

AUSGABE 12/2012

S. 600 - 640

7. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Das Massaker in Sant` Anna di Stazzema am 12.8.1944 unter dem Gesichtspunkt der Verjährung

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sönke Gerhold, Wiss. Mitarbeiter Mohamad El Ghazi, Kiel

600

Jugendstrafrecht

Warnung vor dem neuen „Warnschussarrest“

Von Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel

608

Strafprozessrecht

Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden

Von Prof. Dr. Norio Tsujimoto, Osak (Japan)

612

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 22.3.2012 – 1 StR 359/11

(„Amoklauf von Winnenden“ – zur Fahrlässigkeitshaftung neben der volldeliktischen Vorsatztat eines anderen)

(Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln)

623

BGH, Beschl. v. 25.7.2012 – 2 StR 154/12

(Ausweitung strafrechtlicher Risiken im Vergabeverfahren)

(Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, Düsseldorf)

628

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

Leila Nadya Sadat (Hrsg.), Forging a Convention for Crimes Against Humanity, 2011

(Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.)

633

VARIA

Europäisches Strafrecht

Tagungsbericht: Europa – Hochspannung zwischen Eingriffs- und Beschuldigtenrechten

5. EU-Strafrechtstag, Bonn, 14.9.-15.9.2012, Strafverteidigervereinigung NRW e.V.

Von Ass. iur. Philipp Ronsfeld, Freiburg im Breisgau/Kiel

636

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Lektorat fremdsprachliche Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Das Massaker in Sant' Anna di Stazzema am 12.8.1944 unter dem Gesichtspunkt der Verjährung

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sönke Gerhold, Wiss. Mitarbeiter Mohamad El-Ghazi, Kiel*

Nach mehr als zehn Jahren zeit- und kostenaufwendiger Ermittlungen stellte die Staatsanwaltschaft Stuttgart das Verfahren betreffend das Massaker in Sant' Anna di Stazzema am 26.9.2012 im Hinblick auf die Verjährung ein. Der vorliegende Beitrag geht nun der Frage nach, ob diese Entscheidung rechtlich zwingend war.

I. Einleitung

Mit Presserklärung vom 1.10.2012¹ gab die Staatsanwaltschaft Stuttgart bekannt, dass sie das Verfahren wegen des Massakers in Sant' Anna di Stazzema am 12.8.1944 im Hinblick auf die Verjährung der Vorwürfe eingestellt habe. Zuvor war das Ermittlungsverfahren über zehn Jahre mit größtem Aufwand betrieben worden. Wörtlich heißt es in der Presserklärung, die Ermittlungen hätten sich als „äußerst schwierig und aufwendig“ erwiesen, die Identifizierung ehemaliger Angehöriger der 16. SS-Panzergrenadierdivision als „sehr zeitaufwändig“.

Die Darstellung der Sachverhaltsschilderung und der Beweiswürdigung fällt in der Einstellungsverfügung dementsprechend sehr umfangreich aus.² Der rechtlichen Würdigung wird dagegen nur wenig Platz eingeräumt.³ Von 154 Seiten Einstellungsverfügung wird der Auslegung des § 67 StGB (1953) und den Auswirkungen der Einführung des § 50 Abs. 2 StGB (1968), heute § 28 Abs. 1 StGB, auf die Verjährung sogar nur ein einziger Absatz gewidmet.⁴ In Anbetracht der Komplexität der im Zusammenhang mit der Verjährung stehenden Rechtsfragen soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob mit diesem einen Absatz tatsächlich alles gesagt ist und ob die Verfahrenseinstellung rechtlich zwingend war. Die Tatsachenwürdigung der Staatsanwaltschaft Stuttgart soll bei der Beantwortung dieser Frage ausdrücklich nicht in Zweifel gezogen werden. Sie hat ergeben, „dass es sich bei der von nachgeordneten Einheiten der 16. SS-Panzergrenadierdivision ‚Reichsführer SS‘ am 12.8.1944 in Sant' Anna di Stazzema durchgeführten ‚Partisanenbekämpfungskaktion‘ um ein schwerwiegendes Massaker an der Zivilbevölkerung mit brutalen Einzelheiten, also um ein Kriegsverbrechen und nicht um eine militärische Aktion im eigentlichen Sinne handelte.“ Die Haupttaten seien aus niedrigen Beweggründen und grausam ausgeführt worden. Den Beschuldigten könne allerdings nur Beihilfe und weder ein eigenes subjektives

Mordmerkmal noch die Kenntnis eines Merkmals der zweiten Gruppe nachgewiesen werden.

