teilt. Zwei Mitangekl., gegen die das Urteil rechtskräftig ist, wur-  
 den wegen des gleichen Schuldspruchs zu Gesamtfreiheitsstrafen  
 von 5 J. bzw. ebenfalls 3 J. 6 M. verurteilt. Die Verurteilung betrifft  
 die im Zusammenwirken mehrerer Firmen arbeitsteilig mit minde-  
 stens fünf gesondert verfolgten betriebene Hinterziehung von ins-  
 gesamt 3,4 Millionen € Umsatzsteuern im Zusammenhang mit  
 dem Erwerb und Weiterverkauf von Gold. Die Revision des An-  
 gekl. R. hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Der vom Angekl. R. im An-  
 schluß an die Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht  
 erweist sich als unwirksam. Aufgrund der Art und Weise seines  
 Zustandekommens liegt ein Ausnahmefall vor, in dem die –  
 grundsätzlich unwiderrufliche und unanfechtbare – Verzichts-  
 erklärung als unwirksam anzusehen ist (vgl. BGHSt 45, 51, 53  
 [= StV 1999, 412]).

a) Der Rechtsmittelverzicht erfolgte als Reaktion des Ange-  
 kl. R. auf die Androhung des Sitzungsvertreters der StA, die  
 Aufhebung der unmittelbar zuvor mit Urteilsverkündung be-  
 schlossenen Außervollzugsetzung des Haftbefehls gegen den  
 Angekl. R. für den Fall seiner Verweigerung eines sofortigen  
 Rechtsmittelverzichts zu beantragen. Mit dem GBA hält der  
 Senat den Sachvortrag der Revision in diesem Zusammenhang  
 für erwiesen. Die StA ist ihm in ihrer Gegenerklärung nicht  
 entgegengetreten: dem Vortrag entgegenstehende dienstliche  
 Erklärungen sind nach Eingang der Revisionsschriften nicht  
 erfolgt.

Dem Vorgang war folgendes vorangegangen: Als bald nach  
 Anklageerhebung wurden Verständigungsgespräche zwischen  
 den Verfahrensbeteiligten initiiert; gegen R. wurde das Haupt-  
 verfahren ohne Gewährung einer Erklärungsfrist – worauf erst  
 später verzichtet wurde – eröffnet; es erfolgte dann eine ganz  
 ungewöhnlich zügige, bereits zehn Tage nach Anklageerhe-  
 bung vollzogene Aburteilung von drei Angekl. nach gut zwei-  
 stündiger Hauptverhandlung in einem umfangreichen Steuer-  
 strafverfahren.

Vor diesem Hintergrund stützen insbes. zwei weitere unge-  
 wöhnliche Verfahrensvorgänge das Revisionsvorbringen: Zum  
 einen ist es die im Zusammenhang mit dem Schlußvortrag ab-  
 gegebene, vom Gericht unwidersprochen hingenommene und  
 protokollierte Erklärung des StA, bei allen drei Angekl. stehe  
 – nach Strafanträgen über erhebliche Gesamtfreiheitsstrafen,  
 die der anschließenden Verurteilung entsprachen – »im Falle  
 der Rechtskraft des Urteils« einer Haftverschonung nichts ent-  
 gegen. Zum anderen ist es der Umstand, daß die Hauptver-  
 handlung nach Verkündung des Urteils und der Haftverschon-  
 ungsbeschl. sowie den Rechtsmittelverzichtserklärungen der  
 beiden Mitangekl. zu einer Beratung des Angekl. R. mit sei-  
 nem Verteidiger vor Abgabe der in Streit stehenden Rechts-  
 mittelverzichtserklärung eigens unterbrochen wurde.

b) Nach den der Urteilsfindung vorangegangenen Verständi-  
 gungsgesprächen deutet die Ankündigung des StA, er werde  
 die Aufhebung der mit Urteilsverkündung beschlossenen  
 Außervollzugsetzung des Haftbefehls für den Fall mangelnder  
 Bereitschaft des Angekl. R. zum Rechtsmittelverzicht beantra-  
 gen, ebenso wie bereits die Erklärung des StA zur Haftver-  
 schonung im Schlußvortrag klar darauf hin, daß jedenfalls aus



durch Landesrecht konzentriert ist. Hätte der Verfahrensbevollmächtigte diese Frage mit der gebotenen Sorgfalt geprüft, so hätte ihm die Zuständigkeitsregelung des § 4 III Nr. 2 lit. a RhPfGerOrgG nicht verborgen bleiben können. Auf sie ist zum Beispiel hingewiesen in der gängigen Textsammlung „Schönfelder, Deutsche Gesetze“ in Fußnoten zu § 28 FGG und zu § 199 FGG, ferner in den gängigen Kommentaren zum FGG (Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz, FGG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 1, § 199 Rdnr. 2) und zum Wohnungseigentumsgesetz (Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 84).

Die einschlägige landesrechtliche Vorschrift des § 4 RhPfGerOrgG findet sich – entgegen der Behauptung im Wiedereinsetzungsgesuch – darüber hinaus auch in der Juris-Datenbank (bei Recherche unter „Gesetze und Vorschriften“ – „Landesrecht Rheinland-Pfalz“ – „Text“-Suchbegriffe „weitere Beschwerde“ bzw. „freiwillige Gerichtsbarkeit“).

Schließlich ist ein Anwaltsverschulden auch darin zu sehen, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Ast. nicht den „sicheren Weg“ gewählt und von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die weitere Beschwerde gem. § 29 I 1 FGG fristwährend bei dem Gericht erster Instanz oder bei dem LG einzulegen.

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung bespricht *Drasdo*, NJW-Spezial 2005, 196. ■

## 18 Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten von Äußerungen im Theaterstück

GG Art. 1 I, 2 I, 5 III; BGB §§ 823 I, 1004 I; ZPO §§ 91 a I, 920 II, 936

1. Erlässt ein anderes Gericht auf Antrag eines Dritten eine einstweilige Verfügung, die dem Verfügungsbeklagten das Verhalten untersagt, das ihm in einem anhängigen Verfügungsverfahren verboten werden soll, so kann hierdurch die für den Erlass des erstrebten (weiteren) Unterlassungsausspruchs erforderliche Dringlichkeit entfallen.
2. Auf Unterlassung bestimmter Äußerungen in einer Theaterinszenierung in Anspruch genommenes Bundesland, das Rechtsträger des das Theaterstück aufführenden staatlichen Schauspielhauses ist, kann sich – wie ein privater Rechtsträger – auf den Schutz der Kunstfreiheit berufen.
3. Für die Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte, sich auf eine konkrete lebende Person beziehende Äußerung in einer Theateraufführung, deren allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzt, ist eine Gesamtschau des Werks unverzichtbar.
4. Lässt eine angegriffene Äußerung in einer Theateraufführung in dem Zusammenhang der Inszenierung verschiedene – nahe liegende – Interpretationen zu, so ist diejenige der Beurteilung zu Grunde zu legen, welche die Rechtsgüter anderer am wenigsten beeinträchtigt.
5. Der in einer Theateraufführung gesprochene, eine bekannte lebende Person betreffende Satz „Wen ich sehr schnell erschießen würde, das wäre Frau C ...“ wird nicht zwangsläufig als Aufruf oder Anregung verstanden, ein Tötungsdelikt zu begehen. Auch sind hierdurch nicht ohne weiteres die Grenzen zur Schmähkritik überschritten.

LG Dresden, Urt. v. 9. 12. 2004 – 3 O 4354/04

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NJW-RR 2005, 411. ■

## Strafgerichte

### Bundesgerichtshof

#### 19 \* Absprachen im Strafprozess – Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts

GG Art. 20 III; StPO §§ 1, 302 I 1

1. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken.
2. Nach jedem Urteil, dem eine Urteilsabsprache zu Grunde liegt, ist der Rechtsmittelberechtigte, der nach § 35 a S. 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, stets auch darüber zu belehren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung). Das gilt auch dann, wenn die Absprache einen Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand hatte.
3. Der nach einer Urteilsabsprache erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist unwirksam, wenn der ihn erklärende Rechtsmittelberechtigte nicht qualifiziert belehrt worden ist.

BGH, Beschl. v. 3. 3. 2005 – GSSSt 1/04 (LG Lüneburg, LG Duisburg)

**Zum Sachverhalt:** Die Vorlage des 3. Strafsenats des BGH an den Großen Senat für Strafsachen betrifft die Frage, inwieweit dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit zukommt. Dem 3. Strafsenat liegen zwei Revisionsverfahren vor, in denen vorab jeweils über die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts zu entscheiden ist. Beide Verfahren hat der 3. Strafsenat zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

(1) In der Strafsache gegen J (3 StR 415/02) geht es um einen in der Urteilsabsprache „vereinbarten“ und nach Urteilsverkündung sodann alleseitig erklärten Rechtsmittelverzicht, nach dem der Angekl. Wiedereinsetzung zur Revisionseinlegung begehrt. Das LG Duisburg hat den Angekl. am 29. 4. 2002 wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angekl. hat unmittelbar nach der Urteilsverkündung auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet. Fünf Monate später hat er mit Schriftsatz vom 25. 9. 2002, eingegangen am 27. 9. 2002, Revision eingelegt und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision beantragt. Dazu hat er vorgetragen: Der Rechtsmittelverzicht sei Bestandteil einer verfahrensbeendenden Absprache gewesen und deshalb unwirksam. Hiervon habe er erst nach dem 20. 9. 2002 – dem Tag, an dem sein neuer Verteidiger Akteneinsicht erhalten hatte – Kenntnis erlangt. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie einer einstündigen Unterbrechung der Sitzung wurde im Hauptverhandlungsprotokoll festgehalten: „Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage sicherte die Kammer eine Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren neun Monaten bei Rechtsmittelverzicht zu.“ Daraufhin erklärten sowohl die Sitzungsvertreterin der StA als auch der Angekl. und sein Verteidiger, sie stimmten einer „solchen Absprache“ bzw. einer „solchen Zusage der Kammer“ zu. Nach Verlesung des Anklagesatzes und Belehrung des Angekl. über seine Aussagefreiheit erklärte dieser, aussagen zu wollen. Anschließend gestand „der Angekl. durch seinen Verteidiger die Anklagevorwürfe als richtig zu“. Der Verteidiger erklärte für den Angekl. weiterhin das Einverständnis zur „außergerichtlichen Einziehung“ von sichergestellten Betäubungsmitteln und Geldbeträgen. Daraufhin wurde auf die Vernehmung der erschienenen Zeugen verzichtet. Nach im Wesentlichen übereinstimmenden Schlussanträgen von StA und Verteidigung und dem letzten Wort des Angekl. verkündete die Strafkammer das Urteil und einen Haftortdauerbeschluss. Unmittelbar danach verzichteten der Angekl., sein Verteidiger und die StA auf Rechtsmittel. Diese Erklärungen wurden vorgelesen und genehmigt.



(2) In der Strafsache gegen H (3 StR 368/02) war der Rechtsmittelverzicht selbst zwar nicht Inhalt der Urteilsabsprache. Das Gericht brachte dabei aber zum Ausdruck, dass ein Rechtsmittelverzicht „wünschenswert“ sei. Auf Nachfrage des Gerichts nach Urteilsverkündung erklärten die Angekl. und ihre Verteidiger Rechtsmittelverzicht, ungeachtet dessen die Angekl. innerhalb der Frist des § 341 StPO Revision einlegte. Das LG Lüneburg hat die Angekl. am 4. 7. 2002 in einem umfangreichen Betäubungsmittelverfahren, das sich noch gegen weitere Angekl. richtete, wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handel treiben mit Betäubungsmitteln, jeweils in nicht geringer Menge, in zehn Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die am 5. 7. 2002 – am Tag nach der Urteilsverkündung – eingelegte Revision der Angekl. Die Angekl. ist der Auffassung, ihr Rechtsmittel sei zulässig, obwohl sie unmittelbar nach Verkündung des Urteils auf Rechtsmittel verzichtet hatte. Ihr Rechtsmittelverzicht sei nämlich unwirksam. Dem liegt folgender Verfahrensablauf zu Grunde: Am ersten Verhandlungstag wurde die Hauptverhandlung unterbrochen, „um den Verfahrensbeteiligten (StA, Verteidigung, Gericht) Gelegenheit zu geben, eine einverständliche Verfahrenserledigung zu erörtern“. Nach einer Stunde wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt. Zum weiteren Fortgang heißt es im Hauptverhandlungsprotokoll: „Der Vorsitzende gab den Inhalt des in der Verhandlungunterbrechung geführten Gesprächs bekannt: Die Kammer schlage folgende Verfahrenserledigung (Rechtsmittelverzicht wünschenswert) vor: ... „Für den Fall eines „umfassenden und glaubhaften“ Geständnisses der Angekl. wurde eine Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten als Strafobergrenze in Aussicht gestellt.“ Die Hauptverhandlung wurde sodann erneut unterbrochen, „um den Verfahrensbeteiligten, insbesondere den Angekl. und ihren Verteidigern Gelegenheit zu geben, die Anregung des Gerichts zu erörtern“. 40 Minuten später wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt. „Die Verfahrensbeteiligten, insbesondere die Angekl. und ihre Verteidiger, erklärten: Wir sind mit der vorgeschlagenen einverständlichen Verfahrenserledigung einschließlich der in Aussicht gestellten Gesamtfreiheitsstrafe ... einverstanden.“ Anschließend erklärte der Verteidiger für die Angekl., die Anklagevorwürfe trafen zu, und die Angekl. bestätigte, dies sei so richtig. Am nächsten Verhandlungstag wurde das Urteil verkündet. Dann wurde die Rechtsmittelbelehrung erteilt, zusätzlich wurde das Formblatt ausgehändigt. Während die anderen Angekl. keine Rechtsmittelverzichtserklärungen abgaben, erklärte der Verteidiger der Angekl.: „Wir verzichten auf Rechtsmittel.“ Auf Nachfrage des Gerichts bekundete die Angekl. nach kurzer Unterredung mit ihrem Verteidiger: „Ich verzichte auf Rechtsmittel gegen das soeben verkündete Urteil.“ Diese Erklärung wurde vorgelesen und genehmigt. Anschließend erklärte die StA gleichfalls Rechtsmittelverzicht bezüglich der Angekl. H.

Der 3. Strafsenat hält in beiden Fällen den Rechtsmittelverzicht für unwirksam. Er möchte auf die Revisionen der Angekl. die Urteile einer Rechtsprüfung unterziehen. Er hält die geschilderte Vorgehensweise des LG für unzulässig. Ein Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache dürfe weder vereinbart werden, noch dürfe das Gericht auf ihn hinwirken. Wegen des unzulässigen Vorgehens seien die Rechtsmittelverzichtserklärungen der Angekl. unwirksam. In der Strafsache J (Fall 1) würde der 3. Strafsenat auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGHSt 45, 227 [234] = NJW 2000, 526 = NStZ 2000, 96) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision gewähren. Da sich der 3. Strafsenat im Fall 1 an der beabsichtigten Entscheidung durch die Rechtsprechung des 1. 2. und 5. Strafsenats gehindert sieht, hat er mit Beschluss vom 24. 7. 2003 (NJW 2003, 3426 = NStZ 2003, 677) bei den anderen Strafsenaten gem. § 132 III 1 GVG angefragt, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten wird. Im Fall 2 hat der 3. Strafsenat – nachdem hierzu eine Entscheidung des BGH bislang nicht vorliegt – die anderen Senate um Stellungnahme gebeten. Der 5. Strafsenat (BGH, NJW 2004, 1335) und der 4. Strafsenat (Beschl. v. 25. 11. 2003 – 4 ARs 32/03) haben mitgeteilt, dass sie den im Anfragebeschluss bezeichneten Rechtssätzen zustimmen und eigene Rechtsprechung nicht entgegensteht (4. Strafsenat) bzw. aufgegeben wird (5. Strafsenat). Der 1. Strafsenat (BGH, NStZ 2004, 164 = NJW 2004, 1679 L) und der 2. Strafsenat (BGH, NJW 2004, 1336) halten hingegen an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit eines (unzulässigerweise) vereinbarten Rechtsmittelverzichts fest. Der 2. Strafsenat hat zudem die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer Urteilsabsprache in Zweifel gezogen.

Daraufhin hat der 3. Strafsenat – wegen beabsichtigter Abweichung und wegen grundsätzlicher Bedeutung – dem Großen Senat für Strafsachen gem. §§ 132 II, IV GVG mit Beschluss vom 15. 6. 2004 (NJW 2004, 2536 = NStZ-RR 2004, 266) die insoweit aufgeworfenen Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt, die der Große Senat für Strafsachen wie aus den Leitsätzen ersichtlich beantwortet hat.

**Aus den Gründen:** B. I. Die Beantwortung der Vorlegungsfragen macht vorab eine Entscheidung über die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen erforderlich. Gegenstand der Vorlegung sind zwar unmittelbar lediglich Fragen des Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer solchen Absprache. Diese Fragen lassen sich indes sinnvoll nur beantworten, wenn Urteilsabsprachen nicht von vornherein unzulässig sind.

1. Die Strafprozessordnung kennt die Verständigung über das Ergebnis einer Hauptverhandlung als Erledigungsart und verbindliche Zusagen über das Verfahrensergebnis nicht. Trotz Fehlens gesetzlicher Regelungen hat sich in der Strafrechtspflege eine Praxis dahin entwickelt, dass sich die Verfahrensbeteiligten nicht nur über den Stand und die Aussichten des Verfahrens verständigen – wogegen keine Bedenken bestehen (vgl. hierzu BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419) –, sondern zunehmend auch dessen Ergebnis vereinbaren oder zu vereinbaren versuchen. In nicht wenigen Fällen ist dabei auch die Inaussichtstellung des Rechtsmittelverzichts Gegenstand einer solchen Absprache.

2. Der BGH hat sich in den letzten Jahren mehrfach mit Rechtsfragen befasst, die sich aus dieser Rechtspraxis ergaben.

a) Er hatte zunächst einzelne, dafür typische Verfahrensvorgänge unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. So waren Gegenstand der Entscheidungen des BGH die Besorgnis richterlicher Befangenheit, die nach § 136 a StPO unzulässige Willensbeeinflussung, die Verletzung des fairen Verfahrens, die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs und die Verletzung des Beweisantragsrechts (vgl. die Nachw. im Vorlagebeschl. des 3. Strafsenats, NJW 2004, 2536 = NStZ-RR 2004, 266).

b) Mit der Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31), hat der 4. Strafsenat des BGH schließlich die Verständigung im Strafverfahren insgesamt unter den Aspekten der Rechtsstaatlichkeit, der Idee der Gerechtigkeit sowie der Notwendigkeit einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege beurteilt. Er hat daraus Regeln abgeleitet, bei deren Einhaltung durch den Tatrichter die so „institutionalisierte“ Verständigung mit der geltenden Rechtsordnung (noch) in Einklang zu bringen sei.

Danach bestehen folgende Mindestbedingungen für die Zulässigkeit einer Verständigung: Es darf keine Absprache über den Schuldspruch geben; das Geständnis ist auf seine Glaubhaftigkeit zu überprüfen; alle Verfahrensbeteiligten sind einzubeziehen; das Ergebnis der Absprache ist offen zu legen und zu protokollieren; es darf nur eine Strafobergrenze zugesagt werden; von dieser darf nur abgewichen werden, wenn sich neue schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angekl. ergeben haben; die beabsichtigte Abweichung ist in der Hauptverhandlung mitzuteilen; schließlich muss die Strafe schuldangemessen sein. Nicht zulässig ist es, den Angekl. durch die Androhung einer überhöhten Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis zu drängen, ihm eine mildere Strafe für das Versprechen des Rechtsmittelverzichts zuzusagen und (insofern in BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31, nicht tragend ausgeführt) einen Rechtsmittelverzicht überhaupt zu vereinbaren.



c) Alle Strafsenate des BGH haben in der Folgezeit in einer Reihe von Entscheidungen die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen anhand der Mindestbedingungen von BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31), beurteilt (vgl. nur BGHSt 48, 161 = NJW 2003, 1615 = NSStZ 2003, 383; BGHSt 49, 84 = NJW 2004, 1396 = NSStZ 2004, 338; BGH, NSStZ 2005, 87 = StV 2004, 417; NSStZ 2004, 577 = StV 2004, 470; NJW 2005, 519 = NSStZ 2005, 162 = StV 2004, 639; vgl. auch BVerfG, StV 2000, 3).

3. Der *Große Senat für Strafsachen* hält Urteilsabsprachen grundsätzlich für zulässig und für vereinbar mit der geltenden Strafprozessordnung. Er sieht aber Anlass, die der Absprachepaxis durch Verfassung und Strafprozessordnung gesetzten, bereits in der Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31), zusammengestellten Grenzen hervorzuheben und zu präzisieren.

a) Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich für die Urteilsabsprache insbesondere aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und dem Schuldprinzip.

Der Angekl. hat einen Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG). Die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung dürfen nicht im Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts stehen. Deshalb ist es dem Gericht und der StA untersagt, sich auf einen „Vergleich“ im Gewande des Urteils, auf einen „Handel mit der Gerechtigkeit“ einzulassen. Der Strafprozess darf darüber hinaus nicht auf eine Weise geführt werden, dass der Beschuldigte zum bloßen Objekt des Verfahrens wird. Der Beschuldigte muss im Rahmen der von der Strafprozessordnung aufgestellten Regeln nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch die Möglichkeit erhalten, zur Wahrung seiner Rechte aktiv auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen (BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1987, 2662 = NSStZ 1987, 419; vgl. auch BVerfGE 57, 250 [275 f.] = NJW 1981, 1719 = NSStZ 1981, 357).

Ein zentrales Ziel des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts als der notwendigen Grundlage eines gerechten Urteils. Die Ermittlung des Sachverhalts durch den Tatrichter untersteht dem aus § 244 II StPO abzuleitenden und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“ (vgl. BVerfGE 57, 250 [275] = NJW 1981, 1719 = NSStZ 1981, 357; BVerfGE 63, 45 [61] = NJW 1983, 1043 = NSStZ 1983, 273; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2003, 2444 = NSStZ-RR 2003, 299; BVerfG, Beschl. v. 17. 9. 2004 – 2 BvR 2122/03). Dabei ist die Feststellung des Ergebnisses der Beweisaufnahme grundsätzlich der Urteilsberatung vorbehalten, denn die für das Urteil maßgeblichen Feststellungen muss der Tatrichter nach § 261 StPO aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewinnen (BGHSt 43, 360 = NJW 1998, 1163 = NSStZ 1998, 264).

Die Strafe muss schuldangemessen sein. Der Grundsatz der Schuldangemessenheit des Strafs hat Verfassungsrang. Er folgt aus Art. 1 I und Art. 2 I GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip. § 46 I 1 StGB ist Ausdruck dieses Prinzips (BVerfGE 86, 288 [313] = NJW 1992, 2947 = NSStZ 1992, 484; BVerfGE 95, 96 [140] = NJW 1997, 929). Die Strafe darf sich nicht – auch nicht nach unten – von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen. Sie muss in einem angemessenen Verhältnis zum Maß der persönlichen Schuld, zum Unrechtsgehalt und zur Gefährlichkeit der Tat stehen und muss sich auch im Rahmen des für vergleichbare Fälle Üblichen halten (BGH, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Strafhöhe 9; BtMG § 30 Strafzumessung 1).

b) Mit Blick auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und ihre Ausgestaltung durch die Regelungen der geltenden Strafprozessordnung ergeben sich – jenseits der durch die Vorlegung aufgeworfenen Fragen des Rechtsmittelverzichts (dazu unter II) – für eine zulässige Urteilsabsprache insbesondere folgende, im Wesentlichen schon in der Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31), zusammengestellte Mindestbedingungen:

Das Gericht darf nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben (vgl. BGH, BGHR StPO § 302 Abs. 1 S. 1 Rechtsmittelverzicht 25; NSStZ 2004, 577 [578]).

Das bei einer Urteilsabsprache in der Regel abgelegte Geständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein. Dazu muss das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende Geständnis wenigstens so konkreter sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis reicht hingegen nicht aus (vgl. BGH, BGHR StPO § 302 Abs. 1 S. 1 Rechtsmittelverzicht 25). Zum Geständnis „zu Lasten Dritter“ verweist der *Große Senat für Strafsachen* auf BGHSt 48, 161 (= NJW 2003, 1615 = NSStZ 2003, 383).

Der Schuldspruch kann – allerdings abgesehen von den in Einzelfällen nicht unnötig restriktiv zu handhabenden Möglichkeiten, welche die verfahrensökonomischen Regelungen aus §§ 154, 154 a StPO gestatten – nicht Gegenstand einer Urteilsabsprache sein.

Die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der bei einem „streitigen Verfahren“ zu erwartenden Sanktion darf nicht so groß sein („Sanktionsschere“), dass sie strafzumessungsrechtlich unverträglich und mit einer angemessenen Strafmilderung wegen eines Geständnisses nicht mehr erklärbar ist. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die ohne Absprache in Aussicht gestellte Sanktion das vertretbare Maß überschreitet, so dass der Angekl. inakzeptablem Druck ausgesetzt wird (vgl. BGH, NSStZ 2004, 577 = StV 2004, 470), als auch für den Fall, dass das Ergebnis des Strafnachlasses unterhalb der Grenze dessen liegt, was noch als schuldangemessene Sanktion hingenommen werden kann.

Das Gericht darf über BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31 Ls. 2), hinaus nicht nur wegen neuer Erkenntnisse von seiner Zusage abweichen, sondern – nach entsprechendem Hinweis – auch dann, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden (vgl. BGH, NSStZ 2004, 493; NSStZ 2005, 115). Es wäre unverträglich, das Gericht bei der Urteilsfindung entgegen § 261 StPO an einen maßgeblichen Irrtum allein auf Grund des im Rahmen einer Verständigung gesetzten Vertrauenstatbestands zu binden, den es freilich auch und gerade in diesen Fällen durch entsprechende Hinweise beseitigen muss.

4. Der *Große Senat für Strafsachen* verkennt nicht, dass die Rechtsprechung des BGH zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Urteilsabsprachen bei Einhaltung der in der Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31) zusammengestellten Mindestbedingungen im Schrifttum auf Kritik gestoßen ist. Von Zweifeln abgesehen, ob sie ihr Ziel, der Verständigungspraxis einen Rahmen zu geben, erreicht hat und überhaupt erreichen konnte (vgl. die Nachw. im Vorlagebeschl. des 3. Strafsenats, NJW 2004, 2530 = NSStZ-



RR 2004, 266), wird ihr vor allem entgegengehalten, dass der BGH mit der Einführung eines institutionalisierten Abspracheverfahrens die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten habe. Diese Bedenken teilt der *Große Senat für Strafsachen* nicht.

a) Allerdings enthält die Strafprozessordnung keine Regelungen über die Urteilsabsprache. Sie ist sogar im Grundsatz vergleichsfeindlich ausgestaltet. Richtig ist ferner, dass die Anerkennung der Verbindlichkeit von Zusagen zur Strafhöhe, auch wenn diese – entsprechend den Vorgaben der Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31) – lediglich die Strafobergrenze zum Gegenstand haben dürfen, mit § 261 StPO nur schwer in Einklang zu bringen ist. Sodann ist nicht zu übersehen, dass Abspracheverfahren in der Praxis eher als Verfahren, die streng nach der Strafprozessordnung geführt werden, Gefahr laufen, dem gesetzlich verankerten Aufklärungsgrundsatz (§ 244 II StPO) nur eingeschränkt Rechnung zu tragen.

Schließlich kommt hinzu, dass ein Verständigungsverfahren, dessen Kern die Abgabe eines Geständnisses als Gegenleistung für eine verbindliche Zusage zur Strafhöhe ist, in vielfältiger Hinsicht näherer Ausgestaltung und weiterer Festlegungen bedarf, als durch die Entscheidung BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31), vorgenommen. Der Regelung bedarf namentlich die Frage, wen die Zusage bindet: nur das Tatgericht, das sie erteilt oder etwa auch das Rechtsmittelgericht, schließlich gar das Gericht, an das die Sache nach einer erfolgreichen Revision zurückverwiesen wird. Unabweislich sind Festlegungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bindungswirkung entfällt (s. o. zu 3 b). Gerade auch im Hinblick darauf, dass die Bindung nicht nur beim Auftreten neuer Erkenntnisse, sondern auch dann entfällt, wenn für die Urteilsfindung maßgebliche Aspekte ursprünglich übersehen wurden, stellt sich die Frage, ob – gegebenenfalls mit welchen Einschränkungen – das „vorgeleistete“ Geständnis bei Fortfall der Bindung noch zu Beweis Zwecken verwertet werden darf und welche Anforderungen gegebenenfalls bei seiner Würdigung zu beachten sind. Geregelt werden muss ferner, ob die gerichtliche Zusage auch dann verbindlich ist, wenn im Rahmen der Verständigungsgespräche gebotene Beteiligungen oder Anhörungen unterblieben sind, insbesondere wenn die StA an den Verständigungsgesprächen nicht beteiligt war oder dem Ergebnis nicht zustimmen konnte. Die Frage der Verbindlichkeit der Zusage stellt sich auch für den Fall, dass das Ergebnis der in Vorgesprächen erzielten Verständigung – entgegen den Vorgaben von BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31) – nicht in die Hauptverhandlung eingeführt und protokolliert worden ist. Mit Blick auf das Rechtsmittelverfahren stellen sich nicht nur die von der Vorlage aufgeworfenen Fragen des Rechtsmittelverzichts: zu beantworten ist etwa auch, ob und in welchem Maße im Revisionsverfahren – mit Blick auf die Besonderheiten des Abspracheverfahrens, etwa unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens – bestimmte Verfahrensrügen, namentlich Aufklärungsrügen, ausgeschlossen sein können.

b) Die notwendige Beantwortung all dieser Fragen – und weiterer, die sich auch je nach der gegebenen Antwort stellen werden – erweist sich insbesondere deswegen als schwierig, weil die Strafprozessordnung kein konsensuales Urteilsverfahren kennt und ihr deshalb für die Ausgestaltung eines solchen Verfahrens auch keine Maßstäbe entnommen werden können. Damit gerät die Einführung eines Verständigungsverfahrens in das streng formalisiert ausgestaltete Strafverfahren durch die Rechtsprechung nahe an die Gren-

zen, die das Grundgesetz mit der Verteilung der Aufgaben auf Gesetzgebung und Rechtsprechung der richterlichen Rechtsfortbildung setzt. Diese Grenzen sind indes nicht überschritten:

aa) Das Grundgesetz lehnt einen engen Gesetzespositivismus ab, wie sich bereits aus der Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ nach Art. 20 III GG ergibt (BVerfGE 34, 269 [286 ff.] = NJW 1973, 1221, auch zum Folgenden). Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Vielmehr ist dem Richter eine „schöpferische Rechtsfindung“, der auch willenhafte Elemente eigen sind, nicht grundsätzlich verwehrt. Insbesondere die obersten Gerichtshöfe haben diese Befugnis von Anfang an – mit Billigung des BVerfG – für sich in Anspruch genommen (BVerfGE 334, 269 [288] = NJW 1973, 1221). Sie steht, wie das BVerfG ausdrücklich hervorhebt, besonders dem *Großen Senat* zu, dem namentlich durch § 132 IV GVG die Fortbildung des Rechts zur Aufgabe gemacht ist.

Der Richter ist zu „freierer Handhabung der Rechtsnormen“ (BVerfGE 34, 269 [289] = NJW 1973, 1221), berechtigt, wenn das geschriebene Gesetz bei einer am Wortlaut haftenden Auslegung seine Funktion nicht mehr erfüllt. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. „Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln“ (BVerfGE 34, 269 [288] = NJW 1973, 1221). Die tatsächliche oder rechtliche Entwicklung kann eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen, da Gesetze in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen stehen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann (BVerfGE 82, 6 [12] = NJW 1990, 1593). Ändern sich die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, so folgt aus dem Gesagten die Zulässigkeit einer richterrechtlichen Anpassung des Rechts an diese Bedürfnisse.

bb) Bei Anlegung dieser Maßstäbe sind die Voraussetzungen einer richterrechtlichen Fortbildung der Strafprozessordnung durch Zulassung von Urteilsabsprachen, die die dargestellten Mindestanforderungen erfüllen, insbesondere wegen der unabweislichen Bedürfnisse einer ordnungsgemäßen Strafrechtspflege gegeben. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staats, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und nicht zuletzt das Gebot der Gleichbehandlung aller in Strafverfahren Beschuldigten geben es den zuständigen staatlichen Stellen und insbesondere den Organen der Strafrechtspflege auf, dafür Sorge zu tragen, dass der staatliche Strafanspruch insgesamt – mit Blick auf alle einzuleitenden Strafverfahren – so gut wie möglich durchgesetzt werden kann. Auf seine Durchsetzung darf weder nach Belieben noch aus vermeidbaren Gründen generell, partiell oder im Einzelfall verzichtet werden. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419).

Diesen Anforderungen könnten die Organe der Strafrechtspflege unter den gegebenen – rechtlichen wie tatsächlichen – Bedingungen der Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden. Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz (vgl. dazu den Beschl. der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister v. 17./18. 6. 2004: „Die Justizministerinnen und Justizminister



weisen erneut darauf hin, dass die Strafjustiz am Rande ihrer Belastbarkeit arbeitet.“) könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen. Jedenfalls soweit sie den dargestellten Mindestanforderungen entsprechen, ermöglichen es Urteilsabsprachen, den mitunter gegenläufigen Anforderungen für ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Strafjustiz in ihrer Gesamtheit Rechnung zu tragen.

Das gilt zumal unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes, der ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist, und des Grundsatzes der Prozessökonomie. Beide Grundsätze können den Umfang der im Einzelfall gebotenen Aufklärungsbemühungen bestimmen. Das Gewicht der Strafsache sowie die Bedeutung und der Beweiswert weiterer Beweismittel sind gegenüber den Nachteilen der Verfahrensverzögerungen abzuwägen (BGH, NJW 2001, 695). Die Rücksichtnahme auf die Belange der Verfahrensökonomie, namentlich bei drohender Verfahrensverzögerung, ist der Strafprozessordnung – wie jeder anderen Verfahrensordnung – durchaus nicht fremd (vgl. BGH, NStZ 2004, 638; wistra 2004, 475). So ist nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eine Teileinstellung nach § 154 I Nr. 2 StPO möglich, „wenn ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht zu erwarten ist“. Unter den gleichen Voraussetzungen können einzelne abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen von der Verfolgung ausgenommen werden (§ 154 a I 2 StPO); diese Beschränkung der Strafverfolgung gestattet eine Reduzierung des Schuldpruchs (vgl. nur BGH, NJW 2004, 2990 [2991] = NStZ 2005, 105). Von der Einziehung oder dem Verfall kann ferner nach §§ 430, 442 StPO abgesehen werden, wenn das Verfahren „einen unangemessenen Aufwand erfordern“ würde. Hinzu kommt, dass Verfahrensverzögerungen, selbst wenn diese auf einer Überlastung des Gerichts beruhen, nicht selten dazu führen, dass die schuldangemessene Strafe unterschritten werden muss (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1995, 1277; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2003, 2225; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2003, 2897 = NStZ 2004, 335; BGH, NJW 1999, 1198 = NStZ 1999, 181; BGHSt 45, 321 [339] = NJW 2000, 1123 = NStZ 2000, 269; BGH, Beschl. v. 23. 6. 2004 – 1 ARs 5/04).

Die mit der richterrechtlichen Zulassung der Urteilsabsprache verbundene Fortbildung des Strafprozessrechts ist schließlich auch im Hinblick darauf verfassungsrechtlich vertretbar, dass das Recht auf ein faires Verfahren auch den Zeugen, namentlich den Opfer-Zeugen, davor schützt, zum bloßen Objekt eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens gemacht zu werden (BVerfGE 38, 105 [114 f.] = NJW 1975, 103). Nach der Auffassung des Gesetzgebers ist Aufgabe eines sozialen Rechtsstaats nicht nur, darauf zu achten, dass die Straftat aufgeklärt und Schuld oder Unschuld des Beschuldigten in einem rechtsstaatlichen Verfahren festgestellt, sondern auch, dass die Belange des Opfers gewahrt werden (so die Begr. der BReg. im Entw. zum OpferrechtsreformG v. 24. 6. 2004, BGBl I, 1354, BT-Dr 15/2536). Der Zeugen- und Opferschutz kann deshalb Anlass sein, von einer weitergehenden – den Schuldumfang möglicherweise erhöhenden – Sachaufklärung abzusehen, namentlich unter Anwendung von §§ 154, 154 a StPO. Die Revisionsgerichte knüpfen an dieses Anliegen auch bei der Frage der Notwendigkeit der Aufhebung und Zurückweisung an (vgl. BGH, BGHR StPO § 267 Abs. 1 S. 1 Mindestfeststellungen 7, § 354 Abs. 1 Sachentscheidung 5; zur verfassungskonformen Auslegung unter Opferschutzgesichtspunkten s. auch BVerfG, Beschl. v. 27. 2. 2000 – 2 BvL 4/98).

cc) Der *Große Senat für Strafsachen* würde sich an der nach allem durch die Änderung der Verhältnisse veranlassten, zur Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

gebotenen Rechtsfortbildung durch Zulassung der Urteilsabsprache (in den dargestellten engen Grenzen) allerdings gehindert sehen, wenn eine einschlägige Regelung des Gesetzgebers zu erwarten wäre (vgl. BVerfGE 34, 269 [291] = NJW 1973, 1221). Indes ist trotz drängenden Regelungsbedarfs ein Tätigwerden des Gesetzgebers konkret nicht abzusehen.

II. Ausgehend davon, dass Urteilsabsprachen bei Wahrung der dargestellten Anforderungen zulässig sind, hält der *Große Senat für Strafsachen* in Beantwortung der Vorlegungsfragen 1 und 2 es mit BGHSt 43, 195 (= NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31), für unzulässig, dass das Gericht mit den Verfahrensbeteiligten vor Urteilsverkündung einen Rechtsmittelverzicht vereinbart. Darüber hinausgehend ist jedwedes Mitwirken des Gerichts an einem Rechtsmittelverzicht unzulässig.

Außer Frage steht der Extremfall einer Verknüpfung von Strafhöhe mit versprochenem Rechtsmittelverzicht, der einen grundlegenden Verstoß gegen das Prinzip schuldangemessenen Strafens darstellt (BGHSt 43, 195 [204 f.] = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31). Darüber hinaus darf die Urteilsabsprache zudem nicht gleichsam als eigenständiges, informelles Verfahren neben der eigentlichen Hauptverhandlung geführt werden, sie darf nicht unter dem Deckmantel der Unkontrollierbarkeit stattfinden, ihr Inhalt muss auch für das RevGer. überprüfbar sein (BGHSt 43, 195 [206] = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31). Wie der vorlegende *Senat* zutreffend dargelegt hat, bestehen an einer Zulassung der Möglichkeit, einen Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Urteilsabsprache zu vereinbaren, keine legitimen Interessen. Zudem könnten hieraus nachhaltige Gefahren nicht nur für die Rechtskultur, sondern darüber hinaus für eine effektive Wahrung unverzichtbarer Anliegen eines rechtsstaatlich geführten Strafverfahrens erwachsen.

Auch für diese Fälle muss eine effektive Möglichkeit der Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen durch das RevGer. erhalten werden. Beteiligt sich hingegen das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts oder drängt es gar die Rechtsmittelberechtigten hierzu, so lässt es erkennen, dass sein Urteil keiner revisionsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden soll. Das verletzt nicht nur die Würde des Gerichts und schadet seiner Autorität. Eine solche Verfahrensweise lässt vor allem ernsthaft besorgen, dass das Gericht es in der Erwartung, seine Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der auch in diesem Verfahren notwendigen Sorgfalt bei der prozessordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts, bei seiner Subsumtion unter das materielle Strafrecht und bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe fehlen lassen werde.

Aus diesen Gründen muss es dem Gericht untersagt sein, an jedwedem Zustandekommen einer Urteilsabsprache mitzuwirken, soweit ihr Gegenstand auch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist. Den Rechtsmittelberechtigten selbst bleibt es zwar unbenommen, bei einer Urteilsabsprache auch schon vor Urteilsverkündung ohne Beteiligung des Gerichts Gespräche über die Einlegung des Rechtsmittels zu führen. Das Gericht darf sich aber an Gesprächen nicht aktiv beteiligen, soweit diese – über die Urteilsabsprache hinaus – auch einen etwaigen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand haben, sei es, dass das Gericht hierbei die Frage eines Rechtsmittelverzichts von sich aus anspricht, befürwortet oder gar verlangt. Es hat bei einer Urteilsabsprache – vor der Urteilsverkündung – Äußerungen zu vermeiden, die objektiv dahin verstanden werden können, dass ihm



an einem Rechtsmittelverzicht gelegen sein könnte oder dass dieser für den Angeklagten vorteilhaft sei.

Der *Große Senat für Strafsachen* verkennt dabei nicht, dass ein Bedürfnis der Prozessbeteiligten nach revisionsgerichtlicher Überprüfung im Anschluss an eine unter fairen Bedingungen zu Stande gekommene Urteilsabsprache in der Praxis nicht häufig gegeben sein wird. Gleichwohl ist es unerlässlich, die Möglichkeit zu erhalten, das Urteil in dem durch das jeweils zulässige Rechtsmittel gesetzten Rahmen zur Nachprüfung zu stellen und damit auch die Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Urteilsabsprache überprüfen zu lassen.

III. Für die Frage nach der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, der nach einem Urteil erklärt wurde, dem eine Absprache zu Grunde liegt, gilt Folgendes:

1. Das Gesetz geht von der grundsätzlichen Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts aus.

a) Nach § 302 I 1 StPO (vgl. auch § 410 StPO u. § 67 OWiG) kann der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels schon vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung – also auch im Anschluss an die Urteilsverkündung (vgl. dazu aber auch Nr. 142 II RiStBV) – wirksam erfolgen. An den allseitig erklärten Rechtsmittelverzicht hat der Gesetzgeber – praktisch besonders bedeutsam für den im Anschluss an die Urteilsverkündung abgegebenen Rechtsmittelverzicht – in mehreren Gesetzesnovellen Entlastungsregelungen geknüpft (§§ 267 IV 1, 267 V 2 u. 273 II StPO).

b) Der nach Urteilerlass erklärte Rechtsmittelverzicht führt – in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten – die Rechtskraft unmittelbar herbei. Damit wirkt der Rechtsmittelverzicht rechtsgestaltend (vgl. nur § 56 a II 1 StGB, §§ 22 II, 28 II 1 JGG; Bewährungszeit; § 68 c III 1 StGB; Führungsaufsicht; § 44 II StGB; Fahrverbot; §§ 69 III 1, 69 a V 1 StGB; Fahrerlaubnis; §§ 45 a I, 70 IV 1 StGB; Amtsfähigkeit und Berufsverbot; §§ 73 e I 1, 74 e I StGB; Verfall und Einziehung; § 79 VI StGB; Vollstreckungsverjährung).

c) Weitere Rechtsfolgen sind mit der Rechtskraft verbunden. Diese führt zum Übergang vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren und damit von Untersuchungshaft in Straftaft. Sichergestellte Sachen sind dem Verletzten alsbald herauszugeben (§ 111 k StPO). Aus einer Telekommunikationsüberwachung, Telekommunikationsauskunft und dem Einsatz technischer Mittel erlangte Unterlagen sind unverzüglich zu vernichten (§§ 100 b VI 1, 100 h I 3, 100 d I 2 StPO).

d) Als Prozesshandlung, die die Rechtskraft (mit den genannten Folgen) herbeiführt, kann der wirksam erklärte Rechtsmittelverzicht nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* grundsätzlich weder widerrufen noch angefochten oder sonst zurückgenommen werden.

Nur in besonderen Ausnahmefällen versagt der *BGH* dem Rechtsmittelverzicht (und der Rechtsmittelrücknahme) die Wirksamkeit, so in Fällen schwerwiegender Willensmängel bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts oder wegen der Art und Weise seines Zustandekommens (vgl. *BGHSt* 18, 257 = *NJW* 1963, 963; *BGHSt* 19, 101 = *NJW* 1963, 2236; *BGHSt* 45, 51 = *NJW* 1999, 2449; *BGHSt* 46, 257 = *NJW* 2001, 1434 = *NStZ* 2001, 493; *BGHSt* 47, 238 = *NJW* 2002, 1436 = *NStZ* 2002, 379; *BGH*, *BGR StPO* § 302 Abs. 1 S. 1 Rechtsmittelverzicht 14, 25, 26; *StV* 2001, 556; *NStZ* 2004, 636). Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittelverzicht auch dann unwirksam ist, wenn er Bestandteil der Urteilsabsprache war, hat der *BGH* bislang nicht tragend entschieden (die Entscheidung *BGHSt* 45, 227 = *NJW* 2000, 526 = *NStZ* 2000, 96, betraf eine besondere Fallgestaltung).

2. Die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts folgt nicht zwangsläufig aus seiner unzulässigen Vereinbarung im Rahmen einer Urteilsabsprache.

a) Urteilsabsprache und Rechtsmittelverzicht betreffen nämlich verschiedene Verfahrensabschnitte: die Urteilsabsprache einschließlich des Verfahrens bis zur Urteilsverkündung (erster Abschnitt) und die danach von den Rechtsmittelberechtigten getroffene Entscheidung (zweiter Abschnitt). Den jeweiligen Abschnitten liegen unterschiedliche Prozesshandlungen zu Grunde.

Bestandteil der Absprache sind die gegenseitigen „Versprechen“, in einer bestimmten Weise zu verfahren. Das zusätzliche „Versprechen“, kein Rechtsmittel einlegen zu werden, kann die Rechtsmittelberechtigten rechtlich nicht binden. „Versprechen“ kann deshalb nicht mehr bedeuten als die unverbindliche Ankündigung, nach Urteilerlass den Rechtsmittelverzicht erklären zu wollen.

Der Rechtsmittelverzicht ist eine selbstständige Prozesshandlung im zweiten Verfahrensabschnitt. Die Urteilsverkündung bildet eine zeitliche Zäsur, nach der der Rechtsmittelberechtigte ohne rechtliche Bindung an seine zuvor geäußerte Ankündigung über den Rechtsmittelverzicht entscheiden kann.

Das Gesetz sieht in diesem Verfahrensabschnitt Korrektive vor, die vor übereilten Entscheidungen schützen sollen. Vor der Erklärung des Rechtsmittelverzichts ist die Rechtsmittelbelehrung vorgeschrieben (§ 35 a StPO). Nach der Erklärung des Rechtsmittelverzichts noch vor Abschluss der Hauptverhandlung erfolgt in Anwendung des § 273 III 3 StPO die protokollierte Genehmigung der Verzichtserklärung nach Verlesung.

b) Diese Korrektive sind jedoch für sich allein nicht ohne weiteres geeignet, dem Rechtsmittelberechtigten seine unvermindert fortbestehende Rechtsmittelbefugnis ungeachtet der Tatsache zu verdeutlichen, dass das Gericht an einer Absprache mitgewirkt hat, die – unzulässigerweise – den vorzeitigen Verzicht auf diese Befugnis zum Gegenstand hatte. Der *Große Senat für Strafsachen* verkennt auch nicht, dass es dem Rechtsmittelberechtigten – namentlich dem Angekl. – schwerfallen mag, von einer Ankündigung, bei einem bestimmten Urteilsergebnis kein Rechtsmittel einlegen zu wollen, wieder abzurücken. Für den Angekl. entsteht ein „Zugzwang“ nicht zuletzt dann, wenn er einer solchen Urteilsabsprache auf Grund der Empfehlung seines Verteidigers zugestimmt und unter dieser, rechtlich freilich unverbindlichen Voraussetzung sein Geständnis – insoweit hat er seinerseits eine „Vorleistung“ von erheblichem Gewicht erbracht – abgelegt hat. Häufig wird ihm auch sein Verteidiger zum Rechtsmittelverzicht raten, zumal wenn er ohnehin – als derjenige, der das regelmäßig am besten beurteilen kann – zu der Einschätzung gelangt, dass das Ergebnis dem wohlverstandenen Interesse des Angekl. entspricht. Dabei kann der Verteidiger zudem in ein Dilemma geraten, wenn er dem Angekl. ein Rechtsmittel selbst dann empfehlen soll, wenn die Beteiligten den Rechtsmittelverzicht vor dem Urteil abgesprochen haben („Gleichklang der Interessen“, vgl. *Terhorst*, *GA* 2002, 600 [606]; *Weider*, *StV* 1991, 241; *Kölbel*, *NStZ* 2003, 232; *Salditt*, *StraFo* 2004, 60).

3. Im Hinblick auf die hier erörterten rechtlichen Gesichtspunkte und praktischen Gegebenheiten gelangt der *Große Senat für Strafsachen* zu folgendem Ergebnis:

a) Um den Anliegen, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden, zu



effektiver Durchsetzung zu verhelfen, hält der *Große Senat für Strafsachen* es für unerlässlich, dass der Verzicht auf die Einlegung des Rechtsmittels, der nach einer derart unzulässig zu Stande gekommenen Urteilsabsprache erklärt wurde, unwirksam ist. Das gilt sowohl für den am Ende der Hauptverhandlung – unmittelbar nach Urteilsverkündung – als auch für den nach Abschluss der Hauptverhandlung, am selben Tag oder später, erklärten Verzicht. Der Betroffene kann dann trotz des erklärten Verzichts noch Rechtsmittel einlegen.

b) In Abwägung zwischen dem Anliegen des fairen Verfahrens einerseits, der Rechtssicherheit andererseits erstreckt der *Große Senat für Strafsachen* die Folge der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf alle Fälle, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache erfolgt ist. Dies ist auch angezeigt, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, die sich namentlich in Fällen ergeben können, in denen die unzulässige Absprache eines Rechtsmittelverzichts nicht offen gelegt wird.

c) Um jedoch die Interessen der Rechtssicherheit nicht zu weitgehend zu berühren, gilt das Verdikt der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht absolut. Es entfällt vielmehr, wenn dem Rechtsmittelberechtigten über die Freiheit, unbeschadet der Absprache Rechtsmittel einlegen zu können, eine von der eigentlichen Rechtsmittelbelehrung abgehobene, qualifizierte Belehrung erteilt worden ist. Hierzu gilt Folgendes:

Bei jeder Urteilsabsprache – mit Gesprächen über den Rechtsmittelverzicht oder auch ohne diese, mit oder ohne Aufnahme in das Hauptverhandlungsprotokoll – ist dem Betroffenen, der nach § 35 a S. 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, über die hier unverzichtbare Rechtsmittelbelehrung hinaus stets auch eine qualifizierte Belehrung über seine fortbestehende Rechtsmittelbefugnis zu erteilen. Diese ist als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren (§ 273 I StPO) und nimmt an der Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO teil.

Qualifizierte Belehrung bedeutet, dass der Betroffene vom Gericht ausdrücklich dahin zu belehren ist, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Er ist darauf hinzuweisen, dass ihn eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache abgegebene – Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er also nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen. Ferner kann es sich empfehlen, dem Angeklagten Gelegenheit zu einem ausführlichen Beratungsgespräch mit seinem Verteidiger zu geben und auch diesen Vorgang zu protokollieren (vgl. *BGH*, Beschl. v. 30. 3. 2004 – 1 StR 1/04, insow. in *NSStZ-RR* 2004, 214, nicht abgedr.).

Es wird in der Verantwortung der Tatrichter stehen, dass dieses Korrektiv der qualifizierten Belehrung nicht etwa als nur formelhafte, tatsächlich nicht ernst gemeinte Prozesshandlung ausgestaltet wird.

Der *Große Senat für Strafsachen* hält danach eine solche qualifizierte Belehrung für eine notwendige, aber auch ausreichende Sicherung gegen mögliche Willensbeeinträchtigungen bei der nach einer Urteilsabsprache abgegebenen Erklärung über den Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung. Die Erklärung des qualifiziert belehrten Betroffenen, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, ist wirksam und unwiderruflich, weil sie in voller Kenntnis von Bedeutung und Tragweite des Verzichts abgegeben worden ist.

d) Ist die gebotene qualifizierte Belehrung unterblieben und ist deshalb der Rechtsmittelverzicht des Betroffenen nicht wirksam erfolgt, kann der Betroffene noch Rechtsmittel einlegen, allerdings nur innerhalb der Rechtsmitteleinlegungsfrist. Einer unbefristeten Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung steht entgegen, dass die Frage der Rechtskraft wegen der mit ihr verbundenen weit reichenden Folgen durch eine klare Fristenregelung eindeutig geklärt sein muss und durch die Rechtsmitteleinlegungsfrist geklärt ist. Der Rechtsmittelberechtigte, der auf Rechtsmittel verzichtet hat, nachdem ihm die Rechtsmittelbelehrung ohne qualifizierte Belehrung erteilt worden ist, darf zudem insoweit nicht besser stehen als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat.

e) Bei erfolgter Rechtsmittelbelehrung, aber ohne qualifizierte Belehrung gilt für die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Rechtsmitteleinlegung: Die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO kommt für die unterbliebene qualifizierte Belehrung nicht zur Anwendung. Die Vermutung gilt nur für die unterbliebene Rechtsmittelbelehrung nach § 35 a S. 1 StPO, welcher die notwendige Kenntnis des Rechtsmittelberechtigten von der zu wählenden Rechtsmittelfrist effektiv absichern soll. Sie etwa auf die durch Richterrecht geschaffene weitere qualifizierte Belehrung zu erstrecken, ist nach Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht geboten. Denn der Rechtsmittelverzicht eines Betroffenen nach einer Urteilsabsprache wird – und zwar selbst wenn diese unzulässigerweise die Frage eines Rechtsmittelverzichts einbezogen hatte – häufig darauf beruhen, dass der Betroffene das Ergebnis der gefundenen Verständigung als dauerhaft akzeptiert und eine Rechtsmittelüberprüfung gar nicht wünscht. Eine abweichende Lösung würde die im Interesse der Rechtssicherheit nicht hinnehmbare Gefahr bergen, Rechtsmittelmöglichkeiten ohne gebotene Fristgrenzen allzu leicht auch nach bloßem späterem Motivwechsel hinsichtlich der Rechtsmitteldurchführung zu eröffnen. Nur demjenigen, der ohne gesetzliche Vermutung glaubhaft machen kann (§ 45 II StPO), auf Grund unstatthafter Einwirkungen – etwa weil er entgegen bestehender Informationspflichten, gar wider besseres Wissen, zumal vom Gericht, vom Beschreiten eines vorhandenen, von ihm gewünschten Rechtswegs abgebracht worden ist (vgl. dazu *BGHSt* 45, 227 = *NJW* 2000, 526 = *NSStZ* 2000, 96; *BGHSt* 47, [238] = *NJW* 2002, 1436 = *NSStZ* 2002, 379) – auf Rechtsmittel verzichtet und das Rechtsmittel folglich nicht fristgerecht eingereicht zu haben, weil er sich unverschuldet zu Unrecht daran gebunden hielt, kann nach § 44 S. 1 StPO Wiedereinsetzung zu gewähren sein. Die Glaubhaftmachung wird in Fällen dieser Art aus den genannten Gründen nicht selbstverständlich gelingen. Insbesondere liegt in der Unkenntnis des Angekl. oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des *BGH* oder von der vorliegenden Entscheidung keine Verhinderung i. S. des § 44 S. 1 StPO (vgl. *BGH* bei *Becker*, *NSStZ-RR* 2002, 66; *BGH*, *NSStZ* 2004, 162).

C. An den dem *BGH* zur Entscheidung unterbreiteten Fällen wird deutlich, dass sich die Verständigung zwischen den Prozessbeteiligten zunehmend von einem mit der Strafprozessordnung problemlos zu vereinbarenden „offenen Verhandeln“ des Gerichts in Form der Bekanntgabe einer dem jeweiligen Verfahrensstand entsprechenden Prognose entfernt. Die Urteilsabsprache bewegt sich hingegen in die Richtung einer quasi-vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Form ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert, die vom Gericht in der Hauptverhandlung von Amts wegen zu ermitteln und der Disposition der Verfahrensbeteiligten weitgehend entzogen



ist, Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlewicklungen zu strukturieren oder – wie die vorstehende Lösung zeigt – unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung.

Der *Große Senat für Strafsachen* appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm – auch von Verfassungs wegen – ein beachtlicher Spielraum zu (*BVerfGE* 57, 250 [275 f.] = NJW 1981, 1719 = NSz 1981, 357).

**Anm. d. Schriftlgt.:** Zu *BGHSt* 45, 227 = NJW 2000, 526 = NSz 2000, 96, s. die Anm. *Rieß*, NSz 2000, 98; *Rönnau*, JR 2001, 29; Zu *BGH*, NJW 2003, 3426 = NSz 2003, 677, s. die Anm. *Satzger/Höltkemeier*, NJW 2004, 2487; *Grunst/Mosbacher*, NSz 2004, 52; *Meyer-Göfner*, NSz 2004, 216; *Martin*, JuS 2004, 256. Zum Vorlagebeschluss *BGH*, NJW 2004, 2536 = NSz-RR 2004, 266, s. ebenfalls die Anm. *Satzger/Höltkemeier*, NJW 2004, 2487, sowie die Anm. *Kudlich*, JuS 2005, 84. Zu *BGHSt* 43, 195 = NJW 1998, 86 = NSz 1998, 31, s. die Anm. *Kintzi*, JR 1998, 245; *Lemke*, NJ 1998, 41; *Satzger*, JA 1998, 98. Zu *BGHSt* 48, 161 = NJW 2003, 1615 = NSz 2003, 383, s. die Anm. *Kargl/Rüdiger*, NSz 2003, 672; *Weider*, StV 2003, 264. Zu *BGHSt* 49, 84 = NJW 2004, 1396 = NSz 2004, 338, s. die Anm. *Schöch*, NJW 2004, 3462; *Weider*, NSz 2004, 339. – Zur bisherigen Rechtsprechung der *BGH*-Senate in der Frage des Rechtsmittelverzichts nach einer Urteilsabsprache vgl. weiterhin *Leipold*, NJW-Spezial 2004, 41. Allgemein zur Absprache im Strafprozess und zur Perspektive einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung vgl. *Leipold*, NJW-Spezial 2004, 183.

## Andere Strafgerichte

### 20 Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten durch kommunalen Zweckverband

OWiG § 36 II 1; StVG § 26 I 1; BayZuVOWiG § 2 III, IV; BayKommZG Art. 7 ff., 17 ff.

Bedenken, die sich aus kommunalrechtlicher Sicht gegen die sachliche Zuständigkeit des Zweckverbands „Kommunale Verkehrssicherheit in Bayern“ für die Verfolgung und Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten ergeben, lassen die Wirksamkeit eines von diesem Zweckverband wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung erlassenen Bußgeldbescheids unberührt.

*BayObLG, Beschl. v. 29. 9. 2004 – 1 ObOWi 390/04*

**Zum Sachverhalt:** Die Stadt T., die Gemeinde C. und der Markt H. gründeten im Dezember 2000 den Zweckverband „Kommunale Verkehrssicherheit in Bayern“, zu dessen Aufgaben unter anderem die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Vorschriften über die zulässige Geschwindigkeit von Fahrzeugen in den Mitgliedsgemeinden gehört. Der Zweckverband wird auch für eine Vielzahl weiterer Gemeinden tätig, die ihm diese Aufgaben durch Zweckvereinbarung übertragen haben. Die Stadt L. arbeitete seit 30. 6. 2001 auf Grund einer solchen Zweckvereinbarung, die das Landratsamt A. am 27. 6. 2001 genehmigte und die am 29. 6. 2001 im Amtsblatt des Landkreises A. bekannt gemacht wurde, mit dem Zweckverband zusammen. Mit Wirkung vom 29. 11. 2003 ist die Stadt L. dem Zweckverband als Mitglied beigetreten. Am 5. 6. 2003 erließ der Zweckverband „Kommunale Verkehrssicherheit

in Bayern“ wegen einer am 6. 3. 2003 in der Stadt L. innerhalb geschlossener Ortschaft begangenen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h um 32 km/h einen Bußgeldbescheid, in dem gegen den Betr. ein Bußgeld von 100 Euro sowie ein Fahrverbot von einem Monat angeordnet wurde. Auf den Einspruch des Betr. hin verhängte das AG L. mit Urteil vom 15. 4. 2004 dieselben Rechtsfolgen. Mit der gegen dieses Urteil gerichteten Rechtsbeschwerde rügte der Betroffene die Verletzung materiellen Rechts. Der Bußgeldbescheid sei nichtig, da von einer sachlich nicht zuständigen Behörde erlassen. Die Zuständigkeitsregelung sowohl in der Verbandssatzung als auch in der Zweckvereinbarung sei unklar und damit nichtig, weil nicht hinreichend deutlich werde, ob und inwieweit die jeweilige Gemeinde noch selbst für die übertragene Aufgabe zuständig bleibe. Der Wirkungsbereich des Zweckverbands könne auch nicht mittels Zweckvereinbarungen beliebig erweitert werden. Zudem lasse der Zweckverband die ihm übertragenen Aufgaben unter Umgehung des Art. 33 IV GG ausschließlich von Privatfirmen ausführen. Der nichtige Bußgeldbescheid sei nicht geeignet, die dreimonatige Verfolgungsverjährungsfrist zu unterbrechen, so dass die Ordnungswidrigkeit im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung verjährt gewesen sei. Die Geschwindigkeitsmessung durch eine sachlich nicht zuständige Behörde stelle auch ein nicht verwertbares Beweismittel dar.

Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:** 1. Ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis, das zu einer Einstellung des Verfahrens gem. §§ 206 a, 260 III StPO i. V. mit § 46 I OWiG führen würde, liegt nicht vor.

a) Insbesondere ergibt sich ein solches Verfahrenshindernis entgegen der Meinung des Bf. nicht daraus, dass der Bußgeldbescheid vom Zweckverband „Kommunale Verkehrssicherheit in Bayern“ erlassen wurde.

aa) Nach § 2 III, IV BayZuVOWiG i. V. mit § 36 II 1 OWiG, § 26 I 1 StVG sind die Gemeinden neben dem Bayerischen Polizeiverwaltungsamt unter anderem für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, die Verstöße gegen die Vorschriften über die zulässige Geschwindigkeit von Fahrzeugen betreffen, zuständig. Die Schaffung dieser Zuständigkeit begründet keine Rechtspflicht der Gemeinden zur Durchführung von Verkehrsüberwachungsmaßnahmen. Soweit sich eine Gemeinde jedoch für die (teilweise) Wahrnehmung dieser Aufgabe entscheidet, kann sie nach Maßgabe des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (BayKommZG) auch mit anderen Gemeinden zusammenwirken. In Betracht kommt der Zusammenschluss zu einem Zweckverband gem. Art. 17 ff. BayKommZG oder der Abschluss einer Zweckvereinbarung nach Art. 7 ff. BayKommZG.

Hier hatte die Stadt L. in dem Zeitraum, als die verfahrensgegenständliche Verkehrsordnungswidrigkeit verfolgt wurde, eine Zweckvereinbarung mit dem Zweckverband „Kommunale Verkehrssicherheit in Bayern“ abgeschlossen. Dieser Zweckverband bestand damals aus drei Gemeinden; mit einer Vielzahl weiterer Gemeinden, die nicht selbst Mitglieder des Zweckverbands waren, arbeitete der Verband auf Grund von Zweckvereinbarungen zusammen. Nach der vom Landratsamt A. genehmigten Verbandssatzung war es unter anderem Aufgabe des Zweckverbands, Verstöße gegen die Vorschriften über die zulässige Geschwindigkeit – neben der Zentralen Bußgeldstelle im Bayerischen Polizeiverwaltungsamt – für die Mitgliedsgemeinden und die durch Zweckvereinbarung angeschlossenen Gemeinden zu verfolgen und zu ahnden, sofern diese Aufgaben nicht von den Gemeinden selbst wahrgenommen werden (§ 4 der Verbandssatzung v. 27. 12. 2000). Nach der zwischen der Stadt L. und dem Zweckverband abgeschlossenen, vom Landratsamt A. ebenfalls genehmigten Zweckvereinbarung übernahm der Zweckverband „die Aufgaben bei der Durchführung der



erfolgsgeeignet hält<sup>6</sup>. Hält der Täter in diesem Zeitpunkt den Eintritt des Todeserfolges noch nicht für möglich, denkt er sich also, „es gäbe noch viel zu tun, aber jetzt soll es genügen“, obwohl er nach seiner Vorstellung noch weiter handeln könnte, so liegt regelmäßig ein unbeendeter Versuch vor.

### Darstellung und Analyse

Der BGH hat die Sachrüge der Staatsanwaltschaft verworfen und die Entscheidung des LG bestätigt<sup>7</sup>.

1. Der Beschwerdeführerin sei zwar darin Recht zu geben, dass an die Voraussetzungen bezüglich der Annahme eines unbeendeten Versuchs bei gefährlichen Gewalthandlungen strenge Anforderungen zu stellen sind<sup>8</sup>. In diesem Zusammenhang sei es unerheblich, dass die Misshandlungen tatsächlich objektiv keine Lebensgefahr zur Folge hatten. Ein beendeter Versuch könne nämlich auch dann angenommen werden, wenn der Täter den Erfolgseintritt in Verkennung der tatsächlichen Ungeeignetheit der Handlung nur subjektiv für möglich hält. Das LG sei aber zu Recht zu Gunsten von X und Y davon ausgegangen, dass die zugefügten Verletzungen aus ihrer Sicht nicht lebensbedrohlich waren und somit der Versuch noch „unbeendet“ war. Die Aufgabe der weiteren Tatausführung genüge daher den Anforderungen an die Rücktrittshandlung.

2. Die Annahme eines unbeendeten Versuchs stünde auch nicht im Widerspruch zur Annahme eines bedingten Tötungsversatzes:

„Die Vorstellung, die sich ein Täter bei der Tatbegehung über die Gefährlichkeit seines Tuns macht, ist in erster Linie für die Frage des Vorsatzes von Bedeutung. Hiervon zu unterscheiden ist das aufgrund einer Gesamtbetrachtung festgestellte Vorstellungsbild des Täters im Moment des Absehens von der weiteren Tatausführung im Hinblick auf die zu erwartenden Folgen seines bisherigen Tuns“.

Der Senat verwirft daher die Vorstellung, dass das kognitive Vorsatzelement einerseits und die Möglichkeitsvorstellung des Täters im Moment der Erreichung des Rücktrittshorizonts nach demselben Maßstab zu bestimmen seien. Dies überzeugt schon deshalb, weil es hier um zwei verschiedene Zeitpunkte geht. Einerseits geht es um den Zeitpunkt der Ausführung der Tat. Zu ihm lässt sich der Regelung in § 16 I 1 StGB entnehmen, dass der Vorsatz in exakt diesem Moment („bei Begehung der Tat“) vorliegen muss. Also muss sich auch die Möglichkeitsvorstellung des Täters auf diesen Zeitpunkt beziehen. Andererseits liegt der Zeitpunkt des Rücktritts, wie § 24 I 1 StGB erkennen lässt, danach: Der Täter muss die „weitere Ausführung der Tat“ aufgeben<sup>9</sup>.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Entscheidung vermag zu überzeugen, auch wenn sie nicht alle dogmatischen Feinheiten des Falles ausleuchtet. So wird z. B. bereits nicht ausdrücklich erwähnt, dass in der hier zu beurteilenden Konstellation der Beteiligung mehrerer an der Tat Absatz 2 des § 24 StGB Anwendung findet. Wo man dem Senat zugute halten mag, dass die Nichterwähnung der Vorschrift damit zu begründen ist, dass sich das doch von selbst verstehe, dürfte die Korrektur bei studentischen Arbeiten etwas weniger großzügig verfahren.

Zur Vertiefung: *Geppert*, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten, Jura 2001, 55; *Herzberg*, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch, NStZ 1990, 311.

6. Zuzf. zur Rspr. *Wessels/Beulke*, AT, 36. Aufl. (2006), Rdnrn. 633 ff.; *Tröndle/Fischer* (o. FuBn. 2), § 24 Rdnr. 15 m. w. Nachw.
7. Von einer Darstellung der Ausführungen in der Entscheidung zur Revision der Verteidigung wird hier abgesehen; sie betreffen vornehmlich Verfahrensfragen.
8. S. BGHSt 39, 221 (231) = NJW 1993, 2061 = NStZ 1993, 433; *Tröndle/Fischer* (o. FuBn. 2), § 24 Rdnr. 16.
9. Zu der Frage einer grundsätzlichen Parallelität von Vollendung und Versuch grundsätzlich verneinend *Herzberg*, NStZ 1990, 311 (314 ff.).

## 9. Strafprozessrecht

Anforderungen an die qualifizierte Belehrung nach einer verfahrensbeendenden Absprache

StPO § 35 a

Die ausdrückliche Belehrung des Verurteilten, dass er ungeachtet etwaiger in der Urteilsabsprache getroffenen Vereinbarungen und der Empfehlungen der übrigen Verfahrensbeteiligten, insbesondere auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung bezüglich der Einlegung von Rechtsmitteln nicht gebunden ist, genügt den Anforderungen an die qualifizierte Belehrung nach den vom Großen Senat für Strafsachen in BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389, aufgestellten Grundsätzen. (Leitsatz des Verfassers)

BGH; *Beschl. v. 10. 8. 2006 – 1 StR 366/06*, BeckRS 2006, 10230

### Zum Sachverhalt

Nach Verkündung des Urteils vor dem LG, das auf einer Urteilsabsprache beruhte, wurde der Angekl. A ausdrücklich darüber belehrt, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten in seiner Entscheidung frei sei, Rechtsmittel einzulegen. Er wurde darauf hingewiesen, dass ihn eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache – abgegebene Ankündigung, kein Rechtsmittel einlegen zu wollen, weder rechtlich noch auch sonst binde und dass er demnach frei sei, Rechtsmittel einzulegen. Gleichwohl verzichteten sowohl A als auch sein Verteidiger auf Rechtsmittel. A legte dennoch Revision ein, die als unzulässig verworfen wurde.

### Einführung in die Probleme

Die Diskussion um die grundsätzliche Zulässigkeit und die rechtlichen Voraussetzungen von verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess hält nunmehr seit einem knappen Vierteljahrhundert an. Die überwiegende Lehre steht solchen Vereinbarungen tendenziell kritisch gegenüber. Die Befunde reichen innerhalb eines breiten Meinungsspektrums vom Verdikt der Verfassungswidrigkeit über den Vorwurf des Verstoßes gegen das geltende Strafprozessrecht bis zur Qualifikation als richterliche Rechtsfortbildung contra oder – allenfalls – praeter legem<sup>1</sup>. Nur ein Teil des Schrifttums<sup>2</sup> hält die Praxis der Urteilsabsprache schon heute für grundsätzlich vereinbar mit tragenden Maximen des geltenden Prozessrechts.

1. Zum Diskussionsstand *Beulke*, StrafProzR, 9. Aufl. (2006), Rdnrn. 394 ff.; *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. (2006), § 30 Rdnrn. 2 ff.; *Hellmann*, StrafProzR, 2. Aufl. (2006), Rdnrn. 689 ff.; *Jahn/Müller*, JA 2006, 681 m. w. Nachw.

2. Für den Amtsaufklärungsgrundsatz etwa *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427 (441 ff.); *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 152 f.



Die Rechtsprechung hat erst im Jahre 1997 die Zulässigkeit verfahrensbeendender Absprachen grundsätzlich anerkannt<sup>3</sup>. Mit der wegweisenden Entscheidung des *Großen Senats*<sup>4</sup> aus dem Jahr 2005 wurden die Voraussetzungen insbesondere im Hinblick auf die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts im Zusammenhang mit einer verfahrensbeendenden Absprache präzisiert.

Bei den Anforderungen an die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts handelt es sich um einen der zentralen Punkte jeder Absprache. Fundament einer solchen Vereinbarung ist es gerade, dass gegen das auf diese Weise erzielte Urteil kein Rechtsmittel eingelegt wird. Die Forderung der Leitentscheidung des *Großen Senats* ist es insoweit, dass das Tatgericht weder an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts mitwirken noch auf einen Rechtsmittelverzicht hinwirken darf<sup>5</sup>. Zudem fordert der BGH eine qualifizierte Belehrung. Danach ist der Rechtsmittelberechtigte über die Belehrung nach § 35 a StPO hinaus darüber aufzuklären, dass er, ungeachtet der Frage, ob die Absprache eine Verständigung über die Frage der Rechtsmitteleinlegung enthielt, in seiner Entscheidung bezüglich der Einlegung von Rechtsmitteln weiterhin frei ist<sup>6</sup>. Wie eine solche qualifizierte Belehrung konkret formuliert sein muss, hat der 1. Strafsenat in der hier zu besprechenden Entscheidung nunmehr präzisiert.

### Darstellung und Analyse

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil des LG gem. § 349 II StPO als unzulässig verworfen, da der Rechtsmittelverzicht wirksam ist<sup>7</sup>.

1. Der Rechtsmittelverzicht ist wirksam zustande gekommen. Er kann daher als Prozesshandlung nicht widerrufen, wegen Irrtums angefochten oder sonst zurückgenommen werden. Die in der Hauptverhandlung erfolgte Belehrung des A hat nach Auffassung des *Senats* auch den Anforderungen an eine qualifizierte Belehrung im Sinne der Grundsätze der Entscheidung des *Großen Senats* genügt, so dass keine Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bestehen. Die Belehrung hatte nach der Sitzungsniederschrift folgenden Inhalt:

„Der Verurteilte wurde ausdrücklich darüber belehrt, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Er wurde darauf hingewiesen, dass ihn eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache – abgegebene Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er demnach nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen“.

2. Hält man das – durchaus nicht widerspruchsfreie – Konzept der qualifizierten Belehrung für überzeugend, finden die Tatgerichte in der hier zu besprechenden Entscheidung begrüßenswerte praktische Anleitung. Jedenfalls der derzeit in der Rechtspolitik intensiv diskutierte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 18. 5. 2006<sup>8</sup> hat sich diese Vorstellung zu eigen gemacht. Nach einem vom Bundesministerium der Justiz vorgeschlagenen § 35 a S. 4 StPO dieses Entwurfs soll der Betroffene im Falle einer Urteilsabsprache darüber belehrt werden, „dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen“. Bis dieser Vorschlag allerdings Gesetz wird, sind qualifizierte Belehrungen wie hier beschrieben durchzuführen, wenn die Gerichte „auf der reversionssicheren Seite“ sein wollen.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Entscheidung ist nicht nur für den Praktiker, sondern auch für den noch in der Ausbildung befindlichen Juristen

hilfreich, da die konkreten Anforderungen an eine qualifizierte Belehrung nicht zuletzt auf Grund des engen Bezugs der Absprachenproblematik zu den Prozessmaximen besonders prüfungsrelevant sind. Dies gilt nicht nur für eine mündliche Staatsexamensprüfung, sondern auch für eine prozessuale Zusatzfrage als möglicher Annex zur materiell-strafrechtlichen Klausur. Eine nicht auszuschließende Fragestellung könnte in diesem Zusammenhang dahin gehen, eine erfolgte Belehrung auf Grundlage der Anforderungen des *Großen Senats* zu überprüfen oder – noch anspruchsvoller – in einer strafprozessualen „Kautelarklausur“ selbst zu entwerfen. Darüber hinaus sollten für die mündliche Prüfung die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Mindestvoraussetzungen und die wichtigsten Einwände gegen die Absprachenpraxis durchdacht worden sein<sup>9</sup>. Für den Praktiker ist die Entscheidung eine wertvolle Formulierungshilfe. Sie kann (anders als im Staatsexamen!) getrost kopiert und auf der Richterbank als „Spickzettel“ bereit gelegt werden.

Matthias Jahn

Zur Vertiefung: *Fahl*, Der abgesprochene Rechtsmittelverzicht, ZStW 117 (2005), 605; *Jahn/Müller*, Der Widerspenstigen Zähmung – Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess, JA 2006, 681.

3 BGHSt 43, 195 (203 ff.) = NJW 1998, 86 = NSStZ 1998, 31.

4 BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NSStZ 2005, 389.

5 BGHSt 50, 40 (56) = NJW 2005, 1440 (1444) = NSStZ 2005, 389.

6 BGHSt 50, 40 (61) = NJW 2005, 1440 (1446) = NSStZ 2005, 389. – Zur Kritik an diesem Konzept der „qualifizierten Belehrung“ *Saiger*, JuS 2006, 8 (12); *Meyer-Goßner*, StPO, 49. Aufl. (2006), Vorb. § 213 Rdnr. 21 m. w. Nachw.

7 Für Revisionsspezialisten: Eine Verwerfung nach § 349 I StPO kam nicht in Betracht, da dessen Verwerfungsgründe denen der Vorschrift des § 346 I StPO entsprechen, dort aber die Frage des Rechtsmittelverzichts nicht zu prüfen ist, vgl. nur *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 6), § 346 Rdnr. 2. Der praktische Unterschied liegt vor allem darin, dass es bei § 349 I StPO – anders als bei Absatz 2 der Vorschrift – keines Antrags der Staatsanwaltschaft bedarf.

8 Abzurufen unter [www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf), S. 4 (Stand: 10. 10. 2006). Dazu ausf. *Jahn/Müller*, JA 2006, 681 (684 ff.).

9 Vgl. dazu instruktiv *Rössner*, 30 Probleme aus dem StrafProzR, 2. Aufl. (2006), 2. Problem; *Beulke*, StrafProzR (o. Fußn. 1), Rdnrn. 394 ff.

## 10. Öffentliches Recht – Rundfunkrecht

Rundfunkfreiheit – Gebührenpflichtigkeit von Sonderformen von Empfangsgeräten („Ladenfunk“)

GG Art. 5 I 2; RStV § 2 I 1; RGebStV §§ 1 I 1, 2 II 1; VwGO § 137 I

1. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) enthält kein Gebot, den Rundfunkbegriff in § 2 I 1 des Rundfunkstaatsvertrags ebenso auszulegen wie denjenigen in Art. 5 I 2 GG.

2. Es verstößt nicht gegen Bundesverfassungsrecht, dass für das Bereithalten eines Geräts zum Empfang von „Ladenfunk“ keine Gebühr erhoben wird.

BVerwG, Urt. v. 21. 9. 2005 – 6 C 16/04, NJW 2006, 632

### Zum Sachverhalt

Die Kl. betreibt Lebensmittelgeschäfte. In ihren Filialen empfängt sie so genannten Ladenfunk. Dabei handelt es sich um ein spezielles Programm, das aus Musik und Werbebeiträgen besteht, die auf das Warenangebot in den Filialen abgestimmt sind. Bis etwa August 1996 umfasste das Programm auch Wetterberichte und Horoskope. Das Ladenfunkprogramm wird im Auftrag der Kl. von einer Radiofirma zusammengestellt und codiert über einen Satelliten auf spezielle Empfangsgeräte in den



Zwar legen die Feststellungen nahe, daß es in einigen dieser Fälle zur Anwendung von Gewalt gekommen ist, da sich die Nebenkl. »anfänglich« noch wehrte. Das LG hat aber keine sicheren Feststellungen dazu getroffen, in wie vielen Fällen der Angekl. den Geschlechtsverkehr noch unter Anwendung von Gewalt erzwungen hat.

Dennoch hält die StrK jew. den Tatbestand der Vergewaltigung für gegeben, weil sie der Annahme ist, in allen Fällen habe jedenfalls »die früher angewendete Gewalt auf die Nebenkl. als konkludente Gewaltandrohung fortgewirkt«. Dies hält richtlicher Prüfung nicht stand. Zwar kann einmal angewandte Gewalt als Drohung i. S. d. § 177 Abs. 1 StGB fortwirken (BGHR StGB § 177 Abs. 1 Drohung 8; vgl. auch Tröndle/Fischer, StGB, 54. A., § 177 Rdnr. 20 m. w. N.) und dazu führen, daß das Opfer nur aus Furcht vor weiterer Gewalt keinen nennenswerten Widerstand mehr leistet. Wenn jedoch – wie hier – zwischen Gewaltanwendung und dem späteren Geschlechtsverkehr ein längerer Zeitraum, etwa von Wochen oder sogar Monaten liegt, kommt eine Gleichsetzung von Gewalt und Ausnutzung der Angst vor Gewalt nicht in Betracht (vgl. BGHSt 42, 107, 111; BGH NStZ 1986, 409). Im übrigen setzt auch die konkludente Drohung durch Ausnutzen der Angst vor Gewalt eine finale Verknüpfung mit der sexuellen Handlung voraus. Der Täter muß erkennen und zumindest billigen, daß das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet und nur deshalb den Geschlechtsverkehr erduldet (BGHSt 42, 107, 111 m. w. N.). Dies könnte hier deswegen fraglich sein, weil die Nebenkl. nach ihren Bekundungen »in einer großen Zahl der späteren Fälle« noch nicht einmal »auch nur verbalen Widerstand mehr geleistet hat«.

3. Hinsichtlich der unter II 3 der Urteilsgründe beschriebenen Fälle bedarf die Sache daher erneuter Verhandlung und Entscheidung ...

### StGB § 177

(Strafraumwahl bei sexueller Nötigung)

Ist ein Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 StGB erfüllt, ist bei der Strafraumwahl zunächst zu prüfen, ob trotz Vorliegens eines Regelbeispiels wegen anderer erheblich schuld mindernder Umstände anstelle von dem Strafraum des § 177 Abs. 2 StGB von dem Normalstrafrahmen des Abs. 1 auszugehen ist. Gegebenenfalls können eine weitergehende Milderung des Normalstrafrahmens und die Bemessung der Strafe aus dem Rahmen für den minder schweren Fall i. S. d. § 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB in Betracht zu ziehen sein.

BGH, Beschl. v. 31. 7. 2007 – 4 StR 316/07 (LG Bochum)

♦ **Aus den Gründen:** Das LG hat den Angekl. wegen Vergewaltigung in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. 6 M. verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angekl. die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge zum Strafausspruch Erfolg ...

Das LG ist hinsichtlich aller drei Taten »vom Vorliegen eines minder schweren Falles i. S. d. § 177 Abs. 5 StGB« ausgegangen. Die Annahme des LG, die zu verhängenden Einzelstrafen seien einem Strafraum von 1 J. bis zu 10 J. zu entnehmen, ist rechtsfehlerhaft. Dieser Strafraum findet gem. § 177 Abs. 5 2. Halbs. StGB nur in minder schweren Fällen des § 177 Abs. 3 und 4 StGB Anwendung. In minder schweren Fällen des § 177 Abs. 1 StGB ist dagegen gem. § 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB auf eine Freiheitsstrafe von 6 M. bis zu 5 J. zu erkennen. Ist – wie hier – ein Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 StGB erfüllt, ist bei der Strafraumwahl zunächst zu prüfen, ob trotz Vorliegens des Regelbeispiels wegen anderer erheblich schuld mindernder Umstände der Strafraum des § 177 Abs. 2 StGB nicht anzu-

wenden, sondern von dem Normalstrafrahmen des Abs. 1 auszugehen ist (vgl. BGH StV 2000, 557; 2001, 456, 457). Ggf. können – in extremen Ausnahmefällen – eine weitergehende Milderung des Normalstrafrahmens und die Bemessung der Strafe aus dem Rahmen für den minder schweren Fall i. S. d. § 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB in Betracht zu ziehen sein. Angesichts der Fülle der nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen vorliegenden gewichtigen Milderungsgründe ist nicht auszuschließen, daß das LG, hätte es die gebotene Prüfung vorgenommen, nicht nur die Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB verneint, sondern im Hinblick auf die hier besonders gewichtigen Strafmilderungsgründe einen minder schweren Fall des § 177 Abs. 1 StGB angenommen und innerhalb des dann zur Verfügung stehenden Strafraumens von 6 M. bis zu 5 J. Freiheitsstrafe niedrigere Einzelstrafen verhängt hätte. Der aufgezeigte Rechtsfehler führt zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs ...

### StGB §§ 263 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 5, 25 Abs. 2, 27; StPO §§ 261, 267

(Bandenmäßige Begehung von Betrugsstraftaten;  
Anforderungen an Sachverhaltsaufklärung und  
Urteilsbegründung im Falle einer Verfahrensabsprache)

1. Auch wer sich mit anderen mit dem Ziel fortgesetzter Begehung einschlägiger Straftaten zu einer Bande zusammenschlossen hat, kann wegen einer Tat, die »aus der Bande heraus« begangen wird, als Täter oder Teilnehmer nur bestraft werden, wenn er an dieser konkreten Tat mitgewirkt hat.
2. Es erscheint äußerst zweifelhaft, ob in Fällen des sog. Stoßbetruges bedingt vorsätzliches Handeln denkbar ist.
3. Allein die Bereitschaft des Angeklagten, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zu prüfen, ob das daraufhin abgelegte Geständnis dem Urteil zugrunde gelegt werden darf. Es ist daher zu untersuchen, ob es mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist, ob es überhaupt ein strafrechtlich relevantes Verhalten einräumt und – wenn ja – welche Strafnorm in welcher Begehungsweise hierdurch verletzt wurde.
4. Die Legitimität staatlichen Strafens droht Schaden zu nehmen, wenn eine Verfahrensabsprache mit einigen von mehreren Mitangeklagten sogar dazu führt, daß auch hinsichtlich eines nicht geständigen Angeklagten eine ordnungsgemäße Sachaufklärung unterbleibt, erkennbar widersprüchliche Feststellungen getroffen werden und ein Schuldspruch verkündet wird, dessen rechtliche Begründung sich in der Wiederholung des Urteilstenors erschöpft und jede nähere Prüfung und Darlegung vermissen läßt, ob und wie der festgestellte Sachverhalt der als verletzt angesehenen Strafnorm subsumiert werden kann.

BGH, Beschl. v. 13. 6. 2007 – 3 StR 162/07 (LG Osnabrück)

♦ **Aus den Gründen:** Das LG hat den Angekl. wegen »gemeinschaftlichen Betruges in 36 besonders schweren Fällen« zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt. Die Mitangekl. K. und H. hat es jew. des »gemeinschaftlichen Betruges in 36 Fällen« schuldig gesprochen und gegen sie Gesamtfreiheitsstrafen von 1 J. 6 M. (K.) sowie 1 J. 8 M. (H.) verhängt; die Vollstreckung dieser beiden Strafen hat es zur Bewährung ausgesetzt. Der Angekl. A. hat gegen das Urteil Revision eingelegt, mit der er allgemein die Verletzung materiellen Rechts rügt; die Mitangekl. K. und H. haben ihre Verurteilung dagegen nicht angegriffen. Das Rechtsmittel des Angekl. A. hat in vollem Umfang Erfolg und führt gem. § 357 S. 1 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilungen der beiden Mitangekl.

1. Der Angekl. A. war seit März 2002 unter dem Falschnamen P. bei der Firma M. GmbH mit Sitz in O. tätig. Der Geschäftszweck



### 3. Verzicht des Gesetzgebers auf eine richterliche Überprüfung des Strafzumessungssachverhalts nicht hinnehmbar

Vor diesem Hintergrund stellt das BVerfG fest, dass § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nicht verlässlich sicherstelle, dass das Revisionsgericht seine Straffestsetzung nur auf der Grundlage eines wahren Strafzumessungssachverhalts treffe. Zwar erlaube § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO eine eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts, schaffe aber nicht die Möglichkeit, zur Feststellung der Strafzumessungstatsachen eine eigene Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht vornehmen zu lassen. Das Revisionsgericht könne deshalb aufgrund eigener Befugnisse nicht feststellen, ob ihm ein Sachverhalt vom Tatgericht unterbreitet wurde, der die eigene Strafzumessung erlaube. Dieser weitreichende Verzicht des Gesetzgebers auf eine richterliche Überprüfung des Strafzumessungssachverhalts im Verfahren nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO ist deshalb aus der Sicht des BVerfG nicht hinnehmbar. Dazu führt es aus: Die Strafzumessung durch die Revisionsgerichte sei in erhöhtem Maße fehleranfällig. Es bedürfe daher einer Sicherung, die gewährleiste, dass die Strafzumessung auf einer ausreichenden Sachverhaltsaufklärung beruhe. Dies könne aber durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO erreicht werden. Das BVerfG weist darauf hin, dass § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nur dann verfassungskonform ausgelegt sei, wenn die Kompetenz der Revisionsgerichte zu eigener Strafzumessung davon abhängt, dass ihnen für die Sachentscheidung ein zutreffend ermittelter, vollständiger und aktueller Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung stehe. Fehle es an einem solchen Sachverhalt oder sei nicht auszuschließen, dass die tatsächliche Grundlage der Strafzumessung unzureichend sein könnte, komme eine eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts nicht in Betracht.

### 4. Verfahrensrechtliche Vorgaben des BVerfG

a) Da das Revisionsgericht sich nicht durch eine förmliche Beweisaufnahme von den durch das Tatgericht mitgeteilten Strafzumessungstatsachen überzeugen kann, weil eine förmliche Beweisaufnahme im Revisionsverfahren nicht vorgesehen ist, sieht das BVerfG vor, dass das Revisionsgericht dem Angeklagten die Gelegenheit zur Stellungnahme im Revisionsverfahren einräumen müsse. Aus diesem Grund habe das Revisionsgericht den Angeklagten vor seiner Entscheidung auf die aus seiner Sicht für eine eigene Sachentscheidung nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO sprechenden Gründe hinzuweisen. Eines derartigen Hinweises bedürfe es nur dann nicht, wenn – z.B. wegen eines mit Gründen versehenen Antrags der StA – angenommen werden könne, dass der Angeklagte Kenntnis von einer im Raum stehenden Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts erlangt habe. Diese Anhörungsverpflichtung diene in angemessener Weise der Wahrung rechtlichen Gehörs im Revisionsverfahren.

b) Des Weiteren führt das BVerfG aus, dass das Revisionsgericht seine Entscheidung jedenfalls immer dann mit Gründen zu versehen habe, wenn die für die Strafzumessung relevanten Umstände und deren konkretes Gewicht dem Angeklagten sonst nicht nachvollziehbar wären.

c) Schließlich – für die Praxis mit weitreichenden Konsequenzen verbunden – weist das BVerfG darauf hin, dass eine eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts immer dann ausgeschlossen sei, wenn zugleich eine neue Entscheidung über einen fehlerhaften Schuldspruch erfolgen müsse. Die Änderung des Schuldspruchs zieht somit automatisch die Aufhebung des

Rechtsfolgenausspruchs und die Zurückverweisung an das Tatgericht nach sich.

### Bedeutung für die Praxis:

Das BVerfG hatte zu prüfen, ob § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO verfassungskonform ist. Es hat diese Frage mit „Ja, aber ...“ beantwortet. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO ist zwar nicht verfassungswidrig, muss aber verfassungsgemäß ausgelegt werden. In Zukunft kommt eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nur dann in Betracht, wenn der Beschwerdeführer vom Revisionsgericht auf dessen Absicht einer eigenen Strafzumessungsentscheidung hingewiesen worden ist bzw. die Möglichkeit einer eigenen Strafzumessungsentscheidung für ihn erkennbar war und ihm im Revisionsverfahren die Gelegenheit eingeräumt worden ist, zu den im Rahmen einer solchen Strafzumessungsentscheidung relevanten Tatsachen Stellung zu nehmen. Ganz entscheidend ist, dass eine eigene Strafzumessung durch das Revisionsgericht aufgrund der vorliegenden Entscheidung des BVerfG einen zutreffend ermittelten, vollständigen und aktuellen Strafzumessungssachverhalt voraussetzt. Dieser Ansatz bietet Raum für den Verteidiger, im Rahmen des Revisionsverfahrens substantiiert bislang unberücksichtigte oder neu-hervorgetretene Strafzumessungstatsachen namhaft zu machen und hierdurch einer eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO vorzubeugen. Des Weiteren scheidet eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts auch in den Fällen aus, in denen das Tatgericht vertypete Milderungsgründe unberücksichtigt gelassen hat. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts dahin gehend, dass auch beim Vorliegen des vom Tatgericht unberücksichtigt gelassenen Milderungsgrundes die verhängte Strafe angemessen sei, ist bei verfassungskonformer Auslegung des § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nicht möglich. Besonders praxisrelevant ist schließlich, dass die Aufrechterhaltung der vom Tatgericht verhängten Rechtsfolge nicht in Betracht kommt, wenn das Revisionsgericht eine Schuldspruchänderung vornimmt. Die entgegenstehende, häufig geübte Vorgehensweise, trotz einer – bisweilen ganz erheblichen – Schuldspruchänderung den Rechtsfolgenausspruch als angemessen zu bezeichnen und deshalb aufrecht zu erhalten, sieht das BVerfG als nicht durch § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO gedeckt an. Eine Schuldspruchkorrektur, die Auswirkungen auf den Rechtsfolgenausspruch hat, muss deshalb zwingend zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs und zur Zurückverweisung der Sache führen. ■

RA/FAStR Dr. Thorsten Junker, Augsburg

§§ 136a, 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 MRK

### Grenzen zulässiger Absprachen und Anforderungen für den Vortrag von Verfahrensrügen

#### Leitsätze des Verfassers:

1. Mit der Zusage einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung der Tat als Gegenleistung für ein Geständnis wird ein gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil i.S.v. § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO versprochen.





## **Folgeprobleme der Verfahrensabsprache um den Rechtsmittelverzicht**



über Vermögen verfüge, das wertmäßig nicht hinter dem aus den Straftaten Erlangten zurückbleibt<sup>86</sup>.

Einer Anordnung des *Verfalls von Wertersatz bei Taten der dirigierenden Zuhälterei* kann § 73 I 2 StGB entgegenstehen. Bei den betroffenen Frauen handelt es sich um Verletzte im Sinne dieser Vorschrift, weil ihnen ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 II BGB i. V. m. § 181 a I 2 StGB sowie ein Schmerzensgeldanspruch nach § 253 II BGB gegen den Angekl. zustehen kann. Jedenfalls nach der durch § 1 Prostitutionsgesetz getroffenen Wertentscheidung sind weder die Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung gemäß § 138 I BGB sittenwidrig und nichtig, noch sind rechtliche Hinderungsgründe ersichtlich, wonach Prostituierte rechtswidrige Einbußen ihres jedenfalls auch aus den Prostitutionserlösen bestehenden Vermögens nicht im Wege eines Schadensersatzanspruches geltend machen können. Die Strafvorschrift des § 181 a StGB schützt das Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten und will diese vor finanzieller Abhängigkeit und Ausbeutung durch den Zuhälter bewahren<sup>87</sup>.

Sind die Voraussetzungen für die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz gegeben, ist für die Anordnung eines erweiterten Verfalls nach § 73 d StGB kein Raum<sup>88</sup>. § 73 d I 1 StGB ist in der Auslegung des BGH mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Annahme der deliktischen Herkunft eines Gegenstands i. S. d. § 73 d I 1 StGB ist gerechtfertigt, wenn sich der Tatrichter durch Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel von ihr überzeugt hat. Die Regelung des erweiterten Verfalls beschränkt die erleichterte Abschöpfung von Deliktsgewinnen auf bestimmte, dem „Organisierten Verbrechen“ zugerechnete Tätergruppen. Die abweichende Behandlung dieser Tätergruppen ist durch besondere Beweisschwierigkeiten und durch die vom Gesetzgeber mit § 73 d StGB verfolgten Gewinnabschöpfungsziele sachlich hinreichend gerechtfertigt und verstößt daher nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot. Diese Auslegung macht eine Anordnung des erweiterten Verfalls für den Täter klar vorhersehbar; sie schränkt auch die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Selbstbelastungsfreiheit des Angekl. nicht ein. In der Auslegung des BGH entfaltet § 73 d StGB keine Rückwirkung<sup>89</sup>.

## XV. Entzug der Fahrerlaubnis

Die Feststellung, ein Angekl. habe seine Fähigkeiten als Kraftfahrzeugführer missbraucht, um erhebliche Rauschgiftmengen zum Abnehmer der Betäubungsmittel zu transportieren, ist nicht ausreichend, die Maßregelnanordnung zu rechtfertigen, da allein der Umstand, dass der Täter ein Kraftfahrzeug zur Begehung von Straftaten benutzt hat, nicht bereits eine Regelvermutung für seine charakterliche Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen beinhaltet. Erforderlich ist regelmäßig eine nähere Begründung der Entscheidung auf Grund einer umfassenden Gesamtwürdigung<sup>90</sup>.

Bei einer *Maßregelnanordnung gegen einen Beifahrer* sind besonders gewichtige Hinweise zu fordern, aus denen sich die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt<sup>91</sup>.

## Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen. Ein \* nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, dass anschließend eine Anmerkung abgedruckt ist.

## Strafrecht

### 1. Folgen einer fehlgeschlagenen Absprache

StGB § 46

Zu den Auswirkungen, wenn dem Urteil eine verfahrensbeendende Absprache zu Grunde liegt, bei der der von der Rechtsprechung des BGH gesteckte Rahmen (BGHSt 43, 195) nicht eingehalten worden ist. (Ls d. Schriftfögt.)

**BGH, Urt. v. 16. 10. 2003 – 3 StR 257/03 (LG Hannover)**

**Zum Sachverhalt:** Das LG hat den Angekl. K wegen „Handeltreibens mit Kokain in nicht geringen Mengen in 3 Fällen und wegen gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Kokain in 4 Fällen“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten und den Angekl. C wegen „Handeltreibens mit Kokain in nicht geringer Menge“ zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt. Die hiergegen zum Nachteil der Angeklagten eingelegte, auf Rügen der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der StA führte zur Aufhebung des Urteils, soweit es diese Angeklagten betraf. Im Fall der mit „Anklagevorwurf 45“ bezeichneten Tat führte sie nach § 301 StPO auch zu einer Urteilsaufhebung zu Gunsten der Angeklagten. Diese war nach § 357 StPO auch auf die Angeklagten Ka und G zu erstrecken, die insoweit wegen „Handeltreibens mit Kokain in nicht geringer Menge“ zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren (Ka) bzw. zu einer Einzelstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten (G) verurteilt worden waren, aber keine Revision eingelegt hatten.

**Aus den Gründen:** 4. Für das weitere Verfahren sieht der Senat Anlass zu folgenden Hinweisen:

a) Der Strafzumessung betreffend den Angekl. C stehen Rechtsbedenken entgegen, die – wenngleich sie für die Revisionsentscheidung nicht mehr ausschlaggebend sind – auch im Fortgang des Verfahrens Bedeutung behalten. Wie sich aus den Urteilsgründen ergibt, hat das LG dem Angekl. für den Fall eines Geständnisses zugesichert, eine Strafe von nicht mehr als 3 Jahren zu verhängen. Bei dieser Zusage hatte das LG außer Acht gelassen, dass der Angekl. (unter seinem Alias-Namen) im Juni 1997 vom AG Hailbronn wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt worden war. Dies hatte die StA bereits in der Anklage unter Hinweis auf Einzelheiten der Vollstreckung mitgeteilt. Das LG, das sich dieses Umstands offensichtlich erst bewusst wurde, nachdem der Angekl. die Verurteilung eingeräumt hatte, „fühlte sich dennoch an“ seine „Höchststrafenzusage gebunden“ und hat eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren verhängt. Dies lässt besorgen, das LG habe die Strafe nicht an der Schuld des Angekl. und den Wirkungen der Strafe für dessen zukünftiges Leben (§ 46 I StGB) bemessen, sondern sich an einer dem Angekl. gegebenen, den Inbegriff der Hauptverhandlung nicht erschöpfenden Zusage orientiert.

Eine Bindung an die Höchststrafenzusage hat indes nicht bestanden, weil die Zusage – wie sich schon aus den Urteilsgründen ergibt – im offenen Dissens mit der StA erfolgt war (vgl. BGHSt 43, 195, 210; BGH StV 2003, 481). Zudem würde selbst eine bindende Zusage das Gericht von einer Zumessung der Strafe, d. h. von einer Entscheidung über die Strafhöhe, die sich nicht in der Erfüllung eines Versprechens gegenüber dem Angekl. erschöpft, nicht befreien können.

86) Urt. v. 29. 4. 2004 – 4 StR 586/03.

87) Urt. v. 17. 3. 2004 – 2 StR 474/03; Beschl. v. 31. 3. 2004 – 1 StR 482/03.

88) Beschl. v. 23. 2. 2004 – 2 StR 464/03.

89) BVerfG v. 14. 1. 2004 – 2 BvR 564/95.

90) Beschl. v. 14. 1. 2004 – 2 StR 366/03; Urt. v. 21. 1. 2004 – 2 StR 357/03; Beschl. v. 10. 2. 2004 – 4 StR 24/04; und v. 6. 4. 2004 – 4 StR 100/04.

91) Beschl. v. 17. 2. 2004 – 4 StR 385/03.



gefährliche Abwehr, insbesondere eine Androhung des Einsatzes des Messers, nicht geeignet war, die Gefahr zweifelsfrei zu beseitigen. Die von den Beschwerdeführern hiergegen erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

13 aa) Das Verhalten der Angeklagten im Flur war entgegen der Auffassung des GBA nach den hierzu getroffenen Feststellungen keine „auch rechtlich relevante Beeinträchtigung der Rechtssphäre des E“, die zu einer Notwehrbeschränkung führte. Dass die Angeklagten anklopfen, um *Ahmed Ka* wegen nicht beglichener Schulden anzusprechen, und dass sie *Ihab E* veranlassen wollten, dem ebenfalls in dem Zimmer wohnenden *Ahmed Ka* eine Nachricht zu übermitteln, ist sozialrechtlich nicht zu missbilligen (vgl. BGH NSStZ 2003, 425, 428 mwN). Ein für den Umfang des Notwehrrechts bedeutsames Vorverhalten, das von Rechts wegen vorwerfbar ist, läge darin nur dann, wenn das Verhalten der Angeklagten seinem Gewicht nach einer schweren Beleidigung gleichkäme (vgl. BGHSr 42, 97, 101). Das ist aber ersichtlich nicht der Fall.

14 bb) Soweit der Nebenkl. geltend macht, der Angekl. *Ahmer S* hätte sich, nachdem er *Ihab E* in das Zimmer zurückgedrängt hatte, auf Schutzwehr beschränken müssen, stellt die Revision auf eine Kampfplage ab, die nach dem Beweisergebnis zwar nicht ausgeschlossen, aber nicht, wie für eine Verurteilung des Angekl. erforderlich, sicher festgestellt ist. Nach der ebenfalls nicht ausschließbaren Kampfplage, von der zu Gunsten des Angekl. auszugehen ist, war der Messereinsatz nach dem bei der Beurteilung der Kampfplage heranzuziehenden Kräfteverhältnis (BGH NSStZ 2003, 425, 427) objektiv erforderlich. *Ihab E* war dem Angekl. *Ahmer S* nach den Ausführungen des hierzu gehörten Sachverständigen möglicherweise körperlich überlegen. Er schlug in dem Zimmer nicht ausschließlich sogleich auf den Angekl. ein und ließ auch im weiteren Verlauf des Kampfes bis zu dessen Ende nicht von ihm ab. Dabei hielt er, wovon zu seinen Gunsten auszugehen ist, weiterhin den Gegenstand in der Faust, mit dem er zuvor *Nejeim S* verletzt hatte. Ob nur die Gefahr vergleichbarer (erheblicher) Verletzungen bestand oder ob darüber hinaus ein das Leben gefährdender Angriff vorlag, ist entgegen der Auffassung der Revision des Nebenkl. ohne Belang. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter findet bei der Notwehr grundsätzlich nicht statt (vgl. BGH NSStZ 2003, 425, 427 mwN); ein Fall des Missbrauchs des Notwehrrechts wegen geringen Gewichts des angegriffenen Rechtsguts (vgl. BGH aaO) liegt nicht vor.

15 2. Freispruch des Angekl. *Nejeim S*. Aus den genannten Gründen hält auch der nur von der Revision der StA angegriffene Freispruch des Angekl. *Nejeim S* rechtlicher Nachprüfung stand. Die Schläge mit der Bearpfanne gegen *Ihab E* sind durch Nothilfe gerechtfertigt, denn der Angekl. hat sie nicht ausschließlich zu einem Zeitpunkt geführt, als für seinen Sohn, dem er damit helfen wollte, noch eine Notwehrlage bestand.

Krit.

## 2. Nichteinhalten einer vom Gericht zugesagten Strafobergrenze

StGB § 46

Hat der Tatrichter durch die in der öffentlichen Hauptverhandlung protokollierte Angabe eines Strafrahmens mit einer Obergrenze von 5 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe bei Ablegen eines Geständnisses für den Angeklagten einen Vertrauensratbestand geschaffen, so ist er an die gegebene Strafobergrenze zwar nicht gebunden, wenn er auf Grund des Ergebnisses der weiteren Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangt, dass die Einlassung des Angeklagten den Anforderungen an ein glaubhaftes Geständnis nicht genügt. Will das Gericht aber unter diesen Umständen die mitgeteilte Strafobergrenze überschreiten, ist es zu einem ausdrücklichen Hinweis an den Angeklagten verpflichtet. (Ls d. Schriftf.)

BGH, Urt. von 14. 4. 2004 – 2 StR 39/04 (LG Bonn)

Das LG überschritt die mit den Verfahrensbeteiligten 1–4 abgesprochene Strafobergrenze, weil es das Geständnis nicht für glaubhaft hielt. Ein Hinweis hierauf ist nicht protokolliert.

Das verstößt gegen das Gebot fairer Verfahrensführung, wonach bei Abweichungen von wirksamen Zusagen ein protokollierungspflichtiger Hinweis ergehen muss.

Der Verfahrensverlauf beseitigt den Vertrauensratbestand des Angekl. nicht, wenn offen bleibt, ob er den Entschluss des Gerichts zum Abrücken von der zugesagten Strafobergrenze tatsächlich erkannt hat.

Zum Beruhen des Strafausspruchs auf dem Fehlen des Hinweises bei Möglichkeit zur Geständniserweiterung.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen schwerer trübsüchtiger Erpressung in 7 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren und 3 Monaten verurteilt. Seine Revision hatte mit der Verfahrensrüge einen Teilerfolg; der Strafausspruch wurde aufgehoben.

Aus den Gründen: Der gesamte Strafausspruch hat keinen 1 Bestand, weil das LG den am 2. Hauptverhandlungstag zugesagten Strafrahmen für die Gesamtfreiheitsstrafe überschritten hat, ohne den Angekl. zuvor ausdrücklich hierauf hinzuweisen.

1. a) Der Vorsitzende der StrK führte – nach Vorberatung 2 der Kammer – vor Beginn des zweiten Hauptverhandlungstags ein Gespräch mit dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft und den Verteidigern, in dem er auf der Grundlage einer vorläufigen Beurteilung des 1. Verhandlungstags mitteilte, wie der Sachverhalt möglicherweise beurteilt werden könnte. Er teilte mit, dass die Kammer von minder schweren Fällen ausgehen werde, wenn sie von Geständnissen der Angekl. ausgehen könne. Für diesen Fall müsste der Angekl. F mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren und 9 Monaten bis zu 5 Jahren rechnen. Der Staatsanwalt erklärte, dass er einer entsprechenden Entscheidung der Kammer nicht entgegenzutreten werde. Die Verteidiger hatten sodann Gelegenheit, die Sachlage mit ihren Mandanten zu erörtern. Im Anschluss daran teilten sie dem Vorsitzenden mit, dass sie einem entsprechenden Abschluss des Verfahrens zustimmen würden.

Dies teilte der Vorsitzende zu Beginn des 2. Verhandlungstags 3 in der Hauptverhandlung mit. Die genannten Vorgänge wurden in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen.

b) Der Angekl. hielt in der Folge an seiner bereits im Ermittlungsverfahren und am 1. Verhandlungstag abgegebenen Einlassung fest, er habe die 7 Überfälle auf Tankstellen allein aufgrund massiver Drohungen des Mitangekl. begangen. Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist die Kammer dagegen von einer gleichwertigen Mittäterschaft des Angekl. ausgegangen. Ohne einen entsprechenden Hinweis zu protokollieren, hat die Kammer den Angekl. zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren und 3 Monaten verurteilt und damit den zuvor in Aussicht gestellten Strafrahmen überschritten.

2. Dieses Vorgehen verstieß gegen das Gebot fairer Verfahrensführung. Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit das Vorgehen der StrK den Anforderungen entsprach, die in der Rechtsprechung des BGH an die verbindliche Verständigung im Strafverfahren gestellt werden (vgl. hierzu BGHSr 43, 195 ff.). Jedenfalls hat die StrK durch die in der öffentlichen Hauptverhandlung protokollierte Angabe eines Strafrahmens mit einer Obergrenze von 5 Jahren Gesamtfreiheitsstrafe bei Ablegen eines Geständnisses für den Angekl. einen Vertrauensratbestand geschaffen. An die gegebene Strafobergrenze war das LG zwar nicht gebunden, wenn es – wie hier – auf Grund des Ergebnisses der weiteren Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangte, dass die Einlassung des Angekl. den Anforderungen an ein glaubhaftes Geständnis nicht genügte. Will das Gericht aber unter diesen Umständen die mitgeteilte



nicht enthalten. Das Urteil kann darauf beruhen (BGHR StPO § 258 III letztes Wort 1).

- 7 Da der Angekl. die Taten sowohl bei der Polizei als auch in der Hauptverhandlung eingeräumt hat, bleibt der Schuldspruch von beiden Verfahrensverstößen unberührt. Insoweit kann das Beruhen ausgeschlossen und der Schuldspruch aufrechterhalten werden (BGH NStZ 1999, 426).

## 22. Faire Verfahrensgestaltung bei Umsetzung einer Verständigung über die Strafhöhe

MRK Art. 6 I; StGB § 46

Sieht eine Verständigung im Ergebnis vor, dass der Angeklagte im Falle eines Geständnisses zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von nicht mehr als 4 Jahren verurteilt werden soll, erkennt das Gericht aber zu einem späteren Zeitpunkt, dass die Gesamtstrafenbildung in der vorgesehenen Form unzulässig ist, so gebietet das Gebot fairer Verfahrensgestaltung, dass sich das Gericht nicht in Widerspruch zu seinen eigenen im Rahmen der Verständigung gefundenen und bekannt gegebenen Rechtsfolgenbewertungen setzen darf. (Ls d. Schrifttg.)

BGH, Beschl. v. 9. 6. 2004 – 5 StR 181/04 (LG Berlin)

- Die Rüge des Verstoßes gegen das Recht auf ein faires 1  
Verfahren hat Erfolg.
- Die zwischen den Beteiligten erfolgte Verständigung 2  
in der Hauptverhandlung auf eine Freiheitsstrafe von  
höchstens 4 Jahren ist unbedenklich; in ihr war die  
Einbeziehung einer 10-monatigen Vorverurteilung  
vereinbart.
- Erst nach Geständnis und Plädoyers erkannte das Ge- 3  
richt, dass die abgesprochene Einbeziehung von  
Rechts wegen nicht möglich war; der Angekl. wurde  
hierauf hingewiesen und zu der Freiheitsstrafe von  
4 Jahren – ohne Einbeziehung – verurteilt.
- Die Revision sieht hiernä zurecht einen Verstoß gegen 4  
Art. 20 III i. V. m. Art. 2 I GG und gegen Art. 6 I  
MRK.
- Die Unmöglichkeit der Einstellung war nicht Folge 5  
der erfolgten Teileinstellung nach § 154 II StPO.
- Das LG musste keineswegs eine an der fehlerhaften 6  
Zusage orientierte Gesamtstrafenbildung vornehmen;  
es hat den Verteidiger zutreffend auf den Irrtum hin-  
gewiesen.
- Die ausgeurteilte Strafe setzt sich aber in Widerspruch 7  
zu der vereinbarten und bekannt gegebenen Rechts-  
folgenbewertung.
- Das im Rahmen der Absprache gefundene Strafmaß 8  
ist an sich nicht zu beanstanden; lediglich die avisierte  
Gesamtstrafenbildung war rechtlich nicht möglich.
- Die tatsächlich ausgeurteilte Strafe hätte niedriger 9  
ausfallen müssen, als die unter Einbeziehung der Vor-  
verurteilung vereinbarte Strafe.
- Eine an der Verständigung orientierte Strafe hätte sich 10  
zwischen der vereinbarten Höchstgrenze einerseits  
und dieser vermindert um die nunmehr nicht einbezo-  
gene Strafe andererseits bewegen müssen; dies zu be-  
denken hat das LG versäumt.
- Der Senat musste nicht entscheiden, inwieweit auf- 11,  
zuheben und zurückzuverweisen gewesen wäre, da  
hier ein zum Durchentscheid berechtigender Sonder-  
fall – eine erhebliche Verfahrensverzögerung durch die  
Justiz – vorliegt.
- Der Senat bemisst die Freiheitsstrafe auf 3 Jahre und 13  
3 Monate; niedriger hätte auch eine vom LG zu ver-  
hängende Strafe nicht ausfallen können.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen schweren räuberischen Diebstahls (Einsatzstrafe: 2 Jahre und 6 Monate Freiheitsstrafe), räuberischen Diebstahls in 2 Fällen (Einzelfreiheitsstrafen von jeweils 1 Jahr und 10 Monaten), Diebstahls und vorsätzlicher Körperverletzung (Einzelfreiheitsstrafe von jeweils 6 Monaten) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt und hat die Unterbringung des Angekl. in einer Erziehungsanstalt angeordnet. Die – im übrigen unbegründete – Revision des Angekl. führte mit einer Verfahrensrüge zu einer Reduzierung der Gesamtfreiheitsstrafe.

Aus den Gründen: Zutreffend rügt der Angekl. einen Verstoß gegen sein Recht auf ein faires Verfahren im Rahmen einer Verfahrensverständigung auf Grund folgender Verfahrensvorgänge:

Am 1. Hauptverhandlungstag wurde im Einvernehmen mit Gericht, Staatsanwalt, Verteidiger und Angekl. die – für sich nach den Grundsätzen von BGHR 43, 195 nicht durchgreifend bedenkliche – Verständigung gefunden, dass der Angekl. im Fall eines Geständnisses neben der Anordnung der Unterbringung nach § 64 StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von nicht mehr als 4 Jahren verurteilt werden sollte. Aus der Protokollierung des von der StrK beratenen Verständigungsergebnisses in Verbindung mit der unmittelbar zuvor in die Sitzungsniederschrift aufgenommenen Antragsankündigung des Staatsanwalts (die seinen später bis zum ersten Schlussvortrag gestellten Anträgen entsprach (entnimmt der Senat – entsprechend dem Revisionsvorbringen, dem Gericht und StA nicht entgegengetreten sind – folgende weitere Voraussetzungen jener gefundenen Verständigung: Zum einen sollte – wie später auch erfolgt – wegen 23 weiterer angeklagter (einfacher) Diebstahle das Verfahren nach § 154 II StPO eingestellt werden; zum anderen sollten – wie später nicht erfolgt – in die Gesamtfreiheitsstrafe die Einzelstrafen aus einer anderen rechtskräftigen Verurteilung des Angekl. durch das AG Tiergarten in Berlin wegen Diebstahls in 6 Fällen und vorsätzlicher Körperverletzung zu 10 Monaten Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen werden.

Der Angekl. war im Anschluss an diese Verständigung hinsichtlich der nicht eingestellten abgeurteilten Taten „in vollem Umfang glaubhaft“ geständig. Staatsanwalt und Verteidiger plädierten übereinstimmend i. S. der Verständigung, mit einem der zugesagten Obergrenze entsprechenden Gesamtstrafantrag. Erst jetzt erkannte die StrK, dass die in Aussicht genommene Einbeziehung der Strafen aus der Vorverurteilung nicht zulässig sei. (Diese – auch dem Urteil zu Grunde liegende – Auffassung ist sachlichrechtlich zutreffend, weil die hier abgeurteilten Taten nach dem Urteil des AG in der anderen Sache begangen worden waren; möglicherweise hatte die – freilich durch Berufungsrücknahme erfolgte und damit für § 55 I StGB unmaßgebliche – weit spätere Rechtskraft jenes Urteil zunächst zu der irrtümlichen abweichenden Beurteilung der Einbeziehungsfrage im Rahmen der Verständigung geführt.). Hierauf wurde der Angekl. – dessen Verteidiger auf Beibehaltung der Verständigung beharrte – im Rahmen einer rechtlichen Erörterung hingewiesen. Das LG verurteilte den Angekl. nunmehr – dem hierauf geänderten Antrag des Staatsanwalts folgend – ohne die in Aussicht genommene (fehlerhafte) Einbeziehung zu einer Gesamtstrafe in uneingeschränkter Höhe der – freilich noch unter Berücksichtigung der vorgesehenen Einbeziehung – zugesagten Obergrenze.

Hierin sieht die Revision – wenngleich mit teilweise unzutreffenden rechtlichen Überlegungen und Folgerungen – im Ergebnis mit Recht einen Verstoß gegen das aus Art. 20 III i. V. mit Art. 2 I GG und aus Art. 6 I MRK abzuleitende Gebot fairer Verfahrensgestaltung.

2. Allerdings trifft die Prämisse der Verteidigung nicht zu. Die Unmöglichkeit der zunächst vorgesehenen Einbeziehung sei Folge der Teileinstellung nach § 154 II StPO gewesen. Sofern die eingestellten Vorwürfe vor dem rechtskräftigen Amtsgerichtsurteil begangene Taten betrafen, hätte dies im Falle ihrer Aburteilung zur Bildung zweier Gesamtstrafen



verkehr zwischen den Ermittlungsbehörden und RA H betraf lediglich die von RA B in seiner Stellungnahme vom 15. 12. 2004 bezeichnete Stellungnahme des Interpolbüros der liberianischen Polizei. Allein die Tatsache, dass der Bf. Verteidiger des Angeschuldigten ist, rechtfertigte nicht den Schluss, dass sich die gesuchten Schreiben des Außenministeriums in seiner Anwaltskanzlei befanden und dass deren Durchsichtung zur Auffindung dieser Gegenstände führen würde.

Im Übrigen ergibt sich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Durchsuchungsbeschlusses – auch hinsichtlich der gesuchten Stellungnahme des Interpolbüros der liberianischen Polizei – aus dem unzulässigen Zweck der Maßnahme. Denn Durchsuchungen dürfen nicht zu dem Zweck vorgenommen werden, Gegenstände aufzuspüren, die nach § 97 StPO von der Beschlagnahme ausgenommen sind (vgl. Meyer-Göfner, StPO, 8. Aufl., § 103 Rn 6, 7 mwN). Die Gegenstände, die bei dem Verteidiger RA H sichergestellt werden sollten, unterliegen einem Beschlagnahmeverbot, im vorliegenden Fall dem an das Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers nach § 53 I Nr. 2 StPO anknüpfenden Beschlagnahmeverbot nach § 97 I Nr. 3 StPO. Danach sind Gegenstände vor der Beschlagnahme geschützt, wenn ihr Aussagegehalt das Vertrauensverhältnis betrifft. Die Reduzierung des Anwendungsbereichs von § 97 I Nr. 3 StPO nur auf solche Gegenstände, die innerhalb des Vertrauensverhältnisses entstanden sind, lässt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Gesetzes entnehmen (KK-Nack, StPO, 5. Aufl., § 97, Rn 16; Meyer-Göfner, a. a. O., § 97 Rn 30 jew. mwN). Unter das Beschlagnahmeverbot fallen demnach auch Urkunden, die ein Dritter dem Verteidiger zum Zwecke der Verteidigung übergeben hat, da die durch diese Unterlagen zu beweisenden Tatsachen von dem Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers umfasst werden (vgl. Senat, StV 1982, 64; OLG Hamm, StV 1995, 570; LG Fulda, NJW 2000, 1508; Meyer-Göfner, § 97 Rn 30, 36 ff. jew. mwN). Dies gilt auch dann, wenn aus bestimmten Umständen darauf geschlossen werden kann, dass es sich um Unterlagen handelt, die der Entlassung des Angekl. dienen (vgl. Senat, StV 1982, 64).

Eine Ausnahme von der Beschlagnahmefreiheit ergäbe sich allenfalls dann, wenn die Unterlagen dem Verteidiger nicht für die Zwecke der Verteidigung übergeben worden sind, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich sind.

Ob eine Ausnahme von der Beschlagnahmefreiheit ebenfalls dann anerkannt werden kann, wenn der Verteidiger seine privilegierte Stellung offensichtlich missbraucht, um Akten, Schriftstücke oder andere Gegenstände dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen (zustimmend Meyer-Göfner, § 97 Rn 39 mwN; kritisch und im Ergebnis offen gelassen: Senat, StV 1982, 64; LG Fulda, NJW 2000, 1508) kann letztlich dahinstehen, da eine solche Einschränkung jedenfalls nur für extreme Ausnahmefälle, nämlich nur dann anerkannt werden kann, wenn feststeht, dass mit dem Verteidigerprivileg ausschließlich ein von der Verfahrensordnung missbilligtes Ziel verfolgt wird und keinerlei Gesichtspunkte erkennbar sind, die eine verfahrensfremde Rechtswirkung noch hinnehmbar erscheinen lassen, wobei im Zweifel eine Vermutung zu Gunsten der Zulässigkeit selbst missbräuchlicher Ausnutzung von Verfahrensrechten besteht (vgl. Senat, StV 1982, 64). Anhaltspunkte dafür, dass der Verteidiger des Angeschuldigten unter den vorgenannten Voraussetzungen dem Gericht die bezeichneten Urkunden vorgehalten hat, sind nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass der Verteidiger auf das gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Ersuchen in der Sache nicht eingegangen ist, vermag einen offensichtlichen Missbrauch nicht zu begründen. Es ist zumindest nicht auszuschließen, dass der Verteidiger des Angeschuldigten in Wahrnehmung seiner Funktion und nach pflichtgemäßer anwaltlicher Güter- und Interessenabwägung rechtfertigende Gründe hatte, sich entsprechend zu verhalten. Damit fehlt es an einer ausreichenden Grundlage für die Fest-

stellung, dass der Verteidiger RA H sein Verteidigerprivileg in dem oben gekennzeichneten Sinne missbraucht hat.

Soweit sich die Kammer auf eine Entscheidung des OLG Hamm im Beschluss vom 23. 6. 1988 (Az.: I VAs 3/88 – zit. nach JURIS = NSZ Nr. 3 zu § 103 StPO) stützt, vermag dies eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Die Entscheidung des OLG Hamm betrifft die Überprüfung der Art und Weise einer Durchsichtung im Rahmen des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gem. § 23 EGGVG. Gegenstand dieser Entscheidung ist daher nicht die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung, sondern lediglich die Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung einer rechtmäßig angeordneten Durchsichtung.

Ein Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit nach § 97 II 3 StPO liegt ebenfalls nicht vor. Die gesuchten Unterlagen unterfallen daher der Beschlagnahmefreiheit gem. § 97 I Nr. 3 StPO, weswegen die zum Auffinden dieser Beweismittel angeordnete richterliche Durchsichtung der Kanzleiräume von RA H rechtswidrig war. ...

(Mitgeteilt von Richter am LG J. Richter, Frankfurt a. M.)

Anm. d. Schrifttg.: Ebenso LG Stuttgart, DSzR 1997, 1414 und LG Berlin, NJW 1990, 1058 a. A. LG Braunschweig, NJW 1978, 2108; LG Mainz, NSZ 1986, 473 und LG Darmstadt, NSZ 1988, 286.

## 10. Neue Tatsachen i. S. d. § 116 IV Nr. 3 StPO

### StPO § 116 IV Nr. 3

Ein neu hervorgetretener Umstand, der die Verhaftung erforderlich macht, liegt vor, wenn er die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem wesentlichen Punkt erschüttert und den Richter bewogen hätte, keine Aussetzung zu bewilligen, wenn er ihn bei seiner Entscheidung schon gekannt hätte.

Hat sich der bei Haftverschonung schon bestehende Verdacht einer weiteren Tat, die mit dem Vorwurf im Haftbefehl in engem Zusammenhang steht, später bis zur Schwelle des dringenden Tatverdachts verdichtet, so rechtfertigt dies zwar die Erweiterung der Haftgrundlage, nicht aber die Rücknahme der Haftverschonung.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11. 4. 2005 – 3 Ws 114/05

(Mitgeteilt vom 3. Strafsenat des OLG Karlsruhe)

Anm. d. Schrifttg.: Vgl. zu diesem Thema auch OLG München, 1978, 77 und OLG Karlsruhe, Justiz 2004, 268 = StraFo 2004, 240.

## 11. Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts – verfahrenbeendende Absprache

### StPO § 302 I

Das Fehlen einer qualifizierten Belehrung führt lediglich zur Unwirksamkeit des im Rahmen einer Urteilsabsprache erfolgten Rechtsmittelverzichts, so dass dem Angeklagten die einwöchige Frist zur Einlegung der Revision zur Verfügung steht. Die Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts stellt aber keinen Grund dar, ihm Wiedereinsetzung gegen die versäumte Frist zu gewähren. (Ls d. Schrifttg.)

BGH, Beschl. v. 11. 5. 2005 – 5 StR 124/05 (LG Berlin)

Zum Sachverhalt: Das LG verurteilte den Angekl. am 3. 4. 2003 wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Jahren. Der Angekl. verzichtete in der Hauptverhandlung zunächst auf Rechtsmittel. Er legte



sodann durch ein am 15. 4. 2003 bei den Justizbehörden eingegangenes Schreiben Revision ein und beantragte durch einen am 30. 5. 2003 eingegangenen Schriftsatz seines Verteidigers, die Unwirksamkeit des erklärten Rechtsmittelverzichts festzustellen und ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Revisionseinlegung zu gewähren.

Seine Rechtsbehelfe blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Hierzu hat der GBA in seiner Antragschrift vom 30. 3. 2005 zutreffend ausgeführt:

„1. Die Revision ist unzulässig, weil der Angekl. auf Rechtsmittel verzichtet hat (vgl. § 302 I 1 StPO).“

Ausweislich der Sitzungsniederschrift erklärte RA H – einer der Verteidiger des Angekl. – während der Rechtsmittelbelehrung in Anwesenheit einer Dolmetscherin: „Wir verzichten auf weitere Rechtsmittelbelehrung und auf Rechtsmittel und nehmen das Urteil an.“

Dann stimmten RA R und der Angekl. zu. Die Erklärungen wurden laut diktiert, übersetzt und genehmigt.

2. Dieser Verzicht, wie er zufolge der Beweiskraft des Verhandlungsprotokolls feststeht (vgl. § 274 StPO), ist wirksam.

a) Ein Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich unwiderruflich und unantastbar (st. Rspr.; vgl. u. a. BGHSt 5, 339 [341] = NJW 1954, 687; BGH, NStZ 1986, 278; BGH, StV 1994, 64; BGHR StPO § 302 I 1 Rechtsmittelverzicht 1, 4, 5, 8 und 15).

b) Allerdings können je nach den Umständen des Falles fehlende Sprachkenntnisse eines Angekl. die Wirksamkeit eines von ihm abgegebenen Rechtsmittelverzichts in Frage stellen (vgl. BGH, Beschl. v. 25. 2. 1999 – 1 StR 45/99 und 25. 5. 1993 – 1 StR 124/93).

Hierfür bestehen hier jedoch keine Anhaltspunkte.

Die StRK hatte Dolmetscher für die portugiesische Sprache zugezogen. RA H verfügt überdies ebenfalls über entsprechende Sprachkenntnisse.

Soweit der Angekl. jetzt behauptet, eine ausreichende Verständigung mit der Dolmetscherin und seinen Verteidigern sei nicht möglich gewesen, ist dies nicht glaubhaft.

Aus der Stellungnahme von RA H vom 2. 9. 2002 folgt, dass Gespräche zwischen ihm und dem Angekl. problemlos möglich waren und dass der Angekl. etwaige Unzulänglichkeiten auch nicht beanstandet hat.

Ferner ergibt sich aus dem Hauptverhandlungsprotokoll nicht, dass der Angekl. – wie nun behauptet wird – fortwährend angezeigt habe, dass die Verständigung nicht ausreiche.

Vielmehr belegt die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden Richters am LG S vom 5. 3. 2005 das Gegenteil.

Entsprechendes gilt für die dienstliche Erklärung von Staatsanwalt F vom 22. 10. 2004.

c) Der Rechtsmittelverzicht wurde auch nicht auf Grund einer vor Erlass des Urteils im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache getroffenen Vereinbarung erklärt (vgl. BGH, NStZ 2000, 96).

Nach Maßgabe des Hauptverhandlungsprotokolls und der dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden Richters am LG S und des Staatsanwalts F steht fest, dass eine Absprache nicht erfolgt ist.

3. Der Rechtsmittelverzicht schließt zugleich jede Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus (st. Rspr.; vgl. BGH, NStZ 1984, 181), so dass auch der hierauf gerichtete Antrag des Angekl. zu verwerfen ist.“

Ergänzend bemerkt der Senat:

Soweit die Verteidiger RA H, die im Verfahren vor dem LG nicht mitgewirkt hat, nunmehr geltend macht, eine „lebensnahe Betrachtungsweise“ ergäbe, dass ihres „Erachtens eine Absprache über die Beendigung des Hauptverfahrens ... evident“ sei, vermag dies nicht die Angaben in den dienstlichen Erklärungen des Vorsitzenden Richters am LG S und des Staatsanwalts F einem ernsthaften Zweifel auszusetzen.

Im Übrigen hätte eine Urteilsabsprache, wenn sie denn erfolgt wäre und eine qualifizierte Belehrung unterblieben wäre, lediglich die Wirkung, dass der erklärte Rechtsmittelverzicht unwirksam wäre, so dass dem Angekl. die einwöchige Frist zur Einlegung der Revision (§ 341 I StPO) zur Verfügung gestanden hätte. Für eine etwaige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision wären die genannten Umstände ohne Bedeutung (BGH, (GS), Beschl. vom 3. 3.

2005 – GSt 1/04 = NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389, veröffentlicht erst nach der Antragschrift des GBA in vorliegender Sache; BGH, Beschl. vom 19. 4. 2005 – 5 StR 586/04).

Anm. d. Schriftfgr.: Zu BGH (GS), NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389; vgl. die Anm. von Seher, JZ 2005, 634, Wegner, PSrR 2005, 151 und Altenhain, GA 2005, 281.

## 12. Prüfung der Angemessenheit der Strafe durch das Revisionsgericht – rechtliches Gehör

GG Art. 103 I; StPO §§ 349 II, 354 I a 1

1. Die Prüfung der Angemessenheit der Strafe durch das Revisionsgericht kann auch im Verfahren nach § 349 II StPO erfolgen; es ist nicht zwingend eine Revisionshauptverhandlung anzuberaumen, in der der Angeklagte ergänzende Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen hätte machen können.

2. Das Revisionsgericht ist im Beschlussverfahren nach § 349 II StPO ebenso wenig wie das Tatgericht bei der Strafzumessung in der Urteilsberatung im Rahmen einer Hauptverhandlung verpflichtet, sein gem. § 354 I a 1 StPO in der Beratung gefundenes Ergebnis von der Angemessenheit einer Strafe nach einer Unterbrechung der Beratung dem Verteidiger mitzuteilen, um ihm Gelegenheit zur Äußerung zu geben. (Ls d. Schriftfgr.)

BGH/Beschl. v. 17. 5. 2005 – 3 StR 39/05 (LG Oldenburg)

Anm. d. Schriftfgr.: Vgl. zu § 354 I a StPO auch BGH, NJW 2005, 1813; 912; 91; NStZ 2005, 163; NStZ-RR 2005, 76.

## 13. Wiederaufnahme – geeignetes Beweismittel und vorweggenommene Beweiswürdigung

StPO § 359 Nr. 5

1. Die Feststellung, das Tatgericht sei unter Ausschluss vernünftiger Zweifel von der Täterschaft des Antragstellers überzeugt gewesen, besagt lediglich, dass jenes Gericht auf der Grundlage der damals erhobenen Beweise die rechtsstaatlich notwendigen Voraussetzungen für eine Verurteilung als gegeben ansah. Über die Geeignetheit neuer Beweismittel besagt sie nichts.

2. Zwar ist es dem Wiederaufnahmegesicht grundsätzlich nicht verwehrt, bereits im Aditionsverfahren die Beweiskraft eines neuen Beweismittels kritisch zu prüfen, allerdings nur, soweit dies ohne förmliche Beweiserhebung möglich ist. Die Grenzen der Zulässigkeit vorweggenommener Beweiswürdigung sind jedenfalls dann überschritten, wenn den Angaben eines Zeugen, der bei „Aussage gegen Aussage“ nunmehr zu Gunsten des Verurteilten aussagen will, von vorneherein, ohne vorherige Vernehmung, die Glaubhaftigkeit abgesprochen wird.

OLG Koblenz, Beschl. v. 15. 12. 2004 – 1 Ws 759/04

Zum Sachverhalt: Der Bf. wurde durch Urteil des LG Mainz vom 27. 2. 2004 in der Berufungsinstanz rechtskräftig wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten verurteilt. Dem Schuldspruch lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde:

Am Abend des 5. 8. 2002 hielten sich der Bf., sein Bruder Jens G., der Nebenkl. Oliver S und andere Personen in der Wohnung des Gerhard R – eines weiteren Bruders des Angekl. – in Alzey auf. Zwischen 23 Uhr und Mitternacht kam es zu einem Streit zwischen dem Angekl. und dem Nebenkl. um eine Dose Bier. Als sich auch Jens G. einmischte, packte der Nebenkl. seine Sachen zusammen und machte sich auf den Heimweg. Einige Minuten später verließen der



Abschlussvermerk) durch die Vorschrift des § 147 StPO zu Gunsten des umfassenden Akteneinsichtsrechts des Verteidigers entschieden.

*Mitgeteilt von Rechtsanwältin Karen A. Riveiro, Mainz*

StPO §§ 252, 52

Eine vernehmungsersetzende schriftliche Äußerung wird nicht „aus freien Stücken“ abgegeben (Red).

BGH, Ur. v. 14.6.2005 – 1 StR 338/04 (LG Augsburg)

II. 1. [Die Zeugin T hat in der Hauptverhandlung] von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch gemacht, so dass die Verwertung der vorangegangenen Angaben infrage steht. So wurde sie, nachdem sie bereits am 23.5.2002 durch einen Beamten des Zollfahndungsamtes Nürnberg und am 5.7.2002 durch den Ermittlungsrichter des AG Kaufbeuren als Zeugin vernommen worden war, am 12.8.2003 erneut – dieses Mal als Beschuldigte – durch einen Beamten des Zollfahndungsamtes Nürnberg ... vernommen. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Vernehmungen war sie aber zu Angaben nicht bereit, nachdem der Vernehmungsbeamte sich auf ihre Bitte nicht in der Lage sah, ihr eine Abschrift des zu erstellenden Vernehmungsprotokolls nach der Vernehmung auszuhändigen. Dabei sagte er ihr aber, falls sie es sich noch anders überlege, könne sie auch eine schriftliche Stellungnahme einreichen. Am 26.8.2003 ging beim Zollfahndungsamt München – Dienstort Nürnberg – ein Faxschreiben der Zeugin T ein. In dem Faxschreiben, das folgende Überschrift trägt: „Schriftliche Stellungnahme zur Ladung vom 12.8.2003 (Strafverfahren)“, beschuldigt sie den Angeklagten sinngemäß, er habe Kenntnis von der Notwendigkeit einer Ausföhrgenehmigung für die Werkzeuge gehabt, weil sie ihm bereits 1995 oder 1996 nach dem Besuch eines Seminars dieses Erfordernis mitgeteilt habe.

Zur Überführung des Angeklagten hat sich das LG auf die Angaben der Zeugin in diesem Faxschreiben gestützt, weil es nach Ansicht der Strafkammer nicht im Zusammenhang mit einer Vernehmung entstanden, sondern von der Zeugin aus freien Stücken verfasst worden sei.

2. Die Revision sieht in der Verwertung der schriftlichen Stellungnahme der Zeugin T vom 20.8.2003 mit Recht einen Verstoß gegen § 252 StPO. Verweigert ein Zeugnisverweigerungsberechtigter in der Hauptverhandlung gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Zeugnis, so darf auch seine Einlassung in einem früheren, gegen ihn selbst gerichteten Verfahren nicht gegen den nunmehr angeklagten Angehörigen verwendet werden (BGHSt 20, 384; NSStZ 2003, 217). Der Auffassung der Strafkammer, das Schreiben vom 20.8.2003 sei nicht im Zusammenhang mit einer Vernehmung entstanden, folgt der Senat nicht. Dies ist bereits aus der Überschrift des Schreibens her abzuleiten, wodurch ein direkter Bezug zur Ladung zur

Beschuldigtenvernehmung und dem gegen die Zeugin damals geführten Ermittlungsverfahren hergestellt wird. Insbesondere handelt es sich nicht um Angaben, die sie „aus freien Stücken“ und nicht im Bewusstsein ihrer späteren Verwendungsmöglichkeit im Verfahren abgegeben hat (BGH NSStZ-RR 2001, 171, 172; BGHR StPO § 252 – Verwertungsverbot 16). Wie die Strafkammer selbst festgestellt hat, war die Vernehmung der Zeugin T am 12.8.2003 abgebrochen worden, nachdem sich der Ermittlungsbeamte nicht in der Lage sah, dem Wunsch der Zeugin nach Aushändigung einer Abschrift des Vernehmungsprotokolls nachzukommen. Indem er sie dabei darauf hingewiesen hatte, sie könne, falls sie es sich noch anders überlege, auch eine schriftliche Stellungnahme einreichen, hat er eine motivationsfördernde Wirkung ausgeübt und dadurch die dann zwei Wochen später eingegangene Stellungnahme initiiert. Auch der zeitliche Abstand zwischen dem Zeitpunkt des Vernehmungsversuchs und dem Eingang der schriftlichen Stellungnahme ist vorliegend nicht so groß, dass dadurch ein Zusammenhang mit der Vernehmung infrage gestellt würde.

StPO § 302

Das Erfordernis der qualifizierten Belehrung gilt auch für Altfälle (Red).

BGH, Beschl. v. 14.6.2005 – 3 StR 130/05 (LG Verden)

Der Angeklagte ... hat noch in der Hauptverhandlung vom 13.12.2004 ... übereinstimmend mit seinem Verteidiger auf Rechtsmittel gegen das Ur. v. gleichen Tage verzichtet. Mit einem am 17.12.2004 eingegangenen Schriftsatz eines anderen Verteidigers hat er gleichwohl Revision eingelegt. Dieses Rechtsmittel ist wirksam eingelegt worden, weil der Rechtsmittelverzicht nicht wirksam war. Da das Urteil noch nicht zugestellt worden ist, hat die Revisionsbegründungsfrist noch nicht zu laufen begonnen.

Wie der Große Senat für Strafsachen zwischenzeitlich am 3.3.2005, nach Erlass des angefochtenen Urteils, entschieden hat, ist nach einer Urteilsabsprache der Rechtsmittelberechtigte darüber zu belehren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung). Andernfalls ist der nach einer Urteilsabsprache erklärte Rechtsmittelverzicht unwirksam (BGH NJW 2005, 1449 [= StraFo 2005, 239]).

Eine Urteilsabsprache in diesem Sinne war hier erfolgt. Wie sich aus den übereinstimmenden Erklärungen des Vorsitzenden, der Sitzungsstaatsanwältin und des damaligen Verteidigers ergibt, war dem zunächst schweigenden Angeklagten durch das Gericht im Einverständnis mit der StA für den Fall eines Geständnisses eine Jugendstrafe von maximal zwei Jahren und neun Monaten zugesagt worden, worauf dieser nach Beratung mit seinem Verteidiger ein Geständnis abgelegt hat. Damit ist eine Höchststrafenvereinbarung zustande



gekommen, der bindende Wirkung zukommen sollte (vgl. zur Protokollierungspflicht BGH NStZ 2001, 555 f.). Dem steht das vor der Entscheidung des Großen Senats ergangene Urteil des 5. Strafsenats vom 15.2.2005 (StraFo 2005, 197) nicht entgegen, das sich mit dem Zustandekommen einer Absprache unter Umgehung der StA befasst.

Eine qualifizierte Belehrung i.S.d. Entscheidung des Großen Senats ist ausweislich des Protokolls nicht erfolgt. Dabei wird nicht verkannt, dass das LG im Zeitpunkt der Hauptverhandlung das Erfordernis einer qualifizierenden Belehrung nicht kennen konnte.

#### StPO § 329

Muss der Ausländer bei der Einreise mit seiner Verhaftung wegen dieser Einreise rechnen, ist sein Ausbleiben genügend entschuldigt (Red).

HansOLG in Bremen, Beschl. v. 14.6.2005 – Ss 39/03

Die Generalstaatsanwaltschaft hat ... ausgeführt:

II. 2. ... Nach § 329 Abs. 1 StPO ist, wenn der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung und Belehrung über die Folgen seines Ausbleibens zu der Berufungshauptverhandlung nicht erscheint, die Verwerfung seiner Berufung nur zulässig, wenn das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Angeklagte sich genügend entschuldigt hat, sondern ob er genügend entschuldigt ist (LR-Gollwitzer, StPO, 25. Aufl., § 329 Rn 26; KK-Ruß, StPO, 5. Aufl., § 329 Rn 7; Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl., § 329 Rn 18; BGHSt 17, 391, 396). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das Fernbleiben des Angeklagten entschuldigt sein kann, so muss das Berufungsgericht dem im Rahmen seiner Amtsaufklärungspflicht durch Ermittlungen im Freibeweis nachgehen (Meyer-Goßner, a.a.O., § 329 Rn 19; BayObLG NJW 1998, 172; NStZ-RR 1999, 143; StV 2001, 338; NStZ-RR 2003, 87, 88; OLG Zweibrücken StV 2001, 336) und in den Urteilsgründen darlegen, dass die Voraussetzungen des § 329 StPO gegeben waren. Das Revisionsgericht kann nämlich auf die zulässig erhobene Verfahrensrüge nach § 329 Abs. 1 StPO – ähnlich wie bei der Anwendung sachlichen Rechts – nur feststellen, ob das Berufungsgericht die vorliegenden Entschuldigungsgründe überhaupt geprüft, im Urteil genügend dargestellt und den Rechtsbegriff der genügenden Entschuldigung rechtlich richtig gewürdigt hat (LR-Gollwitzer, a.a.O., § 329 Rn 102 m.w.N.). Dabei darf das Revisionsgericht nur solche Entschuldigungsgründe berücksichtigen, die dem Berufungsgericht im Zeitpunkt der Entscheidung erkennbar waren und das Revisionsgericht ist an die im Urteil getroffenen Feststellungen gebunden (BayObLG StV 2001, 338; OLG Hamm NStZ-RR 2000, 84, 85). Um dem Revisionsgericht eine Nachprüfung zu ermöglichen, muss das Urteil daher unter lückenloser Angabe der für erwiesen erachteten Tatsachen, vorgebrachter Entschuldigungsgründe, vorgelegter Be-

scheinigungen und gestellter Aussetzungsanträge unter umfassender Würdigung darlegen, weshalb das Ausbleiben des Angeklagten nicht entschuldigt ist. Auf die umfassende Würdigung des Entschuldigungsvorbringens darf nur dann verzichtet werden, wenn es ganz offensichtlich ungeeignet ist, das Ausbleiben des Angeklagten zu entschuldigen (KG StV 1995, 575).

Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

Die Urteilsgründe lassen besorgen, dass das Berufungsgericht den von dem Verteidiger in dessen Antrag in der Berufungshauptverhandlung vom 7.7.2003 mitgeteilten möglichen Entschuldigungsgründen keine ausreichende Beachtung geschenkt und in seine Überlegungen nicht mit einbezogen hat, dass der Aufenthalt des serbischen Angeklagten in der Bundesrepublik infolge von dessen Ausreise zur Vermeidung ausländerrechtlicher Maßnahmen unbekannt ist und dass der Angeklagte im Falle einer erneuten Einreise mit seiner Verhaftung rechnen müsste, denn nur dann macht der Antrag des Verteidigers auf Zusicherung sicheren Geleits nach § 295 StPO überhaupt Sinn. Hat ein Ausländer zur Vermeidung seiner drohenden Ausweisung und Abschiebung freiwillig die Bundesrepublik verlassen, so ist er genügend entschuldigt, wenn er nach der Ausreise zu der danach anberaumten Berufungshauptverhandlung nicht erscheint. Der Angeklagte darf in einem solchen Fall nämlich nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AuslG). Im Falle einer erneuten Einreise oder eines Aufenthaltes muss der Angeklagte mit strafrechtlicher Verfolgung wegen eines Vergehens gegen § 92 Abs. 2 Nr. 1a und b AuslG rechnen, es sei denn, dass ihm ausnahmsweise eine Erlaubnis nach § 9 Abs. 3 AuslG erteilt worden ist. Dazu, ob dem Angeklagten eine solche Ausnahmeerlaubnis im Falle erfolgter Ausreise erteilt worden ist, verhält sich das angefochtene Urteil nicht. Auf diesem Darstellungsmangel beruht das angefochtene Urteil. Dem Revisionsgericht ist es auf Grund der bindenden tatsächlichen Feststellungen unmöglich zu prüfen, ob das Gericht den Rechtsbegriff der „genügenden Entschuldigung“ verkannt hat.

Diesen Ausführungen tritt der Senat auf Grund eigener Prüfung bei. ...

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Hans Meyer-Mews, Bremen

#### StPO § 406

Anerkenntnisurteil im Adhäsionsverfahren zulässig

BGH, Beschl. v. 30.6.2005 – 1 StR 176/05 (LG Bayreuth)

Der Senat verwirft die Revision nach § 349 Abs. 2 StPO und bemerkt ergänzend:

Auch die Entscheidung über den Anspruch der Geschädigten auf Schmerzensgeld entspricht dem Gesetz. Nach der Ände-



richterlichen Entscheidung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

BGH, Beschl. v. 13. 1. 2005 – 1 StR 531/04 (LG München II)

♦ **Aus den Gründen:** 2. Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge, die Ergebnisse der gleichzeitig durchgeführten Durchsuchungen hätten nicht verwertet werden dürfen.

a) Hierzu trägt die Revision vor: Vor Beginn der Durchsuchung bei den Eltern habe die Polizei vom Vater des Angekl. erfahren, der Angekl. sei noch am Donnerstag, den 6. 11. 2003, bei den Eltern zu Besuch gewesen. Nachdem die StA um 13.25 Uhr davon in Kenntnis gesetzt worden seien, hätten sie die Durchsuchung der Personen, der Fahrzeuge, der Sachen und der Wohnungen des Angekl. sowie der Wohnung der Eltern des Angekl. angeordnet. Die Revision rügt, es komme hier nicht darauf an, ob die Durchsuchung tatsächlich vom StA wegen Gefahr im Verzug oder durch den Ermittlungsrichter angeordnet worden sei. Habe der StA im Wege der Eilkompetenz die Durchsuchung angeordnet, so fehle es an der Voraussetzung der Gefahr im Verzug. Habe der Richter die Durchsuchung angeordnet, so sei dessen Entscheidung unwirksam, denn die telefonische richterliche Durchsuchungsanordnung sei nicht dokumentiert worden. Zwar könne eine richterliche Durchsuchungsanordnung in Eilfällen mündlich ergehen, die gewissenhafte Dokumentation sei aber entscheidend für die spätere gerichtliche Nachprüfung. Die Folgen dieser Rechtsverletzung könne nach der Rspr. des BVerfG in BVerfGE 103, 142 nur in einem Beweisverwertungsverbot bestehen. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

b) Ein Beweisverwertungsverbot besteht nicht. Die Prüfung durch den Senat hat ergeben, daß die Durchsuchung auf der Grundlage einer richterlichen Gestattung erfolgt ist. Die freibeweisliche Klärung durch die StRK durch Anhören des zuständigen StA hat ergeben: Nachdem sich der Tatverdacht wegen Vorläusung einer Straftat durch ein vom Angekl. inszeniertes Schußattentat verstärkt habe, informierte der StA den zuständigen Ermittlungsrichter gegen Mittag telefonisch über den Tatverdacht. Der Angekl. sei danach verdächtig, den Anschlag auf sich vorgetäuscht zu haben, indem er die Schüsse auf sich selbst gesetzt und die Pistole zuvor aus dem Haus seiner Eltern geholt habe. Die bislang nicht gefundene Tatwaffe könne sich bei ihm oder seinen Eltern befinden. Der StA beantragte daher fernmündlich die Gestattung der Durchsuchung beim Angekl. und dessen Eltern. Der Ermittlungsrichter hat aufgrund dieser Informationen dem Antrag entsprochen und die Durchsuchung telefonisch gestattet. Der StA hat danach die Polizeibeamten angewiesen, die richterlich gestattete Durchsuchung zu vollziehen, die dann am Nachmittag erfolgte. Die Einzelheiten über die Anordnung habe die Polizei in einem Vermerk v. 23. 11. 2003 festgehalten. (...)

d) Ein fernmündlicher Antrag des StA auf Gestattung der Durchsuchung und eine fernmündliche Gestattung der Durchsuchung durch den Ermittlungsrichter genügen in Eilfällen – ein solcher lag hier vor – den formellen Anforderungen an einen richterlichen Durchsuchungsbeschl. i. S. d. § 105 Abs. 1 StPO (Nack in KK, 5. A., § 105 Rdnr. 3). Die fernmündliche Einholung der richterlichen Gestattung ermöglicht eine vorbeugende richterliche Kontrolle und ist daher ein effektiverer Rechtsschutz als die Wahrnehmung der Eilkompetenz mit nachträglicher richterlicher Bestätigung.

Hier liegt schon nahe, daß die richterliche Gestattung bereits durch den von der Polizei erstellten Vermerk ausreichend in den Ermittlungsakten dokumentiert war. Aber selbst eine unzureichende Dokumentation der richterlichen Entscheidung, die im Beschwerdeverfahren – hierauf bezieht sich die Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 103, 142 – eine andere Bedeutung als im Hauptverfahren haben kann, macht eine richterlich angeordnete Gestattung nicht unwirksam und führt in keinem Fall zu einem Verwertungsverbot. Ein substantieller Widerspruch eines Verfahrensbeteiligten – der bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erfolgen muß – mit dem geltend gemacht wird, die unzureichend dokumentierte richterliche Entscheidung sei rechtsfehlerhaft, hat allerdings zur Folge, daß das Tatgericht einen insoweit unklaren Sachverhalt freibeweislich aufklären muß. Dies hat der Tatrichter hier getan, oh-

ne daß er nach § 267 StPO verpflichtet gewesen wäre, die Verfahrensvorgänge in den Urteilsgründen zu dokumentieren (vgl. BGH StV 2000, 604; Engelhardt in KK, 5. A., § 267 Rdnr. 2; Gollwitzer in LR, StPO, 25. A., § 267 Rdnr. 3).

Anm. d. Red.: Siehe hierzu den Beitrag von Harms StV 2006, 215 (in diesem Heft).

## StPO §§ 302, 140

(Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts)

Zur Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts eines der deutschen Sprache nicht mächtigen Heranwachsenden, der in der Hauptverhandlung nicht von einem Rechtsanwalt verteidigt wurde.

OLG Hamburg, Beschl. v. 17. 5. 2005 – 1 Ss 61/05

♦ **Aus den Gründen:** Die Revision des Angekl. gegen das Ur. des AG Hamburg-St. Georg v. 19. 1. 2005 ist nach § 349 Abs. 1 StPO unzulässig, weil der Angekl. nach Verkündung des angefochtenen Urteils gem. § 302 StPO wirksam auf Rechtsmittel verzichtet hat.

Als Prozeßhandlung, welche die Rechtskraft des Urteils unmittelbar herbeiführt, kann der wirksam erklärte Rechtsmittelverzicht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit grundsätzlich weder widerrufen noch angefochten oder sonst zurückgenommen werden (Meyer-Göbner, StPO 47. A., § 302 Rdnr. 21 m. w. N.; st. Rspr. des BGH, siehe zuletzt BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschl. v. 3. 3. 2005, GSS 1/04 [= StV 2005, 311]). Nur in besonderen Ausnahmefällen versagt der BGH dem Rechtsmittelverzicht die Wirksamkeit; so in Fällen schwerwiegender Willensmängel bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts oder wegen der Art und Weise seines Zustandekommens, wie etwa bei unzulässigen Einwirkungen mittels Drohung oder Täuschung durch das Gericht, aber auch bei objektiv unrichtiger Auskunft des Gerichts oder einer unzuständigerweise abgegebenen und nicht eingehaltenen Zusage. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor.

Der am 24. 1. 1984 in Kabul geborene, zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor dem AG am 19. 1. 2005 20 J. alte Heranwachsende, der sich seit 5 J. in Deutschland aufhält, der deutschen Sprache indes nicht hinreichend mächtig ist, hat nach der Urteilsverkündung – ohne dazu gedrängt worden zu sein – ausweislich des ordnungsgemäß fertigestellten Hauptverhandlungsprotokolls nach vorangegangener zutreffender Rechtsmittelbelehrung eindeutig erklärt, er verzichte auf Rechtsmittel und nehme das Urteil an. Diese Erklärung hat er, nachdem sie ihm vorgelesen und durch den Dolmetscher für die persische Sprache übersetzt worden war, genehmigt. Nach dem Inhalt des Protokolls über die Hauptverhandlung hat der Angekl. die Übertragungstätigkeit des zugezogenen Dolmetschers nicht beanstandet oder geltend gemacht, daß die Verständigung nicht ausreiche (vgl. insoweit BGHR § 302 Abs. 1 S. 1, Rechtsmittelverzicht 1).

Daß der Angekl. die protokollierte Erklärung so nicht abgegeben habe bzw. diese auf einen Übertragungsfehler des Dolmetschers zurückzuführen sei, hat der Bf. selbst in seiner Revisionsbegründung nicht behauptet, sondern er hat vielmehr vorgebracht, er sei sich der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung nicht bewußt gewesen. Auf einem sprachlichen Mißverständnis beruht der Rechtsmittelverzicht mithin nicht. Nicht nachvollziehbar ist die mit der Verfahrensrüge aufgestellte Behauptung des Angekl., das Sprachproblem habe sich bei der Urteilsbegründung weiter verschärft, er habe bereits nicht verstanden, zu welcher Strafe er verurteilt worden sei, obwohl ihm der Dolmetscher den Urteilspruch »9 M. auf Bewährung« zu erklären versucht und dieses Ergebnis der Ver-



handlung sogar sowohl in deutscher als auch in persischer Sprache auf einen Zettel geschrieben habe. Daß dem Angekl. trotz Erläuterung nicht verständlich gemacht werden konnte, daß er nicht zu einer Geldstrafe, sondern zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, die er nicht verbüßen muß, wenn er die Bewährungszeit erfolgreich, insbes. straffrei, durchsteht, erschließt sich dem Senat – ohne nähere Ausführungen in der Revisionsbegründung – nicht. Insbes. ist unverständlich, weshalb der Angekl. nach der Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichtet und das Urteil angenommen hat, wenn er – wie er namentlich durch seinen Verteidiger vortragen läßt – schon damals bei Abgabe seiner Verzichtserklärung nicht gewußt haben will, zu welcher Strafe er verurteilt worden ist. Zwar leuchtet ein, daß der Angekl. die nähere Bedeutung und die Unterschiede der Rechtsmittel »Berufung« und »Revision« nicht kannte. Seine Erklärung, er verzichte auf Rechtsmittel und nehme das Urteil an, kann aber auch unter Berücksichtigung des Umstands, daß es sich beim Revisionsführer um einen juristischen Laien handelt, nur so verstanden werden, daß er mit dem Urteil einverstanden war und es nicht mehr durch ein höheres Gericht überprüfen lassen wollte. Welchen anderen Sinn diese Äußerung haben und welchem Mißverständnis der Angekl. erlegen sein könnte, wird weder mit der Revision dargelegt noch ist dies sonst ersichtlich.

Es liegen auch keine anderen, zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führenden, prozessual bedeutsamen Tatsachen vor. Anhaltspunkte dafür, daß der Angekl. bei Abgabe seiner Erklärung verhandlungsunfähig war, gibt es nicht. Der protokollierte Inhalt der Einlassung des Angekl. in der Hauptverhandlung und der Prozeßverlauf belegen das Gegenteil. Zwar war der Angekl. noch Heranwachsender; aber er wurde bereits wenige Tage später 21 J. alt. Alleine das Alter des volljährigen Angekl., der schon eine eigene Familie gegründet hat, gibt keinen Anlaß zu der Annahme, er habe Sinn und Bedeutung seiner Rechtsmittelverzichtserklärung nicht zu erfassen vermocht. Für die Beurteilung der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts von jugendlichen und heranwachsenden Angekl. findet nach § 2 JGG allgemeines Strafverfahrensrecht Anwendung (vgl. BGH in NSZ-RR 1998, 60 für den vergleichbaren Fall der Rechtsmittelrücknahme). Daß dem Angekl. wegen seiner geistigen Entwicklung die genügende Einsichtsfähigkeit für seine Prozeßhandlung und deren Tragweite gefehlt hätte, wird auch in der Revisionsbegründung nicht behauptet.

Der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts steht auch nicht entgegen, daß der Angekl. in der Hauptverhandlung nicht von einem RA verteidigt worden ist. Zwar wird verbreitet die Auffassung vertreten, ein im Anschluß an die Urteilsverkündung erklärter Rechtsmittelverzicht eines Angekl., der in der Hauptverhandlung ohne Verteidiger war, obwohl ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO vorlag, sei unwirksam (OLG Düsseldorf NSZ 1982, 521; StV 1993, 237, 238; NSZ 1995, 147, 148; StV 1998, 647; OLG Bremen StV 1984, 17; OLG Frankfurt/M. StV 1991, 296, 297; NSZ 1993 507; OLG Köln StV 1998, 645).

Nach einer im Vordringen begriffenen neueren Ansicht, die vorzugswürdig erscheint, kommt es für die Frage der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts jedoch nur darauf an, ob der Angekl. sich der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung bewußt gewesen ist (HansOLG Hamburg StV 1998, 641 f.; Brandenburgisches OLG StraFo 2001, 136 f.; OLG Naumburg NJW 2001, 2190). Sinn und Bedeutung der notwendigen Verteidigung verlangen nicht, daß ein Angekl. vor seiner Entscheidung darüber, ob er das Urteil hinnehmen will, stets den Rat seines Verteidigers einholt. Er kann davon absehen und als selbständiger Verfahrensbeteiligter Rechtsmittelverzicht sogar gegen die Empfehlung seines Verteidigers erklären (HansOLG Hamburg und OLG Naumburg, jew. a. a. O.). Ein Rechtsmittelberechtigter muß zwar Gelegenheit zur rechtlichen Überlegung und ggf. Beratung haben. Es gehört jedoch zu den

Rechten einer autonomen Person, diese Gelegenheit nicht zu nutzen, sondern sich ohne weitere Überlegungen zu den Konsequenzen des Urteils und den Aussichten eines Rechtsmittels mit den bisherigen Ergebnissen des Verfahrens zufrieden zu geben (SK-Frisch, § 302 Rdnr. 28; KK-Ruß, 5. A., § 302 Rdnr. 12; OLG Oldenburg NSZ 1982, 520).

Letztlich kann jedoch dahinstehen, welcher Auffassung zu folgen ist. Denn es liegt kein Fall notwendiger Verteidigung vor. Weder unter dem Gesichtspunkt der Höhe der zu erwartenden Strafe noch wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage war die Beordnung eines Verteidigers geboten (§ 140 Abs. 2 StPO). Es ist nicht ersichtlich, daß der Angekl. nicht fähig gewesen wäre, sich selbst zu verteidigen. Der Tatvorwurf (Beleidigung gem. § 185 2. Hs. StGB) betraf einen einfach gelagerten, leicht überschaubaren Sachverhalt. Dem Revisionsführer ist zur Last gelegt worden, im »Badlantic« in Ahrensburg die dort als Schwimmgäste anwesenden Geschädigten S. und N. in der Sauna als »persische Nuten und Schlampen« bezeichnet, und zu seinen Freunden gewandt geäußert zu haben: »Welche von beiden werde ich wohl zuerst ficken?« sowie der Zeugin S. im Whirlpool sein Bein entgegengestreckt und sie dabei absichtlich im Genitalbereich berührt zu haben. Die mangelnden Deutschkenntnisse des Angekl. wurden durch die Beteiligung des Dolmetschers ausgeglichen.

Die Voraussetzungen des § 140 Abs. 2 S. 1 1. Alt. StPO sind nicht erfüllt, weil die Schwere der Tat die Mitwirkung eines Verteidigers nicht geboten erscheinen läßt. Diese beurteilt sich vor allem nach der zu erwartenden Rechtsfolgenentscheidung (Meyer-Göbner, a. a. O., § 140 Rdnr. 23 m. w. N.). Nicht schon jede zu erwartende Freiheitsstrafe gibt Anlaß zur Beordnung eines Verteidigers. Vielmehr liegt ein Fall notwendiger Verteidigung unter dem Gesichtspunkt der Schwere der Tat in aller Regel erst vor, wenn die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 J. ernsthaft in Betracht kommt (Meyer-Göbner, a. a. O., § 140 Rdnr. 23 m. w. N.). Die hier erkannte Freiheitsstrafe von 9 M., deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist, liegt deutlich unter dieser Grenze.

Zwar sind auch sonstige schwerwiegende Nachteile, die der Angekl. infolge der Verurteilung zu gewärtigen hat – wie etwa die einem Ausländer nach § 45 AuslG drohende Ausweisung (vgl. BayObLG StV 1993, 180) – mit zu berücksichtigen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie mit hinreichender Bestimmtheit zu erwarten sind (HansOLG NSZ 1984, 281). Da die Ausländerbehörde in ihrem Schreiben v. 14. 12. 2004 lediglich die »Prüfung, ob ausländerrechtliche Maßnahmen ergriffen werden sollen«, angekündigt hat, liegt allenfalls eine abstrakte, jedoch keine konkrete Gefahr eines schwerwiegenden mittelbaren Nachteils durch die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 9 M. unter Strafaussetzung zur Bewährung wegen Beleidigung vor. Gründe für eine zwingende Ausweisung nach § 53 AufenthG oder für eine Ausweisung im Regelfall nach § 54 AufenthG gibt es nicht. Genügende Anhaltspunkte für eine Ermessensausweisung nach § 55 AufenthG im Hinblick auf die abgeurteilte Beleidigung und die deswegen erkannte Strafe sind ebenfalls nicht ersichtlich. Solche werden auch in der Revisionsbegründung nicht konkret vorgetragen. Die bloße vage Möglichkeit der Ergreifung nicht näher konkretisierter »ausländerrechtlicher Maßnahmen« stellt noch keinen ins Gewicht fallenden mittelbaren Nachteil dar, der die Beordnung eines Verteidigers wegen der Schwere der Tat erfordert.

Auch die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage läßt die Mitwirkung eines Verteidigers nicht geboten erscheinen. Die rechtliche Würdigung des Tatgeschehens als (tätliche) Beleidigung i. S. d. § 185 Hs. 2 StGB ist völlig unproblematisch.

Besondere Umstände für die Hinzuziehung eines Sachverständigen für die nach § 105 JGG zu treffende Entscheidung, ob auf den heranwachsenden Angekl. noch Jugendrecht oder schon das allgemeine Strafrecht anzuwenden war, sind nicht ersichtlich, so daß es nicht nötig war, dem Angekl. einen Ver-



leidiger beizuordnen, um ihm so zu ermöglichen, das Gutachten kritisch zu hinterfragen. Der Angekl. war zur Tatzeit bereits 20 J. alt, hatte eine Familie gegründet und lebte mit dieser in einer eigenen Wohnung. Um eine typische Jugendverfehlung handelte es sich bei der tätlichen Beleidigung auf sexueller Basis nicht.

Die Beweislage war ebenfalls nicht so kompliziert, daß ein Verteidiger hätte bestellt werden müssen. In der Hauptverhandlung, die nur etwa eine Stunde und zwanzig Minuten dauerte, mußten lediglich drei Tatzeugen vernommen werden. Es waren nicht etwa schwierige Indizien zu würdigen. Auch standen sich nicht lediglich die Einlassung des bestreitenden Angekl. und die belastenden Bekundungen der Geschädigten gegenüber, die eine besonders kritische Beweiswürdigung erforderlich gemacht hätte. Irgendwelche Anhaltspunkte für eine falsche Anschuldigung gab es nicht.

Der Angekl. war auch in der Lage, sich selbst zu verteidigen. Allein aus der mangelnden Kenntnis der deutschen Sprache ergibt sich kein Befordnungsgrund nach § 140 Abs. 2 S. 1 Alt. 3 StPO. Der Nachteil der fehlenden Sprachkenntnisse ist mittels der Übersetzung durch den Dolmetscher für die persische Sprache ausreichend kompensiert worden. Für die bloße sprachliche Vermittlung war die Bestellung eines RA weder geeignet noch erforderlich.

Allerdings ist dem Angekl. die Anklageschrift v. 2. 4. 2004 nur in deutscher Sprache, die er nicht ausreichend beherrscht, übersandt worden. Sie ist ihm erst zu Beginn der Hauptverhandlung mündlich übersetzt worden. Das ist indes im vorliegenden Fall unerheblich. Aus Art. 6 Abs. 3 lit. a und b MRK folgt nicht zwingend das Recht des Besch. auf eine schriftliche Übersetzung der Anklageschrift. Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften hat der Besch. lediglich Anspruch darauf, innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihm verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Beschuldigung unterrichtet zu werden, und ihm ist ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung einzuräumen. In welcher Form (schriftlich oder mündlich) die Unterrichtung zu erfolgen hat, ist hingegen nicht vorgeschrieben. Danach reicht eine Übersetzung in der Hauptverhandlung ausnahmsweise aus, wenn damit dem Informationszweck des § 201 StPO genügt wird (*Hans OLG Hamburg StV 1994, 65 f.*) und es sich um einfach gelagerte Fälle sowie einen überschaubaren Text der Anklageschrift handelt (vgl. *LR-Rieß, 25. A., § 201 Rdnr. 15*).

Dies ist hier der Fall. Der nur aus wenigen Zeilen bestehende Anklagesatz enthält einen einfach zu erfassenden, leicht überschaubaren Lebenssachverhalt. Der Inhalt des Tatvorwurfs war dem Angekl. bereits in allen Einzelheiten durch seine polizeiliche Vernehmung als Besch. v. 2. 3. 2004 bekannt. Vor dieser Vernehmung, die mit Hilfe der Schwester des Angekl. als Dolmetscherin durchgeführt wurde, war der Besch. insbes. auf sein Schweigerecht und das Recht, jederzeit einen Verteidiger zu konsultieren, hingewiesen worden. Davon hatte er keinen Gebrauch gemacht. Aus dem wörtlich in Frage- und Antwort-Form aufgenommenen Vernehmungsprotokoll ergibt sich, daß der damalige Besch. mit dem genauen Wortlaut der ihm zur Last gelegten beleidigenden Äußerungen konfrontiert und ihm außerdem vorgehalten worden ist, er habe das Mädchen absichtlich mit ausgestrecktem Fuß zwischen den Beinen im Genitalbereich berührt. Aus seinen Antworten ergibt sich, daß er die Vorwürfe durchaus zutreffend verstanden hat. Die Anklageschrift enthielt hinsichtlich des Gegenstands des Verfahrens keine weiteren Informationen, die dem Angekl. bis dahin noch nicht bekannt waren. Bei dieser besonderen Sachlage war es ausnahmsweise nicht erforderlich, dem Angekl. nach der Übersetzung der Anklage in der Hauptverhandlung durch eine Unterbrechung derselben weitere Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung einzuräumen. Darum hat der Revisionsführer ausweislich des Protokolls auch nicht geboten. Daß der Angekl. in der Hauptverhandlung über die ihm konkret vorgeworfenen Handlungen im Bilde war, ergibt sich mittelbar aus seiner protokollierten Einlassung, derzufolge er u. a. geäußert hat: »Ich kam versehentlich an das Schienbein der einen... Ich hab auf persisch einen Spaß ge-

macht... Vielleicht so wie »Was für hübsche Damen... Wenn das, was ich sagte, falsch ankam, bitte ich um Entschuldigung.«

Da nach allem ein Fall notwendiger Verteidigung nicht vorlag, kann die fehlende Mitwirkung eines Verteidigers der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht entgegenstehen, so daß dieser bindend ist, die Rechtskraft des Urteils herbeigeführt hat und die danach gleichwohl noch eingelegte Revision gem. § 349 Abs. 1 StPO unzulässig ist.

**Anmerkung:** Mit dem zuvor abgedruckten Beschluß schreibt das *Hans. OLG* seine in der Literatur wie in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Auffassung zum Rechtsmittelverzicht des unverteidigten Angeklagten fort. Bereits 1996 hatte das Gericht entschieden, der Rechtsmittelverzicht eines Angeklagten sei nicht allein deshalb unwirksam, weil der Angeklagte rechtswidrig nicht verteidigt war.<sup>1</sup> Dies betraf einen »prozeßfahrenden« erwachsenen Angeklagten. Inzwischen haben das *Brandenburgische OLG*<sup>2</sup> und das *OLG Naumburg*<sup>3</sup> jeweils für deutsche Heranwachsende ebenso entschieden. Das *Hans. OLG* hält die »im Vordringen begriffene« Auffassung nur auch im Falle eines ausländischen Heranwachsenden für vorzugswürdig, meint jedoch die Streitfrage letztlich offen lassen zu können, und bringt eine bemerkenswerte Stellungnahme zur (fehlenden) Notwendigkeit der Verteidigung. Zunächst jedoch äußert es sich zu Willensmängeln beim Rechtsmittelverzicht; wenn sie gravierend sind, sollen sie die Wirksamkeit des Verzichts ausschließen.

1. Maßgeblich für die Wirksamkeit einer Verzichtserklärung ist regelmäßig nicht der äußere Wortsinn einer abgegebenen Erklärung, sondern der darin enthaltene und sorgfältig zu ermittelnde Erklärungswille.<sup>4</sup> Ein Willensmangel liegt vor, wenn der Angeklagte Bedeutung und Tragweite seiner Verzichtserklärung nicht verstanden hat. Ob einem juristisch nicht versierten, in einer fremden Kultur sozialisierten und der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtigen Heranwachsenden klar ist, daß er mit der Formulierung, er verzichte auf Rechtsmittel gegen ein Urteil, nicht nur in der je gegenwärtigen Situation nach der Urteilsverkündung, sondern auch für die Zukunft verzichtet, ist nicht zweifelsfrei.<sup>5</sup> Daß im deutschen Recht der Verzicht sowohl hinsichtlich des Schuld- wie auch des Strafausspruchs grundsätzlich endgültig wirkt, entspricht dem justiziellen Interesse an alsbaldiger Rechtsklarheit. Laien, insbesondere solche aus einem anderen Rechts- und Kulturkreis, dürfte dieses Interesse nicht immer selbstverständlich präsent sein, zumal auch Strafrechtler die Vernünftigkeit des § 302 StPO bestreiten.<sup>6</sup> Hinzu kommt, daß sich die Erklärung vorliegend auf ein zur Bewährung ausgesetztes Urteil bezog und dem Angeklagten, wie das *OLG* hervorhebt, erläutert worden war, daß in der seinerzeit gegenwärtigen Lage das Urteil nicht vollstreckt würde. Angesichts dessen lag es nicht fern, daß der laienhafte Angeklagte nun folgerte, in der Gegenwart gebe es keinen Anlaß anzufechten, sondern allenfalls in der Zukunft, wenn die Vollstreckung ansteht. Es kann also nicht ohne weiteres unterstellt werden, ein heranwachsender Afghane habe die im deutschen Prozeßrecht dem Wort »verzichten« beigelegte Bedeutung nachvollzogen.

Die weitere Erklärung des Angeklagten, er nehme das Urteil an, hilft über die Zweifel nicht hinweg, denn es ist bekannt, daß das Wort »annehmen« umgangssprachlich vieldeutig ist und auch das Gegenteil eines Verzichts auf künftige Ausein-

<sup>1</sup> *Hans OLG StV 1998, 641 ff.*, m. Anm. Rogall.

<sup>2</sup> *Brandenb. OLG StraFo 2001, 136* m. Anm. Bruun.

<sup>3</sup> *OLG Naumburg NJW 2001, 2190*.

<sup>4</sup> *KK-Ruß § 302 Rdnr. 10*.

<sup>5</sup> Vgl. auch *OLG München StV 1998, 646*; *OLG Zweibrücken StV 1994, 362*; *OLG Hamm NJW 1983, 530*.

<sup>6</sup> Grundlegend *Dencker, Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme im Strafprozeß, 1972*.



andersetzung bedeuten kann – Beispiel: einen Gegner annehmen.

Sollte dem Angeklagten klar gemacht worden sein, daß er zu einer Strafe verurteilt wurde, die er, obwohl das Urteil nur innerhalb einer Woche anzufechten war, jetzt nicht antreten mußte, so müßte er eine weitere Differenzierung verstanden haben, weil ganz ohne gegenwärtig belastende Folgen die Verurteilung eventuell doch nicht blieb, das Gericht vielmehr die Möglichkeit erhielt (die zur »Tragweite« des Urteils und des diesbezüglichen Rechtsmittelverzichts gehört), eine bereits ab Rechtskraft des Urteils zu erbringende Bewährungsauflage zu beschließen.<sup>7</sup> Dies hat es vorliegend in Höhe von 600 € getan, nachdem die Staatsanwaltschaft insgesamt nur eine Geldauflage nach § 15 I Nr. 4 JGG in Höhe von 200 € gefordert hatte.

Daß der Angeklagte am Ende nicht gewußt habe, zu welcher Strafe er verurteilt wurde, hält das OLG für unplausibel, weil er auf Rechtsmittel verzichtete. Dies wäre, so meint es, unverständlich, wenn beim Angeklagten die behauptete Unklarheit über die Verurteilung bestanden habe – eine problematische Argumentation, denn das Fehlen des Verständnisses des Strausausspruchs könnte auch ein fehlendes Verständnis von Bedeutung und Inhalt des erklärten Rechtsmittelverzichts indizieren. Davon abgesehen kann die Verzichtserklärung aus einer Einschüchterung, die Verhandlung und Urteil bei Laien zuweilen hervorrufen, entstanden sein. Menschliches Verhalten folgt nicht nur klarer Kognition. Zwar führt die eventuelle emotionale Prägung eines Rechtsmittelverzichts als solche keineswegs immer zu dessen Unwirksamkeit. Aber aus der Tatsache des Rechtsmittelverzichts kann auch nicht ohne weiteres geschlossen werden, er sei rational kalkuliert und sein Gegenstand sei dem Erklärenden bewußt gewesen.

2. Unwirksam kann ein Rechtsmittelverzicht, wie das OLG hervorhebt, auch sein wegen der Art seines Zustandekommens, etwa weil der Verzichtende getäuscht oder zu einer sofortigen unüberlegten Verzichtserklärung verleitet wurde. Allemal geht es um Umstände, die die Gefahr einer unzulänglichen Willensbildung bezüglich des Verzichts hervorrufen. In diesen Zusammenhang gehört auch das Fehlen eines gemäß § 140 StPO notwendigen Verteidigers – so eine verbreitete Meinung, die das OLG allerdings für verfehlt hält.

a) Bevor auf seine diesbezügliche Argumentation eingegangen wird, lohnt es sich, die gesetzliche Konzeption der notwendigen Verteidigung genauer zu bestimmen. Nach dieser Konzeption befindet sich der entgegen § 140 StPO unverteidigte Angeklagte in einer defizitären Situation bezüglich all seiner Prozeßhandlungen mit der Folge, daß er sie alle innerhalb der Überlegungsfrist des § 341 StPO gemäß § 338 Nr. 5 StPO wirkungslos machen lassen kann.<sup>8</sup> Daß die Prozeßhandlung des Rechtsmittelverzichts insofern anders zu behandeln sei, ist den genannten Vorschriften nicht zu entnehmen. Es gibt auch keine Anhaltspunkte für die Vermutung, die subjektive Lage der Angeklagten sei bei der Prozeßhandlung des Rechtsmittelverzichts typischerweise weniger defizitär als bei den anderen Prozeßhandlungen, die gemäß § 338 Nr. 5 StPO zu beseitigen sind.

Zwar wirkt das Fehlen der notwendigen Verteidigung nicht absolut dergestalt, daß das auf die Verhandlung folgende Urteil nichtig würde:<sup>9</sup> der Angeklagte kann es in Rechtskraft erwachsen lassen, indem er auf Rechtsmittel verzichtet – aber dies innerhalb der Überlegungsfrist des § 341 StPO. Deren Gewährung gehört zur gesetzlichen Fürsorge für den Angeklagten. Vor Ablauf dieser zu gewährenden Frist könnte ein Rechtsmittelverzicht in Abwesenheit des notwendigen Verteidigers nach der Konzeption des § 140 StPO allenfalls zugelassen werden, wenn der Angeklagte bei der Verzichtserklärung in eine dem Verteidigtsein adäquate Lage versetzt worden wäre. Es müßte ihm also erläutert worden sein, daß der Rechtsmittelverzicht endgültig wirkt und daß er bezüglich der Entscheidung darüber einen Verteidiger konsultieren kann.<sup>10</sup>

Das OLG verlangt solche Belehrung nicht. Es weist daraufhin, daß der Angeklagte bei Anwesenheit des notwendigen Verteidigers dessen Rat zurückweisen kann.<sup>11</sup> Daraus folgt jedoch nicht, es könne davon ausgegangen werden, daß er dies tatsächlich getan hätte, wenn ihm von diesem ein Rat erteilt worden wäre. Er hätte auch den Verteidiger konsultieren und seinem Rat folgen können und dies darf ihm auch in hypothetischen Kausalverläufen nicht abgeschnitten werden.<sup>12</sup>

b) Eine gewichtige Argumentation des OLG zielt darauf, die Konzeption des § 140 StPO durch Individualisierung zu ersetzen. – § 140 StPO enthält eine generalisierende Regelung: Wenn ihre Kriterien gegeben sind, wird für die gesamte Verhandlung angenommen, der Angeklagte könne ohne Verteidiger seine Rechte nicht hinreichend überlegt wahrnehmen. Das OLG nimmt demgegenüber an, beim Rechtsmittelverzicht komme es allein auf das bei dieser einzelnen Entscheidung gegebene Bewußtsein des Angeklagten von Bedeutung und Tragweite der Entscheidung an. Das OLG postuliert also eine Individualisierung der Entscheidung über die Kompetenz des Angeklagten.<sup>13</sup> Das hat a prima vista ein Flair von vernünftiger Pragmatik und fügt sich zu der bekannten Tendenz der Rechtsprechung, die Entscheidung anhand formal-öffentlicher Kriterien etwa bei der Beweiswürdigungslösung zu ersetzen durch materielle Abwägungen.

Es sollte jedoch bedacht werden, daß mit dem Beiseitelassen rechtlicher Generalisierungen die Frage entsteht, ob die Individualisierung der Entscheidung, insbesondere das Risiko ihrer Unangemessenheit, dem Betroffenen zugemutet werden kann. Das abstrakte Recht gewährt gerade durch Generalisierungen Sicherheit. Wenn ein Fall, für den das OLG ausschließlich zuständig ist, von einem Amtsrichter verhandelt würde, so würde wohl kaum jemand fordern, man solle das hinnehmen, wenn die konkrete Sache einfach liegt und der konkrete Amtsrichter – im Einzelfall zu prüfende – besondere Kompetenzen aufweist.

Um die Individualisierung der Entscheidung über die Bindung an den Rechtsmittelverzicht bewerten zu können, muß ihr Inhalt verdeutlicht werden. Zu entscheiden, ob jemand die Bedeutung einer Aussage verstanden hat, kann problematisch sein, zum einen, weil das Verstehen ein neuronales und psychischer Sachverhalt ist und nicht unmittelbar kontrolliert werden kann; wenn die Kontrolle durch Dolmetscher vermittelt werden muß, ist sie zusätzlich erschwert. Hinzu kommt, daß der Umfang dessen, was als Verstehen gilt, keineswegs selbstverständlich ist: Das vollständige Überschauchen des Gegenstandes und seiner »Tragweite« oder das Begleitbewußtsein desselben bei vorübergehendem Vergessen von Details? Was bedeutet Verstehen der Tragweite für einen Menschen, der mental grundlegend anders geprägt ist als der Richter? Kann dieser das Verstehen jenes Fremden verstehen? Man muß wohl zugeben, daß die Feststellung, jemand habe eine Bedeutung verstanden, zumal wenn es sich um eine in einer fremden Kultur sozialisierte Person handelt, nicht nur Erkenntnis eines gegebenen Gegenstandes ist, sondern auch ein erhebliches Maß an Zuschreibung enthält: Der Feststellende überträgt seine Vorstellung und Erfahrung von Verstehen auf einen anderen in der Annahme, dieser sei mental ähnlich geprägt. Zwar sind

7 Nach BGH (vor § 1/faires Verfahren/Vereinbarung 6) soll allerdings bei einer Absprache der Irrtum des Angeklagten über die Möglichkeit, ihn durch Bewährungsbeschluß eine Zahlungspflicht aufzuerlegen, irrelevant sein.

8 Die Beschränkung des § 338 Nr. 5 StPO auf wesentliche Teile der Hauptverhandlung ist hier nicht relevant.

9 So noch RGSt 29, 294, 297.

10 So auch OLG Köln StV 2005, 544; F. Meyer, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren, 2003, S. 253, 255; Palandt MSz 2002, 464, 465 f.; Dencker, a. a. O. (Anm. 6), S. 716f., fordert die Einräumung einer Überlegungsfrist.

11 Ebenso KK-Rub § 302 Rdnr. 12.

12 Vgl. SK-Frisch § 302 Rdnr. 29.

13 Ebenso Rogall a. a. O. 1 Anm. 13.



solche Zuschreibungen selbstverständlicher Teil des alltäglichen Umgangs der Menschen und grundsätzlich unverzichtbar. Gleichwohl läßt sich nicht leugnen, daß die Feststellung, ein Fremder habe die Bedeutung einer Aussage verstanden, ein erhebliches Risiko der Unangemessenheit enthält.

Im Hinblick auf die an die Feststellung geknüpften Rechtsfolgen ist wichtig, wie die Zuschreibungsmacht verteilt ist und welche Sicherungen gegen Unangemessenheit eingerichtet sind: Wird hinsichtlich der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts die generalisierende Konzeption des § 140 StPO nicht respektiert, können Schwierigkeiten der Angeklagten beim Verstehen ihres Rechtsmittelverzichts nur im Rahmen der Kontrolle ihres individuellen Verstehens durch den Richter berücksichtigt werden. Wird hingegen die generalisierende Konzeption respektiert, so werden die genannten Schwierigkeiten zunächst und zusätzlich im Rahmen der Prüfung der generellen Kriterien des § 140 StPO berücksichtigt. Die Individualisierung schaltet diese vorangehende Kontrolle aus mit der Folge, daß die Zuschreibungsmacht des Gerichts und das Risiko unangemessener Entscheidung wachsen.

Es mag eingewandt werden, die individualisierende Kontrolle sei im Vergleich zur generalisierenden angemessener und also zureichend, weil sie alle relevanten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt. Aber die individualisierende Kontrolle enthält, wie gezeigt, unausweichlich ein Element von nicht rationalisierter Zuschreibung. Demgegenüber wirkt die zusätzliche generalisierende Kontrolle als Korrektiv. Außerdem vermindert sie das Risiko ungemessener Entscheidungen. Die Beschränkung auf die individualisierende Konzeption enthält also im Vergleich zu der in § 140 StPO vorgeschriebenen generalisierenden Konzeption eine Verminderung der Chancen des Angeklagten, angemessen behandelt zu werden. Sie ist kein adäquater Ersatz des gesetzlich geregelten Verfahrens, wenn nicht der Angeklagte vor dem Rechtsmittelverzicht durch die oben dargestellte umfassende Belehrung in eine dem Verteidigtsein entsprechende Lage versetzt wird.

c) Kann die dem § 140 StPO nicht entsprechende Individualisierung durch § 302 StPO begründet werden? – Diese Norm ist darauf gerichtet, Rechtssicherheit zu erzeugen. Ein Rechtsmittelverzicht soll für den justiziellen Umgang mit dem Urteil eine zuverlässige, also möglichst nicht oder wenig durch Anfechtung zu erschütternde Grundlage bieten. Dieses Interesse knüpft, wie auch immer seine Reichweite ansonsten bestimmt oder bewertet wird,<sup>14</sup> an eine gegebene Verzichtserklärung an. Es kann deshalb nicht geltend gemacht werden gegen die Forderung an das Gericht, als Vorleistung für den die Justiz begünstigenden Rechtsmittelverzicht die im Vorangegangenen postulierte umfassende Belehrung durchzuführen. Zwar mag diese dazu führen, daß im Vergleich zur gegenwärtigen Praxis weniger Verzichtserklärungen abgegeben werden. Aber § 302 StPO ist nicht darauf gerichtet, die Menge der Verzichtserklärungen zu vergrößern, sondern die Anfechtbarkeit gegebener Verzichtserklärungen zu begrenzen oder auszuschließen.

Freilich soll nach den Materialien zur StPO<sup>15</sup> durch die Ermöglichung des Rechtsmittelverzichts auch dem Angeklagten Freiheit eröffnet werden für die Disposition seiner prozessualen Lage. Auch das OLG hebt diesen Aspekt hervor. Indessen würde diese Freiheit nicht im Mindesten eingeschränkt, wenn der Angeklagte in der erwähnten Weise belehrt würde. Durch die Erweiterung ihrer informationellen Grundlage würde seine Freiheit vielmehr verstärkt. Darin ist auch nicht, wie das OLG anzunehmen scheint, eine übermäßige paternalistische Entlastung des Angeklagten von Selbstverantwortung enthalten, denn die Belehrung ist äquivalent der gesetzlich vorgeschriebenen Verteidigerbeordnung.

Zu fragen bleibt, ob es mit dem von § 302 StPO geschützten Interesse an Rechtsklarheit zu vereinbaren ist, daß als Rechtsfolge unterbliebener Verteidigerbeordnung und unterbliebener Belehrung der Rechtsmittelverzicht unwirksam ist. Indes-

sen entsteht über die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts keine Unklarheit, wenn das Gericht die hier postulierte Belehrung durchgeführt hat.

3. Daß der Rechtsmittelverzicht nicht wegen der Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers unwirksam sei, nimmt das OLG auch deshalb an, weil im gegebenen Fall die Verteidigung nicht notwendig i. S. d. § 140 II StPO gewesen sei. In diesem Zusammenhang entsprechen seine Ausführungen zur (nicht gegebenen) Schwere der Tat bei einer Verurteilung zu 9 Monaten Freiheitsstrafe für sich genommen der gefestigten Rechtsprechung,<sup>16</sup> ebenso die Nichtberücksichtigung ausländerrichtlicher Folgen, wenn diese nicht hinreichend konkretisiert sind. Die Frage, ob Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht anzuwenden ist, betraf nach Ansicht des OLG vorliegend keine schwierige Sach- und Rechtslage. Das erstaunt, denn die herkömmlichen Entscheidungskriterien bezüglich des § 105 JGG sind recht kompliziert und sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch die Jugendgerichtshilfe hatten die Frage in der Hauptverhandlung anders beantwortet als nachfolgend das Amtsgericht und die Anwendung von Jugendstrafrecht bejaht. Im Hinblick auf diesen Dissens juristisch qualifizierter Beteiligter liegt es nahe, daß auch der Angeklagte zur Frage des § 105 JGG nicht ohne juristischen Beistand angemessen Stellung nehmen konnte, zumal ihm das inländische Recht zumindest weniger leicht verständlich war als einem Deutschen. Die bloß apodiktische Feststellung des OLG, die dem Angeklagten angelastete, offensichtlich aus einer Gruppensituation heraus begangene Beleidigung sei keine Jugendverfehlung i. S. v. § 105 Nr. 2 JGG, vermag diese Bedenken gleichfalls nicht auszuräumen.

Die Verteidigungsfähigkeit des Angeklagten war auch dadurch beeinträchtigt, daß ihm nicht in der in § 201 StPO vorgeschriebenen Weise Gelegenheit zur Verteidigung im Zwischenverfahren und zur Vorbereitung auf die Hauptverhandlung gewährt worden war. Die Anklageschrift war ihm nicht rechtzeitig in seiner Sprache mitgeteilt worden, sondern wurde erstmals in der Hauptverhandlung übersetzt. Ob dies dem Art. 6 I, III lit. a), b) EMRK entspricht, ist fraglich. Ihrem Wortlaut nach verlangen diese Vorschriften, worauf das Gericht zutreffend hinweist, zwar keine schriftliche Übersetzungen der Anklageschrift.<sup>17</sup> Auch eine mündliche Übersetzung kann genügen, solange sichergestellt ist, daß dem Angeklagten ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Verteidigung verbleibt. Darüber hinaus liegt es jedoch nahe, daß im Zusammenhang der genannten Regelungen der EMRK mit § 201 StPO auch eine Pflicht zu schriftlicher Information besteht.<sup>18</sup> Das scheint für den Regelfall auch das OLG anzunehmen: es meint aber, vorliegend sei ausnahmsweise die mündliche Übersetzung in der Hauptverhandlung hinreichend, weil die Anklageschrift und der Fall überschaubar und einfach gewesen seien und inhaltlich nichts anderes als die polizeiliche Vernehmung enthalten hätten.

Ohne eine gesetzliche Grundlage dürfte jedoch eine solche Ausnahme, derzufolge eine mögliche Gelegenheit zur Vorbereitung auf Null reduzierbar wäre, weder mit Art. 6 I, III lit. b) EMRK noch mit § 201 StPO zu vereinbaren sein. Bereits der Wortlaut des § 201 StPO ist derartigen Abwägungen und Relativierung nicht zugänglich. Das ist auch kein bloßer For-

<sup>14</sup> Vgl. dazu Erb GA 2000, 511, 516: »(...) aus der Justizperspektive ist kein legitimes Interesse daran zu erkennen, Urteile gleich nach ihrer Verkündung rechtskräftig zu machen.«

<sup>15</sup> Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 3. Bd., Materialien zur Strafprozeßordnung, 1880/1881, S. 246 f.

<sup>16</sup> Meyer-Gößner § 140 Rdnr. 23 m. w. Nachw.

<sup>17</sup> Zu der entsprechenden Rspr. des EGMR zu Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, 437 ff.

<sup>18</sup> OLG Stuttgart StV 2003, 490; OLG Düsseldorf StV 2001, 498; »zwingend«: so auch Kühne, Anm. zu HansOLG StV 1994, 65 f.



malismus. Eine zuvor mitgeteilte schriftliche Übersetzung hätte dem Angeklagten klar machen können, worum es nun der Staatsanwaltschaft geht und wie sie das Geschehen bewertet. Statt dessen mußte er einer mit einem Ermittlungs- und Wissensvorsprung ausgestatteten Staatsanwaltschaft gegenüber treten. Die Gleichheit der Prozeßchancen (Art. 6 I EMRK) war tangiert. Aus diesem Grund ist auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, daß nur die übersetzte Mitteilung der Anklageschrift das Recht jedes Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 lit. b) EMRK sichert, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten.<sup>19</sup> Auch bei einfachen Sachverhalten ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Angeklagte Zeit benötigt, um zu überlegen, wie er sich verteidigt – durch Einlassung oder schweigend oder mit Beweisanträgen etc. Diese Überlegung kann sachgerecht erst dann erfolgen, wenn der Angeklagte verbindlich weiß, wie die Anklagebehörde den Sachverhalt gewürdigt hat. Die Angaben eines Vernehmungsbeteiligten bei einer verantwortlichen Vernehmung können diese Informationen nicht vermitteln.

Allerdings hat das OLG recht mit der Annahme, daß Ausnahmen von diesen Grundsätzen nicht ausgeschlossen sind. Jedoch sollten insofern die Vorgaben des Gesetzes beachtet werden. Es gestattet, für bestimmte einfache Sachverhalte im Beschleunigten Verfahren nach §§ 417 ff. StPO unter Ausschaltung des Zwischenverfahrens auf eine Anklageschrift zu verzichten und dem Beschuldigten die Anklage erstmals mündlich in der Hauptverhandlung zu unterbreiten (§ 418 III StPO).<sup>20</sup> Der gänzliche Verzicht auf vorangehende Information ist aber auch bei dieser Verfahrensart nicht möglich, wenn der Angeklagte geladen wird.<sup>21</sup> Vor allem aber zeigt der Vergleich mit § 418 IV StPO, daß nach der gesetzgeberischen Konzeption von einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von 6 Monaten an die beschränkten Vorbereitungs- und Verteidigungsmöglichkeiten zur Beiziehung eines Verteidigers zwingen.<sup>22</sup> Die vorliegend verhängte Strafe von 9 Monaten liegt deutlich über der angegebenen Grenze.

Wenn angenommen würde, die im Vorangegangenen aufgeführten Umstände begründeten je für sich genommen nicht die Notwendigkeit eines Verteidigers, wäre zu beachten, daß bei der Beantwortung der Frage, ob der Angeklagte sich selbst verteidigen kann (§ 140 II S. 1, 3. Var. StPO), die kumulative Wirkung der einzelnen Umstände zu berücksichtigen ist.<sup>23</sup> Nimmt man die erst in der Hauptverhandlung erfolgte Übersetzung der Anklageschrift, die Schwierigkeit des § 105 JGG und die sprachliche und kulturelle Fremdheit des Angeklagten gegenüber dem deutschen Strafverfahren zusammen, so spricht wohl viel für die Annahme, er habe sich in der Hauptverhandlung nicht selbst verteidigen können.

4. Aus dem dargestellten Sachverhalt ergibt sich nicht, wie es zur Erklärung des Rechtsmittelverzichts kam. Sollte das Gericht den Angeklagten durch Nachfrage dazu veranlaßt haben, könnte ein weiterer Grund für die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung gegeben sein.<sup>24</sup> Nach verbreiteter Ansicht muß das Gericht im Rahmen der Fürsorgepflicht sicherstellen, daß der Normzweck des § 302 StPO gewahrt bleibt, der Angeklagte nicht an vorschnellen Erklärungen festgehalten und ihm vor dem Rechtsmittelverzicht hinreichend Gelegenheit zur Überlegung gegeben wird;<sup>25</sup> daran fehlt es, wenn ihm unvermittelt und entgegen RiStBV Nr. 142 II nach der Urteilsverkündung der Rechtsmittelverzicht durch die Frage, ob er verzichte, nahe gelegt wird. Auch diese Restriktion ist prinzipiell begründet und aus der Verantwortungsverteilung zwischen Justiz und Angeklagten abzuleiten.<sup>26</sup> Zwar hat der Angeklagte grundsätzlich das Risiko seiner Prozeßhandlungen zu tragen, auch wenn sie unüberlegt und emotional geprägt sind. Folgeverantwortung ist die Kehrseite seiner Freiheit. Jedoch ist die Folgeverantwortung der einzelnen Individuen niemals grenzenlos. Für die Verantwortungsbegrenzung beim Rechtsmittelverzicht ist ein-

mal relevant, daß Begünstigter dieser Prozeßhandlung fast ausschließlich die Justiz ist.<sup>27</sup> Wenn sie den Angeklagten zum Rechtsmittelverzicht stimuliert, legt sie ihm nahe, ihr Interesse zu verwirklichen. Schon im Hinblick darauf könnte aus dem Fairnessgebot gefolgert werden, daß der Angeklagte über die Tragweite seiner Erklärung und das Interesse der Justiz daran belehrt wird.

Hinzu kommt ein weiterer Umstand. In der unmittelbar nach dem Urteil oft emotional geprägten Situation des Angeklagten erzeugt die justizielle Frage nach dem Rechtsmittelverzicht zugleich die Gefahr, daß der Angeklagte die Interessenlage nicht hinreichend überschauf. Teilweise wird angenommen, schon wegen dieser Gefahr dürfe das Gericht einen unmittelbar nach der Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzicht nicht entgegennehmen.<sup>28</sup> Ob dies angemessen ist, mag hier offen bleiben. Jedenfalls muß das Gericht selber als mitverantwortlich gelten, wenn es zur Entstehung der genannten Gefahr beigetragen hat durch Einwirkungen, die über die bloße Urteilsverkündung hinausgehen, d. h. indem das Gericht in der gefährträchtigen Situation des Angeklagten unmittelbar nach dem Urteil bei diesem nachfragte, ob er auf Rechtsmittel verzichte.<sup>29</sup> Damit entsteht eine Mitverantwortung für den Rechtsmittelverzicht, die das Gericht verpflichtet, die mitversuchte Gefahr zu begrenzen: Der Angeklagte muß über die Reichweite des Rechtsmittelverzichts und darüber belehrt werden, daß er nicht verpflichtet ist, in der gegebenen Situation zu entscheiden. Fehlt es hieran, kann er nicht an einer etwaigen Verzichtserklärung festgehalten werden.

Prof. Dr. Ruiner Keller/Wiss. Mitarbeiter Carsten Gericke,  
Universität Hamburg.

#### StPO §§ 302, 140 Abs. 2

(Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts)

Eine unmittelbar nach Urteilsverkündung erfolgte Entgegennahme des Rechtsmittelverzichts eines unverteidigten Angeklagten ist im Falle der notwendigen Verteidigung unwirksam, wenn über einen zuvor gestellten Antrag auf Beordnung eines Pflichtverteidigers eine Entscheidung unterblieben ist und dadurch nicht nur gegen das Gebot eines rechtsstaatlichen fairen Verfahrens verstoßen, sondern auch die dem Angeklagten gegenüber obliegende Fürsorgepflicht des Gerichts verletzt wurde.

OLG München, Beschl. v. 13. 12. 2005 – 5 St RR 129/05

Mitgeteilt von RA Herbert Kramer, Berlin.

19 OLG Stuttgart, a. a. O.; OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn. 18).

20 Grundsätzlich kritisch zum Beschleunigten Verfahren: Schettler, NJ 1999, 113; Anthos, JURA 1998, 281; Herzog, ZRP 91, 125.

21 Vgl. § 418 II StPO; Meyer-Göbner § 418 Rdnr. 7; krit. zur 24-Stunden-Frist im Hinblick auf Art. 6 III lit. b) EMRK LR-Gössel, § 418 Rdnr. 25.

22 Weitergehend Ernst, StV 2001, 371; immer ein Fall notwendiger Verteidigung gem. § 140 II StPO.

23 Vgl. OLG Karlsruhe StV 2002, 299.

24 Zur Problematik des »herausgefragten« Rechtsmittelverzichts bereits Ditts, in FS Schmidt-Leichner, 17. ff.; Dencker, a. a. O. (Anm. 6), S. 68 ff.

25 Ausführlich Dencker, a. a. O. (Anm. 6), S. 70 ff.; f. Meyer, a. a. O. (Anm. 10), S. 218 ff.; KR-Ruß § 302 Rdnr. 12; OLG Zweibrücken StV 1994, 362; jeweils m. w. Nachw.

26 f. Meyer, a. a. O. (Anm. 10), 238 ff.

27 Erb. GA 2000, 511 ff.

28 Kuntzsch, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, 1976, 126.

29 Ditts, in FS Schmidt-Leichner 17, 24.



Einträge im Verkehrszentralregister. Als „getilgt“ in diesem Sinne können – wie noch auszuführen sein wird – nur (endgültig) gelöschte oder löschungsfähige, nicht aber solche Einträge angesehen werden, bei denen zwar die Tilgungsfrist des § 29 I 2, IV StVG abgelaufen ist, das Bekanntwerden eines eintragungsrelevanten Tatbestands während der Überlieferungsfrist aber ohne Weiteres zu einem Wiederaufleben der Einträge führen kann.

2. Die von *Hentschel* (StraßenverkehrsR, 38. Aufl., § 29 StVG Rn 12) im Einklang mit der zur früheren Rechtslage ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung (u. a. BayObLG DAR 2001, 412) vertretene abweichende Auffassung ist weder mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen noch mit der gesetzgeberischen Intention vereinbar, Rechtsbehelfen entgegen zu wirken, die nur zu dem Zweck eingelegt werden, das Verfahren hinauszuzögern und auf diese Weise die Tilgung in das Verkehrszentralregister eingetragener Verkehrsverstoße zu erreichen. (BT-Dr 15/1508, S. 15, 36). ...

(Mitgeteilt von Richter am AG D. Eckermann, Wolftratshausen)

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. auch *Pinkernil* DAR 2005, 57; *Gübner* NZV 2005, 57.

### 19. Kein Erlöschen der Betriebserlaubnis durch Verschleiß

StVZO §§ 17 I, 18, 19 II, 19 III Nr. 2a, 69a II Nr. 3; StVG § 24

Verfügt ein im Originalzustand eingebauter Auspuffendtopf an einem Kraftrad über eine EWG-Zulassung, so erlischt die Betriebserlaubnis des Kraftrades nicht deshalb, weil an diesem Querbleche durch Verschleiß, Korrosion oder starken Gebrauch abgefallen sind und er deshalb nicht mehr den Zulassungsbestimmungen entspricht.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8. 2. 2006 – 1 Ss 30/05

Zum Sachverhalt: Das AG verurteilte den Betr. am 2. 12. 2004 wegen fahrlässiger Inbetriebsetzung eines Fahrzeuges ohne Betriebserlaubnis nach §§ 18, 19, 69a II Nr. 3 StVZO i. V. mit § 24 StVG zu einer Geldbuße von 50 €, weil er am 21. 5. 2003 in E. mit seinem Kraftrad der Marke Kawasaki ZX 900 B mit einem beschädigten und einen erheblichen Geräuschpegel verursachenden Auspuffendtopf der Fa. H am öffentlichen Straßenverkehr teilgenommen hatte.

Die Rechtsbeschwerde des Betr. hatte mit der erhobenen Sachrüge Erfolg und führte zur Freisprechung des Betr.

Aus den Gründen: Zu Recht weist der Verteidiger darauf hin, dass entsprechend den Ausführungen des vom AG einvernommenen Kfz-Sachverständigen S der Auspuffendtopf der Fa. H im Originalzustand über eine EWG-Betriebserlaubnis nach § 19 III Nr. 2a StVZO verfügt hatte und dieser für Krafträder der Marke Kawasaki freigegeben war, so dass das Fahrzeug ohne Eintragung in die Fahrzeugpapiere am öffentlichen Straßenverkehr teilnehmen durfte. Dass die bei der Fahrzeugkontrolle am 21. 5. 2003 fehlenden Querbleche am Auspuff des Kraftrades vom Betr. oder einem Dritten entfernt wurden, vermochte der Tatrichter aber nicht sicher festzustellen, vielmehr geht dieser ausdrücklich davon aus, dass die Teile auch durch Verschleiß, Korrosion oder starken Gebrauch derart beschädigt worden sein könnten, dass sie ohne Fremdeinwirkung aus dem Auspuffendtopf herausgefallen sind.

Das Erlöschen einer erteilten Betriebserlaubnis setzt jedoch nach § 19 II StVZO eine willentliche Umgestaltung der Fahrzeugbeschaffenheit, wie etwa durch Ein- oder Ausbau von Teilen oder Werkarbeiten am Fahrzeug, voraus, weshalb bloße Veränderungen auf Grund natürlichen Verschleißes

hierfür nicht ausreichen (vgl. *Senat*, NJW 2003, 1061 f.; *BayObLG*, ZfSch 1985, 255 f.; *OLG Düsseldorf*, VM 1966 Nr. 27; *Hentschel*, StraßenverkehrsR, 38. Aufl., StVZO, § 19 Rn 6, 10, 11 mwN). Das ergibt sich neben dem Wortlaut der Vorschrift, welche die Vornahme von Änderungen voraussetzt, auch aus § 17 I StVZO, wonach die Verwaltungsbehörde bei nicht vorschriftsmäßigem Zustand des Fahrzeuges dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel setzen und nötigenfalls den Betrieb des Fahrzeuges im öffentlichen Straßenverkehr untersagen oder beschränken kann.

Das demnach nicht ausschließbar auf natürliche Ursachen zurückzuführende Fehlen der Querbleche am Auspuffendtopf führte somit nicht zu einem Erlöschen der Betriebserlaubnis für das gesamte Kraftrad. Die vom AG vorgenommene Verurteilung des Betr. wegen eines Verstoßes gegen §§ 19 II, 69a II Nr. 3 StVZO konnte deshalb keinen Bestand haben. Zureichende Anhaltspunkte, dass der schadhafte Auspuffendtopf bereits zu einer Pflichtverletzung aus §§ 23, 49 I Nr. 22 StVO wegen Verkehrsunsicherheit des Kraftrades geführt haben könnte, liegen nicht vor, weshalb der Betr. mit der sich aus § 467 I StPO i. V. mit § 79 III OWiG ergebenden Kostenfolge freizusprechen war.

(Mitgeteilt von Richter am OLG K. M. Böhm, Karlsruhe)

Anm. d. Schriftlgt.: Vgl. zu diesem Thema auch *OLG Karlsruhe*, Urf. v. 10. 1. 2003 – 1 Ss 73/02 – Juris und *BayObLG*, Beschl. v. 29. 11. 1971 – 1 St 567/71 OWi; s. auch *OLG Düsseldorf*, NZV 1993, 363.

## Jugendstrafrecht

### 20. Urteilsabsprache – Rechtsmittelverzicht, Formalgeständnis, Anwendung von Erwachsenenstrafrecht

StPO § 302; JGG 109

1. Hat ein Angeklagter durch seinen Verteidiger den Anklagevorwurf als richtig zugestanden, weitere Angaben zur Sache aber nicht gemacht, liegt ein bloßes „Formalgeständnis“ vor, das als Grundlage für eine Verurteilung nicht ausreichend ist.

2. Die Anwendung von Jugendstrafrecht auf einen Heranwachsenden kann nicht Gegenstand einer Urteilsabsprache sein. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Urf. v. 26. 1. 2006 – 3 StR 415/02 (LG Duisburg)

Zum Sachverhalt: Das LG verurteilte den Angekl. am 29. 4. 2002 wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten. Hiergegen legte der Angekl. nachdem er unmittelbar nach der Verkündung auf Rechtsmittel verzichtet hatte, am 27. 9. 2002 Revision ein und begründete diese. Nach erfolgter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und erneuter Zustellung des Urteils begründete der Bf. die Revision jeweils weiter.

Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Der Rechtsmittelverzicht ist unwirksam, weil dem Urteil eine Urteilsabsprache vorausgegangen war und das LG eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung nicht erteilt hatte (vgl. hierzu den in dieser Sache ergangenen Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 3. 3. 2005 (NJW 2005, 1440) = NSZ 2005, 389, 580 – z. Veröff. in BGHS vorgesehen).

2. Nach dem Vortrag der Revision, der durch die Urteilsgründe und das Hauptverhandlungsprotokoll bestätigt wird, hat der Angekl., nachdem die StRK eine Freiheitsstrafe von



höchstens 4 Jahren und 9 Monaten „bei Rechtsmittelverzicht“ zugesagt hatte, durch seinen Verteidiger die Anklagevorwürfe als richtig zugestanden, weitere Angaben zur Sache aber nicht gemacht. Damit liegt ein bloßes „Formalgeständnis“ vor, das als Grundlage für eine Verurteilung nicht ausreichend ist (BGHGS, NJW 2005, 1440 [1442] = NStZ 2005, 389, 580).

3. Für das erneute Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Die bislang vom LG gegebene Begründung, warum auf den zur Tatzeit 19 Jahre alten Angekl. das allgemeine Strafrecht anzuwenden sei, hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Das LG stützt seine Überzeugung, der Angekl. habe zur Tatzeit nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung nicht mehr einem Jugendlichen gleichgestanden, darauf, dass er „schon seit vier Jahren selbstständig“ hier gelebt habe. Abgesehen davon, dass das LG damit auch die 10 Monate der Untersuchungshaft in diese Zeitspanne einrechnet, ist diese Bewertung nicht durch Tatsachen unterlegt. Gleiches gilt für die Erwägung, der Angekl. habe die Taten als „Organisator“ begangen.

Die unzureichende Begründung dürfte vor allem dadurch zu erklären sein, dass sich die Kammer vor Vernehmung des Angekl. zur Person über die Anwendung von Erwachsenenrecht „verständigt“ hat. Dies war nicht zulässig (vgl. BGH, NStZ 2001, 555).

b) Bei der erneuten Strafzumessung wird auch berücksichtigt werden müssen, dass das Revisionsverfahren aus Gründen, die vom Angekl. nicht zu vertreten waren, erhebliche Zeit in Anspruch genommen hat. Nachdem der Angekl. unmittelbar nach der Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichtet hatte, war eine Entscheidung über die Wirksamkeit dieses Verzichts Voraussetzung dafür, dass die Revision überhaupt zu einer sachlichen Überprüfung des Urteils führen konnte. Aus Anlass dieses und eines anderen, zeitnah eingegangenen Verfahrens hat der Senat die zwischen den Strafsenaten des BGH umstrittene bzw. bislang nicht entschiedene Rechtsfrage nach der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts im Zusammenhang mit verfahrensbeendenden Absprachen dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt. Damit hat sich das Verfahren um etwa zweieinhalb Jahre verlängert. Dieser Umstand muss dem Angekl. erheblich strafmildernd zugute kommen.

Anm. d. Schriftlfg.: Zu BGH, NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389, 580 vgl. die Anm. von Rieß, JR 2005, 430; Seher, JZ 2005, 628 und Dutge/Schopp, StV 2005, 421.

## Strafvollstreckung, Strafvollzug und Haftrecht

### 21. Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehls

GG Art. 2 II 2; StPO § 116

1. Die aus Art. 2 II 2 GG (Freiheit der Person) ableitbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten nicht nur für den vollstreckten Haftbefehl. Sie sind darüber hinaus auch für einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl (§ 116 StPO) von Bedeutung. Beschränkungen, denen der Beschuldigte durch Auflagen und Weisungen nach § 116 StPO ausgesetzt ist, dürfen nicht länger dauern, als es nach den Umständen erforderlich ist. Denn auch dann, wenn U-Haft nicht vollzogen wird, kann allein schon die

Existenz eines Haftbefehls für den Beschuldigten eine erhebliche Belastung darstellen, weil sich mit ihm regelmäßig die Furcht vor einem (erneuten) Vollzug verbindet.

2. Unabhängig von der Höhe einer zu erwartenden Strafe ist auch ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl aufzuheben, wenn in Folge einer vom Beschuldigten nicht zu vertretenden Verletzung des Beschleunigungsgebots das Verfahren bereits längere Zeit nicht gefördert wurde und darüber hinaus ungewiss ist, wann das Hauptverfahren (neu) eröffnet und Termin zur Hauptverhandlung anberaumt werden kann. Bevorstehende, aber schon jetzt absehbare Verfahrensverzögerungen von völlig ungewisser Dauer sind wegen der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 II 2 GG) nicht anders zu behandeln als bereits eingetretene.

3. Bei der Entscheidung über die Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehls bei ungewissem Verfahrensforgang sind etwa die Dauer einer vorher vollzogenen U-Haft (hier: 1 Jahr), die Anzahl der bereits (weitgehend nutzlos) durchgeführten Hauptverhandlungstage (hier: 44) und die für den Fall eines Tat- und Schuldnachweises im Raum stehende Straferwartung in die Abwägung einzubeziehen.

4. Der inhaftierte Beschuldigte hat es nicht zu vertreten, wenn seine Strafsache nicht binnen angemessener Frist zum Abschluss gebracht werden kann, weil familiär bedingte personelle Veränderungen auf der Richterbank (hier: Schwangerschaft einer Beisitzerin) mit einer ordnungsgemäßen Bewältigung des Geschäftsanfalls in Haftsachen kollidieren. Bei der Entscheidung über die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls ist deshalb in diesem Zusammenhang aufzuklären, warum der Einsatz eines Ergänzungsrichters nicht in Betracht kam und ob der Abbruch der Hauptverhandlung durch einen überobligationsmäßigen Einsatz der Richterbank, etwa durch zusätzliche Verhandlungstermine in den Abendstunden oder gegebenenfalls auch am Wochenende (samstags), hätte vermieden werden können.

5. Wird die Entscheidung, einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl nicht aufzuheben, damit begründet, der Beschuldigte habe es in Folge seines extensiven Prozessverhaltens selbst zu vertreten, dass sein Verfahren nicht in angemessener Zeit habe abgeschlossen werden können, so muss das Gericht darlegen, dass die Verteidiger des Beschuldigten die Möglichkeiten der StPO in einer Weise genutzt haben, die mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Beschuldigten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verhalten zu schützen, nicht mehr zu erklären ist.

6. Sind Beginn, Dauer und Beendigung eines Verfahrens gegenwärtig in keiner Weise konkret absehbar, so ist dies bei der gebotenen Abwägung zwischen dem Interesse der Rechtspflege an der Aufrechterhaltung des Haftbefehls und den nach § 116 StPO erteilten Weisungen mit dem Freiheitsrecht des Beschuldigten nicht mehr hinnehmbar und muss zur Aufhebung des Haftbefehls und des Aussetzungsbeschlusses führen.

7. Die Überlastung eines Gerichts fällt – anders als unvorhersehbare Zufälle und schicksalhafte Ereignisse – in den Verantwortungsbereich der staatlich verfassten Gemeinschaft. Der Staat kann sich dem Beschuldigten gegenüber nicht darauf berufen, dass er seine Gerichte nicht so ausstattet, wie es erforderlich ist, um die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abzuschließen. Hilft der Staat der Überlastung der Gerichte nicht ab, so muss er es hinnehmen und gegebenenfalls auch seinen Bürgerinnen und Bürgern erklären, dass



Aus den Gründen: Ergänzend zu der Stellungnahme des GBA bemerkt der Senat zu der Rüge der Verletzung des § 275 I 1 StPO:

Auf einem Verstoß gegen das Gebot, das nicht bereits vollständig mit Gründen in das Protokoll aufgenommene Urteil unverzüglich zur Akte zu bringen, kann der bereits vor der Urteilsabsetzungsfrist verkündete Urteilsspruch nicht beruhen i. S. d. § 337 I StPO (Rieß NSz 1982, 441, 442; LR-Gollwitzer 25. Aufl., § 275 Rn 75; SK-StPO-Schlüchter/Frischer § 275 Rn 11; Meyer-Goßner 48. Aufl., § 275 Rn 28). Dementsprechend ist die Nichteinhaltung der in § 275 I 2 und 4 StPO bestimmten Höchstfrist für die Absetzung des Urteils in § 338 Nr. 7 StPO als absoluter Revisionsgrund ausgestaltet; denn ansonsten könnte auch die Überschreitung dieser Frist der Revision in keinem Fall zum Erfolg verhelfen. Ob in Fällen, in denen eine nach § 275 I 2 Halbs. 2 StPO erheblich verlängerte Urteilsabsetzungsfrist zwar gewährt, jedoch das Unverzüglichkeitsgebot des § 275 I 1 StPO verletzt wird, unter besonderen Umständen eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbare Verzögerung des Verfahrensabschlusses anzunehmen ist, die – wie bei sonstigen unvermeidbaren Verzögerungen des Revisionsverfahrens – vom RevGer. zu kompensieren ist, und ob dies, da der Verfahrensverstoß vor Beginn der Revisionsbegründungsfrist läge, nur auf entsprechende Verfahrensrüge geschehen könnte, braucht der Senat nicht zu entscheiden; denn ein derartiger Sachverhalt liegt hier nicht vor.

Km.

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. auch Keller/Meyer-Mews StraFo 2005, 353.

## 22. Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts nach unfairm Verfahren

StPO § 302

Kommt es auf einer von den Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung geschaffenen konsensualen Grundlage zu einem in Erwartung eines in Aussicht gestellten Verfahrensergebnisses abgegebenen Geständnis des Angeklagten und nimmt das Gericht unmittelbar nach Urteilsverkündung dessen Rechtsmittelverzicht entgegen, obgleich es ihn weder gemäß § 35 a StPO über sein Recht belehrt hatte, Rechtsmittel gegen dieses Urteil einzulegen, noch ihm ausdrücklich Gelegenheit zur Rücksprache mit seinem Verteidiger zur Beratung über einen Rechtsmittelverzicht gegeben hatte, so liegt hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, der zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führt. (Ls ü. Schriftlfg.)

BGH, Urt. v. 23. 2. 2006 – 5 StR 457/05 (LG Chemnitz)

Der vom Angekl. im Anschluss an die Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht erweist sich auf Grund der Art und Weise seines Zustandekommens als unwirksam, nicht aber mangels qualifizierter Belehrung nach verfahrensbeendender Absprache.

Nach dem vom Senat festgestellten Verfahrensablauf liegen mangels erklärten Bindungswillens weder eine ausdrückliche noch eine konkludente verfahrensbeendende Absprache vor, sondern nur unverbindliche Vorgespräche, die allerdings zu einem weitgehend konsensualen Vorgehen aller Verfahrensbeteiligten geführt haben.

Wie Ls.

Besteht die vom Gericht mit verursachte Gefahr, dass der Angekl. einen Rechtsmittelverzicht als notwendige Konsequenz einer kurzen und weitgehend konsensualen Hauptverhandlung ansieht, ist ihm wenigstens die von § 35 a StPO vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung zu erteilen und ihm ausdrücklich Gelegenheit zur Beratung hierüber mit seinem Verteidiger zu geben.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen 103 Fällen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige, wegen 29 Fällen des (gewerbsmäßigen) Handelns mit Betäubungsmitteln und wegen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Die Revision des Angekl. führte mit der Sachrüge zur umfassenden Aufhebung des Urteils.

Aus den Gründen: 1. Das fristgerecht (§ 341 I StPO) eingelegte Rechtsmittel ist zulässig. Der vom Angekl. im Anschluss an die Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht erweist sich als unwirksam.

a) Ein Rechtsmittelverzicht ist als Prozesserkklärung grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 302 I 1 Rechtsmittelverzicht 12 mwN). Die Rechtsprechung erkennt allerdings Ausnahmen von diesem Grundsatz an. In Betracht kommen namentlich 3 Fallgruppen, die zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führen können: Schwerwiegende Willensmängel (vgl. BGHR StPO § 302 I 1 Rechtsmittelverzicht 17, 18 mwN), vorangegangene Urteilsabsprachen ohne anschließende qualifizierte Rechtsmittelbelehrung (vgl. BGH-GS NJW 2005, 1440, zum Abdruck in BGHSz 50, 40 bestimmt) und sonstige Umstände der Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsmittelverzichts (BGHSz 45, 51). Hier liegt ein Unwirksamkeitsgrund der 3. Fallgruppe – unter Berücksichtigung der zur 2. Fallgruppe entwickelten Grundsätze – vor.

b) Die Revision macht allerdings geltend, es habe eine Urteilsabsprache vorgelegen; da dem Angekl. gleichwohl keine qualifizierte Belehrung über seine fortbestehende Rechtsmittelbedürfnis erteilt worden sei, sei der Rechtsmittelverzicht unwirksam. Nach dem Hauptverhandlungsprotokoll (vgl. § 274 StPO; hierzu BGH – GS aaO, 1446) ist zwar weder eine solche qualifizierte noch überhaupt eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden. Indes ist nicht der Nachweis erbracht worden, dass dem Verfahren eine verfahrensbeendende Absprache im Sinne der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zu Grunde lag.

aa) Nach den Erklärungen, die zum Ablauf der Hauptverhandlung von den daran mitwirkenden Berufsrichtern, dem Sitzungsvertreter der StA und der Pflichtverteidigerin – von dieser insbesondere auch in der Revisionshauptverhandlung – abgegeben worden sind, steht zur Überzeugung des Großen Senats folgender Sachverhalt fest:

Die Verteidigerin war ursprünglich bestrebt, über eine Anwendung des § 31 BrMG eine Bewährungsstrafe für den Angekl. zu erreichen, der freilich vor der Hauptverhandlung noch keinerlei Sacheinlassung abgegeben hatte. Bei einem Vorgespräch hatte der StrK-Vorsitzende eine Anwendung des § 31 BrMG, dessen Grundlagen gegebenenfalls in Aussetzung der Hauptverhandlung überprüft werden könnten, für erwägenswert erachtet. Indes erfuhr die Verteidigerin vor Beginn der Hauptverhandlung, dass der Sitzungsvertreter der StA ein solches Vorgehen für unvertretbar halte, die StA aber im Fall eines Geständnisses mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten „leben könne“. Daran anschließend erkundigte sich die Verteidigerin bei dem StrK-Vorsitzenden „nach der Strafvorstellung des Gerichts“ und erfuhr von ihm, dass „die Kummer bei einer geständigen Einlassung des Angekl. eine Strafe in Erwägung ziehe, die 3 Jahre und 6 Monate nicht übersteige“. Der beisitzende Richter nahm diese Äußerung wahr.



- 6 Nach Verlesung der Anklage und Belehrung über die Einlassungsfreiheit erklärte sich der Angekl. aussagebereit; er wurde vom StrK-Vorsitzenden gesondert „auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hingewiesen sowie ergänzend gemäß § 31 BtMG belehrt“. Eine daran anschließende, von der Verteidigerin erbetene Verhandlungspause von 2,5 Minuten nutzte diese zur Besprechung mit dem Angekl. Unmittelbar danach gab sie zunächst eine – nicht näher protokollierte – Erklärung zur Sache ab, deren Inhalt sich sodann der Angekl. „zu Eigen machte“. Im weiteren Verlauf der nach der Unterbrechung bis zum Beginn der Urteilsberatung eine ½ Stunde dauernden Hauptverhandlung sind – abgesehen von Prozesserkklärungen, Verlesungen, einer Teileinstellung und den Schlussvorträgen – lediglich Äußerungen des Angekl. zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen protokolliert.
- 7 Der Staatsanwalt beantragte in seinem Schlussvortrag die Verurteilung des Angekl. zu 3 Jahren und 6 Monaten Gesamtfreiheitsstrafe. Die Verteidigerin schloss sich diesem Antrag an. Nach Verkündung des Urteils, in dem eben diese in den Vorgesprächen bezeichnete, übereinstimmend beantragte Strafe verhängt wurde, erfolgte ohne Rechtsmittelbelehrung und ohne dass dem Angekl. ausweislich des Protokolls ausdrücklich Gelegenheit zur Rücksprache mit seiner Verteidigerin gegeben wurde, sofort allseitiger Rechtsmittelverzicht.
- 8 b) Damit liegt weder eine ausdrückliche noch eine konkludente verfahrensbeendende Absprache vor: Die Berufsrichter, die ihr Verhalten nicht als Urteilsabsprache bewerten, haben eine einzuhaltende bindende Zusage ausdrücklich nicht abgegeben, die Pflichtverteidigerin hat eine solche – ungeachtet ihrer begründeten Hoffnung, das angesprochene, von ihr letztlich als für ihren Mandanten günstig gewertete Verhandlungsergebnis zu erreichen – auch selbst dem Prozessverlauf nicht entnommen. Weder sind die Schöffen nachweislich in eine Urteilsabsprache einbezogen worden, noch ist ein Verständigungsergebnis in öffentlicher Hauptverhandlung in Gegenwart aller betroffenen Prozessbeteiligten ausdrücklich angesprochen worden. Auf Einhaltung der für eine Urteilsabsprache von der Rechtsprechung des BGH aufgestellten Formerfordernisse (BGHSr 43, 195) vor Abgabe eines Geständnisses hat die Verteidigerin jedenfalls nicht nachdrücklich gedrängt. Damit sind letztlich nur unverbindliche Vorgespräche erwiesen, die freilich im Anschluss zu einem weitgehend konsensualen Vorgehen aller Verfahrensbeteiligten geführt haben. Infolge des überwiegend informellen Vorgehens fehlte es gleichwohl noch an einer von allen Beteiligten verbindlich gewollten verfahrensbeendenden Absprache (vgl. hierzu BGHR StPO vor § 14a i. d. F. d. Vereinbarung – Vereinbarung 14).
- 9 c) Der Rechtsmittelverzicht ist allerdings wegen folgender, auch vom Gericht zu verantwortender Umstände seines Zustandekommens unwirksam:
- 10 Im Vorfeld der Hauptverhandlung kam es zum Austausch übereinstimmender Vorstellungen über die Höhe der Strafe für den Fall, dass der Angekl. ein Geständnis ablegt. Diese Umstände wurden jedoch nicht in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert. Dies wäre aus Gründen der Fairness und Transparenz bei dem Ausmaß der bei den Vorgesprächen erzielten übereinstimmenden Vorstellungen und angesichts des hier nach abgeleiteter Geständnisses geboten gewesen (vgl. BGHSr 43, 195, 205 f.). Vielmehr wurde auf der von allen Beteiligten lediglich außerhalb der Hauptverhandlung geschaffenen weitgehend konsensualen Grundlage nach als geschehene Einlassung des Angekl. gewerteter Verteidigerklärung die Hauptverhandlung deutlich verkürzt durchgeführt. Unmittelbar nach Urteilsverkündung hat das Gericht den Rechtsmittelverzicht des Angekl. entgegengenommen, obgleich es ihn weder gemäß § 35 a StPO über sein Recht belehrt hatte, Rechtsmittel gegen dieses Urteil einzulegen, noch ihm zuvor ausdrücklich Gelegenheit zur Rücksprache mit seiner Verteidigerin zur Beratung über einen Rechtsmittelverzicht gegeben hatte (vgl. zu alledem BGH – GS aaO, 1445 f.).
- Dem Senat unterliegen damit folgende Umstände zur Würdigung eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (vgl. auch BGH NSTZ 2004, 636): fehlende Transparenz von übereinstimmenden Willensbekundungen von StA, Gericht und Verteidigung über die Strafhöhe; Belehrung gemäß § 31 BtMG nach Austausch der Auffassungen von Gericht, StA und Verteidigung darüber, dass eine Anwendung dieser Norm ausgeschlossen ist; Abgabe eines Geständnisses in Kenntnis der Vorstellungen von Gericht, StA und Verteidigung über die Strafhöhe; fehlende Rechtsmittelbelehrung; Entgegennahme eines Rechtsmittelverzichts ohne ausdrückliche Gewährung einer Gelegenheit zur Beratung mit der Verteidigerin.
- Zwar ist jeder dieser Umstände für sich gesehen noch nicht geeignet, die Unwirksamkeit der Prozessklärung des Rechtsmittelverzichts zu begründen (vgl. Meyer-Göbner 48. Aufl., § 302 Rn 23 ff. mwN). Jedoch ergibt sich solches vorliegend aus dem in seiner Gesamtheit durchgreifend bedenklichen Vorgehen des Gerichts, das damit im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverzicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen hat.
- Diese Wertung folgt auch aus den Erwägungen des Großen Senats für Strafsachen: Danach ist im Interesse der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und aus Gründen der „Verfahrenshygiene“ eine strikte Zurückhaltung des Gerichts bei der Förderung eines Rechtsmittelverzichts nach einem Hinwirken auf ein Geständnis des Angekl. in Erwartung eines in Aussicht gestellten Verfahrensergebnisses geboten. Die trotz ausschließlich informeller Ausgestaltung eingehenden Vorgespräche und die hiermit verbundene Beeinflussung des Prozessverhaltens des Angekl. verlangen für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts eine ähnliche Bewertung wie bei einer Urteilsabsprache. Hier hat der Angekl. die Anklagevorwürfe in Kenntnis der übereinstimmenden Vorstellungen von StA, Gericht und seiner Verteidigerin über die Strafhöhe eingestanden. Nach der Verkündung des damit ebenfalls übereinstimmenden Urteils befand sich der Angekl. in einer vom Gericht mitverursachten Gefahr, einen Rechtsmittelverzicht als folgerichtigen und unvermeidlichen Abschluss des überaus kurzen Hauptverfahrens zu akzeptieren. Dies machte wenigstens die Erteilung der von § 35 a StPO vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung und die Einräumung einer Beratung mit der Verteidigerin vor Erklärung des Rechtsmittelverzichts aus Fairnessgründen unerlässlich, um dem Angekl. seine ungeachtet des Prozessablaufs uneingeschränkte Rechtsmittelbefugnis zu verdeutlichen.
2. Die damit zulässige Revision hat auch umfassend Erfolg
- Ku.
- Anm. d. Schriftl.: Vgl. auch Molderbauer/Momsen JA 2002, 415; Müller-Christmann JuS 1998, 640.
23. Herabsetzung der Strafe nach § 354 Ia 2 StPO durch Beschluss
- StPO § 354 Ia 2
- Eine Entscheidung eines Revisionsgerichts nach § 354 Ia 2 StPO kann auch durch Beschluss erfolgen.
- BGH, Beschl. v. 7. 3. 2006 – 5 StR 547/05 (LG Potsdam)
- Mit Blick auf die vom Tatrichter bei der Strafzumessung rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigte Zeit von 7 Jahren zwischen Tatbegehung und Aburteilung senkt der Senat die erkannten Freiheitsstrafen nach § 354 Ia 2 StPO um 3 Monate ab.



## **Literatur zur Verfahrensabsprache**



2. Dagegen führt die Ankündigung einer Strafobergrenze von 4 Jahren und 6 Monaten für den Fall eines Geständnisses einerseits und von 7 Jahren andererseits, falls ein Geständnis ausbleibt, im Einzelfall nicht dazu, dass auf einen Angeklagten unzulässig Druck ausgeübt würde.
3. Enthält eine Verfahrensrüge, die einen Verstoß gegen § 136a StPO behauptet, keine Ausführungen zum Inhalt von Vorgesprächen über eine später nicht protokollierte Verständigung, genügt sie den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht; waren weder Angeklagter noch der den Revisionschriftsatz verfassende Verteidiger bei der Besprechung anwesend, müssen Erkundigungen beim teilnehmenden Instanzverteidiger eingezogen werden.
4. Eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung indiziert zwar eine Vereinbarung; die Indizwirkung lässt sich jedoch – etwa durch gegenläufige dienstliche Erklärungen – widerlegen.

BGH *Urt. v. 27. 4. 2007* – *2 StR 523/06*

## I. Sachverhalt

Der Angeklagte ist vom LG wegen schweren Raubes gem. § 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verurteilt worden. Zur Begründung ihrer Verfahrensrügen trägt die Revision vor, es hätten außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche stattgefunden. Dort sei für den Fall eines Geständnisses eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten in Erwägung gezogen worden, wohingegen ohne Geständnis mit einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren zu rechnen gewesen sei. Der Mitangeklagte habe sich noch am ersten Hauptverhandlungstag nach Beginn der Beweisaufnahme geständig gezeigt, aber die Mitwirkung des Revisionsführers bei der Tat in Abrede gestellt. Dieser selbst habe sich dann in der zweiten öffentlichen Sitzung nach Fortführung der Beweisaufnahme ebenfalls zu einem Geständnis durchgerungen. Danach seien nur noch die Lebensläufe erörtert sowie die Auszüge aus dem BZR und eine weitere Urkunde verlesen worden. Weiterhin habe das Gericht noch den Hinweis nach § 265 StPO erteilt, statt § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB komme auch § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB in Betracht. Im Anschluss an die Urteilsbegründung seien die Angeklagten vom Vorsitzenden qualifiziert darüber belehrt worden, ungeachtet der erfolgten Verständigung böte sich die Möglichkeit von Rechtsmitteln. Die Revision hatte keinen Erfolg.

## II. Entscheidung

Das Urteil greift zunächst die gefestigte Rechtsprechung des BGH zu Prozessabsprachen (vor allem BGH [ *4 StR 240/97* ] BGHSt 43, 195 ff. und BGH [ *GSSt 1/04* ] BGHSt 50, 40) auf. Der BGH bekräftigt, dass die Zusage einer gemilderten Strafe im Gegenzug für ein Geständnis grds. statthaft sein kann (BGHSt 43, 195). Im Gegensatz zur Revision sieht der 2. Strafsenat aber keine Beeinträchtigung der Willensschließung des Angeklagten durch die deutlich voneinander abweichenden Strafen für die Verurteilung ohne bzw. mit Geständnis. Im konkreten Fall sei die Spanne zwischen den jeweiligen Strafen – gemeint sind wohl Strafobergrenzen, da die Ankündigung einer definitiven Sanktion ihrerseits unzulässig wäre – noch nicht derart weit gefasst, dass dadurch unangemessener Druck erzeugt werde.

Wohl schon mit Blick auf seine später folgende Argumentation spricht der 2. Senat materiell-rechtliche Fehler des landgericht-

lichen Urteils und der Anklage zwar an, versucht ihnen jedoch die Schärfe zu nehmen. Freilich macht der Senat darauf aufmerksam, das LG hätte auf einen doppelt qualifizierten Raub (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und auf einen erpresserischen Menschenraub (§ 239a Abs. 1 StGB) erkennen müssen. Wie der BGH meint, waren dennoch beide angesprochenen Strafzumessungen vertretbar, da mit Hilfe der Bejahung eines minder schweren Falls gem. § 250 Abs. 3 StGB nichts von vornherein rechtlich Unmögliches erwogen worden war.

Der BGH hat offen gelassen, inwieweit dem Angeklagten durch das LG zurechenbar der Eindruck vermittelt worden war, von seinem Geständnis hänge auch die Subsumtion unter mildere Vorschriften ab. Die Revision hatte nämlich die Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht erfüllt, da sie nicht ausgeführt hatte, dass auch die rechtliche Einordnung der Tat Gegenstand des Gesprächs zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht war. Der BGH stellt klar, dass darüber Erkundigungen beim Instanzvertreter hätten stattfinden müssen, wenn mit der Revision ein anderer Verteidiger betraut sei.

Weiterhin betrachtet der Senat die vermeintlich fehlende, aber an sich nötige Protokollierung und Öffentlichkeit (BGH [ *4 StR 120/04* ] NStZ 2005, 162) als unschädlich, weil zwar den höchstgerichtlichen Anforderungen entsprechend (BGH [ *GSSt 1/04* ] BGHSt 50, 40) der Vorsitzende eine qualifizierte Belehrung erteilt hatte. Eine solche sei aber nur ein Indiz. Gegen eine Verständigung sprächen die dienstlichen Stellungnahmen sowie der Eintritt in die Beweisaufnahme trotz vorherigen Gesprächs.

### Bedeutung für die Praxis:

1. Die Ausführungen des BGH zeigen, dass sich keine schematischen Grenzen ziehen lassen, von welchem Abstand an zwischen den angekündigten alternativen Strafzumessungen eine nicht mehr vertretbare Einwirkung anzunehmen ist. Somit gerät die Entscheidung nicht in Widerspruch zu einem Beschluss des 3. Strafsenats, der den Abstand zwischen einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten und einer von 6 – 7 Jahren für zu erheblich hielt (BGH [ *3 StR 411/04* ] wistra 2005, 230). Der 2. Strafsenat führt demgegenüber aus, es habe im Verfahren noch erheblichen Klärungsbedarf gegeben. Damit scheint er darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte durch ein Geständnis zu einer spürbaren Verfahrenserleichterung beitragen konnte und ein mögliches Geständnis entsprechend stark honoriert werden durfte.

2. Der BGH hat die materiellen Fehler der 1. Instanz zwar zum Anlass genommen, nochmals zu bekräftigen, dass Zusagen den Schuldspruch betreffend (Qualifikation) nicht statthaft sind (BGH [ *4 StR 240/97* ] BGHSt 43, 195, 203 ff.; zu den Absprachen im Strafverfahren s. auch *BURHOFF, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. 2006, Rn. 37 ff.*; *BURHOFF, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 5. Aufl. 2006, Rn. 63 ff.*). In der Entscheidung fehlt aber ein deutlicher Hinweis, ob dies entsprechend für die Annahme eines (unbenannten) minder schweren Falles gilt. Eine Verständigung dahin, im Gegenzug für ein Geständnis nur max. 4 ½ Jahre Freiheitsstrafe zu verhängen; bedeutet nicht notwendig dasselbe, wie sich auf einen minder schweren Fall zu einigen.

3. Die Argumentation zur Frage, ob überhaupt eine Verständigung vorgelegen hat, ist nur knapp ausgefallen und m.E.





deutung von Treu und Glauben für den Verbraucherschutz<sup>95</sup>. Die Berufung auf die eigene Verbrauchereigenschaft sei unter dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium demjenigen verwehrt, der sich beim Geschäftsabschluss als Unternehmer ausgegeben habe<sup>96</sup>. Auch die Gesetzesbegründung zu dem insoweit ähnlichen Verbraucherbegriff in Art. 29 EGBGB habe auf die Erkennbarkeit eines Geschäfts als Verbrauchervertrag ausdrücklich abgestellt<sup>97</sup>. Da dem Grundsatz von Treu und Glauben gegenüber dem Interesse des unredlichen Vertragspartners der Vorrang gebühre, stehe insbesondere das Umgehungsverbot des § 475 I 2 und die daraus ersichtliche Unabdingbarkeit des Verbraucherschutzes der Beschränkung durch Treu und Glauben nicht entgegen<sup>98</sup>.

Alle diese Argumente sind schlüssig<sup>99</sup>. Sie lassen sich nach den hier angestellten Überlegungen auf eine einfache Formel bringen: Wer erkennbar und ohne kollusive Mitwirkung oder Kenntnis der Vertragsgegenseite den Vertrag als ein Nicht-Verbrauchergeschäft abschließt, stellt sich außerhalb des den

Verbrauchergeschäften vorbehaltenen Schutzes. Sobald allerdings der Vertragsgegner das Spiel mitspielt, endet der sich aus dieser Entscheidung ergebende „Schutz vor Verbraucherschutz“ (arg. § 475). Zum Nachdenken anregen soll deshalb abschließendes

Beispiel 12: *Lange Zeit war es üblich, dass Großhändler Direktverkäufe an Verbraucher dadurch verdeckten, dass sie Händlerausweise auch an Endabnehmer vergaben. Hier spricht das Verbraucherverhalten gegen Verbraucherschutz, und doch schiene es bedenklich, wenn sich der Großhändler hierauf berufen dürfte.*

95 Hinweis auf Basedow, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 18), § 310 Rdnr. 48; Lorenz, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 18), § 474 Rdnr. 23; M. Müller, NJW 2003, 1973 (1979).

96 Berufung auf Basedow, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 18), § 310 Rdnr. 48. 97 BT-Dr 10/504, S. 79.

98 Hinweis auf Lorenz, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 18), § 474 Rdnr. 23.

99 Zust. auch Moseschus, EWIR 2005, 463.

Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

## Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung – BGH (GS)? NJW 2005, 1440\*

Der Entscheidung liegen zwei Revisionsverfahren zu Grunde, in denen vorab jeweils über die Wirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzichts zu entscheiden ist. (1) In der Strafsache gegen J wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln geht es um einen in der Urteilsabsprache „vereinbarten“ und nach der Urteilsverkündung allseitig erklärten Rechtsmittelverzicht. Fünf Monate später, nachdem sein neuer Verteidiger Akteneinsicht erhalten hat, legt J Revision ein und begehrt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. (2) In der Strafsache gegen H ebenfalls wegen Betäubungsmitteldelikten ist der Rechtsmittelverzicht selbst zwar nicht Inhalt der Urteilsabsprache, dabei aber vom Gericht als „wünschenswert“ zum Ausdruck gebracht worden. Auf Nachfrage des Gerichts nach Urteilsverkündung erklären H und ihr Verteidiger Rechtsmittelverzicht. Gleichwohl legt H am Tag nach der Urteilsverkündung fristgemäß Revision ein.

### Problemstellung

Zu den wesentlichen Bestandteilen der Absprachenpraxis im Strafprozess gehört das Interesse der Beteiligten an der Rechtskraft der Absprache. Denn die Verfahrensbeendigung als Zweck der Absprache wird nur vollständig erreicht, wenn die Absprache nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann. Zentrales Instrument zur Herstellung einer rechtskräftigen Absprache ist der Rechtsmittelverzicht der Rechtsmittelberechtigten. Dieser Rechtsmittelverzicht liegt im allseitigen Interesse der Beteiligten: Angeklagter und Strafverteidiger drängen auf einen Rechtsmittelverzicht der Staatsanwaltschaft, um eine nachteilige Änderung der abgesprochenen Strafmilderung gegen Geständnis zu verhindern; die Staatsanwaltschaft besteht auf einem Rechtsmittelverzicht des Angeklagten, damit dieser die abgesprochene Strafmilderung nicht weiter zu seinen Gunsten ändern kann; das Gericht begrüßt den allseitigen Rechtsmittelverzicht, weil sein Absprachenvorschlag dadurch einer revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen und ihm zugleich der Weg zu einem abgekürzten Urteil gem. § 267 IV StPO eröffnet wird<sup>1</sup>.

So eng und wesentlich der Zusammenhang zwischen Absprache und Rechtsmittelverzicht faktisch ist, so problematisch gestaltet sich seine rechtliche Bewertung. Schon das Grundsatzzurteil des 4. Strafsenats von 1997, in dem auf der Basis von Mindestbedingungen für zulässige Absprachen auch die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts vor Urteilsverkündung für unzulässig erklärt wird<sup>2</sup>, erschöpfte die Problematik nicht. So wurde trotz Zustimmung der anderen Senate zu den Mindestbedingungen<sup>3</sup> nicht nur bald moniert, dass die Absprachenpraxis sich an zentrale Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung wie das Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts nicht hält<sup>4</sup>. Der 4. Senat hatte auch offen gelassen, welche Rechtsfolgen ein abgesprochener Rechtsmittelverzicht auslöst. Entsprechend streitig war die Frage zwischen den Strafsenaten des BGH.

\* Bespr. v. BGH (GS), Beschl. v. 3. 3. 2005 – GSSt 1/04, NSz 2005, 580. – Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 Vgl. Schönemann, Strafprozessuale Absprachen in Dtl., 2005, S. 3 ff.; Satzger/Hüttkeimer, NJW 2004, 2488 m. Fußn. 26; Rönnow, Die Absprache im Strafprozess, 1990, S. 49 ff.; Decker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, 1988, S. 114 f.

2 BGHSt 43, 195 (204 f.) = NJW 1998, 86 = NSz 1998, 31, m. Anm. Rönnow, wistra 1998, 49; Kintzi, JR 1998, 249; Satzger, JA 1998, 98; Weigend, NSz 1999, 57; eingehend Moldenbauer, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den BGH, 2004, S. 129 ff. – Zur Begründung verweist das Gericht auf § 46 StGB und die Kenntnis des Angeklagten vom genauen Urteilsinhalt erst nach Urteilsverkündung.

3 Erwa BGHSt 48, 161 = NJW 2003, 1615 = NSz 2003, 383 (1. Strafsenat); BGH, StV 2001, 354 (2. Strafsenat); BGH, NJW 2001, 2642 = NSz 2001, 355 (3. Strafsenat); BGHSt 45, 227 = NJW 2000, 526 = NSz 2000, 96 (4. Strafsenat); BGHSt 45, 51 = NJW 1999, 2449 (5. Strafsenat).

4 Weider, StV 2000, 540; Rieß, NSz 2000, 99; Weigend, NSz 1999, 59; auch BGH, NJW 2004, 2536 (2539) = NSz-RR 2004, 266 = JuS 2005, 84 (Kudlich), und Wißmaier, NJW 2005, 1985, festzustellen sind ferner z. B. Versätze gegen das Verbot der Zusage einer bestimmten Strafe (etwa BGHSt 45, 227 [229, 232] = NJW 2000, 526 = NSz 2000, 96), gegen das Verbot der Sanktionsschere (BGH, NSz 2005, 279 = JuS 2005, 475 [Kudlich]), und BGHSt 49, 84 = NJW 2004, 1396 = NSz 2004, 338 [339] m. Anm. Weider) oder gegen das Protokollverbot (BGH, NSz 2004, 342). Zu einem Verstoß sogar gegen § 136 a StPO BGH, NSz 2005, 279 = JuS 2005, 475 [Kudlich] m. Anm. Eickart, StV 2005, 201.



Der vorliegende 3. Senat hielt in beiden Beschluss-Fällen den absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht der Angeklagten für unwirksam. Da er sich aber an einer Prüfung durch entgegenstehende Judikatur des 1., 2. und 5. Senats gehindert sah, fragte er zunächst bei den anderen Senaten an<sup>5</sup>. Während der 4. und 5. Senat erklärten, dass sie den Rechtsätzen des 3. Senats zustimmen und eigene Rechtsprechung nicht entgegensteht (4. Senat) bzw. aufgegeben wird (5. Senat), hielten der 1. und 2. Senat an ihrer abweichenden Rechtsauffassung fest. Der 3. Senat hat daraufhin seine Rechtsfragen dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vorgelegt<sup>6</sup>.

Vor diesem Hintergrund markiert der Beschluss des Großen Senats zur Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts<sup>7</sup> die dritte Grundsatzentscheidung zur Abspracheproblematik nach der grundsätzlichen Billigung von Absprachen durch das BVerfG 1987<sup>8</sup> und der Abspracheordnung des 4. Senats. Der Große Senat versäumt dabei die Gelegenheit nicht, sowohl zur prinzipiellen Zulässigkeit von Absprachen als auch zu vorlegungsneutralen Aspekten der Abspracheordnung des 4. Senats Stellung zu nehmen (unten II, III). Begrüßenswert ist, dass der Große Senat hinsichtlich der Vorlegungsfragen kompromissorientierte Rechtssicherheit schafft (unten IV 1–3). Gleichwohl bleibt seine Lösung notwendigerweise brüchig, was auf das Grundproblem der Absprachen und die hier bestehenden Grenzen justizieller Rechtsfortbildung zurückzuführen ist (unten IV 4, V).

## II. Urteilsabsprachen und Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Jenseits der Vorlegungsfragen verdient zunächst Beachtung, dass von den drei Grundsatzentscheidungen der Große Senat zum ersten Mal die prinzipielle Zulässigkeit von Absprachen eingehend positiv rechtfertigt. 1987 hatte das BVerfG noch überhaupt keine positive Begründung gegeben. Es hatte sich auf die verfassungsrechtliche Negativprüfung beschränkt festzustellen, dass die Grundsätze eines fairen Strafverfahrens Verständigungen über das Ergebnis bei Wahrung rechtsstaatlicher Mindeststandards jedenfalls nicht verbieten<sup>9</sup>. Auch zehn Jahre später fällt die Rechtfertigung der Urteilsabsprache durch den 4. Senat blass aus: Die Vorschrift des § 153 a StPO und andere Vorschriften, die eine Einwilligung des Betroffenen in eine bestimmte Rechtsfolge vorsehen, belegen, so das Gericht lapidar, dass die StPO Absprachen über das Verfahrensergebnis nicht generell untersagt<sup>10</sup>.

Demgegenüber stützt der Große Senat die Zulässigkeit von Absprachen nunmehr explizit auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege: Ohne die Zulassung von Absprachen könne die Strafjustiz unter den gegebenen tatsächlichen wie rechtlichen Bedingungen ihre Aufgaben nicht erfüllen. Der Große Senat zitiert aus dem Beschluss der Justizministerkonferenz, wonach die Strafjustiz am Rande ihrer Belastbarkeit arbeite<sup>11</sup>. Insofern dienen Absprachen dem Beschleunigungsgrundsatz und der Verfahrensökonomie. Außerdem könnten Absprachen den Zeugen- und Opferschutz befördern, wenn dieser das Absehen von einer weitergehenden Sachaufklärung nahe lege. So gesehen ermöglichten es Absprachen, den „mitunter gegenläufigen Anforderungen“ einer ordnungsgemäßen Strafjustiz „in ihrer Gesamtheit“ Rechnung zu tragen<sup>12</sup>.

Diese Bindung der Absprachen an die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Systemprinzip<sup>13</sup> hat eine dreifache Funktion: Erstens ist sie unmissverständliches Signal, dass es für den BGH unter den gegenwärtigen Bedingungen zur Zulassung von Absprachen keine Alternative gibt; zweitens dient sie als Legitimation für die eigene Rechtsfortbildung; drittens ist sie Aufforderung an den Gesetzgeber, Zulässigkeit

und Grenzen von Absprachen endlich gesetzlich zu regeln. Auf die beiden letzten Funktionen wird zurückzukommen sein<sup>14</sup>.

## III. Vorlegungsneutrale „Präzisierungen“ von BGHSt 43, 195

Ebenfalls jenseits der Vorlegungsfragen sieht der Große Senat angesichts zunehmender rechtswidriger „Deal“-Praktiken<sup>15</sup> Anlass, einige Aspekte der Abspracheordnung des 4. Senats zu „präzisieren“. So gibt er den – rechtsstaatlich selbstverständlichen – Hinweis, dass das Gericht die Anklage pflichtgemäß erst tatsächlich und rechtlich anhand der Akten überprüfen muss, bevor es zur Absprache schreitet<sup>16</sup>. Zur Präzisierung der Maßgabe, dass auch das absprachegemäße Geständnis vom Gericht auf seine Glaubwürdigkeit zu prüfen ist<sup>17</sup>, verlangt der Große Senat ein konkretes Geständnis: Das absprachegemäße Geständnis, das keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegen dürfe, müsse wenigstens so konkreter sein, dass sein Einklang mit der Aktenlage derart geprüft werden könne, dass sich keine weitere Sachaufklärung aufdrängt; inhaltsleere Formalgeständnisse genügen nicht<sup>18</sup>. Das Gebot, auch bei einer Absprache die freie Willensentschließung des Angeklagten zu wahren<sup>19</sup>, konkretisiert der Große Senat für die unzulässige Sanktionsschere: Die Differenz zwischen absprachegemäßer und bei streitigem Verfahren zu erwartender Sanktion dürfe nicht so groß sein, dass sie strafzumessungsrechtlich unverträglich und mit der geständnisbedingten Strafmilderung nicht mehr erklärbar sei<sup>20</sup>.

Sind diese Präzisierungen von BGHSt 43, 195, uneingeschränkt begrüßenswert, so gilt das nicht für die Lockerung der Bindungswirkung der Absprache. Über die vom 4. Senat<sup>21</sup> zugelassene Ausnahme neuer schwerwiegender und urteilserheblicher Umstände hinaus darf nach dem Großen Senat ein Gericht von einer ordnungsgemäßen Absprache auch dann nach entsprechendem Hinweis abweichen, wenn schon bei der Absprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden. Denn es wäre unverträglich, das Gericht bei der Urteilsfindung entgegen § 261 StPO an einen maßgeblichen Irrtum allein auf Grund des durch die Absprache geschaffenen Vertrauensstatbestandes zu binden<sup>22</sup>.

5 BGH, NJW 2003, 3426 (3428 f.) = NScZ 2003, 677 = JuS 2004, 256 (Martini m. Nachw. zur Rspr. der anderen Senate).

6 BGH, NJW 2004, 2536 = NScZ-RR 2004, 266 = JuS 2005, 84 (Kudlich) m. Nachw. zu den Antworten der anderen Strafsenate und Anm. Satzger/Höltke-Meier, NJW 2004, 2487; Kudlich, JuS 2005, 84.

7 BGH (GS), NJW 2005, 1440 m. Anm. Seber, JZ 2005, 654; Widmaier, NJW 2005, 1985; Durzge/Schoop, SrV 2005, 421; auch Altenhain/Hainertl, GA 2005, 281 (297 ff.).

8 BVerfG, NJW 1987, 2662 = NScZ 1987, 420.

9 BVerfG, NJW 1987, 2662 = NScZ 1987, 420.

10 BGHSt 43, 195 (202 f.) = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31. Zur Förderung des Rechtsfriedens durch das vereinbarte Geständnis BGHSt 43, 195 (209) = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31.

11 5. BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1443).

12 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1444).

13 Krit. zu diesem Rechtsbegriff Hasserter, SrV 1982, 275.

14 S. u. V.

15 S. die Nachw. in BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1442); BGH, NJW 2004, 2536 (2539) = NScZ-RR 2004, 266 = JuS 2005, 84 (Kudlich) sowie o. Fußn. 4.

16 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1442).

17 BGHSt 43, 195 (204) = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31.

18 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1442).

19 BGHSt 43, 195 (204) = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31.

20 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1442).

21 BGHSt 43, 195 (210) = NJW 1998, 86 = NScZ 1998, 31. Beispiele: verbrechensbegründende Tatsachen oder erhebliche Vorstrafen.

22 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1442).



Das überzeugt nicht<sup>23</sup>. Es ist nicht stimmig, die Gerichte einerseits zu einer sorgfältigen Prüfung der Anklage vor einer Absprache anzuhalten, ihnen andererseits aber ein pauschales Irrumsprivileg hinsichtlich der Bindung an die Absprache zuzubilligen. Zudem gerät ein pauschales Irrumsprivileg des Gerichts mit dem Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren insofern in Konflikt, als dessen im Vertrauen auf die Absprache vorgeleitetes Geständnis nachteilig fortwirkt. Wenn überhaupt, so empfiehlt sich eine nach dem Verschulden des Gerichts *differenzierende Lösung*: Lässt sich das Gericht ohne pflichtgemäße Prüfung der Aktenlage auf eine Absprache ein und unterläuft ihm dabei ein relevanter Irrtum, so erscheint es nur fair, die Bindungswirkung der Absprache aufrecht zu erhalten. Dagegen steht ein unverschuldeter Irrtum dem nachträglichen Auftauchen neuer Tatsachen gleich, weshalb hier ein Wegfall der Bindungswirkung der Absprache in Betracht kommt. Für diese Lösung spricht auch, dass sie die Gerichte zu einer sorgfältigen Sach- und Rechtsprüfung vor Abschluss von Absprachen motiviert.

#### IV. Urteilsabsprache und Rechtsmittelverzicht

Die Vorlegungsfragen beantwortet der *Große Senat* mit grundsätzlichem Gewinn für die Rechtsicherheit. Wie schon dem 4. *Senat* für seine Abspracheordnung bescheinigt wurde<sup>24</sup>, gelingt auch dem *Großen Senat* beim Rechtsmittelverzicht offenbar die „Quadratur des Kreises“. Wie bei jeder Verbindung von an sich Unvereinbarem bleiben freilich Probleme zurück.

##### 1. Unzulässigkeit eines vereinbarten oder veranlassten Rechtsmittelverzichts

Das zeigt sich bereits an der Begründung für die Unzulässigkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts. Den „Extremfall“ einer Verknüpfung von Strafhöhe und versprochenem Rechtsmittelverzicht hält der *Große Senat* schon wegen Verstoßes gegen das Prinzip schuldangemessenen Strafens für unzulässig. Darüber hinaus verweist er auf das Fehlen legitimer Interessen<sup>25</sup> sowie auf die Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens und die Rechtskultur insgesamt, sollte ein Gericht an einem absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht mitwirken dürfen. Denn soweit das Gericht damit einen Wunsch nach Wegfall einer revisionsgerichtlichen Überprüfung zu verstehen gebe, verletze es nicht nur seine Würde und Autorität. Ein solcher Wunsch begründe auch die Befürchtung mangelnder Sorgfalt bei der Urteilsfindung bezüglich Sachverhaltsermittlung, Subsumtion und Strafzumessung<sup>26</sup>.

Diese Begründung enthält insofern eine gewisse Spannung, als der *Große Senat* erkennt, dass ein Interesse an einer revisionsgerichtlichen Überprüfung bei einer zulässigen Absprache „in der Praxis nicht häufig gegeben sein wird“<sup>27</sup>, und zugleich allgemein ein Fehlen legitimer Interessen annimmt. Das gilt umso mehr, als trotz dieser Annahme jedenfalls den Rechtsmittelberechtigten Gespräche über eine absprachegemäße Rechtsmitteleinlegung ohne Gerichtsbeteiligung gestattet werden<sup>28</sup>. Insofern ist die einseitig gerichtsfixierte Argumentation des *Großen Senats* – Verbot jeglicher Gerichtsäußerungen, die objektiv in Richtung eines Rechtsmittelverzichts des Angeklagten verstanden werden können – irritierend. Ist etwa das Verhalten der Staatsanwaltschaft bei einem absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht für die Rechtskultur irrelevant? Spielen deren Würde und Autorität keine Rolle?

Überhaupt bleibt die Grundspannung, einerseits Absprachen mit einer Art „Notstand“ für die Strafrechtspflege zu rech-

fertigen, andererseits aber den Gerichten ihre konsequente Umsetzung durch Hinwirkung auf Rechtsmittelverzicht zu untersagen. In der Sache freilich hat der *Große Senat* kaum eine andere Wahl: Lasse er den absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht generell zu, so wäre ein Großteil der Urteilspraxis der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen<sup>29</sup>.

##### 2. Wirksamkeit eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts bei qualifizierter Belehrung

Friktionen kennzeichnen auch die Lösung des *Großen Senats* zur Frage der Wirksamkeit eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts. Das gilt zunächst für die spannungsreiche Herleitung der grundsätzlichen Unwirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts, die die Uneinigkeit der *Senats* widerspiegelt. Der *Große Senat* entwickelt die These vor dem Hintergrund der zutreffenden Feststellung, dass die StPO von der prinzipiellen Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts ausgeht, sowie der Annahme, dass die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts nicht zwangsläufig aus seinem Absprachekontext folge<sup>30</sup>. Diese dem 1. und 2. *Senat*<sup>31</sup> geschuldete Annahme begründet der *Große Senat* mit der Selbstständigkeit der Prozesshandlungen „Urteilsabsprache“ und „Rechtsmittelverzicht“ sowie den Korrektiven „Rechtsmittelbelehrung“ (§ 35 a StPO) und „protokollierte Genehmigung des Verzichts“ (§ 273 III 3 StPO). Zwar entfaltet der *Große Senat* mit Recht Zweifel an der ausreichenden Schutzfunktion dieser Korrektive im Absprachekontext. Aber diese Zweifel bewegen ihn weder, seine Annahme in Frage zu stellen, noch führen sie ihn zu der anschließenden, gänzlich gegensätzlichen und namentlich dem 3. *Senat* konzidierten Einsicht, dass der absprachegemäße Rechtsmittelverzicht grundsätzlich unwirksam ist. Entscheidend sei hier, „den Anliegen, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden, zu effektiver Durchsetzung zu verhelfen“<sup>32</sup>.

Dieser Zickzackkurs setzt sich fort bei der *Hauptthese*. Dass ein absprachegemäßer Rechtsmittelverzicht bei qualifizierter Belehrung wirksam sein soll<sup>33</sup>, stützt der *Große Senat* auf die Rechtsicherheit, die nicht zu weit eingeschränkt werden dürfe. Bei jeder Absprache müsse der Betroffene daher über die Rechtsmittelbelehrung nach § 35 a StPO hinaus über seine fortbestehende Rechtsmittelbefugnis qualifiziert belehrt werden, die als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren ist (§ 273 I StPO). Eine Auseinandersetzung mit den zu den gesetzlichen Korrektiven entfallenden Bedenken fehlt dabei. Insbesondere der faktische Zugzwang für den Angeklagten, im Hinblick auf sein vorgeleitetes Geständnis einen Rechtsmittelverzicht zu erklären, und das Beratungsdilemma für den Verteidiger, der trotz Mitwirkung an der Absprache ein Rechtsmittel empfehlen soll, werden in ihrer Problematik nicht ausgeleuchtet. Stattdessen präzisiert der *Große Senat*

23 Krit. auch Durrge/Schoop, StV 2005, 422. Zust. dagegen Seber, JZ 2005, 634, 24 S. Weigend, in: Festgabe BGH, 2000, S. 1024.

25 Näher der 3. *Senat* in seinem Anfragebeschluss BGH, NJW 2003, 3426 (3427) = NScZ 2003, 677 = JuS 2004, 256 (Martin).

26 BGH/GS, NJW 2005, 1440 (1444).

27 BGH/GS, NJW 2005, 1440 (1445).

28 BGH/GS, NJW 2005, 1440 (1444).

29 Vgl. auch schon BGH, NJW 2003, 3426 (3428) = NScZ 2003, 677 = JuS 2004, 256 (Martin) (Anfragebeschluss).

30 BGH/GS, NJW 2005, 1440 (1445).

31 Vgl. BGH, NScZ 2004, 164, und NJW 2004, 1336, jeweils m. w. Nachw.

32 BGH/GS, NJW 2005, 1440 (1445 f.); vgl. auch BGH, NJW 2004, 2336 (2339) = NScZ-RR 2004, 266 = JuS 2005, 34 (Kadlich) (Vorlagebeschluss).

33 In diese Richtung schon der 3. *Senat*, NJW 2004, 1335; krit. der 2. *Senat*, NJW 2004, 1336.



den Inhalt der qualifizierten Belehrung, empfiehlt die Einräumung und Protokollierung der Gelegenheit zu einem ausführlichen Beratungsgespräch zwischen Angeklagtem und Verteidiger und appelliert im Übrigen an die „Verantwortung der Tatrichter“, von denen es abhängt, „dass dieses Korrektiv der qualifizierten Belehrung nicht etwa als nur formelhafte, tatsächlich nicht ernst gemeinte Prozesshandlung ausgestaltet wird“<sup>34</sup>.

### 3. Unterbliebene qualifizierte Belehrung und Wiedereinsetzung

Spannungsreich ist schließlich die Bestimmung der Rechtsfolgen bei unterbliebener qualifizierter Belehrung. Während der *Große Senat* den absprachegemäßen Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung kategorisch als wirksam und unwiderruflich ansieht, schränkt er die Rechtsfolgen bei unterbliebener qualifizierter Belehrung in zweifacher Hinsicht ein. Zum einen bindet er die (wegen der Unwirksamkeit des ohne qualifizierte Belehrung erfolgten Rechtsmittelverzichts eröffneten) Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung an die Rechtsmitteleinlegungsfrist. Denn gegen eine unbefristete Rechtsmitteleinlegung stehe die Rechtskraft, die eine klare Fristenregelung erfordere. Zudem dürfe der Rechtsmittelberechtigte, der nach Rechtsmittelbelehrung, aber ohne qualifizierte Belehrung den Rechtsmittelverzicht erklärt hat, nicht besser gestellt werden als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat<sup>35</sup>. Letzteres überzeugt wenig, weil erst die qualifizierte Belehrung die volle Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Rechtsmittelbefugnis im Absprachenkontext wiederherstellen soll.

Die zweite Einschränkung betrifft den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Der *Große Senat* schließt für denjenigen, der nach erfolgter Rechtsmittelbelehrung, aber ohne qualifizierte Belehrung die Frist zur Rechtsmitteleinlegung versäumt, die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO aus. Nur wer glaubhaft machen kann (§ 45 II StPO), auf Grund unsartthafter Einwirkungen wie vorsätzliche Nicht- und Fehlaustritte des Gerichts auf Rechtsmittel verzichtet und deshalb die Frist versäumt zu haben, könne nach § 44 S. 1 StPO Wiedereinsetzung erlangen. Zur Begründung verweist das Gericht auf die Geltung des § 44 S. 2 StPO nur für die unterbliebene Rechtsmittelbelehrung nach § 35 a S. 1 StPO. Für eine ausdehnende Auslegung sei kein Interesse ersichtlich, weil auch der Rechtsmittelverzicht eines nicht qualifiziert Belehren häufig darauf beruhen würde, dass er die Absprache akzeptiere. Ferner könne die Rechtssicherheit nicht schon durch bloße spätere Motivwechsel Einbußen erleiden<sup>36</sup>. Auch diese Argumentation befriedigt nicht. Wenn erst die qualifizierte Belehrung die volle Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Rechtsmittelverzichts und damit die Akzeptanz der Absprache herstellt – insoweit geht es nicht um bloße Motivwechsel –, dann kann man die Folgen aus einer Fristversäumnis ohne qualifizierte Belehrung nicht mit dem Argument einschränken, dass die Betroffenen die Absprache häufig auch ohne qualifizierte Belehrung akzeptieren würden. Die qualifizierte Belehrung wäre dann nämlich regelmäßig überflüssig.

### 4. Kritik der Lösung des Großen Strafsenats

Damit ist die Ergebniskritik angesprochen. Die Hauptannahme, dass eine qualifizierte Belehrung nach Urteilsverkündung eine ausreichende Sicherung gegen mögliche Willensbeeinträchtigungen aus der Absprache darstellt, begegnet Bedenken<sup>37</sup>. Über die vom *Großen Senat* selbst angeführten Hindernisse wie Zugzwang für den Angeklagten und Beratungsdilemma für den Strafverteidiger hinaus erscheint auch der

Tatrichter nicht in jeder Hinsicht geeignet, die Belehrungsaufgabe neutral zu erfüllen. Denn dass ein Richter, der an einer Absprache mitgewirkt oder sie sogar angeregt hat, nach absprachegemäßer Urteilsverkündung unbefangen und überzeugend über die fortbestehende Rechtsmittelbefugnis des Angeklagten belehren können soll, lässt sich mit Fug bezweifeln. Vielmehr droht hier, da dem Tatrichter – wie dem Strafverteidiger – ein tendenziell widersprüchliches Prozessverhalten angesonnen wird, genau jene Ausgestaltung der qualifizierten Belehrung als nur formelhafte, tatsächlich nicht ernst gemeinte Prozesshandlung, die der *Große Senat* gerade abwehren will.

Ein solches Schicksal droht der qualifizierten Belehrung auch bei dem interessanten Vorschlag, sie nicht allein nach dem Urteil, sondern bereits vor der Absprache protokolliert anzusetzen<sup>38</sup>. An der Zumutung eines tendenziell widersprüchlichen Prozessverhaltens ändert sich durch ein Vorziehen der qualifizierten Belehrung nichts. Insoweit ist nicht ausgemacht, dass bei einer qualifizierten Belehrung vor Absprache „Richter, Staatsanwaltschaft und Verteidiger gleichermaßen zögern (werden), dem Angeklagten in doppelbödigen Gesprächen das Gegenteil weismachen zu wollen“<sup>39</sup>. Aus den eingangs dargelegten faktischen Interessen an der Rechtskraft der Absprache folgt, dass die Beteiligten direkt oder indirekt alle jene Instrumente – wie den Rechtsmittelverzicht – befördern, die diese Interessen verwirklichen.

Außer der Gefahr, dass die qualifizierte Belehrung in der Rechtspraxis auf eine ineffektive Förmlichkeit reduziert wird, stellt sich das Problem der „Umgehung“ der Belehrungslösungen noch auf andere Weise. Denkbar sind vor allem vier Konstellationen: Das Gericht vereinbart oder wirkt auf ein Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist hin; das Gericht vereinbart oder wirkt auf eine Pro-forma-Einlegung von Rechtsmitteln mit anschließender Rücknahme hin<sup>40</sup>. Gewiss wird man auf einige Konstellationen wegen ihrer vergleichbaren Wirkungen die Regeln des *Großen Senats* für den Rechtsmittelverzicht erstrecken können. Das gilt etwa für die Vereinbarungsfälle. Soweit aber ein Tatrichter nach Urteilsverkündung auf die Möglichkeiten verweist, die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstreichen zu lassen oder ein eingelegtes Rechtsmittel auch zurücknehmen zu können, sind Umgehungen nicht zu verhindern<sup>41</sup>.

Kritik ruft auch die Beschränkung der Rechtsfolgen bei einer unterbliebenen qualifizierten Belehrung hervor. Diese Beschränkung nimmt den partiellen Gewinn aus der qualifizierten Belehrung für den Angeklagten weitgehend zurück<sup>42</sup>. Will man nicht schon die Geltung der Rechtsmitteleinlegungsfrist in Frage stellen, so bedarf deshalb vor allem der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung einer großzügigeren Anwendung. Insoweit erscheint entgegen dem *Großen Senat* eine analoge Anwendung des § 44 S. 2 StPO durchaus begründbar, wenn man anerkennt, dass im Absprachenkontext die Belehrung nach § 35 a StPO ohne qualifizierte Belehrung keine vollständige und damit insgesamt eine unterlassene Belehrung ist<sup>43</sup>. Freilich steht die Frage der qualifizierten Belehrung in keinem Zusammenhang mit inhaltlichen Verstößen gegen die Abspracheordnung des 4. *Senats*, die weiterhin zu kontrollieren der *Große Senat* den Strafsenaten vor allem ermöglichen will. Regelmäßig jenseits jeglicher Wiedereinsetzung liegt daher

34 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1446).

35 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1446).

36 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1446).

37 Ebenso Dutze/Schnop, StV 2005, 422; vgl. auch Maldenhauer (o. Fußn. 2), S. 233 ff. Grundsätzlich zust. demgegenüber Widmaier, NJW 2005, 1986.

38 So Seher, JZ 2005, 636.

39 Seher, JZ 2005, 636.

40 Vgl. BGH, NJW 2004, 1536 (1537) (Antwortbeschluss 2. Strafsenat).

41 Übereinstimmend Seher, JZ 2005, 636.

42 Krit. auch Dutze/Schnop, StV 2005, 422.

43 Vgl. Meyer-Gößner, StPO, 48. Aufl. (2005), § 44 Rdnr. 23.



der Fall, dass ein schwerer Abspracheverstoß bei Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln korrigiert werden kann.

### Das Regelungsdilemma der Absprache: Zwischen punktueller Integration und grundsätzlicher Revision der StPO

Diese unbefriedigende Situation verweist auf das grundlegende Regelungsproblem bei den Absprachen. Es besteht darin, dass Absprachen einer Logik folgen, die mit den Prinzipien der StPO grundsätzlich inkompatibel ist. Das zwingt jede „Harmonisierung“ zu einer Quadratur des Kreises. So hat der 4. Senat etwa die Spannung zwischen der Urteilsabsprache und den Grundsätzen der Amtsermittlung, freien Beweiswürdigung und Strafzumessung durch das Gebot der Geständnisprüfung, das Verbot der Zusage einer Punktsstrafe und das Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe aufzulösen gesucht<sup>44</sup>. Genauso sucht der Große Senat das Interesse an der Rechtskraft der Absprache mit dem Bedürfnis nach revisionsgerichtlicher Überprüfung durch das Erfordernis der qualifizierten Belehrung zu versöhnen.

Dass die Quadratur des Kreises nicht ohne Brüche gelingen kann und die Frage nach den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung aufwirft, ist dem Großen Senat bewusst. Nicht ohne Grund vergewissert er sich der Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung und bezeichnet seine eigene Lösung als „unvollkommen“<sup>45</sup>. Ob die Absprachejudikatur des BGH sich allerdings tatsächlich noch innerhalb der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung bewegt, erscheint zumindest zweifelhaft. Innerhalb geht es nicht bloß um die Schließung einer durch die soziale und rechtliche Entwicklung entstandenen Regelungslücke. Vielmehr muss eine Rechtspraxis normiert werden, für die die geltende StPO nicht nur keine Regeln enthält, sondern die ihren Grundsätzen sogar fundamental zuwiderläuft. Damit stellen sich Regelungstragen von einer Qualität und Quantität, welche die Rechtsfortbildung überfordern und nach einer gesetzlichen Regelung verlangen. Mit Fug beendet daher auch der Große Senat seinen Beschluss mit einem eindringlichen Appell an den Gesetzgeber<sup>46</sup>.

In der Tat muss der Gesetzgeber jetzt handeln. Im Wesentlichen drei Optionen stehen ihm zur Verfügung: Eine „kleine“ Lösung, die im Kern die Abspracheordnung des 4. Senats kodifiziert<sup>47</sup>; eine „große“ Lösung, die endlich mit einer grundsätzlichen Revision der StPO Ernst macht und die Ur-

teilsabsprache als wichtigen Teilaspekt regelt; und eine „mittlere Lösung“, die sich auf die Regelung der Abspracheproblematik beschränkt, aber über die Abspracheordnung des 4. Senats qualitativ und quantitativ hinausgeht. Rechtspolitisch in absehbaren Zeiträumen realisierbar erscheinen allein die „kleine“ und die „mittlere“ Lösung. Gegen die „kleine“ Lösung spricht, dass sie dem Regelungsproblem bei der Urteilsabsprache sowohl quantitativ als auch qualitativ nicht Rechnung trägt. Die Vielzahl der bei der Absprache zu regelnden Rechtsfragen über die Verfahrensordnung des 4. Senats hinaus listet der Große Senat selbst nur beispielhaft auf<sup>48</sup>. Auch qualitativ verdeckt die „kleine“ Lösung den Bruch der Absprache als konsensuales Erledigungsverfahren mit der „streitig“ angelegten Hauptverhandlung der StPO. Denn jeder noch so gut gemeinte Versuch, die Abspracheordnung des 4. Senats in konkrete Handlungsmodelle umzusetzen<sup>49</sup>, degeneriert die vormals zentralen Aspekte der streitigen Hauptverhandlung – Beweisaufnahme, Plädoyers, letztes Wort, Urteilsberatung – nach der Verständigung zur Farce<sup>50</sup>. Den Vorzug verdienen daher die „mittleren“ Lösungen<sup>51</sup>, von denen Ansätze bereits vorliegen<sup>52</sup>. Um die qualitative Distanz der Absprache zur streitigen Hauptverhandlung herauszustellen, dürfte sich ihre zusammenfassende Regelung in einem eigenen Abschnitt als neue Verfahrensart empfehlen („Trennungsmodell“).

44 BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 36 = NSRZ 1998, 31. Das Gleiche gilt für seine partielle Formalisierung der Informalität der Absprache.

45 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1445 f. und 1447).

46 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1447).

47 So der „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ der Regierungsraktionen und des BMJ v. Februar 2004, abgedruckt in StV 2004, 229 (237).

48 BGH (GS), NJW 2005, 1440 (1445 f.).

49 Altenhain/Haumeri, GA 2005, 231 (insbes. 294).

50 Weigand lo. Fußn. 241, S. 1040.

51 In die gleiche Richtung Widmann, NJW 2005, 1987.

52 Etwa Meyer-Gößner, ZRP 2004, 190; Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993, S. 279 ff.; Rümmler/Wagner, GA 1990, 387 (405 f.); jeweils m. w. Nachw.; vgl. auch Sinner, Der Verträgsgedanke im StrafprozessR., 1990, S. 262 ff. (294 ff.).

## Kurze Beiträge

Wiss. Mitarbeiter Dennis Bock, Kiel

### Die strafrechtliche Verfolgungsverjährung\*

Das deutsche Strafrecht berücksichtigt Zeitablauf in den §§ 78 ff. StGB. Zu unterscheiden sind Verfolgungsverjährung, §§ 78 ff. StGB, und Vollstreckungsverjährung, §§ 79 bis 79 b StGB. Im Folgenden wird eine Einführung in die Fragen der Verfolgungsverjährung gegeben. Kenntnisse hierüber werden insbesondere im zweiten Staatsexamen verlangt, auch dem Studenten sei vor dem Hintergrund der mündlichen Prüfung im ersten Staatsexamen zu einer konzisen Beschäftigung mit diesem vernachlässigten Teil des StGB geraten.

#### I: Regelungszweck

##### 1. Materielle Gesichtspunkte

Der materielle Grund der Verfolgungsverjährung besteht darin, dass der große zeitliche Abstand zur Tat eine Verwirklichung der Strafzwecke<sup>1</sup> erschwert oder verhindert und eine Verfolgung somit kriminalpolitisch als nicht mehr notwendig erscheint<sup>2</sup>. Spezialpräventiv wird die Einwirkung auf den

Täter durch Strafe ihres Sinns beraubt, wenn der unter Umständen seit langem nicht mehr kriminelle Täter sich mit längst vergessenen Vorwürfen konfrontiert sieht<sup>3</sup>. In besonderem Maße gilt dies für das Jugendstrafrecht, für das nach § 2 JGG die Verjährung ebenfalls gilt<sup>4</sup>. Ein Strafbedürfnis der Generalprävention besteht insofern nicht mehr, als eine Reaktualisierung alter Taten nicht mehr wirkungsvoll abschreckt, sondern dem Rechtsfrieden mehr schadet als nützt<sup>5</sup>.

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Professor Dr. Andreas Hoyer) der Universität Kiel.

1 Vgl. allg. Mommse/Rockner, JA 2004, 336.

2 Street/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. (2001), Vorb. §§ 78 ff. Rdnr. 2; Jakobs, AT, 1. Aufl. (1991), S. 345; vgl. auch Hillenkamp, JR 1975, 138.

3 Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, 7. Aufl. (1989), § 75 Rdnr. 13.

4 Mitsch, in: MünchKomm-StGB, 2003, Vorb. § 78 Rdnr. 2.

5 Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafr., 1978, S. 204, 225; Jeschke/Werend, AT, 5. Aufl. 1980, S. 213.



Rechtsanwalt Professor Dr. Gunter Widmaier, Karlsruhe/München

## Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?\*

## Der „Deal“ als Phänomen der Strafverfahrenspraxis

Die Absprachenpraxis ist aus der deutschen Strafjustiz nicht mehr wegzudenken. Gedealt wird nicht nur im „eigentlichen“ Bereich der Verständigung, den Wirtschaftsstrafverfahren. Gedealt wird auch vor dem Schwurgericht: Körperverletzung mit Todesfolge bei passendem Geständnis, Totschlag oder gar Mord bei streitigem Durchverhandeln. Breites Anwendungsfeld ist das Betäubungsmittelstrafrecht, bei dem das Übel des Vergleichs zu Lasten Dritter aus § 31 BtMG zusätzliche Nahrung erhält. Gedealt wird – trotz nachdrücklicher Worte des BGH<sup>1</sup>, dass es darüber keine Absprachen geben dürfe – über die Sicherungsverwahrung (wobei sich dies nicht ganz ungeschlüssig dadurch kaschieren lässt, dass das Geständnis als Beleg der Abkehr von krimineller Haltung gewertet wird).

Fragt man bei den „professionellen Akteuren“<sup>2</sup>, so erhält man beruhigende Antworten: Die Verständigungspraxis funktioniere jedenfalls unter „guten Leuten“ anstandslos; sie führe zu vernünftigen Ergebnissen und sei ohnehin unverzichtbar, weil die übermäßig belasteten, infolge des Sparzwangs der Justiz aber notorisch unterbesetzten Strafkammern sonst des Arbeitsanfalls schlechterdings nicht Herr würden. Die überzogenen Bedenken des BGH beruhten darauf, dass dort nur die verunglückten Fälle ankämen; das führe zu einer verzerrten Perspektive. Ausreißer gebe es immer wieder; aber sie dürften nicht der Maßstab für die Beurteilung des Instituts der Verständigung insgesamt sein. Im Übrigen – so wird immer wieder gesagt – könne der BGH anordnen, was er wolle; die Praxis werde sich ohnehin nach ihren eigenen Maßstäben richten.

Vielleicht liegt es an solchen „eigenen Maßstäben“ richterlicher Praxis, dass sich in den letzten Jahren nicht nur die Quantität, sondern auch die (negative) Qualität der durch richterliches Fehlverhalten geprägten „Ausreißer-Fälle“, in denen der BGH eingreifen musste, dramatisch erhöht hat: so weit, dass im Herbst 2004 wohl zum ersten Mal in der Justizgeschichte der Bundesrepublik die Vorschrift des § 136 a StPO unter dem Aspekt des unzulässigen Zwangs – also der Aussagenerpressung – auf das Verhalten einer Großen Strafkammer angewandt wurde. Der 4. Strafsenat des BGH hat in dem unruhmlich bekannt gewordenen Paderborner Fall<sup>3</sup> nicht nur den vom Angeklagten erklärten Rechtsmittelverzicht als rechtsunwirksam, sondern auch sein zuvor abgelegtes Geständnis als unverwertbar erachtet, weil ihm beides mit der evident rechtswidrigen Drohung sofortiger Verhaftung abgenötigt worden war. Nicht weit entfernt davon ist der Fall des LG München I, in dem das Gericht dem Angeklagten in einem Steuerstrafverfahren für den Fall eines Geständnisses zwei Jahre mit Bewährung, für den Fall der Verurteilung nach streitiger Verhandlung sechs Jahre Freiheitsstrafe in Aussicht stellte und sodann, als er hierauf nicht einging, Haftbefehl gegen ihn erließ. Der 5. Strafsenat<sup>4</sup> geißelt das Verhalten des Gerichts mit folgenden Worten:

„Dieses Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden; die kaum nachvollziehbare U-Haftanordnung und -vollstreckung im vorliegenden Fall verstärkt diesen Eindruck. ... Ein solches Verhalten ist rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.“

Welche Umkehr der Fronten! Im ersten Jahrzehnt der Verständigungspraxis, die etwa ab Mitte der 80er Jahre mehr und mehr um sich griff, galten die Klagen dem angeblich

erpresserischen Verhalten der Verteidiger, die die ihnen durch die StPO – vor allem durch das viel zu weitgehende Beweis-antragsrecht – eingeräumten Möglichkeiten in verantwortungsloser Weise dazu instrumentalisierten, die Gerichte zu unverretterbar milden Verständigungsurteilen zu zwingen. Beim BGH hat sich dies etwa in der aus dem Jahr 1994 stammenden Entscheidung des 2. Strafsenats<sup>5</sup> niedergeschlagen, die einen auf die Widerlegung des Schuldspruchs gerichteten, aber von der Bedingung einer Bewährungsstrafe abhängig gemachten Hilfsbeweis-antrag als unzulässig erklärt, weil dadurch eine sachwidrige Absprache erzwungen werden solle; dies sei ein „Missbrauch der mit dem Beweis-antragsrecht verliehenen prozessualen Mitwirkungs- und Gestaltungs-befugnisse“.

Die Klagen von tatrichterlicher Seite gegen ein zu weitgehendes Beweis-antragsrecht haben beim Gesetzgeber insoweit Gehör gefunden, als durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. 1. 1993<sup>6</sup> die Sonderregelung für Auslandszeugen (§ 244 V 2 StPO) eingeführt wurde. Im selben Zeitraum entwickelte der BGH – bestimmend in der Flamingo-Entscheidung des 5. Strafsenats<sup>7</sup> – das so genannte „Kon-nexitätserfordernis“, über das man im Einzelnen streiten mag<sup>8</sup>, das aber dogmatisch klar strukturiert ist und in rechtsstaatlich einwandfreier, weithin wertungs- und damit willkürfreier Weise bei Beweis-anträgen die Scheidung der Spreu vom Weizen erlaubt. Die bei Tatgerichten früher verbreitete Methodik, klaren Beweis-anträgen diese Eigenschaft mit der Begründung abzuspochen, es handele sich um Scheinbeweis-anträge, mit denen lediglich halbdose Vermutungen aufgestellt werden würden, wird jedenfalls seit Ende der 80er Jahre vom BGH mit der zutreffenden Begründung nicht mehr hingenommen, dass Beweisbehauptungen begrifflich Vermutungsscharakter haben<sup>9</sup>. Bemühungen der Justiz-Lobby, den Gesetzgeber zur zusätzlichen Beschneidung des Beweis-antragsrechts zu motivieren, sind seitdem seltener geworden; das Beweis-antragsrecht ist konsolidiert und steht nicht mehr grundsätzlich in Frage.

Mit diesen Entwicklungen von Rechtsprechung und Gesetzgebung ging in den beiden zurückliegenden Jahrzehnten eine ebenso breite wie eindrucksvolle Professionalisierung der Strafverteidigerschaft einher. Die Anerkennung des Fach-anwalts für Strafrecht hat das ihre dazu getan. Dementsprechend ist auf Verteidigerseite das verfahrensrechtliche Niveau der Hauptverhandlungen in den zum BGH gelangen-

\* Besprechung von BGH, Beschl. v. 3. 3. 2005 – GSSr 1/04, NJW 2005, 1440. – Der Autor ist namensgebender Sozjus der Kanzlei Rejzker Sellner Dabs & Widmaier. Dem Beitrag liegt der Vortrag des Verf. bei der NSZ-Jahrestagung am 4. 6. 2005 in Frankfurt a. M. zu Grunde. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 Nachw. bei Meyer-Götsner, StPO, 51. Aufl. (2005), Einl. Rdnrn. 119 f.

2 So die von Schünemann in seinem Gutachten für den DJT 1990 geprägte Bezeichnung.

3 BGH, NSZ 2005, 279 = StV 2004, 636.

4 BGH, StV 2004, 470 (471).

5 BGHSt 40, 287 = NJW 1995, 603.

6 BGBI I, 50.

7 BGHSt 39, 251 = NJW 1993, 2881.

8 Vgl. Herdogen, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), § 244 Rdnr. 46 a.

9 Vor allem BGH, NSZ 1989, 334. Vgl. auch BGH, NSZ 2004, 51:

„Die Ablehnung eines Beweis-antrags als ‚ins Blaue hinein‘ oder auf ‚auf das Geradewohl gestellt‘ wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen und erfordert einen hohen argumentativen Aufwand des Tatrichters, der nicht durch die bloße Behauptung, er sei davon überzeugt, dass die Beweissache aus der Luft gegriffen sei, ersetzt werden kann.“



den Revisionsachen ungleich höher als noch vor 20 Jahren. Beim BGH tauchen die von früher her bekannten Fälle mit Ablehnungskaskaden und Beweisantragsfluten weit seltener in Erscheinung. Beweisanträge und sonstige prozessuale Anträge werden nicht mehr massenhaft, sondern gezielt gestellt, und die Kunst, sich auf das Wesentliche zu konzentrieren, findet immer mehr Anhänger. Wenn ich Strafkammervorsitzende nach den Gründen frage, derentwegen eine bestimmte Hauptverhandlung extrem lange gedauert hat, dann erhalte ich immer wieder die Erklärung, das liege an der schwierigen Persönlichkeit des Angeklagten; der Verteidigung könne man keinen Vorwurf machen<sup>10</sup>.

Diese Entwicklungen haben in den letzten Jahren auch zu einem deutlich veränderten Erscheinungsbild der beim BGH ankommenden verunglückten Absprachenfälle geführt. Nicht nur musste der BGH wieder und wieder eingreifen, um Angeklagte vor rechtsstaatlich unverzeihbaren richterlichen Pressionsversuchen in Schutz zu nehmen. Vor allem wurde erkennbar, dass die Absprachepraxis bei vielen Richtern zum verhaltensdeterminierenden Motto „Deal statt Denken“<sup>11</sup> geführt hat. Hans-Joachim Weider – der schon unter dem legendären Pseudonym „Detlef Deal“ die herrschende Absprachepraxis durchleuchtet hat<sup>12</sup> – berichtet in seinem Vortrag auf dem Strafverteidiger-Kolloquium 2003 in Köln<sup>13</sup> über strafrichterliche „Tarife“ das Folgende:

„Der Kurzstreckentarif ist der, bei dem das Gericht nur die Anklage lesen muss und vom Verteidiger dann ein anklagekongruentes Geständnis angekündigt und schließlich abgelegt wird. Der Mittelstreckentarif ist der, bei dem das Gericht die Anklage und sogar noch die Akten lesen muss und dann erst das Geständnis angekündigt und dann auch abgelegt wird. Der Langstreckentarif ist das Durchverhandeln.“

## II. Der Beschluss des Großen Senats vom 3. 3. 2005

Richterliches Nachdenken, richterliche Verantwortung und richterlichen Fleiß mahnt der jetzt vorliegende Beschluss des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 3. 3. 2005 mit folgenden Worten an:

„Das Gericht darf nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben. ... Das bei einer Urteilsabsprache in der Regel abgelegte Geständnis muss deshalb ... wenigstens so konkret sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung ausdrängt. Ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis reicht hingegen nicht aus.“

Die Hoffnung, dass dieser Appell auf fruchtbaren Boden fallen möge, vermag für sich allein nicht zu genügen. Es sich bequem zu machen, liegt in der menschlichen Natur; dem können sich auch Richter nicht entziehen. Die Bindung an grundsätzliche Pflichten ist für den Alltag zu wenig. Es bedarf obergerichtlicher Kontrolle richterlichen Handelns, weit mehr aber noch des Bewusstseins des Gerichts, solcher Kontrolle zu unterliegen. Nur dadurch wird die Einhaltung unerlässlicher Anforderungen gewährleistet. Ich hatte mich längere Zeit gefragt, weshalb der abgesprochene Rechtsmittelverzicht und seine Wirksamkeit oder Unwirksamkeit so wichtig sein sollten, dass sich der Große Senat für Strafsachen damit zu beschäftigen habe. Die Begründung des Beschlusses des Großen Senats hat mich von der Bedeutung des Problems überzeugt:

„Beteiligt sich ... das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts oder drängt es gar die Rechtsmittelberechtigten hierzu, so lässt es erkennen, dass sein Urteil keiner revisionsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden soll. Das ... lässt ernsthaft besorgen, dass das Gericht es in der Erwartung, seine Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der auch in diesem Verfahren notwendigen Sorgfalt bei der prozessordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts, bei seiner Substantiation an-

ter das materielle Strafrecht und bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe fehlen lassen werde.“

Man könnte sich eine „Subkultur der Instanzpraxis“ vorstellen, durch die versucht wird, diese Vorstellungen zu unterlaufen. Der Beschluss erweckt den Eindruck, dass der Große Senat dies vorausgesehen und deshalb eine juristische Konstruktion entwickelt hat, durch die mögliche Versuche, die Regelung zu unterlaufen, ihrerseits unterlaufen werden: Der Große Senat erklärt generell den zuvor vereinbarten Rechtsmittelverzicht für unwirksam und erstreckt dies (um Beweisschwierigkeiten in Fällen der verschleierte Absprache zu vermeiden) weitergehend auf alle Fälle, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache erfolgt ist. Nur sekundär kann das Gericht die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts dadurch wieder beseitigen, dass dem Betroffenen eine – protokollpflichtige – qualifizierte Belehrung dahin erteilt wird, er sei „ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei, Rechtsmittel einzulegen“. Der Betroffene ist überdies ausdrücklich darauf hinzuweisen, „dass ihn eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache abgegebene – Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er also nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen“.

Skeptiker könnten sagen, die „Subkultur der Instanzpraxis“ werde auch mit solchen qualifizierten Belehrungshürden fertig werden. So lasse sich die Absprache über den Rechtsmittelverzicht etwa dadurch „belehrungsresistent“ machen, dass dem Angeklagten vom mitspielenden Verteidiger im Vorhinein beigebracht wird, er habe jetzt zwar eine Reihe formaler Belehrungen über sich ergehen zu lassen; aber gerade dies erhöhe den Handelswert des Rechtsmittelverzichts als der von ihm zu erbringenden Gegenleistung – und nur damit sei das ihm in Aussicht gestellte günstige Urteil zu erreichen.

Derartige heimliche Absprachen zwischen Gericht und Verteidigung werden zwar nicht völlig auszuschließen sein. Aber ich glaube nicht, dass solche fast schon kriminellen Missbräuche die Realität bestimmen können. Viel wichtiger ist die maßstabgebende und verhaltensprägende Kraft, die das Institut der qualifizierten Belehrung zu entwickeln vermag. So wie es der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats vom 28. 8. 1997<sup>14</sup> mit den Erfordernissen, eine Urteilsabsprache in öffentlicher Hauptverhandlung bekannt zu geben, sie zu protokollieren (und ihr nur unter dieser Voraussetzung rechtliche Wirkung zu geben), gelungen ist, die Urteilsabsprache aus dem Halbdunkel der Gerichtsstile herauszuholen und ihr auch in den Augen der Öffentlichkeit eine gewisse rechtsstaatliche Dignität zu verleihen, werden die neuen Anforderungen der qualifizierten Belehrung zur Erkenntnis beitragen, dass Dealen nicht von obergerichtlicher Rechts- und Sorgfaltkontrolle befreit – und damit auch nicht vom Denken.

## III. Der Appell an den Gesetzgeber

Ein Allheilmittel ist die qualifizierte Belehrung nicht. Das weiß auch der Große Senat. Er macht deutlich, dass die Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, die inzwischen allgemein gewordene Praxis quasivertraglicher Urteilsabsprachen „im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlewicklungen zu strukturierten oder unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das

10 Erheblich skeptischer allerdings BGH, NZS 2005, 341.

11 Diese plastische Bezeichnung stammt aus dem Bereich des BGH.

12 StV 1982, 545.

13 StraFo 2003, 406.

14 BGHR 43, 195 = NJW 1998, 86.



gegenwärtige System einzupassen“, nur unvollkommen gelingen und stets von Neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung führen. Die Entscheidung schließt deshalb mit dem Appell an den Gesetzgeber, „die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln“. Es sei – so betont der *Große Senat* – primär *Aufgabe des Gesetzgebers*, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln festzulegen, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll. Dabei komme ihm auch von Verfassungen wegen ein beachtlicher Spielraum zu.

Mit der ganz kleinen Lösung, die die Koalition im so genannten Diskussionsentwurf<sup>15</sup> vorgesehen hat, würde der Gesetzgeber diese Aufgabe, allerdings nicht erfüllen: Durch einen neuen § 257 b StPO sollen der Sache nach lediglich die Leitsätze der Entscheidung *BGHSt* 43, 195<sup>16</sup>, kodifiziert werden. Man hörte bis vor wenigen Wochen aus Berlin, dass die Rechtspolitiker der Koalition fest entschlossen seien, eine derartige – vielleicht im einen oder anderen Einzelpunkt etwas erweiterte oder präzisiertere – Regelung noch im Lauf dieser Legislaturperiode ins Gesetz einzufügen. Mit deren vorzeitigem Ende ist die Gefahr eines unzureichenden Schnellschusses vorbei. Der Gesetzgeber wird Gelegenheit haben, über größere Lösungen nachzudenken, nämlich zuvorderst über die Frage, welches der beiden grundsätzlich in Betracht kommenden Systeme er weiterverfolgen will:

- entweder die Einbindung der Urteilsabsprachen in das überkommene, am Inquisitionsprozess orientierte Prozessmodell des deutschen Strafverfahrensrechts,
- oder die davon gelöste Entwicklung eines stärker adversatorisch ausgerichteten selbstständigen Vereinbarungsmodells, bis hin zur Schaffung selbstständiger Spruchkör-

per für das Vereinbarungsverfahren und für das hergebrachte streitige Strafverfahren.

Gerade dieses „Trennungsmodell“ könnte fruchtbar sein, weil es diejenigen Verfahren von vornherein vom Verständigungsdruck befreit, die nach der Natur der Sache (z. B. Indizienprozesse) oder nach der klaren Position des Angeklagten (der die Vorwürfe nachdrücklich in Abrede stellt) umfassender Aufklärung und klarer richterlicher Entscheidung bedürfen. Für diesen Bereich steht der hergebrachte und bewährte „streitige“ Strafprozess zur Verfügung. In den für eine Absprache geeigneten Fällen (nach den Erfahrungen mit der bisherigen Verständigungspraxis also wohl in der Mehrzahl der Strafverfahren) könnte es in die Hände von Staatsanwaltschaft und Verteidigung gelegt werden, sich auf eine von beiden Seiten akzeptierte Ahndung zu verständigen. Ein dafür berufener Richter hätte diese „Strafvereinbarung“ nur noch auf ihre grundsätzliche Rechtmäßigkeit und Angemessenheit hin zu überprüfen. Für die Gerichte ergäbe sich eine nicht unerhebliche Entlastung. Die Strafkammern könnten sich den verbleibenden „streitigen“ Fällen mit der gebotenen Intensität zuwenden. Das zu „Sanktionsschemen“ und ähnlichen Auswüchsen führende Zwitterwesen des derzeitigen Strafprozesses, in dem sich der gesetzeskonforme Normalfall der streitig-diskutierenden Auseinandersetzung zu einer Art „Drohgegenstand“ entwickelt hat, wäre beseitigt.

Der Appell des *Großen Senats* kam im richtigen Augenblick. Wir haben die Chance einer wirklichen Neugestaltung unseres Strafprozesses. Packen wir's an!

15 Im Internet abrufbar unter <http://www.spdfrak.de/Themen/Recht/Materialien>.  
16 NJW 1998, 86.

## Bericht

Rechtsanwalt Professor Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

### AGB-Recht im Jahr 2004\*

Anknüpfend an den Bericht in NJW 2004, 1993, ist – leider – wieder ein Vorbehalt auszubringen: Die Flut der zum AGB-Recht ergehenden Rechtsprechung ist ungebrochen, so dass es an dieser Stelle nur möglich ist, einige Schneisen zu schlagen, die von allgemeinem Interesse sind. Das affzu Spezielle, wiewohl vielfältig Interessante – etwa im Bereich des Bank- und des Versicherungsrechts – bleibt notwendig „auf der Strecke“; der geneigte Leser wird insofern um Nachsicht gebeten. Ausgewertet worden ist im Wesentlichen die Rechtsprechung mit Verkündungsdatum 2004.

#### I. Europarechtlicher Rechtsrahmen

Eine ganz wichtige Entscheidung hat die 5. Kammer des *EuGH*<sup>1</sup> am 1. 4. 2004 erlassen. Erneut ging es um die Bedeutung, welche der Anhang zu Art. 3 III der Missbräuchliche-Klauseln-Richtlinie 93/13/EWG für den *EuGH* und die mit der Auslegung solcher missbräuchlicher Klauseln befassen nationalen Gerichte entfaltet. In der Entscheidung Kommission/Schweden hatte der *EuGH*<sup>2</sup> festgestellt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei der Umsetzung des Richtlinien-Anhangs sicherzustellen, dass die Allgemeinheit tatsächlich Kenntnis vom Inhalt dieses Anhangs und der dort aufgeführten, als missbräuchlich bezeichneten Klauseln er-

langt; dieses Erfordernis soll dann beachtet sein, wenn der Anhang in der Gesetzesbegründung wiedergegeben wird. Das ist in Deutschland ersichtlich nicht geschehen, so dass nach diesem Urteil begründete Zweifel an der wirksamen Umsetzung des Richtlinien-Anhangs bestehen<sup>3</sup>. Doch dieser Ansatz scheint jetzt nicht mehr zu tragen.

Denn nunmehr hat der *EuGH*<sup>4</sup> festgestellt, es sei ausschließlich Sache der nationalen Gerichte, darüber zu befinden, ob

\* Der Autor ist namensgebender Partner der überörtlichen Sozietät *Graf v. Westphalen, Bappert & Modest*, Rechtsanwälte/Wirtschaftsprüfer/Steuerberater, Köln. Er ist Herausgeber des AGB-rechtlichen Standardwerks „Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke“ im Verlag C. H. Beck (Stand: 15. Erg.-Lfg. Nov. 2004).

1 NJW 2004, 1647 – Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter (nach dem Verfahrensstoffgang in NJW 2005, 2032 [unter Nr. 29 in diesem Heft]), unter Bezug auf einen Bericht in ZfR 2005, 300, m. Kommentar Grziwotz, ZfR 2005, 267, ist das Verfahren vor dem BGH durch Rücknahme der Revision beendet, nachdem der zuständige VII. Zivilsenat die Parteien darauf hingewiesen hatte, dass er – in Abweichung vom Vorlagebeschluss an den *EuGH* – die streitige Klausel nunmehr für unwirksam halte!); zur *EuGH*-Entscheidung s. auch Markwardt, ZIP 2005, 152.

2 Slg. I 2002, 4147 = EuZW 2002, 465.

3 Hierzu auch krit. Pfeiffer, EuZW 2002, 465 (467); Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl. (2003), § 310 Rdnrn. 28 f.

4 NJW 2004, 1647 – Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter.



## **Aktuelle Rspr. zur Verfahrensabsprache**



stellungen zum Tatablauf nicht angegeben. Seine Ansicht, Ali K habe nach dem tödlichen Treffer nicht mehr weiter als 10 m laufen können, sei nicht absolut zu sehen, denn Haltung und körperliche Bewegung des Tatopfers seien nicht rekonstruierbar. Die Schlagader sei möglicherweise erst durch die Beschleunigung wieder aufgerissen; überdies sei Ali K ein hochtrainierter Sportler gewesen. Der tödliche Schuss traf das Tatopfer nach dem Ergebnis des rechtsmedizinischen Gutachtens nicht erst beim Laufen getroffen haben.

Die Revision der zweiten Begründung dürfte der Antrag der Verteidigung nicht abgewiesen werden. Dabei kann dahingehend im Hinblick auf die durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Sch. eingeführten neuen Anknüpfungswerte ein Beweisantrag vorlag, der nur aus den Gründen des § 261 III, IV StPO hätte abgelehnt werden können. Die Revision gebot hier die Aufklärungspflicht, deren Verletzung die Revision hilfsweise rügt, die Erhebung des Beweises. Bei dem durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Sch. angeführten Tatsachen handelte es sich um wesentliche neue Anknüpfungstatsachen, zu denen der Sachverständige Prof. Dr. B. noch nicht gehört worden war. Dem steht nicht entgegen, dass er bereits allgemein zu dem Beweisthema befragt worden war.

Soweit das LG den Widerspruch zwischen den Ergebnissen des Gutachtens dahin gehend relativiert hat, der Befund des Sachverständigen Prof. Dr. B. sei „nicht absolut“ zu sehen, der Sachverständige könne sich bei seiner Bewertung somit auch geirrt haben, weil für die Beurteilung relevante Tatsachen wie Körperhaltung und Blutdruck nicht rekonstruierbar seien, schöpft dies die Beweisbehauptung des Antrags nicht aus. Die Begründung übersieht auch, dass der Sachverständige die Obduktion des Tatopfers selbst vorgenommen hatte. Die Lage der Verletzungen und der Verlauf der Schusskanäle sowie die hieraus möglichen Rückschlüsse auf die Körperhaltung des Opfers und die Position des Schützen bei der Schussabgabe waren ihm daher ebenso bekannt wie der Umstand, dass es sich bei dem Tatopfer um einen sportlich durchtrainierten jungen Mann handelte. Soweit das LG erwohnen hat, die von dem Schuss getroffene Schlagader könne erst infolge der Laufbewegung des Tatopfers „weiter aufgerissen“ sein, setzte die Ablehnung der Beweiserhebung mit dieser Begründung voraus, dass eine solche nachträgliche Erweiterung der Verletzung für den obduzierenden Sachverständigen nicht erkennbar gewesen wäre. Es ist nicht ersichtlich, auf Grund welcher Sachkunde das LG mit der erforderlichen Sicherheit zu dieser Annahme gelangen könnte.

Angesichts der sonstigen Beweislage, insbesondere der Unverlässigkeit der miteinander vielfach unvereinbaren Aussagen von Zeugen, die überwiegend einem der beiden „Lager“ zuzuordnen waren, und des Mangels an objektivierbaren Beweisergebnissen, hätte sich dem Tatrichter aufdrängen müssen, den beantragten Beweis zu erheben, zumal eine ergänzende Befragung des Sachverständigen unschwer möglich gewesen wäre.

Ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler kann nicht ausgeschlossen werden. Hätte der Sachverständige bei Vorhalt der Ergebnisse des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Sch. mit überzeugender oder nicht widerlegbarer Begründung an der Beurteilung festgehalten, das Tatopfer habe nach dem tödlichen Schuss keinesfalls noch weiter als 10 m laufen können, so wäre hiermit, da das LG auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Sch. für überzeugend gehalten hat, jedenfalls der vom LG festgestellte Tatablauf nicht vereinbar.

b) Auch die Rüge einer Verletzung von § 261 StPO greift durch, weil das LG rechtsfehlerhaft das Schweigen des Angekl. während des Ermittlungsverfahrens zu seinen Lasten gewertet hat.

Der Angekl. hatte – nach seinem Bekunden – bei seiner Festnahme nur pauschal geäußert, er habe „mit dem Vorfall nichts zu tun“. Im Ermittlungsverfahren machte er unter

Berufung auf sein Schweigerecht keine Angaben. In der Hauptverhandlung ließ er sich erstmals zur Sache ein und erklärte, nicht er selbst, sondern Haydar B. habe auf Ali K geschossen. Das LG hat seine Überzeugung, diese Einlassung sei unzutreffend, u. a. auf die Erwägung gestützt, wenn die Einlassung zuträfe, sei es „nicht zu erklären, weshalb der Angekl. nicht den wahren Ablauf offenbarte, nachdem er von B's Tod erfahren hatte, und stattdessen weiter in der U-Haft verblieb“. Das war rechtsfehlerhaft, denn es darf nicht als Beweiszeichen gegen den Angekl. gewertet werden, dass er sich erst in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen hat (vgl. BGHSz 38, 302, 305 mwN; st. Rspr.). Die pauschale Äußerung des Angekl. nach seiner Festnahme, er habe „mit dem Vorfall nichts zu tun“, war keine Teileinlassung, an welche eine zulässige Verwertung des nachfolgenden Schweigens hätte anknüpfen können.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruht. Zwar hat das LG seine Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. auch auf andere Beweisergebnisse gestützt. Diese waren jedoch ihrerseits in ihrer verfahrensrechtlichen Grundlage oder in ihrem inhaltlichen Ergebnis unsicher. Der Senat kann daher nicht ausschließen, dass die tatrichterliche Gesamtwürdigung der Beweislage ohne den Rechtsfehler für den Angekl. günstiger ausgefallen wäre ...

Kz.

Ann. d. Schriftl.: Vgl. auch Martin JuS 2000, 1029.

## 25. Rechtsmittelbelehrung nach Urteilsabsprache

StPO §§ 302 I 1, 35 a

### Die Belehrung

„Der Verurteilte wurde ausdrücklich darüber belehrt, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Er wurde darauf hingewiesen, dass ihm eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache – abgegebene Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er demnach nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen.“

entspricht den Vorgaben der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH (NJW 2005, 1440). (Ls d. Schriftl.)

BGH, Beschl. v. 10. 8. 2006 – 1 StR 366/06 (LG Deggen-dorf)

## 26. Rüge der Mitwirkung eines befangenen Staatsanwalts

StPO §§ 344 II 2, 24

Zu den Voraussetzungen der Verfahrensrüge, der staatsanwaltschaftliche Sitzungsvertreter sei nach seiner zeugenschaftlichen Vernehmung weiterhin als Staatsanwalt in der Hauptverhandlung tätig gewesen und habe insbesondere den Schlussvortrag gehalten. (Ls d. Schriftl.)

BGH, Beschl. v. 30. 1. 2007 – 5 StR 465/06 (LG Leipzig)

Zum Sachverhalt: Die Revision des wegen gewerbsmäßiger Bandenhilferei verurteilten Angekl. wurde als unbegründet verworfen.

Aus den Gründen: Die Rüge, die daran anknüpft, dass Staatsanwalt M nach seiner zeugenschaftlichen Vernehmung weiterhin in der Hauptverhandlung tätig war und insbeson-



(BGH, a. a. O.; BOHR StPO § 268 Abs. 3 Verkündung 1 und 2). Besondere Umstände, die einen solchen Ausnahmefall begründen könnten, sind hier jedoch nicht ersichtlich. Der dienstlichen Erklärung des Vors. der StrK v. 17. 10. 2006 kann lediglich entnommen werden, daß bis zum 18. 5. 2006 vorläufige Beratungen der Kammer, ggf. auch nur zu Teilfragen, stattgefunden haben, die endgültige Urteilsberatung sowie die schriftliche Fassung der Urteilsformel jedoch erst am 31. 5. 2006 unmittelbar vor der Urteilsverkündung erfolgt ist. Dies läßt die verzögerte Verkündung rechtfertigende Umstände nicht erkennen. Danach ist das Urteil aufzuheben.«

Dem stimmt der Senat zu. Er hält an der gefestigten Rspr. des BGH, wie sie in der Antragsschrift des GBA zitiert worden ist, fest (so auch noch der 5. Strafsenat im Beschl. v. 13. 10. 2005 – 5 StR 432/05, StV 2006, 516). Demgegenüber neigt der 5. Strafsenat neuerdings in einem Beschl. v. 9. 11. 2006 – 5 StR 349/06 – mit einer die Entscheidung nicht tragenden Erwägung zu der Auffassung, die besondere Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO sei »als Ordnungsvorschrift zu werten, auf deren Verletzung allein ein Urteil niemals i. S. d. § 337 Abs. 1 StPO beruhen« könne. Dem vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Schon der klare Wortlaut der Vorschrift (»muß«, »ist«) läßt es ausgeschlossen erscheinen, der Vorschrift lediglich den Charakter einer bloßen – nicht revisiblen – Ordnungsvorschrift zu geben. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des 5. Strafsenats auch nicht aus der Neuregelung über die Höchstgrenze der regelmäßigen Unterbrechungsfrist für die Hauptverhandlung in § 229 Abs. 1 StPO durch das 1. JuMoG v. 24. 8. 2004 (BGBl. I 2198). Dieses Gesetz hat die Fristenregelung in § 268 Abs. 3 S. 2 StPO unberührt gelassen. Auch die Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 15/999 S. 24/25 und 15/1508 S. 25) geben keinerlei Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber aus den der Änderung des § 229 Abs. 1 StPO zugrunde liegenden Erwägungen der unverändert gebliebenen, nach ihrem klaren Wortlaut als zwingendes Recht ausgestalteten Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO nunmehr den Charakter einer bloßen Sollvorschrift beimessen wollte. Etwas anderes wäre allenfalls zu erwägen, wenn die Neuregelung des § 229 Abs. 1 StPO ihrerseits als disponibel ausgestaltet worden wäre. Das ist aber gerade nicht der Fall: Sinn und Zweck der Änderung des § 229 Abs. 1 StPO war es in erster Linie, dem Gericht eine größere Flexibilität bei der Terminsbestimmung einzuräumen, um dadurch rein formale Fortsetzungstermine (»Schiebetermin«) weitgehend zu vermeiden; an dem zwingenden Charakter dieser Vorschrift als solchem hat der Gesetzgeber indes ungeachtet der Verlängerung der Unterbrechungsfrist ausdrücklich festgehalten (»... muß die Verhandlung spätestens... fortgesetzt werden.«; BT-Drucks., a. a. O.).

Für eine planwidrige Regelungslücke, nämlich eine durch den Gesetzgeber nur versehentlich unterbliebenen »Anpassung« der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO an die veränderte Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO, sieht der Senat keinen Anhalt. Es stellt keinen unauflösbaren Wertungswiderspruch zu einer Ausweitung der Unterbrechungsfrist während der Hauptverhandlung dar, wenn dem Beschleunigungsgebot im Strafverfahren nach Schluß der Beweisaufnahme in besonderer Weise durch eine unverändert kurze Unterbrechungsfrist von höchstens 11 Tagen bis zur Urteilsverkündung Rechnung getragen wird. Zudem wäre es nicht Aufgabe der Rspr., eine etwaige planwidrige Regelungslücke entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut zu schließen; vielmehr obläge es dem Gesetzgeber, seinen Vorstellungen durch Schaffung einer entsprechenden Verweisungsnorm für die Zukunft Geltung zu verschaffen.

Die Sache ist deshalb, soweit sie den Bf. betrifft, insgesamt neu zu verhandeln.

#### StPO §§ 273, 274

(Protokollierungspflicht einer Absprache)

**Eine Verständigung über das Verfahrensergebnis, bei der das Gericht dem Angeklagten eine Strafobergrenze zusagen darf und an diese Zusage gebunden ist, ist als wesentlicher Verfahrensvorgang im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten. Die Sitzungsniederschrift mit der ihr gemäß § 274 S. 1 StPO zukommenden positiven und negativen Beweiskraft für das Revisionsverfahren beweist deshalb grundsätzlich bindend die (Nicht-)Existenz einer Verständigung in der Hauptverhandlung.**

BGH, Beschl. v. 27. 2. 2007 – 3 StR 32/07 (LG Kiel)

➔ **Aus den Gründen:** Eine Verständigung über das Verfahrensergebnis, bei der das Gericht dem Angekl. eine Strafobergrenze zusagen darf und an diese Zusage gebunden ist (zu den Einzelheiten vgl. BGHSt 43, 195, 210 [= StV 1997, 583]) sowie nunmehr – einengend – BGH Großer Senat für Strafsachen BGHSt 50, 40, 51 [= StV 2005, 311]), ist als wesentlicher Verfahrensvorgang im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten (BGHSt 43, 195, 206). Dies ist schon deshalb geboten, um spätere Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob es zu einer Absprache gekommen ist (BGHSt, a. a. O.). Die Sitzungsniederschrift mit der ihr gem. § 274 S. 1 StPO zukommenden positiven und negativen Beweiskraft für das Revisionsverfahren beweist deshalb grundsätzlich bindend die Existenz einer Verständigung in der Hauptverhandlung (BGHSt 45, 227, 228 [= StV 2000, 4]; vgl. auch BVerfG StV 2000, 3; BGH NSStZ 2001, 555 [= StV 2001, 555]; 2004, 342).

Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält keine Verständigung über das Verfahrensergebnis. Zwar hat der Verteidiger beantragt, das Protokoll dahingehend zu berichtigen, daß eine Verständigung mit einer zugesicherten Strafobergrenze von 2 J. 6 M. stattgefunden habe; diesen Antrag hat das LG indes mit der Begründung abgelehnt, es habe keine Verständigung, sondern lediglich einen Austausch über die Straferwartungen der Verfahrensbeteiligten im Rahmen eines Rechtsgesprächs gegeben. Damit ist bewiesen (§ 274 StPO), daß eine Verständigung nicht stattgefunden hat. Umstände, bei denen die Beweiskraft des Protokolls entfallen würde, sind nicht gegeben. Die Niederschrift enthält weder Lücken noch Unklarheiten oder Widersprüche. Den Vorwurf der Fälschung des Protokolls hat der Verteidiger nicht erhoben. Er kann auch nicht darin gesehen werden, daß die Revision in Unkenntnis der den Berichtigungsantrag ablehnenden Entscheidung vorgetragen hat, die StrK habe die Höchststrafenzusage in der Hauptverhandlung »zu Protokoll« erklärt. Der Senat ist daher gehindert, im Wege des Freibeweises Feststellungen zum Ablauf der Hauptverhandlung zu treffen.

#### StPO § 265; StGB § 246

(Erteilung eines rechtlichen Hinweises; Aussetzung der Hauptverhandlung)

**1. Tatsachen oder tatsächliche Verhältnisse, die erst in der Hauptverhandlung zum Vorschein kommen und vom Angeklagten nicht aus Anklageschrift, Eröffnungsbeschluß oder einer früheren Hauptverhandlung zu entnehmen waren, zwingen zur Aussetzung der Hauptverhandlung, wenn dies wegen unzureichender Vorbereitung auf die Verteidigung beantragt wird.**  
**2. Die Verurteilung wegen veruntreuender Unterschlagung setzt im Falle des Vorwurfs einer einfachen Unterschlagung die Erteilung eines Hinweises auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt voraus.**

11/101 LG, Beschl. v. 22. 6. 2006 – 1 Ss 332/04



### 31. Beweiskraft des Protokolls bei Verfahrensabsprachen

StPO § 274

Eine Verfahrensabsprache ist als wesentlicher Verfahrensvorgang im Protokoll der Hauptverhandlung festzuhalten. Mangelt es hieran, belegt die negative Beweiskraft der Sitzungsniederschrift im Revisionsverfahren das Fehlen einer Verfahrensabsprache. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH, Beschl. v. 27. 2. 2007 – 3 Str 32/07 (LG Kiel)

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf 2 Verfahrensrügen und die allgemeine Sachbeschwerde gestützte Revision des Angekl. Die Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben. Näherer Erörterung bedarf nur die Rüge der Verletzung einer Höchststrafenzusage.

Aus den Gründen: Die Rüge, das LG habe dem Angekl. für den Fall eines Geständnisses und der Nennung seines Drogenlieferanten eine Bestrafung von höchstens 2 Jahren und 6 Monaten zugesichert und sodann ohne Hinweis eine höhere Strafe verhängt, ist zulässig erhoben ...

Eine Verständigung über das Verfahrensergebnis, bei der das Gericht dem Angekl. eine Strafobergrenze zusagen darf und an diese Zusage gebunden ist (zu den Einzelheiten vgl. BGHSt 43, 195, 210 sowie nunmehr – einengend – Großer Senat für Strafsachen BGHSt 50, 40, 51), ist als wesentlicher Verfahrensvorgang im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten (BGHSt 43, 195, 206). Dies ist schon deshalb geboten, um spätere Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob es zu einer Absprache gekommen ist (BGHSt aaO). Die Sitzungsniederschrift mit der ihr gemäß § 274 S. 1 StPO zukommenden positiven und negativen Beweiskraft für das Revisionsverfahren beweist deshalb grundsätzlich bindend die Existenz einer Verständigung in der Hauptverhandlung (BGHSt 45, 227, 228; vgl. auch BVerfG StV 2000, 3; BGH NSz 2001, 555; 2004, 342).

Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält keine Verständigung über das Verfahrensergebnis. Zwar hat der Verteidiger beantragt, das Protokoll dahingehend zu berichtigen, dass eine Verständigung mit einer zugesicherten Strafobergrenze von 2 Jahren und 6 Monaten stattgefunden habe; diesen Antrag hat das LG indes mit der Begründung abgelehnt, es habe keine Verständigung, sondern lediglich einen Austausch über die Straferwartungen der Verfahrensbeteiligten im Rahmen eines Rechtsgesprächs gegeben. Damit ist bewiesen (§ 274 StPO), dass eine Verständigung nicht stattgefunden hat. Umstände, bei denen die Beweiskraft des Protokolls entfallen würde, sind nicht gegeben. Die Niederschrift enthält weder Lücken noch Unklarheiten oder Widersprüche. Den Vorwurf der Fälschung des Protokolls hat der Verteidiger nicht erhoben. Er kann auch nicht darin gesehen werden, dass die Revision in Unkenntnis der den Berichtigungsantrag ablehnenden Entscheidung vorgetragen hat, die StrK habe die Höchststrafenzusage in der Hauptverhandlung „zu Protokoll“ erklärt. Der Senat ist daher gehindert, im Wege des Freibeweises Feststellungen zum Ablauf der Hauptverhandlung zu treffen.

### 32. Verwertungsverbot bei rechtswidriger Durchsichtung

StPO §§ 105 I, 162

Die bei einer Durchsichtung gewonnenen Beweismittel unterliegen einem Verwertungsverbot, wenn ein jedenfalls objektiv willkürlicher Verstoß gegen den Richtervorbehalt und ein nur recht vager Anfangsverdacht vorliegen. (Ls d. Schriftlfg.)

OLG Hamm, Beschl. v. 19. 10. 2006 – 3 Ss 363/06

Die aus der Durchsichtung der Wohnung des Angekl. 1 gewonnenen Beweismittel unterliegen einem Beweisverwertungsverbot.

Eine Durchsichtung muss in der Regel gerichtlich angeordnet werden; ihre Anordnung durch StA oder Polizei wegen Gefahr im Verzug setzt einen vor oder kurz nach dem Eingriff dokumentierten drohenden Beweismittelverlust voraus.

Hier war die Durchsichtung objektiv willkürlich, da 3, 4 von den durchsuchenden Beamten die Annahme einer Gefahr im Verzug weder dokumentiert noch begründet wurde.

Eine richterliche Anordnung wäre ohne weiteres 5 erlangt gewesen, ohne den Beschuldigten unverhältnismäßig lange festzuhalten oder Beweismittelverlust besorgen zu müssen.

Ein Beweiserhebungsverbot zieht nicht automatisch 6 ein Verwertungsverbot nach sich.

Die hier heranzuziehende Abwägungslehre führt zur 7, 8 Unverwertbarkeit, da das Strafverfolgungsinteresse nicht besonders hoch und der Tatverdacht gering ist.

Da ohne die Verwertung der Durchsichtung ein 9 Tatnachweis nicht zu führen sein wird, war der Angekl. frei zu sprechen.

Zum Sachverhalt: Durch das angefochtene Urteil des AG ist der Angekl. wegen Diebstahls oder Hehlerei in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden. Nach den Urteilsfeststellungen hat der Angekl. 2 Leuchten im Wert von 2930 € bzw. 445 € entweder an verschiedenen Tagen im Juli und August 2005 aus den Geschäftsräumen der Firma S in B., wo er zu dieser Zeit als Praktikant beschäftigt war, entwendet oder er hat sich diese in dem Wissen, dass die Leuchten bei der Firma S entwendet worden waren, in Bereicherungsabsicht verschafft.

Der Angekl. hat sich zum Tatvorwurf ausweislich des angefochtenen Urteils nicht eingelassen. Grundlage des Schuldspruchs durch das AG waren ganz maßgeblich die Erkenntnisse aus einer Durchsichtung der Wohnung des Angekl. am 10. 8. 2005, deren Verwertung der Angekl. in der Hauptverhandlung widersprochen hat. Bei dieser an einem Mittwoch in der Zeit von 11.25 bis 11.45 Uhr von den Zeugen PHK Se und PK in B in Anwesenheit des Angekl. durchgeführten Durchsichtung waren die entwendeten Leuchten in der Wohnung des Angekl. versteckt aufgefunden worden. Die Beamten hatten sich am 10. 8. 2005 gegen 9.20 Uhr wegen eines „Ladendiebstahls“ zu der Firma S begeben, wo der Angekl. von dem Geschäftsführer der Firma, dem Zeugen L, des Diebstahls von insgesamt 3 hochwertigen Leuchten verdächtigt wurde, während der Angekl. den Vorwurf zurückwies. Gegen 10.45 Uhr nahmen die Beamten von der Polizeiwache, zu welcher sie sich zwischenzeitlich mit dem Angekl. begeben hatten, telefonisch Kontakt mit der StA auf. Hierzu ist im Ermittlungsbericht vom 10. 8. 2005 vermerkt, dass die Staatsanwältin „Antrag auf Wohnungsdurchsichtung stellte“. Ohne indes den Erlass eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses abzuwarten, begaben sich die Beamten sodann mit dem Angekl. zum Zwecke der Durchsichtung zu dessen Wohnung. Dass der Angekl. mit dieser Vorgehensweise einverstanden war, ergibt sich weder aus dem Ermittlungsvermerk vom 10. 8. 2005 noch aus dem Durchsuchungsprotokoll vom selben Tage. Ebenso wenig ist die Annahme von Gefahr im Verzug durch die Beamten dokumentiert worden.

Auf die Revision des Angekl. hob der Senat das angefochtene Urteil auf; der Angekl. wurde freigesprochen.

Aus den Gründen: II. Die Revision hat mit der zulässig 1 erhobenen Verfahrensrüge der Verwertung fehlerhaft erlangter Beweismittel unter Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot Erfolg. Sie führt zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und zum Freispruch des Angekl. Die aus der Durchsichtung der Wohnung des Angekl. vom 10. 8. 2005 gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Beweisverwertungsverbot. Sonstige den Schuldspruch tragende Beweismittel stehen nicht zur Verfügung.

Die Durchsichtung einer Wohnung ist ein schwerwiegender 2 Eingriff in die durch Art. 13 I GG geschützte Privatsphäre. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre ent-



## Strafgerichte      Andere Strafgerichte

### Bundesgerichtshof

#### 17 \* Qualifizierte Rechtsmittelbelehrung nach Urteilsabsprache

StPO § 35 a S. 1

Nach einer Urteilsabsprache kann weder auf die gesetzlich vorgeschriebene noch auf die qualifizierte Rechtsmittelbelehrung wirksam verzichtet werden.

BGH, *Beschl. v. 3. 4. 2007 – 3 StR 72/07 (LG München-Gladbach)*

**Zum Sachverhalt:** Der Senat hatte die Frage zu klären, ob ein Rechtsmittelverzicht wirksam ist, wenn nach einer Urteilsabsprache auf eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung verzichtet wurde. Der Senat hat die Frage verneint.

**Aus den Gründen:** [1] Die Revision des Angekl. erweist sich – entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts – als zulässig.

[2] Allerdings hat der Angekl. ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls nach der Verkündung des Urteils – ebenso wie sein anwesender Verteidiger – auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet (§ 302 I 1 StPO). Indessen ist der erklärte Verzicht unwirksam, weil dem Urteil nach dem Inhalt des Protokolls eine Urteilsabsprache zu Grunde lag und der Angekl. weder nach § 35 a S. 1 StPO noch darüber belehrt worden ist, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung; vgl. BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NSStZ 2005, 389). Dem steht nicht entgegen, dass der damalige Verteidiger des Angekl. auf eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung verzichtet hat. Denn während ansonsten der Betroffene selbst und – bei Vorliegen einer ausdrücklichen Ermächtigung, Rechtsmittel zurückzunehmen und auf sie zu verzichten – auch sein Verteidiger auf die nach § 35 a StPO vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung verzichten können (vgl. Maul, in: KK-StPO, 5. Aufl., § 35 a Rdnrn. 13 f. m. w. Nachw.; BGH, NSStZ 1984, 181 [329]), kann nach einer Urteilsabsprache weder auf die gesetzlich geregelte noch – was sich schon aus deren Sinn und Zweck zwingend ergibt – auf die zusätzlich gebotene qualifizierte Belehrung verzichtet werden (vgl. BGHSt 50, 40 [61] = NJW 2005, 1440 = NSStZ 2005, 389; Graßmann-Schever, in: Löwel/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 35 a Rdnr. 35).

[3] Der Auffassung des Generalbundesanwalts, die Revision genüge, soweit sie eine Urteilsabsprache behauptet, nicht den Begründungserfordernissen des § 344 II 2 StPO, kann nicht gefolgt werden. Diese Vorschrift legt den notwendigen Inhalt einer Revisionsrüge fest, mit der eine Verletzung des Verfahrensrechts geltend gemacht wird. Sie gilt hingegen nicht für die Frage der Zulässigkeit der Revision nach Erklärung eines Rechtsmittelverzichts. Ob dieser wirksam ist oder nicht, hat das RevGer. vielmehr von Amts wegen zu prüfen.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Zu BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NSStZ 2005, 389, s. die Anm. Widmaier, NJW 2005, 1985; Dahn, NSStZ 2005, 580; Saliger, JuS 2006, 8; Seber, JZ 2005, 628; Duttge/Schoop, StV 2005, 421; Rieß, JR 2005, 430. S. weiterhin Leipold, NJW-Spezial 2007, 139 m. w. Nachw. ■

### 18 Beweiskraft meldebehördlicher Bestätigung

StGB § 271

Den Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung gem. § 271 I StGB erfüllt es nicht, wenn auf Grund der Vorlage einer unzutreffenden privat schriftlichen Einzugsbestätigung eines Vermieters von der Ausländerbehörde eine Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung ausgestellt wird. Der fingierte Wohnsitz ist nämlich nicht Gegenstand der behördlichen Erklärung und wird daher auch nicht im Sinne der Vorschrift als zutreffend beurkundet. Ebenso erfüllt die Meldebestätigung der Meldebehörde im Hinblick auf den Wohnsitz nicht die Anforderungen an eine öffentliche Urkunde, sondern lediglich hinsichtlich der Tatsache der Anmeldung.

OLG Köln, *Beschl. v. 20. 4. 2007 – 81 Ss 39/07*

**Zum Sachverhalt:** Das AG hat den Angekl. wegen gewerbsmäßiger Einschleusung von Ausländern in sieben Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zur mittelbaren Falschbeurkundung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe ist zur Bewährung ausgesetzt worden. Darüber hinaus ist hinsichtlich eines Betrags von 3776,44 Euro Wertersatzverfall angeordnet worden. Gegen diese Entscheidung haben sowohl der Angekl. als auch die StA Berufung eingelegt. Das LG hat die Berufung des Angekl. zurückgewiesen. Auf das mit dem Ziel einer höheren Bestrafung eingelegte Rechtsmittel der StA hat die Kammer das Urteil des AG im Strafmaß dahingehend abgeändert, dass der Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden ist.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision des Angekl. war nur insoweit erfolgreich, als die angefochtene Entscheidung im Schuldspruch dahingehend geändert wurde, dass die tateinheitliche Verurteilung der Angekl. wegen Beihilfe zur mittelbaren Falschbeurkundung in sieben Fällen entfiel.

**Aus den Gründen:** II. 1. Der Angekl. hat sich lediglich des gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß den zur Tatzeit geltenden Vorschriften der §§ 92 II Nr. 2, 92 a II Nr. 1 AuslG in sieben Fällen schuldig gemacht. Eine weitergehende Verurteilung des Angekl. wegen tateinheitlich begangener Beihilfe zur mittelbaren Falschbeurkundung tragen die landgerichtlichen Feststellungen dagegen in allen Fällen nicht. Insoweit fehlt es jeweils an einer vorsätzlicher rechtswidrigen Haupttat als Voraussetzung für eine Beihilfehandlung.

Nach § 271 StGB wird bestraft, wer die Beurkundung eines unwahren Sachverhalts in einer öffentlichen Urkunde (vgl. § 415 I ZPO) oder einem öffentlichen Register herbeiführt. Vom Schutzbereich der Vorschrift erfasst wird die Wahrheit und Verlässlichkeit öffentlicher Informationsträger mit der besonderen, ihnen von Rechts wegen zukommender Richtigkeitsgewähr. Beurkundet i. S. von § 271 StGB sind daher nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, das heißt die volle Beweiswirkung für und gegen jedermann erstreckt (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., § 271 Rdnrn. 3, 4, 6 m. w. Nachw.).

Den Feststellungen des angefochtenen Urteils lässt sich nicht entnehmen, dass durch das (unterstützende) Handeln der Angekl. unrichtige Beurkundungen in dem genannten Sinn bewirkt worden sind. Unklar bleibt insoweit schon, auf welche konkreten Vorgänge das LG insoweit abgestellt hat



Redaktion: Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Ulrichstraße 22, 60433 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 52 72 37, Fax: 0 69 / 51 94 26;  
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Kleine Waagstr. 1, 28195 Bremen, Tel.: 04 21 / 32 65 55, Fax: 04 21 / 3 35 16 88;  
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Friedensstr. 11, 60311 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 7 58 06 90, Fax: 0 69 / 97 36 67 67;  
 Redaktionsanschrift: Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Freisinger Str. 3, 85716 Unterschleißheim,  
 Barbel Smalman, Telefon 0 89 / 3 60 07-0, Fax 0 89 / 3 60 07-33 10.

Nr. 6

Juni 2008

## ENTSCHEIDUNGEN

Leitsätze der mit einem (1) versehenen Entscheidungen sind Leitsätze des Gerichts. Die mit (\*) gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des jeweiligen Gerichts bestimmt. Soweit nicht anders vermerkt (nr), sind die Entscheidungen rechtskräftig.

### Verfahrensrecht

+ StPO §§ 1 (faïres Verfahren), 154, 302 Abs. 1 S. 1;  
 MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1

(Ankündigung von Rechtsmitteln trotz Rechtsmittelverzichtvereinbarung und Bindungswirkung der Absprache)

1. Wird bei einer verfahrensbeendenden Absprache unter Beteiligung des Gerichts rechtswidrig ein Rechtsmittelverzicht vereinbart, so hat dies nicht die Unwirksamkeit der Absprache im übrigen zur Folge.
2. Die Ankündigung des Angeklagten, gegen das aufgrund einer Verfahrensabsprache ergehende Urteil Rechtsmittel einzulegen, ist für sich genommen kein Umstand, der die Bindung des Gerichts an eine zulässige Verständigung beseitigt. Sie rechtfertigt es auch nicht, daß sich die Staatsanwaltschaft von ihrer in die Absprache einbezogenen Zusage löst, zu einer anderen Tat des Angeklagten einen Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO zu stellen.
3. Bindet das Gericht die Staatsanwaltschaft durch deren Zusage einer Antragstellung nach § 154 Abs. 2 StPO in eine Verfahrensabsprache ein, so hat es für den Fall, daß diese ihr Versprechen sodann unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht einhält, die Verpflichtung, den Angeklagten, der im Vertrauen auf die Zusage die ihm vorgeworfenen anderen Taten eingeräumt hat, im Rahmen der rechtlichen Gestaltungsspielräume von den sich hieraus ergebenden Folgen so weit freizustellen, daß die getroffenen Absprachen weitestmöglich eingehalten werden. Nur wenn sich auf diese Weise kein Ergebnis erzielen läßt, das noch mit dem Gebot fairer Verfahrensführung vereinbar wäre, kommt ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat in Betracht, zu der der Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO angekündigt worden ist.

BGH, Urt. v. 12. 3. 2008 – 3 StR 433/07 (LG Hildesheim)\*

- 1 ♦ Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. wegen schweren Raubes in Tateinheit mit schwerer räuberischer Erpressung, wegen schweren Raubes und wegen Raubes zu einer Jugendstrafe von 3 J. verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angekl. mit der Rüge, das LG habe seine Pflicht verletzt, das Verfahren fair zu gestalten, sowie mit der allgemeinen Sachbeschwerde. Das Rechtsmittel führt auf die Verfahrensrüge zur Änderung des Strafausspruchs und zur Zurückverweisung der Sache an das LG zur

Entscheidung über die Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung.

1. Der Beanstandung liegt folgendes, dem Protokoll der Hauptverhandlung, dem Revisionsvortrag und den dienstlichen Erklärungen übereinstimmend zu entnehmendes Geschehen zugrunde: Gegen den Angekl. und mehrere Mitangekl. fand die Hauptverhandlung wegen des Vorwurfs zweier bewaffneter Raubüberfälle auf Mitarbeiter von Spielhallen im September 2006 statt (Taten 1 und 2). Zugleich waren gegen die Tätergruppe weitere Ermittlungsverfahren anhängig; gegen den Angekl. war wegen eines Überfalls auf eine Tankstelle am 4. 11. 2006 (Tat 3) bereits Anklage zum LG erhoben, diese aber noch nicht zur Hauptverhandlung zugelassen worden. Am zweiten Hauptverhandlungstag teilte der Vors. mit, es hätten »zwischen dem Sitzungsvertreter der StA, den Angekl., deren Verteidigern und dem Gericht Gespräche mit dem Ziel einer einvernehmlichen und verfahrensabschließenden Verständigung stattgefunden«. Der Sitzungsvertreter der StA, die Angekl. und deren Verteidiger erklärten daraufhin: »Wir greifen die Anregung des Gerichts auf und sind bereit, für den Fall eines Geständnisses folgende Strafen zu akzeptieren: ... der Angekl. A. eine Jugendstrafe von nicht mehr als 2 J. – ohne Strafaussetzung.« Im Anschluß daran erklärte der Sitzungsvertreter der StA, daß er in den gegen den Angekl. und die Mitangekl. bei der Polizei anhängigen Ermittlungsverfahren, bei den bei der StA anhängigen Ermittlungsverfahren und »in den bei der JugK bereits angeklagten Verfahren eine – endgültige – Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO veranlassen bzw. eine – endgültige – Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO beantragen wird«. Sodann gaben der Angekl. und die Mitangekl. über die Verteidiger – der Angekl. über RA R. – jcw. eine geständige Einlassung ab. Nachdem das Verfahren am nächsten Verhandlungstag mit sonstigen Beweiserhebungen fortgesetzt worden war, teilte außerhalb der Hauptverhandlung RA H. als neuer Verteidiger des Angekl. dem Vors. der JugK telefonisch mit, daß sein Mandant nicht mehr bereit sei, eine Jugendstrafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung zu akzeptieren. Hiervon unterrichtete der Vors. den Sitzungsvertreter der StA, der darauf antwortete, er fühle sich nun seinerseits nicht mehr an die getroffene Absprache gebunden, in dem bei der JugK anhängigen weiteren Verfahren einen Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO zu stellen. Am nächsten Verhandlungstag erklärte RA R., der Angekl. könne nicht verbindlich erklären, daß er ein heute gegen ihn ergehendes Urteil akzeptieren werde. Daraufhin erwiderte der Sitzungsvertreter der StA daß er sich, weil der Angekl. deutlich gemacht habe, keinem Rechtsmittelverzicht erklären zu wollen, an die getroffene Absprache nicht mehr gebunden fühle, und beantragte die Abtrennung des Verfahrens gegen den Angekl. Antragsgemäß trennte die JugK danach das Verfahren gegen den Angekl. durch Beschl. ab, weil nunmehr die Verbindung mit dem anhängigen Verfahren wegen eines weiteren Raubüberfalls (Tat 3) in Betracht komme, bezüglich dessen ein Antrag der StA nach § 154 Abs. 2 StPO nicht mehr zu erwarten sei. Am nächsten Verhandlungstag wies die JugK den Angekl. darauf hin, daß sie nicht mehr an die Verständigung gebunden sei. Danach wurde bezüglich der weiteren Anklage das Hauptverfahren eröffnet und die Sache zum laufenden Verfahren verbunden. Nach weiterer Beweiserhebung – der Angekl. ließ sich zum Vorwurf des dritten Raubüberfalls nicht ein – wurde der Angekl. wegen aller drei Taten zu der Jugendstrafe von 3 J. verurteilt.
2. Die Revision wendet sich – ungeachtet des in der Revisionsverhandlung ohne Beschränkung gestellten Aufhebungsantrags – nicht dagegen, daß das LG, obwohl es sich nicht mehr an die Verfahrensabsprache gebunden fühle, das vom Angekl. auf deren



Grundlage abgelegte Geständnis verwertet und ihm hiervon ausgehend wegen der Taten 1 und 2 schuldig gesprochen hat; der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob insoweit ein Verwertungsverbot vorlag. Vielmehr wird mit der Verfahrensrüge beanstandet, daß das LG sich nicht von der getroffenen Verfahrensabsprache habe lösen und den Angekl. daher nur wegen der Taten 1 und 2 zu einer Jugendstrafe von nicht mehr als 2 J. habe verurteilen dürfen. Mit dieser Stoßrichtung hat die Verfahrensrüge einen Teilerfolg.

5 3. Der Schuldspruch hält allerdings rechtlicher Überprüfung stand. Die ihn tragenden Feststellungen beruhen zu allen drei Taten auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung. Auch wurde durch die getroffene Verfahrensabsprache kein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat 3 begründet. Jedoch kann der Strafausspruch nicht bestehen bleiben. Im einzelnen gilt:

6 a) Es ist im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, daß die JugK mit dem Angekl. eine Verfahrensabsprache getroffen hat. Trotz fehlender gesetzlicher Regelung ist im Strafverfahren eine Verständigung innerhalb der von der höchstgerichtlichen Rspr. gezogenen Grenzen (siehe hierzu BVerfG NSZ 1987, 419; BGHSt 43, 195 [= StV 1997, 583]; BGHSt - GS - 50, 40 [= StV 2005, 311]) grundsätzlich zulässig. Diese Grenzen sind hier jedenfalls nicht in einer Weise überschritten worden, daß den getroffenen Abreden insgesamt die Verbindlichkeit gefehlt hätte mit der Folge, daß der Angekl. keinen Anspruch auf Einhaltung der ihm erteilten Zusagen gehabt hätte.

7 Zunächst hat das LG dem zu beachtenden Formerfordernis genügt, indem es das Ergebnis einer in Vorgesprächen erreichten Annäherung in der öffentlichen Verhandlung mitgeteilt und in die Sitzungsniederschrift aufgenommen hat. Ein Überschreiten der inhaltlichen Grenzen einer zulässigen Verständigung zum Strafausspruch ist nicht ersichtlich. Daß sich die Abrede auf die Verhängung einer Jugendstrafe bezog, macht sie für sich nicht unzulässig (zu den Bedenken vgl. BGH NSZ 2001, 555 [= StV 2001, 555] mit Anm. Eisenberg NSZ 2001, 556); es ist nicht erkennbar, daß auch die Frage der Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht und nicht allein die Höhe der höchstens zu verhängenden Strafe Gegenstand der Vereinbarung war. Der Umstand, daß in die Absprache die Zusage der StA einbezogen war, in anderen Verfahren auf unterschiedliche Weise von weiterer Strafverfolgung abzusuchen oder entsprechende Anträge zu stellen, steht deren Wirksamkeit nicht entgegen.

8 b) Die Grenzen einer zulässigen Verständigung sind allerdings dann verletzt, wenn das Gericht am Zustandekommen einer Urteilsabsprache mitwirkt, in der auch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels vereinbart wird. Es darf bei Gesprächen über eine einverständliche Verfahrensbeendigung die Frage eines Rechtsmittelverzichts weder von sich aus ansprechen, noch gar befürworten oder von den Beteiligten verlangen. Es hat Äußerungen zu vermeiden, die objektiv dahin verstanden werden können, daß ihm an einem Rechtsmittelverzicht gelegen oder daß dieser für den Angekl. vorteilhaft sei (BGHSt - GS - 50, 40, 57); denn für die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts bestehen keine legitimen Interessen (BGHSt - GS - 50, 40, 56; siehe dazu auch den Vorlegungsbeschl. des Senats BGHNJW 2004, 2536).

9 Es liegen hier erhebliche Anhaltspunkte dafür vor, daß das LG diese Vorgaben mißachtet und einen Verzicht der Rechtsmittelberechtigten auf Einlegung der Revision zum Gegenstand der Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung gemacht hat. Hierfür spricht zum einen schon der Wortlaut der protokollierten Verständigung: Danach hat nicht - wie an sich geboten (vgl. BGHSt 43, 195, 207 und BGHSt - GS - 50, 40, 48) - die JugK für den Fall einer geständigen Einlassung die Zusage erteilt, eine bestimmte Strafhöhe nicht zu überschreiten; vielmehr haben der Angekl., sein Verteidiger und der Sitzungsvertreter der StA versprochen, eine Jugendstrafe von nicht mehr als einem bestimmten Höchstmaß zu »akzeptieren«. Auch die Reaktionen des Vors. und des Sitzungsvertre-

ters der StA auf die Ankündigung, der Angekl. werde die Frage der Bewährung möglicherweise durch das Rechtsmittelgericht überprüfen lassen, deuten in diese Richtung. Andererseits hat die Revision ein solches rechtswidriges Verhalten der Verfahrensbeteiligten nicht geltend gemacht; es läßt sich auch den vorliegenden dienstlichen Stellungnahmen (zur freibeweislichen Feststellung eines unzulässigen Geschehens vgl. BGHSt 45, 227, 228 [= StV 2000, 4]) nicht mit Sicherheit entnehmen.

Der Senat muß diese Frage jedoch nicht näher aufklären. 10 Selbst wenn unter Beteiligung des Gerichts unzulässig ein Rechtsmittelverzicht vereinbart worden sein sollte, hätte dies nicht zur Folge, daß die übrigen Abreden unbeachtlich wären. Zwar wäre das Versprechen des Rechtsmittelverzichts selbst unwirksam und deshalb ohne Bindung für die Rechtsmittelberechtigten; indes würde die Wirksamkeit der Verständigung im übrigen durch die rechtswidrige Einbeziehung eines Rechtsmittelverzichts hier nicht beeinträchtigt werden. Die Verbindlichkeit einer nach den allgemeinen Grundsätzen wirksamen Urteilsabsprache wird nicht dadurch gefährdet, daß sie mit dem Versprechen eines späteren Rechtsmittelverzichts verbunden ist. Selbst wenn dies unzulässigerweise der Fall gewesen sein sollte, wären die hiermit verbundenen Erwartungen nicht schützenswert (vgl. Rieß in FS für Meyer-Gößner S. 645, 652).

c) Demgemäß war das LG im Grundsatz an seine Zusage gebunden, den Angekl. wegen der Taten 1 und 2 zu einer Jugendstrafe von höchstens 2 J. ohne Strafaussetzung zur Bewährung zu verurteilen sowie das Verfahren zu Tat 3 - nach einem entsprechenden Antrag der StA - gem. § 154 Abs. 2 StPO einzustellen. Von dieser Bindung konnte es sich nur unter den von der Rspr. anerkannten Voraussetzungen lösen. Danach kommt ein Abweichen von der Zusage nur dann in Betracht, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden (vgl. BGHSt - GS - 50, 40, 50), oder wenn sich in der Hauptverhandlung neue (d. h. dem Gericht bisher unbekannt) schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angekl. ergeben (so die zuvor von BGHSt 43, 195, 210 gezogene, engere Grenze). Dies war hier nicht der Fall.

aa) Der Angekl. hat die ihm vorgeworfenen beiden Überfälle 12 eingeräumt. Es ist nicht ersichtlich, daß er dabei hinter den vom Gericht an ihn gestellten Anforderungen zurückgeblieben wäre. Mit seinem Geständnis hat er seinen Teil der Verständigung erfüllt. Relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte waren von der Kammer weder bei der Absprache übersehen worden noch im Anschluß daran neu zutage getreten. Insbes. gab die Erklärung des Angekl., er könne nicht zusichern, daß er bei einem absprachegemäß ergehenden Urteil auf Rechtsmittel verzichten werde, bzw. er sei mit einer Verurteilung zu einer die Zusage ausschöpfenden Strafe nicht mehr einverstanden, der JugK keine Berechtigung, von der getroffenen Verfahrensabsprache abzurücken. Darf ein Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand der Verständigung gemacht werden, so kann auch eine Erklärung, ggf. Rechtsmittel einlegen zu wollen, die Bindungswirkung der Absprache nicht beseitigen.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß sich die 13 StA aufgrund der Erklärungen des Angekl. in nicht zu rechtfertigender Weise von ihren Zusagen gelöst hat, die sie in der unter ihrer Beteiligung zustande gekommenen Verfahrensabsprache gegeben hatte.

Die StA hatte sich dadurch an der Verfahrensabsprache betei- 14 ligt, daß sie für den Fall eines Geständnisses des Angekl. und dessen Verurteilung im Rahmen der Verständigung (höchstens zu einer Jugendstrafe von 2 J. ohne Strafaussetzung zur Bewährung) die Einstellung weiterer Ermittlungs- und Strafverfahren bzw. die Stellung entsprechender Anträge zugesichert hat (zu den Bedenken gegen eine Beteiligung der StA an einer Verfahrensabsprache vgl. BGHSt 42, 191 [= StV 1996, 521]; 45, 227). Sie hatte damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen,



auf den sich der Angekl. verlassen durfte und dessen Grundlage durch seine Ankündigung, gegen das aufgrund der Verfahrensabsprache ergehende Urteil ggf. Rechtsmittel einzulegen, nicht entfallen ist; auch der StA ist kein berechtigtes Interesse daran zuzubilligen, ein Urteil einer Überprüfung durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler zu entziehen, dem eine Verfahrensabsprache vorausgegangen ist, in die sie eigene Zusagen eingebracht hat.

- 15 Indem die *JugK* die Erklärungen der StA in die Verfahrensabsprache mit dem Angekl. aufgenommen hat, hat sie sich die daraus für diesen ergebenden Zusagen zu eigen gemacht und war daher durch das Gebot fairer Verfahrensgestaltung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK; Art. 20 Abs. 3 GG) gehalten, diese in ihrem Zuständigkeitsbereich – soweit rechtlich hierzu in der Lage [siehe dazu unten d)] – umzusetzen, wenn der Angekl. seinen Teil der Abrede erfüllt, mithin das Geständnis zu den Taten 1 und 2 abgibt. Hätte die StA nach der geständigen Einlassung des Angekl. in dem Verfahren zu Tat 3 den von ihr versprochenen Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO gestellt, wäre das LG somit verpflichtet gewesen, diesem Antrag zu entsprechen.
- 16 d) Entgegen der Ansicht des Bf. ergibt sich vor diesem Hintergrund indessen kein Verfahrenshindernis für die Aburteilung der Tat 3.
- 17 Die StA hat zwar durch ihre Weigerung, nach dem Geständnis des Angekl. zu den Taten 1 und 2 in dem Verfahren zu Tat 3 den Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO zu stellen, das durch ihre entsprechende Zusage begründete berechtigte Vertrauen des Angekl. in nicht zu rechtfertigender Weise verletzt. Das Verhalten der StA hatte zur Folge, daß es an einer gesetzlichen Voraussetzung für eine Verfahrenseinstellung nach dieser Vorschrift fehlte und die *JugK*, die den Antrag der StA nicht erzwingen konnte, an einer Erfüllung ihres diesbezüglichen Versprechens schon aus Rechtsgründen gehindert war – unbeschadet dessen, daß sie sich selbst an die Absprache nicht mehr gebunden fühlte. Nach bisheriger Rspr. begründet die nicht gerechtfertigte, die Verfahrensfairneß mißachtende Weigerung der StA, entsprechend einer erteilten Zusage das Verfahren hinsichtlich einer bestimmten Tat nach Opportunitätsgründen einzustellen, jedoch kein Verfahrenshindernis für deren Ahndung, sondern lediglich einen wesentlichen Strafmitigerungsgrund (*BGHSt* 37, 10). Hieran ist jedenfalls für die hier gegebene besondere Fallkonstellation festzuhalten. Zwar lag der damaligen Entscheidung des *Senat*s die Besonderheit zugrunde, daß der Angekl. sein strafbares Tun trotz der Zusage der StA fortgesetzt hatte (vgl. *BGHSt* 37, 10, 14f.), während hier der Angekl. keinen die Änderung des Verhaltens der StA rechtfertigenden Anlaß gegeben hat. Dies veranlaßt indessen keine unterschiedliche Betrachtung. Denn die Verletzung des Grundsatzes fairer Verfahrensführung kann ein Verfahrenshindernis nur dann begründen, wenn keine Möglichkeit besteht, diesen Verstoß durch strafprozessuale Maßnahmen und/oder die Ausschöpfung materiellrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite so weit auszugleichen, daß sich das Verfahren insgesamt noch als fair erweist.
- 18 Für die hier in Rede stehende Fallgestaltung bedeutet dies: Bindet das Gericht die StA in eine Verfahrensabsprache ein, so hat es für den Fall, daß diese ihre Zusagen sodann unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht einhält, etwa – wie hier – eine versprochene Antragstellung nach § 154 Abs. 2 StPO verweigert, die Verpflichtung, den Angekl., der im Vertrauen auf die Zusage die ihm vorgeworfenen anderen Taten eingeräumt hat, im Rahmen der rechtlichen Gestaltungsspielräume von den sich hieraus ergebenden Folgen so weit freizustellen, daß die getroffenen Absprachen weitest möglich eingehalten werden. Nur wenn auf diesem Wege kein Ergebnis erzielbar ist, das das Gesamtverfahren noch als fair erscheinen läßt, kann ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat in Betracht kommen, zu der die StA den Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO unberechtigt verweigert. Dies ist im

Hinblick auf die hier gegebenen Besonderheiten nicht der Fall, die es ermöglichen, die Höchststrafenzusage auch dann zu respektieren, wenn in den Schuldspruch die Verurteilung wegen der Tat 3 einbezogen wird.

Die erste notwendige Voraussetzung hierfür hat das LG dadurch geschaffen, daß es das Verfahren zu Tat 3 mit dem Verfahren bezüglich der Taten 1 und 2 verbunden hat. Hierdurch wurde die Möglichkeit eröffnet, auf die Tat 3, die der Angekl. an seinem 21. Geburtstag begangen hat, ebenfalls Jugendstrafrecht anzuwenden (§ 32 S. 1 JGG). Von dieser Möglichkeit hat die *JugK* rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht.

Sie hat es indessen rechtsfehlerhaft unterlassen, die weitere notwendige Konsequenz zu ziehen und auf dieser Grundlage ihre weiterhin verbindliche Höchststrafenzusage einzuhalten. Dies war ihr entgegen der Auffassung des GBA von Gesetzes wegen nicht verwehrt. Sie war bei der Anwendung von Jugendrecht nicht gehindert, auch für die drei abgeurteilten Taten auf eine Jugendstrafe von nicht mehr als 2 J. zu erkennen. Dies lag um so näher, als die Jugendstrafe ohnehin ohne die Bindung an die Strafrahmen des Erwachsenenrechts maßgeblich nach erzieherischen Gesichtspunkten zu bemessen war, sowie StA und Gericht offensichtlich (anderenfalls wäre die zugesagte Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO eine Verletzung des Rechts zu Gunsten des Angekl. gewesen) der Überzeugung waren, die dritte Tat sei von minderer Bedeutung (so die Rechtsgedanken von § 154 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO).

e) Nach alledem hat der Schuldspruch, nicht dagegen der Strafausspruch Bestand. Diesen kann der *Senat* jedoch selbst abändern. Er erkennt entsprechend § 354 Abs. 1 StPO auf eine Jugendstrafe von 2 J. – die Strafe, die das LG nach der getroffenen Absprache höchstens hätte verhängen dürfen. Er schließt aus, daß sich an der Grundlage für die Verhängung von Jugendstrafe, die der Tatrichter wegen der Schwere der Schuld für erforderlich gehalten hat, etwas geändert haben könnte. Ebenso ist im Hinblick auf die festgestellte Lebensentwicklung des Angekl. sowie auf den Umstand, daß nunmehr drei Raubüberfälle zu ahnden sind, auszuschließen, daß ein neuer Tatrichter eine Jugendstrafe von weniger als 2 J. unter Beachtung des Erziehungsgedankens als ausreichend für die notwendige Einwirkung ansehen könnte.

Der neue Tatrichter hat daher – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung, die der Angekl. in der seit dem angefochtenen Urteil vergangenen Zeit gemacht hat – nur noch darüber zu entscheiden, ob die Vollstreckung der Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Eine Entscheidung hierzu ist dem *Senat* verwehrt.

#### StPO §§ 22 Nr. 5, 338 Nr. 2

(Ausschluß eines Richters wegen Zeugenvernehmung)

Wird ein Richter förmlich durch die Staatsanwaltschaft in einem anderen Verfahren als Zeuge vernommen, ist er nach § 22 Nr. 5 StPO von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, wenn er zu demselben Geschehen vernommen worden ist, das er für die Beurteilung des ihm vorliegenden Falls in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewerten muß.

*BGH*, Beschl. v. 22. 1. 2008 – 4 StR 507/07 (LG Münster)

◆ Aus den Gründen: Das LG hat die Angekl. wegen Kreditbetruges in zehn Fällen und wegen Betruges zu Gesamtfreiheitsstrafen von jew. 7 J. 6 M. verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angekl. mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügen. Zwar sind die Sachrügen unbegründet, da weder die Schuld- noch die (maßvollen) Rechtsfolgenaussprüche Rechtsfehler zum Nachteil der Angekl. aufweisen. Die Revisionen haben aber mit einer Verfahrensrüge



## Strafverfahrensrecht

fälligen Verbindlichkeiten eingesetzt werden könnte, ein nach §§ 47 ff. InsO liquides Recht des Gläubigers fortbestehen würde, das ihm auch im Insolvenzfall den Zugriff sichern würde. Denn dann stünde der Vermögenswert selbst in der Insolvenz nicht mehr den Gläubigern als Verteilungsmasse zur Verfügung.

Dass ein solches Aussonderungsrecht i. S. d. § 47 InsO hier gegeben ist, liegt aufgrund der Feststellungen des LG nahe. Den Urteilsgründen ist nämlich zu entnehmen, dass die Gelder auf ein erst kurz zuvor eröffnetes Konto der W überwiesen wurden und auf Grund des notariellen Vertrages hierfür auch eine eindeutige vertragliche Grundlage bestanden hat (vgl. BGH ZIP 2005, 1465, 1466; Gaunter in MüKo InsO, 2001 § 47 Rn 354 ff.).

c) Nach der Rechtsprechung des BGH sind allerdings sämtliche Einkünfte bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit heranzuziehen. Dies gilt selbst dann, wenn sie aus Straftaten herrühren (BGH NJW 1982, 1952, 1954 mwN). Der Unterschied zu der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation ist jedoch darin zu sehen, dass die Gelder noch nicht in das Betriebsvermögen der W integriert waren. Deshalb standen sie auch für die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten nicht zur Verfügung. Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Verantwortliche die Gelder – ob im Wege einer strafbaren Handlung oder in nicht strafbarer Weise – dem Unternehmen zuführt, indem er ihre Separierung aufhebt. Deshalb würde, wenn der Angekl. die zweckgebundenen Gelder tatsächlich für die Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten der W eingesetzt hätte, dies deren Zahlungsunfähigkeit beseitigen. Solange die Gesellschaft ihren Zahlungspflichten nachkommt, ist nämlich unerheblich, aus welcher Quelle ihre Einnahmen stammen (BGH NJW 1982, 1952, 1954).

Die StRK hat nicht festgestellt, dass der Angekl. die auf dem neu eröffneten Konto gurgeschriebenen Geldbeträge für die W und insbesondere zur Tilgung fälliger Verbindlichkeiten verwandt hat. Sowohl das weitere Schicksal der Verbindlichkeiten als auch des Überweisungsbetrages blieben unaufgeklärt. Ob der Angekl. die zum Zwecke des Aktienkaufs überwiesenen 2,2 Mio. DM veruntreut hat, ist Gegenstand eines Strafverfahrens, das vorläufig gemäß § 154 II StPO eingestellt worden ist. Für die Frage, ob die W zahlungsunfähig war, ist allerdings eine nähere Aufklärung hierzu unumgänglich.

d) Entgegen der Auffassung des LG bestehen im vorliegenden Fall hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Überschuldung i. S. d. § 19 InsO. Besteht für fällige Verbindlichkeiten in erheblicher Größenordnung keine Deckung, kann dies auch darauf hindeuten, dass kein Aktivvermögen vorhanden ist, das für deren Ausgleich herangezogen werden oder jedenfalls die Grundlage für eine kurzfristige Kreditgewährung bilden könnte. Die Überschuldung ist der Zahlungsunfähigkeit häufig vorgelagert (Kirchhof aaO, § 16 Rn 6). Bei der Erstellung einer Überschuldungsbilanz hätte im Übrigen die zweckgebundene Überweisung außer Betracht zu bleiben, weil solche Gelder kein Aktivvermögen des Unternehmens darstellen. Selbst wenn der Angekl. sie in das Unternehmen „eingebracht“ haben sollte, wäre zugleich eine entsprechende Verbindlichkeit entstanden, die auf Ersatz des durch die zweckwidrige Verwendung entstandenen Schadens gerichtet wäre.

2. Hinsichtlich der Fälle VI. 4., die den Vorwurf zum Gegenstand haben, der Angekl. habe als Geschäftsführer der W trotz Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit die Bilanzen für die Jahre 1999 und 2000 nicht erstellt, kann das Urteil ebenfalls keinen Bestand haben. Da die Ausführungen des LG zur Zahlungsunfähigkeit der W durchgreifenden rechtlichen Bedenken unterliegen, ergreift dieser Begründungsmangel auch die Freisprüche vom Vorwurf des Bankrotts nach § 283 I Nr. 7 b StGB. Es bedürfen sowohl das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit nach § 283 I StGB als auch das des Eintritts der Zahlungseinstellung – als objektive Bedingung der Strafbarkeit gem. § 283 VI StGB – umfassender tatrichterlicher Prüfung...

Ku.

Ann. d. Schriftlfg.: Vgl. auch OStR PStR 2002, 250; Leibner ZInsO 2002, 1020; Bittmann wisera 1998, 321; Reck BuW 1997, 743.

## 22. † Abgesprochener Rechtsmittelverzicht; Bindung der Absprache

StPO §§ 1 (faïres Verfahren), 154, 302 I 1; MRK Art. 6 I 1

1. Wird bei einer verfahrensbeendenden Absprache unter Beteiligung des Gerichts rechtswidrig ein Rechtsmittelverzicht vereinbart, so hat dies nicht die Unwirksamkeit der Absprache im Übrigen zur Folge.

2. Die Anündigung des Angeklagten, gegen das auf Grund einer Verfahrensabsprache ergehende Urteil Rechtsmittel einzulegen, ist für sich genommen kein Umstand, der die Bindung des Gerichts an eine zulässige Verständigung beseitigt. Sie rechtfertigt es auch nicht, dass sich die StA von ihrer in die Absprache einbezogenen Zusage löst, zu einer anderen Tat des Angeklagten einen Antrag nach § 154 II StPO zu stellen.

3. Bindet das Gericht die StA durch deren Zusage einer Antragstellung nach § 154 II StPO in eine Verfahrensabsprache ein, so hat es für den Fall, dass diese ihr Versprechen sodann unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht einhält, die Verpflichtung, den Angeklagten, der im Vertrauen auf die Zusage die ihm vorgeworfenen anderen Taten eingeräumt hat, im Rahmen der rechtlichen Gestaltungsspielräume von den sich hieraus ergebenden Folgen so weit freizustellen, dass die getroffenen Absprachen weitestmöglich eingehalten werden. Nur wenn sich auf diese Weise kein Ergebnis erzielen lässt, das noch mit dem Gebot fairer Verfahrensführung vereinbar wäre, kommt ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat in Betracht, zu der der Antrag nach § 154 II StPO angekündigt worden ist.

BGH, *Urt. v. 12. 3. 2008 – 3 StR 433/07 (LG Hildesheim)*

Der Senat hat mangels Verfahrensrüge nicht darüber zu befinden, ob das Scheitern der Absprache zu einem Verwertungsverbot in Bezug auf das absprachegemäß abgelegte Geständnis führt.

Die Vereinbarung eines unzulässigen Rechtsmittelverzichts führt nicht zur Unwirksamkeit der übrigen Abreden einer Absprache.

Die unzulässige Abkehr der StA von ihren Zusagen führt nicht zum Wegfall der Bindungswirkung; das Gericht, das sich die Zusagen zu eigen gemacht hat, muss sie vielmehr soweit als möglich umsetzen.

Aus dem Umstand, dass die StA die Zusage eines Antrags nach § 154 II StPO nicht eingehalten hat, folgt jedenfalls dann kein Verfahrenshindernis für die Aburteilung der betroffenen Tat, wenn die Verletzung des Grundsatzes fairer Verfahrensführung auf andere Weise ausgeglichen werden kann.

Das Gericht konnte einen Zustand herstellen, der dem abgesprochenen gleichkommt, indem es für sämtliche Taten auf die in Aussicht gestellte Höchststrafe erkannte; hierzu war es verpflichtet.

Der Senat ändert deshalb den Strafausspruch und hält den Schuldspruch aufrecht.

Zum Sachverhalt: Gegen den Angekl. war ein Strafverfahren wegen verschiedener Raubtaten anhängig. In der Hauptverhandlung hatte er ein Geständnis abgelegt, nachdem ihm das Gericht eine 2 Jahre nicht übersteigende Jugendstrafe in Aussicht gestellt und die StA die Einstellung verschiedener strafrechtlicher Ermittlungsverfahren sowie die Antragstellung nach § 154 II StPO in Bezug auf ein weiteres bei der Kammer anhängiges Strafverfahren zugesagt hatte. In einem späteren Hauptverhandlungstermin erklärte der Verteidiger, der Angekl. könne nicht verbindlich erklären, dass er das Urteil



akzeptieren werde. Der Sitzungsvorsitzende der StA erklärte daraufhin, nicht mehr an die Absprache gebunden zu sein und beantragte die Verbindung mit dem weiteren bereits anhängigen Verfahren. Das LG gab diesem Antrag Folge und verurteilte den Angekl. wegen sämtlicher Taten zur Jugendstrafe von 3 Jahren.

Auf die Revision des Angekl. setzte der BGH die Jugendstrafe auf 2 Jahre herab und verwies die Sache zur Entscheidung über die Aussetzung der Strafvollstreckung zurück.

- 1 Aus den Gründen: 2. Die Revision wendet sich – ungeachtet des in der Revisionsverhandlung ohne Beschränkung gestellten Aufhebungsantrags – nicht dagegen, dass das LG, obwohl es sich nicht mehr an die Verfahrensabsprache gebunden fühlte, das vom Angekl. auf deren Grundlage abgelegte Geständnis verwertet und ihn hiervon ausgehend wegen der Taten 1 und 2 schuldig gesprochen hat; der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob insoweit ein Verwertungsverbot vorlag. Vielmehr wird mit der Verfahrensrüge beanstandet, dass das LG sich nicht von der getroffenen Verfahrensabsprache habe lösen und den Angekl. daher nur wegen der Taten 1 und 2 zu einer Jugendstrafe von nicht mehr als 2 Jahren habe verurteilen dürfen. Mit dieser Stoßrichtung hat die Verfahrensrüge einen Teilerfolg.
- 2 3. Der Schuldspruch hält allerdings rechtlicher Überprüfung stand. Die ihn tragenden Feststellungen beruhen zu allen 3 Taten auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung. Auch wurde durch die getroffene Verfahrensabsprache kein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat 3 begründet. Jedoch kann der Strafausspruch nicht bestehen bleiben. Im Einzelnen gilt...
- 3 b) Die Grenzen einer zulässigen Verständigung sind allerdings dann verletzt, wenn das Gericht am Zustandekommen einer Urteilsabsprache mitwirkt, in der auch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels vereinbart wird. Es darf bei Gesprächen über eine einverständliche Verfahrensbeendigung die Frage eines Rechtsmittelverzichts weder von sich aus ansprechen, noch gar befürworten oder von den Beteiligten verlangen. Es hat Äußerungen zu vermeiden, die objektiv dahin verstanden werden können, dass ihm an einem Rechtsmittelverzicht gelegen oder dass dieser für den Angekl. vorteilhaft sei (BGHSt-GS 50, 40, 57); denn für die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts bestehen keine legitimen Interessen (BGHSt-GS 50, 40, 56; s. dazu auch den Vorlegungsbeschl. des Senats NJW 2004, 2536)...
- 4 Der Senat muss diese Frage jedoch nicht näher aufklären. Selbst wenn unter Beteiligung des Gerichts unzulässig ein Rechtsmittelverzicht vereinbart worden sein sollte, hätte dies nicht zur Folge, dass die übrigen Abreden unbeachtlich wären. Zwar wäre das Versprechen des Rechtsmittelverzichts selbst unwirksam und deshalb ohne Bindung für die Rechtsmittelbeteiligten; indes würde die Wirksamkeit der Verständigung im Übrigen durch die rechtswidrige Einbeziehung eines Rechtsmittelverzichts hier nicht beeinträchtigt werden. Die Verbindlichkeit einer nach den allgemeinen Grundsätzen wirksamen Urteilsabsprache wird nicht dadurch gefährdet, dass sie mit dem Versprechen eines späteren Rechtsmittelverzichts verbunden ist. Selbst wenn dies unzulässigerweise der Fall gewesen sein sollte, wären die hiermit verbundenen Erwartungen nicht schützenswert (vgl. Rieß in FS Meyer-Gößner, S. 645, 652).
- 5 c) Demgemäß war das LG im Grundsatz an seine Zusage gebunden, den Angekl. wegen der Taten 1 und 2 zu einer Jugendstrafe von höchstens 2 Jahren ohne Strafaussetzung zur Bewährung zu verurteilen sowie das Verfahren zu Tat 3 – nach einem entsprechenden Antrag der StA – gemäß § 154 II StPO einzustellen. Von dieser Bindung konnte es sich nur unter den von der Rechtsprechung anerkannten Voraussetzungen lösen. Danach kommt ein Abweichen von der Zusage nur dann in Betracht, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden (vgl. BGHSt-GS 50, 40, 50), oder wenn sich in der Hauptverhandlung neue (d. h. dem Gericht bisher unbekannt) schwerwiegende Umstände zu Lasten des An-

gekl. ergeben (so die zuvor von BGHSt 43, 195, 210 gezogene, engere Grenze). Dies war hier nicht der Fall...