Aus den beschriebenen Umständen folgte die Staatsanwaltschaft, eine Teilnahme an einem aus Grausamkeit begangenen Mord scheidet mangels Vorsatzes aus. Eine mögliche Strafe der Beteiligten wegen Teilnahme an einem Mord aus niedrigen Beweggründen sei mit Einführung des § 50 StGB (1968)⁵ zu mildern gewesen, weshalb die Taten im Hinblick auf die §§ 67 Abs. 1, 44 Abs. 2 StGB (1953)⁶ seit dem 8.5.1960 verjährt seien.

II. Einzelheiten zur Verjährung von NS-Gewaltverbrechen

1. Die Vorstellung der Rechtslage von 1945 bis heute und die jeweiligen Konsequenzen für die Verjährung von NS-Gewaltverbrechen

Nach der Rechtslage in der jungen Bundesrepublik verjäherte ein in der NS-Zeit begangener Totschlag, der vom NS-Regime als systemkonform nicht verfolgt worden wäre, ursprünglich mit Beginn des 8.5.1960.⁷ Mord und die Beteiligung hieran

⁵ § 50 StGB in der Fassung des Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24.5.1968, BGBl. I 1968, S. 503. § 50 StGB (1968) lautete:

„(1) Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern. (3) Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.“

⁶ §§ 67 Abs. 1, 44 Abs. 2 StGB in der Fassung 3. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 4.8.1953, BGBl. I 1953, S. 735. § 67 Abs. 1 StGB (1953) lautete:

„Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt, wenn sie mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sind, in zwanzig Jahren; wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in fünfzehn Jahren; wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht sind, in zehn Jahren.“

Der auf obligatorische Milderungsgründe bezogene § 44 Abs. 2 StGB (1953) lautete:

„Ist das vollendete Verbrechen mit lebenslangem Zuchthaus bedroht, so kann auf Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren erkannt werden.“

⁷ Eine Ausnahme ist selbstredend für Fälle zu machen, in denen die Verjährung bereits zuvor unterbrochen war. Im Übrigen ruhte die Verjährung gem. § 3 der Verordnung zur Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege v. 23.5.1947, VOBl. BritZ, S. 65, im Gebiet der britischen Zone bis zur Kapitulation der Wehrmacht am 8.5.1945

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel unter der geschäftsführenden Leitung von Prof. Dr. Andreas Hoyer.

¹ Online abzurufen unter

<http://www.staatsanwaltschaft-stuttgart.de/servlet/PB/menu/1177707/index.html?ROOT=1177700> (Stand: 8.10.2012).

² Einstellungsverf. v. 26.9.2012 – 1 Js 79109/02, S. 3-130.

³ Einstellungsverf. v. 26.9.2012 – 1 Js 79109/02, S. 130-154.

⁴ Einstellungsverf. v. 26.9.2012 – 1 Js 79109/02, S. 140 f.

verjährten unter derselben Voraussetzung ursprünglich fünf Jahre später mit Beginn des 8.5.1965.⁸ Durch § 1 StrVerjFrG⁹ vom 13.4.1965 wurde dann jedoch das Ruhen der Verjährung für noch nicht verjährte Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht waren, in der Zeit vom 8.5.1945 bis zum 31.12.1949 angeordnet, so dass sich die Verjährungsfrist für Mord und jeden Fall der Beteiligung am Mord zunächst bis zum 31.12.1969 verlängerte.¹⁰ Entsprechende Straftaten hätten nun erst ab dem 1.1.1970 nicht mehr verfolgt werden können.