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass sich die StA auf Grund der Erklärungen des Angekl. in nicht rechtfertigender Weise von ihren Zusagen gelöst hat, die sie in der unter ihrer Beteiligung zustande gekommenen Verfahrensabsprache gegeben hatte...

Indem die JugK die Erklärungen der StA in die Verfahrensabsprache mit dem Angekl. aufgenommen hat, hat sie sich die daraus für diesen ergebenden Zusagen zu eigen gemacht und war daher durch das Gebot fairer Verfahrensgestaltung (Art. 6 I 1 MRK; Art. 20 III GG) gehalten, diese in ihrem Zuständigkeitsbereich – soweit rechtlich hierzu in der Lage (s. dazu unten d) – umzusetzen, wenn der Angekl. seinen Teil der Abrede erfüllt, mithin das Geständnis zu den Taten 1 und 2 abgibt. Hätte die StA nach der geständigen Einlassung des Angekl. in dem Verfahren zu Tat 3 den von ihr versprochenen Antrag nach § 154 II StPO gestellt, wäre das LG somit verpflichtet gewesen, diesem Antrag zu entsprechen.

d) Entgegen der Ansicht des Bf. ergibt sich vor diesem Hintergrund indessen kein Verfahrenshindernis für die Aburteilung der Tat 3.

Die StA hat zwar durch ihre Weigerung, nach dem Geständnis des Angekl. zu den Taten 1 und 2 in dem Verfahren zu Tat 3 den Antrag nach § 154 II StPO zu stellen, das durch ihre entsprechende Zusage begründete berechnete Vertrauen des Angekl. in nicht zu rechtfertigender Weise verletzt. Das Verhalten der StA hatte zur Folge, dass es an einer gesetzlichen Voraussetzung für eine Verfahrenseinstellung nach dieser Vorschrift fehlte und die JugK, die den Antrag der StA nicht erzwingen konnte, an einer Erfüllung ihres diesbezüglichen Versprechens schon aus Rechtsgründen gehindert war – unbeschadet dessen, dass sie sich selbst an die Absprache nicht mehr gebunden fühlte. Nach bisheriger Rechtsprechung begründet die nicht gerechtfertigte, die Verfahrensfairness missachtende Weigerung der StA, entsprechend einer erteilten Zusage das Verfahren hinsichtlich einer bestimmten Tat nach Opportunitätsgründen einzustellen, jedoch kein Verfahrenshindernis für deren Abhandlung, sondern lediglich einen wesentlichen Strafmilderungsgrund (BGHSt 37, 10). Hieran ist jedenfalls für die hier gegebene besondere Fallkonstellation festzuhalten. Zwar lag der damaligen Entscheidung des Senats die Besonderheit zu Grunde, dass der Angekl. sein strafbares Tun trotz der Zusage der StA fortgesetzt hatte (vgl. BGHSt 37, 10, 14 f.), während hier der Angekl. keinen die Änderung des Verhaltens der StA rechtfertigenden Anlass gegeben hat. Dies veranlasst indessen keine unterschiedliche Betrachtung. Denn die Verletzung des Grundsatzes fairer Verfahrensführung kann ein Verfahrenshindernis nur dann begründen, wenn keine Möglichkeit besteht, diesen Verstoß durch strafprozessuale Maßnahmen und/oder die Ausschöpfung materiellrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite so weit auszugleichen, dass sich das Verfahren insgesamt noch als fair erweist.

Für die hier in Rede stehende Fallgestaltung bedeutet dies: Bindet das Gericht die StA in eine Verfahrensabsprache ein, so hat es für den Fall, dass diese ihre Zusagen sodann unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht einhält, etwa – wie hier – eine versprochene Antragstellung nach § 154 II StPO verweigert, die Verpflichtung, den Angekl., der im Vertrauen auf die Zusage die ihm vorgeworfenen anderen Taten eingeräumt hat, im Rahmen der rechtlichen Gestaltungsspielräume von den sich hieraus ergebenden Folgen so weit freizustellen, dass die getroffenen Absprachen weitestmöglich eingehalten werden. Nur wenn auf diesem Wege kein Ergebnis erzielbar ist, das das Gesamtverfahren noch als fair erscheinen lässt, kann ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der Tat in Betracht kommen, zu der die StA den Antrag nach § 154 II StPO unberechtigt verweigert. Dies ist im Hinblick auf die hier gegebenen Besonderheiten nicht der Fall, die es ermöglichen, die Höchststrafenzusage



auch dann zu respektieren, wenn in den Schuldspruch die Verurteilung wegen der Tat 3 einbezogen wird.

11 Die erste notwendige Voraussetzung hierfür hat das LG dadurch geschaffen, dass es das Verfahren zu Tat 3 mit dem Verfahren bezüglich der Taten 1 und 2 verbunden hat. Hierdurch wurde die Möglichkeit eröffnet, auf die Tat 3, die der Angekl. an seinem 21. Geburtstag begangen hat, ebenfalls Jugendstrafrecht anzuwenden (§ 32 S. 1 JGG). Von dieser Möglichkeit hat die JVG rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht.

12 Sie hat es indessen rechtsfehlerhaft unterlassen, die weitere notwendige Konsequenz zu ziehen und auf dieser Grundlage ihre weiterhin verbindliche Höchststrafenzusage einzuhalten. Dies war ihr entgegen der Auffassung des GBA von Gesetzes wegen nicht verwehrt. Sie war bei der Anwendung von Jugendrecht nicht gehindert, auch für die 3 abgeurteilten Taten auf eine Jugendstrafe von nicht mehr als 2 Jahren zu erkennen. Dies lag umso näher, als die Jugendstrafe ohnehin ohne die Bindung an die Strafrahmen des Erwachsenenrechts maßgeblich nach erzieherischen Gesichtspunkten zu bemessen war, sowie StA und Gericht offensichtlich (anderenfalls wäre die zugesagte Verfahrenseinstellung nach § 154 II StPO eine Verletzung des Rechts zu Gunsten des Angekl. gewesen) der Überzeugung waren, die 3. Tat sei von minderer Bedeutung (so die Rechtsgedanken von § 154 I Nr. 1 und 2 StPO).

13 e) Nach alledem hat der Schuldspruch, nicht dagegen der Strafausspruch Bestand. Diesen kann der Senat jedoch selbst abändern. Er erkennt entsprechend § 354 I StPO auf eine Jugendstrafe von 2 Jahren – die Strafe, die das LG nach der getroffenen Absprache höchstens hätte verhängen dürfen. Er schließt aus, dass sich an der Grundlage für die Verhängung von Jugendstrafe, die der Tatrichter wegen der Schwere der Schuld für erforderlich gehalten hat, etwas geändert haben könnte. Ebenso ist im Hinblick auf die festgestellte Lebensentwicklung des Angekl. sowie auf den Umstand, dass nunmehr 3 Raubüberfälle zu ahnden sind, auszuschließen, dass ein neuer Tatrichter eine Jugendstrafe von weniger als 2 Jahren unter Beachtung des Erziehungsgedankens als ausreichend für die notwendige Einwirkung ansehen könnte...

### 23. Anspruch auf schriftliches Vorgutachten; Stellung eines anwaltlichen Vertreters

StPO § 82; BRAO § 53 VII

1. Zur Frage, ob die Verfahrensbeteiligten bei einem mündlich in der Hauptverhandlung zu erstattenden Gutachten unabhängig von den Umständen des Einzelfalls stets einen Anspruch darauf haben, dass ihnen dieses Gutachten auch schriftlich vorgelegt wird und ob dies gegebenenfalls schon vor Erstattung des Gutachtens in der Hauptverhandlung zu geschehen hat.

2. Einem anwaltlichen Vertreter stehen die anwaltlichen Befugnisse des Vertretenen zu; die Bestellung des vertretenen Rechtsanwalts zum Verteidiger gilt auch für den vertretenen Rechtsanwalt. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Beschl. v. 12. 2. 2008 – 1 StR 649/07 (LG Nürnberg-Fürth)

Zum Sachverhalt: Der Angekl. wurde wegen einer Reihe von Verstößen gegen das BtMG zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, ein Geldbetrag (Wertersatz) wurde für verfallen erklärt.

Die Revision des Angekl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen: I. 1. Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, dass ihr Antrag auf Aussetzung (Abbruch) der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolglos blieb.

a) Folgender Verfahrensablauf liegt zu Grunde:

Mit Fax vom 6. 7. 2007 beantragte die Verteidigerin, den Termin vom 10. 7. 2007 abzusetzen. Wie ein Gutachten eines bestimmten Psychiaters der JVA Würzburg belegen werde, sei der Angekl. verhandlungsunfähig. Außerdem solle das Gutachten auch belegen, dass der Angekl. bei den Taten jedenfalls erheblich vermindert schuldfähig, wenn nicht schuldunfähig gewesen sei. Im Termin vom 10. 7. 2007 gab der Vorsitzende bekannt, nach fernmündlicher Auskunft des von der Verteidigerin benannten Sachverständigen sei der Angekl. verhandlungsfähig; dieser selbst erklärte auf entsprechende Frage, es ginge ihm gut. Der Vorsitzende ordnete dann an, dass der Sachverständige im nächsten Hauptverhandlungstermin vom 31. 7. 2007 sein Gutachten erstatten solle. Zu nennenswertem weiterem Verfahrensgeschehen kam es an diesem Tage nicht mehr. Am 12. 7. 2007 beantragte die Verteidigerin, dass der Sachverständige schon vor der Hauptverhandlung vom 31. 7. 2007 ein schriftliches Vorgutachten vorlegen müsse, da sie sonst nicht prüfen könne, ob das Gutachten fehlerhaft und deswegen ein weiteres Gutachten einzuholen sei. Dies sei unfair. Deshalb müsse das Verfahren auch gemäß § 265 StPO ausgesetzt (abgebrochen) werden. Sie mache nämlich vom 14. bis 30. 7. 2007 Urlaub. Sie könne also das schriftliche Gutachten nicht angemessen prüfen, selbst wenn es ihr vorläge. Am 19. 7. 2007 legte der Sachverständige ein vorläufiges Gutachten vor, das der Verteidigung alsbald zur Verfügung gestellt wurde. In der Hauptverhandlung vom 31. 7. 2007 wiederholte die Verteidigerin vergeblich die Anträge vom 12. 7. 2007, noch bevor der Sachverständige sein Gutachten erstattete.

b) Das Gericht hat hier einem Beweisantrag der Verteidigung stattgegeben. Die Auffassung der Revision, die Anordnung des Gerichts, ein Gutachten sei einzuholen, sei schon für sich genommen eine Änderung der Sachlage, die einen Aussetzungsanspruch begründe (§ 265 IV StPO) trifft nicht zu, ohne dass dies weiterer Darlegung bedürfte.

c) Der Senat hat erwogen, ob unbeschadet der rechtlich unzutreffenden gegenteiligen Auffassung der Revision deren Vorbringen unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt Erfolg haben könnte (Rechtsgedanke des § 300 StPO; vgl. auch BGH Beschl. v. 27. 7. 2006 – 1 StR 147/06). Dies war zu verneinen:

(1) Gutachten zu für den Schuld- oder Strafausspruch wesentlichen Fragen sind stets mündlich in der Hauptverhandlung zu erstatten, Gutachten zu anderen Fragen (z. B. Verhandlungsfähigkeit) dann, wenn es das Gericht – wie hier – anordnet (vgl. KK-Senge 5. Aufl., § 82 Rn 3). Dabei ist der Gutachter stets berechtigt, auch ohne gerichtliche Anordnung ein vorläufiges schriftliches Gutachten zu den Akten zu bringen (BGH GA 1963, 18; KK-Senge aaO). Die unterschiedlich beurteilte Frage, ob die Verfahrensbeteiligten bei einem mündlich in der Hauptverhandlung zu erstattenden Gutachten unabhängig von den Umständen des Einzelfalls stets einen Anspruch darauf haben, dass ihnen dieses Gutachten auch schriftlich vorgelegt wird (bejahend z. B. LR-Krause 25. Aufl., § 82 Rn 5; verneinend z. B. KK-Senge aaO) und ob dies gegebenenfalls schon vor Erstattung des Gutachtens in der Hauptverhandlung zu geschehen hat (vgl. G. Schäfer Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl., Rn 1041), kann der Senat hier offen lassen. Hier hat nämlich der Sachverständige ein schriftliches Vorgutachten vorgelegt, das der Verteidigung mehr als 10 Tage vor dem nächsten Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung, an dem der Sachverständige sein Gutachten erstatten sollte, zur Verfügung gestellt wurde.

(2) Aus den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und der Notwendigkeit, gegebenenfalls auch erst in der Hauptverhandlung angefallene Erkenntnisse in das Gutachten einzubeziehen, folgt, dass allein der Inhalt des in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachtens maßgebend ist (vgl. KK-Senge aaO; BGH Beschl. v. 12. 9. 2007 – 1 StR 407/07). Nur hierauf kann die Entscheidung beruhen, nur dessen Mängel oder Unklarheiten – die sich im Einzelfall auch aus nicht ohne weiteres erklärlichen oder jedenfalls erläu-



Mit der so entstandenen Bilddokumentation wollten sie beweisen, dass sie an Rache genommen haben, zudem sollten die Bilder in das Internet gestellt werden, um eine abschreckende Wirkung auf Sexualtäter zu erzielen.

Das LG hat die Angeklagten wegen Totschlags jeweils zu einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt. Hiergegen wandte sich die StA mit ihren wirksam auf den Strafausspruch beschränkten, zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten Revisionen. Sie rügte die Verletzung materiellen Rechts. Die vom GBA vertretenen Rechtsmittel hatten Erfolg.

Aus den Gründen: 2. Das LG hat sachverständig beraten auf Grund der Alkoholisierung der Angeklagten eine erhebliche Verminderung ihrer Steuerungsfähigkeit bei der Fassung des Tatentschlusses und für die eigentliche Tatausführung angenommen. Es hat bei beiden Angeklagten den Strafraum des § 212 I StGB nach den §§ 21, 49 I StGB verschoben.

Während die Annahme erheblich verminderteter Steuerungsfähigkeit rechtsfehlerfrei ist, hält die nicht begründete – und von der StA beanstandete – Strafraumverschiebung revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Über die fakultative Strafraumverschiebung nach den §§ 21, 49 I StGB entscheidet der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auf Grund einer Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafraumverschiebung, wenn sich auf Grund der persönlichen Verhältnisse des Täters (etwa Neigung zu Aggressionen oder Gewalttätigkeiten unter Alkoholeinfluss) oder der Tattsituation (etwa Trinken in gewaltbereiten Gruppen oder gewaltgecigneten Situationen) das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant in Folge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen (BGHSt 49, 239, 245 f.; BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 59).

Diesen Grundsätzen genügt das angefochtene Urteil nicht. Denn das LG hat sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob der grundsätzlich schuld mindernde Umstand der erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit durch andere, die Schuld steigernde Umstände ausgeglichen wird. Anlass zu der Frörterung eines solchen Ausgleichs hätte insbesondere im Hinblick darauf bestanden, dass sich die Angeklagten – planvoll alkoholisiert – bewusst in eine gewaltgeneigte Situation begeben haben. Das von ihnen arrangierte Treffen mit dem späteren Opfer diente allein dem Zweck, ihm eine „Abreibung“ zu verpassen. Dieser Situation wohnte das vorhersehbare Risiko erheblicher Gewalttaten inne. Dabei hat der Angekl. T die mit dem Alkoholenuss verbundene Enthemmung in Kauf genommen. Hinzu tritt, dass ihm seine Neigung zu Gewalttätigkeiten unter Alkoholeinfluss bewusst war. Dass dies nicht zu einer strafrechtlichen Vorverurteilung geführt hat, ist unbeachtlich; denn das Wissen des Täters um seine Gefährlichkeit hängt nicht von der Warnfunktion einer früheren Verurteilung ab (BGHSt 49, 239, 243). Auch der Angekl. S hat in Kauf genommen, durch die Alkoholisierung besonders enthemmt zu sein und dies durch weiteren Alkoholkonsum noch zu verstärken. Seine Alkoholabhängigkeit wiegt diesen schuld erhöhenden Fahrlässigkeitsvorwurf nicht ohne weiteres auf. Auch demjenigen, der weitgehend durch Alkohol beherrscht wird, kann vorgeworfen werden, dass er sich trotz Vorhersehbarkeit – zumal weiterer – alkoholischer Enthemmung bewusst in eine gewaltträchtige Situation begeben hat (BGHSt 49, 239, 254).

Eine Ausnahme von der unter diesen Umständen in Erwägung zu ziehenden Ablehnung einer Strafraumverschiebung nach §§ 21, 49 I StGB käme nur bei einer hier nicht gegebenen absoluten Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe in Betracht (BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 59; § 21 Strafraumverschiebung 40).

Es ist nicht auszuschließen, dass der jeweilige Strafausspruch auf den möglicherweise unzutreffend gewährten

Strafraumverschiebungen beruht. Das neue Tatgericht wird die Strafen neu zuzumessen haben ...

Ku.

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. auch *Spreng* NJW 2003, 2963 sowie die Anm. *König* NJ 2005, 44 und *Scheffler* Blutalkohol 40, 449 (2003).

## 5. Absprache über Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung – faires Verfahren

StGB § 66; StPO § 261

1. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist einer Verständigung im Strafverfahren nicht zugänglich. Das gilt auch für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 II StGB.

2. Zur Frage des Verstoßes gegen Grundsätze des fairen Verfahrens, wenn der Angeklagte ein Geständnis im Vertrauen auf eine (weiter geltende) Zusage ablegt, bei einem Geständnis werde keine Sicherungsverwahrung angeordnet. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH Beschl. v. 18. 6. 2008 – 1 StR 204/08 (LG München I)

Wie Ls 1. Streben die Verfahrensbeteiligten aus sachfremden Gesichtspunkten eine derartige Verständigung an, liegt darin eine erhebliche Rechtsverletzung.

Dies führt für sich allein nicht zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren oder zur Aufhebung des Urteils.

Gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens wäre jedoch verstoßen, wenn das Gericht einen Vertrauensstatbestand geschaffen und der Angekl. gerade deswegen das Geständnis abgelegt hätte.

Dies hält der Senat nicht für erwiesen. Der Angekl. konnte aufgrund der fehlenden Einbindung der StA nicht davon ausgehen, dass das Gericht noch auf seine frühere Erklärung zur Straferwartung zurückkommt.

Die Verteidigung hatte auch die Möglichkeit, ihr weiteres Vorgehen an der geänderten Verfahrensweise der Kammer auszurichten.

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Betrugs in 127 Fällen, jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschung, davon in 44 Fällen in Tateinheit mit Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, in Tateinheit mit gewerbmäßigem Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen in 62 tateinheitlichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt und gemäß § 66 II StGB die Sicherungsverwahrung angeordnet.

1. Folgender Verfahrensgang lag zugrunde:

Zwischen dem 1. und dem 2. Hauptverhandlungstag fand zwischen dem Berufsrichter, dem Sitzungsvertreter der StA und den Verteidigern ein Gespräch im Hinblick auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung statt. Aufgrund dieses Gesprächs gab der Vorsitzende am 2. Verhandlungstag zu Protokoll: „Dem Angekl. wird seitens der StA in Aussicht gestellt, bei einem Geständnis nach Anklage eine Strafobergrenze von 5 Jahren und 6 Monaten, ohne Anordnung einer Sicherungsverwahrung, unter Berücksichtigung eines heutigen Geständnisses und des Alters des Angekl.“ Die StA erklärte sich hiermit nicht einverstanden. Der Angekl. legte an diesem Verhandlungstag und an den folgenden Verhandlungstagen kein Geständnis ab. Am 5. Verhandlungstag erklärte der Vorsitzende, dass sich die Kammer an ihre Erklärung vom 2. Verhandlungstag nur noch gebunden fühlen würde, wenn der Angekl. bis zum nächsten Verhandlungstermin ein Geständnis ablegen werde. Der Angekl. und seine Verteidiger legten besonderen Wert auf eine Zustimmung der StA zu dem Vorschlag des Gerichts, weil ihnen bewusst war, dass eine Absprache über die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung nicht zulässig ist und deshalb bei einer Nichteinbindung der StA eine Korrektur im Rechtsmittelweg drohte. Der Angekl. nahm deshalb zwischen dem 5. und dem 6. Verhandlungstag Kontakt zu der StA auf und bot ihr Aufklärungshilfe zu bestimmten Straftaten Dritter an. Daraufhin stellte die StA am 6. Verhandlungstag in Aussicht, dass sie eine Verurteilung zu 5 Jahren und 6 Monaten ohne die Verhängung der Sicherungsverwahrung akzeptieren würde, wenn der Angekl. substanzielle Aufklärungshilfe in den anderen Verfahren leisten würde. Im Hauptverhandlungsprotokoll ist



hierzu vermerkt: „Im Hinblick darauf, dass es ... zu einem Gespräch zwischen dem Angekl. und der StA gekommen ist und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten einer Aufklärung oder Aufklärungshilfe bei anderen strafbaren Handlungen noch nicht abschließend beurteilt werden können, unterbleibt der an sich für heute vorgesehene Hinweis an den Angekl., dass die ursprüngliche Strafobergrenze nicht mehr in Betracht kommt“. Die Vernehmungen des Angekl. zu der angebotenen Aufklärungshilfe waren nach dem 7. Verhandlungstag abgeschlossen. Am 8. Verhandlungstag erklärte der Sitzungsvertreter der StA, er könne „der vom Gericht dem Angekl. in Aussicht gestellten Strafobergrenze bei einem umfassenden Geständnis von 5 1/2 Jahren“ nicht näher treten, weil die Angaben des Angekl. keine Ermittlungsansätze böten bzw. einer Überprüfung nicht ständhielten. Nach einer kurzen Sitzungsunterbrechung gab der Angekl. durch Verteidigererklärung ein Geständnis „nach Anklage in vollem Umfang“ ab. Im Anschluss hieran gab der Vorsitzende zu Protokoll, dass die *Kammer* das Geständnis zur Kenntnis nehme, über die Frage der Sicherungsverwahrung könne jedoch erst nach Anhörung der Sachverständigen entschieden werden. Daraufhin wurde die Hauptverhandlung auf Antrag der Verteidigung „zur Vorbereitung eines unaufschiebbaren Antrags“ unterbrochen. Sie wurde fortgesetzt, ohne dass ein solcher Antrag gestellt wurde. Nach weiterer Beweisaufnahme erstatteten die Sachverständigen am 11. Verhandlungstag ihre Gutachten, in denen sie sich für die Verhängung der Sicherungsverwahrung aussprachen. Nach Schluss der Beweisaufnahme beantragte der Staatsanwalt eine Gesamtfreiheitsstrafe i. H. v. 8 Jahren sowie die Anordnung der Sicherungsverwahrung. Die Verteidigung beantragte, die von der *Kammer* am 2. Verhandlungstag in Aussicht gestellten Rechtsfolgen zu verhängen. Die Revision des Angekl. war unbegründet.

- 1 Aus den Gründen: 2. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist einer Verständigung im Strafverfahren nicht zugänglich (vgl. BGH NSStZ-RR 2005, 39; NSStZ 2005, 526). Gleichwohl haben die Verfahrensbeteiligten, denen dies bewusst war, eine solche Verständigung angestrebt. Sie taten dies im Laufe der Hauptverhandlung sogar auch noch aus sachfremden Gesichtspunkten (Aufklärungshilfe für andere Straftaten). Dieses Vorgehen lief auf eine erhebliche Rechtsverletzung hinaus. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Anordnung der Maßregel hier nur nach § 66 II StGB in Betracht kam und deshalb im Ermessen der *StRK* stand. Ein nach einem gerichtlichen Höchststrafangebot abgegebenes Geständnis ist – gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt es abgegeben wird – grundsätzlich nicht geeignet, die Ermessensausübung entscheidend zu beeinflussen (vgl. BGH NSStZ 2005, 526).
- 2 Die rechtswidrige Verfahrensweise der Beteiligten vermag – für sich allein – eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht zu begründen. Ein Rechtsnachteil hätte dem Angekl. hieraus nur erwachsen können, wenn die *StRK* aufgrund dieser Vorgänge in ihrer Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr unbefangen gewesen wäre. Derartige hat die Revision nicht vorgetragen noch hatte sie das Geschehen zum Gegenstand eines – insoweit vorgreiflichen (vgl. BGH aaO) – Befangenheitsgesuchs gemacht.
- 3 Die Vorgehensweise des *LG* hat auch nicht schon allein deshalb, weil sie rechtswidrig ist, zur Konsequenz, dass das Urteil aufgehoben werden muss. Das würde nämlich dazu führen, dass das *RevGer.* beanstandenswertes Verhalten des Tatrichters – ohne Rücksicht auf die Auswirkungen dieses Verhaltens auf die Verfahrensbeteiligten – durch die Aufhebung des Urteils „sanktioniert“. Der *BGH* hat wiederholt und in unterschiedlichen Zusammenhängen ausgesprochen, dass das *RevGer.* den Tatrichter nicht zu „sanktionieren“ oder zu „maßregeln“ hat (StV 2004, 196; NSStZ-RR 2006, 112, 114 f.; BGHSt 51, 84, 87).
- 4 3. Bei einer Revision des Angekl. ist vielmehr entscheidend, ob bei dieser Vorgehensweise gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens, und zwar zum Nachteil des Angekl., verstoßen wurde. Diesen Verstoß sieht die Revision darin, dass das *LG* sich nicht an seine Erklärung vom 2. Verhandlungstag gehalten und trotz des Geständnisses die Sicherungsverwahrung angeordnet habe, obwohl der Angekl. bei Abgabe seines Geständnisses noch auf die Erklärung vom 2. Verhandlungstag vertrauen konnte. Wäre bewiesen, dass das *LG* tatsächlich einen Vertrauenstatbestand geschaffen und der Angekl. gerade deswegen das Geständnis abgelegt hat, dann

läge freilich der gerügte Verstoß vor, und das hätte zur Aufhebung des Urteils geführt.

Der *Senat* hält es hingegen nicht für erwiesen, dass der Angekl. das Geständnis im Vertrauen auf eine (weiter geforderte) Zusage, bei einem Geständnis werde keine Sicherungsverwahrung angeordnet, abgelegt hat. Für den Angekl. – auf seine Sichtweise kommt es hier an – war vielmehr von Anfang an erkennbar, dass das Gericht zu einer Verständigung über die Sicherungsverwahrung nur bei einem frühen Geständnis – vor oder zu Beginn der Beweisaufnahme – bereit war; denn ein wesentlicher Zweck der Verständigung war für das Gericht ersichtlich die Vermeidung einer längeren Beweisaufnahme. Dies wurde dem Angekl. noch verdeutlicht, als der Vorsitzende am 5. Verhandlungstag eine Bindung der *Kammer* an ihre Erklärung vom 2. Verhandlungstag nur noch bis zum nächsten Verhandlungstermin kundtat. Da es – wie die dienstliche Erklärung des Sitzungsstaatsanwalts belegt – dem auch insoweit anwaltlich beratenen Angekl. angesichts der auch seinen Verteidigern bekannten Unzulässigkeit der vorgesehenen Verständigung über die Sicherungsverwahrung vorrangig auf die Einbindung der StA ankam, stand für den weiteren Prozessablauf entscheidend die Frage im Vordergrund, ob ihm diese Einbindung – durch Aufklärungshilfe in anderer Sache – gelingt. Hiervon hing für den Angekl. ab, ob es zu der Verständigung mit dem Gericht kommt. Von dem Gelingen einer Einbindung der StA machte auch die *StRK* ersichtlich ihre Entscheidung abhängig, wie sich insbesondere aus ihrem hierauf Bezug nehmenden Protokollvermerk vom 6. Verhandlungstag ergibt. Nachdem es dem Angekl. nicht gelungen war, die Zustimmung der StA zu erhalten, konnte er aufgrund dieses Verfahrensablaufs nicht mehr davon ausgehen, dass die *Kammer* doch noch auf ihre ursprüngliche Erklärung vom 2. Verhandlungstag zurückkommt. Jedenfalls fehlt dem *Senat* insoweit eine ausreichend sichere Grundlage für eine erfolgreiche Verfahrensrüge. Die tatsächliche Richtigkeit des Revisionsvortrags, aus dem sich ein verfahrensrechtlicher Verstoß ergeben soll, muss erwiesen sein und kann nicht lediglich nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angekl.“ unterstellt werden (vgl. BGHSt 16, 164, 167; BGH NSStZ 2008, 353).

Im Übrigen hat die *StRK* durch ihre Protokollerklärung im Anschluss an das Geständnis, das Geständnis werde zur Kenntnis genommen, über die Frage der Sicherungsverwahrung jedoch erst nach Anhörung der Sachverständigen entschieden, ihre Haltung bestätigt. Die Verteidigung hat dies auch dahin verstanden, dass das Geständnis nicht ohne Weiteres zur Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung führt, was sich aus ihrem auf die Erklärung des Gerichts folgenden Unterbrechungsantrag wegen eines unaufschiebbaren Antrags (d. h. Befangenheitsantrags) ergibt. Die Verteidigung hatte daher die Möglichkeit, ihr weiteres prozessuales Vorgehen nach der von der *Kammer* vorgesehenen Verfahrensweise auszurichten.

Ku.

## 6. Voraussetzungen nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung wegen Therapienunwilligkeit

StGB § 66 b

1. Grenzen der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wegen mangelnder Therapiebereitschaft.

2. Die Verweigerung oder der Abbruch einer Therapie kann grundsätzlich eine erst nach der Verurteilung erkennbar gewordene, als neu zu berücksichtigende Tatsache darstellen; dies setzt jedoch voraus, dass das für die Aburteilung der Anlasstaten zuständige Gericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung begründet annehmen konnte, der Verurteilte werde sich zur Verringerung der von ihm ausgehenden Gefahr einer erfolgsversprechenden Therapie unterziehen. (LS von der Schriftf.)

BGH, Ur. v. 22. 7. 2008 – 5 StR 274/08 (LG Dresden)



§ 267 IV 3 StPO ergänzen (BGH NSStZ-RR 2002, 261; KK-Engelhardt 5. Aufl., § 267 Rn 39; LR-Göllwitzer 25. Aufl., § 267 Rn 145; a.M. Meyer-Göfner 50. Aufl., § 267 Rn 30 mwN). Das LG dürfte bei Abfassung des abgekürzten Urteils bei der ihm vorliegenden Aktenlage ohne weiteres von der Anwendbarkeit des § 267 IV 1 StPO ausgehen. Daher unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem abweichend entschiedenen Sonderfall, der dem Beschluss des 2. Strafsenats vom 9. 2. 1990 (bei Holtz MDR 1990, 490) zu Grunde lag.

Ku.

### 34. † Anforderungen an ein freisprechendes Urteil

StPO § 267 V 1

Feststellungen zur Persönlichkeit und zum Werdegang des Angeklagten sind auch bei einem freisprechenden Urteil erforderlich, wenn sie für die Beurteilung des Tatvorwurfs von Bedeutung sein können.

BGH, Urt. v. 23. 7. 2008 – 2 StR 150/08 (LG Koblenz)

Zum Sachverhalt: Das LG hat die Angeklagte von dem Vorwurf freigesprochen, in den Jahren 1993 bis 1999 2 ihrer insgesamt 6 Kinder im Kleinkindalter getötet und eines mit Tötungsvorsatz verletzt zu haben. Die Revision der StA hatte mit der Sachrüge Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Die Ausführungen des LG werden schon den Anforderungen nicht gerecht, die gemäß § 267 V 1 StPO an ein freisprechendes Urteil zu stellen sind. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden können. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass das RevGer. prüfen kann, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind (st. Rspr.; vgl. BGHSt 37, 21, 22; BGH wistra 2004, 105, 109; NSStZ-RR 2008, 206). Dem genügt das angefochtene Urteil nicht.

Die Urteilsgründe enthalten bereits keine ausreichenden Feststellungen zum Werdegang und zur Persönlichkeit der Angeklagten. Solche Feststellungen sind zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig, um nachvollziehen zu können, dass der Tatrichter die wesentlichen Anknüpfungstatsachen für die Strafzumessung ermittelt und berücksichtigt hat. Aber auch bei freisprechenden Urteilen ist er aus sachlich-rechtlichen Gründen zumindest dann zu solchen Feststellungen verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das RevGer. auf Rechtsfehler hin notwendig sind (vgl. BGH NSStZ-RR 2008, 206, 207). So liegt es hier.

Die Urteilsgründe teilen zur Person der Angeklagten nur mit, dass sie 6 Kinder von 6 verschiedenen Vätern geboren hat. Dies reicht mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles nicht aus. Der Angeklagten wird vorgeworfen, ihre Kleinkinder getötet bzw. verletzt zu haben, weil sie sie als Belastung empfand. Mehrere Sachverständige haben bei der Angeklagten Hinweise auf eine seelische Störung im Sinne eines sog. Münchhausen-by-proxy-Syndroms festgestellt, bei dem es sich um mehr oder weniger reflektierte Tötungsversuche von Kindesmüttern handelt, die selbst meistens eine belastete Kindheit gehabt hätten. Bei den Kindern Enya und Justin wurde im Krankenhaus ein „reduzierter“, bzw. „mäßiger“, Allgemein- bzw. Pflegezustand festgestellt. Außerdem wurde der Angeklagten mittlerweile die elterliche Sorge für alle 4 überlebenden Kinder entzogen. Vor diesem Hintergrund drängte es sich auf, dass der bisherige Lebensweg der Angeklagten, insbesondere mögliche Risikofaktoren in ihrer

Entwicklung sowie ihre persönliche und familiäre Lebenssituation zu den jeweiligen Tatzeiten, von Bedeutung für den Tatvorwurf sein konnte. Die Kammer war daher gehalten, die entsprechenden Feststellungen zu den persönlichen Lebensverhältnissen der Angeklagten zu treffen und im Urteil mitzuteilen.

2. Auch die Beweiswürdigung als solche hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. (Wird ausgeführt.)

### 35. Rechtsmittelverzicht nach Urteilsabsprache

StPO §§ 341 I, 261

Ist nach dem Urteil, dem eine Absprache zugrunde liegt, die erforderliche qualifizierte Rechtsmittelbelehrung unterblieben, so ist ein gleichwohl erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam. Der Verurteilte kann in diesem Fall noch Rechtsmittel einlegen, allerdings nur innerhalb der Rechtsmittelleinlegungsfrist. (Ls d. Schriftlg.)

BGH, Beschl. v. 25. 6. 2008 – 4 StR 246/08 (LG Bochum)

Zum Sachverhalt: Die Revision des wegen Betruges verurteilten Angekl. wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das LG hat den Angekl. in dessen Anwesenheit am 24. 9. 2007 wegen Betruges in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung sowie ferner wegen Hehlerei zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je 10 € verurteilt. Im Anschluss an die Urteilsverkündung erklärte der Angekl. nach Rechtsmittelbelehrung, dass er auf Rechtsmittel gegen das soeben verkündete Urteil verzichte. Die Erklärung wurde vorgelesen und genehmigt. Die Verteidiger des Angekl. und der Vertreter der StA erklärten ebenfalls Rechtsmittelverzicht.

Nunmehr hat der Angekl. mit persönlichem Schreiben vom 31. 3. 2008 entsprechend seiner dem Schreiben beigelegten „Eidstattlichen Versicherung“ den Rechtsmittelverzicht widerrufen und zur Begründung ausgeführt, seine Anwälte hätten den Rechtsmittelverzicht sowie sein angebliches Geständnis „durch Erpressung, Nötigung, Mobbing u. a.“ ohne seine Zustimmung für ihn abgegeben.

Der Senat wertet das Schreiben des Angekl. vom 31. 3. 2008 als Revisionseinlegung. Das Rechtsmittel erweist sich indes als unzulässig.

Die Unzulässigkeit folgt allerdings nicht bereits aus dem vom Angekl. im Anschluss an die Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzicht. Denn dieser Rechtsmittelverzicht war nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht wirksam, da dem Urteil eine Urteilsabsprache zu Grunde lag, ausweislich des Sitzungsprotokolls aber die erforderliche qualifizierte Rechtsmittelbelehrung unterblieben ist (BGHSt – GS 50, 40f.). Die Revision ist jedoch unzulässig, da sie verspätet, nämlich nach Ablauf der Wochenfrist des § 341 I StPO eingelegt wurde. Der GBA hat hierzu ausgeführt:

„Ist eine gebotene qualifizierte Belehrung unterblieben und deshalb der Rechtsmittelverzicht des Verurteilten nicht wirksam erfolgt, kann er zwar noch Rechtsmittel einlegen, allerdings nur innerhalb der Rechtsmittelleinlegungsfrist (BGH Beschl. v. 12. 7. 2006 – 1StR 158/06; v. 26. 10. 2005 – 1 StR 435/05; v. [19.] 4. 2005 – 5 StR 586/04; und v. 11. 5. 2005 – 5 StR 124/05). Einer unbefristeten Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, steht entgegen, dass die Frage der Rechtskraft durch eine klare Fristenregelung eindeutig geklärt sein muss und durch die Rechtsmittelleinlegungsfrist geklärt ist. Der Rechtsmittelberechtigte, der einen Rechtsmittelverzicht erklärt, nachdem ihm die Rechtsmittelbelehrung ohne qualifizierte Belehrung erteilt wurde, darf nicht besser stehen, als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat (BGHSt 50, 40, 62). Verspätungsgründe, die eine Wiedereinsetzung von Amts wegen ermöglichen könnten, sind nicht



gegeben. Auch käme eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Rechtsmittleinlegung gemäß § 44 S. 1 StPO – die hier nicht beantragt wurde – deshalb nicht in Betracht, weil einerseits die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO für die unterbliebene qualifizierte Belehrung nicht zur Anwendung kommt (BGH Beschl. v. 20. 9. 2005 – 5 StR 354/05). Andererseits konnte der Angekl. nicht glaubhaft machen (§ 45 II StPO), dass er aufgrund unstatthafter Einwirkungen auf Rechtsmittel verzichtet und ein solches daher nicht fristgerecht eingelegt hat, weil er sich unverschuldet zu Unrecht daran gebunden hielt. Die Richtigkeit des Vorbringens des Angekl. zum Zustandekommen des Rechtsmittelverzichts ergibt sich weder aus dem Urteil noch aus dem Hauptverhandlungsprotokoll. Der Vorsitzende Richter und der beteiligte Staatsanwalt sind den Behauptungen des Verurteilten ausdrücklich entgegengetreten. Die als Anlage zum Schreiben vom 31. 3. 2008 vorgelegte eidessstattliche Versicherung belegt den beanstandeten Vorgang ebenfalls nicht (vgl. dazu Meyer-Göfner 51. Aufl., § 45 Rn 8/9).

Dem stimmt der Senat zu (vgl. auch Senatsbeschl. v. 5. 6. 2008 – 4 StR 207/08).

Kv.

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. auch Mosbacher JuS 2007, 724 sowie die Anm. Gössel JR 2008, 83; König StV 2007, 460 und Meyer HRSt 2005, 235.

### 36. In Adhäsionsverfahren ergangene Entscheidung bei Zurückverweisung des Urteils im Übrigen

StPO § 406 a III 1

Wird auf die Revision der StA ein Urteil im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, bleibt eine zugleich mit der Verurteilung erfolgte Entscheidung über einen Adhäsionsantrag hiervon unberührt; über ihre Aufhebung ist vom neuen Tatrichter auf der Grundlage des Ergebnisses der neuen Hauptverhandlung zu entscheiden.

OLG Hamm, Urt. v. 28. 11. 2007 – 2 StR 477/07 (I. G. Köln)

Zum Sachverhalt: Nach den Feststellungen des LG löstete der Angekl. eine Mitbewohnerin der von ihm bewohnten Mietwohnung nach einem Streit; danach vollzog er an der Leiche sexuelle Handlungen. Das LG hat den Angekl. wegen Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Störung der Totenruhe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt sowie seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und den Vorwegvollzug von zwei Dritteln der Freiheitsstrafe angeordnet; im Adhäsionsverfahren hat es überdies der Nebenkl. Schadensersatz zuerkannt.

Die auf die Sachrüge gestützte Revision der StA hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 4. Obgleich auf die Revision der StA der Schuld- und Rechtsfolgenausspruch des angefochtenen Urteils mit den Feststellungen insgesamt aufzuheben waren, erfasst die Aufhebung die im Adhäsionsverfahren ergangene Verurteilung des Angekl. zur Zahlung von Schadensersatz an die Nebenkl. nicht.

Nach § 406 a III 1 StPO ist die einem Adhäsionsantrag stattgebende Entscheidung aufzuheben, wenn der Angekl. unter Aufhebung der Verurteilung wegen der Straftat, auf welche die Entscheidung über den Antrag gestützt worden ist, weder schuldig gesprochen noch gegen ihn eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wird. Nach ihrem Wortlaut könnte diese Regelung auch eine aufhebende und zurückverweisende Entscheidung des RevGer. erfassen. Dass die Entscheidung über den Adhäsionsantrag von der StA nicht angefochten werden kann, würde in diesem Fall nach dem Wortlaut des § 406 a III 2 StPO einer Aufhebung nicht entgegenstehen.

Zu § 406 a III StPO in der Fassung vor dem Opferrechtsreformgesetz vom 24. 6. 2004 (BGBl. I, 1354) hat der BGH

aber schon entschieden, dass die nicht angefochtene Entscheidung über den Adhäsionsantrag von der Aufhebung des Urteils im Übrigen unberührt bleibt, wenn die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird (BGHSt 3, 210, 211 = NJW 1952, 1347; vgl. auch BGHSt 50, 370 = NJW 2006, 1890, 1891 = NSz 2006, 394). Hieran hat sich durch die Änderung des § 406 a III StPO durch das Opferrechtsreformgesetz vom 24. 6. 2004 nichts geändert. Die Vorschrift hat die zuvor geltende Regelung inhaltlich übernommen und sie nur redaktionell an die Neufassung des § 406 I 1 StPO angepasst (vgl. BT-Dr 15/1976, S. 17). Gegen eine Erstreckung der Aufhebung bei Zurückverweisung der Sache durch das RevGer. spricht vor allem, dass in diesem Fall eine endgültige Sachentscheidung über die der Adhäsionsentscheidung zu Grunde liegende Straftat nicht getroffen wird. Eine Durchbrechung der Rechtskraft jener Entscheidung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn ihr durch endgültigen Wegfall der strafrechtlichen Verurteilung die Grundlage entzogen wird. Eine Aufhebung der Adhäsionsentscheidung ist daher dem Tatrichter vorbehalten; im Revisionsverfahren kommt sie nur in Betracht, wenn das RevGer. in der Sache selbst entscheidet (so auch LR-Hilger 25. Aufl., § 406 a Rn 11).

Anm. d. Schriftlfg.: Allgemein zum Opferrechtsreformgesetz 2004 (BGBl. I, 1354), s. Ferber NJW 2004, 2562.

### 37. Anfechtbarkeit der Ablehnung der Beordnung eines Zeugenbeistands

StPO § 68 b S. 4

Die Regelung des § 68 b S. 4 StPO, nach der eine Entscheidung über die Beordnung eines Zeugenbeistands der Aufhebung entzogen ist, gilt sowohl für stattgebende als auch für ablehnende Entscheidungen. (Ls. d. Schriftlfg.)

OLG Bremen, Beschl. v. 20. 6. 2008 – Ws 69/08 (BL 71/08)

Zum Sachverhalt: Die StRK hat den Angekl. wegen mehrerer Fälle der bandenmäßigen unerlaubten Einfuhr von und des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Sie hatte den früheren Mitangekl. N als Zeugen geladen. Dieser hat beantragt, ihm Rechtsanwalt R als Zeugenbeistand gemäß § 68 b StPO beizunordnen.

Diesen Antrag hat der Vorsitzende der StRK abgelehnt. Gegen den Beschluss hat der Zeuge Beschwerde eingelegt. Das Rechtsmittel wurde als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: II. Die Beschwerde ist unzulässig, da das Gesetz durch § 68 b S. 4 StPO die Entscheidung des Vorsitzenden über die Beordnung eines Zeugenbeistandes ausdrücklich einer Anfechtung entzogen hat (§ 304 I StPO).

Die Regelung des § 68 b S. 4 StPO formuliert eindeutig, dass die Entscheidung des Vorsitzenden über die Beordnung eines Zeugenbeistandes unanfechtbar ist. Dass mit dieser Formulierung nur die positive, eine Beordnung aussprechende Entscheidung gemeint ist, eine ablehnende Entscheidung aber angefochten werden kann, wie der Bf. meint, lässt sich dem Wortlaut gerade nicht entnehmen.

Auch die Gesetzessystematik spricht gegen die vom Bf. unter Hinweis auf die Kommentierung von Senge zu § 68 b StPO (KK-Senge 5. Aufl., § 68 b Rn 11) vertretene Auffassung. Zu Recht hat bereits die GenStA Bremen in ihrer Stellungnahme vom 3. 6. 2008 darauf hingewiesen, dass eine Einschränkung der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung in den Vorschriften des Strafverfahrensrechts eindeutig zum Ausdruck gebracht wird. So heißt es z. B. in § 46 II StPO hinsichtlich der Wiedereinsetzungsentscheidung, dass diese keiner Anfechtung unterliegt, wenn sie dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben hat. Gegen die verwerfende Entscheidung ist dagegen gemäß § 46 III StPO die sofortige Be-



## StPO § 261

(Urteilsabsprache über Schuldspruch)

Eine im Einverständnis der Beteiligten getroffene Vereinbarung über die Verfahrensbeendigung darf sich weder über das auch verfassungsrechtliche Gebot umfassender Wahrheitsermittlung noch über das Gebot gerechten Strafans hinwegsetzen. Geschieht dies – ggf. unter gleichfalls unzulässiger informeller Verabredung eines Rechtsmittelverzichts – gleichwohl, so sind solche Ergebnisse der rechtsstaatlichen Aufgaben gleichmäßiger und gerechter Strafverfolgung abträglich und geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Strafjustiz zu erschüttern (hier: Absprache einer Verurteilung wegen Raubes mit Todesfolge bei Anklage wegen Mordes).

*BGH* Beschl. v. 5. 12. 2008 – 2 StR 495/08 (SchwG Darmstadt)

1. ♦ **Aus den Gründen:** 1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen dessen Zulässigkeit bereits Bedenken bestehen, ist jedenfalls unbegründet, denn der Bf. hat auf die Einlegung von Rechtsmitteln gem. § 302 StPO wirksam verzichtet. Er wurde im Anschluß an die Verkündung des auf einer mit seiner Zustimmung zustande gekommenen Absprache beruhenden Urteils vom Vors. qualifiziert belehrt. Nach Rücksprache mit seinem Verteidiger hat er sodann auf die Einlegung von Rechtsmitteln ausdrücklich verzichtet. Die Unwirksamkeit dieser Erklärung ist weder in dem Wiedereinsetzungsantrag dargelegt noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Soweit mit dem Antrag vorgetragen wird, der Angekl. sei »überfordert« gewesen, ist damit eine zur Unwirksamkeit des Verzichts führende Einschränkung der Verhandlungsfähigkeit nicht behauptet. Anhaltspunkte für einen unzulässigen Zwang bei Abgabe der Verzichtserklärung sind nicht gegeben.
2. Die Revision war daher gem. § 340 Abs. 1 StPO als unzulässig zu verwerfen.
3. Der Senat merkt an:
4. Anklage und Eröffnungsbeschl. legten den Angekl. einen gemeinschaftlich begangenen Mord zur Last. Das LG hat in der Hauptverhandlung Anlaß gesehen, einen rechtlichen Hinweis auf die Möglichkeit des Vorliegens weiterer Mordmerkmale zu erteilen.
5. Nach den Feststellungen der Urteilsgründe war den Angekl. bewußt, daß das von ihnen zur Durchführung des Raubs gefesselte und geknebelte Tatopfer ersticken konnte; »dies war ihnen aber gleichgültig, da sie sich einen zeitlichen Vorsprung verschaffen wollten«.
6. Die Verurteilung nur wegen Raubs mit Todesfolge, bei *fahrlässiger* Verursachung des Todes, ist unverständlich und offensichtlich rechtsfehlerhaft. Sie beruht auf einer Verfahrensabsprache, deren Inhalt der Vors. nach dem Protokoll der Hauptverhandlung wie folgt dargestellt hat:  
»Vor Beginn der Hauptverhandlung fand ein Gespräch über eine vorzeitige Beendigung des Verfahrens statt. Dies mag überraschen. Gleichwohl war dies bereits zu Beginn des Verfahrens angezeigt, weil die Aktenlage eine solche Vorgehensweise aufdrängte, dies im Hinblick auf die geständigen Einlassungen beider Angekl. Unter Berücksichtigung dessen konnte zwischen allen Verfahrensbeteiligten und der Kammer die gebotene zügige Beendigung des Verfahrens ins Auge gefaßt werden im Falle einer Verurteilung mit einer Freiheitsstrafe gegen beide Angekl. in Höhe von höchstens 12 J. und einer Unterbringung nach § 64 StGB, dies unter der Voraussetzung, daß sich beide Angekl. des mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge gem. § 249, 250, 251 StGB schuldig gemacht haben.«
7. Im Anschluß an diese Erklärung des Vors. ließen die Angekl. erklären:  
»Wir sind mit einer solchen Vorgehensweise einverstanden. Das Urteil ist schmerzhaft für uns, aber als Sühne für das von uns begangene Unrecht in dieser Höhe angemessen.«
8. Der Schuldspruch und der Rechtsfolgenauspruch von 12 J.

Freiheitsstrafe entsprachen den übereinstimmenden Anträgen von StA, Verteidigern und Nebenkl.vertreter.

Nach der st. Rspr. des *BGH* ist eine Absprache, die auf einem »Vergleich« über den *Schuldspruch* gerichtet ist, rechtswidrig und unzulässig (vgl. *BGISt* 43, 195, 204; 50, 40, 50; *BGH*, Urf. v. 16. 6. 2005 – 3 StR 338/04, bei *Becker* NSTZ-RR 2007, 2).

Eine im Einverständnis der Beteiligten getroffene Vereinbarung über die Verfahrenserkennung darf sich weder über das auch verfassungsrechtliche Gebot der umfassenden Wahrheitsermittlung noch über das Gebot gerechten Strafans hinwegsetzen. Geschieht dies – ggf. unter gleichfalls unzulässiger informeller Verabredung eines Rechtsmittelverzichts – gleichwohl, so sind solche Ergebnisse der Erfüllung der rechtsstaatlichen Aufgaben gleichmäßiger und gerechter Strafverfolgung abträglich und geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Strafjustiz zu erschüttern.

Vorliegend war nicht ersichtlich, welche Anliegen der Verfahrensökonomie es in dem tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fall hätten nahelegen können, die zitierte Vereinbarung zu treffen. Die Einholung und Protokollierung von Erklärungen zum Rechtsmittelverzicht durch den Sitzungsvertreter der StA, die Nebenklagevertreterin, die Angekl. und ihre Verteidiger, war nicht nahe liegend.

## StPO § 261

(Beweiswürdigung bei Belastung durch Mitangeklagten)

1. Ein für den Angeklagten ungünstiger Sachverhalt darf nicht festgestellt werden, wenn vernünftige Zweifel an der Zuverlässigkeit der den Angeklagten belastenden Beweismittel bestehen. Vernünftige Zweifel können besonders dann auftreten, wenn ein Angeklagter allein oder überwiegend durch die Angaben eines Mitangeklagten belastet wird, zumal wenn es nahe liegt, daß der Mitangeklagte sich durch die den anderen belastende Aussage selbst entlasten will.
2. Der Einlassung eines Angeklagten in Form der Verlesung einer schriftlichen Erklärung über den Verteidiger kommt nur ein begrenzter Beweiswert zum Nachteil Dritter zu, zumal ein Angeklagter nicht der Wahrheitspflicht von Zeugen unterliegt.
3. Dem Umstand, daß Einlassungen von Angeklagten in der Hauptverhandlung weitestgehend übereinstimmen und sich ergänzen, hat nur einen eingeschränkten Beweiswert, wenn angesichts des fortgeschrittenen Stadiums des Verfahrens die Möglichkeit zur Abstimmung der Einlassungen bestand.
4. Hat ein früherer, den Angeklagten belastender Mitangeklagter bei seiner späteren Zeugenvernehmung von seinem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch gemacht, muß sich das Urteil damit auseinandersetzen, inwieweit aus dieser Auskunftsverweigerung Schlüsse zugunsten des Angeklagten gezogen werden können.

*BGH* Beschl. v. 25. 11. 2008 – 5 StR 491/08 (I.G Berlin)

♦ **Aus den Gründen:** (...)

- I. 1. Das LG hat hinsichtlich der Tat v. 31. 7. 2007 folgende Feststellungen getroffen:  
Der 43-jährige Angekl., bei dem eine deutliche intellektuelle Einschränkung (IQ zwischen 58 bis 63) und Hinweise auf eine organisch bedingte Hirnleistungsschwäche bestehen, beschloß spätestens im Juli 2007, den »Reiseshop R.« zu überfallen. Aufgrund einer früheren eigenen Tätigkeit in dem Geschäft und seiner seit mehreren Jahren bestehenden Freundschaft mit dem Geschädigten, einem dort angestellten Verkäufer, wußte er, daß die Tageseinnahmen in einem Tresor im Büroraum des Geschäfts aufbewahrt werden und sich vor allem gegen Ende des Monats in der Regel dort eine größere Geldmenge befindet. Er sprach den ihm bekannten gesondert verfolgten Y. an. Mit der wahrheitswidrigen Behauptung, daß der Geschädigte ihm Geld schulde, fragte er Y., ob dieser mit seinen Bekannten bereit wäre, ihm gegen eine Be-



eines Eildienstes für richterliche Ermittlungshandlungen im Bußgeldverfahren bei weiteren Amtsgerichten neben dem AG am Sitz der StA ist bei dieser Lösung allerdings in Kauf zu nehmen. Das ist auch deshalb akzeptabel, weil die Beantragung von Ermittlungshandlungen, noch dazu im Eilfall, im Bußgeldverfahren weniger häufig vorkommen dürfte als im Strafverfahren. Die tatsächliche Belastung für kleinere Amtsgerichte durch die weiterhin notwendige Aufrechterhaltung eines Eildienstes für Ermittlungshandlungen im Bußgeldverfahren wird sich daher in Grenzen halten<sup>13</sup>. Die Notwendigkeit eines richterlichen Eildienstes im Sinne einer Rufbereitschaft außerhalb der Dienstzeiten auch bei kleineren Amtsgerichten überhaupt ergibt sich im Übrigen ohnehin auch weiterhin aus anderen Verfahrensordnungen, so beispielsweise für Unterbringungen nach § 1906 BGB, aus § 70 h FGG sowie zu Zwecken der Gefahrenabwehr aus den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker (PsychKG).

Richter am LG Dr. Sven Harms, Berlin/Oldenburg\*

13) Allerdings taucht eine parallele Problematik auch im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren auf (vgl. § 399 I AO).

\* Der Verf. ist Richter am LG und derzeit als Referent im Referat R B 3 (strafrechtliches Ermittlungsverfahren, Zwangsmaßnahmen) an das BMJ abgeordnet. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verf. wieder.

## 24. Beweiswürdigung bei Verfahrensabsprache; Schadensberechnung

StPO §§ 261, 244 II

1. Es ist unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte im Rahmen einer Verfahrensabsprache geständig zeigt. Es ist deshalb zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt.

2. Zu den Anforderungen an die Schadensberechnung bei betrügerischen Geschäften. (Ls d. Schriftlgt.)

BGH, Beschl. v. 11. 12. 2008 - 3 StR 21/08 (LG Düsseldorf)

Zum Sachverhalt: Nach den Feststellungen des LG belieferte der Angekl. als Diamantengroßhändler in der Zeit vom 16. 6. 1995 bis November 1997 die E-GmbH und in der Zeit vom 8. 2. 1996 bis 29. 1. 2001 die B-GmbH sowie die G-GmbH mit Diamanten. Das „Geschäftsmodell“ dieser Firmen bestand darin, über besonders geschulte Telefonverkäufer Diamanten als Geldanlage anzubieten. Diese gingen wie folgt vor: Den Kunden wurden zunächst kleine weiße Diamanten zu angemessenen Preisen verkauft, verbunden mit der Zusicherung, diese Steine innerhalb einer bestimmten Frist zu einem den Kaufpreis übersteigenden Festpreis zurück zu kaufen, falls der Kunde dies wünsche. Auf diese Weise sollte den Kunden eine tatsächlich mit Diamanten nicht realisierbare Wertsteigerung vorgetauscht werden, um sie so zu weiteren Diamantenkäufen zu verleiten. Bei diesen Folgegeschäften wurden den Kunden - nunmehr ohne Rückgabegarantie - größere Diamanten in Gelb- und Brauntönen mit dem wahrheitswidrigen Hinweis, diese seien seltener und deshalb wertvoller als die weißen Steine, zu deutlich überhöhten Preisen zum Kauf angeboten. Die Telefonverkäufer der E-GmbH schlossen mit insgesamt 19 Kunden, die Verkäufer der beiden anderen Firmen mit 88 Kunden zum Teil mehrere Verträge über den Kauf von Diamanten. Den Kunden der E-GmbH soll durch dieses Geschäftsgebarung ein Gesamtschaden i. H. v. 65 000 €, den Kunden der beiden anderen Firmen ein solcher i. H. v. mindestens 650 000 € entstanden sein.

Das LG hat die Diamantengeschäfte der E-GmbH einerseits und der beiden anderen Firmen andererseits als jeweils eine einheitliche Betrugstat gewertet. Zu diesen Taten habe der Angekl. jeweils Beihilfe geleistet, da er die betrügerische Geschäftspraxis der Firmen gekannt und „deren Existenz“ durch die Belieferung mit seinen Diamanten unterstützt habe.

Das LG hat den Angekl. wegen Beihilfe zum Betrug in 2 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 300 € verurteilt.

Hiergegen wandte sich der Angekl. mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hatte in vollem Umfang Erfolg.

Aus den Gründen: 2. Das angefochtene Urteil unterliegt insgesamt der Aufhebung. Es genügt in mehrfacher Hinsicht nicht den Mindestanforderungen, die an die Urteilsgründe auch dann zu stellen sind, wenn die Entscheidung, wie hier, auf der Grundlage einer Verfahrensabsprache ergangen ist; es weist daher Rechtsfehler auf, die sich auch zum Nachteil des Angekl. ausgewirkt haben können.

Das deutsche Strafprozessrecht wird von dem Grundsatz beherrscht, dass die Gerichte von Amts wegen den wahren Sachverhalt aufzuklären haben (§ 244 II StPO). Auf dieser Grundlage (§ 261 StPO) ist der Schuldpruch zu treffen und sind die entsprechenden Rechtsfolgen festzusetzen. Dieser Grundsatz darf - schon wegen der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 III GG) - nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden (vgl. BGH NSZ-RR 2007, 307, 309). Es ist daher unzulässig, dem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angekl. im Rahmen einer Verfahrensabsprache geständig zeigt. Allein seine Bereitschaft, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zur Aufklärung und Darlegung des Sachverhalts, soweit dies für den Tatbestand der dem Angekl. vorgeworfenen Gesetzesverletzung erforderlich ist. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt (vgl. BGHSt 50, 40, 49 f.; BGH NSZ-RR aaO). Diese Grundsätze sind im vorliegenden Fall missachtet worden.

a) Der Schuldpruch hält aus folgenden Gründen richtiger Überprüfung nicht stand:

aa) Das Urteil lässt schon nicht erkennen, dass der Angekl. die betrügerischen Handlungen der von ihm belieferten Firmen tatsächlich gefördert hat. Es fehlt an der Feststellung, dass sich die verfahrensgegenständlichen Diamantenverkäufe auf Steine bezogen, die aus Lieferungen des Angekl. stammten. Dies versteht sich nicht von selbst, da die Urteilsgründe nicht ergeben, dass die die Endverkäufe tätigen Firmen im Tatzeitraum ausschließlich vom Angekl. mit Diamanten beliefert wurden.

bb) Darüber hinaus sind die vom LG festgestellten Betrugstaten, die der Angekl. gefördert haben soll, nicht mit Tatsachen belegt. Das LG stützt zwar seine Überzeugungsbildung auf das vom Angekl. in der Hauptverhandlung abgelegte Geständnis. Dem Urteil kann aber nicht in einer für das RevGer. nachvollziehbaren Weise entnommen werden, dass das Geständnis diese Feststellungen trägt (vgl. BGHSt 50, 40, 49 f.). Die StRK hat lediglich pauschal auf das vom Angekl. nach der Verfahrensabsprache abgegebene Geständnis verwiesen, ohne dessen Inhalt wiederzugeben. Es ist jedoch nicht zu erkennen, dass der Angekl., der nach den Feststellungen des LG nur als Zulieferer der betrügerisch handelnden Firmen tätig wurde, jedoch in deren Geschäftstätigkeit mit den Endkunden nicht eingebunden war, aus eigener Wahrnehmung und aus eigenem Wissen zu den Einzelheiten der festgestellten Diamantenverkäufe an insgesamt 107 Kunden Angaben machen konnte.

Ob einer der vom LG vernommenen Zeugen, auf die in der Beweiswürdigung gleichfalls nur pauschal hingewiesen wird, die Feststellungen zu den Verkaufsgeschäften bestätigt hat, ist ebenso nicht zu ersehen. Eine darüber hinausgehende Beweiswürdigung hat das LG nicht vorgenommen.

b) Desweiteren lassen die Feststellungen besorgen, dass das LG bei den Betrugstaten von einem zu großen Schuldumfang ausgegangen ist und sich dies jedenfalls bei der Strafzumessung zu Lasten des Angekl. ausgewirkt hat.



- 9 a) Das Gericht kann, wenn die Hauptverhandlung gegen mehrere Angekl. stattfindet, einem Angekl., ggf. auch seinem Verteidiger, auf Antrag gestatten, sich während einzelner Verhandlungsteile zu entfernen, wenn er von diesen nicht betroffen ist. In dem Beschl. sind die Verhandlungsteile zu bezeichnen, für die die Erlaubnis gilt (§ 231 c S. 1 und 2 StPO).
- 10 b) Danach ist bereits dann rechtsfehlerhaft in Abwesenheit des Angekl. verhandelt worden (§ 338 Nr. 5 StPO), wenn die in dem Beschl. über die Befreiung festgelegte inhaltliche Begrenzung des Verhandlungsgegenstandes nicht eingehalten worden ist. So liegt es hier bezüglich der Sitzung v. 29. 08. 2007, in der über den im Beschl. bezeichneten Umfang hinaus ein Beweis Antrag entgegengenommen worden und über diesen – in Form der Mitteilung der von der *Kammer* ermittelten Umstände – verhandelt worden ist. Gleiches gilt für die Sitzung v. 15. 11. 2007, in der eine Augenscheinseinnahme stattgefunden hat und zahlreiche Urkunden verlesen worden sind, obwohl sie in dem Beurlaubungsbeschl. keine Erwähnung gefunden haben.
- 11 c) Zudem ist nicht mit Sicherheit auszuschließen, daß der Angekl. von den Verhandlungsteilen, die in seiner Abwesenheit stattgefunden haben, betroffen war. Nicht betroffen wäre er nur gewesen, wenn ausgeschlossen werden könnte, daß die während seiner Abwesenheit behandelten Umstände auch nur mittelbar die gegen ihn erhobenen Vorwürfe berühren (*BGH* NStZ 2009, 400). Dies ist nicht möglich. Sämtliche Beweis anträge dienten dem Ziel, die Verteidigung des die Tatvorwürfe bestreitenden Mitangekl. Manfred F. zu stützen und zur Entlastung dieses Angekl. beizutragen. Die Beweiserhebungen dienten demzufolge dem Zweck, den entlastenden Behauptungen nachzugehen. Manfred F. war des Bandenhandels mit BtM angeklagt. Die Art und das Ergebnis seiner Verteidigungsbemühungen konnten durchaus Bedeutung für den Angekl. gewinnen, der sich zum Zeitpunkt der Beurlaubung ebenfalls bestreitend gegen den Vorwurf der Zugehörigkeit zu eben derselben Bande sowie der Beihilfe zum Bandenhandel mit BtM verteidigt hat.
- 12 d) Der *BGH* hat wiederholt darauf hingewiesen, daß von der Möglichkeit der Beurlaubung nach § 231 c StPO nur äußerst vorsichtig Gebrauch gemacht werden sollte, weil diese Verfahrensmaßnahme leicht einen absoluten Revisionsgrund schaffen kann (*BGH* bei *Holtz* MDR 1979, 807; bei *Miebach* NStZ 1989, 219; *BGH* StPO § 231 c Betroffensein 1; *BGH* NStZ 1981, 111 [= StV 1981, 58]). Dem *Senat* erscheint es ausgeschlossen, von § 231 c StPO im Rahmen eines Strafverfahrens Gebrauch zu machen, das sich gegen mehrere Angekl. wegen bandenmäßiger Begehung von Straftaten richtet.
- 13 4. Der *Senat* bemerkt ergänzend: Der Verfahrensrüge steht nicht entgegen, daß der Angekl. jew. selbst seine Beurlaubung beantragt hat. Dieser kann zwar einen Antrag auf Beurlaubung stellen, darüber hinaus aber über seine Anwesenheitspflicht nicht disponieren. Ob die Voraussetzungen des § 231 c S. 1 StPO vorliegen, hat das Gericht jew. eigenverantwortlich zu prüfen.
- 14 Die Rüge scheitert zuletzt auch nicht daran, daß der Angekl. am 42. Hauptverhandlungstag im Anschluß an eine Höchststrafenzusage der *StK* den Tatvorwurf eingeräumt hat. Die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels und zur Erhebung von Verfahrensrügen bleibt dem Angekl. uneingeschränkt erhalten, auch wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Dies folgt aus dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29. 07. 2009 (*BGBI* I 2353), das – entgegen früheren Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren (vgl. § 337 Abs. 3 StPO-Diskussionsentwurf *BMI*, Stand: 22. 03. 2006; ebenso Gesetzesantrag Niedersachsen *BR* Drucks. 235/06) – nach einer solchen Verfahrensbeendigung keine Einschränkungen hinsichtlich der Rechtsmittelbefugnis vorsieht.

Mitgeteilt von RA Dr. Björn Gercke, Köln.

### StPO §§ 261, 257 c Abs. 4

(Überprüfung des Geständnisses nach dessen Widerruf bei Abspracheurteil)

**Es liegt auf der Hand, daß in der Zusage einer im Vergleich zur letztlich ausgeurteilten Strafe äußerst milden Strafobergrenze ein Anreiz für ein unzutreffendes Geständnis liegen und darin die Erklärung für die Abgabe eines (unrichtigen) Geständnisses zu finden sein kann.**

**Im Falle des Widerrufs eines Geständnisses ist ein solches Motiv für ein möglicherweise unzutreffendes Geständnis umso mehr zu erörtern, wenn die Schere zwischen der verhängten Strafe und der zunächst in Aussicht gestellten Strafobergrenze nicht ohne weiteres erklärlich ist.**

*BGH* (Beschl. v. 22. 07. 2009 – 5 StR 238/09 (LG Hamburg))

- ◆ **Aus den Gründen:** Das *LG* hat den Angekl. wegen besonders schwerer Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in zwei tateinheitlichen Fällen zu einer Freiheitsstrafe von 5 J. 9 M. verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit seiner Revision, die mit der Sachrüge Erfolg hat.
1. Das *LG* hat folgende Feststellungen getroffen:
- 2 In den Abendstunden des 10. 09. 2008 kam der betrunkene Angekl. an einem Kiosk mit den beiden 15 bzw. 17 J. alten Nebenkl. ins Gespräch. Diese begleiteten ihn in seine Wohnung, wo sie sich gemeinsam amüsierten. Als der Angekl. abgelegtes Geld nicht wiederfand, beichtigte er die Mädchen des Diebstahls. Er wurde wütend und schlug diese in das Gesicht. Nunmehr kehrte die Lebensgefährtin des Angekl. in die Wohnung zurück und verdächtigte die Mädchen, auch ihre Pflegeprodukte eingesteckt zu haben. Sie und der Angekl. schlugen jetzt abwechselnd auf die Nebenkl. ein.
- 3 Jetzt faßte der Angekl. den Entschluß, die Mädchen für sexuelle Handlungen zu mißbrauchen. Er schloß sie in das Wohnzimmer ein und sprach unter Vorhalt eines Messers mit einer 30 Zentimeter langen Klinge Todesdrohungen gegen sie aus. Im Rahmen des sich anschließenden, mehrere Stunden währenden Geschehens erzwang der Angekl. auf diese Weise von der 17 J. alten Nebenkl. mehrfach Oral- und Vaginalverkehr. Die jüngere Nebenkl. veranlaßte er, an ihm den Oralverkehr auszuüben; zweimal versuchte er zudem, sein Glied in ihre Scheide einzuführen, nahm jedoch wegen ihres Weinens und der Erklärung, es sei für sie das »erste Mal«, davon Abstand. Auch seine Lebensgefährtin bezog der Angekl. in die sexuellen Handlungen mit ein. Sie kam den Anforderungen nach, weil er auch ihr das Messer vorhielt und sie Angst vor dem ihr als gewalttätig bekannten Angekl. hatte. Er zwang die Frauen, sich zu küssen und an sich untereinander den Oralverkehr auszuführen.
- 4 Bei diesen Taten war der Angekl. alkoholbedingt in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich vermindert.
- 5 2. Auch eingedenk des nur eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfungsmaßstabes (vgl. *BGH* NJW 2007, 384, 387 [= StV 2007, 59]; insoweit in *BGHSt* 51, 144 nicht abgedruckt [= StV 2007, 59]) erweist sich die Beweiswürdigung des *LG* als durchgreifend rechtsfehlerhaft.
- 6 Das *LG* stützt seine Überzeugung von dem festgestellten Tatgeschehen auch auf ein durch den Angekl. später widerrufenes Geständnis. Dem Umstand, daß dieser für eine frühere unzutreffende geständige Einlassung keine »plausible Erklärung« habe abgeben können, mißt das *LG* »indiziellen Charakter« bezogen auf die Richtigkeit der Angaben der Nebenkl. bei.
- 7 Die Auseinandersetzung mit dem wechselnden Aussageverhalten des Angekl. weist jedoch gravierende Lücken auf. Angesichts des in den Urteilsgründen geschilderten Verfahrensgangs, der zur Abgabe jenes Geständnisses geführt hat, hätte sich eine Erörterung eines rein prozeßtaktischen Motivs für die Abgabe eines Geständnisses aufgedrängt. Zugrunde liegt folgendes Geschehen:
- 8 Der Angekl. hatte den Einsatz von Nötigungsmitteln von Anfang an abgestritten und einverständliche sexuelle Handlungen vonseiten der Nebenkl. und seiner Lebensgefährtin behauptet.
- 9



Nach der Vernehmung der Lebensgefährtin und der Nebenkl. in der Hauptverhandlung sicherte die *StRK* dem Angekl. im Rahmen eines Verständigungsversuchs zu, für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze von 4 J. nicht zu überschreiten. Der Angekl. gab nach Beratung mit seiner Verteidigerin ein umfassendes Geständnis ab. In seinem letzten Wort behauptete er hingegen wieder, die Nebenkl. hätten die sexuellen Handlungen freiwillig durchgeführt. Nach daraufhin erfolgtem Wiedereintritt in die Beweisaufnahme widerrief er sein Geständnis substantiiert. Er habe seine geständige Einlassung nur abgegeben, weil ihm seine Verteidigerin gesagt habe, daß er andernfalls eine höhere Strafe bekomme. Das *LG* erteilte den Hinweis, sich an seine Zusage der Strafobergrenze nicht mehr gebunden zu fühlen, und verurteilte den Angekl. zu der dem nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 177 Abs. 4 StGB entnommenen Freiheitsstrafe von 5 J. 9 M.

- 10 Diese Entwicklung stellt das *LG* zwar bei der Schilderung des Aussageverhaltens des Angekl. dar. Bei der Würdigung des uneingeschränkt vorgetretenen Geständnisses setzt es sich damit aber nicht auseinander. Es liegt indessen auf der Hand, daß in der Zusage der im Vergleich zur letztlich ausgeurteilten Strafe äußerst milden Strafobergrenze und in dem hierdurch ausgelösten Geständnisreiz die von der *StRK* vermittelte Erklärung für die Abgabe des Geständnisses zu finden sein kann. Dieses Motiv für ein möglicherweise unzutreffendes Geständnis hätte umso mehr deshalb erörtert werden müssen, weil die Schere zwischen der – für sich genommen nicht rechtsfehlerhaft begründeten – verhängten Strafe und der zunächst in Aussicht gestellten Strafobergrenze nicht ohne weiteres erklärlich ist. Die Beweisaufnahme war zum Zeitpunkt des Geständnisses bereits weitgehend abgeschlossen.
- 11 Der *Senat* kann nicht ausschließen, daß die *StRK* zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es das denkbare Motiv für ein möglicherweise unzutreffendes Geständnis berücksichtigt hätte. Denn sie hat ausdrücklich auf das Fehlen einer »plausiblen Erklärung« für ein falsches Geständnis abgestellt. Ob – wofür vieles spricht – die Beweislage auch ohne Berücksichtigung des widerrufenen Geständnisses eine tatrichterliche Überzeugungsbildung getragen hätte, ist nicht zu bewerten. Die *StRK* stützt ihre Überzeugung nämlich gerade auch auf das Geständnis.
- 12 3. Das neue Tatgericht wird für die Frage der Verwertbarkeit des Geständnisses das im Zeitpunkt der Beschlußfassung durch den *Senat* noch nicht in Kraft getretene Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BT-Drucks. 16/12310) zu beachten haben. Nach § 257 c Abs. 4 S. 3 StPO neuer Fassung gilt für ein im Rahmen einer fehlgeschlagenen Verständigung abgelegtes Geständnis ein Verwertungsverbot (dazu *Meyer-Göfner*, StPO 52. Aufl. Ergänzungsheft § 257 c Rn. 28).

**Ann. d. Red.:** Siehe zum Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600.

+ StPO §§ 100 a, 100 c, 100 d, 100 f, 160 Abs. 2, 304 Abs. 1; GVG §§ 74 a Abs. 4, 120 Abs. 4 S. 2

(Unzulässigkeit der Beschwerde der Staatsanwaltschaft; Aufspielen von Entschlüsselungssoftware mittels Trojaner)

**Zulässigkeitsvoraussetzung eines Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft ist, daß nach deren Auffassung die angefochtene gerichtliche Entscheidung sachlich oder rechtlich unrichtig ist. Maßgeblich hierfür ist grundsätzlich die Entscheidungsformel; aufgrund besonderer Rechtsvorschriften oder -sätze können die Entscheidungsgründe bestimmend sein.**

**Zur daraus folgenden Unzulässigkeit einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen ihren Antrag auf akustische**

**Wohnraumüberwachung (§ 100 c StPO) ablehnenden Beschluß des Landgerichts, wenn die Staatsanwaltschaft als alleinige Eingriffsgrundlage § 100 a StPO crachtet, aber zuvor ihr Antrag auf Telekommunikationsüberwachung (hier: Installation einer Entschlüsselungs-Software zur Überwachung des über Internet geführten Telekommunikationsverkehrs) nach Ausschöpfung des Beschwerdeweeges erfolglos geblieben ist.**

*Hans. OLG Hamburg*, Beschl. v. 12. 11. 2007 – 6 Ws 1/07

♦ **Aus den Gründen:** I. In einem durch die StA Hamburg wegen des Verdachtes von drei BtMverbrechen geführten Ermittlungsverfahren hat das *LG Hamburg*, Gr. *StRK* 29, mit Beschwerdebeschlüssen v. 17. 8., 14. 9. und 26. 10. 2007 gem. § 100 a StPO die Überwachung und Aufnahme des Telekommunikationsverkehrs »einschließlich der gesamten DSL-Daten, mithin sämtlicher Telekommunikationsformen wie Internet etc.« bezüglich eines näher bezeichneten Anschlusses des Besch. zu 1. bis (zuletzt) 26. 11. 2007 angeordnet.

Da nach den im Zuge der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse der Besch. zu 1. über diesen Anschluß ein- und ausgehende Internet-Telefonate mittels eines Verschlüsselungsprogrammes führt, hat die StA bei dem *AG Hamburg* auf Ermächtigung angetragen, »diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Telekommunikation in unverschlüsselter Form zu überwachen; gestattet wird insofern auch die Übertragung einer Übertragungssoftware auf das Endgerät des Besch. und die Nutzung auch im Wege einer Fernsteuerung«. Gegen den ablehnenden Beschl. d. *AG* v. 26. 9. 2007 hat die StA Beschwerde eingelegt. Das *LG Hamburg* Gr. *StRK* 29, hat mit Beschl. v. 1. 10. 2007 die Beschwerde verworfen, weil – sofern trotz begehrten Eingriffes vor bzw. nach dem zwischen Anrufer und Angerufenem erfolgenden Übermittlungsvorgang überhaupt Telekommunikation i. S. d. § 100 a StPO betroffen sei – diese Vorschrift als Rechtsgrundlage wegen Eingriffes nicht allein in den Schutzbereich des Art. 10 GG, sondern angesichts der Überspielung der Entschlüsselungssoftware auf den in der Wohnung des Besch. befindlichen Rechner auch in den Schutzbereich des Art. 13 GG nicht ausreiche, weil auch keine Annexkompetenz zu § 100 a StPO gegeben sei, weil § 100 f StPO den Einsatz technischer Mittel nur außerhalb von Wohnungen erlaube, weil eine Kombination der Eingriffsermächtigungen aus §§ 100 a, 100 f StPO unzulässig sei und weil – falls der Anwendungsbereich der akustischen Wohnraumüberwachung nach § 100 c StPO betroffen sei – der *Kammer* als Beschwerdegericht die besondere Zuständigkeit nach §§ 100 d Abs. 1 S. 1 StPO i. V. m. 74 a Abs. 4 GVG fehle.

Daraufhin hat die StA am 8. 10. 2007 unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihrer Auffassung, Rechtsgrundlage für die Überwachung verschlüsselter Internettelefonie mittels Ausleitung der überwachten Gespräche durch Aufspielen einer Entschlüsselungssoftware per »Trojaner« auf das Endgerät sei allein § 100 a StPO, bei der gem. §§ 100 d Abs. 1 S. 1 StPO, 74 a Abs. 4 GVG zuständigen Gr. *StRK* 23 des *LG Hamburg* beantragt, »gem. §§ 100 c Abs. 1, 2 Nr. 4 b, Abs. 3 S. 1, 100 d Abs. 1, Abs. 2 StPO das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes in der Wohnung des Besch. ... bis zum 26. 10. 2007 anzuordnen wie folgt: Es wird über das Internet eine Software auf den von dem Besch. in seiner Wohnung ... genutzten Computer installiert, welche es ermöglicht, den von dem Besch. mit Dritten über Internet geführten Telekommunikationsverkehr zu überwachen und auf Ton- und Schriftträger aufzuzeichnen, dies ausschließlich zu dem Zwecke, die Umsetzung des Beschl. des *LG Hamburg* ... v. 14. 9. 2007 zu ermöglichen«. Die angerufene *Kammer* hat mit Beschl. v. 11. 10. 2007 den Antrag »auf Anordnung des Abhörens und Aufzeichnens des nicht öffentlich gesprochenen Wortes in der Wohnung des Beschuldigten« abgelehnt, weil der Anwendungsbereich der akustischen Wohnraumüberwachung nach § 100 c StPO weder dem unmittelbaren Wortlaut noch erweiternder Auslegung zufolge betroffen sei, insbes. – anders als von der Regelung des § 100 c StPO intendiert – der Schutzbereich (auch) des Art. 10 GG betroffen sei und eine Verknüpfung der Eingriffsgrundlagen nach §§ 100 a, 100 c StPO gegen die Gebote des Gesetzesvorbehalts, der Normenklarheit und der tatbestandlichen Bestimmtheit verstoße.

Dagegen hat die StA Beschwerde eingelegt und zur Begründung auf ihren Antrag v. 8. 10. 2007 Bezug genommen sowie ausgeführt,



## StPO §§ 257c, 358

Für die verständigte Strafobergrenze gilt das Verschlechterungsverbot (Red).

BGH, Beschl. v. 24.2.2010 – 5 StR 38/10 (LG Bremen)

2. [Der] Schuldspruch des bewaffneten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge [ist] nicht bewiesen. ...

3. Die Sache bedarf demnach neuer Aufklärung und Bewertung.

Dabei wird das – die Anklage freilich nicht erschöpfende – Geständnis des Angekl nicht dem Verwertungsverbot des § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO unterliegen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor. Bei Einhaltung der auch vom Angekl im Rahmen der Verständigung akzeptierten Strafobergrenze führt das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) zu deren Perpetuierung im weiteren Verfahren. Zudem ist bei dem hier zu Lasten des Angekl vom Tatgericht unzulässig offen bewerteten Geständnis nach Korrektur des Wertungsfehlers durch das Revisionsgericht zugunsten des Angekl die „Vertragsgrundlage“ für das Geständnis nicht entfallen (vgl. Meyer-Gofner a.a.O. § 257c Rn 28).

## StPO §§ 257c, 258

Das letzte Wort wird durch eine Verständigung nicht entbehrlich (Red).

BGH, Beschl. v. 4.2.2010 – 1 StR 3/10 (LG München I)

2. ... die Revision [macht] einen Verstoß gegen § 258 Abs. 2 StPO geltend, weil dem Angekl das letzte Wort nicht gewährt worden sei. Nach ihrem ... Vortrag war die Beweisaufnahme geschlossen und die Gelegenheit zum Schlussvortrag des Verteidigers sowie zum letzten Wort des Angekl gegeben worden. Hieran anschließend wurde erneut in die Beweisaufnahme eingetreten und die Frage der Einziehung sichergestellter Betäubungsmittel und weiterer Gegenstände erörtert. Diesbezüglich erklärten sich der Angekl und sein Verteidiger mit deren formloser Einziehung einverstanden. Nach der erneuten Schließung der Beweisaufnahme wiederholten lediglich die StA und der Verteidiger ihre zuvor gestellten Anträge, während dem Angekl keine Gelegenheit gegeben wurde, sich zu äußern.

3. a) Diese Verfahrensweise entsprach nicht dem Gesetz. Denn nach der Rspr. ist dem Angekl gem. § 258 Abs. 2 StPO erneut das letzte Wort zu gewähren, wenn nach dem Schluss der Beweisaufnahme nochmals in die Verhandlung eingetreten worden ist, weil jeder Wiedereintritt den vorausgegangenen Ausführungen des Angekl die rechtliche Bedeutung als Schlussvortrag und letztes Wort nimmt und die erneute Beachtung des § 258 StPO erforderlich macht (BGHSt 22, 278, 279/280; BGH NStZ-RR 1998, 15).

Wann von einem Wiedereintritt auszugehen ist, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Insbesondere liegt ein Wiedereintritt vor, wenn der Wille des Gerichts zum Ausdruck kommt, im Zusammenwirken mit den Prozessbeteiligten in der Beweisaufnahme fortzufahren oder wenn Anträge mit den Verfahrensbeteiligten erörtert werden (BGH NStZ 2004, 505, 507 m.w.N.). Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor. Zum einen wird im Protokoll selbst das prozessuale Geschehen dahingehend bewertet, dass „nochmals in die Beweisaufnahme eingetreten“ und diese „erneut geschlossen“ wurde. Zum anderen kam der Erklärung des Angekl, er sei mit der formlosen Einziehung sichergestellter Gegenstände einverstanden, potenzielle Bedeutung für die tatgerichtliche Sachentscheidung zu.

b) Der geltend gemachte Verfahrensverstoß ist auch bewiesen. Der für den Nachweis der in Rede stehenden wesentlichen Formlichkeit (§ 274 Abs. 1 StPO) allein maßgeblichen Sitzungsniederschrift (vgl. BGHSt 22, 278, 280) lässt sich nach Ansicht des Senats nicht entnehmen, dass dem Angekl nach dem erneuten Schluss der Beweisaufnahme (nochmals) das letzte Wort gewährt worden ist. Es kommt daher nicht darauf an, dass die an dem Urteil beteiligten Berufsrichter, der staatsanwaltschaftliche Sitzungsvertreter und die Protokollführerin in ihren jeweiligen dienstlichen Stellungnahmen erklärt haben, sich an den konkreten Verfahrensgang nicht mehr zu erinnern.

4. a) Auf dem dargelegten Verfahrensfehler kann jedoch der Schuldspruch nicht beruhen. ... Denn [der Angekl] war zuvor umfassend und ... glaubhaft geständig gewesen.

b) Dagegen kann der Ausspruch über die Einzelstrafen und die Gesamtstrafe auf dem Verfahrensfehler beruhen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Angekl, wäre ihm das letzte Wort erneut erteilt worden, Ausführungen gemacht hätte, die die Strafzumessung zu seinen Gunsten beeinflusst hätten. Dies gilt umso mehr, als sein nach dem Wiedereintritt in die Beweisaufnahme erklärtes Einverständnis mit der außergerichtlichen Einziehung sichergestellter Gegenstände jedenfalls unter dem Gesichtspunkt gezeigter Reue als mildemder Umstand hätte gewertet werden dürfen.

Dem steht nicht entgegen, dass sich die Verfahrensbeteiligten ausweislich der Urteilsgründe bereits am ersten der beiden Hauptverhandlungstage hinsichtlich der Gesamtstrafe verständigt hatten. Denn der ... sechs Tage vor Beginn der Hauptverhandlung in Kraft getretene § 257c StPO sieht in seinem Absatz 3 Satz 2 die Benennung einer Ober- und einer Untergrenze und in seinem Absatz 4 Satz 1 ein Entfallen der Bindung des Gerichts an die Verständigung vor, wenn der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist.

## StPO §§ 261, 267

Zur Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“, wenn sich der Angekl ausschließlich durch eine Erklärung



c) Die Anordnung der Durchsuchung war auch nicht deshalb ungeeignet und damit rechtswidrig, weil sie sich von vornherein nur auf die Beschlagnahme solcher Gegenstände bezogen hätte, die gem. § 97 StPO beschlagnahmefrei gewesen wären. Ob und in welchem Umfang Buchhaltungsunterlagen eines Besch. beschlagnahmt werden dürfen, die sich bei dessen Steuerberater befinden, ist in Rspr. und Lit. allerdings umstritten (s. mN Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 93 Rn 17 ff):

So wird teils vertreten, Buchhaltungsunterlagen seien generell beschlagnahmefrei, teils heißt es dagegen, sie dürften ohne Einschränkung beschlagnahmt werden, da sich die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 I StPO nur auf solche schriftlichen Unterlagen beziehe, die während des Mandatsverhältnisses entstanden seien. Zu folgen ist aber nach Auffassung der Kammer einer vermittelnden Ansicht, die die sich hinter diesen Maximalpositionen verborgenden gegenläufigen Interessen in Konkordanz bringt: Einerseits das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung, die gerade bei der Aufklärung von Steuerstraftaten auf Sachbeweise angewiesen ist, andererseits das Interesse des Besch., die Hilfe eines Steuerberaters in Anspruch zu nehmen, ohne befürchten zu müssen, die von ihm offenbarten Geheimnisse könnten in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden.

Daher sind Buchhaltungsunterlagen eines Besch. beim Steuerberater solange beschlagnahmefrei, als sie der Steuerberatung dienen, längstens also bis zur Erstellung und Freigabe des jeweiligen Jahresabschlusses (vgl. LG Hamburg, wistra 2005, 394 ff.). Auf diese Weise sind die berechtigten Belange eines Besch. geschützt, jedoch wird vermieden, dass er sich hinter dem Steuerberater „verstecken“ kann, indem er seine Buchhaltungsunterlagen über die Steuerberatung hinaus zum Steuerberater auslagert und so einer Verwertung im Strafverfahren entzieht.

Im vorliegenden Fall waren die Jahresabschlüsse für die Jahre 2005-2007 zum Zeitpunkt des Durchsuchungsbeschlusses offenbar bereits erstellt und freigegeben, so dass die Buchhaltungsunterlagen nicht (mehr) der Steuerberatung dienten. Sie unterfielen daher nicht § 97 I StPO und durften beschlagnahmt werden.

An diesem Ergebnis ändert es nichts, dass die Beschuldigte die Unterlagen anlässlich der Außenprüfung dem Steuerberater erneut zur Verfügung stellte. Denn ein berechtigtes Interesse eines Besch. an der Geheimhaltung von Buchhaltungsunterlagen durch den Steuerberater besteht nicht, wenn er sie – wie vorliegend – dem Steuerberater gerade mit dem Ziel überlässt, dem Betriebsprüfer in den Räumen der Steuerkanzlei Einsicht zu verschaffen und ihm die Möglichkeit einer Überprüfung zu geben. In derartigen Fällen weiß der Besch., dass der Steuerberater die Buchhaltungsunterlagen offenlegen wird; es kommt ihm gerade darauf an. Insoweit dient die Überlassung der Unterlagen nicht der steuerlichen Beratung, sondern der Erfüllung der Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen gem. § 200 I AO im Rahmen der Außenprüfung, bei der er sich der räumlichen Kapazitäten des Steuerberaters bedient. Seine steuerrechtliche Pflicht zur Mitwirkung kann ein Steuerpflichtiger nämlich nicht nur dadurch erfüllen, dass er die in § 200 I AO genannten Unterlagen in seinen Wohn- oder Geschäftsräumen oder an der Amtsstelle vorlegt. Vielmehr ist auch die gesetzlich nicht vorgesehene Außenprüfung in den Räumen des Steuerberaters zulässig und wird vielfach praktiziert, wenn sich Finanzbehörde und Steuerpflichtiger – wie hier – darauf einigen (vgl. Pabst/König, AO, 2. Aufl., § 200 Rn 48).

Eine andere Sichtweise hätte im Übrigen zur Folge, dass Finanzämter auf die für den Steuerpflichtigen sehr praktikable Außenprüfung in den Räumen des Steuerberaters verzichten würden, weil sie befürchten müssten, dass – paradoxerweise – ausgerechnet die Offenlegung der Unterlagen zu einem Beschlagnahmeverbot führen würde ...

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. zu diesem Thema auch AG Düren DSrR 2008, 207 in. Anm. Gercke, LG Konstanz, DSrR 2002, 26 und LG Aachen, NJW 1985, 338.

## 21. Anträge auf Akteneinsicht während laufender Hauptverhandlung – Aussetzung der Hauptverhandlung bzw. Unterbrechung

StPO §§ 147, 228, 305, 338

1. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der während der laufenden Hauptverhandlung beantragten Akteneinsicht ist gem. § 305 S. 1 StPO unzulässig, wenn die Akteneinsicht die Vorbereitung der Verteidigung auf die anstehende Vernehmung eines Zeugen bezweckt und damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der durchgeführten Beweisaufnahme steht.

2. Gleiches gilt für die Beschwerde gegen die Ablehnung der – in Verbindung mit dem Akteneinsichtsgesuch gestellten – Anträge der Verteidigung auf Unterbrechung bzw. Aussetzung der Hauptverhandlung durch das erkennende Gericht.

OLG Naumburg, Beschl. v. 29. 9. 2009 – 1 Ws 602/09

Anm. d. Schriftlfg.: Sachverhalt und Gründe finden sich unter BeckRS 2009, 29088. Vgl. zu diesem Thema auch OLG Frankfurt a.M., NSZ-RR 2001, 374; OLG Hamm, NSZ 2005, 226 und OLG Koblenz, StV 2003, 608.

## 22. Dokumentation der Verständigung

StPO §§ 257 c, 267 I 3, III 5, 273 Ia

1. Im Urteil muss der Inhalt der Verständigung nicht niedergelegt werden, es reicht der Hinweis aus, dass ihm eine Verständigung vorausgegangen ist.

2. Die Dokumentation der Verständigung in der Sitzungsniederschrift (§ 273 Ia StPO) ist die Grundlage für die – vom Revisionsgericht nicht von Amts wegen, sondern ausschließlich auf Grund einer Verfahrensrüge unter erforderlichem Tatsachenvortrag vorzunehmende – Prüfung, ob das Verfahren nach § 257 c StPO eingehalten worden ist. (Ls d. Schriftlfg.)

BGH, Beschl. v. 13. 1. 2010 – 3 StR 528/09 (LG Hannover)

Aus den Gründen: Ergänzend ... bemerkt der Senat:

Das LG hat im Rahmen der Beweiswürdigung mitgeteilt, dass dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist und „wegen der Einzelheiten auf das Verhandlungsprotokoll Bezug genommen“. Dem stehen im Ergebnis Rechtsbedenken nicht entgegen.

Die Bezugnahme auf die Niederschrift wäre zwar nicht geeignet, einer etwaigen Dokumentationspflicht über den Inhalt einer Verständigung in den Urteilsgründen Genüge zu tun, da die Urteilsurkunde aus sich heraus verständlich sein muss und eine Bezugnahme nur im Rahmen von § 267 I 3 StPO zulässig ist (Meyer-Göfner, StPO, 52. Aufl., § 267 Rn 8). § 267 III 5 StPO (eingefügt durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. 7. 2009 – BGBl I 2353) erfordert indes lediglich die Angabe, dass dem Urteil eine Verständigung (§ 257 c StPO) vorausgegangen ist. Die Vorschrift soll „auch für die Urteilsgründe Transparenz“ herstellen (BegrRE BT-Dr. 16/12310 S. 15). Hierfür ist die Angabe des Inhalts der Verständigung nicht erforderlich. Insoweit findet die notwendige Dokumentation in der Sitzungsniederschrift statt (§ 273 Ia StPO). Diese ist ggf. die Grundlage für die – vom RevGer. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Grund einer Verfahrensrüge unter erforderlichem Tatsachenvortrag vorzunehmende – Prüfung, ob das Verfahren nach § 257 c StPO eingehalten worden ist (anders wohl Meyer-Göfner FH § 267 Rn 1).



**Gesetzliche Kodifikation der  
Verfahrensabsprache**



## Aufsätze

# Soll der Gesetzgeber Informelles formalisieren?

## Positionspapier zu dem von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegten Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen

— Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins<sup>1</sup>

### I. Vorbemerkungen

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat einen Gesetzentwurf erarbeitet und veröffentlicht,<sup>2</sup> der an den Appell des Großen Strafsenats des BGH<sup>3</sup> an den Gesetzgeber anknüpft, die praeter legem verbreitete Praxis der vertragsähnlichen Urteilsabsprachen gesetzlich zuzulassen und zu begrenzen. Der ausgearbeitete, im Einzelnen begründete und mit einer allgemeinen Einführung versehene Gesetzesvorschlag betrifft eine für die Praxis der Strafverteidigung und die Zukunft des rechtsstaatlich verfassten Strafverfahrens fundamentale Thematik, mit der sich alle Strafverteidiger- und Anwaltsverbände befassen sollten. Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hatte bereits anlässlich seiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf der früheren Bundesregierung und der dort vorgeschlagenen Einführung eines § 257b StPO die Frage einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen intensiv beraten.<sup>4</sup> Nachdem nun der Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer in eine ganz andere Richtung weist als die Vorstellungen des Strafrechtsausschusses des DAV, halten wir uns verpflichtet, hier unsere Gegenposition vorzustellen. Im Falle des vom Strafrechtsausschuss der BRAK unterbreiteten „Vorschlags einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen“ halten wir eine kritische Stellungnahme deshalb für unumgänglich, weil zu erwarten ist, dass die rechtspolitische Diskussion um das Thema in naher Zukunft von dem Vorschlag weitgehend beherrscht werden wird, und weil wir dazu beitragen wollen, dass die in der Anwaltschaft vertretenen unterschiedlichen Standpunkte einem offenen Meinungsaustausch zugeführt werden.

Dies vorausgeschickt, fassen wir zunächst die Ergebnisse unserer Beratungen wie folgt zusammen:

1. Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins empfiehlt dem Gesetzgeber, sich den Vorschlag nicht zu Eigen zu machen. Maßgeblich dafür sind sowohl prinzipielle Einwände gegen die den Entwurf offenbar tragenden Grundverständnisse von der Funktion des Strafprozessrechts als auch eine unterschiedliche Prognose über die

voraussichtlichen Auswirkungen des vorgeschlagenen Dealgesetzes auf die künftige Verfahrenspraxis.

2. Der DAV bestreitet nicht, dass es wünschenswert wäre, den normativ geregelten und den „real existierenden“ Strafprozess wieder einer praktischen Konkordanz zuzuführen. Es ist auch nicht zu verkennen, dass die Aussichten, die Praxis wieder der Gesetzeslage anzunähern, gering sind. Es kann dem Großen Senat für Strafsachen auch darin gefolgt werden, dass die bisherigen Bemühungen des BGH, legitime Verfahrensverständigungen gegenüber eindeutigen Rechtsbrüchen abzugrenzen, das zulässige Maß an richterrechtlicher Rechtsfortbildung ausgeschöpft haben. Dass dies aber dazu führen müsste, nunmehr den Gesetzgeber aufzurufen, seinerseits der Praxis „entgegenzukommen“, wird bereits in der Entscheidung des Großen Senats denkbar knapp und wenig überzeugend begründet. Es wäre auch nur dann zu begründen, wenn die einer Legalisierung zuzuführenden Praktiken ebenso in Einklang mit den tragenden Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens stünden wie die „noch geltenden“ gesetzlichen Handlungsanweisungen oder wenn es ein unabweisbares Bedürfnis gäbe, die im liberalen Rechtsstaatsprinzip verankerten Maximen künftig auch normativ-dogmatisch nur noch eingeschränkt anzuerkennen. Weder das eine noch das andere hat der Strafrechtsausschuss des BRAK in seinem Papier nachvollziehbar dargelegt.
3. Der DAV tritt dafür ein, bei der Diskussion um die künftige Bewältigung des Problems der Urteilsabsprachen zwischen

<sup>1</sup> Mitglieder des Ausschusses bei der Beschlussfassung im Dezember 2005: Rechtsanwältin Eberhard Kempf, Frankfurt a.M. (Vorsitz); Prof. Dr. Rainer Hamm (Berichterstanter); Dr. h.c. Rüdiger Deckers; Dr. Gina Greeve; Gabriele Jansen; Dr. Stefan König; Georg Prasser; Michael Rosenthal; Dr. Heide Samikuhl; Dr. Rainer Spatscheck, DAV-Geschäftsführerin; Rechtsanwältin Tanja Bredt.

<sup>2</sup> ZRP 2005, 235 ff.; weitgehend zustimmend *Lundow/Bünger*, ZRP 2005, 268 ff.

<sup>3</sup> BGH NJW 2005, 1440.

<sup>4</sup> Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens (Stand 18.2.2004) S. 40. Vollständiger Text der Stellungnahme unter [http://www.deutscher-anwaltverein.de/03/05\\_2004/43-04.pdf](http://www.deutscher-anwaltverein.de/03/05_2004/43-04.pdf).



dem wünschenswerten Ziel der erhöhten Transparenz der Verfahrensabläufe einerseits und der Frage nach der Zulassung vertragsähnlicher Urteilsfindung andererseits eine saubere Unterscheidung vorzunehmen. Unter der unzulässigen Vermischung dieser beiden Themen litt bereits der Vorschlag zur Einführung eines § 257b StPO im Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums und der damaligen Koalitionsfraktionen aus dem Februar 2004.<sup>5</sup> Und auch der Vorschlag des BRAK-Strafrechtsausschusses baut auf der Vorstellung auf, es genüge, die in der Praxis verbreiteten Dealpraktiken nur ihrerseits auf ein Mindestmaß an Transparenz festzulegen, um damit auch schon die allseitige Freiwilligkeit der „Vergleichsverhandlungen“ sicherzustellen.

## II. Zum allgemeinen Teil (zu A. Vorbemerkung des BRAK-Vorschlags)

Die in den allgemeinen Vorbemerkungen mitgeteilten Grundverständnisse über „Prinzipien“ des Strafverfahrens und ihr Verhältnis zueinander erklären zwar den dann folgenden Gesetzesvorschlag einigermaßen konsequent, sie sind aber gleichwohl aus der Feder von Strafverteidigern überraschend, um nicht zu sagen: befremdlich.

Dass der Beschluss unter Verwertung „zahlreicher Anregungen aus dem Kreis der Gäste“ schließlich *einstimmig* verabschiedet wurde,<sup>6</sup> nachdem der Strafrechtsausschuss der BRAK bisher gegenüber einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen eher „Zurückhaltung“<sup>7</sup> geübt hatte, hat in den Beratungen des DAV-Strafrechtsausschusses zu der Frage geführt, ob es bisher übersehene Gründe gibt, den zumindest normativ nach wie vor bestehenden Anspruch auf Prinzipientreue und Formengeleitetheit des Strafverfahrens künftig auch normativ aufzugeben oder auch nur durch ein mehr pragmatisch ausgerichtetes *Gegenprinzip der Informalität* zu relativieren. Der DAV vermag solche Gründe nicht zu erkennen, weil er – anders als offenbar die Verfasser des BRAK-Vorschlags – die große Gefahr sieht, dass die Legalisierung der bereits in der Praxis weit fortgeschrittenen Entformalisierung des Strafverfahrens zu einer nachhaltigen Entwertung der schützenden Formen des Verfahrensrechts überhaupt führen wird – mit der Folge, dass die durch das „Dealgesetz“ neu gezogenen Grenzen der Absprachepraxis eher leichter als erschwerter umgangen werden als die bisherigen gesetzlichen Verfahrensregeln.

1. Die Verfasser räumen ein, dass Urteilsabsprachen „in einem Spannungsverhältnis zu tragenden Prinzipien unseres Strafverfahrens“ stehen. Damit wird der Befund umschrieben, aber auch sprachlich entschärft, dass Urteile, deren Tenor und Begründung (auch) auf einer vertragsähnlichen Vereinbarung beruhen, in den vielfach praktizierten Formen jenen tragenden Prinzipien eindeutig *widersprechen*. Urteilsabsprachen, die z.B. einen einvernehmlichen Verzicht auf Erfüllung der richterlichen Aufklärungspflicht enthalten, stehen nicht nur in einem irgendwie gearteten „Spannungsverhältnis“ zu

diesem Prinzip, sondern sie werfen es als Prinzip über Bord und sehen seine Anwendung nur noch für solche Fälle vor, in denen es nicht der Opportunität gegenseitiger „Verständigung“ im Wege steht.

2. Die auch von den Entwurfsverfassern noch nominal im Munde geführten „bewährten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens“,<sup>8</sup> womit die in Lehrbüchern immer noch hochgehaltenen Grundsätze und Maximen des liberalen reformierten Strafprozesses gemeint sein sollten, wären es erst einmal wert gewesen wären, danach sortiert zu werden, welche davon Ausnahmen vertragen und welche nicht. Diese gedankliche Arbeit ersparen sich die Verfasser des Vorschlages vollständig, indem sie von den geltenden Prozessmaximen „das Gesetzlichkeitsprinzip, das Unmittelbarkeitsprinzip und das Öffentlichkeitsprinzip“ herausstellen<sup>9</sup> und diese „Maximen“ in einem Atemzug nennen mit der „Maxime, dass der staatliche Strafanspruch so gut wie möglich durchgesetzt werden soll“. Es folgt dann noch die Erwähnung des „Aufklärungsgrundsatzes“, dem die Verfasser aber offenbar lediglich eine dienende Funktion zur zuvor genannten „Maxime“ der größtmöglichen Durchsetzung des „staatlichen Strafanspruches“ zubilligen, denn sie behaupten, die Wahrheitsforschungspflicht „resultiere“ aus dem staatlichen Strafanspruch.<sup>10</sup>

Hier ist bereits die bedenkenlose und ohne Anführungszeichen verwendete Formel vom „staatlichen Strafanspruch“ suspekt. Sie insinuiert ein Verständnis von der Funktion des Strafrechts und der Rolle der Strafjustiz, als ob sie mit der schuldrechtlichen Position des Klägers im Zivilprozess vergleichbar wäre, der selbstverständlich frei ist, durch Einigung mit dem Beklagten auf Sachverhaltsaufklärung ebenso wie auf Durchsetzung seines Anspruchs teilweise oder ganz zu verzichten. Roxin hat zu dieser veralteten Vorstellung treffend ausgeführt:

„Eine Parallelisierung mit dem Zivilprozess muss daran scheitern, dass der ‚Strafanspruch‘ des Staates nicht mit dem Anspruch des Klägers im Zivilprozess verglichen werden kann, sondern nur eine begriffliche Umschreibung der staatlichen Eingriffsbefugnisse darstellt.“<sup>11</sup>

Es kommt hinzu, dass diese Umschreibung (mittels Sachverhaltsaufklärung) leicht so verstanden werden kann, wie es ihr Wortlaut nahe legt: dass nämlich der Strafprozess von dem Ziel beherrscht werde, möglichst viele Beschuldigte auch ihrer „gerechten Strafe zuzuführen“. Dass eine so verstandene „Maxime“ durch den Gegenanspruch des nur *möglicherweise* schuldigen Angeklagten auf Freispruch begrenzt wird, bliebe nachrangig.

<sup>5</sup> StV 2004, 228.

<sup>6</sup> S. 33 der vollständigen Fassung unter [http://www.brak.de/seiten/pu/ Stellungnahmen2005/Sm25\\_05.pdf](http://www.brak.de/seiten/pu/ Stellungnahmen2005/Sm25_05.pdf).

<sup>7</sup> ZRP 2005, 235.

<sup>8</sup> ZRP 2005, 236 unter Ziffer 3, Abs. 2.

<sup>9</sup> Erwähnt bleibt an dieser Stelle z.B. der Anklagegrundsatz (Akkusationsprinzip) oder der Grundsatz ne bis in idem.

<sup>10</sup> ZRP 2005, 236 I. Sp. oben: „... die Maxime, dass der staatliche Strafanspruch so gut wie möglich durchgesetzt werden soll, und der daraus resultierende Amtsaufklärungsgrundsatz“.

<sup>11</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 1 Rn 11.



solange man sich an einer Stoßrichtung der Aufklärungspflicht orientiert, die in erster Linie auf eine größtmögliche Verurteilungsfrequenz und eine kleinstmögliche Freispruchsquote abzielt. Dass der Amtsaufklärungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) auch im Interesse des Beschuldigten als Schutz gegen voreilige Schuldprüche besteht, gerät dabei völlig aus dem Blickfeld. Ebenso wie die gesamte Formalisierung der Durchsetzung des materiellen Strafrechts nicht mit einem einseitig auf „Verbrechensbekämpfung“ ausgerichteten Effektivitätsverständnis erklärt werden darf,<sup>12</sup> muss gerade auch der Amtsaufklärungsgrundsatz als Grundlage für den Beweiserhebungsanspruch aller Verfahrensbeteiligten begriffen werden.<sup>13</sup>

Der Grundsatz, dass das Strafverfahren unter Ausschöpfung der Beweiserhebungsmöglichkeiten die tatrichterliche Erkenntnis so nah wie möglich an die materielle Wahrheit heranzuführen hat, soll eben nicht nur Defizite bei der Durchsetzung des Strafanspruchs durch Aufklärungsmängel verhindern, sondern den Richter auch davon abhalten, mit dem hinreichend oder auch dringend verdächtigen Angeklagten „kurzen Prozess“ zu machen. Unterstrichen wird dies noch durch das unverzichtbare Beweisantragsrecht, das selbst noch den Tatrichter zur Erhebung weiterer Beweise nötigt, der allein auf Grund der Amtsaufklärungspflicht berechnigt wäre, seine Überzeugung von der Täterschaft und Schuld des Angeklagten auf die bisher erhobenen Beweise zu stützen. Wer – wie die Verfasser des Entwurfs – demgegenüber dem Angeklagten ein Recht einräumen will, sogar auf die Einhaltung der Amtsaufklärungspflicht im Interesse der „*Maxime, dass der staatliche Strafanspruch so gut wie möglich durchgesetzt werden soll*“, zu verzichten, zerstört die Fundamente des liberal-rechtsstaatlichen Verfahrens und sollte dabei nicht auch noch den Versuch unternehmen, sich auf die „*bewährten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens*“<sup>14</sup> zu berufen.

3. So ist denn auch in der Entwurfsbegründung von der „*teilweisen Preisgabe der genannten Prinzipien durch die Urteilsabsprache*“ die Rede, mit der sich hier auch – soweit ersichtlich erstmals – Strafverteidiger unter offenbar unkritischer Übernahme des Schlagwortes von der „*Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz*“<sup>15</sup> abfinden. Die Sorge derer, die dieses in den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts in Mode gekommene Topos verwenden (das BVerfG gehört seit einigen Jahren erfreulicherweise nicht mehr dazu), ist traditionell eher auf unberechtigten Strafverzicht als auf fehlerhafte Schuldsprüche gerichtet. Dies kann aber nicht die Perspektive der organisierten Anwaltschaft sein. Aber noch viel weniger hat der Strafrechtsausschuss des DAV Verständnis für die Erwägung der Entwurfsverfasser, wonach jener angeblichen Prozessmaxime von der Funktionstüchtigkeit sogar die Kraft zur „*spezifischen Legitimation im Hinblick auf die anerkannten Zwecke des Strafverfahrens*“ innewohnen soll.<sup>16</sup>

4. Die Autoren haben sodann erkannt, dass eine solche „spezifische Legitimation“ nicht ohne die Erfindung eines neuen Verfahrensprinzips möglich sein würde. Sie nennen es Konsensprinzip. Was man darunter verstehen soll, wird dann

wiederum eher sprachlich zaghaft, aber im Stile einer Definition wie folgt ausgedrückt: Das Konsensprinzip sei „*der Gedanke, dass in einem gesetzlich eröffneten Rahmen die Rechtsgestaltung durch den übereinstimmenden Willen der daran Beteiligten erfolgen kann*“.<sup>17</sup> Ein „Gedanke“ ist aber etwas anderes als ein Verfahrensprinzip. Und der erst eine Gesetzesänderung anstoßende Gedanke, der nur darauf gerichtet ist, das geltende Recht um eine *Kannvorschrift* anzureichern, ist auch noch weit entfernt von der Dignität eines Verfahrensprinzips. Dennoch lesen sich die weiteren Ausführungen zu den Vorzügen des „*Konsensprinzips*“ so, als unterstellten die Autoren damit bereits die Existenz eines dem Öffentlichkeitsgrundsatz, dem Offizial- und Legalitätsprinzip, dem Unmittelbarkeitsprinzip und der Amtsaufklärungspflicht gleichwertigen Verfahrensprinzips.

5. Unverständlich und völlig unvereinbar mit dem heutigen Stand der Strafprozesswissenschaft ist folgende Überlegung: Völlig verfehlt ist der Versuch, jenes Konsensprinzip in die dogmatische Architektur des bisherigen Strafprozessrechtsverständnisses einzupassen. Dazu heißt es (S. 3, unten):

„*Darüber hinaus erscheint das Konsensprinzip auch nicht als grundsätzlich strukturfremd, wenn (!?) man das Strafverfahren als Prozessrechtsverhältnis zwischen den Beteiligten begreift, das deren Disposition unterliegt, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist.*“ (Herv. nur hier)

Dieser Satz ist erkennbar das rechtsphilosophische Fundament des Gesetzesvorschlags. Es ist auch nicht zu bestreiten, dass er als Wenn-dann-Satz in sich richtig ist: Wenn das Strafverfahren (von Anfang an oder auch erst ab der Eröffnung des Hauptverfahrens?) als das verstanden werden könnte, was manche Prozesswissenschaftler um die Wende zwischen dem 19. und dem 20. Jh. einmal (allerdings bezogen auf den Zivilprozess) als *Prozessrechtsverhältnis* zwischen den Parteien einerseits und dem Gericht andererseits, aber auch zwischen Kläger und Beklagtem mit dem Bild eines statischen Dreiecksrechtsverhältnisses zu kennzeichnen versucht haben, dann ließe sich darüber nachdenken, ob und inwieweit daraus auch wechselseitige Dispositionsbefugnisse und damit eine Legitimation zu vertragsähnlichen Do-ut-des-Leistungsaustauschverpflichtungen herzuleiten wären. Aber eben nur dann. Die Streiddynamik zwischen Ermittler, Ankläger, Strafrichter und Beschuldigtem im Strafprozess ist aber gerade nicht mit einer solchen Leistungsaustauschbeziehung zu vergleichen.

.....

<sup>12</sup> Instrukтив hierzu *Hassemmer/Neumann*, Nomos-Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn 176 ff.

<sup>13</sup> *Alsberg-Nüse-Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, S. 21: „Das Gericht darf weder von der Aufklärung eines entlastenden Umstandes absehen, wie der Angeklagte sie nicht wünscht, noch darf es die Klärung einer für die Entscheidung erheblichen Tatsache unterlassen, weil die Prozessbeteiligten darauf verzichtet haben.“

<sup>14</sup> ZRP 2005, 236 unter Ziffer 3, 2. Absatz.

<sup>15</sup> Dazu grundlegend *W. Hassemer*, StV 1982, 277.

<sup>16</sup> ZRP 2005, 236 unter Ziff. 3, letzter Absatz.

<sup>17</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziff. 4.



Die Lehre vom Prozessrechtsverhältnis wurde etwa bis zu der 1925 erschienenen Arbeit von James Goldschmidt, „Der Prozess als Rechtslage“, vertreten. Eberhard Schmidt hat zu der Frage, ob dieser Lehre im Zivilprozess zuzustimmen ist und – wenn ja – sie auch auf die spezifischen Verhältnisse des Strafverfahrens übertragbar ist, den bis heute richtigen Befund in Band I seines Lehrkommentars Rn 43 f. wie folgt erhoben:

„Ist schon in der Zivilprozesswissenschaft streitig, zwischen welchen Figuren das Prozessrechtsverhältnis denn eigentlich besteht, so ist die Verwendung dieses „Begriffs“ im Strafprozess um so misslicher, als hier – anders als in dem mit Klageerhebung beginnenden und damit sofort Gericht und Parteien in Beziehung zueinander bringenden Zivilprozess – die ‚Prozesssubjekte‘ erst sukzessive in das Verfahren eintreten. Der Staatsanwalt kann mitunter lange ‚prozedieren‘, bis es ihm möglich ist, das Verfahren („den Prozess“) gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten zu richten. Dann aber ist in der Regel wieder eine Fülle von ‚Prozesshandlungen‘ erforderlich, bis die Sache mit der Klageerhebung an das Gericht gebracht werden kann. Der Strafprozess aber beginnt mit den ersten Verfolgungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft, ja der für sie handelnden Polizei. Die für den Zivilprozess verwendeten Bilder des zweiseitigen oder dreiseitigen Prozessrechtsverhältnisses passen daher für den Strafprozess als Ganzes nicht“ (Rn 43 am Ende).

Im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung Eberhard Schmidts mit der bereits damals überwundenen Lehre vom Prozessrechtsverhältnis stellt er die Verdienste James Goldschmidts heraus, zu dessen größter Leistung gehört hat, das prozessuale Denken „von den Schlucken des Prozessrechtsverhältnisses gereinigt und auf eine andere Grundlage gestellt“ zu haben.<sup>18</sup>

Es ist den Autoren des Gesetzesvorschlages zuzubilligen, dass es eines Rückfalls in die Zeiten bedürfte, in denen man geglaubt hat, das „Strafverfahren als Strafprozessrechtsverhältnis zwischen den Beteiligten“ begreifen zu sollen, um auch deren Recht zur Disposition über die anderen Verfahrensprinzipien, insbesondere die Aufklärungspflicht, mit einer gewissen (Schein-)Legitimation zu versehen.

Sie verschweigen aber, dass diese Lehre nach Eberhard Schmidt niemand mehr vertreten hat, und setzen sich damit dem Verdacht aus, dass der ziemlich bedenkenlos verwendete Begriff vom Prozessrechtsverhältnis nur deshalb jetzt wieder belebt werden soll, weil man glaubte, damit das Fehlen einer dogmatischen Grundlage für die als unumstößlich behandelte Faktizität der Absprachepraxis übertünchen zu können.

6. Aber selbst wenn das Bild vom Prozessrechtsverhältnis zwischen den Beteiligten des Strafverfahrens in einzelnen Aspekten des Austauschs von Prozesshandlungen passend wäre (z.B. der formalisierte Dialog des Beweisanspruchsrechts<sup>19</sup>), wäre es doch noch ein weiter Weg zur Anerkennung eines eigenständigen, den „Konsens“ zwischen den strafprozessualen Streitbeteiligten postulierenden Verfahrensprinzips. Denn in den Verfahrensstadien, in denen kein Gericht betei-

ligt ist, lässt sich das Kräfteverhältnis zwischen den Verfolgungsbehörden und dem (nicht einmal notwendigerweise rechtlich beratenen und unterstützten<sup>20</sup>) Beschuldigten eher als (geregeltes) Gewaltverhältnis denn als ein konsensuales Rechtsverhältnis begreifen. Und auch in der Hauptverhandlung fehlt es an der wichtigsten Voraussetzung für eine gleichrangige Dispositionsbefugnis aller Verfahrensbeteiligten: der Freiwilligkeit auf der „Beklagenseite“. Der Angeklagte wird in diesen Verfahrensabschnitt durch hoheitliche Entscheidung hineingezwungen, ohne dass er im Regelfall eine andere Wahl hätte. Sich für die Zeit nach der Erhebung der öffentlichen Klage ein „Prozessverhältnis“ vorzustellen, das zu einem Verhandeln („auf Augenhöhe“) über die allseitigen Rechtsverzichte, mithin von einem Ab- und Zugeben von Verfahrenspositionen und Ergebnischancen bei wechselseitiger Minimierung von Risiken geprägt sein müsste, ist pure Illusion.

7. Den missglückten Versuch, das neu erfundene „Konsensprinzip“ in die tradierte liberale und rechtsstaatliche Struktur des Strafverfahrensrechts einzupassen, schließen die Autoren am Ende der Ziff. 4 mit dem Evidenz beanspruchenden, geradezu lyrischen Satz ab: „Konsens schafft Frieden.“

Dies ist wohl als plakative Einleitung zu den dann unter den Ziffern 5–10<sup>21</sup> folgenden angeblichen Vorteilen einer gesetzlichen Institutionalisierung und Konkretisierung des Konsensprinzips gemeint.

„Konsens schafft Frieden“ ist bei näherem Hinsehen nichts weiter als eine juristische Kitschrethorik, welche die wahre Sprengkraft der Einführung eines neuen Prinzips kaschieren soll, das gegen die „bewährten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens“ in Stellung gebracht werden soll.

Aber auch über die sprachästhetischen Einwände gegen diese Art von strafprozessualer Harmoniesuche hinaus lässt sich dem auch der Gedanke entgegensetzen, dass Frieden auch durch eine regelgeleitete Streitkultur geschaffen werden kann, weil dadurch die Konflikte und Probleme um den richtigen Weg zur Wahrheit „auf den Tisch kommen“ und nicht unter ihm versteckt werden müssen. Dies ist das Leitmotiv jener von den Entwurfsverfassern immer noch beschworenen „bewährten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens“. Sie wollen einer harmonistischen Friedensbewegung zwar im Einzelfall keine Steine in den Weg legen, stellen aber klar, dass kein in den Strafprozess gezwungener Angeklagter einen Nachteil deshalb haben darf, weil er auf der Wahrnehmung seiner Rechte einschließlich dem Kampf um den Freispruch besteht.

8. Das Postulat an den Gesetzgeber, „bei grundsätzlicher Beibehaltung der bewährten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens dem Konsensprinzip (mehr) Raum zu geben und die Urteilsabsprachen als Ausdruck dieses Prinzips in praktischer

<sup>18</sup> Eberhard Schmidt, LehrK. I, Rn 51.

<sup>19</sup> Vgl. dazu Hannes Hassemer/Parly, Beweisanspruchsrecht, 2000, Rn 175 ff.

<sup>20</sup> Die Forderung, das Verfahren nach § 243a StPO generell in den Katalog der notwendigen Verteidigung (§ 140 Abs. 1 StPO) aufzunehmen, fehlt im dem BRAK-Vorschlag.

<sup>21</sup> ZRP 2005, 236.



Konkordanz mit den traditionellen Verfahrensprinzipien zu institutionalisieren“, entpuppt sich letztlich als *Aufkündigung der Prinzipienorientiertheit des Strafverfahrens selbst*. Dass jene „bewährten“ (was heißt das angesichts der Dealpraxis?), bisher dogmatisch anerkannten Prinzipien künftig auch normativ nur noch „grundsätzlich“ (also vorbehaltlich Ausnahme) gelten sollen, um nach Bedarf dem Konsensprinzip Raum zu lassen, liefe im Ergebnis auf einen dogmatischen und verfahrensstrukturellen *Relativismus* hinaus, dessen praktische Auswirkungen vorhersehbar sind. Nur wer bisher schon völlig unrealistisch geglaubt hat, die praktizierten Urteilsabsprachen seien stets im Interesse des Beschuldigten und für ihn vorteilhaft gegenüber einer streitigen Wahrnehmung der ihm zustehenden Verfahrensrechte im Rahmen eines „Kampfs“ um ein möglichst günstiges Urteil, könnte es auch für möglich halten, dass eine gesetzliche Aufwertung des Deals sich in diesem Sinne nachhaltig zum Vorteil der Beschuldigten auswirkt. Wer aber bereit ist, die in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten dienende Formenstrenge und Prinzipiengeleitetheit des Strafverfahrens im Interesse der Beschleunigung und Intensivierung der Aburteilungsfrequenz einem *Volenti-non-fit-iniuria*-Dogma zu opfern, riskiert, dass mit der gesetzlichen Verschiebung der Grenzen der Formenstrenge auch die künftig zu umgehenden Regeln verschoben werden. Da aber die Einführung des neuen, mit den bisherigen Prozessmaximen konkurrierenden (Konsens-)Prinzips mit einer Vermehrung der Zahl der strafprozessualen Vorschriften einhergehen soll, und nicht zu erwarten ist, dass die Gründe für die bisherige Umgehungspraxis (Ressourcenknappheit, Überlastung, Überforderung durch immer komplexere Verfahrensgegenstände und Regelwerke) künftig wegfallen werden, lässt sich leicht prognostizieren, dass die in dieser Weise einmal für ihre bisherige Vernachlässigung der Formenstrenge honorierte Praxis künftig auch die neuen Vorschriften umgehen wird.

9. Es kommt hinzu, dass der Gesetzesvorschlag auch noch eine Art Tausch zwischen dem Verzicht auf Verfahrenskontrolle durch Rechtsmittelgerichte gegen die Legitimation des neuen Dealverfahrens vorsieht: Wer dieses gewählt hat, soll künftig auch nur noch die Einhaltung der speziell *dafür* geltenden Vorschriften revisionsrechtlich überprüfen können – bei Abschaffung der Berufung. Die damit programmierte Risikofreiheit eines nachlässigen Umgangs mit dem gesamten sonstigen Verfahrensrecht liefe in ihren praktischen Auswirkungen auf einen Verfall des Rechtsstaatsprinzips hinaus. Wer dagegen einwenden wollte, das Vertrauen in die Gesetzestreue von Instanzgerichten verbiete eine solche „Verdächtigung“, hätte sich auch schon früher den vielfältigen rechtspolitischen Forderungen nach Abbau des Rechtsmittelsystems anschließen können, was der Strafrechtsausschuss der BRAK in Übereinstimmung mit dem DAV mit guten Gründen stets vermieden hat. Umso erstaunlicher ist die jetzt sogar initiativ gezeigte Bereitschaft der Entwurfsverfasser, einer weitgehenden Abschaffung der Verfahrenskontrolle durch Rechtsmittelgerichte unter der einzigen Bedingung das Wort zu reden, dass sich die

Verfahrensbeteiligten für den Vorrang des „Konsensprinzips“ vor den anderen Verfahrensmaximen entschieden haben.

10. Zu den Vorteilen der *„Anerkennung des Konsensprinzips als eine legitimatorische Grundlage der Urteilsabsprache“*<sup>22</sup> rechnen die Autoren, dass damit auch solchen Beschuldigten, die *kein Geständnis* ablegen (wollen oder können), gleichwohl ein Leistungsbeitrag zum Konsens ermöglicht wird. Nur beispielhaft werden dann als *„Bedingungen“* eines abgesprochenen Urteils genannt, dass der (die Tat nach wie vor bestreitende!) Beschuldigte sich zu einer Schadenswiedergutmachung (*„ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“*?) oder zu *„Verzicht auf Beweiserhebungen“* bereit erklärt. Und damit er diese „freiwillige“ Disposition über die Amtsaufklärungspflicht nicht etwa in einem späteren Rechtszug wieder aufkündigt, soll er, solange sich alle anderen Beteiligten vertragskonform verhalten, das Recht zur Berufung vollständig und im Rahmen der Revision das Recht zur Erhebung der Aufklärungsrüge und (da man gerade dabei ist) auch gleich nahezu aller anderen Verfahrensbeanstandungen verlieren.<sup>23</sup> Angesichts solcher weittragenden Folgen bis in das Rechtsmittelrecht hinein geht der Vorschlag des BRAK-Strafrechtsausschusses beim Abbau von Beschuldigtenrechten weit über die in früheren, von der Ministerialbürokratie zur Diskussion gestellten Reformvorstellungen hinaus, gegen die sich die organisierte Anwaltschaft stets geschlossen zur Wehr setzte.

11. Dies alles mit dem Hinweis auf das neu einzuführende Konsensprinzip und die vorausgesetzte Freiwilligkeit auf Seiten des Beschuldigten rechtfertigen zu wollen, ist aber nicht nur im dogmatischen Grundverständnis verfehlt, sondern auch in den rechtsstatsächlichen Annahmen und Prognosen zur künftigen Praxis geradezu naiv.

Beide Problemfelder haben die Autoren offenbar in Ansätzen erkannt, glauben sie aber unter Hinweis darauf lösen zu können, dass sie den Ergebnissen des Abspracheverfahrens eine *„spezifische Richtigkeitsgewähr“* zutrauen und der *„Sicherung der Willensfreiheit ... eine überragende Bedeutung“* abverlangen. Worin das „Spezifische“ der Richtigkeitsgewähr eines solchen Verfahrens liegen soll, bleibt der Fantasie des Lesers überlassen, die freilich in die richtige Richtung gelenkt wird durch den Satz:<sup>24</sup>

*„Er (der auf freiwilliger Kommunikation und freiwilligem Entschluss basierende Konsens der Verfahrensbeteiligten) lässt eine weitergehende umfassende Aufklärung des Sachverhalts im kontradiktorischen Verfahren entbehrlich erscheinen.“*

Als Mittel zur Sicherung wirklicher Freiwilligkeit empfiehlt der Strafrechtsausschuss der BRAK:

- „weitgehende Transparenz des Abspracheverfahrens“;<sup>25</sup>
- Verbot von „Sanktionsschere“ und „Dealzwang“;<sup>26</sup>

<sup>22</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 5.

<sup>23</sup> Dazu unten Nr. 11.

<sup>24</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 7.

<sup>25</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 7.

<sup>26</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 8.



- „Stärkung der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung gegenüber dem Gericht“<sup>27</sup>
- Erhaltung eines „Spielraums“ für das Gericht,<sup>28</sup>
- „Konnexität zwischen Verfahrensgegenstand und Inhalt der Urteilsabsprache“.<sup>29</sup>

Damit sollen die bisher schon richterrechtlich durch den BGH aufgestellten, aber in der Praxis vielfach umgangenen Regeln künftig als gesetzliche Regeln gelten. Woraus die Hoffnung hergeleitet wird, dass sie dann weniger häufig umgangen werden, sagen die Autoren nicht.

12. Dass das vom Konsensprinzip getragene neue Abspracheverfahren nicht grenzenlos gelten soll, wird auch vom Strafrechtsausschuss der BRAK anerkannt. Die Grenzen werden in den Vorbemerkungen freilich sehr allgemein markiert mit Formulierungen wie:

- „Gewährleistung der allgemeinen Strafrechtlichkeit“,
- „Berücksichtigung der Sach-, Rechts- und Verfahrenslage“ und
- „Sicherstellung des gerechten Schuld- und Rechtsfolgenausspruchs“.

Wie die Einhaltung dieser hohen Werte nach Abschaffung der Berufungsinstanz und der meisten Verfahrensrügen in der Revision gesichert werden könnte, bleibt im Dunkeln. Dass als revisionsrechtliche Überprüfungsmaterie die Sachrüge und in verfahrensrechtlicher Hinsicht noch die Rüge der Verletzung der „bei der Absprache zu beachtenden Vorschriften“<sup>30</sup> bestehen bleiben würden, würde sich voraussehbar nur auf die Anforderungen an die Revisionsicherheit der Protokolle und Urteile auswirken, ohne einen wirklichen Zugewinn an Freiwilligkeit gegenüber der bisherigen Dealpraxis zu schaffen. Eher ist das Gegenteil zu befürchten. Die Freiwilligkeitsdefizite bei der Unterwerfung des Angeklagten unter eine Urteilsabsprache hängen in der bisherigen Praxis typischerweise mit der ihm von den anderen Verfahrensbeteiligten vorgeführten „Sanktionsschere“ zusammen, was die Verfasser des Entwurfs auch zutreffend selbst hervorheben.<sup>31</sup> Sie sagen aber nicht, woraus sie die Hoffnung schöpfen, dass dieses Druckmittel weniger stark auf die Willensfreiheit einwirken würde, wenn es sich auch noch auf eine gesetzlich vorgegebene Sanktionsschere berufen könnte. Nach geltendem Recht kann keinem unter Mordverdacht stehenden Angeklagten die Alternative vor Augen geführt werden: Lebenslang bei streitiger Verhandlung vs. höchstens 15 Jahre Freiheitsstrafe bei Unterwerfung unter einen Deal. Bei In-Kraft-Treten des BRAK-Entwurfs wäre genau diese Sanktionsschere eröffnet, wenn die übrigen Verhandlungspartner mitspielen und sie sich zu Eigen machen. Im Falle der lebenslangen Freiheitsstrafe wäre ihnen dieses Druckmittel erstmals in die Hand gegeben, und die Entwurfsbegründung hebt in ihrem besonderen Teil denn auch hervor, dass auf der einen Seite die Befreiung dieser Verfahrensweise vom „negativen Odium“ und auf der anderen Seite der „erhöhte Anreiz“ für den Angeklagten der Hauptzweck dieses Vorschlags ist.

Der Strafrechtsausschuss des DAV hat sich wiederholt für eine Öffnung des Strafrahmens für Mord bei minder schweren Fällen

ausgesprochen. Dies sollte aber generell und unter Beibehaltung der tat- und schuldsschwerebezogenen allgemeinen Strafzumessungskriterien gelten und nicht vom Unterwerfungsverhalten des Angeklagten abhängig gemacht werden. Wer dies anders sieht, sollte wenigstens darauf verzichten, dies noch als eine besondere Form der Absicherung von Freiwilligkeit auszugeben.

13. Resümierend zu den allgemeinen Vorbemerkungen geben die Autoren für den dann folgenden Gesetzesvorschlag dem Leser als Evaluierungskriterium die Frage vor, ob er geeignet ist, „einen gerechten Ausgleich zwischen den Bedürfnissen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einerseits und den schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten andererseits sowie ggf. des Tatopfers (zu) ermöglichen.“

Der Strafrechtsausschuss des DAV hält dies nicht für die richtige Fragestellung. Der Gesetzesvorschlag sollte vielmehr unter dem Aspekt geprüft werden, welche praktischen Auswirkungen für die Rechte der Beschuldigten insgesamt von einem gesetzlich neben dem kontradiktorischen, ausdrücklich institutionalisierten und geregelten Abspracheverfahren zu erwarten sind. Auch die Frage der Reflexwirkung dieses dann an zentraler Stelle in der StPO geregelten „eigenständigen prozessualen Instituts“ für die verbleibende Gruppe von Beschuldigten, die sich noch für das „alte“ kontradiktorische Verfahren entscheiden wollen, sollte einer sorgfältigen rechtspolitischen Prüfung unterzogen werden. Dabei wird auch darauf Bedacht genommen werden müssen, ob nicht zu erwarten ist, dass diese Gruppe immer kleiner wird, weil alle Verfahrensbeteiligten, einschließlich „pragmatisch“ beratender Verteidiger, den programmatischen Satz „Konsens schafft Frieden“ (s.o.) in seiner logischen Umkehrung („Wahrnehmung von Verfahrensrechten schafft Unfrieden“) als Bedrohung verstehen, die zwar konkrete Sanktionsschere und Dealzwänge entbehrlich machen würde und den Erledigungsziffern und so der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ zugute käme, aber im Ergebnis und aufs Ganze betrachtet der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens ebenso abträglich wäre wie den Chancen der Angeklagten auf ein ehrliches und faires Verfahren.

14. Die Einführung eines besonderen Strafzumessungsgrundes (§ 46 b StGB „Strafmilderung bei Urteilsabsprache“) würde auf die Begründung eines Zwei-Klassen-Strafprozesses hinauslaufen. Denn er schafft für den Angeklagten, der sich für das Konsensualverfahren entscheidet, Straferleichterungen, die weit über das hinausgehen, was das bestehende Strafzumessungsrecht bereits vorsieht. Für einen solchen Sonderabart für „kooperatives“ Verhalten gibt es nicht den geringsten Anlass. Er ist auch suspekt. Ein (auch vorher vereinbartes) Geständnis oder ein Täter-Opfer-Ausgleich können schon jetzt strafmildernd berücksichtigt werden. Dasselbe gilt für einen Beitrag zur Verfahrensbeschleunigung, wie z.B. frühzeitige

<sup>27</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 8.

<sup>28</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 8.

<sup>29</sup> ZRP 2005, 236, unter Ziffer 8.

<sup>30</sup> § 337 Abs. 3 i.d.F. des Entwurfs [Satz (1)].

<sup>31</sup> ZRP 2005, 236 Ziff. 8.



(3) Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Staatsanwaltschaft, der Nebenkläger und der Angeklagte können der Zusage innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist widersprechen. Ein Widerspruch der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägers hat vor der Erklärung des Angeklagten zu erfolgen. Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend.

(4) Erfüllt der Angeklagte die Bedingungen, ist das Gericht an die Zusage der Strafobergrenze und anderer Rechtsfolgen gebunden. Die Bindungswirkung entfällt,

1. wenn die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte der Zusage widersprochen haben,
2. wenn nach Auffassung des Gerichts der Angeklagte die Bedingungen gem. Abs. 1 nicht erfüllt hat,
3. wenn sich im weiteren Verfahren wesentliche straferschwerende Umstände ergeben, die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren,
4. wenn das Gericht Umstände übersehen hat, die auch unter Berücksichtigung des § 46 b StGB zur Anwendung eines Strafrahmens mit einer die zugesagte Strafobergrenze übersteigenden Mindeststrafe führen, oder
5. mit dem Abschluss des Rechtszuges, in dem die Zusage erfolgt ist.

Der Angeklagte ist auf den Wegfall der Bindungswirkung hinzuweisen; § 265 Abs. 1 gilt entsprechend.

(5) Entfällt die Bindungswirkung der Zusage, sind Prozesshandlungen des Angeklagten in Erfüllung von Bedingungen gem. Abs. 1 wirkungslos; ein Geständnis ist unverwertbar. Dies gilt nicht bei Wegfall der Bindungswirkung nach Abs. 4 Nr. 3.

(6) Erörterungen zur Vorbereitung einer Absprache gem. Abs. 1 können auch außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden. Der Vorsitzende hat deren wesentlichen Inhalt in der Hauptverhandlung mitzuteilen. Die Mitteilung ist in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen.“

Das würde bedeuten, dass das Konsensverfahren in Gang gesetzt wird durch einen gemeinsamen Antrag, auf den sich zuvor – noch ohne Beteiligung des Gerichts – StA und Angeklagter (Verteidiger) geeinigt hätten, die dann aber wieder nach der vom Gericht ohne Beteiligung festgelegten Strafobergrenze und Bedingungen anzuhören wären und widersprechen könnten. Die Bindungswirkung für das Gericht tritt dann ein, wenn (solange?) der Angeklagte nicht widerspricht und wenn (solange?) er die Bedingungen erfüllt. Hat der Angeklagte zunächst nicht widersprochen, glaubt er dann aber im weiteren Verfahren, neu hervorgetretene Umstände ließen die einmal zugesagte Strafobergrenze als weit überzogen erscheinen, wird ihm auch der späte Widerspruch noch zu ermöglichen sein – freilich mit der Folge, dass dann auch das Gericht die einmal bekannt gegebene Strafobergrenze überschreiten darf. Auch wenn der Angeklagte nicht widerspricht und zunächst die Bedingung, die ja kein Geständnis sein muss, erfüllt, kann es

Gründe geben, dies nachträglich noch einmal zu überdenken und zu korrigieren. Bestand die Bedingung z.B. in dem Unterlassen bestimmter Anträge („ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient“), stehen auch spätere Überlegungen über Anlässe zum Stellen weiterer Anträge unter dem Damoklesschwert eines Wegfalls des zugesagten Strafmaßlimits. Umgekehrt behält der Entwurf aber dem Gericht die Möglichkeit vor, sich bis zur Urteilsverkündung auf eine Art Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen, um die Zusage aufzukündigen und eine höhere Strafe zu verhängen. Für diesen Fall bestimmt zwar Abs. 5, dass das zuvor abgelegte Geständnis (bis auf eine wenig einsichtige Ausnahme<sup>16</sup>) unverwertbar sei und alle im Vertrauen auf die Absprache in Erfüllung von Bedingungen gem. Abs. 1 vorgenommenen Prozesshandlungen des Angeklagten wirkungslos sein sollen. Das kann aber nicht für „Prozessunterlassungen“ gelten, und daran, dass der Angeklagte die in Erfüllung der Bedingung nach Abs. 2 Nr. 2 geleistete Wiedergutmachung vom Opfer wieder zurückverlangen könnte, ist wohl auch nicht gedacht.

In den einzelnen Schritten müsste man sich die Praxis des geregelten Dealprocedere wie folgt vorzustellen haben:

- a) Zuerst müsste zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung die Lage sondiert werden, ob ein gemeinsamer Antrag möglich ist.
- b) Die dabei zuerst agierende Seite würde die größten Chancen haben, die reagierende Seite zu einem gemeinsamen Antrag zu bewegen, wenn bereits die zu erwartende Einsetzung des Gerichts zu einem solchen Antrag einigermaßen zuverlässig prognostiziert werden könnte. Dies würde Vorsondierungen mit dem Gericht oder informelle Dreiergespräche als nützlich voraussetzen.
- c) Dann käme im Erfolgsfall der gemeinsame förmliche Antrag auf eine (noch unvorhersehbare oder vorher bereits ausgehandelte) Zusage einer Strafobergrenze. Dies wird im Regelfall eine Tarnung für die Zusage einer punktgenauen Strafe sein.
- d) War der Antrag wirklich auf eine dann noch mit Spannung erwartete Höchststrafenzusage gerichtet, kann es zu einer Verweigerung der Zusage durch das Gericht kommen. Dann sünde das weitere (streitige) Verfahren unter den Vorzeichen einer schon einmal förmlich zum Ausdruck gebrachten Bereitschaft des Angeklagten, sich einer Strafe zu unterwerfen, d.h. den Kampf um den Freispruch aufzugeben. Der davon ausgehenden Schuldindizwirkung entgegenzuarbeiten, wäre eine kaum zu bewältigende Verteidigungsaufgabe.
- e) Lässt sich das Gericht auf den Antrag ein und sagt es eine Höchststrafe zu, so kann der Angeklagte von deren Höhe

<sup>16</sup> Dass ausgerechnet dann, wenn das Gericht erst einmal ein Geständnis zur Bedingung für die Einhaltung der Strafobergrenze gemacht hat, auf seiner Grundlage noch Beweise über Strafzumessungstatsachen erhoben und sich dabei „wesentliche straferschwerende Umstände ergeben (haben), die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren“, das Geständnis verwertbar bleiben soll (Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 Nr.3), müsste einem verurteilten Angeklagten wie Fallstellerin vorkommen.



enttäuscht sein. Dafür würde ihm das Gesetz das Recht zum Widerspruch einräumen. Der Widerspruch würde gleichzeitig die Begrenzung des Bestrafungsrisikos nach oben wieder beseitigen. Dies wäre von ihm im Vorfeld des Widerspruchs ebenso zu bedenken wie die möglichen Reaktionen des Gerichts auf den enttäuschenden Widerspruch. In jedem Falle wäre aber auch danach eine Freispruchsverteidigung erschwert, weil mit dem gemeinsamen Antrag der Verzicht darauf bereits deutlich signalisiert war.

f) Im besten Falle gibt das Gericht nach dem gemeinsamen Antrag die Zusage einer dem Angeklagten akzeptablen Höchststrafe unter Bedingungen, die er erfüllen kann. Handelt es sich dabei um ein Geständnis, steht dieses unter dem Risiko, dass das Gericht nach den Regeln des Abs. 4 Satz 2 seine Zusage wieder aufkündigt. Das dann geltende Verwertungsverbot nach Abs. 5 Satz 1, 2. Hs. wird in der Praxis schwer einzuhalten sein und soll im Falle des Abs. 4 Nr. 3 schon dann nicht gelten, „wenn sich im weiteren Verfahren wesentliche straferschwerende Umstände ergeben, die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren“. Die Sorge von Angeklagten, denen diese Rechtslage vor Augen geführt wird, sie könnten trickreich in eine Geständnisfalle gelockt werden, wäre durch eine verantwortungsbewusste Verteidigung schwer zu zerstreuen.

Insgesamt ist bereits das so programmierte Verfahren nur scheinbar von einer erhöhten Transparenz und Freiwilligkeitsgewähr geprägt als die bisherige Dealpraxis. Der Strafrechtsausschuss des DAV lehnt auch aus diesem Grund den Vorschlag der BRAK ab.

3. Dies gilt umso mehr, als die im Entwurf vorgesehenen empfindlichen Einschränkungen des Rechtsmittelrechts völlig unakzeptabel sind.

Hierzu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Erfreulich ist allerdings, dass der BRAK-Strafrechtsausschuss in einer Zentralfrage der Dealproblematik den Vorschlag des DAV-Strafrechtsausschusses<sup>37</sup> aufgegriffen hat, die Möglichkeit des Rechtsmittelverzichts vor Ablauf der Rechtsmitteleinlegungsfrist durch eine Änderung des § 302 Abs. 1 StGB zu beseitigen. Dadurch können die immer wieder auftretenden Zweifel daran vermieden werden, ob der sofort nach Urteilsverkündung erklärte Rechtsmittelverzicht entgegen dem in BGHSt 43, 195 begründeten Verbot Bestandteil einer Absprache war und – wenn ja – welche Rechtsfolgen sich für die Wirksamkeit der Verzichtserklärung bei möglicherweise gleichwohl gegebener Freiwilligkeit ergeben. Die „Zumutung“ an den Angeklagten, der (ebenso wie das Gericht) ein Interesse an der alsbaldigen Rechtskraft haben kann, damit die ihm dann vom Gesetz „aufgezwungene“ kurze Bedenkzeit von einer Woche abzuwarten, ist jedenfalls nachrangig gegenüber der Gefahr eines mehr oder weniger subtil und unkontrollierbar abgenötigten Verzichts auf Überprüfung des gerade verkündeten Urteils. Da dies unabhängig davon gilt, ob dem Urteil eine Absprache vorausging,<sup>38</sup> kann der Anregung von Landau/Bürger<sup>39</sup> nicht gefolgt werden, die Regelung über die Unzulässig-

keit eines vor Fristablauf erklärten Rechtsmittelverzichts auf Dealfälle zu beschränken, zumal dann auch die Rechts- und Beweisunsicherheit, die Anlass für die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen war, wieder hergestellt wäre.

Kein Verständnis hat der Strafrechtsausschuss des DAV für die Auffassung, eine Abschaffung der Möglichkeit des Rechtsmittelverzichts innerhalb einer Woche nach Urteilsverkündung sei möglicherweise als eine zu sehr „einschneidende Änderung“ der bisherigen Rechtsmittelregeln „zu viel des Guten“,<sup>40</sup> während man andererseits die völlige Abschaffung der Berufung und die fast völlige Abschaffung der Verfahrensrügen in der Revision als „in sich stimmige Lösung“ feiert, die „ungeteilte Zustimmung“ verdiene.<sup>41</sup>

Einzuräumen ist lediglich, dass die vorgeschlagene, geradezu dramatische Einschränkung der Rechtsmittelkontrolle des erstinstanzlichen Verfahrens als „logische Folge des der Urteilsabsprache innewohnenden konsensualen Elements“<sup>42</sup> erklärt (besser: beschönigt) werden könnte. Ähnlich verhält sich auch die Begründung des Entwurfs selbst, in dem in einer Passage, die bei der Veröffentlichung in der ZRP (aus Raumgründen?) ausgespart wurde, folgende Sätze enthalten sind:

„Die gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache erfordert Änderungen des bestehenden Rechtsmittelrechts, die aus der Eigentümlichkeit (!) dieses Instituts resultieren. Die Urteilsabsprache zielt auf eine baldige und endgültige Beendigung des Strafverfahrens und die Herbeiführung des Rechtsfriedens u.a. mittels konsensualen Verzichts auf weitere Beweiserhebung ab. Dadurch erfahren das Prinzip der materiellen Wahrheit und der Amtsaufklärungsgrundsatz zwangsläufig eine Einschränkung.“<sup>43</sup> Und zur Begründung der weitgehenden Abschaffung der Verfahrenskontrolle durch das Revisionsgericht heißt es:

„Das Revisionsverfahren bedarf im Falle von Urteilsabsprachen Modifikationen in zweierlei Hinsicht. Sofern es auf eine Kontrolle der Richtigkeit der Urteilsfindung hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen ausgerichtet ist, gilt das Gleiche wie für die Berufung.“<sup>44</sup> Das Bedürfnis und die Voraussetzungen hierfür entfallen weitgehend. Hingegen besteht ein spezifisches Bedürfnis nach Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen

<sup>37</sup> S.u. Fn 3.

<sup>38</sup> Bereits 1977 gab es Anlass, über die Rechtsunwirksamkeit des „herausgefragten“ Rechtsmittelverzichts nachzudenken. Vgl. Dahn in Festschrift für Schmidt-Leichner, S. 17 ff.

<sup>39</sup> Landau/Bürger, ZRP 2005, 272.

<sup>40</sup> Landau/Bürger a.a.O.

<sup>41</sup> Landau/Bürger a.a.O.

<sup>42</sup> Landau/Bürger a.a.O.

<sup>43</sup> Seite 27 des im Internet (s.u. Fn 4) verfügbaren vollständigen Textes.

<sup>44</sup> Weshalb diese Sätze bei der Begründung der vorgeschlagenen Neufassung des § 302 StPO eingeordnet wurden, erschließt sich aus dem Zusammenhang heraus auch nicht.

<sup>45</sup> Dieser Querverweis ist etwas rätselhaft, weil die knappe Begründung für die Abschaffung der Berufung nach „förmlichen Urteilsabsprachen“ sich in der Behauptung erschöpft, „im Hinblick auf deren Spezifika (entfällt) das Bedürfnis nach einer völligen Neuverhandlung und Neuentscheidung der Sache“ S. 29 der vollständigen Fassung (auch insoweit nicht in ZRP 2005, 235 ff. mit abgedruckt).



*Voraussetzungen der Urteilsabsprache. Diesem Bedürfnis trägt der Entwurf durch die Begrenzung der Zulässigkeit der Verfahrensrüge auf die Rüge der Verletzung der Vorschriften über das Abspracheverfahren (...) und der Grundsätze des fairen Verfahrens sowie die absoluten Revisionsgründe Rechnung. Selbstverständlich bleibt neben den bisherigen absoluten Revisionsgründen auch die Sachrüge erhalten.*"

Damit wären nicht nur die Aufklärungsrüge und die Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts abgeschnitten, wenn das „förmliche Abspracheverfahren“ stattgefunden hätte; auch mit allen anderen Förmlichkeiten müssten es die Gerichte nicht mehr allzu genau nehmen. So würden z.B. die Beschneidung des Fragerechts des Angeklagten und der Verteidigung an Zeugen und Sachverständige, die Weigerung einer Beschlussfassung nach einer Beanstandung der Sachleitung (§ 238 Abs. 2 StPO) oder von Fragen des Gerichts und der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägervertreters (§ 242 StPO) ebenso risikolos praktiziert werden können wie die „vergessene“ Gewährung des letzten Wortes (§ 258 Abs. 3 StPO) oder auch die unterlassene Verlesung des Anklagesatzes (§ 243 Abs. 3 S. 1 StPO). Auch die fehlende Übereinstimmung des Urteilsschuldspruchs mit dem Anklagevorwurf wäre nur noch dann revisibel, wenn – was nicht notwendigerweise so ist – ein Verfahrensründernis besteht. Angesichts solch schwerwiegender Eingriffe in das Rechtsmittelrecht ist die Aufrechterhaltung der revisionsrechtlichen Überprüfung der absoluten Revisionsgründe nur ein schwacher Trost. Sie ist auch weder konsequent noch ausreichend, um von § 338 StPO nicht erfasste, aber gleichwohl wichtige Verfahrensregeln auch und gerade in solchen Verfahren abzusichern, bei denen dem Urteil eine Do-or-des-Vereinbarung zugrunde liegt. Im Übrigen wäre zu erwarten, dass auch die bereits in der bisherigen Rechtsprechung vollzogene Relativierung von absoluten Revisionsgründen in Absprachefällen unter Hinweis auf die „Spezifika“ dieser konsensualen Verfahrensweise noch weiter vorangetrieben würde. Das gilt namentlich für die Rüge nach § 338 Nr. 5 StPO, die bisher schon von der Rechtsprechung auf die Fälle beschränkt wird, in denen die Abwesenheit einen „wesentlichen“ Teil der Hauptverhandlung betroffen haben muss.<sup>45</sup> Da dies entgegen dem Wortlaut der Vorschrift damit begründet wird, dass die absoluten Revisionsgründe dann das Urteil nicht gefährden, wenn das Beruhen denkgesetzlich ausgeschlossen ist, läge es nahe, in Absprachefällen das Merkmal „wesentlich“ so auszulegen, dass es sich um einen Teil der Hauptverhandlung gehandelt haben müsse, der auch Teil der Prozedur nach § 243a StPO E war.

Ähnliches gilt für den schon nach der Gesetzeslage nur „relativ-absoluten“ Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO. Nicht aus der Begründung des BRAK-Entwurfs selbst, aber aus einer Bemerkung in dem weitgehend zustimmenden Beitrag des „Zeugen“ Landau<sup>46</sup> erfährt der Leser, dass bei den Beratungen des Entwurfs zunächst erwogen wurde, anstelle der Einschränkung der Verfahrensrügen für Absprachefälle den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO sogar auszuweiten.

Damit könnte gemeint sein, dass beabsichtigt war, die Verletzung der neuen Konsensverfahrensregeln als eine besondere Variante der Behinderung der Verteidigung zusätzlich unter das Damoklesschwert der Urteilsaufhebung zu stellen.

Ob dies vom Ausgangspunkt der Verfasser des gesamten Entwurfs vorzugswürdig gegenüber den vorgeschlagenen tiefen Eingriffen in das bestehende Rechtsmittelsystem gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, weil der Strafrechtsausschuss des DAV aus den genannten Gründen den Entwurf auch und gerade bereits für die erste Instanz für im Ansatz verfehlt hält.

## VI. Ausblick und Alternativen

Der Strafrechtsausschuss des DAV bestreitet nicht, dass es lohnend sein kann, sich ein Absprachemodell auszudenken, das mit den tragenden Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafprozesses in eine praktische Konkordanz gebracht werden könnte. Dazu bedarf es aber nicht der Erfindung eines „Konsensprinzips“ im Sinne einer mit den anderen Grundsätzen konkurrierenden Verfahrensmaxime. Der Angeklagte, der eine strafprozessuale Verständigung mit dem Inhalt herbeiführt, dass im Falle eines Geständnisses auf eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als X Jahren erkannt werden wird, hat mit dem Gericht ja noch keinen Konsens gefunden, sondern eine *offene Kommunikation* darüber geführt, wie das Gericht für den Fall eines Geständnisses den Sachverhalt und auch die Notwendigkeit weiterer Beweiserhebungen sowie die Frage der Strafzumessung beurteilen würde. Solches ist bereits nach geltendem Recht erlaubt und wünschenswert.

Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins teilt nicht die Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer, es sei „wirklichkeitsfremd und unpraktikabel zu meinen, der Aufklärungsgrundsatz könne bei einer Urteilsabsprache unberücksichtigt [*gemeint ist: unangetastet*] bleiben“. Dieses offene Bekenntnis zum Verzicht auf Sachverhaltsaufklärung als Preis für Konsens wäre nicht nur mit der noch bestehenden Rechtslage und Rechtsprechung unvereinbar, es würde auch mit dem eigenen Anspruch der Entwurfsverfasser kollidieren, die bestehende Absprachenpraxis von ihren Wildwüchsen zu befreien. Denn die Praxis der Scheinverhandlungen („Schmierentheater“), der nötigen Sanktionsschere, der erzwungenen „Schmuseverteidigung“ und Zweckgeständnisse hätten mit einem offenen Bekenntnis des Gesetzgebers zur „Aufklärung light“ eine neue Legitimation.

Ein alternativer Ansatz wäre die *Formalisierung und gesetzliche Verankerung der offenen Kommunikation*. Dabei könnte an die Arbeiten von Adolf Arndt<sup>47</sup> und Hans Dahn<sup>48</sup> wieder angeknüpft werden, die aus dem Verfassungsgrundsatz des

<sup>45</sup> BGHSt 26, 84, 91; Meyer-Göbner § 338 Rn 36.

<sup>46</sup> Landau/Bünger, ZRP 2005, 272 r.Sp.

<sup>47</sup> Adolf Arndt, NJW 1959, 6 ff.; und vertiefend NJW 1959, 1297 ff.

<sup>48</sup> Dahn, NJW 1961, 1244.



rechtlichen Gehörs einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch auf Rechtsgespräche hergeleitet haben.<sup>49</sup> Auch über eine Ausweitung der Hinweispflicht (§ 265 StPO) könnte der legitime Teil der Absprachepraxis dogmatisch untermauert und von den illegitimen Praktiken getrennt werden.

Insoweit erkennt auch der DAV einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf an, der sich auch auf die Themenkreise beziehen könnte, von wem die Initiative zu einem Verständigungsangebot ausgehen darf, was im Falle des Scheiterns der Absprachebemühungen gilt und welche zusätzlichen Anfechtungsmöglichkeiten

bei einer Verletzung dieser Kommunikationsregeln oder bei einer Verweigerung der Justizorgane bestehen sollten. Auch die Einführung neuer ausdrücklich gesetzlich geregelter Verwertungsverbote (über das Geständnis nach aufgekündigter Verständigung hinaus) und die Anerkennung einer Revisibilität von „culpa in contrahendo“ durch die Justizorgane sollte erwogen werden. Von solchen wünschenswerten Regelungszielen ist der BRAK-Vorschlag weiter entfernt als das geltende Recht.

<sup>49</sup> Vgl. dazu jetzt *Humm* in FS für Dahs, 2005, S. 267 ff.

## Entscheidungen zum Steuerstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht 2005

Rechtsanwalt Olaf G. von Briel, Fachanwalt für Steuer- und Strafrecht, Düsseldorf

Auch das Jahr 2005 hat wieder einige interessante Entscheidungen insbesondere des Bundesgerichtshofes hervorgebracht. Nicht zuletzt wirft der Vorlagebeschluss vom 30. Juni interessante Fragen zum europäischen Haftbefehl auf. Mit der Zusammenstellung der Entscheidungen zum Steuerstrafrecht setzt dieser Beitrag StraFo 2005, 189 ff. fort. Wie bereits im Vorjahr werden die Entscheidungen rechtsthematisch zusammengefasst. Auffallend ist, dass der BGH auch im Jahr 2005, wie in den Jahren zuvor, in mehreren Entscheidungen deutlich machen musste, welche Anforderungen das Urteil in Steuerstrafverfahren zu erfüllen hat. Die Praxis zeigt, dass durch die Ermittlungsbehörden in Steuerstrafsachen dem gesetzgeberischen Willen, der in § 393 Abs. 1 AO unmissverständlich formuliert ist, nicht ausreichend Rechnung getragen wird. So erklärt sich, dass die Schlussberichte oft nur den Anforderungen der Abgabenordnung genügen, die einem anderen Beweismaßstab verpflichtet ist als die Strafprozessordnung. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung zu § 393 Abs. 1 AO für das Beziehungsgeflecht der beiden Verfahrensordnungen von besonderem Interesse.<sup>1</sup>

### I. Materielles Steuerstrafrecht

#### 1. Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 AO)

##### 1.1 Großes Ausmaß (§ 370 Abs. 3 Nr. 1 AO)

Nach § 370 Abs. 3 AO ist der Strafrahmen für besonders schwere Fälle von Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren erhöht. Ein besonders schwerer Fall (liegt in der Regel) vor, wenn der Täter aus grobem Eigennutz im großen Ausmaß Steuern ver-

kürzt. Die Erfüllung eines Regelbeispiels stellt ein Indiz für das Vorliegen eines besonders schweren Falles dar, das entkräftet werden kann. Dazu sind sämtliche Umstände heranzuziehen, die Unrecht oder Schuld gemindert erscheinen lassen.<sup>2</sup>

Das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO ist nur dann erfüllt, wenn ein Handeln aus grobem Eigennutz und Steuerhinterziehung in grobem Ausmaß gleichzeitig vorliegen. Grob eigenmützig handelt nach der Rechtsprechung, wer seinen Vorteil in besonders anstößiger Weise erstrebt,<sup>3</sup> wessen Gewinnstreben also das bei jedem Steuerstrafäter vorhandene Gewinnstreben deutlich übersteigt,<sup>4</sup> wobei die kriminelle Energie, insbesondere Art und Häufigkeit der Begehung und der Grad der zutage getretenen Gewinnsucht von Bedeutung sind.<sup>5</sup>

Der BGH hat nun unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung wiederholt, dass für ein großes Ausmaß der Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO eine Addition der Verkürzungsbeträge bei einer Serie von Steuerstrafataten nicht genügt.<sup>6</sup> Vielmehr muss für jeden Einzelfall das „große Ausmaß“ zu bejahen sein.<sup>7</sup>

##### 1.2 Steuerhinterziehung durch Amtsträger (§ 370 Abs. 3 Nr. 2 AO)

Die Erfüllung des Regelbeispiels nach § 370 Abs. 3 Nr. 2 AO setzt voraus, dass der Täter seine Befugnis oder seine Stellung

<sup>1</sup> Vgl. II.1.1. Steuerliche Erklärungspflicht und Selbstbelastungsverbot.

<sup>2</sup> BGHSt 20, 125; 23, 257.

<sup>3</sup> RGSt 75, 237, 240.

<sup>4</sup> BGH wistra 1984, 227.

<sup>5</sup> BGH StV 1985, 506, 507.

<sup>6</sup> BGH wistra 2004, 135.

<sup>7</sup> BGH, Lrt. v. 12.1.2005 – 3 StR 301/04 = wistra 2005, 144.



de. Auch im übrigen war es nach Ansicht der *Kammer* kaum möglich, für jeden Verhandlungstag Alternativkonzepte bereitzuhalten, falls etwa ein geladener Zeuge nicht erscheint oder die Vernehmung einzelner Zeugen wider Erwarten weniger Zeit in Anspruch nimmt. Insoweit war insbes. der komplexe Verfahrensstoff zu beachten, der im Interesse der Übersichtlichkeit für alle Verfahrensbeteiligten eine strukturierte Durchführung der Beweisaufnahme erfordert.»

Im Hinblick hierauf ist nicht zu beanstanden, daß die durchschnittliche Hauptverhandlungsdauer relativ gering war. Die *StRK* hat, obwohl kein Termin länger als drei Stunden und vierzig Minuten gedauert hat, die Beweisaufnahme straff durchgeführt. Nachdem die ersten beiden Verhandlungstage für die angekündigten Einlassungen der Angekl. »reserviert« worden waren, was in keiner Weise zu beanstanden ist, sind am dritten Verhandlungstag sechs, am vierten Verhandlungstag fünf, am fünften und sechsten Verhandlungstag jew. sechs, am siebten Verhandlungstag fünf und am achten Verhandlungstag vier Zeugen vernommen worden. Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls kam es darüber hinaus zu zahlreichen Inaugenscheinnahmen und zur Verlesung zahlreicher Urkunden. Am zehnten Verhandlungstag ist sodann damit begonnen worden, die Aufzeichnungen aus der Telefonüberwachung in Augenschein zu nehmen.

Hinsichtlich der Intensität und Effizienz der Hauptverhandlung bestehen von daher in organisatorischer Hinsicht keine Bedenken. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, daß jeder Sitzungstag einer gründlichen Vor- und Nachbereitung bedarf, so daß sich die Arbeit der *StRK* nicht lediglich in der reinen Sitzungstätigkeit erschöpft, sondern ein weiterer Schwerpunkt der richterlichen Tätigkeit außerhalb der Hauptverhandlung angesiedelt ist. Eine straffe und effiziente Hauptverhandlung ist nämlich nur dann möglich, wenn diese sorgfältig vorbereitet ist, was im übrigen auch im Interesse des Angekl. liegt, da gerade hierdurch das Verfahren erheblich beschleunigt wird. Die *Kammer* hat hierzu in ihrem Beschl. u. a. ausgeführt:

»Auch hinsichtlich der Einführung der TKÜ-Erkenntnisse durch Abspielen von Tonträgern in der Hauptverhandlung ist das Verfahren ausreichend gefördert worden. Nachdem sich im Laufe der Hauptverhandlung abgezeichnet hatte, daß es auf die TKÜ-Erkenntnisse als Beweismittel ankommt, die Einführung in die Hauptverhandlung durch bloßes Vorlesen der im Ermittlungsverfahren gefertigten TKÜ-Protokolle aber nicht in Betracht kam, hat der Vors. ab dem 7. 3. 2006 Vorbereitungen zum Abspielen von Tonträgern in der Hauptverhandlung und insbes. zur Gewährleistung einer vorherigen Abhörmöglichkeit durch die Verteidiger veranlaßt. Es wurden Listen der jeweiligen Gespräche, deren Einführung in die

Hauptverhandlung vorbereitet werden sollte, erstellt, die den Verteidigern zur Stellungnahme im Termin am 8. 3. 2006 überreicht wurden. Entgegen der Mitteilung seitens des PP Dortmund, daß die Übertragung auf CD 4 – 6 Wochen in Anspruch nehmen könne, konnte unter Einschaltung des PP Bochum – insbes. KOK S. – eine weitaus schnellere Übertragung erreicht werden, so daß die CDs der *Kammer* bereits am 24. 3. 2006 vorlagen. Ferner wurden Tonträger zügig jew. auf DVD vervielfältigt, um sie den Verteidigern vorab zur Verfügung zu stellen, so daß bereits im Termin am 5. 4. 2006 die CD mit den in deutscher Sprache geführten Gesprächen in der Hauptverhandlung abgespielt werden konnte. Im übrigen sind die CDs mit den Gesprächen in ausländischer Sprache umgehend an die Dolmetscherin B. übersandt worden, um im Interesse sämtlicher Verfahrensbeteiligter bereits vor Abspielen in der Hauptverhandlung Wortlautprotokolle zu erhalten.«

Schließlich hat die *StRK* in dem angefochtenen Beschl. darauf hingewiesen, daß bei ihr zwei weitere Haftsachen zur Terminierung anstanden. Diese beiden Haftsachen hat die *StRK* parallel zu dem vorliegenden Verfahren vorbereitet. Die Hauptverhandlung in diesen Verfahren sollte nach Abschluß des vorliegenden Verfahrens, der für den 31. 3. 2006 vorgesehen und nach Aktenlage durchaus realistisch war, beginnen. Diese Verfahren hatten als Haftsachen den gleichen Stellenwert und das gleiche Gewicht wie das vorliegende Verfahren, so daß die *StRK* mit der ihr zur Verfügung stehenden Arbeitszeit auch insoweit rätig werden mußte, um auch dort dem Beschleunigungsgebot Rechnung zu tragen. Immerhin handelte es sich bei einem dieser Verfahren um eine Haftsache mit vier in Haft befindlichen Angekl., was auf einen nicht unerheblichen Umfang schließen läßt.

Der Umstand, daß die Hauptverhandlung nicht bereits im März 2006 beendet worden konnte, ist offensichtlich im wesentlichen auch auf das nicht vorherrschbare Verteidigerverhalten der Angekl. zurückzuführen.

Zutreffend hat die *StRK* in der angefochtenen Entscheidung auch darauf hingewiesen, daß eine Abtrennung des Verfahrens gegen den Angekl. für das Verfahren nicht förderlich gewesen wäre und letztlich nicht zu einer Beschleunigung geführt hätte, da die Beweisaufnahme dann – worauf die *StRK* in dem angefochtenen Beschl. zutreffend hinweist – »größtenteils doppelt hätte durchgeführt werden müssen«.

Insgesamt läßt sich nach alledem feststellen, daß die Behandlung des Verfahrens den Beschleunigungsgrundsatz nicht verletzt hat, so daß die Beschwerde mit der sich aus § 473 Abs. 1 StPO ergebenden Kostenfolge zu verwerfen war.

Mitgeteilt von RiOLG Dettlef Burhoff, Hamm.

## AUFSÄTZE

### Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren

von Vors. Richter am BGH a. D. Prof. Dr. Lutz Meyer-Goßner, Landau/Pfalz



Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat in seinem Beschluß vom 3. 3. 2005<sup>1</sup> seine Ausführungen mit dem Appell an den Gesetzgeber geschlossen, »die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln«. Diese Aufforderung ist angesichts der Tatsache, daß sich der Große Senat weithin den Vorgaben der Entscheidung BGHSi 43, 195<sup>2</sup> angeschlossen hat und sich in Folge dieser Entscheidung bereits eine »gefestigte Rechtsprechung« entwickelt hatte,<sup>3</sup> etwas überraschend: Warum sollte

die Praxis sich nicht weiter auf dieser Linie bewegen? Auch wenn der Große Senat auf S. 16 seines Beschlusses eine Reihe ungeklärter Fragen aufwirft, scheint es durchaus angängig und unschwer möglich, die Beantwortung dieser Fragen der Rechtsprechung zu überlassen. Es bleibt im Übrigen unklar, wie sich der Große Senat eine gesetzliche Lösung denkt: Übernahme

<sup>1</sup> GSSi 1/04 = NJW 2005, 1443 = StV 2005, 311.

<sup>2</sup> Der sog. Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats des BGH (4 StR 240/97 vom 28. 3. 1997).

<sup>3</sup> So wörtlich BGHSi 49, 84, 88.



der Regeln von BGHSr 43, 195 in den Gesetzestext, wie es im Diskussionsentwurf von 2004 durch Einfügung eines § 257 b StPO vorgesehen war,<sup>4</sup> mit Ausweitung auf die aufgeworfenen Fragen, oder weitergehende Regelungen oder gar ein echtes konsensuales Verfahren? Wie auch immer, die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat die Worte des Großen Senats aufgegriffen und einen detailliert ausgearbeiteten Vorschlag für eine gesetzliche Regelung vorgelegt, wofür man ihr angesichts der durch den »Anruf« des Großen Senats geschaffenen Situation in Anbetracht der nun einsetzenden Diskussion (auch die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte haben bereits »Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht« vorgelegt<sup>5</sup>) für sich allein genommen schon Dank sagen muß.

Der Vorschlag der BRAK versucht systemimmanent zu bleiben. Er will neben der bestehenden gesetzlichen Regelung nicht einen gänzlich neuen Verfahrenstyp eines konsensualen Verfahrens schaffen; vielmehr versucht er, die vorgesehenen Regeln in die bestehende Gesetzeslage zu integrieren. Er geht dabei aber weit über die von BGHSr 43, 195 aufgestellten Grundsätze hinaus und beschränkt sich vor allem nicht nur auf den Hauptanwendungsfall der Verständigung, nämlich die Milderung der Strafe gegen Ablegung eines Geständnisses, sondern bezieht weitere Absprachen in die Regelung mit ein. Dies hat zur Folge, daß es nicht nur eine zentrale neue Vorschrift (wie im Diskussionsentwurf der früheren Bundesregierung § 257 b StPO), nämlich einen neuen § 243 a geben soll, sondern damit weitere erhebliche Änderungen der StPO Hand in Hand gehen sollen. Es handelt sich damit um ein in sich abgeschlossenes, umfangreiches Konzept, das insgesamt auf dem *Konsensprinzip* beruht; darunter ist zu verstehen, daß »in einem gesetzlich eröffneten Rahmen die Rechtsgestaltung durch den übereinstimmenden Willen der daran Beteiligten erfolgen kann.«<sup>6</sup> Diese Formulierung zeigt schon, daß hier ein gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die die Entscheidungszuständigkeit und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht angetastet hat, völlig anderer Ansatzpunkt gewählt ist. Von diesem Ausgangspunkt aus ergeben sich über die Änderung der Vorschriften über die Hauptverhandlung erster Instanz hinaus auch schwerwiegende Weiterungen für das Berufungs- und das Revisionsverfahren.

Daß ein solches »Konsensprinzip« sich mit wesentlichen Grundsätzen unseres bisherigen Strafverfahrens in Widerspruch setzt, ist offenkundig. Die hieran geübte scharfe Kritik durch den Strafrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins<sup>7</sup> übersieht, daß der Gesetzgeber Ausnahmen von diesen Grundsätzen zulassen könnte;<sup>8</sup> fraglich und zu verneinen ist allerdings, ob dies noch als »systemimmanent« bezeichnet werden kann. Es müßte dann wohl eher der Schritt in ein »echtes« Konsensualverfahren gewagt werden; das würde bedeuten, daß der Prozeß nach der Einverständniserklärung des Angeklagten mit einer bestimmten Strafe eben einen vollständig anderen Verlauf als nach dem bisherigen, normalen Gang des Verfahrens nehmen würde.

II

Die vorgesehene neue – zentrale – Vorschrift des § 243 a, an der das »Konsensprinzip« verankert wird, soll allerdings nicht nur im Hauptverfahren gelten.

1. Nach einem neuen Abs. 2 des § 202 (in Zukunft E/StPO) kann auch bereits nach Erhebung der Anklage und gemäß § 212 E/StPO auch nach deren Zulassung (also im Zwischenverfahren und auch nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses vor der Hauptverhandlung) zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einer Urteilsabsprache erörtert werden, wobei der wesentliche Inhalt der Erörterungen aktenkundig zu machen und darüber hinaus in der Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden nach § 243 Abs. 4 E/StPO

mitzuteilen und in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen ist.

Es ist richtig, daß die Verständigungsgespräche erst nach Anklageerhebung einsetzen können. Es erscheint unabdingbar, daß die Staatsanwaltschaft zunächst den Sachverhalt ausermittelt und die Sache mit einer Anklageerhebung (bzw. einer Einstellung des Verfahrens) abschließt. Werden schon vorher Verständigungsgespräche im Hinblick auf den Verfahrensabschluss geführt, ist die Gefahr eines späteren unrichtigen, unzureichenden, den Angeklagten zu Unrecht belastenden Urteils nicht mehr zu bannen.<sup>9</sup>

Das schließt natürlich nicht aus, daß sich Staatsanwaltschaft und Verteidigung vor Anklageerhebung über die Möglichkeit von Verfahrensbeschränkungen nach §§ 154, 154 a StPO oder gar einer Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO unterhalten und absprechen. Das hat aber mit den hier behandelten Verständigungen über das einzuhaltende Verfahren nach Anklageerhebung über das Ergebnis der Hauptverhandlung nichts zu tun.

Es ist auch richtig, daß die Tatsache von Vorgesprächen und deren wesentlicher Inhalt nach §§ 202 Abs. 2 S. 2, 243 Abs. 4 E/StPO aktenkundig gemacht, mitgeteilt und protokolliert werden müssen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie zu einem Erfolg geführt haben oder nicht.<sup>10</sup> Das gilt richtiger Auffassung nach auch jetzt schon.<sup>11</sup> Dies ist sehr wichtig, um sicherzustellen und durch das Revisionsgericht nachprüfbar zu machen, ob der Angeklagte bei diesen Vorgesprächen nicht unter unzulässigen Druck gesetzt worden ist; es dient zudem der Vermeidung von Mißverständnissen über (vermeintlich) bereits erzielte Einigungen. Daß diese Vorgespräche aber grundsätzlich keine rechtliche Verbindlichkeit haben, ist selbstverständlich und wird im Entwurf mit Recht nicht extra festgestellt. Verbindlich wird erst das, was – in der nun zu erörternden – Hauptverhandlung geschieht.

2. Der § 243 a E/StPO, auf den sich §§ 202 Abs. 2, 212 E/StPO beziehen, hat folgenden Wortlaut:

»§ 243 a [Urteilsabsprache]

(1) Das Gericht kann auf übereinstimmenden Antrag der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten diesem unter Darlegung seiner rechtlichen Bewertung der angeklagten Tat eine Strafobergrenze nach Maßgabe des § 46 b StGB sowie andere Rechtsfolgen für den Fall zusagen, daß der Angeklagte vom Gericht konkret bezeichnete sachgemäße Bedingungen erfüllt. Als Bedingungen kommen insbesondere in Betracht

1. ein Geständnis,
2. die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens,
3. das ernsthafte Bestreben um einen Ausgleich mit dem Verletzten,
4. ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient.

<sup>4</sup> StV 2004, 228.

<sup>5</sup> NJW Heft 1 – 2/2006 Seite XVI.

<sup>6</sup> Seite 4 unter 4.

<sup>7</sup> StraFo 2006, 89. Hier zeigt sich eine tiefgreifende Meinungsverschiedenheit zwischen den Strafrechtsausschüssen der BRAK und des DAV; ebensowenig wie auf Seiten der Richterschaft (wie die unterschiedlichen Stellungnahmen der Senate zu dem Antragsbeschluss des 3. Strafsenats des BGH, der zur Entscheidung des Großen Senats geführt hat, zeigen) besteht also auf Seiten der Verteidiger Einigkeit über die Bewertung der Absprachen im Strafverfahren.

<sup>8</sup> Soweit er nicht verfassungsrechtliche Schranken dabei überschreitet.

<sup>9</sup> In NSStZ 1992, 167, 168 habe ich vorgeschlagen, daß das Verständigungsverfahren erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens beginnen soll; daran möchte ich festhalten; denn erst dann weiß der Angeklagte, daß nach Meinung des Gerichts eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Verurteilung besteht; vgl. dazu auch meine Ausführungen in NSStZ 1992, 379.

<sup>10</sup> Abt. d. Landau/Binger ZRP 2005, 268, 271, die hierin eine »Überspannung der formalen Anforderungen« sehen.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Uttenhoefer/Haunert DRSt 2005, 56, 60 und GA 2005, 285, 308.



(2) Die Zusagen sowie die vom Angeklagten zu erfüllenden Bedingungen sind in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen. Dies gilt ebenso bei Zusagen der Staatsanwaltschaft für den Fall einer Urteilsabsprache.

(3) Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Staatsanwaltschaft, der Nebenkläger und der Angeklagte können der Zusage innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist widersprechen. Ein Widerspruch der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägers hat vor der Erklärung des Angeklagten zu erfolgen. Abs. 2 S. 1 gilt entsprechend.

(4) Erfüllt der Angeklagte die Bedingungen, ist das Gericht an die Zusage der Strafobergrenze und anderer Rechtsfolgen gebunden. Die Bindungswirkung entfällt

1. wenn die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte der Zusage widersprochen haben,
2. wenn nach Auffassung des Gerichts der Angeklagte die Bedingungen gemäß Abs. 1 nicht erfüllt hat,
3. wenn sich im weiteren Verfahren wesentliche straferschwerende Umstände ergeben, die dem Gericht im Zeitpunkt seiner Zusage unbekannt waren,
4. wenn das Gericht Umstände übersehen hat, die auch unter Berücksichtigung des § 46 b StGB zur Anwendung eines Strafrahmens mit einer die zugesagte Strafobergrenze übersteigenden Mindeststrafe führen, oder
5. mit dem Abschluß des Rechtszuges, in dem die Zusage erfolgt ist.

Der Angeklagte ist auf den Wegfall der Bindungswirkung hinzuweisen: § 265 Abs. 1 gilt entsprechend.

(5) Entfällt die Bindungswirkung der Zusage, sind Prozeßhandlungen des Angeklagten in Erfüllung von Bedingungen gemäß Abs. 1 wirkungslos; ein Geständnis ist unwerthbar. Dies gilt nicht bei Wegfall der Bindungswirkung nach Abs. 4 Nr. 3.

(6) Erörterungen zur Vorbereitung einer Absprache gemäß Abs. 1 können auch außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden. Der Vorsitzende hat deren wesentlichen Inhalt in der Hauptverhandlung mitzuteilen. Die Mitteilung ist in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen.

Der § 46b E/StGB lautet:

„Im Fall einer Urteilsabsprache (§ 243 a der Strafprozeßordnung) ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“

Diese vorgesehene Regelung wirft eine Vielzahl grundsätzlicher und spezieller Fragen auf:

a) Ist es angebracht, nicht nur – wie nach der bisherigen Rechtsprechung – für den Fall des Geständnisses eine Strafobergrenze zuzusagen (Abs. 1 Nr. 1), sondern auch unter allen möglichen sonstigen Bedingungen? Die Nr. 2 bis 4 des Entwurfs sind ja nur besonders naheliegende Beispiele, die Aufzählung soll aber nicht erschöpfend sein (»insbesondere«). Besonders bedenklich erscheint insofern die Nr. 4, wonach jedes (?) Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient, genügen können soll. Hier schwebt den Entwurfsverfassern auch der Fall vor, daß der Angeklagte sich den Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen durch eine Strafmilderung »abkaufen« läßt. Das erscheint mit unserem Rechtssystem unvereinbar: Während sich das Geständnis, die Wiedergutmachung, das Ausgleichsbemühen mit dem Verletzten auf die angeklagte Straftat beziehen und damit mit §§ 46, 46 a StGB »kompatibel« sind, wird hier ein rein auf das Verfahren bezogenes Verhalten mit der Strafzumessung in Verbindung gebracht. Das ist revolutionär und geht von einem gänzlich anderen – abzulehnenden – Verständnis der Strafzumessung aus. Daß hier eine Abkoppelung von unseren bisherigen Strafzumessungsüberlegungen stattfinden soll, zeigt auch die weitere Bemerkung der Entwurfsbegründung, es könnten auch Erklärungen »unterhalb eines Geständnisses« – also sog. Formalgeständnisse – genügen. Mit einem Wort: Der Konsens der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts

vermag alle bisher geltende Regeln zur Strafzumessung außer Kraft zu setzen!

Dem entspricht es, daß das Gericht nicht nur zur Strafzumessung, sondern auch zu (allen?) anderen Rechtsfolgen Zusagen treffen darf, wobei dies ersichtlich so zu verstehen ist, daß das Gericht in erster Linie die Nichtanordnung solcher Rechtsfolgen zusagt. Die Entwurfsbegründung nennt hier die Strafaussetzung zur Bewährung (auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 56 StGB hierfür nicht gegeben sind?), Aussetzung der Unterbringung nach § 67 b StGB, Dauer einer Sperre nach § 69 a StGB, Aussetzung eines Berufsverbots nach § 70 a StGB und Anordnung oder Umfang eines Verfalls oder einer Einziehung. Die Anordnung oder Nichtanordnung solcher Rechtsfolgen soll sich – so ist es wohl zu verstehen – nicht mehr nach dem Gesetz, sondern nach der Vereinbarung der Verfahrensbeteiligten mit dem Gericht richten, wobei der Angeklagte also etwa eine Bewährungsstrafe erhalten kann, wenn er von der Stellung von Beweisanträgen absieht! Das scheint die Entwurfsverfasser auf Grund ihres Konsenskonzept nicht weiter zu stören. Bei der Frage, ob auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 StGB in diesem Sinne »verhandelbar« ist, stockt ihnen aber denn wohl doch – endlich – die Feder: Dies solle immerhin der Rechtsprechung vorbehalten bleiben!<sup>12</sup>

Daß eine solche weitgehende Freigabe des Abspracheinhalts sehr gefährlich ist, weil hier leicht die rechtliche und sachliche Konnexität zwischen Absprache und Verfahrensgegenstand gefährdet sein kann, sieht der Entwurf – unter Hinweis auf bereits vorliegende Rechtsprechung des BGH<sup>13</sup> – selbst. Da aber bei Konsens der Beteiligten die meisten solcher verbotenen Absprachen nicht zum Revisionsgericht gelangen werden, mag man sich gar nicht ausmalen, was in der Praxis nun alles ausgehandelt werden könnte.

Nach alledem wird ganz klar, sei aber doch noch einmal wiederholt: Der Entwurf geht weit über das hinaus, was bisher als zulässige Absprache im Strafverfahren angesehen worden ist. Er stellt seinem Konzept entsprechend ganz auf die Vereinbarungen des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten ab und setzt dafür die bisherigen gesetzlichen Regelungen des StGB und der StPO weitlich außer Kraft. Er überschreitet damit das, was im Schrifttum<sup>14</sup> als Inhalt eines konsensualen Verfahrens angesehen worden ist. Während danach den Verfahrensbeteiligten nach gesetzlichen Vorgaben ein Verhandeln über die zu verhängende Strafe bei Nichtbestreiten des Tatvorwurfs der Anklageschrift gestattet werden soll, wird hier gleichsam die gesamte Rechtsfolgenbestimmung disponibel.<sup>15</sup> Die Bestimmung der Rechtsfolgen wird dem Gericht aus der Hand genommen und durch einen Konsens mit den Verfahrensbeteiligten ersetzt. Ob eine solche weitgehende Änderung gegenüber dem bisherigen Recht noch als »systemimmanent« gelten kann, ist sehr zu bezweifeln. Ob man wirklich den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht eine so weitgehende Gestaltungs-freiheit einräumen soll, ist allerdings noch viel zweifelhafter.

b) Von den grundsätzlichen Bedenken abgesehen, scheint § 243 a E/StPO aber auch im einzelnen nicht hinreichend durchdacht:

aa) Wenn schon den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht ein so weitgehender Freiraum bei der Festsetzung der Rechtsfolgen eingeräumt wird, ist es nicht recht verständlich, warum auch – mit der Rechtsprechung – an der Zusage der Strafobergrenze statt einer bestimmten Strafe festgehalten wird. Die Rechtsprechung konnte die Zusage einer bestimmten Strafe nicht erlauben, weil dem u. a. § 261 StPO entgegensteht. Der Entwurf behauptet, sich in das System der StPO einzufügen,

<sup>12</sup> Seite 22.