Bevor die Verjährung der nationalsozialistischen Mordtaten dann aber am 1.1.1970 eintrat, wurde das 9. Strafrechtsänderungsgesetz¹¹ in Kraft gesetzt, das die Verjährungsfrist für Verbrechen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht waren, auf 30 Jahre heraufsetzte, und seit dem 16. Strafrechtsänderungsgesetz¹² aus dem Jahre 1979 verjähren bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährte Mordtaten überhaupt nicht mehr. Für Totschlagstaten aus der Zeit vor 1945 blieb es demgegenüber beim Verjährungseintritt am 8.5.1960.

Für Teilnahmefälle ist ab dem 1.10.1968 zu differenzieren. Folgt man der herrschenden Lehre, nach der gem. § 28 Abs. 2 StGB bzw. § 29 StGB ggf. eine echte Akzessorietätsdurchbrechung zu erfolgen hat, gilt das eben Gesagte entsprechend. Unabhängig von der Haupttat wäre Teilnahme am Mord nicht verjährt, Teilnahme am Totschlag dagegen seit dem 8.5.1960.

Anders verhält es sich demgegenüber mit der ständigen Rechtsprechung. Nach dieser wurden Fälle der Teilnahme bis 1968 im Sinne der strengen Akzessorietät gelöst, d.h. war die Haupttat ein Mord, wurde stets auf Teilnahme am Mord erkannt, war die Haupttat ein Totschlag, auf Teilnahme am Totschlag. Die Verjährungszeitpunkte für Haupttat und Teilnah-

mebeitrag entsprachen sich. Auch § 49 Abs. 2 StGB (1943)¹³ vermochte an diesem Befund nichts zu ändern, da die Norm bis zur Einführung des heutigen § 27 Abs. 2 StGB im Jahre 1975 lediglich eine fakultative Strafmilderung vorsah und damit für Teilnahme am Mord im Höchstmaß noch immer lebenslange Freiheitsstrafe angedroht war.

Erst nachdem zum 1.10.1968 der neue § 50 Abs. 2 StGB (1968) mit der heute in § 28 Abs. 1 StGB enthaltenen obligatorischen Strafmilderung in Kraft getreten war, schränkte der BGH die Akzessorietät der Teilnahme auf Rechtsfolgenseite ein und milderte die Strafe für einen Teilnehmer am Mord der ersten und dritten Gruppe, der selbst kein Mordmerkmal aufwies, gemäß § 44 Abs. 2 StGB (1953)¹⁴ und § 50 Abs. 2 StGB (1968) von lebenslangem Zuchthaus auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren.¹⁵ Die Höchststrafe betrug dann gemäß § 14 Abs. 2 StGB (1872) 15 Jahre Zuchthaus.

Zugleich legte der BGH seiner Berechnung der Verjährungsfristen in ständiger Rechtsprechung eine konkrete Betrachtungsweise zugrunde, so dass nicht der Strafrahmen der Haupttat, sondern im Fall des § 50 Abs. 2 StGB (1968) die gemilderte Sanktionsdrohung der Teilnahme über die Länge der Verjährungsfrist bestimmte. Gemäß § 67 Abs. 1 StGB (1953) war die Verjährung entsprechender Mordtaten daher ebenso wie zuvor schon die Verjährung der Totschlagsdelikte – aus der Sicht des Jahres 1968 – rückwirkend zum 8.5.1960 eingetreten, was daraus folgt, dass die Teilnahme unter den oben charakterisierten Voraussetzungen nun nicht mehr mit lebenslangem Zuchthaus¹⁶ bedroht war und § 1 StrVerjFrG damit keine Anwendung auf diese Fälle fand.¹⁷ Die Taten waren bei Zugrundelegen einer konkreten Betrachtungsweise also bereits verjährt, bevor die Verjährung durch Einleitung entsprechender Ermittlungsverfahren in den Jahren 1964 und

und dem damit verbundenen Kriegsende. Anschließend betrug die Verjährungsfrist für Totschlag gemäß § 67 Abs. 1 StGB (1934) 15 Jahre. Der Wortlaut der Norm entspricht der Fassung des Jahres 1953 (Fn. 6).