<sup>13</sup> BGH StV 2005, 372; Drohung mit Sicherungsverwahrung.

<sup>14</sup> Auch von mir in NSZ 1992, 167.

<sup>15</sup> Daher scharf ablehnend auch Schünemann ZRP 2006, 63, 64.



tut es aber mit der weitgehenden Freigabe der anzuordnenden Rechtsfolgen in Wahrheit nicht; dann hätte er auch insoweit den Mut haben sollen, den Beteiligten die Vereinbarung einer bestimmten Strafe zu gestatten. Wenn der Entwurf dies mit der Begründung versagt, bei nach einer Absprache bekannt werdenden Milderungsgründen sei es schwierig, von der Zusage wieder herunterzukommen,<sup>16</sup> überzeugt das wenig: Wenn sich alle einig sind, daß ein beachtlicher Strafmilderungsgrund unberücksichtigt geblieben ist, wird man sich leicht auf eine (noch) mildere Strafe verständigen; hält das Gericht diesen neuen Grund aber für nicht so erheblich, wird es ohnehin bei der »ausgehändelten« Strafe bleiben.

Im übrigen tut der Entwurf aber auch insoweit des Guten zu viel: Bei der Absprache soll nach § 46 b E/StGB der § 49 Abs. 1 StGB anzuwenden sein. Das bedeutet, daß für die angeklagte(n) Straftat(en) ein neuer Strafrahmen eröffnet wird, also z. B. statt lebenslang Freiheitsstrafe ein Strafrahmen von 3 bis zu 15 Jahren. Innerhalb des so eröffneten milderen Rahmens soll dann die Absprache über die Strafobergrenze erfolgen.

Das kommt auf eine doppelte Strafmilderung hinaus. Nach einem von mir einmal gemachten Vorschlag<sup>17</sup> sollte, um das »freie Ermessen« bei Strafmaßabsprachen einzuschränken, bei Nichtbestreiten des Anklagevorwurfs kraft Gesetzes eine Reduzierung des gesetzlichen Strafrahmens um die Hälfte erfolgen (wobei ich allerdings die lebenslange Freiheitsstrafe ausdrücklich ausgenommen hatte: das halte ich auch jetzt noch – entgegen dem Vorschlag der BRAK – für unabdingbar; denn Mord scheint mir nicht verhandelbar<sup>18</sup>). Damit sollte es aber sein Bewenden haben, ein weiteres Verhandeln zur Strafe neben einer schon von Gesetzes wegen gewährten Strafmilderung ist nicht veranlaßt. Man sollte sich hier – anders als der Vorschlag der BRAK – zwischen Vereinbarung einer Strafe, Festsetzung einer Strafobergrenze oder gesetzlicher Strafmilderung entscheiden.<sup>19</sup>

bb) Nicht einzusehen ist auch, warum die Anwendung des § 243 a E/StPO einen übereinstimmenden Antrag von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem voraussetzen soll. Wenn im Zwischenverfahren ein solcher Antrag nicht erforderlich ist, bedarf es seiner auch nicht im Hauptverfahren, zumal nach § 243 a Abs. 6 E/StPO Verständigungsgespräche auch außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden können.<sup>20</sup> Im übrigen wird es aber, wenn schon eine solche Regelung im Gesetz steht, kein Verfahren mehr geben, in dem nicht spätestens in der Hauptverhandlung Verständigungsgespräche aufgenommen werden; ob das Gericht oder einer der Verfahrensbeteiligten die Erörterungen damit beginnen, dürfte reichlich gleichgültig sein. Daß ein Antrag des Angeklagten erforderlich sei, um einer Drohung mit der sog. Sanktionsschere vorzubeugen, leuchtet nicht ein. Diese Drohung ist wirkungslos, wenn sie im Protokoll festgehalten wird, weil dadurch gegebenenfalls dem Revisionsgericht die Möglichkeit zum Einschreiten eröffnet wird.<sup>21</sup> Soweit die Entwurfsbegründung dazu ausführt: »das Konsensprinzip impliziert Kommunikation und Offenheit zwischen den Verfahrensbeteiligten und eine Stärkung der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung gegenüber dem Gericht«, wird damit nur verhüllt, daß das Gericht hierdurch an die Seite gedrückt wird; so heißt es dann enthüllend auch im folgenden: »Dem Gericht muß insoweit ein Spielraum verbleiben«. Entscheidend soll demnach wohl sein, was Staatsanwaltschaft und Verteidigung aushandeln; das Gericht darf noch am Rande mitspielen!

Hinter diesem formalen Antragserfordernis, das sich nach dem Entwurf nur auf die Einleitung des Abspracheverfahrens, nicht aber auf den Inhalt der Absprache bezieht, steckt aber – wie sich aus der Entwurfsbegründung ergibt – etwas anderes: Da nicht nur der Angeklagte den Antrag stellen muß, sondern übereinstimmend auch die Staatsanwaltschaft, soll dies »dazu beitragen, schon im Vorfeld einer etwaigen Urteilsabsprache

nach Möglichkeit eine weitgehende Übereinstimmung zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem über den Inhalt einer gerichtlichen Zusage und den Gegenstand der von letzterem zu erfüllenden Bedingungen zu erzielen.«<sup>22</sup> Hieran wird deutlich, daß der Einfluß des Gerichts auf die Absprache zu Gunsten von Angeklagtem und Staatsanwaltschaft zurückgedrängt werden soll. Das verwundert bei einem von Verteidigern vorgelegten Gesetzesentwurf nicht; auch dies stellt aber eine schwerwiegende Kehrtwendung zur bisherigen Rechtsprechung dar; Nach zutreffender – allerdings unstrittener – Auffassung bedarf die Zusage einer Strafobergrenze durch das Gericht nicht der Zustimmung des Angeklagten (wohl unstrittig), aber auch nicht der der Staatsanwaltschaft.<sup>23</sup> Die Tendenz des Entwurfs geht demgegenüber gerade dahin, einen Konsens zwischen allen Verfahrensbeteiligten zu erzielen und die Staatsanwaltschaft von Anfang an »mit ins Boot zu nehmen«.

cc) Die Widerspruchsregelungen in § 243 a Abs. 3 E/StPO scheinen überzogen, da im Zweifel das Ergebnis der gerichtlichen Zusage doch auf den vorhergehenden Verständigungsgesprächen beruhen wird. Hier zeigt sich aber wiederum die Tendenz, die »Entscheidungshoheit« des Gerichts einzuschränken: Staatsanwaltschaft und Angeklagter müssen mit der zugesagten Strafobergrenze voll einverstanden sein, sonst ist die Absprache gescheitert. Der Nebenkläger braucht nach dem Entwurf zwar nicht zuzustimmen; ihm wird aber in der Revision ein – gegenüber Staatsanwaltschaft und Angeklagtem (dazu unten d) – uneingeschränktes Rügerecht im Revisionsverfahren zugestanden, wenn er der Zusage widersprochen hat.<sup>25</sup>

dd) Sehr wichtig ist die Frage, ob das Gericht von der Zusage einer Strafobergrenze wieder »herunterkommen« kann. Hierzu bestimmt § 243 a Abs. 4 E/StPO zunächst, daß das Gericht bei Erfüllung der abgesprochenen Bedingungen durch den Angeklagten an seine Zusage gebunden ist. Im folgenden werden dann aber erhebliche Einschränkungen gemacht, nämlich außer dem – nach der Konzeption des Entwurfs selbstverständlichen – Wegfall der Bindungswirkung bei Widerspruch gegen die Zusage oder Nichterfüllung der Bedingungen (Nr. 1 und 2), bei schwerwiegenden bisher übersehenen Umständen (Nr. 3 und 4) sowie schließlich bei Abschluß des Rechtszuges. Bekanntlich hat der Große Senat für Strafsachen gegenüber BGHSr 43, 195 das Abgehen von der zugesagten Strafobergrenze erleichtert, indem er nicht nur – wie BGHSr 43, 195 – bisher unbekannte schwerwiegende Umstände fordert, sondern schon das Übersetzen tatsächlicher oder rechtlicher Aspekte bei der Urteilsabsprache genügen läßt. Damit wird dem Angeklagten ein erhebliches Risiko aufgebürdet und der Grundsatz »Vertrauen des Angeklagten gegen Vertrauen des Gerichts«<sup>26</sup> aufgeweicht. Das ist nur erträglich, wenn ein vom

16 Seite 21.

17 NSTZ 1992, 167.

18 Ebenso OAV, Fn. 7, S. 98 und 95.

19 Ablehnend zu einer obligatorischen Strafmilderung *Landau/Bürger*, Fn. 7, S. 371.

20 Ebenso *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 371.

21 Vgl. dazu beispielsweise die Entscheidungen BGH StV 2004, 470 mit zustimmender Anmerkung *Bieneck* wistra 2004, 470, ferner BGH StV 2006, 37; BGH NSTZ 2005, 393.

22 Seite 6 unter 3.

23 Seite 19.

24 *Altenhain/Haimel* GA 2005, 286 Fn. 20; a. M. allerdings BGH StV 2005, 481; offen gelassen vom Großen Senat.

25 Dieser Vorschlag hat sehr unterschiedliche Reaktionen ausgelöst: Während *Landau/Bürger* Fn. 10, S. 371 meinen »die Ungleichbehandlung des Nebenklägers sollte überdacht werden ... Anzustreben ist vielmehr, die Urteilsabsprache als einvernehmliche Lösung unter Einbeziehung des Nebenklägers zu gestalten« (woran dann aber wohl ein nicht unerheblicher Teil der Absprachen scheitern würde), hält *Schünemann*, Fn. 15, S. 64 gerade entgegengesetzt, es für nicht hinnehmbar, daß nach der Entwurfsregelung »der Nebenkläger es in der Hand hätte, den erwünschten Abkürzungseffekt der Absprache weitgehend zu zerstören«. Meiner Ansicht nach zeigt sich an diesem Punkt deutlich, daß die gesamte vorgeschlagene »Konsenslösung« hier an ihre Grenzen stößt und fragwürdig wird.

26 Vgl. dazu zutreffend *Damag/Schön* StV 2005, 421, – 22.



Angeklagten abgelegtes Geständnis bei Widerruf der Strafobergrenzenzusage für unverwertbar erklärt wird.<sup>27</sup>

Während der *Große Senat* die Frage eines Verwertungsverbots noch offen gelassen hat, zieht der vorliegende Entwurf in § 243 a Abs. 5 S. 1 richtigerweise diese Konsequenz.<sup>28</sup> Da der Entwurf erfreulicherweise in § 243 a Abs. 4 Nr. 3 wieder auf den Stand von *BGHSt* 43, 195 zurückgekehrt ist und dem *Großen Senat* mit dessen weitgehender Widerrufsmöglichkeit nicht folgt, erklärt er insoweit – ebenfalls konsequent – das Geständnis für weiterhin verwertbar, denn wenn der Angeklagte schwerwiegende Umstände verschwiegen hat (und darum geht es), bedarf er insoweit – wie auch der Entwurf zutreffend in der Begründung darlegt<sup>29</sup> – keines weiteren Schutzes. Im Fall des § 243 a Abs. 4 Nr. 4 E/StPO gilt das hingegen nicht, denn hier liegt ein Fehler des Gerichts vor, der dem Angeklagten nicht zuzurechnen ist.<sup>30</sup>

Warum die Bindungswirkung mit Abschluß der Instanz entfallen soll (§ 243 a Abs. 4 Nr. 5 E/StPO), wird im Entwurf nicht begründet. Mir leuchtet es nicht ein: Was in dieser Instanz vereinbart worden ist, muß auch in folgenden Rechtszügen Bestand haben,<sup>31</sup> sonst wird es für die Verfahrensbeteiligten unkalkulierbar. Dafür scheinen mir aber im Gegenzug die Einschränkungen im Rechtsmittelverfahren (dazu unten d) nicht hinnehmbar.<sup>32</sup>

c) Einen interessanten Schritt noch über die Entscheidung des *Großen Senats* zum Rechtsmittelverzicht hinaus geht der Entwurf in § 302 Abs. 1 E/StPO:

aa) Er bestimmt in S. 1, daß der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein Urteil sowie die Zurücknahme eines Rechtsmittels vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung unzulässig sind. Ein Urteil kann damit – einheitlich – erst durch Fristablauf rechtskräftig werden. Das vermeidet sowohl übereilte Verzichtserklärungen als auch das Wirksamwerden abgesprochener Rechtsmittelverzichtsvereinbarungen. Er macht damit auch die unglückliche Erfindung »qualifizierte Rechtsmittelbelehrung« des *Großen Senats*<sup>33</sup> überflüssig. Er schiebt damit aber auch in allen Fällen den Eintritt der Rechtskraft hinaus, was aus mancherlei Gründen im Einzelfall mißlich sein kann (z. B. wenn der Angeklagte möglichst rasch von der Untersuchung- in die Straftat kommen möchte). Warum ein Verfahrensbeteiligter nicht gleich Rechtsmittelverzicht erklären können soll, wenn das Urteil exakt seinem Antrag entspricht, ist ebenfalls nicht einzusehen. Es ist auch für die Gerichte wenig erfreulich, da jeder Richter nun mit der Urteilsabsetzung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist warten wird, um das Urteil gegebenenfalls abgekürzt (§ 267 Abs. 4 und 5 StPO) abfassen zu können. Hier kann sich ein für einen Richter unerwünschter »Urteilsabsetzungsstau« ergeben. Vor- und Nachteile einer solchen starren Regelung dürften sich grundsätzlich die Waage halten.

bb) Eine derart scharfe Regelung erschien allerdings auch den Entwurfsfassern beim Strafrichter zu rigoros; deshalb haben sie in § 302 Abs. 1 S. 2 E/StPO bestimmt, daß dies nicht bei Urteilen des Strafrichters gelte, es sei denn, das Urteil beruhe auf einer Urteilsabsprache nach § 243 a. Diese Unterausnahme zeigt nun einerseits wieder – unbegründet erscheinende – Vorbehalte gegen die in § 243 a E/StPO getroffene, doch sehr ins Einzelne gehende Regelung. Andererseits taucht hier die Frage auf, ob § 243 a E/StPO überhaupt in *allen* Verfahren oder vielleicht nur vor dem *LG* 1. Instanz oder auch daneben noch vor dem Schöffengericht gelten soll. Eine Beschränkung auf bestimmte erstinstanzliche Verfahren lehnt der Entwurf aber mit Recht ab:<sup>34</sup> wenn die StPO ein solches Verfahren zur Verfügung stellt, kann es die beim *AG* angeklagten Personen nicht schlechter behandeln als die vor dem *LG* angeklagten. Die nicht unbedeutenden Vorteile, die das Verfahren für die Angeklagten mit sich bringen kann, dürfen aus Gleichheitsgründen nicht bestimmten Angeklagten vorbehalten bleiben. Gerade beim *AG* wird aber erfahrungsgemäß der Großteil der Urteile

rechtskräftig, so daß die Einschränkung in S. 2 (ohne die Untereinschränkung) in jedem Fall gerechtfertigt ist.

a) Erhebliche Auswirkungen soll das in § 243 a E/StPO geregelte Verfahren auch für das Rechtsmittelverfahren haben:

aa) Am einschneidendsten wird das Berufungsverfahren betroffen: Das soll nämlich bei einer Urteilsabsprache vollständig entfallen (§ 312 E/StPO), allerdings soll das Revisionsverfahren – also in einer Art Ersatzrevision – zulässig sein. Dies ist offenbar eine Folge der Regelung des § 243 a Abs. 4 Nr. 5 E/StPO, wonach die Bindungswirkung nur für *einen* Rechtszug gilt, um das Verfahren nicht in einer Berufungsinstanz – gegebenenfalls *ohne* Absprache – wiederholen zu können. Aber hier scheint mir gerade der umgekehrte Weg richtiger: Die getroffene Absprache gilt auch für die folgenden Instanzen; die Sache kann jedoch im Berufungsverfahren einer erneuten – eingeschränkten – Prüfung zugeführt werden. Nur so hätte das Abspracheverfahren des Entwurfs beim *AG* eine Chance (dazu näher unter III); denn nach dem Entwurf entsteht für den Angeklagten eine häßliche Zwickmühle: Soll er das Normalverfahren mit der Möglichkeit der Berufung wählen oder sich doch lieber für das Abspracheverfahren ohne Berufungsmöglichkeit entscheiden? In Anbetracht der äußerst geringen Anzahl der amtsgerichtlichen Verfahren, in denen überhaupt eine Berufung eingelegt wird,<sup>35</sup> erscheint dieser rigorose Berufungsausschluß nicht erforderlich; darüber hinaus ist die Möglichkeit der Berufungseinlegung aber gerade auch in den Fällen notwendig, in denen es nach Meinung eines Verfahrensbeteiligten beim Abspracheverfahren Probleme gegeben hat.

bb) Einschränkungen soll es auch im Revisionsverfahren geben, womit der Entwurf Anregungen des 5. *Strafsenats* des *BGH*<sup>36</sup> folgt. § 337 StPO soll nach dem Entwurf einen dritten Absatz erhalten, wonach die Revision der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten oder des Nebenklägers (soweit er der Zusage nicht widersprochen hat) wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren nur auf eine Verletzung der bei der Absprache zu beachtenden Vorschriften (§ 243 Abs. 4, 43 a), der Grundsätze des fairen Verfahrens sowie auf die in § 338 genannten Aufhebungsgründe gestützt werden kann. Das läuft im Ergebnis auf eine weitgehende Abschaffung der Verfahrensrüge hinaus, stellt den Revisionsführer jedenfalls aber gegenüber anderen Revisionsführern erheblich schlechter.<sup>37</sup> Die Prüfungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts hinsichtlich des Verfahrens sind damit sehr eingeschränkt; allerdings wird die Überprüfung der Vorschriften des materiellen Rechts dadurch erleichtert, daß die Bindungswirkung der Absprache für das Revisionsverfahren nicht besteht. Darin liegt wiederum ein erhebliches Risiko für den Angeklagten, sich auf das Abspracheverfahren einzulassen (auch dazu unter III).

Schließlich soll § 354 Abs. 1 a nach dem Entwurf dahin erweitert werden, daß bei Urteilsaufhebung wegen Nichterhaltung einer Zusage nach § 243 a Abs. 1 das Revisionsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Rechtsfolgen unter Beachtung der Zu-

<sup>27</sup> Ebenso *Dutge/Schoop*, Fn. 26.

<sup>28</sup> Gänzlich ablehnend aber *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 272 mit der gar nicht passenden Begründung, »für die Hauptverhandlung gilt nach wie vor der Grundsatz der freien Beweiswürdigung«. Denn hier geht es doch darum, ob ein Vorgang der freien Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden darf oder nicht, ob also ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist oder nicht!

<sup>29</sup> Seite 26; dagegen *DAV*, Fn. 7, S. 96.

<sup>30</sup> Dagegen aber auch hier *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 272.

<sup>31</sup> A. M. *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 272.

<sup>32</sup> Dagegen auch der Strafrechtsausschuß des *DAV*, Fn. 7, S. 93 und 97.

<sup>33</sup> Kritisch dazu etwa *Athenhain/Haimert* GA 2005, 298; *Dahs* NZS 2005, 581; *Dutge/Schoop*, Fn. 21, 22; *Seher* JZ 2005, 635.

<sup>34</sup> A. M. *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 270.

<sup>35</sup> *Landau/Bürger*, Fn. 10, S. 270; rund 90 % ihrer Verfahren werden von den Amtsgerichten rechtskräftig erledigt.

<sup>36</sup> *BGH* StV 2004, 1, 5; *BGH Großer Senat* StV 2005, 311 hat die Frage offen gelassen. Gegen eine Einschränkung zutreffend *KG* NZS-RR 2004, 175.

<sup>37</sup> Zutreffend die Kritik des *DAV*, Fn. 7, S. 98.



sage angemessen herabsetzen kann. Wie das nun wiederum mit der fehlenden Bindungswirkung nach § 243 a Abs. 4 Nr. 5 E/StPO vereinbar ist, erschließt sich dem Betrachter nicht.

### IL

Insgesamt hinterläßt der Entwurf einen zwiespältigen Eindruck: Zwar ist es dankenswert, daß die BRAK überhaupt den Versuch einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache unternommen hat. Der Entwurf enthält – wie dargelegt – auch eine Reihe durchaus akzeptabler oder zumindest erwägenswerter Gedanken. Er scheint aber schon deshalb nicht rostlos gegliedert, weil er sich zwischen einem rein konsensualen und einem nicht-konsensualen Verfahren (zuletzt nicht entscheiden mag, so daß es bei dem Versuch, im Rahmen der geltenden StPO zu bleiben, doch empfindlich knirscht. Die Entwurfsverfasser scheinen aber eines völlig aus den Augen verloren zu haben: Die Rechtsprechung kämpft seit langem gegen den (vermeintlich) bequemen Weg der heimlichen Absprache einer bestimmten Strafe gegen Ablegung eines Geständnisses mit Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts. Die – wenig einschränkenden – Regelungen, die die Rechtsprechung des BGH aufgestellt hat, werden von einer Vielzahl (möglicherweise sogar der Mehrheit) der Richter, Staatsanwälte und Verteidiger als inkonsequente,<sup>38</sup> den Belangen der Rechtspraxis nicht gerecht werdende,<sup>39</sup> lebensfremde<sup>40</sup> Forderungen angesehen.<sup>41</sup> Das von der BRAK vorgestellte Verfahren ist demgegenüber noch erheblich differenzierter und diffiziler. Es enthält für den Angeklagten durch die Möglichkeit des Wegfalls der Bindungswirkung der Zusage, darüber hinaus aber auch im Bereich des Rechtsmittelrechts mit völliger Abschaffung der Berufung und erheblicher Einschränkung der Revision tiefgreifende Beschränkungen. Soll man wirklich annehmen, für dieses Verfahren würden die Verfahrensbeteiligten das bequeme – eben gerade form-, deswegen aber auch gefährlich regellose

– Verfahren des *deals* (nur als solcher, aber stets auch als solcher sollte die heimliche Absprache gegenüber einer zulässigen Verständigung bezeichnet werden) nicht mehr praktizieren? Da sind nach den bisherigen Erfahrungen der letzten 25 Jahre und nach den Schwierigkeiten mit der Durchsetzung der in BGHSt 43, 195 aufgestellten Regeln erhebliche Zweifel angebracht. Dieser Kampf gegen den *deal* muß bei allen gesetzgeberischen Überlegungen in vorderster Linie bedacht werden. Das zeigt aber auch, wie schwer es ist, hier zu einer vernünftigen Lösung zu kommen.

Über eines sollten sich alle klar sein: Eine gesetzliche Regelung muß sehr gründlich überlegt und nach allen Möglichkeiten hin diskutiert werden. Ein Schnellschuß, wie die frühere Bundesregierung ihn mit Einfügung des § 257 b StPO versucht hat,<sup>42</sup> wäre von Übel. Eine gesetzliche Regelung setzt eine Grundsatzdiskussion über die Möglichkeiten eines konsensualen Verfahrens und eine Besinnung über die Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung dabei zuzuweisenden Positionen voraus. Der vorliegende Entwurf der BRAK hat einen verdienstvollen Anstoß gegeben; nun sind aber nicht nur die Praktiker gefragt, sondern ist vor allem auch die Strafrechtswissenschaft, die bisher vielfach in einer ebenso strikten wie unergiebigem Ablehnung der Verständigung verharrt hat,<sup>43</sup> gefordert, die Berechtigung einer gesetzlichen Regelung der Absprachenproblematik und gegebenenfalls deren möglichen Inhalt zu prüfen und zu erörtern.

38. Mosbacher NSIZ 2004, 52, dagegen meine Ausführungen in NScZ 2004, 216.

39. Schmitt GA 2002, 425.

40. Jantke NJW 2004, Heft 10, S. XVIII.

41. Vgl. Verfasser ZRP 2004, 187.

42. Nach Schönemann StraFo 2004, 295, 295 Fn. 21 »eine kümmerliche Maus«.

43. Eine rühmliche Ausnahme bilden insoweit *Altenhain/Hamerl* Fn. 11.

## Erkennungsdienstliche Behandlung von Kindern – Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung?

von Michaela Apei und Urte Eisenhardt, wissenschaftl. Mitarbeiterinnen, Frankfurt/M.

### Gegenstand der Untersuchung

In der hessischen Landeshauptstadt Wiesbaden gibt es eine deutschlandweit einmalige Einrichtung bei der Kriminalpolizei: Die AG Jaguar.<sup>1</sup> Sie kümmert sich um Polizeifälle, bei denen auf Störer- bzw. Täterseite Kinder oder Jugendliche beteiligt sind. Diese Arbeitsgemeinschaft besteht seit mehr als 10 Jahren. Institutionell wichtiger Bestandteil der AG ist eine Datei, in der personenbezogene Daten von ca. 500 jungen Menschen im Alter von 9 bis 22 Jahren enthalten sind. Zu den gespeicherten Daten gehören unter anderem Lichtbilder. Dabei handelt es sich nicht um zufällig z. B. im Zuge einer räumlichen Observierung entstandene Lichtbilder, sondern um Portraitfotos mit Registrieretafel, also um die Ergebnisse erkennungsdienstlicher Maßnahmen. Das Jubiläum war Anlaß, das Konzept in der Tagespresse einer breiten Öffentlichkeit zu präsentieren. Es ist aber auch Anlaß, sich mit datenschutzrechtlichen Fragen der polizeilichen Datensammlung zu beschäftigen.<sup>2</sup> Der Aufsatz geht der Frage nach, ob diese Datensammlung mit geltendem Recht vereinbar ist, soweit von ihr Kinder unter 14 Jahren betroffen sind.<sup>3</sup> Diese Fragestellung ist nicht zuletzt deshalb von aktuellem Interesse, weil der hessische Landtag am 14. 12. 2004 die Aufnahme von DNA-Analysen bei Kindern in das HStOG beschlossen hat.<sup>4</sup>

### Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein Recht mit Verfassungsrang. Das Bundesverfassungsgericht hat im Volkszählungsurteil den Verfassungsrang dieses Rechtes hervorgehoben. Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Normierung.<sup>5</sup> Die er-

1. JAGUAR ist ein Akronym und bedeutet: Jugendliche Aggressive Gruppen Untersuchungen/Alterstypischer Rechtsbrüche.

2. Auch wenn Anlaß für die Beschäftigung mit dem Datenschutz zu Lasten von tatzuständigkeitsverdächtigen Kindern die spezielle Datensammlung der AG Jaguar ist, scheinen solche Datensammlungen kein Einzelfall zu sein. Vgl. Eisenberg, Zur Rechtsstellung von Kindern im polizeilichen Ermittlungsverfahren, StV 1989, 554; Banke, Berücksichtigung kinderdelinquenter Vorverhaltens, (FS-Geerds, 270) berichtet von einem hohen Prozentsatz an Staatsanwälten, die in seiner Erhebung auf haus eigene Datenverarbeitungsanlagen zugreifen konnten und den dort gespeicherten Daten entnehmen konnten, daß gegen einen Beschuldigten im Kindesalter ein Ermittlungsverfahren geführt und eingestellt wurde.

3. Der größte Teil der Datensammlung bezieht sich auf Jugendliche, nicht auf Kinder. Betroffen ist von den hier vorgebrachten Zweifeln also nur ein geringer Prozentsatz der in der Sammlung enthaltenen Daten.

4. Vgl. § 19 III HStOG i. d. F. vom 15. 12. 2004, GVBl. I, S. 423.

5. BVerfGE 55, 1. L. 1. Absatz Nr. 2; Heidehult, Täter und Opfer bei kindlicher Gewaltkriminalität, JZ 2000, 604; Freisee, S. 327; Hornmann, HStOG-Gewaltkriminalität, JZ 2000, 604; Freisee, S. 327; Hornmann, HStOG-Kommentar (1997), § 19 Rdnr. 18 ff. Ausdrücklich auch für Kinder betont dies Banke, S. 263 f. Zur Bedeutung der informationellen Selbstbestimmung für die Menschenwürde vgl. Rechtsfragen des polizeilichen Erkennungsdienstes, in: FS-Wacker (1972), 312.



d) Durch die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 3. 3. 2005 (BGH 50, 40, dazu Dolfs NSZ 05, 580; Duttge/Schoop StV 05, 421; Rieß JR 05, 435; Selzer JZ 05, 634; Thiele StraFo 05, 405; Widmayer NJW 05, 1985) ist eine neue und derzeit letzte Phase eingetreten. Die Entscheidung wurde notwendig, weil trotz BGH 43, 195 viele Gerichte oder heimlich Absprache und vereinnahmt „sichereren“ – Weg der (offenen oder heimlichen) Absprache unter Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts nicht abgehen wollten und unter den Senaten des BGH unterschiedliche Meinungen zur Wirksamkeit eines auf den Grund einer solchen Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts bestanden. Der Grund einer solchen Absprache ist im Rahmen einer (offenen oder heimlichen) Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken dürfe. Der GSt hat in diesem Zusammenhang ferner das Gebot einer „qualifizierten Rechtsmittelbelehrung“ geschaffen (dazu 21 vor § 213). Im Übrigen hat der GSt aber BGH 43, 195 bestätigt und lediglich insoweit verschränkt, als er dem Thatsächlichen Abweichen von der zugesagten Strafobergrenze bereits dann gestattet, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhanden relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte überschauen wurden (dazu 13 vor § 213). Der GSt hat aber vor allem auch eingehend dargelegt, dass Urteilsabsprachen, die sich im Rahmen des von BGH 43, 195 Erlaubten halten, zulässig und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind (scharf ab Duttge/Schoop StV 05, 421). Wie nun im Einzelnen nach der gefassten und durch den GSt bestätigten Rspr zu verfahren ist, wird in 8 ff vor § 213 erläutert; dort wird auch auf die in der Entscheidung des GSt insoweit aufgeworfenen Fragen eingegangen. Zur Absprache im Ermittlungsverfahren 14 zu § 170, im Berufungsverfahren 1 vor § 312, im Revisionsverfahren 5 vor § 333.

C. Nachdem der GSt des BGH jedoch einkindlich ein Tätigwerden des Gesetzgebers erbeten hat (smt Rieß JR 05, 438; zw Lehner Strauch-FS 372), liegen nunmehr schon verschiedene Gesetzesentwürfe zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren vor: Referentenentwurf des BmJ (abrufbar unter www.bmj.bund.de), Entwurf des Landes Niedersachsen (BR-Drucks 235/06; dazu Heiser-Meymann ZRP 06, 137), dem entspr der Entwurf des BRats BT-Drucks 16/4197 (dazu Gramann HRKS 48, 122), Entwurf der BRAK (ZRP 06, 235; dazu Landau/Bürger ZRP 05, 268; Meyer-Göbner StV 06, 485; Schünemann ZRP 06, 63; den Entwurf scharf abf der Strafrechtswissenschaft des DeutschenAnwaltvereins StraFo 06, Entwurf scharf abf der Strafrechtswissenschaft des DeutschenAnwaltvereins/Heiser/89). Zusammenfassend und krit zu diesen Entwürfen Alenhan/Hagemeyer/Haunert NSZ 07, 71 ff, die vor einer vorläufigen Festsetzung über BGH-Rspr (zu eig: mit vielfach unsystematischen Abweichungen) und sonst vor „systemimmanenten“ Vorschlägen warnen und stat dessen unter dem zur Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber – anders als der BGH – nicht an die bisherigen gesetzlichen Vorgaben gebunden ist, eine „große Lösung“ zur Einführung konsensualer Vorgehensweisen fordern.

D. Zur gesamten Problematik vgl IR-Riegels Einl Abschn G 58; StK-Schlüßler 23 ff vor § 213; St-Wolter 66 ff vor § 151; Banko StP 394 ff; B/G/K/M-Band 3 & 22520 ff; Jahr GA 04, 272; ZStW 118, 427; Landau/Feschelbach NJW 99, 321 ff; Kuckein/Häsel BGM-FS 641 ff; Maser ZStW 119, 633; Rauff 1222 ff; Swegen HDBAStR, H Kap 3 1 ff; Schludner Spendel-RS 737 sowie Braun, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, zugl Diss Tübingen 1997, der dargelegt, dass „praktisch alle modernen Strafverfahrenssysteme mehr oder weniger offenen und der daher einen ausformulierten Gesetzgebungsvorschlag für ein kooperatives Verfahren vorlegt“ (S 297 ff); ders StraFo 01, 77; Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, 1999, zugl Diss Frankfurt aM 1998, der eine klare Trennung des „prinzipienorientierten und der vertragsorientierten Prozessmodells“ verlangt; Stojek, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993, zugl Diss Hannover 1992; Tüdg, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-

und Gerechtigkeit, 2000, zugl Diss Gießen; Weißha, Das Konsensprinzip im Strafverfahren (2002); des StraFo 07, 1; Weichbrodt, Das Konsensprinzip strafprozessrechtlicher Absprachen (2006), zugl Diss Berlin 2004/2005); krit zu den „Möglichkeiten eines Konsensprinzips nach deutschem Strafprozessrecht“ Duttge ZStW 118, 439 und Salbit ZStW 115, 570; vgl ferner die umfangreichen Beiträge anlässlich des 58. DJT (Gurzelin von Schünemann, Referate von Böttcher/Schäfer und Widmayer, Hamm ZRP 90, 337; Kanai JR 90, 309 und Hamack-FS 177; Alenhan StV 90, 415; Schmidt-Hieber DRJZ 90, 321; Wagner/Rönnau GA 90, 147; Weigend JZ 90, 774; Wolfsast NSZ 90, 405; vgl ferner Dancker/Hamm, 17er Vergleich im Strafprozess, 1988; Günter und Krüger DRJZ 90, 150; Koch JR 90, 249; Niemöller StV 90, 34; Rex DRJZ 91, 31; Schäfer DRJZ 89, 294; Volk Salger-FS 411; Zschalig Salger-FS 435) und die dort gefassten Beschlüsse (NJW 90, 2987, 2992). Es ist zu erwägen, ob trotz der inzwischen von der Rspr aufgestellten Grundätze (oben 119 f, g) eine Regelung vom Gesetzgeber geschaffen werden sollte (vgl dazu Meyer-Göbner ZRP 04, 187). Einen ausformulierten Gesetzesvorschlag hat Wagner Gössel-FS 602 vorgelegt, der ein etwa ähnliches Verfahren aber auf Freiheitsstrafen bis zu 2 Jahren beschränken will.

Die Einführung eines echten Konsensverfahrens, wie es bereits früher vorgeschlagen und neuerdings wieder aufgedenkt wurde (Meyer-Göbner NSZ 92, 167; 07, 425, 431; Bötcher-FS 105, 120), könnte nach Erlass der Eröffnungsbeschlüsse bei Hinrichtung des Schuldverurteilten (wie eine Art „Schlichterklart“) insoweit zum Wegfall der Beweisnahme gegen eine gesetzliche Strafenanerkennung und teilweisen Strafprozessrecht, 2000, S 117, zugl Diss Marburg 1999; scharf und kritischen Strafprozessrecht, 2007, zugl Diss Bassen 204; f. Schöck, Urteilsabsprachen in der Strafrechtswissenschaft, 2007, zugl Diss Meyer-Göbner-FS 40; F Meyer ZStW 119, 633; vgl auch Alenhan/Hagemeyer/Haunert NSZ 2000/7, 71, 78; Unterwerfung des Angeklagten unter die Anklage gegen Strafmass; vgl ferner Bötcher/Widmayer JR 91, 356 und die Überlegungen von Behrend GA 91, 347 ff; Sinner ZRP 94, 478).

Es werden vermehrt auch sonstige Lösungen zur Vereinfachung der Hauptverhandlung vorgeschlagen, vgl etwa Esser ZStW 104, 486; Modernisierung der Prozessmaximen, vgl auch Schlüßler Rudolphi-Symp 222 ff; Vogel JZ 04, 827; Weigend ZStW 104, 486; Aufwertung des Ermittlungsverfahrens und nur noch ergänzende Beweisnahme in der Hauptverhandlung.

6) Form der Prozesshandlungen:

A. Entscheidungen: Die Entscheidung des Gerichts auf Grund einer Hauptverhandlung ergibt in der Form des Urteils, wenn sie die Strafsache (durch Sachoder Prozessentscheidung, unten 172) für die Instanz abschließen will (unten 165), oder Prozessentscheidung, unten 172) für die Instanz abschließen will (unten 165), wenn nicht andere bestimmt ist (zB § 153 II S 3, § 153 a II S 2). Sonst ergeben Beschlüsse, Auch der Strafbefehl (§ 407) gehört in die Kategorie der Beschlüsse, ebenso der Haftbefehl, der Durchsuchungsbefehl und die Beschlagnahmeanordnung des Gerichts. Lediglich von anderen Entscheidungen gesonderte technische Anordnungen, Befehlungen, Hinweise uü ergeben als Verfügungen. Die Entscheidungen der SA sind Verfügungen (zB §§ 171, 161 a II, III), Anordnungen (zB §§ 98, 105 I, 111 e I S 1, 164) oder Beschreibungsbescheide (zB § 172).

Zum Begriff der Entscheidung gehört stets ein Anspruch, der die Rechtsstellung eines Beteiligten unmittelbar berührt, woran es zB bei einer bloß prozessleitenden Verfügung fehlt (vgl 2 zu § 33). Die Art der Entscheidung (Urteil oder Beschluss) richtet sich nicht immer nach der Bezeichnung, die ihr das Gericht gegeben hat; maßgebend ist, in welcher Form sie richtig hätte ergehen müssen. Das ist insbesondere für die Anfechtung und Rechtskraft von Bedeutung (unten 167).

Es gibt auch stiftschweigende Entscheidungen, nämlich, wenn etwas mit Wissen des Gerichts geschieht, was an sich eine förmliche gerichtliche Entscheidung



Regensburg – vertreten wird, so vermag auch das nicht zu überzeugen, und zwar auch nicht, soweit weiter ausgeführt wird, daß die Freistellung voraussetze, daß eine Arbeitspflicht bestehe, wobei es daran fehlen soll, wenn die Vollzugsbehörde dem Gefangenen mangels Beschäftigungsmöglichkeit keine Arbeit zuweisen konnte (Calliess/Müller-Dietz, a. a. O.).

Gerade in der Annahme dieser Verknüpfung von Arbeitspflicht und Beschäftigungsmöglichkeit geht die Ansicht nach Auffassung der Kammer fehl. Der Wortlaut bietet dafür eben keinen Anhaltspunkt.

In diesem Zusammenhang sieht die Kammer schließlich sehr wohl den Sinn und Zweck des Freistellungsanspruchs, wie ihn das BVerfG in seiner Entscheidung v. 21. 2. 1984 (2 BvR 1242/80) dargestellt hat. Dabei hat das BVerfG aber gerade die Doppelfunktion des Freistellungsanspruchs hervorgehoben, der nicht nur in der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft besteht – ein Aspekt, der hier sicher nicht vorliegt –, sondern der auch u. a. dazu dient bei dem Gefangenen durch Gewährung von Gegenleistungen für die Ausübung abhängiger Tätigkeit eine positive Einstellung zur Arbeit zu erzeugen. Auch wenn die Kammer sieht, daß dem Gefangenen derzeit mangels Arbeit keine Gegenleistungen gewährt werden, so ist doch nicht zu verkennen, daß der – auch vom BVerfG angesprochene monetäre Aspekt – vorliegend gerade dadurch Bedeutung hat, daß dem Gefangenen für seine – hier ja bereits geleistete Arbeit – bei einer Freistellung auch ein Anspruch auf Weiterzahlung der zuletzt gezahlten Bezüge gem. § 42 Abs. 3 StVollG zusteht, der wiederum gerade ein Anreiz sein

kann, weiterer, möglicher Beschäftigung in Zukunft nachzugehen und auch insoweit eine positive Einstellung zu gewinnen.

Die Kammer hat schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gefangene verschuldet ohne Arbeit ist.

Abschließend sieht die Kammer – abgesehen von dem Argument des Wortlautes und dem nach hier vertretener Ansicht auch nach wie vor greifenden Argument des Sinns und Zwecks der Freistellung – auch nicht, was im übrigen der Gewährung des Freistellungsanspruchs und dessen Sinn und Zweck entgegenstehen sollte. Denn der Gefangene ist derzeit gem. § 41 Abs. 1 S. 1 StVollzG grundsätzlich zur Arbeit verpflichtet. Wenn ihm jetzt der begehrte Freistellungsanspruch gewährt wird, so findet dies de facto zunächst nur Niederschlag in einem entsprechenden Vermerk in der Gefangenenpersonalakte und bedeutet, daß der Gefangene, selbst wenn nunmehr Arbeit für ihn vorhanden wäre, dieser Arbeit für die Zeit der Freistellung nicht nachgehen muß. Weiter führt dies aber auch dazu, daß nach Ablauf der Freistellung der Gefangene ohne weiteren Freistellungsanspruch uneingeschränkt zu möglicherweise bestehenden Arbeiten herangezogen werden kann. Es ist aus Sicht der Kammer reiner Formalismus, dem Gefangenen die Freistellung unter Hinweis darauf zu versagen, daß er derzeit keine Arbeit habe, wobei klar ist, daß ihm grundsätzlich die Freistellung sofort gewährt werden müßte, wenn er auch nur einen Tag wieder Arbeit hat.

Mitgeteilt vom Justizministerium Nordrhein-Westfalen,  
Düsseldorf.

## AUFSÄTZE

### Allgemeine Honorierung besonderer Aufklärungshilfe

– Anmerkungen zum Entwurf einer dritten Säule des Strafzumessungsrechts (§ 46 b E-StGB) –

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied

#### Leistungen

Weil wir alle in den kooperativen Strafprozeß verstrickt sind, fehlt uns zu seiner Beurteilung die Distanz. Nur ein entfernter Beobachter könnte feststellen, ob wir uns immer mehr daran gewöhnen, die Strafjustiz durch Leistungen versöhnlich zu stimmen. Bei Vergehen ermöglicht dies § 153 a StPO zumindest den Beschuldigten, die Geldauflagen erbringen können. Inzwischen wird ein Viertel der Verfahren, die aus Sicht der Strafjustiz eine Erledigung nach § 170 Abs. 2 StPO nicht zulassen, auf diesem Wege abgeschlossen.<sup>1</sup> Beschuldigten, denen eine solche Lösung versperrt ist, bleibt es unbenommen, ein Geständnis abzulegen und die Dritte Gewalt dadurch zu erfreuen, daß diese Leistung den Prozeß verkürzt. Nur punktuell schließlich hat die Strafjustiz bislang auch die Aufklärung von Straftaten anderer Personen als eine Leistung honoriert, die für den hilfsbereiten Beschuldigten Milderung oder Sanktionsverzicht zuließ.<sup>2</sup>

Diese dritte Spur soll jetzt so ausgeweitet werden, daß sich darüber hinaus viele weitere Beschuldigte in der Lage befinden,

durch kooperatives Verhalten eine Nachsicht zu verdienen, mit der sie sonst nicht rechnen könnten. Der dazu vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe<sup>3</sup> erfordert keine Konnexität zwischen der dem Leistenden vorgeworfenen Straftat und der erbrachten Leistung. Übertragen auf das Verwaltungsrecht verhält sich das so, als könne der Antragsteller eine Bauerlaubnis dadurch erwirken, daß er die Feuerwehr der Gemeinde subventioniert. Was den damit befaßten Behörden verboten bleibt, um sie rein zu halten, soll im Strafrecht fortan ein Regelfall eigener Art werden. Dabei geht es in erster Linie um Aufklärungshilfe. Prävention durch Verhinderung einer konkret geplanten Tat

<sup>1</sup> Zur Statistik *Verf.*, § 153 a StPO und die Unschuldsvermutung, in: FS Egon Müller, Baden-Baden 2008, S. 611 ff., 613 f.

<sup>2</sup> §§ 129 Abs. 6 Nr. 2, 129 a Abs. 7, 261 Abs. 10 StGB; § 31 BtMG.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 16/6268 v. 24. 08. 2007. Dieser Drucksache sind auch die sehr kritische Stellungnahme des Bundesrats (Anlage 2) und die Gegenäußerung der Bundesregierung (Anlage 3) beigelegt. Aus ihnen wird im Folgenden nach der Seitenzahl der Begründung zitiert.



wird sich auf engere Bereiche beschränken und kann bei der nachfolgenden Beurteilung vernachlässigt werden.

Insbesondere der Verzicht auf die Konnexität löst die Strafe aus dem durch obere und untere Grenzen markierten Bezug zum Maß der Schuld. Das hat es zwar schon bisher gegeben. Bei § 46 b StGB handelt es sich aber um ein drittes Prinzip unmittelbar neben den Regelungen der §§ 46, 46 a StGB. Dazu haben die Verfasser des Entwurfs sich in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats ausdrücklich bekannt. Sie streben »eine allgemeine Strafzumessungsregel« an, die sich in die Systematik des StGB einfügt.<sup>4</sup> Die Verallgemeinerung verursacht neue Spannungen. Daß die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schuld des Täters stehen muß, wird aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitet.<sup>5</sup> Auch deshalb hat der Bundesgerichtshof sich dafür ausgesprochen, die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung nur auf der Ebene der Vollstreckung auszugleichen.<sup>6</sup> Dies soll bei der Zumessung der Strafe deren Orientierung am »angemessenen Schuldgleichgewicht« gewährleisten und erforderliche Kompensationen anderer Art von Fragen des Unrechts, der Schuld und der Strafhöhe abkoppeln.<sup>7</sup> Der Bundesgerichtshof ist damit seiner Auffassung treu geblieben, daß sich die Strafe »weder nach oben noch nach unten« von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldgleichgewicht lösen darf.<sup>8</sup>

Der Entwurf setzt sich damit nicht auseinander. Er will bestimmte Mitteilungen des Täters über Delikte, an deren Aufklärung oder Verhinderung der Staat »generell ein höheres Interesse« hat,<sup>9</sup> durch Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB oder durch Absehen von Strafe belohnen. Die Verfasser wissen zwar, daß dies eine noch schuldangemessene Sanktionierung in Frage stellt und dem Rechtsstaatsprinzip widerspricht.<sup>10</sup> Sie halten die »besondere Honorierung« der dem Staat gewährten Hilfe aber für gerechtfertigt,<sup>11</sup> obwohl die Offenbarung »an Tatschuld und Tatunrecht unmittelbar nichts ändert.«<sup>12</sup> Vermutlich meinen sie, die Gewährung eines solchen durch Sanktionsverzicht entrichteten Preises sei mit dem Strafrecht vereinbar, wenngleich ein Zusammenhang der Offenbarung mit dem Verdacht gegen den Hilfe leistenden Täter nicht zu bestehen braucht. Denkt man den so eröffneten Weg eines neuen Strafmilderungsgrundes (§ 46 b StGB) zu Ende, könnte man sich, sollten öffentliche Interessen dies einmal nahelegen, ähnliche normierte Vergünstigungen zum Beispiel auch für den (absurden) Fall vorstellen, daß der Täter anstrengende ehrenamtliche Aufgaben übernimmt oder eine seinen wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene, aber niedrig verzinst, Staatsanleihe zeichnet.<sup>13</sup> Hier wie dort bliebe freilich offen, ob der Staat die befürwortete Honorierung nicht systematisch richtiger durch Vollstreckungsnachlaß entrichten müßte.<sup>14</sup>

### Honorierung und Ermessen

Nach dem Entwurf ist das besondere Zugeständnis keineswegs sicher. Das Gericht, so heißt es in § 46 b Abs. 1 S. 1 und 2 E-StGB, »kann« die Milderung aussprechen oder von Strafe absehen. Zwangsläufig tritt diese Folge nicht ein. Die Begründung spricht von »pflichtgemäßem Ermessen«.<sup>15</sup> Obwohl das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot auch für die Sanktionsandrohung gilt,<sup>16</sup> kennt das Strafrecht zum Beispiel im Falle des Versuchs (§ 23 StGB) und der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) auch sonst Strafmilderungen, die das Gericht anwenden »kann.«<sup>17</sup> Dies stößt, weil es auf eine Ermessensentscheidung hindeutet, auf Bedenken,<sup>18</sup> wird in der Praxis aber weitgehend hingenommen. Im Falle des § 46 b E-StGB handelt es sich jedoch um eine Regelung, die erhebliche praktische Konsequenzen auslösen würde. Hier hängt die Milderung nämlich von der »Hilfe« ab, die der Täter den Verfolgungsbehörden leistet. Um auszuschließen, daß diese besondere Leistung fruchtlos erbracht wird, müßte der daran interessierte Beschuldigte zuvor mit den Vertretern der Strafjustiz abklä-

ren, welche konkreten Zugeständnisse er erwarten darf. Dies zwingt zu Verhandlungen, und in deren Verlauf können die Verfolgungsbehörden, denen der Hinweis auf das dem Gericht eingeräumte Ermessen einen entsprechenden Hebel verschafft, Bedingungen formulieren. Solchen Bedingungen muß der Täter sich anpassen. Statt Rechtssicherheit gäbe es Druck. Oder anders ausgedrückt: An dieser Stelle fließen polizeiliche Interessen in die richterliche Erwägung ein. Berechenbarkeit entfällt, der Zweck des Bestimmtheitsgebots auch für die Strafandrohung (Art. 103 Abs. 2 GG) wird verfehlt.

Die Problematik, die in der Abwägung wesentlicher Parameter der Strafe durch eine Ermessensentscheidung besteht, ist allgemein bekannt. Auch im Zusammenhang mit der Versuchsstrafe (§ 23 Abs. 2 StGB) wird sie kontrovers erörtert. Manche sprechen sich dort für einen »Milderungszwang« aus.<sup>19</sup> Der Bundesgerichtshof orientiert sich jedoch am Wortlaut, dem er »keine Einschränkung des richterlichen Ermessens« entnehmen kann. Er überläßt es deshalb dem Tatrichter, »seine Entscheidung aufgrund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne sowie der Persönlichkeit des Täters zu treffen.«<sup>20</sup> Dabei geht es, so auch zu § 21 StGB, um den »gesamten Schuldgehalt der Tat einschließlich der Eigenschaften des Täters.«<sup>21</sup> Das Erfordernis der Gesamtschau hebt – durch Verwässerung – die abstrakte Berechenbarkeit auf. Soweit die Strafzumessung, wie im vorliegenden Fall, vom Verfahrensverhalten des Täters abhängen soll, würde auch die Anbindung an eine Gesamtschau noch dazu zwingen, zuvor eine »verbindliche Auskunft« einzuholen. Darüber möge sich später niemand beschweren; eine solche Entwicklung liegt im Wesen der Strafzumessung, in deren Mitte Kooperation durch Leistung stehen soll. Leistung und Gegenleistung sind prinzipiell synallagmatisch verknüpft. Der konsensuale Prozeß erhielte mit § 46 b E-StGB einen weiteren Schub.

Im Betäubungsmittelrecht handelt es sich um ein abgegrenztes Feld, um spezialisierte Akteure und seit Jahren etablierte praktische Regeln.<sup>22</sup> Die beabsichtigte Generalisierung des Prinzips stellt aber neue und höhere Anforderungen. Fakultative Milderungen, die das gesamte Strafrecht durchziehen und nicht auf Sonderfälle beschränkt sind, zumal auf Konnexität mit der vorgeworfenen Tat verzichtet wird, entfesseln die Sanktionierung. Soweit die Anknüpfungstatsachen vor der Hauptverhandlung »geliefert« werden müssen, stärkt § 46 b F-StGB die Polizei. Die Schere zwischen Vergünstigung oder Versagung wird gerade auch in deren Händen bedrohlich wirken. Weil das Ermessen des Tatrichters die Revisionskontrolle erschwert, darf dieses Element des sich schnell zur Routine

4 Begründung, wie vor, S. 20.

5 BVerfGE 1993, 3254, 3255; BGH GSS NJW 2008, 860, 862.

6 BGH GSS NJW 2008, 860, 863.

7 BGH (Fn. 6), S. 864.

8 BGHS 24, 132, 133 f.; zur »Spielraumtheorie«, die daran anknüpft, G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. München 2001, Rn. 461 ff. m. Nachweisen.

9 So die Begründung, wie vor, S. 10.

10 Begründung, wie vor, S. 11.

11 Begründung, wie vor, S. 11.

12 Begründung, wie vor, S. 13.

13 Ggf. käme sogar ein spezieller Strafabbau dafür in Betracht, daß eine profitabile Verfallsentscheidung ermöglicht wird.

14 Soweit ein Straftäter eine konkret geplante gefährliche Straftat verhindert, könnten weitgehende Vergünstigungen auch auf dem Gnadenwege gewährt werden.

15 Begründung, wie vor, S. 13.

16 BGHS 18, 136, 140; zum Streit darüber Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. München 2006, S. 177.

17 Nach §§ 13, 27, 21, 23, 35 Abs. 1, 46 a StGB »kann« der Richter den milderen Strafrahmen gem. § 49 Abs. 1 StGB wählen. Dazu G. Schäfer (Fn. 8), Rn. 507.

18 Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl. München 2006, Rn. 14 zu § 21 StGB m. Nachweisen.

19 Eser in: Schönke/Schröder (Fn. 18), Rn. 6 bis 7 a zu § 23 StGB.

20 BGHS 16, 351 ff., 353.

21 BGHS 16, 353 unter Hinweis auf BGHS 7, 28, 31.

22 Etwa BGHS 31, 163 ff., 166 ff.; BGHS 33, 80 ff., 81 f.; BGH NSLZ 1989, 77; BGH StV 2002, 259.



entwickelnden Zwangs nicht unterschätzt werden. Wenn die Tatrichter einmal gelernt haben, daß sie sich gegen erfolgreiche Rechtsmittel schützen können, indem sie die mögliche Milderung sehen und umfassend abhandeln, sind sie frei. Die Kehrseite dieser Freiheit besteht in dem Druck auf die Beschuldigten, der sich aus der Unbestimmtheit der geplanten breitflächigen Ermessensvorschrift ergibt. Die neue Qualität einer verallgemeinerten und fakultativen Ergänzung des Strafzumessungsrechts steht daher in einem harten Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG.

### Präklusion

Der Entwurf untersagt die besondere Vergünstigung, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn beschlossen worden ist (§ 46 b Abs. 3 E-StGB). Für den Fall, daß der Beschuldigte an der Tat beteiligt war, auf die sich sein Beitrag zur Aufklärung beziehen soll, muß er deshalb bis zu diesem frühen Zeitpunkt entscheiden haben, ob er schweigen oder sich zur Sache äußern will. Eine unterschiedliche Behandlung innerhalb des Lebenssachverhalts wäre unmöglich. Aber auch wenn es keine Konnexität zwischen der Tat und dem Gegenstand der Aufklärungshilfe gibt, wird den Beschuldigten die Kombination von Schweigen in eigener und Reden in fremder Sache nur selten nachgelassen werden. Es wird auf die Quelle des Wissens ankommen, die häufig mit der eigenen Verstrickung verwoben ist. Das dem Gericht eingeräumte Ermessen und die notwendige Abwägung der Schwere der Schuld des Täters (§ 46 b Abs. 2 Nr. 2 E-StGB) zwingen dazu, entweder insgesamt auszusagen oder auf die angestrebte Vergünstigung zu verzichten. Im Ergebnis beeinträchtigt der Entwurf daher die Einlassungsfreiheit und damit das Grundrecht des Nemo Tenetur zumindest dadurch, daß Aufklärungshilfe, die erst nach der Eröffnung geleistet wird, die besondere Strafmilderung nicht mehr auslösen kann. Aus Sicht des Entwurfs soll das den Behörden die Zeit verschaffen, um die Angaben zu überprüfen.<sup>23</sup> Doch räumen die Verfasser selbst ein, daß die Praxis zu § 31 BtMG, der keine solche Präklusion kennt, den bis zum Ende der Hauptverhandlung möglich gemachten und eintretenden Aufklärungserfolg noch honoriert.<sup>24</sup> Die angestrebte Zäsur wäre mit ihrem gravierenden Einschnitt in die Zeitachse der Einlassungsfreiheit ein Systembruch. Da ein Grundrecht betroffen ist, das in der Menschenwürde wurzelt, können die nach der Entwurfsbegründung »von Praktikern erhobenen Forderung(en)« die Präklusion nicht rechtfertigen. Auch läßt sich nicht nachvollziehen, daß § 46 E-StGB die Richter bevormundet, wenn die Aufklärungshilfe aus der Hauptverhandlung heraus wirksam geleistet wird.

Wie man annehmen darf, geht es den Verfassern mit der Präklusion wohl darum, daß der Beschuldigte gezwungen sein wird, sich schon im Ermittlungsverfahren für Aufklärungshilfe zu entscheiden. Der Entwurf spricht sogar von der »Pflicht zu frühzeitigen Angaben«<sup>25</sup>, was die Tendenz durchscheinen läßt. Die Gegenerklärung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats weist selbst darauf hin, daß der »Fristvorgabe gerade auch eine steuernde Wirkung zukommen soll.«<sup>26</sup> Damit gibt sich die Neuregelung als ein polizeiliches Instrument zu erkennen, das dem Richter nur die Bestätigung der materiellrechtlichen Folgen überläßt. Käme es dazu, würden Leistung und Gegenleistung nämlich zunächst zwischen Polizei und Beschuldigten ausgehandelt werden müssen. Für die tatrichterliche Rückdeckung der Zusage hätte der Staatsanwalt zu sorgen. Ihm und dem Richter bliebe eine kümmerliche restliche Kompetenz, die (oft ohne hinreichende Aktengrundlage) nach Maßgabe polizeilichen Vortrags affirmativ wahrzunehmen wäre. Häufig würde die frühe Rückdeckung daran scheitern, daß in der Zuständigkeitsfrage Unklarheiten bestehen. Dann müßte auf die spätere Bereitschaft der Richter vertraut werden, polizeiliche Zusagen einzulösen.

### Die Bevorzugung der schwereren Kriminalität

Der Entwurf billigt die vorgesehenen Vergünstigungen nur dem Täter einer Straftat zu, die mit einer im Mindestmaß erhöhten oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 46 b Abs. 1 S. 1 E-StGB). Bei der Einordnung sollen Schärfungen für besonders schwere Straftaten berücksichtigt werden (§ 46 b Abs. 1 S. 2 E-StGB). Eine weitergehende Beschränkung auf Schwerstkriminalität wird abgelehnt, um nicht »allein solche Täter zu privilegieren, die schwerste Schuld auf sich geladen haben.«<sup>27</sup> Doch erscheint es den Verfassern, denen das notwendige Gleichgewicht vor Augen steht, sachgerecht, die Taten der einfachen Kriminalität aus dem Anwendungsbereich ihres Vorschlags auszunehmen, weil hier die allgemeinen Regelungen (§ 46 StGB, § 153 StPO) für ausreichend erachtet werden.

Möglicherweise will der Entwurf auch vermeiden, daß eine undifferenzierte Regelung zu allgemeinem Denunziantentum führen könnte. Wahrscheinlich bleibt einfache Kriminalität außen vor, weil die darin Verstrickten der Polizei außer Mehrarbeit nichts zu bieten haben. Folgerichtig wendet das besondere Angebot der Neuregelung sich nur an solche Täter, die ein deutlich gesteigertes Interesse an derartigen Vergünstigungen haben müssen, darunter oft die aus dem Bereich der Schwerstkriminalität. Daß gerade ein solches Interesse die Verlässlichkeit der Angaben beeinträchtigt, liegt auf der Hand und verstärkt die Bedenken. Die einzige ohne weiteres nachvollziehbare Einschränkung des Entwurfs besteht darin, daß die Offenbarung Taten nach dem laufend anwachsenden Katalog des § 100 a Abs. 2 StPO aufdecken oder verhindern muß (§ 46 b Abs. 1 S. 1 E-StGB).

### Anpassung und Schwäche

Zu den ersten und wichtigsten Aufgaben des Verteidigers gehört es, den Mandanten darüber zu beraten, ob im Strafverfahren Stellung genommen oder geschwiegen werden soll. Ist der Tatvorwurf begründet, geht es dabei um die Wahl zwischen einem Geständnis oder dem Versuch, Hoffnung auf die Unschuldsvermutung zu setzen. Mit einem Geständnis wird Verantwortung übernommen. Beim Schweigen handelt es sich aber nicht notwendigerweise um das moralische Gegenteil; es kann auf Scham beruhen. Wenn die prozessualen Alternativen im Dialog erörtert und abgewogen werden, damit der Beschuldigte sich entscheiden kann, wird er in seiner Selbstachtung gestärkt und Subjekt seines Schicksals. Ein engagierter Verteidiger nimmt den Mandanten gerade hier besonders ernst und vermittelt diesem die möglicherweise seltene Erfahrung, daß ihm Achtung entgegengebracht wird. So verhält es sich jedenfalls dann, wenn der Beschuldigte die Bedeutung der Weichenstellung zu verstehen lernt.

Oft ist das fragliche Delikt aus Haltlosigkeit und Schwäche begangen worden. Dann verlangt die zu treffende Entscheidung dem Beschuldigten so oder so erstmals Kraft und Überwindung ab. Geständnisse als Preis für ausgehandelte oder ausgelobte Strafmilderung beruhen aber auf einer ganz anderen Haltung – mit ihnen folgt der unter Druck gesetzte Täter dem Weg des geringsten Widerstands. Hier bleibt es bei der Schwäche, die in den meisten Fällen schon zur Ursache der Verstrickung geworden war. Wenn der Beschuldigte mit der Tat Wissen über die Verstrickung Dritter erlangt hat und dies nutzt, um daraus persönliche Vorteile zu ziehen, profitiert er von den Früchten des Delikts, die immer nur dem zugutekommen, der

<sup>23</sup> Begründung, wie vor, S. 14.

<sup>24</sup> Begründung, wie vor, S. 14.

<sup>25</sup> Begründung, wie vor, S. 14; so auch (»Pflicht zur frühzeitigen Offenbarung«) in der Gegenerklärung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, wie vor, S. 20.

<sup>26</sup> Begründung, wie vor, S. 20; mit diesem Argument könnte man auch eine Frist für Beweisanträge einführen.

<sup>27</sup> Begründung, wie vor, S. 10.



seine Kenntnisse als erster offenbart. Bei näherer Abwägung kann deshalb zumindest Aufklärungshilfe in ein Spannungsverhältnis zu dem Ziel geraten, das als (charakterliche) Resozialisierung beschrieben wird. Wer in Drogensachen verteidigt, weiß, wie kläglich Denunziationen oft wirken und wie miese die Betroffenen sich danach fühlen. Das beschränkt sich aber keineswegs auf diesen Bereich: Auch der Buchhalter, der wie eine Marionette als »Kronzeuge« zunächst durch die Vernehmungszimmer und dann durch Gerichtssäle geschleppt wird, um seine früheren Tatgenossen der Beteiligung an einer bandenmäßigen Verkürzung von Umsatz- oder Verbrauchsteuern zu überführen, geht daraus mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gefestigt und nicht gereift hervor.

Damit soll hier keineswegs eine moralische Regel aufgestellt und diskutiert werden. Es empfiehlt sich aber, über die Funktion von Moral nachzudenken. Aus der Sicht der Soziologie ist Moral identisch mit den in der Gesellschaft praktizierten Bedingungen wechselseitiger Achtung oder Mißachtung.<sup>28</sup> Achtung entwickelt Moral.<sup>29</sup> Sie fördert ein entsprechendes Selbstbild.<sup>30</sup> Das Recht sichert solche sozialen Prozesse gegen staatlichen Druck.<sup>31</sup> Es gewährleistet die Freiheit des Einzelnen, sich die Bezugsgruppe für moralische Kommunikation und Selbstachtung zu wählen.<sup>32</sup> Diese Bezugsgruppe dürfte sich nur in sehr seltenen Fällen aus Polizeibeamten, Staatsanwälten und Richtern zusammensetzen. Deren Angebot von Vorteil gegen Vorteil ähnelt eher einer merkantilen Kommunikation. Dem können Beschuldigte sich nur durch Verweigerung entziehen. Bei der Verweigerung handelt es sich um ein Menschenrecht. Die Einlassungsfreiheit sorgt dafür, daß die Betroffenen sich in ihrem Bild von sich selbst nicht als Verfahrensobjekt und Überführungsgehilfe erniedrigen lassen müssen. Wenn die Analyse der Soziologie stimmt, kann Unterwerfung durch Aufklärungshilfe mithin auf längere Sicht zuweilen das für die Gesellschaft schlechtere Rezept sein als die ungestörte und verantwortliche Wahl der Verteidigung. Gewiß, dagegen gibt es wichtige polizeiliche Einwendungen. Ein Rechtssystem aber, das fortan mit drei Säulen die Strafzumessung erstens nach dem Maß der Schuld (§ 46 StGB), zweitens nach der Versöhnung mit dem Opfer (§ 46 a StGB) und drittens nach Leistung durch Aufklärungshilfe (§ 46 b E-StGB) neue Prioritäten schafft, beschleunigt den kooperativen Strafprozeß. Dieser nimmt die Menschen in seinen Dienst. Manchmal zwingt er sie, weil ein Prozeß, der Schweigen abwertet, seiner Natur nach und strukturell eher Zwang ist als Verfahren. Ob dies dem Strafrecht und der Gesellschaft nutzt oder schadet, darüber hat das große Nachdenken noch nicht begonnen.

#### (Selbst-)Hilfe durch unwahre Angaben

Die Verfasser des Entwurfs haben es für notwendig gehalten, einer »durch eine »Kronzeugenregelung« eröffneten spezifischen Mißbrauchsfahrer« entgegenzuwirken.<sup>33</sup> Sie rechnen nämlich damit, daß Beschuldigte versuchen werden, »sich eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe zu erschleichen.«<sup>34</sup> Darauf hebt auch die Stellungnahme des Bundesrats ab. Der Bundesrat befürchtet ausdrücklich, daß die geplante Regelung »rechtsstaatsfeindlichem Denunziantentum Vorschub leisten« werde, »weshalb die Aussagekraft und der Beweiswert derart einseitig motivierter Offenbarungen besonders kritisch zu hinterfragen und auch in Gänze in Zweifel zu ziehen sein dürften.«<sup>35</sup> Er sieht die »naheliegende Gefahr« falscher oder jedenfalls übertriebener Anschuldigungen Dritter.<sup>36</sup> Deshalb hält der Bundesrat es für erforderlich, wenn das Projekt weiter verfolgt wird, Regelungen vorzusehen, die eine verbösernde Korrektur der für den Beschuldigten ergangenen »privilegierenden« Entscheidung ermöglichen.<sup>37</sup> Der Entwurf der Bundesregierung hat auf solche Regelungen ausdrücklich verzichtet. Er begnügt sich damit, die geltenden Straftatbestände der §§ 145 d, 164 StGB zu erweitern. Durch einen neuen dritten Absatz zu § 145 d StGB soll nunmehr mit Frei-

heitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden, wer wider besseres Wissen eine begangene oder bevorstehende rechtswidrige Tat vortäuscht, um Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46 b StGB oder § 31 BtMG zu erlangen.<sup>38</sup> Auch § 164 StGB soll ausgedehnt werden. Danach ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer die falsche Verdächtigung begeht, um eine einschlägige Strafmilderung zu erlangen.<sup>39</sup>

Die im Vergleich mit den bisherigen Vorschriften harten Strafandrohungen lassen nicht erkennen, daß die prekäre Ausnahmesituation angemessen berücksichtigt wird, in der die Beschuldigten sich befinden, die den Verlockungen des neuen Gesetzes erliegen. Schon gar nicht nehmen sie die polizeilichen Einflüsse in den Blick, die es geben wird. Bedenkt man diese Rahmenbedingungen der vorgesehenen Strafandrohung, kann deren geschütztes Rechtsgut nicht mit den herkömmlichen Tatbeständen der § 145 d, 164 StGB übereinstimmen. Sonst nämlich hätte das Strafmaß für den Anwendungsbereich der Neuregelung abgesenkt werden müssen. Vielmehr führt der Entwurf, aufgehängt am Gerüst der alten Vorschriften, Tatbestände ein, deren Zweck darin besteht, den prozessualen Mißbrauch der Aufklärungs- und Präventionshilfe zu poenalisieren. Auf diesem Wege soll die höchst verführerische Wirkung der neuen Strafmilderung durch harte Strafandrohung kompensiert werden.

Dieser Zweck will für ein redliches Prozeßverhalten sorgen. Damit verletzt er die vom Strafrecht verschonte Einlassungsfreiheit des Beschuldigten. Dieser muß zwar schon immer die Grenzen der §§ 145 d, 164 StGB respektieren. Er ist aber, weil die Einlassungsfreiheit in der Menschenwürde wurzelt, gegen weitergehende strafbewehrte prozessuale Steuerungen geschützt. Übrigens ist nicht einmal die versuchte Steuerung schlüssig konzipiert. Der Entwurf setzt sich nämlich nicht mit der Gefahr auseinander, daß die Beschuldigten aus Angst vor der angedrohten schweren Strafe alle Anstrengungen unternehmen müssen, um Zweifel an ihren falschen Angaben gar nicht erst mehr aufkommen zu lassen. Im Ergebnis läßt sich voraussagen: Die von den neuen Strafvorschriften erhofften »präventiven Wirkungen«<sup>40</sup> werden nicht eintreten. Wohl aber werden viele Anwendungsfälle des geplanten Gesetzes auf Betreiben der durch Aufklärungshilfe Belasteten zu langwierigen Auseinandersetzungen führen, die mit erheblichen Zusatzbelastungen verbunden sind.

#### Strafverteidigung im Konflikt

Käme es zu der entworfenen Regelung, würde auch die Strafverteidigung neuen Konflikten und Gefahren ausgesetzt. Mandanten, die um der Vergünstigung willen Aufklärungshilfe leisten wollen, dürfen damit nicht alleingelassen werden. Ihre anwaltliche Unterstützung läuft aber gegenüber den davon betroffenen Dritten auf eine in diesem Umfang neue Rolle als »Ankläger« hinaus. Verteidiger, die von Berufs wegen hohe Anforderungen an den Anfangsverdacht stellen, werden ihre profes-

28 Niklas Luhmann, Soziologie der Moral, in: Die Moral der Gesellschaft, Frankfurt 2008, S. 56 ff., 107.

29 Niklas Luhmann, wie vor, S. 104.

30 Niklas Luhmann, wie vor, S. 108.

31 Niklas Luhmann, wie vor, S. 128.

32 Niklas Luhmann, wie vor, S. 128.

33 Begründung S. 15.

34 Begründung S. 15.

35 BT-Drucks. 16/6268 S. 18.

36 BT-Drucks. 16/6268 S. 18.

37 Dazu nimmt der Bundesrat, a. a. O., S. 19 auf den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Aufklärungshilfe im Strafrecht (BR-Drucks. 896/02 Gesetzesantrag Nds.) Bezug.

38 Hier wird auf eine Wiedergabe der komplexen Einzelheiten, insbesondere des Kataloges der einschlägigen Taten, verzichtet.

39 Auch dazu wird auf eine genaue Wiedergabe verzichtet. Beide Neuregelungen sehen für minderschwere Fälle einen ermäßigten Strafrahmen vor, der freilich nach § 164 StGB immer noch drei Monate bis fünf Jahre umfaßt.

40 Begründung S. 16.



zweifelhaft<sup>2</sup>. Verstärkt wurde der Eindruck der doch „ganz offensichtlichen“ Strafbarkeit der Vorgänge noch durch die Tatsache, dass sowohl gegen *S* als auch gegen *H* Untersuchungshaft angeordnet wurde, was wegen der Regelung in § 112 I StPO den dringenden Tatverdacht eines (gewerbs- und bandenmäßigen) Betrugs voraussetzt. Nachdem das *LG Berlin*<sup>3</sup> die Angeklagten verurteilt hatte, stellten die Bedenken, die zwischenzeitlich auch in der fachwissenschaftlichen Diskussion aufgekommen waren<sup>4</sup>, im Jahr der Austragung der Fußball-WM in Deutschland allenfalls eine Randerscheinung dar. Das änderte sich schlagartig, als der Sitzungsvertreter der Bundesanwaltschaft in der Revisionsverhandlung Freispruch beantragte – u. a. mit der Folge, dass für die zu Unrecht erlittene Haft grundsätzlich Entschädigung in Höhe von elf Euro pro Hafttag zu zahlen gewesen wäre (§§ 2 I, 7 III StrEG). Die nachhaltigen Irritationen, die dieser Antrag in Teilen der Öffentlichkeit auslöste, verdeutlichen freilich vor allem, dass sich die Verfahrensstelle der Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht einer beklagenswerten Unkenntnis erfreut. Jedenfalls hier soll sie als Gesetzeswächterin in voller sachlicher Unabhängigkeit und Objektivität dem Recht dienen<sup>5</sup>. Doch was sagt das Recht – hier also vor allem der objektive Betrugstatbestand<sup>6</sup> – zum Verhalten der Angeklagten *S* und *H* tatsächlich?

## II. Problemschwerpunkte bei den Tatbestandsmerkmalen des § 263 StGB

### 1. Täuschung: Der (vorläufige) Sieg des Normativismus gegen den Ontologismus

Ein Verhalten, das den objektiven Tatbestand des Betrugstatbestandes erfüllen soll, muss bekanntlich zunächst einmal als Täuschung zu qualifizieren sein. Hier kommt jede beliebige Handlung in Betracht, die einen auf Tatsachen bezogenen Erklärungswert besitzt und die auf die Vorstellung einer anderen Person so einwirkt, dass dies zu einem Irrtum führen kann<sup>7</sup>. Zunächst hatte der *Senat* also die – für die weitere Prüfung weichenstellende – Frage zu beantworten, ob der zukünftige ungewisse Ausgang eines Fußballspiels eine Tatsache ist. Dies sind vergangene oder gegenwärtige Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens<sup>8</sup>. Zukünftige Ereignisse können demnach keine Tatsachen sein. Sie sind dem Beweis (noch) nicht zugänglich. Als Täuschung kommt daher allenfalls die auf das Fußballspiel bezogene Manipulationsabrede zwischen *S* und *H* und die damit einhergehende verbesserte Gewinnchance bezüglich der Wette in Betracht<sup>9</sup>.

#### a) Keine ausdrückliche Täuschung

Zu prüfen hatte das *Gericht* also, inwieweit der jeweilige Mitarbeiter der „Oddset“-Wettannahmestelle<sup>10</sup> über diesen Sachverhalt getäuscht wurde. Es liegt jedenfalls keine ausdrückliche Täuschung vor, da *S* nach den tatrichterlichen Feststellungen nicht ausdrücklich erklärt hat, das Spiel nicht manipuliert zu haben. Dies ist übrigens keine Platitüde und auch nicht, wie der *Senat* wiederholt suggeriert, „selbstverständlich“. Diese Einordnung wird durch die mehrfache Erwähnung des Umstandes im Urteil selbst dementiert. Die Feststellung liefert vielmehr einen wichtigen Gesichtspunkt für eine Kontrollüberlegung: Was wäre passiert, wenn *S* bei der Abgabe des Wertscheins ausdrücklich mitgeteilt hätte, das Spiel nicht manipuliert zu haben? Dazu muss man sich vergegenwärtigen, in welcher Lebenswelt der Sachverhalt spielt. Hier erklärt uns das *BVerfG*<sup>11</sup> in seiner letztjährigen Entscheidung zum staatlichen Wettmonopol, dass es sogar beim staatlichen Wettsystem „vor allem um Zeitschriften- und Tabakläden oder ähnliche kleine oder mittelständische Gewer-

betriebe (geht)“, denn durch „Oddset“ wird „die Möglichkeit zum Sportwetten zu einem allorts verfügbaren ‚normalen‘ Gut des täglichen Lebens“. Der besondere Grad an Verwunderung und Irritation, der die ausdrückliche Erklärung bei der Abgabe des Wertscheins, man habe das wertgegenständliche Spiel keinesfalls manipuliert, im Zeitschriftenladen an der Ecke auszulösen geeignet sein dürfte, mag indizieren, dass sich die nachfolgenden Ausführungen des *Senats* zur konkludenten Täuschung von den tatsächlichen Gegebenheiten allzu weit entfernen.

### b) Analyse der Entscheidungsgründe zur Frage konkludenter Täuschung

Vor diesem Hintergrund war zu prüfen, inwieweit die Ordnungsmäßigkeit einer vom Erklärungsempfänger angenommenen, selbstverständlichen Geschäftsgrundlage schlüssig vorgespiegelt wird. Das *LG Berlin* als Targericht hatte eine konkludente Täuschung darin sehen wollen, dass durch die kommentarlos Vorlage der Spielscheine erklärt werde, das Wettisiko sei für beide Parteien gleich, der Ausgang der wertgegenständlichen Spiele daher für beide Seiten gleichermaßen ungewiss<sup>12</sup>. Dieser Auffassung schließt sich der *S. Senat* an und übernimmt damit die der Pferdewetten-Entscheidung des *3. Senats*<sup>13</sup> zu Grunde liegende Argumentation. Danach könne dem Vertragsangebot zum Abschluss eines Wettvertrages die stillschweigende Erklärung entnommen werden, dass die Geschäftsgrundlage der Wette nicht manipuliert sei. Zu-

2 Inwieweit es tatsächlich ein „Fall Hoyzer“ ist oder ob *H* als bloßer Gehilfe des *S* technisch allenfalls als Randfigur einzustufen ist, wird unter II 4 erörtert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Neologismus „hoyzer“ neue teilweise als Synonym für das Manipulieren insbesondere von Fußballspielen verwendet wird. Das Verb wurde von der Gesellschaft für deutsche Sprache bei der Wahl zum Wort des Jahres 2005 auf Platz sieben gekürt.

3 5. dazu die auszugsweise mitgeteilten Urteilsgründe in der Bespr. von Jahn, JuS 2006, 367.

4 Namentlich bei Schlösser, NSz 2005, 423 (424 ff.).

5 Vgl. *BVerfGE* 63, 45 (63 f.) = NJW 1983, 1043 (1044) = NSz 1983, 373 (274 f.); BGHZ 20, 178 (180) = NJW 1956, 1029 (1030); BGHR BGB § 839 I 1 Staatsanwalt 7; Weiß, JR 2005, 363 (369); Görcke, ZStW 73 (1961), 361 (375); Eberhard Schmidt, Lehrkommentar StPO und GVG III, 1960, § 146 GVG Rdnr. 3. Zur teleologischen Reduktion des § 160 II StPO in anderen Verfahrensstadien Jahn, ZStW 118 (2006), 427 (436).

6 Nicht behandelt werden im Folgenden die Fragen zivilrechtlicher Haftung der Beteiligten (s. dazu Schwab, NJW 2005, 938) sowie ein möglicher Betrug zum Nachteil der Zuschauer (hierzu Hartmann/Nielhaus, JA 2006, 432) oder des Deutschen Fußballbundes durch das „Verpeifen“ eines Spiels (dazu R. Schwab, NJW 2005, 938 [940]) sowie die „Bestechung“ des Schiedsrichters (vgl. dazu Schlösser, NSz 2005, 423 [424]).

7 Vgl. Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 193 (194); Kindhäuser, in: LPK-StGB, 3. Aufl. (2006), § 263 Rdnr. 46; Luckner/Kühl, StGB, 25. Aufl. (2004), § 263 Rdnr. 6; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl. (2006), § 263 Rdnr. 10.

8 Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 263 Rdnr. 8; Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl. (1999), § 263 StGB Rdnr. 9 m. w. Nachw. A. A. Allein Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 111.

9 Richtig Schlösser, NSz 2005, 423 (425). Klarzustellen ist, dass durch die Vereinbarung mit *H* nur die Chance auf einen Weterfolg vergrößert wurde. Sieht man der spätere Weterfolg jedoch nicht, da trotz der Manipulationen das Spiel ohne weiteres nicht den gewünschten Ausgang nehmen konnte (und teilweise auch nahm).

10 Es handelt sich also um die Grundkonstellation eines Dreiecksbetrugs, bei dem Verfügender (hier: der jeweilige Mitarbeiter des Wettanbieters) und der Geschädigte (hier: der Wettanbieter) nicht identisch sind, so dass der Verfügende zumindest in einem Näheverhältnis zum bzw. „im Lager“ des Geschädigten stehen muss. Da aber selbst die insoweit strengsten Voraussetzungen der Theorie von der rechtlichen Befugnis (auch als Ermächtigungstheorie bezeichnet) vorliegen, verbürgt sich hier kein auslegungsträchtiges Problem. Vgl. dazu Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293; Kindhäuser, BT II, 4. Aufl. (2005), § 27 Rdnr. 62 ff.; Renyer, BT I, 7. Aufl. (2005), § 13 Rdnr. 44 ff.

11 *BVerfG*, NJW 2006, 1261 (1266 Rdnr. 138), m. Bespr. Sachs, JuS 2006, 745.

12 *LG Berlin*, BeckRS 2006, 05289; teilw. abgedr. auch bei Jahn, JuS 2006, 367 (368). Dazu ausf. Schüld, Zeitsche. f. Wett- und GlücksspielR 2006, 213 (215 ff.).

13 BGHSr 19, 165 (167 f.) = NJW 1980, 793. 5. auch schon RGSt 62, 415 (416), eine ersaunlicherweise vom *S. Senat* für seine Auffassung nicht in Anspruch genommene Entscheidung zu einer Rennwette.



spruchsaufbau auch von der Art des geltend gemachten Schadensersatzes ab, weil § 280 II, III BGB für den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung und den Schadensersatz statt der Leistung weitere Tatbestandsvoraussetzungen enthalten. § 280 I BGB allein ist als Anspruchsgrundlage nur für den sog. einfachen Schadensersatz „neben der Leistung“ ausreichend. (Auch diese Differenzierung wird Gegenstand eines späteren Beitrags sein.)

Soweit es sich etwa um die Verletzung einer Schutzpflicht handelt, gilt eine verhaltensbezogene Sichtweise. Bereits im Rahmen der Pflichtverletzung ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht zu prüfen. Hat z. B. ein Patient durch die nicht lege artis durchgeführte Behandlung des Arztes einen Gesundheitsschaden erlitten, genügen die Darlegung und der Beweis des Schadens als solchen in keinem Fall, da der Erfolg der Behandlung oder das Ausbleiben von Gesundheitsschä-

den nicht geschuldet war. Geschuldet war lediglich eine den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechende Behandlung. Die Nichterfüllung dieser Pflicht ist nicht deckungsgleich mit dem eingetretenen Schaden. Zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit hat daher der Gläubiger (im Beispielfall also der Patient) grundsätzlich (d. h. vorbehaltlich der im Rahmen des Arzthaftungsrechts anerkannten Beweiserleichterungen) die nicht der verkehrssüblichen Sorgfalt entsprechende Behandlung als Pflichtverletzung darzulegen und zu beweisen.

## V. Literaturauswahl

Looschelders, SchuldR. Allg. Teil, 4. Aufl. (2006), Rdrrn. 437 ff.; Schulze/Ebers, JuS 2004, 265; S. Lorenz/Riehm, Lehrb. zum neuen SchuldR, 2002, Rdrrn. 172 ff.; S. Lorenz, NJW 2007, 1.

Richter am OLG Professor Dr. Matthias Jahn und Wiss. Mitarbeiter Stefan Maier, Erlangen/Nürnberg

## Der Fall Hoyzer – Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes\*

Die strafrechtliche Aufarbeitung des Bundesliga-Weitskandals vor dem BGH, der in der öffentlichen Wahrnehmung untrennbar mit dem Namen des Ex-Schiedsrichters Robert Hoyzer verbunden bleiben wird, war einer der spektakulärsten Strafprozesse des letzten Jahres. Dies war nicht nur darauf zurückzuführen, dass die zu Grunde liegenden Ereignisse die Sauberkeit und Lauterkeit des deutschen Profi-Fußballs in Frage zu stellen geeignet waren, sondern trug auch der Tatsache Rechnung, dass bis zur Urteilsverkündung unklar geblieben war, ob der 5. Strafsenat den Tatbestand des Betruges erfüllt sehen würde oder ob es sich beim Verhalten der Angeklagten – was der Rechtsmeinung des Sitzungsvertreters der Bundesanwaltschaft entsprach – um eine moralisch empörende, aber straflose „Gaunerei“ gehandelt hatte. Der nachfolgende Beitrag untersucht, ob der dogmatische Ertrag des Urteils seinem Stellenwert in der öffentlichen Diskussion entspricht. Er macht insbesondere wegen der rein normativen Bestimmung des Erklärungswerts alltäglicher Handlungen durch das Gericht erhebliche Bedenken geltend und empfiehlt die Rückkehr zu einem ontologischen Täuschungsbegriff. Die über den Fall hinausweisende Bedeutung dieser Frage mag man auch daran ablesen, dass Heribert Prantl den „Schlusspiff“ des Senats in der Süddeutschen Zeitung vom 16./17. 12. 2006, S. 4, mit der Bemerkung kommentiert, das Urteil werde „in Fachzeitschriften herauf- und herunterdiskutiert und zum gefürchteten Prüfungsgegenstand im Examen werden“. Alsdann!

### I. Grundlagen der Entscheidung

#### 1. Sachverhalt

Bei mehreren Spielen beider Fußball-Bundesligen platzierte der Angeklagte S Wetten mit hohen Einsätzen bei verschiedenen Anbietern. Dabei handelte es sich vorrangig um sog. Kombinationswetten bei der von der Deutschen Klassenlotterie unter dem Namen „Oddser“ betriebenen Sportwette. Kennzeichnend für diese Kombinationswette ist dabei zum einen, dass kombiniert auf den Ausgang mehrerer Spiele gesetzt werden muss, und zum anderen, dass die Gewinnquoten von vornherein feststehen. Um seine Gewinnaussichten zu erhöhen, kam S unter anderem mit dem Mitangeklagten H, einem Bundesliga-Schiedsrichter, überein, dass dieser bestimmte Spiele, auf deren Ausgang S Wetten abschloss, manipulieren sollte. Gewettet wurde in der Folge auf das manipulierte

Spiel und zwei andere nicht manipulierte Partien, bei denen S auf den jeweiligen Favoriten setzte. Für die Manipulation zahlte S dem H jeweils hohe Geldbeträge und gewährte zusätzliche Sachleistungen, wie etwa einen Plasma-Fernseher. Manipuliert wurden die Spiele unter der Leitung von H dergestalt, dass von ihm u. a. offensichtlich unberechtigte Strafschüsse verhängt wurden, die zu Torerfolgen führten bzw. indem unberechtigte Platzverweise erteilt wurden. Teilweise waren die Manipulationen jedoch auch nicht erfolgreich, weil beispielsweise Strafschüsse nicht verwandelt wurden. Soweit nicht das gewünschte Ergebnis zu Stande kam, führte dies jeweils dazu, dass H keine Entlohnung erhielt. S erlitt zum Teil hohe Verluste bei den Spielen, in denen die Manipulationen nicht das gewünschte Spielergebnis zur Folge hatten, hatte jedoch insgesamt erhebliche Beträge „gewonnen“. Für diese Taten wurde S wegen gewerksmäßigen Betrugs in zehn Fällen und H wegen Beihilfe hierzu in sechs Fällen jeweils zu Freiheitsstrafen verurteilt. Gegen diese Entscheidung legten beide Revision ein.

### 2. Rahmenbedingungen

Bevor die Entscheidung des 5. Senats dargestellt und in ihrer Bedeutung für die (zukünftige) Dogmatik des Betrugstatbestands analysiert wird, sollen die zumindest mittelbar für das Verfahrensergebnis bedeutsamen Rahmenbedingungen des gesamten Verfahrens in der gebotenen Kürze aufgezeigt werden. Schon bald nachdem die Manipulations-Vorwürfe aufgetaucht waren, war es in der veröffentlichten Meinung nahezu unumstritten, dass das abzuurteilende Verhalten – Manipulation der Spiele durch den Schiedsrichter H, nachdem zuvor von S auf deren Ausgang gewettet worden war – den Tatbestand des Betrugs erfüllen müsse. Im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses stand dabei H, so dass sich das Verfahren als „Fall Hoyzer“ in die Liste der Großen Strafprozesse der Bundesrepublik Deutschland eingeschrieben hat. Schon diese Einordnung ist in strafrechtlicher Perspektive

\* Zugleich Besprechung von BGH, NJW 2007, Heft 21. – Der Autor Jahn ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und Richter am 2. Strafsenat des OLG Nürnberg; der Autor Maier ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. – Zum ersten Bundesliga-Skandal der Saison 1970/1971 und zur Unrechtsstrafbarkeit eines Vereinsvorsitzenden wegen Unrecht durch Hingabe von Vereinsgeldern zur Beeinflussung des Spielausgangs vgl. BGH, NJW 1975, 1234, m. Anm. Triffterer, NJW 1975, 612, sowie Schreiber/Heulke, JuS 1977, 656.

§ Nachfolgend wird die Darstellung aus Raumgründen auf die Angeklagten S und H beschränkt.



## Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren

Vom 29. Juli 2009

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2280) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht werden die Angaben zum Vierten und Fünften Abschnitt des Zweiten Buchs wie folgt gefasst:

„Vierter Abschnitt

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens      §§ 198 bis 211

Fünfter Abschnitt

Vorbereitung der Hauptverhandlung      §§ 212 bis 255a“.

2. Dem § 35a wird folgender Satz angefügt:

„Ist einem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist der Betroffene auch darüber zu belehren, dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen.“

3. In § 44 Satz 2 wird die Angabe „§§ 35a,“ durch die Wörter „§ 35a Satz 1 und 2, §“ ersetzt.

4. Nach § 160a wird folgender § 160b eingefügt:

„§ 160b“

Die Staatsanwaltschaft kann den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt dieser Erörterung ist aktenkundig zu machen.“

5. Nach § 202 wird folgender § 202a eingefügt:

„§ 202a“

Erwägt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, kann es den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt dieser Erörterung ist aktenkundig zu machen.“

6. Nach der Überschrift „5. Abschnitt. Vorbereitung der Hauptverhandlung“ wird folgender § 212 eingefügt:

„§ 212“

Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gilt § 202a entsprechend.“

7. § 243 wird wie folgt geändert:

- a) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 eingefügt:

„(4) Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben.“

- b) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.

8. Nach § 257a werden folgende §§ 257b und 257c eingefügt:

„§ 257b“

Das Gericht kann in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. fördert 16  
H V

§ 257c

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.

(2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

(3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

(4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere

Yndot ver  
Eröffnung

Yndot ver

Eröffnung



Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

(5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren."

9. § 267 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 3 wird folgender Satz angefügt:

„Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist auch dies in den Urteilsgründen anzugeben.“

b) In Absatz 4 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

„Absatz 3 Satz 5 gilt entsprechend.“

10. § 273 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Das Wort „Beobachtung“ wird durch das Wort „Beachtung“ ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„In das Protokoll muss auch der wesentliche Ablauf und Inhalt einer Erörterung nach § 257b aufgenommen werden.“

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Das Protokoll muss auch den wesentlichen Ablauf und Inhalt sowie das Ergebnis einer Verständigung nach § 257c wiedergeben. Gleiches gilt für die Beachtung der in § 243 Ab-

satz 4, § 257c Absatz 4, Satz 4 und Absatz 5 vorgeschriebenen Mitteilungen und Belehrungen. Hat eine Verständigung nicht stattgefunden, ist auch dies im Protokoll zu vermerken.“

11. § 302 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 wird das Wort „kann“ durch das Wort „können“ ersetzt.

b) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist ein Verzicht ausgeschlossen.“

c) Im neuen Satz 3 wird das Wort „jedoch“ gestrichen.

## Artikel 2

### Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten

§ 78 Absatz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 11 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(2) § 243 Absatz 4 der Strafprozessordnung gilt nur, wenn eine Erörterung stattgefunden hat; § 273 Absatz 1a Satz 3 und Absatz 2 der Strafprozessordnung ist nicht anzuwenden.“

## Artikel 3

### Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 29. Juli 2009

Der Bundespräsident  
Horst Köhler

Die Bundeskanzlerin  
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin der Justiz  
Brigitte Zypries



## **Für das EXAMEN**

- **aktuelle Fälle**
- **für Referendare**



sionellen Maßstäbe nicht abschütteln können. Da wegen der Unbestimmtheit des Gesetzes vor der zu leistenden Aufklärungshilfe deren Auswirkung auf die Sanktion abgeklärt werden muß, werden sie ihren vermittelnden Beistand trotzdem nicht versagen. Dieser Beistand wäre, wenn die einschlägigen Angaben des Mandanten falsch oder aufgebauscht sind, objektiv Beihilfe zu den Delikten, die den Gesetzesentwurf flankieren.

Im Blick darauf müßten die Verteidiger auch im eigenen Interesse die Dritte betreffenden Mitteilungen des Mandanten grundsätzlich kritisch und zweifelnd bewerten. Befugnisse zur Überprüfung gibt es nicht. Ein späterer Anfangsverdacht gegen den Mandanten würde sich schnell auch auf den Beistand erstrecken. In diesem Fall könnten interne Zweifel, die der Verteidiger bei früherer Gelegenheit geäußert hat, zum belastenden Anhaltspunkt werden. Die Ermittlungsbehörden wären in der Lage, sich der Handakten zu bemächtigen, um ihr Verdachtskonstrukt zu untermauern. Da derartige Entwicklungen nie auszuschließen sind, wäre Mißtrauen im Mandatsverhältnis die Folge. Die Einlassung des Beschuldigten zum Tatvorwurf und die über Tatbeiträge Dritter zu leistende Aufklärungshilfe werden in der Regel eng verknüpft sein. Die Gren-

zen zwischen der notwendigen Stellungnahme zur Sache und Angaben zu Lasten Dritter werden häufig schwimmen. Damit ändern sich die Rahmenbedingungen der Verteidigung.

Rechtsanwälte, die der späteren Einsicht in die fortlaufende Ermittlungsakte entnehmen, daß die Dritte belastenden Angaben des Mandanten problematisch sind, befänden sich in einer komplizierten Lage. Wollten sie den Behörden empfehlen, die einschlägigen Informationen des Beschuldigten besonders kritisch zu überprüfen, würden sie ihren Mandanten verraten. Da Strafverteidigung fast immer mit unüberprüfbareren Unwägbarkeiten und Ungewisheiten zu tun hat, würden sich im schnellen Wechsel ändernde Lagen zur Regel. Die Gelassenheit und die Distanz, ohne die der Verteidiger seine Aufgabe nicht erfüllen kann, wären ernsthaft gefährdet. Wer den fairen Strafprozeß schützen will, kann daran nicht interessiert sein. Der Deutsche Richterbund, die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltverein und die Strafverteidigervereinigungen sind dem Entwurf mit einer gemeinsamen Erklärung entgegengetreten. Solche Gemeinsamkeit mit dem Deutschen Richterbund, dem auch die Staatsanwälte angehören, erleben wir selten. Das sollte den Gesetzgeber nachdenklich stimmen.

## Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen

Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 08. 10. 2008 – StB 12 – 15/08 –, StV 2009, 3

von Staatsanwalt Dr. Markus Löffelmann, z. Zt. GTZ African Court on Human and Peoples' Rights (Arusha/Tansania)

### A. Entwicklung und Systematik des Rechtsschutzsystems

Die lange Zeit umstrittene Frage<sup>1</sup>, mit welchen Rechtsbehelfen gegen strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen vorgegangen werden kann, wurde durch zwei grundlegende Entscheidungen des BVerfG<sup>2</sup> und die daran anschließende Judikatur des BGH<sup>3</sup> schon vor geraumer Zeit einer Klärung zugeführt. Mit der Einführung des nachträglichen Rechtsschutzes gegen alle heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in § 101 Abs. 7 S. 2<sup>4</sup> durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. 12. 2007 StPO<sup>5</sup> hat die Problematik der Konkurrenz von Rechtsbehelfen gegen Ermittlungsmaßnahmen eine weitere Dimension bekommen. Dieser Thematik widmet sich der in StV 2009, S. 3 f. abgedruckte Beschluß des 3. Strafsenats des BGH vom 08. 10. 2008, der hier vor dem Hintergrund der Systematik des Rechtsschutzsystems gegen Ermittlungsmaßnahmen kritisch gewürdigt werden soll.

### I. Beschwerde

Gegen jede Art gerichtlicher Ermittlungsanordnungen kann die Beschwerde nach §§ 304 ff. eingelegt werden. Dies gilt konsequenter Weise auch, soweit die gerichtliche Anordnung explizit Ausführungen zu den Modalitäten der Durchführung der Ermittlungshandlung enthält und die Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme angegriffen werden soll.<sup>6</sup> Zu beachten ist, daß mit dem Gesetz vom 21. 12. 2007 nun auch in erster Instanz ergehende Beschlüsse des OLG und des Ermittlungsrichters beim BGH mit der Beschwerde angegriffen werden können, soweit diese sich auf freiheitsentziehende Maßnahmen, Beschlagnahme, Durchsuchung oder – und das ist neu – auf heimliche Ermittlungsmaßnahmen beziehen (§ 304 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, Abs. 5). Die Begründung des Gesetzgebers für diese Gesetzesänderung wird uns weiter unten noch beschäftigen und

ein Argument für die Klärung des Konkurrenzverhältnisses der verschiedenen Rechtsbehelfe liefern (s. C. III.).

### II. Antrag auf gerichtliche Entscheidung

Gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 2 GVG) können von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffene einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 stellen. Solche Entscheidungen können einerseits Anordnungen auf Gefahr im Verzug sein, andererseits Anordnungen im Hinblick auf die Modalitäten der Durchführung der Maßnahme und in Einzelfällen auch Maßnahmen aufgrund originärer Kompetenzen, wenn das Gewicht des Eingriffs Rechtsschutz gebietet.<sup>7</sup> Im Rahmen seiner Prüfung kann der Richter Begrenzungen der Maßnahme und Regelungen zu ihrer Durchführung treffen.<sup>8</sup> Gegen die richterliche Entscheidung ist wiederum die Beschwerde nach §§ 304 ff. zulässig. Die Zuständigkeit für die Überprüfung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 liegt beim Ermittlungsrichter, für die Beschwerde beim Beschwerdegericht,

1 Zur früheren Rechtslage ausführlich: LR-Schäfer, StPO, 75. Aufl. 2004, § 105 Rn. 79 ff. m. w. N.

2 BVerfGE 96, 27 = StV 1997, 393; BVerfGE 96, 44 = StV 1997, 394; daran anschließend BVerfG NJW 1998, 2131; NJW 1999, 273; hierzu Roxin StV 1997, 654.

3 BGHSt 44, 171 = StV 1998, 579; BGHSt 44, 265 = StV 1999, 72; BGHSt 45, 183 = StV 1999, 634; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 2 = BGH StV 2000, 537; BGHR StPO § 98 Abs. 2 Bestätigung 1 = BGH NSZ 2000, 154.

4 Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich im Folgenden auf die StPO.

5 BGBl. I 2007, S. 3198.

6 Offen gelassen von BGHSt 44, 265 = StV 1999, 72; BGHSt 45, 183 = StV 1999, 634; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 2 = BGH StV 2000, 537; jew. m. w. N. zum Schrifttum.

7 BGHSt 44, 171 = StV 1998, 579; vorläufige Festnahme; LR-Schäfer (Fn. 1) § 105 Rn. 102 m. w. N.; Blutentnahme.

8 BGHSt 44, 265 = StV 1999, 72.



gleich weicht der *Senat* damit von seiner mittlerweile vielzitierten früheren Auffassung – und vom Antrag des Sitzungsvertreters der Generalbundesanwältin – ab, wonach die Annahme, bei Abschluss der Sportwette werde zugleich die Nichtmanipulation des sportlichen Ereignisses erklärt, eine „willkürliche Konstruktion“<sup>14</sup> sei. Inhaltlich rechtfertigt der *Senat* diese Entscheidung damit, es sei allgemein anerkannt, dass der Erklärungswert eines Verhaltens sich nicht nur aus dem ausdrücklichen Gegenstand der Kommunikation ergebe, sondern auch aus dem, was nach der Verkehrsanschauung durch das Verhalten miterklärt werde. Dieser unausgesprochene Inhalt bestimme sich sowohl nach faktischen als auch nach normativen Gesichtspunkten<sup>15</sup>. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang der jeweilige Geschäftstyp und die dabei typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern. Dabei könne dabei auch etwas zum Erklärungsinhalt werden, das (vorgeblich) nicht geschehen sei (sog. Negativtatsache)<sup>16</sup>. Eine konkludente Erklärung derartiger Negativtatsachen komme dabei insbesondere in Betracht, wenn es um vorsätzliche Manipulationen des Vertragsgegenstandes gehe, auf den sich das kommunikative Verhalten beziehe<sup>17</sup>. Dies gipfelt in der sehr allgemein gehaltenen Feststellung:

„Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird“.

Da deshalb bereits Betrug durch konkludentes Handeln vorliege, könne dahinstehen, ob auch Betrug durch Unterlassen mit einer dazugehörigen Aufklärungspflicht vorliege.

### c) Kritik an der Übernormativierung des Täuschungsbegriffs

Mit der Bejahung einer konkludenten Täuschung ist die entscheidende Weiche gestellt, denn alle weiteren Prüfungspunkte im objektiven Betrugstatbestand richten sich nun zwangsläufig an den hier aufgestellten Anforderungen aus. Für den *Senat* dürfte dabei recht bald klar gewesen sein, dass eine Täuschung durch Unterlassen dogmatisch kaum überzeugend konstruiert werden kann. Bei der Sportwette handelt es sich um ein – wie auch das *BVerfG*<sup>18</sup> meint – ganz alltägliches Rechtsgeschäft, dessen Synallagma nicht durch eine aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) resultierende und ohnehin eng auszulegende Aufklärungspflicht geprägt ist<sup>19</sup>. Auch eine Garantienpflicht aus Ingerenz kam kaum ernsthaft in Betracht. Neben einem pflichtwidrigen Vorverhalten muss hierfür zusätzlich noch der Pflichtwidrigkeitsszusammenhang bestehen<sup>20</sup>. Daran fehlt es in der vorliegenden Konstellation. Das Verbot, Spiele zu manipulieren, ergibt sich aus der Schiedsrichterordnung des Deutschen Fußballbundes. Diese dient jedoch nicht dem Schutz des Vermögens der Wertanbieter<sup>21</sup>. So begrüßenswert es also ist, dass der *Senat* im Bereich der Täuschung durch Unterlassen keine Dämme eingerissen hat, so problematisch und gleichzeitig symptomatisch für den Umgang mit dem Betrugstatbestand ist die bedenkliche Erweiterung des Anwendungsbereichs konkludenter Täuschungen. Je weiter nämlich die Annahme konkludenter Erklärungen durch alltägliche Handlungen geht, desto mehr wird die Unterscheidung zwischen dem aktiven Tun und der Begehung durch Unterlassen aufgehoben, ohne dass hier das Korrektiv der Aufklärungspflicht (§ 13 StGB) Anwendung findet.

aa) *Gefahren des normativen Täuschungsbegriffs*. Zur Klarstellung: Die Möglichkeit konkludenter Täuschungen als betrugsrelevante Tathandlung ist selbstverständlich anzuerkennen. Problematisch ist jedoch, wie viel an Erklärungsgehalt in

den allrätlichen Realakt der Abgabe des Wertscheins „hineininterpretiert“ werden darf. Der *Senat* behauptet, er berücksichtige insoweit neben normativen auch faktische Gesichtspunkte. Das trifft jedoch bei genauerem Hinsehen nicht zu. Vielmehr wird der Tatbestand rein normativ interpretiert<sup>22</sup>. Zwingend war dies jedenfalls, wenn man das Urteil des *LG Berlin* nicht aufheben wollte, schon deswegen, weil die diesbezüglichen tatsächlichen Feststellungen mehr als dürftig waren. Wenn der *Senat* meint, der Tatrichter könne von „allgemein verbreiteten ... Erwartungen auf den tatsächlichen Inhalt konkludenter Kommunikation schließen“, ist das auch für zukünftige Fälle eine *carte blanche*: Konkretisiert der Tatrichter – wie hier – diese Erwartungen kaum einmal im Ansatz, übernimmt dies das Revisionsgericht in faktengelöster Wesensschau der Rechts-Lage.

Inhaltlich umstritten ist dabei schon seit langem, welchen Gesichtspunkten die größere bzw. alleinige Bedeutung beigemessen werden kann. Nach der normativierenden Auffassung<sup>23</sup>, die bislang freilich nur als Mindermeinung anzusehen war<sup>24</sup>, ist nach dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung zu entscheiden, ob und inwieweit sich der Erklärungsempfänger auf das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der relevanten Tatsache verlassen dürfte. Entscheidend sei dabei die typische Risikoverteilung, die sich insbesondere bei zivilrechtlichen Verträgen aus der dem jeweiligen Vertragstyp immanenten Risikoverteilung ergebe. Testet man diese Auffassung am Wettvertrag, ist die Auslegung des *Senats* intrasystematisch durchaus schlüssig: Hier gehen beide Parteien das Risiko ein, dass das der Wette zu Grunde liegende Spiel mit einem anderen als dem eingeschätzten Ergebnis ausgehen kann<sup>25</sup>. Fraglich ist für diese Auffassung dann in einem zweiten Schritt, wie die Verschiebung des Wetttrisikos beschaffen sein muss, damit es gerade des strafrechtlichen Schutzes durch § 263 StGB bedarf. Keine derartige Verschiebung wird dabei bei der Ausnutzung eines einseitigen Informationsvorsprunges eines Ver-

14 BGHSr 16, 120 (121) = NJW 1961, 1934 (1935 f.); ausdrücklich zustimmend aber bereits U. Weber, in: Pfister (Hrsg.), Rechtsprobleme der Sportwette, 1989, S. 39 ff. (59). Die anschließenden argumentativen Bemühungen des *Senats*, einen Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung „kleinzurechnen“, müssen hier nicht näher erörtert werden. Da es sich um eine senatseigene Entscheidung handelt, wäre eine Vorlage zum *Großen Senat für Strafsachen* als gesetzlichem Richter i. S. des Art. 101 II GG nicht notwendig gewesen, § 132 II GVG. Zust. zu den „Wertfällen“ Wittig, Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrug, 2005, S. 279 ff.

15 Diesen Ausgangspunkt teilen Tiedemann, in: LK-StGB (o. Fußn. 8), § 263 Rdnr. 30; Tröndle/Fischer (o. Fußn. 7), § 263 Rdnr. 12 a; Kutzner, JZ 2006, 712 (713 ff.).

16 S. BGHSr 47, 83 (87) = NJW 2001, 3718 (3719).

17 Der *Senat* stellt hier u. a. ab auf RGSr 20, 144, zum Überstreichen schwammbefallener Hausteile, auf RGSr 59, 299, zum Überdecken schlechter Ware, auf BGHSr 8, 289 = NJW 1956, 231, zum Zurückhalten des Hauptloses einer Lotterie und auf BGHSr 47, 83 = NJW 2001, 3718 = NZBau 2001, 574, zur unzulässigen Preisabsprache.

18 O. Fußn. 11.

19 U. Weber, in: Pfister (o. Fußn. 14), S. 39 ff. (52); Schlösser, NSZ 2005, 423 (427); Tiedemann, in: LK-StGB (o. Fußn. 8), § 263 Rdnr. 62 f.; Tröndle/Fischer (o. Fußn. 7), § 263 Rdnr. 25 f.; Beukelmann, in: BeckOK-StGB, 2006, § 263 Rdnr. 19. Besonders lehrreich OLG Hamburg, NJW 1969, 335 (336).

20 S. BGHSr 37, 106 (115) = NJW 1990, 2560 (2562 f.) = NSZ 1990, 587 (589); Wessels/Beulke, AT, 36. Aufl. (2006), Rdnr. 725.

21 So auch Fasten/Oppermann, JA 2006, 69 (71); Schlösser, NSZ 2005, 423 (427).

22 Die an dieser Auslegungsorientierung ansetzende Kritik bei Kutzner, JZ 2006, 712 (713 f.), und Schlösser, NSZ 2005, 423 (426), trifft zu, erschöpft aber die strafrechtstheoretische Dimension des Problems noch nicht.

23 Grdl. Lackner, in: LK-StGB, 10. Aufl. (1988), § 263 Rdnr. 28 ff., 63; dem folgend Hejendahl, in: MünchKomm-StGB, 2006, § 263 Rdnr. 86 ff.; Tröndle/Fischer (o. Fußn. 7), § 263 Rdnr. 12 a; Jockes, StGB, 6. Aufl. (2005), § 263 Rdnr. 31 ff., sowie Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 100 ff.

24 So auch Hoyzer, in: SK-StGB, 2004, § 263 Rdnr. 30; Wittig (o. Fußn. 14), S. 259.

25 S. Kutzner, JZ 2006, 712 (715).



tragspartners gegeben sein. Dieses Risiko ist typisch für den Wettvertrag und damit den Vorstellungen der Vertragspartner immanent<sup>26</sup>. Bei einer Manipulationsabrede, die eine massive Verschiebung des Wetttrisikos bewirkt, kann daher auf Grundlage der normativen Betrachtungsweise mit guten Gründen angenommen werden, dass der getäuschte Vertragspartner mit dieser Manipulation nicht zu rechnen braucht. Auf ein in der Literatur teilweise befürwortetes grundsätzliches „Recht auf Wahrheit“<sup>27</sup>, in dessen noch deutlich gesetzfernerer Konstruktion die *falsa* des gemeinen Rechts aufscheint<sup>28</sup>, brauchte der Senat also nicht zu rekurrieren.

bb) *Rückkehr zum ontologischen Täuschungsbegriff*. Unversehens eröffnet sich damit bei der Beantwortung einer Spezialfrage der weite Horizont einer der bedeutendsten strafrechtlichen Grundlagenstreitigkeiten, die aller Dogmatik vorausgeht: Gibt es ontologische Grenzen der Gesetzesauslegung – Welzel sprach von sachlogischen Strukturen –, die kriminalpolitisch (Roxin) und normativierend (Jakobs) Systemdenken unübersteigbare Barrieren entgegenzusetzen vermögen? Diese Frage ist ganz ungeklärt und es wäre vermessen, sie in diesem Rahmen auch nur ansatzweise entscheiden zu wollen<sup>29</sup>. Jedenfalls für den Betrugsstatbestand lässt sich aber sagen, dass der Gesetzgeber des StGB mit dem Rechtsbegriff der „Tatsachen“ eine solche Barriere errichtet hat: Will man den Begriff nicht bis zur Unkennlichkeit sinnentleeren, verlangt er einen Bezugspunkt in der Welt des Seins und nicht nur des rechtlichen Sollens. Die Befürworter einer faktischen Betrachtungsweise ermitteln den Aussagegehalt des vom Täter konkludent Erklärten daher zu Recht nach Maßgabe eines durch die Verkehrsanschauung objektivierten Empfängerhorizonts<sup>30</sup>. Nach der Verkehrsauffassung wird das Verhalten des S, wie bereits die eingangs erwähnte Kontrollüberlegung deutlich gemacht hat, richtigerweise dahingehend auszulegen sein, dass einem Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge regelmäßig keine Erklärung über dessen „Nichtmanipulation“ zueigen ist. Die Schwierigkeit, diesen an sich einfachen Sachverhalt in Worte zu fassen, indiziert, dass die Gegenauffassung etwas gekünstelt wirkt<sup>31</sup>. Besonders gut kann man dies zudem an einigen der vom Senat selbst herangezogenen, angeblich seine Auffassung stützenden Präjudizien demonstrieren<sup>32</sup>. Beim Überstreichen schwammbefallener Hausteile, beim Überdecken schlechter Ware und beim Zurückbehalten des Hauptpreises einer Lotterie gibt es jeweils einen verhandlungspräsenten Gegenstand als überprüfbares Substrat der Erklärung. Gebäude<sup>33</sup>, Holzbretter<sup>34</sup> und auch zurückgehaltene Hauptgewinnlose<sup>35</sup> sind Objekte der Seinswelt. Gewinnchancen bei einer „Oddset“-Wette sind zufallsabhängige Fiktionen<sup>36</sup>. Überprüf- und manipulierbares Substrat der Erklärung in der hier zu beurteilenden Konstellation ist allein das Fußballspiel. Doch dieses Spiel ist, wie gezeigt, im Zeitpunkt der Tippabgabe noch keine betrugsrelevante „Tatsache“.

## 2. Irrtum: (Unausgesprochene) Irrelevanz der Viktimodogmatik

Durch die konkludente Täuschung über die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes sei, so der Senat weiter, bei dem jeweiligen Mitarbeiter des Wertanbieters auch ein entsprechender Irrtum zumindest in Form des sog. sachgedanklichen Mitbewusstseins hervorgerufen worden<sup>37</sup>. Dies ist dann konsequent, wenn man – wie der BGH – annimmt, dass eine derartige Vorstellung bezüglich des Nichtbestehens einer Manipulationsabrede vorliegt. Es ist aber gleichzeitig auch Folge der Übernormativierung des Täuschungsbegriffs: Wenn man die Voraussetzungen der Täuschung nur noch nach

Rechtsregeln bestimmt, ist es auch zwingend, dass ein Irrtum als *normative* Fehlvorstellung über diese Tatsachen vorliegt, selbst wenn sich der Getäuschte im Moment der Verfügung *tatsächlich* keine Gedanken macht (sog. *ignorantia facti*<sup>38</sup>).

Und daraus resultiert die zweite Schwäche eines normativ überfrachteten Täuschungs- und Irrtumsbegriffs: Das „Opfer“ muss keinerlei Interesse an zumutbaren Selbstschutzmaßnahmen mehr haben. Diese Last nimmt ihm fürsorglich das Strafrecht ab. Konkret: Anbieter von „Oddset“-Wetten wie etwa die staatlichen Toto-Lotto-Gesellschaften<sup>39</sup> sehen in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich vor, dass Beteiligte, „die direkt oder indirekt auf den Ausgang eines Wettereignisses Einfluss haben“, von der Spielteilnahme ausgeschlossen sind und mit Abgabe des Spielauftrags erklären, „vom Ausgang des jeweiligen Wettereignisses keine Kenntnis zu haben“. Das ist als Selbstschutzmaßnahme (gut) gemeint. Wie der Senat aber in seinem Urteil ausführlich darlegt, ist diese Geschäftsbedingung nach dem von ihm gewählten Lösungsweg rechtlich irrelevant. Die von der Viktimodogmatik<sup>40</sup> befürworteten Einschränkungen des Betrugsstatbestandes in Fällen, in denen das Opfer zumutbare Selbstschutzmaßnahmen unterlässt, werden hier also (unausgesprochen) zurückgewiesen. Das mag inhaltlich angehen, ist aber deshalb bedauerlich, weil dies ohne eine klare Abgrenzung geschieht, sondern vielmehr bei Gelegenheit der Ausführungen zu den Verfahrensrügen der Verteidigung. Zudem bleibt der wiederholte Rekurs des Senats auf die zu Grunde liegenden „allgemeine(n) zivilrechtliche(n) Grundsätze“ in diesem Zusammenhang leider ebenso begründungsarm.

## 3. Vermögensverfügung und -schaden: Die Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts

Das Eingehen der Verpflichtung bei einem bestimmten Spieloutcome einen Gewinn auszuzahlen, stellt dann konsequenterweise auch eine Vermögensverfügung dar<sup>41</sup>. Sowohl das LG Berlin als auch der 5. Senat des BGH gehen bezüglich des Schadens offenbar von einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung aus, welche typisch für den Eingeh-

26 Dies betonen insbes. Gaede, HRR 2007, 18, und Valerius, SpuRt 2005, 90 (92).

27 Paulik (o. Fußn. 23), S. 103 ff.

28 Insc. dazu Vogel, in: Schönemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 89 ff. (92 ff.).

29 S. dazu (bejahend) Mit Puig, in: Symposium f. Schönemann, 2005, S. 77 ff. (102 ff.); Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 53; in der Tendenz auch Hernández, in: Festschr. f. Roxin, 2001, S. 69 ff. (90 ff.); Anders Roxin, in: Festschr. f. Lampe, 2003, S. 423 ff. (427 ff.).

30 Schmid, Zeitschr. f. Wett- und Glücksspielrecht 2006, 213 (216); U. Weber, in: Pfister (o. Fußn. 14), S. 39 ff. (59); Mitsch, BT II, 1998, § 7 Rdnr. 26; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT f. 9. Aufl. (2003), § 41 Rdnr. 39 ff.; Rangier (o. Fußn. 10), § 13 Rdnr. 5. Vermittelnd Krack, List als Strafstatbestandsmerkmal, 1994, S. 90.

31 So bereits Jahn, JuS 2006, 567 (568).

32 O. Fußn. 17.

33 RGSt 20, 144 (145 f.).

34 RGSt 59, 299 (305 f.).

35 BGHSr 8, 289 (291) = NJW 1956, 231.

36 Zum eleutorischen Charakter des Wettvertrages Habersack, in: MünchKommBGB IV, 4. Aufl. (2004), § 762 Rdnr. 4.

37 Ebenso i. Erg. Fasten/Oppermann, JA 2006, 69 (72); vgl. dazu ausf. Tiedemann, in: LK-StGB (o. Fußn. 8), § 263 Rdnr. 76 ff.

38 Vgl. BGHSr 2, 325 (326) = NJW 1952, 832.

39 Beide nachfolgenden Zitate aus § 5 II, III der „Oddset Kombi-Wette-Teilnahmebedingungen“, gültig ab 16. 5. 2006, abzurufen über [www.oddset.de](http://www.oddset.de) (Stand: i. 2. 2007).

40 Speziell zum Irrtumsmerkmal beim Betrug Giehring, GA 1973, 1 (21); Amelung, GA 1977, 1 (13); R. Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 131 ff., 166 ff.; Ellmer, Betrug und Opferverantwortung, 1986, S. 282 ff. A. A. BGH, wistra 1990, 305; wistra 1992, 95 (97).

41 Valerius, SpuRt 2005, 90 (92 f.). Zum Problem des Dreiecksbetrugs bereits o. Fußn. 10.



hungsbetrag sei. Bereits mit Abschluss des Wettvertrages liege ein vollendeter Betrug vor. Bei Sportwetten mit festen Quoten wie im vorliegenden Fall stelle die auf Grund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den „Verkaufspreis“ der Wettchance dar. Durch die Manipulationsabrede mit *H* sei das Wettisiko zu seinen Gunsten verschoben worden. Für den bezahlten Einsatz hätte *S* bei realistischer Einschätzung des Wettirisikos unter Berücksichtigung der verabredeten Manipulation nur die Chance auf einen erheblich geringeren Gewinn kaufen können. Diese „Quotendifferenz“ stelle bereits beim Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. Der Schaden bemesse sich dabei nach der Höhe des ausgezahlten Wertgewinns, auf den wegen der Manipulation kein Anspruch besteht, abzüglich des gezahlten Wettensatzes.

In der Literatur<sup>42</sup> wurde schon im Vorfeld des Urteils gegen den Gedanken des „Quotenschadens“ vorgebracht, dass das Prinzip der Gesamtsaldierung nicht berücksichtigt werde. Danach muss bekanntlich das gesamte Vermögen des Wettanbieters vor der Verfügung mit dem gesamten Vermögen nach der Verfügung verglichen werden. Unabhängig von der Berechnung der Schadenshöhe verbirgt sich hier ein grundlegendes Problem. Durch das Abstellen auf die „Quotendifferenz“ wird der Vollendungszeitpunkt derart weit nach vorne verlagert, dass ein Rücktritt des Täters weitgehend ausgeschlossen ist und Abweichungen im geplanten Verlauf außer bei der Strafzumessung nicht mehr berücksichtigt werden können<sup>43</sup>. Diese Immunität gegenüber der Wirklichkeit auch im Schadensbereich ist im Kontext der Normativierung des Täuschungsbegriffs von großer Konsequenz. Überzeugender macht es die grundlegende Weichenstellung des *Senats* nicht.

#### 4. Mittäterschaft oder Beihilfe des *H*

Sowohl das *LG Berlin* als auch der *5. Senat* des *BGH* gehen für die Strafbarkeit des *H* davon aus, dass dessen Handlungen nur als Beihilfe zum Betrug zu bewerten seien. Dies ist angesichts der (tat-)richterlichen Einschätzungsprärogative bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme einerseits und der (insoweit wiederum konsequenten) normativen Kriterien der Kombinationstheorie<sup>44</sup> andererseits jedenfalls nachvollziehbar. In diese Betrachtung einzustellen ist insbesondere, dass *H* nur im Erfolgsfall die vereinbarte Entlohnung erhielt und dass er bezüglich der Manipulation der Spiele, wenn

diese auch nicht die tatbestandsmäßige Handlung darstellen, gewichtige Beiträge leistete<sup>45</sup>.

#### III. Bewertung und Ausblick

Durch den „Fall Hoyzer“ ist die Dogmatik des Betrugs im Profifußball um eine weitere Fallkonstellation bereichert worden<sup>46</sup>. Der *5. Strafsenat* hat die Chance, den in den Rechtsausführungen oberflächlichen Urteilsgründen des *LG Berlin* mehr Tiefgang zu verleihen, genutzt. Dass er allerdings insgesamt 27 Seiten im Urteilsdruck darauf verwenden muss, um einen – wie eingangs dargelegt: vermeintlich – „ganz klaren“ Fall von Betrug auch nach strafrechtlichen Kategorien zu lösen, spricht für sich. Folgt man seiner Betrachtungsweise, die die Gewichte des bisherigen Meinungsbildes zur Auslegung des Täuschungsmerkmals<sup>47</sup> in Richtung der normativierenden Auslegung verschoben haben dürfte, ist das gefundene Ergebnis intrasystematisch folgerichtig. Dass diese neuen Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes die Verfasser trotzdem nicht zu überzeugen vermögen, wurde dargelegt. Die Auswirkungen jener neuen Grenzziehung auf zahlreiche andere Fallkonstellationen der Betrugsstrafbarkeit, von denen im Bereich des Sports das eigenverantwortliche Doping des Athleten die derzeit auch rechtspolitisch am intensivsten diskutierte ist<sup>48</sup>, werden in der weiteren Diskussion des „Hoyzer-Urteils“ erst noch ausgelotet werden müssen.

42 S. Kutzner, JZ 2006, 712 (717), und allg. Tröndle/Fischer (o. Fußn. 7), § 263 Rdnr. 71. A. A. Gaede, HRR 2007, 16 (18).

43 S. Schlösser, NSZ 2005, 423 (428); Valerius, SpuRt 2005, 90 (92 f.).

44 Vgl. Kühn, AT, 5. Aufl. (2005), § 20 Rdnr. 31 ff.; Joecks, in: MünchKomm-SpG, 2005, § 23 Rdnr. 159 ff.

45 Vgl. hierzu auch Schlösser, NSZ 2005, 423 (428 f.); Jahn, JuS 2006, 567 (568).

46 Es handelt sich um einen Fall aufgedrängter Bereicherung. Zahlreiche andere „fußballtypische“ Konstellationen behandelt monografisch nunmehr Lars Hamm, Sportspezifische Manipulationen als Anwendungsfall des StraßR, 2005, S. 7 ff.

47 O. Fußn. 24.

48 Die Betrugsstrafbarkeit wegen Dopings vermeintlich bislang u. a. Schröder/Bedau, NJW 1999, 3361 (3366); Fritzweiler, SpuRt 1998, 234 (235), und Morsen-Pflanz. Die sportethische und strafrechtliche Bedeutung des Dopings, 2005, S. 236 f. A. A. schon bislang Kerner/Trig, JuS 2004, 140 (145); Heger, JA 2003, 76 (82 f.); Oza, SpuRt 1994, 10 (15); Cberkeh, Betrug (§ 263 StGB), verübt durch Doping im Sport, 2000, S. 246 ff., u. a. für den Betrug gegenüber dem Sponsor, soweit der Sportler schon bei Vertragsschluss gedopt war. Zum Stand der Reformgesetzgebung eines strafrechtlichen „Anti-Doping-Gesetzes“ zuletzt Kudlich, JA 2007, 90; Jahn, in: Vieweg (Hrsg.), Prisma des SportR, 2006, S. 33 ff.

Professor (apl.) Dr. Kyryll-A. Schwarz, Göttingen, und Professor Dr. Ekkehart Reimer, Heidelberg

## Schwerpunktbereich – Einführung in das Finanz- und Haushaltsverfassungsrecht (Art. 104 a bis 115 GG)\*

Stand im ersten Teil (JuS 2007, 119) die Systematik der bundesstaatlichen Einnahmen und ihre Verteilung im Mehrebenensystem des Förderalismus im Vordergrund, so widmet sich der zweite Teil den staatlichen Ausgaben, den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für staatliche Ausgaben sowie der Kontrolle des Finanzgebarens auf Bundesebene.

### Teil 2: Staatliche Ausgaben und Staatshaushalt (Art. 104 a, 109 bis 115 GG)

#### I. Die allgemeine Lastenverteilungsregel (Art. 104 a GG)

Nach Art. 104 a I GG tragen der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Auf-

gaben ergeben. Die damit normierte Abgrenzung der Ausgabenverantwortung dient – ungeachtet aller finanzverfassungsrechtlichen Probleme der Bestimmung – dem Grunde nach zwei Zwecken<sup>1</sup>: Zum einen soll Bund und Ländern

\* Schluss aus JuS 2007, 119. – Dr. Kyryll-A. Schwarz ist apl. Professor an der Universität Göttingen und war Wiss. Mitarbeiter beim BVerfG; er hat Teil 2 des vorliegenden Beitrags (staatliche Ausgaben und Staatshaushalt [in diesem Heft]) verfasst. Professor Dr. Ekkehart Reimer ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; von ihm stammt der im vorigen Heft abgedruckte Teil 1.

1 Vgl. dazu Heintzen, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. (2003), Art. 104 a Rdnr. 1; Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. (2005), Art. 104 a Rdnr. 14 f.



Auffangtatbestand handelt, unternehme die Vorinstanz den Versuch, im Wege einer Konkretisierung des Begriffs der „Amtshandlung“ den Anwendungsbereich des in 1.2.18 GebVerz normierten Abgabebetandes näher zu bestimmen, wobei sie in Auslegung des Landesrechts zu der für den Senat bindenden Aussage gelangt, dass auch schlichthoheitliche Tätigkeiten einer Behörde, wenn sie Außenwirkung haben, Amtshandlungen sind. Im nächsten Schritt gehe es bei den Auslegungsbemühungen der Vorinstanz darum, diejenigen Bereiche der altlastenrechtlichen Überwachung abzuschichten, denen zwar ebenfalls eine Außenwirkung zukommt, die aber dennoch gebührenfrei bleiben sollen. In diesem Punkt sei das Auslegungsergebnis der Vorinstanz mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit nicht mehr vereinbar. Die als gebührenpflichtig angesehenen Besprechungen sind nach Ansicht der Vorinstanz ebenfalls Gespräche mit Behördenbediensteten und unterscheiden sich von den gebührenfreien „bloßen Gesprächen“ zunächst nur durch ihre Zweckrichtung. Besprechungen sollen speziell auf den Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung in der Gestalt eines Sanierungsvertrages abzielen. Was das Mindestmaß an Voraussehbarkeit der Gebührenpflicht angeht, sei aber gerade dieses Abgrenzungskriterium ungeeignet. Nach der Regelung des § 13 IV BBodSchG wird erst mit dem Sanierungsplan, zu dessen Vorlage die Kl. aus der Sicht des Landratsamtes nach § 13 I 1 BBodSchG verpflichtet war, auch der Entwurf eines Sanierungsvertrags vorgelegt. Da die Kl. schon auf die Vorlage eines Sanierungsplans verzichtete, könne im vorliegenden Fall auch von Verhandlungen über einen Sanierungsvertrag noch gar keine Rede sein. Wenn man aber, wie es die Vorinstanz tut, die Gebührenpflicht nicht an den förmlichen Beginn von Verhandlungen über einen im Entwurf vorliegenden Sanierungsvertrag anknüpft, verliere das Kriterium der „Teilnahme eines Behördenbediensteten an Gesprächen, die auf den Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung hinzielen“, seine vermeintliche Konturenschärfe. Für das altlastenrechtliche Überwachungsverfahren ist, schon bevor es mit der Vorlage eines Sanierungsplans oder aber mit einer entsprechenden Anordnung nach § 13 I BBodSchG in sein Endstadium eintritt, regelmäßig kennzeichnend, dass es sehr komplex ist und deswegen über längere Zeiträume vielfältige Kontaktaufnahmen zwischen der zuständigen Behörde und dem potenziell Sanierungsverantwortlichen auslöst. Die unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit insoweit entscheidende Frage sei die, welche dieser Kontakte von nun an gebührenpflichtig waren, obwohl andere Kontakte weiterhin gebührenfrei bleiben sollten. Dies beantworte die Tarifstelle Nr. 1.2.18 GebVerz nicht so, dass in Anwendung juristischer Auslegungsmethoden ein bestimmtes Ergebnis für den Gebührenschuldner noch ausreichend vorhersehbar ist. Im Zuge eines langwierigen Verwaltungsverfahrens gebe es vielfältige Behördenkontakte im Vorfeld:

„In allen Fällen solcher Vorfeldhandlungen wäre es für den Bürger nicht voraussehbar, ob welcher ‚Qualitäts-‘ oder Erheblichkeitschwelle (die der VGH im Streitfall mit dem Attribut ‚bloße‘ Gespräche zu beschreiben versucht) der Bereich des kostenfreien Behördenkontakts verlassen wird und das gebührenpflichtige Behördenhandeln beginnt. Zwar liegt auf der Hand, dass viele solcher Behördenkontakte lediglich Bagatelldarstellung haben (Telefonate, sonstige mündliche Auskünfte, kurze Schreiben usw.). Den dadurch anfallenden Verwaltungsaufwand über Verwaltungsgebühren zu refinanzieren, lohnt sich in der Regel nicht, weil der Aufwand für die Gebührenfestsetzung und -einziehung unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten zu hoch wäre. Aus dieser Erwägung heraus Gebührenfreiheit für bestimmte Teilbereiche einzuführen und diese von den gebührenpflichtigen Amtshandlungen abzugrenzen, ist Auf-

gabe des Gebührensatzgebers, dem insoweit im Rahmen des verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzips ein politischer Handlungsspielraum zukommt... In der Tarifstelle Nr. 1.2.18 GebVerz hat der Gebührensatzgeber darauf verzichtet, eine derartige gebührenrechtliche ‚Erheblichkeitschwelle‘ normativ festzulegen. Dann überschreitet aber ein Gericht die ihm zugewiesene Aufgabe der Rechtskontrolle, wenn es, wie die Vorinstanz versucht, selbst in diese Richtung führende Abgrenzungskriterien zu entwickeln; denn diese ergeben sich dann nicht in Anwendung juristischer Auslegungsmethoden aus dem Gebührentatbestand“.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Das Urteil arbeitet die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots am Beispiel des Gebührenrechts heraus. Das Recht der nichtsteuerlichen Abgaben (v. a. Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben) wird traditionellerweise dem allgemeinen Verwaltungsrecht zugeordnet und nimmt insoweit auch am Pflichtfachprüfungstoff teil. Das vorliegende Urteil enthält daneben wichtige Ausführungen zum Verhältnis von § 24 I 1 BBodSchG und den landesrechtlichen (Gebühren-)Regelungen.

Christian Waldhoff

Zum Überblick: *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR I, 11. Aufl. (1999), § 42 Rdnrn. 14 ff.

## 7. Strafrecht – Allgemeiner Teil

Beihilfe zum Tötungsdelikt bei einer nicht bekannten Anzahl von Opfern (Fall El Motassadeq)

StGB §§ 27, 212, 211 StGB

Ein Beteiligten, bei dem im Übrigen die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zu einem Tötungsdelikt gegeben sind, ist auch dann wegen Beihilfe zum Totschlag oder Mord zu bestrafen, wenn die von ihm unterstützten Haupttäter ihre Taten in einer Dimension getrieben haben, die von den Vorstellungen des Gehilfen nicht mehr erfasst war. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Urt. v. 16. 11. 2006 – 3 StR 139/06, NJW 2007, 384

### Zum Sachverhalt

Der Angekl. M schloss sich 1999 einem Kreis von Studenten muslimischen Glaubens an, der zunehmend radikaler in seinen Ansichten wurde. Zu diesem Kreis gehörten auch mehrere Attentäter der Anschläge vom 11. September 2001. Innerhalb dieser Gruppe wurde die Durchführung von Selbstmordattentaten gegen die USA geplant und letztlich auch durchgeführt. Zu diesem Zweck reisten die späteren Attentäter nach Afghanistan und trafen konkrete Vorbereitungen für die Durchführung von Selbstmordattentaten in den USA. Während deren Abwesenheit erledigte M teilweise die Post der Attentäter, um in Deutschland ihre Abwesenheit zu verschleiern. Außerdem wirkte M an der Bereitstellung von Geldmitteln mit, die zur Deckung der Kosten des Aufenthalts und der Pilotenausbildung der Vereinigungsmitglieder in den USA dienen sollten. Nach der Rückkehr der Attentäter wurden M die konkreten Pläne eines Teils der Täter des 11. September 2001 insoweit bekannt, als ihm mitgeteilt wurde, dass die zu Piloten ausgebildeten Gruppenmitglieder Flugzeuge unbekannter Art und Größe in ihre Gewalt und an noch zu bestimmenden Orten zum Absturz bringen sollten, um Menschen zu töten. Dies akzeptierte er. Näheres zu den mit der Al Qaida-Führung abgesprochenen Plänen wurde ihm nicht mitgeteilt. Er war daher insbesondere nicht darüber informiert, dass vier nahezu zeitgleiche Anschläge mit großen Verkehrsflugzeugen auf symbolträchtige Gebäude in den USA durchgeführt werden sollten. Am 11. September 2001 starben schließlich über 3000 Menschen in den getroffenen Gebäuden und 246 Menschen als Passagiere und Besatzungsmitglieder der entführten und zur Explosion gebrachten Flugzeuge. Vom Staatsschutzamt des OLG Hamburg war M deshalb nicht wegen Beihilfe zum



246-fachen Mord, sondern wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung verurteilt worden. Gegen diese Entscheidung wandte sich die Revision der Bundesanwaltschaft.

### Einführung in die Probleme

Die El Motassadeq-Entscheidung des für Staatsschutzsachen zuständigen 3. Strafsenats des BGH ist eine zeitlich-historisch beeindruckende Lektüre. Sie ist aber auch rechtlich facettenreich. Neben revisionsrechtlichen Fragen der Reichweite der Rügeobliegenheiten nach § 238 II StPO im Falle der Bejahung eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 I StPO durch den Vorsitzenden und inhaltlich interessanten, wenn auch nicht herausgehoben studienrelevanten Ausführungen zu § 129 StGB greift das umfangreiche Urteil auch ein Hauptproblem der Teilnahmelehre auf: die Anforderungen an die Beihilfehandlung und den Beihilfenvorsatz.

1. Als nahezu klassischen Streitstand kann man nämlich die Frage ansehen, inwieweit die Hilfeleistung des Teilnehmers für das Gelingen der Haupttat kausal sein muss<sup>1</sup>. Die Rechtsprechung und ein kleinerer Teil der Literatur lassen *jeden* Beitrag genügen, der die Haupttat fördert. Beihilfe sei daher jedes physische oder psychische Fördern, das die Rechtsgüterverletzung ermöglicht, erleichtert oder verstärkt<sup>2</sup>. Demgegenüber waret das wohl überwiegende Schrifttum mit zwei differenzierenden Lösungen auf. Eine restriktive Auslegung setzt die *kausale Mitverursachung* der Haupttat durch die Beihilfehandlung voraus<sup>3</sup>. Nach einer weiteren Auffassung ist bereits die bloße *Risikoerhöhung* für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut ausreichend<sup>4</sup>. Begründet werden diese unterschiedlichen Ansichten im Wesentlichen über ein divergierendes Verständnis des Strafgrundes der Teilnahme<sup>5</sup>.

2. Die zweite vom Senat zu klärende Frage war, inwieweit der Vorsatz des Teilnehmers bezüglich der Haupttat als Teil des „doppelten Gehilfenvorsatzes“ konkretisiert sein muss. Bezugspunkt ist dabei neben dem Vorsatz in Bezug auf die eigene Beihilfehandlung die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen<sup>6</sup>. Der Gehilfe muss nach der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur zur Erfüllung dieser Voraussetzung – anders als bei der Anstiftung – den wesentlichen Unrechtsgehalt der Tat erfassen<sup>7</sup>. Auch der BGH hat dafür bislang die Wendung gefunden, der Gehilfe müsse die „Dimension des Unrechts der ins Auge gefaßten Tat“<sup>8</sup> erkannt haben. Von dieser bislang ganz gebräuchlichen Wendung distanziert sich die vorliegende Entscheidung und will sie nurmehr als „beiläufig“ und nur *obiter dicta* gesprochen verstanden wissen. Spätestens dies sollte aufgehoben lassen.

### Prüfungsaufbau zu § 27 I StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (Grundsatz der limitierten Akzessorität)

b) Tathandlung: Hilfeleisten (Probleme: Wie?/Wann?).

##### 2. Subjektiver Tatbestand, d. h. doppelter Gehilfenvorsatz

a) Bezüglich der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Haupttat

b) Bezüglich der Teilnahmehandlung

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

### Darstellung und Analyse

Der 3. Senat des BGH folgt in seiner Entscheidung dem Revisionsantrag der Bundesanwaltschaft und ändert ohne Aufhebung und Zurückverweisung der Sache den Schuld-

spruch des *HansOLG Hamburg* dahingehend ab, dass *M* der Beihilfe zum 246-fachen Mord an den Insassen der am 11. September 2001 gekaperten Flugzeuge schuldig ist<sup>9</sup>.

1. Zunächst lägen die objektiven Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zu den Attentaten vor. Eine kausale Beziehung zum Eintritt des Erfolges sei nicht erforderlich. Die Gegenauffassungen des Schrifttums vermögen den Senat – was angesichts der langen Rechtsprechungstradition nicht unbedingt verwundert – nicht zu überzeugen. Erfreulicherweise erfolgt aber eine knappe inhaltliche Auseinandersetzung:

„Soweit im Schrifttum etwa eine Kausalbeziehung zwischen dem Tatbeitrag des Gehilfen und der Tatbestandsverwirklichung durch den Haupttäter gefordert wird, wird dies nahezu einhellig nicht dahin verstanden, dass das Tun des Teilnehmers adäquat oder äquivalent kausal für den isolierten konkreten Taterfolg als solchen geworden sein muss. Vielmehr soll es genügen, wenn der Beitrag des Gehilfen das konkrete Tatbild, also das zum Taterfolg hinführende Geschehen, zumindest bis in das Versuchsstadium hinein mitprägt“.

Dies stimme der Sache nach aber mit dem in der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernis überein, dass der Beitrag des Gehilfen das Herbeiführen des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv gefördert oder erleichtert haben muss. Diese Vereinnahmung einer konkurrierenden Auffassung durch den Senat ist zwar auf den ersten Blick konsensstehend, aber inhaltlich nicht überzeugend, denn das Gericht räumt selbst ausdrücklich ein, dass andere Sachverhaltsgestaltungen durchaus divergierende Ergebnisse zur Folge haben könnten. Damit würde aber im Ganzen die Abgrenzung zwischen der strafbaren vollendeten Beihilfe und der vom Gesetzgeber bewusst strafflos gehaltenen versuchten Beihilfe unklarer<sup>10</sup>. Auch die Rechtsfigur der (kausalen) Risikoerhöhung versucht der Senat in seine Konzeption zu integrieren:

„Dass derjenige, der das auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tun des Haupttäters objektiv fördert oder erleichtert, in aller Regel das Risiko der Tatvollendung erhöht, liegt auf der Hand“.

Das mag zutreffen. Indes muss sich der Senat auch hier mit dem vorsichtigen Zusatz „in aller Regel“ freizeichnen. Es steht zu erwarten, dass die Literatur sich gegen diese Vereinnahmungstendenzen mit scharfsinnigem Erfindungsreichtum zur Wehr setzen wird.

1 S. hierzu die instruktiven Darstellungen bei *Murmann*, JuS 1999, 548 (549 f.), und *Frister*, AT, 2006, 28/32 ff.

2 Für die Rspr. BGH, NJW 2000, 3010, sowie zu w. Nachw. *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 27 Rdnr. 8. und für die Lit. *Wessels/Beulke*, AT, 36. Aufl. (2006), Rdnr. 582.

3 *Joacks*, in: *MünchKommStGB*, 2003, § 27 Rdnr. 21 ff.; *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 2), § 27 Rdnr. 10.

4 *Raufr*, ZStW 97 (1985), 268 (284 f.); *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, 5. Aufl. (2003), § 12 Rdnr. 158.

5 Vgl. hierzu mit Darstellung der Auswirkungen auf die verschiedenen Ansichten bei *Kindhäuser*, AT, 2005, § 42 Rdnrn. 9 ff.; *Joacks*, StGB, 6. Aufl. (2005), § 27 Rdnrn. 7 ff.

6 *Joacks*, in: *MünchKommStGB* (o. Fußn. 3), § 27 Rdnrn. 75 ff.; *Frister* (o. Fußn. 3), 28/51 ff.; *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 2), § 27 Rdnr. 19.

7 Konzentrierte Darstellungen bei *Geppert*, Jura 1999, 266 (273); *Wessels/Beulke* (o. Fußn. 2), Rdnr. 584; *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. (2007), § 27 Rdnr. 8.

8 BGHS 42, 135 (139) = NJW 1996, 2517 = NStZ 1997, 272, für einen Fall der Beihilfe zum Betrug.

9 *M* wurde vom *HansOLG Hamburg*, das nur noch über das Strafmaß zu entscheiden hatte, am 8. 1. 2007 zur denkbar höchsten (vgl. §§ 27 II 2, 49 I Nr. 1 StGB) Freiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt.

10 Zu diesem Argument *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 2), § 27 Rdnr. 10; *Joacks*, in: *MünchKommStGB* (o. Fußn. 3), § 27 Rdnrn. 21 ff.; *Frister* (o. Fußn. 1), 28/32 ff.



2. Weiter habe *M* auch mit dem erforderlichen Gehilfenvorsatz gehandelt. Nach den tatrichterlichen Feststellungen wusste er, dass die vier zu Piloten ausgebildeten Mitglieder der Vereinigung in den USA Flugzeuge unbekannter Art und Größe in ihre Gewalt und zum Absturz bringen würden. Das reiche hin:

„Sein Gehilfenvorsatz richtete sich damit direkt auf die Tötung von Menschen, wobei er die Anzahl der Opfer zumindest billigend in Kauf nahm, die nach den ihm bekannten Umständen in Betracht kam; im Hinblick auf die vier zu Piloten ausgebildeten Attentäter waren dies die möglichen Insassen von vier Verkehrsflugzeugen jeder denkbaren Größe“.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien im subjektiven Tatbestand darüber hinaus keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen. Insbesondere bedürfe es – entgegen bisherigen Rechtsprechung, auch des entscheidenden *Senats* – keiner Kenntnis der Unrechtsdimension der tatsächlich ausgeführten Anschläge, denn

„das Maß des tatsächlich verwirkten Unrechts im Sinne der Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung oder der Zahl der durch den Tatbeitrag über die Vorstellung des Gehilfen hinaus geförderten weiteren Rechtsgutverletzungen ist kein Umstand der Tat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört und daher (s. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB) – zur Begründung des Schuldspruchs wegen Beihilfe – vom Gehilfenvorsatz umfasst sein muss“.

Soweit der *BGH* in vorangegangenen Entscheidungen die „Unrechtsdimension“ der Tat angesprochen habe, betreffe dies nicht die vorliegende Konstellation. Sie werde dadurch geprägt, dass die „Dimension des Unrechts“ durch die Zahl der getöteten Menschen gekennzeichnet werde:

„Ist jedoch das höchstpersönliche Rechtsgut des menschlichen Lebens betroffen, verbietet sich jede Betrachtung, die geeigneter wäre, dessen Schutz dadurch zu relativieren, dass das einzelne Menschenleben als unbedeutender Einzelposten gegenüber einem allein maßgeblichen ‚Gesamtnrechtsgehalt‘, einer ‚Gesamtnrechtsdimension‘ nicht mehr ins Gewicht fällt. Dies wäre aber der Fall, wenn ein Gehilfe, der durch seine Tatbeiträge bewusst die Tötung einer Vielzahl von Menschen (die Passagiere sowie die Besatzung der zum Absturz gebrachter Flugzeuge) gefördert hat und fördern wollte, nur deshalb nicht wegen Beihilfe zum vielfachen Totschlag oder Mord bestraft werden könnte, weil die von ihm unterstützten Haupttäter ihre Taten in eine Dimension gerieben haben, die von den Vorstellungen des Gehilfen nicht mehr erfasst war“.

Obgleich die Ausführungen zu Nichtquantifizierbarkeit menschlichen Lebens inhaltlich überzeugen und gerade im Kontext gewisser Tendenzen in der Strafrechtsdogmatik, Leben gegen Leben zu verrechnen<sup>11</sup>, ganz besonders begrüßenswert sind, ist die überraschende Abkehr von einem zumindest terminologisch bislang sicher geglaubten Proprium der Teilnahmehere problematisch. Was zukünftig etwa für Fälle aus dem Wirtschaftsstrafrecht zu gelten hat, in denen es nicht um das vom *Senat* absolut gesetzte Rechtsgut Leben geht, bleibt offen.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Trotz des zeitgeschichtlichen Ausnahmecharakters des zu Grunde liegenden Sachverhalts hat die vorliegende Entscheidung große Bedeutung im Hinblick auf die Entwicklung der Beihilfedogmatik. In der Ausbildung geht es bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten nicht selten um Konstellationen, in denen neben der Strafbarkeit des Haupttäters die Strafbarkeit eines Gehilfen zu prüfen ist, der von einer geringeren Opferzahl ausgegangen ist. Hier wirkt sich das mit der Entscheidung ausgesprochene „Quantifizierungsverbot“ unmittelbar aus. Für die Praxis bleibt vor allem zu hoffen, dass die Beurteilung derartiger Konstellationen durch die Strafgerichte die Ausnahme bleiben werde. Sicher können wir allerdings nicht sein.

Matthias Jahn

Zur Einführung: Geppert, Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura 1999, 266; Murmann, Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, 548.

11 Gegen solche Tendenzen eindrucksvoll – und im unmittelbaren zeitgeschichtlichen Kontext des 11. 9. 2001 – *BVerfGE* 115, 118 (154) = *NJW* 2006, 751 = *JuS* 2006, 448 (Saehs), zur Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftStG a. F.: „[Die Betroffenen] werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt“.

## 8. Strafrecht – Besonderer Teil

### Strafrechtliche Folgen des Stalkings

StGB §§ 229, 263.

1. Für die Annahme des Tatbestandes der Körperverletzung durch eine lediglich psychische Einwirkung, die nur das seelische Wohlbefinden berührt, ist ein somatisch objektivierbarer pathologischer Zustand als Folge der Einwirkung erforderlich.

2. Wer unter falschen Namen auftritt und von gutgläubigen Firmen Waren oder Dienstleistungen an eine Person liefern lässt, um diese Person zu belästigen, erstrebt aus dem geschädigten Vermögen der Firmen einen Vermögensvorteil für sich. (Leitsätze des Verfassers)

*BVerfG*, Beschl. v. 27. 9. 2006 – 2 *BvR* 1603/06, BeckRS 2006, 26177

### Zum Sachverhalt

Der Beschwerdeführer *B* bewohnt ein Mehrfamilienhaus. Weil er sich von seinem Nachbarn *N* belästigt fühle, besuchte er bei fünfundsiebzig Firmen unter dem Namen des *N* Waren und Dienstleistungen zur Lieferung an dessen Adresse. Der Nachbar erhielt daraufhin wiederholt Lieferungen, unter anderem von örtlichen Apotheken, Pizzadiensten und Getränkemarkten. Mehrmals sollte Heizöl geliefert werden, eine Lkw-Ladung Kies wurde angeliefert und auf dem Grundstück abgekippt, Mitarbeiter des Recyclinghofs wollten die Couch des *N* zur Entsorgung abholen und am frühen Abend klingelte der Sanitär-Norddienst wegen angeblich verstopfter Toiletten. Für *N* hatte dieser Stress gesundheitliche Folgen: Er musste sich wegen Unruhezuständen, Nervosität und Schlafstörungen über mehrere Monate ärztlich behandeln lassen und ein Psychopharmakon einnehmen. *AG* und *LG* verurteilten *B* wegen Betruges und fahrlässiger Körperverletzung zu einer Geldstrafe; die Revision blieb erfolglos. Daraufhin erhob er Verfassungsbeschwerde u. a. mit dem Vorbringen, seine Verurteilung durch die Strafgerichte verstoße gegen das Willkürverbot.

### Einführung in die Probleme

Der 1. *Kammer* des 2. *Senats* des *BVerfG* gab vorliegender Sachverhalt Gelegenheit, zu typischerweise im Kontext des sog. Stalkings auftauchenden materiell-rechtlichen Fragen Position zu beziehen. Unter diesem – mittlerweile eingedeutschten – Begriff versteht man Handlungen, durch die einer anderen Person fortwährend nachgestellt, aufgefauert oder auf andere Weise in ihren individuellen Lebensbereich eingegriffen wird<sup>1</sup>.

1 Vgl. BT-Dr 16/3641, S. 1. Ausführlicher zum Begriff, den Erscheinungsformen und zur bisherigen strafrechtlichen Relevanz *Freundberg*, NJ 2006, 535; *H. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249.



1. Zwar gibt es mit dem Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz), das bereits seit dem 2. 1. 2002 in Kraft ist, eine – auch strafbewehrte (§ 4 GewSchG) – Handhabe gegen sog. Stalker. Es setzt aber regelmäßig voraus, dass der Täter mit der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit zumindest gedroht hat und zudem einer auf Grund dieser Drohung erlassenen Anordnung zur Verhinderung ihrer Wiederholung zuwiderhandelt<sup>2</sup>. Deshalb wurde am 30. 11. 2006 vom Bundestag der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8. 2. 2006<sup>3</sup> mit einigen Tags zuvor vom Rechtsausschuss beschlossenen Modifikationen<sup>4</sup> angenommen und mit § 238 StGB ein Straftatbestand für vom Gesetzgeber als typische Stalking-Verhaltensweisen angesehene „beharrliche Nachstellungen“ verabschiedet. Strafbar ist danach gem. § 238 I Nr. 3 StGB u. a., wer „einem Menschen unbefugt nachstellt, in dem er beharrlich unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt ... und dadurch seine<sup>5</sup> Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt“.

Dass dieses Gesetz einige Auslegungsschwierigkeiten provozieren wird, liegt bei der Vielzahl der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe („beharrlich“, „missbräuchlich“, „schwerwiegend“) auf der Hand. Dies gilt übrigens in noch stärkerem Maße für die erst im Rechtsausschuss eingefügte Tatvariante Nr. 5, die auch demjenigen Strafe androht, der „eine andere vergleichbare Handlung vornimmt“. Man muss im Verfassungsrecht nicht besonders beschlagen sein, um das Spannungsverhältnis des § 238 I StGB mit Art. 103 II GG ausmachen zu können<sup>6</sup>.

2. Unabhängig von dem neu geschaffenen Straftatbestand war Stalking auch schon bislang als Problem des Besonderen Teils des StGB geläufig, wie nicht zuletzt der hier zu besprechende Beschluss belegt.

a) Dabei ging es zum einen um die Frage, ob auch bloß psychische Einwirkungen auf eine Person den Tatbestand der Körperverletzung gem. §§ 223 ff. StGB erfüllen können<sup>7</sup>. Festzuhalten ist zunächst, dass es unerheblich ist, ob es sich um eine vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung handelt, da der tatbestandliche Erfolg – das Vorliegen einer körperlichen Misshandlung oder einer Gesundheitsschädigung – bei § 223 I StGB und § 229 StGB identisch ist<sup>8</sup>. Unter *körperlicher Misshandlung* ist nach ganz h. M. jede üble, unangemessene Behandlung zu verstehen, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt<sup>9</sup>. *Gesundheitsschädigung* ist nach ebenfalls ganz herrschender Auffassung das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes<sup>10</sup>. Die Überlegungen im hier zu besprechenden Beschluss kreisen daher um die Frage, ob die „stalkingtypische“ bloße Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens für die Annahme einer Körperverletzung ausreicht. In der strafrechtlichen Literatur wird dies zu Recht verneint. Vielmehr muss als Folge der Störung des psychischen Wohlbefindens eine negative Auswirkung auf die *physische* Befindlichkeit vorliegen<sup>11</sup>.

b) Zum anderen war aus verfassungsrechtlicher Sicht zu entscheiden, ob die Auffassung der Strafgerichte, durch die Bestellungen im Namen des N sei der Tatbestand des Betruges erfüllt, willkürlich ist<sup>12</sup>. Auch dazu muss zunächst die einfach-rechtliche Lage untersucht werden. Der Schulfall dazu ist der verlassene Ex-Freund, der unter falschem Namen für seine ehemalige Freundin und ihren neuen Gefährten durch eine Druckerei einige Dutzend Karten anfertigen und dem Pärchen zusenden lässt, auf denen zur angeblich bevorstehen-

den Hochzeit der beiden eingeladen wird. Fraglich ist auch hier, ob das Erschleichen von Warenlieferungen zur Belästigung Dritter subjektiv von einer Bereicherungsabsicht i. S. von § 263 I StGB getragen wurde. Sie liegt dann vor, wenn der Täter dolus directus 1. Grades, also unbedingtes Wollen, bezogen auf eine Vermögensmehrung hat<sup>13</sup>. Nach einer Auffassung ist bei Konstellationen wie der hiesigen das erforderliche Erstreben eines Vermögensvorteils nicht gegeben, da es sich zu Lasten der zu Unrecht in Anspruch genommenen Dienste der jeweiligen Firmen um nichtwirtschaftliche Vorteile handele<sup>14</sup>. Dieser vermögensrechtlich neutrale, aber letztlich angestrebte „Mehrwert“ und damit Motive wie Rache, Eifersucht, gekränkte Eitelkeit usw. seien aber von § 263 I StGB nicht erfasst. Nach der entgegengesetzten Auffassung sei auch hier das Erstreben eines Vermögensvorteils anzunehmen. Der Täter lasse nämlich andere für sich arbeiten und nehme damit ohne Rechtsgrund geldwerte Leistungen in Anspruch<sup>15</sup>. Es komme daher nicht auf eine Vorteilsabsicht in Bezug auf die Waren, sehr wohl aber hinsichtlich der in der Herstellung und Lieferung liegenden Arbeitsleistung an. Dieser Ansatz ist freilich wenig überzeugend: Jene Leistungen sind nur notwendiges Mittel zur Zweckerreichung (also: dolus directus 2. Grades), nicht angestrebtes Endziel.

### Darstellung und Analyse

Die Kammer stellte fest, dass die Auslegung und Anwendung des „einfachen“ Rechts des StGB durch die Instanzgerichte nicht gegen Art. 3 I GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot verstoße. Ein solcher Verstoß kann nur dann vorliegen, wenn die den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde liegende Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Doch so liege es hier nicht:

1. Zunächst verstoße die Aufrechterhaltung der Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung nicht gegen das Willkürverbot. Die Tatgerichte hatten festgestellt, dass N durch

2. Instruktiv dazu *Pollähne*, *StraFo* 2006, 398; *Leis*, in: *JurisPK-BGB*, 3. Aufl. (2006), § 4 GewSchG Rdnr. 4.

3. BT-Dr 16/575.

4. BT-Dr 16/3641.

5. Gemeint ist natürlich: „dessen“.

6. *Zur. Freudenberg*, NJ 2006, 535 (538): „verfassungsrechtlich bedenklich, wenn nicht sogar verfassungswidrig“. Der Bundestags-Rechtsausschuss (BT-Dr 16/3641, S. 30) hat das antizipiert und den Aufgabestand des § 238 I Nr. 5 StGB – auch unter Hinweis auf die Regelung in § 315 h I Nr. 3 StGB – als „verfassungsrechtlich zulässige ... innerstaatliche Analogie“ ausgeklagt. Ob dieser „Begründungs“-Versuch den Strafgerichten, jedenfalls aber dem BVerfG ausreichen wird, ist eher zweifelhaft.

7. S. ausf. *Güssel/Dölling*, BT I, 2. Aufl. (2004), § 12 Rdnrn. 1ff.; *Rengier*, BT II, 7. Aufl. (2006), § 13 Rdnr. 10; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 223 Rdnr. 4.

8. Vgl. hierzu nur *Rengier* (o. Fußn. 7), § 19 Rdnr. 1.

9. *StrafRat* *Trindler/Fischer*, StGB, 54. Aufl. (2007), § 223 Rdnr. 3a.

10. *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 7), § 223 Rdnr. 5 m. w. Nachw.

11. Von *Rengier* (o. Fußn. 7), § 13 Rdnr. 10, wird etwa das Hervorrufen von Ekel, Angst oder Schlafstörungen genannt, die den Tatbestand nach nicht zu erfüllen geeignet sind. S. auch *H. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (261 f.); *Krey/Heinrich*, BT I, 13. Aufl. (2005), Rdnrn. 189 ff.; *Güssel/Dölling* (o. Fußn. 7), § 12 Rdnr. 9.

12. Zur Anwendung der sog. Heck'schen Formel im Strafrecht – *Karl Heck* war der Berichterstatter im wegweisenden Verfahren BVerfGE 18, 85 = NJW 1964, 1715 – vgl. *Niemöller*, in: *Umbach/Clamans/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. (2005), Epl. VI Rdnrn. 40 ff., sowie eingehend *Allweldt*, BVerfGG und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 92 ff.

13. *Joehs*, StGB, 6. Aufl. (2005), § 263 Rdnr. 115; *Kinhäuser*, BT II, § 27 Rdnrn. 92 ff.

14. *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fußn. 7), § 263 Rdnr. 167; *Joehs* (o. Fußn. 13), § 263 Rdnr. 117.

15. Vgl. *BayObLG* JZ 1972, 25, m. abl. Anm. *Schröder* und *Bespr. Herzberg*, JuS 1972, 185 (189 f.), sowie *Maurach/Schroeder/Maiswald*, BT I, 9. Aufl. (2003), § 41 Rdnr. 136.



das Tatgeschehen so massiv in Angst und Schrecken versetzt worden sei, dass sich bei ihm Unruhezustände, Nervosität und Schlafstörungen einstellten. Insgesamt habe sich der Gesundheitszustand des N so verschlechtert, dass dieser sich in ärztliche Behandlung begeben und über mehrere Monate mit einem Psychopharmakon behandelt werden musste. Daraus folgert das Gericht zu Recht:

„Nach diesen Feststellungen war der Geschädigte durch das Tatgeschehen nicht nur in seinem seelischen, sondern auch in seinem körperlichen Wohlbefinden beeinträchtigt. Der Vortrag des Bf., die Tatgerichte hätten eine Körperverletzung allein aufgrund der eingetretenen Schlafstörungen angenommen, geht fehl. Mit der Verschlechterung des Gesundheitszustands des Geschädigten über einen längeren Zeitraum, die einer medikamentösen Behandlung bedurfte, ist die Steigerung eines pathologischen Zustands festgestellt, den die Tatgerichte in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als Körperverletzung würdigen konnten“.

Die Kammer akzeptiert damit im Ergebnis die vorherrschende Auslegung der §§ 223 ff. StGB durch die Strafgerichte und sieht in ihr keinen Verfassungsverstoß.

2. Gleichfalls stelle auch die Bejahung der Bereicherungsabsicht bezüglich des Betrugs keinen Verstoß gegen das Willkürverbot dar:

„Eine Verletzung des Willkürverbots liegt auch nicht darin, dass das RevGer. die Auffassung des LG nicht beanstandete, eine betrügerische Bereicherungsabsicht sei gegeben, weil es dem Beschwerdeführer für die Verwirklichung seines Tatplans auf die Zusage der Gegenleistung durch die beauftragten Unternehmen und darauf, diese für sich arbeiten zu lassen, ankam. Das Landgericht schloss sich damit ausdrücklich einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts an ... mit der es sich kritisch auseinandersetzte. Sachwidrige Erwägungen lässt diese Auseinandersetzung nicht erkennen“.

Auch hier gilt damit als verfassungsprozessuale Regelvermutung: Ist eine Auslegung vertretbar begründet und wird sie zudem auch noch in der Fachgerichtsbarkeit tatsächlich vertreten, liegt ein Verstoß gegen das Willkürverbot eher fern. Ob die Bejahung der Bereicherungsabsicht daher einfach-rechtlich zutrifft – was, wie oben gezeigt, sehr zweifelhaft ist –, ist verfassungsrechtlich bedeutungslos.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der Entscheidung des BVerfG ist deshalb beizupflichten<sup>16</sup>. Ob sie für die Behandlung zukünftiger Fälle herausragende Bedeutung erlangen wird, ist fraglich. Dies liegt nicht daran, dass alltagsterroristische Handlungen der vorliegenden Art nicht unvermindert stattfinden. Vielmehr dürfte § 238 I StGB trotz seiner Konzeption als Anfangtatbestand in nächster Zeit in das Zentrum dogmatischen – und besonders auch verfassungsrechtlichen – Interesses rücken. Dennoch sollten auch nach dessen In-Kraft-Treten weder der Praktiker noch der in der Ausbildung befindliche Jurist die hier dargestellten Tatbestände bei der Fallbearbeitung einfach „unterschlagen“.

Matthias Jahn

Zur Vertiefung: F. Meyer, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im dt. Recht, ZStW 115 (2003), 249; Herzberg, Eingehungsbetrug und Vorteilsabsicht beim Erschleichen von Warenlieferungen zur Belästigung Dritter – BayObLG, JZ 1972, 25, JuS 1972, 185.

Zur Einarbeitung: Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319 (in diesem Heft).

## 9. Bürgerliches Recht – Schenkung

Rückgewähr eines Geschenks wegen Notbedarfs

BGB §§ 528 I, 406; ZPO § 852 II; SGB VIII § 95

1. Der Anspruch auf Rückgewähr des Geschenks wegen Notbedarfs setzt nur voraus, dass die Schenkung überhaupt vollzogen ist und dass der Schenker nach Abschluss des Schenkungsvertrags außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die in § 528 I BGB genannten Unterhaltungspflichten zu erfüllen. Es kommt nicht darauf an, ob der Notbedarf vor oder nach Vollziehung der Schenkung entstanden ist.

2. Sofern das Geschenk werthaltig ist, wird der Rückgewähranspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schenker das Geschenk zeitweise jedenfalls nicht ohne weiteres zur Unterhaltssicherung verwenden kann.

3. Der Rückgewähranspruch ist nur unter den Voraussetzungen des § 852 II ZPO der Pfändung nicht unterworfen.

4. Die Kenntnis der Überleitungsvoraussetzungen steht der Aufrechnung des Beschenkten gegenüber dem Sozial- oder Jugendhilfeträger mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Schenker nicht entgegen, wenn der Gegenanspruch entstanden ist, bevor der Beschenkte Kenntnis von der Überleitungsanzeige erhalten hat.

BGH, Urt. v. 7. 11. 2006 – X ZR 184/04, NJW 2007, 60

#### Zum Sachverhalt

Die kl. Stadt nimmt den Bekl. aus übergeleitetem Recht auf Herausgabe einer Schenkung wegen Notbedarfs in Anspruch. Das Jugendamt der Kl. hat den Sohn des Bekl. im Rahmen der Hilfe für junge Volljährige in einem Kinder- und Jugendwohnheim in Hessen untergebracht und hierfür 26 972,98 DM aufgewendet. Der gerade volljährig gewordene Sohn des Bekl. hatte durch notariellen Vertrag zwei Grundstücke, die ihm schenkweise von seiner Großmutter zugewandt worden waren, „ohne weitere Gegenleistung“ auf den Bekl. übertragen. Die Kl. hat einen angeblichen Rückgewähranspruch des Sohnes des Bekl. wegen Notbedarfs auf sich übergeleitet und nimmt den Bekl. auf Zahlung von 13 637,56 Euro in Anspruch. Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt und hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen den Sohn erklärt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat ihr stattgegeben. Die Revision führt zur teilweisen Klageabweisung und im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### Einführung in die Probleme

Die Rede ist von der Schenkungsrückforderung wegen Notbedarfs (§ 528 BGB). Nach § 528 BGB kann der Schenker die Leistung zurückverlangen, soweit er nach der Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen<sup>1</sup>. Anfänger stellen sich die Praxis zu dieser Bestimmung etwa folgendermaßen vor: Der Grundstücksschenker verarmt, weil die zurückbehaltenen Aktien sinken. Um nicht am Hungertuch zu nagen, verlangt er Rückgabe des Grundstücks. Praktisch näher liegt schon der folgende Anwendungsfall: Um Erbschaftsteuer zu sparen, haben die Eltern alle zehn Jahre große Vermögensteile an ihre Kinder verschenkt, nicht ahnend, dass sie 90 Jahre alt werden und wie teuer das hohe Alter ist. Die Mehrzahl der praktischen Fälle hat aber, wie erfahrene JuS-Leser wissen<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Dazu ausf. Seyfarth, Schenkungsrückforderung wegen Notbedarfs, Diss. Tübingen 1998; Zaruski, Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers, Diss. München 1998.

<sup>2</sup> BGR, JuS 2001, 708 Nr. 6; JuS 2001, 917 Nr. 7; JuS 2003, 1115 Nr. 3; JuS 2004, 39 Nr. 1; JuS 2005, Nr. 37; JuS 2006, 741 Nr. 8.

<sup>16</sup> Krit. anzumerken ist allein, dass ohne den Inhalt der dazugehörigen Pressemitteilung (Nr. 47/2006) der Beschluss kaum zu erfassen ist.

„Nach § 66 I ZPO kann ein Dritter, der ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten. Dabei ist der Begriff des Rechtsstreits nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift weit auszulegen; denn die Nebenintervention soll, wie das BeschwGer. zu Recht hervorgehoben hat, dem Dritten die Möglichkeit geben, seine Rechte, die durch ein Streitverfahren zwischen anderen Personen berührt sein können, umfassend wahrzunehmen ...; die Interessen der unterstützten Partei bleiben dadurch gewahrt, dass die Erklärungen und Handlungen des Nebenintervenienten nicht in Widerspruch zu denjenigen der Hauptpartei stehen dürfen (§ 67 Halbs. 2 ZPO). Unrätigkeit der Hauptpartei stellt kein Hindernis für eigene Prozesshandlungen des Nebenintervenienten dar; deshalb darf der Nebenintervenient Prozesshandlungen so lange vornehmen, wie sich ein – ausdrücklich erklärter oder aus dem Gesamtverhalten im Prozess zu entnehmender – entgegenstehender Wille der Hauptpartei nicht feststellen lässt (Musselak/Weth, § 67 Rdnr. 9). Demgegenüber muss das Interesse der Ast., im Mahnverfahren schnell und kostengünstig einen Titel zu erlangen, zurücktreten. Von einer Unvereinbarkeit der Nebenintervention mit dem Wesen des Mahnverfahrens kann daher nicht gesprochen werden (entgegen Stein/Jonas/Bork, § 66 Rdnr. 6c)“.

2. Bis hierher hatte das LG als BeschwGer. dieselbe Meinung vertreten. Es hatte die Nebenintervention aber als unzulässig angesehen, weil das in § 66 I ZPO geforderte rechtliche Interesse des Nebenintervenienten fehle. Der Senat stellt zunächst fest, dass das AG nicht befugt war, das allgemeine Rechtsschutzinteresse des Nebenintervenienten zu prüfen<sup>3</sup>:

„Bei der Nebenintervention beschränkt sich die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung ... auf die persönlichen Prozesshandlungsvoraussetzungen, also darauf, ob Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit gegeben sind; insoweit bestehen hier keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Nebenintervention. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen, die sich auf den Prozessgegenstand beziehen, sind dagegen nicht von Amts wegen zu prüfen, weil der Nebenintervenient lediglich in einen fremden Prozess eintritt und seine etwaigen Ansprüche nicht rechtshängig und nicht entschieden werden (Stein/Jonas/Bork, § 66 Rdnr. 25). Die besonderen Voraussetzungen der Nebenintervention werden nur auf Antrag einer Hauptpartei und nur im Verfahren nach § 71 ZPO – nach mündlicher Verhandlung – geprüft“.

Aber auch das in § 66 ZPO speziell geforderte rechtliche Interesse des Nebenintervenienten am Ausgang des Rechtsstreits ist, wie der Senat klarstellt, nicht Gegenstand einer Amtsprüfung durch das Prozessgericht:

„Diese Voraussetzung ist jedoch, was das BeschwGer. verkannt hat, ausschließlich auf Antrag einer Partei und im Verfahren nach § 71 ZPO zu prüfen; das gilt auch für die unmittelbar damit zusammenhängende Frage, ob die von einem Dritten erklärte Nebenintervention rechtsmissbräuchlich ist, was das BeschwGer. für den vorliegenden Fall angenommen hat. Die Durchführung eines Zwischenstreits über die Nebenintervention hat bislang aber keine der Parteien beantragt. Auch der Stellungnahme der Ast. im Beschwerdeverfahren lässt sich ein Antrag auf Prüfung des rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten oder auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht entnehmen; sie beschränkt sich auf kurze Ausführungen zur vermeintlichen Unvereinbarkeit der Nebenintervention mit dem Mahnverfahren“.

3. Der dritte Leitsatz ergibt sich ganz einfach aus § 71 III ZPO<sup>4</sup>: Solange es an einer wirksamen Zurückweisung der Nebenintervention fehlt, hat der Bf. gem. § 71 III ZPO die Stellung und die Befugnisse eines Nebenintervenienten.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

1. Im Studium und im ersten Examen müssen die Grundzüge der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit bekannt und verstanden sein. Die Bedeutung des § 71 ZPO ist Stoff in der zweiten Staatsprüfung.

2. Die Richtigkeit der Entscheidung ergibt sich aus dem Gesetz. Für die Praxis besteht die Bedeutung des § 71 ZPO darin, dass die Parteien eine Nebenintervention nur abwehren können, indem sie einen Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention anstrengen.

Karsten Schmidt

Zur Vertiefung: *Servarius*, Die zivilprozessuale Nebenintervention, JA 2000, 690; *Windel*, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 1992.

3 So z. B. auch *Schilken* (o. Fußn. 1), Rdnr. 696; *Stein/Jonas/Bork* (o. Fußn. 1), § 66 Rdnr. 25.

4 Vgl. dazu etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (o. Fußn. 1), § 50 Rdnr. 27; *Schilken* (o. Fußn. 1), Rdnr. 696.

## 13. Strafprozessrecht

### Übertragung der Verteidigung auf den Stationsreferendar

StPO § 139; GG Art. 103 I

1. Bei Einhaltung der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Verteidiger und Mandant kann der Verteidiger die Verteidigung einem Dritten, insbesondere auch einem geeigneten (Stations-)Referendar, übertragen.

2. Einen solchen Referendar darf das Gericht im Bußgeldverfahren nicht ohne triftigen Grund als „ungeeignet“ zurückweisen.

3. Die Zustimmung zur Übertragung seitens des Angeklagten muss dem Gericht gegenüber nicht förmlich nachgewiesen werden.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 24. 8. 2005 – Ss 213/05. BeckRS 2006, 06839

#### Zum Sachverhalt

Gegen den Betroffenen B wurde durch Bußgeldbescheid eine Geldbuße wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit festgesetzt. Dagegen erhob B Einspruch. Mit Beschluss des AG wurde B vom persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden. Im Termin erschien lediglich die Rechtsreferendarin R, die ihre Untervollmacht öffentlich versicherte und die schriftliche Prozessvollmacht des Verteidigers V zur Akte reichte. Diese Prozessvollmacht umfasste insbesondere auch die Befugnis, Untervollmacht zu erteilen. Die schriftliche Untervollmacht für R wurde dem Gericht vor Beginn der Hauptverhandlung aus dem Büro des V per Telefax übermittelt. Vor Beginn der Hauptverhandlung hat der Vorsitzende die R gebeten, die Möglichkeit der Rücknahme des Einspruchs mit dem Büro des V abzusprechen. Die R versicherte in der Hauptverhandlung, mit der Zustimmung des B dessen Interessen wahrzunehmen. Ausweislich des Protokolls der Hauptverhandlung wurde R vom Gericht nicht zur Ergänzung oder Erläuterung dieser Zustimmung aufgefordert. Mit der Begründung, R sei keine nach § 73 III OWiG i. V. mit § 139 StPO geeignete Vertreterin, verwarf das AG den Einspruch des B unmittelbar nach Eröffnung der Hauptverhandlung gem. § 74 II OWiG. Gegen diese Entscheidung wurde Rechtsbeschwerde zum OLG gem. § 80 OWiG erhoben.

#### Einführung in die Probleme

Der Fall, der trotz der etwas ungewohnten „Einkleidung“ aus dem OWi-Verfahren unmittelbar für das Strafprozessrecht von Bedeutung ist, veranschaulicht die Nöte, in die der Rechtsreferendar als Strafverteidiger kommen kann. § 139 StPO erlaubt die Übertragung der Verteidigung durch den gewählten (also nicht den Pflicht-)Verteidiger auf einen „Rechtskundigen, der die erste Prüfung für den Justizdienst bestanden hat und darin seit mindestens einem Jahr und



drei Monaten beschäftigt ist“, soweit der Angeklagte zustimmt. Diese Zustimmung kann grundsätzlich formfrei erteilt werden. Die hier besprochene Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob sie dem Gericht gegenüber auch förmlich nachgewiesen werden muss, obwohl das Gesetz dies nicht (ausdrücklich) anordnet.

Liegen die Voraussetzungen vor, werden dem Referendar vollgültige Verteidigerrechte verschafft<sup>1</sup>. Dessen ungeachtet ist es insbesondere im amtsgerichtlichen Verfahren nicht ganz selten, dass der Referendar entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung als Verteidiger zweiter Klasse behandelt wird. Solchen Tendenzen schiebt das OLG Oldenburg hier mit erfreulicher Klarheit einen Riegel vor. Dieses Signal ist um so wichtiger, als die beständige Verkürzung des Referendariats dazu geführt hat, dass die Regelung in § 139 StPO heute immer seltener genutzt wird<sup>2</sup>. Dabei hat sie ihren guten Sinn: Sie soll dem Stationsreferendar die Möglichkeit zur praktischen Anwendung seiner rechtlichen Kenntnisse im Rahmen einer Strafverteidigung ermöglichen.

### Darstellung und Analyse

Der Senat des OLG Oldenburg hat die Entscheidung des AG mit angemessen knapper Begründung aufgehoben. Auf Grund der fehlerhaften Zurückweisung der wirksam unterbevollmächtigten R sei der Anspruch des B auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG verletzt worden<sup>3</sup>:

„Durch die Nichtanerkennung der R als in Untervollmacht handelnde Vertreterin hat das Gericht nicht nur unter Verletzung einfachen Rechts den Einspruch nach § 74 II OWiG verworfen, sondern es damit insgesamt vereitelt, dass der vom persönlichen Erscheinen entbundene B überhaupt den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG wahrnehmen konnte“.

Der Senat stellt weiter fest, dass das AG sich durch die Verwerfung des Einspruchs widersprüchlich verhalten habe. Aus der Bitte gegenüber der R vor Beginn der Hauptverhandlung, die Möglichkeit der Rücknahme des Einspruchs mit dem Büro des V telefonisch abzusprechen, lasse sich schließen, dass

„das Gericht bis zu diesem Zeitpunkt trotz des Hinweises auf § 139 StPO keine durchgreifenden Zweifel daran hatte, dass die R mit der Zustimmung des B zum Hauptverhandlungstermin erschienen war und zur Sache verhandeln und Anträge stellen sollte“.

Damit habe sich das Gericht auch in Widerspruch zum eigenen vorprozessualen Verhalten gesetzt, wodurch der Verstoß gegen Art. 103 I GG umso schwerer wiege.

Die Auffassung des OLG überzeugt ohne Weiteres. Die Zustimmung betrifft das Verhältnis zwischen Verteidiger und Mandant, so dass ein Nachweis dem Gericht gegenüber entbehrlich ist<sup>4</sup>. Dass ihn das AG trotzdem gefordert hat, mag sich aus dem Verfahrensgeschehen erklären: Als sich R der schon vorprozessual angeregten Einspruchsrücknahme offenbar hartnäckig verweigerte, beantwortete der Vorsitzende dies kurzerhand mit einer sehr eigenwilligen Interpretation des § 139 StPO.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Ob dem Betroffenen im Bußgeld- oder dem Angeklagten im Strafverfahren immer damit gedient ist, sich durch einen Rechtsreferendar verteidigen zu lassen, soll an dieser Stelle nicht geklärt werden<sup>5</sup>. Vorteilhaft ist dies in jedem Fall für den Referendar, da er neben dem üblichen Sitzungsdienst bei der Staatsanwaltschaft auch das Geschäft des Strafverteidi-

gers kennen lernt<sup>6</sup>. Dass es zu diesem Geschäft auch gehört, mit eigenwilligen Vorsitzenden verhandeln zu müssen, illustriert der hier besprochene Fall aus der Kategorie „nicht zur Nachahmung empfohlen“.

Matthias Jahn

Zur Vertiefung: Peter, Der Rechtsreferendar als Strafverteidiger, JuS 1991, 140; Dünnebier, Anwaltsreferendare als Strafverteidiger, JR 1973, 367.

- 1 Lüderssen, in: Lüwag/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (2002), § 139 Rdnr. 12; Laufhütte, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), § 139 Rdnr. 4; Meyer-Gößner, StPO, 48. Aufl. (2005), § 139 StPO Rdnr. 6.
- 2 Die Beschäftigungszeit war von ursprünglich zwei Jahren bereits durch Verordnung vom 1. 6. 1920 auf ein Jahr und drei Monate herabgesetzt worden und ist – unverständlicherweise – seither unverändert geblieben, vgl. Lüderssen (o. Fußn. 1), § 139 Vorb. Rdnr. 1.
- 3 Zum Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör Bouliko, StrafProzR, 8. Aufl. (2005), Rdnr. 30, 120.
- 4 Lüderssen (o. Fußn. 1), § 139 Rdnr. 10. Eine andere Frage ist, ob die Zustimmung des Mandanten bereits formularmäßig in der Strafprozessvollmacht erteilt werden kann. Während dies in einer älteren Entscheidung des KG (JH 1972, 106; zust. Peter, JuS 1991, 140) mit paternalistischer Grundtendenz abgelehnt wird, hat die h. M. keine Bedenken gegen dieses Verfahren (vgl. Jahn/Kett-Straub, StV 2006, 601 [602 m. w. Nachw.]).
- 5 Dazu Peter, JuS 1991, 140 (142 f.).
- 6 Zum Sitzungsdienst der Referendare bei der Staatsanwaltschaft Lenz, JuS 1992, 419; Reinhard, JuS 2002, 169.

### 14. Öffentliches Recht – Steuerverfassungsrecht

Belastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer als Eingriff in vermögenswerte Rechtspositionen; keine Geltung des sog. Halbtteilungsgrundsatzes für die Belastung mit Einkommen- und Gewerbesteuer

GG Art. 2 I, 14 I, II, 19 IV, 20 III, 106 III 4 Nr. 2; BVerfGG § 31; EStG §§ 15, 32 a; EStG a. F. § 32 c; GewStG § 16

1. Einkommen- und Gewerbesteuer sind als Beeinträchtigung konkreter subjektiver Rechtspositionen im Sinne der Eigentums-garantie des Art. 14 I 1 GG zu qualifizieren.

2. Aus Art. 14 I 1 und II 2 GG lässt sich keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsbergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung („Halbtteilungsgrundsatz“) ableiten. (Leitsätze des Bearbeiters)

BVerfG, Beschl. v. 18. 1. 2006 – 2 BvR 2194/99, NJW 2006, 1191

#### Zum Sachverhalt

Die Bf. wurden im Streitjahr 1994 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Gesamtbetrag ihrer Einkünfte (§ 2 III EStG) betrug 648.595 DM. Bei der Ermittlung der gewerblichen Einkünfte (§ 15 EStG) wurde Gewerbesteueraufwand i. H. von 113.170 DM als Betriebsausgabe abgezogen. Nach weiteren Abzügen lag das zu versteuernde Einkommen (§ 2 V EStG) bei 622.878 DM. Nach Berücksichtigung des Entlastungsbetrages für gewerbliche Einkünfte (§ 32 c EStG a. F.) i. H. von 24.156 DM setzte das Finanzamt mit Bescheid vom 11. 1. 1996 die Einkommensteuer der Bf. für 1994 auf 260.262 DM fest. Ebenfalls mit Bescheid vom 11. 1. 1996 setzte das Finanzamt gegenüber dem Bf., der Inhaber eines Gewerbebetriebes ist, einen einheitlichen Gewerbesteuermessbetrag i. H. von 28.933 DM fest, von dem 28.505 DM auf den Gewerbeertrag und 428 DM auf das Gewerkekapi-tal entfielen. Auf der Grundlage des Messbetrages setzte die Gemeinde unter Anwendung ihres Hebesatzes i. H. von 390 v. H. mit Bescheid vom 12. 1. 1996 die Gewerbesteuer-schuld des Bf. i. H. von 112.836 DM fest. Einspruch und Klage der Bf. blieben erfolglos<sup>1</sup>. Der BFH hat die zugelas-

1 Vgl. FG Düsseldorf, EFG 1998, 378.

men des § 254 BGB und des § 9 StVG anzuwenden sei, worin gerade der Hauptzweck der Reform gelegen habe.

Volker Emmerich

Zur Vertiefung: *Cahn*, Einf. in das neue SchadensersatzR, 2003; *Chr. Huber*, Das neue SchadensersatzR, 2003; *Pardey*, Reichweite des Haftungsprivilegs von Kindern im Straßenverkehr, DAR 2004, 499.

## 9. Keine zwangsweise Durchsetzung des Umgangsrechts der Mutter gegenüber dem Kind

BGB § 1684

Bei Weigerung des Kindes, mit einem Elternteil Umgang zu pflegen, kann es angezeigt sein, diesen gerichtlich anzuordnen, aber von (Androhung von) Zwang abzusehen.

AG Frankfurt a. M., Beschl. v. 6. 8. 2004 – 35 F 11 260/03-65

### Zum Sachverhalt:

Die Ast. wünscht als Mutter ihrer nicht bei ihr, sondern bei dem sorgeberechtigten Vater lebenden Tochter S regelmäßigen Umgang gem. § 1684 BGB. Die S weigert sich mit erkläraren Gründen, wie ein dazu im Verfahren erhobenes Sachverständigengutachten ergibt. Diese Gründe liegen in der Vergangenheit und betreffen wohl den Abbruch der Beziehungen des Kindes zu seiner Mutter in der Zeit der Trennung der beiden Elternteile. Das Gutachten bewertet diese Gründe und die Weigerung des Kindes als „Verhalten der emotionalen Distanzierung und Vermeidung von Nähe als Bewältigungsstrategie eines immer wieder drohenden Beziehungsabbruchs“. Das Gutachten hält das Kindesverhalten, das durch den Vater nicht gestützt oder gefördert wird, für therapierbar, sieht in Durchsetzung des Umgangs mit Mitteln staatlichen Zwangs indes kein geeignetes Mittel der allmählichen Problemlösung. Eine Entscheidung in der Sache durch das Gericht ist von der Ast. indes gleichwohl beantragt geblieben.

### Einführung in die Probleme

Der kleine Beschluss des AG-FamG soll hier zwecks Veranschaulichung familiengerichtlicher Praxis beleuchtet werden. Es geht um das Umgangsrecht des nach Trennung oder Scheidung von Elternteilen, mit der die Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil verbunden worden ist, nicht mehr sorgeberechtigten Elternteils. Das ist hier die Mutter und Ast., der gem. § 1684 BGB das „Umgangsrecht“ zusteht<sup>1</sup>. Dieses Recht ist eine familienrechtliche Rechtsposition, die in Art. 6 GG wurzelt und nach überwiegender Meinung ein „absolutes Recht“, ähnlich dem elterlichen Sorgerecht, auf jeden Fall aber ein durchsetzbares Recht (gegenüber dem anderen Elternteil, gegebenenfalls auch gegenüber dem Kind) darstellt<sup>2</sup>. Also kann das Umgangsrecht per gerichtlicher Entscheidung zuerkannt werden, nicht zuletzt zu diesem Zweck ist es in seiner heutigen, ausgebauten Form in §§ 1684, 1685 BGB im Gesetz enthalten. Entscheidungen, die das Umgangsrecht im Einzelnen ausgestalten, sind im Grundsatz auch durchsetzbar und mit Einschaltung von Gerichtsvollzieher und Polizei und grundsätzlich auch mit den Zwangsmitteln des für die Familienbeziehungen einsetzbaren Verfahrensrechts vollstreckbar (z. B. gegenüber dem den Umgang verweigenden oder sabotierenden anderen Elternteil). Staatlicher Zwang ist in diffizilen Situationen wie dann, wenn das Kind aus einer psychisch schwierigen Lage heraus sich gegen Mißwirkung sperrt, nicht aber unbedingt hilfreich, um eine vorsichtige Formulierung zu benutzen. Wie dann verfahren werden kann, macht die Entscheidung deutlich.

### Darstellung und Analyse

Ausgangspunkt der Entscheidung ist die klare Erkenntnis nicht nur des Gerichts, sondern auch der Ast., des Vaters und

der Gutachterin, dass der Mutter hier von Rechts wegen das Umgangsrecht zusteht. Die für § 1684 BGB erforderliche Sachlage ist gegeben, Gründe in der Person oder im Verhalten der Mutter, die dazu führen könnten, ihr das Recht abzusprechen, gibt es nicht<sup>3</sup>. Die Durchführung des Umgangs scheitert hier daran, dass einerseits das Kind (S) nicht will und dafür seine psychologisch erkläraren Gründe hat und anführt, die Mutter andererseits sich mit einem „begleiteten“ Umgang (im Beisein sachverständiger Hilfspersonen), den sie als Abwertung ihrer Person betrachtet, nicht einverstanden erklären kann. Eine solche Situation kann in der zutreffenden Sicht des FamG nicht zu einer das Umgangsrecht der Mutter verneinenden Entscheidung führen. Es meint dazu wörtlich:

„Die Problematik, dass ein solcher Umgang, nämlich dass S regelmäßig eine Zeilang allein mit der Mutter zusammen sein kann, nicht stauffinder, ist nicht – darin folgt das Gericht der überzeugenden Feststellungen der Gutachterin – auf ein irgendwie geartetes Fehlverhalten oder „Unnützlichsein“ der Mutter zurückzuführen, sondern einzig auf die klare und unmissverständliche Verweigerung Ss eines solchen Umgangs. Diese Weigerung kann nicht zur Folge haben, dass der Mutter das menschliche, elterliche und auch gesetzlich zustehende Recht, Umgang mit ihrem Kind zu haben, per Gerichtsentcheid abgesprochen wird. Es steht ihr zu“.

Ergebnis des Gerichts ist dann, dass es in seiner Entscheidung das Recht der Mutter, „mit S in regelmäßigen Abständen im üblichen Umfang allein zusammen zu sein“, feststellt, um dann aber auch schon im Tenor festzuhalten, dass der „Vollzug ausgeschlossen“ sei. So kann man in solcher Situation verfahren.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Bedeutung der Entscheidung liegt darin, dass sie ein Praxisbeispiel für die Handhabung schwieriger Eltern-Kind-Beziehungen ist. Als solches kann es auch für die Ausbildung im Familienrecht das „Umgangsrecht“ und insbesondere die Grenzen von dessen Durchsetzung illustrieren.

Gerhard Hohloch

Zur Einarbeitung: Z. B. *Hohloch*, FamR, 2002, Rdurn. 904, 905; *Motzer*, Das Umgangsrecht in der gerichtlichen Praxis seit der Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 2000, 925.

Zur Vertiefung: Z. B. *Hohloch*, Schadensersatz bei Verletzung des Umgangsrechts? – Zu den Rechtsgrundlagen und zum Umfang –. FF 2004, 202.

1. Einführend z. B. *Hohloch*, FamR, 2002, Rdurn. 904 ff. für Einzelfälle ist zu den Kommentaren zu greifen, s. z. B. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 64. Aufl., 2003, § 1684 Rdnrn. 1 ff.

2. Dazu s. mit amfänglichen Nachw. zur Rspr. und Lit. *Hohloch*, FF 2004, 202.

3. S. Jazu § 1684 IV BGB: zur verfahrens- und vollstreckungsrechtlichen Behandlung s. die Rspr. Beispiele bei *Palandt/Diederichsen* w. FamR. 0, § 1684 Rdurn. 29 ff., 39 ff.

## 10. Strafrecht – Allgemeiner Teil: Nötigung und Nothilfe

Strafbarkeit der Androhung von Rettungs- „Folter“ gegenüber dem Entführer eines Kindes – „Fall Daschner“

StGB §§ 32, 34, 240, 357; StPO § 136a; GG Art. 1 I, 2 II, 104 I 2; EMRK Art. 3

1. Die Androhung der Ausübung von unmittelbarem Zwang zur Erzwingung einer Auskunft über den Aufenthaltsort eines an seinem Leben bedrohten Opfers kann grundsätzlich selbst dann



nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt sein, wenn der unmittelbare Zwang ohne Zufügung von Verletzungen und unter ärztlicher Aufsicht erfolgen soll.

2. Selbst soweit von diesem Grundsatz in extremen Fällen eine Ausnahme gemacht werden sollte, sind an die Erforderlichkeit der Rettungshandlung besonders strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist diese noch nicht schon deswegen zu bejahen, weil das Opfer sich möglicherweise in akuter Lebensgefahr befindet und der Entführer die Polizei schon über längere Zeit hinweg mit irreführenden Angaben hingehalten hat sowie aktuell keine Anstalten macht, den Aufenthaltsort des Opfers preiszugeben; vielmehr müssen vorrangig noch andere denkbare Befragungsmethoden „ausprobiert“ werden (z. B. Konfrontation mit den Angehörigen des Opfers), bei denen die auch nur vage Hoffnung besteht, der Entführer könne Angaben zur Rettung des Opfers machen. (Leitsätze des Bearbeiters)

LG Frankfurt a. M., Urt. v. 20. 12. 2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04). NJW 2005, 692

### Zum Sachverhalt

G hatte den 13-jährigen Bankierssohn J entführt und getötet. Die Tat war schon länger geplant und gehörte zu dem Vorhaben, die Familie des J um ein Lösegeld von 1 Million Euro zu erpressen. Nach dem Einwerfen des Erpresserbrieffs, der berechtigten Anlass zu der Heißung gab, dass J noch lebe, versenkte G die Leiche des J in einer Plastikhülle in einem See. Als die Polizei von dem Schreiben erfuhr, wurde eine große Aktion zur Rettung des Jungen eingeleitet, bei der G als Abholer des Geldes beobachtet und durch die weiteren Ermittlungen identifiziert werden konnte, was zu seiner Festnahme führte. Bei der Vernehmung wurde ein in Vernehmungsfällen erfahrener Kriminalbeamter zunächst ein Vertrauensverhältnis zu G aufzubauen und ihn zu veranlassen, Angaben darüber zu machen, ob J lebe und wo er sich befinde. Parallel dazu setzten intensive Ermittlungen, bei denen sich eine (zumindest Mit-)Täterschaft des G als praktisch sicher aufdrängte, sowie eine Suche nach dem Kind ein. Nachdem G eine ganze Nacht hindurch ausweichend geantwortet und mehrfach unzutreffende Angaben gemacht hatte, wurde vom Angeklagten D, der zu diesem Zeitpunkt als Polizeivizepräsident die Ermittlungen formell leitete, angeordnet, G „nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht, durch Zufügung von Schmerzen, ohne Verursachung von Verletzungen, erneut zu befragen“. Dem Gegenversuch, G durch die Konfrontation mit (ihm persönlich bekannten) Angehörigen des J im Rahmen eines „Stufenplans“ zu einer Aussage zu bewegen, wurde dagegen letztlich nicht nachgegangen. Vielmehr äußerte der Angeklagte E, ein ebenfalls mit den Ermittlungen befasster Kriminalbeamter, gegenüber G, an seiner maßgeblichen Tatabeteiligung bestünden keine vernünftigen Zweifel und die Polizei gehe von höchster Lebensgefahr für J aus. Würde G weiter schweigen oder falsche Angaben machen, werde man ihn unter Zufügung von Schmerzen, jedoch ohne Verletzungen, im Beisein eines Arztes dazu zu bringen, Einzelheiten zu nennen, um das Leben des Kindes zu retten. Er informierte G auch, dass ein besonderer Beamter mit dem Hubschrauber unterwegs sei, der ihm Schmerzen zufügen könne, die er nicht vergessen werde. G ließ sich durch die Androhung beeindrucken und gab nach wenigen Minuten den Aufenthaltsort des Jungen bekannt (ohne dabei bereits klar zu erklären, dass dieser schon tot war). G wurde – ohne Verwertung der Aussagen, die auf Grund der Androhung erfolgt waren – u. a. wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Auf Grund der Androhung der Anordnung unmittelbaren Zwanges wurden E und D ihrerseits angeklagt.

### Einführung in die Probleme

1. Wohl kaum ein Kriminalfall hat in den vergangenen Jahren die Öffentlichkeit, aber auch die juristische Fachwelt<sup>1</sup> zu so intensiven Diskussionen bewegt, wie die Entführung des Bankierssohns Jakob von Metzler. Im Mittelpunkt der Diskussion steht dabei freilich weniger die Entführung, sondern die Anordnung der Androhung unmittelbaren Zwanges zur Herbeiführung einer Aussage über den Aufenthaltsort von Jakob von Metzler gegenüber seinem Entführer durch den Frankfurter Polizeivizepräsidenten Wolfgang Daschner. Die Diskussion wird dabei auffällig emotional geführt: Auf der einen

Seite von denjenigen, welche kritisieren – und sich in dem Urteil des LG Frankfurt a. M. bestätigt fühlen werden – dass im Strafverfahren „die Rechte der Täter mehr zählen als die Rechte der Opfer“, ohne dabei zu berücksichtigen, dass dem hoheitlichen Handeln durch bewusst strenge und formale grundrechtliche Garantien teilweise auch dort Schranken gesetzt sein können, wo im Einzelfall „die Gerechtigkeit“ (und erst recht: der Opferschutz oder das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung) ein anderes Ergebnis nahe liegen würden. Noch mehr aber auf der anderen Seite, auf der (teilweise ohne nähere Beschäftigung mit der lex lata und ohne Einordnung in dogmatische Kategorien) das stark emotionsbelastete Schlagwort der „Folter“ herangezogen und daraus sowie aus einem sonst drohenden „Tabubruch“ Ergebnisse abgeleitet werden.

2. In polizei- und strafprozessrechtlicher Hinsicht ist die Fragestellung (relativ) klar: Für den Bereich des Strafprozessrechts wäre die Aussage eines Beschuldigten, die – wenngleich in einem anderen Kontext eingeholt – durch das Zufügen körperlicher Qualen oder auch nur deren Androhung zustande gekommen ist, nach § 136 a I, III 2 StPO unverwertbar. Das Polizeirecht der Länder kennt zwar regelmäßig eine Pflicht zur Erteilung von Auskünften und ordnet dabei auch nicht überall eine entsprechende Geltung der §§ 136 a bzw. 55 StPO entsprechend an; die Durchsetzung der Pflicht zur Erteilung von Auskünften mit Mitteln des unmittelbaren Zwangs ist jedoch in keinem der Landespolizeigesetze vorgesehen. Versuche, ein entsprechendes Vorgehen in Extremsituationen auch polizeirechtlich *praeter legem* zu rechtfertigen<sup>2</sup>, stehen daher auf recht wackligen Füßen.

3. Von diesen beiden Fragen zu unterscheiden ist jedoch diejenige nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Polizisten, der zur Rettung eines Entführungsopters dem Entführer die Zufügung von Schmerzen androht: Tatabhandlung kommt hier – da bei einem bewusst rein präventivpolizeilichen Vorgehen eine Strafbarkeit wegen Aussageerpressung nach § 343 StGB ausscheidet – insbesondere eine Nötigung nach § 240 StGB in Betracht, welche bei einer Begehung durch einen Amtsträger einen besonders schweren Fall nach § 240 IV Nr. 3 StGB bilden kann<sup>3</sup>.

Allerdings stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen nicht auf Grund der beabsichtigten Rettung des Entführungsopters jedenfalls dann gerechtfertigt sein kann, wenn die Maßnahme – wie auch im vorliegenden Fall – gegen den tatsächlichen Entführer erfolgt; dass im konkreten Fall das Opfer bereits

1 Aus der Vielzahl der Stellungnahmen seien ohne Anspruch auf auch nur annähernde Vollständigkeit die folgenden, m. E. jeweils zu einzelnen Aspekten besonders interessanten Beiträge genannt: Tendenziell eine Rechtfertigung heizend Erb, Jura 2005, 24; Fabi, JR 2004, 182; Jeroncsák/Köhlhel, JZ 2003, 613; eine Rechtfertigung grundsätzlich ausschließend Juhn, KritV 2004, 24; Guede, in: Camprubi (Hrsg.): Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, 2004, S. 153 ff.; Közig, ZStW 115 (2003), 791; Salge, ZStW 116 (2004), 33; ergebnisoffen Hilgendorf, JZ 2004, 331 (339); – Auf der Grundlage des geltenden Rechts lassen sich Extremfälle wie der hier diskutierte grundsätzlich über die Nothilfe, § 32 StGB, lösen. Die rechtserhebliche Abweichung des Einsatzes von unmittelbarem Zwang zur Informationserlangung, die in vielen Polizeigesetzen positivrechtlich Ausdruck gefunden hat, liegt jedoch eine sozialethische Einschränkung des Nothilfeprinzips nahe. Folgt man dieser Wertung, so scheidet eine Rechtfertigung nach § 32 StGB aus“; – letzter Perron, in: Festschr. E. Weber, 2004, S. 143, und Roxin, in: Festschr. Esser, 2005, S. 461, sowie nun auch Jeroncsák, JuS 2005, 296 (in dies. Heft).

2 Dafür Brugger, JZ 2000, 165 (168 f.).

3 Die Anordnung des unmittelbaren Zwanges durch den Vorgesetzten v. Bereich artdischen Handelns durch eine väterchaftliche Begehung einer Verurteilung eines Untergebenen zu einer Straftat nach § 357 StGB verdrängt vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. (2001), § 357 Rdnr. 1.

verstorben war und daher nicht mehr gerettet werden konnte, würde dazu führen, dass gegebenenfalls zwar eine Rechtfertigung ausscheiden würde, der Polizeibeamte jedoch gleichwohl wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums analog § 16 I StGB straflos bliebe<sup>3</sup>.

a) In der Entführung liegt ein (auch noch fortdauernder und daher gegenwärtiger) rechtswidriger Angriff auf das Entführungsoffer, so dass gegenüber dem Entführer grundsätzlich der Anwendungsbereich des § 32 StGB (und nicht nur derjenige des § 34 StGB) eröffnet ist. Unstritten ist dabei freilich, unter welchen Voraussetzungen sich Amtsträger nicht nur auf Nothilfe<sup>4</sup>, sondern auch auf Nothilfe berufen können<sup>5</sup>; wird allerdings die Strafbarkeit des Amtsträgers wie diejenige jedes anderen Bürgers geprüft, so ist nicht recht einzusehen, aus welchen Gründen für die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit (welche wegen des ultima-ratio-Charakters des Strafrechts mit der polizeirechtlichen Rechtmäßigkeit keineswegs stets korrespondieren muss) andere Anforderungen zu stellen sein sollten.

b) Ob ein solches Vorgehen i. S. des § 32 StGB „erforderlich“ ist, ist eine Frage des Einzelfalls; allerdings ist nach der allgemeinen Nothwehrdogmatik zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der Geeignetheit der Rettungshandlung dem Nothilfeübenden üblicherweise eine weite Einschätzungsprärogative<sup>6</sup> zugestanden wird<sup>7</sup> und hinsichtlich des Erfordernisses des „mildesten Mittels“ regelmäßig noch sinngemäß die Klarstellung „zur sicheren Abwehr des Angriffs“ hinzugefügt wird<sup>8</sup>.

c) „Zum Schwur“ kommt es damit spätestens bei der Frage, ob eine im Übrigen den Voraussetzungen des § 32 StGB entsprechende Nothilfe nicht „geboten“ sein könnte, weil eine Rettungs-„Folter“ gegen die Menschenwürde des Entführers verstoßen könnte. Denn deren „Unantastbarkeit“ (vgl. Art. 1 I GG) wird von vielen die Konsequenz zugeschrieben, dass eine „Abwägung“ mit der Würde und dem Leben des Entführungsoffers (welche nach allgemeinen Grundsätzen höher zu gewichten wäre, da der Entführer und nicht der Entführte den Interessenkonflikt hervorgerufen hat) ausscheiden soll.

### Darstellung und Analyse

Die Kammer begründet zunächst sorgfältig, dass für E der Tatbestand des § 240 I StGB (und entsprechend für D als Dienstvorgesetzten derjenige des § 357 I StGB) erfüllt ist und schließt polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen als Rechtfertigungsgründe aus. Den Streit, inwiefern sich auch Staatsorgane auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen können, meint die Kammer offen lassen zu können, da „das Vorgehen von beiden Angeklagten weder durch Nothilfe (§ 32 StGB) noch durch rechtfertigten Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt“ sei. Das liegt nun schon deswegen auf der Hand, da J bereits tot war und daher kein gegenwärtiger Angriff bzw. keine gegenwärtige Gefahr mehr gegeben sind. Das LG nimmt aber auch keinen Erlaubnistatbestandsirrtum an, da auch dann, wenn J noch gelebt hätte und gerettet worden wäre, kein Rechtfertigungsgrund eingegriffen hätte.

Zum einen habe es an der Erforderlichkeit der Not(stands)hilfshandlung gefehlt. Es hätten nämlich noch „andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung (gestanden), wie z. B. die noch nicht durchgeführte Konfrontation mit den Geschwistern des Opfers“, denen „nicht von vornherein jegliche Erfolgsaussicht abzusprechen war“, da durch den Stufenplan „der Täter mit den Komponenten von Mitleid, der Chance der Lebensrettung und Strafmilderung angesprochen werden konnte“.

Zum anderen sei die Rettungshandlung auch nicht geboten bzw. angemessen i. S. der §§ 32, 34 StGB gewesen, da sie gegen Art. 1 I GG verstoße:

„Die Achtung der Menschenwürde ist die Grundlage dieses Rechtsstaates. Der Verfassungsgeber hat sie ganz bewusst an den Anfang der Verfassung gestellt. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit dagegen ist erst in Art. 2 II Grundgesetz normiert. Dies hat seinen Grund in der Geschichte dieses Staates. ... Der Mensch sollte nicht ein zweites Mal als Träger von Wissen behandelt werden können, das der Staat aus ihm herauspressen will, und sei es auch im Dienste der Gerechtigkeit. So ist zu erklären, dass Art. 1 I GG unabhängig ist. ... Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist bereits das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen. ... Die gleichen Ausführungen gelten auch für die Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB. ... Ein Verstoß gegen die Achtung der Menschenwürde ist ... auch als verwerflich anzusehen, wenn dieser – subjektiv – zu dem Zweck erfolgt ist, das Leben eines Kindes zu retten. ... Eine Ausnahme von der eindeutigen Gesetzeslage bedeutete, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde in seiner Absolutheit durchbrochen und einer Abwägung zugänglich gemacht würde, was einem Tabubruch gleichkäme“.

Die Kammer nimmt zwar zur Kenntnis, dass für bestimmte Fälle hier auch ernst zu nehmende abweichende Ansichten bestehen, hält diese aber zumindest im konkreteren Fall für nicht überzeugend:

„Solche Ausnahmen sind im Rahmen von Fallkonstellationen mit terroristischen Angriffen erörtert worden. Es wurden Grenzfälle beschrieben, in denen der Schutz der Menschenwürde des Täters dem möglichen Tod und damit dem Schutz des Lebens Tausender von Menschen gegenübergestellt wurde („ricking-bomb-Fälle“). Im Rahmen dieser Diskussion wird unter anderem die Auffassung vertreten, die Menschenwürde der Opfer verlange, dass der Staat alles unternehme, gegebenenfalls auch seelischen oder körperlichen Druck anwende, um das Leben der bedrohten Menschen zu retten. Bei einer Abwägung sei die Menschenwürde des Täters nachrangig. ... Die diskutierten Ausnahmefälle sind theoretische Grenzfälle, die möglicherweise hinsichtlich der Bewertung in eine juristische Grauzone und an die Grenzen der Jurisprudenz stoßen. Der vorliegende Fall stellt aber keine derartige extreme Ausnahmesituation dar, sondern bewegt sich in einem Rahmen, in dem die Anwendung von Zwangsmitteln schon deshalb nicht in Betracht kommen konnte, weil die Verdachtsmomente noch nicht ausreichend sicher ermittelt und die zulässigen Ermittlungsmaßnahmen bei weitem noch nicht ausgeschöpft waren“.

Aus den gleichen Erwägungen stehe einer Strafbarkeit auch nicht entgegen, dass gleichzeitig in manchen Polizeigesetzen

4 Zur Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums vgl. nur *Kühl*, AT, 4. Aufl. (2002), § 15 Rdnrn. 63 ff.; *Roxin*, AT I, 3. Aufl. (1997), § 14 Rdnrn. 51 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, 34. Aufl. (2004), Rdnrn. 467 ff.

5 Vgl. dazu zuletzt *BGH*, NStZ 2003, 31, wo die Anwendbarkeit des § 32 StGB zu Gunsten eines sich selbst verteidigenden Polizeibeamten mit keinem Satz in Frage gestellt wird.

6 Zur (hier nicht vertieften) Diskussion näher etwa *Roxin* 10, Fußn. 41, § 15 Rdnrn. 91 ff.

7 Vgl. *Kühl* 10, Fußn. 41, § 7 Rdnrn. 94 ff., insb. 98.

8 Aus diesem Grund ist jedenfalls nach der allgemeinen Nothwehrdogmatik an der möglichen Geeignetheit nicht etwa deswegen zu zweifeln, weil es standhafte Entführer geben könnte, bei denen Androhung oder gar Durchführung des unmittelbaren Zwanges nicht erfolgreich sind. In gleicher Weise geht der Hinweis fehl, die historische Erfahrung zeige, dass Angaben, die durch eine „Folter“ herbeigeführt werden, keineswegs immer der Wahrheit entsprechen (Schwurz: Hexenprozesse); denn wenn man sich vergegenwärtigt, dass in den historischen Vergleichsfällen das Interesse des Befragenden regelmäßig gerade dahinging, entsprechende Antworten zu erlangen, müsste dies im Gegenteil als Indiz dafür betrachtet werden, dass das Ziel einer solchen Befragung – in Fällen der vorliegenden Art: die wahrheitsgemäße Angabe über den Aufenthaltsort des Opfers – regelmäßig erreicht wird; dies gilt um so mehr, als die Richtigkeit entsprechender Angaben normalerweise relativ schnell verifiziert und die weitere Befragung erforderlichermaßen entsprechend angepasst werden kann.

9 So in der Sache (wenngleich mit jeweils unterschiedlichen Formulierungen) *Kühl* 10, Fußn. 41, § 7 Rdnrn. 100, 103; *Roxin* 10, Fußn. 41, § 15 Rdnrn. 43; *Wessels/Beulke* 10, Fußn. 41, Rdnrn. 335.



die Möglichkeit eines „finalen Rettungsschusses“ bestehe. Denn dort werde „die von einem sicher identifizierten Angreifer ausgehende, unmittelbare Gefahr sofort und endgültig beseitigt. Er ist das einzige und letzte Mittel, um die konkrete Gefahr zu beseitigen. Zudem wird vom Täter keine Handlung gefordert, sondern eine Unterlassung erzwungen“.

Schließlich lehnt die *Kammer* – aus ihrer Warte konsequent und überzeugend – einen (insbesondere unvermeidbaren) Verbotssirrum ab, da beide Angeklagten auf Grund der Reaktionen ihrer Kollegen bei den Besprechungen und als erfahrene Beamte mit Vorgesetztenposition mit Kenntnissen im Polizeirecht und im Strafverfahrensrecht zumindest in Kauf genommen hätten, rechtswidrig zu handeln.

Im Rahmen der Strafzumessung liege – obwohl E als Amtsträger handelte – kein besonders schwerer Fall nach § 240 IV Nr. 3 StGB vor. Die Regelvermutung werde hier auf Grund einer Vielzahl von unrechts- und schuldmißernden Umständen widerlegt, insbesondere dadurch „dass es beiden Angeklagten ausschließlich und dringend darum ging, das Leben des Kindes zu retten“, dass besondere und ermüdende Stress- und Verantwortungssituationen vorlagen sowie dass „G's provozierendes und skrupelloses Aussageverhalten die Nerven der Ermittler aufs äußerste strapazierte“. D hielt die *Kammer* bei der Strafzumessung ferner zu Gute, dass er „in seinem schriftlichen Vermerk den Sachverhalt festgehalten und öffentlich gemacht hat. Dafür ist ihm Respekt zu zollen in einer Zeit, in der das Abschieben von Verantwortung und Schuld auf andere eher an der Tagesordnung ist“.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

1. Die Entscheidung des *LG Frankfurt a. M.* ist von denjenigen, die in der Androhung von Rettungs-„Folter“ einen nicht diskutablen Rechtsstaatsverstoß sehen, als wichtiges und richtiges Signal begrüßt worden. Und da es sich um Fallkonstellationen handelt, über die nicht jeden Tag geurteilt wird, darf die Signalwirkung auch eines instanzgerichtlichen Urteils sicherlich nicht unterschätzt werden. In gleicher Weise ist jedoch auch vor einer Überschätzung der Entscheidung zu warnen, da das Urteil wegen des Rechtsmittelverzichts der Angeklagten ohne höchstrichterliche Überprüfung rechtskräftig geworden ist und das *LG* zumindest für seine eigene Entscheidung der in der Literatur so heiß diskutierten Menschenwürdefrage dadurch ein klein wenig „den Wind aus den Segeln“ genommen hatte, dass es (wenngleich nur mit im Vergleich zur sonst üblichen Notwehrdogmatik kaum begründbar hohen Anforderungen) die Erforderlichkeit der Rettungshandlung verneint hatte.

2. Würde man den Fall hinsichtlich der Erforderlichkeit der Rettungshandlung etwas umgestalten (oder auch nur die sonst üblichen Maßstäbe heranziehen, die hier wohl zur Bejahung der Erforderlichkeit führen würden), so macht die Entscheidung aber jedenfalls eines deutlich: Hinsichtlich der „harten“ Voraussetzungen der Nothilfe „geht die Prüfung durch“. Abgelehnt werden kann eine Rechtfertigung nur bei der vergleichsweise „weichen“ Voraussetzung der „Gebotenheit“, wenn dort (durchaus begründungsbedürftig<sup>10</sup>) auch für die individuelle Rechtfertigung eine Begrenzung des § 32 StGB durch die Grundrechte angenommen wird und zugleich eine Miteinbeziehung der Opferinteressen *a limine* ausgeschlossen wird. Geht man auf der Grundlage einer entsprechenden Interpretation des Art. 1 I GG diesen Weg, so lassen sich dafür gewiss gute Gründe finden; man sollte dann aber ehrlich genug sein einzugestehen, dass dieses Ergebnis keineswegs eindeutig durch Art. 1 I GG vorgezeichnet ist, sondern dass es sich in einem ausgesprochen schwierigen Grenzfalle

letztlich aus einer rechtspolitischen Entscheidung ergibt, die aus grundsätzlichen Erwägungen im konkreten Fall tatsächlich die Interessen des Entführers höher einstuft als diejenigen des zweifelsohne auch in seiner Würde betroffenen Opfers.

3. Besonders für mündliche Prüfungen (u. U. aber auch für Hausarbeiten) bietet sich der Fall wegen seiner Aktualität in der näheren Zukunft selbstverständlich an. Er ist aber auch deswegen interessant, weil er zunächst eine sorgfältige Prüfung der Notwehrvoraussetzungen und dann eine gut begründete eigenständige Argumentation bei der schwierigen Gemengelage aus straf- und verfassungsrechtlichen Fragen erfordert.

Hans Kudlich

Zur Vertiefung: Erb. Nothilfe durch Folter, Jura 2005, 24; Jeroschek, Gefahrenabwehrungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz?, JuS 2005, 296 (in diesem Heft).

10 Selbstverständlich ist dies nicht, weil bei der Frage einer Strafbarkeit auch des Amtsträgers ja nicht dessen höfentliches Handeln, sondern seine Verantwortung wie die jedes anderen dem Strafrecht unterworfenen Bürgers beurteilt wird. Ein Begründungsansatz könnte dahin gehen, dass die „Rechtswertungskomponente“ der herrschenden dualistischen Notwehrbegründung (näher Kühl/ Ja. Fußn. 4), § 7 Rdnrn. 6 ff.) nicht eingreift, soweit objektiv gegen Grundrechte verstoßen wird.

#### 11. Strafrecht: Konkurrenzverhältnis zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Strafbarkeit des Erschleichens von BAföG-Leistungen als Betrug

StGB § 263; BAföG § 38 I Nr. 1; OWiG § 21 I 1

Wer Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) durch unrichtige Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen erlangt, macht sich wegen Betrugs strafbar. § 263 StGB wird nicht durch § 38 I Nr. 1 BAföG verdrängt.

*BayObLG, Beschl. v. 23. 11. 2004 – 1 St RR 129/04, NJW 2005, 309*

#### Zum Sachverhalt

Für die Jahre 2001 bis 2003 beantragte A beim Landratsamt O mehrfach Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG). In seinem Antrag gab A bewusst der Wahrheit zuwider an, über keine Wertpapiere, Aktien, Pfandbriefe oder sonstige Vermögensgegenstände zu verfügen; Barvermögen, Bank- und Sparguthaben, Bauspar- und Prämieguthaben würden insgesamt 6000 DM nicht überschreiten. So getäuscht und im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des A bewilligte das Landratsamt für die Zeit von September 2001 bis Juli 2003 BAföG-Leistungen i. H. von ca. 450 bis 500 Euro pro Monat. Das AG verurteilte A wegen Betrugs zu einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen. Auf die von der Staatsanwaltschaft eingelegte, auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung hat das LG, das die Rechtsmittelbeschränkung für wirksam erachtete, das Urteil des AG dahin gehend abgeändert, dass es A zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt hat. A rügt mit seiner Revision die Verletzung materiellen Rechts.

#### Einführung in die Probleme

Schon allein weil sich der Leserkreis der JuS vornehmlich aus gegenwärtigen oder ehemaligen Studenten zusammensetzt, ist die vorliegende Entscheidung nach dem von ihr betroffenen Lebenssachverhalt von besonderem Interesse: Es geht um das Konkurrenzverhältnis zwischen einer Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr. 1 BAföG wegen unrichtiger Angaben zu den Vermögensverhältnissen im Rahmen eines BAföG-Antrags

liche Misshandlung vor. Andere<sup>5</sup> betonen demgegenüber den ausbleibenden tatbestandlichen Erfolg. Der Arzt behandle den Patienten, er misshandle ihn nicht. Habe sich der Gesundheitszustand des Patienten verbessert oder sei er im Ganzen jedenfalls bewahrt worden, liege keine Wertbeeinträchtigung, sondern eine Förderung des körperlichen Wohls vor.

Für den Fall der Schönheitschirurgie schließen sich allerdings einige Stimmen<sup>6</sup> mangels Indikation der Rechtsprechung an. Das mag die richtige Wertung sein, führt aber zu intrikaten Abgrenzungsproblemen zwischen Wiederherstellung (medizinische Plastik) und Verbesserung (kosmetische Operation).

3. Im Rahmen einer Klausur, in der keine Bretter von Hausarbeitsstärke gebohrt werden müssen, kann es sich empfehlen, der Ansicht der Rechtsprechung zu folgen, da deren Argumente in jeder Konstellation gelten und sich manche Bearbeitung in den Feinheiten der Literaturauffassungen zu verlieren droht. Es empfiehlt sich jedoch in jedem Fall, den Streitstand nicht abstrakt „vor die Klammer“ zu ziehen, sondern möglichst tatbestandsnah zu erörtern, also insbesondere an die Tathandlung der körperlichen Misshandlung anzubinden.

a) Dann muss man im Rahmen der Rechtfertigung prüfen, ob eine *Einwilligung* vorliegt<sup>7</sup>. Das Rechtsgut muss – gerade auch für den Einwilligenden – disponibel sein. Er muss „Wesen, Bedeutung und Tragweite“<sup>8</sup> der Entscheidung überblicken, einmal generell (Einwilligungsfähigkeit) und zum anderen auch im konkreten Einzelfall (Freiheit von rechtsgutsbezogenen Irrtümern)<sup>9</sup>. Ferner muss die Einwilligung vor dem Eingriff zumindest konkludent erklärt werden und der Täter auch in deren Kenntnis handeln<sup>10</sup>.

b) Fehlt es an einer Voraussetzung, kann immer noch eine *mutmaßliche Einwilligung* vorliegen. Sie kann aber nur rechtfertigen, wenn die Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung nicht möglich oder zumutbar war<sup>11</sup>. Letzteres kommt etwa in Betracht, wenn ein Patient in Vollnarkose auf dem OP-Tisch liegt und sich erst jetzt die Notwendigkeit weiterer Maßnahmen ergibt<sup>12</sup>.

c) Davon ist zuletzt noch die hypothetische Einwilligung zu unterscheiden. Sie kann dann einschlägig sein, wenn eine Einwilligung wegen fehlerhafter Aufklärung unwirksam ist<sup>13</sup>. Der Patient müsste hierfür auch bei wirksamer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben<sup>14</sup>.

## Prüfungsaufbau

### Ärztlicher Heileingriff als Körperverletzung

- I. Objektiver Tatbestand des § 233 I StGB  
Problem: Tatbestandsausschluss für Heileingriffe?
- II. Subjektiver Tatbestand
- III. Rechtswidrigkeit
  1. (Mutmaßliche) Einwilligung
  2. Hypothetische Einwilligung
  3. Grenzen des § 228 StGB
- IV. Schuld

## Darstellung und Analyse

Für den BGH ist die Tatbestandsmäßigkeit ärztlicher Behandlungen leider seit einiger Zeit kein diskussionswürdiges Problem mehr<sup>15</sup>, weshalb das Urteil sich auch nur mit der Frage einer hypothetischen Einwilligung auseinandersetzt. Die Rechtswidrigkeit könne auch dann entfallen,

„wenn ... der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte... Das J.G. hat eine hypothetische Einwilligung in die mit dem operativen Eingriff verbundenen Körperverletzungshandlungen des A mit der Begründung angenommen, der A habe seinem Patienten zwar nicht vor der verfahrensgegenständlichen, jedoch vor der ersten Operation „alle Risiken einer Fettabsaugung“ erläutert, N sei damals mit

dem Eingriff einverstanden gewesen und hätte deshalb selbst bei nochmaliger Aufklärung auch dem zweiten Eingriff zugestimmt“.

Dies beanstandet der Senat, denn die Einwilligung beziehe sich

„nur auf eine *lege artis*, d. h. nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführte Heilbehandlung... Nach den Feststellungen war weder die vom Angedagten vorgeschene Narkosemethode ... noch ... ein kontinuierliches Patientenmonitoring ... sichergestellt, da er sich eines medizinischen Laien statt einer ausgebildeten Krankenschwester als Hilfspersonal bediente. Das LG hätte deshalb bei Prüfung der Frage, ob eine (hypothetische) Einwilligung des Patienten vorlag, ... erörtern müssen, ob N auch in Kenntnis der ... Umstände in den Eingriff eingewilligt hätte. Dies dürfte allerdings schon in Anbetracht dessen, dass es sich weder um eine eilbedürftige noch um eine medizinisch indizierte, sondern lediglich um eine kosmetische Behandlung handelte, die ohnehin erheblich genaueren Aufklärungsanforderungen unterliegt ..., kaum anzunehmen sein“.

## Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Neue Leitaussagen lassen sich dem Urteil nicht entnehmen. Der etwas skurrile Fall, dem allerdings eine (in manchen Fällen auch im Wortsinne) kaum übersehbare gesellschaftliche Entwicklung zu Grunde liegt, sollte allerdings zur Problemwiederholung im Allgemeinen Teil (Einwilligung) und im Besonderen Teil (ärztlicher Heileingriff) animieren. Dabei sollte auch den Aufbaufragen Aufmerksamkeit gewidmet werden. Vor lauter Streit um den tatbestandlichen Aspekt ärztlicher Heilbehandlung darf die Frage einer wirksamen, gegebenenfalls auch nur hypothetischen Einwilligung nicht aus dem Auge geraten.

Matthias Jahn

Zur Einführung: *Rönnau*, Einwilligung und Einverständnis, JuS 2007, 18.

Zur Übung: *Rönnau/Hohn*, Der praktische Fall – Strafrecht: Forscherdrang, JuS 2003, 998.

Zur Vertiefung: *Bollacher/Stockburger*, Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, Jura 2006, 908.

- 5 Klassisch *Stoß*, SchwZStR 6 (1893), 53 (55); *Bockelmann*, StraFR des Arztes, 1968, S. 62. Zu vermittelnden Lösungsansätzen *Joels*, StGB, 7. Aufl. (2007), Vorb. § 223 Rdnrn. 16f.
- 6 *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. (2007), § 223 Rdnrn. 50, 50 b.
- 7 Zu den Voraussetzungen im Überblick *Rönnau*, JuS 2007, 18, und *Amelung/Fymani*, JuS 2001, 937.
- 8 BGHSr 23, 1 (4) = NJW 1969, 1582.
- 9 Zu beiden Punkten instruktiv *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem AT, 12. Aufl. (2006), 6/7. Problem (S. 39 ff., 42 ff.).
- 10 *Wessels/Beulke*, AT, 36. Aufl. (2006), Rdnrn. 378 f.
- 11 *Rönnau*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), Vorb. § 32 Rdnr. 221, *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908 (911).
- 12 Instruktiv BGHSr 35, 246 (249 ff.), und BGHSr 45, 219 (221 ff.) = NJW 2000, 885, zu zwei gegensätzlich entschiedenen Grenzfällen.
- 13 *Rönnau*, in: LK-StGB (o. Fußn. 11), Vorb. § 32 Rdnr. 230 a. E.
- 14 Strittig ist, ob hier der Zweifelssatz (in dubio pro reo) gilt, vgl. *Puppe*, GA 2003, 765 (769), und *Kuhler*, in: Festschr. f. Roxin, 2003, S. 331 ff. (343).
- 15 Vgl. o. Fußn. 2.

## 7. § Strafprozessrecht

Verstoß gegen Selbstbelastungsfreiheit durch Verdeckten Ermittler

StPO §§ 110 a, 136, 136 a

Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines



geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungsförmlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

BGH, Urt. v. 26. 7. 2007 – 3 StR 104/07, NJW 2007, 3138, m. Anm. Meyer-Mewes

### Zum Sachverhalt

Nach den Feststellungen tötete der Angekl. A in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15 Jahre altes Mädchen. Deswegen leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen A ein, der sich gerade in anderer Sache in Straftat befand. Er bestritt die Tat und machte von seinem Schweigerecht Gebrauch. Nachdem umfangreiche, mehr als ein Jahr andauernde Ermittlungen keine Ergebnisse erbracht hatten, wurde der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers (VE) richterlich genehmigt (vgl. § 110 b I 1 StPO). Zunächst wurde im Rahmen eines arrangierten Gefangenentransportes ein Kontakt hergestellt. In der Folgezeit besuchte der VE A 13 Mal in der Justizvollzugsanstalt. Im Laufe der Zeit fasste A Vertrauen zu ihm. Schließlich wurde ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. In diesem Urlaub sprach der VE ihn gezielt auf den Tatvorwurf an. In dem teilweise erregt geführten Gespräch bedrängte er den A unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis zu wahrheitsgemäßen Angaben. A, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte das Vertrauen des VE erhalten wollte, räumte schließlich seine Täterschaft ein. Er wiederholte das Geständnis in einer polizeilichen Vernehmung, nachdem man ihn über den Einsatz aufgeklärt und die Ergebnisse als gerichtsverwertbar bezeichnet hatte. In der Hauptverhandlung hat die Verteidigung der Verwertung widersprochen. Das LG hat A wegen Körperverletzung mit Todesfolge trotzdem zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Revision des A führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an eine andere Strafkammer.

### Einführung in die Probleme

Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen sind problematisch. Das gilt nicht nur für den Einsatz neuartiger technischer Hilfsmittel<sup>1</sup>, sondern auch für die Ermittlungsgehilfen. Unter diesen Oberbegriff werden V-Personen, die, ohne der Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit sind, diese bei der Strafataufklärung zu unterstützen<sup>2</sup>, und Verdeckte Ermittler gefasst. Nach der Legaldefinition in § 110 a II StPO handelt es sich beim VE um einen Polizeibeamten, der unter einer *dauerhaften* Legende ermittelt<sup>3</sup>. Wie weit darf der Staat bei einem solchen langandauernden Einsatz gehen, um Äußerungen zur Tat außerhalb einer förmlichen Vernehmung des Beschuldigten zu erhalten?

### Prüfungsaufbau

#### Rechtmäßigkeit des VE-Einsatzes nach § 110 a StPO

- I. Abgrenzung VE von V-Personen und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
  1. Zuständigkeit: Tat nach § 110 a I 1, 2 oder 4 StPO
  2. Subsidiaritätsklauseln der Sätze 3, 4
  3. Verfahren: Anordnungsvorbehalt (§ 110 b I oder II StPO)
  4. Schriftform und Befristung (§ 110 b I 3, II 5 StPO)
- III. Materielle Rechtmäßigkeit (Problemfelder)
  1. Vernehmung nach §§ 163 a IV 2, 136 I 2 StPO?
  2. § 136 a StPO analog?
  3. Grenzen aus dem nemo-tenetur-Grundsatz (Problem des Falles)
- IV. Folgen eines Verstoßes: Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot

### Darstellung und Analyse

1. Nachdem die formellen Einsatzvoraussetzungen unproblematisch vorlagen, rekurriert der Senat wegen der Frage, ob es sich um eine Vernehmung des A nach den §§ 163 a IV 2, 136 I 2 StPO handelte, auf die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur Hörfalle<sup>4</sup>. Er bestätigt erneut den darin entwickelten *formellen* Vernehmungsbegriff. Die §§ 163 a,

136 I StPO sollten vor einer irrtümlich angenommenen Aussagepflicht gegenüber einem erkennbar in amtlicher Funktion auftretenden Beamten bewahren. Sie seien daher auf den VE (und vergleichbare Fälle) nicht entsprechend anwendbar. Die ausgehend von einem *funktionellen* Vernehmungsbegriff<sup>5</sup> zu Recht geltend gemachte Kritik an dieser zu engen Begriffsbestimmung erwähnt das Gericht leider nicht.

2. Auch sei § 136 a I StPO nicht anwendbar, denn

„in der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch den Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen die – unmittelbar oder entsprechend angewandte – Regelung der §§ 163 a III, 136 a I StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen ... Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der Willensentscheidungsfreiheit durch Misshandlung ... oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen“.

Das mag stimmen. Doch drängt sich die Frage auf, warum der Senat die unzulässige Täuschung nicht ausdrücklich erwähnt, um die es beim Verschleiern der wahren Gesprächsabsicht des VE geht. Nur im Ergebnis trifft das Urteil hier zu. Man wird den rechtmäßig gegen einen Beschuldigten gerichteten Einsatz des VE nicht als *unzulässige* Täuschung i. S. des § 136 a I 1 StPO auffassen können. Im Einzelfall darf analog § 136 a I 2 StPO geräuscht werden, „soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt“. Das aber erlauben die §§ 110 a ff. StPO als *leges posteriores*<sup>7</sup>.

3. Abschließend diskutiert der Senat die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes. Er kommt nicht nur für den konkreten Fall zur Unzulässigkeit des VE-Einsatzes, sondern deutet auch für die Zukunft eine Änderung der insoweit restriktiven Grundsätze der Entscheidung BGHSt (GrS) 42, 139 unter dem Einfluss der beschuldigtenfreundlichen Rechtsprechung des EGMR an:

„Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte<sup>8</sup> hat demgegenüber festgestellt, ... das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ... dienen prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will ... Diese Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnten ... Anlass zur Prüfung geben, ob an der – anscheinend restriktiveren – Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips ... festgehalten werden kann“.

Um schon jetzt eine Vorlage zum Großen Senat in jedem Fall zu vermeiden, betont das Urteil die Besonderheiten des Falles, nämlich

„dass der A gegenüber einem Polizeibeamten erklärt hatte, er werde ... von seinem Schweigerecht Gebrauch machen ... Der Einsatz des Verdeckten Ermittlers ... diente ... aber gerade dazu,

- 1 S. etwa zur Unzulässigkeit der Online-Durchsuchung BGHSt 51, 211 = NJW 2007, 930; BGH, MMR 2007, 174 = JuS 2007, 279 (Jahn).
- 2 Vgl. Anlage D I Ziff. 2.2 RiStBV (abgedr. bei Meyer-Göfner, 50. Aufl. [2007], Anh. 12). § 110 a StPO ist auf V-Leute nicht analog anwendbar, BGHSt 41, 42 (44) = NJW 1995, 2236 = NSiZ 1995, 513. Zum Streit um das Bestehen einer Eingriffsermächtigung für den V-Mann nach den §§ 161 I, 163 I StPO i. d. F. des StVAG 1999 vgl. Jahn, Das Strafr. des Staatsanwaltes, 2004, S. 376 f. m. w. Nachw.
- 3 Darin liegt nach der Rspr. (BGH, NJW 1997, 1516 = NSiZ 1997, 448) die Abgrenzung zum nur im Einzelfall (z. B. bei einem Scheinaufkauf) nicht offen ermittelnden Polizisten.
- 4 BGHSt 42, 139 (146) = NJW 1996, 2940 = NSiZ 1998, 95, m. Bespr. Kudlich, JuS 1997, 696.
- 5 Roxin, NSiZ 1997, 18; Renzikowski, JZ 1997, 710 (717), und Bernsmann, StV 1997, 116 (117 f.).
- 6 Hier dürfte sich die Entscheidung im Dickicht der Verweisungsketten verirrt haben. Da dieser Absatz die staatsanwaltschaftliche Vernehmung betrifft, hätte für den VE-Einsatz § 163 a IV 2 StPO zitiert werden müssen. Am Ergebnis ändert dies freilich nichts. Zum sachlichen Anwendungsbereich der Regelung Jahn, JuS 2005, 1057 (1058).
- 7 So auch Lagodny, StV 1996, 167 (172); Dencker, StV 1994, 667 (681), und Nack, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), § 110 c Rdnr. 16.
- 8 Vgl. EGMR, StV 2003, 257 – Allan / Großbritannien.

dem A unter Ausnutzung der geschaffenen Vertrauensstellung Aussagen zum Tatgeschehen und seiner Beteiligung zu entlocken und durch gezielte Fragen des mit den Ermittlungsergebnissen vertrauten Verdeckten Ermittlers selbstbelastende Angaben zu erhalten... Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist es jedenfalls nicht vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungsfähnlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden..., selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken“.

4. Damit ist die Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung besiegelt. Nun muss noch geklärt werden, ob dies zusammen mit dem Widerspruch der Verteidigung ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, denn nach feststehender Rechtsprechung<sup>9</sup> folgt dies nicht aus jedem Beweisverwertungsverbot. Auch das bejaht der Senat im Ergebnis zu Recht:

„Die nach alledem unzulässige Beweisgewinnung durch den Verdeckten Ermittler hat – wegen des gravierenden Eingriffs in die prozessuale Rechte des Angeklagten – ein Beweisverwertungsverbot zur Folge. Dieses Beweisverwertungsverbot erstreckt sich auch auf die Aussage des A bei der polizeilichen Vernehmung... Die Äußerungen zum Tatgeschehen waren dem A kurze Zeit zuvor entlockt worden, ein Kriminalbeamter bezeichnete sie... als gerichtsverwertbar... Unter diesen Umständen... war er sich seiner Entscheidungsmöglichkeit, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, nicht bewusst“.

Daraus lässt sich allerdings auch schließen, eine Verwertung der späteren Aussage wäre möglich gewesen, wenn A seine Aussagefreiheit durch eine – inhaltlich zutreffende – sog. qualifizierte Belehrung deutlich gemacht worden wäre<sup>10</sup>.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der 3. Strafsenat trifft ein richtiges, jedenfalls im Ergebnis klares und – angesichts des Tatvorwurfs – alles andere als populäres Urteil. Es hat das Zeug zum strafprozessualen Klassiker. „Sedlmayr“<sup>11</sup> und „Hörfälle“<sup>12</sup> sind die Schwesterentscheidungen, allerdings mit anderem Ausgang für die damals Beschuldigten. Zudem ist auch das obiter dictum zur Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes im Lichte der EMRK-Garantien herauszustreichen. Hier könnte die „Bestandskraft“ der „Hörfälle“-Entscheidung des Großen Senats schon nach einem dutzend Jahren ernsthaft in Gefahr geraten. Auch das wäre zu begrüßen – und ist sicher Grund genug, ihre Grundsätze jetzt zu wiederholen.

Matthias Jahn

Zur Einführung: Kudlich, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fällen“-Entscheidung des Großen Strafsenats, JuS 1997, 696.

Zur Vertiefung: Lüderssen, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, in: 50 Jahre BGH IV, 2000, S. 883 ff.

Zur Übung: Friedrich-Christian Schroeder/Meindl, Fallrepetitorium zum StrafverfahrensR, 4. Aufl. (2004), S. 138 ff. (Fall 9).

<sup>9</sup> Statt vieler BVerfG, NVwZ 2005, 1175 = NStZ 2006, 46 (47) = JuS 2006, 189 (Jahn).

<sup>10</sup> Vgl. LG Frankfurt, StV 2003, 325 – Gaeßgen; Beulke, StrafProzR, 9. Aufl. (2006), Rdnr. 119, und Meyer-Göfner (o. Fußn. 1), § 136 a Rdnr. 30.

<sup>11</sup> BGHR 40, 211 (213) = NJW 1994, 2904 = NStZ 1995, 354, und BVerfG, NStZ 2000, 489.

<sup>12</sup> BGHR 42, 139 (146) = NJW 1996, 2940 = NStZ 1998, 95, m. Bespr. Kudlich, JuS 1997, 696.

## 8. † Zivilrecht – Allgemeines Schuldrecht

Vorteilsausgleichung in der Leistungskette

BGB §§ 249, 242, 281

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Nachunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen (Abgrenzung zu BGH, NJW 1977, 1819).

BGH, Ur. v. 28. 6. 2007 – VII ZR 81/06, NJW 2007, 2695 = NZBau 2007, 578

### Zum Sachverhalt

Die Firma B. wurde von einem Generalunternehmer, der für den Bauherrn mehrere Mehrfamilienhäuser errichtete, mit der Durchführung sämtlicher Fensterarbeiten beauftragt. Sie bezog die erforderlichen Fenster von der Bekl. Nachdem die Firma B. die Fenster eingebaut hatte, stellte sich heraus, dass einzelne Fenster Undichtigkeiten aufwiesen. Der Bauherr machte ebenso wenig wie der Generalunternehmer deswegen Mängelansprüche geltend; diese sind inzwischen verjährt. Nachdem die Firma B. ihre Ansprüche gegen die Bekl. an die Kl. abgetreten hatte, forderte diese die Bekl. unter Fristsetzung vergeblich zur Beseitigung der Mängel auf. Mit der Klage begehrt sie Schadensersatz in Höhe der geschätzten Mängelbeseitigungskosten von 368 698,54 Euro.

### Einführung in die Probleme

Der Rechtsstreit unterlag altem Schuldrecht. Der BGH wendete – ebenso wie das BGer. – ohne Begründung Werkvertragsrecht an. Dies lag wohl daran, dass § 651 I BGB a.F. Verträge, durch die sich ein Unternehmer verpflichtete, eine nicht vertretbare Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen, zwar grundsätzlich dem Kaufrecht unterstellte, hinsichtlich der Rechte des Bestellers wegen Sachmängeln jedoch auf die Vorschriften des Werkvertragsrechts verwies. Nach neuem Schuldrecht käme dagegen das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung (§ 651 BGB n.F.). Der Schadensersatzanspruch würde auf §§ 280 I und III, 281 I Alt. 1 BGB beruhen, weil die Bekl. ihrer Pflicht zur Nacherfüllung nicht nachkam; soweit es um Schäden geht, die durch eine ordnungsgemäße Nacherfüllung nicht verhindert oder behoben worden wären, wäre unmittelbar § 280 I BGB einschlägig<sup>1</sup>. Unabhängig davon, ob altes oder neues Schuldrecht, Kauf- oder Werkvertragsrecht einschlägig ist, stellt sich jedoch das Problem, das Gegenstand der BGH-Entscheidung war: Kann ein Unternehmer, der selbst wegen der mangelhaften Leistung eines von ihm eingesetzten Subunternehmers von seinem Auftraggeber nicht in Anspruch genommen wurde und nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, vom Subunternehmer Schadensersatz in Höhe der geschätzten Mängelbeseitigungskosten verlangen?

### Darstellung und Analyse

Der BGH ist der Auffassung, der Schaden der Firma B. liege in der Mangelhaftigkeit der gelieferten Fenster. Er werde durch den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag abgegolten. Daran ändere auch die Weiterveräußerung der Fenster im Rahmen des Werkvertrags mit dem Generalunternehmer nichts. Dies entspricht bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>2</sup>. Zwar ist eine Mängelbeseitigung nach der Veräußerung nicht mehr möglich. Doch gebietet der Schutz der

<sup>1</sup> S. Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. (2007), § 437 Rdnr. 53 ff.

<sup>2</sup> BGHZ 99, 81 (84 ff.) = NJW 1987, 645 (646 f.); BGH, NJW-RR 2004, 1462 (1463) = NZBau 2004, 610; krit. Schulze, NJW 1987, 3097.



anträge ermöglichen es den Verfahrensbeteiligten, Einfluss auf die Wahrheitsforschung des Gerichts zu nehmen. Das Recht, Beweisanträge in der Hauptverhandlung zu stellen, ist in der StPO nicht ausdrücklich geregelt, wird aber von § 244 III–VI StPO als selbstverständlich vorausgesetzt.

Die Stellung eines Beweisantrags kann mehrere Gründe haben: Häufig geht es den Beteiligten darum, für ihre Auffassung günstige Umstände durch Beweismittel in das Verfahren einzuführen, die das Gericht nicht von sich aus gesehen hat (oder nicht sehen wollte). Neben der Wahrheitsfindung kann es dem Angeklagten als Antragsteller aber auch darum gehen, den Abschluss des Verfahrens und eine ihm damit drohende Bestrafung zu verzögern<sup>18</sup>. Ohne Bezug zur Wahrheitsfindung als dem eigentlichen Ziel der beantragten Beweiserhebung ist auch eine Antragsstrategie möglich, der es darum geht, durch vielfältige Anträge Fehler des Gerichts zu produzieren, um später dem Rechtsmittel der Revision zum Erfolg zu verhelfen und so eine nochmalige Verhandlung zu erzwingen. Zu den unterschiedlichen Motiven für die Beweisantragsstellung kommen die Spannungen zwischen dem Grundsatz der möglichst exakten Wahrheitsermittlung einerseits und der Begrenztheit der Ressourcen sowie dem Beschleunigungsgrundsatz andererseits. Kein Gericht – und auch kein Strafverteidiger oder Staatsanwalt – hat die Zeit, sich jahrelang alleine um die exakte Aufklärung eines Falls zu bemühen, sondern muss eine Vielzahl von Strafverfahren in angemessener Zeit erledigen. Diese unterschiedlichen Ziele versucht der Gesetzgeber durch die Regelung in §§ 244, 245 StPO zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Im Vordergrund steht dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ablehnung eines Beweisantrags möglich sein soll.

Wird ein Beweisantrag gestellt, kann das Gericht ihm entweder nachgehen und den beantragten Beweis erheben oder den Beweisantrag ablehnen. Die Ablehnung von Beweisanträgen ist nur unter bestimmten gesetzlich definierten Voraussetzungen möglich. Der Katalog der Ablehnungsvoraussetzungen ist in § 244 III–V StPO und § 245 II 2 und 3 StPO abschließend normiert und differenziert nach der Art der Beweismittel und ihrer Präsenz. Ein praktisch wichtiger, allerdings für den Bestand des Urteils durchaus gefährlicher Ablehnungsgrund ist die sog. *Wahrunterstellung*. Nach § 244 III 2 Var. 7 StPO darf ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr. Fehlerquellen sind bei dieser Ablehnungsgrund, der schnell zur Hand ist, weil er dem Gericht zunächst keinen großen Begründungsaufwand abfordert, insbesondere folgende: Nicht selten wird die als wahr unterstellte Tatsache nicht wirklich so behandelt, als wäre sie tatsächlich geschehen, sondern nur mit minderem Gewicht in die Beweiswürdigung einbezogen<sup>19</sup>. Zudem gibt es häufig Fälle, in denen die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung der Wahrunterstellung widersprechen<sup>20</sup>.

Ein anderes Problem zeigt die Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH auf: Eine Art „Irrführung“ des Angekl. durch die Wahrunterstellung, wenn die als wahr unterstellte Tatsache – warum auch immer – zu seinen Lasten als Schuldindiz verwendet wird. Der BGH erklärt dies wie folgt:

„Das Gericht war an einer Verwertung der nach § 244 III 2 Var. 7 StPO allein zur Entlastung des Angekl. als wahr unterstellten Beweistatsache zu dessen Nachteil gehindert... In der Wahrunterstellung liegt eine Zusicherung, auf deren Einhaltung sich der Angekl. aus Fairnessgründen unbedingt verlassen können muss. Das bezieht sich auf alle Konsequenzen der Wahrunterstellung: Primär auf die Berücksichtigung der als wahr unterstellten Beweistatsache im Urteil, in dem nicht im Wider-

spruch dazu stehende Tatsachen festgestellt werden dürfen; aber auch auf den Ausschluss der Verwendung zum Nachteil des Angekl., der darauf vertrauen darf, keine negativen Schlussfolgerungen auf der Grundlage dieser Beweistatsache zu riskieren, so dass er sie bei seiner weiteren Verteidigung nicht kritisch auf ihre möglichen Beweisauswirkungen zu hinterfragen braucht“.

Dies gilt nach Ansicht des BGH ausdrücklich auch, wenn die übrige Beweisaufnahme ergeben hat, dass die unter Beweis gestellte Tatsache erwiesen ist. Zwar hätte das Gericht aus diesem Grund den Beweisantrag wegen Erwiesenheit der Beweistatsache nach § 244 III 2 Var. 3 StPO ablehnen können. Weil das Gericht sich zu diesem Grund aber erst in den Urteilsgründen bekannt hat, konnte der Angekl. sein Prozessverhalten hierauf nicht mehr einstellen.

#### IV. Kein Verbot der „Rügeverkümmern“ durch Protokollberichtigung

Fall 4: Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Mit seiner Revision rügt er, die Anklage sei nicht verlesen worden. Im Sitzungsprotokoll stand zunächst nichts von einer Anklageverlesung. Der Vorsitzende und die Protokollführerin änderten das Protokoll anschließend dahingehend, dass die Anklage verlesen wurde; beide konnten sich (anders als der Verteidiger) gut daran erinnern. Der Angekl. meint, diese Änderung sei für seine Verfahrensrüge unerheblich.

Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat eine mehr als fünfzig Jahre geltende st. Rspr. des BGH zur Relevanz nachträglicher Protokollberichtigung grundlegend geändert<sup>21</sup>. Ausgangspunkt des Problems ist § 274 StPO. Danach kann die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden, es sei denn, der Nachweis der Fälschung ist erfolgreich. Was im Protokoll steht, gilt demnach als geschehen („positive Beweiskraft“), was nicht darin steht, gilt als nicht geschehen („negative Beweiskraft“)<sup>22</sup>. Aus dem Sinn und Zweck dieser Norm hat die bisherige Rechtsprechung (und Literatur) gefolgert, dass für die Rüge von Verfahrensverstößen im Revisionsverfahren grundsätzlich das Protokoll zu Grunde zu legen ist, wie es im Zeitpunkt der Rüge des Verfahrensverstößes existiert. Das Hauptverhandlungsprotokoll konnte zwar bei Fehlern jederzeit geändert werden; mit einer solchen Änderung durfte aber nicht einer bereits erhobenen Verfahrensrüge nachträglich der Boden entzogen werden (Verbot der „Rügeverkümmern“). Nur umgekehrt konnte eine Protokollberichtigung einer Verfahrensrüge zu Gunsten des Beschwerdeführers zum Erfolg verhelfen. Diese Rechtsprechung hatte zur Folge, dass ein Verteidiger in der Revisionsinstanz einen Verfahrensfehler, der tatsächlich nicht stattgefunden hatte, unter Hinweis auf das entsprechende Protokoll erfolgreich rügen konnte. Dass auf diese Weise ein Urteil nach langer Verfahrensdauer wegen Mängeln des Protokolls und nicht wegen erheblicher Verfahrensverstöße aufgehoben und die Sache neu verhandelt werden musste, wurde zu Recht als unbefriedigend empfunden.

Befürworter der bisherigen Regelung hielten dem entgegen, dass das Verbot der „Rügeverkümmern“ dem in § 274 StPO zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers entspreche, dass der Revisionsführer ein prozessuales Recht

18 Vgl. hierzu etwa BGHSt 38, 111 (8500 Beweisanträge des Angekl. nebst Ankündigung, hunderte oder tausende weitere Anträge zu stellen), oder BGH, NJW 2005, 2466 = NSStZ 2005, 648 = JuS 2005, 852 (Kudlich).

19 Vgl. nur BGH, NJW 1989, 1045 = NSStZ 1989, 129, m. Anm. Volk.

20 BGH, NSStZ 2003, 101 (102).

21 BGH (GS), NJW 2007, 2419 = NSStZ 2007, 661; hierzu auch Hamn, NJW 2007, 3166.

22 Vgl. hierzu auch Mosbacher, JuS 2006, 39 (42) m. w. Nachw.

auf Beibehaltung der Grundlage seiner Verfahrensrüge habe, dass mit zunehmender Zeit die Gefahr unrichtiger Protokolländerungen zunehme und dass es zu einem unguten Wettlauf zwischen Berichtigungsverfahren und Revisionsverfahren kommen könne<sup>23</sup>. – Folgende Leitsätze hat der Große Senat nunmehr aufgestellt:

1. „Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden.“
2. Die Urkundspersonen haben in einem solchen Fall vor einer beabsichtigten Protokollberichtigung zunächst den Beschwerdeführer anzuhören. Widerspricht er der beabsichtigten Berichtigung substantiiert, sind erforderlichenfalls weitere Verfahrensbeteiligte zu befragen. Halten die Urkundspersonen trotz des Widerspruchs an der Protokollberichtigung fest, ist ihre Entscheidung hierüber mit Gründen zu versehen.“
3. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliegt im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung“.

Zur Begründung hat der Große Senat insbesondere auf Folgendes verwiesen<sup>24</sup>:

„Der Revisionsführer hat keinen Anspruch darauf, aus tatsächlich nicht gegebenen Umständen Verfahrensvorteile abzuleiten. Ein etwaiges Vertrauen des Bf. dahingehend, dass ein – inhaltlich unrichtiges – Protokoll für die Revisionsinstanz allein beachtlich bleibe, ist nicht schützenswert und kann auch nicht auf das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) gestützt werden. Verfahrensrechte können nur durch den tatsächlichen Verfahrensverlauf verletzt worden sein. Dementsprechend ist nur ein auf dessen Überprüfung bezogener effektiver Rechtsschutz erforderlich. Einen weitergehenden, aus rechtsstaatlichen Prinzipien abzuleitenden Anspruch des Bf., dass zu seinen Gunsten Unwahres unter allen Umständen als wahr fingiert bleiben muss, gibt es nicht... Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein. Dies spricht entscheidend dafür, die Regelung des § 274 StPO in einer Weise auszulegen, welche die inhalt-

liche Richtigkeit der Sitzungsniederschrift gewährleistet... Die Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO verändert nicht die Tatsachen, macht nicht aus Unwahrheit Wahrheit. Die Verpflichtung zur Entscheidung auf der Grundlage eines zutreffenden Sachverhalts erhält inzwischen durch das Beschleunigungsgebot und den Gesichtspunkt des Opferschutzes zusätzliches Gewicht“.

Nach dieser grundlegenden Abkehr vom Verbot der „Rügekümmerung“ hat der Große Senat versucht, durch die Ausgestaltung des Protokollberichtigungsverfahrens einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen zu finden. Danach setzt eine Protokollberichtigung grundsätzlich bei den Urkundspersonen (Vorsitzender und Protokollführer) sichere Erinnerung voraus. Die Absicht der Berichtigung ist dem Revisionsführer mit dienstlichen Erklärungen der Urkundspersonen zwecks rechtlichen Gehörs zuzuleiten; bei substantiierten Einwänden ist die Entscheidung über die Berichtigung mit Gründen zu versehen. Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dem berichtigten Teil kommt nicht mehr die absolute Beweiskraft des § 274 StPO zu; bei Zweifeln gilt das Protokoll in der ursprünglichen Fassung.

Eine spannende Frage war zudem, ob der Revisionsführer nach der Berichtigung erneut Gelegenheit zur Begründung seiner Revision erhält, etwa weil er sich auf den Erfolg der zunächst erfolgreich aussehenden Verfahrensrüge verlassen und deshalb weitere Verfahrensrügen unterlassen hat. Dies hat der Große Senat abgelehnt: In seinem Vertrauen, eine bestimmte Verfahrensrüge werde erfolgreich sein, werde der Revisionsführer auch sonst nicht geschützt. Man darf gespannt sein, wie sich dieser grundlegende Rechtsprechungswandel in der Praxis der Strafjustiz und Strafverteidigung auswirkt.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu auch *Jahn/Widmaier*, JR 2006, 166; *Jahn*, JuS 2007, 91; *Mosbacher*, JuS 2006, 39 (42).

<sup>24</sup> NJW 2007, 2419 (2422) = NSZ 2007, 661.

Vorsitzender Richter am Landgericht Dr. Nikolaus Stackmann, München

## Einzelrichterzuständigkeit an Kollegialgerichten im Zivilprozess\*

Die Frage der Entscheidungszuständigkeit des Spruchkörpers oder des Einzelrichters an Land- und Oberlandesgericht ist einerseits ein Routinegeschäft, andererseits aber fehleranfällig und deshalb auch ein prüfungsrelevantes Thema. Gegenstand des Beitrags ist die systematische Erfassung der Einzelrichterzuständigkeit in den ZPO-Verfahren. Zusätzlich werden die Konsequenzen etwaiger Fehler aufgezeigt.

### I. Aufgaben und Bestimmung des Einzelrichters im erstinstanzlichen Verfahren

Der Einzelrichter ist gem. §§ 60, 71 I GVG, 348, 348 a I ZPO das Prozessgericht im Sinne der ZPO von Anfang bis Ende des Streitverfahrens erster Instanz<sup>1</sup>. Es verletzt daher den Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I 2 GG, wenn die Zivilkammer, der der Einzelrichter angehört, ohne Übertragung der richterlichen Aufgaben durch Beschluss gem. § 348 II ZPO tätig wird. Eine solche Zuständigkeitsanmaßung ist unter dem Gesichtspunkt der Willkür mit Rechtsmitteln angreifbar<sup>2</sup>.

Die Frage, welcher Richter einer Kammer als Einzelrichter zuständig ist, muss durch die kammerinterne Geschäftsvertei-

lung geregelt sein. Diese muss im Hinblick auf die zu den Geschäftsaufgaben der Kammer gehörenden Verfahren abstrakt-generell im Voraus bestimmen, welches Mitglied zum Einzelrichter in der jeweiligen Angelegenheit berufen ist. Die grundlegende Entscheidung des BVerfG hierzu ist anlässlich der früheren Praxis an Bundesgerichten ergangen, den Richterstatter in Senaten, die mit mehr als den erforderlichen fünf Richtern besetzt waren, und damit die so genannte Spruchgruppe ohne schriftliche Vorgaben durch den Senatsvorsitzenden zu bestimmen<sup>3</sup>. Deshalb muss heute eine den

\* Der Autor ist Vorsitzender einer ersinstanzlichen Zivilkammer am LG München I.

<sup>1</sup> Für die nicht kontradiktorische Richterablehnung gilt nach BGH, NJW 2006, 2492, eine Ausnahme, vgl. dazu *Deubner*, JuS 2006, 1072. Zur Einzelrichterzuständigkeit in Kosten- und FGG-Beschwerdeverfahren an LG und OLG vgl. *Stackmann*, Der Einzelrichter im Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten, 2006, Rdnrn. 430 ff.

<sup>2</sup> So OLG München, MDR 1983, 499, zur Entscheidung über eine Sachverständigenablehnung im Verfahren vor dem Einzelrichter durch Kammerbeschluss. Auch der BGH bejaht trotz § 348 IV bzw. § 568 S. 3 ZPO eine auch mit der Rechtsbeschwerde angreifbare Rechtsverletzung, wenn die Zuständigkeitsverteilung zwischen Einzelrichter und Spruchkörper willkürlich verletzt wird, s. etwa BGH, NJW 2003, 3712.

<sup>3</sup> BVerfGE 95, 322 = NJW 1997, 1497.



## 6. Strafrecht – Besonderer Teil

### Stalking

StGB §§ 238, 241

Unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes können bereits zwei Nachstellungshandlungen (hier: zwei Drohanrufe innerhalb von fünf Monaten) ausreichen, um Beharrlichkeit i. S. des § 238 StGB anzunehmen. (Leitsatz des Verfassers)

LG Lübeck, Beschl. v. 14. 2. 2008 – 2b Qs 18/08, BeckRS 2008, 05249

### Zum Sachverhalt

A wünschte sich seit langer Zeit eine innige Freundschaft mit der verheirateten Geschädigten D, die diesen Wunsch nicht teilte. Seit November 2003 – als sich D von ihrem früheren Ehemann getrennt hatte – nahm A immer wieder in einer von ihr als belästigend und teilweise bedrohlich empfundenen Weise Kontakt auf. Im Jahr 2005 verpflichtete sich A in einem zivilrechtlichen Vergleich, es zu unterlassen, mit D unter anderem fernmündlich Kontakt aufzunehmen sowie sie zu verfolgen und ihr nachzufahren. Mit – noch nicht rechtskräftigem – Urteil vom August 2007 ist A wegen des Vorwurfs, mit seinem Pkw auf die D in der Absicht zuzufahren zu sein, sie zu überfahren, zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt worden. A ist dringend verdächtig, am 12. 5. 2007 gegen 22.29 Uhr den Festnetzanschluss im Haus der Eltern der D angriffen und ihrem Bruder gegenüber gesagt zu haben: „Du kannst D sagen, dass ich wieder da bin, und wenn ich sie alleine sehe, bringe ich sie um“. Er ist weiter dringend verdächtig, am 11. 10. 2007 um 16.51 Uhr bei dem Friseursalon, in dem die D arbeitet, angerufen und zu ihr gesagt zu haben: „Ich bring dich um“. D ist wegen der Telefonanrufe verängstigt. Aus Angst, A alleine zu begegnen, lässt sie sich beim Verlassen der Wohnung begleiten, so etwa bei dem Weg zur Arbeit von der Frau ihres Chefs, ansonsten von ihrem Ehemann oder ihrer Mutter. Gegen den vom AG erlassenen Haftbefehl wendet sich A mit seiner Beschwerde.

### Einführung in die Probleme

Ein Straftatbestand am Beginn seiner Karriere: Der hier besprochene Beschluss des LG Lübeck ist eine der ersten veröffentlichten Entscheidungen<sup>1</sup> zum neuen Stalking-Tatbestand des § 238 I StGB, der zum 31. 3. 2007 in Kraft getreten ist. Das Gesetz bedroht in dieser Vorschrift Handlungen mit Strafe, durch die einer anderen Person beharrlich nachgestellt, aufgelauert oder in anderer Weise in ihren individuellen Lebensbereich eingegriffen wird<sup>2</sup>. Dass dies einige Auslegungsschwierigkeiten provozieren würde, lag bei der Vielzahl der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe („beharrlich“, „missbräuchlich“, „schwerwiegend“) von Anfang an auf der Hand. In dem auf einen amtsgerichtlichen Haftbefehl hin ergangenen Beschwerdebeschluss (§ 304 I StPO)<sup>3</sup> konkretisiert das Gericht die Anforderungen an die Tathandlungen in § 238 I Nrn. 2 und 4 StGB. Es setzt sich dabei ausführlicher mit dem Tatbestandsmerkmal der „Beharrlichkeit“ auseinander. Da dieses Merkmal für alle fünf Varianten des § 238 StGB Geltung beansprucht, kommt der – obgleich nur unterinstanzlichen – Entscheidung Bedeutung für das Verständnis des neuen Gesetzes zu.

### Prüfungsaufbau § 238 I StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Tathandlung

aa) Unbefugtes Nachstellen durch Handlung gem. Nrn. 1–5

bb) Objektive Beharrlichkeit des Nachstellens

b) Taterfolg: Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers

##### 2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und subjektive Beharrlichkeit (besonderes persönliches Merkmal i. S. des § 28 I StGB)

#### II. Rechtswidrigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen (Unbefugtheit nach h. M. bereits Tatbestandsmerkmal)

#### III. Schuld

#### IV. Verfolgbarkeit: Strafantrag gem. § 238 IV StGB

### Darstellung und Analyse

Die Beschwerde des A wird verworfen, weil neben den Voraussetzungen des § 241 I StGB beim zweiten Anruf vom 11. 10. 2007 eine Nachstellung im Sinne des Gesetzes vorliege:

1. A habe D bei beiden Anrufen unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln (§ 238 I Nr. 2 StGB) mit der Verletzung des Lebens gedroht, am 12. 5. 2007 über einen Dritten (§ 238 I Nr. 4 StGB). Bei beiden Handlungen lägen die Voraussetzungen der Beharrlichkeit vor. Die Kammer geht davon aus,

„dass das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit i. S. des § 238 StGB nach der Gesetzesbegründung eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot bezeichnet, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert. . . Die Kammer geht weiter davon aus, dass sich diese Hartnäckigkeit nicht an einer festen Anzahl einzelner Handlungen festmachen lässt. Dementsprechend sieht § 238 StGB auch keine bestimmte Mindesthäufigkeit oder Mindestdichte vor. Die Gesetzesbegründung spricht insoweit nur davon, dass eine „wiederholte“ Begehung Voraussetzung ist und verweist im Übrigen darauf, dass der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Handlungen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind“.

Dies aber ist in dieser Allgemeinheit problematisch, denn es lässt sich gut vertreten, dass dem Gesetzesbegriff des „Nachstellens“ schon nach dem Wortlaut objektiv ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit immanent ist. Diese Dauerhaftigkeit fällt nach einer überzeugenden, wenn auch bislang nur von einer Minderansicht vertretenen Auffassung<sup>4</sup> mit dem Begriff der „Beharrlichkeit“ nicht ohne Weiteres zusammen, auch wenn der Gesetzgeber sich bewusst gegen die Aufnahme des Begriffes „wiederholt“ in den Text oder das Erfordernis einer numerisch bestimmten Mindestzahl von Nachstellungshandlungen („five strikes and you're out“<sup>5</sup>) entschlossen hat. Für ein solches, restriktives Verständnis dürften zudem auch von Mitsch<sup>6</sup> dargelegte weitere Argumente streiten. Mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Gesetzes (Art. 103 II GG) und das Ultima-ratio-Prinzip liegt es nahe, den Begriff der Beharrlichkeit verfassungskonform restriktiv auszulegen. Es bestehen deshalb durchgreifende Bedenken, ob zwei Drohanrufe innerhalb von sechs Monaten (dauerhaftes) Nachstellen i. S. des § 238 I StGB bedeuten. All dies erörtert die Kammer freilich nicht – vielleicht auch deshalb, weil A in anderer Sache schon im August 2007 wegen eines erheblichen tätlichen Angriffs auf D zu einer nicht mehr bewährungsfähigen Strafe verurteilt wurde. Doch hat das OLG über seine Revision in diesem Fall noch nicht entschieden, und D ist wohl auch nicht geständig; es gilt also ungeschmälert die prozessuale Unschuldvermutung und das LG darf diese Tat nicht berücksichtigen. Doch wäre eine Verurteilung des A auch ohne das richterliche Wissen um jenes Urteil des LG Lübeck erfolgt?

1 Das bereits vorher ergangene Urteil des AG Augsburg, BeckRS 2008, 04824, verzichtet allerdings auf jegliche Rechtsausführungen.

2 Vgl. Mosbacher, NSZ 2007, 665; Mitsch, NJW 2007, 1237; Kinzig/Zander, JA 2007, 481; Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029; Gazeas, JR 2007, 497. Zu weiteren Straftatbeständen in diesem Kontext (z. B. §§ 223 ff., 240 ff., 263 StGB, § 4 GewSchG) Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 2008, § 238 Rdnr. 24.1; BVerfG, JuS 2007, 384 (Jahn).

3 Zum Rechtszug Meyer-Göfner, StPO, 50. Aufl. (2007), § 117 Rdnr. 8.

4 Fischer, StGB, 55. Aufl. (2008), § 238 Rdnr. 9; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB (o. Fußn. 2), § 238 Rdnr. 11 (fünf Handlungen als „grobe Richtschnur“); a. A. aber Lachner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 238 Rdnr. 3; Köper, BT, 7. Aufl. (2008), S. 240 f.; Eisele, BT I (2008), Rdnr. 499; offen Wessels/Hettinger, BT I, 31. Aufl. (2007), Rdnr. 369 f.; Rengier, BT II, § 26 a Rdnr. 4.

5 Schon in einem der Diskontinuität anheimgefallenen Entwurf aus der letzten Legislaturperiode waren ursprünglich fünf Wiederholungen als Untergrenze ausdrücklich vorgesehen (BR-Dr. 15/5410, S. 7).

6 Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240).

2. Zwar sind auch nach Auffassung der *Beschwerdekammer* bei der erforderlichen richterlichen Wertung des Gesamtverhaltens unter anderem der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Vorfällen, deren innerer Zusammenhang und darüber hinaus ihre Entwicklung zu berücksichtigen, vor allem dann, wenn der Täter zu immer stärker belästigenden Maßnahmen greift, die auf eine fortschreitende Eskalation schließen lassen. Doch das *Gericht* schließt aus seiner wenig restriktiven Grundhaltung rechtsgrundsätzlich,

„dass unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes bereits zwei Nachstellungshandlungen ausreichen können, um Beharrlichkeit annehmen zu können“.

Damit ist der Boden bereitet, um die Voraussetzungen der „Beharrlichkeit“ im vorliegenden Fall bejahen zu können:

„A ist dringend verdächtig, die Kontaktaufnahme mit der Geschädigten an verschiedenen Orten und teilweise über andere Personen versucht zu haben, was bei der Geschädigten das Gefühl, verfolgt zu werden, besonders nachdrücklich hervorzurufen geeignet ist. Zudem handelt es sich um inhaltlich massive Drohungen... Zwischen den beiden Anrufen liegt damit eine Steigerung in der Intensität, insbesondere indem der Angeschuldigte der Geschädigten näher gerückt ist“.

3. Unter Konkurrenzaspekten liege daher wegen der beiden Telefonanrufe vom 12. 5. 2007 und vom 11. 10. 2007 eine einheitliche Nachstellung gem. § 238 I Nr. 2 und Nr. 4 StGB vor (tatbestandliche Handlungseinheit<sup>7</sup>).

4. Was sind die unmittelbaren Konsequenzen für A? Da das *Gericht* neben dem dringenden Tatverdacht der §§ 238 I, 241 I StGB auch den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr gem. § 112 II Nr. 3 b StPO bejaht<sup>8</sup> – es sei zu befürchten, dass A<sup>9</sup> beabsichtige, die Zeugin B an einer Aussage zu hindern – und die Haft auch als verhältnismäßig ansieht, wird der Beschwerde nicht abgeholfen. A bleibt weiterhin in Untersuchungshaft.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Ob gegen diese Entscheidung – was zulässig war (§§ 310 I Nr. 1 StPO, 121 I Nr. 2 GVG) – weitere Beschwerde zum OLG eingelegt wurde, ist nicht bekannt. Dass dieser Rechtsbehelf nicht aussichtslos gewesen wäre, ist deutlich geworden. Bleiben die Impulse aus der Praxis zu § 238 I StGB ähnlich problematisch wie dieser, dürfte Klausurstellern neuer Stoff kaum ausgehen.

Matthias Jahn

Zur Vertiefung: Valerius, Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319.

7 Fischer (o. Fußn. 4), § 238 Rdnr. 39.

8 Der ebenfalls neugeschaffene Haftgrund der sog. Deeskalationshaft bei Stalking (vgl. Mosbacher, NStZ 2007, 665 [670]) setzt einen – hier nicht gegebenen – dringenden Tatverdacht nach § 238 II oder III voraus.

9 In der Entscheidung heißt es an dieser Stelle plötzlich nicht mehr „Angeschuldigter“, sondern „Angeklagter“, obgleich die Kammer nur über die Haftfrage zu entscheiden hat – *boni soit qui mal y pense!*

## 7. Strafprozessrecht

Verwirkung des Rechtsschutzbedürfnisses bei erledigter Ermittlungsmaßnahme

StPO § 304

1. Das Rechtsschutzbedürfnis kann bei der Beschwerde gegen eine erledigte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme entfallen,

wenn die verspätete Einlegung des Rechtsbehelfs gegen Treu und Glauben verstößt.

2. Jedenfalls bei Einlegung innerhalb von einem Jahr nach Bekanntwerden der Ermittlungsmaßnahme und innerhalb von neun Monaten nach Einstellung des zu Grunde liegenden Verfahrens gem. § 170 II StPO kann noch nicht von einer solchen Verwirkung ausgegangen werden. (Leitsätze des Verfassers)

*BVerfGE* Beschl. v. 4. 3. 2008 – 2 BvR 2111/07 u. a., BeckRS 2008, 33785

#### Zum Sachverhalt

P war im Sommer 2003 als Polizeibeamter mit der Erstaufnahme eines Raubüberfalls in W befasst. Über diesen Überfall berichtete die Journalistin B in zwei Artikeln in einer Tageszeitung. Sie deckte Ungereimtheiten in dem Ermittlungsverfahren auf, die nach Einschätzung der Polizeiführung nur den unmittelbaren Verfahrensbeteiligten bekannt gewesen sein dürften. Im September 2003 wurde deshalb ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verletzung des Dienstgeheimnisses nach § 353 b StGB gegen Unbekannt eingeleitet. Am 9. 10. 2003 ordnete das AG die Herausgabe der Telekommunikationsverbindungsdaten des Mobiltelefons sowie des privaten Festnetzanschlusses der B an. Es bestehe der Verdacht, dass sie einen bisher noch nicht ermittelten Polizeibeamten dazu angehalten habe, mutmaßlich gegen Entgelt Dienstgeheimnisse zu verraten. Nachdem festgestellt worden war, dass die B auch mit P per SMS Kontakt aufgenommen hatte, richteten sich die Ermittlungen unter anderem gegen diesen. Um einen Tatnachweis zu erbringen, sollte eine „Köderfalle“ in Form eines echten Ermittlungsverfahrens, das gezielt mit Falschinformationen angereichert worden war, in der Zeit vom 9.–12. 2. 2004 im Polizeirevier W ausgelegt werden. Zur Überprüfung der Reaktion des Beschuldigten auf die „Köderfalle“ ordnete das AG mit Beschlüssen vom 9. 2. 2004 die Herausgabe der Telekommunikationsverbindungsdaten des P sowie der B für die nachfolgenden drei Tage an. Seit März 2004 wurde schließlich auch die B als weitere Beschuldigte unter anderem wegen des Verdachts der Anstiftung zum Verrat von Dienstgeheimnissen geführt. Am 18. 4. 2005 wurde P und B mitgeteilt, dass Maßnahmen nach §§ 100 g, 100 h StPO gegen sie ergriffen worden waren. Das Ermittlungsverfahren wurde jedoch am 25. 7. 2005 nach § 170 II StPO eingestellt, weil ein Tatnachweis nicht erbracht werden konnte. Sowohl P als auch B legten Ende April 2006 Beschwerde unter anderem gegen die Beschlüsse des AG vom 9. 2. 2004 betreffend die Erhebung ihrer Telekommunikationsverbindungsdaten ein. Diese wurden vom LG verworfen. Die Anrufung der Gerichte nach langer Zeit untätigen Zwartens sei unzulässig, denn auch ein an sich unbefristeter Antrag könne nicht nach Belieben hinausgezögert werden. Mit ihren Verfassungsbeschwerden machen P und B geltend, das LG habe damit ein von der Prozessordnung vorgesehenes Rechtsmittel leerlaufen lassen und so das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzt.

#### Einführung in die Probleme

Unter welchen Voraussetzungen darf von der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit erledigter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses abgesehen werden? Der Kammerbeschluss behandelt mit den Voraussetzungen der Verwirkung bei nicht fristgebundenen Rechtsbehelfen eine Frage des Strafprozessrechts, die in allen gerichtlichen Verfahren eine Rolle spielt. Er verdient daher besondere Aufmerksamkeit.

1. Grundlage für das Entstehen des Problems ist die seit mehr als einem Jahrzehnt gefestigte Senatsrechtsprechung des BVerfG zur so genannten prozessualen Überholung.

a) An dem für die Beschwerde erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehlte es nach früherer st. Rspr.<sup>1</sup> dann, wenn die auf Grund einer richterlichen Anordnung durchgeführte Zwangsmaßnahme bereits vollzogen war. Die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme sei in der StPO

1 BVerfGE 49, 329 (340 ff.) = NJW 1979, 154; BChSl 10, 88 (91) = NJW 1957, 637.



nicht vorgesehen. Sie unterscheidet sich von anderen Prozessordnungen, die in Normen wie § 113 I 4 VwGO den Rechtsschutz gegen erledigte Maßnahmen ausdrücklich regeln. Auch Art. 19 IV GG gewähre Rechtsschutz nur *durch*, nicht aber *gegen* den Richter.

b) An diesem Punkt setzte BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163, an und änderte die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich, nicht zuletzt unter dem Eindruck der Belastung des *Gerichts*, das mangels Eröffnung eines fachgerichtlichen Rechtsweges i. S. des § 90 II 1 BVerfGG massenhaft angerufen wurde<sup>2</sup>. Seither gilt: Zwar fordert Art. 19 IV GG keinen Instanzenzug. Eröffnet das Prozessrecht wie in § 304 StPO aber eine weitere Instanz, so muss dem Bürger in diesem Rahmen auch effektiver Rechtsschutz gewährt werden. Ein Rechtsschutzinteresse ist danach auch in Fällen tiefgreifender Grundrechtseingriffe gegeben, in denen sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt nach dem typischen Verfahrensverlauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Tiefgreifende Grundrechtseingriffe kommen vor allem bei Anordnungen in Betracht, die das Grundgesetz – wie in den Fällen von Art. 13 II und 104 II, III GG – dem Richter vorbehält. Ein darüberhinausgehendes Rehabilitationsbedürfnis ist dann nicht erforderlich<sup>3</sup>.

2. Die hier zu analysierende Entscheidung beschäftigt sich mit der praktisch bedeutsamen Frage, wann wegen des Zeitablaufs zwischen dem Vollzug der Maßnahme bzw. Einstellung des Verfahrens einerseits und der Beschwerdeeinlegung andererseits von dem eben dargestellten Grundsatz eine Rückausnahme angezeigt erscheint. Dazu kann es etwa kommen, wenn eine außergerichtliche Einigung angestrebt wird, die letztlich scheitert, aber auch dann, wenn der Betroffene z. B. nach einer aufsehenerregenden Medienberichterstattung erst einmal einige Monate „Gras“ über die Sache wachsen lassen möchte, um erst bei abflauendem öffentlichen Interesse seine Rechte zu verfolgen.

### Darstellung und Analyse

Die 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG nimmt eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 19 IV GG durch die landgerichtlichen Beschlüsse an und findet dafür eine im Ergebnis überzeugende Begründung.

1. Zwar sei es grundsätzlich mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbar, die Rechtsschutzgewährung von einem fortbestehenden allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis abhängig zu machen:

„Diese allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungsvoraussetzung wird abgeleitet aus dem auch im Prozessrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte sowie dem auch für die Gerichte geltenden Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns“.

Diese Begründung ist im Ausgangspunkt zwar zutreffend, wenn auch für das strafprozessuale Verfahren etwas zu allgemein. Für das Zivil- und das Verwaltungsprozessrecht (vgl. § 173 S. 1 VwGO) ist zwar allgemein anerkannt, dass jegliche Prozesshandlung durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt wird<sup>4</sup>. Voraussetzung für eine Übertragung dieses Grundsatzes auf die StPO wäre aber, dass zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem eine besondere rechtliche Beziehung (Sonderverbindung) besteht. Im Strafprozess fehlt es jedoch regelmäßig an einem Prozessrechtsverhältnis, aus dem heraus ein so weit reichender Vertrauenstatbestand entstehen könnte. Deshalb kann der Gedanke des *venire contra*

*factum proprium* in das Strafprozessrecht – man denke nur an den schnell erhobenen, meistens wechselseitigen Vorwurf „treuwidrigen“ Prozessierens in einer konflikthaften Hauptverhandlung – nicht ohne Weiteres übertragen werden<sup>5</sup>.

2. Jedenfalls für die nicht an Fristen gebundene Beschwerde (§ 304 StPO) ist allerdings dem BVerfG zuzustimmen, wenn es die beiden anerkannten Elemente des Verwirkungsgedankens anwendet:

„Das Rechtsschutzbedürfnis kann entfallen, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, etwa weil der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft (Zeitmoment) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (Umstandsmoment)“.

Deshalb kann

„auch ein an sich unbefristeter Antrag ... nicht nach Belieben hinausgezögert oder verspätet gestellt werden, ohne unzulässig zu werden“.

3. Allerdings habe das LG diese von ihm zutreffend erkannten Grundsätze in einer den Rechtsschutzanspruch von P und B unverhältnismäßig verkürzenden Weise angewandt. Es fehle vorliegend jedenfalls am Umstandsmoment. Zumindest bei Einlegung der Beschwerde innerhalb von einem Jahr nach Bekanntwerden der Ermittlungsmaßnahmen und innerhalb von neun Monaten nach Einstellung des Verfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts könne noch nicht von Verwirkung ausgegangen werden. Das bloße Untätigbleiben lasse nicht die Annahme zu, dass eine strafprozessuale Beschwerde nicht mehr eingelegt werden würde, denn

„hier ... wurde das Ermittlungsverfahren nach § 170 II StPO ohne weiteres Zutun der Beschwerdeführer beendet“.

Anders könne dies etwa dann sein, wenn ein Ermittlungsverfahren mit Zustimmung des Betroffenen und nach Leistung einer Geldauflage nach § 153 a StPO eingestellt und erst fast zwei Jahre danach Beschwerde gegen eine in diesem Verfahren getroffene Zwangsmaßnahme eingelegt wird<sup>6</sup>. Auch könne von einer Verwirkung des Rechtsschutzinteresses dann ausgegangen werden, wenn zwar das Umstandsmoment in den Hintergrund tritt, aber ein so langer Zeitraum vergeht, dass mit einem Tätigwerden schlechthin nicht mehr zu rechnen war, etwa fünf Jahre nach dem Vollzug einer Zwangsmaßnahme und drei Jahre nach rechtskräftigem Abschluss des zu Grunde liegenden Ermittlungsverfahrens<sup>7</sup>.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass gerade bei der Anwendung des Verwirkungsgedankens die erste Regel jeder Rechtskonkretisierung gilt: Es kommt darauf an. Deshalb ist es konsequent, wenn das BVerfG schon die Möglichkeit der Festlegung auf eine abstrakte Frist, ab der *stets* von dem Vorliegen des Zeitmoments für die Verwirkung auszugehen wäre, verneint. Zur näheren Bestimmung des Zeitmoments

2 S. Jahn, NSZ 2007, 255 (257).

3 Vgl. Roxin, StV 1997, 654 (656). Zu den Folgerungen für den strafprozessualen Rechtsweg Rössner, 30 Probleme aus dem StrafProzR, 2. Aufl. (2007), 13. Problem; Jahn/Eckhardt, JA 1999, 776.

4 BHZ 20, 198 (206) = NJW 1956, 990; BVerfGE 44, 294 (298) = NJW 1974, 1260, m. Anm. Mittenzwei, NJW 1974, 1884; Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 89.

5 Die Einzelheiten sind durch die strafprozessuale Theorie vom Instanzmissbrauch nicht geklärt, vgl. Weber, GA 1975, 289 (293); Kudlich, JuS 1997, 507 (510); zurückhaltend deshalb Lüderssen/Jahn, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2006), Einl. M Rdnr. 1 b.

6 So die Konstellation in BVerfG, NJW 2003, 1514 (1515).

7 So lag es in BVerfG, BeckRS 2006, 21838.

ist daher ungeachtet gewisser Leitlinien, die der Rechtsprechung des *BVerfG* zu entnehmen sind, nicht auf eine starre Höchst- oder Regelfrist abzustellen, sondern allein auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Genau diese den Sachverhalt möglichst umfassend auswertende Argumentation wird auch in der Klausur erwartet.

Matthias Jahn

Zur Einführung: *Krach*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Jura 2001, 737.

Zur Vertiefung: *Jahn*, Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des *BVerfG*, *NSStZ* 2007, 255.

Zur Übung: *Hellmann*, Fallsammlung zum StrafProzR, 3. Aufl. (2008), Klausur Nr. 3 (Rdnrn. 265 ff.).

## 8. Zivilrecht – Allgemeines Schuldrecht – Deliktsrecht

Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Übertragung von Verkehrspflichten

BGB §§ 328, 823 I

1. Die Übertragung der Streupflicht durch den Vermieter auf einen Dritten dient auch der Sicherung des Zugangs zum Mietobjekt. Die dort wohnhaften Mieter können deshalb in den Schutzbereich des Übertragungsvertrages einbezogen sein.

2. Die deliktische Einstandspflicht des mit der Wahrnehmung der Verkehrssicherung Beauftragten besteht auch dann, wenn der Vertrag mit dem Primärverkehrssicherungspflichtigen nicht rechtswirksam zu Stande gekommen ist.

*BGH, Urt. v. 22. 1. 2008 – VI ZR 126/07, NJW 2008, 1440 = NZM 2008, 242*

### Zum Sachverhalt

Die Kl. stürzte beim Verlassen des von ihr bewohnten Hauses in Berlin, weil trotz Schnee- und Einglätte der öffentliche Gehweg vor dem Haus nicht hinreichend bestraut war. Die Stadt Berlin hatte die ihr obliegende Räum- und Streupflicht auf die Hauseigentümer übertragen. Der Eigentümer des betreffenden Grundstücks hatte seinerseits die Bkl. mit der Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten betraut. Die nach § 6 I Straßenreinigungsgesetz Berlin vorgeschriebene Übertragungsanzeige an die Stadt Berlin fehlte für den betreffenden Winter. Die Kl. verlangt Schadensersatz.

### Einführung in die Probleme

Die Schwierigkeit des Falles lag darin, dass die Kl. nicht gegen den Hauseigentümer als ihren Vermieter voring, sondern gegen die Bkl., die sich lediglich dem Hauseigentümer gegenüber vertraglich zum Streuen verpflichtet hatte. Eine „vertragliche“ Haftung der Bkl. – oder genauer gesagt: eine Haftung aus einem existierenden Schuldverhältnis – konnte daher nur darauf gestützt werden, dass der Vertrag zwischen dem Hauseigentümer und der Bkl. Schutzwirkung zu Gunsten der Kl. entfaltete. Deliktisch lag das Problem darin, dass der Bkl. an sich keinerlei Verkehrspflichten gegenüber der Kl. oblagen, sondern wiederum nur aus der Vereinbarung mit dem Hauseigentümer abgeleitet werden konnten.

### Darstellung und Analyse

1. Der *BGH* erörterte zunächst die deliktische Haftung der Bkl. Die Kl. hatte eine Körperverletzung erlitten; ein absolu-

tes Recht i. S. von § 823 I BGB war damit verletzt. Da die Bkl. diese Verletzung aber nicht unmittelbar herbeigeführt hatte, setzte ihre Haftung die Verletzung einer Verkehrs(sicherungs)pflcht voraus. Diese – ungeschriebene – Voraussetzung einer Deliktshaftung bei mittelbaren Rechtsverletzungen macht im Übrigen die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen entbehrlich. Wo sie dogmatisch zu verorten ist, ist unstritten: Vereinzelt wird angenommen, bei verkehrsrichtigem Verhalten entfalle die Adäquanz<sup>1</sup>. Doch das ist nicht überzeugend, weil auch verkehrsrichtiges Verhalten die Wahrscheinlichkeit von Rechtsgutsbeeinträchtigungen vorhersehbar erheblich erhöhen kann. Im Übrigen wird die Verletzung einer Verkehrspflicht teils als eigenes Tatbestandsmerkmal angesehen<sup>2</sup>, teils als Element der Rechtswidrigkeit (Verhaltensunrecht)<sup>3</sup>. Praktische Bedeutung hat das kaum. – Zur Frage, ob die Bkl. eine Verkehrspflicht traf, führte der *BGH* aus:

„(9) ... Nach st. Rspr. des erkennenden *Senats* können Verkehrssicherungspflichten mit der Folge eigener Entlastung delegiert werden. Die Verkehrssicherungspflichten des ursprünglich Verantwortlichen verkürzen sich dann auf Kontroll- und Überwachungspflichten. Wer sie übernimmt, wird seinerseits deliktisch verantwortlich. Voraussetzung hierfür ist, dass die Übertragung klar und eindeutig vereinbart wird“.

Das *BerGer.* hatte eine Verkehrssicherungspflicht der Bkl. mit dem Argument verneint, es fehle an den Voraussetzungen von § 6 I Straßenreinigungsgesetz Berlin. Das ist schon nach dem Wortlaut der Vorschrift eher fernliegend, da diese nur die Entlastung des Anliegers, nicht dagegen die Belastung desjenigen, der den Winterdienst übernimmt, von der Anzeige an die zuständige Behörde und von deren Zustimmung abhängig macht. Der *BGH* wies die Ansicht des *BerGer.* jedoch nicht aus diesem Grund zurück, sondern stützte sich auf allgemeine Grundsätze zur Übernahme einer Verkehrspflicht:

„(9) ... Entgegen der Auffassung des *BerGer.* ist hingegen nicht erforderlich, dass die nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderliche Anzeige der Übertragung gegenüber der zuständigen Behörde erfolgt ist. Die deliktische Einstandspflicht des mit der Wahrnehmung der Verkehrssicherung Beauftragten besteht auch dann, wenn der Vertrag mit dem Primärverkehrssicherungspflichtigen nicht rechtswirksam zustande gekommen ist. ... Entscheidend ist, dass der in die Verkehrssicherungspflicht Eintretende faktisch die Verkehrssicherung für den Gefahrenbereich übernimmt und im Hinblick hierauf Schutzvorkehrungen durch den primär Verkehrssicherungspflichtigen unterbleiben, weil sich dieser auf das Tätigwerden des Beauftragten verlässt. Dieser ist aufgrund der von ihm mitveranlassten neuen Zuständigkeitsverteilung für den übernommenen Gefahrenbereich nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen verantwortlich. Insofern ist seine Verkehrssicherungspflicht nicht abgeleiteter Natur. Vielmehr erfährt sie mit der Übernahme durch den Beauftragten in seine Zuständigkeit eine rechtliche Verselbständigung. Er ist es fortan, dem unmittelbar die Gefahrenabwehr obliegt und der dafür zu sorgen hat, dass niemand zu Schaden kommt. Inhalt und Schutzbereich dieser verselbständigten Verkehrssicherungspflicht bestimmen sich allein danach, was objektiv erforderlich ist, um mit der Gefahrenstelle in Berührung kommende Personen vor Schaden zu bewahren“.

Die Bkl. haftete daher nach § 823 I BGB, wenn sie ihre Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt und dadurch die Körperverletzung der Kl. verursacht hatte. Insofern verwies der *BGH* zur weiteren Tatsachenfeststellung zurück.

1 *BGH, VersR* 1969, 895 (896); *Palandt/Sprau*, BGB, 67. Aufl. (2008), § 823 Rdnr. 53.

2 *Erman/Schiemann*, BGB, 12. Aufl. (2008), § 823 Rdnrn. 12 f., 75 f.; *Larenz/Caparié*, SchuldR II/2, 13. Aufl. (1994), S. 368 f., 406; *Soergel/Krause*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 823 Anh. II Rdnr. 15.

3 *Kötz/Wagner*, DeliktsR, 10. Aufl. (2006), Rdnrn. 108 ff., 160; *Soergel/Zimmer*, BGB, 12. Aufl. (1999), § 823 Rdnr. 156.



4. Die Regelung des § 80 c NdsBG stehe auch mit dem durch Art. 33 V GG garantierten Alimentationsprinzip nicht in Einklang:

„Das Alimentationsprinzip, welches der Gesetzgeber zu beachten hat (vgl. *BVerfG*, NVwZ 2007, 568; st. Rspr.), verpflichtet den Dienstherrn, den Beamten und seine Familie lebenslang angemessen zu alimentieren und ihm nach seinem Dienststrang, nach der mit seinem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren. Der Beamte muss über ein Nettoeinkommen verfügen, das seine rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit und Unabhängigkeit gewährleistet und ihm über die Befriedigung der Grundbedürfnisse hinaus einen seinem Amt angemessenen Lebenskomfort ermöglicht (vgl. *BVerfGE* 8, 1 [14] = NJW 1958, 1228; *BVerfGE* 114, 258 [287 f.] = NVwZ 2005, 1294; st. Rspr.)“.

Anders als bei der familienpolitisch begründeten Teilzeitbeschäftigung von Beamten mit kleinen Kindern sei die von vornherein erzwungene Inkaufnahme der Teilalimentierung weder sozialpolitisch noch aus der Sicht des Berufsbeamtentums gerechtfertigt.

5. Auf besonderes Interesse stößt das Urteil, weil es die wohl erste Äußerung des *BVerfG* zur Neufassung des Art. 33 V GG mit dessen „Fortentwicklungsklausel“ enthält. Die Vorschrift habe am maßgeblichen Regelungsgehalt der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nichts geändert. Fortzuentwickeln sei das Recht des öffentlichen Dienstes, nicht aber der hierfür geltende Maßstab, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Eine Verschiebung der verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis sei nicht beabsichtigt gewesen. Weitergehende Erwartungen an größere Regelungsspielräume des Gesetzgebers fertigt der *Senat* kurz und knapp ab.

Da das Gesetz auch keine verfassungskonforme Interpretation zulasse, sei es für verfassungswidrig zu erklären.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Entgegen den eingangs geschilderten Tendenzen bestätigt das Urteil in markanter Weise die Kernpunkte der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auch nach der Neufassung des Art. 33 V GG. Auch die Gründe sind unverändert: Neutralität, Gemeinwohlorientierung, Verhinderung von Konflikten durch Mehrfachbindung. Wenn der *Senat* auch erneut die Anpassungsfähigkeit des Beamtenrechts an geänderte Voraussetzungen betont, so lässt er doch im Kernbereich des Berufsbeamtentums nicht mit sich handeln. Das Urteil enthält allerdings auch eine „Hintertür“, die vor allem die Landesgesetzgeber mit Interesse zur Kenntnis nehmen werden: Es gilt nur für die Fälle, in denen Berufsanwärter im Beamtenverhältnis eingestellt werden. Angestelltenverhältnisse können weit flexibler begründet werden und sind auch in weiterem Umfang einsetzbar, als dies bisherigen Vorstellungen in der Interpretation von Art. 33 IV GG entsprach.

Friedhelm Hufen

Zur Ergänzung und Vertiefung: *Bull*, Beamte – die vernachlässigten Hüter des Gemeinwohls?, DÖV 2007, 1029; *Landau/Steinkühler*, Zur Zukunft des Berufsbeamtentums in Deutschland, DVBl 2007, 133; *Remmer*, Warum muss es Beamte geben?, JZ 2005, 53.

## 5. Verfassungsrecht – Strafrecht

Strafbarkeit des Geschwisterinzest

GG Art. 2 I i. V. mit 1 I, 6 I; StGB § 173 II 2

Die Strafvorschrift des § 173 II 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

*BVerfG*, *Beschl. v. 26. 2. 2008 – 2 BuR 392/07*, NJW 2008, 1137

### Zum Sachverhalt

Nach § 173 II 2 StGB werden leibliche Geschwister, die miteinander den Beischlaf vollziehen, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Ehe der Eltern des 1976 geborenen B und seiner 1984 geborenen leiblichen Schwester K war kurz vor Geburt der K geschieden worden. Mit sieben Jahren war B von seinen damaligen Pflegeeltern adoptiert worden und hatte deren Namen angenommen. Seitdem hatte er keinen Kontakt zu seiner Ursprungsfamilie. Erst im Jahr 2000 hatte er über das Jugendamt wieder Kontakt zu seiner leiblichen Mutter hergestellt und K kennengelernt, deren Existenz ihm bis dahin nicht bekannt gewesen war. Zwischen B und K entwickelte sich eine Beziehung, aus der seit dem Jahr 2001 vier gemeinsame Kinder hervorgingen. Das AG verurteilte B u. a. wegen Beischlafs zwischen Verwandten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten; die Sprungrevision zum OLG blieb erfolglos. Daraufhin erhob B Verfassungsbeschwerde, mit der er seine Verurteilung wegen Beischlafs zwischen Geschwistern angriff und die Feststellung der Nichtigkeit des der Verurteilung zu Grunde liegenden § 173 II 2 StGB erstrebte. Die Strafvorschrift verstoße u. a. gegen das in Art. 2 I i. V. mit 1 I GG verankerte Grundrecht der sexuellen Selbstbestimmung und sei wegen der Rechtsfolge – Verhängung von Kriminalstrafe – unverhältnismäßig. Eine Verurteilung auf dieser Grundlage greife zudem in das Grundrecht aus Art. 6 I GG ein.

### Einführung in die Probleme

Der wichtige Beschluss des 2. *Senats* gibt Anlass zu Bemerkungen sowohl aus straf- als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht<sup>1</sup>.

#### I. Die verfassungsrechtliche Sicht

Der Beschluss betrifft eines der ältesten Tabus der Menschheitsgeschichte, die körperliche Liebe zwischen Geschwistern. Sie spielt seit der Antike in zahllosen Tragödien, Romanen und Märchen eine Rolle und ist auch ein fester Bestandteil der Strafrechtsgeschichte. Wie die meisten Ehe- und Beischlafverbote hat auch das Inzestverbot neben soziokulturellen Gründen (Verhinderung unklarer Familien- und Erbchaftsverhältnisse, Ermöglichung des familiären Zusammenlebens auf engem Raum, Schutz weiblicher Familienmitglieder vor sexuellen Übergriffen von Vätern und Brüdern) einen genetisch-biologischen Kern. Inzestverbindungen führen zu einem mehrfach erhöhten Risiko behinderter Kinder, die aus solchen Beziehungen entstehen. Deshalb wurde auch selten die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots gestellt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht betrifft das auch noch heute bestehende Inzestverbot des § 173 II 2 StGB aber mehrere Grundrechte. Berührt das in ihm enthaltene Eheverbot den Schutzbereich der Ehefreiheit (Art. 6 GG)<sup>2</sup>, so sei daran erinnert, dass das *BVerfG* wegen dieses Grundrechts einige der nicht weniger traditionsreichen Eheverbote für nichtig erklärt hat, so etwa das Verbot der Ehe für in häuslicher Gemeinschaft lebende Verwandte<sup>3</sup>. So weit es nicht um das Eingehen einer Ehe geht sondern um den sexuellen Kontakt als solchen,

1 Die verfassungsrechtlichen Erwägungen im Text stammen jeweils von Hufen, die strafrechtlichen und allgemein methodischen von Jahn.

2 Dazu Hufen, StaatsR II, 2007, § 16 Rdnr. 5.

3 *BVerfGE* 36, 146 (166) = NJW 1974, 545.

steht dieser als Teil der Intimsphäre grundsätzlich unter dem Schutz der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ein gesetzliches „Beischlafverbot“ stellt also einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff dar und ist selbst nur verfassungsgemäß, wenn es hinreichend bestimmt und im Lichte der berührten Grundrechte verhältnismäßig ist<sup>4</sup>. Insofern spielt der objektive Schutzauftrag des Art. 6 GG auch auf der „Schrankenseite“ der Grundrechte eine Rolle. Die Freiheit sexueller Betätigung kann – sofern nicht der jeder Regelung entzogene Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist<sup>5</sup> – zum Schutz der Institutionen von Ehe und Familie als solcher eingeschränkt werden. Auch Art. 6 GG und die sozialstaatliche Vorsorge gegenüber genetisch bedingten Erkrankungen können insofern verfassungsimplizite Schranken sein.

Diesen Gründen räumt die Senatsmehrheit im vorliegenden Fall gegenüber den Grundrechten des betroffenen Geschwisterpaars letztlich größeres Gewicht ein, obwohl der Fall seiner Vorgeschichte nach einer antiken Tragödie nicht unähnlich ist und obwohl – worauf die Bf. ausdrücklich hingewiesen hatten – der Geschlechtsverkehr zwischen Geschwistern in den vom Code Napoleon beeinflussten europäischen und außereuropäischen Staaten nicht mit Strafe bedroht ist.

## II. Die strafrechtliche Sicht

1. Der Beschluss hat in seinem strafrechtlichen „Allgemeinen Teil“, der das Interesse der Grundlagendiskussion in den nächsten Jahren in besonderer Weise auf sich ziehen dürfte, eine lange Vorgeschichte. Sie hat nicht so sehr mit dem Inzestverbot in § 173 II 2 StGB zu tun. Die Vorschrift hat als etwas versteckt liegende „Straftat gegen Ehe und Familie“ keine herausgehobene Bedeutung, und zwar weder in der Rechtswirklichkeit noch unter Ausbildungsaspekten<sup>6</sup>. Es geht hier vielmehr um ein, wenn nicht sogar das Grundproblem des Strafrechts: Wo und worin ist die Legitimation seiner Normen zu suchen? Der im Zentrum des Interesses stehende Topos „Rechtsgut“ dürfte auf *Birnbaum* zurückgehen. Er hat ihn schon in einem Aufsatz aus dem Jahr 1834 zum Begriff des Verbrechens in unmittelbare Beziehung gesetzt<sup>7</sup>. Dass die Rechtsgutstheorie einen langen Atem brauchen würde, bis aus ihr allgemein akzeptierte und valide Begrenzungen für die Etablierung und Stabilisierung von Strafnormen entstehen würden, wurde dabei selbst von ihren Befürwortern und Förderern nicht bestritten<sup>8</sup>. Dieses begrüßenswerte Engagement hat jedoch bis heute noch nicht zu einem konsentierten Begriff des Rechtsguts geführt<sup>9</sup>. Die vorgeschlagenen Inhalte reichen von einem eher vagen Abstellen auf die von der Gesamtheit oder zumindest einer relevanten Mehrheit der staatlichen Gemeinschaft *anerkannten* oder *schutzbedürftigen Interessen* über die Zugehörigkeit eines Interesses zu den für den Bestand und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft *unverzichtbaren Werten* bis hin zu einschränkenden Formulierungen einer personalen Rechtsgutslehre, die nur Bedingungen anerkennen will, deren Bestand zur unmittelbaren oder mittelbaren *Gewährleistung der persönlichen Handlungsfreiheit* des Einzelnen nützlich ist.

2. Da sich im Strafrecht ein materieller Rechtsgutsbegriff also nur undeutlich abzeichnet, ist für die Kontrolle der Legitimität von Strafnormen durch ein Verfassungsgericht besondere Zurückhaltung angezeigt. Nur wenn eine Strafnorm wegen *evident* fehlender Basis in einem schützenswerten Rechtsgut gleichsam im rechtsfreien Raum schwebt, ist es nämlich überhaupt begründbar, dass sie gegen Verfassungsrecht verstoßen kann. Dann aber ist andererseits eine solche Evidenzkontrolle auch notwendig und im Verfassungsrecht – man denke nur an

das materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen<sup>10</sup> – durchaus gefestigte Dogmatik. Nun geht es beim Inzestverbot gerade um einen solchen Streitfall, was auf das Trefflichste durch die nachfolgenden, unter dem Begriff „Rechtsgut“ stehenden Auszüge aus dem StGB-Kommentar von *Fischer*<sup>11</sup> verdeutlicht wird, der auf dem Tisch beinahe jedes Strafrechtspraktikers steht: „Eine überzeugende Begründung fehlt ..., die Legitimation der Strafdrohung ist fraglich... Im Ergebnis kann daher aus Sicht eines rationalen Rechtsgüterschutzes § 173 nicht mehr legitimiert werden“.

## Darstellung und Analyse

Die Senatsmehrheit bejaht die Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm. Der Senatsvorsitzende und mittlerweile ausgeschiedene Gerichtsvizepräsident *Hassmer* vermerkt sie. Festgestellt ist damit die Vereinbarkeit von § 173 II 2 StGB mit dem Grundgesetz (§ 15 IV 2 BVerfGG).

1. In *verfassungsrechtlicher Hinsicht* betont die *Senatsmehrheit* zunächst den Schutz des Intim- und Sexualbereichs des Menschen als Teil der Privatsphäre. Es geht im vorliegenden Fall mangels Eheschließungsabsicht also nicht um Art. 6 GG, sondern ausschließlich um das Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i. V. mit 1 I GG. Hier sei es Sache des Einzelnen, wie er sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichtet, und der Einzelne kann auch grundsätzlich darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf sein Sexualverhalten hinnehmen will. Allerdings müsse der Einzelne staatliche Maßnahmen gegen sich gelten lassen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden (mit Nachweisen). Den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sieht der *Senat* also insgesamt als eröffnet an.

Ebenso deutlich ist, dass ein staatliches Verbot des Geschlechtsverkehrs in den so verstandenen Schutzbereich ein Grundrechtseingriff und damit rechtfertigungsbedürftig ist<sup>12</sup>.

So kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ins Spiel, der insbesondere bei Androhung von Freiheitsstrafe im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 II 2 GG verlangt, dass die Strafnorm dem Schutz An-

4 BVerfGE 65, 1 (44) = NJW 1984, 419; 96, 56 (61) = NJW 1997, 1769, m. Anm. Eidenmüller, JuS 1998, 789.

5 BVerfGE 80, 367 (373) = NJW 1990, 563 = NStZ 1990, 397, m. Anm. Störmer; zuletzt BVerfGE 109, 279 (313) = NJW 2004, 999 = JuS 2004, 522 (Sachs).

6 Die Norm ist nur noch in Bremen, dem Saarland und Thüringen Pflichtfachtstoff, vgl. *Joicks*, StGB, 7. Aufl. (2007), Vorb. § 173 Rdnr. 1 (dessen Kommentierung, nebenbei bemerkt, mit acht Zeilen sogar um eine Zeile kürzer als der Gesetzestext ist).

7 *Birnbaum*, Archiv d. Criminalrechts (NF) 15 (1834), 149. Zur Geschichte dieses Aufsatzes *Neubacher*, Jura 2000, 514.

8 Zum heutigen Diskussionsstand *Schäfersmann*, in: Festschr. f. Herzberg, 2008, S. 39 ff. (47 ff.); *Hefendehl*, GA 2007, 1.

9 S. nur *Joicks* (o. Fußn. 6), Vorb. § 173 Rdnr. 5. Zum Nachfolgenden ausf. *Roxin*, StraR AT I, 4. Aufl. (2006), § 2 Rdnrn. 2 ff.; *Weigend*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Einl. Rdnrn. 7 ff.

10 Zum Evidenzprinzip *Lücke/Nierhaus*, in: *Sachs*, GG, 4. Aufl. (2007), Art. 82 Rdnr. 13.

11 *Fischer*, StGB, 55. Aufl. (2008), § 173 Rdnr. 2; *Frister*, StraR AT, 2. Aufl. (2007), Kap. 3 Rdnr. 29 ergänzt: „In Wahrheit ist das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten, weniger problembewusste Regelung menschlichen Zusammenlebens als traditionale Wiederholung uralter Moralnormen“ und damit geradezu ein Musterbeispiel für die Strafbarkeit einer reinen Moralwidrigkeit“.

12 BVerfGE 65, 1 (44) = NJW 1984, 419, m. Anm. Eidenmüller, JuS 1998, 789.



derer oder der Allgemeinheit dient. Das Strafrecht sei insofern nur *ultima ratio* des Rechtsgüterschutzes.

Nach einigen allgemeinen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Verbots und dem hier gesondert zu behandelnden Problem des Rechtsgüterschutzes hält die *Senatsmehrheit* das Verbot letztendlich für verfassungsgemäß. In ihm liege kein dem Gesetzgeber von vornherein verwehrt Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe nämlich nicht ausschließlich diese selbst, sondern könne in die Familie und die Gesellschaft hineinwirken und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben. Die Betroffenen werden nach Auffassung der *Senatsmehrheit* auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unververeinbare ausweglose Lage versetzt. Insofern habe der Gesetzgeber seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten.

Als verfassungsrechtliche Gründe sieht die *Senatsmehrheit* den vor allem in dem durch Art. 6 GG geforderten Schutz von Ehe und Familie. Art. 6 GG schütze vorgefundene überkommene Lebensformen und andere Wertentscheidungen der Verfassung. Ehe und Familie seien durch die staatliche Rechtsgemeinschaft deshalb besonders zu schützen, weil sie einen existenziellen Bestandteil des menschlichen Zusammenlebens darstellen. Die leibliche und seelische Entwicklung der Kinder finde in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage. Mit sozialwissenschaftlichen Einwänden gegen die Strafbarkeit der Geschwisterliebe hält sich die *Senatsmehrheit* nicht lange auf. Inzestverbindungen führten zu einer Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen und damit zu einer Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen. Es habe daher seinen guten Sinn, wenn sexuelle Beziehungen im engsten Familienverband verhindert würden. Auch der Hinweis auf „Ehe-Inzest“ und „Despoteninzest“ fehlt nicht. Abschließend würdigt die *Senatsmehrheit* die besondere Gefahr, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung erwachsen, wegen der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erblicher Schädigung nicht ausgeschlossen werden könne.

2. Aus der *strafrechtlichen Rechtsgutslehre* ergeben sich nach Auffassung von sieben der Richter – ungeachtet der oben behandelten Frage der Verhältnismäßigkeit von Strafnormen im Einzelfall – darüber hinaus grundsätzlich keine Grenzen für den Strafgesetzgeber. Seine weite Einschätzungsprärogative bei der verbindlichen Festlegung des Bereiches strafbaren Handelns bleibe stets unberührt:

„Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannte‘ Rechtsgüter eingeengt werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr – auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo – nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt.“

Dagegen wendet sich das abweichende Votum – es beginnt mit dem Wort „Ich“ – mit schneidender Schärfe. *Hassemmer* meint,

„eine so vernünftige Strafdrohung passieren zu lassen, segnet schwere Fehler und Versäumnisse des Gesetzgebers verfassungsrechtlich ab und überdehnt den legislativen Spielraum im Strafrecht auf Kosten der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts.“

Deshalb widersetzt sich das Sondervotum auch der als zu weitgehend empfundenen Zurückhaltung (*self-restraint*) der *Senatsmehrheit* bei der Kontrolle strafrechtlicher Normen

und wartet zudem mit einem präzisierenden Obersatz für einen materiellen Rechtsgutsbegriff auf. Danach

„muss eine Strafnorm nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist. Es muss sich zudem um einen wichtigen Belang, um einen elementaren Wert, um eine Grundlage unseres Zusammenlebens handeln... Der Gesetzgeber darf es nicht der Rechtspraxis oder der Rechtswissenschaft überlassen, seiner Strafnorm einen Zweck nachträglich zu unterlegen.“

Dem ist aus strafrechtlicher Sicht nichts hinzuzufügen.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der Beschluss ist in verfassungsrechtlicher und strafrechtlicher sowie aus allgemein methodischer Hinsicht besonders bedeutsam.

1. Aus *verfassungsrechtlicher Sicht* fällt auf, dass der *Senat* bereit ist, überkommene Vorstellungen von der Rollenverteilung in der Familie und schlichte gesellschaftliche und ethische Tabus als Schranke individueller Freiheitsrechte gelten zu lassen. Gleichwohl wird man feststellen müssen, dass die methodischen Schwächen des Beschlusses jedenfalls nicht in der verfassungsrechtlichen Begründungsschiene liegen. Der *Senat* hat entschieden, dass es im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit liegt, die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs zwischen Geschwistern aufrechtzuerhalten. Begründet wird dies mit einer normativen Konzeption des Familienschutzes, die jedenfalls im Spektrum der geläufigen Interpretationen von Art. 6 GG liegt. Der verfassungsrechtliche Rezensent sieht also *keinen* Anlass, das Inzestverbot zu streichen. Man hätte sich allerdings wünschen können, dass der *Senat* größeres Gewicht auf die besondere Tragik des Einzelfalles gelegt hätte. So blieb es der Vernunft und der Menschlichkeit der am Vollzug beteiligten Behörden und Gerichte vorbehalten, dafür zu sorgen, dass der junge „Familienvater“ im Ausgangsfall nicht erneut in Strafvollzug geschickt wurde.

2. Der Beschluss vermag aus *strafrechtlicher Sicht* nicht zu überzeugen. Das ändert nichts daran, dass der Ausgangsfall zunächst einmal entschieden ist – Karlsruhe locuta, causa finita<sup>13</sup>. Die tragischen Konsequenzen für B stecken jedoch wie ein Stachel im Fleisch der Konstruktion der *Senatsmehrheit*. Bis sich die strafrechtliche Rechtsgutstheorie allerdings von diesem Rückschlag erholen und die Argumentation in dem furiosen Sondervotum von *Hassemmer* bei Gericht mehrheitsfähig werden kann, wird – wenn überhaupt – viel Zeit vergehen. Für den konkreten Anwendungsfall bleibt es aus Perspektive der Kriminalpolitik wohl für nicht Wenige auch nach der Entscheidung bei dem letzten Satz in den einleitenden Bemerkungen zu § 173 StGB in *Fischers* Standardkommentar: „Die Vorschrift sollte gestrichen werden“<sup>14</sup>.

Friedhelm Hufen/Matthias Jahn

Zur Einführung: Joachim Vogel, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des BVerfG, StV 1996, 110.

Zur Vertiefung: Hefendehl, Mit langem Atem – Der Begriff des Rechtsguts, GA 2007, 1.

<sup>13</sup> Karlsruhe hat gesprochen, damit ist die Sache entschieden.  
<sup>14</sup> Fischer (o. Fußn. 11), § 173 Rdnr. 2 a. E.

nicht mitteilt, hat es dem Rechtsbeschwerdegericht nicht ermöglicht, diese Bewertung revisionsrechtlich zu überprüfen. Da sich die Bezugnahme und damit die Lückenhaftigkeit bereits aus den Urteilsgründen ergeben, war der Einwand der übergangenen Einlassung des Betroffenen bereits auf die Sachrüge hin zu berücksichtigen. Einer formgerechten Verfahrensfrage bedurfte es daher vorliegend nicht.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Ingo E. Fromm, Koblenz

## Materielles Strafrecht/ Strafrechtliche Nebengebiete

### StGB § 46

Die ausdrückliche Feststellung der Verfahrensverzögerung dürfte bei einer Verfahrensdauer von drei Jahren in einer Haftsache als Kompensation nicht ausreichen (Red).

BGH, Beschl. v. 3.4.2008 – 4 StR 89/08 (LG Saarbrücken)

Das LG hat den Angeklagten wegen besonders schwerer sexueller Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. ...

1. Der Schuldspruch wegen tateinheitlich verwirklichter Körperverletzung nach § 223 StGB kann nicht bestehen bleiben, weil dieses Delikt auf der Konkurrenzebene von § 177 Abs. 4 Nr. 2 a StGB verdrängt wird (vgl. BGH StraFo 2004, 396; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 177 Rn 105). ...

3. Die Revision beanstandet mit der zulässig erhobenen, auf eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gestützten Verfahrensrüge jedoch zu Recht, dass das LG eine Entscheidung über die Kompensation für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung unterlassen hat.

Seit seiner Festnahme am Tatstage, dem 24.8.2004, befand sich der Angeklagte, der sich bei seiner hafterichterlichen Vernehmung am 25.8.2004 geständig eingelassen hatte, auf Grund des gegen ihn erlassenen Haftbefehls bis zu dessen Außervollzugssetzung unter Auflagen am 26.10.2004 in dieser Sache in Haft, so dass er bis zur Urteilsverkündung am 3.9.2007 durch die lange Verfahrensdauer besonderen Belastungen ausgesetzt war. Das Verfahren musste deshalb mit besonderer Beschleunigung betrieben werden, weil die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Beschleunigung des Verfahrens nicht nur für den vollstreckten Haftbefehl gelten, sondern darüber hinaus auch für einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl von Bedeutung sind (vgl. BVerfG StV 2003, 30 und 2006, 87, 88). Dies ist jedoch nach Aufhebung des auf den 11.7.2006 anberaumten Hauptverhandlungstermins nicht in der gebotenen Weise geschehen. Auf die Sachstandsanfrage der StA Saarbrücken mit Schreiben vom 23.11.2006 teilte der Vorsitzende mit Ver-

fügung vom 8.12.2006 lediglich mit, dass eine Terminierung vor Mai 2007 nicht möglich sei. Der Ende Mai 2007 auf den 26.6.2007 bestimmte Termin wurde wegen Verhinderung des Sachverständigen aufgehoben. Der auf den 3.7.2007 bestimmte Termin wurde aufgehoben, weil dieser Termin „in einer vorrangigen Haftsache“ benötigt wurde. Der danach nicht nur vorübergehend bestehende Engpass in der Verhandlungskapazität vermag die seit dem 8.12.2006 bis zum Beginn der Hauptverhandlung in dieser Sache eingetretene Verfahrensverzögerung nicht zu rechtfertigen (vgl. Senatsbeschluss vom 24.1.2006 – 4 StR 456/05 = wistra 2006, 226 und Senatsbeschluss vom 21.2.2008 – 4 StR 666/07).

Die wegen des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gebotene Kompensation für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung hat der neue Tatrichter nachzuholen. Dabei wird er den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 17.1.2008 – GSSSt 1/07 (NJW 2008, 860 [= StraFo 2008, 106]) zu beachten haben. Der neu erkennende Tatrichter wird zunächst Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen haben. Hieran anschließend wird zu prüfen sein, ob vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt; ist dies der Fall, was unter den hier gegebenen Umständen vor dem Hintergrund der Gesamtverfahrensdauer von drei Jahren fern liegen dürfte, muss diese Feststellung in den Urteilsgründen hervortreten. Reicht sie als Entschädigung nicht aus, so hat der neue Tatrichter festzulegen, welcher bezifferte Teil der Freiheitsstrafe zur Kompensation der Verzögerung als vollstreckt gilt (zur Bemessung vgl. BGH, Beschl. v. 14.2.2008 – 3 StR 416/07 Rn 4).

### StGB §§ 46, 47

Der Senat sieht es als schlechthin unangemessen an, den Diebstahl von Waren im Wert von ca. 5 EUR mit einer Freiheitsstrafe von vier Monaten zu ahnden (Red).

OLG Oldenburg, Beschl. v. 5.6.2008 – Ss 187/08 (I 96)

I. Die 74 Jahre alte Angeklagte ist seit 1977 insgesamt 13mal wegen Diebstahls – überwiegend geringwertiger Sachen – bestraft worden. Zwischen den Taten lagen teilweise fünf und mehr Jahre. Die Angeklagte wurde überwiegend mit Geldstrafen, später auch mit Freiheitsstrafen zur Bewährung bestraft. In drei Fällen, zuletzt 1994, kam es zu Teilverbüßungen. Durch Urteil des AG Wittmund vom 15.11.2007 ist sie wegen Diebstahls geringwertiger Sachen zu einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten ohne Strafaussetzung verurteilt worden. Dem lag zugrunde, dass die Angeklagte in einem Einkaufsmarkt Lebensmittel im Gesamtwert von 5,08 EUR entwendet hatte. ... III. Der Rechtsfolgenauspruch hält ... rechtlicher Überprüfung nicht stand. ...

Das LG hat ... rechtsfehlerfrei in Anwendung von § 47 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt. Diese



zulässiger kriminalistischer List und gem. § 136a StPO verbotener Täuschung wichtig. Folge einer Verletzung von § 136a I StPO ist die Unverwertbarkeit der so zu Stande gekommenen Aussage, unabhängig von etwaiger Zustimmung des Besch. (vgl. § 136a III StPO). Angesichts dieser gravierenden Rechtsfolge wird der Begriff der Täuschung von der Rechtsprechung eng ausgelegt<sup>20</sup>. Nicht jede List ist demnach unzulässig, sondern nur die absichtliche Täuschung. Ob eine unzulässige Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Besch. vorliegt, ist danach zu entscheiden, wie der Besch. die polizeilichen Vorhaltungen in der konkreten Vernehmungssituation verstehen konnte und verstanden hat<sup>21</sup>. Wird dem Besch. erklärt, die vorliegenden Beweise ließen ihm keine Chance und er könne seine Lage deshalb nur mit einem Geständnis verbessern, soll demnach nur dann eine Täuschung vorliegen, wenn der Polizeibeamte weiß, dass allenfalls ein Anfangsverdacht besteht. So war es hier aber nach Auffassung des LG nicht:

„Nach diesen Maßstäben kann hier nicht von einer Täuschung ausgegangen werden. Die Erklärung eines Vernehmungsbeamten, er halte den Besch. für den Täter, stellt, wenn die Ermittlungen Belastungsmaterial ergeben haben, keine Irreführung dar. Wie sich aus den Vermerken über die Vernehmung ergibt, wurde schon nicht vorgespiegelt, es lägen Beweise vor. Vielmehr wurden der Besch. die gesamte Verdachtslage und vorhandene Indizien – aus Sicht der Polizei – dargestellt und ihr offenbart, die Polizei halte sie für die Täterin. Ein solches – offenes – Vorgehen, mit dem ein Besch. klar über die Einschätzung des Ermittlungsstands durch den Vernehmenden informiert wird, ist ebenso zulässig, wie es aus kriminaltaktischen Gründen erlaubt sein kann, dem Vernehmenden nicht das gesamte Wissen über die Tat zu offenbaren“.

Eine unzulässige Willensbeeinflussung hat das LG auch in Hinblick auf ein etwaiges Ausnutzen der Stresssituation und der bewussten Verunsicherung verneint; dass bei – mit derart gravierenden Vorwürfen konfrontierten – Beschuldigten Stress und Verunsicherung auftreten, erscheine, insbesondere bei längeren Vernehmungen, ohnehin unvermeidbar. Trotz der erheblichen Vernehmungsdauer von 13 Stunden sieht das LG auch keine unzulässige Willensbeeinträchtigung durch „Ermüdung“, denn aus den Vermerken über die Vernehmung ergäben sich angesichts der völlig unbeeinträchtigten Konstitution der Besch. keine Hinweise auf Übermüdung oder sonstige verbotene Vernehmungsmethoden. Die Beschwerde wurde deshalb als unbegründet verworfen.

#### IV. Besondere Belehrungspflichten bei der Festnahme ausländischer Beschuldigter

**Fall 4:** Mehrere ausländische Angekl. wurden von der Polizei festgenommen und bei der anschließenden Vernehmung gem. §§ 136 I 2, 163 a IV StPO über ihre Beschuldigtenrechte belehrt, nicht aber – wie es Art. 36 I lit. b 3 des Wiener Übereinkommens (WÜK) vorsieht – über ihr Recht auf konsularischen Beistand. Anschließend machten sie jeweils geständige Angaben, die zu ihrer Überführung verwertet wurden, weil sie in der Hauptverhandlung schwiegen. Sämtliche Angekl. rügen mit ihren Revisionen, dass ihre Angaben wegen des Belehrungsverstoßes unverwertbar seien. Die Fälle unterscheiden sich lediglich wie folgt:

a) Der irakische Angekl. wurde erst am Tag nach der polizeilichen Vernehmung gem. Art. 36 WÜK durch den Ermittlungsrichter belehrt. In der Hauptverhandlung widersprach der Angekl. der Verwertung seiner Angaben, wies aber nicht auf den Belehrungsverstoß, sondern auf andere angebliche Verfahrensfehler hin (Fall des 1. Strafsenats).

b) Zwei türkische Angekl. wurden auch später nicht gem. Art. 36 WÜK belehrt. In der Hauptverhandlung widersprachen sie der Verwertung ihrer Angaben generell bzw. unter Hinweis auf andere Verfahrensbeanstandungen (Fall des 5. Strafsenats).

c) Die mazedonischen und serbischen Angekl. wurden erst durch den Ermittlungsrichter nach Art. 36 WÜK belehrt; beide lehnten eine Be-

nachrichtigung ihres Konsulats ab. Der Verwertung der Angaben widersprachen die Angekl. unter Hinweis auf die fehlende Belehrung nach Art. 36 WÜK (Fall des 3. Strafsenats).

Kurioses ist zu vermelden: Zu den Folgen des Verstoßes gegen die Belehrungspflichten aus Art. 36 des Wiener Übereinkommens (WÜK) über das Recht auf konsularischen Beistand gibt es nunmehr drei völlig unterschiedliche Entscheidungen dreier Strafsenate des BGH, die alle zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmt sind<sup>22</sup>. Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2006: Danach sind alle ausländischen Beschuldigten bei ihrer Festnahme unverzüglich gem. Art. 36 WÜK über ihr subjektives Recht, die unverzügliche Benachrichtigung ihrer konsularischen Vertretung verlangen zu können, zu belehren<sup>23</sup>. Ob Verstöße gegen diese (vor allen Dingen der Polizei beim Erstzugriff obliegende) Belehrungspflicht Konsequenzen wie etwa ein Verwertungsverbot haben sowie ob und in welcher Form gegen die Verwertung der so erlangten Aussagen Widerspruch in der Hauptverhandlung erhoben werden muss, hat das BVerfG offengelassen; die Frage ist zwischen den Senaten des BGH streitig:

Der 1. Strafsenat meint, jedenfalls müsse der Angekl. auf Grund der Widerspruchsobliegenheit bei Beweisverwertungsverboten<sup>24</sup> der Verwertung seiner Aussage in der Hauptverhandlung ganz konkret widersprechen. Weil der Angekl. im vorliegenden Fall der Verwertung nur in Hinblick auf ganz andere Verfahrensverstöße, nicht aber auf Grund Verstoßes gegen die Belehrungspflicht nach Art. 36 WÜK widersprochen habe, betreffe der Widerspruch diesen Verfahrensverstoß nicht. Der Widerspruch müsse nämlich – ähnlich wie eine Verfahrensrüge in der Revision – die Angriffsrichtung erkennen lassen, um dem Gericht in der Hauptverhandlung eine Überprüfung der Voraussetzungen des Beweisverwertungsverbot zu ermöglichen (so genannter spezifizierter Widerspruch)<sup>25</sup>. In dieser Art und Weise interpretiert, wird der Widerspruch gegen die Verwertung einer Aussage als Voraussetzung der Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbot zu einer Art innerprozessualen Zwischenrechtsbehelf<sup>26</sup>. Die Revision des Angekl. wurde verworfen.

Dieser Anforderung eines „spezifizierten Widerspruchs“ ist der 5. Strafsenat unter Hinweis auf die hier einschlägige Rechtsprechung des IGH entgegengetreten: Danach werde ein Ausschluss der Revisibilität des Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK auf Grund nicht rechtzeitiger Geltendmachung eines entsprechenden Einwands jedenfalls dann missbilligt, wenn die Belehrung nach Art. 36 WÜK nicht bis zu dem Zeitpunkt nachgeholt wurde, zu dem der Einwand erhoben werden musste. Weil in seinem Fall keine Heilung des Belehrungsverstoßes erfolgte, genügte dem 5. Strafsenat der ganz allgemein erhobene Widerspruch gegen die Verwertung der Aussage. Allerdings hat der 5. Strafsenat entschieden, dass die Verletzung der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK generell kein Beweisverwertungsverbot zur

20 Vgl. zuletzt BGHSt 52, 11 = NJW 2007, 3138 (m. Anm. Hans Meyer-Mewes) = NStZ 2007, 714, m. Anm. Rogall, NStZ 2008, 110 = JuS 2007, 1146 (Jahn).

21 Vgl. BGHSt 35, 328 = NJW 1989, 842 = NStZ 1989, 35.

22 BGHSt 52, 38 = NJW 2007, 3587 = JuS 2008, 82 (Jahn) – (hier Fall a); BGHSt 52, 48 = NJW 2008, 307 = NStZ 2008, 168 – (hier Fall b); BGHSt 52, 110 = NJW 2008, 1090 = NStZ 2008, 356 – (hier Fall c).

23 BVerfG, NJW 2007, 499 = NStZ 2007, 159, unter Berufung auf IGH, EuGRZ 2001, 287, m. Anm. Tans, JuS 2002, 324 – LaGrand; vgl. hierzu auch Walter, JR 2007, 99; Burchard, JZ 2007, 891; Kraß, GA 2007, 296.

24 Vgl. hierzu näher Mosbacher, JuS 2008, 125 (126), u. JuS 2007, 126 (129 f.).

25 Vgl. BGHSt 52, 38 = NJW 2007, 3587 = JuS 2008, 82 (Jahn).

26 Vgl. näher Mosbacher, NJW 2007, 3686 (3688); ders., JR 2007, 387 (389); kric, Jahn, JuS 2008, 82; ders., Beilage zu NJW Heft 21/2008, 13 (16).

dings dürfte das LG die Video- und Tonbandaufzeichnungen zum Zwecke des Vorhalts an die Verhörspersonen abspielen. Dagegen war es der *Jugendkammer* auf Grund von § 250 S. 2 StPO verwehrt, die Vernehmung der Nebenkl. durch die Vorführung der Aufzeichnungen „zu ersetzen“. Denn der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO wird durch die ausdrückliche Regelung der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der ... Vorschrift des § 255 a StPO nicht eingeschränkt. Deshalb ist – wie der Verweis auf §§ 251–253 StPO in § 255 a I StPO ergibt – die Vorführung auch nur insoweit zulässig, wie dies bei der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls der Fall wäre. Daran änderte hier insbesondere auch die „Freigabeerklärung“ der Nebenkl. nichts. Sie überwand nur das Verwertungsverbot, das sich im Falle der Zeugnisverweigerung nach st. Rspr. aus § 252 StPO ergibt.“

Im Folgenden legt der BGH zutreffend dar, dass das Abspielen der Video- und Tonbandaufzeichnungen nicht nur als Vernehmungsbehelf im Wege eines zulässigen Vorhalts erfolgte, sondern jedenfalls teilweise vernehmungsersetzend, weil Video- und Tonband in ganzer Länge abgespielt wurden, um – so das LG – „die Entstehung der Aussage und deren Verlauf beurteilen zu können bzw. dessen vollständigen Inhalt zu erfassen“. Deshalb sei es dem LG darum gegangen, unmittelbar Zugriff auf die Aufzeichnungen zu nehmen. Die Gleichbehandlung von Bild-Ton-Aufzeichnungen und Verlesungsniederschriften im Hinblick auf die Frage der Vernehmungsersetzung entspricht zwar der gesetzlichen Systematik, weil § 255 a I StPO insofern u. a. auf §§ 251, 253 StPO verweist; die Gleichsetzung überzeugt aber in der Sache nicht. Ein Hauptgrund für den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis nach § 250 S. 2 StPO liegt nämlich darin, dass Vernehmungsniederschriften mit vielen Fehlerquellen behaftet sind; in aller Regel wird dort die mündliche Schilderung mit den Worten des Vernehmungsbeamten zusammengefasst, weshalb der Aussageinhalt nicht unmittelbar wiedergegeben wird<sup>14</sup>. Dies ist bei Bild-Ton-Aufzeichnungen hingegen nicht der Fall. Im Gegenteil: Kein anderes Beweismittel ist besser geeignet, den Ablauf und Inhalt einer Vernehmung vollständig wiederzugeben, wenn – was unproblematisch möglich ist – die Authentizität der Aufzeichnung gesichert ist. Deshalb leuchtet nicht ohne Weiteres ein, weshalb die Vernehmungsperson als Zeuge ein unmittelbareres, also nach der Systematik der StPO vorzugswürdiges Beweismittel gegenüber der Inaugenscheinnahme der Aufzeichnung der Vernehmung selbst sein soll<sup>15</sup>.

### III. Beschwerde gegen unzulässige Beschuldigtenvernehmung?

Fall 3: Gegen die Bf. war ein Ermittlungsverfahren wegen Mordes geführt worden. An einem Tag war sie 13 Stunden lang als Besch. vernommen worden. Ziel der Kriminalpolizei war es dabei gewesen, der Besch. die Verdachtslage unter Ausnutzung von Stresssituationen und bewusster Verunsicherung zu erläutern, ihr die Ausweglosigkeit der Lage vor Augen zu führen und sie zu einem Geständnis zu veranlassen. Nachdem das Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 II StPO eingestellt worden war, beantragte die Bf., festzustellen, dass bei dieser Vernehmung ihre Freiheit zur Willensentschließung und Willensbetätigung durch Täuschung beeinträchtigt worden sei. Die Polizei habe sie, ohne über belastendes Material zu verfügen, der Tat bezichtigt, weshalb für ihre Aussage ein Verwertungsverbot bestehe, dem zudem Fernwirkung zukomme. Das AG lehnte diesen Antrag als unbegründet ab. Hiergegen richtet sich die Beschwerde an das LG.

Die ungewöhnliche Entscheidung des LG Ravensburg<sup>16</sup> betrifft zwei ex-ante-relevante Probleme: den Rechtsweg bei erledigten Grundrechtseingriffen im Ermittlungsverfahren und die Abgrenzung von zulässigem und unzulässigem polizeilichen Vorgehen im Hinblick auf § 136 a StPO.

Fraglich ist hier zunächst die Zulässigkeit der Beschwerde unter dem Gesichtspunkt prozessualer Überholung und auch, ob der gewählte Rechtsweg der richtige ist. Grundsätzlich dienen die Rechtsmittel der StPO der Beseitigung einer gegenwärtigen, fortdauernden Beschwerde; eine Maßnahme, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann, ist daher in aller Regel nicht anfechtbar<sup>17</sup>. Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG ist allerdings zur Verwirklichung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG ein Rechtsmittel gegen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren auch dann zulässig, wenn es um Fälle schwerwiegender Grundrechtseingriffe geht, die typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt sind, in der der Betroffene keinen Rechtsschutz erlangen kann<sup>18</sup>. Ist dies der Fall, darf das Rechtsmittel nicht als unzulässig zurückgewiesen werden, sondern die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist zu überprüfen, gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit festzustellen.

Zum Rechtsweg: Gegen Beschlüsse des Richters, die – wie etwa bei der Durchsuchung – zu prozessual überholten Grundrechtseingriffen führen, ist nach § 304 StPO die Beschwerde statthaft. Wie aber können durch Vollzug erledigte Eingriffsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen gerichtlich überprüft werden? Nach der heutigen Auffassung der Rechtsprechung gilt in allen Fällen der gerichtlichen Überprüfung strafprozessualer Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen § 98 II 2 StPO analog<sup>19</sup>. Auch wenn es – wie hier – um die Feststellung der Art und Weise des Vollzugs einer erledigten Maßnahme geht, ist nicht – wie früher vertreten wurde – der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG zu den Oberlandesgerichten eröffnet, sondern beim AG ist Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO zu stellen. Gegen den Beschluss des AG ist wiederum gem. § 304 StPO die (nicht fristgebundene) einfache Beschwerde statthaft. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das LG Ravensburg vorliegend die Zulässigkeit der Beschwerde bejaht:

„Der Regelung in § 98 II 2 StPO wird heute der allgemeine Rechtsgedanke entnommen, dass angeordnete Zwangsmaßnahmen sowie Art und Weise ihrer Durchführung richterlich überprüfbar sind. Die Vorschrift soll eine möglichst wirksame Kontrolle strafprozessualer Eingriffe gewährleisten; Ziel des Rechtsschutzes kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit oder die Aufhebung fortdauernder Maßnahmen sein. Der Anwendungsbereich des § 98 II 2 StPO ist nicht auf Beschlagnahmen und Durchsuchungen beschränkt; er erfasst vielmehr alle Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen und grundrechtsberührende Ermittlungshandlungen, unabhängig davon, ob das beanstandete Vorgehen richterlich angeordnet war oder nicht. Danach ist auch die richterliche Überprüfung von Eingriffen möglich, zu denen es während einer Vernehmung kommt. Auch der Angriff auf die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung eines Beschuldigten durch verbotene ... Vernehmungsmethoden stellt eine Zwangsmaßnahme in einem grundrechtlich geschützten Bereich dar. Für die Zulässigkeit genügt die substantiierte Darlegung, es sei zu einem grundrechtsbeeinträchtigenden Vorgehen der Ermittlungsbehörden gekommen.“

Die Begründetheit der zulässigen Beschwerde hängt davon ab, ob die von der Bf. gerügten Verletzungen des § 136 a StPO vorliegen. Dabei ist insbesondere die Abgrenzung von

14 Vgl. Geppert (o. Fußn. 12), S. 169 ff.

15 Vgl. zu den Vorteilen der Tonbandaufnahme bereits Geppert (o. Fußn. 12), S. 176.

16 LG Ravensburg, NStZ-RR 2008, 45.

17 Meyer-Göfner (o. Fußn. 5), Vorb. § 296 Rdnr. 17.

18 Vgl. BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163, m. Anm. Rabe v. Küblerwein, NStZ 1998, 580; BVerfG, NJW 1998, 2131, m. Anm. Achenbach, JuS 2000, 27; NJW 2005, 1855 = JuS 2005, 646 (Sachs).

19 Meyer-Göfner (o. Fußn. 5), § 98 Rdnr. 23 m. w. Nachw.



## Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts

Vom 29. Juli 2009

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Artikel 4 Abs. 7 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258), wird wie folgt geändert:

1. In § 98 Abs. 2 werden die Sätze 3 und 4 durch folgenden Satz ersetzt:

„Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich nach § 162.“

2. Die §§ 114a und 114b werden durch die folgenden §§ 114a bis 114e ersetzt:

#### „§ 114a

Dem Beschuldigten ist bei der Verhaftung eine Abschrift des Haftbefehls auszuhändigen; beherrscht er die deutsche Sprache nicht hinreichend, erhält er zudem eine Übersetzung in einer für ihn verständlichen Sprache. Ist die Aushändigung einer Abschrift und einer etwaigen Übersetzung nicht möglich, ist ihm unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache mitzuteilen, welches die Gründe für die Verhaftung sind und welche Beschuldigungen gegen ihn erhoben werden. In diesem Fall ist die Aushändigung der Abschrift des Haftbefehls sowie einer etwaigen Übersetzung unverzüglich nachzuholen.

#### § 114b

(1) Der verhaftete Beschuldigte ist unverzüglich und schriftlich in einer für ihn verständlichen Sprache über seine Rechte zu belehren. Ist eine schriftliche Belehrung erkennbar nicht ausreichend, hat zudem eine mündliche Belehrung zu erfolgen. Entsprechend ist zu verfahren, wenn eine schriftliche Belehrung nicht möglich ist; sie soll jedoch nachgeholt werden, sofern dies in zumutbarer Weise möglich ist. Der Beschuldigte soll schriftlich bestätigen, dass er belehrt wurde; falls er sich weigert, ist dies zu dokumentieren.

(2) In der Belehrung nach Absatz 1 ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass er

1. unverzüglich, spätestens am Tag nach der Ergreifung, dem Gericht vorzuführen ist, das ihn zu vernehmen und über seine weitere Inhaftierung zu entscheiden hat,
2. das Recht hat, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen,

3. zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann,
4. jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen kann,
5. das Recht hat, die Untersuchung durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl zu verlangen und
6. einen Angehörigen oder eine Person seines Vertrauens benachrichtigen kann, soweit der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird.

Ein Beschuldiger, der der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist, ist darauf hinzuweisen, dass er im Verfahren die unentgeltliche Hinzuziehung eines Dolmetschers verlangen kann. Ein ausländischer Staatsangehöriger ist darüber zu belehren, dass er die Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates verlangen und dieser Mitteilungen zukommen lassen kann.

#### § 114c

(1) Einem verhafteten Beschuldigten ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen, sofern der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird.

(2) Wird gegen einen verhafteten Beschuldigten nach der Vorführung vor das Gericht Haft vollzogen, hat das Gericht die unverzügliche Benachrichtigung eines seiner Angehörigen oder einer Person seines Vertrauens anzuordnen. Die gleiche Pflicht besteht bei jeder weiteren Entscheidung über die Fortdauer der Haft.

#### § 114d

(1) Das Gericht übermittelt der für den Beschuldigten zuständigen Vollzugsanstalt mit dem Aufnahmeersuchen eine Abschrift des Haftbefehls. Darüber hinaus teilt es ihr mit

1. die das Verfahren führende Staatsanwaltschaft und das nach § 126 zuständige Gericht,
2. die Personen, die nach § 114c benachrichtigt worden sind,
3. Entscheidungen und sonstige Maßnahmen nach § 119 Abs. 1 und 2,
4. weitere im Verfahren ergehende Entscheidungen, soweit dies für die Erfüllung der Aufgaben der Vollzugsanstalt erforderlich ist,
5. Hauptverhandlungstermine und sich aus ihnen ergebende Erkenntnisse, die für die Erfüllung der Aufgaben der Vollzugsanstalt erforderlich sind,

6. den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils sowie
7. andere Daten zur Person des Beschuldigten, die für die Erfüllung der Aufgaben der Vollzugsanstalt erforderlich sind, insbesondere solche über seine Persönlichkeit und weitere relevante Strafverfahren.

Die Sätze 1 und 2 gelten bei Änderungen der mitgeteilten Tatsachen entsprechend. Mitteilungen unterbleiben, soweit die Tatsachen der Vollzugsanstalt bereits anderweitig bekannt geworden sind.

(2) Die Staatsanwaltschaft unterstützt das Gericht bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach Absatz 1 und teilt der Vollzugsanstalt von Amts wegen insbesondere Daten nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 7 sowie von ihr getroffene Entscheidungen und sonstige Maßnahmen nach § 119 Abs. 1 und 2 mit. Zudem übermittelt die Staatsanwaltschaft der Vollzugsanstalt eine Ausfertigung der Anklageschrift und teilt dem nach § 126 Abs. 1 zuständigen Gericht die Anklageerhebung mit.

#### § 114e

Die Vollzugsanstalt übermittelt dem Gericht und der Staatsanwaltschaft von Amts wegen beim Vollzug der Untersuchungshaft erlangte Erkenntnisse, soweit diese aus Sicht der Vollzugsanstalt für die Erfüllung der Aufgaben der Empfänger von Bedeutung sind und diesen nicht bereits anderweitig bekannt geworden sind. Sonstige Befugnisse der Vollzugsanstalt, dem Gericht und der Staatsanwaltschaft Erkenntnisse mitzuteilen, bleiben unberührt."

3. § 115 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 wird das Wort „Richter“ durch das Wort „Gericht“ ersetzt.
- b) In Absatz 2 werden die Wörter „Der Richter“ durch die Wörter „Das Gericht“ ersetzt.
- c) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsbehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2, § 119 Abs. 5, § 119a Abs. 1) zu belehren. § 304 Abs. 4 und 5 bleibt unberührt.“

- 3a. § 115a wird wie folgt geändert:

- a) Die Absätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:

„(1) Kann der Beschuldigte nicht spätestens am Tag nach der Ergreifung dem zuständigen Gericht vorgeführt werden, so ist er unverzüglich, spätestens am Tage nach der Ergreifung, dem nächsten Amtsgericht vorzuführen.

(2) Das Gericht hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tage, zu vernehmen. Bei der Vernehmung wird, soweit möglich, § 115 Abs. 3 angewandt. Ergibt sich bei der Vernehmung, dass der Haftbefehl aufgehoben, seine Aufhebung durch die Staatsanwaltschaft beantragt (§ 120 Abs. 3) oder der Ergriffene nicht die in dem Haftbefehl bezeichnete Person ist, so ist der Ergriffene freizulassen. Erhebt dieser sonst gegen den Haftbefehl oder dessen Vollzug Einwendungen, die nicht offensichtlich unbegründet sind, oder hat das Gericht Bedenken gegen die Aufrechterhal-

tung der Haft, so teilt es diese dem zuständigen Gericht und der zuständigen Staatsanwaltschaft unverzüglich und auf dem nach den Umständen angezeigten schnellsten Wege mit; das zuständige Gericht prüft unverzüglich, ob der Haftbefehl aufzuheben oder außer Vollzug zu setzen ist.“

- b) In Absatz 3 Satz 1 wird das Wort „Richter“ durch das Wort „Gericht“ ersetzt.

4. Nach § 116a wird folgender § 116b eingefügt:

#### „§ 116b

Die Vollstreckung der Untersuchungshaft geht der Vollstreckung der Auslieferungshaft, der vorläufigen Auslieferungshaft, der Abschiebungshaft und der Zurückweisungshaft vor. Die Vollstreckung anderer freiheitsentziehender Maßnahmen geht der Vollstreckung von Untersuchungshaft vor, es sei denn, das Gericht trifft eine abweichende Entscheidung, weil der Zweck der Untersuchungshaft dies erfordert.“

- 4a. § 117 Abs. 4 und 5 wird aufgehoben.

5. § 119 wird durch die folgenden §§ 119 und 119a ersetzt:

#### „§ 119

(1) Soweit dies zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr (§§ 112, 112a) erforderlich ist, können einem inhaftierten Beschuldigten Beschränkungen auferlegt werden. Insbesondere kann angeordnet werden, dass

1. der Empfang von Besuchen und die Telekommunikation der Erlaubnis bedürfen,
2. Besuche, Telekommunikation sowie der Schrift- und Paketverkehr zu überwachen sind,
3. die Übergabe von Gegenständen bei Besuchen der Erlaubnis bedarf,
4. der Beschuldigte von einzelnen oder allen anderen Inhaftierten getrennt wird,
5. die gemeinsame Unterbringung und der gemeinsame Aufenthalt mit anderen Inhaftierten eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Die Anordnungen trifft das Gericht. Kann dessen Anordnung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden, kann die Staatsanwaltschaft oder die Vollzugsanstalt eine vorläufige Anordnung treffen. Die Anordnung ist dem Gericht binnen drei Werktagen zur Genehmigung vorzulegen, es sei denn, sie hat sich zwischenzeitlich erledigt. Der Beschuldigte ist über Anordnungen in Kenntnis zu setzen. Die Anordnung nach Satz 2 Nr. 2 schließt die Ermächtigung ein, Besuche und Telekommunikation abzubrechen sowie Schreiben und Pakete anzuhalten.

(2) Die Ausführung der Anordnungen obliegt der anordnenden Stelle. Das Gericht kann die Ausführung von Anordnungen widerruflich auf die Staatsanwaltschaft übertragen, die sich bei der Ausführung der Hilfe durch ihre Ermittlungspersonen und die Vollzugsanstalt bedienen kann. Die Übertragung ist unanfechtbar.

(3) Ist die Überwachung der Telekommunikation nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 angeordnet, ist die beabsichtigte Überwachung den Gesprächspartnern



des Beschuldigten unmittelbar nach Herstellung der Verbindung mitzuteilen. Die Mitteilung kann durch den Beschuldigten selbst erfolgen. Der Beschuldigte ist rechtzeitig vor Beginn der Telekommunikation über die Mitteilungspflicht zu unterrichten.

(4) Die §§ 148, 148a bleiben unberührt. Sie gelten entsprechend für den Verkehr des Beschuldigten mit

1. der für ihn zuständigen Bewährungshilfe,
2. der für ihn zuständigen Führungsaufsichtsstelle,
3. der für ihn zuständigen Gerichtshilfe,
4. den Volksvertretungen des Bundes und der Länder,
5. dem Bundesverfassungsgericht und dem für ihn zuständigen Landesverfassungsgericht,
6. dem für ihn zuständigen Bürgerbeauftragten eines Landes,
7. dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, den für die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz in den Ländern zuständigen Stellen der Länder und den Aufsichtsbehörden nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes,
8. dem Europäischen Parlament,
9. dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte,
10. dem Europäischen Gerichtshof,
11. dem Europäischen Datenschutzbeauftragten,
12. dem Europäischen Bürgerbeauftragten,
13. dem Europäischen Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe,
14. der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz,
15. dem Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen,
16. den Ausschüssen der Vereinten Nationen für die Beseitigung der Rassendiskriminierung und für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau,
17. dem Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter, dem zugehörigen Unterausschuss zur Verhütung von Folter und den entsprechenden Nationalen Präventionsmechanismen,
18. den in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 genannten Personen in Bezug auf die dort bezeichneten Inhalte,
19. soweit das Gericht nichts anderes anordnet,
  - a) den Beiräten bei den Justizvollzugsanstalten und
  - b) der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates.

Die Maßnahmen, die erforderlich sind, um das Vorliegen der Voraussetzungen nach den Sätzen 1 und 2 festzustellen, trifft die nach Absatz 2 zuständige Stelle.

(5) Gegen nach dieser Vorschrift ergangene Entscheidungen oder sonstige Maßnahmen kann gerichtliche Entscheidung beantragt werden, soweit nicht das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft ist. Der Antrag hat keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht kann jedoch vorläufige Anordnungen treffen.

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten auch, wenn gegen einen Beschuldigten, gegen den Untersuchungshaft angeordnet ist, eine andere freiheitsentziehende Maßnahme vollstreckt wird (§ 116b). Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich auch in diesem Fall nach § 126.

#### § 119a

(1) Gegen eine behördliche Entscheidung oder Maßnahme im Untersuchungshaftvollzug kann gerichtliche Entscheidung beantragt werden. Eine gerichtliche Entscheidung kann zudem beantragt werden, wenn eine im Untersuchungshaftvollzug beantragte behördliche Entscheidung nicht innerhalb von drei Wochen ergangen ist.

(2) Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht kann jedoch vorläufige Anordnungen treffen.

(3) Gegen die Entscheidung des Gerichts kann auch die für die vollzugliche Entscheidung oder Maßnahme zuständige Stelle Beschwerde erheben."

6. § 126 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Vor Erhebung der öffentlichen Klage ist für die weiteren gerichtlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die sich auf die Untersuchungshaft, die Aussetzung ihres Vollzugs (§ 116), ihre Vollstreckung (§ 116b) sowie auf Anträge nach § 119a beziehen, das Gericht zuständig, das den Haftbefehl erlassen hat.“

bb) In Satz 2 werden die Wörter „der Richter zuständig, der die vorangegangene Entscheidung erlassen“ durch die Wörter „das Gericht zuständig, das die vorangegangene Entscheidung getroffen“ ersetzt.

cc) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Wird das vorbereitende Verfahren an einem anderen Ort geführt oder die Untersuchungshaft an einem anderen Ort vollzogen, so kann das Gericht seine Zuständigkeit auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf das für diesen Ort zuständige Amtsgericht übertragen.“

b) In Absatz 2 Satz 2 werden die Wörter „Nach Einlegung der Revision“ durch die Wörter „Während des Revisionsverfahrens“ ersetzt.

7. In § 126a Abs. 2 Satz 1 wird die Angabe „§§ 117 bis 119“ durch die Angabe „§§ 117 bis 119a“ ersetzt.

8. Dem § 127 wird folgender Absatz 4 angefügt:

- „(4) Für die vorläufige Festnahme durch die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes gelten die §§ 114a bis 114c entsprechend.“
9. Dem § 127b Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:  
„Die §§ 114a bis 114c gelten entsprechend.“
- 9a. § 140 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 Nr. 4 wird wie folgt gefasst:  
„4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Abs. 5 vollstreckt wird;“.
- b) In Absatz 3 Satz 2 wird die Angabe „§ 117 Abs. 4“ durch die Angabe „Absatz 1 Nr. 4“ ersetzt.
- 9b. § 141 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 wird die Angabe „§ 140 Abs. 1 und 2“ durch die Angabe „§ 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 8 und Abs. 2“ ersetzt.
- b) Dem Absatz 3 wird folgender Satz angefügt:  
„Im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 wird der Verteidiger unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt.“
- c) In Absatz 4 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt und werden die Wörter „Im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Abs. 5 zuständige Gericht.“ angefügt.
10. § 147 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:  
„(2) Ist der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten oder einzelne Akten- teile sowie die Besichtigung von amtlich ver- wahren Beweisgegenständen versagt werden, soweit dies den Untersuchungszweck gefährden kann. Liegen die Voraussetzungen von Satz 1 vor und befindet sich der Beschuldigte in Unter- suchungshaft oder ist diese im Fall der vorläufigen Festnahme beantragt, sind dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen; in der Regel ist insoweit Akteneinsicht zu gewäh- ren.“
- b) Absatz 7 wird wie folgt gefasst:  
„(7) Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, sind auf seinen Antrag Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erteilen, soweit dies zu einer angemessenen Verteidigung erforder- lich ist, der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, nicht gefährdet werden kann und nicht überwiegende schutz- würdige Interessen Dritter entgegenstehen. Ab- satz 2 Satz 2 erster Halbsatz, Absatz 5 und § 477 Abs. 5 gelten entsprechend.“
11. § 148 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:  
„(2) Ist ein nicht auf freiem Fuß befindlicher Be- schuldigter einer Tat nach § 129a, auch in Verbin- dung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches dringend verdächtig, soll das Gericht anordnen, dass im Verkehr mit Verteidigern Schriftstücke und andere Gegenstände zurückzuweisen sind, sofern sich der Absender nicht damit einverstanden er- klärt, dass sie zunächst dem nach § 148a zustän- digen Gericht vorgelegt werden. Besteht kein Haft- befehl wegen einer Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbu- ches, trifft die Entscheidung das Gericht, das für den Erlass eines Haftbefehls zuständig wäre. Ist der schriftliche Verkehr nach Satz 1 zu überwachen, sind für Gespräche mit Verteidigern Vorrichtungen vorzusehen, die die Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen ausschließen.“
12. § 162 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „An- träge“ die Wörter „vor Erhebung der öffentlichen Klage“ eingefügt.
- b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:  
„(3) Nach Erhebung der öffentlichen Klage ist das Gericht zuständig, das mit der Sache be- fasst ist. Während des Revisionsverfahrens ist das Gericht zuständig, dessen Urteil angefoch- ten ist. Nach rechtskräftigem Abschluss des Ver- fahrens gelten die Absätze 1 und 2 entspre- chend. Nach einem Antrag auf Wiederaufnahme ist das für die Entscheidungen im Wiederaufnah- meverfahren zuständige Gericht zuständig.“
13. § 163c wird wie folgt geändert:
- a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:  
„Die §§ 114a bis 114c gelten entsprechend.“
- b) Absatz 2 wird aufgehoben.
- c) Die Absätze 3 und 4 werden die Absätze 2 und 3.
14. In § 275a Abs. 5 Satz 4 wird die Angabe „bis 119“ durch die Angabe „bis 119a“ ersetzt.
15. In § 406e Abs. 2 Satz 2 werden nach den Wörtern „der Untersuchungszweck“ die Wörter „, auch in einem anderen Strafverfahren,“ eingefügt.
16. In § 453c Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe „115a und § 119“ durch die Angabe „115a, 119 und 119a“ er- setzt.
17. In § 477 Abs. 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „Zwecke des Strafverfahrens“ die Wörter „, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks in ei- nem anderen Strafverfahren,“ eingefügt.

#### Artikel 1a

#### Änderung des Einführungs- gesetzes zur Strafprozessordnung

Nach § 12 des Einführungsgesetzes zur Straf- prozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 312-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch die Artikel 9 und 16 Abs. 4 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198) geändert worden ist, wird folgender § 13 eingefügt:



## „§ 13

Übergangsregelung  
zum Gesetz zur Änderung  
des Untersuchungshaftrechts

In den Ländern, die bis zum 1. Januar 2010 noch keine landesgesetzlichen Regelungen zum Vollzug der Untersuchungshaft getroffen haben, gilt bis zum Inkrafttreten solcher Regelungen, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011, § 119 der Strafprozessordnung in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung, soweit dort der Vollzug der Untersuchungshaft geregelt ist, neben der ab dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung fort.“

## Artikel 2

Änderung  
des Strafvollzugsgesetzes

Das Strafvollzugsgesetz vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 581, 2088; 1977 I S. 436), zuletzt geändert durch § 62 Abs. 10 des Gesetzes vom 17. Juni 2008 (BGBl. I S. 1010), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 122 wie folgt gefasst:  
„§ 122 (weggefallen)“.
2. § 122 wird aufgehoben.
3. In § 167 Satz 1 werden nach dem Wort „gelten“ die Wörter „§ 119 Abs. 5 und 6 der Strafprozessordnung sowie“ eingefügt und wird die Angabe „§§ 2 bis 122“ durch die Angabe „§§ 2 bis 121“ ersetzt.
4. In § 171 werden nach dem Wort „gelten“ die Wörter „§ 119 Abs. 5 und 6 der Strafprozessordnung sowie“ eingefügt und wird die Angabe „§ 1 bis 122“ durch die Angabe „§ 1 bis 121“ ersetzt.
5. § 178 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 2 wird aufgehoben.
  - b) Die Absätze 3 und 4 werden die Absätze 2 und 3.

## Artikel 3

Änderung  
des Jugendgerichtsgesetzes

Das Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), zuletzt geändert durch Artikel 84 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586), wird wie folgt geändert:

1. Nach § 72a wird folgender § 72b eingefügt:

## „§ 72b

Verkehr mit Vertretern  
der Jugendgerichtshilfe, dem  
Betreuungshelfer und dem Erziehungsbeistand

Befindet sich ein Jugendlicher in Untersuchungshaft, so ist auch den Vertretern der Jugendgerichtshilfe der Verkehr mit dem Beschuldigten in demselben Umfang wie einem Verteidiger gestattet. Entsprechendes gilt, wenn der Beschuldigte der Betreuung und Aufsicht eines Betreuungshelfers untersteht oder für ihn ein Erziehungsbeistand bestellt ist, für den Helfer oder den Erziehungsbeistand.“

2. In § 83 Abs. 1 wird die Angabe „und 91 Abs. 2“ durch die Angabe „und 89b Abs. 2“ ersetzt.

3. Nach § 89a werden die folgenden §§ 89b und 89c eingefügt:

## „§ 89b

## Ausnahme vom Jugendstrafvollzug

(1) An einem Verurteilten, der das 18. Lebensjahr vollendet hat und sich nicht für den Jugendstrafvollzug eignet, kann die Jugendstrafe statt nach den Vorschriften für den Jugendstrafvollzug nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen werden. Hat der Verurteilte das 24. Lebensjahr vollendet, so soll Jugendstrafe nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen werden.

(2) Über die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug entscheidet der Vollstreckungsleiter.

## Vierter Unterabschnitt

## Untersuchungshaft

## § 89c

## Vollstreckung der Untersuchungshaft

Solange zur Tatzeit Jugendliche das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wird die Untersuchungshaft nach den Vorschriften für den Vollzug der Untersuchungshaft an jungen Gefangenen und nach Möglichkeit in den für junge Gefangene vorgesehenen Einrichtungen vollzogen. Ist die betroffene Person bei Vollstreckung des Haftbefehls 21, aber noch nicht 24 Jahre alt, kann die Untersuchungshaft nach diesen Vorschriften und in diesen Einrichtungen vollzogen werden. Die Entscheidung trifft das Gericht. Die für die Aufnahme vorgesehene Einrichtung ist vor der Entscheidung zu hören.“

4. Die §§ 91 und 93 werden aufgehoben.
5. In § 92 Abs. 6 Satz 1 wird die Angabe „§ 91 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 89b Abs. 1“ ersetzt.
6. In § 109 Abs. 1 Satz 1 wird die Angabe „sowie § 73“ durch die Wörter „sowie die §§ 72a bis 73“ ersetzt.
7. § 110 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Für die Vollstreckung von Untersuchungshaft an zur Tatzeit Heranwachsenden gilt § 89c entsprechend.“

8. § 121 wird wie folgt geändert:

- a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) In den Ländern, die bis zum 1. Januar 2010 noch keine landesgesetzlichen Regelungen zum Vollzug der Untersuchungshaft an jungen Gefangenen getroffen haben, gilt bis zum Inkrafttreten solcher Regelungen, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011, § 93 Abs. 2 in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung fort.“

## Artikel 4

Änderung  
des Gesetzes über die  
Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

§ 27 Abs. 1 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juni 1994 (BGBl. I S. 1537), das zu-

letzt durch das Gesetz vom 6. Juni 2008 (BGBl. I S. 995) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(1) Für den Vollzug der vorläufigen Auslieferungshaft, der Auslieferungshaft und der Haft auf Grund einer Anordnung des Richters beim Amtsgericht gelten die Vorschriften über den Vollzug der Untersuchungshaft sowie § 119 der Strafprozessordnung entsprechend.“

#### **Artikel 5** **Änderung** **des Überstellungsausführungsgesetzes**

§ 12 des Überstellungsausführungsgesetzes vom 26. September 1991 (BGBl. I S. 1954; 1992 I S. 1232; 1994 I S. 1425), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3175; 2008 I S. 1006) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Für den Vollzug der Haft auf Grund einer Anordnung nach § 5 gelten die Vorschriften über den Vollzug der Untersuchungshaft entsprechend.“

2. Absatz 3 wird aufgehoben.

#### **Artikel 6** **Folgeänderungen**

(1) In § 117b Satz 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 4 Abs. 3 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 147 Abs. 2, 3, 5 und 6“ durch die Angabe „§ 147 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 5 und 6“ ersetzt.

(2) In § 101 Satz 2 der Patentanwaltsordnung vom 7. September 1966 (BGBl. I S. 557), die zuletzt durch Artikel 4 Abs. 10 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 147 Abs. 2, 3, 5 und 6“ durch die Angabe „§ 147 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 5 und 6“ ersetzt.

(3) In § 108 Satz 2 des Steuerberatungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. November 1975 (BGBl. I S. 2735), das zuletzt durch Artikel 4 Abs. 12 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 147

Abs. 2, 3, 5 und 6“ durch die Angabe „§ 147 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 5 und 6“ ersetzt.

(4) In § 82b Abs. 1 Satz 2 der Wirtschaftsprüferordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 1975 (BGBl. I S. 2803), die zuletzt durch Artikel 4 Abs. 13 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 147 Abs. 2, 3, 5 und 6“ durch die Angabe „§ 147 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 5 und 6“ ersetzt.

(5) In § 148 Abs. 3 Halbsatz 1 des Bundesberggesetzes vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310), das zuletzt durch Artikel 16a des Gesetzes vom 17. März 2009 (BGBl. I S. 550) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 162 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 162“ ersetzt.

(6) In Artikel 4 Halbsatz 1 des Gesetzes vom 26. September 1969 zu dem Europäischen Übereinkommen vom 22. Januar 1965 zur Verhütung von Rundfunksendungen, die von Sendestellen außerhalb der staatlichen Hoheitsgebiete gesendet werden (BGBl. 1969 II S. 1939), das durch Artikel 263 des Gesetzes vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 162 Abs. 1“ durch die Angabe „§ 162“ ersetzt.

#### **Artikel 7**

##### **Einschränkung von Grundrechten**

Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 sowie das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nach Artikel 10 Abs. 1 des Grundgesetzes werden durch dieses Gesetz eingeschränkt.

#### **Artikel 8**

##### **Inkrafttreten, Außerkrafttreten**

(1) Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2010 in Kraft.

(2) § 13 des Einführungsgesetzes zur Strafprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 312-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1a dieses Gesetzes geändert worden ist, und § 121 Abs. 2 des Jugendgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel 3 dieses Gesetzes geändert worden ist, treten am 1. Januar 2012 außer Kraft.

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 29. Juli 2009

Der Bundespräsident  
Horst Köhler

Die Bundeskanzlerin  
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin der Justiz  
Brigitte Zypries



## Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz)

Vom 29. Juli 2009

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1 Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 48 wird wie folgt geändert:

- a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 2.
- b) Dem Absatz 2 wird folgender Absatz 1 vorangestellt:

„(1) Zeugen sind verpflichtet, zu dem zu ihrer Vernehmung bestimmten Termin vor dem Richter zu erscheinen. Sie haben die Pflicht auszusagen, wenn keine im Gesetz zugelassene Ausnahme vorliegt.“

2. § 57 wird wie folgt gefasst:

#### „§ 57

Vor der Vernehmung werden die Zeugen zur Wahrheit ermahnt und über die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage belehrt. Auf die Möglichkeit der Vereidigung werden sie hingewiesen. Im Fall der Vereidigung sind sie über die Bedeutung des Eides und darüber zu belehren, dass der Eid mit oder ohne religiöse Beteuerung geleistet werden kann.“

3. § 58 Absatz 1 Satz 2 wird aufgehoben.

4. § 58a Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Sie soll aufgezeichnet werden, wenn

1. dies bei Personen unter 18 Jahren, die durch die Straftat verletzt sind, zur Wahrung ihrer schutzwürdigen Interessen geboten ist oder
2. zu besorgen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.“

5. In § 60 Nummer 1 wird das Wort „sechzehnte“ durch die Angabe „18.“ ersetzt.

6. § 68 wird wie folgt gefasst:

#### „§ 68

(1) Die Vernehmung beginnt damit, dass der Zeuge über Vornamen, Nachnamen, Geburtsnamen, Alter, Beruf und Wohnort befragt wird. Ein Zeuge, der Wahrnehmungen in amtlicher Eigenschaft gemacht hat, kann statt des Wohnortes den Dienort angeben.

(2) Einem Zeugen soll zudem gestattet werden, statt des Wohnortes seinen Geschäfts- oder

Dienort oder eine andere ladungsfähige Anschrift anzugeben, wenn ein begründeter Anlass zu der Besorgnis besteht, dass durch die Angabe des Wohnortes Rechtsgüter des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet werden oder dass auf Zeugen oder eine andere Person in unlauterer Weise eingewirkt werden wird. In der Hauptverhandlung soll der Vorsitzende dem Zeugen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 gestatten, seinen Wohnort nicht anzugeben.

(3) Besteht ein begründeter Anlass zu der Besorgnis, dass durch die Offenbarung der Identität oder des Wohn- oder Aufenthaltsortes des Zeugen Leben, Leib oder Freiheit des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet wird, so kann ihm gestattet werden, Angaben zur Person nicht oder nur über eine frühere Identität zu machen. Er hat jedoch in der Hauptverhandlung auf Befragen anzugeben, in welcher Eigenschaft ihm die Tatsachen, die er bekundet, bekannt geworden sind.

(4) Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Voraussetzungen der Absätze 2 oder 3 vorliegen, ist der Zeuge auf die dort vorgesehenen Befugnisse hinzuweisen. Im Fall des Absatzes 2 soll der Zeuge bei der Benennung einer ladungsfähigen Anschrift unterstützt werden. Die Unterlagen, die die Feststellung des Wohnortes oder der Identität des Zeugen gewährleisten, werden bei der Staatsanwaltschaft verwahrt. Zu den Akten sind sie erst zu nehmen, wenn die Besorgnis der Gefährdung entfällt.

(5) Die Absätze 2 bis 4 gelten auch nach Abschluss der Zeugenvernehmung. Soweit dem Zeugen gestattet wurde, Daten nicht anzugeben, ist bei Auskünften aus und Einsichtnahmen in Akten sicherzustellen, dass diese Daten anderen Personen nicht bekannt werden, es sei denn, dass eine Gefährdung im Sinne der Absätze 2 und 3 ausgeschlossen erscheint.“

7. Dem § 68a Absatz 2 wird folgender Satz vorangestellt:

„Fragen nach Umständen, die die Glaubwürdigkeit des Zeugen in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere nach seinen Beziehungen zu dem Beschuldigten oder der verletzten Person, sind zu stellen, soweit dies erforderlich ist.“

8. § 68b wird wie folgt gefasst:

#### „§ 68b

(1) Zeugen können sich eines anwaltlichen Beistands bedienen. Einem zur Vernehmung des Zeugen erschienenen anwaltlichen Beistand ist die Anwesenheit gestattet. Er kann von der Vernehmung ausgeschlossen werden, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass seine Anwesenheit die geordnete Beweiserhebung nicht nur unwesentlich beeinträchtigen würde. Dies wird

in der Regel der Fall sein, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass

1. der Beistand an der zu untersuchenden Tat oder an einer mit ihr im Zusammenhang stehenden Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist,
2. das Aussageverhalten des Zeugen dadurch beeinflusst wird, dass der Beistand nicht nur den Interessen des Zeugen verpflichtet erscheint, oder
3. der Beistand die bei der Vernehmung erlangten Erkenntnisse für Verdunkelungshandlungen im Sinne des § 112 Absatz 2 Nummer 3 nutzt oder in einer den Untersuchungszweck gefährdenden Weise weitergibt.

(2) Einem Zeugen, der bei seiner Vernehmung keinen anwaltlichen Beistand hat und dessen schutzwürdigen Interessen nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann, ist für deren Dauer ein solcher beizuordnen, wenn besondere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Zeuge seine Befugnisse bei seiner Vernehmung nicht selbst wahrnehmen kann. § 142 Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 Satz 1 sind unanfechtbar. Ihre Gründe sind aktenkundig zu machen, soweit dies den Untersuchungszweck nicht gefährdet.

9. § 81c wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 3 Satz 3 wird das Wort „Richters“ durch die Wörter „Gerichts und, wenn dieses nicht rechtzeitig erreichbar ist, der Staatsanwaltschaft“ ersetzt.
- b) In Absatz 5 Satz 1 werden das Wort „Richter“ durch das Wort „Gericht“ ersetzt, die Wörter „ , von den Fällen des Absatzes 3 Satz 3 abgesehen,“ gestrichen und nach dem Wort „zu“ die Wörter „ ; Absatz 3 Satz 3 bleibt unberührt“ eingefügt.

10. § 111i Absatz 6 wird wie folgt geändert:

- a) In Satz 1 werden nach dem Wort „Entscheidung“ die Wörter „durch das nach § 162 zuständige Gericht“ eingefügt.
- b) Satz 2 wird wie folgt gefasst:  
„Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend.“

11. Dem § 112a Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„In die Beurteilung des dringenden Verdachts einer Tatbegehung im Sinne des Satzes 1 Nummer 2 sind auch solche Taten einzubeziehen, die Gegenstand anderer, auch rechtskräftig abgeschlossener, Verfahren sind oder waren.“

12. § 138 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts gewählt werden. Gehört die gewählte Person im Fall der notwendigen Verteidigung nicht zu den Personen, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, kann sie zudem nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.“

b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Können sich Zeugen, Privatkläger, Nebenkläger, Nebenklagebefugte und Verletzte eines Rechtsanwalts als Beistand bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen, können sie nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 Satz 1 auch die übrigen dort genannten Personen wählen.“

13. § 142 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Vor der Bestellung eines Verteidigers soll dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen. Der Vorsitzende bestellt diesen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht.“

14. § 147 Absatz 5 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 2 werden die Wörter „nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 Satz 2 bis 4“ durch die Wörter „durch das nach § 162 zuständige Gericht“ ersetzt.

b) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend.“

15. Nach § 154e wird folgender § 154f eingefügt:

„§ 154f

Steht der Eröffnung oder Durchführung des Hauptverfahrens für längere Zeit die Abwesenheit des Beschuldigten oder ein anderes in seiner Person liegendes Hindernis entgegen und ist die öffentliche Klage noch nicht erhoben, so kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig einstellen, nachdem sie den Sachverhalt so weit wie möglich aufgeklärt und die Beweise so weit wie nötig gesichert hat.“

16. An § 158 wird folgender Absatz angefügt:

„(3) Zeigt ein im Inland wohnhafter Verletzter eine in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begangene Straftat an, so übermittelt die Staatsanwaltschaft die Anzeige auf Antrag des Verletzten an die zuständige Strafverfolgungsbehörde des anderen Mitgliedstaats, wenn für die Tat das deutsche Strafrecht nicht gilt oder von der Verfolgung der Tat nach § 153c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit § 153f, abgesehen wird. Von der Übermittlung kann abgesehen werden, wenn

1. die Tat und die für ihre Verfolgung wesentlichen Umstände der zuständigen ausländischen Behörde bereits bekannt sind oder
2. der Unrechtsgehalt der Tat gering ist und der verletzten Person die Anzeige im Ausland möglich gewesen wäre.“

17. § 161a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Jedoch bleibt die Festsetzung der Haft dem nach § 162 zuständigen Gericht vorbehalten.“

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft nach Absatz 2 Satz 1 kann gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 zuständige Gericht beantragt werden. Gleiches



gilt, wenn die Staatsanwaltschaft Entscheidungen im Sinne des § 68b getroffen hat. Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten jeweils entsprechend. Gerichtliche Entscheidungen nach den Sätzen 1 und 2 sind unanfechtbar.“

18. Dem § 163 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Bei der Vernehmung eines Zeugen durch Beamte des Polizeidienstes sind § 52 Absatz 3, § 55 Absatz 2, § 57 Satz 1 und die §§ 58, 58a, 68 bis 69 entsprechend anzuwenden. Über eine Gestattung nach § 68 Absatz 3 Satz 1 und über die Beiordnung eines Zeugenbeistands entscheidet die Staatsanwaltschaft; im Übrigen trifft die erforderlichen Entscheidungen die die Vernehmung leitende Person. Bei Entscheidungen durch Beamte des Polizeidienstes nach § 68b Absatz 1 Satz 3 gilt § 161a Absatz 3 Satz 2 bis 4 entsprechend. Für die Belehrung des Sachverständigen durch Beamte des Polizeidienstes gelten § 52 Absatz 3 und § 55 Absatz 2 entsprechend. In den Fällen des § 81c Absatz 3 Satz 1 und 2 gilt § 52 Absatz 3 auch bei Untersuchungen durch Beamte des Polizeidienstes sinngemäß.“

19. § 163a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das nach § 162 zuständige Gericht.“

bb) Folgende Sätze werden angefügt:

„Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar.“

b) Absatz 5 wird aufgehoben.

20. § 200 Absatz 1 Satz 3 wird durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Bei der Benennung von Zeugen ist deren Wohn- oder Aufenthaltsort anzugeben, wobei es jedoch der Angabe der vollständigen Anschrift nicht bedarf. In den Fällen des § 68 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 1 genügt die Angabe des Namens des Zeugen.“

21. Dem § 201 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Anklageschrift ist auch dem Nebenkläger und dem Nebenklagebefugten, der dies beantragt hat, zu übersenden; § 145a Absatz 1 und 3 gilt entsprechend.“

22. § 214 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die zur Hauptverhandlung erforderlichen Ladungen ordnet der Vorsitzende an. Zugleich veranlasst er die nach § 397 Absatz 2 Satz 3 und § 406g Absatz 1 Satz 4, Absatz 2 Satz 2 erforderlichen Benachrichtigungen vom Termin; § 406d Absatz 3 gilt entsprechend. Die Geschäftsstelle sorgt dafür, dass die Ladungen bewirkt und die Mitteilungen versandt werden.“

23. In § 222 Absatz 1 Satz 3 wird die Angabe „und 4“ durch die Angabe „bis 5“ ersetzt.

24. § 243 Absatz 2 Satz 2 wird aufgehoben.

25. § 395 wird wie folgt gefasst:

„§ 395

(1) Der erhobenen öffentlichen Klage oder dem Antrag im Sicherungsverfahren kann sich mit der Nebenklage anschließen, wer verletzt ist durch eine rechtswidrige Tat nach

1. den §§ 174 bis 182 des Strafgesetzbuches,
2. den §§ 211 und 212 des Strafgesetzbuches, die versucht wurde,
3. den §§ 221, 223 bis 226 und 340 des Strafgesetzbuches,
4. den §§ 232 bis 238, 239 Absatz 3, §§ 239a, 239b und 240 Absatz 4 des Strafgesetzbuches,
5. § 4 des Gewaltschutzgesetzes,
6. § 142 des Patentgesetzes, § 25 des Gebrauchsmustergesetzes, § 10 des Halbleiterschutzgesetzes, § 39 des Sortenschutzgesetzes, den §§ 143 bis 144 des Markengesetzes, den §§ 51 und 65 des Geschmacksmustergesetzes, den §§ 106 bis 108b des Urheberrechtsgesetzes, § 33 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie und den §§ 16 bis 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

(2) Die gleiche Befugnis steht Personen zu,

1. deren Kinder, Eltern, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner durch eine rechtswidrige Tat getötet wurden oder
2. die durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 172) die Erhebung der öffentlichen Klage herbeigeführt haben.

(3) Wer durch eine andere rechtswidrige Tat, insbesondere nach den §§ 185 bis 189, 229, 244 Absatz 1 Nummer 3, §§ 249 bis 255 und 316a des Strafgesetzbuches, verletzt ist, kann sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint.

(4) Der Anschluss ist in jeder Lage des Verfahrens zulässig. Er kann nach ergangenem Urteil auch zur Einlegung von Rechtsmitteln geschehen.

(5) Wird die Verfolgung nach § 154a beschränkt, so berührt dies nicht das Recht, sich der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen. Wird der Nebenkläger zum Verfahren zugelassen, entfällt eine Beschränkung nach § 154a Absatz 1 oder 2, soweit sie die Nebenklage betrifft.“

26. § 397 wird wie folgt gefasst:

„§ 397

(1) Der Nebenkläger ist, auch wenn er als Zeuge vernommen werden soll, zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt. Er ist zur Hauptverhandlung zu laden; § 145a Absatz 2 Satz 1 und § 217 Absatz 1 und 3 gelten entsprechend. Die Befugnis zur Ablehnung eines Richters (§§ 24, 31) oder Sachverständigen (§ 74), das Fragerecht (§ 240 Absatz 2), das Recht zur Beanstandung von Anordnungen des Vorsitzenden (§ 238 Absatz 2) und von Fragen (§ 242), das Beweisantragsrecht (§ 244

Absatz 3 bis 6) sowie das Recht zur Abgabe von Erklärungen (§§ 257, 258) stehen auch dem Nebenkläger zu. Dieser ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, im selben Umfang zuzuziehen und zu hören wie die Staatsanwaltschaft. Entscheidungen, die der Staatsanwaltschaft bekannt gemacht werden, sind auch dem Nebenkläger bekannt zu geben; § 145a Absatz 1 und 3 gilt entsprechend.

(2) Der Nebenkläger kann sich des Beistands eines Rechtsanwalts bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen. Der Rechtsanwalt ist zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt. Er ist vom Termin der Hauptverhandlung zu benachrichtigen, wenn seine Wahl dem Gericht angezeigt oder er als Beistand bestellt wurde.“

27. § 397a wird wie folgt gefasst:

„§ 397a

(1) Dem Nebenkläger ist auf seinen Antrag ein Rechtsanwalt als Beistand zu bestellen, wenn er

1. durch ein Verbrechen nach den §§ 176a, 177, 179, 232 und 233 des Strafgesetzbuches verletzt ist,
2. durch eine versuchte rechtswidrige Tat nach den §§ 211 und 212 des Strafgesetzbuches verletzt oder Angehöriger eines durch eine rechtswidrige Tat Getöteten im Sinne des § 395 Absatz 2 Nummer 1 ist,
3. durch ein Verbrechen nach den §§ 226, 234 bis 235, 238 bis 239b, 249, 250, 252, 255 und 316a des Strafgesetzbuches verletzt ist, das bei ihm zu schweren körperlichen oder seelischen Schäden geführt hat oder voraussichtlich führen wird, oder
4. durch eine rechtswidrige Tat nach den §§ 174 bis 182, 221, 225, 226, 232 bis 235, 238 Absatz 2 und 3, §§ 239a, 239b, 240 Absatz 4, §§ 249, 250, 252, 255 und 316a des Strafgesetzbuches verletzt ist und er bei Antragstellung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder seine Interessen selbst nicht ausreichend wahrnehmen kann.

(2) Liegen die Voraussetzungen für eine Bestellung nach Absatz 1 nicht vor, so ist dem Nebenkläger für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts auf Antrag Prozesskostenhilfe nach denselben Vorschriften wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu bewilligen, wenn er seine Interessen selbst nicht ausreichend wahrnehmen kann oder ihm dies nicht zuzumuten ist. § 114 Satz 1 zweiter Halbsatz und § 121 Absatz 1 bis 3 der Zivilprozessordnung sind nicht anzuwenden.

(3) Anträge nach den Absätzen 1 und 2 können schon vor der Erklärung des Anschlusses gestellt werden. Über die Bestellung des Rechtsanwalts, für die § 142 Absatz 1 entsprechend gilt, und die Bewilligung der Prozesskostenhilfe entscheidet der Vorsitzende des mit der Sache befassten Gerichts. In den Fällen des Absatzes 2 ist die Entscheidung unanfechtbar.“

28. In § 406d Absatz 2 Nummer 2 werden die Wörter „§ 395 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, c und d und Nr. 2 genannten Fällen“ durch die Wörter „§ 395 Absatz 1 Nummer 1 bis 5 genannten Fällen sowie in den Fäl-

len des § 395 Absatz 3, in denen der Verletzte zur Nebenklage zugelassen wurde,“ ersetzt.

29. § 406e wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 2 werden die Wörter „oder durch sie das Verfahren erheblich verzögert würde“ gestrichen.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Sie kann auch versagt werden, wenn durch sie das Verfahren erheblich verzögert würde, es sei denn, dass die Staatsanwaltschaft in den in § 395 genannten Fällen den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat.“

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 2 werden die Wörter „nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 Satz 2 bis 4“ durch die Wörter „durch das nach § 162 zuständige Gericht“ ersetzt.

bb) Satz 3 wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar, solange die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind.“

30. § 406f wird wie folgt gefasst:

„§ 406f

(1) Verletzte können sich des Beistands eines Rechtsanwalts bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen. Einem zur Vernehmung des Verletzten erschienenen anwaltlichen Beistand ist die Anwesenheit gestattet.

(2) Bei einer Vernehmung von Verletzten ist auf deren Antrag einer zur Vernehmung erschienenen Person ihres Vertrauens die Anwesenheit zu gestatten, es sei denn, dass dies den Untersuchungszweck gefährden könnte. Die Entscheidung trifft die die Vernehmung leitende Person; die Entscheidung ist nicht anfechtbar. Die Gründe einer Ablehnung sind aktenkundig zu machen.“

31. § 406g Absatz 1 bis 3 wird wie folgt gefasst:

„(1) Nach § 395 zum Anschluss mit der Nebenklage Befugte können sich auch vor Erhebung der öffentlichen Klage und ohne Erklärung eines Anschlusses eines Rechtsanwalts als Beistand bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen. Sie sind zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt, auch wenn sie als Zeugen vernommen werden sollen. Ist zweifelhaft, ob eine Person nebenklagebefugt ist, entscheidet über das Anwesenheitsrecht das Gericht nach Anhörung der Person und der Staatsanwaltschaft; die Entscheidung ist unanfechtbar. Nebenklagebefugte sind vom Termin der Hauptverhandlung zu benachrichtigen, wenn sie dies beantragt haben.

(2) Der Rechtsanwalt des Nebenklagebefugten ist zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt; Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend. Er ist vom Termin der Hauptverhandlung zu benachrichtigen, wenn seine Wahl dem Gericht angezeigt oder er als Beistand bestellt wurde. Die Sätze 1 und 2



gelten bei richterlichen Vernehmungen und der Einnahme richterlichen Augenscheins entsprechend, es sei denn, dass die Anwesenheit oder die Benachrichtigung des Rechtsanwalts den Untersuchungszweck gefährden könnte.

(3) § 397a gilt entsprechend für

1. die Bestellung eines Rechtsanwalts und
2. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts.

Im vorbereitenden Verfahren entscheidet das nach § 162 zuständige Gericht.“

32. § 406h wird wie folgt gefasst:

„§ 406h

Verletzte sind möglichst frühzeitig, regelmäßig schriftlich und soweit möglich in einer für sie verständlichen Sprache auf ihre aus den §§ 406d bis 406g folgenden Befugnisse und insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass sie

1. sich unter den Voraussetzungen der §§ 395 und 396 dieses Gesetzes oder des § 80 Absatz 3 des Jugendgerichtsgesetzes der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen und dabei nach § 397a beantragen können, dass ihnen ein anwaltlicher Beistand bestellt oder für dessen Hinzuziehung Prozesskostenhilfe bewilligt wird,
2. nach Maßgabe der §§ 403 bis 406c dieses Gesetzes und des § 81 des Jugendgerichtsgesetzes einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch im Strafverfahren geltend machen können,
3. nach Maßgabe des Opferentschädigungsgesetzes einen Versorgungsanspruch geltend machen können,
4. nach Maßgabe des Gewaltschutzgesetzes den Erlass von Anordnungen gegen den Beschuldigten beantragen können sowie
5. Unterstützung und Hilfe durch Opferhilfeeinrichtungen erhalten können, etwa in Form einer Beratung oder einer psychosozialen Prozessbegleitung.

Liegen die Voraussetzungen einer bestimmten Befugnis im Einzelfall offensichtlich nicht vor, kann der betreffende Hinweis unterbleiben. Gegenüber Verletzten, die keine zustellungsfähige Anschrift angegeben haben, besteht keine Hinweispflicht. Die Sätze 1 und 3 gelten auch für Angehörige und Erben von Verletzten, soweit ihnen die entsprechenden Befugnisse zustehen.“

33. Nach § 473 wird folgender § 473a eingefügt:

„§ 473a

Hat das Gericht auf Antrag des Betroffenen in einer gesonderten Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme oder ihres Vollzuges zu befinden, bestimmt es zugleich, von wem die Kosten und die notwendigen Auslagen der Beteiligten zu tragen sind. Diese sind, soweit die Maßnahme oder ihr Vollzug für rechtswidrig erklärt wird, der Staatskasse, im Übrigen dem Antragsteller aufzuerlegen. § 304 Absatz 3 und § 464 Absatz 3 Satz 1 gelten entsprechend.“

34. § 478 Absatz 3 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 werden die Wörter „nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 Satz 2 bis 4“ durch die Wörter „durch das nach § 162 zuständige Gericht“ ersetzt.

b) Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar, solange die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind.“

35. In § 241a Absatz 1, § 247 Satz 2 und § 255a Absatz 2 Satz 1 wird jeweils das Wort „sechzehn“ durch die Angabe „18“ ersetzt.

## Artikel 2

### Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

Das Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 73 Absatz 1 werden nach den Wörtern „Verfügungen des Richters beim Amtsgericht“ das Komma durch das Wort „sowie“ ersetzt und die Wörter „sowie über Anträge auf gerichtliche Entscheidung in den Fällen des § 161a Abs. 3 der Strafprozeßordnung“ gestrichen.
2. In § 135 Absatz 2 werden nach den Wörtern „und § 310 Abs. 1 der Strafprozeßordnung bezeichneten Fällen“ das Komma durch das Wort „sowie“ ersetzt und die Wörter „sowie über Anträge gegen Entscheidungen des Generalbundesanwalts in den in § 161a Abs. 3 der Strafprozeßordnung bezeichneten Fällen“ gestrichen.
3. In § 139 Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „und Anträge auf gerichtliche Entscheidung (§ 161a Abs. 3 der Strafprozeßordnung)“ gestrichen.
4. In § 172 Nummer 4 wird das Wort „sechzehn“ durch die Angabe „18“ ersetzt.

## Artikel 3

### Änderung des Rechtspflegergesetzes

In § 22 des Rechtspflegergesetzes vom 5. November 1969 (BGBl. I S. 2065), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 15. Juli 2009 (BGBl. I S. 1798) geändert worden ist, wird der Punkt am Ende durch ein Komma ersetzt und folgende Nummer 3 angefügt:

„3. die Entscheidung über Feststellungsanträge nach § 52 Absatz 2 und § 53 Absatz 3 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes.“

## Artikel 4

### Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung

§ 49 Absatz 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 6 Absatz 1 des Gesetzes vom 29. Juli

2009 (BGBl. I S. 2274) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Rechtsanwalt muss eine Verteidigung oder Beistandsleistung übernehmen, wenn er nach den Vorschriften der Strafprozessordnung, des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen oder des IStGH-Gesetzes zum Verteidiger oder Beistand bestellt ist.“

**Artikel 5**  
**Änderung**  
**des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes**

§ 53 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 2 Satz 1 wird das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt und nach dem Wort „Verletzten“ werden die Wörter „oder dem Zeugen“ eingefügt.
2. Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Der in Absatz 2 Satz 1 genannte Rechtsanwalt kann einen Anspruch aus einer Vergütungsvereinbarung nur geltend machen, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs auf seinen Antrag feststellt, dass der Nebenkläger, der nebenklageberechtigte Verletzte oder der Zeuge zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung allein auf Grund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht erfüllt hätte. Ist das Verfahren nicht gerichtlich an-

hängig geworden, entscheidet das Gericht; das den Rechtsanwalt als Beistand bestellt hat. § 52 Absatz 3 bis 5 gilt entsprechend.“

**Artikel 6**  
**Änderung**  
**des Strafgesetzbuchs**

In § 76b Absatz 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch das Gesetz vom 29. Juni 2009 (BGBl. I S. 1658) geändert worden ist, werden die Wörter „§§ 174 bis 174c und 176 bis 179“ durch die Wörter „§§ 174 bis 174c, 176 bis 179 und 225 sowie nach den §§ 224 und 226, wenn mindestens ein Beteiligter durch dieselbe Tat § 225 verletzt“ ersetzt.

**Artikel 7**  
**Änderung**  
**des Jugendgerichtsgesetzes**

In § 80 Absatz 3 Satz 2 des Jugendgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 2 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 395 Abs. 2 Nr. 1“ durch die Angabe „§ 395 Absatz 2 Nummer 1, Absatz 4 und 5“ ersetzt.

**Artikel 8**  
**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am 1. Oktober 2009 in Kraft.

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 29. Juli 2009

Der Bundespräsident  
Horst Köhler

Die Bundeskanzlerin  
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin der Justiz  
Brigitte Zypries



Regensburg – vertreten wird, so vermag auch das nicht zu überzeugen, und zwar auch nicht, soweit weiter ausgeführt wird, daß die Freistellung voraussetze, daß eine Arbeitspflicht bestehe, wobei es daran fehlen soll, wenn die Vollzugsbehörde dem Gefangenen mangels Beschäftigungsmöglichkeit keine Arbeit zuweisen konnte (*Calliess/Müller-Dietz*, a. a. O.).

Gerade in der Annahme dieser Verknüpfung von Arbeitspflicht und Beschäftigungsmöglichkeit geht die Ansicht nach Auffassung der *Kammer* fehl. Der Wortlaut bietet dafür eben keinen Anhaltspunkt.

In diesem Zusammenhang sieht die *Kammer* schließlich sehr wohl den Sinn und Zweck des Freistellungsanspruchs, wie ihn das *BVerfG* in seiner Entscheidung v. 21.2.1984 (2 BvR 1242/80) dargestellt hat. Dabei hat das *BVerfG* aber gerade die Doppelfunktion des Freistellungsanspruchs hervorgehoben, der nicht nur in der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft besteht – ein Aspekt, der hier sicher nicht vorliegt –, sondern der auch u. a. dazu dient bei dem Gefangenen durch Gewährung von Gegenleistungen für die Ausübung abhängiger Tätigkeit eine positive Einstellung zur Arbeit zu erzeugen. Auch wenn die *Kammer* sieht, daß dem Gefangenen derzeit mangels Arbeit keine Gegenleistungen gewährt werden, so ist doch nicht zu verkennen, daß der – auch vom *BVerfG* angesprochene monetäre Aspekt – vorliegend gerade dadurch Bedeutung hat, daß dem Gefangenen für seine – hier ja bereits geleistete Arbeit – bei einer Freistellung auch ein Anspruch auf Weiterzahlung der zuletzt gezahlten Bezüge gem. § 42 Abs. 3 StVollG zusteht, der wiederum gerade ein Anreiz sein

kann, weiterer, möglicher Beschäftigung in Zukunft nachzugehen und auch insoweit eine positive Einstellung zu gewinnen. Die *Kammer* hat schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gefangene verschuldet ohne Arbeit ist.

Abschließend sieht die *Kammer* – abgesehen von dem Argument des Wortlautes und dem nach hier vertretener Ansicht auch nach wie vor greifenden Argument des Sinns und Zwecks der Freistellung – auch nicht, was im übrigen der Gewährung des Freistellungsanspruchs und dessen Sinn und Zweck entgegenstehen sollte. Denn der Gefangene ist derzeit gem. § 41 Abs. 1 S. 1 StVollG grundsätzlich zur Arbeit verpflichtet. Wenn ihm jetzt der begehrte Freistellungsanspruch gewährt wird, so findet dies de facto zunächst nur Niederschlag in einem entsprechenden Vermerk in der Gefangenenpersonalakte und bedeutet, daß der Gefangene, selbst wenn nunmehr Arbeit für ihn vorhanden wäre, dieser Arbeit für die Zeit der Freistellung nicht nachgehen muß. Weiter führt dies aber auch dazu, daß nach Ablauf der Freistellung der Gefangene ohne weiteren Freistellungsanspruch uneingeschränkt zu möglicherweise bestehenden Arbeiten herangezogen werden kann. Es ist aus Sicht der *Kammer* reiner Formalismus, dem Gefangenen die Freistellung unter Hinweis darauf zu versagen, daß er derzeit keine Arbeit habe, wobei klar ist, daß ihm grundsätzlich die Freistellung sofort gewährt werden müßte, wenn er auch nur einen Tag wieder Arbeit hat.

Mitgeteilt vom Justizministerium Nordrhein-Westfalen,  
Düsseldorf.

## AUFsätze

### Allgemeine Honorierung besonderer Aufklärungshilfe

– Anmerkungen zum Entwurf einer dritten Säule des Strafzumessungsrechts (§ 46 b E-StGB) –

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied

#### Leistungen

Weil wir alle in den kooperativen Strafprozeß verstrickt sind, fehlt uns zu seiner Beurteilung die Distanz. Nur ein entfernter Beobachter könnte feststellen, ob wir uns immer mehr daran gewöhnen, die Strafjustiz durch Leistungen versöhnlich zu stimmen. Bei Vergehen ermöglicht dies § 153 a StPO zumindest den Beschuldigten, die Geldauflagen erbringen können. Inzwischen wird ein Viertel der Verfahren, die aus Sicht der Strafjustiz eine Erledigung nach § 170 Abs. 2 StPO nicht zulassen, auf diesem Wege abgeschlossen.<sup>1</sup> Beschuldigten, denen eine solche Lösung versperrt ist, bleibt es unbenommen, ein Geständnis abzulegen und die Dritte Gewalt dadurch zu erfreuen, daß diese Leistung den Prozeß verkürzt. Nur punktuell schließlich hat die Strafjustiz bislang auch die Aufklärung von Straftaten anderer Personen als eine Leistung honoriert, die für den hilfsbereiten Beschuldigten Milderung oder Sanktionsverzicht zuließ.<sup>2</sup>

Diese dritte Spur soll jetzt so ausgeweitet werden, daß sich darüber hinaus viele weitere Beschuldigte in der Lage befinden,

durch kooperatives Verhalten eine Nachsicht zu verdienen, mit der sie sonst nicht rechnen könnten. Der dazu vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Strafzumessung bei Aufklärungshilfe<sup>3</sup> erfordert keine Konnexität zwischen der dem Leistenden vorgeworfenen Straftat und der erbrachten Leistung. Übertragen auf das Verwaltungsrecht verhält sich das so, als könne der Antragsteller eine Bauerlaubnis dadurch erwirken, daß er die Feuerwehr der Gemeinde subventioniert. Was den damit befaßten Behörden verboten bleibt, um sie rein zu halten, soll im Strafrecht fortan ein Regelfall eigener Art werden. Dabei geht es in erster Linie um Aufklärungshilfe. Prävention durch Verhinderung einer konkret geplanten Tat

1 Zur Statistik *Verf.*, § 153 a StPO und die Unschuldsvermutung, in: FS Egon Müller, Baden-Baden 2008, S. 611 ff., 613 f.

2 §§ 129 Abs. 6 Nr. 2, 129 a Abs. 7, 261 Abs. 10 StGB; § 31 BtMG.

3 BT-Drucks. 16/6268 v. 24.08.2007. Dieser Drucksache sind auch die sehr kritische Stellungnahme des Bundesrats (Anlage 2) und die Gegenäußerung der Bundesregierung (Anlage 3) beigelegt. Aus ihnen wird im Folgenden nach der Seitenzahl der Begründung zitiert.

wird sich auf engere Bereiche beschränken und kann bei der nachfolgenden Beurteilung vernachlässigt werden.

Insbesondere der Verzicht auf die Konnexität löst die Strafe aus dem durch obere und untere Grenzen markierten Bezug zum Maß der Schuld. Das hat es zwar schon bisher gegeben. Bei § 46 b StGB handelt es sich aber um ein drittes Prinzip unmittelbar neben den Regelungen der §§ 46, 46 a StGB. Dazu haben die Verfasser des Entwurfs sich in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats ausdrücklich bekannt. Sie streben »eine allgemeine Strafzumessungsregel« an, die sich in die Systematik des StGB einfügt.<sup>4</sup> Die Verallgemeinerung verursacht neue Spannungen. Daß die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schuld des Täters stehen muß, wird aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitet.<sup>5</sup> Auch deshalb hat der *Bundesgerichtshof* sich dafür ausgesprochen, die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung nur auf der Ebene der Vollstreckung auszugleichen.<sup>6</sup> Dies soll bei der Zumessung der Strafe deren Orientierung am »angemessenen Schuldausgleich« gewährleisten und erforderliche Kompensationen anderer Art von Fragen des Unrechts, der Schuld und der Strafhöhe abkoppeln.<sup>7</sup> Der *Bundesgerichtshof* ist damit seiner Auffassung treu geblieben, daß sich die Strafe »weder nach oben noch nach unten« von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen darf.<sup>8</sup>

Der Entwurf setzt sich damit nicht auseinander. Er will bestimmte Mitteilungen des Täters über Delikte, an deren Aufklärung oder Verhinderung der Staat »generell ein höheres Interesse« hat,<sup>9</sup> durch Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB oder durch Absehen von Strafe belohnen. Die Verfasser wissen zwar, daß dies eine noch schuldangemessene Sanktionierung in Frage stellt und dem Rechtsstaatsprinzip widerstreitet.<sup>10</sup> Sie halten die »besondere Honorierung« der dem Staat gewährten Hilfe aber für gerechtfertigt,<sup>11</sup> obwohl die Offenbarung »an Tatschuld und Tatunrecht unmittelbar nichts ändert.«<sup>12</sup> Vermutlich meinen sie, die Gewährung eines solchen durch Sanktionsverzicht entrichteten Preises sei mit dem Strafrecht vereinbar, wenngleich ein Zusammenhang der Offenbarung mit dem Verdacht gegen den Hilfe leistenden Täter nicht zu bestehen braucht. Denkt man den so eröffneten Weg eines neuen Strafmilderungsgrundes (§ 46 b StGB) zu Ende, könnte man sich, sollten öffentliche Interessen dies einmal nahelegen, ähnliche normierte Vergünstigungen zum Beispiel auch für den (absurden) Fall vorstellen, daß der Täter anstrengende ehrenamtliche Aufgaben übernimmt oder eine seinen wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene, aber niedrig verzinst, Staatsanleihe zeichnet.<sup>13</sup> Hier wie dort bliebe freilich offen, ob der Staat die befürwortete Honorierung nicht systematisch richtiger durch Vollstreckungsnachlaß entrichten mußte.<sup>14</sup>

### Honorierung und Ermessen

Nach dem Entwurf ist das besondere Zugeständnis keineswegs sicher. Das Gericht, so heißt es in § 46 b Abs. 1 S. 1 und 2 E-StGB, »kann« die Milderung aussprechen oder von Strafe absehen. Zwangsläufig tritt diese Folge nicht ein. Die Begründung spricht von »pflichtgemäßem Ermessen.«<sup>15</sup> Obwohl das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot auch für die Sanktionsandrohung gilt,<sup>16</sup> kennt das Strafrecht zum Beispiel im Falle des Versuchs (§ 23 StGB) und der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) auch sonst Strafmilderungen, die das Gericht anwenden »kann.«<sup>17</sup> Dies stößt, weil es auf eine Ermessensentscheidung hindeutet, auf Bedenken,<sup>18</sup> wird in der Praxis aber weitgehend hingenommen. Im Falle des § 46 b E-StGB handelt es sich jedoch um eine Regelung, die erhebliche praktische Konsequenzen auslösen würde. Hier hängt die Milderung nämlich von der »Hilfe« ab, die der Täter den Verfolgungsbehörden leistet. Um auszuschließen, daß diese besondere Leistung fruchtlos erbracht wird, müßte der daran interessierte Beschuldigte zuvor mit den Vertretern der Strafjustiz abklä-

ren, welche konkreten Zugeständnisse er erwarten darf. Dies zwingt zu Verhandlungen, und in deren Verlauf können die Verfolgungsbehörden, denen der Hinweis auf das dem Gericht eingeräumte Ermessen einen entsprechenden Hebel verschafft, Bedingungen formulieren. Solchen Bedingungen muß der Täter sich anpassen. Statt Rechtssicherheit gäbe es Druck. Oder anders ausgedrückt: An dieser Stelle fließen polizeiliche Interessen in die richterliche Erwägung ein. Berechenbarkeit entfällt, der Zweck des Bestimmtheitsgebots auch für die Strafandrohung (Art. 103 Abs. 2 GG) wird verfehlt.

Die Problematik, die in der Abwägung wesentlicher Parameter der Strafe durch eine Ermessensentscheidung besteht, ist allgemein bekannt. Auch im Zusammenhang mit der Versuchsstrafe (§ 23 Abs. 2 StGB) wird sie kontrovers erörtert. Manche sprechen sich dort für einen »Milderungszwang« aus.<sup>19</sup> Der *Bundesgerichtshof* orientiert sich jedoch am Wortlaut, dem er »keine Einschränkung des richterlichen Ermessens« entnehmen kann. Er überläßt es deshalb dem Tatrichter, »seine Entscheidung aufgrund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne sowie der Persönlichkeit des Täters zu treffen.«<sup>20</sup> Dabei geht es, so auch zu § 21 StGB, um den »gesamten Schuldgehalt der Tat einschließlich der Eigenschaften des Täters.«<sup>21</sup> Das Erfordernis der Gesamtschau hebt – durch Verwässerung – die abstrakte Berechenbarkeit auf. Soweit die Strafzumessung, wie im vorliegenden Fall, vom Verfahrensverhalten des Täters abhängen soll, würde auch die Anbindung an eine Gesamtschau noch dazu zwingen, zuvor eine »verbindliche Auskunft« einzuholen. Darüber möge sich später niemand beschweren; eine solche Entwicklung liegt im Wesen der Strafzumessung, in deren Mitte Kooperation durch Leistung stehen soll. Leistung und Gegenleistung sind prinzipiell synallagmatisch verknüpft. Der konsensuale Prozeß erhalte mit § 46 b E-StGB einen weiteren Schub.

Im Betäubungsmittelrecht handelt es sich um ein abgegrenztes Feld, um spezialisierte Akteure und seit Jahren etablierte praktische Regeln.<sup>22</sup> Die beabsichtigte Generalisierung des Prinzips stellt aber neue und höhere Anforderungen. Fakultative Milderungen, die das gesamte Strafrecht durchziehen und nicht auf Sonderfälle beschränkt sind, zumal auf Konnexität mit der vorgeworfenen Tat verzichtet wird, entfesseln die Sanktionierung. Soweit die Anknüpfungstatsachen vor der Hauptverhandlung »geliefert« werden müssen, stärkt § 46 b E-StGB die Polizei. Die Schere zwischen Vergünstigung oder Versagung wird gerade auch in deren Händen bedrohlich wirken. Weil das Ermessen des Tatrichters die Revisionskontrolle erschwert, darf dieses Element des sich schnell zur Routine

4 Begründung, wie vor, S. 20.

5 BVerfG NJW 1993, 3254, 3255; BGH GSS NJW 2008, 860, 862.

6 BGH GSS NJW 2008, 860, 863.

7 BGH (Fn. 6), S. 864.

8 BGHSt 24, 132, 133 f.; zur »Spielraumtheorie«, die daran anknüpft, G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. München 2001, Rn. 461 ff. m. Nachweisen.

9 So die Begründung, wie vor, S. 10.

10 Begründung, wie vor, S. 11.

11 Begründung, wie vor, S. 11.

12 Begründung, wie vor, S. 13.

13 Ggf. käme sogar ein spezieller Strafrabatt dafür in Betracht, daß eine profitable Verfallsentscheidung ermöglicht wird.

14 Soweit ein Straftäter eine konkret geplante gefährliche Straftat verhindert, könnten weitergehende Vergünstigungen auch auf dem Gnadenwege gewährt werden.

15 Begründung, wie vor, S. 13.

16 BGHSt 18, 136, 140; zum Streit darüber Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. München 2006, S. 177.

17 Nach §§ 13, 17, 21, 23, 35 Abs. 1, 46 a StGB »kann« der Richter den milderen Strafrahmen gem. § 49 Abs. 1 StGB wählen. Dazu G. Schäfer (Fn. 8), Rn. 507.

18 Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. München 2006, Rn. 14 zu § 21 StGB m. Nachweisen.

19 Esser in: Schönke/Schröder (Fn. 18), Rn. 6 bis 7 a zu § 23 StGB.

20 BGHSt 16, 351 ff., 353.

21 BGHSt 16, 353 unter Hinweis auf BGHSt 7, 28, 31.

22 Etwa BGHSt 31, 163 ff., 166 ff.; BGHSt 33, 80 ff., 81 ff.; BGH NSZ 1989, 77; BGH StV 2002, 259.



entwickelnden Zwangs nicht unterschätzt werden. Wenn die Tatrichter einmal gelernt haben, daß sie sich gegen erfolgreiche Rechtsmittel schützen können, indem sie die mögliche Milderung schon und umfassend abhandeln, sind sie frei. Die Kehrseite dieser Freiheit besteht in dem Druck auf die Beschuldigten, der sich aus der Unbestimmtheit der geplanten breitflächigen Ermessensvorschrift ergibt. Die neue Qualität einer verallgemeinerten und fakultativen Ergänzung des Strafzumessungsrechts steht daher in einem harten Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG.

### Präklusion

Der Entwurf untersagt die besondere Vergünstigung, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn beschlossen worden ist (§ 46 b Abs. 3 E-StGB). Für den Fall, daß der Beschuldigte an der Tat beteiligt war, auf die sich sein Beitrag zur Aufklärung beziehen soll, muß er deshalb bis zu diesem frühen Zeitpunkt entscheiden haben, ob er schweigen oder sich zur Sache äußern will. Eine unterschiedliche Behandlung innerhalb des Lebenssachverhalts wäre unmöglich. Aber auch wenn es keine Konnexität zwischen der Tat und dem Gegenstand der Aufklärungshilfe gibt, wird den Beschuldigten die Kombination von Schweigen in eigener und Reden in fremder Sache nur selten nachgelassen werden. Es wird auf die Quelle des Wissens ankommen, die häufig mit der eigenen Verstrickung verwohen ist. Das dem Gericht eingeräumte Ermessen und die notwendige Abwägung der Schwere der Schuld des Täters (§ 46 b Abs. 2 Nr. 2 E-StGB) zwingen dazu, entweder insgesamt auszusagen oder auf die angestrebte Vergünstigung zu verzichten. Im Ergebnis beeinträchtigt der Entwurf daher die Einlassungsfreiheit und damit das Grundrecht des Nemo Tenetur zumindest dadurch, daß Aufklärungshilfe, die erst nach der Eröffnung geleistet wird, die besondere Strafmilderung nicht mehr auslösen kann. Aus Sicht des Entwurfs soll das den Behörden die Zeit verschaffen, um die Angaben zu überprüfen.<sup>23</sup> Doch räumen die Verfasser selbst ein, daß die Praxis zu § 31 BtMG, der keine solche Präklusion kennt, den bis zum Ende der Hauptverhandlung möglich gemachten und eintretenden Aufklärungserfolg noch honoriert.<sup>24</sup> Die angestrebte Zäsur wäre mit ihrem gravierenden Einschnitt in die Zeitachse der Einlassungsfreiheit ein Systembruch. Da ein Grundrecht betroffen ist, das in der Menschenwürde wurzelt, können die nach der Entwurfsbegründung »von Praktikern erhobenen Forderung(en)« die Präklusion nicht rechtfertigen. Auch läßt sich nicht nachvollziehen, daß § 46 E-StGB die Richter bevormundet, wenn die Aufklärungshilfe aus der Hauptverhandlung heraus wirksam geleistet wird.

Wie man annehmen darf, geht es den Verfassern mit der Präklusion wohl darum, daß der Beschuldigte gezwungen sein wird, sich schon im Ermittlungsverfahren für Aufklärungshilfe zu entscheiden. Der Entwurf spricht sogar von der »Pflicht zu frühzeitigen Angaben«<sup>25</sup>, was die Tendenz durchscheinen läßt. Die Gegenerklärung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats weist selbst darauf hin, daß der »Fristvorgabe gerade auch eine steuernde Wirkung zukommen soll.«<sup>26</sup> Damit gibt sich die Neuregelung als ein polizeiliches Instrument zu erkennen, das dem Richter nur die Bestätigung der materiellrechtlichen Folgen überläßt. Käme es dazu, würden Leistung und Gegenleistung nämlich zunächst zwischen Polizei und Beschuldigten ausgehandelt werden müssen. Für die tatrichterliche Rückdeckung der Zusage hätte der Staatsanwalt zu sorgen. Ihm und dem Richter bliebe eine kümmerliche restliche Kompetenz, die (oft ohne hinreichende Aktengrundlage) nach Maßgabe polizeilichen Vortrags affirmativ wahrzunehmen wäre. Häufig würde die frühe Rückdeckung daran scheitern, daß in der Zuständigkeitsfrage Unklarheiten bestehen. Dann müßte auf die spätere Bereitschaft der Richter vertraut werden, polizeiliche Zusagen einzulösen.

### Die Bevorzugung der schwereren Kriminalität

Der Entwurf billigt die vorgesehenen Vergünstigungen nur dem Täter einer Straftat zu, die mit einer im Mindestmaß erhöhten oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 46 b Abs. 1 S. 1 E-StGB). Bei der Einordnung sollen Schärfungen für besonders schwere Straftaten berücksichtigt werden (§ 46 b Abs. 1 S. 2 E-StGB). Eine weitergehende Beschränkung auf Schwerstkriminalität wird abgelehnt, um nicht »allein solche Täter zu privilegieren, die schwerste Schuld auf sich geladen haben.«<sup>27</sup> Doch erscheint es den Verfassern, denen das notwendige Gleichgewicht vor Augen steht, sachgerecht, die Taten der einfachen Kriminalität aus dem Anwendungsbereich ihres Vorschlags auszunehmen, weil hier die allgemeinen Regelungen (§ 46 StGB, § 353 StPO) für ausreichend erachtet werden.

Möglicherweise will der Entwurf auch vermeiden, daß eine undifferenzierte Regelung zu allgemeinem Denunziantentum führen könnte. Wahrscheinlich bleibt einfache Kriminalität außen vor, weil die darin Verstrickten der Polizei außer Mehrarbeit nichts zu bieten haben. Folgerichtig wendet das besondere Angebot der Neuregelung sich nur an solche Täter, die ein deutlich gesteigertes Interesse an derartigen Vergünstigungen haben müssen, darunter oft die aus dem Bereich der Schwerstkriminalität. Daß gerade ein solches Interesse die Verlässlichkeit der Angaben beeinträchtigt, liegt auf der Hand und verstärkt die Bedenken. Die einzige ohne weiteres nachvollziehbare Einschränkung des Entwurfs besteht darin, daß die Offenbarung Taten nach dem laufend anwachsenden Katalog des § 100 a Abs. 2 StPO aufdecken oder verhindern muß (§ 46 b Abs. 1 S. 1 E-StGB).

### Anpassung und Schwäche

Zu den ersten und wichtigsten Aufgaben des Verteidigers gehört es, den Mandanten darüber zu beraten, ob im Strafverfahren Stellung genommen oder geschwiegen werden soll. Ist der Tatvorwurf begründet, geht es dabei um die Wahl zwischen einem Geständnis oder dem Versuch, Hoffnung auf die Unschuldsvormutung zu setzen. Mit einem Geständnis wird Verantwortung übernommen. Beim Schweigen handelt es sich aber nicht notwendigerweise um das moralische Gegenteil; es kann auf Scham beruhen. Wenn die prozessualen Alternativen im Dialog erörtert und abgewogen werden, damit der Beschuldigte sich entscheiden kann, wird er in seiner Selbstachtung gestärkt und Subjekt seines Schicksals. Ein engagierter Verteidiger nimmt den Mandanten gerade hier besonders ernst und vermittelt diesem die möglicherweise seltene Erfahrung, daß ihm Achtung entgegengebracht wird. So verhält es sich jedenfalls dann, wenn der Beschuldigte die Bedeutung der Weichenstellung zu verstehen lernt.

Oft ist das fragliche Delikt aus Haltlosigkeit und Schwäche begangen worden. Dann verlangt die zu treffende Entscheidung dem Beschuldigten so oder so erstmals Kraft und Überwindung ab. Geständnisse als Preis für ausgehandelte oder ausgelobte Strafmilderung beruhen aber auf einer ganz anderen Haltung – mit ihnen folgt der unter Druck gesetzte Täter dem Weg des geringsten Widerstands. Hier bleibt es bei der Schwäche, die in den meisten Fällen schon zur Ursache der Verstrickung geworden war. Wenn der Beschuldigte mit der Tat Wissen über die Verstrickung Dritter erlangt hat und dies nutzt, um daraus persönliche Vorteile zu ziehen, profitiert er von den Früchten des Delikts, die immer nur dem zugutekommen, der

23 Begründung, wie vor, S. 14.

24 Begründung, wie vor, S. 14.

25 Begründung, wie vor, S. 14; so auch (»Pflicht zur frühzeitigen Offenbarung«) in der Gegenerklärung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, wie vor, S. 20.

26 Begründung, wie vor, S. 20; mit diesem Argument könnte man auch eine Frist für Beweisanträge einführen.

27 Begründung, wie vor, S. 10.

seine Kenntnisse als erster offenbart. Bei näherer Abwägung kann deshalb zumindest Aufklärungshilfe in ein Spannungsverhältnis zu dem Ziel geraten, das als (charakterliche) Resozialisierung beschrieben wird. Wer in Drogensachen verteidigt, weiß, wie kläglich Denunziationen oft wirken und wie diese die Betroffenen sich danach fühlen. Das beschränkt sich aber keineswegs auf diesen Bereich: Auch der Buchhalter, der wie eine Marionette als »Kronzeuge« zunächst durch die Vernehmungszimmer und dann durch Gerichtssäle geschleppt wird, um seine früheren Tatgenossen der Beteiligung an einer bandenmäßigen Verkürzung von Umsatz- oder Verbrauchsteuern zu überführen, geht daraus mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gefestigt und nicht gereift hervor.

Damit soll hier keineswegs eine moralische Regel aufgestellt und diskutiert werden. Es empfiehlt sich aber, über die Funktion von Moral nachzudenken. Aus der Sicht der Soziologie ist Moral identisch mit den in der Gesellschaft praktizierten Bedingungen wechselseitiger Achtung oder Mißachtung.<sup>28</sup> Achtung entwickelt Moral.<sup>29</sup> Sie fördert ein entsprechendes Selbstbild.<sup>30</sup> Das Recht sichert solche sozialen Prozesse gegen staatlichen Druck.<sup>31</sup> Es gewährleistet die Freiheit des Einzelnen, sich die Bezugsgruppe für moralische Kommunikation und Selbstachtung zu wählen.<sup>32</sup> Diese Bezugsgruppe dürfte sich nur in sehr seltenen Fällen aus Polizeibeamten, Staatsanwälten und Richtern zusammensetzen. Deren Angebot von Vorteil gegen Vorteil ähnelt eher einer merkantilen Kommunikation. Dem können Beschuldigte sich nur durch Verweigerung entziehen. Bei der Verweigerung handelt es sich um ein Menschenrecht. Die Einlassungsfreiheit sorgt dafür, daß die Betroffenen sich in ihrem Bild von sich selbst nicht als Verfahrensobjekt und Überführungsgehilfe erniedrigen lassen müssen. Wenn die Analyse der Soziologie stimmt, kann Unterwerfung durch Aufklärungshilfe mithin auf längere Sicht zuweilen das für die Gesellschaft schlechtere Rezept sein als die ungestörte und verantwortliche Wahl der Verteidigung. Gewiß, dagegen gibt es wichtige polizeiliche Einwendungen. Ein Rechtssystem aber, das fortan mit drei Säulen die Strafzumessung erstens nach dem Maß der Schuld (§ 46 StGB), zweitens nach der Versöhnung mit dem Opfer (§ 46 a StGB) und drittens nach Leistung durch Aufklärungshilfe (§ 46 b E-StGB) neue Prioritäten schafft, beschleunigt den kooperativen Strafprozeß. Dieser nimmt die Menschen in seinen Dienst. Manchmal zwingt er sie, weiß ein Prozeß, der Schweigen abwertet, seiner Natur nach und strukturell eher Zwang ist als Verfahren. Ob dies dem Strafrecht und der Gesellschaft nutzt oder schadet, darüber hat das große Nachdenken noch nicht begonnen.

#### (Selbst-)Hilfe durch unwahre Angaben

Die Verfasser des Entwurfs haben es für notwendig gehalten, einer »durch eine »Kronzeugenregelung« eröffneten spezifischen Mißbrauchsgefahr« entgegenzuwirken.<sup>33</sup> Sie rechnen nämlich damit, daß Beschuldigte versuchen werden, »sich eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe zu erschleichen.«<sup>34</sup> Darauf hebt auch die Stellungnahme des Bundesrats ab. Der Bundesrat befürchtet ausdrücklich, daß die geplante Regelung »rechtsstaatsfeindlichem Denunziantentum Vorschub leisten« werde, »weshalb die Aussagekraft und der Beweiswert derart einseitig motivierter Offenbarungen besonders kritisch zu hinterfragen und auch in Gänze in Zweifel zu ziehen sein dürften.«<sup>35</sup> Er sieht die »naheliegende Gefahr« falscher oder jedenfalls übertriebener Anschuldigungen Dritter.<sup>36</sup> Deshalb hält der Bundesrat es für erforderlich, wenn das Projekt weiter verfolgt wird, Regelungen vorzusehen, die eine verbösernde Korrektur der für den Beschuldigten ergangenen »privilegierenden« Entscheidung ermöglichen.<sup>37</sup> Der Entwurf der Bundesregierung hat auf solche Regelungen ausdrücklich verzichtet. Er begnügt sich damit, die geltenden Straftatbestände der §§ 145 d, 164 StGB zu erweitern. Durch einen neuen dritten Absatz zu § 145 d StGB soll nunmehr mit Frei-

heitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden, wer wider besseres Wissen eine begangene oder bevorstehende rechtswidrige Tat vortäuscht, um Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46 b StGB oder § 31 BtMG zu erlangen.<sup>38</sup> Auch § 164 StGB soll ausgedehnt werden. Danach ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer die falsche Verdächtigung begeht, um eine einschlägige Strafmilderung zu erlangen.<sup>39</sup>

Die im Vergleich mit den bisherigen Vorschriften harten Strafandrohungen lassen nicht erkennen, daß die prekäre Ausnahmesituation angemessen berücksichtigt wird, in der die Beschuldigten sich befinden, die den Verlockungen des neuen Gesetzes erliegen. Schon gar nicht nehmen sie die polizeilichen Einflüsse in den Blick, die es geben wird. Bedenkt man diese Rahmenbedingungen der vorgesehenen Strafandrohung, kann deren geschütztes Rechtsgut nicht mit den herkömmlichen Tatbeständen der § 145 d, 164 StGB übereinstimmen. Sonst nämlich hätte das Strafmaß für den Anwendungsbereich der Neuregelung abgesenkt werden müssen. Vielmehr führt der Entwurf, aufgehängt am Gerüst der alten Vorschriften, Tatbestände ein, deren Zweck darin besteht, den prozessualen Mißbrauch der Aufklärungs- und Präventionshilfe zu poenalisieren. Auf diesem Wege soll die höchst verführerische Wirkung der neuen Strafmilderung durch harte Strafandrohung kompensiert werden. Dieser Zweck will für ein redliches Prozeßverhalten sorgen. Damit verletzt er die vom Strafrecht verschonte Einlassungsfreiheit des Beschuldigten. Dieser muß zwar schon immer die Grenzen der §§ 145 d, 164 StGB respektieren. Er ist aber, weil die Einlassungsfreiheit in der Menschenwürde wurzelt, gegen weitergehende strafbewehrte prozessuale Steuerungen geschützt. Übrigens ist nicht einmal die versuchte Steuerung schlüssig konzipiert. Der Entwurf setzt sich nämlich nicht mit der Gefahr auseinander, daß die Beschuldigten aus Angst vor der angedrohten schweren Strafe alle Anstrengungen unternehmen müssen, um Zweifel an ihren falschen Angaben gar nicht erst mehr aufkommen zu lassen. Im Ergebnis läßt sich voraussagen: Die von den neuen Strafvorschriften erhofften »präventiven Wirkungen«<sup>40</sup> werden nicht eintreten. Wohl aber werden viele Anwendungsfälle des geplanten Gesetzes auf Betreiben der durch Aufklärungshilfe Belasteten zu langwierigen Auseinandersetzungen führen, die mit erheblichen Zusatzbelastungen verbunden sind.

#### Strafverteidigung im Konflikt

Käme es zu der entworfenen Regelung, würde auch die Strafverteidigung neuen Konflikten und Gefahren ausgesetzt. Mandanten, die um der Vergünstigung willen Aufklärungshilfe leisten wollen, dürfen damit nicht alleingelassen werden. Ihre anwaltliche Unterstützung läuft aber gegenüber den davon betroffenen Dritten auf eine in diesem Umfang neue Rolle als »Ankläger« hinaus. Verteidiger, die von Berufs wegen hohe Anforderungen an den Anfangsverdacht stellen, werden ihre profes-

28 Niklas Luhmann, *Soziologie der Moral*, in: *Die Moral der Gesellschaft*, Frankfurt 2008, S. 56 ff., 107.

29 Niklas Luhmann, wie vor, S. 104.

30 Niklas Luhmann, wie vor, S. 103.

31 Niklas Luhmann, wie vor, S. 128.

32 Niklas Luhmann, wie vor, S. 128.

33 Begründung S. 15.

34 Begründung S. 15.

35 BT-Drucks. 16/6268 S. 18.

36 BT-Drucks. 16/6268 S. 18.

37 Dazu nimmt der Bundesrat, a. a. O., S. 19 auf den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Aufklärungshilfe im Strafrecht (BR-Drucks. 896/02 Gesetzesantrag Nds.) Bezug.

38 Hier wird auf eine Wiedergabe der komplexen Einzelheiten, insbesondere des Kataloges der einschlägigen Taten, verzichtet.

39 Auch dazu wird auf eine genaue Wiedergabe verzichtet. Beide Neuregelungen sehen für minderschwere Fälle einen ermäßigten Strafrahmen vor, der freilich nach § 164 StGB immer noch drei Monate bis fünf Jahre umfaßt.

40 Begründung S. 16.



sionellen Maßstäbe nicht abschütteln können. Da wegen der Unbestimmtheit des Gesetzes vor der zu leistenden Aufklärungshilfe deren Auswirkung auf die Sanktion abgeklärt werden muß, werden sie ihren vermittelnden Beistand trotzdem nicht versagen. Dieser Beistand wäre, wenn die einschlägigen Angaben des Mandanten falsch oder aufgebauscht sind, objektiv Beihilfe zu den Delikten, die den Gesetzesentwurf flankieren.

Im Blick darauf müßten die Verteidiger auch im eigenen Interesse die Dritte betreffenden Mitteilungen des Mandanten grundsätzlich kritisch und zweifelnd bewerten. Befugnisse zur Überprüfung gibt es nicht. Ein späterer Anfangsverdacht gegen den Mandanten würde sich schnell auch auf den Beistand erstrecken. In diesem Fall könnten interne Zweifel, die der Verteidiger bei früherer Gelegenheit geäußert hat, zum belastenden Anhaltspunkt werden. Die Ermittlungsbehörden wären in der Lage, sich der Handakten zu bemächtigen, um ihr Verdachtskonstrukt zu untermauern. Da derartige Entwicklungen nie auszuschließen sind, wäre Mißtrauen im Mandatsverhältnis die Folge. Die Einlassung des Beschuldigten zum Tatvorwurf und die über Tatbeiträge Dritter zu leistende Aufklärungshilfe werden in der Regel eng verknüpft sein. Die Gren-

zen zwischen der notwendigen Stellungnahme zur Sache und Angaben zu Lasten Dritter werden häufig schwimmen. Damit ändern sich die Rahmenbedingungen der Verteidigung.

Rechtsanwälte, die der späteren Einsicht in die fortlaufende Ermittlungsakte entnehmen, daß die Dritte belastenden Angaben des Mandanten problematisch sind, befänden sich in einer komplizierten Lage. Wollten sie den Behörden empfehlen, die einschlägigen Informationen des Beschuldigten besonders kritisch zu überprüfen, würden sie ihren Mandanten verraten. Da Strafverteidigung fast immer mit unüberprüfbar Unwägbarkeiten und Ungewisheiten zu tun hat, würden sich im schnellen Wechsel ändernde Lagen zur Regel. Die Gelassenheit und die Distanz, ohne die der Verteidiger seine Aufgabe nicht erfüllen kann, wären ernsthaft gefährdet. Wer den fairen Strafprozeß schützen will, kann daran nicht interessiert sein. Der Deutsche Richterbund, die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltverein und die Strafverteidigervereinigungen sind dem Entwurf mit einer gemeinsamen Erklärung entgegengetreten. Solche Gemeinsamkeit mit dem Deutschen Richterbund, dem auch die Staatsanwälte angehören, erleben wir selten. Das sollte den Gesetzgeber nachdenklich stimmen.

## Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen

Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 08. 10. 2008 – StB 12 – 15/08 –, StV 2009, 3

von Staatsanwalt Dr. Markus Löffelmann, z. Zt. *GTZ African Court on Human and Peoples' Rights (Arusha/Tanzania)*

### A. Entwicklung und Systematik des Rechtsschutzsystems

Die lange Zeit umstrittene Frage<sup>1</sup>, mit welchen Rechtsbehelfen gegen strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen vorgegangen werden kann, wurde durch zwei grundlegende Entscheidungen des *BVerfG*<sup>2</sup> und die daran anschließende Judikatur des *BGH*<sup>3</sup> schon vor geraumer Zeit einer Klärung zugeführt. Mit der Einführung des nachträglichen Rechtsschutzes gegen alle heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in § 101 Abs. 7 S. 2<sup>4</sup> durch das Gesetz zur Neuordnung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. 12. 2007 StPO<sup>5</sup> hat die Problematik der Konkurrenz von Rechtsbehelfen gegen Ermittlungsmaßnahmen eine weitere Dimension bekommen. Dieser Thematik widmet sich der in StV 2009, S. 3 f. abgedruckte Beschluß des 3. Strafsenats des *BGH* vom 08. 10. 2008, der hier vor dem Hintergrund der Systematik des Rechtsschutzsystems gegen Ermittlungsmaßnahmen kritisch gewürdigt werden soll.

### I. Beschwerde

Gegen jede Art gerichtlicher Ermittlungsanordnungen kann die Beschwerde nach §§ 304 ff. eingelegt werden. Dies gilt konsequenter Weise auch, soweit die gerichtliche Anordnung explizit Ausführungen zu den Modalitäten der Durchführung der Ermittlungshandlung enthält und die Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme angegriffen werden soll.<sup>6</sup> Zu beachten ist, daß mit dem Gesetz vom 21. 12. 2007 nun auch in erster Instanz ergehende Beschlüsse des *OLG* und des Ermittlungsrichters beim *BGH* mit der Beschwerde angegriffen werden können, soweit diese sich auf freiheitsentziehende Maßnahmen, Beschlagnahme, Durchsuchung oder – und das ist neu – auf heimliche Ermittlungsmaßnahmen beziehen (§ 304 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, Abs. 5). Die Begründung des Gesetzgebers für diese Gesetzesänderung wird uns weiter unten noch beschäftigen und

ein Argument für die Klärung des Konkurrenzverhältnisses der verschiedenen Rechtsbehelfe liefern (s. C. III).

### II. Antrag auf gerichtliche Entscheidung

Gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 2 GVG) können von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffene einen Antrag auf richterliche Entscheidung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 stellen. Solche Entscheidungen können einerseits Anordnungen auf Gefahr im Verzug sein, andererseits Anordnungen im Hinblick auf die Modalitäten der Durchführung der Maßnahme und in Einzelfällen auch Maßnahmen aufgrund originärer Kompetenzen, wenn das Gewicht des Eingriffs Rechtsschutz gebietet.<sup>7</sup> Im Rahmen seiner Prüfung kann der Richter Begrenzungen der Maßnahme und Regelungen zu ihrer Durchführung treffen.<sup>8</sup> Gegen die richterliche Entscheidung ist wiederum die Beschwerde nach §§ 304 ff. zulässig. Die Zuständigkeit für die Überprüfung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 liegt beim Ermittlungsrichter, für die Beschwerde beim Beschwerdegericht,

1 Zur früheren Rechtslage ausführlich: I.R.-Schäfer, StPO, 25. Aufl. 2004, § 105 Rn. 79 ff. m. w. N.

2 *BVerfGE* 96, 27 = StV 1997, 393; *BVerfGE* 96, 44 = StV 1997, 394; daran anschließend *BVerfG* NJW 1998, 2131; NJW 1999, 273; hierzu Roxin StV 1997, 654.

3 *BGHSt* 44, 171 = StV 1998, 579; *BGHSt* 44, 265 = StV 1999, 72; *BGHSt* 45, 183 = StV 1999, 634; *BGHR* StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 2 = *BGH* StV 2000, 537; *BGHR* StPO § 98 Abs. 2 Bestätigung 1 = *NGIT* NSZ 2000, 154.

4 Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich im Folgenden auf die StPO.

5 *BGBI* I 2007, S. 3198.

6 Offen gelassen von *BGHSt* 44, 265 = StV 1999, 72; *BGHSt* 45, 183 = StV 1999, 634; *BGHR* StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 2 = *BGH* StV 2000, 537; jew. m. w. N. zum Schrifttum.

7 *BGHSt* 44, 171 = StV 1998, 579; vorläufige Festnahme; I.R.-Schäfer (Fn. 1) § 105 Rn. 102 m. w. N.; Blutenhahn.

8 *BGHSt* 44, 265 = StV 1999, 72.

**Strafbarkeit nach Vorschriften der  
§§ 258 und 261 StGB**



schuldigten und entließ ihn; die vorgefundenen Waren wurden beschlagnahmt.

Das AG Braunschweig hat den Erlaß eines Haftbefehls abgelehnt, da seine Zuständigkeit nicht gegeben sei. Auch der Gerichtsstand des § 9 StPO liege nicht vor, 'da ein Haftbefehl nicht erlassen wurde'. Das Hauptzollamt Braunschweig hat die Akten dem BGH zur Gerichtsstandsbestimmung nach § 13a StPO vorgelegt.

II. 1. Eine Zuständigkeit des AG Braunschweig ergibt sich wahrscheinlich schon daraus, daß im Sinne von § 7 StPO im Bezirk dieses Gerichts ein Begehungsort lag. Die Tat des Angeschuldigten war im Zeitpunkt seiner Überprüfung durch das Hauptzollamt noch nicht beendet, da die geschmuggelte Ware noch nicht 'zur Ruine gekommen' (BGHSt 3, 40, 44; BGH NSZ 1990, 39 = BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 15; BGHR StGB § 9 Abs. 1 Tatort 3) war. Dort, wo die Ware noch 'bewegt' wird, kann ein Begehungsort (vgl. *Gribohm* in LK, 11. Aufl., § 9 Rn. 9) und damit der Gerichtsstand des § 7 StPO gegeben sein.

2. Der Senat läßt diese Frage aber offen, denn entgegen der Meinung des AG Braunschweig greift im vorliegenden Fall jedenfalls § 9 StPO ein. Nach dieser Vorschrift ist ein Gerichtsstand auch bei dem Gericht begründet, in dessen Bezirk der Beschuldigte ergriffen worden ist.

In der Literatur wird unter Ergreifen zwar allgemein das vorübergehende Festhalten eines Verdächtigen angesehen, das 'alsbald zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen den Verdächtigen führt und wobei dieser dadurch noch während seiner Festhaltung Beschuldigter wird'. 'Ergreifen' im Sinne von § 9 StPO sei aber nur 'jede gerechtfertigte Festnahme des Beschuldigten nach § 127 Abs. 1 und 2 StPO, die zum Erlaß eines Haftbefehls führt, sofern nicht bereits ein Haftbefehl vorliegt' (so *Wendisch* in *Löwe/Rosenberg*, StPO, 24. Aufl., Rn. 2 und 5; *Paulus* in *KMR* Rn. 5; *Pfeifer* in *KK*, 3. Aufl., Rn. 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, 43. Aufl., Rn. 2 und 3; *Rudolphi* SK-StPO Rn. 2; *Düster* in *AK-StPO* Rn. 2 jeweils zu § 9 StPO; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Rn. 26; *Beulke*, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 55).

Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Ist ein Straftäter 'ergriffen', ist es für die Begründung des Gerichtsstandes nach § 9 StPO unerheblich, ob anschließend gegen ihn ein Haftbefehl ergeht oder nicht (so auch *Lenke* in *HK-StPO* Rn. 3 zu § 9), denn der Erlaß eines Haftbefehls ist von verschiedenen rechtlichen Kriterien abhängig und sagt nichts darüber aus, wann ein Verdächtiger ergriffen ist.

a) Gegen das Erfordernis eines Haftbefehls spricht schon der Wortlaut des § 9 StPO. Das Wort 'ergreifen' besagt nämlich nicht, daß dies nur aufgrund oder mit der Folge eines Haftbefehls zu geschehen hat. 'Ergreifen' kann bedeuten: 'packen, festhalten, erfassen, in die Hand nehmen', aber auch 'fest/gefangennehmen' (vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch 1991; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2. Aufl.), des weiteren 'verhaften, erwischen, aufgreifen, habhaft werden, schnappen' (Kompakt Wörterbuch, Synonyme 1990). Das Reichsgericht hat unter 'ergreifen' im Rahmen von Vorschriften des StGB (damals § 214 StGB) 'eine gesicherte Festhaltung des Täters' verstanden (RG St 58, 154; 60, 265, 266).

Wenn sich bei der Kontrolle einer Person durch Polizeibeamte der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt, wird der Verdächtige 'aufgegriffen', er wird 'festgehalten'. Dieses Ergreifen ist auch gesichert, denn dazu bedarf es keines Haftbefehls. Ausreichend sind entsprechende polizeiliche Maßnahmen, die eine Flucht des Betroffenen verhindern. Davon kann bei einer polizeilichen Überprüfung zur Aufklärung von strafbaren Handlungen ausgegangen werden.

b) Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 StPO gebieten es ebenfalls nicht, diesen Gerichtsstand auf Fälle zu beschränken, in denen es zum Erlaß eines Haftbefehls gekommen ist.

Schon das Erfordernis einer praktikablen Handhabung der Vorschriften der StPO über die örtliche Zuständigkeit spricht dagegen, den Gerichtsstand des Ergreifungsortes (§ 9 StPO) vom Erlaß eines Haftbefehls abhängig zu machen. Der Erlaß eines Haftbefehls ist regelmäßig die Folge des 'Ergreifens', er kann das 'Ergreifen' nicht voraussetzen. Denn erst nachdem die Ermittlungsbehörden einer Person wegen des Verdachts einer Straftat habhaft geworden sind (sie aufgegriffen, festgehalten haben), wird geklärt, ob die rechtlichen Voraussetzungen für einen Haftbefehl vorliegen, die, wie die § 112 ff. StPO, vor allem § 113 StPO zeigt, auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* aaO Rn. 8 zu § 112) sehr restriktiv sind. Die Entscheidung über den Haftbefehlsantrag ergeht im nachhinein und kann nicht darüber Aufschluß geben, ob überhaupt ein Gerichtsstand gegeben ist. Vielmehr kann die Tatsache, daß ein Haftbefehl wegen Fehlens eines Haftgrundes abgelehnt werden mußte, nichts daran ändern, daß der Betroffene zunächst 'ergriffen' worden war. Es wäre unökonomisch und würde – auch aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten – eine nicht notwendige Behinderung der Strafverfolgungsorgane bedeuten, wenn in solchen Fällen immer erst eine zeitaufwendige Gerichtsstandsbestimmung nach § 13a StPO erfolgen müßte. Der Sinn des § 9 StPO kann nicht darin liegen, die Verfolgung der kleineren und mittleren Kriminalität zu erschweren.

c) Auch die Entstehungsgeschichte des § 9 StPO steht dieser Auslegung nicht entgegen. Seine Neugestaltung durch das 3. StrAndG beruht darauf, daß sowohl unnötige Kosten, wie auch ein unnötiger Zeitaufwand bei der Durchführung von Strafverfahren vermieden werden sollten (vgl. BT-Drucks. 1/3713 S. 46; vgl. auch OLG Hamm NSZ-RR 1999, 16, 17). Ziel der Regelung war es unter anderem auch, zeitaufwendige Verfahren der Gerichtsstandsbestimmung zu vermeiden (vgl. dazu *Wendisch* aaO vor Rn. 1).

III. Gegen den Angeschuldigten wurde, sobald seine Straftat festgestellt war, ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, er wurde darüber unterrichtet und als Beschuldigter geführt, wie der Einleitungsvermerk des Hauptzollamts – mobile Kontrollgruppe – Göttingen vom 15. 2. 1997 zeigt. Damit wurde der Angeschuldigte auf dem Parkplatz der Bundesautobahn A 7 – Rastplatz Siliuim – im Sinne von § 9 StPO 'ergriffen'. Dieser Ergreifungsort liegt im Bezirk des AG Braunschweig, dieses ist deshalb örtlich zuständig. Eine Gerichtsstandsbestimmung nach § 13a StPO ist somit an sich nicht erforderlich. Da jedoch das einzige Gericht, das zuständig sein kann, in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats (vgl. u. a. Beschl. v. 23. 9. 1998 - 2 ARs 397/98 - und vom 1. 10. 1998 - 2 ARs 407/98) ein Tätigwerden ohne Zuständigkeitsbestimmung nach § 13a StPO abgelehnt hat, war es im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung des Strafverfahrens erforderlich, in entsprechender Anwendung von § 13a StPO festzustellen, daß das AG Braunschweig gem. § 9 StPO örtlich zuständig ist ... "

#### StPO § 138a Abs. 1 Nr. 3; StGB 258

1. Zu den inhaltlichen Mindestanforderungen an einen Ausschließungsantrag der Staatsanwaltschaft.
2. Zu der Frage, wann die Grenze der Beistandspflicht überschritten und der Tatbestand der Strafvereitelung gem. § 258 StGB erfüllt ist.

OLG Köln, Beschl. v. 6. 4. 1999 - 2 Ws 152/99

Aus den Gründen: „ ... I. Die Staatsanwaltschaft Aachen hat unter dem 1. 3. 1999 bei der 6. großen Strafkammer des LG Aachen beantragt, die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten auszusetzen und die Akten dem OLG Köln zur Entscheidung über die Ausschließung der Verteidigerin gem. § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO vorzulegen. Zur Begrün-

dung ist im wesentlichen ausgeführt. im Hauptverhandlungstermin vom 1. 3. 1999 habe die Zeugin A zugunsten des Angeklagten ausgesagt, der Geschädigte und Hauptbelastungszeuge W habe ihr gegenüber eingeräumt, den Angeklagten zu Unrecht belastet zu haben. Die Aussage der Zeugin habe inhaltlich den von der Verteidigerin verfaßten handschriftlichen Notizen entsprochen, die sich die Zeugin vor ihrer Aussage im Gericht durchgelesen habe. Die Aussage der Zeugin sei unwahr, denn der Zeuge W habe von einem Treffen mit der Zeugin A nichts berichtet, und die Zeugin habe ebensowenig wie die Verteidigerin erklären können, weshalb die den Angeklagten entlastenden Angaben erst am 4. Verhandlungstag und nicht schon bei der früheren Vernehmung der Zeugin erfolgt seien. Wegen weiterer Einzelheiten werde auf den Akteninhalt, insbesondere das Hauptverhandlungsprotokoll verwiesen. Daß die Verteidigerin die Falschaussage mit der Zeugin einstudiert und dabei mit dem Vorsatz der Strafvereitelung gehandelt habe, ergebe sich aus dem Inhalt der handschriftlichen Notizen. Darin heißt es: 'W sagt Ihnen ...', es sei also nicht die Ich-Form zur Wiedergabe des von der Zeugin Gesagten gewählt, sondern von der Verteidigerin angegeben worden, was die Zeugin aussagen sollte.

Das LG hat den Antrag der Staatsanwaltschaft dem Senat durch Beschl. v. 3. 3. 1999 vorgelegt.

Die Verteidigerin beantragt, den Ausschließungsantrag ohne mündliche Verhandlung als unzulässig zu verwerfen.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat sich dem Antrag der Staatsanwaltschaft unter Bezugnahme auf deren Antragschrift angeschlossen.

II. Die Ausschließung von Rechtsanwältin S ist ohne mündliche Verhandlung abzulehnen.

Der Ausschließungsantrag der Staatsanwaltschaft ist unzulässig. Die Entscheidung über die Ausschließung kann deshalb ungeachtet der Bestimmung des § 138d Abs. 1 StPO ohne mündliche Verhandlung getroffen werden (vgl. SenE v. 19. 6. 1998 - 2 Ws 307/98 -; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, StPO, 43. Aufl., § 138c Rn. 1 m. w. N.).

Ein die Ausschließung des Verteidigers betreffender gerichtlicher Vorlagebeschluß oder ein Ausschließungsantrag der Staatsanwaltschaft müssen inhaltlichen Mindestanforderungen zur Zulässigkeit genügen. Erforderlich ist eine in sich geschlossene, auch die Beweismittel angegebende Darstellung der Tatsachen, aus denen sich ein die Ausschließung nach § 138a StPO rechtfertigendes Verhalten des Verteidigers ergibt; dabei darf auf andere Schriftstücke nicht lediglich Bezug genommen werden (vgl. OLG Hamm NSZ-RR 1999, 117; *wistra* 1999, 117; SenE v. 19. 6. 1998 - 2 Ws 307/98 -; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, § 138c StPO Rn. 9 m. w. N.).

Der Antrag der Staatsanwaltschaft genügt diesen Anforderungen nicht. Die Voraussetzungen für einen Verteidigerausschluß nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO wegen dringenden oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade bestehenden Verdachts der versuchten Strafvereitelung sind nicht dargetan. Sie würden sich auch dem weiteren Akteninhalt nicht entnehmen lassen.

Wegen Strafvereitelung macht sich gem. § 258 StGB strafbar, wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird. Ordnungsgemäßes und pflichtentsprechendes Verteidigerhandeln ist im Sinne des § 258 StGB nicht tatbestandsmäßig (vgl. *Tröndle*, StGB, 43. Aufl., § 258 Rn. 7 m. w. N.). Dem Verteidiger ist im Rahmen pflichtgemäßer Interessenvertretung Kontakt mit Zeugen erlaubt; er darf diese über ihr Wissen befragen, sie auch belehren und beraten, das Ergebnis aufzeichnen und verwerten. Die Grenze der Beistandspflicht wird erst überschritten, wenn der Verteidiger den Sachverhalt verdunkelt, die Strafverfolgung erschwert und sich hierbei unlauterer Mittel bedient (vgl. Senat NJW 1975, 459, 460). Für ein derartiges Verhalten

der Verteidigerin ist hier nichts ersichtlich. Es gibt insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, daß die Verteidigerin die Zeugin A wissentlich zu einer Falschaussage veranlaßt hat.

Die von der Staatsanwaltschaft angeführten Gesichtspunkte begründen bereits keinen hinreichenden Verdacht, daß es sich bei den Angaben der Zeugin, nach denen der Geschädigte und Hauptbelastungszeuge W ihr gegenüber eingeräumt haben soll, den Angeklagten zu Unrecht belastet zu haben, um eine Falschaussage handelt.

Eigene Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft nicht angestellt. Sie nimmt lediglich Bezug auf die Aussagen des Zeugen W in der Hauptverhandlung zum Tathergang. Hieraus kann schon inhaltlich nicht auf die Unrichtigkeit der späteren Bekundung der Zeugin A geschlossen werden, weil diese einen anderen Vorgang betrifft. Die Darstellung der Zeugin kann auch dann zutreffend sein, wenn der Zeuge W - wofür die damit übereinstimmenden Angaben im Ermittlungsverfahren sprechen - im Hauptverhandlungstermin vom 11. 2. 1999 den Anklagevorwurf wahrheitsgemäß bestätigt hat. Die von der Zeugin A geschilderten Äußerungen des Zeugen W ihr gegenüber wären dann möglicherweise falsch, die Tatsache, daß sie abgegeben wurden, stünde mit dieser Bekundung aber nicht in direktem Widerspruch. Sie ließen sich unter Umständen zwanglos damit erklären, daß der Zeuge W sich wegen eigener Drogenprobleme durch die Vorhaltungen des Zeugen und den Hinweis auf die Drogenprobleme des Angeklagten bedrängt fühlte und daß er ihr mit der Schilderung einer abgemilderten Version des Tatgeschehens entgegenkommen wollte. Immerhin ist der Zeuge W nach der Darstellung der Zeugin A dieser gegenüber dabei geblieben, daß der Angeklagte von ihm Geld haben wollte und ihn mit dem Messer in der Hand an die Wand drückte, und daß ihm - dem Zeugen - anschließend ein Geldbetrag von etwa 130 DM fehlte.

Daß der Zeuge W im Termin am 11. 2. 1999 von einem Treffen mit der Zeugin A nichts zu berichten wußte, belegt noch nicht die Unrichtigkeit der Darstellung der Zeugin A. Daß der Zeuge W hierzu überhaupt befragt worden wäre, ist dem Akteninhalt nicht zu entnehmen; die spätere Aussage der Zeugin A kann ihm jedenfalls nicht vorgehalten worden sein. Im übrigen wäre es durchaus nachvollziehbar und dem Beweiswert seiner polizeilichen und gerichtlichen Aussage nicht unbedingt abträglich, wenn der Zeuge den Kontakt mit der Zeugin leugnete, weil er nicht offenbaren wollte, daß er der Zeugin A gegenüber - wie von dieser geschildert - eingeräumt hat, Anlaß der Tat sei ein Drogengeschäft gewesen.

Daß die Zeugin A bei ihrer ersten Vernehmung am 11. 2. 1999 von den ihr gegenüber abgegebenen Erklärungen des Zeugen W nichts erwähnt hat, erklärt sich bereits mit dem die Deutschkenntnisse des Angeklagten betreffenden Beweisthema, zu dem die Zeugin zunächst benannt und vernommen worden ist. Die Zeugin hat auch nachvollziehbar erläutert, weshalb sie bei ihrer ersten Vernehmung nicht ungefragt von dem Gespräch mit dem Zeugen W berichtet hat, nämlich angegeben, der Zeuge habe seine Darstellung selbst korrigieren sollen. Daß die Zeugin sich zunächst gescheut hat, die ihr von der Verteidigerin überlassenen Notizen dem Gericht vorzulegen, läßt sich mit der Sorge erklären, daß ihr nicht geglaubt werden könnte, wenn sie für ihre Aussage eine solche Gedächtnisstütze benötigte. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft ist es andererseits durchaus nachvollziehbar, daß die Zeugin in der erfahrungsgemäß von den meisten Menschen als belastend empfundenen Zeugenrolle zumal wegen der früheren engen Verbindung mit dem Angeklagten besorgt war, das fragliche Geschehen möglichst genau wiedergeben zu können, und daß sie zu ihrer eigenen Beruhigung eine Gedächtnisstütze in den Händen haben wollte.



Fehlt es somit schon an einem hinreichenden Verdacht, daß die Aussage der Zeugin A falsch war, so gibt es erst recht keine Anhaltspunkte dafür, daß die Verteidigerin die Zeugin hierzu veranlaßt hat. Nach den Bekundungen der Zeugin ist sie selbst zur Verteidigerin gegangen, um ihr von dem Gespräch mit dem Zeugen W zu berichten. Diese Bekundung der Zeugin ist nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht zu widerlegen. Somit kann der Verteidigerin – selbst wenn die Aussage unrichtig gewesen sein sollte – jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie habe die Zeugin zu einer wahrheitswidrigen Bekundung veranlaßt.

Eine unzulässige Beeinflussung kann auch nicht in dem Umstand gesehen werden, daß die Verteidigerin der Zeugin eine Kopie ihrer von den Angaben der Zeugin gefertigten handschriftlichen Notizen überlassen hat. Der Verteidiger darf Zeugen befragen, das Ergebnis aufzeichnen und verwerten. Überläßt er dem Zeugen solche Aufzeichnungen, liegt darin keine unzulässige Beeinflussung, ist es doch dem Zeugen selbst unbenommen, sich vor oder während des Gesprächs mit dem Verteidiger entsprechende Notizen zu machen. Wenn in den Notizen gelegentlich nicht die Ich-Form zur Wiedergabe des von der Zeugin Gesagten gewählt worden ist, läßt dies nicht den Schluß zu, daß der Inhalt der Notizen von der Verteidigerin und nicht von der Zeugin stammt. Die Notizen belegen vielmehr, daß die Verteidigerin die Angaben der Zeugin in der beim Mitschreiben gebotenen Eile möglichst wörtlich wiedergegeben hat.

Es bedarf schließlich auch keiner näheren Ausführungen zur Frage, ob ein Verteidiger einen Zeugen als Beweismittel benennen darf, wenn er die Unrichtigkeit der beabsichtigten Aussage kennt. Für eine positive Kenntnis der Verteidigerin besteht keinerlei Anhaltspunkt. Daß ein Verteidiger auch Zeugen benennen darf, wenn er von der Richtigkeit der zu erwartenden Aussage nicht überzeugt ist, bedarf keiner näheren Darlegung.

Schließlich liegt es auch im Rahmen des Zulässigen, daß die Verteidigerin aus taktischen Gründen den Beweisantrag die Erklärungen des Zeugen W gegenüber der Zeugin A betreffend erst nach Abschluß der Vernehmung des Zeugen W gestellt hat (§ 246 Abs. 1 StPO). Auch hieraus kann weder auf die Unrichtigkeit der gemachten Aussage noch auf den Willen der Verteidigerin gezogen werden, manipulierte Zeugenaussagen herbeizuführen.

Der Ausschlussantrag ist hiernach als unzulässig zu verwerfen.

Die in dem Zwischenverfahren gebotene Kostenentscheidung ergeht bei der Ablehnung des Ausschlusses des Verteidigers nach § 467 Abs. 1 StPO analog (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Gößner* § 138d StPO Rn. 10) ...“

Mitgeteilt von Rechtsanwalt *Christof Püschel*, Köln

#### StPO § 261

#### Zu den Darlegungserfordernissen in den Urteilsgründen bei Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe

OLG Brandenburg, Beschl. v. 15. 3. 1999 – 1 Ss 7/99

*Aus den Gründen:* „ ... Das AG Neuruppin verurteilte den Angeklagten wegen eines Verstoßes gegen das Asylverfahrensgesetz (§ 85 Nr. 2 AsylVfG i. V. m. § 56 Abs. 1 AsylVfG) zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Auf die hiergegen gerichtete, auf den Strafausspruch beschränkte Berufung der Staatsanwaltschaft hat die Strafkammer mit dem angefochtenen Urteil das Urteil des AG im Rechtsfolgenausspruch dahin abgeändert, daß der Ausspruch der Strafaussetzung zur Bewährung entfällt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die zulässige Revision des Angeklagten, der mit näheren Ausführungen die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.

Das Rechtsmittel hat bereits mit der Sachrüge Erfolg, so daß es des Eingehens auf die Verfahrensbeanstandungen nicht mehr bedarf.

Das Urteil kann keinen Bestand haben, weil die Strafzumessungserwägungen unzulänglich sind und deshalb nicht die Prüfung zulassen, ob die Strafe rechtsfehlerfrei festgesetzt worden ist.

Das LG hält die Verhängung einer Freiheitsstrafe von drei Monaten für unerlässlich (§ 47 Abs. 1 StGB). Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt, „diese kurze Freiheitsstrafe (sei) zur Einwirkung auf den Angeklagten trotz der relativ geringen Tatschwere ... unerlässlich, da die Vorsrafen zu Geld- und auch zu einer Freiheitsstrafe ihn offensichtlich nicht davon abgehalten haben, erneut straffällig zu werden“. Diese Ausführungen tragen die Bejahung des § 47 StGB nicht. Zwar hat die Frage, ob eine Freiheitsstrafe unerlässlich ist, in erster Linie der Tatrichter zu beurteilen. Die Urteilsgründe müssen jedoch erkennen lassen, daß das Gericht eine zutreffende Auslegung des § 47 StGB vorgenommen hat. Es muß darlegen, welche besonderen Umstände in der Tat oder dem Täter vorliegen, die nach seiner Auffassung kurzfristige Freiheitsstrafen zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Nach § 47 StGB soll die Verhängung kurzfristiger, unter sechs Monaten liegender Freiheitsstrafen weitestgehend zurückgedrängt werden und nur noch in Ausnahmefällen, so bei Vorliegen ganz besonderer Umstände in Betracht kommen (BGHSt 24, 40, 42). Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kann demnach in der Regel nur dann Bestand haben, wenn sie sich auf Grund einer Gesamtbetrachtung aller die Tat und den Täter kennzeichnenden Umstände als unverzichtbar erweist (BGH, aaO).

Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

Tatbezogene Umstände im Sinne besonderer Umstände nach § 47 Abs. 1 StGB hat das LG nicht festgestellt: es hat im Gegenteil ausgeführt, daß der Angeklagte „sich nicht aus unläuterer Motiven zu der Tat entschlossen (habe)“, da er einen in Berlin lebenden erkrankten Freund habe besuchen wollen. Es kommt hinzu, daß die Strafkammer, die die Verhängung einer kurzzeitigen, unter sechs Monaten liegenden Freiheitsstrafe gerade auch mit den Vorbelastungen des Angeklagten begründet hat, in eine nachvollziehbare Erörterung dieser Vorstrafen und ihrer Tatumstände nicht eingetreten ist, sondern sich vielmehr lediglich auf die mehr schematische Aneinanderreihung der Vorstrafen unter Angabe des Verurteilungstages und der jeweils erkannten Rechtsfolge beschränkt hat. Einer solchen Diskussion in den Urteilsgründen hätte es aber bereits deswegen bedurft, um dem Senat die Prüfung zu ermöglichen, ob der Stellenwert der Vorbelastungen im Rahmen einer Gesamtschau sämtlicher Zumessungskriterien zutreffend berücksichtigt worden ist. Dies gilt um so mehr, als die Strafkammer die Vorstrafen des Angeklagten im Rahmen der nach § 56 Abs. 1 StGB zu treffenden Prognoseentscheidungen ebenfalls negativ bewertet hat, so daß es auch unter diesem Gesichtspunkt der Angabe der den Vorbelastungen zu Grunde liegenden Sachverhalte zumindest in knappen Umrissen bedurft hätte. Denn ohne eine nachvollziehbare Erörterung des Gewichts der Vortaten, das sich in der Regel erst durch eine wenn auch nur knappe Sachverhaltsschilderung erschließt, ist es dem Senat nicht möglich, die Strafzumessungserwägungen des Tatrichters auf mögliche Rechtsfehler umfassend zu überprüfen, jedenfalls dann nicht, wenn es – wie hier – um die Verhängung einer kurzzeitigen Freiheitsstrafe nach § 47 Abs. 1 StGB für eine Tat von geringem Gewicht und die Entscheidung nach § 56 Abs. 1 StGB geht (vgl. Senats-

sammenhang bspw. entschieden, daß bereits 7 M. nach der Tat eine vorläufige Entziehung unverhältnismäßig sei (23 Qs 35/04). Aber bereits unabhängig davon wäre davon auszugehen, daß aufgrund der vorliegenden Sachverhaltskonstellation mit einer Entzugsdauer von etwa insgesamt 12 M. zu rechnen gewesen wäre. Diese Frist wird aber zum Zeitpunkt einer etwaigen Hauptverhandlung längst abgelaufen sein. Somit ist mehr als zweifelhaft, ob selbst im Falle einer Verurteilung der Besch. es überhaupt noch zu einer Entscheidung gem. §§ 69, 69 a StGB kommen wird. Dringende Gründe hierfür sind jedenfalls nicht mehr gegeben.

Mitgeteilt von RA Helmut Diaberner, Cottbus.

## Strafrecht

StGB § 258; StPO § 100 g; GG Art. 10 Abs. 2  
(Strafbarkeit eines Strafverteidigers wegen Strafvereitelung)

1. Die Übermittlung einer von den Ermittlungsbehörden geheimgehaltenen Maßnahme, insbesondere einer bevorstehenden Verhaftung, durch den Verteidiger an seinen Mandanten begründet den Verdacht der Strafvereitelung jedenfalls für den Fall der unzulässigen, beispielsweise täuschungsbedingten Kenntniserlangung vom Bestehen des von den Ermittlungsbehörden geheimgehaltenen Haftbefehls.

2. Als taugliche Anlaßtat für eine Maßnahme gem. § 100 g Abs. 1 S. 1 StPO kommt jede beliebige Straftat in Betracht, wenn diese durch eine Endeinrichtung i. S. d. § 3 Nr. 3 TKG begangen wurde und dem Rechtseingriff Gründe der Verhältnismäßigkeit nicht entgegenstehen.

BVerfG, Beschl. v. 17. 6. 2006 – 2 BvR 1085/05 u. 2 BvR 1189/05 (3. Kammer)

+ Aus den Gründen: (Nur zu Ls. 1): b) Die Annahme des für den Eingriff vorausgesetzten, auf bestimmten Tatsachen beruhenden Anfangsverdachts einer mittels einer Endeinrichtung begangenen Straftat – hier der versuchten Strafvereitelung – ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. (...)

aa) Gegen die Annahme, die Bf. könnten fingiert haben, daß das AG München am 6. 11. 2004 bei den Justizbehörden in Kassel angerufen habe, ist von Verfassungen wegen nichts zu erinnern. Das LG hat zur nachvollziehbaren Begründung dieser Annahme objektiverbare Umstände (vgl. Schäfer, in: LR, StPO, 25. A., § 100 g Rn. 19; BT-Drucks 147008, S. 5) herangezogen.

bb) Von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden ist auch die fachgerichtliche Annahme, wonach der Tatbestand des § 258 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen war.

(1) Während prozessual zulässige Handlungen dem Verteidiger nicht als tatbestandsmäßig zugerechnet werden können (vgl. BGHSt 46, 53 [54]; Tröndle/Fischer, StGB, 52. A., § 258 Rdnr. 8 a; Saxe, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. A., § 258 Rdnr. 20), kann ein nicht mehr vom Verteidigungszweck getragenes verteidigungsfremdes Verhalten (vgl. Ruß, in: LK, StGB, 10. A., § 258 Rdnr. 20), sofern die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen, eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung begründen.

(2) Die Beurteilung von strafverhindernden oder strafverzögernden Handlungen im Rahmen der Strafverteidigung ist im einzelnen umstritten. Weitgehende Einigkeit besteht indes darin, daß der Verteidiger als verteidigungsfremdes Verhalten nicht von den Ermittlungsbehörden geheim gehaltene Maßnahmen, insbes. – wie hier – einer bevorstehenden Verhaftung, an seinen Mandanten übermitteln darf (vgl. BGHSt 29, 99 [102 f.]; Ruß, a. a. O., § 258 Rdnr. 20; Laufhütte, in: KK StPO, 5. A., § 147 Rdnr. 12; Streif, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. A.,

§ 258 Rdnr. 20; Tröndle/Fischer, StGB, 52. A., § 258 Rdnr. 12). Etwas anderes ergibt sich hier auch dann nicht, wenn danach differenziert wird, ob der Verteidiger die weiter übermittelte Kenntnis des Bestehens eines von den Ermittlungsbehörden geheim gehaltenen Haftbefehls in zulässiger, zufälliger oder unzulässiger Weise erlangt hat (vgl. Beschl. des HansOLG v. 17. 2. 1987 – (33) 28/86 Ns – 51 Js 85/84 – [juris]). Jedenfalls für den Fall der unzulässigen, bspw. – wie hier – täuschungsbedingten Kenntniserlangung kann von Verfassungen wegen – auch unter besonderer Berücksichtigung der durch das Rechtsstaatsprinzip des GG gesicherten Institution der Strafverteidigung (vgl. BVerfGE 110, 226 [253]) – von einem tatbestands-tauglichen Verhalten des Verteidigers ausgegangen werden (zur Differenzierung nach Art der Kenntniserlangung vgl. Krekeler, NSStZ 1989, S. 146 [149]; Mehle, Anm. zum Beschl. des KG v. 5. 7. 1982, NSStZ 1983, S. 556 [558]).

cc) Auch die Verdachtannahme bezogen auf den subjektiven Tatbestand ist von Verfassungen wegen noch vertretbar.

(1) (a) Verfassungsrechtlich nicht durchgreifend ist insoweit der Hinweis des Bf. auf die Rspr. des BGH zur sorgfältigen und strengen Prüfung der Frage, ob vom voluntativen Element der Vereitelungsabsicht des Strafverteidigers auszugehen sei. Die auf einen inneren Vorbehalt des Verteidigers als Organ der Rechtspflege abzielende Beweiswürdigung, strafbare Verhaltensweisen nicht zu billigen, bezieht sich auf andere Fallgestaltungen (vgl. BGHSt 46, 53 [59 f.]; 38, 345 [349 f.]).

(b) Soweit der Bf. im Hinblick auf die Rspr. des BGH zur Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar darauf abstellt, es hätte der Darlegung greifbarer Anhaltspunkte dafür bedurft, daß der Bf. beabsichtigt habe, seinen Mandanten einer Strafverfolgung zu entziehen (vgl. zur qualifizierten Beweiswürdigung wegen der Gefahrenlage für die Berufsausübung eines Strafverteidigers BVerfGE 110, 226 [268 f.]; Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG v. 14. 1. 2005 – 2 BvR 1975/03 –, StV 2005, S. 195 [196]), setzt er sich nicht damit auseinander, daß nach hier in Bezug genommenen Rspr. die qualifizierte richterliche Beweiswürdigung der äußeren Indikatoren wegen der besonderen Umstände der behandelten Fallgestaltung gefordert war. Die Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der inneren Tatseite beruhten darauf, daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestands wegen der Pönalisierung eines sozial unauffälligen Handelns nur wenig Aussagekraft hatte (vgl. BVerfGE 110, 226 [269]). Es ist nicht ersichtlich, weswegen für den Fall der vorliegenden, von einer Täuschung der Ermittlungsbehörden geprägten Vorgehensweise eine entsprechende Bewertung von Verfassungen wegen geboten sein sollte.

(2) Zwar ist nicht ohne weiteres ausgeschlossen, daß mit der Kenntniserlangung auch andere, prozessual zulässige Zwecke verfolgt werden sollten (vgl. Krekeler, NSStZ 1989, S. 146 [149]; Mehle, Anm. zum Beschl. des KG v. 5. 7. 1982, NSStZ 1983, S. 556 [559]). Wegen der täuschungsbedingten Art und Weise der Kenntniserlangung ist die (Verdacht-)Annahme der Strafvereitelungsabsicht (so auch KG NSStZ 1983, S. 556 f.) von Verfassungen wegen aber noch vertretbar.

### BZRG § 51 Abs. 1; StGB § 46

(Berücksichtigung von im Bundeszentralregister gelisteten Vorstrafen bei der Strafzumessung)

Das Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 BZRG hindert den Tatrichter nicht nur an der Berücksichtigung der Vorstrafe als solcher, sondern auch an der strafscharfenden Erwägung, daß der Vollzug der von dem Verwertungsverbot betroffenen Strafe nicht ausreichte, um den Angeklagten von weiteren Straftaten abzuhalten.

BGH, Beschl. v. 17. 3. 2006 – 1 StR 577/05 (LG Augsburg)



den mit irgendeinem verfolgten Zweck ist nach dieser Definition nicht vorgesehen. Ob damit der Folterbegriff des Art. 1 Abs. 1 der UN-Anti-Folter-Konvention dahin erweitert werden soll, daß es auf eine bisher erforderliche Absicht des Täters nicht mehr ankommt, erscheint fraglich; denn neben der Folter in Art. 7 Abs. 1 f.) werden in Art. 7 Abs. 1 k) des IStGH-Statuts andere „unmenschliche Handlungen ähnlicher Art“, mit denen vorsätzlich große Leiden usw. verursacht werden, als Unterfälle des Verbrechens gegen die Menschlichkeit genannt. Daraus folgt, daß zwischen „Folter“ und „unmenschlichen Handlungen ähnlicher Art“ auch nach der Grundkonzeption des IStGH-Status ein Unterschied bestehen muß. Jedenfalls soll der Folter nicht der Charakter als typischerweise von staatlichen Organen gestütztes Delikt genommen werden. Es geht ersichtlich vor allem darum, die Folter bei massenhafter und systematischer Begehung im Zusammenhang mit einem ausgedehnten Angriff gegen die Zivilbevölkerung als Anwendungsfall des völkerstrafrechtlichen Verbrechens gegen die Menschlichkeit zu kennzeichnen (vgl. zur V. Sitzung der Vorbereitungscommission des Internationalen Strafgerichtshofs *Ambos* NJW 2001, 405, 406). Die konkrete Auslegung des Folterbegriffs in Art. 7 Abs. 1 des IStGH-Status, der für diese Fälle zukünftig die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs begründen soll, kann hier jedoch offenbleiben, da der bisher völkerrechtlich anerkannte und auch zur Tatzeit geltende Folterbegriff der engere und deshalb hinsichtlich seiner Anwendbarkeit der für den Angeklagten günstigere ist.

Gemessen an den zu Art. 1 Abs. 1 UN-Anti-Folter-Konvention sowie Art. 3 EMRK und Art. 7 IPBPR entwickelten Auslegungsmaßstäben, die auch für die Auslegung des Art. 147 der IV. GK herangezogen werden können, ist die Bewertung der massiven und schwersten Mißhandlungen des Esed B durch den Angeklagten als Folter rechlich vertretbar. Dies gilt im Ergebnis ebenso für die Gesamtheit der Mißhandlungen des Adem A sowie des Ibrahim B und des Mehmet C, insbesondere im Hinblick auf die Folgen der Mißhandlungen dieser Männer durch den Angeklagten und weitere Serben. Zweifelhaft erscheint hingegen, insbesondere mit Blick auf die erforderliche Absicht, ob die Tötlichkeit des Angeklagten gegen den zuvor von anderen Serben festgenommenen und körperlich mißhandelten Fehim A schon die Bewertung als Folter rechtfertigt. Insoweit hat das OLG lediglich festgestellt, daß der Angeklagte diesem Tatopfer, das als Folge der vorherigen Mißhandlung durch andere Serben und ohne Zutun des Angeklagten blutende Gesichtsverletzungen davongetragen hatte, einmal mit dem Gewehrkolben auf den Kopf schlug, so daß dieses aufschrie und erneut frisches Blut über sein Gesicht lief. Das Verhalten des Angeklagten darf jedoch nicht losgelöst von den Gesamtumständen des Geschehens am 27. 5. 1992 gesehen werden: zu berücksichtigen ist auch, daß die muslimischen Bewohner der Dörfer L und S an diesem Tag systematisch aus ihren Häusern vertrieben wurden, die Männer sich aus Angst vor körperlichen Übergriffen und Gefangennahme in der Umgebung auf Feldern und in den Wäldern zu verstecken suchten, wo sie unter Teilnahme des Angeklagten systematisch aufgespürt und unter Mißhandlungen und Beleidigungen zu einem Sammelpunkt getrieben wurden, um später von den Familien getrennt in die Gefangenschaft abtransportiert zu werden. Angesichts der Gesamtheit der Tatumstände liegt jedenfalls eine „unmenschliche Behandlung“ im Sinne einer die Menschenwürde des betroffenen Tatopfers mißachtende Zufügung von schweren körperlichen und seelischen Leiden vor (vgl. zu dem Begriff *Golbitzer* in *Löwe/Rosenberg* aaO Rn. 22 f.), so daß die Tötlichkeiten des Angeklagten auch insoweit unter Art. 147 der IV. GK fallen und seine Verurteilung nach § 223a StGB a. F. auch diesbezüglich auf § 6 Nr. 9 StGB gestützt werden kann.

e) Im übrigen hat das OLG im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung, die über den Wortlaut des § 6 StGB hin-

aus einen legitimierenden Anknüpfungspunkt im Einzelfall verlangt, der einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung im Inland herstellt und die Anwendung innerstaatlichen (deutschen) Strafrechts rechtfertigt, geprüft, ob solche Anknüpfungstatsachen vorliegen (vgl. dazu zuletzt BGH 45, 64, 66 zu § 6 Nr. 1 StGB m. w. N., insoweit ablehner *Werle* JZ 1999, 1181, 1182 f.; ders. JZ 2000, 755, 759; *L. der NJW* 2000, 269 f.; *Lagodny/Nill-Theobald* JR 200 205, 206; offengelassen, in BVerfG. Beschl. v. 12. 12. 200 - 2 BvR 1290/99 - unter III 6 c) - (S. 22)). Diese hat i zureffend darin gesehen, daß der Angeklagte, der von 1969 bis 1989 kontinuierlich in der Bundesrepublik Deutschland gelebt und gearbeitet hatte, nach wie vor seine Wohnung hier innehatte und auch in den letzten Jahre dorthin regelmäßig zurückgekehrt war, um seine ihm in Deutschland gewährte Rente abzuholen und sich beim Arbeitsamt zu melden, bei dem er noch als Arbeitsuchende registriert war. Der Senat neigt jedoch dazu, jedenfalls bei § 6 Nr. 9 StGB solche zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungstatsachen für nicht erforderlich zu halten (vgl. auch *Ambos* NSiZ 1999, 226, 227 und NSiZ 1999, 405, 406; a. A. BGH NSiZ 1999, 236; BayObLG NJW 1998 392, 393). Wenn nämlich die Bundesrepublik Deutschland in Erfüllung einer völkerrechtlich bindenden, aufgrund eines zwischenstaatlichen Abkommens übernommenen Verpflichtungspflicht die Auslandstat eines Ausländers an Auslandem verfolgt und nach deutschem Strafrecht ahndet, kann schwerlich von einem Verstoß gegen das Nichteinmischungsprinzip die Rede sein (noch offengelassen in BGHSi 45, 64, 69). Der Senat braucht diese Frage auch jetzt nicht abschließend zu entscheiden, weil das Urteil des OLG insoweit jedenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten aufweist ...

#### StGB § 261 Abs. 2 Nr. 1

Ein Strafverteidiger, der Honorar entgegennimmt, von dem er weiß, daß es aus einer Katalogtat i. S. v. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB herrührt, kann sich wegen Geldwäsche strafbar machen.

BGH, Ur. v. 4. 7. 2001 - 2 StR 513/00 - LG Frankfurt am Main

Aus den Gründen: ... I. Das LG hat die Angeklagten wegen Geldwäsche jeweils zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, und sie im übrigen freigesprochen. Gegen dieses Urteil richten sich die auf Verfahrensrügen und die Sachrügen gestützten Revisionen der Angeklagten, mit denen insbesondere die Anwendung des Geldwäschetatabstandes auf die Annahme von Honoraren durch Strafverteidiger beanstandet wird. Die zum Nachteil der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, wendet sich gegen die Rechtsfolgenaussprüche und die Freisprüche.

II. Die miteinander verheirateten Angeklagten sind als Rechtsanwältinnen in einer von ihnen 1986 gegründeten Sozialfirma in F tätig. 1994 vertraten die Angeklagte S und der Angeklagte S deren Ehemann, H B. Gegen beide Mandanten wurde wegen fortgesetzten gemeinschaftlichen Betruges im Zusammenhang mit sogenannten Letter-Geschäften des „E“ (E) ermittelt. Die Eheleute B waren - zusammen mit weiteren gesondert verfolgten - Führungsmitglieder des E. Sie vertrieben seit 1992 Broschüren, in denen Geldanlegern für Letter-Käufe sichere Gewinne von mindestens 71 % jährlich versprochen wurden, obwohl sie als Verantwortliche des E wußten, daß die dafür erforderlichen Renditen nicht zu erzielen und die versprochenen Gewinnauszahlungen nur im Rahmen eines betrügerischen Schneeballsystems durch Einzahlungen neuer Letter-Käufer möglich waren. E erlangte dadurch - bis zum Zusammenbruch des Systems Anfang 1995 - insgesamt knapp

zwei Milliarden DM, von denen an die Anleger nur etwa 1,5 Milliarden DM zurückflossen.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit als Wahlverteidiger nahm jeder der Angeklagten im Dezember 1994 Bargeld in Höhe von 200.000 DM als Honorarvorschuß entgegen. Nach den Feststellungen des LG wußten und billigten die Angeklagten bei der Annahme der Beträge, daß es sich dabei um Geld aus den Letter-Geschäften des E handelte, dessen System den Angeklagten bekannt war. Sie wußten auch, daß sich die Verantwortlichen des E vor Jahren zusammengeschlossen hatten, um durch die auf unbestimmte Zeit angelegten Letter-Verkäufe eine ständige Einnahmequelle zu erzielen. Auf diesen Feststellungen beruht der Schuldspruch.

Anfang 1995 beantragten die Angeklagten beim AG Frankfurt am Main jeweils die Freigabe einer Kaution in Höhe von je 500.000 DM. Sie hatten die Kaution im September 1994 im Rahmen der Haftverschonung im eigenen Namen für die Mandanten B in Form von Bargeld bei Gericht hinterlegt. Das Bargeld stammte aus den Geschäften des E, was den Angeklagten bekannt war. Vor der Freigabe und Auszahlung des Geldes hatten sich diese die Ansprüche auf Rückzahlung der hinterlegten Beträge ‚zur Sicherung (ihrer) Honoraransprüche‘ abtreten lassen. Insoweit hat das LG die Angeklagten aus Rechtsgründen freigesprochen.

### III. Die Revisionen der Angeklagten

Die Verurteilung wegen vorsätzlich begangener Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB begegnet keinen Bedenken. Die Verfahrensrügen greifen aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen nicht durch. Auch die Sachrüge ist nicht begründet.

1. Das LG hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die den Angeklagten am 8. 12. 1994 und 23. 12. 1994 jeweils als Honorarvorschuß übergebenen Geldbeträge von ihren Mandanten aus gewerbsmäßig und bandenmäßig betriebenen Anlagebetrügereien erlangt waren und die Angeklagten dies wußten. Seine Überzeugung, daß die Angeklagten Kenntnis von der Herkunft der Gelder hatten, hat das LG u. a. darauf gestützt, daß die Angeklagten bereits seit 1992 in die gegen die Mandanten betriebenen Verfahren – zunächst noch gegen den Vorgängerverein G – eingeschaltet waren, die Renditeversprechen sowohl des G als auch des E völlig unrealistisch waren, die für Anlagegeschäfte nicht vorgebildeten Mandanten ihnen mehrfachen Fragen nach dem Anlagekonzept und den getätigten Investitionen nicht beantwortet konnten, daß die gegen die Mandanten geführten Ermittlungen im September 1994 zu Haftbefehlen geführt hatten sowie auf die Umstände der Bargeldübergaben von jeweils 200.000 DM und die außergewöhnliche Höhe der Honorare. Diese Beweiswürdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie ist weder unklar noch lückenhaft oder widersprüchlich. Die dagegen vorgebrachten Angriffe der Revisionen gehen fehl. Sie erschöpfen sich im wesentlichen darin, an die Stelle der tatrichterlichen Beweiswürdigung eigene Schlußfolgerungen zu setzen. Insbesondere ist eine Lücke in der Beweiswürdigung entgegen der Auffassung der Revisionen nicht darin zu sehen, daß das LG dem Vorbringen der Angeklagten im Verfahren ihrer Mandanten keine wesentliche oder gar ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat. Das Vorbringen des Verteidigers im Verfahren gegen die Mandanten, die sich – wie hier – im Haftbeschwerdeverfahren gegen die Annahme eines dringenden Tatverdachts für eine rechtswidrige Katalogtat nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB wendet, kann zwar ein Anhaltspunkt dafür sein, daß der Verteidiger selbst davon überzeugt war, daß der Mandant diese Tat nicht begangen hat und ihm deshalb der Vorsatz hinsichtlich der Vortat fehlte. Für den Indizwert eines solchen Vorbringens ist aber auch zu berücksichtigen, daß ein Verteidiger selbst bei einem Angeklagten, der sich ihm gegenüber offenbart hat, nicht gehindert ist, Freispruch zu beantragen.

2. Die Annahme bemakelten Geldes als Strafverteidigerhonorar in Kenntnis seiner Herkunft unterfällt § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Die Revisionen vertreten die Auffassung, daß ein Verteidiger sich durch Annahme von Honorargeldern, die aus einer Katalogtat i. S. v. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB herrühren, grundsätzlich nicht strafbar macht. Für diese Ansicht können sie sich auf Teile der Literatur und der Rechtsprechung stützen, die eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift insbesondere wegen der Auswirkungen auf das Institut der Wahlverteidigung und auf das Verteidigungsverhältnis für erforderlich halten. Dabei werden verschiedene Lösungsmodelle diskutiert. So wird eine restriktive Auslegung unter Heranziehung des Gesichtspunkts der Sozialadäquanz gefordert, eine verfassungskonforme Auslegung oder teleologische Reduktion des Tatbestands vertreten oder die Annahme eines Rechtfertigungsgrunds vorgeschlagen, wobei überwiegend gefordert wird, daß eine Strafbarkeit des Verteidigers auch dann auszuschließen habe, wenn dieser positive Kenntnis von der Herkunft der Gelder aus Katalogtaten habe.

Demgegenüber halten die Revisionen eine so weitgehende Einschränkung für nicht gerechtfertigt. Der besonderen Situation des Strafverteidigers müsse aber dadurch Rechnung getragen werden, daß er die vom Mandanten abgegebene Schilderung zu der diesem vorgeworfenen Katalogtat ‚so lange als wahr behandeln (dürfe), als sie nicht vom Mandanten selbst als unwahr bezeichnet oder durch rechtskräftiges Urteil widerlegt ist‘.

Dem folgt der Senat nicht.

a) Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 261 Abs. 2 StGB sind weder Strafverteidiger als Täter noch Strafverteidigerhonorare als Objekte des Geldwäschetatbestands ausgenommen. Der mit dem Gesetz verfolgte Zweck einer weitgehenden Isolierung des Straftäters gestattet eine Ausnahmeregelung für Strafverteidiger nicht. Die Gesetzgebungsgeschichte spricht – wie im übrigen auch von den Befürwortern einer Straffreiheit überwiegend eingeräumt wird – gegen eine solche Ausnahme.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde für den Gesetzentwurf des Bundesrats vom 25. 7. 1991 zum Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) von den Vertretern des Deutschen Anwaltvereins auf mögliche Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis der in § 53 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO aufgeführten Berufsträger zu ihren Mandanten hingewiesen (Salditt, Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des DAV, S. 204 f. der Anlage 12 zum Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 22. 1. 1992), ohne daß dies in der Folge zu einer Änderung des Entwurfs geführt hätte. Selbst die in dem ursprünglichen, noch in der 11. Legislaturperiode eingebrachten Entwurfs vorgesehene Ausnahmeregelung (BT-Drucks. 11/7663, S. 7) für Handlungen, die kraft Gesetzes geschuldet werden oder mit denen eine Gegenleistung für Sachen oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs bewirkt wird – die nach der Entwurfsbegründung allerdings Verteidigerhonorare als vertraglich geschuldete Leistungen von vornherein nicht betreffen sollte (BT-Drucks. 11/7663, S. 27) –, wurde nach einer ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drucks. 11/7663, S. 50) in den Entwurf der 12. Legislaturperiode und in das Gesetz nicht übernommen. Auch in der Folge hat der Gesetzgeber trotz der alsbald einsetzenden lebhaften Diskussion über Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Vorschrift – gerade auch zur Strafbarkeit bei der Annahme inkriminierter Gelder als Strafverteidigerhonorar – die weiteren Gesetzesänderungen nicht zum Anlaß zur Aufnahme von Ausnahmeregelungen genommen. Schließlich lassen auch die Regelungen des Geldwäschegesetzes, das in § 3 Abs. 1 keine Ausnahmen für die Identifizierungspflicht für Rechtsanwälte bei der Führung eines Aderkontos vorsieht, den Willen des Gesetzgebers erken-



nen, den rechtsberatenden Berufen keine Sonderstellung einzuräumen (BT-Drucks. 11/7663 S. 49; *Bonke wistra* 1995, 121, 127).

b) Die Strafbarkeit der Annahme von Verteidigerhonorar in Kenntnis seiner bemakelten Herkunft verstößt nicht gegen höherrangiges Recht oder Art. 6 MRK.

aa) Das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht des Rechtsanwalts, sich anwaltlich auf dem Gebiet der Strafverteidigung zu betätigen, ist nicht berührt. Bei einer Regelung, die die Berufsausübung nur mittelbar beeinträchtigt, ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nur dann gegeben, wenn die Bestimmung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen läßt (BVerfGE 70, 191, 214). Das ist hier nicht der Fall (*Hefendehl*, aaO, S. 165; *Burger/Peglau wistra* 2000, 161, 162; anders *Müther* Jura 2001, 318, 320, 321). Zudem liegt hier ein Eingriff schon deshalb nicht vor, weil es dem Berufsbild eines Strafverteidigers nicht entspricht, Honorar entgegenzunehmen, von dem er weiß, daß es aus schwerwiegenden Straftaten herrührt. Dies folgt aus der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und ist für die Strafbarkeit nach §§ 257, 259 StGB auch nicht in Frage gestellt worden. Für § 261 StGB, der die Strafbarkeit einerseits ausdehnt, weil damit auch Ersatzzehelerei und im weiteren Maße Ersatzbegünstigung erfaßt werden, andererseits auf bestimmte Vortaten beschränkt, kann keine andere Beurteilung gelten. Denn jedenfalls ist auch hier Voraussetzung, daß eine eindeutig nachweisbare Verbindung zwischen der Honorarzählung und der Herkunft der dafür verwendeten Mittel aus einer Katalogtat besteht. Daß dies von Ständesvertretern der Rechtsanwälte nicht anders gesehen wird, ergibt sich etwa aus dem auf der 172. Tagung des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer im Juni 1999 gefaßten Beschluß, nach dem es dem Selbstverständnis des Berufs nicht entspricht, Fälle aus der Strafbarkeit herauszunehmen, in denen ein Verteidiger wissentlich Gelder aus Katalogtaten als Honorar entgegennimmt (für Strafbarkeit bei dieser Fallgestaltung auch *Kempf*, Das Honorar des Strafverteidigers und Geldwäsche, unveröffentlichtes Referat für die Beratungen des Strafrechtausschusses der BRAK, Juni 1999).

Damit kann auch der Einwand, mit der Erfassung der bemakelten Strafverteidigerhonorare als Geldwäsche werde den Rechtsanwälten letztlich die Möglichkeit der Wahlverteidigung bei Katalogtaten genommen und ihnen hierdurch die wirtschaftliche Basis ihres Berufs beschnitten, nicht durchgreifen. Aus einer möglicherweise unzulänglichen Honorierung der Pflichtverteidigung kann ein Recht des Verteidigers auf Honorierung aus illegalen Mitteln nicht abgeleitet werden. § 261 StGB stellt im übrigen nicht auf eine Strafverteidigung wegen einer Katalogtat ab, sondern auf die Herkunft der zur Honorierung verwendeten Gegenstände aus einer solchen Tat. Das Verbot, als Entgelt für eine Dienstleistung Mittel anzunehmen, die aus einer Katalogtat des Mandanten oder eines Dritten herrühren, gilt allgemein und ist nicht auf die Verteidigung gegen den Vorwurf einer Katalogtat beschränkt; es trifft daher den Strafverteidiger nicht anders als Angehörige anderer Berufe. Schließlich besteht bei vielen Katalogtaten auch keineswegs die Gefahr, sich durch die Annahme des Honorars der Geldwäsche schuldig zu machen – man denke etwa an Tatbestände wie Totschlag/Mord (Ausnahme: Mord aus Habgier), Vergewaltigung, schwere Körperverletzung, die als 'Verbrechen' (§ 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB) zwar taugliche Vortaten sein können, aber die Erzielung von geldwäschetauglichen Vermögensvorteilen nicht voraussetzen.

Eine vermehrte Anordnung von Pflichtverteidigungen würde auch nicht – wie ebenfalls eingewandt wird (*HansOLG Hamburg aaO*, 679; *Müther* Jura 2001, 318, 321; *Matt*, unveröffentlichtes Referat für den Strafrechtausschuß der

BRAB vom 21. 6. 1999) – die Freiheit des Angeklagten bedrohen. Denn die damit verbundenen staatlichen Eingriffsmöglichkeiten in die Tätigkeit eines bestellten Verteidigers sind gering. Wäre es im übrigen tatsächlich so, daß die wirtschaftliche Existenz der Strafverteidiger weitgehend davon abhängt, auch inkriminierte Honorargelder anzunehmen, wäre die Unabhängigkeit der Anwaltschaft schon heute aus einer ganz anderen Richtung, nämlich durch ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom organisierten Verbrechen gefährdet.

bb) Ebenso wie für den Verteidiger kein Recht auf Honorierung mit bemakelten Geldern besteht, gibt es auch für den Beschuldigten kein Recht auf Wahlverteidigung unter Einsatz illegal erworbener Mittel. Zwar steht jedem Beschuldigten das Recht zu, sich des Beistands eines Verteidigers oder mehrerer Verteidiger seiner Wahl zu bedienen. Dieses durch § 137 StPO, das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 2, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK verbürgte Recht setzt aber voraus, daß der Mandant das Honorar für einen oder mehrere Wahlverteidiger aufbringen kann. Verfügt er nicht über ausreichende Mittel, hat er den Anspruch auf Pflichtverteidigung. Ein Beschuldigter, der lediglich über bemakelte Vermögenswerte verfügt, ist einem mittellosen Beschuldigten gleichzustellen (*Schaefer/Wirtig NJW* 2000, 1387 f.; *Reichert* aaO, 316 f.; *Burger/Peglau* aaO, 161, 164; *Grüner/Wasserburg GA* 2000, 430 f.). Damit sind seine Rechte ausreichend gewahrt. Die Pflichtverteidigung ist keine Verteidigung minderer Güte (so aber *Barton* aaO, 156, 158; Rechtsschutz 2. Klasse: *Lüderssen* aaO, der darin eine zusätzliche Bestrafung des Mandanten durch Minderung seiner Verfahrensrechte sieht). Da dem Wunsch des Beschuldigten auf Beiordnung eines Anwalts seines Vertrauens weitgehend zu entsprechen ist (§ 142 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO), sind die Voraussetzungen für ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten wie bei einer Wahlverteidigung gegeben.

cc) Dann ist aber auch nicht zu erkennen, daß das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Strafverteidigern dadurch ausgehöhlt würde, daß der Verteidiger bei wahrheitsgemäßer Angabe des Mandanten über die Herkunft seiner Honorarzählung die Fortführung als Wahlmandat ablehnen könnte (so aber *Barton* aaO, 162; *HansOLG Hamburg aaO*, 676). Da ein Verteidiger ein Mandat auch aus wirtschaftlichen Gründen ablehnen kann, folgt aus der Vertragsfreiheit (dazu auch *Grüner/Wasserburg* aaO, 436).

Die Gefahr, daß ein Wechsel von der Wahlverteidigung zur Pflichtverteidigung eine 'Signalwirkung' hätte (s. *HansOLG Hamburg aaO*, 676; *Hamm* aaO, 636 f.; *Berns mann* aaO, 40, 41), ein vermöglicher Beschuldiger damit gleichsam zur Selbstbelastung genötigt würde, erscheint angesichts der Häufigkeit der Pflichtverteidigung in Fällen schwerer Kriminalität, die unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen etwa auch dann anzuordnen ist, wenn sich der Beschuldigte selbst nicht um einen Verteidiger bemüht, fernliegend. Wollte man daraus, daß ein Pflichtverteidiger für den Beschuldigten auftritt, Schlüsse auf dessen Schuld ziehen, wäre auch das Vorliegen einer Wahlverteidigung bei einem Beschuldigten, der über keinerlei erkennbaren legalen Geldquellen verfügt, als belastend anzusehen. Der Umstand allein, ob ein Pflicht- oder Wahlverteidiger auftritt, erlaubt keine tragfähigen Schlussfolgerungen.

Für fernliegend hält der Senat die ebenfalls beschworene Gefahr (*HansOLG Hamburg aaO*, 676), daß der Verteidiger geneigt sein könnte, möglichst wenig von seiner Mandanten zu erfahren, um nicht ihm angebotene Honorare zurückweisen zu müssen, und er deshalb an einer effektiven Verteidigung gehindert sein kann. Ein solches Verhalten würde voraussetzen, daß er mit der illegalen Herkunft des Honorars rechnet, und widerspräche erstlich dem Selbstverständnis des Berufs.

Dies gilt auch für den Einwand, ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten könne sich nicht entwickeln, wenn letzterer Belastungszeuge im Verfahren gegen den Verteidiger werden kann (*Bernsmann* aaO. 40. 41). Wenn der Verteidiger damit rechnet, daß die Honorarzah- lung aus unsauberen Quellen kommt, hat er es in der Hand, durch einen Beiordnungsantrag die denkbare Kon- fliktsituation zu beseitigen.

Dabei kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob der Verteidiger diese Kenntnis durch ein ihm gegenüber abge- legtes Geständnis oder aus anderen Umständen erlangt hat. Das Wissen von der Herkunft aus Straftaten kann sich aus einer Vielzahl von Indizien ergeben: Beweisregeln für oder gegen eine solche Kenntnis bestehen nicht. Entgegen der Auffassung der Revisionen folgt auch nicht etwa aus der als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips verfassungsrecht- lich garantierten und in Art. 6 Abs. 2 MRK konstituierten Unschuldsvermutung, die für den beschuldigten Mandan- ten gegenüber dem Staat bis zum Nachweis seiner Schuld streitet, daß der Verteidiger so lange von der Unschuld seines Mandanten überzeugt sein darf oder gar sein muß, bis der Beschuldigte ihm gegenüber gestanden hat. Der Ver- teidiger ist im Strafprozeß verpflichtet, alles zu tun, was dem Mandanten in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise nützt. Er ist daher berechtigt, u. U. auch wider bes- seres Wissen mit prozessual zulässigen Mitteln auf Frei- spruch seines Mandanten hinzuwirken. Eine Unschulds- vermutung des Inhalts, daß die prozessuale Vermutung zugunsten des Beschuldigten unmittelbar materiell zugun- sten seines Verteidigers wirkt, gibt es weder für § 261 Abs. 2 StGB noch für §§ 257, 259 StGB (*Tröndle/Fischer* aaO § 261 Rn. 34).

dd) Nicht von der Hand zu weisen ist, daß das Verteidigungs- verhältnis gestört sein kann, wenn gegen den Ver- teidiger – während des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens – wegen des Verdachts, Honorargelder in Kenntnis ihrer inkriminierten Herkunft angenommen zu haben, ermittelt wird und gegen ihn strafprozessuale Maß- nahmen ergriffen werden (*HansOLG Hamburg* aaO. 677; *Grüner/Wasserburg* aaO. 441). Auch insoweit ist jedoch eine Einschränkung der Strafbarkeit nicht geboten. Der- artige Maßnahmen sind auch einem Verteidiger, der – im Ergebnis – fälschlich in Verdacht geraten ist, zuzumuten. Denn sie sind nur auf Grund eines bestehenden Anfangs- verdachts zulässig. Dieser ist an bestimmte rechtliche Vor- aussetzungen gebunden und kann nicht allein aus der Tat- sache hergeleitet werden, daß der Mandant einen Wahlver- teidiger hat (vgl. oben 2 b cc). Dem folgt auch die Praxis. Dies zeigt sich daran, daß auch die mögliche Strafbarkeit der Honorarannahme nach § 259 StGB, ggf. auch nach § 257 und § 258 StGB, nicht zu einer nennenswerten An- zahl von Ermittlungsverfahren gegen Verteidiger geführt hat. Eine generelle und tiefgreifende Beeinträchtigung des Verteidigungsverhältnisses ist deshalb nicht zu erwarten. Der Verteidiger, der – wie hier – positive Kenntnis von der unrechtmäßigen Herkunft des Honorargeldes besitzt, hat es ohnehin in der Hand, durch einen Beiordnungs- antrag jeglichen Anfangsverdacht auszuräumen.

Eine Ermittlungsimmunität für das laufende Verfahren, wie sie teilweise gefordert wird (*Grüner/Wasserburg* aaO. 443 f.), kommt daher nicht in Betracht. Sie könnte dazu führen, daß wichtige Ermittlungsansätze verlorengehen. Sicherstellungen nach § 111b StPO ins Leere gehen und der der Geldwäsche beschuldigte Verteidiger aus Eigen- interesse an einer möglichst langen Verhandlungsdauer geneigt sein könnte, das Verfahren zu verzögern. Ermitt- lungen gegen der Geldwäsche verdächtige Rechtsanwälte würden auf Dauer erschwert oder unmöglich, wenn ein entsprechender Anfangsverdacht im Hinblick auf eine Mehrzahl sich überschneidender und einander nachfolgen- der Mandatsverhältnisse beschränkt. Der Täter hätte es dann in der Hand, Umfang und Zeitpunkt der gegen ihn zu führenden Ermittlungsmaßnahmen selbst zu steuern.

ee) Die beiläufige Erwägung in BGHSt 45. 235. 248 steht nicht entgegen, da die Angeklagten als Zahlungsempfän- ger im vorliegenden Fall gerade nicht gutgläubig waren.

3. Das LG hat die Voraussetzungen des Strafaufhebungs- grundes nach § 261 Abs. 9 StGB zutreffend verneint. Auch im übrigen weist das Urteil, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind, keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf.

#### IV. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Das Rechtsmittel hat Erfolg, soweit es sich dagegen wen- det, daß die Angeklagten im Zusammenhang mit den Vor- gängen der Kautionszahlung freigesprochen worden sind, im übrigen ist es unbegründet i. S. v. § 349 Abs. 2 StPO.

1. Das LG hat die Inempfangnahme der freigegebenen Kautionen im Frühjahr 1995 nicht als strafbare Geldwä- sche angesehen. Dies hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

Zu einer Prüfung des als Begünstigung angeklagten Tatge- schehens auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt war das LG verpflichtet. Die bei der zugelassenen Anklager- hebung (Bedenken gegen die Wirksamkeit des Eröff- nungsbeschlusses besteht nicht) vorgenommene Beschrän- kung nach § 154a StPO steht dem nicht entgegen. Wie sich aus der Anklageschrift in Verbindung mit der Ab- schlußverfügung ergibt, sollten lediglich Konkursdelikte aus der Verfolgung dieser Tat ausgeschlossen werden. Zu- dem konnte das LG auch ohne förmlichen Beschluß (BGHR § 154a Abs. 3 StPO Wiedereinbeziehung 3) etwa ausgeschiedene Gesetzesverletzungen wiedereinbeziehen und zum Gegenstand seiner Urteilsfindung machen.

Das LG hat zwar im Ergebnis zutreffend eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB verneint, aber es – rechts- fehlerhaft – unterlassen, die Voraussetzungen des § 261 Abs. 1 StGB zu prüfen.

a) Das LG ist der Auffassung, daß eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB für die Inempfangnahme der Kautionsbeträge deshalb ausscheide, weil es sich bei den Kautionen nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht mehr um die Vermögensvorteile gehandelt habe, die an die Stelle der Betrugsbeute getreten waren. Damit hat das LG allerdings schon den Begriff des Herrührens verkannt, der nach der gesetzgeberischen Intention bewußt weit aus- zulegen ist und mit dem gerade auch eine Kette von Ver- wertungshandlungen erfaßt werden soll, bei der der ur- sprüngliche Gegenstand unter Beibehaltung seines Wertes durch einen anderen ersetzt wird. Dies war hier bei der Hinterlegung der Kautions mit Geldern, die aus den Betrugstaten erlangt waren, der Fall. Begrenzt wird die Kette der Verwertungshandlungen jedoch zum Schutz des Rechts- verkehrs durch § 261 Abs. 6 StGB. Diese Vorschrift führt zur Straflosigkeit weiterer Verschaffungshandlungen i. S. v. § 261 Abs. 2 StGB, wenn zuvor ein Dritter den aus einer Katalogtat herrührenden Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen. Eine solche Unterbre- chung der Kette nach § 261 Abs. 6 StGB war hier eingetreten. Durch den zwischenzeitlichen Erwerb hatte die Hinterlegungsstelle nach § 7 HinterlO Eigenrum an den Geldscheinen erlangt, so daß im Ergebnis eine strafbare Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 StGB nicht in Betracht kommt.

b) Die Revision weist jedoch zu Recht darauf hin, daß § 261 Abs. 6 StGB nicht eingreift, wenn eine Tathandlung nach § 261 Abs. 1 StGB gegeben ist. Bei gleichzeitiger Tatbestandserfüllung von § 261 Abs. 1 und Abs. 2 StGB kommt – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 261 Abs. 6 StGB – § 261 Abs. 2 StGB nicht etwa eine Sperr- wirkung zu (anders für den Fall des Gefährdendens oder Ver- eitels des Auffindens: *Maiwald*, FS für Hirsch S. 631. 642 f.). Auch wenn nicht selten durch eine Handlung beide Tatbestände objektiv erfüllt sein werden, erfordert die innere Tatseite der Tathandlungen des § 261 Abs. 1 StGB ein Mehr gegenüber dem bloßen Verschaffen i. S. v. § 261 Abs. 2 StGB (*Ruß* in LK StGB, 11. Aufl., § 261 Rn. 12 f.).



26). Der Anwendungsbereich beider Vorschriften ist daher nicht deckungsgleich (vgl. auch BT-Drucks. 12/989, S. 27, 12/3533, S. 13; Abs. 2 kommt auch die Funktion eines Auffangtatbestands gegenüber Abs. 1 zu, sofern ein Vereitelungs- oder Gefährdungsvorsatz nicht nachweisbar ist oder ein Verbergen oder Verschleiern nicht vorliegt).

In Betracht kommt hier die Gefährdung oder Vereitelung der Sicherstellung. Die von den Mandanten aus den Betrugstaten erlangten Geldscheine unterlagen zwar nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht dem Verfall, wohl aber der Sicherstellung nach § 111b Abs. 1, 2 und 5 StPO. Da die Sicherstellung auch Surrogate nach § 73 Abs. 2 StGB und Wertersatz nach § 73a StGB erfassen kann, entfiel diese Möglichkeit auch nicht durch die zwischenzeitlich im Namen der Angeklagten erfolgten Hinterlegungen. Mit den Auszahlungen an die Angeklagten in Verbindung mit den zur Sicherung der Honorarforderungen erfolgten 'Abtretungen' (s. unten) war die Sicherstellung zumindest gefährdet. Ob die Angeklagten dies in ihren Vorsatz aufgenommen hatten, läßt sich den Feststellungen nicht entnehmen. Die Sache bedarf im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen – Gefährdungs- oder Vereitelungsvorsatz – weiterer tatrichterlicher Prüfung. Der Freispruch kann danach keinen Bestand haben.

V. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Der neue Tatrichter wird zu prüfen haben, ob sich die Angeklagten durch die Einzahlungen der Kauttionen im eigenen Namen im September 1994 strafbar gemacht haben. Zwar scheidet eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche aus, weil gewerbsmäßiger und handennmäßiger Betrug erst durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994 als Katalogtat in den § 261 Abs. 1 StGB aufgenommen wurde. Mit der Hinterlegung im eigenen Namen haben die Angeklagten aber jedenfalls objektiv eine tatbestandsmäßige Begünstigungshandlung (§ 257 StGB) begangen. Wären die Angeklagten als Eigenhinterleger anzusehen, hätten nur sie einen Anspruch auf Rückzahlung gegen die Staatskasse gehabt, eine Pfändung dieses Rückzahlungsanspruchs durch die Geschädigten wäre nicht möglich gewesen, allenfalls eine Pfändung eines etwaigen Rückzahlungsanspruchs der Mandanten gegen die Angeklagten. Allerdings folgt noch nicht ohne weiteres aus der Angabe des Namens des Verteidigers im Hinterlegungsantrag, daß der Verteidiger und nicht der Beschuldigte in diesem Sinne Hinterleger war. Der Hinterlegungsvertrag ist vielmehr im Zusammenhang mit dem gegen den Beschuldigten ergangenen Haftverschonungsbeschluß auszulegen (vgl. auch BGH Rpfleger 1955, 187; OLG Stuttgart Justiz 1988, 373). Selbst wenn diese – vom LG unterlassene – Auslegung des Hinterlegungsvertrags, zu dem bisher keine näheren Feststellungen getroffen wurden, hier dazu führte, daß die von den Angeklagten vertretenen Mandanten als Hinterleger anzusehen sind, waren die Angaben im Hinterlegungsantrag – Hinterlegung nicht im Namen der Mandanten, sondern im eigenen Namen, Bezeichnung der Angeklagten als Empfangsberechtigte – geeignet, die Herkunft der Gelder aus betrügerisch erlangten Mitteln der Mandanten gegenüber deren Gläubigern zu verschleiern und den Zugriff der Geschädigten zu erschweren. Einer Vorteilssicherungsabsicht i. S. v. § 257 StGB stände nicht entgegen, wenn die Angeklagten von vornherein mit der Begünstigungshandlung auch die Sicherung oder Befriedigung ihrer Honoraransprüche anstrebten (vgl. auch BGH MDR 1985, 447).

Die Einzahlungen der Kauttionen im September 1994 – die im Anklagesatz und im wesentlichen Ergebnis allerdings ohne Angabe, in wessen Namen sie erfolgten, geschildert sind – sind von dem angeklagten Tatgeschehen auch umfaßt. Eine solche Begünstigungshandlung wäre jedenfalls dann, wenn sie von vornherein mit der Absicht verbunden gewesen sein sollte, sich aus den Kautionssummen eine Befriedigung oder Sicherung des Honorar-

anspruchs zu verschaffen, erst mit der 'Abtretung', – auf deren Sinn und Zweck und die damit verbundenen Vorstellungen der Parteien vom neuen Tatrichter näher einzugehen sein wird (sie war gegenüber der Hinterlegungsstelle nur erforderlich, wenn nicht die Angeklagten, sondern die Beschuldigten Hinterleger waren) – und der Auszahlung der Sicherheiten beendet gewesen, so daß schon materiellrechtlich eine Tat vorläge.

Unabhängig davon sind hier die Ein- und Auszahlungsvorgänge – trotz des zeitlichen Abstands – jedenfalls als eine geschichtliche Tat i. S. v. § 264 StPO anzusehen. Eine prozessuale Tat i. S. v. § 264 StPO liegt vor, wenn die Vorgänge innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, daß der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde (ständige Rechtsprechung, BGHSt 45, 211 f. m. w. N.). Verändert sich das Bild des Geschehens, auf das die Anklage hinweist, kommt es darauf an, ob die Nämlichkeit der Tat trotz dieser Veränderung noch gewahrt ist (BGHSt 32, 215, 218).

Hier liegt eine wesentliche Änderung des Tatbildes zwischen den Einzahlungs- und Auszahlungsvorgängen nicht vor. Die Identität des Tatobjekts und der Personen, denen die Hilfe geleistet werden sollte, ist gewahrt. Sowohl die in der Anklage umschriebene Hilfeleistung bei der Auszahlung als auch eine mögliche Hilfeleistung bei der Einzahlung der Kauttion bezogen sich auf die den Angeklagten übergebenen, aus Betrugstaten erlangten zweimal 500.000 DM. Zwischen den beiden Zahlungsvorgängen besteht eine innere Verbindung. Zum einen läßt sich ohne Kenntnis des Einzahlungsvorgangs nicht klären, wer als Hinterleger aufgetreten ist und einen Rückzahlungsanspruch an die Hinterlegungsstelle hat. Zum anderen stellt sich die Inempfangnahme der freigegebenen Kauttion in Verbindung mit der jeweiligen 'Abtretung' als die Vertiefung des Sicherungserfolgs dar, der bereits mit der im eigenen Namen erfolgten Einzahlung eingetreten war. Ob daneben auch eine Begünstigungshandlung durch die Inempfangnahme der freigegebenen Kauttionen im Frühjahr 1995 in Betracht kommt oder ob es – was hier nicht fernliegt – an dem erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhang des Vermögensvorteils fehlt, muß offenbleiben, da die zur Beurteilung erforderlichen Feststellungen, insbesondere zur Auslegung des Hinterlegungsvertrags, den damit verbundenen Vorstellungen der Angeklagten und der Mandanten und ggf. zwischen ihnen erfolgten Absprachen bisher nicht getroffen sind.

2. Der neue Tatrichter wird ggf. auch zu prüfen haben, ob sich die Angeklagten die Kautionssummen bereits durch die unmittelbar vor der Hinterlegung erfolgte Annahme der Gelder i. S. v. § 259 StGB verschafft haben. Dies kann dann in Betracht kommen, wenn sie bereits zu diesem Zeitpunkt ihre Erlangung zur Sicherung oder Befriedigung ihrer Honorarforderung erstrebten.

3. Im Falle einer Verurteilung der Angeklagten steht einer etwaigen Einziehung der durch die Kautionszahlungen erlangten Vermögensvorteile nicht entgegen, daß hinsichtlich der erlangten Honorarzahle von je 200.000 DM rechtskräftig von der Einziehung abgesehen wurde ... "

*Hinweis:* Diese Entscheidung wird im nächsten Heft des StraFo kommentiert werden.

**StGB §§ 7 Abs. 2, 125**

**Der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch der Landfriedensbruch (§ 125 StGB) eines Deutschen im Ausland (hier: anlässlich der Fußball-WM 1998 in Lens/Frankreich)**

OLG Celle, Ur. v. 27. 6. 2001 – 33 Ss 131/00

fall kann auch dann angeordnet werden, wenn ein Bußgeldverfahren gegen den Täter erst gar nicht eingeleitet wird. § 29 a OWiG stellt daher keine Auffangnorm zu §§ 17, 30 OWiG dar. Es steht im Ermessen der Verfolgungsbehörde, welchen Weg sie beschreiten will. Allerdings verlangt die Nichteinleitung des Ermittlungsverfahrens mindestens den „Anfangsverdacht“ (= einfacher Tatverdacht) i. S. des § 152 II StPO.

Zu bedenken ist jedoch, dass die Anwendung des § 29 a OWiG eine oft unerwünschte Folge hat. Der „Nachteil“ für die Ermittlungs- und Ahndungsbehörde besteht darin, dass die Verfahrenskosten nicht auf den Verfallbeteiligten übergewälzt werden können. Da keine Geldbuße nach § 17 III OWiG verhängt wird, kann auch kein Eintrag in das Gewerbezentralregister erfolgen. Demgegenüber stehen allerdings Beweiserleichterungen und – unter dem Strich – ein höherer Geldbetrag, als wenn die Bußgeldstelle nach § 17 IV OWiG unter Zugrundelegung des „Nettoprinzips“ vorgegangen wäre. Wenn aber die Bußgeldstelle ein Bußgeldverfahren auch zu Ende bringen kann, ohne dass ein subjektives Verfahren gegen den Täter oder Teilnehmer eingeleitet wird, dann kann zwischen § 29 a OWiG und § 17 OWiG kein Rangverhältnis zu Gunsten des § 17 OWiG bestehen.

Wägt der gewitzte Bußgeldsachbearbeiter Vor- und Nachteile ab, wird er sich wohl meist sagen: Gehe ich nach § 17 OWiG vor, dann kann ich verhängen: 10 000 + 2000 Eur (um beim obigen Beispiel zu bleiben). Gehe ich aber nach § 29 a OWiG vor, dann bekomme ich zwar keine Geldbuße (von 2000 Eur), kann dafür aber 100 000 Eur für verfallen erklären. Dieser Betrag fließt dann in die öffentliche Kasse.

#### 2. Härteregehung mindert den Konflikt nicht

Dass in besonderen (Ausnahme-)Fällen die Härtevorschrift nach § 73 c StGB entsprechend angewendet werden kann, ggf. auch muss, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht behandelt werden. Aber unabhängig von dem – nach der Rechtsprechung – Ausnahmecharakter des § 73 c StGB oder auch der angeblichen Zumessungsregel des § 17 IV OWiG besteht der gewaltige Unterschied zwischen § 29 a und § 17 IV OWiG und § 30 III OWiG darin, dass die Ausgangswerte unterschiedlich sind. Um beim obigen Beispiel zu bleiben: Es macht einen Unterschied, ob ich vom Bruttogewinn von 100 000 Eur „herabrechne“ oder nur vom Nettogewinn von 10 000 Eur.

### VII. Zusammenfassung

1. Bei der Abschöpfung des rechtswidrig durch eine oder mehrere Ordnungswidrigkeit(en) erlangten Vermögensvorteils gilt das Bruttoprinzip.

2. Das Bruttoprinzip gilt für § 29 a OWiG und gleichermaßen für § 17 IV bzw. § 30 III OWiG.

3. Das Bruttoprinzip für § 29 a OWiG hat die Rechtsprechung anerkannt, eine Entscheidung für die §§ 17 IV und 30 III OWiG steht noch aus.

4. Die Auffassung der führenden Kommentarliteratur (insbesondere Göhler und Steindorf), für die §§ 17 IV und 30 III gelte das Nettoprinzip, führt zu einem unlösbaren Konflikt: Während der an der Ordnungswidrigkeit unschuldige Dritte 100% des rechtswidrig bei ihm angewachsenen Vermögensvorteils im Wege des Verfalls nach § 29 a OWiG an die Staatskasse abzuliefern hat, müsste der (bußrechtlich) schuldhaft handelnde Täter – gälte das Nettoprinzip – nur seinen „Reingewinn“ (= Bruttoerlös abzüglich der eigenen Aufwendungen) abliefern.

## Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen. Ein \* nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, dass ausschließlich eine Anmerkung abgedruckt ist.

### Strafrecht

#### 1.\* Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche durch die Annahme des Honorars

StGB § 261 II Nr. 1; GG Art. 2 1, 12 I, 20 III

1. § 261 II Nr. 1 StGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit Strafverteidiger nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme ihres Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatten.

2. Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind bei der Anwendung des § 261 II Nr. 1 StGB verpflichtet, auf die besondere Stellung des Strafverteidigers schon ab dem Ermittlungsverfahren angemessen Rücksicht zu nehmen.

BVerfG, Urte. u. 30. 3. 2004 – 2 BvR 1520, 1521/01

Die Honorierung von Strafverteidigern ist nicht von 1  
Verfassungen wegen vom Tatbestand der Geldwäsche auszunehmen.

Die Strafvorschrift greift in die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers ein, weil sie ein überdurchschnittlich hohes Strafbarkeitsrisiko und die Grundlage für mögliche Interessenkonflikte schafft. 2-5

Sie ist ferner geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen 6  
Anwalt und Mandanten zu beeinträchtigen, indem sie die Verschwiegenheit in Frage stellt und den Zugriff auf vertrauliche Unterlagen gestattet.

Dem Verteidiger kann nicht in jedem Fall angesonnen 7  
werden, der Gefahr durch die Niederlegung des Wahlmandats zu begegnen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert eine 8-10  
Begrenzung der Strafbarkeit auf die Fälle, in denen der Verteidiger sichere Kenntnis von der bemakelten Herkunft des Honorars hat.

Der Anfangsverdacht setzt die auf Tatsachen beruhende 11, 12  
Annahme voraus, dass der Verteidiger bei der Entgegennahme des Honorars bösgläubig war.

Bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist 13, 14  
Zurückhaltung geboten; an die Beweiswürdigung im gerichtlichen Verfahren sind besondere Anforderungen zu stellen.

§ 261 V StGB findet auf die Honorarannahme 15  
durch den Strafverteidiger keine Anwendung.

Zum Sachverhalt: Die Beschwerdeführer sind Rechtsanwälte. Sie wenden sich gegen ihre strafgerichtliche Verurteilung wegen Geldwäsche durch Annahme eines Strafverteidigerhonorars. Den Feststellungen der Fachgerichte zufolge hatten sie nach der Festnahme ihrer Mandanten jeweils einen Betrag von 200 000 DM in bar als Honorarvorschuss für die Vertretung im Haftbefehlsverfahren entgegengenommen, obwohl sie sicher wussten, dass das Geld aus Betrugsarten herrührte (zu weiteren Einzelheiten vgl. NSrZ 2001, 535).

Die Verfassungsbeschwerden wurden zurückgewiesen. Zugleich traf das BVerfG die unter 1s 2 bezeichnete Feststellung.

Aus den Gründen: 1. Die Auslegung, dass die Annahme eines Honorars oder eines Honorarvorschusses durch einen



Strafverteidiger strafbare Geldwäsche i. S. des § 261 II Nr. 1 StGB sein kann, begegnet keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken und überschreitet insbesondere nicht die richterlicher Gesetzesauslegung von Verfassungen wegen gesetzten Grenzen ...

2 2. § 261 II Nr. 1 StGB bedeutet für den Strafverteidiger einen Eingriff in sein Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 I 1 GG).

3 ... Zum Mandantenkreis eines forensisch tätigen Strafverteidigers zählen typischerweise Personen, die in den Verdacht einer Katalogtat der Geldwäsche geraten sind und gegen die deshalb ein Ermittlungsverfahren geführt wird. Gegen diesen Tatverdacht hat der Strafverteidiger den Mandanten in Schutz zu nehmen ... Die Wahrnehmung dieser beruflichen Aufgabe und der Umstand, dass der Strafverteidiger aus dem Verteidigungsverhältnis Informationen sowohl über den Lebenssachverhalt, der dem Tatvorwurf zugrunde liegt, als auch über die Vermögensverhältnisse seines Mandanten erlangt, können das Risiko des Strafverteidigers, selbst in den Anfangsverdacht einer Geldwäsche zu geraten, signifikant erhöhen (vgl. W. Schmidt StraFo 2003, 2, 4).

4 Die mit § 261 II Nr. 1 StGB verbundenen Unsicherheiten und Risiken resultieren nicht nur aus den Handlungsbedingungen des Mandatsverhältnisses, sondern auch aus der weiten Fassung des subjektiven Tatbestands. Der Gesetzgeber hat auf qualifizierende subjektive Tatbestandsmerkmale verzichtet; bedingter Vorsatz oder gar Leichtfertigkeit genügen für die Zurechnung zur Schuld (vgl. § 261 V StGB). Hält der Strafverteidiger es im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars für möglich, dass dieses aus einer Katalogtat stammt, und billigt er dies, so kann er wegen vorsätzlicher Geldwäsche strafbar sein (vgl. Tröndle/Fischer 51. Aufl., § 261 Rn 41). Die Vorstellung des Handelnden über Tatsachen wird sich – von den seltenen Fällen eines glaubhaften Geständnisses abgesehen – regelmäßig allein aus äußeren Indikatoren erschließen, deren Bewertung kaum sicher vorherzusehen ist, auch wenn sie im Ergebnis zur Überzeugung des Gerichts den Vorwurf tragen, der Strafverteidiger habe die kriminelle Herkunft seines Honorars für möglich gehalten und deshalb vorsätzlich gehandelt ...

5 Die Gefahr möglicher eigener Strafbarkeit, die für den Strafverteidiger aus § 261 II Nr. 1 StGB folgt, wenn die Bestimmung auf ihn wie auf Angehörige beliebiger anderer Berufsgruppen angewandt wird, ist mit der Gefahr eines Interessenkonflikts verbunden, der die professionelle Arbeit des Strafverteidigers erheblich erschweren oder sogar unmöglich machen kann. Ein Strafverteidiger, der sich durch die Annahme eines Honorars der Gefahr eigener Strafverfolgung ausgesetzt sieht, kann die von ihm gewählte berufliche Tätigkeit nicht mehr frei und unabhängig ausführen und ist nicht in der Lage, die ihm von Verfassungen wegen anvertraute Aufgabe der Interessenwahrnehmung für den Beschuldigten zu erfüllen ...

6 Die materielle Strafnorm und das ihr zugeordnete strafprozessuale Instrumentarium sind insofern auch geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu gefährden ... Die Strafandrohung des § 261 I Nr. 1 StGB stellt, wenn sie auf Strafverteidiger wie auf Jedermann angewandt wird, schon in Frage, ob ein Mandant noch auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann. Dies gilt zumal in Fällen, in denen die StA ein förmliches Ermittlungsverfahren gegen den Strafverteidiger einleitet ... Müsste ein Beschuldiger schon dann damit rechnen, dass sein Verteidiger das übernommene Mandat im Interesse des Selbstschutzes niederlegen wird, wenn der Verteidiger es nur für möglich hält, dass sein Mandant die ihm zur Last gelegte Katalogtat begangen hat, so könnte er sich, von seinem Verteidiger zu Beginn des Mandats über das mögliche Auftreten dieses Falles informiert, an einer offenen, rückhaltlosen und vertrauensvollen Kommunikation mit seinem Verteidiger über einen zentralen Punkt des Tatverdachts gehindert sehen, um den Verteidiger seiner Wahl nicht zu verlieren ... Staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaßnah-

men gegen den Strafverteidiger können das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant noch tiefergreifend stören ... Muss ein Mandant fürchten, dass der strafverfolgende Staat sich Zugang zu vertraulichen Informationen in der Hand seines Verteidigers verschaffen kann, so wird er sich an vertrauensvoller Offenheit gehindert sehen.

7 ... Dem Verteidiger kann nicht uneingeschränkt angesonnen werden, einer durch den Strafgesetzgeber geschaffenen Gefahrenlage mit Niederlegung des Wahlmandats und Pflichtverteidigerbeordnung zu begegnen ...

8 3. Ein durch diese weite Auslegung der Strafnorm des § 261 II Nr. 1 StGB bewirkter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger wäre verfassungsrechtlich nicht in vollem Umfang gerechtfertigt. Er verstieße ohne verfassungskonforme Reduktion gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...

9 (2) Eine völlige Freistellung des Strafverteidigers von der Strafandrohung des § 261 II Nr. 1 StGB wird vom Prinzip der Verhältnismäßigkeit freilich nicht gefordert ... Der mit § 261 II Nr. 1 StGB verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger und in die Institution der Wahlverteidigung sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars (oder des Honorarvorschusses) sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt. Die bewusste Übertragung bemakelter Vermögenswerte unter dem Schirm des verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses ist ein Missbrauch der privilegierten Verteidigerstellung, der vor der Verfassung keinen Schutz verdient. Weiß der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme des Verteidigerhonorars sicher, dass die erhaltenen Mittel aus einer Katalogtat herrühren, so tritt er aus seiner Rolle als Organ der Rechtspflege heraus ...

10 cc) Die Strafvorschrift des § 261 II Nr. 1 StGB ist im Falle der Begrenzung des subjektiven Tatbestands auf Wissentlichkeit hinsichtlich der Herkunft des Honorars von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. Den verbleibenden Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers und das Institut der Wahlverteidigung können und müssen die mit der Umsetzung der materiellen Norm betrauten Staatsanwaltschaften und Gerichte Rechnung tragen.

11 (1) Die StA ist verpflichtet, im Rahmen der ihr obliegenden Prüfung und Entscheidung, ob ein Anfangsverdacht der Geldwäsche gegen einen Strafverteidiger zu bejahen ist, auf die dargelegten Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter besonders Bedacht zu nehmen.

12 Im frühen Stadium eines Ermittlungsverfahrens ist die Frage, ob die notwendige Schuldform nachweisbar sein wird, regelmäßig nicht sicher zu beantworten. Wichtigstes Indiz ist gemeinhin die Verwirklichung des objektiven Tatbestands, die hier – weil die Strafvorschrift ein sozial unauffälliges Handeln penalisiert – nur wenig Aussagekraft hat. Dieser Beweisschwierigkeit hinsichtlich der inneren Tatseite haben die Strafverfolgungsbehörden Rechnung zu tragen. Die Übernahme eines Wahlmandats wegen einer Katalogtat genügt daher für sich genommen zur Begründung eines Anfangsverdachts nicht (vgl. Beschl. des LG Berlin v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2694 ff.). Der Anfangsverdacht setzt vielmehr auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war. Indikatoren für die subjektive Tatseite können beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung gefunden werden.

13 Auch bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens ist den Strafverfolgungsbehörden von Verfassungen wegen Zurückhaltung auferlegt. Hinsichtlich der Entscheidung, ob die gegen den Strafverteidiger bestehende Verdachtslage zu der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwingt, hat die StA neben dem damit verbundenen Eingriff in die Berufsausübung des betroffenen Strafverteidigers auch zu berücksichtigen, dass ein Einschreiten zugleich das Recht des Mandanten

auf den Beistand eines Verteidigers seines Vertrauens beeinträchtigen kann. Da die StA an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden ist und von den ihr zustehenden Eingriffsbefugnissen nur schonenden Gebrauch machen wird, bedarf es der von Teilen der Literatur geforderten „Ermittlungsimmunität“ für Strafverteidiger (vgl. *Grüter/Wasserburg GA 2000, 430, 443 f.*) nicht.

- 14 (2) Auch die Strafgerichte sind verpflichtet, der besonderen Rolle der Strafverteidiger bei der ihnen anvertrauten Aufgabe der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere für die Feststellung der Anknüpfungstatsachen für das Wissen des Strafverteidigers, das auch ohne Geständnis des Mandanten im Wege des Indizienbeweises nachgewiesen werden kann. Die Feststellung sicheren Wissens aufgrund äußerer Indikatoren wird dabei regelmäßig – wie auch in sonstigen Konstellationen schwieriger Beweislagen und in vergleichbaren Fällen einer möglichen Strafbarkeit des Verteidigers durch ein Verhalten, das im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit steht (vgl. *BGHSt 38, 345, 350; 46, 36, 43 ff.; 46, 53, 58 f.*) – besondere Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung stellen. Welche Anforderungen dies im Einzelnen sind, legen die dazu berufenen Fachgerichte fest. Sie sind von Verfassungen wegen verpflichtet, der Ausstrahlungswirkung der Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers angemessen Rechnung zu tragen.

c) Damit steht zugleich fest, dass § 261 V StGB, der in subjektiver Hinsicht Leichtfertigkeit genügen lässt, auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger keine Anwendung finden kann ...

Anmerkung der anwaltlichen Mitherausgeber der NSZ: Das Urteil des BVerfG ist ein juristischer Paukenschlag, der Gesetzgeber und Strafrecht den hohen verfassungsrechtlichen Rang der Strafverteidigung nachdrücklich ins Bewusstsein rufen soll. Er stärkt die Strafverteidigung als rechtsstaatliche Institution und gibt dem Verteidiger die Sicherheit, nicht vorschnell mit strafrechtlichen Ermittlungen überzogen zu werden. Das Grundrecht des Beschuldigten, sich durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, wird erneut und eindrucksvoll gewährleistet. Die vom BVerfG vorgenommene Abgrenzung im Bereich des subjektiven Tatbestandes des § 261 StGB ist überzeugend. Es war und bleibt selbstverständlich, dass ein Verteidiger kein Honorar annehmen wird, von dem er positiv weiß, dass es aus einer Katalogtat stammt. Aber die lähmende Unsicherheit des Wahlverteidigers im Verfahren wegen einer Katalogtat, die Honorarannahme könnte als leichtfertige oder gar bedingte vorsätzliche Geldwäsche angesehen werden, gehört der Vergangenheit an.

Der Beschuldigte, dem eine Katalogtat vorgeworfen wird, braucht nicht mehr zu befürchten, dass der Verteidiger seiner Wahl das Mandat aus Gründen vorsorglichen Selbstschutzes ablehnt oder es später niederlegt, weil er Ermittlungen gegen sich selbst zu gewärtigen hat. Dem Beschuldigten ist auch die Sorge genommen, dass der Verteidiger in einen Konflikt zwischen seinen Verteidigungsaufgaben und eigenen Schutzinteressen wegen eines möglichen Geldwäscheverdachts geraten könnte. Vor allem kann sich der Beschuldigte darauf verlassen, dass die durch Schweigerecht und -pflicht des Verteidigers gewährleistete Vertrauenssphäre des Mandatsverhältnisses nicht angetastet wird.

Für das BVerfG versteht es sich von selbst, dass die Übernahme des Wahlmandates wegen einer Katalogtat keinen Anfangsverdacht gegen den Verteidiger wegen Geldwäsche begründet und deshalb keinerlei Ermittlungseingriffe in den Schutzbereich des Mandats rechtfertigt. Nur wenn „auf Tatsachen beruhende greifbare Anhaltspunkte für die Annahme [vorhanden sind], dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war“, kommt die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Geldwäsche gegen

den Verteidiger in Betracht. In diesem engen Rahmen ist eine „Ermittlungsimmunität“ für Strafverteidiger auch deshalb nicht erforderlich, weil das BVerfG der Staatsanwaltschaft aufgibt, „von den ihr zustehenden Eingriffsbefugnissen nur schonenden Gebrauch [zu] machen“.

Im Interesse einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege ist die Tätigkeit des Verteidigers – wie das BVerfG mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervorhebt – umfassend und ausschließlich auf die Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten ausgerichtet. Die Erfüllung dieser Beistandsaufgabe setzt von Verfassungen wegen ein unantastbares Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant voraus. Das BVerfG leitet diese für die Institution der Strafverteidigung bestimmenden Prinzipien nicht allein aus dem Recht des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung als Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren ab, sondern knüpft zugleich unmittelbar an die Gewährleistung der Berufsfreiheit des Verteidigers durch Art. 12 I GG an. Darin liegt die besondere und über die Geldwäscheproblematik weit hinausreichende verfassungsrechtliche Bedeutung der Entscheidung für den Beruf des Strafverteidigers.

Hans Dabs, Daniel M. Krause, Gunter Widmarer

## 2. Kugelschreiber als gefährliches Werkzeug

StGB § 177 IV Nr. 1

Im Rahmen des § 177 IV Nr. 1 StGB ist es zwar ohne Belang, ob der Gegenstand (hier: Kugelschreiber) nach seiner Beschaffenheit generell bestimmt und geeigneter ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen; es genügt, dass er die Gefährlichkeit durch die konkrete Art des Einsatzes gewinnt. Die Beurteilung, ob die konkrete Art des Einsatzes des Gegenstandes gefährlich war, setzt aber die Feststellung seiner Beschaffenheit voraus. (Ls d. Schriftftg.)

BGH, Beschl. v. 17. 9. 2003 – 2 StR 254/03 (LG Gera)

Zum Sachverhalt: Nach den Feststellungen verfolgte der Angekl. im Fall 1 der Urteilsgründe die 15-jährige Geschädigte nachts auf der Straße, umfasste sie von hinten, hielt ihr den Mund zu und drückte sie zu Boden. Er stopfte ihr ein komplettes Päckchen Tempotaschentücher in den Mund und drückte ihr einen spitzen Gegenstand, einen Kugelschreiber, gegen die rechte Halsseite unterhalb des Kinns. Gegenüber der Geschädigten äußerte er, bei dem Gegenstand handele es sich um eine Spritze mit Gift und die Geschädigte würde innerhalb von 30 Sekunden sterben, falls sie schreien sollte. Anschließend führte er die Geschädigte in eine Umkleekabine auf einem Sommerbadgelände, wobei er ihr nach wie vor den spitzen Gegenstand an den Hals hielt. In der Kabine ließ er sich von der Geschädigten einen Schnürsenkel aus den Schuhen geben und band ihn ihr über den Mund. Als sie sich wehren wollte, hielt er ihr wieder den spitzen Gegenstand an den Hals. Sodann legte er den Gegenstand weg, schob das Top der Geschädigten hoch und küsste sie auf die unbedeckte Brust. Die durch das brutale Vorgehen des Angekl. überaus verängstigte und eingeschüchterte Geschädigte musste den Angekl. danach manuell bis zum Samenerguss befriedigen. Anschließend zog der Angekl. der Geschädigten ihren Slip aus und sie musste sich hinlegen. Der Angekl. leckte sie am Gesichtsrest und führte seinen Finger in ihre Scheide ein. Im weiteren Verlauf legte er der Geschädigten deren Jacke über das Gesicht und führte kurzzeitig den Geschlechtsverkehr von vorn mit ihr durch. Danach drehte der Angekl. die Geschädigte um und veranlasste sie, sich hinzuknien, worauf er den Geschlechtsverkehr von hinten ungeschützt bis zum Samenerguss ausführte. Sodann nahm der Angekl. die Jacke der Geschädigten an sich, in der sich ein Handy im Wert von 349 DM befand, und ließ sich ihr Portemonnaie mit ca. 15 DM Bargeld aushändigen. Anschließend entfernte sich der Angekl., wobei er die Geschädigte mit dem Päckchen Taschentüchern im Mund gefesselt und geknebelt nackt zurückließ. Bis auf das Bargeld warf er die Sachen später weg.

Das LG hat den Angekl. wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit schwerem Raub in 2 Fällen (Einzelstrafen: 11 Jahre und 7 Jahre Freiheitsstrafe) sowie wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Raub (Einzelstrafe: 5 Jahre Freiheitsstrafe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 13 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Seine Rechtsmittel hatte teilweise Erfolg.



**Sonstiges**

zen der fortbestehenden Abrede mit *M* offensichtlich nicht bedacht hatte. Dieser Motivirrtum führt nun zu einer Verurteilung auch des *A* wegen bandenmäßiger Begehung, die mit einer erheblichen Strafschärfung verbunden ist<sup>13</sup>.

In der Praxis des Strafverfahrens wird die Entscheidung von den Gerichten begrüßt werden. Da die Anforderungen an die Bandenabrede vom *Senat* am untersten Rand eines denkbaren Spektrums bis hinauf zur persönlichen, gleichsam lebenslang „familiären“ Verbundenheit in mafiösen Strukturen nach süditalienischem Vorbild angesiedelt werden, dürften entsprechende Tatsachenfeststellungen erleichtert werden. Zugleich sind komplizierte Beweiserhebungen zu der Frage, wer wen zu welchem Zeitpunkt wie gut gekannt hat – was vor allem vom Einlassungsverhalten der Angeklagten abhängen wird – nichts mehr unbedingt veranlasst<sup>14</sup>. Im Vordergrund künftiger Aufklärungsbemühungen der Gerichte dürften die organisatorischen Abreden zwischen den Beteiligten stehen, auf die häufig einfacher aus den vorhandenen Sachbeweisen (etwa Aufzeichnungen aus Telefonüberwachungsmaßnahmen) zurück geschlossen werden kann.

Auch deshalb ist der Kernaussage der Entscheidung zuzustimmen. Die für die Erhöhung des Strafrahmens herangezogene Organisations- und Ausführungsgefahr besteht unabhängig von der persönlichen Kenntnis der Bandenmitglieder untereinander. Insbesondere in typischen Bereichen der organisierten Bandenkriminalität ist dabei der Auffassung des erkennenden *Senats* beizupflichten, dass bei einer einschränkenden Auslegung des Bandenbegriffs kaum einsehbar wäre, warum der Beitrag des das Geschehen planvoll in den Händen haltenden Bandenchefs aus einem niedrigeren Strafrahmen gehandelt werden müsste als derjenige eines „fungiblen“ Bandenmitglieds. Auf einem anderen Blatt steht, ob die Gerichte die durch diese Leitentscheidung eröffneten Spielräume auch im Bereich mittlerer Kriminalität, bei dem der Gesetzgeber das Bandenmerkmal ebenfalls bemüht (z. B. § 267 III Nr. 1 StGB), mit Augenmaß nutzen werden.

Matthias Jahn

Zur Einführung: *Joerden*, Der Bandendiebstahl und seine Mitwirkenden – *BGH*, NJW 2001, 2266; JuS 2002, 329.

Zur Übung: *Weißer*, Referendarexamensklausur – Strafrecht: (Banden-)Diebstahl, JuS 2005, 620; *Gaede*, Der praktische Fall – Strafrecht: Täterschaft und Teilnahme beim Bandendiebstahl, JuS 2003, 774; *Kudlich*, PdW BT I, Fall 59.

13 § 30 a I BtMG ordnet Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren an.

14 Aus Sicht der Praxis dazu zutr. *Erh.*, NSStZ 1999, 187.

#### 14. Strafprozessrecht

Unverwertbarkeit eines im Krankenzimmer abgehörten Selbstgesprächs des Angeklagten

StPO §§ 100 c, 100 d

Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem geschützten Kernbereich des Art. 13 I GG i. V. mit Art. 1 I und Art. 2 I GG zuzuordnen ist.

*BGH, Urf. v. 10. 8. 2005 – I StR 140/05*, NJW 2005, 3295

#### Zum Sachverhalt

Der Angeklagte *A* war wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nach den Feststellungen der *Schwurgerichtskammer* gingen dieser Tat Querelen unter Landwirten voraus. In deren Verlauf hatte *A* dem späteren Tatopfer *F* mit einem Holzknüppel gedroht und dabei gerufen: „Dich erschlag ich noch!“ Tatsächlich wurde *F* im Oktober 1998 mit einem massiven, kantigen Werkzeug im Schlaf erschlagen. Die Tatwaffe konnte jedoch nicht sichergestellt werden; die Ermittlungen wurden eingestellt. *A* erlitt im Januar 2003 einen Arbeitsunfall. Bei den Ermittlungen wegen dieses Vorfalles fand die Kriminalpolizei im Wohnhaus des *A* einen Schlagstock, der als Tatwaffe des Tötungsdelikts in Betracht kam. Im Rahmen der wieder aufgenommenen Ermittlungen kam es zu einer richterlich gestarteten akustischen Überwachung des Krankenzimmers des *A*, in dem sich dieser zur Rehabilitation aufhielt. Im Rahmen dieser Abhöraktion wurde auch ein Selbstgespräch des *A* aufgezeichnet, das im Anschluss an ein Telefonat des *A* mit einer Arbeitskollegin stattfand. In diesem Telefonat bericherte die Kollegin, sie sei u. a. danach gefragt worden, ob der *A* seine Hasen selbst schlachte und ob er Rechts- oder Linkshänder sei. Im direkten Anschluss an dieses Telefongespräch führte der *A* in seinem Krankenzimmer ein erregtes Selbstgespräch mit folgendem Inhalt: „Sehr aggressiv, sehr aggressiv, sehr aggressiv! Im Kopf hält (e)am schießen sollen, im Kopf hält (e)am schießen sollen, selber umgebracht“. Das LG hat hieraus den Schluss gezogen, der Angeklagte habe sich Gedanken über eine alternative Tötungsart gemacht, die den Verdacht weniger auf seine Person gelenkt hätte. Der *A* beanstandete mit seiner Revision das Verfahren wegen der Verwertung des abgehörten Selbstgesprächs.

#### Einführung in die Probleme

Erstmals seit der wegweisenden Entscheidung des *BVerfG* vom 3. 3. 2004<sup>1</sup> zum sog. Großen Lauschangriff<sup>2</sup> hatte sich der *BGH* in dem hier zu besprechenden Urteil mit der Frage der Verwertbarkeit von Aufzeichnungen aus einer Raumüberwachung zu Beweis Zwecken im Strafverfahren zu befassen. Dabei musste der 1. *Strafsenat* zudem die in der Konsequenz der verfassungsgerichtlichen Leitentscheidung erst wenige Wochen zuvor geänderten Vorschriften über das Abhören in Wohnungen in den §§ 100 c bis 100 f und § 101 StPO berücksichtigen<sup>3</sup>. Zur Erinnerung: Eine der Kernaussagen des *BVerfG*-Urteils war, dass es einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gibt, der durch Art. 13 I GG i. V. mit Art. 1 I und 2 I GG vor der Überwachung durch die Strafverfolgungsbehörden absolut geschützt ist. Auch überwiegende Interessen der Allgemeinheit wie die Aufklärung von Kapitaldelikten können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen<sup>4</sup>. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang also die Frage, welche Räumlichkeiten dem absoluten Kernbereich zuzuordnen sind, weil bei einem Kernbereichseingriff ein strafprozessuales Verwertungsverbot greift.

#### Darstellung und Analyse

Die Äußerungen im Krankenzimmer fielen nach Auffassung des *Senats* in dem von Art. 13 I GG i. V. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Zur Begründung wendet sich das *Gericht* zunächst der räumlichen Komponente des durch Art. 13 I GG gewährleisteten Schutzes zu (1), danach den inhaltlichen Besonderheiten der im vorliegenden Fall verwerteten Äußerungen des *A* (2).

1 *BVerfGE* 109, 279 = NJW 2004, 999 = NSStZ 2004, 270 = JuS 2004, 322 (*Sachs*). Aus strafrechtlicher Sicht dazu *Ruthig*, GA 2004, 387.

2 Zum Begriff *Bludovsky*, Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff, 2002, S. 25.

3 Gesetz zur Umsetzung des Urteils des *BVerfG* v. 3. 3. 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) v. 24. 6. 2005 (BGBl. I 1841).

4 *BVerfGE* 109, 279 (313 f.) = NJW 2004, 999 = NSStZ 2004, 270 = JuS 2004, 322 (*Sachs*). Zu dem hier zu Grunde liegenden Gedanken der sog. Spätereintheorie *Mewer-Wieck*, NJW 2005, 2037 (2038); *Jahn*, NSStZ 2000, 383 (384).



1. Im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>5</sup> sei der Begriff der Wohnung i. S. von Art. 13 I GG weit auszulegen:

„In der verfassungsrechtlichen Literatur besteht Einigkeit darüber, dass der Schutzbereich des Art. 13 GG über den alltagssprachlichen Wohnungsbegriff (Haupt- einschließlich Nebenwohnräume) hinaus auch andere Räume schützt, soweit sie als Räume der Freizeit, Räume der Mobilität, kultursbezogene oder der sozialen Berührung zuzuordnen sind und die Privatheit der Lebensgestaltung ermöglichen, denn deren Schutz soll durch diese Vorschrift umfassend gewährleistet werden“.

Auch das Krankenzimmer falle unter diesen schutzzweckorientierten Wohnungsbegriff, da es die Privatheit der Lebensgestaltung ermöglichen solle<sup>6</sup>. Zwar bestünden in einem Krankenzimmer nicht die gleichen Rückzugsmöglichkeiten wie in einer Privatwohnung. Bei den Personen (Ärzte und sonstiges Pflegepersonal), die das Krankenzimmer befugterweise betreten, handele es sich jedoch typischerweise um sog. Berufsheimlichkeitsgem. § 53 I 1 Nr. 3 StPO und deren Gehilfen, so dass diese Einschränkung nicht zu einer Nichtanwendbarkeit des Art. 13 I GG führe.

2. Als weiteres Argument für die Zuordnung zum absolut geschützten Kernbereich führt der Senat dann Art und Inhalt der Äußerung des Angeklagten an. Dagegen spreche zwar, dass Gespräche eines Täters über den Tatvorwurf nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörten (sog. Sozialbezug). Vorliegend handele es sich bei der Äußerung des A aber nicht um Kommunikation mit einem anderen Menschen, sondern um ein reines Selbstgespräch. Selbst nach den Grundsätzen der kontroversen, seinerzeit mit 4:4 Stimmen ergangenen Tagebuchentscheidung des BVerfG<sup>7</sup> gehört aber ein Selbstgespräch zum unantastbaren Kernbereich der Lebensgestaltung, da der Betroffene die dort geäußerten Lebenssachverhalte gerade geheim halten möchte. Zudem nehme auch die Neufassung des § 100c IV 3 StPO auf diese Unterscheidung Bezug<sup>8</sup>.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Die Bedeutung der Entscheidung liegt aus studentischer Sicht sicher in erster Linie in ihrer Eignung als Grundlage einer Zusatzaufgabe in der (Examens-)Klausur, bei der die Frage nach etwaigen Verfahrenszielen mit den verfassungsrechtlich vorgezeichneten Konsequenzen für die Beweisverwertung kombiniert werden kann. Wichtig sind freilich auch ihre allgemeinen grundrechtsdogmatischen Aussagen zum Schutzbereich des Art. 13 I GG.

Insoweit gilt für die Prüfung aber dasselbe, was auch für die Praxis gilt: Die für den Fall angemessene Schlankführung der Urteilsgründe löst mindestens ebenso viele Fragen wie sie neue aufwirft. Unklar bleibt insbesondere, ob für ein Krankenzimmer grundsätzlich ein absolutes Überwachungsverbot besteht oder ob sich dieses nur als Folge der Zurechnung zum absoluten Kernbereich aus den Besonderheiten des Einzelfalles ergibt. So ist denkbar, dass ein Mehrbettzimmer dauerhaft nur von einem Patienten genutzt wird oder dass die Belegung im Rahmen eines längeren Krankenhausaufenthaltes der zu überwachenden Person mehrfach wechselt. Hier ist nicht entschieden, ob die Zurechnung des Zimmers zum absoluten Kernbereich dauerhaft oder nur vorübergehender Natur ist.

Auch eine weitere, in Zukunft sicher klärungsbedürftige Frage hat der Senat ausdrücklich offen gelassen. Er lässt dahinstehen, ob außerhalb des Bereichs der Beweisverwertung im Strafprozess zu Lasten des Angeklagten ein generelles Informationsverwendungsverbot besteht. Es betrifft sowohl den Komplex prä-

ventiv-polizeilichen Handelns (das Selbstgespräch eines Kindesentführers gibt Aufschluss darüber, wo das Kind gefangen gehalten wird) als auch die – im vorliegenden Verfahren vor dem *Schwurgericht* tatsächlich aufgeworfene – Frage, ob eine strafprozessuale Verwertung zu Gunsten des Angeklagten in Betracht kommt, weil dieser damit ein Indiz für seinen Unschuldsbeweis gewinnen kann. Beides hängt mit der ungelösten Frage zusammen, ob man den vom BVerfG postulierten, „absolut“ geschützten Kernbereich schutzzweckorientiert einschränken darf. Während auf Grund des Missbrauchspotenzials und der erheblichen Abgrenzungsprobleme beim doppel-funktionellen Handeln der Polizei die besseren Gründe gegen eine Verwertungsmöglichkeit zum „Hauptzweck“ der Gefahrenabwehr sprechen dürften<sup>9</sup>, ist die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zu Gunsten des (Mit-) Angeklagten derzeit noch im Fluss<sup>10</sup>.

Matthias Jahn

Zur Einführung: *Sachs*, Grenzen der Verfassungsänderung – „Großer Lauschangriff“, JuS 2004, 522.

Zur Vertiefung: *Gusy*, Lauschangriff und Grundgesetz, JuS 2004, 457; *Lepsius*, Der Große Lauschangriff vor dem BVerfG, Jura 2005, 433 ff., 586 ff.

- 5 BVerfGE 89, 1, 12 = NJW 1993, 2035 (2037), sowie zum ähnlich liegenden Problem des Abhörens im Besuchsraum einer Justizvollzugsanstalt (Fall *Schwann Eich*) BGHSt 44, 138 (141) = NJW 1998, 3284 = NSRZ 1999, 145. Eine restriktivere Tendenz deutet aber nunmehr *Hermes*, JZ 2005, 464 (464 f.), an.
- 6 A. A. etwa *LSG Schleswig-Holstein*, NJW 1987, 2958: „Das Krankenzimmer ist letztlich nur ein Hilfsmittel zur Behandlung und Pflege der Patienten, keineswegs eine selbständige Unterkunft, für die der dort Untergebrachte ein eigenes Hausrecht hätte“.
- 7 BVerfGE 40, 367 = NJW 1990, 563. Zu weiteren Rechtsprechungsentwicklungen *Schäfer*, in: *Löwel/Rosenberg*, StPO, 35. Aufl. (2004), § 94 Rdwn. 36 ff.; *Jahn*, NSRZ 2004, 383 (384).
- 8 In der Gesetzesbegründung (BT-Dr 15/5433, S. 14) heißt es dazu: „Sollten man dabei den Gedanken des Sozialbezugs entsprechender Äußerungen zugrunde legt ... werden in der Regel auch Äußerungen eines Beschuldigten, die dieser tätigt, wenn er sich alleine in der überwachten Wohnung aufhält ... dem absolut geschützten Kernbereich unterfallen“.
- 9 Die Konsequenzen für die präventive Wohnraumüberwachung nach Landespolizeirecht werden von *Kötter*, DÖV 2005, 225 (233 f.), diskutiert. Zum vergleichbaren Problem der gefahrenabwehrrechtlichen Reichweite des § 136a StPO in Entrüchtungsfallen vgl. *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 513; *Jahn*, KRv 2004, 24 (40 f.).
- 10 Instrukiv dazu *Nack*, StraFo 1998, 366; der Autor jenes Aufsatzes ist heute Vorsitzender des 1. Strafsenats, der die hier zu besprechende Entscheidung zu treffen hatte.

## 15. Öffentliches Recht – Abfallrecht

Strengere nationale Regelungen für Abfalldeponien

EG Art. 176; Richtlinie 1999/31/EG Art. 5

1. Art. 5 I und II der Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26. 4. 1999 über Abfalldeponien steht einer nationalen Maßnahme nicht entgegen, die

- für die Zulassung von biologisch abbaubaren Abfällen zur Deponierung engere Grenzen als die Richtlinie aufstellt, auch wenn diese Grenzen derart eng sind, dass sie eine mechanisch-biologische Behandlung oder eine Verbrennung solcher Abfälle vor ihrer Deponierung implizieren,
- zur Verringerung der zur Deponierung bestimmten Abfälle kürzere Fristen als die Richtlinie festlegt,
- nicht nur auf biologisch abbaubare Abfälle, sondern auch auf nicht biologisch abbaubare organische Substanzen anwendbar ist und



anzuordnen, wird offen gelassen. Die *Kammer* anerkennt zwar, daß »ein solches Vorgehen ... angesichts des Gewichts der betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen Fragen der Verhältnismäßigkeit aufgeworfen« hätte. Unklar ist, warum sich diese »vorliegend aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht stellen«. Somit bleibt die Verhältnismäßigkeitsprüfung des *BVerfG* für die Beschlagnahme von Zufallsfunden hinter dem zurück, was in der strafprozessualen Literatur (mitunter von Strafrichtern) gefordert wird. Daß die Beschlagnahme auf der Grundlage der §§ 94, 108 StPO geschah, ändert am doppelten Boden des § 148 StPO nichts. Dessen Wertungsentscheidung gilt für Zufallsfunde gleichermaßen. Wenn es unverhältnismäßig ist, wegen des Verdachts einer Beleidigung die Durchsicht und Beschlagnahme der Verteidigerpost anzuordnen, dann ändert sich an dieser Bewertung nichts, weil die Durchsichtung zunächst auf einer anderen Verdachtsgrundlage stattgefunden hat.

2. Inwieweit die Beziehung zwischen Verteidiger und Mandanten einen beleidigungsfreien Raum begründet, klärt das *BVerfG* auf seiner gewohnten Linie und stellt auf die Bedeutung der tatsächlichen Vertrauensbeziehung im Einzelfall ab. Das war erwartbar, führt aber meines Erachtens auf eine schiefe Ebene. Das Vertrauensverhältnis besteht *normativ*; wie intensiv es *faktisch* gelebt wird, ist gleichgültig, auch weil Fraternisierung und Kumpanei einem geordneten Berufsverständnis von Verteidigung widerstreben. Indes läßt die *Kammer* die Tür der Straflosigkeit für den umgekehrten Fall (»Äußerungen gegenüber dem Verteidiger«) offen – wenigstens das.

Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Karlsruhe.

#### MRK Art. 6 Abs. 3 lit. d

(Frage- und Konfrontationsrecht des Angeklagten)

Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK erfaßt auch die Aussagen eines Mitangeklagten im Ermittlungsverfahren, der in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Ob infolgedessen der Umstand, daß ein Angeklagter den Mitangeklagten zu keinem Zeitpunkt befragen oder befragen lassen konnte, zu einem Konventionsverstoß führt, hängt davon ab, ob seine Verteidigungsrechte insgesamt angemessen gewahrt wurden und das Verfahren in seiner Gesamtheit fair war.

BGH, Beschl. v. 15. 06. 2010 – 3 StR 157/10 (LG Kleve)

#### StPO §§ 245 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

(Zeugnisverweigerungsrecht für Geistliche nicht staatlich anerkannter Religionsgemeinschaften)

1. Eine über den Wortlaut des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO hinausgehende Beschränkung des Begriffs des Geistlichen auf Amtsträger der als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Religionsgemeinschaften ist mit dem Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates unvereinbar.

2. Der Begriff des »Geistlichen« kann dahin ausgelegt werden, daß diesem die seelsorgerische Tätigkeit von einer Religionsgemeinschaft übertragen und ihm ein entsprechendes Amt – verbunden mit einer herausgehobenen Stellung innerhalb der Religionsgemeinschaft – anvertraut sein muß.

3. Seelsorgerische Tätigkeit i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO umfaßt nur eine von religiösen Motiven und Zielsetzungen getragene Zuwendung, die der Fürsorge für das seelische Wohl des Beistandsuchenden, der Hilfe im Leben oder Glauben be-

nötigt, dient. Ein Zeugnisverweigerungsrecht ist nicht kennen, soweit es sich um eine karitative, fürsorgerische, erzieherische oder verwaltende Tätigkeit des Geistlichen handelt.

BGH, Urt. v. 15. 04. 2010 – 4 StR 650/09 (LG Münster)

Mitgeteilt von RA Jürgen Pauly, Frankfurt/M.

Anm. d. Red.: Siehe zu dieser Entscheidung die Anmerkung von Jahn, JuS 2010, 932.

#### + StPO § 257 c; StGB § 46

(Strafrahmenobergrenze als Strafe bei Verständigung)

Gibt das Gericht gemäß § 257 c Abs. 3 Satz 2 StPO eine Ober- und Untergrenze der Strafe an, ist es nicht gehindert, die angegebene Obergrenze als Strafe zu verhängen.

BGH, Beschl. v. 27. 07. 2010 – 1 StR 345/10 (LG Nürnberg-Fürth)

♦ Aus den Gründen: Der Senat merkt an: Zutreffend hat der GBA darauf hingewiesen, daß bei einer Verständigung gem. § 257 c StPO das Gericht nicht gehindert ist, die gem. § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO angegebene Obergrenze der Strafe als Strafe zu verhängen. Gem. § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO kann das Gericht unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafe (»Punktstrafe«; vgl. hierzu BGHSt 51, 84, 86 [= StV 2007, 23]) bleibt nach wie vor unzulässig. Das Gericht kann im Einverständnis mit den Verfahrensbeteiligten nur einen Strafrahmen, nicht aber eine bestimmte Strafe vereinbaren. Hierbei darf der Angekl. aber nicht mit einer weit geöffneten »Sanktionsschere« unter Druck gesetzt werden.

Die Angabe eines Strafrahmens entspricht dem Grundsatz, daß das Gericht bei der Bemessung der schuldangemessenen Strafe einen Beurteilungsspielraum hat, der nur eingeschränkt vom Revisionsgericht überprüft werden kann. Die Angabe eines Strafrahmens durch das Gericht führt aber nicht dazu, daß es nur die Strafuntergrenze als Strafe festsetzen darf. Einen derartigen Vertrauensstatbestand hat das Gericht nicht geschaffen (a. A. Meyer-Göfner StPO, 53. Aufl., § 257 c Rn. 20 ff.; ders. ZRP 2009, 107, 109). Die Entscheidung über die konkrete Strafe bleibt der abschließenden Beratung durch das Gericht vorbehalten. Der Angekl. kann nur darauf vertrauen, daß die Strafe innerhalb des angegebenen Strafrahmens liegt. Er muß daher auch damit rechnen, daß die Strafe die Strafrahmenobergrenze erreicht.

#### StPO §§ 257 c, 273 Abs. 1 a S. 2 und 3, 344 Abs. 2

(Keine Bindungswirkung informeller Absprachen)

1. Eine Umgehung der formellen gesetzlichen Anforderungen des § 257 c StPO durch informelle Absprachen, deren Vorliegen zwar möglich, aber im Hinblick auf § 202 a StPO nicht bewiesen werden kann, führt nicht zum Eintritt der Bindungswirkung gemäß § 257 c Abs. 3 S. 4, Abs. 4 StPO.

2. Es wird offengelassen, ob ein Verfahrensbeteiligter, der nach eigener Kenntnis an einer gesetzwidrigen informellen Absprache – gegen eine wissentlich unzutreffende ausdrückliche Protokollierung gemäß § 273 Abs. 1 a S. 2 und 3 StPO – teilgenommen hat, das Urteil ohne weiteres dennoch mit der Verfahrensrüge dieses Verstoßes anfechten kann.

BGH, Beschl. v. 04. 08. 2010 – 2 StR 205/10 (LG Frankfurt/M.)



Soweit das LG seine Überzeugung, der Angekl. habe sich vor dem Haftrichter wahrheitsgemäß eingelassen, auch mit dem Inhalt der Aussage der Geschädigten bei ihrer Vernehmung durch den Zeugen Richter am AG S. begründet, ist das Urtr. nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Die Beweiswürdigung begegnet bereits sachlich-rechtlichen Bedenken. Sachverständig beraten hat das LG die Geschädigte für glaubwürdig und ihre vom Zeugen wiedergegebene Aussage für glaubhaft erachtet. Gleichwohl hat es sich nicht davon überzeugen können, dass der Angekl. mit der Geschädigten – wie von ihr geschildert – auch in den Fällen II. 2. und 3. der Urteilsgründe den vaginalen Geschlechtsverkehr vollzog. Weshalb es den Angaben der Geschädigten in diesen Fällen nur teilweise, im Falle II. 1. dagegen insgesamt gefolgt ist, legt es nicht dar. Diesen Widerspruch aufzulösen hätte es sich indes veranlasst sehen müssen. Hat der Haftrichter Zweifel an der Glaubhaftigkeit einzelner Teile einer Zeugenaussage, so muss er dem Revisionsgericht die Überprüfung ermöglichen, ob seine Annahme, dies lasse deren Beweiswert im Übrigen unberührt und stelle deren Tauglichkeit nicht insgesamt in Frage, auf rechtsfehlerfreien Erwägungen beruht.

2. Darüber hinaus rügt die Revision zu Recht, dass das LG diese Aussage nach § 252 StPO nicht hätte verwerten dürfen. Die Geschädigte hat in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO) Gebrauch gemacht. Der Behandlung ihrer Vernehmung durch Richter am AG S. als richterliche – und damit dessen Vernehmung zum Inhalt der Aussage – steht entgegen, dass der Bf. von dem Termin nicht gem. § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO benachrichtigt worden ist; Raum für eine Abwägung, ob die Umstände des Einzelfalles die Annahme eines Verwertungsverbots gebieten, verbleibt in einem solchen Falle nicht (vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl., § 168c Rn. 6 m.w.N.). Allein das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 168c Abs. 3 StPO macht die Benachrichtigung des Besch. vom Termin zur richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nicht entbehrlich, denn sie dient der Wahrung seiner Rechte auch über ein Ermöglichtes des Erscheinens hinaus (LR-*Erb*, StPO, 26. Aufl., § 168c Rn. 37). Ob etwas anderes dann gilt, wenn der Besch. bereits ausgeschlossen worden ist (vgl. *BGH*, Urtr. v. 03.11.1982 – 2 StR 434/82, *BGHSt* 31, 140, 142 [= StV 1983, 51]), kann offen bleiben. Dass nicht nur die Anwesenheit des Bf. bei der Vernehmung, sondern auch schon dessen Benachrichtigung vom Termin den Untersuchungserfolg gefährdet hätte (§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO), legt das LG in seinem den Widerspruch gegen die Verwertung zurückweisenden Beschluss nicht dar.

3. Der Senat schließt indes aus, dass das Urtr. auf diesen Rechtsfehlern beruht...

## Umfang der Anklageverlesung

StPO §§ 243 Abs. 3 S. 1, 200 Abs. 1 S. 1

In Strafverfahren wegen einer Vielzahl gleichförmiger Taten oder Tateinzelakte, die durch eine gleichartige Begehungsweise gekennzeichnet sind, ist dem Erfordernis der Verlesung des Anklagesatzes i.S.d. § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO Genüge getan, wenn dieser insoweit wörtlich vorgelesen wird, als in ihm die gleichartige Tatausführung, welche die Merkmale des jeweiligen Straftatbestands erfüllt, beschrieben und die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum sowie bei Vermögensdelikten der

Gesamtschaden bestimmt sind. Einer Verlesung der näheren individualisierenden tatsächlichen Umstände der Einzeltaten oder der Einzelakte bedarf es in diesem Fall nicht. (amtl. Leitsatz)

*BGH* (Großer Senat für Strafsachen), Beschl. v. 12.01.2011 – GSSt 1/10 (LG Mannheim)\*

## Verwertbarkeit des Geständnisses bei Verständigung über Schuldspruch

StPO §§ 257c, 261

Allein die unzulässige Verständigung über den Schuldspruch führt nicht zu einem Verbot, das auf Grund der Verständigung abgegebene Geständnis des Angeklagten zu verwerten. (amtl. Leitsatz)

*BGH*, Beschl. v. 01.03.2011 – 1 StR 52/11 (LG Nürnberg-Fürth)\*

Aus den Gründen: Der Senat merkt an:

Der Angekl. wurde u.a. wegen fünf Fällen des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) verurteilt, die er mit weiteren Personen begangen hat. Schweren Bandendiebstahl (§ 244a StGB) hat die *StrK* nicht erörtert.

In den Urteilsgründen wird gem. § 267 Abs. 3 S. 5 StPO angegeben, dass dem Urtr. eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist. Dem Urtr. ist weiter zu entnehmen, dass die Verständigung sich auch darauf erstreckte, dass die Taten abweichend von der Anklageschrift nicht bandenmäßig begangen worden seien (im Hauptverhandlungsprotokoll heißt es u.a.: »Bei dem Geständnis des Angekl. P. brauchen keine Merkmale enthalten sein, die für ein bandenmäßiges Vorgehen sprechen«).

Der Senat sieht daher Anlass darauf hinzuweisen, dass der Schuldspruch nicht Gegenstand einer Verständigung sein darf (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO) und dass auch die StA darauf hinzuwirken hat, dass das Gesetz beachtet wird (vgl. *RiStBV* Nr. 127 Abs. 1 S. 1). Schwerer Bandendiebstahl ist eine Qualifikation und betrifft daher den Schuldspruch. Eine Verständigung darüber, dass keine bandenmäßige Begehung vorliegt, ist in diesem Fall, in dem es nicht nur um eine strafzumessungsrelevante Feststellung geht, unzulässig (vgl. hierzu auch *BGH*, Beschl. v. 28.09.2010 – 3 StR 359/10 Rn. 8 [= StV 2011, 78]).

Gleichwohl ist die Beweiswürdigung im vorliegenden Fall rechtlich im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der Bf. hat keine Verfahrensrüge erhoben. Er hat weder eine Verletzung des § 257c Abs. 2 S. 3 StPO beanstandet, noch ein Verwertungsverbot gem. § 257c Abs. 4 S. 3 StPO geltend gemacht. Auch wenn in den Urteilsgründen, ohne dass dies erforderlich wäre (vgl. u.a. *BGH*, Beschl. v. 11.10.2010 – 1 StR 359/10 Rn. 8; *BGH*, Beschl. v. 19.08.2010 – 3 StR 226/10 Rn. 16 [= StV 2011, 76]) Einzelheiten der Verständigung mitgeteilt werden, bedarf es zur Beanstandung der Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 257c StPO der Erhebung einer formgerechten (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) Verfahrensrüge (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 13.01.2010 – 3 StR 528/09 [= StV 2010, 227]). Der Umstand, dass das Revisionsgericht im Rahmen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bei



zugleich erhobener umfassender Sachrüge den Urteilsinhalt ergänzend berücksichtigen kann (vgl. u.a. *BGH*, Urt. v. 23.09.1999 – 4 StR 189/99 [= StV 2003, 596]; *BGHSt* 45, 203, 204 f.), befreit nicht von der Anbringung einer Verfahrensrüge. Da eine solche nicht erhoben ist, ist die Beweiswürdigung schon deshalb nicht auf eine Verletzung des Verwertungsverbots des Geständnisses zu überprüfen.

Hinzu kommt, dass ohnehin kein Verwertungsverbot gem. § 257c Abs. 4 S. 3 StPO vorliegt. Bei einer, wenn auch fehlerhaften, Verständigung, besteht ein Verwertungsverbot nach dem Gesetz nur »in diesen Fällen«, d.h. in den in § 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO aufgeführten Fällen. Gemeint sind Konstellationen, in denen sich das Gericht von der Verständigung lösen will. Wenn die »Vertragsgrundlage« für das Geständnis entfallen ist, erfordert das Gebot der Verfahrensfairness, dass auch dieses keinen Bestand mehr hat. Bindung des Gerichts und Geständnis des Angekl. stehen in einer Wechselbeziehung, die das Gericht nicht folgenlos einseitig auflösen kann (vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl., Rn. 28 zu § 257c StPO).

Im vorliegenden Fall hat sich das Gericht aber nicht einseitig von der Verständigung gelöst, sondern diese in vollem Umfang eingehalten, weshalb der Revisionsführer auch keine derartige Rüge erhoben hat. Ein Verwertungsverbot – diese Wirkung knüpft das Gesetz allein an das Scheitern der Verständigung (vgl. *BGH*, Beschl. v. 19.08.2010 – 3 StR 226/10 Rn. 7 [= StV 2011, 76]) – besteht daher nicht.

Auch im Übrigen weist die Beweiswürdigung keinen Rechtsfehler auf. Das vom Verteidiger vor dem Tatgericht vorgetragene »schlanke« Geständnis, wozu der Angekl. erklärte, »dass er die Erklärung seines Verteidigers als seine eigene Einlassung verstanden wissen wolle«, ist jedenfalls insoweit rechtsfehlerfrei als glaubhaft angesehen worden, als der Angekl. die Begehung der Taten zugegeben hat. Das *LG* hat eine umfangreiche Beweisaufnahme durchgeführt und sich von der Richtigkeit des Geständnisses insoweit überzeugt und dies ohne Rechtsfehler begründet. Dass der Angekl. nicht wegen schweren Bandendiebstahls verurteilt wurde, beschwert ihn genauso wenig wie die in Anbetracht der Gesamtumstände milde Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J.. Das *LG* erwähnt zu dieser Gesamtfreiheitsstrafe in den Urteilsgründen u.a., dass »im Rahmen der Verständigung Einigkeit darüber bestand, dass für den Fall, dass der Angekl. geständig ist, eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 3 J. zu verhängen wäre« (im Hauptverhandlungsprotokoll heißt es: »gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe zu verhängen sein wird, die 3 J. nicht übersteigt«). Eine Mindeststrafe wird nicht genannt. Der *Senat* neigt zu der Auffassung, dass bei Mitteilung eines möglichen Verfahrensergebnisses (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO) stets ein Strafraum, also Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 11.10.2010 – 1 StR 359/10 Rn. 6 m.w.N.). Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie sich hier ein (etwaiger und auch nicht gerügter) Verfahrensfehler zum Nachteil des Angekl. ausgewirkt haben könnte. Insbesondere hat der *Senat* nicht die Besorgnis, wegen der nicht genannten Strafuntergrenze könne sich die *Strk.* auf eine nicht zulässige »Punktstrafe« festgelegt haben (vgl. *Senatsbeschl.* a.a.O.).

Die *Strk.* hat im Übrigen sowohl die Einzelstrafen als auch die Gesamtstrafe ausführlich und rechtsfehlerfrei begründet.

Bedenken, die Strafzumessungserwägungen seien nicht ernst gemeint, sondern sollten lediglich die bereits feststehende Strafe begründen (vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 28.09.2010 – 3 StR 359/10 Rn. 10 [= StV 2011, 78]), hat der *Senat* nicht. Über die Einzelstrafen wurde sich nicht verständigt und bezüglich der Gesamtstrafe ist nach der Formulierung »nicht mehr als« nicht davon auszugehen, dass sich die *Strk.* auf eine nicht zulässige »Punktstrafe« (vgl. hierzu auch *BGH*, Beschl. v. 27.07.2010 – 1 StR 345/10 [= StV 2010, 673]) festgelegt hat.

## Punktstrafenvereinbarung im Rahmen einer Verständigung

StPO § 257c

### Zur Fehlerhaftigkeit des Urteils bei unzulässiger Vereinbarung einer Punktstrafe.

*BGH*, Urt. v. 17.02.2011 – 3 StR 426/10 (LG Düsseldorf)

**Aus den Gründen:** [1] Das *LG* hat den Angekl. wegen Handeltreibens mit Btm in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Handeltreibens mit Btm in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. und 9 M. verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angekl. mit der allg. Sachrüge. Das Rechtsmittel ist hinsichtlich des Schuldspruchs unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO. Es führt jedoch zur Aufhebung des Strafausspruchs.

[2] 1. Die Strafzumessung hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand; denn die Urteilsgründe legen nahe, dass das *LG* lediglich die im Rahmen der getroffenen Verfahrensabsprache unzulässig vereinbarte Punktstrafe festgesetzt hat und daher die mitgeteilten Erwägungen zur Strafbemessung nur vorgeschoben und nicht ernst gemeint sind (vgl. *BGH*, Beschl. v. 28.09.2010 – 3 StR 359/10 [= StV 2011, 78] unter Hinweis auf *Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn. 11). Hierzu im Einzelnen:

[3] a) Ausweislich der Urteilsgründe ist zwischen den Verfahrensbeteiligten folgende Verständigung zustande gekommen: »Die *Kammer* hält eine Gesamtstrafe von 3 J. und 9 M. bei geständiger Einlassung im Rahmen der Anklage für angemessen mit folgenden Maßgaben: Verbindung des hiesigen Verfahrens mit dem Verfahren 60 Js ..., StA Düsseldorf; Abgabe der Erklärung der StA, dass der Angekl. zum Halbstrafenzeitpunkt abgeschoben werden kann.«

[4] b) Gegen den Inhalt der Verständigung bestehen durchgreifende Rechtsbedenken. Nach § 257c Abs. 3 StPO »gibt das Gericht bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allg. Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben.« Hieraus folgt, dass das Gericht nicht stets einen Verständigungsvorschlag unterbreiten muss, der eine Angabe zu einem Strafraum enthält. Denkbar sind auch andere, den Strafausspruch nicht umfassende gerichtliche Initiativen. Wenn das Gericht aber – wie in der Regel – von der Möglichkeit (»kann ... auch«) Gebrauch macht, den Verständigungsvorschlag auf den Strafausspruch zu beziehen, muss es sowohl eine Ober- als auch eine Untergrenze der Strafe, also einen Strafraum angeben. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und wird durch die Gesetzgebungsmaterialien bestätigt. Danach »ermöglicht diese Vorschrift



die Mitteilung der gegenwärtigen Strafeinschätzung des Gerichtes, die für den Angekl. in seiner Entscheidung, sich auf eine Verständigung einzulassen oder nicht, von großer Bedeutung ist. Außerdem legt die Vorschrift fest, dass das Gericht bei der Angabe des Strafrahmens die allg. Strafzumessungserwägungen und die Umstände des Einzelfalles nicht verlassen darf.« (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/12310 S. 14). Mit der Pflicht zur Benennung eines Strafrahmens kommt auch zum Ausdruck, dass das Verständigungsgesetz an dem von der Rspr. (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97, *BGHSt* 43, 195 [= StV 1997, 583]; Beschl. v. 03.03.2005 – GSSt 1/04, *BGHSt* 50, 40) entwickelten Verbot der Vereinbarung einer Punktstrafe festhält (*BGH*, Beschl. v. 27.07.2010 – 1 StR 345/10, *NStZ* 2010, 650 [= StV 2010, 673]; v. 28.09.2010 – 3 StR 359/10 [= StV 2011, 78]; vgl. auch Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 347/10, *StRR* 2010, 465 [= StV 2011, 75] und v. 11.10.2010 – 1 StR 359/10).

[5] c) Die unter Verstoß gegen § 257c Abs. 3 StPO vom Gericht vorgeschlagene und auf dieser Basis zustande gekommene Verständigung auf eine Punktstrafe sowie die Verhängung exakt dieser Strafe deuten darauf hin, dass das *LG* in der Urteilsberatung nach durchgeführter Hauptverhandlung nicht eine schuldangemessene Strafe bestimmt, sondern allein die vorher gemachte Zusage eingehalten hat, weshalb der gesamte Strafausspruch auf einer solchen schon vor den Schlussvorträgen der Verfahrensbeteiligten (§ 258 StPO) und der nachfolgenden Urteilsberatung (§ 260 Abs. 1 StPO) vorgenommenen Selbstbindung des Gerichts beruht. Hierin besteht eine Verletzung von § 46 StGB, die auf die Sachrüge zu berücksichtigen ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 StR 293/06, *BGHSt* 51, 84 m.w.N. [= StV 2007, 23]; Beschl. v. 11.04.2007 – 3 StR 108/07, *NStZ-RR* 2007, 245).

[6] 2. Für ein Vorgehen nach § 354 Abs. 1a StPO (vgl. *BGH*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 StR 293/06, *BGHSt* 51, 84 [= StV 2007, 23]) sieht der *Senat* hier keinen Anlass. Die Strafe muss daher erneut zugemessen werden.

[7] 3. Im Hinblick auf die vom *LG* zum Inhalt der Verständigung gemachte Erklärung der StA hinsichtlich einer späteren Vollstreckungsentscheidung verweist der *Senat* auf die Beschränkung in § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO sowie auf den Beschluss des 2. *Strafenats* v. 06.10.2010 – 2 StR 354/10, *StRR* 2010, 466 [= StV 2011, 74].

## Wiedereintritt in Beweisaufnahme und letztes Wort bei Verständigung

StPO §§ 258 Abs. 3, 257c Abs. 4

**Einem Angeklagten ist erneut das letzte Wort zu erteilen, wenn nicht bei ihm, aber einem Mitangeklagten vor Urteilsverkündung der Haftbefehl aufgehoben wird, nachdem nur dieser einem gerichtlichen Verständigungsvorschlag zugestimmt hatte.**

*BGH*, Beschl. v. 26.10.2010 – 5 StR 433/10 (LG Braunschweig)

**Aus den Gründen:** [1] Das *LG* hat die – nach dem Eröffnungsbeschluss auch unter dem Verdacht des versuchten Totschlags stehenden – Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung schuldig

gesprochen und R. zu einer Freiheitsstrafe von 1 J. und 3 M. sowie M. zu einer solchen von 1 J. und 6 M. verurteilt, deren Vollstreckung die *SchwGK* jeweils zur Bewährung ausgesetzt hat. Die Revision des Angekl. R. erweist sich letztlich als unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO.

[2] 1. Näherer Betrachtung bedürfen die von beiden Angekl. erhobenen Verfahrensrügen, ihnen sei nicht erneut das letzte Wort erteilt worden (§ 258 Abs. 2 zweiter Halbsatz, Abs. 3 StPO). Die vom Angekl. M. erhobene Rüge hat Erfolg. Den Rügen liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

[3] Am 8. Verhandlungstag, dem 14.06.2010, erteilte die *SchwGK* nach Beratung folgenden Hinweis: »Für den Fall, dass die beiden Angekl. sich dahingehend teilweise geständig einlassen, dass sie nach Beendigung der Notwehrlage, welche nach dem gegen sie gerichteten Angriff durch G. zunächst gegeben war, in Kenntnis der Beendigung der Notwehrlage, als G. wehrlos am Boden lag, diesen noch massiv körperlich attackiert haben, indem sie beide noch mehrfach gegen Gesichts- und Kopfbereich des G. getreten haben, würde die *Kammer* gegen beide Angekl. im Höchstmaß eine Freiheitsstrafe verhängen, die noch zur Bewährung ausgesetzt werden könnte. (...) Die *Kammer* schlägt deshalb eine Verständigung mit dem Inhalt vor, dass bei einem derartigen glaubhaften Geständnis der Angekl. ein Strafrahmen von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe zugesagt wird, und zwar unter Berücksichtigung der verbüßten U-Haft mit einer Strafaussetzung zur Bewährung und dass die bisher gestellten Beweisanträge/Anregungen als zurückgenommen gelten.«

[4] Der Angekl. R. ließ sich in diesem Sinne nach weiterer Beweisaufnahme geständig ein, nicht aber der Angekl. M. . Beide Angekl. und ihre Verteidiger hielten die gestellten Beweisanträge nur für den Fall aufrecht, dass eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung erfolgen würde. Der Angekl. R. , sein Verteidiger, die Vertreterin der StA und die Nebenklagevertreterin stimmten dem Verständigungsvorschlag des Gerichts zu.

[5] Die Vertreterin der StA und die Nebenklagevertreterin beantragten, bezüglich beider Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung auf eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe von 1 J. und 6 M. zu erkennen und die Haftbefehle aufzuheben. Dem schloss sich der Verteidiger des Angekl. R. für seinen Mandanten an. Der Verteidiger des Angekl. M. beantragte, seinen Mandanten freizusprechen, und stellte für den Fall einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung einen weiteren Beweisantrag. Die Angekl. hatten sodann das letzte Wort.

[6] Im Anschluss daran verkündete die *SchwGK* einen Beschluss, mit welchem der Haftbefehl des *AG Braunschweig* v. 28.08.2009 bezüglich des Angekl. R. ohne Begründung aufgehoben wurde. Nach verfügter Unterbrechung der Hauptverhandlung verkündete die *SchwGK* am 22.06.2010 ihr Urteil.

[7] 2. Das *LG* war bei dieser Prozesslage grundsätzlich gehalten, den Angekl. das letzte Wort erneut zu erteilen. Die, wenngleich begründungslose, Aufhebung des gegen den Angekl. R. ergangenen Haftbefehls stellt einen schlüssigen Wiedereintritt in die Verhandlung dar. Der Beschluss steht in innerem Zusammenhang mit der noch anstehenden gerichtlichen Entscheidung (vgl. *BGH* StV 1992, 551, 552).

[8] a) Der verkündete Beschluss stellt, da er zwischen den Angekl. differenziert, nicht nur eine Bestätigung und einen teilweisen Vollzug der getroffenen Verständigung bereits vor der – auf später anberaumten – Urteilsverkündung dar. Bezüglich des Angekl. R. mag der Bestätigung im Blick auf die gem. § 257c Abs. 4 Satz 4 StPO im Grundsatz bestehende Bindung des Gerichts an die Verständigung sogar gar keine selbständige verfahrensrechtliche Bedeutung zukommen. Bei diesem voll geständigen Angekl. schließt der *Senat* je-



**Abs. 2 StGB oder deren Befürwortung oder Beantragung.**

BGH, Beschl. v. 06.10.2010 – 2 StR 354/10 (LG Gießen)

**Aus den Gründen:** Ergänzend bemerkt der *Senat*: Aus einer informellen Vereinbarung über mögliche Rechtsfolgen ist – entgegen den insoweit erhobenen Verfahrensrügen – weder eine Bindung gem. § 257c StPO noch ein durch das fair-trial-Gebot geschützter Vertrauenstatbestand entstanden.

1. Nach übereinstimmenden Darstellungen der Urteilsgründe und der Revisionsführer bot die *StrK* zu Beginn der Hauptverhandlung als Gegenleistung für Geständnisse der Angekl. milde Strafobergrenzen an. Diesem Angebot »traten die Angekl. nicht näher«. Nach mehreren Verhandlungstagen wurde vom Gericht ein neues Angebot unterbreitet: Danach sollten bei Geständnissen die schon früher angebotenen Strafobergrenzen gelten; zusätzlich sollte wegen »rechtsstaatswidriger Verzögerung« eine Kompensation nach dem Vollstreckungsmodell in Höhe von sechs Monaten erfolgen; überdies sollte von der StA »in diesem Fall wie üblich eine Halbstrafenmaßnahme befürwortet« werden. Die Angekl. »traten allerdings auch diesem Angebot nicht näher«.

Nach Durchführung der Beweisaufnahme legten die Angekl. später Geständnisse ab. Das Tatgericht stellte fest, dass eine Verständigung nicht zustande gekommen sei; teilte aber mit, man könne »dem Gericht vertrauen«. Die vom *LG* festgesetzten Gesamtstrafen liegen (mäßig) über den angebotenen Obergrenzen; eine rechtsstaatswidrige Verzögerung ist *nicht* festgestellt.

2. Eine Verletzung von § 257c StPO ist schon deshalb nicht gegeben, weil eine Verständigung nach dieser Vorschrift ausdrücklich nicht zustande gekommen ist.

Auch ein Vertrauenstatbestand ist nicht geschaffen worden. Nach Sachlage war das »Angebot«, eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung feststellen und durch Vollstreckungserklärung in Höhe von sechs Monaten »kompensieren« zu wollen, erkennbar fern liegend und von § 257c Abs. 2 StPO nicht gedeckt; es lag auf der Hand, dass eine Art. 6 Abs. 1 MRK widersprechende Menschenrechtsverletzung nicht vorlag (59 Bandentaten mit unterschiedlicher Beteiligung bis August 2008; Anklage Dezember 2008; Eröffnungsbeschluss März 2009; Hauptverhandlung mit vier Angekl. und acht Verteidigern ab 04.08.2009; Urteil nach 16 Hauptverhandlungstagen am 12.01.2010). Es ist schon zweifelhaft, ob durch die Beteiligung an einer solchen, § 257c StPO widersprechenden Absprache überhaupt ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden könnte. Das gilt erst recht für »Angebote« und Absprachen, welche sich auf Zusagen beziehen, die nach § 257c Abs. 2 schon ihrer Art nach gar nicht Gegenstand von Absprachen sein dürfen, hier also eine »Halbstrafen-Aussetzung« gem. § 57 Abs. 2 StGB oder deren Befürwortung oder Beantragung.

Hierauf kam es vorliegend im Ergebnis allerdings nicht an, weil schon die Bedingung des (rechtswidrigen) »Angebots« des *LG* offenkundig nicht eingetreten war: Die Angekl. »traten dem Angebot nicht näher«; daher ist es fern liegend, dass sich aus diesem gleichwohl Ansprüche auf bestimmte Rechtsfolgen ableiten lassen sollten. Soweit zwischen Tatgericht und Verfahrensbeteiligten darüber gesprochen wurde,

ob und warum man dem Gericht »vertrauen« solle, waren Gegenstand dieses Hinweises schon nach dem Revisionsvorbringen nicht etwa die früheren »Angebote«, sondern ein allgemeines Vertrauen in Fairness und Unvoreingenommenheit des Gerichts, die selbstverständliche Pflichten sind und daher weder einer »Zusage« bedürfen noch Ansprüche auf Einhaltung rechtswidriger Absprachen begründen.

Im Übrigen erscheint der Hinweis angezeigt, dass die Vorlage (ggf. mehrfach) »nachgebesserter Angebote« von Seiten des Gerichts zur Erlangung von verfahrensabkürzenden Geständnissen regelmäßig nicht tunlich ist. Erfolgen solche Angebote, wie hier, in der Weise, dass ein immer günstigerer Verfahrensausgang angeboten wird, je länger Besch. früheren Angeboten »nicht näher treten«, so führt dies sowohl in der Darstellung gegenüber den Verfahrensbeteiligten als auch in der öffentlichen Wahrnehmung leicht zu einem Eindruck eines »Aushandelns« des staatlichen Strafausspruchs, das mit der Würde des Gerichts kaum vereinbar ist.

Mitgeteilt von RA *Christoph Rühlmann*, Düren.

**Anm. d. Red.:** Siehe auch schon *BGH StV* 2010, 673.

**Angabe der Strafober- und -untergrenze bei Verständigung; Verstoß gegen die Belehrungspflicht**

StPO § 257c Abs. 3 S. 2, Abs. 5

1. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Gericht nach fallbezogener Verengung des gesetzlichen Strafrahmens stets einen konkreten Rahmen für die schuldangemessene Strafe, bestehend aus einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, anzugeben hat. Fehlt es an der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht, kann dies in der Regel nur von der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Revision zum Nachteil des Angeklagten beanstandet werden.

2. Zum Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO.

BGH, Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 347/10 (LG Regensburg)

**Aus den Gründen:** [1] 1. Das *LG* hat den nach vorausgegangener Verständigung geständigen Angekl. K. wegen unerlaubter Einfuhr von Btm in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Btm in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von 6 J. u. 6 M. verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit Verfahrensrügen und der hinsichtlich des Strafausspruchs näher ausgeführten Sachrüge. Das Rechtsmittel bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Erörterung bedürfen lediglich die erhobenen Verfahrensrügen.

[2] 2. Mit den Verfahrensrügen macht die Revision Verstöße gegen das bei einer Verständigung zu beachtende Verfahren gem. § 257c Abs. 3 StPO und die Belehrungspflicht gem. § 257c Abs. 5 StPO geltend.

[3] a) Den Rügen liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:



[4] Die Hauptverhandlung wurde kurz nach deren Beginn durch eine Anordnung des Vors. unterbrochen. In der sich anschließenden Verhandlungspause fand zwischen dem Gericht, dem Vertreter der StA und den Verteidigern des Angekl. sowie des nicht revidierenden Mitangekl. ein Gespräch zur Vorbereitung einer Verständigung statt. Das Ergebnis dieses Gesprächs hat der Vors. nach dem Wiedereintritt in die Hauptverhandlung wie folgt zu Protokoll gegeben:

»Die Angekl. räumen den angeklagten Sachverhalt in objektiver und subjektiver Hinsicht vollumfänglich ein.

Die StA wird die Einstellung des Verfahrens gem. § 154 Abs. 2 StPO hinsichtlich des unerlaubten Besitzes von Btm bezogen auf 4,1 Gramm Opium am 29.04.2009 in Richtung des (Anm.: nicht revidierenden) Angekl. V. beantragen. Im Übrigen wird die Frage der Einziehung des verfahrensgegenständlichen Lkw gem. § 430 StPO ausgeschieden.

Für diesen Fall schlägt die *Kammer* hinsichtlich des Angekl. K. eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 6 J. u. 6 M. vor und hinsichtlich des Angekl. V. eine solche von 5 J. u. 6 M.«

[5] Ohne über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis gem. § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden zu sein, stimmte der Angekl. – wie auch der Vertreter der StA und der nicht revidierende Mitangekl. – dem Vorschlag des Gerichts zu. Anschließend legte er ein Geständnis ab.

[6] **b)** Die Revision beanstandet ohne Erfolg, das *LG* habe entgegen der gesetzlichen Regelung in § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO lediglich eine Strafobergrenze, aber keine Strafuntergrenze angegeben.

[7] **aa)** Nach dieser Vorschrift kann das Gericht – im Rahmen seiner Pflicht zur Bekanntgabe des Inhalts einer möglichen Verständigung (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO) – unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allg. Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafe (sog. Punktstrafe; vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 StR 293/06, *BGHSt* 51, 84, 86 [= StV 2007, 23]) bleibt damit nach der gesetzlichen Neuregelung des Verständigungsverfahrens nach wie vor unzulässig (*BGH*, Beschl. v. 27.07.2010 – 1 StR 345/10 [= StV 2010, 673]). Ob allerdings nach dieser Regelung das Gericht bei der Bekanntgabe des möglichen Verfahrensergebnisses zwingend auch einen Strafraum anzugeben hat oder ob – im Hinblick auf die Ausgestaltung als »Kann-Vorschrift« – die isolierte Angabe einer Strafober- oder Strafuntergrenze ausreicht, wird unterschiedlich beurteilt (letzteres bejahend: *Niemöller* in *N/Sch/W*, *VerstG*, § 257c Rn. 46; *SK-StPO/Velten*, § 257c Rn. 21; *Bittmann*, *wistra* 2009, 415; verneinend *Meyer-Gofner*, *StPO*, 53. Aufl., § 257c Rn. 20; vgl. auch *Senat*, Beschl. v. 04.02.2010 – 1 StR 3/10, *NSStZ-RR* 2010, 152 [= StV 2010, 227]). Angesichts des Wortlauts der Vorschrift (»Ober- und Untergrenze der Strafe«; »der in Aussicht gestellte Strafraum [§ 257c Abs. 4 Satz 1]«) und der Gesetzesmaterialien (*BT-Drucks.* 16/13095 S. 3 [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses]: »wobei das Gericht eine [...] tat- und schuldangemessene Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben hat«) sprechen gewichtige Gründe dafür, dass nach dem Willen des Gesetz-

gebers das Gericht nach fallbezogener Verengung des gesetzlichen Strafraums stets einen konkreten Rahmen für die schuldangemessene Strafe, bestehend aus einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, anzugeben hat.

[8] **bb)** Der *Senat* kann diese Frage indessen offen lassen, da der Angekl. nicht beschwert ist.

[9] Der Gesetzgeber ist mit der Regelung in § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO einer Forderung der *GStA* nachgekommen, die in der Festlegung einer unteren Strafgrenze ein legitimes Anliegen der StA gesehen haben, ihre Vorstellung von einem gerechten Schuldausgleich nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgesichert zu sehen (*NJW Sonderdruck* »Der Deal im Strafverfahren« 2006, 9, 10). Die Benennung einer Strafuntergrenze trägt daher vordringlich den Interessen der StA Rechnung (vgl. *AnwK-StPO/Püschel*, 2. Aufl., § 257c Rn. 22 m.w.N.; hinsichtlich einer daneben bestehenden Informationsfunktion für den Angekl. vgl. *BT-Drucks.* 16/11736 S. 12), deren Zustimmung für das Zustandekommen einer Verständigung im Unterschied zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des § 257c StPO nunmehr unerlässlich ist. Fehlt es an der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht, kann dies i.d.R. nur von der StA im Rahmen einer Revision zum Nachteil des Angekl. beanstandet werden.

[10] Im vorliegenden Fall ist keine Ausnahme gegeben, wonach der Angekl. erfolgreich eine Beschwerde geltend machen kann. Denn es sind hier weder Anhaltspunkte dafür ersichtlich noch vorgetragen, dass er im Fall der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht der Verständigung nicht zugestimmt hätte. Auch sein Geständnis kann daher von der fehlenden Benennung einer Strafuntergrenze nicht berührt sein.

[11] **c)** Auch die Verfahrensrüge, mit der von der Revision ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StGB geltend gemacht wird, ist unbegründet. Der *Senat* schließt aus, dass das Urteil auf der unterbliebenen Belehrung beruhen könnte. Das *LG* hat die zugesagte Strafobergrenze eingehalten. Zudem sind auch hier keine Gründe erkennbar, die den Angekl., der schon im Ermittlungsverfahren voll umfänglich geständig war und umfassende Aufklärungshilfe leistete, hätte veranlassen können, nach erfolgter Belehrung die schließlich getroffene und für ihn günstige Verständigung abzulehnen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.08.2010 – 4 StR 228/10 [= StV 2010, 675]; *BGH*, Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 443/10). Solche Gründe werden auch von der Revision nicht vorgetragen.

**Anm. d. Red.:** Vgl. zur Rüge der unterlassenen Belehrung nach § 257c Abs. 5 aber *Weider* in *Niemöller/Schlothauer/Weider*, *VerstG*, 2010, Teil C, Rn. 67 f.

## Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO; Hinweis auf Verständigung im Urteil

StPO §§ 257c Abs. 5, 267 Abs. 3 S. 5, 337 Abs. 1

1. Zum Umfang der Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO.

2. Zum Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO.



[4] Die Hauptverhandlung wurde kurz nach deren Beginn durch eine Anordnung des Vors. unterbrochen. In der sich anschließenden Verhandlungspause fand zwischen dem Gericht, dem Vertreter der StA und den Verteidigern des Angekl. sowie des nicht revidierenden Mitangekl. ein Gespräch zur Vorbereitung einer Verständigung statt. Das Ergebnis dieses Gesprächs hat der Vors. nach dem Wiedereintritt in die Hauptverhandlung wie folgt zu Protokoll gegeben:

»Die Angekl. räumen den angeklagten Sachverhalt in objektiver und subjektiver Hinsicht vollumfänglich ein.

Die StA wird die Einstellung des Verfahrens gem. § 154 Abs. 2 StPO hinsichtlich des unerlaubten Besitzes von Btm bezogen auf 4,1 Gramm Opium am 29.04.2009 in Richtung des (Anm.: nicht revidierenden) Angekl. V. beantragen. Im Übrigen wird die Frage der Einziehung des verfahrensgegenständlichen Lkw gem. § 430 StPO ausgeschieden.

Für diesen Fall schlägt die *Kammer* hinsichtlich des Angekl. K. eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 6 J. u. 6 M. vor und hinsichtlich des Angekl. V. eine solche von 5 J. u. 6 M.«

[5] Ohne über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis gem. § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden zu sein, stimmte der Angekl. – wie auch der Vertreter der StA und der nicht revidierende Mitangekl. – dem Vorschlag des Gerichts zu. Anschließend legte er ein Geständnis ab.

[6] **b)** Die Revision beanstandet ohne Erfolg, das *LG* habe entgegen der gesetzlichen Regelung in § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO lediglich eine Strafobergrenze, aber keine Strafuntergrenze angegeben.

[7] **aa)** Nach dieser Vorschrift kann das Gericht – im Rahmen seiner Pflicht zur Bekanntgabe des Inhalts einer möglichen Verständigung (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO) – unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allg. Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafe (sog. Punktstrafe; vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 StR 293/06, *BGHSt* 51, 84, 86 [= StV 2007, 23]) bleibt damit nach der gesetzlichen Neuregelung des Verständigungsverfahrens nach wie vor unzulässig (*BGH*, Beschl. v. 27.07.2010 – 1 StR 345/10 [= StV 2010, 673]). Ob allerdings nach dieser Regelung das Gericht bei der Bekanntgabe des möglichen Verfahrensergebnisses zwingend auch einen Strafraum anzugeben hat oder ob – im Hinblick auf die Ausgestaltung als »Kann-Vorschrift« – die isolierte Angabe einer Strafober- oder Strafuntergrenze ausreicht, wird unterschiedlich beurteilt (letzteres bejahend: *Niemöller* in *N/Sch/W*, *VerstG*, § 257c Rn. 46; *SK-StPO/Velten*, § 257c Rn. 21; *Bitmann*, *wistra* 2009, 415; verneinend *Meyer-Göfner*, *StPO*, 53. Aufl., § 257c Rn. 20; vgl. auch *Senat*, Beschl. v. 04.02.2010 – 1 StR 3/10, *NSStZ-RR* 2010, 152 [= StV 2010, 227]). Angesichts des Wortlauts der Vorschrift (»Ober- und Untergrenze der Strafe«; »der in Aussicht gestellte Strafraum [§ 257c Abs. 4 Satz 1]«) und der Gesetzesmaterialien (*BT-Drucks.* 16/13095 S. 3 [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses]: »wobei das Gericht eine [...] tat- und schuldangemessene Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben hat«) sprechen gewichtige Gründe dafür, dass nach dem Willen des Gesetz-

gebers das Gericht nach fallbezogener Verengung des gesetzlichen Strafraums stets einen konkreten Rahmen für die schuldangemessene Strafe, bestehend aus einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, anzugeben hat.

[8] **bb)** Der *Senat* kann diese Frage indessen offen lassen, da der Angekl. nicht beschwert ist.

[9] Der Gesetzgeber ist mit der Regelung in § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO einer Forderung der *GSStA* nachgekommen, die in der Festlegung einer unteren Strafgrenze ein legitimes Anliegen der StA gesehen haben, ihre Vorstellung von einem gerechten Schuldausgleich nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgesichert zu sehen (*NJW Sonderdruck »Der Deal im Strafverfahren«* 2006, 9, 10). Die Benennung einer Strafuntergrenze trägt daher vordringlich den Interessen der StA Rechnung (vgl. *AnwK-StPO/Püschel*, 2. Aufl., § 257c Rn. 22 m.w.N.; hinsichtlich einer daneben bestehenden Informationsfunktion für den Angekl. vgl. *BT-Drucks.* 16/11736 S. 12), deren Zustimmung für das Zustandekommen einer Verständigung im Unterschied zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des § 257c StPO nunmehr unerlässlich ist. Fehlt es an der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht, kann dies i.d.R. nur von der StA im Rahmen einer Revision zum Nachteil des Angekl. beanstandet werden.

[10] Im vorliegenden Fall ist keine Ausnahme gegeben, wonach der Angekl. erfolgreich eine Beschwer geltend machen kann. Denn es sind hier weder Anhaltspunkte dafür ersichtlich noch vorgetragen, dass er im Fall der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht der Verständigung nicht zugestimmt hätte. Auch sein Geständnis kann daher von der fehlenden Benennung einer Strafuntergrenze nicht berührt sein.

[11] **c)** Auch die Verfahrensrüge, mit der von der Revision ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StGB geltend gemacht wird, ist unbegründet. Der *Senat* schließt aus, dass das Urteil auf der unterbliebenen Belehrung beruhen könnte. Das *LG* hat die zugesagte Strafobergrenze eingehalten. Zudem sind auch hier keine Gründe erkennbar, die den Angekl., der schon im Ermittlungsverfahren voll umfänglich geständig war und umfassende Aufklärungshilfe leistete, hätte veranlassen können, nach erfolgter Belehrung die schließlich getroffene und für ihn günstige Verständigung abzulehnen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.08.2010 – 4 StR 228/10 [= StV 2010, 675]; *BGH*, Beschl. v. 08.10.2010 – 1 StR 443/10). Solche Gründe werden auch von der Revision nicht vorgetragen.

**Anm. d. Red.:** Vgl. zur Rüge der unterlassenen Belehrung nach § 257c Abs. 5 aber *Weider* in *Niemöller/Schlothauer/Weider*, *VerstG*, 2010, Teil C, Rn. 67 f.

## Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO; Hinweis auf Verständigung im Urteil

StPO §§ 257c Abs. 5, 267 Abs. 3 S. 5, 337 Abs. 1

1. Zum Umfang der Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO.

2. Zum Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO.



### 3. Zum Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht nach § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO.

BGH, Beschl. v. 19.08.2010 – 3 StR 226/10 (LG Osnabrück)

**Aus den Gründen:** [1] Das LG hat den Angekl. wegen Beihilfe zum Handelstreiben mit Btm. in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. und 6 M. verurteilt. Die auf die allg. Sachbeschwerde und zwei Verfahrensbeanstandungen gestützte Revision des Angekl. hat keinen Erfolg. Näherer Erörterung bedürfen nur die im Zusammenhang mit der Verständigung erhobenen Verfahrensrügen.

[2] **1.** Die Beanstandung, das LG habe § 257c Abs. 5 StPO verletzt, gefährdet vorliegend den Bestand des Urteils nicht.

[3] **a)** Der Rüge liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die StA hatte dem Angekl. bandenmäßiges Handelstreiben mit Btm. in nicht geringer Menge in zahlreichen Fällen zur Last gelegt. Die *StrK* hat auf Antrag der StA in der Hauptverhandlung eine Reihe von Anklagevorwürfen nach § 154 Abs. 2 StPO behandelt. Sodann hat sie, nachdem die StA und der Angekl. ihre Bereitschaft zu einer Verständigung signalisiert hatten, den möglichen Inhalt einer Verständigung dahingehend bekanntgegeben, dass für den Fall eines Geständnisses des Angekl. hinsichtlich des verbliebenen Verfahrensstoffs eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 2 J. und 6 M. verhängt werden würde. Dem haben StA und Angekl. zugestimmt. Sodann hat der Angekl. eine die Anklagevorwürfe einräumende Einlassung abgegeben. Nach Erörterung der persönlichen Verhältnisse und der Vorstrafen ist die Beweisaufnahme geschlossen worden. Nach übereinstimmenden Anträgen hat das LG den Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. und 6 M. verurteilt. Eine Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO ist nicht erteilt worden.

[4] **b)** Im Ausgangspunkt zutreffend rügt die Revision, dass der Vors. der *StrK* seine Pflicht aus § 257c Abs. 5 StPO verletzt hat. Danach ist der Angekl. über die Voraussetzungen, unter denen sich das Gericht nach § 257c Abs. 4 StPO von einer Verständigung lösen kann, und über die Folgen einer solchen Abweichung des Gerichts von der Verständigung zu belehren. Diese Belehrung dient dem Schutz des Angekl., dem vor Augen gehalten werden soll, dass und unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Folgen das Gericht von der Strafrahmenszusage abweichen kann. Der Angekl. soll damit in die Lage versetzt werden, eine »autonome Einschätzung« des mit seiner Mitwirkung an der Verständigung verbundenen Risikos vorzunehmen (N/Sch/W/ *Niemöller*, *VerstG*, § 257c Rn. 153 unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/12310 S. 15). Diese Belehrung muss zusammen mit der Bekanntgabe des gerichtlichen Verständigungsvorschlags (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO) erteilt werden, da nur so der Angekl. in die Lage versetzt wird, in Kenntnis der Tragweite weiterer Äußerungen eine Stellungnahme zu dem gerichtlichen Vorschlag abzugeben (§ 257c Abs. 3 Satz 3 StPO) sowie ggf. diesem zuzustimmen und damit – bei Zustimmung auch der StA – die Verständigung zustandebringen (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO).

[5] **c)** Der *Senat* schließt aus, dass das Urt. auf diesem Rechtsfehler beruht.

[6] Ein Urt. beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es möglich erscheint oder nicht auszuschließen ist, dass es ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre. An dem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urt. beeinflusst hat, ausgeschlossen oder rein theoretisch ist (LR-*Hanack*, StPO, 25. Aufl., § 337 Rn. 255). Die Entscheidung über das Beruhen hängt – insbes. bei Verstößen gegen das Verfahrensrecht – stark von den Umständen des Einzel-

falls ab (LR-*Hanack*, StPO, 25. Aufl., § 337 Rn. 257). Deren Betrachtung in vorliegender Sache zeigt, dass das Urt. nicht anders ausgefallen wäre, wenn der Vors. den Angekl. Gem. § 257c Abs. 5 StPO belehrt hätte.

[7] **aa)** Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht führt nicht zu einem – von der Revision hier auch nicht geltend gemachten – Verwertungsverbot hinsichtlich des nach dem Zustandekommen der Verständigung abgegebenen Geständnisses. Dies folgt bereits daraus, dass das Gesetz diese Wirkung allein an das Scheitern der Verständigung knüpft (§ 257c Abs. 4 Satz 3 i.V.m. Satz 1 und 2 StPO), nicht dagegen auch an das Unterbleiben der Belehrung. Dementsprechend bleibt das Gericht trotz des Verstoßes gegen § 257c Abs. 5 StPO an die Verständigung gebunden. Deshalb kann diesem Verfahrensfehler auch nicht eine so weitgehende Folge beigemessen werden.

[8] **bb)** Es kommt deshalb darauf an, ob das Geständnis, auf dem die Überzeugungsbildung des Gerichts bei Urt. nach Verständigung in aller Regel maßgeblich aufbauen wird, dadurch beeinflusst ist, dass der Vors. die gebotene Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO unterlassen hat, ob also der Angekl. das Geständnis nicht oder mit anderem Inhalt abgegeben hätte, wenn er vom Vors. über die Möglichkeit des Gerichts, sich unter bestimmten Voraussetzungen von der Verständigung zu lösen, und über die sich daraus ergebenden Folgen aufgeklärt worden wäre. Dies erscheint dem *Senat* in Ansehung des Inhalts der gebotenen Belehrung einerseits und der konkreten Prozesssituation andererseits hier ausgeschlossen.

[9] **(1)** Die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO muss sich auf folgende Umstände erstrecken:

[10] Zum einen entfällt die Bindung des Gerichts an eine Verständigung dann, wenn das weitere Prozessverhalten des Angekl. nicht der Erwartung entspricht, die der Prognose des Gerichts bei seinem Verständigungsvorschlag zugrunde gelegt worden ist (§ 257c Abs. 4 Satz 2 StPO). Basis des gerichtlichen Vorschlags war vorliegend ein Geständnis des Angekl. Dass der Angekl. nicht mit einer Strafe aus dem zugesicherten Strafrahmens rechnen kann, wenn er den Tatvorwurf nicht gesteht, ist als Konsequenz so selbstverständlich, dass eine fehlende Belehrung darüber das Aussageverhalten des Angekl. regelmäßig nicht zu beeinflussen vermag.

[11] Gleiches gilt für den Wegfall der Bindung dadurch, dass das Gericht aufgrund sich neu ergebender Tatsachen zu der Überzeugung gelangt, der in Aussicht gestellte Strafrahmens sei nicht mehr tat- oder schuldangemessen (§ 257c Abs. 4 Satz 1 2. Alt. StPO). Dass neu hervortretende Umstände zu einer neuen Bewertung der Schuld- und Straffrage führen können, liegt auch für den Angekl. auf der Hand, so dass insoweit der Belehrung ebenfalls nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt und deshalb auch unter diesem Aspekt regelmäßig nicht davon auszugehen ist, dass die unterlassene Belehrung das Aussageverhalten des Angekl. beeinflusst hat, zumal der Angekl. im Allgemeinen Kenntnis von den später neu zutage getretenen Umständen haben wird.

[12] Zuletzt kann sich das Gericht auch von der Zusage lösen, wenn seine Überzeugung, der in Aussicht gestellte Strafrahmens sei nicht mehr tat- oder schuldangemessen, da-



rauf beruht, dass im Zeitpunkt der Verständigung rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind (§ 257c Abs. 4 Satz 1 1. Alt. StPO). Hierbei handelt es sich, worauf die Revision zutreffend hinweist, um die den Angekl. am meisten belastende Variante für eine Lösung des Gerichts von der Verständigung, da hierfür Umstände ausreichen können, die ihren Ursprung ausschließlich im Einfluss- und Verantwortungsbereich des Gerichts haben. Das Gericht ist selbst dann nicht an eine Verständigung gebunden, wenn es einen Strafrahen vorgeschlagen hat, den es bei vorangehender ausreichender Durchdringung der Sach- und Rechtslage nicht zur Grundlage einer Verständigung gemacht hätte. Das Wissen um dieses Risiko kann deshalb den Angekl. am ehesten daran hindern, auf einen gerichtlichen Verständigungsvorschlag einzugehen und eine geständige Einlassung abzugeben.

[13] Indes muss dabei zugleich in Betracht gezogen werden, dass der Angekl. im Rahmen der Belehrung auch darüber aufzuklären ist, dass sein Geständnis bei Lösung des Gerichts von der Verständigung einem Verwertungsverbot unterliegt (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO). Damit ist jede Tatsachenangabe unverwertbar, die der Angekl. nach dem Zustandekommen der Verständigung gemacht hat und die geeignet ist, einem Schuldspruch i.S.d. Anklage, sei es allein, sei es im Verbund mit anderen Tatsachen, als Grundlage zu dienen (N/Sch/W/Niemöller, *VerstG*, § 257c Rn. 148). Dieses Verwertungsverbot kompensiert die teilweise weiten Möglichkeiten des Gerichts, sich von einer Verständigung zu lösen. Im Rahmen der Beruhensprüfung ist deshalb zu berücksichtigen, dass eine korrekte Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO dem Angekl. nicht nur die Risiken vor Augen geführt, sondern ihn auch über das ihn schützende Verwertungsverbot unterrichtet hätte.

[14] (2) Vor diesem Hintergrund gewinnt der *Senat* die Überzeugung, dass der Angekl. hier auch dann sein Geständnis abgegeben hätte, wenn er die vorgeschriebene Belehrung erhalten hätte. Maßgeblich hierfür sind auch folgende besondere Umstände: Der Angekl. hatte sich zuvor nicht zu den Tatvorwürfen eingelassen; seine Aussagebereitschaft war erst durch die Verständigung geweckt worden. Andererseits waren die Mitangekl. inzwischen aufgrund von Verständigungen zu Geständnissen bereit, die zu einer Verurteilung des Angekl. auch ohne sein Geständnis hätten führen können. Das Risiko, auf diese Weise verurteilt zu werden, ohne zuvor die Zusage einer – wie hier – am Tatvorwurf gemessen sehr moderaten Strafobergrenze zu erhalten, war daher erheblich.

[15] 2. Die Rüge, das *LG* habe unter Verstoß gegen § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO in den Urteilsgründen nicht angegeben, dass dem Urt. eine Verständigung vorausgegangen war, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

[16] Der von der Revision gerügte Rechtsfehler liegt vor. Nach § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO ist, wenn dem Urt. eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist, dies in den Urteilsgründen anzugeben. Die Angabe des Inhalts der Verständigung ist dabei nicht erforderlich. Insoweit findet die notwendige Dokumentation in der Sitzungsniederschrift statt (*BGH*, *Beschl.* v. 13.01.2010 – 3 StR 528/09, *StV* 2010, 227). Diese Verpflichtung zur Offenlegung der Verfahrensabsprache im Urt. ist Teil der Bemühungen um

Transparenz des Verständigungsverfahrens (vgl. *Begr. RE BT-Drucks.* 16/12310 S. 15). Der Leser des Urt., u.a. das Rechtsmittelgericht, das mit einem Folgeverfahren straf- oder zivilrechtlicher Art befassete Gericht oder die für die Strafvollstreckung zuständigen Stellen, sollen von diesem für das Zustandekommen des Urt. wesentlichen Umstand unterrichtet sein (vgl. N/Sch/W/Niemöller, *VerstG*, § 267 Rn. 9). Das *LG* hat diese Unterrichtungspflicht verletzt.

[17] Der *Senat* kann ausschließen, dass das Urt. auf dem Rechtsfehler beruht. Ob die schriftlichen Urteilsgründe den gebotenen Hinweis auf eine Verständigung enthalten, hängt von der richterlichen Sorgfalt bei deren Absetzung ab. Diese folgt der Urteilsberatung und -verkündung nach. Schon deshalb liegt ein Beruhen des Urteils auf diesem Fehler fern. Ausgeschlossen ist es indes nicht, wie schon ein Vergleich mit anderen Verfahrensvorschriften zur Erörterung bestimmter Umstände in den Urteilsgründen zeigt: Werden – jeweils entgegen einem in der Verhandlung gestellten Antrag – die Voraussetzungen für die Einordnung einer Tat als minder schwerer Fall verneint, die Voraussetzungen für die Einordnung einer Tat als besonders schwerer Fall jenseits von Regelbeispielen bejaht, die Unerlässlichkeit einer kurzen Freiheitsstrafe angenommen oder eine Freiheitsstrafe nicht zur Bewährung ausgesetzt, dann muss dies in den Urteilsgründen erörtert werden (§ 267 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 StPO). Gleiches gilt u.a. für die Nichtanordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung entgegen einem in der Verhandlung gestellten Antrag (§ 267 Abs. 6 Satz 1 StPO). Ein Verstoß gegen diese Verfahrensvorschriften kann die Revision begründen, obwohl auch hier in erster Linie eine Nachlässigkeit bei der Urteilsabfassung und nicht bei der Urteilsfindung zutage tritt. Auf eine entsprechende Verfahrensrüge wird das Urt. aufgehoben, wenn sich nicht ausnahmsweise die diesbezügliche Erörterung erübrigt (vgl. *BGH*, *Beschl.* v. 13.03.2008 – 4 StR 534/07, *StV* 2008, 345 (LS); *BGH*, *Beschl.* v. 19.03.1993 – 2 StR 67/93).

[18] Vergleichbare Überlegungen führen hier zum Ausschluss des Beruhens. Das *LG* hat sich nach dem Vortrag der Revision an den Inhalt der Verständigung gehalten. Das Zustandekommen und der Inhalt der Verständigung sind im Protokoll der Hauptverhandlung dokumentiert. Es steht also nicht zu besorgen, dass die *StrK* diese bei der Urteilsberatung außer Acht gelassen hätte.

[19] Weitergehende Wirkungen können dem Verstoß gegen die Dokumentationspflicht nach § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO nicht beigemessen werden. Dies käme der Schaffung eines neuen absoluten Revisionsgrundes gleich.

Mitgeteilt von RA Dr. Ali B. Norouzi, Karlsruhe.

**Ann. d. Red.:** Zu Ls 2 s. auch schon *BGH StV* 2010, 675.

## Revision gegen Verständigungsurteil

StPO §§ 257c, 353, 261, 267; BtMG §§ 29,30

1. Urteilsaufhebung wegen fehlerhaften Schuldspruchs bei Verständigungsurteil.

2. Bei einer Verständigung darf für den Fall eines Geständnisses lediglich ein Strafrahen mit einer Ober-



Sitzungsvertreter der StA bestätigt („Lichtbild wurde ... in Augenschein genommen“) und auch in den vom Senat eingeholten ergänzenden Stellungnahmen der Berufsrichter nicht in Abrede gestellt („der Zeugin dieses Foto vorgehalten bzw. mit ihr in Augenschein genommen“).

b) Welche Verfahrensvorgänge vom Begriff der Vernehmung i.S.d. § 247 Satz 1 und 2 StPO erfasst werden, wird vom Gesetz nicht näher bestimmt. Dieser Begriff ist im Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO auf Grund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angekl in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 Abs. 1 GG sowie durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert wird, restriktiv auszulegen (BGH, Beschl. des Großen Senats für Strafsachen vom 21.4.2010 – GSSt 1/09, Rn 14 m.w.N., wistra 2010, 352 = NJW 2010, 2450). Die Erhebung eines Sachbeweises kann demnach, auch wenn er eng mit der Vernehmung verbunden ist, nicht als Teil der Vernehmung i.S.d. § 247 StPO angesehen werden, sondern ist ein Vorgang mit einer selbstständigen verfahrensrechtlichen Bedeutung. Die Augenscheinsnahme in Abwesenheit des Angekl war daher vom Beschluss über seine Ausschließung nicht gedeckt. Somit fand ein Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angekl statt, dessen Anwesenheit das Gesetz vorschreibt (§§ 230, 247 StPO). Dies begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.

c) Der Verfahrensfehler wurde nicht geheilt. Dies hätte nur durch eine – hier nicht erfolgte – Wiederholung der Augenscheinseinnahme während der weiteren Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angekl erfolgen können. Zwar muss die förmliche Augenscheinseinnahme nicht dergestalt wiederholt werden, dass das Gericht und die Verfahrensbeteiligten das Augenscheinsobjekt nochmals besichtigen. Vielmehr hätte die Besichtigung des Augenscheinsobjekts durch den Angekl während seiner Unterrichtung gem. § 247 Satz 4 StPO ausgereicht, wenn die weiterhin anwesenden Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einer neuerlichen Augenscheinsnahme hatten (BGH, Urt. v. 11.11.2009 – 5 StR 530/08 m.w.N., NStZ 2010, 162). Indes lässt sich aus dem zu dieser wesentlichen Förmlichkeit (§ 274 StPO) schweigenden Protokoll zur Hauptverhandlung nicht feststellen, dass der Augenschein – wenigstens – in dieser Weise nachgeholt worden wäre. Soweit den dienstlichen Stellungnahmen zu entnehmen ist, das Lichtbild sei „thematisiert“ oder (soweit erinnerlich durch Hochheben) vorgezeigt worden, vermag dies die – negative – Beweiskraft des Protokolls nicht zu entkräften.

3. Das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrunds (§ 338 Nr. 5 StPO) führt zur Aufhebung des Urteils, ohne dass es darauf ankommt, ob das Urteil tatsächlich auf dem Verfahrensfehler beruhen kann.

Ein Fall, in dem es denkgesetzlich ausgeschlossen wäre, dass das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht (vgl. BGH, Beschl. v. 11.5.2006 – 4 StR 131/06 [= NStZ 2006, 713]), liegt nicht vor. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob derartige hier hätte angenommen werden können, wenn das

in Augenschein genommene Lichtbild vom Angekl selbst stammte oder von diesem sogar selbst gefertigt wurde, es also keinem Zweifel unterliegen kann, dass er die dem Augenscheinsobjekt zu entnehmenden Tatsachen mindestens so gut kennt, als wäre ihm das Foto zur Augenscheinsnahme vorgelegt worden. Denn dies kann weder aus dem Protokoll noch aus den ergänzend eingeholten dienstlichen Stellungnahmen mit der dazu erforderlichen Bestimmtheit festgestellt werden.

#### StPO § 257c

**Überraschung: Es gibt Urteile, die besorgen lassen, dass ihre Strafzumessungserwägungen nicht ernst gemeint sind, sondern lediglich formal die bereits feststehende Strafe begründen sollen (Red).**

BGH, Beschl. v. 28.9.2010 – 3 StR 359/10 (LG Duisburg)

Das LG hat den Angekl wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

1. ...Die Urteilsgründe enthalten folgenden Hinweis: „Dem Urteil ist eine Verständigung gem. § 257c StPO vorausgegangen. Diese hatte den Inhalt, dass die Kammer im Fall eines glaubhaften Geständnisses gem. den Vorwürfen der Anklageschrift – mit Ausnahme des Vorwurfs der bandenmäßigen Begehung – auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren erkennen werde.“ ...

2. Gegen den Schuldspruch bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken. ...

Nach den getroffenen Feststellungen erschöpften sich die Tatbeiträge des Angekl in bloßen Kurierfahrten und ... darin, dass er ... Haschisch in Holzkisten packte. Solche ... untergeordneten Tätigkeiten, die sich insbesondere auf den bloßen Transport des Rauschgifts beschränken, sind ... als Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu werten ...

3. Eine Änderung des Schuldspruchs durch den Senat kommt nicht in Betracht ...

Auf der Grundlage der Feststellungen ist der Angekl schuldig des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Mitglied einer Bande (§ 29a Abs. 1 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, §§ 27, 52 StGB). Die Voraussetzungen eines bandenmäßigen Handelns sind festgestellt [wird ausgeführt].

Nach der Beweiswürdigung beruhen die Feststellungen zur bandenmäßigen Begehungsweise auf der glaubhaften geständigen Einlassung des Angekl. Demgegenüber folgt aus dem Hinweis auf die Verständigung und dem Schuldspruch jedoch, dass sich das Geständnis nicht auf die bandenmäßige Begehung beziehen sollte. Dieser Hinweis lässt zudem besorgen, dass Gegenstand der Verständigung unter Verstoß gegen § 257c Abs. 3 Satz 3 StPO der Schuldspruch war. ...



4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

Bei einer Verständigung zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten darf gem. § 257c Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 StPO für den Fall eines Geständnisses lediglich ein Strafraum mit einer Ober- und Untergrenze vereinbart werden. Die Verständigung auf eine bestimmte Strafe ist unzulässig (*Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn 11). Da das LG eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren vereinbart und ausgesprochen hat, lassen die an sich rechtsfehlerfreien Strafzumessungserwägungen besorgen, dass diese nicht ernst gemeint sind, sondern lediglich formal die bereits feststehende Strafe begründen sollen (vgl. *Meyer-Göfner* a.a.O.).

#### StPO § 273

Ein Protokollberichtigungsantrag, der darauf abzielt, bereits vorhandene, jedoch nach Auffassung des Antragstellers unrichtige Protokolleinträge zu berichtigen, kann nicht als unzulässig abgelehnt werden, weil er keine wesentlichen Förmlichkeiten i.S.d. § 273 Abs. 1 StPO betrifft. Ist über den nach § 273 Abs. 1 StPO notwendigen Rahmen hinaus ein Geschehen in die Sitzungsniederschrift aufgenommen worden, so ist diese in gleicher Weise und in gleichem Umfang der Berichtigung unterworfen wie hinsichtlich des nach § 273 Abs. 1 StPO zwingend wiederzugebenden Prozessgeschehens (Ls).

OLG Celle, Beschl. v. 8.9.2010 – 1 Ws 439/10

I. Der Angekl. wendet sich mit seiner Beschwerde gegen eine Entscheidung des Vorsitzenden ..., mit welchem dieser den Antrag des Angekl. ... auf Berichtigung des Protokolls der Hauptverhandlung ... abgelehnt hat. ...

Soweit das Berichtigungsersuchen sich unter Nrn. 1, 2 und 3 der Antragschrift gegen die Eintragungen im Protokoll richtete, dass die Beweismittel herbeigeschafft waren (Nr. 1), dass Rechtsanwalt R. zunächst einen Beweis Antrag stellte und danach seinen Schlussvortrag hielt (Nr. 2) und dass Rechtsanwalt S. seinen Schlussvortrag hielt, ohne einen Antrag zu stellen (Nr. 3), hat der Vorsitzende den Berichtigungsantrag mit der Begründung abgelehnt, dass der Antrag insoweit „keine wesentlichen Förmlichkeiten i.S.d. § 273 StPO“ betreffe. Insoweit rügt die Beschwerde, dass die Entscheidung den Berichtigungsantrag in seiner Gesamtheit nicht erschöpfend bescheide. ...

II. 3. Dagegen ist die Beschwerde im Übrigen (Nrn. 1 bis 3 der Antragschrift) begründet. Mit der alleinigen Begründung, dass der Protokollberichtigungsantrag abzulehnen gewesen sei, weil er insoweit „keine wesentlichen Förmlichkeiten i.S.d. § 273 StPO“ betreffe, beruht die angefochtene Entscheidung nämlich auf rechtlich fehlerhaften Erwägungen. Zwar wäre ein Antrag, mit dem die Aufnahme von Vorgängen in das Protokoll erreicht werden soll, die nach § 273 Abs. 1 StPO

überhaupt nicht protokolliert werden müssen, unzulässig (vgl. OLG Frankfurt StV 1993, 463; OLG Nürnberg MDR 1984, 1984, 74; LR-*Gollwitzer* a.a.O. Rn 43). So liegt der Fall hier aber nicht.

Der Antrag zielt vielmehr darauf ab, bereits vorhandene Eintragungen im Protokoll, die nach Auffassung des Antragstellers unrichtig sind, zu korrigieren; das ist zulässig und kann nicht aus Rechtsgründen abgelehnt werden. Ist nämlich über den nach § 273 Abs. 1 StPO notwendigen Rahmen hinaus ein Geschehen in die Sitzungsniederschrift aufgenommen worden, so ist das Protokoll in gleicher Weise und in gleichem Umfang der Berichtigung oder Ergänzung unterworfen, wie es hinsichtlich des nach § 273 Abs. 1 StPO zwingend wiederzugebenden Prozessgeschehens der Fall ist. Hat der Vorsitzende die Aufnahme bestimmter Erklärungen oder Vorgänge in die Niederschrift als zweckmäßig erachtet, so darf es den Urkundspersonen nicht untersagt sein, etwaige Fehler der Beurkundung richtigzustellen, um mögliche Nachteile der Verfahrensbeteiligten zu verhüten (vgl. OLG Schleswig SchHA 1990, 119; NJW 1959, 162; LR-*Gollwitzer* a.a.O.; KMR-*Gemählich*, § 271 Rn 17).

Abgesehen davon betrifft das Berichtigungsersuchen jedenfalls zu Nrn. 2 und 3 der Antragschrift Vorgänge, die der Protokollierungspflicht unterliegen; denn nach § 273 Abs. 1 StPO muss das Protokoll nicht nur die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich machen, sondern auch „die im Laufe der Verhandlung gestellten Anträge“ enthalten.

*Mitgeteilt vom 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Celle*

StPO §§ 296 ff.

Die Nichtanordnung der Maßregel beschwert auch nach der Novellierung der §§ 64, 67 StGB nicht (Red).

BGH, Beschl. v. 2.12.2010 – 4 StR 459/10 (LG Bautzen)

Mit seiner ... Revision wendet sich der Angekl. ausdrücklich allein gegen die Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

Das Rechtsmittel ist mangels Beschwer des Angekl. unzulässig. Es entspricht der ständigen Rspr. des BGH, dass ein Angekl. ein gegen ihn ergangenes Urteil nicht allein deswegen anfechten kann, weil gegen ihn neben der Strafe keine Maßregel nach § 64 StGB angeordnet worden ist (BGH, Urt. v. 21.3.1979 – 2 StR 743/78, BGHSt 28, 327, 330 f.; Urt. v. 10.4.1990 – 1 StR 9/90, BGHSt 37, 5, 7; Beschl. v. 13.6.1991 – 4 StR 105/91, BGHSt 38, 4, 7; Urt. v. 7.10.1992 – 2 StR 374/92, BGHSt 38, 362, 363; Beschl. v. 1.6.2005 – 2 StR 186/05; Beschl. v. 19.7.2006 – 2 StR 181/06 Rn 4, NStZ 2007, 213; Beschl. v. 10.1.2008 – 4 StR 665/07 Rn 2, NStZ-RR 2008, 142; Beschl. v. 7.1.2009 – 3 StR 458/08 Rn 6, NStZ 2009, 261; Beschl. v. 27.10.2009 – 3 StR 424/09 Rn 2, NStZ 2010, 270; Beschl. v. 29.10.2009 – 3 StR 141/09 Rn 3;



tragsschluss kann auch konkludent erfolgen oder durch Entgegennahme bestimmter Leistungen in Betracht kommen, wenn ein entsprechender Wille der (hier) Bekl. festgestellt werden kann (vgl. auch *BGH*, NJW-RR 2008, 110 = NZBau 2008, 66).

Macht ein Architekt Honoraransprüche geltend, ohne mit dem Auftraggeber eine ausdrückliche Vergütungsvereinbarung getroffen zu haben, muss er – also hier der Kl. – die Umstände darlegen und beweisen, nach denen die Erbringung der Architektenleistungen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (*OLG Köln*, Urt. v. 25. 1. 2006 – 11 U 57/03, BeckRS 2007, 03903, u. hierzu Anm. *Schill*, IBR 2007, 141 – nachgehend *BGH*, Beschl. v. 23. 11. 2006 – VII ZR 32/06 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen]).

b) Die *Kammer* ist dagegen der Auffassung gewesen, es habe den Bekl. obliegen, darzulegen und zu beweisen, dass die Parteien eine Vereinbarung getroffen hätten, dass die Leistungen unentgeltlich erfolgen sollen (LGU 4). Dieser Ansatz wäre richtig, wenn unstreitig ein Vertragsschluss vorgelegen hätte oder dies (im Wege einer Beweisaufnahme) festgestellt worden wäre. In diesem Fall hätten die Bekl. die – trotz des Vertrags – unentgeltliche Leistungserbringung darlegen und beweisen müssen. Der Kl. hat aber schon in der Klage vorgetragen, die Bekl. hätten behauptet, ihn überhaupt nicht beauftragt zu haben. Die Bekl. haben auch in der Klageerwidern eine Beauftragung des Kl. bestritten und das näher ausgeführt. Sie haben weiter ausdrücklich darauf hingewiesen, sie würden zur Höhe lediglich „rein vorsorglich“ vortragen. Der Kl. hat daraufhin erwidert, es sei tatsächlich von einer Gefälligkeitsleistung am Anfang des gemeinsamen Kontakts zur Sanierung am Haus der Bekl. die Rede gewesen.

Damit war unstreitig, dass der Kl. zunächst ohne vertragliche Grundlage handelte.

Der Kl. hat allerdings zum Vertragsschluss vorgetragen. Wenn er tatsächlich – wie er vorträgt und unter Beweis gestellt hat – bis in die Leistungsphase 8 für die Bekl. tätig war, dürfte jedenfalls für diese Leistungen (nicht aber ohne Weiteres für alle übrigen vom Kl. erbrachten Leistungen) keine „Gefälligkeit“ anzunehmen sein. Dafür spricht, dass auch die Bekl. vortragen, der Kl. sei in der Leistungsphase 8 tätig gewesen, jedoch nicht in dem von ihm behaupteten Umfang („im Wesentlichen nicht erbracht“). Beide Parteien meinen dagegen, die je andere Seite hätte „davon ausgehen“ müssen, dass die Leistungen „kostenlos“ bzw. „kostenpflichtig“ erbracht würden.

2. Soweit der Abschluss eines Architektenvertrags festgestellt wird, bedarf es der Klärung, ab wann konkret die Tätigkeit des Kl. vergütungspflichtig gewesen sein soll, um danach einen möglichen Anspruch des Kl. berechnen zu können. Hierzu wird es – wie vom *LG* ebenfalls vorausgesehen – auf die Vernehmung von Zeugen und eventuell auch ein Honorargutachten ankommen.

3. Im Anschluss wäre über die Gegenforderungen zu entscheiden. Auch in diesem Rahmen haben sich die Bekl. auf Zeugenbeweis und Sachverständigenurteilen berufen.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Zur Unwirksamkeit eines Aufrechnungsverbots in Architekten-AGB vgl. *BGH*, NJW 2011, 1729 = NZBau 2011, 428, u. hierzu Anm. *Krause-Allenstein*, IBR 2011, 340. Zur Schadensersatzpflicht des unentgeltlich tätig gewordenen Architekten vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 2011, 459. – Zur Beweislast der Unentgeltlichkeit von Architektenleistungen vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28. 10. 2005 – 22 U 70/05, BeckRS 2006, 12697, u. hierzu Anm. *Schill*, IBR 2006, 504. ■

## Bundesgerichtshof

### 15 Gerichtlich gesetzter Vertrauenstatbestand im Vorfeld einer Verfahrensverständigung

StPO §§ 265, 257 c, 273 Ia

Aus §§ 257 c II 1, III 4, IV 1 und 2, 273 Ia 1 StPO lässt sich nicht ableiten, dass sich ein Angeklagter nur noch auf solche Aussagen des Gerichts in materiell- oder verfahrensrechtlicher Hinsicht verlassen darf, die zum Inhalt einer förmlich zu Stande gekommenen Verständigung und damit für das Gericht grundsätzlich bindend geworden sind. Diese Vorschriften schließen nicht aus, dass durch sonstige Äußerungen des Gerichts außerhalb des förmlichen Verständigungsverfahrens ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten in eine bestimmte Verfahrensweise des Gerichts oder ein bestimmtes Verfahrensergebnis begründet wird mit der Folge einer gerichtlichen Hinweispflicht für den Fall, dass vom Inhalt einer derartigen Äußerung abgewichen werden soll (hier: hinsichtlich der Frage einer Strafaussetzung zur Bewährung). (Leitsatz der Redaktion)

*BGH*, Urt. v. 30. 6. 2011 – 3 StR 39/11 (*LG Düsseldorf*)

**Zum Sachverhalt:** Das *LG* hat den Angekl. wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Hiergegen richtete sich die Revision des Angekl. mit einer Verfahrensbeschwerde und der allgemeinen Sachrüge.

Das Rechtsmittel war teilweise erfolgreich.

**Aus den Gründen:** [2] Der Schuldspruch sowie die Festsetzung einer zweijährigen Freiheitsstrafe halten rechtlicher Nachprüfung stand. Die Entscheidung, diese Freiheitsstrafe nicht zur Bewährung auszusetzen, kann hingegen nicht bestehen bleiben. Insoweit greift die Verfahrensrüge durch.

[3] 1. Ihr liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Am dritten Hauptverhandlungstag kam es – nachdem sich der Angekl. bereits geständig eingelassen hatte – in Unterbrechung der Sitzung zu einer Erörterung über die Möglichkeiten einer Verständigung. An ihr nahmen die gesamte *Strafkammer* (einschließlich der Schöffen), der Sitzungsvertreter der *StA* sowie sämtliche Verteidiger der insgesamt vier Angekl. teil. Der Vorsitzende wies dabei den Verteidiger des Angekl. sowie die Verteidigerin des Mitangekl. *M* darauf hin, dass eine Verständigung nur die beiden anderen Angekl. betreffe. Die Angekl. *R* und *M* bräuchten keine Verständigung, sie bekämen ja „sowieso Bewährung“. Ohne einen Hinweis darauf zu geben, dass in Abweichung von dieser Aussage eine Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe beabsichtigt sei, verkündete die *Strafkammer* später das Urteil.

[4] 2. Dieser Sachverhalt steht fest auf Grund des eindeutigen Vortrags der Verteidigung, der durch Erklärungen zweier anderer Verteidiger gestützt wird und dem die an dem Termin beteiligten Richter sowie der *StA* nicht entscheidend entgegengetreten sind. Der gegenteiligen Ansicht des Generalbundesanwalts vermag sich der *Senat* nicht anzuschließen. Der *Strafkammervorsitzende* hat erklärt, eine solche Zusicherung nicht abgegeben zu haben, aber nicht ausschließen zu können, dass durch seine Erklärung, an deren genauen Wortlaut er sich nicht mehr erinnere, bei den Verteidigern ein entsprechender Eindruck entstanden sei. Die beisitzenden Richter haben erklärt, eine genaue Erinnerung an den Wortlaut nicht zu haben. Einer von ihnen konnte nicht vollständig ausschließen, dass bei den Erörterungen der Begriff „Bewährung“ gefallen



ist. Der Sitzungsvertreter der StA hat ebenfalls dargelegt, er könne sich an eine solche Äußerung des Vorsitzenden nicht erinnern. Wäre sie gefallen, dann hätte er diese nicht unkommentiert gelassen, woraus er wiederum schließe, eine solche Erörterung habe nicht stattgefunden.

[5] 3. Vor diesem Hintergrund macht die Revision mit Recht geltend, dass das LG den Angekl. nicht zu einer Strafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung hätte verurteilen dürfen, ohne diesen zuvor davon zu unterrichten, dass es entgegen der Ankündigung des Vorsitzenden beabsichtige, eine solche Strafe zu verhängen.

[6] a) Allerdings begründet nicht jede Äußerung des Gerichts oder eines seiner Mitglieder, die im Laufe des Strafverfahrens abgegeben wird, ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten oder eines anderen Verfahrensbeteiligten dahin, dass von der darin zu Tage getretenen Einschätzung einer materiell- oder verfahrensrechtlich relevanten Frage nicht abgewichen wird, solange kein entsprechender Hinweis erteilt worden ist. Äußert sich etwa der Vorsitzende eines Spruchkörpers in einem Gespräch, das er im Lauf des Zwischenverfahrens mit dem Verteidiger des Angeklagten führt, zu einem denkbaren Ergebnis der Hauptverhandlung, so ist für den Angeklagten und seinen Verteidiger unschwer erkennbar, dass es sich hierbei um eine vorläufige, mit den übrigen Mitgliedern des Spruchkörpers nicht abgestimmte Beurteilung handelt, der schon für sich keinerlei Festlegung zukommt und der durch den Gang der Hauptverhandlung ohne Weiteres die Grundlage entzogen werden kann. Ein Hinweis darauf, dass an der ursprünglichen Bewertung nicht mehr festgehalten wird, ist daher nicht erforderlich.

[7] Anders liegt es hingegen dann, wenn die Äußerung geeignet ist oder gar darauf abzielt, die Verfahrensführung oder das Verteidigungsverhalten des Angeklagten zu beeinflussen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie bei fortgeschrittener Hauptverhandlung auf der Grundlage eines bereits weitgehend gesicherten Beweisergebnisses in (scheinbarer) Abstimmung mit den weiteren Gerichtspersonen abgegeben wird. Hier bedarf es in der Regel eines vorherigen Hinweises, wenn von dem Inhalt der Äußerung abgewichen werden soll.

[8] Eine solche, dem Rechtsgedanken des § 265 StPO folgende, der prozessualen Fürsorgepflicht und Verfahrensfairness entsprechende Verpflichtung ist etwa im Bereich des Beweisantragsrechts anerkannt. Hat beispielsweise der Vorsitzende dem Angeklagten auf einen vor der Verhandlung angebrachten Beweisantrag mitgeteilt, die Entscheidung über den Antrag werde in der Verhandlung ergehen, so ist er entweder verpflichtet, dafür zu sorgen, dass diese Zusage eingehalten wird, sich das erkennende Gericht also mit dem Antrag befasst, oder er muss darauf hinweisen, dass der Antrag in der Hauptverhandlung zu wiederholen ist. Sofern nicht der Wille des Angeklagten, von dem Antrag ohnehin Abstand zu nehmen, zweifelsfrei erkennbar wird, kann eine Verletzung dieser Pflicht die Revision begründen. Nichts anderes gilt, wenn das Verhalten des Vorsitzenden in sonstiger Weise in einem Verteidiger den irrigen Glauben hervorruft, dass ein von diesem vor der Verhandlung eingereicherter Antrag eine Sachlage geschaffen habe, die eine Wiederholung des Antrags nicht erforderlich mache. Erklärt der Vorsitzende etwa im Hinblick auf den vor der Hauptverhandlung angebrachten Beweisantrag, die dort aufgestellte Behauptung könne als wahr angenommen werden, so braucht der rechtskundige Verteidiger ohne entsprechenden Hinweis mit einer abweichenden Auffassung des erkennenden Gerichts nicht ohne Weiteres zu rechnen (s. insgesamt *Becker*, in: *Löwel/Rosenberg*, StPO, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 123 m. w. Nachw.).

[9] b) Nach diesen Maßstäben durfte das LG den Angekl. nicht zu einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe verurteilen, ohne zuvor auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

[10] Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass nach zweitägiger Hauptverhandlung in Unterbrechung der Sitzung ein Gespräch aller Verfahrensbeteiligten zur Klärung der Frage stattgefunden hat, ob eine verfahrensbeschleunigende Absprache in Betracht kommt. Wenn in dieser Situation der Vorsitzende in Anwesenheit aller Beteiligten und ohne Widerspruch der übrigen Mitglieder des Spruchkörpers darauf verweist, es bedürfe für einen bestimmten Angekl. keiner Verständigung, weil dieser „sowieso Bewährung“ bekomme, erzeugt dies – zumal vor dem Hintergrund, dass der Angekl. seine Tatbeteiligung bereits vorher in der Hauptverhandlung eingeräumt hatte – einen erhöhten Grad an Vertrauen. Denn damit wird der Anschein gesetzt, die *Strafkammer* habe sich insoweit schon eine Überzeugung gebildet, weshalb es nicht mehr notwendig sei, weitere Argumente für die Annahme einer günstigen Sozialprognose und besonderer Umstände i. S. von § 56 I und II StGB vorzubringen oder entsprechende Tatsachen unter Beweis zu stellen.

[11] c) Die Ergänzungen der Strafprozessordnung durch das Verständigungsgesetz stehen diesem Ergebnis nicht entgegen.

[12] Aus §§ 257 c II 1, III 4, IV 1 und 2, 273 I a 1 StPO lässt sich nicht etwa ableiten, dass sich der Angeklagte nur noch auf solche Aussagen des Gerichts in materiell- oder verfahrensrechtlicher Hinsicht verlassen darf, die zum Inhalt einer förmlich zu Stande gekommenen Verständigung und damit für das Gericht grundsätzlich bindend geworden sind. Diese Vorschriften regeln allein die formalen Bedingungen des Zustandekommens einer Verständigung, die sich aus einer solchen Verständigung ergebende Bindung des Gerichts sowie die Voraussetzungen, unter denen das Gericht von dieser Bindung frei wird. Sie schließen es indes nicht aus, dass durch sonstige Äußerungen des Gerichts außerhalb des förmlichen Verständigungsverfahrens ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten in eine bestimmte Verfahrensweise des Gerichts oder ein bestimmtes Verfahrensergebnis begründet wird. Der Unterschied liegt in Folgendem: Während die vom Gericht im Rahmen einer Verständigung gegebenen Zusagen grundsätzlich bindend sind, kommt eine solche Bindungswirkung sonstigen Erklärungen selbst dann nicht zu, wenn diese ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten begründen. Sie verpflichten das Gericht lediglich, den Angeklagten darauf hinzuweisen, dass an der geäußerten Auffassung nicht mehr festgehalten wird, damit dieser sein Prozessverhalten auf die geänderte Ansicht des Gerichts einstellen kann. Schon aus diesem Grund geht der Hinweis des Generalbundesanwalts auf den Beschluss des BGH vom 25. 10. 2006 (1 StR 487/06, bei *Cierniak*, NStZ-RR 2009, 1 = BeckRS 2006, 13640) fehl. Es geht hier nicht um die Frage, ob das LG auf Grund der Äußerung des Vorsitzenden nach dem Fair-trial-Grundsatz gebunden war, eine Bewährungsstrafe zu verhängen, sondern allein um die Verpflichtung des Gerichts, den Angekl. darauf hinzuweisen, dass es an der geäußerten Bewertung der Bewährungsfrage durch den Vorsitzenden nicht mehr festhalten wolle.

[13] 4. Auf dem aufgezeigten Rechtsfehler beruht die Entscheidung über die Nichtaussetzung der Strafe zur Bewährung. Die Revision hat unter Benennung von fünf Zeugen und konkreten Beweisbehauptungen im Einzelnen vorgetragen, was der Angekl. im Falle eines entsprechenden Hinweises hätte unter Beweis stellen können, um das Gericht von



## Verwaltungsgerichte

## Andere Verwaltungsgerichte

einer positiven Sozialprognose und vom Vorliegen besonderer Umstände (§ 56 II StGB) zu überzeugen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das LG auf Grund einer entsprechenden Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt wäre, trotz der Vielzahl von Vorstrafen des Angekl. seien die Voraussetzungen für eine Strafaussetzung zur Bewährung gegeben. Die Sache muss deshalb in diesem Umfang erneut verhandelt und entschieden werden.

[14] 5. Das Urteil gibt Anlass zu dem Hinweis, dass die detailgetreue Wiedergabe des Bundeszentralregisterauszugs bei den Feststellungen zum Lebenslauf des Angeklagten untunlich ist. Die Urteilsgründe werden dadurch aufgebläht, ohne dass damit ein substanzieller Erkenntniszuwachs verbunden ist. Es empfiehlt sich im Interesse der Konzentration auf das Wesentliche (vgl. BGH, NStZ-RR 2009, 183; NStZ 2009, 701), die Vorstrafen gestrafft und zusammengefasst darzulegen. Einer Mitteilung von genauen Tatzeiten bzw. den Zeitpunkten der Rechtskraft der Entscheidungen bedarf es nur in wenigen Ausnahmefällen, so z. B. wenn es um Fragen der Gesamtstrafenbildung oder der so genannten Rückfallverjährung bei der Prüfung von Sicherungsverwahrung geht.

**Anm. d. Schriftltg.:** Zu den gerichtlichen Hinweispflichten nach einer erfolgten Verständigung vgl. BGH (2. Strafsenat), NJW 2011, 2377 (Wechsel in der Beteiligungsform), besprochen von *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2011, 505. Grundsätzlich zur gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren s. *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625. Vgl. in diesem Zusammenhang weiterhin *Brand/Petermann*, NJW 2010, 268, und *Wohlers*, NJW 2010, 2470. Zur Absprache-Regelung in der gerichtlichen Praxis vgl. *Fischer*, ZRP 2010, 249, und *Bittmann*, NStZ-RR 2011, 102.

## 16 Rücktritt vom Mordversuch

StGB §§ 211, 224, 24

Halten die Täter eines mehraktigen einheitlichen Tötungsversuchs nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung auf Grund der tatsächlichen Umstände den Tod ihres Opfers für möglich oder machen sie sich über die Folgen ihres Handelns – namentlich bei besonders schweren Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – keine Gedanken, so ist der Versuch beendet. (Leitsatz der Redaktion)

BGH, Beschl. v. 11. 1. 2011 – 1 StR 537/10 (LG Augsburg)

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NStZ 2011, 337, und im Übrigen abrufbar unter BeckRS 2011, 04251.

## 17 Freiwilligkeit der Tataufgabe beim Rücktritt vom versuchten Totschlag

StGB §§ 24, 212 I

Furcht vor drohender Entdeckung der Tat steht der Annahme von Freiwilligkeit der Tataufgabe beim Rücktritt vom unbeendeten Totschlagsversuch nur dann entgegen, wenn es dem Täter überhaupt auf die Heimlichkeit der Tat ankam oder wenn er auf Grund äußerer Veränderungen von einem wesentlich gesteigerten, für ihn nicht mehr hinnehmbaren Risiko der Tataufdeckung ausging. (Leitsatz der Redaktion)

BGH, Beschl. v. 17. 3. 2011 – 4 StR 83/11 (LG Bielefeld)

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NStZ 2011, 454, und im Übrigen abrufbar unter BeckRS 2011, 07702.

## 18 Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung

VwGO §§ 60 I, II 1 Halbs. 2, 124 a IV 4; ZPO § 85 II

Überlässt der Rechtsanwalt die Notierung, Berechnung und Kontrolle der Frist für die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung seinem Büropersonal, so liegt hierin regelmäßig ein sorgfaltswidriges Verhalten, weil sich die Berechnung dieser Frist jedenfalls bei fehlender Routine des Personals als rechtlich schwierig darstellt. (Leitsatz der Redaktion)

OVG Münster, Beschl. v. 12. 8. 2011 – 1 A 2050/09

**Zum Sachverhalt:** Das VG hatte die Klage des Kl. abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen. Der Kl. hatte daraufhin zwar rechtzeitig die Zulassung der Berufung beantragt, den Antrag aber nicht innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils begründet.

Das OVG hat den Antrag auf Zulassung der Berufung abgelehnt.

**Aus den Gründen:** Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist unzulässig, weil die Gründe, aus denen die Berufung zuzulassen ist, entgegen § 124 a IV 4 VwGO nicht innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils des VG dargelegt worden sind. Auf das dem Kl. am 29. 7. 2009 zugestellte, mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehene Urteil ist zwar am 28. 8. 2009 – insoweit rechtzeitig – die Zulassung der Berufung beantragt worden; die angekündigte Begründung ist indes innerhalb der Darlegungsfrist, die mit Ablauf des 29. 9. 2009 geendet hat (vgl. §§ 57 I und II, 58 I VwGO, § 222 I ZPO, §§ 187 I, 188 II BGB) nicht beim OVG eingegangen. Der maßgebliche Schriftsatz hat das OVG vielmehr erst (per Fax) am 30. 9. 2009 und damit um einen Tag verspätet erreicht. Hierauf ist der Kl. mit Fax vom 5. 10. 2009 hingewiesen worden. Sein Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist ist am 19. 10. 2009 rechtzeitig (vgl. § 60 II 1 Halbs. 2 VwGO) angebracht worden. Durchgreifende Wiedereinsetzungsgründe sind indes weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht.

Der Prozessbevollmächtigte des Kl. war nicht ohne Verschulden i. S. des § 60 I VwGO gehindert, die Frist zur Begründung des Zulassungsantrags einzuhalten. Sein Verschulden wird gem. § 173 S. 1 VwGO i. V. mit § 85 II ZPO dem Kl. zugerechnet.

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsbegehrens macht der Prozessbevollmächtigte des Kl. im Kern geltend:

Die Zustellung des Urteils am 29. 7. 2009 sei ihm durch dessen Vorlage bekannt geworden, welche durch eine langjährige, geschulte und zuverlässige Angestellte erfolgt sei. Diese Angestellte habe im Bereich der Rechtsmittelbelehrung notiert, dass die Rechtsmittelfristen notiert worden seien, was den schriftlichen Organisationsanweisungen der Kanzlei entsprochen habe, namentlich durch den so genannten Kontrollausdruck/Kontrollauszug belegt worden sei. Vor Abzeichnung des Empfangsbekanntnisses habe er, der Prozessbevollmächtigte des Kl., sich davon überzeugt, dass auf dem Urteil die Eintragung der Fristen notiert worden sei. Er habe auch einen Blick auf das Kontrollblatt geworfen und sich davon überzeugt, dass die Fristen für die Stellung des Antrags auf Zulassung der Berufung und für die Begründung des Antrags nebst entsprechender Vorfristen eingetragen worden seien. Eine genaue Überprüfung der eingetragenen Fristen durch ihn sei jedoch nicht erfolgt. Der Fristablauf „der Berufungseinlegung“ (gemeint: des Zulassungsantrags)



2009, § 148 Rn 9; Lüderssen/Jahn, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 148 Rn 14).

Die Neufassung des § 119 Abs. 1 StPO durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2274), gemäß dessen Art. 8 Abs. 1 in Kraft getreten am 1.1.2010, hat daran nichts geändert. § 119 Abs. 1 StPO n.F. ermöglicht Beschränkungen der Telekommunikation von Untersuchungsgefangenen zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr. § 119 Abs. 4 Satz 1 StPO n.F. bestimmt jedoch ausdrücklich, dass die §§ 148, 148a StPO unberührt bleiben. Damit wird klargestellt, dass Maßnahmen nach § 119 Abs. 1 StPO n.F., soweit sie den durch § 148 Abs. 1 StPO garantierten freien Verkehr des Gefangenen mit seinem Verteidiger einschränken würden, nach wie vor nur in dem durch § 148 Abs. 2 StPO bestimmten Ausmaß zulässig sind (vgl. BT-Drucks 16/11644, S. 28).

Unabhängig von der durch die angegriffenen Beschlüsse nicht beantworteten Frage, ob als Rechtsgrundlage der hier umstrittenen Beschränkung § 119 Abs. 1 StPO n.F. oder der zum Zeitpunkt der angegriffenen Entscheidungen im Freistaat Bayern gemäß Art. 125a Abs. 1 GG als Rechtsgrundlage für haftvollzugsrechtliche Maßnahmen fortgeltende § 119 Abs. 3 StPO a.F. in Betracht kam (zum kompetenzrechtlichen Hintergrund, zur Abgrenzung zwischen strafverfahrenssichernden und haftvollzugsrechtlichen Eingriffsgrundlagen und zu möglichen Überschneidungen vgl. BT-Drucks 16/11644, S. 23), konnte daher die angegriffene Versagung des Telefonkontakts zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Verteidiger jedenfalls nicht – ohne jede Auseinandersetzung mit den Vorgaben des § 148 StPO – mit der Erwägung gerechtfertigt werden, Telefongespräche zwischen Gefangenen und ihrem Verteidiger seien allgemein nur unter Überwachung zuzulassen und daher wegen des damit verbundenen organisatorischen und personellen Aufwandes aus einem Anlass der von der Beschwerdeführerin angeführten Art nicht genehmigungsfähig.

bb) Soweit die angegriffenen Entscheidungen sich darauf berufen, dass nicht in der gebotenen Weise sicherzustellen sei, ob es sich bei einem telefonischen Gesprächspartner tatsächlich um den Verteidiger handle, ist dies jedenfalls nicht ohne nähere Darlegung nachvollziehbar. Die gewünschte telefonische Verbindung kann unter Nutzung der Telefonnummer, die der als solcher ausgewiesene Verteidiger angegeben hat, von der Justizvollzugsanstalt selbst hergestellt werden. Die Annahme, es sei grundsätzlich nicht hinreichend gewährleistet, dass es sich bei einer auf diesem Wege erreichten Person, die der Verteidiger zu sein behauptet, tatsächlich um den Verteidiger handelt, bedürfte näherer Begründung, die sich auch damit auseinandersetzen hätte, dass der Strafverteidiger kraft seiner Stellung als Organ der Rechtspflege nach geltendem Recht einen Vertrauensvorschuss genießt (vgl. BVerfG, Beschluss der I. Kammer des Zweiten Senats vom 5.1.2006 – 2 BvR 2/06 –, NJW 2006, S. 1500 <1501>; vgl. auch EGMR, Urt. v. 28.11.1991, S. ./ Schweiz, Beschwerde Nr. 12629/87 u.a., Rn 48; Urt. v.

25.3.1992, Campbell ./ Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 13590/88, Rn 46; Urt. v. 12.5.2005, Öcalan ./ Türkei, Beschwerde Nr. 46221/99, Rn 133; Urt. v. 13.3.2007, Castravet ./ Moldawien, Beschwerde Nr. 23393/05, Rn 49 f.; zur Frage des Missbrauchsausschlusses BGH, Beschl. v. 17.5.2011 – 1 StR 208/11 –, NSTZ 2011, S. 592).

cc) Die Gerichte haben sich darüber hinaus auch mit der Frage, inwieweit schon die Darlegungslast, die Beschuldigten beziehungsweise ihren Verteidigern mit der Beschränkung wechselseitigen Telefonkontakts auf besonders zu begründende Dringlichkeitsfälle auferlegt wird, mit dem Anspruch auf Vertraulichkeit der Verteidigerkommunikation in Konflikt gerät, sowie mit der Bedeutung telefonischer Kontaktmöglichkeiten für die Effektivität des vom Recht auf ein faires Verfahren umfassten (vgl. BVerfGE 34, 293 <302>; 38, 105 <111 f.>; 39, 156 <163>; 66, 313 <319>; 68, 237 <255>; 110, 226 <253>) und in § 137 StPO einfachgesetzlich verankerten Rechts auf freie Wahl des Verteidigers nicht auseinandergesetzt.

*Mitgeteilt von Rechtsanwälten Christof Püschel und Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln*

StPO §§ 257c, 273

**Zweifel an Verfahrenstatsachen dürfen dann nicht zu Lasten eines Rechtsmittelführers ausgehen, wenn sie aus dem Verstoß gegen eine Dokumentationspflicht herühren. Augenfällige Ungereimtheiten in dienstlichen Erklärungen geben Anlass, ihnen nachzugehen (Red).**

BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 5.3.2012 – 1 BvR 1464/11

I. [1] Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Art und Weise der Prüfung des Zustandekommens einer Verfahrensabsprache in der strafgerichtlichen Hauptverhandlung durch das Rechtsmittelgericht, wenn der Angekl. unter Berufung auf eine solche Absprache die Unwirksamkeit eines von ihm erklärten Rechtsmittelverzichts geltend macht.

[2] I. Das AG Pirna ... verurteilte den Beschwerdeführer ...

[3] a) Dem Protokoll zufolge wurde die Hauptverhandlung auf Anregung der damaligen Verteidigerin des Bf kurz nach ihrem Beginn für ein „Rechtsgespräch“ unterbrochen. Als die Hauptverhandlung – etwa eine Stunde später – fortgesetzt wurde, verlas die Verteidigerin eine ein Geständnis enthaltende Erklärung für den Bf, der danach Fragen beantwortete. Im Anschluss verzichteten die Verfahrensbeteiligten auf eine Vernehmung der geladenen Zeugen und es wurde gemäß § 154 Abs. 2 StPO von der Verfolgung eines mitangeklagten Vorwurfs abgesehen. Die Vertreterin der StA beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten sowie die Aufhebung des Haftbefehls; die Verteidigung beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Bewährung und die Aufhebung des



Haftbefehls. Nach der Urteilsverkündung und der Aufhebung des Haftbefehls verzichteten StA und Bf auf Rechtsmittel.

[4] b) Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält weder einen Hinweis auf das Zustandekommen einer Absprache (§ 273 Abs. 1a Satz 1 StPO) noch die Angabe, dass eine Verständigung nicht erfolgt sei (§ 273 Abs. 1a Satz 3 StPO). Auch die Entscheidungsgründe äußern sich nicht dazu, ob dem Urteil eine Absprache vorausging.

[5] 2. a) Der Bf legte Berufung ein und machte eine Unwirksamkeit seines Rechtsmittelverzichts gemäß § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO geltend. Hierfür legte er eine Erklärung seiner damaligen Verteidigerin vor, die Verständigungsgespräche vor dem AG Pirna schilderte und das Zustandekommen einer Absprache bejahte.

[6] b) Das LG Dresden verwarf die Berufung mit Beschl. v. 10.3.2011 als unzulässig, nachdem es dienstliche Stellungnahmen der Sitzungsvertreterin der StA und des Vorsitzenden des Schöffengerichts eingeholt hatte.

[7] aa) Die damalige Verteidigerin des Bf hatte in ihrer Erklärung angegeben, das Rechtsgespräch habe zunächst im Richterzimmer zwischen dem Vorsitzenden des Schöffengerichts, der Sitzungsvertreterin der StA und ihr stattgefunden. Die Staatsanwältin habe gleich zu Beginn klargestellt, schon wegen der Vorstrafen des Bf sei aus ihrer Sicht nicht mit einer Bewährungsstrafe zu rechnen. Sie selbst habe mit Blick auf die konkreten Vorwürfe eine Bewährungsstrafe noch für realistisch gehalten und den Inhalt eines möglichen Geständnisses angerissen. Der Vorsitzende habe ausgeführt, auch er könne sich eine Bewährungsstrafe nicht mehr vorstellen, dafür aber eine Aufhebung des Haftbefehls, sofern sich der Bf wie angekündigt einlasse. In diesem Fall werde eine Beweisaufnahme durch Zeugeneinvernahme nicht erfolgen. Der Vorsitzende habe darauf hingewiesen, dies aber noch mit den Schöffen besprechen zu müssen. Die Staatsanwältin habe zunächst mehr als drei Jahre Freiheitsstrafe gefordert und sei schließlich von zwei Jahren und zehn Monaten ausgegangen. Der Vorsitzende habe die Strafhöhe ähnlich gesehen, aber noch keinen eindeutigen Hinweis gegeben. Sie habe sich daraufhin mit dem Bf besprochen und die Sitzungsvertreterin der StA, die Verfasserin der Anklageschrift unterrichten wollen. Nachdem sie die Angelegenheit mit dem Bf in dem Sinne erörtert gehabt habe, dass dieser sich zur Sache einlasse, wenn der Haftbefehl aufgehoben werde, sei sie zu dem Vorsitzenden gegangen und habe mitgeteilt, mit der besprochenen Vorgehensweise bestehe Einverständnis. Der Vorsitzende habe aber noch nicht mit den Schöffen gesprochen gehabt. Als sie in den Sitzungssaal zurückgekommen sei, habe die Sitzungsvertreterin der StA ihr mitgeteilt, man könne so verfahren, dass der Bf zwei Jahre und zehn Monate erhalte, der Haftbefehl aufgehoben und die Sache rechtskräftig werde. Über diese Aussage sei sie überaus erstaunt gewesen, da in den Gesprächen zuvor zu keinem Zeitpunkt eine Rechtskraft des Urteils thematisiert worden sei. Die Staatsanwältin habe jedoch geäußert, sie könne die Verteidigerin nicht verstehen,

da ein entsprechendes Gespräch stattgefunden habe und sie davon ausgegangen sei, alle Beteiligten seien sich über diese Punkte einig. Als das Gericht in den Saal gekommen sei, habe sie den Vorsitzenden über die Äußerung der Staatsanwältin informiert und ihn gefragt, ob er das auch so sehe, was der Vorsitzende bestätigt habe. Hierüber habe sie mit dem Bf gesprochen, der sich für die Rechtskraft entschieden habe, weil der Haftbefehl aufgehoben werden sollte. Sodann sei die Hauptverhandlung fortgesetzt worden. Sie und der Bf hätten später auf Rechtsmittel verzichtet, weil sie befürchtet hätten, anderenfalls werde der Haftbefehl wieder in Vollzug gesetzt. Zunächst sei sie davon ausgegangen, im Richterzimmer sei eine Vereinbarung nicht getroffen worden. Der Vorsitzende und die Staatsanwältin hätten sie in der Hauptverhandlung jedoch eindeutig anders belehrt.

[8] bb) Die Sitzungsvertreterin der StA hatte in ihrer dienstlichen Erklärung ausgeführt, sie habe klargestellt, dass aus ihrer Sicht eine Bewährungsstrafe nicht in Betracht komme. Der Vorsitzende habe mit Blick auf übliche Strafen bei vergleichbaren Taten Ähnliches geäußert, ohne ein konkretes Strafmaß benannt zu haben, da auch eine Abstimmung mit den Schöffen nicht erfolgt sei. Auf die Ankündigung des Gerichts, gegebenenfalls den Haftbefehl aufzuheben, habe sie eingewandt, wegen der hohen Fluchtgefahr sei mit einer Beschwerde der StA zu rechnen. Für den Fall der Rechtskraft sei dies natürlich anders. Sie habe Verteidigung und Bf so verstanden, dass es ihnen vordergründig um die Aufhebung des Haftbefehls gegangen sei, wobei sie mehrfach ihre Position deutlich gemacht habe. Gänzlich nicht nachvollziehen könne sie die Äußerung der Verteidigerin zum Zustandekommen einer Absprache, da das Gericht die Position vertreten habe, den Haftbefehl aufheben zu wollen, und sie eine sofortige Beschwerde dagegen avisiert habe. Die Verteidigerin habe schließlich auch einen anderen Antrag zum Strafmaß als sie gestellt. Sie habe auf eine weitere Beweisaufnahme verzichtet, weil aus ihrer Sicht keine Beweisprobleme vorgelegen hätten und sie sich sicher gewesen sei, dass das Strafmaß den Erwartungen der StA nahekommen werde. Ein regelrechtes Gespräch über ein bestimmtes Strafmaß mit Gericht, Verteidigung und StA, wie sie es sonst kenne, habe es ihres Erachtens nicht gegeben. Ihr sei es um die Fortsetzung der Untersuchungshaft gegangen.

[9] cc) Der Vorsitzende des Schöffengerichts hatte in seiner dienstlichen Stellungnahme mitgeteilt, der genaue Werdegang der Gespräche und deren Inhalt seien ihm nach dem eingetretenen Zeitablauf nicht mehr genau erinnerlich. Er denke aber, dass die Sitzungsvertreterin der StA den Geschehensablauf zutreffend geschildert habe.

[10] dd) Das LG hielt das Zustandekommen einer Absprache für nicht erwiesen und deshalb den Rechtsmittelverzicht für wirksam. Zwar habe die Verteidigerin ausgeführt, es sei Einigkeit erzielt worden, dass der Bf zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt sowie der Haftbefehl gegen ihn aufgehoben wird, wenn das Urteil



rechtskräftig werde. Dies stelle jedoch bereits wegen des Einschlusses des Rechtsmittelverzichts keine zulässige Verständigung im Sinne von § 257c StPO dar. Zudem stehe der Antrag der Verteidigerin auf eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Bewährung der Annahme entgegen, es sei eine Verständigung auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten erzielt worden.

[11] 3. a) Der Bf legte gegen den Beschluss des LG sofortige Beschwerde ein.

[12] b) Das OLG Dresden verwarf die Beschwerde mit Beschl. v. 19.4.2011 als unbegründet. Die Annahme der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sei nicht zu beanstanden. Da das Verhandlungsprotokoll weder die Erklärung nach § 273 Abs. 1a Satz 1 StPO noch das Negativattest nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO enthalte, sei dessen Beweiskraft entfallen. Damit sei aber nicht der Vortrag des Bf als wahr zu unterstellen, sondern dieser habe nur die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, dass ein bestimmter Vorgang geschehen oder nicht geschehen sei. Das Rechtsmittelgericht müsse dann im Freibeweisverfahren und in freier Beweiswürdigung den wirklichen Verfahrensablauf klären.

[13] Hiernach sei das Vorliegen einer Verständigung nicht bewiesen. Die Erklärungen der damaligen Verteidigerin und der Sitzungsvertreterin der StA seien angesichts des Inhalts des Hauptverhandlungsprotokolls zum Verfahrensablauf nicht geeignet, diesen Beweis zu erbringen. Der Annahme einer Absprache über das Strafmaß stehe entscheidend entgegen, dass die Verteidigerin eine Strafe von maximal zwei Jahren mit Bewährung beantragt habe, die Vertreterin der StA aber eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten. Bereits aus diesem Grund liege es fern, dass sich die Verfahrensbeteiligten auf ein Strafmaß von zwei Jahren und zehn Monaten geeinigt haben sollen. Dass Verteidigung und StA übereinstimmend beantragt hätten, den Haftbefehl aufzuheben, beweise eine Verständigung im Sinne von § 257c StPO ebenfalls nicht. Dieses Prozessverhalten könne auch dem Umstand geschuldet sein, dass der Vorsitzende von Anfang an seine Absicht bekundet habe, den Haftbefehl aufzuheben. Außerdem wäre bei einem Nichteintritt der Rechtskraft trotz dieses Antrags eine Beschwerde der StA möglich gewesen. Aus den Stellungnahmen der Prozessbeteiligten ergebe sich auch keine ausreichende Grundlage für eine Verständigung über die Aufhebung des Haftbefehls und einen Rechtsmittelverzicht. Die Annahme einer Absprache bei dem Gespräch im Richterzimmer scheidet schon mangels Beteiligung der Schöffen aus. Der nachfolgende Geschehensablauf lasse unter Zugrundelegung der Schilderung der Verteidigerin die Bejahung einer Verständigung ebenfalls nicht zu, da diese mit der Sitzungsvertreterin der StA keinen Konsens erzielt habe. Zudem habe Letztere geäußert, sie habe es nach wie vor als problematisch erachtet, dass der Haftbefehl aufgehoben werden sollte.

[14] Aus diesen Gründen habe sich der Senat nicht die Überzeugung bilden können, dass eine Verständigung erfolgt sei. Daran ändere auch die ergänzend vorgelegte eigene Stellung-

nahme des Bf nichts, der angegeben habe, seine Verteidigerin habe ihm mitgeteilt, „es sei alles klar, er werde zwei Jahre und zehn Monate kriegen, könne nach Hause gehen und müsse auf Berufung verzichten“. Nach ihrer Schilderung des Verfahrensablaufs habe die Verteidigerin nicht von einem Konsens ausgehen können.

[15] 4. a) Mit seiner Anhörungsrüge gegen den Beschluss des OLG Dresden vom 19.4.2011 beanstandete der Bf insbesondere, das Gericht habe die zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht ausgeschöpft und wesentliche Gesichtspunkte unerwähnt gelassen.

[16] b) Das OLG Dresden wies die Anhörungsrüge am 6.6.2011 als unbegründet zurück. ... Die Nichteinvernahme von Zeugen in der Hauptverhandlung beweise eine Verständigung ebenfalls nicht. ...

IV. [20] Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG Dresden vom 19.4.2011 zur Entscheidung an und gibt ihr statt ...

[21] 1. Die vorliegende Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen die Art und Weise der Prüfung des Zustandekommens (also des „Ob“) einer Verfahrensabsprache vor dem AG Pirna durch die Rechtsmittelgerichte als Vorfrage der Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit des von dem Bf erklärten Rechtsmittelverzichts. Der etwaige Inhalt der von ihm behaupteten Verständigung vor dem AG Pirna ist ebenso wenig Gegenstand der Verfassungsbeschwerde wie die Verfassungsmäßigkeit urteilsbezogener Verfahrensabsprachen im Strafprozess. Die vom BVerfG bislang nicht entschiedene Frage der Vereinbarkeit solcher Absprachen (vgl. dazu lediglich BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27.1.1987 – 2 BvR 1133/86, NJW 1987, S. 2662 f.) und ihrer gesetzlichen Regelung mit dem Grundgesetz ist im vorliegenden Verfahren somit nicht entscheidungserheblich und kann deshalb offen bleiben.

[22] 2. Der Beschluss des OLG Dresden vom 19.4.2011 verletzt den Bf in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

[23] a) Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren dem Beschuldigten, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>; 122, 248 <271 f.>). Soweit sie verfassungsrechtlich nicht bereits anderweitig erfasst werden, stellt das Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren zudem Mindestanforderungen für eine zuverlässige Sachverhaltsaufklärung auf (vgl. BVerfGE 57, 250 <274 f.>; 70, 297 <308>; 122, 248 <270>).

[24] b) Diesen Anforderungen wird der angegriffene Beschluss des OLG Dresden vom 19.4.2011 nicht gerecht. Der Beschluss weicht in einer Weise von den obergerichtlichen Anforderungen an die richterliche Sachaufklärung ab, die verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist. Das OLG hätte nicht von einer weiteren Sachaufklärung absehen und verbleibende Zweifel nicht im Ergebnis zulasten des Bf werten dürfen.



[25] aa) Es hätte jedenfalls der augenfälligen Ungereimtheit in der dienstlichen Erklärung der Sitzungsvertreterin der StA nachgehen müssen, die primär das Ziel einer Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft verfolgt und für den Fall einer Aufhebung des Haftbefehls die Einlegung einer Beschwerde angekündigt haben will, aber in der Hauptverhandlung die Aufhebung des Haftbefehls beantragte. Ferner hätte das OLG Stellungnahmen der Schöffen und der Urkundsbeamtin einholen müssen, nachdem die damalige Verteidigerin plausibel und widerspruchsfrei erklärt hatte, die Gespräche seien im Sitzungssaal fortgesetzt worden, und die dienstliche Stellungnahme des Vorsitzenden ohne sachlichen Gehalt geblieben war.

[26] bb) Schließlich hätte das OLG verbleibende Zweifel nicht zulasten des Bf werten dürfen. Zwar ist es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach der auch im Freibeweisverfahren gebotenen Sachaufklärung nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen grundsätzlich zulasten des Angekl gehen. Das dort vom Angekl grundsätzlich zu tragende Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts findet aber dort seine Grenze, wo die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und dadurch entstehende Zweifel des Gerichts ihre Ursache in einem Verstoß gegen eine gesetzlich angeordnete Dokumentationspflicht finden (vgl. BVerfGK 16, 1 <18>).

[27] 3. Es kann dahinstehen, ob der Beschluss des OLG Dresden vom 19.4.2011 auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes und den Anspruch des Bf auf rechtliches Gehör verletzt.

## Verfahrensrecht

### StPO § 24

**Frühe Abtrennung des Verfahrens gegen einen geständigen Mitangeklagten und Vermischung der Beweisergebnisse beider Verfahren (Red).**

BGH, Beschl. v. 10.1.2012 – 3 StR 400/11 (LG Oldenburg)

Das LG hat den Angekl H des Bandenhandels mit Betäubungsmitteln ... schuldig gesprochen, gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und zehn Monaten verhängt sowie Wertersatz in Höhe von 26.100 EUR für verfallen erklärt. Den Angekl S hat es wegen Beihilfe zum Bandenhandel mit Betäubungsmitteln ... zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt .... Außerdem hat es „die Einziehung der beschlagnahmten Betäubungsmittel und der beschlagnahmten Handys“ angeordnet.

Die Revisionen der Angekl haben jeweils mit der Verfahrensrüge nach § 24 Abs. 2, § 338 Nr. 3 StPO Erfolg, weil ihr Befangenheitsantrag vom 23.3.2011 gegen die erkennenden Berufsrichter und Schöffen zu Unrecht zurückgewiesen worden ist.

1. Dem liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde:

a) Im vorliegenden Verfahren angeklagt waren die Angekl H und S sowie der frühere Mitangeklagte B, u.a. wegen des Vorwurfs einer von ihnen am 11.2.2008 als Bande begangenen Betäubungsmittelstraftat. Im Hauptverhandlungsprotokoll des ersten Verhandlungstages vom 8.12.2010 ist zu Gesprächen über eine Verständigung Folgendes festgehalten:

„Es hat ein ausführliches Rechtsgespräch gegeben.

Hinsichtlich des Angekl B wurde seitens der Verteidigung eine Erklärung angekündigt. Es bestand zwischen den Verfahrensbeteiligten Einigkeit, dass bei einer Aussage – auch zu den hier anwesenden weiteren Angekl – eine Einstellung des Verfahrens gem. § 154 StPO in Betracht kommt. Im Übrigen ist im Rahmen des Rechtsgesprächs zuvor für den Angekl B eine Straferhöhung der bisherigen Verurteilung (Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren) von bis zu einem Jahr einverständlich erörtert worden im Hinblick auf ein entsprechendes Aussageverhalten.

Für den Angekl H hat es keine Verständigung gegeben. Die Kammer hatte bei einem umfassenden Geständnis eine Strafobergrenze von bis zu fünf Jahren und sechs Monaten vorgeschlagen.

Hinsichtlich des Angekl S wurde Einigkeit erzielt, dass bei einem umfassenden Geständnis eine Strafe bis zu vier Jahren in Betracht kommt.“

Im Hauptverhandlungstermin vom 15.12.2010 erklärten die Angekl H und S, sich derzeit zur Sache nicht äußern zu wollen. Der Verteidiger des Angekl B gab für seinen Mandanten mündlich Erklärungen zur Sache ab, zu denen sich dieser auf Befragen äußerte.

Mit Beschl. v. 16. Dezember, der außerhalb der Hauptverhandlung erging, trennte die Strafkammer das Verfahren gegen den Angekl B gemäß § 4 Abs. 1 StPO mit der Begründung ab, die Sache sei insoweit entscheidungsreif. Am 22.12.2010 wurde die Beweisaufnahme im Verfahren gegen die Angekl H und S fortgesetzt, am 5.1.2011 die Hauptverhandlung im Verfahren gegen den Angekl B.

Mit Urte. v. 5.1.2011 wurde der frühere Mitangeklagte B ... unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und drei Monaten verurteilt.

In der am 12.1.2011 fortgesetzten Hauptverhandlung gegen die Angekl H und S wurden auf Beschluss der Strafkammer aus dem Protokoll vom 5.1.2011 Angaben des Angekl B zur Sache verlesen, die dieser in seinem Verfahren gemacht hatte und durch die er die Angekl H und S belastete.

b) Anschließend stellten die Verteidiger der Angekl einen Befangenheitsantrag gegen die Berufsrichter und die Schöffen. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus: Aus Sicht der Angekl sei an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der erkennenden Richter zu zweifeln, weil die Besorgnis bestehe, sie hätten sich bereits eine vom Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme nicht mehr beeinflussbare Meinung gebildet. Bei der mündlichen Begründung des gegen den Angekl B ergangenen Urteils habe der Vorsitzende die Überzeu-



# StrafFo

## Strafverteidiger Forum

Heft 11 November 2013

G 26104

www.ag-strafrecht.de

### Aufsätze

*Brocke*, Justiz unter Beobachtung

*Anagnostopoulos*, Untersuchungshaft und Verfahrensbeschleunigung.  
Das Beispiel Griechenlands

### Entscheidungen

BGH: Der Angeklagte ist nicht hinreichend verteidigt, wenn ihm ein Ersatzverteidiger beisteht, der sich nicht in die Sache einarbeiten konnte (BGHSt)

BGH: Haben keine den Bereich des § 257c berührenden Gespräche stattgefunden, bedarf es keiner Mitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO (BGHSt)

BGH: Grundsätze zur Protokollrüge gelten nicht, wenn behauptet wird, das Hauptverhandlungsprotokoll gebe den Inhalt außerhalb der Verhandlung geführter Verständigungsgespräche nicht wieder (BGHSt)

BGH: Zum Schadensersatz und zur Passivlegitimation bei unter Verstoß gegen die EMRK nachträglich verlängerter Sicherungsverwahrung

BGH: Zur sogenannten Ableitung

BGH: Sorgfaltspflichten und Vortrag des Nebenklagevertreters bei Fristversäumnis

BGH: Umgang mit ambivalenten Beweisanzeichen

BGH: Mitteilung der sogenannten Sanktionsschere kann nicht verlangt werden

OLG Köln: Unverwertbares Geständnis gegen das Versprechen, keinen Haftbefehl zu beantragen

KG: Keine Verwerfung der Berufung wegen Säumnis, nachdem das Revisionsgericht ein Sachurteil aufgehoben hat

OLG Celle: Zum Anspruch eines Strafgefangenen auf Ausführung zu seinem lebensgefährlich erkrankten Vater

Thüringer OLG: Urteil

Maß überschritten we

### Herausgeber

RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister

RAin Dr. Gina Greeve

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Dr. Klaus Leipold

RA Dr. Werner Leitner

RA Dr. Panos Pananis

RA Dr. Manfred Parigger

RA Christof Püschel

RA Prof. Dr. Ulrich Sommer

RA Dr. Rainer Spatscheck

und die

Arbeitsgemeinschaft

Strafrecht des DAV

### Redaktion

RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister

RA Dr. Klaus Leipold

RA Dr. Werner Leitner

RA Michael Rosenthal

### Schriftleitung

RA Dr. Klaus Leipold

RA Michael Rosenthal



DeutscherAnwaltVerlag

Seiten 441–484

263

Deutscher Anwaltverlag GmbH, Wachschiebe 7, 53111 Bonn  
ZKZ 26104, PSdG, DPAAG, Entgelt bezahlt

\*26104#204460#11/2013\*

Fehrenbach & Kollegen Herrn Urs Gronenberg

Friedrichstr. 4

79761 Waldshut-Tiengen



Zentraler Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung war das Schuldprinzip. Die Verurteilung zu einer schuldangemessenen Strafe setzt voraus, dass der der Tatbegehung zugrunde liegende Sachverhalt (möglichst) wahrheitsgemäß ermittelt wird. Diese aus dem Schuldprinzip folgende Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung steht nicht zur Disposition des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten.<sup>5</sup> Die vom BVerfG zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit herangezogenen weiteren Maßstäbe umfassen u.a. das Recht auf ein faires Verfahren, das Recht auf Verteidigung, die Unschuldsvermutung, die Selbstbelastungsfreiheit und das Rechtsstaatsprinzip.<sup>6</sup> Der Einführung eines konsensualen Erledigungsmodells hat das BVerfG eine verfassungsrechtliche Absage erteilt, da aus der Urteilsbegründung deutlich wird, dass der gesetzgeberische *Status quo* das (verfassungs-)rechtlich zulässige Maximum darstellt und Raum für Erweiterungen nicht bestehen dürfte.<sup>7</sup> Das BVerfG hat in seinem Urteil erhebliche Defizite bei der Anwendung der gesetzlichen Vorgaben durch die Justizpraxis festgestellt.<sup>8</sup> Diese Defizite traten durch eine Erhebung des vom BVerfG beauftragten Sachverständigen durch Befragungen nordrhein-westfälischer Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte zu Tage.<sup>9</sup> Der fehlende Rechtsgehorsam der Praxis ist nach dem BVerfG nicht hinzunehmen, da „im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht“.<sup>10</sup>

Dieses Fehlverhalten der Justizpraxis rechnet das BVerfG dem Gesetzgeber (noch) nicht in verfassungsrechtlich relevanter Art und Weise zu, da es nicht durch strukturelle Mängel der gesetzlichen Vorgaben bedingt ist.<sup>11</sup> Die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit gilt nach dem BVerfG nur „zum gegenwärtigen Zeitpunkt“. Ein Strukturdefizit der gesetzlichen Vorschriften könnte – worauf das BVerfG hinweist – jedoch Folge einer weiteren gesetzeswidrigen Anwendung durch die Praxis sein. Daher ist der Gesetzgeber verpflichtet, die weitere Anwendungspraxis zu beobachten und ggf. korrigierend einzuschreiten, um den Eintritt eines verfassungswidrigen Zustands zu vermeiden.<sup>12</sup>

#### IV. Grenzen für die Anwendbarkeit des § 257c StPO

Um den in seinem Urteil dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Verständigung gerecht zu werden und um die festgestellten Vollzugsdefizite zu beheben, hat das BVerfG die Grenzen einer auf § 257c StPO basierten Verständigung klargestellt und zum Teil neu festgelegt. Diese Grenzen betreffen Art und Inhalt von Verständigungen sowie die Einhaltung der gerichtlichen Belehrungs-, Mitteilungs- und Dokumentationspflichten.

### 1. Art und Inhalt von Verständigungen

#### a) Vorgaben des BVerfG

Nach dem BVerfG sind bezüglich Art und Inhalt von Verständigungen folgende Punkte zwingend einzuhalten:<sup>13</sup>

- Eine Verständigung darf **nur** in der **Hauptverhandlung** stattfinden.
- **Informelle Absprachen** („Gentlemen’s Agreements“) außerhalb des § 257c StPO sind von Verfassungen wegen ohne Ausnahme **grundsätzlich verboten**, da sie intransparent und unkontrollierbar sind.
- Die Gerichte dürfen nicht vorschnell in die Verständigung ausweichen, sondern müssen anhand von Akte und Anklage **vorab prüfen**, ob es sich um einen für die Verständigung **„geeigneten Fall“** handelt.
- Die Pflicht zur **gerichtlichen Sachverhaltserforschung** bleibt – wie sich aus dem Verweis des § 257 Abs. 1 S. 2 StPO auf § 244 Abs. 2 StPO ergibt – durch eine Verständigung **unberührt**.
- Die **Verständigung** als solche kann **niemals** die (alleinige) **Grundlage** eines Urteils bilden.
- Ein bloßes **inhaltsleeres Formalgeständnis** – insbesondere wenn die Beantwortung von Fragen zum Sachverhalt durch den Angeklagten verweigert wird – sowie die nicht einmal ein Geständnis darstellende schlichte Erklärung, der Anklage nicht entgegenzutreten, bilden in einer Verständigungssituation **keine taugliche Grundlage** einer **richterlichen Überzeugungsbildung**.
- Das **verständigungsbasierte Geständnis** ist zwingend auf seine **Richtigkeit** zu überprüfen, wobei insoweit die **allgemeinen Grundsätze** zur Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung Anwendung finden (§ 261 StPO).
- Der bloße **Abgleich** des verständigungsbasierten Geständnisses mit der **Aktenlage** reicht nicht aus.
- Gegenstand einer Verständigung können gem. § 257c Abs. 2 S. 1 StPO nur die **„Rechtsfolgen“** des Urteils sein.

<sup>5</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 56, 102 ff. (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>6</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 57-63 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>7</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 103 ff. (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>8</sup> Eine Gehorsamsverweigerung durch die Praxis wurde bereits durch *Altenhain/Haimert*, JZ 2010, 327 (335) vorhergesagt. Ähnlich die Feststellungen von *Fischer*, ZRP 4/2010, 249 (250).

<sup>9</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 48-49 (juris), StraFo 2013, 153.; *Stuckenberg*, ZIS 4/2013, 212 (214) spricht von einem „rechtsstaatlichen Teilbankrott“.

<sup>10</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 119 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>11</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 118 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>12</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 121 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>13</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 68 ff. (juris), StraFo 2013, 153.



- Folgende Urteilsbestandteile können **nicht Gegenstand** einer Verständigung sein:
  - die **Feststellung** der dem Urteil zugrundeliegenden **Tatsachen**;
  - die **rechtliche Würdigung**;
  - der **Schuldpruch**;
  - **Maßregeln der Sicherung und Besserung**;
  - eine **Strafrahmenverschiebung**;
  - **Koppelung** von einem **Geständnis** mit einem **Verzicht auf Beweisanträge**.
- Das **Verbot** der Verständigung über eine **Strafrahmenverschiebung** betrifft sowohl **Sonderstrafrahmen** (z.B. Qualifikationen und Privilegierungen) als auch **besonders schwere** und **minder schwere Fälle**.
- Das Aufzeigen von **Alternativstrafen** kann verfassungsrechtlich als eine **unzulässige „Sanktionsschere“** zu werten sein, wobei sich eine mathematische Berechnung allerdings verbietet.
- Ein **Rechtsmittelverzicht** ist sowohl bei einer **ordnungsgemäßen Verständigung** (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO) als auch bei einer verbotenen **informellen Absprache unzulässig**.
- **Zusagen der Staatsanwaltschaft**, andere bei ihr anhängige Ermittlungsverfahren gem. § 154 StPO einzustellen (sogenannte Gesamtlösung), sind im Rahmen einer Verständigung **unzulässig** und können weder eine Bindungswirkung noch ein schutzwürdiges Vertrauen auslösen.

## b) Bewertung

Bereits ein erster Blick auf den Anforderungskatalog des BVerfG zeigt, dass Art und Inhalt von Verständigungen deutlich enger zu verstehen sind, als dies von Teilen der Praxis bisher gehandhabt wurde. Vor diesem Hintergrund überrascht die Einschätzung des BVerfG nicht, dass der Anwendungsbereich einer Verständigung zukünftig erheblich eingengt wird.<sup>14</sup>

### aa) Verbot informeller Verständigungen

Das BVerfG hat nachdrücklich klargestellt, dass die in der Vergangenheit häufig anzutreffende Praxis, außerhalb des Anwendungsbereichs des § 257c StPO Verständigungen abzuschließen, ohne Ausnahme unzulässig ist, weil § 257c StPO insoweit eine abschließende Regelung darstellt. Eine informelle Verständigung entfaltet daher keinerlei Bindungswirkung.<sup>15</sup> Zudem drohen aufgrund der Vorgaben des BVerfG die Aufhebung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz und strafrechtliche Konsequenzen.<sup>16</sup> Da eine Verständigung gem. § 257c Abs. 3 S. 3 StPO nur dann zustande kommt, wenn Staatsanwaltschaft und Angeklagter dem Vorschlag des Gerichts zustimmen, dürfte eine Verständigung durch schlüssiges Verhalten ausgeschlossen sein.<sup>17</sup>

### bb) Verbot von Gesamtlösungen

Den Ausführungen des BVerfG zum Verbot von Gesamtlösungen kommt eine klarstellende Wirkung zu, da bereits nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelung des § 257c Abs. 2 S. 1 StPO derartige Verständigungsbestandteile nicht an der gesetzlichen Bindungswirkung teilnehmen ließ.<sup>18</sup> Solche Gesamtlösungen zeichneten sich dadurch aus, dass die Zusage der Staatsanwaltschaft, bei ihr anhängige Ermittlungsverfahren gem. § 154 StPO einzustellen, zum Gegenstand einer Verständigung gemacht wurde. Diese in der Vergangenheit – insbesondere bei Verteidigern – sehr beliebte Vorgehensweise hatte für den Angeklagten den Vorteil, dass er einen verlässlichen Überblick über die ihn erwartende (Gesamt-)Strafe und damit ein relativ hohes Maß an (Planungs-)Sicherheit erhielt.

Die Abgabe von Zusagen seitens der Staatsanwaltschaft zur Verfahrenseinstellung gem. § 154 StPO außerhalb einer Verständigung bleibt nach wie vor zulässig. Allerdings kann und wird der Angeklagte unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG nicht darauf vertrauen dürfen, dass eine derartige Zusage tatsächlich eingehalten wird.<sup>19</sup> Eine Bindungswirkung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben besteht, da es sich um einen nicht zulässigen Inhalt einer Verständigung handelt, gerade nicht, auch wenn sich die Staatsanwaltschaft in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig an die Zusagen halten wird. Daher kann die Anklage einer Tat, bezüglich derer die Staatsanwaltschaft zunächst die Einstellung gem. § 154 StPO zugesagt hatte, im neuen Verfahren keinen wesentlichen Strafmilderungsgrund darstellen.<sup>20</sup> Zur Vermeidung von rechtlichen Unsicherheiten – insbesondere über die Frage, ob die Erklärung der Staatsanwaltschaft unzulässigerweise Inhalt der Verständigung geworden ist – dürfte es sich für die Staatsanwaltschaft empfehlen, zukünftig keine derartigen Erklärungen im Zusammenhang mit einer Verständigung abzugeben.

### cc) Überprüfung von Geständnissen

In Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Willen<sup>21</sup> und der bisherigen fachgerichtlichen Rechtsprechung<sup>22</sup> hat

<sup>14</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 72 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>15</sup> BGH v. 4.8.2010 – 2 StR 205/10 – Tz 14 (juris), NStZ 2011, 107; v. 12.7.2011 – 1 StR 274/11 (juris), StV 2011, 645.

<sup>16</sup> Vgl. insoweit die Ausführungen unter Punkt V.

<sup>17</sup> Vgl. insoweit OLG München v. 31.5.2013 – 1 Ws 469/13 – Tz 29 ff. (juris).

<sup>18</sup> BT-Drucks 16/12310, S. 13; anders noch BVerfG v. 27.1.1987 – 2 BvR 1133/86 (juris), NJW 1987, 2662.

<sup>19</sup> Mosbacher, NZWiSt 2013, 201 (204); Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (602).

<sup>20</sup> So aber BGH v. 18.4.1990 – 3 StR 252/88 – Tz 10-11 (juris), NStZ 1990, 399; Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (602).

<sup>21</sup> BT-Drucks 16/12310, S. 13.

<sup>22</sup> Vgl. u.a. BGH v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97 – Tz 26 (juris), StraFo 1997, 312; v. 7.2.2012 – 3 StR 335/11 (juris), NStZ-RR 2012, 256; v. 15.4.2013 – 3 StR 35/13 – Tz 7 (juris).



das BVerfG festgestellt, dass ein Geständnis nicht die alleinige Grundlage eines Urteils sein kann, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen auf seine Glaubhaftigkeit zu überprüfen ist. Die weitreichende Verfahrensabkürzung durch ein – häufig nur formales – Geständnis ohne ausreichende Überprüfung stellte in der bisherigen Praxis den maßgeblichen verfahrensökonomischen Anreiz für den Abschluss informeller Verständigungen dar. Diesen verfahrensökonomischen Interessen der Praxis kommt – wie das BVerfG ausführt – im normativen Gesamtgefüge keine entscheidende Rolle zu. Jedoch entsprechen die strengen Vorgaben des BVerfG auch den Verfahrensinteressen des Angeklagten nicht unbedingt. Eine Motivation der Tatgerichte, sich zukünftig mit einem möglichst schlanken Geständnis – bestenfalls ohne belastende Nachfragen – zufrieden zu geben, wird aufgrund der fortbestehenden Pflicht zu Sachverhaltsaufklärung nur in Ausnahmefällen gegeben sein.

Das Tatgericht muss, will es die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Einlassung stützen, von deren Richtigkeit überzeugt sein. Das Gericht muss daher untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt.<sup>23</sup> Eine bloße Überprüfung des Geständnisses anhand der Aktenlage ist – worauf das BVerfG hinweist – nicht ausreichend. Da nach dem BVerfG die Überprüfung eines verständigungs-basierten Geständnisses keinen strengen Anforderungen unterliegt als ein Geständnis im Rahmen eines streitigen Verfahrens,<sup>24</sup> kann ausnahmsweise dann auf eine weitere Beweisaufnahme zum tatrelevanten Sachverhalt verzichtet werden, wenn das Geständnis aufgrund seines Informationsgehalts und seiner Plausibilität den Schuldspruch und den Rechtsfolgenausspruch trägt.<sup>25</sup> Dies wird allerdings nur in Ausnahmefällen mit überschaubarem Sachverhalten in Betracht kommen, zumal der Angeklagte sich nicht zu Umständen des gesetzlichen Tatbestandes einlassen kann, die nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung waren.

Durch die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben kommt es im gerichtlichen Hauptverfahren nicht zu einer vollständigen Entwertung der Verständigung, da ein „gehaltvolles“ Geständnis in der Regel immer noch zu einer signifikanten Verfahrensverkürzung führt.<sup>26</sup> Je ausführlicher ein Geständnis ausfällt, desto eher wird es zu einer Verfahrensverkürzung kommen.<sup>27</sup> Im Gegensatz zur bisherigen Praxis kann und darf die Abgabe eines Geständnisses nicht mehr zu einer (nahezu) absoluten, sondern nur zu einer relativen Verkürzung führen.<sup>28</sup> Insbesondere in Fällen des sexuellen Missbrauchs, bei denen der große Vorteil einer Verständigung in dem Verzicht auf die Vernehmung der geschädigten Zeugen gesehen wird, ist – ebenso wie in anderen Konstellationen – auch zukünftig eine unmittelbare Vernehmung im Fall einer Verständigung nicht zwingend erforderlich. Die Angaben der geschädigten Zeugen können – wie bisher – durch die Vernehmung der polizeilichen Verhörs-person oder durch die (einvernehmliche) Verlesung der Vernehmungsniederschriften in die Hauptverhand-

lung eingeführt werden, um so den Gesichtspunkten des Opferschutzes ausreichend Rechnung zu tragen.<sup>29</sup> Aber auch insoweit gilt: Der strafprozessuale Druck auf den Angeklagten, im Rahmen seines Geständnisses ausführliche Angaben zum Tatvorwurf zu machen, ist deutlich gestiegen.

#### dd) Strafrahmenschiebungen

Im Ergebnis konsequent ist das aus § 257 Abs. 3 S. 2 StPO folgende Verbot, dass Strafrahmenschiebungen weder bei Qualifikationen und Privilegierungen noch bei Sonderstrafrahmen wegen besonders schwerer oder minder schwerer Fälle Gegenstand einer Verständigung sein können.<sup>30</sup> Trotz formaler Unterschiede ist die inhaltliche Nähe zwischen beiden Rechtsfiguren zu groß, als dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt wäre.<sup>31</sup> Dafür spricht u.a., dass über die Anwendbarkeit eines Sonderstrafrahmens – ebenso wie bei Qualifikationen und Privilegierungen – aufgrund der insoweit erforderlichen umfassenden Abwägung aller relevanten Umstände in der Regel erst nach erfolgter Sachverhaltsaufklärung und Durchführung der Beweisaufnahme entschieden werden kann.<sup>32</sup>

Es erscheint fraglich, ob entgegen dem Wortlaut des Urteils des BVerfG ausnahmsweise die Einbeziehung von Sonderstrafrahmen in eine Verständigung möglich ist, wenn z.B. die Zubilligung eines bestimmten Sonderstrafrahmens an den aus dem Geständnis abzuleitenden bestimmenden Strafzumessungsgrund anknüpft.<sup>33</sup> Sofern man unterstellt, dass das BVerfG bei seiner Entscheidung nicht alle möglichen Konstellationen im Blick hatte, könnte an einfach gelagerte Sachverhalte gedacht werden, bei denen unter Berücksichtigung der bereits aus der Anklage ersichtlichen Gesamtumstände (mit hoher Wahrscheinlichkeit) davon ausgegangen werden kann, dass bei einem Geständnis ein minder schwerer Fall

<sup>23</sup> So bereits BGH v. 7.2.2012 – 3 StR 335/11 – Tz 5 (juris), StraFo 2012, 232.

<sup>24</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 71 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>25</sup> BGH v. 19.8.1993 – 4 StR 627/92 – Tz 40–41, BGHSt 39, 291; Löwe-Rosenberg/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn 9.

<sup>26</sup> A.A. wohl Knauer, NSZ 2013, 433 (435), nach dem eine Verfahrensvereinfachung kaum erreicht werden kann.

<sup>27</sup> Das Potential einer erheblichen Verfahrensverkürzung wird insbesondere durch eine „einvernehmliche“ Gestaltung der Hauptverhandlung, z.B. durch ein Absehen von der Stellung von Beweisanträgen, erreicht, die häufig (konkludente) Folge einer getroffenen Verständigung ist.

<sup>28</sup> Eine Verständigung ohne Geständnis darf es nur in Ausnahmekonstellationen geben, vgl. BGH v. 12.3.2013 – 5 StR 581/12 – Tz 13 (juris).

<sup>29</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 71 (juris), StraFo 2013, 153. Kritisch zum möglichen Widerspruch zwischen Wahrheitsfindung und Opferschutz Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (665); Löffelmann, JR 2013, 333 (336).

<sup>30</sup> Zustimmend Scheinfeld, ZJS 3/2013, 296 (302); kritisch Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (666).

<sup>31</sup> Kritisch Kudlich, NSZ 2013, 379 (380).

<sup>32</sup> Vgl. zum Erfordernis einer Gesamtabwägung BGH v. 2.3.1982 – 1 StR 866/81 – Tz 6 (juris), NSZ 1982, 246; v. 26.6.1991 – 3 StR 145/91 – Tz 8 (juris), NSZ 1991, 529.

<sup>33</sup> Offen gelassen von BGH v. 25.4.2013 – 5 StR 139/13 – Tz 6 (juris), StraFo 2013, 287.



vorliegen dürfte.<sup>34</sup> Dies kann insbesondere bei Sonderstrafrahmen der Fall sein, die sich nicht an tatbestandsähnlichen Regelbeispielen orientieren.<sup>35</sup>

Zulässig dürfte es allerdings sein, bei einer Verständigung die Strafober- und Strafuntergrenze so zu wählen, dass sowohl der Regelstrafrahmen als auch der Strafrahmen aufgrund einer (möglichen) Strafrahmenverschiebung erfasst sind, wobei einschränkend darauf geachtet werden muss, dass die Differenz zwischen den beiden Strafrahmen nicht zu groß ist. Dagegen kann z.B. bei einer Anklage wegen besonders schweren Raubes (§§ 249, 250 Abs. 2 StGB) das Gericht im Rahmen einer Verständigung keine Strafhöhe von mindestens zwei bis maximal drei Jahren Freiheitsstrafe anbieten, weil damit zugleich (konkludent) eine unzulässige Verständigung über das Vorliegen eines minder schweren Falles gem. § 250 Abs. 3 StGB getroffen werden würde.<sup>36</sup>

### ee) Auswirkungen auf das Strafbefehlsverfahren

Die vom BVerfG aufgestellten verfassungsrechtlichen Grundsätze gelten ebenso wie § 257c StPO nicht unmittelbar für das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO). Allerdings folgt aus dem Schuldprinzip, welches für das gesamte Strafverfahren Geltung beansprucht, dass auch im Strafbefehlsverfahren der zugrunde liegende Sachverhalt aufgeklärt werden muss und ein Geständnis nicht ohne ausreichende Überprüfung Grundlage eines Antrags auf Erlass eines Strafbefehls sein darf. Weiterhin verbietet das Schuldprinzip Einigungen zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem (bzw. dessen Verteidiger) über Strafrahmenverschiebungen. Die Entscheidung über das Vorliegen einer Strafrahmenverschiebung muss vielmehr jeweils die Staatsanwaltschaft bei der Beantragung bzw. das Gericht bei der Entscheidung über den Erlass des Strafbefehls treffen. Der Tatverdächtige kann sich dieser Einschätzung anschließen, indem er z.B. auf einen Einspruch verzichtet.

### ff) Jugendstrafverfahren

Da das BVerfG keine klarstellenden Hinweise gegeben hat, welche Prüfungsmaßstäbe für die Frage der einer Verständigung vorgeschalteten Geeignetheitsprüfung maßgeblich sind, ist dem Tatgericht aufgrund der Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen ein weiter Beurteilungsspielraum zuzugestehen.<sup>37</sup> Einschränkungen bei der Anwendbarkeit des § 257c StPO gibt es – entsprechend dem gesetzgeberischen Willen – im Jugendstrafverfahren, da der Erziehungsgedanke einer im Gegenzug für ein Geständnis „ausgehandelten Sanktionsentscheidung regelmäßig entgegensteht“.<sup>38</sup> Allerdings stellt die im Jugendstrafverfahren erforderliche Erörterung der in Betracht kommenden Sanktionen mit dem Angeklagten und ein Hinwirken auf dessen Mitwirkungsbereitschaft bei deren Umsetzung keine Verständigung im Sinne von § 257c StPO dar.<sup>39</sup> Wenn es aber in den Gesprächen um die Verhängung von jugendrechtlichen Sanktionen – wie zum Beispiel einer

Jugendstrafe oder eines (Dauer-)Arrests – geht, bei denen die Mitwirkung des Angeklagten nur eine untergeordnete Rolle spielt, ist der Anwendungsbereich des § 257c StPO im Zweifel schnell erreicht, wenn im Gegenzug ein Geständnis abgegeben werden soll. Eine Vereinbarung über die Anwendbarkeit des Jugend- oder Erwachsenenstrafrechts auf einen Heranwachsenden kann dabei kein zulässiger Inhalt einer Verständigung sein.<sup>40</sup>

## 2. Einhaltung der Mitteilungs-, Dokumentations- und Belehrungspflichten

Einen weiteren Schwerpunkt stellen die Ausführungen des BVerfG zur Einhaltung der gesetzlichen Mitteilungs-, Dokumentations- und Belehrungspflichten dar. Das Gericht betont deren Bedeutung zur Sicherstellung der Einhaltung des verfassungsrechtlichen Transparenzgebotes in der Hauptverhandlung. Erst die Einhaltung dieser Pflichten ermögliche eine Kontrolle der getroffenen Verständigung durch die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft und das Rechtsmittelgericht. Im Einzelnen sind nach dem BVerfG folgende Pflichten in der Hauptverhandlung vom Tatgericht einzuhalten:<sup>41</sup>

### a) § 257c Abs. 4 S. 4 und Abs. 5 StPO

Der Angeklagte ist gem. § 257c Abs. 5 StPO vor einer Verständigung zwingend über die Voraussetzungen und Folgen eines Abweichens des Gerichts von einer Verständigung (§ 257c Abs. 4 StPO) zu belehren. Die Belehrungspflicht gilt unabhängig von der Frage, ob § 257c Abs. 4 StPO tatsächlich Anwendung findet. Insbesondere wird eine Belehrung gem. § 257c Abs. 5 StPO nicht dadurch obsolet, dass ein Geständnis im Falle eines Wegfalls der Bindungswirkung unverwertbar wird.<sup>42</sup>

### b) § 243 Abs. 4 StPO

Die Regelung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO verpflichtet den Vorsitzenden mitzuteilen, ob Erörterungen nach den §§ 202a,

<sup>34</sup> Ausdrücklich offen gelassen von BGH v. 25.4.2013 – 5 StR 139/13 – Tz 6 (juris), StraFo 2013, 287; vgl. zu einer derartigen Fallkonstellation BGH v. 20.11.1997 – 4 StR 538/97 (juris), NSTZ-RR 1998, 103.

<sup>35</sup> Sofern sich die Prognose des Gerichts im Verlauf der weiteren Hauptverhandlung nicht bestätigt, kann es sich gem. § 257c Abs. 4 S. 1 StPO von der Verständigung lösen.

<sup>36</sup> A.A. wohl Knauer, NSTZ 2013, 433 (435).

<sup>37</sup> Kritisch zur Frage der Geeignetheitsprüfung Hettinger, JZ 2011, 292 (298). Eine Protokollierung der Vornahme einer entsprechenden Prüfung gem. § 273 Abs. 1a StPO ist nicht erforderlich.

<sup>38</sup> BT-Drucks 16/12310, S. 10. Nach SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 257c Rn 9 ist § 257c StPO bei Jugendstrafsachen generell ausgeschlossen.

<sup>39</sup> BT-Drucks 16/12310, S. 10.

<sup>40</sup> BGH v. 26.1.2006 – 3 StR 415/02 (juris), NSTZ-RR 2006, 187; a.A. Meyer-Gößner, StPO, 56. Aufl., § 257c Rn 7.

<sup>41</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 80 ff. (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>42</sup> BVerfG v. 30.6.2013 – 2 BvR 85/12 – Tz 20 (juris).



212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist, sowie ggf. deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt gem. § 243 Abs. 4 S. 2 StPO auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben. Das BVerfG hat die Anforderungen im Einzelnen wie folgt präzisiert:<sup>43</sup>

- **Wesentliche Inhalte** aller Erörterungen auch nur zur Möglichkeit einer Verständigung gem. § 257c StPO sind in der Hauptverhandlung der **Öffentlichkeit** und den **Schöffen** mitzuteilen (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO).
- Auch eine **gescheiterte Verständigung** oder die Erörterung eines Verständigungsvorschlags ist mitzuteilen.
- Dies gilt für **Erörterungen im Zwischenverfahren** (§ 202a StPO) und im **Hauptverfahren** (§ 212 StPO).
- Auch **Vorgespräche** sind in die Hauptverhandlung einzuführen.
- Falls keine Erörterungen stattgefunden haben, ist eine **Negativmitteilung** erforderlich.
- Auch eine **unzulässige informelle Absprache** ist mitzuteilen.
- Es besteht eine **kontinuierliche Pflicht** zu weiteren Mitteilungen im Verlauf der weiteren Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen ergeben (§ 243 Abs. 4 S. 2 StPO).
- **Keine Mitteilung** von Gesprächen, die ausschließlich der **Organisation** sowie der verfahrenstechnischen Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung dienen, wie z.B. die Abstimmung von Hauptverhandlungsterminen.
- Die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO greift aber sofort ein, sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen **ausdrücklich** oder **konkludent die Möglichkeit einer Verständigung** im Raum steht.
- **Im Zweifel** wird in der Hauptverhandlung zu informieren sein.

### c) § 273 Abs. 1a StPO

Die sich aus § 273 Abs. 1a StPO ergebenden Dokumentationspflichten sollen die Einhaltung der Belehrungs- und Mitteilungspflichten sicherstellen und müssen vom Gericht in der Hauptverhandlung zwingend eingehalten werden. Gem. § 273a Abs. 1a S. 1 StPO sind zunächst der wesentliche Ablauf und Inhalt sowie das Ergebnis einer Verständigung zu protokollieren. Dies umfasst nach dem BVerfG im Einzelnen:<sup>44</sup>

- **Inhalt** der Vorgespräche?
- Wer gab die **Anregung** zu den Gesprächen?
- Welchen Inhalt hatten die **einzelnen Diskussionsbeiträge** aller Verfahrensbeteiligten und des Gerichts?
- Von welchem **Sachverhalt** gingen die Verfahrensbeteiligten und das Gericht aus?
- Welche **Ergebnisvorstellungen** wurden geäußert?

- Weiterhin sind die Einhaltung sämtlicher **Mitteilungspflichten über Vorgespräche** gem. § 243 Abs. 4 StPO i.V.m. § 273 Abs. 1a S. 2 StPO sowie über ein **Abweichen von der Verständigung** gem. § 257c Abs. 4 S. 4 StPO (§ 273 Abs. 1a S. 2 StPO) zu protokollieren.
- Gleiches gilt für die Durchführung der **qualifizierten Belehrung** gem. § 257c Abs. 5 StPO (§ 273 Abs. 1a S. 2 StPO).
- Wenn **keine Verständigung** gem. § 257c StPO stattgefunden hat, ist auch dieser Umstand durch ein entsprechendes **Negativtestat** im Protokoll zu vermerken (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO).
- Ebenfalls sind zur Erreichung einer größtmöglichen Transparenz eine **gescheiterte Verständigung** sowie die Erörterung eines **Verständigungsvorschlags** zu protokollieren (§ 243 Abs. 4 StPO i.V.m. § 273 Abs. 1a S. 2 StPO).

### d) Bewertung

#### aa) Erhöhter Arbeitsaufwand

Die Vorgaben des BVerfG zu der Einhaltung der Mitteilungs-, Dokumentations- und Belehrungspflichten sind ein weiterer Grund, dass es zukünftig zu weniger Verständigungen kommen wird. Insbesondere der Umfang der nach dem BVerfG bei einer Verständigung gem. § 273 Abs. 1a StPO zu protokollierenden Umstände wird zu einem deutlich erhöhten Arbeitsaufwand auf Seiten des Gerichts führen,<sup>45</sup> der im Verhältnis zu einer streitigen Verhandlung aber immer noch geringer ausfallen dürfte.

Zwar stellt sich die Frage, ob derartig konkrete Vorgaben verfassungsrechtlich zwingend gewesen sind oder ob die Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts nicht Sache der Fachgerichte gewesen wäre. Allerdings sind „Beschwerden“ der Justizpraxis nicht angezeigt, da diese für den zusätzlichen Arbeitsaufwand im Wesentlichen selbst verantwortlich ist. Es ging dem BVerfG unter dem Eindruck der bisherigen Gehorsamsverweigerung ersichtlich darum, die Gelegenheit zur Herstellung von Kontrolle und Transparenz durch Festlegung einheitlicher Maßstäbe zu nutzen.

#### bb) Kein Wortlautprotokoll

Trotz der zahlreichen zu dokumentierenden Umstände ist im Regelfall ein Wortlautprotokoll der verständigungsrelevanten Umstände gem. § 273 Abs. 1a StPO nicht erforderlich. Gerade bei komplexen Verständigungen bietet es sich aller-

<sup>43</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 82 ff. (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>44</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 83 ff. (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>45</sup> Kritisch zum Mehraufwand Meyer, NJW 2013, 1850 (1852); Mosbacher, NZWiSt 2013, 201 (205) geht davon aus, dass insbesondere bei komplexen Verständigungen die Protokoll führenden Urkundsbeamten der Geschäftsstelle praktisch überfordert sein könnten, weshalb der Vorsitzende den erforderlichen Inhalt in das Protokoll diktieren sollte.



dings an, nach erfolgter Protokollierung den Verfahrensbeteiligten das Recht zur Korrektur zu geben und ebenfalls zu protokollieren, wenn auf Nachfrage durch das Gericht keine Bedenken gegen den Inhalt der Protokollierung geltend gemacht werden. So können spätere Streitigkeiten über Art und Inhalt einer Verständigung vermieden und in Umsetzung der Vorgaben des BVerfG eine erhöhte Transparenz erreicht werden.<sup>46</sup>

#### cc) Zulässigkeit und Abgrenzung organisatorischer Gespräche

Das BVerfG weist im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Gesprächen mit einem (rein) organisatorischen Inhalt darauf hin, dass diese als Folge der von § 257b StPO akzeptierten offenen und kommunikativen Verhandlungsführung nach wie vor zulässig sind.<sup>47</sup> Ob vor dem Hintergrund des zu erwartenden Bedeutungsverlustes des § 257c StPO der Vorschrift des § 257b StPO ein größeres Maß an Bedeutung zukommen wird, erscheint allerdings fraglich.<sup>48</sup> Insoweit muss berücksichtigt werden, dass nicht verständigungs-basierte Erörterungen des Verfahrensstandes (§ 257b StPO) ebenfalls gem. § 273 Abs. 1 S. 2 StPO zu protokollieren sind. Darüber reicht es nach dem BVerfG aus, dass im Rahmen eines Gesprächs zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten bereits die konkludente Möglichkeit einer Verständigung im Raum steht, um die Mitteilungs- und Protokollierungspflichten des § 273 Abs. 1a StPO auszulösen.

Vor diesem Hintergrund besteht zwar gem. § 257b StPO grundsätzlich die Möglichkeit des Vorsitzenden, vorläufige Beurteilungen der Sach- und Rechtslage sowie der Straferwartung mit und ohne Geständnis abzugeben. Diese Möglichkeit kann allerdings nicht dazu genutzt werden, mittels einer „faktischen“ Verständigung die Voraussetzungen der §§ 243 Abs. 4, 257c, 273 Abs. 1a StPO zu umgehen. Ein initiatives Handeln des Gerichts bei der Angabe von Strafhöhen kann dabei als Indiz für ein eigenes Interesse an dem Zustandekommen einer Verständigung gewertet werden.<sup>49</sup>

#### dd) Auswirkungen auf § 160b S. 2 StPO

Die Protokollierung von Gesprächen über eine mögliche Verständigung zwischen Staatsanwaltschaft und (verteidigtem) Beschuldigten richtet sich nach § 160b S. 2 StPO. Zwar beziehen sich die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze zur Art und Umfang der erforderlichen Protokollierung nicht unmittelbar auf § 160 S. 2 StPO, jedoch erscheint insbesondere bezüglich der Dokumentation des wesentlichen Ablaufs, des Inhalts sowie des Ergebnisses einer Verständigung eine weitgehende Orientierung an den Vorgaben des BVerfG sinnvoll.<sup>50</sup> Dies gilt auch für Gespräche zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten über die Strafhöhe im Vorfeld eines Strafbefehlsverfahrens.

#### ee) Notwendige Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO

Dem Urteil des BVerfG lässt sich keine Aussage zu der Frage entnehmen, ob das Zustandekommen einer Verständigung gem. § 257c StPO einen Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO darstellt, obwohl dies unter Berücksichtigung des Anspruchs des Angeklagten auf ein faires Verfahren durchaus nahe gelegen hätte. Die Komplexität der bei einer Verständigung zu beachtenden Umstände sowie Umfang, Art und Inhalt der Mitteilungs- und Protokollierungspflichten sprechen dafür, dass es sich regelmäßig um eine schwierige Sach- und Rechtslage im Sinne von § 140 Abs. 2 StPO handelt, bei der sich ein Angeklagter alleine nicht ausreichend verteidigen kann. Ausnahmen sind denkbar, wenn es sich um einfach gelagerte Sachverhalte mit überschaubaren Mitteilungen und Dokumentationen handelt. Bei Verständigungen im Rahmen eines Jugendstrafverfahrens wird in der Regel ein Pflichtverteidiger zu bestellen sein.<sup>51</sup>

## V. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben unterscheidet das BVerfG zwischen revisions- und strafrechtlichen Konsequenzen.

### 1. Revisionsverfahren

#### a) Vorgaben des BVerfG

Nach dem BVerfG soll die Kontrolle durch die Rechtsmittelgerichte dazu beitragen, dass „Verständigungen in erster Instanz wirklich so ablaufen, wie es den Vorgaben des Gesetzgebers entspricht“. In diesem Zusammenhang nimmt das BVerfG mehrere Klarstellungen vor, die weitreichende Auswirkungen auf das Revisionsverfahren haben:<sup>52</sup>

- Das **Verbot eines Rechtsmittelverzichts** erfasst formelle und informelle Verständigungen.
- Die gesetzlichen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten sind **keine bloßen Ordnungsvorschriften**.

<sup>46</sup> BGH v. 10.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 11 (juris) hat die Frage, ob die Dokumentationspflicht zu einem Vorgehen gem. § 273 Abs. 3 S. 3 StPO zwingt, ausdrücklich offen gelassen.

<sup>47</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 84, 106 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>48</sup> So *König/Harrendorf*, AnwBl 5/2013, 321.

<sup>49</sup> *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201 (204).

<sup>50</sup> Vgl. zur Protokollierungspflicht des § 160 S. 2 StPO allg. BGH v. 29.11.2011 – 1 StR 287/11 – Tz 13 (juris), StraFo 2012, 151.

<sup>51</sup> So auch BT-Drucks 16/12310, S. 10; KMR-StPO/v. *Heintschel-Heinegg*, Stand Nov. 2009, § 257c Rn 20.

<sup>52</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 94 ff. (juris), StraFo 2013, 153.



- Ein Verstoß gegen einzelne Mitteilungspflichten (§ 243 Abs. 4 StPO) oder gegen einzelne Dokumentationspflichten (§ 273 Abs. 1a StPO) führt grundsätzlich zur **Rechtswidrigkeit der gesamten Verständigung**.
- Ein **Beruhendes Urteils** auf dem Rechtsverstoß wird nur in absoluten Ausnahmefällen ausgeschlossen sein.
- Hält sich das Gericht an eine solche **gesetzwidrige Verständigung**, wird ein Beruhendes Urteils im Sinne von § 337 StPO auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist.
- Auch bei einer **fehlerhaften Negativmitteilung** (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO) oder einem **fehlerhaften Negativattest** (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO) wird nach Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhendes Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich nicht auszuschließen sein, sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand.
- Fehlt im **Hauptverhandlungsprotokoll** der nach § 273 Abs. 1a S. 2 StPO vorgeschriebene Hinweis auf eine Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO, ergibt sich daraus lediglich, dass eine solche Mitteilung in der Hauptverhandlung unterblieben ist, nicht aber, dass es keine Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung gegeben hat, weil diese Tatsache nicht von der negativen Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) umfasst ist.
- Bei einem Verstoß gegen die **qualifizierte Belehrungspflicht** des § 257c Abs. 5 StPO wird im Rahmen der revisionsgerichtlichen Prüfung regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Geständnis und damit auch das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruht. Ein Beruhendes Urteils wird ausnahmsweise nur dann verneint werden können, wenn sich feststellen lässt, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte.<sup>53</sup>
- Ein **Verstoß gegen die Belehrungspflicht** des § 257c Abs. 5 StPO verliert nicht an Bedeutung oder wird gar obsolet, weil eine Lösung des Gerichts von der Verständigung nach § 257c Abs. 4 S. 3 StPO das infolge der Verständigung abgegebene Geständnis unverwertbar macht.

## b) Bewertung

### aa) Umfang der Verfahrensrügen

Sofern in der Revision vorgetragen wird, dass eine Verständigung in unzulässiger Weise die Zusage der Anwendbarkeit eines Sonderstrafrahmens beinhaltet hat, muss die Beanstandung den Schuldspruch anfechten und im Rahmen einer diesbezüglichen Verfahrensrüge erfolgen.<sup>54</sup> Weiterhin muss die Rüge, dass seitens des Gerichts keine Mitteilung gem.

§ 243 Abs. 1 S. 1 StPO über Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung erfolgt sei, zugleich vortragen, dass überhaupt entsprechende Gespräche mit dem Ziel einer Verständigung stattgefunden haben.<sup>55</sup>

Zwar spricht der Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten für eine Pflicht des Gerichts, eine „Negativmitteilung“ über nicht stattgefundene Gespräche vorzunehmen, da insoweit ein größeres Maß an Transparenz hergestellt werden kann. Allerdings findet eine solche Auslegung ihre Grenze im Wortlaut des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Nach dem nicht auslegungsfähigen Wortlaut dieser Regelung („ob Erörterungen [ ... ] stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung [ ... ] gewesen ist“) setzt eine entsprechende Mitteilungspflicht in tatsächlicher Hinsicht zumindest Gespräche mit der Möglichkeit einer Verständigung voraus.<sup>56</sup> Fehlt im Rahmen der Revision ein diesbezüglicher Vortrag, wird kein Rechtsfehler behauptet.<sup>57</sup>

Eine Verfahrensrüge ist gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO allerdings dann ausreichend substantiiert, wenn sie nur auf das Fehlen einer ausreichenden Mitteilung oder Dokumentation hinweist. Die weitere Behauptung, dass ein konkreter Verfahrensfehler vorliegt, ist im Zusammenhang mit den §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO ausnahmsweise nicht erforderlich.<sup>58</sup> Sofern ein Verstoß gegen § 257c Abs. 3 StPO geltend gemacht wird, muss der Revisionsführer weiterhin vortragen, wie er selbst und der Revisionsgegner sich zu dem im Revisionsvorbringen wiedergegebenen Vorschlag des Gerichts verhalten haben.<sup>59</sup> Unter Berücksichtigung der umfangreichen Vorgaben des BVerfG zu den vom Gericht mitzuteilenden und zu protokollierenden Gesprächsbeiträgen der Verfahrensbeteiligten im Zusammenhang mit einer Verständigung ist davon auszugehen, dass zukünftig auch diese Umstände vorgetragen werden müssen.<sup>60</sup>

### bb) Nachweis einer informellen Verständigung

Die Frage, ob es – ggf. entgegen einem protokollierten Negativtestat – eine informelle Verständigung gegeben hat, ist in der Revision im Freibeweisverfahren zu klären. In Verfahren gegen mehrere Angeklagte hat eine gesonderte Prüfung für jeden Angeklagten zu erfolgen.<sup>61</sup> Bei dieser Prüfung ist neben den Stellungnahmen der Beteiligten zu würdigen, ob der tatsächliche Ablauf der Hauptverhandlung mit der Annahme einer Verständigung vereinbar ist. Dies liegt nahe, wenn deren typisches Bild (Gespräch zwischen Gericht, Staatsanwalt-

<sup>53</sup> Vgl. auch BVerfG v. 30.6.2013 – 2 BvR 85/12 – Tz 26-27 (juris).

<sup>54</sup> BGH v. 25.4.2013 – 5 StR 139/13 – Tz 5 (juris), StraFo 2013, 287.

<sup>55</sup> BGH v. 19.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 6, 11 (juris).

<sup>56</sup> BGH v. 19.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 6, 10 (juris).

<sup>57</sup> BGH v. 19.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 10 (juris).

<sup>58</sup> BGH v. 10.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 7-8 (juris).

<sup>59</sup> BGH v. 13.5.2012 – 5 StR 411/11 – Tz 5 (juris), NSTZ-RR 2012, 244.

<sup>60</sup> So auch BGH v. 19.7.2013 – 2 StR 195/12 – Tz 6, 11 (juris).

<sup>61</sup> OLG München v. 31.5.2013 – 1 Ws 469/13 – Tz 32 (juris).



schaft und Verteidigung vor bzw. außerhalb der Hauptverhandlung; mehr oder weniger formales Geständnis des Angeklagten; weitgehender Verzicht auf eine Beweisaufnahme; Rechtsfolgenausspruch wie vom Gericht in Aussicht gestellt; allseitiger Rechtsmittelverzicht noch in der Hauptverhandlung) gegeben ist.<sup>62</sup> Dabei ist zu beachten, dass die durch die Sachaufklärung nicht zu beseitigenden Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen zwar grundsätzlich zulasten des Angeklagten gehen.<sup>63</sup> Verfassungsrechtlich findet dieses Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts jedoch dort seine Grenze, wo die Zweifel ihre Ursache in einem Verstoß gegen eine gesetzlich angeordnete Dokumentationspflicht haben.<sup>64</sup> Ausnahmsweise soll ein Urteil bei Vornahme einer unzulässigen informellen Absprache nichtig sein, wenn das Gericht der Pflicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts und der Schuld des Angeklagten erkennbar bewusst nicht nachgekommen ist und sich keine eigene Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung nach § 261 StPO gebildet, sondern lediglich eine bereits im Zwischenverfahren getroffene „Verständigung“ ohne jegliche Nachkontrolle ihrer inhaltlichen Richtigkeit in ein formales Urteil umgesetzt hat.<sup>65</sup>

### cc) Beruhensfrage

Die Ausführungen des BVerfG zur revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der verfahrensrechtlichen Verstöße stellen eine Abkehr von der bisherigen fachgerichtlichen Rechtsprechung dar. Nach dieser konnte bei der Erhebung einer entsprechenden Verfahrensrüge das Beruhen eines geltend gemachten Verstoßes gegen Protokollierungs- und Mitteilungspflichten in der Regel ausgeschlossen werden.<sup>66</sup> Das BVerfG hat dieses Regel/Ausnahme-Verhältnis unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Grundsätze umgekehrt und so eine Verfahrensrüge *sui generis* geschaffen. Das BVerfG erklärt Verstöße gegen wesentliche Form- und Verfahrensvorschriften, die grundlegende Verfassungsrechte und -grundsätze schützen, faktisch zu absoluten Revisionsgründen.<sup>67</sup> Die Tatgerichte sind zukünftig gehalten, ihre Protokolle an die Dokumentationsvorgaben des BVerfG anzupassen, da sie ansonsten die (quasi-automatische) Aufhebung ihrer Urteile im Wege der Revision riskieren.

Ein Beruhen des Urteils auf dem Belehrungsverstoß kann ausgeschlossen sein, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dem Angeklagten auch ohne entsprechende Belehrung durch das Gericht – etwa aus anderen Strafverfahren oder Gesprächen mit seinem Verteidiger – bekannt gewesen sein könnte, wann die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt.<sup>68</sup> Insoweit sind jedoch zum Schutz des Angeklagten strenge Anforderungen zu stellen. Das Gericht muss in seinem Urteil konkrete Feststellungen treffen, ob diesbezüglich „belastbare Indizien“ gegeben sind.<sup>69</sup> Ein Beruhen kann weiterhin dann ausgeschlossen werden, wenn sich bereits aus dem revisionsrechtlichen Rügevorbringen ergibt, dass „Verständigungsgespräche zu keinem Zeitpunkt stattgefunden haben“.<sup>70</sup>

### dd) Verwertbarkeit des Geständnisses nach rechtswidriger Verständigung

Während rechtswidrige Verständigungen nach der bisherigen Rechtsprechung der Fachgerichte regelmäßig nicht die Unverwertbarkeit eines Geständnisses zur Folge hatten,<sup>71</sup> wird daran unter Berücksichtigung der Wertungen des BVerfG nicht mehr festzuhalten sein. Nach dem BVerfG führt ein Verstoß gegen einzelne Mitteilungs-, Belehrungs- oder Dokumentationspflichten grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit der gesamten Verständigung, was eine „geltungserhaltende Reduktion“ ausschließt.<sup>72</sup> Sofern der Grund für das Vorliegen einer rechtswidrigen Verständigung vom Angeklagten nicht in vorwerfbarer Art und Weise (mit-)verursacht wurde,<sup>73</sup> kann dies unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grundsätze des fairen Verfahrens und der Selbstbelastungsfreiheit nicht dazu führen, dass ein Geständnis – z.B. nach Zurückverweisung des Verfahrens durch das Revisionsgericht – gleichwohl in dem weiteren Verfahren gegen ihn verwertbar bleibt.<sup>74</sup> Denn damit würden (staatliche) Verstöße gegen gesetzliche Regelungen,

<sup>62</sup> OLG München v. 31.5.2013 – 1 Ws 469/13 – Tz 32 (juris).

<sup>63</sup> Vgl. Niemöller, StV 2012, 385 (389) m.w.N.

<sup>64</sup> BVerfG v. 5.3.2012 – 2 BvR 1464/11 – Tz 26 (juris), StraFo 2012, 131; OLG München v. 31.5.2013 – 1 Ws 469/13 – Tz 32 (juris).

<sup>65</sup> OLG München v. 13.5.2013 – 2 Ws 1149/12 2 Ws 1150/12 – Tz 84 (juris).

<sup>66</sup> Vgl. u.a. BGH v. 20.10.2010 – 1 StR 400/10 (juris), NSStZ 2011, 592 sowie die Nachweise bei BeckOK-StPO/Wiedner, Stand 28.1.2013, § 337 StPO Rn 127 ff.

<sup>67</sup> Ähnlich Mosbacher, NZWiSt 2013, 201 (206); Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (669); anders noch BGH v. 20.10.2010 – 1 StR 400/10 (juris), NSStZ 2011, 592. Kritisch Stuckenberg, ZIS 4/2013, 212 (215), nach dem sich diese Argumentation des BVerfG grundsätzlich auf alle Verfahrensfehler ausdehnen ließe, was der Unterscheidung von absoluten und relativen Revisionsgründen zuwider läuft.

<sup>68</sup> BGH v. 11.4.2013 – 1 StR 563/12 – Tz 9 (juris).

<sup>69</sup> BVerfG v. 30.6.2013 – 2 BvR 85/13 – Tz 26–27 (juris).

<sup>70</sup> BGH v. 22.5.2013 – 4 StR 121/13 – Tz 5 (juris).

<sup>71</sup> BGH v. 19.8.2010 – 3 StR 226/10 – Tz 7 (juris).

<sup>72</sup> Dies gilt auch für sonstige Verstöße (z.B. die Einbeziehung unzulässiger Inhalte in die Verständigung), die ebenfalls die Rechtswidrigkeit der Verständigung zur Folge haben.

<sup>73</sup> Eine vorwerfbare (Mit-)Verursachung dürfte nur dann in Betracht kommen, wenn der Angeklagte vorsätzlich bzgl. des die Rechtswidrigkeit auslösenden Umstandes gehandelt hat. Die Zurechnung eines Verschuldens des (Pflicht-)Verteidigers erfolgt dabei grundsätzlich nicht, vgl. BVerfG v. 8.8.1990 – 2 BvR 267/90 (juris), NJW 1991, 351; BGH v. 12.1.1993 – 5 StR 568/91 (juris), NJW 1994, 3112. Der Verteidiger kann sich insoweit allerdings Regressansprüchen des Angeklagten ausgesetzt sehen, wenn er seinen Mandanten nicht auf die Rechtswidrigkeit hinweist, vgl. ausführlich BeckOK-StPO/Eschelbach, Stand 11.4.2013, § 257c StPO Rn 59 ff. Daher ist der Verteidiger grundsätzlich gehalten, auf die rechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung zu achten, vgl. Knauer/Lickleder, NSStZ 2012, 366 (375).

<sup>74</sup> So auch OLG Rostock v. 5.8.2013 – 1 Ss 86/12 (103/12) – Tz 12–13 (juris) für einen Verstoß gegen § 257c Abs. 5 StPO; OLG Düsseldorf v. 6.10.2010 – III-4 RVs 60/10, 4 RVs 60/10 – Tz 13, StV 2012, 10 für den Fall einer informellen Verständigung; SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 257c Rn 48; BeckOK-StPO/Eschelbach, Stand 11.4.2013, § 257c StPO Rn 49.6; a.A. BGH v. 16.3.2011 – 1 StR 60/11 – Tz 5 (juris), wistra 2011, 276; v. 1.3.2011 – 1 StR 52/11 (juris), NJW 2011, 1526; v. 19.8.2010 – 3 StR 226/10 – Tz 7 (juris), StV 2011, 76; Moldenhauer/Wenske, NSStZ 2012, 184 (186 ff.).



die – worauf das BVerfG hinweist – gerade die zugrunde liegenden Verfassungsrechte des Angeklagten schützen sollen,<sup>75</sup> eine nachteilige Wirkung zu seinen Lasten entfalten. Der Angeklagte hat in der Regel mit seinem Geständnis zu seiner Verurteilung beigetragen, kann sich aufgrund der Rechtswidrigkeit der Verständigung aber nicht auf dessen Bindungswirkung berufen. Er darf aufgrund des Umstandes, dass die (vereinbarte) Grundlage seiner Verurteilung nachträglich entfallen ist, verfassungsrechtlich nicht schlechter gestellt werden, als wenn das Gericht aufgrund einer geänderten Einschätzung der Sach- oder Rechtslage zu einem früheren Zeitpunkt Abstand von der Verständigung nimmt (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO).<sup>76</sup>

Das Beweisverwertungsverbot muss in der Revision durch eine entsprechende Verfahrensrüge geltend gemacht werden.<sup>77</sup> Mitangeklagte können sich aufgrund der insoweit maßgeblichen „Rechtskreistheorie“ nicht auf ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot berufen.<sup>78</sup>

Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 S. 1 StPO) führt bei der alleinigen Einlegung einer Revision durch den Angeklagten bei Einhaltung der auch von ihm im Rahmen der Verständigung akzeptierten Strafobergrenze zu deren Perpetuierung im weiteren Verfahren, sofern diese Obergrenze als Strafe festgesetzt wurde.<sup>79</sup> Führt dagegen eine zum Nachteil des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft zur Aufhebung und Zurückweisung des Urteils, besteht für das Tatgericht keine Bindungswirkung an die im Rahmen der Verständigung zugesagte Strafobergrenze.<sup>80</sup>

### ee) Altfälle

Für die Behandlung von Altfällen ist zu beachten, dass die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze uneingeschränkt für Verfahren gelten, in denen vor der Entscheidung vom 19.3.2013 ein Urteil ergangen ist. Maßgebend ist allein die objektive Verfassungswidrigkeit zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidungen und nicht die Frage einer etwaigen Vorwerfbarkeit einer Grundrechtsverletzung durch die Fachgerichte.<sup>81</sup> Zu einer Wiederaufnahme von Altfällen gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG wird es allerdings nicht kommen, weil das BVerfG keine gesetzliche Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat, sondern das Regelungskonzept des Gesetzgebers im Grundsatz gebilligt und lediglich die einfachgesetzlichen Vorgaben zur Verständigung verfassungsrechtlich „präzisiert“ hat.<sup>82</sup>

## 2. Strafbarkeit

### a) Allgemeines

Das BVerfG hat sich mit der Möglichkeit strafrechtlicher Folgen für Richter und Staatsanwälte nicht ausführlich beschäftigt. Quasi nebenbei hat es darauf hingewiesen, dass bei bewussten Verstößen gegen die Protokollierungspflichten

eine Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt gem. § 348 StGB in Betracht kommt.<sup>83</sup> Auf andere Straftatbestände ist das BVerfG nicht eingegangen.

Im Schrifttum wurden Zweifel geäußert, ob die Drohung mit dem Strafrecht das geeignete Mittel sei, die Justiz zu einer Anwendung der – nunmehr sogar noch komplexeren – Vorgaben anzuhalten.<sup>84</sup> Da vermutlich kein Richter oder Staatsanwalt den Anschein erwecken möchte, in Ausübung seiner Amtspflichten Straftatbestände zu verwirklichen, dürfte die Drohung mit strafrechtlichen Konsequenzen in tatsächlicher Hinsicht ein deutlich effektiveres Mittel zur Durchsetzung der Vorgaben des BVerfG sein, als dies die Drohung mit einer Aufhebung des Urteils im Revisionsverfahren ist. Diejenigen, die sich in der Hauptverhandlung für eine bewusste Umgehung der Vorgaben des BVerfG entscheiden, setzen häufig gerade darauf, dass es zu keiner Rechtsmitteleinlegung kommt. Die Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung stellt dagegen ein Risiko dar, welches über eine Strafe hinaus erhebliche dienstliche Konsequenzen haben kann und wegen der Möglichkeit eines Verteidigerwechsels und des den Staatsanwalt verpflichtenden Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 1 StPO) erheblich schlechter zu kalkulieren ist.<sup>85</sup>

### b) Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)

Die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) wurde vom BVerfG ausdrücklich im Zusammenhang mit falschen Negativtestaten zur Verschleierung einer verbotenen informellen Absprache genannt. Täter einer Falschbeurkundung im Amt können der Vorsitzende und

<sup>75</sup> Aufgrund dieses „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ (vgl. dazu BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 (juris), BVerfGE 53, 30 (KKW Mühlheim-Kärlich); v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 (juris), BVerfGE 35, 79 (Hochschulurteil)) kommt es auf das Bestehen eines besonderen „Vertrauenstatbestandes“ auf Seiten des Angeklagten gerade nicht an. Dieser kann wegen Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich auf die Beachtung der Gesetze durch die Justiz vertrauen.

<sup>76</sup> Es handelt sich nicht um eine Frage der Fernwirkung des Verwertungsverbot, da es aufgrund der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit nur um die Verwertbarkeit des Geständnisses in dem weiteren Verfahren geht. Für § 257c Abs. 4 S. 3 StPO wird eine Fernwirkung von der wohl h.M. abgelehnt, vgl. OLG Nürnberg v. 29.2.2012 – 1 St OLGs 292/11 (juris), NSTZ-RR 2012, 255; Meyer-Göfner, StPO, 56. Aufl., § 257c Rn 28; a.A. SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 257c Rn 51; Jahn/Müller, NJW 2009, 2625 (2629).

<sup>77</sup> BGH v. 16.3.2011 – 1 StR 60/11 – Tz 4 (juris), wistra 2011, 276; v. 1.3.2011 – 1 StR 52/11 (juris), NJW 2011, 1526.

<sup>78</sup> A.A. BeckOK-StPO/Eschelbach, Stand 11.4.2013, § 257c StPO Rn 38.

<sup>79</sup> BGH v. 24.2.2010 – 5 StR 38/10 – Tz 10 (juris).

<sup>80</sup> BGH v. 28.2.2013 – 4 StR 537/12 – Tz 12 (juris).

<sup>81</sup> BVerfG v. 30.6.2013 – 2 BvR 85/12 – Tz 29 (juris).

<sup>82</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 64, 122 (juris), StraFo 2013, 153; Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (664).

<sup>83</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 78 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>84</sup> König/Harrendorf, AnwBl 5/2013, 321 (324); Stuckenberg, ZIS 4/2013, 212 (218); Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (672); Altenhain/Haimert, JZ 2010, 327 (336).

<sup>85</sup> Ähnlich Scheinfeld, ZJS 3/2013, 296 (301); Polomski, DRiZ 2011, 315 (316).



der Protokoll führende Urkundsbeamte der Geschäftsstelle sein, da beide im Rahmen ihrer amtlichen Zuständigkeit zur Protokollierung befugt sind (§ 271 Abs. 1 S. 1 StPO).<sup>86</sup> Das Vorliegen einer wissentlichen Falschbeurkundung gem. § 348 StGB scheidet – unabhängig von der Frage einer Sperrwirkung des § 339 StGB<sup>87</sup> – nicht am Fehlen eines tauglichen Tatobjekts. Das Sitzungsprotokoll stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 348 Abs. 1 StGB dar, deren gesteigerte öffentliche Beweiskraft<sup>88</sup> gem. § 274 S. 1 StPO in dem Beweis der Einhaltung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten besteht.<sup>89</sup> Dafür spricht, dass im Rahmen von § 348 StGB auch derjenige als Verletzter anzusehen ist, dessen Beweisposition durch die Falschbeurkundung beeinträchtigt wurde.<sup>90</sup> Ein Richter verfälscht daher z.B. ein Protokoll im Sinne von § 348 Abs. 1 StGB, wenn er bewusst wahrheitswidrig ein Negativtest gem. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO erteilt.<sup>91</sup>

Das Sitzungsprotokoll entfaltet aufgrund der Beschränkungen des § 274 StPO allerdings keine gesteigerte öffentliche Beweiskraft bezüglich der über die Einhaltung der Förmlichkeiten hinausgehenden inhaltlichen Richtigkeit der protokollierten Umstände, so dass eine unzutreffende Protokollierung des Inhalts einer Verständigung nicht unter den Anwendungsbereich des § 348 Abs. 1 StGB fällt.

Ein vorsätzliches Unterlassen kann eine Falschbeurkundung darstellen, wenn eine entsprechende Pflicht zur Protokollierung (§ 13 StGB) besteht.<sup>92</sup> Im Zusammenhang mit der Verständigung ist insoweit insbesondere an die unterlassene Protokollierung einer (unzulässigen) informellen Absprache zu denken, die nach dem BVerfG gem. § 273 Abs. 1a StPO in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist.

### c) Rechtsbeugung (§ 339 StGB)

In besonders schwerwiegenden Fällen kann weiterhin ein Anfangsverdacht wegen Rechtsbeugung gem. § 339 StGB bestehen, da der Tatbestand dieser Norm auch Verstöße gegen Verfahrensvorschriften erfasst.<sup>93</sup> Zur Tatbestandserfüllung ist in objektiver Hinsicht ein elementarer Verstoß gegen die Rechtsordnung erforderlich. Dieser ist dann gegeben, wenn sich der Täter bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt.<sup>94</sup> Zudem ist erforderlich, dass durch die Rechtsverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung begründet wird, ohne dass diese Gefahr sich tatsächlich realisieren muss.<sup>95</sup> Ob diese Voraussetzungen im Fall der bewussten Umgehung der gesetzlichen Vorgaben im Zusammenhang mit einer Verständigung gegeben sind, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Bei Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben, die der Einhaltung grundlegender verfassungsrechtlicher Prinzipien, wie z.B. das Transparenzgebot, das Schuldprinzip und das Recht auf ein faires Verfahren, dienen, wird unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG im Regelfall ein elementarer Verstoß vorliegen.<sup>96</sup> Dies dürfte u.a. bei der Erteilung eines

unzutreffenden Negativtestats (§ 273 Abs. 1a StGB), der Vornahme informeller Verständigungen (ggf. mit einem falschem Negativtestat) sowie bei bewusster Einbeziehung unzulässiger Inhalte in eine Verständigung der Fall sein. Spätestens seit der Entscheidung des BVerfG ist hinreichend klar, dass alle Beweggründe, die sich außerhalb der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Verständigung bewegen, als sachfremd anzusehen sind.

### d) Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB)

Schließlich kommt eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung im Amt gem. § 258a StGB in Betracht.<sup>97</sup> Die erforderliche Verfolgungsvereitelung kann darin bestehen, dass eine strafgerichtliche Verurteilung „auf geraume Zeit“ verhindert wird.<sup>98</sup> Eine Verzögerung von zumindest einigen Wochen reicht insoweit aus.<sup>99</sup> Da ein Urteil bei einer bewussten Umgehung der gesetzlichen Vorgaben für eine Verständigung im Rechtsmittelverfahren nunmehr regelmäßig der Aufhebung unterliegt, kommt es zu einer zeitlichen Verzögerung bis zur Verhängung einer rechtmäßigen Strafe. Der Einwand, dass die gleiche oder eine zumindest vergleichbare Strafe, die aufgrund der rechtswidrigen Verständigung ausgeurteilt wurde, auch bei einer Verurteilung ohne Ver-

<sup>86</sup> Der Nachweis einer vorsätzlichen Tatbegehung durch den Protokollführer dürfte regelmäßig daran scheitern, dass von ihm die Kenntnis der Rechtsprechung des BVerfG nicht verlangt werden kann.

<sup>87</sup> Nach h.M. kann ein Richter wegen Straftaten, die in einem inneren Zusammenhang mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache stehen, nur dann verurteilt werden, wenn er sich zugleich wegen Rechtsbeugung strafbar gemacht hat (sog. Sperrwirkung der Rechtsbeugung), vgl. MüKo-StGB/UEbele, 1. Aufl., § 339 Rn 71; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 339 Rn 21 jeweils m.w.N.

<sup>88</sup> Die häufig verwendete Begrifflichkeit einer „Beweiskraft für und gegen jedermann“ ist irreführend, vgl. MüKo-StGB/Freund, 1. Aufl., § 348 Rn 13 m.w.N.

<sup>89</sup> BGH v. 11.8.2006 – 3 StR 284/05 – Tz 29 (juris), StraFo 2007, 194; Dießner, StV 2011, 43 (46 f.); a.A. OLG Hamm v. 5.11.1976 – 3 Ss 392/76 (juris), NJW 1977, 592; BayObLG v. 31.10.1995 – 2 St RR 80/95 (juris), NStZ-RR 1996, 13; Stuckenberg, ZIS 4/2013, 212 (215); Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (606).

<sup>90</sup> OLG Stuttgart v. 12.11.2003 – 1 Ws 248/03 (juris), Justiz 2004, 213.

<sup>91</sup> So auch Dießner, StV 2011, 43 (47); a.A. wohl König/Harrendorf, AnwBl 5/2013, 321 (324).

<sup>92</sup> Fischer, StGB, 60. Aufl., § 348 Rn 7.

<sup>93</sup> BGH v. vom 24.6.2009 – 1 StR 201/09 (juris), NStZ 2010, 92; v. 11.4.2013 – 5 StR 261/12 – Tz 39 (juris); Fischer, StGB, 60. Aufl., § 339 Rn 11 m.w.N.; Dießner, StV 2011, 43 (45).

<sup>94</sup> BGH v. vom 24.6.2009 – 1 StR 201/09 (juris), NStZ 2010, 92; v. 11.4.2013 – 5 StR 261/12 – Tz 39 (juris).

<sup>95</sup> Fischer, StGB, 60. Aufl., § 339 Rn 11d.

<sup>96</sup> So auch Kirsch, StraFo 2010, 96 (101); Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (606).

<sup>97</sup> Aufgrund der Sperrwirkung des § 339 StGB müssten allerdings auch dessen Voraussetzungen erfüllt sein, vgl. OLG Karlsruhe v. 9.12.2003 – 3 Ws 174/03 (juris), NJW 2004, 1469.

<sup>98</sup> BGH v. 4.8.1983 – 4 StR 378/83 (juris), NJW 1984, 135; Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB, 28. Aufl., § 258 Rn 14.

<sup>99</sup> Vgl. die Nachweise bei Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB, 28. Aufl., § 258 Rn 14.



ständigigung bzw. auf Grundlage einer ordnungsgemäßen Verständigung erfolgt wäre, lässt den Tatbestand nicht entfallen. Prüfungsmaßstab für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs als Ausdruck der von §§ 258, 258a StGB geschützten Strafrechtspflege kann nur eine „rechtstreue“ Verurteilung sein, da nur dieser eine ausreichende rechtsstaatliche Legitimationswirkung zukommt. Mit einer (bewusst) rechtswidrigen Verständigung wird der Angeklagte gerade nicht – wie es der Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB voraussetzt – „dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft“, sondern dem Strafgesetz zuwider. Die aufgrund einer bewusst rechtswidrigen Verständigung erfolgte Verurteilung setzt den staatlichen Strafanspruch nicht rechtsstaatlich durch, sondern verhindert aufgrund ihrer erleichterten Aufhebbarkeit im Rechtsmittelverfahren eine zeitnähere, rechtswirksame Ahndung.<sup>100</sup>

#### e) Strafbarkeit des Staatsanwalts

Bei einem vorsätzlichen Handeln kommt eine Strafbarkeit des beteiligten Staatsanwalts wegen (Mit-)Täterschaft oder Teilnahme (§§ 16, 17 StGB) in Betracht.<sup>101</sup> Da § 257c Abs. 3 S. 4 StPO zwingend die Zustimmung der Staatsanwaltschaft voraussetzt, sprechen im Regelfall die besseren Argumente für eine Mittäterschaft des Staatsanwalts.<sup>102</sup> Im Fall einer vorsätzlichen Untätigkeit durch den Staatsanwalt ist eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (§ 13 StGB) zu prüfen, da die Ausführungen des BVerfG zur hervorgehobenen Rolle der Staatsanwaltschaft<sup>103</sup> für dessen verfassungsrechtliche Garantenpflicht sprechen. Sollte der Staatsanwalt trotz konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen eines vorsätzlichen Verstoßes des Richters bewusst und gewollt kein Ermittlungsverfahren gegen den Richter einleiten, begibt er sich auch insoweit in die Gefahr einer strafrechtlichen Ahndung wegen einer Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB).

### VI. Rolle der Staatsanwaltschaft

Ein weiteres wichtiges Element im Urteil des BVerfG stellt die Hervorhebung der Rolle der Staatsanwaltschaft dar.<sup>104</sup> Durch das Zustimmungserfordernis wird die Staatsanwaltschaft in die Lage versetzt, rechtswidrige Verständigungen zu verhindern, wozu sie – worauf das BVerfG hinweist – als „Wächterin des Gesetzes“ (§ 160 Abs. 2 StPO) auch verpflichtet ist. Weiterhin muss die Staatsanwaltschaft gegen Urteile, die auf unzulässigen Verständigungen beruhen, Rechtsmittel einlegen. Den Behördenleitern der (General-)Staatsanwaltschaften erteilt das BVerfG zudem einen „Arbeitsauftrag“, indem es darauf hinweist, dass insbesondere Weisungsgebundenheit und Berichtspflichten es ermöglichen, einheitliche Standards für die Erteilung der Zustimmung zu Verständigungen sowie für die Ausübung der Rechtsmittelbefugnis aufzustellen und durchzusetzen.<sup>105</sup>

### VII. Ausblick

Das Urteil des BVerfG hat weitreichende Auswirkungen auf die staatsanwaltliche und strafgerichtliche Praxis im Umgang mit Verständigungen in Strafsachen. Zwar hat das BVerfG die gesetzlichen Vorgaben zur Verständigung für verfassungsgemäß erachtet. Durch zahlreiche strikte Vorgaben und Klarstellungen, die insbesondere Art und Inhalt von Verständigungen, die Einhaltung der Mitteilungs- und Protokollierungspflichten und die Überprüfung durch die Rechtsmittelgerichte betreffen, wird der Anwendungsbebereich der Verständigung spürbar eingeschränkt.

Dass es das BVerfG ernst damit meint, die in der Vergangenheit anzutreffende gesetzeswidrige Praxis zu beenden, zeigt sich an dem Hinweis auf die mögliche Strafbarkeit sowie an den geänderten Anforderungen im revisionsrechtlichen Verfahren. Das Urteil des BVerfG hat gute Chancen, sein beabsichtigtes Ziel zu erreichen, da den drohenden Konsequenzen ein deutlich größeres Gewicht zukommt als dem erhofften Zeitgewinn durch eine unzulässige Verfahrensabkürzung.<sup>106</sup> Die Justizpraxis findet sich in der unangenehmen Situation wieder, unter die verstärkte Beobachtung des Gesetzgebers und des BVerfG geraten zu sein. Des Mitleids bedarf es nicht, da die Justiz selbst die Verantwortung für diesen Zustand trägt. Sofern sich die Justizpraxis zukünftig nicht rechtstreu verhalten sollte, muss mit einem gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Verbot von Verständigungen gerechnet werden.

Das BVerfG hat auf die staatliche Pflicht zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege hingewiesen und eine Reihe von Ursachen für den „Drang“ der Justiz nach Verständigungen genannt. Allerdings werden die Vorgaben des BVerfG nicht zu einer Verfahrensbeschleunigung bzw. -vereinfachung beitragen. Vielmehr wird – wie es das Gericht selbst prognostiziert – die Anzahl der Verständigungen aufgrund der geforderten restriktiveren Handhabung deutlich zurückgehen, was längere und komplexere Hauptverhandlungen zur Folge haben wird. Da es sehr unwahrscheinlich

<sup>100</sup> Sofern sich ein Vereitelungserfolg nicht mit ausreichender Sicherheit nachweisen lässt, ist zumindest das Vorliegen eines (untauglichen) Versuchs gem. § 258a Abs. 2 StGB zu prüfen. In subjektiver Hinsicht muss der Richter wissen, dass er den Angeklagten der gesetzlichen Strafe oder Maßnahme rechtswidrig entzieht, wobei Eventualvorsatz nicht ausreicht, vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 258a Rn 6.

<sup>101</sup> Vgl. zur möglichen Strafbarkeit des Verteidigers Dießner, StV 2011, 43 (48 f.); Kirsch, StraFo 2010, 96 (101); Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (606).

<sup>102</sup> Fischer, StGB, 60. Aufl., § 339 Rn 7; Dießner, StV 2011, 43 (48). Dies gilt nicht für § 348 StGB, da es sich bei diesem Delikt um ein echtes Sonderdelikt handelt.

<sup>103</sup> Vgl. nachfolgend Punkt VI.

<sup>104</sup> BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 – Tz 91–93 (juris), StraFo 2013, 153.

<sup>105</sup> Insofern Kudlich, NStZ 2013, 379 (381) vorschlägt, Zustimmungen gem. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO nur dem Behördenleiter vorzubehalten, dürfte sich dies insbesondere bei großen Staatsanwaltschaften als unpraktisch erweisen.

<sup>106</sup> Kritisch Knauer, NStZ 2013, 433 (436).



ist, dass sich die personelle Ausstattung der Justiz in absehbarer Zeit spürbar verbessern wird, wäre eine deutlichere Mahnung des BVerfG an den Gesetzgeber, dass die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur umfassenden Wahrheitsermittlung ausreichende sachliche und personelle Ressourcen in der Justiz voraussetzt, wünschenswert gewesen. Und auch beim Beweisantragsrecht, das dem Verteidiger – so er denn will – zahlreiche Möglichkeiten einer nicht immer an der Sache orientierten Prozessverlängerung an die Hand gibt,<sup>107</sup> wird es so schnell keine Änderungen geben. Es bleibt daher zu hoffen, dass der (vermutete) Vertrauensver-

lust der Öffentlichkeit durch „ausgedealte Urteile“ nicht durch einen (realen) Vertrauensverlust abgelöst wird, der Folge einer deutlich längeren Verfahrensdauer aufgrund unzureichender Kapazitäten ist.

<sup>107</sup> Fischer, StraFo 2009, 177 (188), weist zutreffend darauf hin, dass „nicht daran gezweifelt werden [kann], dass es auch ein missbräuchliches, auf sachferne Konfrontation, Provokation, Verzögerung und „Unführbarkeit“ von Strafverfahren gerichtetes Prozessverhalten von Prozessbeteiligten, namentlich von Strafverteidigern gewesen ist, das wesentlich zur Ausbildung der derzeitigen, gesetzefernen Absprachekultur beitragen hat.“

## Untersuchungshaft und Verfahrensbeschleunigung

### Das Beispiel Griechenlands

— Ilias Anagnostopoulos, Athen\*

#### I. Historischer Hintergrund der Untersuchungshaft in Griechenland

Die erste Strafprozessordnung des neuen unabhängigen griechischen Staates wurde von einem deutschen Rechtsprofessor verfasst: Es war *Georg Ludwig von Maurer* von der Universität München, der 1830 zum ersten Präsidenten des oberbayerischen Landrats gewählt und 1831 zum lebenslänglichen Reichsrat des Königreichs Bayern ernannt wurde. Im folgenden Jahr begleitete *von Maurer* den 16jährigen Prinz *Otto*, Sohn des Königs *Ludwig I.*, nach Griechenland, der nach den Beschlüssen der Londoner Konferenz 1832 unter der Führung der damaligen Großmächte (Großbritannien, Frankreich und Russland), welche den aufständischen Griechen zu ihrem Sieg gegen das Osmanische Reich verholfen hatten, zum ersten König des Königreichs Griechenland ernannt wurde.

*Von Maurer* war unter anderem ein Rechtshistoriker<sup>1</sup> und hat in 1835 ein dreibändiges Buch mit dem Titel „Das griechische Volk in öffentlicher, kirchlicher und privatrechtlicher Beziehung vor und nach dem Freiheitskampfe bis zum 31.7.1834“<sup>2</sup> veröffentlicht. Im vorhergehenden Jahr (1834) war die griechische Strafprozessordnung, die im Regierungsblatt in deutscher und griechischer Sprache veröffentlicht war, in Kraft getreten. Die griechische StPO war ein Kind der Aufklärung und wies wesentliche Ähnlichkeiten zum französischen *Code d' instruction criminelle* von 1808 auf.

Artikel 207 grStPO sah vor: „Personen, welche innerhalb des Königreichs ihren ordentlichen Wohnsitz haben und hinreichenden Besitz liegender Güter oder durch ein Gewerbe

angesessen sind, sollen während des Vorverfahrens nur im Falle eines Verbrechens ... verhaftet werden.“ Bei Vergehen durfte die provisorische Verhaftung nach Art. 208 gegen Vorbestrafte, Vaganten, Ausländer, Flüchtlinge und gegen einer Beredung mit anderen Mitschuldigen Verdächtige verhängt werden.

Eine provisorische Freilassung gegen Kautions der Untersuchungshäftlinge war nur bei Vergehen gestattet unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person nicht besonders gefährlich oder kollusionsverdächtig war (Art. 236).

#### II. Die U-Haft-Regelung in der griechischen StPO von 1951 bis 1981

Die in der StPO von 1834 vorgesehene kategorische Untersuchungshaft bei allen Verbrechen, d.h. bei allen Straftaten, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bzw. mit Zuchthaus (Freiheitsstrafe von 5 bis zu 20 Jahren) angedroht waren, hat in Griechenland ein langes Leben gehabt. Sie wurde nämlich in die StPO von 1951 aufgenommen (Art. 282 ff.) und erst im Jahre 1981 durch ein umfassendes U-Haft-Reformgesetz (Gesetz 1128/81) abgeschafft.

\* Der Autor ist Vorsitzender der Hellenischen Strafverteidigervereinigung und Assoziierter Professor an der Nationalen Universität Athen. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag bei den 7. Petersberger Tagen der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, 26. bis 27.4.2013, Königswinter, zum Thema „Andere Länder und Kulturen – andere Wege zum Recht“.

<sup>1</sup> S. z.B. seine Werke „Geschichte des altgermanischen, namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens“, 1824, und „Geschichte der Städteverfassung in Deutschland“, 4 Bd., 1869-1871.

<sup>2</sup> 3 Bd., 1835.



**aktuelle Rechtsprechung** zu Erörterung und Verständigung in der Hauptverhandlung

**Strafverteidiger 2021, S. 1 - 22**

**Mitteilungspflicht allgemein:**

**BGH** 3 StR 102/20; 5 StR 36/20; 2 StR 262/20; 4 StR 477/18

**Umfang** der Mitteilungspflicht:

**BGH** 1 StR 2/19

**Zustimmung** des Angeklagten und **Belehrung:**

**BGH** 1 StR 169/19S; 1 StR 295/19

Aufsatz von *Wachter*, S. 58 ff.

## Sorgenkind außer Kontrolle: Paradigmenwechsel der Geldwäsche-»Bekämpfung« mit der Neufassung des § 261 StGB

Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Richter am OLG Prof. Dr. Matthias Jahn und Wiss. Mit. Theresa Paul, Köln und Frankfurt/M.\*

Erst mit Wirkung vom 18.03.2021 ist das Gesetz zur »Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche« in Kraft getreten (BGBl. I, S. 327). Es dient, mit genretypischer Verspätung eines Vierteljahres über die von Brüssel gewährte Frist hinaus, auch der Umsetzung der am 02.12.2018 in Kraft getretenen 6. Geldwäsche-Richtlinie (EU) 2018/1673. In seiner Bedeutung geht das Gesetz aber weit darüber hinaus. Der nachfolgende Einführungsaufsatz will einen Überblick über die großflächige Neuregelung des § 261 StGB geben, Konsequenzen für die Praxis aufzeigen und Wege zu strafverfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen der Auslegung aufzeigen.

### A. Die kriminalpolitische Ausgangslage der Geldwäsche-»Bekämpfung« im dritten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts

Auch wenn die bellizistische Rhetorik seit Jahren Stil der Strafgesetzgebung ist:<sup>1</sup> Mit dem Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen »Bekämpfung« der Geldwäsche möchte der deutsche Gesetzgeber erklärtermaßen neue Wege bestreiten. Vieles hat er bereits ausprobiert, wenig war zielführend, nicht selten hat er sich verirrt.

Die Vorschrift in § 261 StGB, vor annähernd drei Jahrzehnten in Kraft getreten als Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), ist vor dem Hintergrund geringer praktischer Bedeutung immer wieder ausgedehnt und insbesondere im Vortatenkatalog regelmäßig erweitert worden.<sup>2</sup> Erinnert sei daran, dass der damalige Sachverständige des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, *Winfried Hassemer*, der Strafnorm über die Geldwäsche schon beim Einsetzen der Eröffnungswehen seherisch attestierte, die Vorschrift belege die Entschlossenheit des Gesetzgebers, »jeden denkbaren Fall zu erfassen und dafür eine Komplizierung des Gesetzeswortlauts als auch ggf. eine Überkriminalisierung in Kauf zu nehmen«<sup>3</sup>. Fürwahr: eine aktuelle Bestandsaufnahme<sup>4</sup> stellt 34 Änderungsbefehle seit dem 15.07.1992<sup>5</sup> nur jeweils vier Änderungen des Betrugstatbestands (§ 263 StGB) und der sogar noch einige Jahre vor der Geldwäsche in Kraft getretenen Vorschrift gegen Computerbetrug (§ 263a StGB) gegenüber. Der Schnitt liegt also nicht weit entfernt von einer Änderung pro Jahr.<sup>6</sup> Der Erfolg dieser Extensionsbemühungen ist jedoch, wie *Harro Otto* ebenfalls schon vor Jahren lakonisch bemerkt hat, »eher dürftig«<sup>7</sup> geblieben. Trotz der hohen Erwartungen hat die Geldwäschenvorschrift auf dem Gebiet des materiellen Rechts bis dato keinen spürbaren kriminalpolitischen Erfolg zu bewirken vermocht. Sie dient freilich über das Strafprozessrecht, bisweilen auch im strengen Wortsinn, als »Türöffner« für die Ermittlungsbehörden und zusammen mit dem Geldwäschegesetz (GwG) als funktionaler Baustein eines amorphen

sicherheitsrechtlichen »Fahndungskonzepts«.<sup>8</sup> Die schon vor den jüngsten Änderungen des Jahres 2021 gänzlich unbefriedigende Ausgestaltung der Norm tendiert ins Monströse.<sup>9</sup> Ihre nach Streichung des Abs. 10 a.F. vor mehr als einem Jahrzehnt aufgrund der nachfolgend zu besprechenden Änderungen des Jahres 2021 wieder auf zehn Absätze verteilten 848 Worte stellen nach wie vor auch umfangsmäßig den Negativrekord im geltenden materiellen Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland dar. Die Kurzcharakterisierung der Vorschrift als *enfant terrible des StGB*<sup>10</sup> ist deshalb heute – beinahe – schon mehrheitsfähig.<sup>11</sup>

\* Der Beitrag geht in Teilen auf die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) Nr. 78/2020 vom Dezember 2020 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche (BT-Drs. 19/24180) (im Folgenden: RegE), auf der die Verfasser *Gercke* und *Jahn* als Mitberichterstatter des Strafrechtsausschusses (Strauda) zeichnen (<https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020> [URL zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden, am 01.03.2021]), sowie auf die Stellungnahme des Verfassers *Jahn* in der Anhörung anlässlich der 117. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 09.12.2020 (BT-Prot. 19/117) zurück. Zur Förderung des Leseflusses wird nachfolgend das generische Maskulinum verwendet; es umfasst alle Geschlechtszugehörigkeiten und -identitäten.

- 1 Scharfsinnige Beobachtungen zum Strafrecht der Moderne bei *Th. Fischer* JoZG 14 (2020), 13 f.
- 2 Ausf. Nachw. zur Entwicklung in *Hilgendorf/Kudlich/Valerius-Handbuch des Strafrechts* (HB Straf/Jahn, BT II, Bd. 5, 2020, § 39 Rn. 2; speziell zu den supranationalen und europäischen Einflüssen SSW-StGB/Jahn, 5. Aufl. 2020, § 261 Rn. 1–2.
- 3 Seine Stellungnahme vom 22.01.1992 ist abgedr. in KJ 1992, 64 (66).
- 4 *A. Hartmann*, in: van Duijne et al. (Hrsg.), *Criminal Defence in Europe and Beyond*, 2020, S. 325 (328).
- 5 BGBl. I, S. 1302.
- 6 Siehe auch die Chronologie bei SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), 261 Rn. 3–5.
- 7 *Otto*, *Strafrecht* BT, 7. Aufl. 2005, § 96 Rn. 26 a.E. Weitere, mindestens gleichsinnige Einschätzungen des gesetzgeberischen Erfolgs bei *Regina Michalke* FS Th. Fischer, 2018, S. 449 (456 ff.); *Bussmann/Veljovic* NZWiSt 2020, 417 (422) (»Konzept [...] gescheitert«); *Fischer-StGB*, 68. Aufl. 2021, § 261 Rn. 4b–d; *Herzog-GwG-StGB/El-Ghazal*, 4. Aufl. 2020, § 261 Rn. 15; *Graff/Jäger/Wittig-WStR/Eschelbach*, 2. Aufl. 2017, § 261 Rn. 1; *Matt/Renzikowski-StGB/Dietmeier*, 2. Aufl. 2020, § 261 Rn. 4; *Morsen/Grütznert-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht/Boerger*, 2. Aufl. 2020, § 38 Rn. 7 sowie HB Straf/Jahn (Fn. 2), BT I, Bd. 4, 2019, § 23 Rn. 6 zu den Rechtsstaten im Gesamtkontext der Anschlussdelikte.
- 8 Überblick über die Verzahnung von repressiver und präventiver Geldwäsche-»Bekämpfung« bei SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 13.
- 9 So auch *Michalke* FS Fischer (Fn. 7), S. 449 (450) (»Monstrum«); *R. Haun* FS Volk, 2008, S. 193; *U. Sommer*, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), *Abschied von der Wahrheitssuche* (35. Strafverteidigertag), 2011, S. 181 (183); *B. Vogel* ZRP 2020, 111; *Hellmann* ZStW 131 (2019), 1126 (1194); *Helmers* ZStW 121 (2009), 509; *Herzog-GwG-StGB/El-Ghazal* (Fn. 7), § 261 Rn. 6.
- 10 Bei *Jahn/Ebner* JuS 2009, 597 (598); SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 6 a.E. und HB Straf/Jahn (Fn. 2), § 39 Rn. 96.
- 11 Ausdr. zustimmend *Hendrik Schneider* FS Heinz, 2012, S. 663 (666); *Hecker* JuS 2020, 572 (573); *Schindler* NZWiSt 2020, 457 (462); *Berberich/Kudlich* ZFWG 2016, 179 (181); *AnwK-StGB/Sommer*, 3. Aufl. 2020, § 261 Rn. 1; *Kotz/Rahlf-BtMPrax/Oglnkoçlu*, 2013, Kap. 3 Rn. 415; *GJ/W-StR/Eschelbach* (Fn. 7), § 261 Rn. 1; *Volk/Beukelmann-MAH Wirtschafts- und Steuerstrafachen/Berndt Müller/Hünmerich-Welt*, 3. Aufl. 2020, § 21 Rn. 36; aufgegriffen auch *Fahl* DNocZ 2019, 580; *Dierygarten/Barreto da Rosa*, *Praxiswissen Geldwäscheprevention*, 2015, Kap. 7 Rn. 29; *A. Walther*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), *HB Bankrecht*, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 63.



## B. Überblick über das Geldwäsche-»Bekämpfungsgesetz« 2021

Nunmehr soll Art. 1 des Geldwäsche-»Bekämpfungsgesetzes« der grundlegenden Neustrukturierung des § 261 StGB dienen.<sup>12</sup> Das Wort vom Paradigmenwechsel liegt deshalb in der Luft.<sup>13</sup>

### I. Der Verzicht auf einen Vortatenkatalog: Hilft Viel viel?

Das Gesetz geht zunächst einmal explizit über die Mindestvorgaben der EU-Richtlinie 2018/1673 hinaus. Damit eine Geldwäschestrafbarkeit »deutlich häufiger als bisher« greifen kann,<sup>14</sup> schafft das Gesetz den enumerativen Vortatenkatalog ab und bezieht grundsätzlich alle Delikte als relevante Geldwäschevortaten ein. Dadurch sollen zugleich die Grundlagen »für eine nachhaltige Intensivierung der Geldwäschestrafverfolgung« bereitet werden.<sup>15</sup> Der Gesetzgeber hat damit die strafprozessualen Folgeeffekte fest im Blick.

Die Abschaffung des selektiven Vortatenkatalogs fand ihren äußeren Anlass durch die unionsrechtlichen Vorgaben, die sich aus der Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.10.2018 ergeben. Die EU-RL, die auf eine »effizientere und zügigere grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden« im Bereich der Geldwäschebekämpfung abzielt, postuliert in ihrem Erwägungsgrund 5, dass solche »kriminellen Tätigkeiten«, die Vortaten zur Geldwäsche darstellten, in allen Mitgliedstaaten einheitlich definiert werden müssten. Gemäß Art. 2 Nr. 1 S. 1 EU-RL soll jede Form der kriminellen Beteiligung an Straftaten erfasst werden, die ein dort näher bestimmtes Strafmaß vorsieht. Für Mitgliedstaaten wie Deutschland, die ein Mindestmaß für Strafandrohungen kennen, sollen solche Taten als geldwäschetauglich angesehen werden, die mit Freiheitsstrafe im Mindestmaß von sechs Monaten geahndet werden können. Unabhängig von diesem Mindestmaß werden in Art. 2 Nr. 1 S. 2 der EU-RL zudem weitere geldwäschetaugliche Straftaten erfasst. Ausweislich des von Art. 2 Nr. 1 S. 2 EU-RL abgebildeten Katalogs ergab sich daraus für den nationalen Gesetzgeber insbesondere betreffend der unter Buchstabe d (sexuelle Ausbeutung), i (Betrug) und j (Geldfälschung), l (Umweltkriminalität) u (Insidergeschäfte und Marktmanipulation) und v (Cyberkriminalität) aufgeführten Delikte Handlungsbedarf.<sup>16</sup> Der neue Katalog hätte z.B. den einfachen Diebstahl, den einfachen Betrug sowie die einfache Steuerhinterziehung einschließen müssen. Der deutsche Gesetzgeber hielt jedoch eine nur punktuelle Anpassung aus »systematischen« Gründen nicht für angezeigt.<sup>17</sup> Beispielhaft wird auf die Erfassung des Betrugs betreffend die Tatobjekte der EU-RL zur Bekämpfung von Betrug mit unbaren Zahlungsmitteln verwiesen. In seiner einfachen Begehungsweise müsse diese spezielle Betrugsvariante nunmehr als geldwäschetauglich eingestuft werden, während im Übrigen die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung verlangt wird.<sup>18</sup>

Die Abschaffung des Vortatenkatalogs soll damit insgesamt auf rechtssystematische und kriminalpolitische Gründe zurückzuführen sein. Die Geldwäschestrafbarkeit weiterhin auf Erträge aus Straftaten der organisierten Kriminalität oder auf typischerweise profitgeneigten Straftaten einzuengen, erscheine aus Sicht des deutschen Gesetzgebers nicht länger gerechtfertigt.<sup>19</sup>

Die Gesetzesbegründung wirkt allerdings schon bei dieser zentralen Weichenstellung so inkohärent wie zahlreiche Aspekte der bisherigen kriminalpolitischen Strategie des Umgangs mit dem Deliktsbereich Geldwäsche.<sup>20</sup> So wird die Bekämpfung organisierter Kriminalität zunächst (nur) als von der ursprünglichen Konzeption des § 261 StGB getragen angesehen. Doch gleichzeitig soll die finanzielle Isolierung des

Vortäters in einer Welt, in der die Begehung von Straftaten überwiegend auf Profit abziele, weiterhin zur Bekämpfung insbesondere dieser »profitorientierten organisierten Kriminalität dienen«<sup>21</sup>. Schon eine explizite Antwort auf die dann naheliegende Frage, inwiefern die Erfassung aller Straftaten als geldwäschetauglich einen *qualitativen* Mehrwert für die Aufschlüsselung und Verfolgbarkeit krimineller Spuren gerade im Bereich organisierter Kriminalität liefern soll, bleibt der Gesetzgeber hingegen schuldig, zumal Deutschland damit selbst über die extensiven Empfehlungen der *Financial Action Task Force* (FATF) deutlich hinausgeht, die als Vortaten nur »serious crimes« empfiehlt. Das Gegenteil liegt nahe: Vor lauter Bäumen ist der Wald nicht mehr zu sehen.

Das mag die plausible Vermutung<sup>22</sup> bestärken, die Abschaffung des selektiven Vortatenkatalogs könnte *einen* wesentlichen Grund in dem nach Inkrafttreten der Richtlinie erst mit erheblichem zeitlichen Verzug eingeleiteten Gesetzgebungsverfahren haben. Die diffizile Redaktion der sich aus der Richtlinie neu ergebenden Geldwäschevortaten hätte nämlich die Anpassung nicht weniger weiterer Straftatbestände des StGB nach sich gezogen.<sup>23</sup> Dann aber hätte eine Umsetzung der Richtlinie wohl nur mit noch größerer zeitlicher Verzögerung als mit dem vom BMJV möglicherweise als »Befreiungsschlag« konzipierten vortatenkataloglosen § 261 StGB n.F. erfolgen können. Dazu mag das weitere Motiv der Überkompensation nach kritischem Echo auf das bisherige deutsche Geldwäscheregime bei der FATF und latent ausbaufähiger Platzierung im Basler AML-Länderranking (mit Stand vom 07.08.2020 Platz 107 von 141, also z.B. »hinter« Bulgarien, Chile oder Litauen) getreten sein.

### II. Flankierende Änderungen im Einziehungsrecht und nach § 261 Abs. 10 StGB

Die selbstständige Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB kann nach der gesetzlichen Konzeption insbesondere dann in Betracht kommen, wenn eine Verurteilung lediglich daran scheitert, dass der erforderliche Vorsatz nicht festgestellt wer-

12 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 6 f., freilich (erst) vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags nach der Sachverständigenanhörung (vgl. Fn. \*) relativiert durch die Beibehaltung der bisherigen Umschreibung des Geldwäschobjekts, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht RAussch., BT-Drs. 19/26602 v. 10.02.2021, S. 8 und Gesetzesbeschl. v. 12.02.2021, BRat-Drs. 125/21.

13 Im Anschluss an den Kabinettsbeschluss des RegE (Fn. 12) hat es interessanterweise nicht die Bundesjustizministerin, sondern der Bundesfinanzminister in einer gemeinsamen Pressemitteilung v. 14.10.2020 ([www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/10/1420\\_Geldwaesche.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/10/1420_Geldwaesche.html) – *Hervorh. u. hier*) explizit gemacht. Er wird eingerahmt durch ein Feuerwerk populärer Sprachbilder der Medienöffentlichkeit: »Mit den neuen Regeln bekommt die Geldwäschebekämpfung noch mehr Biss. Es wird einfacher, Geldwäsche nachzuweisen und Kriminellen illegale Profite abzunehmen. Erstmals kann jede Straftat Vortat der Geldwäsche sein, das ist ein Paradigmenwechsel. Schmutzige Geldströme können wir so schneller und wirksamer trockenlegen.«

14 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 2, 12.

15 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 1, 12 und 13.

16 S. auch RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 13 f.; SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 1 a.E.: Vergehenstatbestände der »Eurodelikte« nach Art. 4 Abs. 1 der PIF-RL 2017/1371/EU.

17 Vgl. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 15.

18 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 15.

19 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 16.

20 So auch Th. Fischer, *Ultimative Ausdehnung*, NJW-Editorial Nr. 37/2020, S. 3; *Schnamm*, *Strafrecht BT II*, 2. Aufl. 2021, § 12 Rn. 78; *Bälte*, BTRAussch.-Stellungnahme zum RegE in der 117. Sitzung (vgl. Fn. \*), S. 9 Rn. 20: »handgreiflich unplausibel«.

21 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 13.

22 Von *Altenbuttel/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1051).

23 Dazu im Einzelnen *Bösel/Jansen* JZ 2019, 591 (592 ff.); *Chr. Schröder/Blau* NZWiSt 2019, 161 (162 ff.); HB *Straf/Jahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 93 a.E.



den kann oder der Betroffene zwar in kriminelle Aktivitäten verstrickt sein könnte, ihm jedoch die Beteiligung an einer konkreten Straftat nicht nachzuweisen ist. Diese Regelungstechnik bringt – indes nicht geldwäscheprozessspezifische – verfassungsrechtliche Probleme mit sich, die noch der weiteren Diskussion bedürfen. Die Auffassung,<sup>24</sup> dass es sich bei der *non conviction based confiscation* um ein dem deutschen Verfassungsrecht jedenfalls in der Form des § 76a StGB fremdes Rechtsinstitut mit Strafcharakter handelt, wird mit klaren Argumenten begründet.

In Reaktion auf die Abschaffung des selektiven Vortatenkatalogs (soeben B.I.) sollte § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f StGB ursprünglich insoweit abgeändert werden, als die selbstständige Einziehung nur dann hätte angeordnet werden dürfen, wenn die geldwäschetaugliche Vortat ein Verbrechen bzw. eine gewerbsmäßig- oder bandenmäßig begangene Tat ist.<sup>25</sup> Doch diese rechtsstaatlich begrenzende Regelung hat der Bundestags-Rechtsausschuss nach einem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD<sup>26</sup> am Tag vor der finalen dritten Lesung unter dem Eindruck einiger Stellungnahmen in der Sachverständigenanhörung<sup>27</sup> *last minute* wieder gestrichen.<sup>28</sup>

Mit der komplizierten Übergangsvorschrift in Art. 316j EGStGB soll erreicht werden, dass § 76a Abs. 4 StGB n.F. auf alle nach dem Inkrafttreten des Gesetzes sichergestellten Gegenstände anwendbar ist. Damit gilt für bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes sichergestelltes die alte Gesetzesfassung, auch wenn das neue Recht eigentlich günstiger wäre, um ein Nebeneinander verschiedener Rechtslagen für ein und denselben Lebenssachverhalt auszuschließen.<sup>29</sup> Dadurch, dass in verfassungsrechtlich wegen Art. 103 Abs. 2 GG fragwürdiger Abweichung von § 2 Abs. 5 Var. 1 StGB<sup>30</sup> nicht an den Tatzeitpunkt, sondern an den Zeitpunkt der Sicherstellung als einem nach »außen sichtbaren und objektiv feststellbaren tatsächlichen Vorgang« angeknüpft wird, soll Unsicherheiten bei der Feststellung des Zeitpunkts der Tatbegehung vorgebeugt werden.<sup>31</sup>

In Fällen, in denen der Gegenstand nicht nach § 73 StGB eingezogen werden kann – etwa dann, wenn der Beschuldigte diesen zunächst gutgläubig erlangt hat und erst nach Eintritt der Bösgläubigkeit Geldwäschehandlungen vornimmt –, wird dessen Einziehung über § 261 Abs. 10 StGB n.F. jedenfalls nach § 74 bzw. § 74a StGB möglich.<sup>32</sup> Daneben ist die Einziehung nach § 261 Abs. 10 S. 3 i.V.m. §§ 73 f. StGB insoweit – und für Tatobjekte mit Vorrang gegenüber § 74 Abs. 2 StGB – möglich, als aus der Geldwäschetat selbst etwas erlangt wurde.<sup>33</sup>

### III. Änderungen im Strafprozessrecht und weitere Neuerungen

Die mit der Neustrukturierung des § 261 StGB verbundenen tatbestandlichen Ausweitungen werden zudem in Art. 3 des Gesetzes berücksichtigt, der Änderungen im Bereich des Zeugnisverweigerungsrechts und der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse vorsieht. So wird das Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten beim Vergehen der Geldwäsche künftig nur für die Fälle eingeschränkt, in denen die Vortat der Geldwäsche mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StPO n.F.).<sup>34</sup> Die Abschaffung des Vortatenkatalogs hat – nach dem Willen des Gesetzgebers zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – zudem dazu geführt, dass die Anordnungsmöglichkeiten von Telekommunikationsüberwachung sowie Online-Durchsuchungen bzw.

Verkehrsdatenerhebungen (§§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. m; 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. l; 100g Abs. 2 Nr. 1 lit. g StPO n.F.) insgesamt auf den Verdacht solcher Geldwäschestraftaten beschränkt werden, deren Vortaten ihrerseits »schwere« bzw. »besonders schwere« Katalogtaten der §§ 100a, 100b sowie 100g StPO darstellen.<sup>35</sup> Durch die Hintertür wird also im Strafprozessrecht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Begrenzung der an sich unbegrenzten einschlägigen Geldwäschevortaten herbeigeführt. Schon dies hätte indizieren müssen, dass es entsprechender Begrenzungen *ab ovo* bedürft hätte: das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gilt natürlich im gesamten einfachen Gesetzesrecht.<sup>36</sup>

Mit Art. 4 des Gesetzes geht prozessual eine Änderung des § 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 6 lit. a GVG einher, die für die Geldwäschekriminalität begrüßenswerter Weise die sachliche Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründet, soweit für die Beurteilung des Falls besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.<sup>37</sup> Die Einschätzungsprärogative, ob komplizierte, schwer zu durchschauende Mechanismen des Wirtschaftslebens und ihre Missbrauchsformen in Rede stehen, wird also die Staatsanwaltschaft nach wie vor einzelfallbezogen auszuüben und die Wirtschaftsstrafkammer (§§ 209, 209a Nr. 1 StPO) danach vor Eröffnung zu prüfen haben.

24 F. Becker/Heuer NZWiSt 2019, 411 (417); *dtz.*, Die verurteilungsunabhängige Einziehung – ein Wolf im Schafspelz, StV 4/2020, S. I (Editorial), [www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial\\_StV\\_2020\\_04.pdf](http://www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial_StV_2020_04.pdf); *Trinr* NK 2020, 134 (145) (»verfassungswidriges Instrument«); s. auch *Schilling/Hübner* StV 2018, 49 (57); *Trüg* NJW 2017, 1913 (1915); a.A. wohl BGH (Vorlagebeschluss) NJW 2019, 1891 (1892 Tz. 42) = StV 2019, 730 (Ls); vgl. auch BGH NJW 2020, 164 (165 Tz. 17) zu § 437 StPO u.H.a. J. Schäfer, in: Jahn/Radtke (Hrsg.), Der Bundesgerichtshof im Spiegel der Öffentlichkeit (6. Karlsruher Strafrechtsdialog), 2017, S. 59 (62 f.); Fremdkörper im System der StPO.

25 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 27 f.; grdlg. krit. hierzu DAV-Stellungnahme Nr. 83/2020 zum RefE (BE: *Conen/Greeve*), S. 10 f.

26 RAusschuss-Drs. 19(6)213 v. 08.02.2021, S. 1.

27 S. *Bülte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 33 Rn. 132; *Marcus Köhler*, BTRAUssch.-Stellungnahme zum RegE in der 117. Sitzung (vgl. Fn. \*), S. 13 f.: Es sei »nahezu unmöglich, die zur Verschleierung der deliktischen Herkunft von Vermögensgegenständen typischen Umwandlungsketten im Einzelnen zu ihrem kriminellen Ursprung zurückzuverfolgen«, die Regelung des § 76a Abs. 4 StGB drohe zu einem »Papiertiger« zu werden.

28 Beschlussempfehlung und Bericht RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 8. Dies nahm zugleich einen Impuls aus der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen auf, die eine Einengung der Regeln zur selbstständigen Einziehung im Geldwäschekontext für »nicht nachvollziehbar« (S. 6) hielten.

29 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 37 i.d.F. der Beschlussempfehlung RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 9.

30 Zur Teilhabe der Regelung in § 2 (Abs. 5) StGB am Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 2 GG vgl. *Jahn/Brodowski* FS U. Neumann, 2017, S. 883 (887 f.) m.w.N.

31 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 38.

32 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 37 f.

33 Vgl. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 37 i.d.F. der Beschlussempfehlung RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 9. Zu den weiteren geplanten Änderungen im Recht der Vermögensabschöpfung, dort als »Nachsteuerungsbedarf im Verfahrensrecht« bezeichnet, durch den RegE eines Gesetzes zur Fortentwicklung der StPO v. 20.01.2021, S. 41 ff., vgl. *Gelms ZWH* 2021, 18.

34 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 38 i.d.F. der Beschlussempfehlung RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 9. Die noch im RegE vorgesehene Anknüpfung an den Verbrechenscharakter der Vortat i.S.d. § 12 StGB wurde vom Bundestag fallengelassen, weil sie »bei einer Reihe von Vergehen, die typischerweise von Gruppen der organisierten Kriminalität begangen werden, die Strafverfolgung zu weitgehend einschränken«. Wie sich diese ostentativ misstrauische Haltung gegenüber Presse und Rundfunk mit dem *all-crimes-approach* verträgt, bleibt wiederum (oben B.I.) unerklärt.

35 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 39.

36 Statt *Aller Stebs-GG*, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 148 m.w.N.

37 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 40.



Art. 5 enthält schließlich rein redaktionelle Anpassungen des ProStSchG, GWB, GWG sowie in der FIDEVerzV, der GewO und der MRRegV, die sich u. a. aus der Verschlinkung der amtlichen Überschrift des § 261 StGB durch Streichung des Zusatzes »Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte« ergeben.<sup>38</sup> Das Delikt trägt jetzt wieder, wie ganz zu Anfang im Jahr 1992, nur die Bezeichnung »Geldwäsche«.

### C. Grundsatzkritik der Neustrukturierung des § 261 StGB

Die Aufgabe des Enumerationsprinzips zur Bestimmung der tauglichen Geldwäschevortaten und die Entscheidung für einen »all-crimes-approach« stellen tatsächlich einen Paradigmenwechsel für die strafrechtliche Geldwäschebekämpfung dar. Insoweit trifft der das Gesetz begleitenden Aplomb die rechtspolitische Sachlage. Diese Weichenstellung ändert die Dinge aber zum Schlechteren hin.

#### I. Der »all-crimes-approach«, oder: Die Kleinen fängt man, doch die Großen lässt man laufen<sup>39</sup>

##### 1. Kriminalpolitische Antikritik des Sanktionierungs-Überbietungswettbewerbs

Das maximalpunitiv Konzept der Streichung des Vortatenkatalogs ist kriminalpolitisch verfehlt. Es hat schon in den Stellungnahmen der Stakeholder zum ursprünglichen Referentenentwurf weit überwiegend Kritik erfahren.<sup>40</sup> Bereits der Eigenlogik unionsrechtlicher Bestrebungen nach Vereinheitlichung der Geldwäschebekämpfung ist es jedenfalls zunächst abträglich.<sup>41</sup> Mit dem Weg der Streichung des Vortatenkatalogs, den neben Deutschland nur fünf andere der 27 Mitgliedstaaten beschreiten, ist ein kohärenter Ausbau justizieller und polizeilicher Geldwäschezusammenarbeit kaum mehr möglich.<sup>42</sup> Grenzüberschreitende Auskunftsersuchen betreffend Vortaten, die in anderen Mitgliedstaaten nicht geldwäschetauglich sind, werden personelle Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden zusätzlich belasten.<sup>43</sup>

Die fehlende Selektion geldwäschetauglicher Vortaten führt letztlich auch zu einer weiter zunehmenden potentiellen Kriminalisierung an sich legaler Wirtschaftstätigkeit, jedenfalls aber zu einem »ständigen Misstrauen bei Geschäftsvorgängen«.<sup>44</sup> Zumal im Kontext der jedenfalls nach dem Koalitionsvertrag auf dem politischen Restprogramm für dieses Jahr stehenden Einführung von verschärften Verbandssanktionen (VerSanG-RegE)<sup>45</sup> bekräftigt dies den Trend, zu wenig ausdifferenzierte Compliance-Pflichten für ganz unterschiedlich strukturierte Branchen und Unternehmen zu schaffen und zugleich mit potentiell weitreichenden Sanktionen, jedenfalls aber invasiven strafprozessualen Befugnissen zu bewehren. Dies trägt Züge eines Kriminalisierungs- bzw. Sanktionierungs-Überbietungswettbewerbs.

##### 2. Rechtstatsächliche Evidenz: Die Kriminalisierung fahrlässig handelnder Finanzagenten als Proprium der heutigen Geldwäsche-»Bekämpfungs«-Praxis

Die Erfahrungen der Vergangenheit (oben A.) haben gezeigt, dass sich die beständige Erweiterung des Vortatenkatalogs nicht positiv auf die Bemühungen des Gesetzgebers zur Eindämmung der Geldwäsche ausgewirkt hat. Es ist kontraintuitiv, hierauf mit seiner Streichung zu reagieren.

##### a) Kriminal- und Verurteilungsstatistik

Die Zahl der erledigten § 261 StGB-Verfahren ist in den Jahren 2010 bis 2016 zwar stetig gestiegen,<sup>46</sup> jedoch war damit vor allem eine höhere Einstellungsquote verbunden.<sup>47</sup> Für 2019 weist die Strafverfolgungsstatistik sogar eine gesunkene Zahl an Erledigungen aus.<sup>48</sup> Insgesamt sind die Zahlen volatil. Aus ihnen kann jedenfalls kein dringendes Regelungsbedürfnis für Änderungen beim Vortatenkatalog abgeleitet werden.<sup>49</sup> Auch wenn es der Gesetzgeber<sup>50</sup> für naheliegend hält, dass in einem zusammengewachsenen Europa Straftäter die damit einhergehenden Vorzüge wie beispielsweise die Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit dazu zu nutzen, strafbar erworbenes Vermögen über Umwege wieder in den Wirtschaftskreislauf einzuschleusen, mangelt es an einer empirisch belastbaren Grundlage für die These. Es bleibt im Dunkeln, welche konkreten Maßnahmen der europäischen Integration, abgesehen von der schon seit geraumer Zeit existierenden Reise- und Kapitalverkehrsfreiheit, zu einer Vereinfachung der Begehung von Straftaten beigetragen haben soll.

Die – im Übrigen nur spärlich vorhandene – kriminologische Forschung belegt demgegenüber, dass die absolut dominierende Gruppe bei den in den Jahren 2014–16 insgesamt 2.913 rechtskräftig abgeurteilten Geldwäschetätern in rund 99 % (!) der Fälle sog. Finanz- und Warenagenten und faktisch als solche Handelnde waren. Es handelt sich um Privatpersonen, die aufgrund ihrer Leichtfertigkeit als Agenten instrumentalisiert wurden und keinen unmittelbaren Vermögensvorteil aus der Transaktion erhielten.<sup>51</sup> Das Volumen der den Verfahren

38 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 40.

39 Angelehnt an die Wendung, die Kleinen hängt man und die Großen lässt man laufen, die ihren Ursprung wohl auch im Alten Testament (5. Buch Mose, Kap. 1/17) hat und an die Gleichbehandlung aller Menschen vor Gericht erinnert.

40 Vgl. etwa Stellungnahme des Bundesverbands der Geldwäschebeauftragten v. 07.09.2020 zum RefE, S. 1; Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertrags v. 07.09.2020 zum RefE, S. 3: »Überregulierung«; anders im Wesentlichen nur die Einschätzung des Bundes Deutscher Kriminalbeamter e.V. und diejenige der Gewerkschaft der Polizei. Der BMJV-RefE und die 18 Stellungnahmen hierzu sind auf über [www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Geldwaesche\\_Bekaeempfung.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Geldwaesche_Bekaeempfung.html) abrufbar.

41 Vgl. Stellungnahme des Verbands der Auslandsbanken in Deutschland e.V. v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 2: Streichung des Vortatenkatalogs führe zu einem kaum mehr vergleichbaren Rechtsumfeld im EU-Kontext und damit zu einer Belastung international tätiger Unternehmen an unterschiedlichen europäischen Standorten.

42 In diesem Sinne auch Stellungnahme des Bundesverbands der Zahlungs- und E-Geld-Institute v. 27.10.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 6 f.

43 S. außerdem Stellungnahme des Bundesverbands der Zahlungs- und E-Geld-Institute v. 27.10.2020 (Fn. 40), S. 10 f.: Die Einführung des »all-crimes«-Ansatzes habe massive Auswirkungen auf die nach dem GwG Verpflichteten, der im Gesetzentwurf dargelegte Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft sei unausgewogen. Auch dieser – hier nicht weiter zu vertiefenden – Kritik aus regulatorischer Sicht wird man sich kaum verschließen können.

44 Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertrags zum RefE (Fn. 40), S. 3; ähnl. Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 3.

45 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, BT-Drs. 19/23568 v. 21.10.2020.

46 Von 20.238 in 2010 auf 45.504 in 2016, s. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2019, S. 22.

47 Nämlich 57,9 % in 2010 und 71,8 % in 2016, vgl. die Tabelle auf BT-Drs. 19/3818, S. 17.

48 Nämlich 40.616 (s. Fn. 42).

49 Ebenso Stellungnahme Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 4; *Bismann und Veljovic NZWiSt* 2020, 417 (419).

50 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 16.

51 SSW-StGB/*Jahn* (Fn. 2), § 261 Rn. 82 m. zahlr. Nachw. aus der Rspr.



wegen Geldwäsche zugrundeliegenden inkriminierten Vermögenswerte lag in fast jedem zweiten Verfahren unterhalb von 5.000 EUR und die Vermögenswerte stammten zu 90 % nicht aus dem Ausland, sondern aus Deutschland.<sup>52</sup> Eine neuerliche, diesmal grundlegende Gesetzesänderung bei den Vortaten auf der Grundlage einer empirisch nicht belegten und daher letztlich nur als solcher empfundenen Bedrohung kann nicht überzeugen. Dies gilt umso mehr, als sich die jährlich bei der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen des Zolls (FIU) eingehenden Verdachtsmeldungen seit dem Jahr 2009 insgesamt verzehnfacht (!) haben.<sup>53</sup> Wie angesichts dieser Zahlen und notorischen, mittlerweile ernste Fragen der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) aufwerfenden Rückstaus bei der Abarbeitung der Verdachtsmeldungen<sup>54</sup> von einer präventiven Lücke bei der Geldwäschebekämpfung die Rede sein kann, erschließt sich ebenfalls nicht.

**b) »Wir stempeln nur noch Einstellungsverfügungen«**

Was sich erschließt ist, dass der mit der bis dato praktizierten sukzessiven Tatbestandsausweitung einhergegangene Anstieg des Meldeaufkommens zwar zahlreiche Ermittlungsansätze geliefert hat, diese aber gerade nicht zu Verurteilungen geführt haben.<sup>55</sup> Vielmehr wurde bereits wiederholt auf die offensichtliche Unwirksamkeit des kriminalpolitischen Konzepts hingewiesen.<sup>56</sup> Warum sich gerade jetzt bei einer kriminalpolitischen Strategie des *more of the same* eine Trendwende abzeichnen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Ohne eine erhebliche Stärkung personeller und finanzieller Ressourcen ist vielmehr von einer Verlagerung der Verfolgung schwerer Taten auf die dysfunktionale verwaltungsmäßige Abarbeitung von Klein- und Kleinstkriminalität nach dem Wegfall eines gegenständlich begrenzten Vortatenkatalogs auszugehen: Der »All-Crimes«-Ansatz erwirtschaftet zu viel Beifang »und dieser Beifang wird das System verstopfen«<sup>57</sup>. Damit vermag das Geldwäschestrafrecht auch nicht mehr – wie ursprünglich beabsichtigt – zuvörderst als Mittel gegen die Eindämmung der Organisierten Kriminalität zu dienen.<sup>58</sup> Vielmehr findet sich in der Entwurfsbegründung ein Satz, der die Verknennung der Begrenzungen durch das strafrechtliche *ultima-ratio*-Prinzip deutlich zu Tage treten lässt. Dort heißt es,<sup>59</sup> dass es nicht gerechtfertigt erscheine, die Geldwäschestrafbarkeit auf Erträge aus Straftaten der organisierten Kriminalität oder typischerweise profitgeneigte Straftaten einzuengen, da ein Tatlohn schließlich für jede Straftat gewährt werden könne. Diese Begründung vermag die Kriminalisierung eines gerade unter § 261 StGB fallenden Verhaltens nicht zu rechtfertigen. Begründungsbedürftig ist unter dem Grundgesetz nicht, dass ein Verhalten straflos ist, sondern dass etwas strafbar ist bzw. sein soll. Der Gesetzgeber ist hierbei also stets gehalten, tragfähige Gründe für die Rechtfertigung der Ausweitung der Strafbarkeit zu liefern.

**II. Schlussfolgerung und strafverfassungsrechtlicher Grundsatz restriktiver Tatbestandsauslegung**

Die jetzige Regelung ist in Anbetracht der Verlagerung der Strafbarkeit in den Kreis der Massen- und Bagatellkriminalität damit unverhältnismäßig, da die Grundrechtsbeeinträchtigungen offensichtlich schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange.<sup>60</sup> Dies belegt der Blick auf praktische Fälle der künftig von der Geldwäschestrafbarkeit erfassten tauglichen Vortaten, namentlich einer einfachen Diebstahlstat sowie einer Leistungsererschleichung nach § 265a StGB durch sog. »Schwarzfahren« in

öffentlichen Verkehrsmitteln als Betrug i.S.v. Art. 2 Nr. 1 lit. i EU-RL.<sup>61</sup> Der Verweis auf prozessuale Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 f. StPO verfängt angesichts der vorhersehbaren Belastung der Strafverfolgungsbehörden nicht. Zumindest die Einführung einer dem § 248a StGB vergleichbaren Regelung wäre daher verfassungsrechtlich veranlasst gewesen.<sup>62</sup>

Damit ist die restriktive Auslegung des gesamten Tatbestands geboten. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einem geringen Unrechts- und Schuldgehalt bestimmter Taten vorwiegend durch eine Einschränkung des Verfolgungszwangs Rechnung zu tragen, ist verfassungsrechtlich zwar *prinzipiell* möglich.<sup>63</sup> Votiert er aber innerhalb seiner Einschätzungsprärogative für die strafprozessuale Lösung (Begrenzung des Verfolgungszwangs nach den §§ 153 ff. StPO), ist damit allein noch nicht dem Übermaßverbot genügt, wenn diese Begrenzungen – wie hier – offensichtlich unbehelflich sind, weil massenhaft Fälle der Bagatellkriminalität in den Einzugsbereich invasiver Mechanismen der Strafverfolgung gelangen, die ursprünglich für organisierte und terroristische Kriminalität konzipiert worden sind. Der Grundsatz des »opportunisten« des Cannabis-Beschlusses des BVerfG reicht also »nicht bis in Konstellationen von Strafnormen, die von vornherein und in weitem Umfang auch Verhaltensweisen erfassen, die ohne jeden Zweifel nicht strafwürdig sind. Hier wird

52 Zu alledem die verdienstliche Untersuchung von *Busmann/ Veljovic* NZWiSt 2020, 417 (418 f.).

53 S. den Jahresbericht der FIU v. 18.08.2020, [www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/jahresbericht\\_fiu.pdf](http://www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2020/jahresbericht_fiu.pdf).

54 Vgl. die im Bericht RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 6, mitgeteilte Argumentation der FDP-Fraktion; Entschließungsantrag der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen, BT-Drs. 19/26606 v. 10.02.2021, S. 1 f.; *zusf. Wis. Dienste BT*, Einzelfragen zum Straftatbestand der Strafvereitelung im Amt, Stand: 03.08.2020 (WD 7-3000-083/20), [www.bundestag.de/resource/blob/711442/d5f5a5b993d8402b2dde12eaa0994642/Wd-7-083-20-pdf-data.pdf](http://www.bundestag.de/resource/blob/711442/d5f5a5b993d8402b2dde12eaa0994642/Wd-7-083-20-pdf-data.pdf), S. 10 f.

55 S. auch Stellungnahme des Bundesverbands der Zahlungs- und E-Geld-Institute v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 10 f.: Es seien nur 2% (!) der Verdachtsmeldungen strafrechtlich verfolgt worden.

56 Oben A.

57 *Jahn*, BT-Prot. 19/117, S. 10; ähnl. Stellungnahme Deutscher Richterbund zum RefE (Fn. 40), S. 1: Abschaffung des Vortatenkatalogs führt zu einer weiteren Verengung des Flaschenhalses bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten statt einer gezielten Steuerung der Ressourcen mit dem Ziel der Eindämmung gewerbs- und bandenmäßig begangener Kriminalität. Passend dazu auch die Angabe einer Vertreterin der Staatsanwaltschaft angesichts der jetzt schon bestehenden Flut der FIU-Verdachtsmeldungen nach dem GWG (b. *Busmann/ Veljovic* NZWiSt 2020, 417 (420)): »Wir stempeln nur noch Einstellungsverfügungen. Dadurch werden unsere Zeitkapazitäten verbraucht. Frustrierend«. Dazu auch – ebenfalls zwei Justizpraktiker – *Raschke* NZWiSt 2020, 282 (285) und *Neuhauer* NZWiSt 2020, 441 (443): Aufgabe des limitierenden Vortatenkatalogs führe zu außerordentlichem Ansteigen der Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche, deren »ordnungsgemäße Bearbeitung kaum zu erwarten ist«.

58 S. hierzu anschaulich die Stellungnahme des Bundesverbands der Unternehmensjuristen zum RefE v. 01.08.2020 (Fn. 40), S. 2 f.: Herabstufung des § 261 StGB zum »Allerweltsdelikt«.

59 *RegE*, BT-Drs. 19/24180, S. 16.

60 Zum Maßstab *Jahn/ Brodowski* JZ 2016, 969 (978) unter Hinweis auf BVerfGE 120, 274 (322); *Brodowski* StV 2020, 581 (582 Fn. 16) zur einschlägigen Rspr. des *EnGH*. Ebenso für § 261 StGB n.F. DAV-Stellungnahme (Fn. 25), S. 9; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft vom 04.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 2; Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. – *WisteV* – zum RefE v. 07.09.2020 (Fn. 40), S. 4; *Bilte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 21 Rn. 76; *ders.*, Geldwäschebekämpfung um jeden Preis, NZWiSt-Editorial 10/2020: »Bestrafung nicht strafwürdigen Verhaltens«.

61 *Jahn*, BT-Prot. 19/117, S. 19 f.; s. *auf.* – mit Fallbeispielen – *Gerckel/ Jahn/ Reekmann*, Inkriminierte Schokolade, lto.de v. 19.10.2020, [www.lto.de/recht/hintergruende/h/geldwaesche-regierungsentwurf-vortaten-leichtfertig-all-crimes-organisierte-kriminalitaet-terrorismus](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/geldwaesche-regierungsentwurf-vortaten-leichtfertig-all-crimes-organisierte-kriminalitaet-terrorismus).

62 S. Stellungnahme *WisteV* v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 3; konkreter Formulierungsvorschlag bei *Jahn*, Stellungnahme (Fn.\*), S. 18.

63 BVerfGE 90, 145 (191).



eine Korrektur von der Strafjustiz erwartet, die – über den jeweiligen Einzelfall hinaus – für bestimmte Falltypen tatbestandskorrigierend und strafbarkeitseinschränkend wirken soll. Eine solche Korrektur ist nicht Sache der Justiz, sondern Sache des Gesetzgebers.<sup>64</sup> Wird den Strafverfolgungsbehörden »eine Zurückhaltung angesonnen, die auf die Korrektur eines zu weit gefaßten Tatbestandes mit den Mitteln des Prozeßrechts hinausläuft, entscheiden sie nicht mehr nur über die Opportunität der Strafverfolgung im Einzelfall, sondern legen selbst fest, was als strafbar angesehen wird.«<sup>65</sup> Deshalb muss die von Verfassungen wegen gebotene Lösung in einer materiell-strafrechtlich grundsätzlich restriktiven Auslegung des neuen Geldwäschetatbestands bestehen.

## D. Zum Verständnis der Neufassung des Geldwäschetatbestands

### I. Tatobjekte

#### 1. Grundsätzliches: Die *last minute*-Absage an den begrifflichen Gleichklang mit dem Recht der Vermögensabschöpfung

Nach der Intervention des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags wurde kurz vor der dritten Lesung des Regierungsentwurfs (dazu bereits oben B.II.) eine Rolle rückwärts bei der begrifflichen Erfassung der tauglichen Tatobjekte vollzogen.

Sowohl der BMJV-Referentenentwurf als auch der Regierungsentwurf hatten in ausdrücklichem Anschluss an die Terminologie des im Jahr 2017 reformierten Vermögensabschöpfungsrechts noch für eine grundsätzliche Neustrukturierung der geldwäschetauglichen Tatobjekte votiert.<sup>66</sup> Der Oberbegriff der Geldwäscheobjekte sollte fortan derjenige des Vermögensgegenstands sein. Umfasst sein sollten Taterträge, Tatprodukte und deren jeweilige Surrogate. Damit sollte die legislatorische Abwendung vom Begriff des »Herrührens« realisiert werden, der nunmehr im Regierungsentwurf<sup>67</sup> als mit »Zweifelsfragen überfrachtet« und in der Praxis nur »schwer handhabbar« angesehen wurde. Dass sich das »Herrühren« nach der damit gereiften Erkenntnis der Bundesregierung als fluide Terminologie entpuppte, vermochte nicht zu verwundern. Der Gesetzgeber hat das Tatbestandsmerkmal im OrgKG 1992 denkbar weit fassen wollen. Seine Grenzen sind im damaligen Gesetzgebungsverfahren bewusst<sup>68</sup> nicht abschließend festgelegt worden.<sup>69</sup> Dies hat anspruchsvolle Fragen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) heraufbeschworen.<sup>70</sup>

Deshalb sollte mit der neuen Terminologie der Gleichklang mit dem Einziehungsrecht hergestellt werden. Der Begriff des *Tatertrags* sollte weitgehend der Regelung in § 73 Abs. 1 StGB entlehnt werden, also alle wirtschaftlich messbaren Vorteile erfassen, die dem Täter durch oder für die Tat zugeflossen sind.<sup>71</sup> Abweichend vom (all-)umfassenden Ansatz des § 73 Abs. 1 StGB (vgl. auch § 73d Abs. 1 StGB) bezog sich der Tatertrag aber nicht auf ersparte Aufwendungen, da »die hierbei in Rede stehenden Bestandteile des Vermögens des die Aufwendungen Ersparenden gerade nicht kriminell erworben wurden und ihnen damit eine Geldwäscheeignung fehlt«<sup>72</sup>.

Auch für das Verständnis des *Tatprodukts* sollte auf die Legaldefinition in § 74 Abs. 1 Var. 1 StGB (im Lichte des Art. 2 Abs. 2 EU-RL) zurückgegriffen werden. Die Inbezugnahme von § 73 Abs. 1 StGB einerseits (Tatertrag) und § 74 Abs. 1 StGB (Tatprodukte) andererseits hätte indes zu Unklarheiten bei den subjektiven Anforderungen geführt, weil § 73 Abs. 1 StGB an eine rechtswidrige, nicht zwingend schuldhaft und ggf. auch fahrlässig begangene Vortat anknüpft,<sup>73</sup> § 74 Abs. 1 StGB hingegen eine *vorsätzliche* rechtswidrige und schuldhaft begangene Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraussetzt.<sup>74</sup>

Daneben sollten nach § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB-RegE auch solche Vermögensgegenstände erfasst werden, die an die Stelle von Tatertrag oder Tatprodukt getreten sind. Dem sollen insbesondere diejenigen *Surrogate* unterfallen, die unmittelbar oder auch mittelbar aus einer Geldwäschevortat – beispielsweise durch Verwertung des vom Vortäter ursprünglich Erlangten – hervorgegangen sind.<sup>75</sup> Maßgeblich sei »eine wirtschaftliche Betrachtungsweise«, <sup>76</sup> wonach Gegenstände als »bemakelt anzusehen sind, wenn sie sich im Sinne eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lassen und nicht wesentlich auf der Leistung Dritter beruhen.«<sup>77</sup> Der in den Materialien gegebene Hinweis auf BGHS: 53, 205 (209) = StV 2009, 415 war jedoch problematisch. Die Reichweite dieses Beschlusses zu einem sehr speziellen Fall (Bestechung eines Amtsträgers im georgischen Transportministerium) war – und ist – nicht geklärt. Danach sollen zwar im Fall des § 334 StGB allgemein bereits die Bestechungsgelder selbst als Tatmittel aus der Vortat herrühren und demnach geldwäschetauglich sein.<sup>78</sup> Das verträgt sich aber mit einer restriktiven Auslegung des § 261 StGB gerade nicht.<sup>79</sup> Erfasst werden

64 BVerfGE 120, 224, 255 (272) – abw. Meinung *Hastemeier*; ähnlich bereits BVerfGE 92, 277, 341 (347 ff.) – abw. Meinung *Klein/Kirchhoff/Winter*.

65 BVerfGE 90, 145, 212 (224) – abw. Meinung *Sommer*.

66 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 19. Der Vorschlag selbst findet sich inhaltlich bereits bei *Arx* JZ 1993, 913 (914), seinerzeit naturgemäß noch zu den §§ 73 ff. StGB a.F. unter Einschluss des Verfalls.

67 BT-Drs. 19/24180, S. 20. Hierzu krit. bereits Stellungnahme des Bundesrats v. 27.11.2020 (BR-Drs. 620/20, S. 4), der an der Terminologie des »Herrührens« weiter festhalten wollte: »Es ist zu besorgen, dass durch die im Gesetzentwurf in § 261 Abs. 1 S. 1, Abs. 9 StGB vorgesehene begriffliche Neufassung des Tatobjekts der Geldwäsche der Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestands künftig erheblich eingeschränkt werden wird ...« sowie *M. Köhler*, Stellungnahme (Fn. 27), S. 4.

68 Vgl. BR-Entwurf OrgKG v. 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27.

69 S. auch BGHS: 47, 68 (79) = StV 2001, 506; BGH NJW 2009, 1617 (1618 Tz. 12) = StV 2009, 415; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727 (1732) = StV 2007, 533 m. Anm. *Herzog/Hoch/Warius*; Lackner-StGB/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 261 Rn. 5; NK-StGB/Altenhain, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 54 f.; SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 35; *Reichling*, in: Schork/Groß (Hrsg.), BankstrafR, 2013, Rn. 1208.

70 Zu ihnen *Bischofberger*, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals »Herrühren« im Rahmen des Straftatbestands § 261 StGB, 2010, S. 25 ff.; HB *StrafJ/Jahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 5: »Die Details sind (...) noch nicht abschließend geklärt und bedürfen weiterer wissenschaftlicher Aufarbeitung, um auch für die höchstrichterliche Rechtsprechung handhabbare Kriterien zu entwickeln.«

71 *Fischer-StGB* (Fn. 7), § 73 Rn. 10; zu den verbliebenen Unsicherheiten der Begriffsbestimmung *Rönnau/Begensier* NSz 2020, 1 (8). Der RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 30 wies eigens darauf hin, dass die strafrechtliche Herkunft des Geldwäschegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat aufgrund »erschöpfender Beweiswürdigung zur uneingeschränkten Überzeugung des Gerichts festgestellt werden« müsse. Dieser *Disclaimer* in einer amtlichen Begründung ist angesichts von § 267 Abs. 1 StPO und der Judikatur zum Beweisrecht der StPO deklaratorisch, deutet aber die Probleme an, die die schwelende Diskussion um eine Beweislastumkehr im Recht der Einziehung (krit. *Jahn* b. *H. Schmidt*, in: Th. Fischer/Hoven [Hrsg.], Verdacht, 2016, S. 304 f.) heraufbeschwört. *Wiss. Dienste BT*, Strafrechtliche Bekämpfung von Geldwäschekriminalität, Stand: 07.10.2020 (WD 7-3000-106/20), [www.bundestag.de/resource/blob/805666/ac67150db781e210e75f27d91b588bba/WD-7-106-20-pdf-data.pdf](http://www.bundestag.de/resource/blob/805666/ac67150db781e210e75f27d91b588bba/WD-7-106-20-pdf-data.pdf), S. 5 ff.

72 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 28; krit. hierzu *Altenhain/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1047): Die Nichterfassung ersparter Aufwendungen sei zwar grundsätzlich überzeugend, der Vorschlag einer Formulierung, deren Grundbegriff sogleich wieder einer teleologischen Reduktion bedürfe, sei gleichwohl »irritierend«.

73 S. nur MüKo-StGB/*Joockel/Meißner*, 4. Aufl. 2020, § 73 Rn. 19.

74 Vgl. auch *Bälte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 15 Rn. 48: »Der Begriff des Tatertrags bzw. Tatproduktes (...) bringt (...) Bestimmtheitsprobleme mit sich.«

75 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 29.

76 Dies trifft noch zu, vgl. BGHS: 63, 228 (240 Tz. 53 a.E.) = StV 2019, 678 (Ls.); BGHS: 47, 68 (79) = StV 2001, 506; OLG Celle, Beschl. v. 09.03.2017 – 2 Ws 26/17, Tz. 40 = StV 2018, 78 (Ls.); SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 37.

77 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 29 u.H.a. BGHS: 53, 205 (209) = StV 2009, 415; BGH NSz-RR 2010, 109 (111) und BGH StV 2019, 680 (Ls.).

78 So *Kublen* JR 2010, 271 und *Schönke/Schröder-StGB/Hecker*, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 9.

79 Wie hier *Fahl* JZ 2009, 747 f.; *AnwK-StGB/Sommer* (Fn. 11), § 261 Rn. 21; *Herzog-GwG-StGB/El-Ghazi* (Fn. 7), § 261 Rn. 66; SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 28; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, BT 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 894; s. auch *Mandorfer* HRRS 2009, 252 (256); *BeckOK-StGB/Rohmannseder*, Ed. 48 11/2020, § 261 Rn. 16; NK-StGB/Altenhain (Fn. 69), § 261 Rn. 64, 155.



sollen nach dem Bestreben des Gesetzgebers weiter solche Gegenstände, die mit legalen Finanzmitteln vermengt wurden. Doch eine Antwort auf die hoch umstrittene Frage, wann von einem »Vermengen« gesprochen werden kann, vermochte die Entwurfsbegründung nicht zu geben. Unter Verweis auf die zum – nach dem Willen der Entwurfsverfasser ja gerade *nicht* mehr fortzuführenden (oben D.I.1.) – Begriff des »Herrührens« ergangene Rechtsprechung des BGH soll ein Gegenstand jedenfalls dann geldwäschetauglich sein, wenn der aus Vortaten stammende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung »nicht völlig unerheblich« ist.<sup>80</sup> Richtigerweise ist nach den gängigen Kategorien objektiver Zurechnung bei dem gebotenen restriktiven Verständnis des Gesetzes zwar kein generelles Regressverbot am Platze.<sup>81</sup> Zu fordern ist aber, dass ein *wesentlicher* Anteil bemakelt ist, wenn ein Gegenstand nur zum Teil mit bemakeltem Vermögen finanziert wurde. Dies legt auch verfassungsrechtlich die seit langem diskutierte Makelquote von mehr als 50 % nahe.<sup>82</sup>

Geblieben ist nach der regierungsamtlichen Einsicht, dass der damit nach wie vor zentrale Begriffs des »Herrührens« eine zweifelhafte Begrifflichkeit für die Charakterisierung des Tatobjekts ist, im Ergebnis also ein spärlicher Ertrag für den Rechtsanwender. *Zum einen* können die Formulierungen im Regierungsentwurf Verteidigungsansätze bieten, soweit es um den Nachweis der subjektiven Tatseite im Einzelfall geht. Was mit Recht als begrifflich zweifelhaft und inhaltlich schwer handhabbar angesehen wird, dessen Kenntnis dürfte beim Wissen um die Tatbestandsverwirklichung der Geldwäsche zukünftig einer besonders eingehenden Beweiswürdigung bedürftig sein. Es muss ohne vernünftigen Zweifel ausgeschlossen werden können, dass das Geld legal erlangt wurde.<sup>83</sup> *Zum anderen* ist die – auch verfassungsrechtlich stets fragwürdig gebliebene<sup>84</sup> – Sonderregelung für ersparte Aufwendungen (Vermögen, das freiwillig bei Durchführung der rechtswidrigen Tat für den Ersterwerb des Erlangten hätte eingesetzt werden müssen, § 261 Abs. 1 S. 3 StGB a.F.) als Tatobjekte der Geldwäschestrafbarkeit bestimmter Fälle der Steuerhinterziehung im Zuge der Neuregelung entfallen.<sup>85</sup>

## 2. Straffloser Zwischenerwerb (§ 261 Abs. 1 S. 2 StGB)

Durch die Dekontaminationsregelung in § 261 Abs. 6 StGB a.F. sollte nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers des Jahres 1992<sup>86</sup> der tatbestandliche Anwendungsbereich (nur) des ansonsten übermäßig weiten, früheren Isolierungstatbestands in § 261 Abs. 2 StGB a.F. zum Schutz des allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs eingeschränkt werden, »wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen«. Wie bereits § 261 Abs. 6 StGB a.F. etabliert nunmehr § 261 Abs. 1 S. 2 StGB n.F. die Dekontamination des bemakelten Gegenstands aufgrund strafflosen Zwischenerwerbs. In ihrem Anwendungsbereich bewirkt die Norm als geschriebene Tatbestandseinschränkung die Aufhebung der Tatobjektqualität des inkriminierten Gegenstands.<sup>87</sup> Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen erfasst Abs. 1 S. 2 aber nicht alle Tathandlungsvarianten; deshalb hat der Rechtsausschuss auch den Verweis in Abs. 2 S. 2 auf die Dekontaminationsregelung gestrichen. Diese ursprünglich geplante inhaltliche Ausweitung der Dekontaminationsregelung entsprach einer zum alten Recht vielfach vertretenen extensiven Auslegung des § 261 Abs. 6 StGB a.F.<sup>88</sup> Nachdem der Rechtsausschuss sie mit dem oberflächlichen Argument, »eines weitergehenden Strafausschlusses bei Tathandlungen mit manipulativen Tendenzen [bedürfe – d. Verf.] es hingegen nicht«, ausdrücklich verworfen hat, dürfte sie nur noch dann vertretbar sein, wenn man sie methodisch als verfassungskonforme Auslegung verstünde. Das erscheint vertretbar,<sup>90</sup> bedarf aber weiterer Untersuchung.

## II. Tathandlungen

### 1. Typologie und Binnenabgrenzung der diversen »V-Tathandlungen«

Anders als bei der vom Rechtsausschuss wieder einkassierten grundlegenden Neukonzeption des Tatobjekts hatten bereits die Entwürfe die Beschreibung der Tathandlungen der Geldwäsche in ruhigerem Fahrwasser belassen. Sie lehnen sich einerseits an die bisherigen Tatbestände des § 261 StGB a.F. an, schreiben also die wenig übersichtliche Gesetzssystematik (Verschleierungstatbestand sowie Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand in den drei Varianten des Abs. 1 a.F. sowie der Isolierungstatbestand des Abs. 2 a.F.) fort. Andererseits versucht der deutsche Normgeber, die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-RL zu berücksichtigen.

#### a) Abs. 1 Nr. 1: Verbergen

So entspricht der Begriff des Verbergens in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 der wortgleichen Tatvariante des bisherigen Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB.<sup>91</sup> Die Verbform soll zum Ausdruck bringen, dass zwar keine Heimlichkeit, aber doch eine »manipulative Tendenz« erforderlich ist. Das wiederum erfordere ein zielgerichtetes Handeln, das konkret dazu geeignet ist, den Zugang zum Geldwäscheobjekt zu erschweren.<sup>92</sup> Unter Verbergen ist damit jede Tätigkeit zu verstehen, die mittels einer nicht üblichen örtlichen Unterbringung oder einer den Gegenstand verdeckenden Handlung den Zugang zum Tatobjekt *ex ante* tatsächlich zu erschweren geeignet ist. Eine Ortsveränderung

80 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 29; BGHSt 63, 268 (273 Tz. 24) = StV 2019, 739; BGH NJW 2015, 3254 (3255 Tz. 6) m. zutr. abl. Anm. *Krug NZWiSt* 2016, 159 (160); abl. auch *Bilte NZWiSt* 2017, 276 (286 ff.); OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (769) – *FlowTex*; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727 (1732) m. Anm. *Herzog/Hoch/Warins StV* 2007, 542. Mit Recht krit. zur Erwägung im RegE auch *Bilte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 16 Rn. 49; *Altenhain/Fleckenstein JZ* 2020, 1045 (1047): Der bloße Austausch der Formulierung trage zur Lösung der Vermischungs-/Vermengungsproblematik »in keiner Weise bei«.

81 So aber – mit beachtlichen Argumenten – *Krug NZWiSt* 2016, 159 (160); AnwK-StGB/Sommer (Fn. 11), § 261 Rn. 29; *Herzog-GwG-StGB/El-Ghazal* (Fn. 7), § 261 Rn. 78; *G/J/W-StGB/Eschelbach* (Fn. 7), § 261 Rn. 37.

82 So zuerst *Salditt StraFo* 1992, 121 (124); daran anschließend HB *StrafJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 40 a.E.

83 Vgl. BGH *wistra* 2003, 260; *G/J/W-StGB/Eschelbach* (Fn. 7), § 261 Rn. 63; *SSW-StGB/Jahn* (Fn. 2), § 261 Rn. 75; speziell zu den Beweisanforderungen beim Leichtfertigkeitstatbestand unten D.III.2.

84 *Oberlaskamp StV* 2002, 611 (613 f.); *Bittmann wistra* 2010, 125 (128 f.); *Fischer-StGB* (Fn. 7), § 261 Rn. 8a ff.; *SSW-StGB/Jahn* (Fn. 2), § 261 Rn. 31; *G/J/W-StGB/Eschelbach* (Fn. 7), § 261 Rn. 16 (»erscheint nach den Maßstäben zu Art 14 Abs. 1, 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig«).

85 Zutr. *Bilte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 14 Rn. 40: »begrüßenswert«.

86 S. BR-Entwurf OrgKG v. 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 28.

87 *Jahn/Ebner ZWH* 2013, 19 (20); HB *StrafJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 61.

88 Von *Maiwald FS H. J. Hirsch*, 1999, S. 631 (642 ff.); *Herzog-GwG-StGB/El-Ghazal* (Fn. 7), § 261 Rn. 123 f.; *Lackner-StGB/Kühl* (Fn. 69), § 261 Rn. 5; *Leip*, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 1995, S. 99; a.A. zur a.F. BGHSt 47, 68 (80) = StV 2001, 506; OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (768 f.) – *FlowTex*; LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf*, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 12; NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 69), § 261 Rn. 85; AnwK-StGB/*Sommer* (Fn. 7), § 261 Rn. 67; HB *StrafJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 61.

89 Bericht RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 8.

90 Vgl. *Bilte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 25 Rn. 95; HB *StrafJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 7; a.A. *M. Köhler*, Stellungnahme (Fn. 27), S. 10: »Vorgeschlagene Ausweitung des Ausschlussstatbestandes (...) ist (...) nicht gerechtfertigt.«

91 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 30.

92 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 30 u.H.a. BVerfG NJW 2015, 2949 (2953 Tz. 49) = StV 2016, 15; krit. *Altenhain/Fleckenstein JZ* 2020, 1045 (1047): Tatvariante ähnele der herrschenden objektiven Eignungstheorie i.R.d. § 257 StGB, wobei die dortigen Einschränkungen fehlten, sodass einer »extensiven Auslegung« der Weg geebnet würde. Diese Gefahr besteht in der Tat, vgl. HB *StrafJahn* (Fn. 2), § 24 Rn. 8 f.



des Gegenstands muss dafür nicht notwendigerweise vorgenommen werden oder einhergehen.<sup>93</sup> Misslingt die Erschwerung im Einzelfall trotz beweiskräftig festgestellter (§ 267 Abs. 1 StPO) objektiver Eignung letztlich, liegt nach dem gesetzgeberischen Willen dennoch eine vollendete Tat vor; es handelt sich um einen unechten Unternehmensbegriff.

#### b) Abs. 1 Nr. 2: Vereiteln

Eine manipulative Tendenz wird auch von der Vereitelungs-Variante in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gefordert. Anders als beim Eignungsdelikt des »Verbergens« nach der Nr. 1 (soeben D.II.1.a.) handelt es sich nach der gesetzlichen Konzeption um ein reines Absichtsdelikt mit stark überschüssender Innentendenz. Erfasst sind drei – hier – ortsverändernde Handlungen (»Umtauschen«, »Übertragen« oder »Verbringen«), die mit *dolus directus 1. Grades* (zielgerichtetes Wollen) vorgenommen werden, um das Auffinden, die Einziehung (§§ 73 ff. StGB) oder die Ermittlung der Herkunft des Gegenstands zu vereiteln.<sup>94</sup> Ein klandestines (heimliches) Verhalten ist hingegen nicht erforderlich.<sup>95</sup> Mit dem Vereitelungstatbestand sollen vor allem die staatliche Ermittlungstätigkeit und das Einziehungsrecht gestärkt werden. Eine konkrete Gefährdung dieser ihm besonders wichtigen Schutzgüter hält der Gesetzgeber<sup>96</sup> selbst nicht für erforderlich. Dies hat allerdings im Gesetzeswortlaut keinen unmittelbaren Ausdruck gefunden. Es kann nur aus der Streichung der Gefährdungsalternative des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB a.F. geschlossen werden.<sup>97</sup> Gewichtet man die historisch-genetische Auslegung gegenüber der im Strafrecht prioritären Nähe des Arguments zum Normtext Wortlautargument wegen der Regelung in Art. 103 Abs. 1 GG niedriger,<sup>98</sup> spricht damit entgegen der Motive alles für das zusätzliche Erfordernis einer Eignung zur Gefährdung des Auffindens, der Einziehung oder der Herkunftsermittlung des Gegenstands.

#### c) Abs. 1 Nr. 3 und 4: Verschaffen, Verwahren oder Verwenden

Keine inhaltliche Änderung, sondern nur marginale sprachliche Korrekturen haben die Tathandlungen in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB erfahren. Sie entsprechen denjenigen des bisherigen Isolierungstatbestands in § 261 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a.F.<sup>99</sup> Die Norm soll also insoweit als abstraktes Gefährdungsdelikt weiterhin dazu dienen, den Vortäter gegenüber seiner Umwelt wirtschaftlich zu isolieren und den bemakelten Gegenstand praktisch verkehrsunfähig zu machen, indem auch dessen Erwerb (»sich oder einem Dritten verschafft«, Nr. 3), Besitz (»verwahrt«, Nr. 4 Var. 1) und sein bestimmungsgemäßer Gebrauch (»verwendet«, Nr. 4 Var. 2) in Kenntnis seiner unlauteren Herkunft der Strafbarkeit unterworfen werden.<sup>100</sup>

#### d) Abs. 2: Verschleiern (oder Verheimlichen)

Die beiden Tathandlungen des Abs. 2 versuchen die nicht schon von Abs. 1 S. 1 Nr. 1 umgesetzten Tatvarianten des Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-RL abzudecken.<sup>101</sup> Auch dies erfordert, wie bei Abs. 1 Nrn. 1 und 2 (oben D.II.1.a. und b.), ein manipulatives Verhalten, das zielgerichtet den Zugang der Ermittlungsbehörden zum Tatobjekt bzw. dessen Einziehung erschweren kann und konkret irreführend ist.<sup>102</sup> Das Verschleiern der Herkunft (Abs. 2 Var. 2) besteht im Gegensatz zu dem körperlich-gegenständlichen Verbergen nach Abs. 1 Nr. 1 in einem nicht unmittelbar gegenstandsbezogenen Verhalten, durch das

die Ermittlung der Herkunft des Gegenstandes aus der Vortat für die Strafverfolgungsbehörden erschwert wird.<sup>103</sup> Von dieser Tathandlungsalternative wurden schon von § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB a.F. irreführende Machenschaften umfasst, die darauf abzielen, einem Tatobjekt den Anschein einer legalen Herkunft zu verleihen oder zumindest die wahre Herkunft zu verbergen. Nach hier vertretener, auf den natürlichen Wortsinn des Begriffs »Verschleiern« abstellender Auffassung<sup>104</sup> müssen jene Machenschaften aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden zu einem zumindest vorübergehenden Erfolg geführt haben. Bezugspunkt des manipulativen Verhaltens sind allerdings nur »Tatsachen«. Der in Abs. 2 gebrauchte Begriff, der sich an § 263 Abs. 1 StGB anlehnt, soll grundsätzlich alle Informationen betreffen, die für die Ermittlungen hilfreich gewesen wären.<sup>105</sup> Doch ist das Abstellen auf die bloße, auch nur mittelbare Ermittlungsförderlichkeit mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG zu weit.<sup>106</sup> Bezugspunkt der Tatsachen muss, wie bei der falschen Verdächtigung nach § 164 Abs. 2 StGB, eine verdachtsbezogene Behauptung tatsächlicher Art sein, die geeignet ist, die behördlichen Ermittlungen in die Irre zu führen. Das bloße Schaffen einer verdachtsablenkenden Beweislage langt deshalb nicht hin.<sup>107</sup>

Indes vermag die EU-RL nicht über den Unterschied zwischen den Tathandlungsvarianten des »Verschleierns« bzw. »Verheimlichens« aufzuklären. Eine inhaltliche Differenz erschließt sich auch bei Lektüre etwa der englischen (*concealment or disguise*) oder französischen (*dissimuler ou déguiser*) Fassung nicht. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Verben synonym gebraucht werden und es einer Umsetzung in nationales Recht nicht bedurft hätte. Hierbei muss auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Tatvariante des »Verheimlichens« in § 261 Abs. 2 Var. 1 StGB bei einem weiten Verständnis des Wortlauts die Möglichkeit eröffnete, auch

93 Vgl. *Kratz* Jura 2015, 699 (704); *Otto* wistra 1995, 323 (326); SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 44. Das ist in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB anders, s. sogleich D.II.1.b.

94 BT-Drs. 19/24180, S. 29. Krit. hierzu wiederum *Altenhain/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1050): die Variante überschneide sich in »vielfacher Weise« mit den übrigen Tatvarianten, was insgesamt zu einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit führe.

95 Vgl. RegE des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BT-Drs. 18/9525, S. 76; GJ/W-StGB/*Eichelbach* (Fn. 7); § 261 Rn. 45; SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 47 a.E.; offen gelassen von BVerfG NJW 2015, 2949 (2953 Tz. 50) = StV 2016, 15.

96 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 31.

97 Zum früheren Meinungsstand BGH StV 2019, 678 (679 Tz. 14 a.E.); BGH StraFo 2016, 214 (215 Tz. 11); OLG Bamberg NSz 2015, 235 (236); SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 53.

98 BGH JR 2008, 255 (256 Tz. 10) m. Anm. *Kudlich* (zu § 66b Abs. 3 StGB); LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 27. Aufl. 2016, Einl. M Rn. 36.

99 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 31; zur Auslegung im Einzelnen SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 56–60.

100 SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 55.

101 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 33.

102 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 33.

103 Vgl. RegE Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988, BT-Drs. 12/3553, S. 11; BGHSt 63, 268 (273 Tz. 23) = StV 2019, 739; LG Gießen NJW 2004, 1966 (1967); *Joocki* SAM 2013, 170 (173); NK-StGB/*Altenhain* (Fn. 69), § 261 Rn. 104; SSW-Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 45.

104 SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. 2019, § 261 Rn. 16; SSW-Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 45; a.A. die h.M., vgl. BGH NSz 2020, 273 (276 Tz. 47) = StV 2020, 660 (Ls); BGH NZWiSt 2019, 148 (150) m. Anm. *Rueschke* = StV 2019, 680 (Ls); Sch/Sch-StGB/*Hecker* (Fn. 78), § 261 Rn. 14; *Fischer*-StGB (Fn. 7), § 261 Rn. 21a; *Leip* (Fn. 86), S. 128.

105 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 33.

106 Ebenso – mit Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG – *Altenhain/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1049); Stellungnahme WisteV v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 13.

107 Vgl. NK-StGB/*Zoppf* (Fn. 69), § 164 Rn. 37; Sch/Sch-StGB/*Boschl/Schittenhelm* (Fn. 78), § 164 Rn. 12.



schlichtes Untätigbleiben dem Tatbestand unterfallen zu lassen,<sup>108</sup> was ausweislich der Entwurfsbegründung<sup>109</sup> erkennbar nicht gewollt ist. Die sich aus § 13 Abs. 1 a.E. StGB ergebende Notwendigkeit der Modalitätenäquivalenz stünde der Bejahung einer Geldwäsche durch Unterlassen wie im Fall des Verschleierungstatbestands auch aus Rechtsgründen entgegen.<sup>110</sup> Im Ergebnis fehlt es damit dem neuen Verheimlichungstatbestand des Abs. 2 Var. 1 an jeglicher inhaltlicher Berechtigung. Er geht vollständig im Verschleierungstatbestand des Abs. 2 Var. 2 auf.

## 2. Besonderheiten bei Auslandstaten (§ 261 Abs. 9 StGB)

Mit der Regelung des § 261 Abs. 9 StGB n.F. soll den aus Art. 3 Abs. 3 lit. c. bzw. Abs. 4 EU-RL resultierenden Anforderungen an die Erfassung von Auslandstaten als geldwäschetauglicher Vortaten entsprochen werden. Danach können Geldwäschestrataten weiterhin auch an Gegenständen begangen werden, die aus im Ausland begangenen Straftaten stammen, selbst wenn das deutsche Strafrecht nicht schon nach den §§ 3–9 StGB auf sie anwendbar ist. Voraussetzung hierfür ist entweder, dass – wie nach der Entsprechungsklausel im bisherigen Abs. 8 a.F. – die im Ausland begangene Tat i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wäre auf sie das deutsche Strafrecht anwendbar, strafbar wäre.<sup>111</sup> Daneben muss die Auslandstat grundsätzlich auch am Tatort mit Strafe bedroht sein (Nr. 1), es sei denn, es ist eine solche, die nach den in Nr. 2 enumerativ aufgeführten Rechtsvorschriften der EU mit Strafe zu bedrohen ist.<sup>112</sup>

## III. Subjektiver Tatbestand

### 1. (Erneute) Kodifikation des Strafverteidigerprivilegs des Erfordernisses direkten Vorsatzes (§ 261 Abs. 1 S. 3 u. Abs. 6 S. 2 StGB)

§ 261 StGB litt unter dem »Geburtsfehler«,<sup>113</sup> dass auch besonders geldwäschegefährdete Berufsgruppen aktiv in die Geldwäscheverfolgung und -aufklärung miteinbezogen wurden. Durch Abs. 1 S. 3 soll nunmehr die Strafbarkeit von Strafverteidigern in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nrn. 3 und 4 auf Sachverhaltskonstellationen beschränkt werden, in denen diese sichere Kenntnis von der Herkunft des als Honorar angenommenen, insbesondere also sich verschafften Gegenstands haben. Für den Leichtfertigkeitstatbestand gilt Entsprechendes (Abs. 6 S. 2). Hierdurch soll dem bekannten Leiterteil des BVerfG vom 19.11.2003 entsprochen werden,<sup>114</sup> nach dem § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar war, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme sichere Kenntnis von der inkriminierten Herkunft des Honorars hatte. Die Regelung, die wegen der Gesetzeskraft des Urteils des BVerfG nach § 31 Abs. 2 BVerfGG für diese Berufsgruppe rein deklaratorisch ist,<sup>115</sup> ist insoweit inhaltlich grundsätzlich zu begrüßen.<sup>116</sup> Für den Rechtsanwender wird damit in Erinnerung gerufen, dass berufstypisches Verhalten einer Person i.S.d. § 138 Abs. 1 StPO tatbestandslos ist bzw. bleibt und diese in der Berufsausübung als Wahl- und Pflichtverteidiger nicht unverhältnismäßig beschränkt werden darf.<sup>117</sup>

Diesem kodifizierten Privileg der Strafverteidigung ist jedoch die Gefahr eines Kollateralschadens immanent, soweit Abs. 1 Nr. 3 im Umkehrschluss dafür in Anspruch genommen werden könnte, dass Rechtsanwälte im Bereich des Zivil- oder Verwaltungsrechts sowie der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, aber auch Insolvenzverwalter, die § 148 InsO auf massenbezogenes Verhalten verpflichtet, Steuerberater – soweit sie nicht nach § 392 AO als Verteidiger gewählt sind<sup>118</sup> – sowie Notare hier-

von gerade nicht erfasst sind.<sup>119</sup> Das Urteil des BVerfG selbst ist zwar nach seinem erkennbaren Zweck auslegungsfähig. Es wird deshalb mit Blick auf jene Berufsgruppen auch gleichsam »erweiternd« teleologisch interpretiert.<sup>120</sup> Tatsächlich sprechen die Sachgründe für die Forderung nach der Anhebung der Schwelle auf direkten Vorsatz auch bei diesen Berufsgruppen.<sup>121</sup> Zudem legt auch § 43 Abs. 2 S. 1 GwG eine Differenzierung zwischen Strafverteidigern und anderen Berufsgruppen nicht nahe, weil er unterschiedslos »Informationen (...), die sie [die Mitglieder dieser Berufsgruppen – die Verf.] im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben« von der Meldepflicht grundsätzlich ausnimmt. Diese Formulierung ist umfassend zu verstehen.<sup>122</sup> Eine teleologisch erweiternde Auslegung des einfachen Rechts kommt aber angesichts des eindeutigen Wortlauts des Abs. 1 S. 3 an ihre natürliche Grenze: Wer »als Strafverteidiger« handelt, der handelt eben gerade *nicht* als Notar, Insolvenzverwalter oder Syndikusrechtsanwalt, zumal der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags die dazu in der Sachverständigenanhörung vorgetragenen Bedenken<sup>123</sup> sich in seiner Beschlussempfehlung nicht hat angelegen sein lassen. Das BVerfG selbst hatte in seiner Kammerjurisdikatur bislang ausdrücklich offengelassen, »ob im Fall zivilrechtlicher Mandate bei einem »untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt« (...) oder bei »Mischkonstellationen« von Verfassungen wegen einer Privilegierung auch des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts geboten ist.«<sup>124</sup> Für zukünftige Fälle mag hier also nur eine erneute verfassungskonforme Auslegung für die

108 Der Duden definiert »verheimlichen« als »jemanden von etwas, was man mitzuteilen verpflichtet wäre, bewusst nicht in Kenntnis setzen«, sodass dem Begriff des Verheimlichens damit ein Unterlassensmoment innewohnt.

109 Vgl. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 32.

110 So auch *Neuheuser* NZWiSt 2015, 241; *Knatz* Jura 2015, 699 (706); *MüKo-StGB/Neuheuser* (Fn. 73), § 261 Rn. 92; *BeckOK-StGB/Rubmannseder* (Fn. 79), § 261 Rn. 52; *HB StraflJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 31; a.A. *NK-StGB/Altenhain* (Fn. 69), § 261 Rn. 93.

111 Es ist also darauf abzustellen, ob eine vergleichbare Inlandstat hypothetisch die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen würde, s. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34 i.d.F. Bericht RAusschuss, BT-Drs. 19/26602, S. 8 sowie *Lütke wistra* 2001, 85 (87); *NK-StGB/Altenhain* (Fn. 69), § 261 Rn. 45; *MüKo-StGB/Neuheuser* (Fn. 73), § 261 Rn. 42; *Sch/Sch-StGB/Hecker* (Fn. 78), § 261 Rn. 8; *SSW-StGB/Jahn* (Fn. 2), § 261 Rn. 26.

112 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34; zur Problematik der in Abs. 9 Nr. 2 lit. a-h gewählten Regelungstechnik des Kaskadenverweises *Jahn*, BT-Prot. 19/117, S. 25 f.; *J. Martens*, BT-Prot. 19/209 v. 11.02.2021, S. 26415 f.

113 Begriff bei LR-StPO/Jahn, 27. Aufl. 2021, Vor § 137 Rn. 96. Zur der zugrunde liegenden inhaltlichen Kritik ausf. *J. Vogel* ZStW 109 (1997), 335 (355 f.); *Otto* ZKredW 1994, 63 (66); *Barton* StV 1993, 156; *Lüwe-Knahl wistra* 1993, 123; a.A. *MüKo-StGB/Neuheuser* (Fn. 73), § 261 Rn. 78.

114 BT-Drs. 19/24180, S. 32 u.H.a. BVerfGE 110, 226 (245 ff.) = StV 2004, 254.

115 Die Urteilsformel von BVerfGE 110, 226 ist im BGBl. I 2004, S. 715 veröffentlicht.

116 So auch *Bülte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 26 Rn. 99; DAV-Stellungnahme (Fn. 25), S. 12.

117 Zur vorausgegangenen Diskussion LR-StPO/Jahn (Fn. 113), Vor § 137 Rn. 96–103.

118 S. *HB StraflJahn/Brodowski*, Grundlagen des Strafverfahrens, Bd. 7, 2020, § 17 Rn. 62; LR-StPO/Jahn (Fn. 113), § 138 Rn. 17.

119 S. bereits *Jahn*, Kriminalisierung der Rechtsberatung, NJW-aktuell 44/2020, S. 15.

120 Vgl. nur *Momsen/Grütznel/Boerger* (Fn. 7), § 38 Rn. 180; *HB StraflJahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 13 m.w.N.

121 Ebenso *Altenhain/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1050); *Jaacks* SAM 2013, 170 (174); *Glöser*, Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei Honorarannahme, 2009, S. 173 f., 189; *SSW-StGB/Jahn* (Fn. 2), § 261 Rn. 66.

122 Herzog-GwG/Barreto da Rosa (Fn. 7), § 43 Rn. 70.

123 *Jahn*, BT-Prot. 19/117, S. 20; *Bülte*, Stellungnahme (Fn. 20), S. 27 Rn. 102.

124 BVerfG NJW 2015, 2949 (2953 f. Tz. 53) = StV 2016, 15.



angesprochenen Berufsgruppen jenseits der Strafverteidigung helfen; 110. Band *revisited*.

## 2. Leichtfertigkeitstatbestand (§ 261 Abs. 6 StGB)

Wenngleich die Neustrukturierung des Tatbestands noch im Referentenentwurf zunächst die Abschaffung leichtfertiger Geldwäsche des § 261 Abs. 5 StGB a.F. vorsah, vollzog der Regierungsentwurf eine (weitere, oben **D.I.1.**) Rolle rückwärts. Eine Einschränkung des Leichtfertigkeitstatbestands soll nach dem eben Gesagten nur mit Blick auf Strafverteidiger gelten (§ 261 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 4 StGB), bringt also die sonstigen rechtsberatenden Berufe mit der neuen Rechtslage (soeben **D.III.1.**) prinzipiell sogar in den Einzugsbereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Nicht plausibel macht die neue Regelung jedoch, wie eine leichtfertige Begehung *aller* nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB möglichen Tatmodalitäten in logischer und systematischer Perspektive möglich sein soll. So fordern sowohl Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 als auch Abs. 2 StGB ausweislich der Entwurfsbegründung »manipulative Tendenzen« (oben **D.II.1.**) des Handelnden. Darüber, *wie* ein leichtfertiges Verkennen der kriminellen Herkunft eines Gegenstands bei gleichzeitig von manipulativer Motivation geleitetem Verbergen, Umtauschen, Übertragen oder Verschleiern aussehen könnte, verschweigt sich die Entwurfsbegründung naheliegenderweise.<sup>125</sup> »Leichtfertige Manipulativität« ist ein Oxymoron des Geldwäschestrafrechts.

Die (Wieder-)Einführung einiger Leichtfertigkeitvarianten führt zudem dazu, dass das verfassungsrechtliche Tauziehen zwischen der objektiven Tatbestandsweite (oben **C.**) und dem subjektiven Begrenzungsversuch nun zugunsten einer quantitativ ausufernden Strafverfolgung ausfällt.<sup>126</sup> In den Blick zu nehmen ist im Phänomenbereich der Geldwäsche, dass die Neufassung mit der Streichung des Vortatenkatalogs eine extreme Variationsbreite von Vorgängen in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden rückt, die von der Bagatell- bis zur straff organisierten Bandenkriminalität reicht. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber den enumerativen Vortatenkatalog seit dem OrgKG 1992 stets ausdrücklich<sup>127</sup> mit Verhältnismäßigkeitserwägungen begründet. Das noch im Referentenentwurf<sup>128</sup> vom August 2020 durch das BMJV mit Recht aufgezeigte Szenario einer »nahezu uferlose(n) Anwendungsbreite« bei Beibehaltung der Leichtfertigkeitvariante *und* Umsetzung des all-crimes-approach, die eine »Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchten lasse«, ist jetzt in das Bundesgesetzblatt eingewandert. Zumindest die Einführung einer an §§ 243 Abs. 2 und §§ 247, 248a StGB angelehnten Minimalregelung bzw. einer am Katalog des § 100a StPO<sup>129</sup> bzw. § 138 Abs. 1 StGB orientierten Einschränkung wäre verfassungsrechtlich geboten gewesen. Dass dies nicht geschehen ist, wird der Rechtsanwender aus verfassungsrechtlichen Gründen den ohnehin auch nach der Rspr. des BGH<sup>130</sup> »vorsatznahen« Begriff der Leichtfertigkeit im Rahmen der Beweiswürdigung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit insbesondere in Bagatell- und Alltagsfällen einschließlich der Finanzagentenproblematik (oben **C.I.2.**) eng zu interpretieren haben. Leichtfertigkeit setzt demnach eine Mehrzahl eindeutiger, beweiskräftig i.R.d. § 261 StPO festzustellender Indizien dafür voraus,<sup>131</sup> dass der Handelnde die sich aufdrängende Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus völliger Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber dem naheliegenden inkriminierten Herrühren des Gegenstands und seinem objektiv geldwäschetauglichen Tatbeitrag außer Acht gelassen hat.<sup>132</sup>

## IV. Vortatbeteiligung und Selbstgeldwäsche (§ 261 Abs. 7 StGB)

Ist der Beschuldigte an der Vortat beteiligt (nach § 28 Abs. 2 StGB also deren Täter oder Teilnehmer), enthielt § 261 Abs. 9 S. 2 StGB a.F. einen persönlichen Strafausschließungsgrund,<sup>133</sup> der jetzt in Abs. 7 überführt worden ist.

Er verdankt sich dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Strafflosigkeit von Selbstbegünstigungshandlungen und verhindert darüber hinaus Doppelbestrafungen (Art. 103 Abs. 3 GG). § 261 Abs. 7 StGB n.F. perpetuiert die seit 2015<sup>134</sup> geltende Regelung des § 261 Abs. 9 S. 3 StGB a.F., mit der die sog. Selbstgeldwäsche dennoch unter Strafe gestellt wird. Danach soll auch künftig eine wegen Beteiligung an der Vortat strafbare Person auch wegen Geldwäsche dann bestraft werden können, wenn sie zusätzliches, nicht bereits durch das Unrecht der Vortat abgegoltenes weiteres Unrecht begeht, indem sie den inkriminierten Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen Herkunft verschleiert.<sup>135</sup>

Nach der Entwurfsbegründung soll das Verschleiern als zielgerichtete, irreführende Machenschaft mit dem Zweck, einem Gegenstand den Anschein einer (anderen) legalen Herkunft zu verleihen oder zumindest seine Herkunft zu verbergen, zu verstehen sein. Erst das sei mit einem eigenen Unwert behaftet.<sup>136</sup> Das bloß eigennützige Verwerten des geldwäschetauglichen Tatobjektes sei hingegen ein typischerweise vom Vortäter zu erwartendes Verhalten und verwirkliche gegenüber der Vortat kein eigenständiges Unrecht, so dass eine Selbstgeldwäschestrafbarkeit in diesen Fällen ausscheide.<sup>137</sup> Allerdings sieht § 261 StGB n.F. die Tatbestandsvariante des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB a.F. (Verschleiern der Herkunft des Gegenstands) gar nicht mehr vor. Deshalb müssen die Strafgerichte künftig »feinsinnig darüber Beweis erheben«,<sup>138</sup> vor allem aber eine etwaige Einlassung differenzierend danach würdigen, ob der Vortäter beim Inverkehrbringen lediglich die Vereitelung der Herkunft beabsichtigt hat (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB n.F.) oder nur Tatsachen verschleiert, die für die Ermittlung der Herkunft bedeutsam zu sein schienen (§ 261 Abs. 2 StGB n.F.) oder ob er die Herkunft tatsächlich, wenn auch letztlich erfolglos, verschleiert hat (§ 261 Abs. 7 StGB n.F.).

## V. Persönlicher Strafaufhebungsgrund (§ 261 Abs. 8 StGB)

Um einen Anreiz zur Anzeige strafbarer Geldwäschehandlungen zu schaffen und somit einer leichteren Aufklärung der

125 So bereits *Altenhainl/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1050).

126 Hierzu auch schon *Gercke/Jahn/Reckmann* (Fn. 61).

127 BR-Entwurf OrgKG v. 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; CDU/CSU-SPD-FD.P-Entwurf OrgKGBekVerbG v. 01.10.1997, BT-Drs. 13/8651, S. 12.

128 RefE v. 11.08.2020 (Fn. 40), S. 19 f.

129 In diesem Sinne auch Stellungnahme des Deutschen Richterbundes v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 1.

130 BGH NStZ-RR 2019, 145 (146) m. Anm. *Rosbke* NZWiSt 2019, 394.

131 Zur prozessrechtsdogmatischen Konzeption zutr. OLG Karlsruhe NZWiSt 2016, 397 Tz. 16 (»Indizienkatalog«); OLG Köln, Beschl. v. 13.09.2012 – 2 Ws 524/12, Tz. 47 ff. (juris); *Steinberg* ZStW 131 (2019), 888 (937 ff.).

132 Zur verfassungsrechtlichen Begründung auch *Bilte* JZ 2014, 603 (606 ff.); *Kaygl* NJ 2001, 57 (59 ff.); *AnwK-StGB/Sommer* (Fn. 11), § 261 Rn. 57 f.; *HB Straß/Jahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 22 u. 69.

133 Vgl. *Bernmann* FS Amelung, 2009, S. 381 (385); *HB Straß/Jahn* (Fn. 2), § 39 Rn. 81.

134 Mit Wirkung vom 26.11.2015, BGBl. I, S. 2025.

135 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34.

136 RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 34 u. H.a. BGHS: 63, 268 (273 Tz. 23) = StV 2019, 739 m. krit. Anm. *Dann* = NJW 2019, 533 m. krit. Anm. *Jahn*.

137 S. RegE, BT-Drs. 19/24180, S. 35.

138 *Altenhainl/Fleckenstein* JZ 2020, 1045 (1051).



Vortat und der dieser zugrundeliegenden (OK-)Strukturen Vorschub zu leisten, hat(te) der Gesetzgeber<sup>139</sup> in § 261 Abs. 9 S. 1 StGB a.F. und mit der »kleinen Kronzeugenregelung« des Abs. 10 StGB a.F. umfangreiche Möglichkeiten tätiger Reue i.w.S. geschaffen. Abs. 8 übernimmt – im Gegensatz zum insoweit kritikwürdigen RefE<sup>140</sup> – als Gegengewicht zum »all-crimes-approach« die in § 261 Abs. 9 S. 1 StGB a.F. enthaltene Regelung zur Strafbefreiung bei freiwilliger Abgabe oder Veranlassung einer Anzeige der Tat. Das Gesetz gestaltet sie zu Recht nach wie vor<sup>141</sup> nach dem ursprünglichen Vorbild des § 371 AO 1976<sup>142</sup> als persönlichen Strafaufhebungsgrund aus.

Wegen der Regelung in § 43 Abs. 4 S. 1 GWG, die eine FIU-Verdachtsmeldung der Selbstanzeige gleichstellt, wird hier durch die deutsche Wirtschaft massenhaft ein *safe harbour* gesucht werden.

## VI. Qualifikationstatbestände und Regelbeispiele

### 1. Neuer Qualifikationstatbestand (§ 261 Abs. 4 StGB i.V.m. § 2 GwG)

In Umsetzung des Art. 6 Abs. 1 lit. b der EU-RL (»erschwerende Umstände«) hat sich der nationale Gesetzgeber dazu entschlossen, in Abs. 4 der Neuregelung erstmals in der Historie des Geldwäschetatbestands einen Qualifikationstatbestand zu etablieren. Dieser greift für Verpflichtete i.S.d. § 2 GwG, sofern diese im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine der Tatbestandsalternativen des § 261 StGB n.F. verwirklichen.<sup>143</sup> Speziell für Rechtsanwälte gilt zwar unter weiteren Voraussetzungen § 2 Nr. 10 GwG.<sup>144</sup> Allerdings ist die Mitwirkung an anderen als den dort abschließend aufgeführten Geschäften vom Anwendungsbereich ausgenommen. Insbesondere die Strafverteidigung durch Rechtsanwälte unterfällt *e contrario* nicht dem Geldwäschegesetz,<sup>145</sup> so dass auch der neue Qualifikationstatbestand keine Kollisionsregel mit dem Strafverteidigerprivileg (oben D.III.1.) bereithalten musste.

Beim Qualifikationstatbestand könnte die weitere, ungezügelt dynamische Entwicklung des europäischen Rechts aber schon demnächst wieder Änderungsbedarf entstehen lassen. Brüssel will im regulatorischen Bereich – für das Strafrecht fehlt *e contrario* Art. 83 Abs. 2 AEUV ein entsprechender Kompetenztitel – nach dem »Aktionsplan für eine umfassende Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung« aus dem Mai 2020<sup>146</sup> zur unmittelbar wirksamen Legislation (Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV) übergehen.<sup>147</sup> Das Ziel ist ein einheitliches Regelwerk zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Form einer EU-Geldwäscherordnung. Damit scheint perspektivisch die Frage auf, wie lange das rein richtlinienbasierte<sup>148</sup> deutsche GwG in seiner bisherigen Form noch Bestand haben kann und was diese sehr problematische Entwicklung *à la longue* für den repressiven Bereich des § 261 StGB – auch jenseits der Scharnierfunktion des Qualifikationstatbestands – bedeutet.

### 2. Strafzumessung aufgrund von Regelbeispielen (§ 261 Abs. 5 StGB)

Abs. 5 übernimmt den Wortlaut des bisherigen Abs. 4 und hält damit unverändert an den Strafschärfungsregelungen für (benannte)<sup>149</sup> besonders schwere Fälle bei bestimmten Fällen banden- und gewerbsmäßiger Begehung fest.

## E. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen veranschaulichen, dass das Ziel des Geldwäschebekämpfungverbesserungsgesetzes, die

praktische Handhabbarkeit des § 261 StGB zu verbessern, verfehlt wurde. Der Tatbestand, der nunmehr wieder zehn Absätze überwuchert, wird kurz vor dem dritten Jahrzehnt seiner wenig rumreichen Geschichte nun »insgesamt noch unübersichtlicher«.<sup>150</sup> Dazu hat die ungewöhnlich disruptive, zu handfesten Widersprüchen zwischen Entwurfsbegründungen und finalem Gesetzestext führende Änderungshistorie wesentlich beigetragen. Das anfangs mit dem BMJV-Referentenentwurf noch erkennbare Bemühen um eine schrittweise Annäherung an eine ausgewogene Neuregelung trotz eines gewissen europäischen Konvergenzdrucks wurde mit dem Konzept flächendeckender Kriminalisierung bei leichtfertiger Tatbegehung durch den Regierungsentwurf bedauerlicherweise schon wieder aufgegeben. Der Bundestags-Rechtsausschuss hat diese punitive Vorlage angesichts der durch die Sachverständigenanhörung befeuerten Furcht vor Strafbarkeitslücken bei einer begrifflichen Parallelisierung mit dem Einziehungsrecht noch zu schärfen vermocht. Das ändert nichts daran, dass der »all-crimes-approach« bei der Geldwäsche

- nach europäischem Recht nicht veranlasst ist,
- nach deutschem Verfassungsrecht nur unter engen Voraussetzungen verhältnismäßig bleibt, was den Rechtsanwender nach dem Vorstehenden auf ein restriktives Verständnis der Neuregelung verpflichtet,
- kriminologisch angesichts der Struktur der bisherigen Helfeldkriminalität nicht nahe liegt und
- kriminal- und justizpolitisch im beschworenen »Kampf« gegen organisierte und terroristische Kriminalität dysfunktional ist, weil die belasteten Ressourcen der Strafverfolgung mit Geldwäscherdachtsfällen nach bagatelhaften Vortaten überstrapaziert werden.

139 BT-Drs. 12/989, S. 28; 12/3533, S. 15.

140 Vgl. BRAK-Stellungnahme (Strauda) Nr. 52/2020 vom September 2020 zum RefE (Fn. 40), S. 10 f.

141 LK-StGB/Schmidt/Kranse, 12. Aufl. 2010, § 261 Rn. 48; Sch/Sch-StGB/Hecker (Fn. 78), § 261 Rn. 33; Lackner-StGB/Kühl (Fn. 69), § 261 Rn. 18; HB StraflJahn (Fn. 2), § 39 Rn. 73.

142 Zu der engeren, seit 01.01.2015 geltenden und mittlerweile noch mehrfach eingeschränkten Neufassung des § 371 AO in diesem Kontext Jahn/Ebner FS Heintschel-Heinegg, 2015, S. 221 (227 ff.).

143 Krit. Stellungnahme WisteV v. 07.09.2020 zum RefE (Fn. 40), S. 14 f.: Ausgestaltung als Sonderdelikt sei rechtssystematisch und rechtstechnisch wenig überzeugend.

144 Die Berechtigung der seinerzeitigen Kritik von u. Galen NJW 2003, 117 (118) an der grundsätzlichen Einbeziehung der Anwaltschaft wird durch die jetzige Qualifikationsregelung in § 261 Abs. 4 StGB nachträglich nochmals unterstrichen.

145 Herzog-GwG/Figura (Fn. 7), § 2 Rn. 147.

146 Mitteilung der Kommission C (2020) 2800 fin v. 05.05.2020.

147 Vgl. Bundesratsbeschluss v. 18.09.2020, BR-Drs. 325/20, S. 2; Ghannabeh CCZ 2021, 33 (39); zutr. krit. BRAK-Stellungnahme (»AG Aktionsplan«) Nr. 41/2020 vom August 2020, S. 3 ff.

148 Ausf. Nachw. zur präventiven Geldwäschebekämpfung bei SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 13 ff.

149 Zu den unbenannten besonders schweren Fällen SSW-StGB/Jahn (Fn. 2), § 261 Rn. 106.

150 Albenhain/Fleckenstein JZ 2020, 1045 (1051).



## Entscheidungen

### Verfahrensrecht

GG Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3; StPO § 243 Abs. 4

1. Die Mitteilungspflicht gilt auch dann, wenn eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO letztlich nicht zustande gekommen ist.

2. Auch im Falle erfolgloser Verständigungsbemühungen gehört zum mitteilungsbedürftigen Inhalt, welche Standpunkte von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist (Ls).

BVerfG, Beschl. v. 4.2.2020 – 2 BvR 900/19  
(HansOLG Hamburg)

I. 1. Das AG verurteilte den Beschwerdeführer am 15.11.2017 wegen vorsätzlichen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung eines Klappmessers zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Dagegen legten der Beschwerdeführer und die StA – diese beschränkt auf das Strafmaß – Berufung ein.

2. Vor Durchführung der Berufungshauptverhandlung ... fertigte der Vorsitzende der zuständigen kleinen Strafkammer des LG ... einen Aktenvermerk mit folgendem Inhalt:

„1. Die Ausführungen des AG zum Vorwurf eines Handelns des Angekl. auch mit der in der Wäschetrommel im Schlafzimmer sichergestellten größeren Menge von 1.263,8 g Marihuana und der Verwendungsabsicht des in der Küche aufgefundenen Fahrtenmessers mit einer Klingenlänge von 8 cm sind nach hiesiger Auffassung nicht unplausibel. In der Hauptverhandlung zu klären wäre insbesondere, wo das Messer von der Polizei aufgefunden wurde.

Unabhängig von der Frage der Verwendungsabsicht bezüglich des Messers wäre der Strafraum durch § 29a BtMG nach unten auf eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe begrenzt. Dass nicht auch hinsichtlich § 29a BtMG ein minder schwerer Fall in Betracht kommt, ergibt sich aus der einschlägigen Vorverurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 4 Monaten vom 27.6.2016 und der hohen Rückfallgeschwindigkeit bis zur verfahrensgegenständlichen Tat am 24.5.2017.

2. Telefonat mit StA R am 24.5.2018. StA R teilt mit, dass nach Rücksprache mit StA K eine Einstellung des ... gegen den Angekl. wegen des Verdachts des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht ge-

ringer Menge sowie wegen gewerbsmäßigem unerlaubtem Handelns mit Betäubungsmitteln geführten Verfahrens gem. § 154 Abs. 2 StPO [in] Betracht käme, wenn man sich im vorliegenden Verfahren auf eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 4 Monaten (beantragt waren ursprünglich 2 Jahre und 8 Monate Freiheitsstrafe) verständigen würde. In jedem Falle besteht die StA auf der Verhängung einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung.

3. Telefonat mit Rechtsanwalt B am heutigen Tag. Mitteilung von 2.). Er wird das Angebot der StA mit seinem Mandanten erörtern und sich sodann schriftlich äußern.“

Zu Beginn des ersten Tages der Berufungshauptverhandlung legte der Vorsitzende nach Feststellung der Präsenz und der Personalien des Beschwerdeführers die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens dar und stellte fest, dass die Berufungen form- und fristgerecht eingelegt worden waren. Sodann verlas er den Vermerk vom 5.7.2018, wobei die Verlesung unter Angabe der Fundstelle des Vermerks in den Akten im Protokoll festgehalten wurde. Anschließend wurden das Urteil erster Instanz hinsichtlich des Tenors und der Feststellungen zur Sache sowie die Berufungsbegründung der StA verlesen und der Vorsitzende teilte mit, dass keine Verständigung i.S.v. § 257c StPO stattgefunden habe. Nach Belehrung ließ sich der Beschwerdeführer zur Sache ein. Er räumte ein, zur Deckung seines Eigenbedarfs geringe Mengen Marihuana in seiner Küche und seiner Jacke aufbewahrt und davon zwei kleinere Teilmengen veräußert zu haben. Von den über 1.200 g Marihuana in seinem Schlafzimmer habe er jedoch nichts gewusst; es müsse vom Schulfreund seines Bruders stammen, dem er vorübergehend seine Wohnung überlassen habe. Das aufgefundene Einhandmesser habe er nur zum Schneiden von Fleisch benötigt.

... Das LG [änderte] das Urteil des AG auf die Berufung der StA ab und verurteilte den Beschwerdeführer wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitsichführen eines Einhandmessers zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten. Die Berufung des Beschwerdeführers verwarf es. ...

3. Der Beschwerdeführer legte gegen das Berufungsurteil Revision ein, die er unter anderem mit einer Verletzung von § 243 Abs. 4 StPO begründete. Der Vorsitzende der kleinen Strafkammer sei der daraus folgenden Mitteilungspflicht in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht geworden. Er habe es unterlassen, explizit darüber zu informieren, dass im Vorfeld der Berufungshauptverhandlung Gespräche über eine mögliche Verständigung geführt worden seien. Aus dem verlesenen Vermerk vom 5.7.2018 ergebe sich dies nur implizit. Der Inhalt des Vermerks genüge zudem nicht der Mitteilungspflicht. Es bleibe offen, ob sich der Vorsitzende von schwa-



an die StA und an den Verteidiger gewandt habe, um die Möglichkeit einer Verständigung auszuloten, oder ob die Initiative zu den Telefonaten von den Verfahrensbeteiligten ausgegangen sei. Weiter gehe daraus nicht hervor, ob der Vorsitzende in dem Gespräch mit StA R einen eigenen Standpunkt vertreten habe und die unter Ziffer 1 vermerkten Bewertungen zur amtsgerichtlichen Beweiswürdigung sowie zur Strafraumenwahl mitgeteilt habe. Schließlich erhellte sich nicht, worin das gegenüber dem Verteidiger B erwähnte „Angebot“ der StA gelegen habe, ob es insbesondere auf eine unzulässige Verständigung auf eine Punktstrafe abgezielt habe, ob der Vorsitzende hierzu einen Standpunkt vertreten habe und welche Gegenleistungen aus Sicht der StA von Seiten des Beschwerdeführers erwartet worden seien. Das Urteil beruhe auf diesen Rechtsverstößen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren bei einem gesetzmäßigen Vorgehen einen anderen Verlauf genommen hätte, beispielsweise weil sich der Beschwerdeführer nicht oder anders zur Sache eingelassen hätte. ...

6. ... Das OLG [verwarf] die Revision gem. § 349 Abs. 2 StPO ohne weitere Ausführungen als unbegründet, wobei es den Schuldspruch dahingehend klarstellte, dass der Beschwerdeführer des bewaffneten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln schuldig sei.

II. Mit der Verfassungsbeschwerde greift der Beschwerdeführer das Urteil des LG ... und den Beschluss des OLG ... an und rügt eine Verletzung seines aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Rechts auf ein faires Verfahren, das er durch einen Verstoß gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO beeinträchtigt sieht. ...

III. Auf Antrag des Beschwerdeführers hat die Kammer ... eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG erlassen und die Vollstreckung der Freiheitsstrafe aus dem Urteil des AG ... in Gestalt des Urteils des LG ... einstweilen bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde, längstens für die Dauer von sechs Monaten, ausgesetzt. ...

V. 1. Die Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen den Beschluss des OLG ... richtet. Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung liegen insoweit vor. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind in der Rspr. des BVerfG bereits geklärt. Danach ist die zulässige Verfassungsbeschwerde in einem die Entscheidungskompetenz der Kammer eröffnenden Sinn offensichtlich begründet. Die Entscheidung des OLG verletzt den Beschwerdeführer in seinem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Recht auf ein faires Verfahren. Sie verkennt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO sowie an die Beurteilung, ob ein strafgerichtliches Urteil auf der Verletzung dieser Pflicht beruht.

a) Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip i.V.m. den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 [274 f.]; 122, 248 [271];

130, 1 [25]) und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens (vgl. BVerfGE 38, 105 [111]; 46, 202 [210]). Als unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens gewährleistet es dem Beschuldigten, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können (vgl. BVerfGE 38, 105 [111]; 122, 248 [271 f.]). An ihm ist die Ausgestaltung des Strafprozesses zu messen, wenn und soweit keine spezielle verfassungsrechtliche Gewährleistung existiert (vgl. BVerfGE 57, 250 [274 f.]; 122, 248 [271]; 130, 1 [25]). ...

b) Dem Gesetzgeber kam es bei der Schaffung der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl 2009 I, S. 2353 f.) in die Strafprozessordnung eingefügten Bestimmungen maßgeblich darauf an, die Transparenz der strafgerichtlichen Hauptverhandlung und die Unterrichtung der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung im Falle einer Verständigung zu bewahren; die Verständigung muss sich nach seinem Willen „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren“ (vgl. BVerfGE 133, 168 [214 f. Rn 82] unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks 16/12310, S. 8, 12; vgl. auch BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15.1.2015 – 2 BvR 878/14, Rn 21, und 2 BvR 2055/14, Rn 15). Die gesetzlichen Transparenz- und Dokumentationspflichten dienen dem Zweck, eine effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit, die StA und das Rechtsmittelgericht zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 133, 168 [214 Rn 80]). Dementsprechend sind alle wesentlichen Elemente einer Verständigung, zu denen nach dem vom Gesetzgeber verfolgten Konzept auch außerhalb der Hauptverhandlung geführte Vorgespräche zählen, zum Gegenstand der Erörterung in der Hauptverhandlung zu machen und unterliegen der Protokollierungspflicht (vgl. BVerfGE 133, 168 [215 f. Rn 82]). Hierdurch soll einer Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens durch intransparente, unkontrollierbare „Deals“ vorgebeugt werden (vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 1.7.2014 – 2 BvR 989/14 –, Rn 11).

Die Transparenzvorschriften des Verständigungsgesetzes dienen somit auch dem Schutz der Grundrechte des von einer Verständigung betroffenen Angekl. vor einem im Geheimen sich vollziehenden „Schulterschluss“ zwischen Gericht, StA und Verteidigung (vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 1.7.2014 – 2 BvR 989/14, Rn 11; Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15.1.2015 – 2 BvR 878/14, Rn 24, und 2 BvR 2055/14, Rn 18).

c) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe genügt die aus dem Protokoll über die Berufungshauptverhandlung ersichtliche Verlesung des Vermerks vom 5.7.2018 durch den Vorsitzenden der kleinen Strafkammer des LG nicht den ver-



fassungsrechtlichen Anforderungen an die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO.

aa) Die Telefonate zwischen dem Vorsitzenden und StA R am 24.5.2018 sowie zwischen dem Vorsitzenden und dem Verteidiger am 5.7.2018 unterfielen der Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO.

Die Mitteilungspflicht gilt auch dann, wenn eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO letztlich nicht zustande gekommen ist (vgl. BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.1.2015 – 2 BvR 878/14, Rn 6 und 25, und 2 BvR 2055/14, Rn 4 und 19; vgl. auch die entsprechende st.Rspr. der Strafsenate des BGH, Beschl. v. 23.10.2013 – 5 StR 411/13, NStZ 2013, 722, v. 9.4.2014 – 1 StR 612/13, NStZ 2014, 416 [417], v. 5.6.2014 – 2 StR 381/13, NStZ 2014, 601 [602 Rn 10], und v. 10.1.2017 – 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363 [364]). Dies dient einerseits dem Schutz des Angekl., der an den Verständigungsgesprächen nicht teilgenommen hat, weil er gegebenenfalls sein Verteidigungsverhalten an den Informationen über die gescheiterten Gespräche ausrichten kann (vgl. *Schneider*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 243 Rn 44). Andererseits wird dadurch Transparenz geschaffen und eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit ermöglicht.

Bei den Telefonaten vom 24.5. und 5.7.2018 stand ersichtlich die Möglichkeit einer Verständigung im Raum (vgl. BVerfGE 133, 168 [216 f. Rn 85]). Der Vermerk spricht von „verständigen“ und von einem „Angebot“ der StA. Erörtert wurde die Erledigung von zwei in unterschiedlichen Verfahrensstadien befindlichen Strafverfahren. Die Einbeziehung des Verteidigers veranschaulicht, dass die Möglichkeit einer Abstimmung im Hinblick auf die Ergebnisse der Verfahren unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligter ausgelotet werden sollte.

bb) Die Verlesung des Vermerks ... erfüllte die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Inhalt der Mitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO nicht. Auch im Falle erfolgloser Verständigungsbemühungen gehört zum mitteilungsbedürftigen Inhalt, welche Standpunkte von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist (vgl. BVerfGE 133, 168 [217 Rn 85]; vgl. auch BGH, Beschl. v. 5.6.2014 – 2 StR 381/13, NStZ 2014, 601 [602 Rn 10]; Beschl. v. 10.1.2017 – 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363 [364]). Dem wird der Vermerk in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.

(1) Ihm kann nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, ob die Frage einer Verständigung vom Vorsitzenden der kleinen Strafkammer oder von der StA aufgeworfen wurde. Es bleibt sowohl unklar, auf wessen Initiative hin das Telefonat vom 24.5.2018 geführt wurde, als auch, wer in dem Telefonat die Möglichkeit einer Verständigung ins Spiel brachte.

Die Formulierung „Telefonat mit StA R am 24.5.2018“ verrät nicht, von wem der Anruf ausging. Die Gestaltung des Vermerks spricht zunächst dafür, dass die Frage einer Verständigung

vom Vorsitzenden aufgeworfen wurde. Sie vermittelt den Eindruck, dass der Vorsitzende im Rahmen der Vorbereitung der Berufungshauptverhandlung Überlegungen zur Beweislage und zum Strafrahmen und Strafmaß anstellte, die er unter Ziffer 1 festhielt, und aufgrund dieser die StA anrief, um die Möglichkeit einer Verständigung auszuloten. Dieser Deutung könnte allerdings die Chronologie der Ereignisse entgegengehalten werden. Denn das Telefonat mit StA R fand bereits am 24.5.2018 statt, während der Vorsitzende erst am 5.7.2018, also mehr als einen Monat später, mit dem Verteidiger telefonierte und den Vermerk mitsamt seinen Überlegungen unter Ziffer 1 niederlegte.

Die Interessenlage erscheint wiederum als Argument für eine Initiative der StA. StA R könnte den Vorsitzenden am 24.5.2018 nach Rücksprache mit der für das Verfahren ... zuständigen StA K angerufen haben, um den Versuch einer Verständigung vorzuschlagen, weil der StA daran gelegen war, auch das weitere gegen den Beschwerdeführer geführte, noch nicht bei Gericht anhängige Verfahren zu erledigen. Bei dieser Argumentation ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Verfahren ... aufgrund eines früheren Antrags der StA auch dem Vorsitzenden bekannt war, der zumindest an der Erledigung des in seiner Kammer anhängigen Berufungsverfahrens interessiert gewesen sein dürfte.

Letztlich ist der Vermerk im Hinblick auf den Umstand, von welcher Seite die Frage der Verständigung aufgeworfen wurde, verschiedener Auslegungen zugänglich. Schon deshalb konnte seine Verlesung den Zweck des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, den Beschwerdeführer und die Öffentlichkeit hinreichend über die verständigungsbezogenen Erörterungen zu unterrichten und auf diese Weise Wissensgleichheit zu schaffen und eine effektive Kontrolle durch die Öffentlichkeit zu ermöglichen, nicht erreichen.

(2) Dem Vermerk lässt sich zudem nicht sicher entnehmen, welches konkrete „Angebot der StA“ der Vorsitzende an den Verteidiger weitergab, damit dieser es mit dem Beschwerdeführer erörtern konnte. Der Vermerk erweckt zunächst den Eindruck, dass StA R eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten als untere Grenze des im Rahmen einer Verständigung Vertretbaren ansah. Der Zusatz, dass die StA in jedem Fall auf der Verhängung einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung bestehe, scheint diese Untergrenze jedoch zu relativieren. Möglicherweise wollte sich StA R auch einer etwas geringeren Strafe nicht verschließen, solange deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt werden würde. Dies bleibt unklar.

(3) Vor allem geht aus dem Vermerk nicht hervor, welchen Standpunkt der Vorsitzende gegenüber den Vorstellungen der StA einnahm. Dass er das „Angebot der StA“ an den Verteidiger weitergab, spricht dafür, dass er es zumindest für diskutabel hielt. Seine unter Ziffer 1 des Vermerks festgehaltenen rechtlichen Überlegungen deuten auch darauf hin, dass er sich bereits eine zumindest vorläufige eigene Meinung zu dem Fall gebildet hatte.



Selbst wenn der Vorsitzende jedoch noch keinen eigenen Standpunkt vertreten hatte, weil er sich zunächst einer eigenen Bewertung enthalten und die Rückäußerung des Verteidigers abwarten wollte, wäre dieser Umstand nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO in der Hauptverhandlung mitteilungsbedürftig gewesen. Angesichts des Zwecks der Mitteilungspflicht, durch die Information des Angekl und der Öffentlichkeit Transparenz und Wissensparität im Hinblick auf den Inhalt der Verständigungsgespräche zu schaffen und eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit zu ermöglichen, ist auch die Information, dass das Gericht zu einem Vorschlag (noch) keinen Standpunkt eingenommen hat, ein wesentlicher und demzufolge mitteilungspflichtiger Umstand (so wohl auch BGH, Beschl. v. 11.1.2018 – 1 StR 532/17, NStZ 2018, 363 [364]).

d) Die Begründung, mit der das OLG ... ein Beruhen des Urteils des LG vom ... auf dem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO ausgeschlossen hat, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht tragfähig.

aa) Der Gesetzgeber hat Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung, zu denen auch die Transparenz- und Dokumentationspflichten gehören, nicht als absolute Revisionsgründe eingestuft. Die Revision kann mithin nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf dem Verstoß beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Bei einer Verletzung von Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige informelle Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht. Auch im Falle ergebnisloser Verständigungsgespräche wird das Beruhen des Urteils auf einer fehlenden oder nicht ordnungsgemäßen Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO oftmals nicht sicher ausgeschlossen werden können (vgl. BVerfGE 133, 168 [223 f. Rn 98]; BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.1.2015 – 2 BvR 878/14, Rn 28). ...

Vor allem darf die Frage des Beruhens des Urteils auf dem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 StPO nicht allein unter dem Gesichtspunkt einer Einwirkung auf das Aussageverhalten des Angekl beurteilt werden. Hierdurch wird die Bedeutung der Transparenzvorschriften für die Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit, die auch dem Schutz des Angekl vor sachfremder Beeinflussung durch das Gericht und damit der Verfahrensfairness dient, ausgeblendet. Der auf die Kontrolle durch die Öffentlichkeit abzielende Schutzgehalt des § 243 Abs. 4 StPO beansprucht unabhängig vom Aussageverhalten des Angekl Geltung und muss bei der Beruhensprüfung stets Berücksichtigung finden (vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.1.2015 – 2 BvR 2055/14, juris, Rn 19). Ein Einfluss einer unzureichenden Information der Öffentlichkeit auf das Urteil kann aber beispielsweise dann ausnahmsweise ausgeschlossen werden, wenn der Inhalt der geführten Gespräche zweifelsfrei feststeht und diese nicht auf die Herbeiführung einer gesetzeswidrigen Absprache gerichtet waren (vgl. BGH, Beschl. v. 24.7.2019 – 1 StR 656/18, NStZ-RR 2019, 316). ...

2. Es war danach festzustellen, dass der Beschluss des OLG vom 2.5.2019 den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt (§ 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG). ...

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Carsten Gericke, Hamburg

#### StPO § 32f

Datenkopien von Videoaufzeichnungen aus dem öffentlichen Raum, die zur Akte gelangt sind, unterfallen als Aktenbestandteil dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (Red).

LG Augsburg, Beschl. v. 18.2.2020 – J Qs 51/20 jug (AG Augsburg)

I. [Der] ... Verteidiger R des Beschuldigten beantragte Akteneinsicht durch Übersendung oder Übergabe der Akten. Mit Verfügung der StA wurde allen Verteidigern Akteneinsicht gewährt mit dem Hinweis, dass die Videos in den Räumlichkeiten der Kriminalpolizeiinspektion nach telefonischer Rücksprache in Augenschein genommen werden können.

Rechtsanwalt R [beantragte] ... eine gerichtliche Entscheidung dahingehend, dass die StA angewiesen wird, Akteneinsicht auch im Hinblick auf sämtliche Datenträger mit Videoaufzeichnungen in Form der Mitgabe an den Verteidiger zu gewähren.

Die StA beantragte ..., den Antrag als unstatthaft und damit als unzulässig zurückzuweisen. Hilfsweise sprach sie sich auch in der Sache gegen eine Übersendung der Videoaufzeichnungen aus. Dies käme allenfalls bei sehr hohen Datenmengen umfangreicher Aufzeichnungen in Betracht, außerdem stünden datenschutzrechtliche Belange betroffener Dritter entgegen.

... [Das] AG wies den Antrag des Verteidigers als unzulässig, da unstatthaft, zurück und schloss sich den Ausführungen der StA an.

Gegen den Beschluss wurde ... Beschwerde eingelegt.

Der Beschwerde hat das AG nicht abgeholfen.

II. 1. Die Beschwerde des Beschuldigten ist statthaft und auch sonst zulässig, §§ 147 Abs. 5 S. 2, 306 Abs. 1 StPO.

Es liegt der Fall des § 147 Abs. 5 S. 2 StPO vor. Der Beschuldigte befindet sich in Untersuchungshaft in dem Verfahren, in dessen Akten er die Einsichtnahme begehrt, und damit nicht auf freiem Fuß. In diesem Fall wird der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zugelassen (Meyer-Goßner, StPO, 62. Aufl. 2019, § 147 Rn 39). Um eine effektive Verteidigung – die eine eigenständige Be- und Verwertung von Ermittlungsergebnissen beinhaltet – zu ermöglichen, bedarf es zur Beurteilung des Tatverdachts in der Regel einer vollständigen Akteneinsicht (MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer, 1. Aufl. 2014, StPO, § 147 Rn 27–28).

Bei den bei den Akten befindlichen Datenträgern und den darauf gespeicherten Daten handelt es sich nicht um nicht



suchten) Cyber-Groomings (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB) oder der (organisierten) Steuerhinterziehung, bei Fake-Angeboten zur Aushebung eines (vermutet betrügerischen oder sonst rechtswidrigen) Online-Produkthandels oder zu Inszenierung von Alkohol-Testkäufen (zur »Kontrolle« der Einhaltung von Altersgrenzen),<sup>98</sup> im Rahmen von Verkehrskontrollen<sup>99</sup> oder aber auch in Form vorgetäuschter Anfragen bei Ärzten zur (vermutet strafbaren) Ausstellung einer Befreiung zum Tragen sog. Corona-Schutzmasken (§ 278 StGB).

Es bleibt zu hoffen, dass die Staatsanwaltschaften und Gerichte den neuerlichen »Schuss« aus Straßburg hören und im Falle einer erkannten Tatprovokation mit einer Abkehr vom bislang praktizierten Strafzumessungsmodell reagieren. In Verfahren der Strafrestaussetzung (»Altfällen«) wäre dem sodann als »besonderer Umstand« (§ 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB) ebenfalls Rechnung zu tragen.<sup>100</sup>

Das *BVerfG* ist angehalten, seinen heraufbeschworenen Konflikt mit dem *EGMR* bei nächster Gelegenheit beizulegen. Nicht nur das Ministerkomitee (Art. 46 Abs. 2 EMRK) darf auf die in ein paar Monaten anstehende Stellungnahme der Bundesregierung zur Befolgung des Urteils *Akbay* sehr gespannt sein. Keinesfalls darf sich das Fernduell zwischen *EGMR* und nationaler Gerichtsbarkeit zur Tatprovokation

nun wieder stärker auf die erste Stufe (das »Ob« einer Tatprovokation) verlagern,<sup>101</sup> um auf diese Weise eine »dogmatische« Auseinandersetzung mit den unausweichlichen, aber unbeliebten Vorgaben des *Gerichtshofs* zur Rechtsfolgenebene von vornherein zu umgehen. Käme es tatsächlich zu einer örtlichen Verlagerung der Auseinandersetzung, wird der *EGMR* auch hier eine schlagkräftige Antwort parat haben:

»The end does not justify the means« – in einem Rechtsstaat gibt es keine Wahrheitsermittlung und erst recht keine Strafverfolgung um jeden Preis oder wie der *EGMR* es ausdrückt: »The right to a fair administration of justice [...] holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience.«<sup>102</sup>

98 OLG Bremen NSStZ 2012, 220 f.

99 Aufforderung zum Aussteigen und Zeigen des Wärmdreiecks zur Herstellung der »Öffentlichkeit« bei Verdacht des Tragens strafrechtlich relevanter Zeichen/Kleidung: LG München I, Urt. v. 26.03.2018 – 381 Js 166309/17, BeckRS 2018, 41106 Tz. 25.

100 Dazu schon *Endruff/Kinzig* NSStZ 2000, 271 (274).

101 Sorgen in diese Richtung auch bei *Jahul/Kudlich* JR 2016, 54 (58); diesen Trend konstatierend bereits *Conen* StV 2019, 358 (360 f.).

102 *EGMR*, Urt. v. 15.10.2020 – 40495/15 u.a. (*Akbay* u.a. / J. Deutschland) Tz. 110.

## Eine Entscheidung mit Folgen: Der BGH zur Entbindung von der Schweigepflicht im Fall Wirecard

– Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20, StV 2021, 349 (in diesem Heft) –

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf\*

Seit Jahrzehnten wird vor allem in den großen Wirtschaftsprozessen um die Entbindung von Beratern – Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern – von der Verschwiegenheitspflicht gerungen. Manchen Prozess hat es sehr in die Länge gezogen, dass die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nicht einheitlich war. Der *BGH* hat in einem Beschluss, entstanden aus einer Aussageverweigerung eines Wirtschaftsprüfers vor dem *Wirecard*-Untersuchungsausschuss, nun festgestellt, dass es für die Aussagepflicht des Wirtschaftsprüfers ausreicht, wenn er zuvor von einem vertretungsberechtigten Organwalter von seiner Schweigepflicht entbunden wurde, sei es auch nicht der derjenige, der seinerzeit mit ihm kommuniziert hatte. Eine Entscheidung, die einem juristischen Erdbeben gleichkommt, ihre mögliche Fernwirkung ist beträchtlich: Sie gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für Rechtsanwälte – ungeachtet dessen, dass die Beziehung zwischen Prüfer und Mandant eine gänzlich andere ist als zwischen Anwalt und Mandant.

### A. Einführung

Doch zunächst von vorn: Bestimmte Berufe sind bekanntermaßen verpflichtet, über die ihnen anvertrauten Tatsachen

Schweigen zu bewahren. Generell geregelt ist dies in § 203 StGB. Spezielle berufsrechtliche Regelungen gelten beispielsweise für Wirtschaftsprüfer gem. §§ 43 Abs. 1 S. 1, 57b i.V.m. § 50 WiPrO und für Rechtsanwälte nach § 43a BRAO i.V.m. § 2 BORA.

Die Schweigepflicht schützt die Privatsphäre derjenigen, die sich Berufsgeheimnisträgern anvertrauen. Es braucht nicht viel Fantasie, sich vorzustellen, dass Rat- und Hilfesuchende andernfalls aus Sorge vor Offenbarung Informationen zurückhalten oder sich im Extremfall keinen Rat einholen würden.<sup>1</sup> Von geringem Wert wäre die Schweigepflicht, würden Berufsgeheimnisträger generell verpflichtet, über die im Rahmen des Vertrauensverhältnisses bekanntgewordenen Tatsachen staatlichen Stellen gegenüber auszusagen. § 53 StPO räumt daher bestimmten Berufsgruppen ein Zeugnisverweigerungsrecht ein. Dazu gehören gem. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO grundsätzlich Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Diese dürfen das Zeugnis über alle in unmittelbarem und innerem Zusammenhang mit der Erfüllung der beruflichen Aufgabe stehende Umstände verweigern. Das

\* Verf. dankt *Mathea Buchholz*, M. Jur., für ihre Unterstützung.

1 Näher zum geschützten Rechtsgut *Fischer-StGB*, 68. Aufl. 2021, § 203 Rn. 3.



## Entscheidungen

Die mit \* gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

## Verfahrensrecht

### Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts bei Verständigung

StPO §§ 244 Abs. 2, 257c, 273 Abs. 1a, 302

**Der Grundsatz, dass nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen zu Lasten des Angeklagten gehen, gilt nicht, wenn die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts auf einem Verstoß gegen eine gesetzliche Dokumentationspflicht beruht.**

*BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 05.03.2012 – 2 BvR 1464/11*

**Aus den Gründen:** I. [1] Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Art und Weise der Prüfung des Zustandekommens einer Verfahrensabsprache in der strafgerichtlichen Hauptverhandlung durch das Rechtsmittelgericht, wenn der Angekl. unter Berufung auf eine solche Absprache die Unwirksamkeit eines von ihm erklärten Rechtsmittelverzichts geltend macht.

[2] **1.** Das *AG Pirna – SchöG* – verurteilte den Bf., der sich zur Zeit der Hauptverhandlung seit etwa 5 M. in U-Haft befand, wegen unerlaubten Handels mit Btm in nicht geringer Menge in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Hehlerei in zwei tatmehrheitlichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. und 10 M.

[3] **a)** Dem Protokoll zufolge wurde die Hauptverhandlung auf Anregung der damaligen Verteidigerin des Bf. kurz nach ihrem Beginn für ein »Rechtsgespräch« unterbrochen. Als die Hauptverhandlung – etwa eine Stunde später – fortgesetzt wurde, verlas die Verteidigerin eine ein Geständnis enthaltende Erklärung für den Bf., der danach Fragen beantwortete. Im Anschluss verzichteten die Verfahrensbeteiligten auf eine Vernehmung der geladenen Zeugen und es wurde gem. § 154 Abs. 2 StPO von der Verfolgung eines mitangeklagten Vorwurfs abgesehen. Die Vertreterin der StA beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. und 10 M. sowie die Aufhebung des Haftbefehls; die Verteidigung beantragte eine Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. mit Bewährung und die Aufhebung des Haftbefehls. Nach der Urteilsverkündung und der Aufhebung des Haftbefehls verzichteten StA und Bf. auf Rechtsmittel.

[4] **b)** Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält weder einen Hinweis auf das Zustandekommen einer Absprache (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO) noch die Angabe, dass eine Verständigung nicht erfolgt

sei (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO). Auch die Entscheidungsgründe äußern sich nicht dazu, ob dem Urt. eine Absprache vorausging.

[5] **2. a)** Der Bf. legte Berufung ein und machte eine Unwirksamkeit seines Rechtsmittelverzichts gem. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO geltend. Hierfür legte er eine Erklärung seiner damaligen Verteidigerin vor, die Verständigungsgespräche vor dem *AG Pirna* schilderte und das Zustandekommen einer Absprache bejahte.

[6] **b)** Das *LG Dresden* verwarf die Berufung mit Beschl. v. 10.03.2011 als unzulässig, nachdem es dienstliche Stellungnahmen der Sitzungsvertreterin der StA und des Vors. des *SchöG* eingeholt hatte.

[7] **aa)** Die damalige Verteidigerin des Bf. hatte in ihrer Erklärung angegeben, das Rechtsgespräch habe zunächst im Richterzimmer zwischen dem Vors. des *SchöG*, der Sitzungsvertreterin der StA und ihr stattgefunden. Die StAin habe gleich zu Beginn klargestellt, schon wegen der Vorstrafen des Bf. sei aus ihrer Sicht nicht mit einer Bewährungsstrafe zu rechnen. Sie selbst habe mit Blick auf die konkreten Vorwürfe eine Bewährungsstrafe noch für realistisch gehalten und den Inhalt eines möglichen Geständnisses angerissen. Der Vors. habe ausgeführt, auch er könne sich eine Bewährungsstrafe nicht mehr vorstellen, dafür aber eine Aufhebung des Haftbefehls, sofern sich der Bf. wie angekündigt einlasse. In diesem Fall werde eine Beweisaufnahme durch Zeugeneinvernahme nicht erfolgen. Der Vors. habe darauf hingewiesen, dies aber noch mit den Schöffen besprechen zu müssen. Die StAin habe zunächst mehr als 3 J. Freiheitsstrafe gefordert und sei schließlich von 2 J. und 10 M. ausgegangen. Der Vors. habe die Strafhöhe ähnlich gesehen, aber noch keinen eindeutigen Hinweis gegeben. Sie habe sich daraufhin mit dem Bf. besprochen und die Sitzungsvertreterin der StA die Verfasserin der Anklageschrift unterrichten wollen. Nachdem sie die Angelegenheit mit dem Bf. in dem Sinne erörtert gehabt habe, dass dieser sich zur Sache einlasse, wenn der Haftbefehl aufgehoben werde, sei sie zu dem Vors. gegangen und habe mitgeteilt, mit der besprochenen Vorgehensweise bestehe Einverständnis. Der Vors. habe aber noch nicht mit den Schöffen gesprochen gehabt. Als sie in den Sitzungssaal zurückgekommen sei, habe die Sitzungsvertreterin der StA ihr mitgeteilt, man könne so verfahren, dass der Bf. 2 J. und 10 M. erhalte, der Haftbefehl aufgehoben und die Sache rechtskräftig werde. Über diese Aussage sei sie überaus erstaunt gewesen, da in den Gesprächen zuvor zu keinem Zeitpunkt eine Rechtskraft des Urt. thematisiert worden sei. Die StAin habe jedoch geäußert, sie könne die Verteidigerin nicht verstehen, da ein entsprechendes Gespräch stattgefunden habe und sie davon ausgegangen sei, alle Beteiligten seien sich über diese Punkte einig. Als das Gericht in den Saal gekommen sei, habe sie den Vors. über die Äußerung der StAin informiert und ihn gefragt, ob er das auch so sehe, was der Vors. bestätigt habe. Hierüber habe sie mit dem Bf. gesprochen, der sich für die Rechtskraft entschieden habe, weil der Haftbefehl aufgehoben werden sollte. Sodann sei die Hauptverhandlung fortgesetzt worden. Sie und der Bf. hätten später auf Rechtsmittel verzichtet, weil sie befürchtet hätten, anderenfalls werde der Haftbefehl wieder in Vollzug gesetzt. Zunächst sei sie



davon ausgegangen, im Richterzimmer sei eine Vereinbarung nicht getroffen worden. Der Vors. und die StAin hätten sie in der Hauptverhandlung jedoch eindeutig anders belehrt.

[8] **bb)** Die Sitzungsvertreterin der StA hatte in ihrer dienstlichen Erklärung ausgeführt, sie habe klargestellt, dass aus ihrer Sicht eine Bewährungsstrafe nicht in Betracht komme. Der Vors. habe mit Blick auf übliche Strafen bei vergleichbaren Taten Ähnliches geäußert, ohne ein konkretes Strafmaß benannt zu haben, da auch eine Abstimmung mit den Schöffen nicht erfolgt gewesen sei. Auf die Ankündigung des Gerichts, ggf. den Haftbefehl aufzuheben, habe sie eingewandt, wegen der hohen Fluchtgefahr sei mit einer Beschwerde der StA zu rechnen. Für den Fall der Rechtskraft sei dies natürlich anders. Sie habe Verteidigung und Bf. so verstanden, dass es ihnen vordergründig um die Aufhebung des Haftbefehls gegangen sei, wobei sie mehrfach ihre Position deutlich gemacht habe. Gänzlich nicht nachvollziehen könne sie die Äußerung der Verteidigerin zum Zustandekommen einer Absprache, da das Gericht die Position vertreten gehabt habe, den Haftbefehl aufheben zu wollen und sie eine sofortige Beschwerde dagegen avisiert habe. Die Verteidigerin habe schließlich auch einen anderen Antrag zum Strafmaß als sie gestellt. Sie habe auf eine weitere Beweisaufnahme verzichtet, weil aus ihrer Sicht keine Beweisprobleme vorgelegen hätten und sie sich sicher gewesen sei, dass das Strafmaß den Erwartungen der StA nahekommen werde. Ein regelrechtes Gespräch über ein bestimmtes Strafmaß mit Gericht, Verteidigung und StA, wie sie es sonst kenne, habe es ihres Erachtens nicht gegeben. Ihr sei es um die Fortsetzung der U-Haft gegangen.

[9] **cc)** Der Vors. des *SchöG* hatte in seiner dienstlichen Stellungnahme mitgeteilt, der genaue Werdegang der Gespräche und deren Inhalt seien ihm nach dem eingetretenen Zeitablauf nicht mehr genau erinnerlich. Er denke aber, dass die Sitzungsvertreterin der StA den Geschehensablauf zutreffend geschildert habe.

[10] **dd)** Das *LG* hielt das Zustandekommen einer Absprache für nicht erwiesen und deshalb den Rechtsmittelverzicht für wirksam. Zwar habe die Verteidigerin ausgeführt, es sei Einigkeit erzielt worden, dass der Bf. zu einer Freiheitsstrafe von 2 J. und 10 M. verurteilt sowie der Haftbefehl gegen ihn aufgehoben wird, wenn das Ur. rechtskräftig werde. Dies stelle jedoch bereits wegen des Einschlusses des Rechtsmittelverzichts keine zulässige Verständigung i. S. v. § 257c StPO dar. Zudem stehe der Antrag der Verteidigerin auf eine Freiheitsstrafe von 2 J. mit Bewährung der Annahme entgegen, es sei eine Verständigung auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. und 10 M. erzielt worden.

[11] **3. a)** Der Bf. legte gegen den Beschluss des *LG* sofortige Beschwerde ein.

[12] **b)** Das *OLG Dresden* verwarf die Beschwerde mit Beschl. v. 19.04.2011 als unbegründet. Die Annahme der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sei nicht zu beanstanden. Da das Verhandlungsprotokoll weder die Erklärung nach § 273 Abs. 1a S. 1 StPO noch das Negativattest nach § 273 Abs. 1a S. 3 StPO enthalte, sei dessen Beweiskraft entfallen. Damit sei aber nicht der Vortrag des Bf. als wahr zu unterstellen, sondern dieser habe nur die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, dass ein bestimmter Vorgang geschehen oder nicht geschehen sei. Das Rechtsmittelgericht müsse dann im Freibeweisverfahren und in freier Beweiswürdigung den wirklichen Verfahrensablauf klären.

[13] Hiernach sei das Vorliegen einer Verständigung nicht bewiesen. Die Erklärungen der damaligen Verteidigerin und der Sitzungsvertreterin der StA seien angesichts des Inhalts des Hauptverhandlungsprotokolls zum Verfahrensablauf nicht geeignet, diesen Beweis zu erbringen. Der Annahme einer Absprache über das Strafmaß stehe entscheidend entgegen, dass die Verteidigerin eine Strafe von maximal 2 J. mit Bewährung beantragt habe, die Vertreterin der StA aber eine Freiheitsstrafe von 2 J. und 10 M. Bereits aus diesem Grund liege es fern, dass sich die Verfahrensbeteiligten auf ein Strafmaß von 2 J. und 10 M. geeinigt haben sollen. Dass Verteidigung und StA übereinstimmend beantragt hätten, den

Haftbefehl aufzuheben, beweise eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO ebenfalls nicht. Dieses Prozessverhalten könne auch dem Umstand geschuldet sein, dass der Vors. von Anfang an seine Absicht bekundet gehabt habe, den Haftbefehl aufzuheben. Außerdem wäre bei einem Nichteintritt der Rechtskraft trotz dieses Antrags eine Beschwerde der StA möglich gewesen. Aus den Stellungnahmen der Prozessbeteiligten ergebe sich auch keine ausreichende Grundlage für eine Verständigung über die Aufhebung des Haftbefehls und einen Rechtsmittelverzicht. Die Annahme einer Absprache bei dem Gespräch im Richterzimmer scheidet schon mangels Beteiligung der Schöffen aus. Der nachfolgende Geschehensablauf lasse unter Zugrundelegung der Schilderung der Verteidigerin die Bejahung einer Verständigung ebenfalls nicht zu, da diese mit der Sitzungsvertreterin der StA keinen Konsens erzielt gehabt habe. Zudem habe letztere geäußert, sie habe es nach wie vor als problematisch erachtet, dass der Haftbefehl aufgehoben werden sollte.

[14] Aus diesen Gründen habe sich der *Senat* nicht die Überzeugung bilden können, dass eine Verständigung erfolgt sei. Daran ändere auch die ergänzend vorgelegte eigene Stellungnahme des Bf. nichts, der angegeben habe, seine Verteidigerin habe ihm mitgeteilt, »es sei alles klar, er werde 2 J. und 10 M. kriegen, könne nach Hause gehen und müsse auf Berufung verzichten«. Nach ihrer Schilderung des Verfahrensablaufs habe die Verteidigerin nicht von einem Konsens ausgehen können.

[15] **4. a)** Mit seiner Anhörungsrüge gegen den Beschl. des *OLG Dresden* v. 19.04.2011 beanstandete der Bf. insbes., das Gericht habe die zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht ausgeschöpft und wesentliche Gesichtspunkte unerwähnt gelassen.

[16] **b)** Das *OLG Dresden* wies die Anhörungsrüge am 06.06.2011 als unbegründet zurück. Es habe keine weiteren Stellungnahmen einholen oder ergänzenden Beweis erheben müssen, da hieraus keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten gewesen seien. Gegen eine Verständigung sprächen weiterhin die unterschiedlichen Anträge von Verteidigung und StA zum Strafmaß. Die Nichteinvernahme von Zeugen in der Hauptverhandlung beweise eine Verständigung ebenfalls nicht.

**II.** [17] **1.** Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Bf. gegen die Beschlüsse des *LG* sowie des *OLG Dresden*. Er rügt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG wegen Nichtwahrung der Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung....

[18] **2.** Der Bf. beantragt, die Vollstreckung der Freiheitsstrafe bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde auszusetzen...

**IV.** [20] Die *Kammer* nimmt die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des *OLG Dresden* v. 19.04.2011 zur Entscheidung an und gibt ihr statt, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte des Bf. angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG). Das *BVerfG* hat die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Fragen bereits entschieden (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Hiernach ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet.

[21] **1.** Die vorliegende Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen die Art und Weise der Prüfung des Zustandekommens (also des »ob«) einer Verfahrensabsprache vor dem *AG Pirna* durch die Rechtsmittelgerichte als Vorfrage der Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit des von dem Bf. erklärten Rechtsmittelverzichts. Der etwaige Inhalt der von ihm behaupteten Verständigung vor dem *AG Pirna* ist ebenso wenig Gegenstand der Verfassungsbeschwerde wie die Verfassungsmäßigkeit urteilsbezogener Verfahrensabsprachen im Strafprozess. Die vom *BVerfG* bislang nicht entschiedene Frage der Vereinbarkeit solcher Absprachen (vgl. dazu lediglich *BVerfG*, Beschl. der 3. *Kammer* des 2. *Senats* v. 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86 –, NJW 1987,



S. 2662 f.) und ihrer gesetzlichen Regelung mit dem Grundgesetz ist im vorliegenden Verfahren somit nicht entscheidungserheblich und kann deshalb offen bleiben.

[22] 2. Der Beschl. des *OLG Dresden* v. 19.04.2011 verletzt den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

[23] a) Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren dem Besch., prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können (vgl. *BVerfGE* 38, 105 <111>; 122, 248 <271 f.>). Soweit sie verfassungsrechtlich nicht bereits anderweitig erfasst werden, stellt das Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren zudem Mindestanforderungen für eine zuverlässige Sachverhaltsaufklärung auf (vgl. *BVerfGE* 57, 250 <274 f.>; 70, 297 <308>; 122, 248 <270>).

[24] b) Diesen Anforderungen wird der angegriffene Beschl. des *OLG Dresden* v. 19.04.2011 nicht gerecht. Der Beschl. weicht in einer Weise von den obergerichtlichen Anforderungen an die richterliche Sachaufklärung ab, die verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist. Das *OLG* hätte nicht von einer weiteren Sachaufklärung absehen und verbleibende Zweifel nicht im Ergebnis zulasten des Bf. werten dürfen.

[25] aa) Es hätte jedenfalls der augenfälligen Ungereimtheit in der dienstlichen Erklärung der Sitzungsvertreterin der StA nachgehen müssen, die primär das Ziel einer Aufrechterhaltung der U-Haft verfolgt und für den Fall einer Aufhebung des Haftbefehls die Einlegung einer Beschwerde angekündigt haben will, aber in der Hauptverhandlung die Aufhebung des Haftbefehls beantragte. Ferner hätte das *OLG* Stellungnahmen der Schöffen und der Urkundsbeamtin einholen müssen, nachdem die damalige Verteidigerin plausibel und widerspruchsfrei erklärt hatte, die Gespräche seien im Sitzungssaal fortgesetzt worden, und die dienstliche Stellungnahme des Vors. ohne sachlichen Gehalt geblieben war.

[26] bb) Schließlich hätte das *OLG* verbleibende Zweifel nicht zulasten des Bf. werten dürfen. Zwar ist es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach der auch im Freibeweisverfahren gebotenen Sachaufklärung nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen grundsätzlich zulasten des Angekl. gehen. Das dort vom Angekl. grundsätzlich zu tragende Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts findet aber dort seine Grenze, wo die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und dadurch entstehende Zweifel des Gerichts ihre Ursache in einem Verstoß gegen eine gesetzlich angeordnete Dokumentationspflicht finden (vgl. *BVerfGK* 16, 1 <18>)...

**Anmerkung:** Der vorstehende Beschluss des *BVerfG*, genauer: der 1. Kammer seines 2. Senats, gilt den Problemen eines Rechtsmittelverzichts nach Verständigung. Im Ergebnis kann ihm nicht zugestimmt werden. Doch berührt er wichtige Rechtsfragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Besonderes Interesse verdient er namentlich deshalb, weil er einen neuen, vielversprechenden Weg weist, um – wenigstens in einem Teilbereich – die Beachtung der Doku-

mentationsregeln des Verständigungsgesetzes zu gewährleisten und deren Missachtung zu sanktionieren. Der entschiedene Fall war in seiner Grundstruktur einfach beschaffen. Der vom *Schöffengericht* verurteilte Angeklagte hatte – ebenso wie die Staatsanwaltschaft – auf Rechtsmittel gegen das Urteil verzichtet, dann aber gleichwohl Berufung eingelegt und geltend gemacht, dem Urteil sei eine Verständigung vorausgegangen, sein Rechtsmittelverzicht sei daher unwirksam (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO). Es kam also darauf an, ob eine Verständigung vorlag.

### I. Das Dokumentationsdefizit

Die Frage wäre leicht zu entscheiden gewesen, hätte das *AG* die diesbezüglichen Dokumentationsregeln beachtet. Gab es eine Verständigung, dann war sie in das Protokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO). Sie musste in den Urteilsgründen erwähnt werden (§ 267 Abs. 3 S. 5 StPO).<sup>1</sup> Der Angeklagte war darüber zu belehren, dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung sei, ein Rechtsmittel einzulegen (§ 35a S. 3 StPO, »qualifizierte Belehrung«), und auch diese Belehrung musste protokolliert werden.<sup>2</sup> Hatte aber keine Verständigung stattgefunden, dann war dies ebenfalls im Protokoll zu vermerken (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO, Negativattest). Nichts von alledem war hier geschehen; das Protokoll schwieg.

### II. Der Gesetzesmangel

Dieses Dokumentationsdefizit wäre trotzdem unschädlich geblieben, wenn der Gesetzgeber nicht das Negativattest eingeführt hätte. Dann nämlich wäre das Schweigen des Protokolls eindeutig: Da es keine Verständigung, die zu protokollieren gewesen wäre (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO), enthielt, hätte es mit negativer Beweiskraft bezeugt, dass es keine Verständigung gab, ein Gegenbeweis wäre nicht in Betracht gekommen. Mit der Einführung des Negativattests ist das Schweigen des Protokolls jedoch zweideutig geworden. Das Fehlen eines Verständigungseintrags spricht zwar auch dann *gegen* das Vorliegen einer Verständigung, das Fehlen eines Negativattests aber *dafür*. Der *BGH* hält deshalb in solchem Fall das Protokoll für widersprüchlich, sieht damit dessen Beweiskraft in diesem Punkte beseitigt und folgert daraus, dass die Frage des Vorliegens einer Verständigung im Freibeweisverfahren geklärt werden müsse.<sup>3</sup> Das ist unbefriedigend. Der Weg in den Freibeweis führt zu mehr Aufwand, weniger verlässlichen Ergebnissen und einem Verlust an Rechtsklarheit, wie sie gewährleistet bliebe, wenn allein das Protokoll darüber entschiede, ob es eine Verständigung gab oder nicht. Bei schweigendem Protokoll lässt sich die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts nun erst beurteilen, wenn das Freibeweisverfahren durchgeführt ist. Die Einführung des Negativattests hat also missliche Folgen. Die Verantwortung dafür trifft primär den Gesetzgeber, dem offenbar nicht bewusst war, dass er damit die Aussage- und Beweiskraft des Protokolls beschädigen würde. Es ent-

1 Nur die Tatsache der Verständigung, nicht auch ihr Inhalt, *BGH* StV 2010, 227; *NSZ* 2011, 170.

2 *Niemöller*, in: *Niemöller/Schlothauer/Weider*, *VerstG*, 2010, Teil B § 35a Rn. 8 f.

3 *BGHSt* 56, 3 = *StV* 2011, 79; der Leitsatz, wonach das Protokoll »widersprüchlich bzw. lückenhaft« sei, ist freilich seinerseits unklar und widersprüchlich, weil nur eines von beiden zutreffen kann.



behrt nicht der Ironie, dass er dabei die Absicht verfolgte, ein Mehr an Gewissheit und Überprüfbarkeit zu garantieren.<sup>4</sup> Ein netter Versuch – das Ergebnis: ein Eigentor. Zu bedauern ist nur, dass der BGH diese Fehlentscheidung des Gesetzgebers »eins zu eins« umgesetzt hat, statt Möglichkeiten einer Korrektur in Betracht zu ziehen. Gegeben hätte es sie. So wäre es vertretbar gewesen, dem Negativattest die Beweiskraft vorzuenthalten, diese zumindest auf sein Vorhandensein zu beschränken und nicht auch seinem Fehlen zuzuerkennen<sup>5</sup> oder – eine Lösung mit Charme, nur leider ohne gesetzlichen Anknüpfungspunkt – einen Rechtsmittelverzicht immer schon dann für unzulässig zu halten, wenn im Protokoll kein Negativattest steht.<sup>6</sup> Aber mit der Entscheidung des BGH ist »die Messe gelesen«, zumal sich auch mehrere Oberlandesgerichte auf denselben Standpunkt gestellt haben.<sup>7</sup>

### III. Unzulänglichkeiten der Fallbeurteilung

Demgemäß ging das LG hier ins Freibeweisverfahren und stellte Ermittlungen an. Der Vorsitzende des Schöffengerichts erklärte, sich nicht mehr genau erinnern zu können, die damalige Verteidigerin und die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft gaben einander widersprechende Erklärungen ab. Das LG kam zu dem Ergebnis, dass eine Verständigung nicht bewiesen sei, ebenso auch das OLG als Beschwerdeinstanz. Das daraufhin vom Angeklagten mit der Verfassungsbeschwerde angerufene BVerfG meinte, die Aufklärung des Falles genüge nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, vermisste weitere Ermittlungsmaßnahmen und hob deshalb den Beschluss des OLG auf. Auf der Grundlage dessen, was in den Gründen des Kammerbeschlusses über die Ergebnisse des Freibeweisverfahrens mitgeteilt ist, bestehen durchgreifende Zweifel daran, dass die Kammer den Sachverhalt richtig beurteilt hat.

Die Erklärung der Staatsanwältin gab für die Annahme einer in der Hauptverhandlung zustande gekommenen Verständigung (§ 257c StPO) nichts her. Das BVerfG sah eine »augenfällige Ungereimtheit« ihrer Angaben (die für eine Verständigung sprechen könnte) allerdings darin, dass sie danach »primär das Ziel einer Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft verfolgt und für den Fall einer Aufhebung des Haftbefehls die Einlegung einer Beschwerde angekündigt haben will, aber in der Hauptverhandlung die Aufhebung des Haftbefehls beantragte«. Ob darin eine »Ungereimtheit« lag, ist jedoch fraglich. Die Staatsanwältin will nach eigenem Bekunden bei dem Gespräch im Richterzimmer die angekündigte Beschwerde einlegung unter Vorbehalt gestellt und erklärt haben, für »den Fall der Rechtskraft sei dies natürlich anders«; sie kann unter den gegebenen Umständen erwartet haben, dass eben dieser Fall durch den dann auch von beiden Seiten erklärten Rechtsmittelverzicht eintreten würde.

Doch mag dies auf sich beruhen. Denn auch die Erklärung der Verteidigerin ließ, die Richtigkeit ihrer Angaben unterstellt, keinen Schluss darauf zu, dass eine Verständigung zustande gekommen war. Ihre Darstellung ging im Wesentlichen dahin, die Staatsanwältin habe ihr im Sitzungssaal mitgeteilt, man könne so verfahren, dass der Angeklagte eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten »erhalte«, der Haftbefehl aufgehoben und die Sache rechtskräftig werde. Diese Mitteilung habe sie erstaunt, weil von Rechtskraft bis dahin nicht die Rede gewesen sei. Die Staatsanwältin habe

jedoch geäußert, sie verstehe die Verteidigerin nicht, da sie aufgrund des Gesprächs im Richterzimmer davon ausgegangen sei, alle Beteiligten seien sich über diese Punkte (also auch über die Rechtskraft, deren Eintritt den beiderseitigen Rechtsmittelverzicht voraussetzte) einig. Als das Gericht im Saal erschienen sei, habe sie, die Verteidigerin, den Vorsitzenden gefragt, ob er das auch so sehe wie die Staatsanwältin. Das habe dieser bejaht. Hierüber habe sie mit dem Angeklagten gesprochen, der sich sodann »für die Rechtskraft« (also den Rechtsmittelverzicht) »entschieden« habe.

Mit dieser Darstellung war eine in der Hauptverhandlung zustande gekommene Verständigung (§ 257c StPO) nicht dargetan. Das Gespräch im Richterzimmer erfüllte die Voraussetzungen einer solchen Verständigung schon deshalb nicht, weil es außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurde und weder der Angeklagte noch die Schöffen daran teilnahmen. Auch war eine Einigung in Wirklichkeit nicht erzielt worden, da sich die Verteidigerin – wie sie es dargestellt hat – nicht bewusst war, dass Vorsitzender und Staatsanwältin die sofortige Herbeiführung der Rechtskraft des Urteils vorausgesetzt hatten, und damit ein versteckter Dissens über einen wesentlichen Punkt des zu Vereinbarenden vorlag (vgl. § 155 BGB). Ebenso wenig ließen die späteren, von der Verteidigerin beschriebenen Vorgänge den Schluss auf eine Verständigung zu. Die bejahende Antwort des Vorsitzenden auf ihre Frage, ob er »das auch so sehe« wie die Staatsanwältin, war, wenn sie denn überhaupt in der Verhandlung gegeben wurde, kein Vorschlag des Gerichts für eine erst noch zu treffende Verständigung (§ 257c Abs. 3 S. 1 StPO). Dabei kommt es nicht einmal darauf an, ob die Antwort als eine auch von den Schöffen mitgetragene Äußerung des Gerichts gelten konnte und ein gerichtlicher Vorschlag die Form eines Beschlusses erfordert.<sup>8</sup> Denn inhaltlich enthielt die Antwort nur eine Mitteilung, in der die Bewertung der Ergebnisse des vorangegangenen Gesprächs zum Ausdruck kam. So hat sie die Verteidigerin nach eigenem Bekunden auch aufgefasst. Das entspricht der in ihrer Erklärung enthaltenen Äußerung, sie habe zunächst geglaubt, im Richterzimmer sei eine Vereinbarung nicht getroffen worden, der Vorsitzende und die Staatsanwältin hätten sie in der Hauptverhandlung jedoch »eindeutig anders belehrt« (Sperrung *Verf.*). Ging die Verteidigerin aber (zutreffend) davon aus, dass die Antwort des Vorsitzenden nur eine Information über seine Bewertung des vorangegangenen Gesprächs war, dann kam aus ihrer Sicht die Zustimmung zu einem gerichtlichen Vorschlag (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO) gar nicht in Frage; ihr fehlte dann schon das Bewusstsein, überhaupt noch eine Erklärung abgeben zu müssen, um das angeblich schon gesprächsweise Vereinbarte in Kraft zu setzen.

4 RegE BT-Drucks. 16/12310, S. 15: »Das (...) »Negativattest« (...) dient dazu, mit höchst möglicher Gewissheit und auch in der Revision überprüfbar die Geschehnisse in der Hauptverhandlung zu dokumentieren (...)«.

5 So Niemöller FS-Rissing-van Saan, 2011, S. 393 (402 f.); ders. in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 2), Teil B § 273 Rn. 30 f.; ähnlich Meyer-Göfner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 273 Rn. 12c.

6 So Bauer StV 2011, 340. Diese Lösung hätte auch dazu beigetragen, dass die Eintragung des Negativattests nicht bewusst unterlassen oder vergessen wird.

7 OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2010, 213; OLG Celle StV 2012, 141; OLG Düsseldorf StV 2011, 80.

8 So Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 2), Teil B § 257c Rn. 24.



Für den Angeklagten selbst gilt nichts anderes. Aufgrund seiner späteren Rücksprache mit der Verteidigerin konnte er – wie diese zuvor – nur zu der Einschätzung kommen, dass mit dem Gespräch im Richterzimmer »schon alles gelaufen« sei und er bloß noch auf Rechtsmittel zu verzichten brauche. Das deckte sich mit seiner eigenen, dem OLG ergänzend vorgelegten Stellungnahme. Dass in der Hauptverhandlung noch Erklärungen abgegeben worden wären, die eine Verständigung ergeben, war nicht ersichtlich. Dafür boten die Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten keinen Anhalt; insbesondere die Verteidigerin selbst hat dies auch nicht andeutungsweise behauptet. Alles in allem ließ sich ihrer Erklärung eine in der Hauptverhandlung getroffene Verständigung (§ 257c StPO) nicht entnehmen; dargetan war damit weder ein Vorschlag des Gerichts noch eine vom Angeklagten selbst oder von der Verteidigerin in seinem Namen und mit seinem Einverständnis erteilte Zustimmung. Eine stillschweigende Übereinkunft reicht im gesetzlich formalisierten Verständigungsverfahren nicht aus.<sup>9</sup> Bei diesem Ergebnis des Freibeweisverfahrens drängte sich weitere Sachaufklärung nicht auf. Soweit das BVerfG demgegenüber gemeint hat, das OLG hätte noch Stellungnahmen der Schöffen und der Urkundsbeamtin einholen müssen, ist dies ohnehin fragwürdig. Die Annahme, Schöffen und Urkundsbeamtin könnten zu den Vorgängen sachdienliche Angaben machen, lag angesichts der Tatsache, dass sich nicht einmal der Vorsitzende noch zu erinnern vermochte, eher fern.

Aus alledem folgt: Nach dem Ergebnis des Freibeweisverfahrens war für die Annahme einer Verständigung kein Raum. Einer weiteren Beweiserhebung bedurfte es nicht. Der Rechtsmittelverzicht der Angeklagten war daher wirksam. Das BVerfG hat die jedenfalls im Ergebnis zutreffende Entscheidung des OLG somit zu Unrecht aufgehoben.

#### IV. Die grundsätzliche Bedeutung des BVerfG-Beschlusses

Gleichwohl verdient – wie anfangs bemerkt – der Beschluss des BVerfG besonderes Interesse, weil seine Begründung für das Freibeweisverfahren in Verständigungsfällen grundsätzliche Bedeutung hat, dies in doppelter Hinsicht: Zum einen für die Sachaufklärungspflicht des Gerichts, zum anderen für die Folgen einer durch Dokumentationsmängel bedingten Unaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhalts.

1. *Sachaufklärungspflicht des Gerichts.* Am Tor zum Freibeweis steht, wer<sup>10</sup> die Unwirksamkeit seines Rechtsmittelverzichts geltend macht und sich hierzu auf eine Verständigung beruft (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO), über deren Vorliegen Protokoll und Urteil<sup>11</sup> keine Auskunft geben. Will er dieses Tor öffnen, so muss er »konkret darlegen, in welchem Verfahrensstadium, in welcher Form und mit welchem Inhalt die behauptete Verständigung zustande gekommen« sein soll; die pauschale, nicht näher konkretisierte Behauptung einer Verständigung genügt nicht.<sup>12</sup> Das entspricht den Anforderungen an eine Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO).<sup>13</sup>

Im Freibeweisverfahren ist das Gericht – nicht anders als nach § 244 Abs. 2 StPO – zur Sachaufklärung verpflichtet;<sup>14</sup> es muss den entscheidungserheblichen Sachverhalt ermitteln, also naheliegende oder sich aufdrängende Beweiserhebungen von Amts wegen vornehmen. Das BVerfG hat

bereits 1981 in seiner Entscheidung zum Zeugen vom Hörensagen<sup>15</sup> die Aufklärungspflicht des Gerichts mit dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren verknüpft<sup>16</sup> und aus diesem Anspruch Mindestanforderungen einer zuverlässigen Wahrheitserforschung abgeleitet; der Pflicht des Gerichts ist damit ein spiegelbildliches Recht des Angeklagten gegenübergestellt worden, dies allerdings zunächst nur für den vom Strengbeweis beherrschten Bereich des strafprozessualen Erkenntnisverfahrens.<sup>17</sup> Aber schon 1985 hat das BVerfG diesen Grundsatz auf das Vollstreckungsverfahren erstreckt und das dort geltende Freibeweisverfahren ausdrücklich einbezogen.<sup>18</sup> Mit dem hier zu besprechenden Beschluss setzt es diese Rechtsprechung unter Bezugnahme (auch) auf diese Entscheidung fort. Bemerkens- und begrüßenswert ist, dass damit der im Fairnessgebot wurzelnde Anspruch des Angeklagten auf zuverlässige Sachverhaltsaufklärung – soweit ersichtlich erstmals – auch für das Freibeweisverfahren in der *Rechtsmittelinstanz* verfassungsgerichtliche Anerkennung gefunden hat.

2. *Dokumentationsmangel als Ursache der Unaufklärbarkeit.* Bedeutsamer aber ist der Grundsatz, den das BVerfG für den Fall aufstellt, dass nach Durchführung des Freibeweisverfahrens zweifelhaft bleibt, ob eine Verständigung vorliegt, diese also weder festgestellt noch ausgeschlossen ist (*non liquet*).

Für den Bereich der Verfahrensrüge ist anerkannt, dass der behauptete Verfahrensfehler *bewiesen* sein muss, die Rüge also scheitert, wenn der Beweis nicht gelingt; der Grundsatz *in dubio pro reo* findet hier keine Anwendung.<sup>19</sup> Das gilt namentlich für den Freibeweis.<sup>20</sup> Nichts anderes gilt, wo sich der Angeklagte auf eine Verständigung beruft: Ist diese nicht festgestellt, so geht das zu seinen Lasten. Der BGH hat dies schon in einer Entscheidung, die vor Verabschiedung des Verständigungsgesetzes ergangen ist, für den Fall einer dort behaupteten Absprache betont.<sup>21</sup> Mit dem hier

9 Anders für die Zustimmungserklärung *Burhoff* StRR 2009, 324 (328).

10 Das wird meist der Angeklagte, kann aber auch die Staatsanwaltschaft sein.

11 Ob schon allein der Urteilsvermerk (§ 267 Abs. 3 S. 5 StPO) bei schweigendem Protokoll ausreicht, den Beweis für eine Verständigung zu erbringen, oder ob er nur ein im Freibeweisverfahren zu berücksichtigendes Indiz für eine Verständigung abgibt, ist zweifelhaft und bisher höchstrichterlich nicht entschieden.

12 BGHSt 56, 3 (6) = StV 2011, 79. Weshalb er auch den *Inhalt* der Verständigung darlegen muss, ist nicht einsichtig, da dieser für den Ausschluss des Rechtsmittelverzichts bedeutungslos ist – eine wie auch immer geartete Verständigung genügt.

13 Ob dies schon selbst eine Verfahrensrüge im Sinne des Revisionsrechts (§ 344 Abs. 2 S. 1 StPO) ist, erscheint zweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben.

14 BVerfGE 70, 297 (309) = StV 1986, 160; *Alsborg/Nüstel/Meyer*, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 5. Aufl. 1983, S. 149 f.; LR-StPO/Becker, 26. Aufl. 2006, § 244 Rn. 37; KMR-StPO/Eschelbach, Stand: 39. Lfg. 2005, Einl. Rn. 21; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 36.

15 BVerfGE 57, 250 (274 f.); 118, 212 (231) = StV 2007, 393; 122, 248 (270) = StV 2010, 497; BVerfG (*Kammer*) StV 2003, 593 f.

16 Diese Verknüpfung ist hier noch lose: Der Anspruch auf ein faires Verfahren könne, so heißt es dort (275), »auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt sein, die der Ermittlung der Wahrheit (...) entgegenstehen«; ähnlich BVerfGE 77, 65 (76).

17 Später auch für das Revisionsverfahren BVerfGE 118, 212 (231) = StV 2007, 393 und für das Wiederaufnahmeverfahren BVerfG (*Kammer*) StV 2003, 223.

18 BVerfGE 70, 297 (308 f.) = StV 1986, 160; *ausf.* BVerfG (*Kammer*) StV 2012, 292.

19 BGHSt 16, 164 (167); 21, 4 (10); BVerfG (*Kammer*) StV 2002, 521; BVerfGK 16, 1 (18); *Meyer-Göfner* (Fn. 5), § 337 Rn. 10; KK-StPO/Kuckein, 6. Aufl. 2008, § 344 Rn. 41.

20 *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 307 f.

21 BGH StV 1994, 174.



erörterten Beschluss zieht das *BVerfG* diese Beweisregel nicht in Zweifel, macht aber hiervon eine wichtige Ausnahme: Das im Freibeweisverfahren, »vom Angeklagten grundsätzlich zu tragende Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts« finde »dort seine Grenze, wo die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und dadurch entstehende Zweifel des Gerichts<sup>22</sup> ihre Ursache in einem Verstoß gegen eine gesetzlich angeordnete Dokumentationspflicht finden«. Mit anderen Worten: In diesem Fall kommt es zu einer Art Beweislastumkehr. Bei einem *non liquet* ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass eine Verständigung vorlag (und der Rechtsmittelverzicht mithin unwirksam war). Die *Kammer* erläutert allerdings nicht, wie jeweils festgestellt werden soll, ob die fehlende Dokumentation für das Scheitern des Beweises *ursächlich* war. Wenn der zitierte Satz nicht bloß eine hübsche Vignette am Schluss der Begründung darstellt, sondern als Rechtsregel gelten soll, dann kommt man wohl nicht darum herum, noch einen Schritt weiter zu gehen. Genügen muss dann schon die *nicht ausschließbare Möglichkeit*, dass bei der gebotenen Dokumentation eine Verständigung bewiesen worden wäre. Das entspricht dem Maßstab, der zugrunde gelegt wird, wenn das Revisionsgericht zu beurteilen hat, ob ein angefochtenes Urteil auf dem ordnungsgemäß gerügten und festgestellten Verfahrensfehler *beruht*.<sup>23</sup>

Der Kammerbeschluss des *BVerfG* führt so zu einer erheblichen Verstärkung der Dokumentationsregeln des Verständigungsgesetzes, indem er deren Missachtung, die andernfalls folgenlos bliebe, in einem Teilbereich fühlbar sanktioniert. Auf diese Weise kann er wesentlich dazu beitragen, dass diese Regeln künftig nicht mehr – wie dies offenbar noch immer häufig geschieht – außer Acht gelassen, sondern ernst genommen und befolgt werden.

Richter am BGH a.D. *Martin Niemöller*, Ertlingen.

## Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung

StPO §§ 24, 257c, 154

**Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung (hier: u.a. Verständigungsurteil gegen ehemals Mitangeklagten nach Abtrennung des Verfahrens).**

BGH, Beschl. v. 10.01.2012 – 3 StR 400/11 (LG Oldenburg)

**Aus den Gründen:** [1] Das *LG* hat den Angekl. H. [u.a.] des Bandenhandels mit Btm in nicht geringer Menge in sechs Fällen... schuldig gesprochen, gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von 6 J. und 10 M. verhängt sowie Wertersatz in Höhe von 26.100 € für verfallen erklärt. Den Angekl. S. hat es wegen Beihilfe zum Bandenhandel mit Btm in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 J. und 10 M. verurteilt und ihn v. Vorwurf der Beihilfe zum Bandenhandel mit Btm in nicht geringer Menge in einem weiteren Fall freigesprochen....

[2] Die Revisionen der Angekl. haben jeweils mit der Verfahrensrüge nach § 24 Abs. 2, § 338 Nr. 3 StPO Erfolg, weil ihr Befangenheitsantrag v. 23.03.2011 gegen die erkennenden Berufsrichter und Schöffen zu Unrecht zurückgewiesen worden ist.

[3] 1. Dem liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde:

[4] a) Im vorliegenden Verfahren angeklagt waren die Angekl. H. und S. sowie der frühere Mitangekl. B., u.a. wegen des Vorwurfs

einer von ihnen am 11.02.2008 als Bande begangenen Betäubungsmittelstraftat. Im Hauptverhandlungsprotokoll des ersten Verhandlungstages v. 08.12.2010 ist zu Gesprächen über eine Verständigung Folgendes festgehalten:

[5] »Es hat ein ausführliches Rechtsgespräch gegeben.

Hinsichtlich des Angekl. B. wurde seitens der Verteidigung eine Erklärung angekündigt. Es bestand zwischen den Verfahrensbeteiligten Einigkeit, dass bei einer Aussage – auch zu den hier anwesenden weiteren Angekl. – eine Einstellung des Verfahrens gem. § 154 StPO in Betracht kommt. Im Übrigen ist im Rahmen des Rechtsgesprächs zuvor für den Angekl. B. eine Straferhöhung der bisherigen Verurteilung (Gesamtfreiheitsstrafe von 7 J.) von bis zu 1 J. einverständlich erörtert worden im Hinblick auf ein entsprechendes Aussageverhalten.

Für den Angekl. H. hat es keine Verständigung gegeben. Die *Kammer* hatte bei einem umfassenden Geständnis eine Strafobergrenze von bis zu 5 J. und 6 M. vorgeschlagen.

Hinsichtlich des Angekl. S. wurde Einigkeit erzielt, dass bei einem umfassenden Geständnis eine Strafe bis zu 4 J. in Betracht kommt.«

[6] Im Hauptverhandlungstermin v. 15.12.2010 erklärten die Angekl. H. und S., sich derzeit zur Sache nicht äußern zu wollen. Der Verteidiger des Angekl. B. gab für seinen Mandanten mündlich Erklärungen zur Sache ab, zu denen sich dieser auf Befragen äußerte.

[7] Mit Beschl. v. 16.12., der außerhalb der Hauptverhandlung erging, trennte die *StrK* das Verfahren gegen den Angekl. B. gem. § 4 Abs. 1 StPO mit der Begründung ab, die Sache sei insoweit entscheidungsreif. Am 22.12.2010 wurde die Beweisaufnahme im Verfahren gegen die Angekl. H. und S. fortgesetzt, am 05.01.2011 die Hauptverhandlung im Verfahren gegen den Angekl. B.

[8] Mit Ur. v. 05.01.2011 wurde der frühere Mitangekl. B. wegen bandenmäßiger Einfuhr von Btm in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handel mit Btm in nicht geringer Menge unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Ur. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 J. und drei M. verurteilt.

[9] In der am 12.01.2011 fortgesetzten Hauptverhandlung gegen die Angekl. H. und S. wurden auf Beschl. der *StrK* aus dem Protokoll v. 05.01.2011 Angaben des Angekl. B. zur Sache verlesen, die dieser in seinem Verfahren gemacht hatte und durch die er die Angekl. H. und S. belastete.

[10] b) Anschließend stellten die Verteidiger der Angekl. einen Befangenheitsantrag gegen die Berufsrichter und die Schöffen. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus: Aus Sicht der Angekl. sei an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der erkennenden Richter zu zweifeln, weil die Besorgnis bestehe, sie hätten sich bereits eine vom Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme nicht mehr beeinflussbare Meinung gebildet. Bei der mündlichen Begründung des gegen den Angekl. B. ergangenen Ur. habe der Vors. die Überzeugung der *StrK* dargelegt, dieser habe am 11.02.2008 vom Angekl. H. gekauftes, zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmtes Kokain im bandenmäßigen Zusammenwirken mit den Angekl. H. und S. aus den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt. Für die Angekl. müsse hieraus der Eindruck erwachsen, die *Kammer* habe sich allein aufgrund der geständigen Einlassung des Angekl. B. von einem bandenmäßigen Zusammenwirken überzeugt und sich insoweit vor Abschluss der Beweisaufnahme im hiesigen Verfahren festgelegt.

22 Die Formulierung ist nicht gerade glücklich, weil zwischen der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und den Zweifeln des Gerichts ja kein Kausalzusammenhang besteht; es handelt sich vielmehr um zwei Seiten derselben Medaille.

23 Statt aller: *Meyer-Göfner* (Fn. 5), § 337 Rn. 36 f. m.w.N.