⁸ Die Verjährungsfrist für Mord betrug gem. § 67 Abs. 1 StGB (1934) 20 Jahre. Der Wortlaut der Norm entspricht weitgehend der Fassung des Jahres 1953 (Fn. 6). Lediglich der Normzusatz über die Todesstrafe ist 1953 entfallen.

⁹ Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen v. 13.4.1965, BGBl. I 1965, S. 315. § 1 StrVerjFrG lautete:

„(1) Bei der Berechnung der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, bleibt die Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 31.12. 1949 außer Ansatz. In dieser Zeit hat die Verjährung der Verfolgung dieser Verbrechen geruht.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Taten, deren Verfolgung beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits verjährt ist.“

¹⁰ Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 28.

¹¹ 9. Strafrechtsänderungsgesetz v. 4.8.1969, BGBl. I 1969, S. 1065.

¹² 16. Strafrechtsänderungsgesetz v. 16.7.1979, BGBl. I 1979, S. 1046.

¹³ § 49 StGB in der Fassung der Verordnung zur Durchführung der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943, RGBl. I 1943, S. 341. § 49 Abs. 2 StGB (1943) lautete:

„Die Strafe des Gehilfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wesentlich Hilfe geleistet hat, kann jedoch nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen ermäßigt werden.“

¹⁴ § 44 Abs. 2 StGB (1953) bestimmte, dass in Fällen, in denen ein Verbrechen mit lebenslangem Zuchthaus zu ahnden sei, auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren erkannt werden dürfe.

¹⁵ § 14 StGB (1872) bestimmte in Abs. 3, dass eine Zuchthausstrafe immer eine zeitige sei, wenn nicht ausdrücklich lebenslange Zuchthausstrafe angedroht werde. Abs. 2 setzte das Höchstmaß einer zeitigen Zuchthausstrafe auf 15 Jahre fest. Für den nach § 50 Abs. 2 StGB (1968) gemilderten Strafrahmen folgte hieraus, dass die Teilnahme mit Zuchthaus von drei bis 15 Jahren zu ahnden war.

¹⁶ Erst durch Art. 57 des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 25.6.1969, BGBl. I 1969, S. 645 (671), ist der Wortlaut des § 1 StrVerjFrG (1965) zum 1.4.1970 dahingehend geändert worden, dass die Worte „lebenslangem Zuchthaus“ durch „lebenslanger Freiheitsstrafe“ ersetzt wurden.

¹⁷ Vgl. BGHSt 22, 375 (382); Greve, KJ 2000, 412 (413); Rottleuthner, RJ 2001, 665 (669).

1965 und Änderungen des Gesetzes gehemmt werden konnte.¹⁸

Die im E 62 angelegte Begleitvorschrift des § 127 Abs. 3, die vorsah, dass die Strafmilderung des § 50 Abs. 2 StGB (1968) die Fragen der Verjährung nicht berührte, war nicht in das EGOWiG übernommen worden.¹⁹ Diese „Versäumnis“ wird überwiegend als taktischer Schachzug *Dreher*s beurteilt, der nach *Rottleuthner* und anderen ein ausgeprägtes Interesse an einer kalten Amnestie hatte, die sich auf politischem Wege jedoch nicht durchsetzen ließ.²⁰

Das nach gegenwärtigem rechtshistorischem Forschungsstand von *Dreher* mit dem Ziel einer Amnestierung geschaffene Handwerkszeug ließ allerdings Auslegungsspielräume und musste daher auch durch die Rechtsprechung in seinem Sinne angewendet werden. Dies tat der 5. Strafsenat in BGHSt 22, 375, der berühmten Entscheidung mit dem Titel „Kieler Judenreferat“, weshalb *Rottleuthner* ihn wörtlich als „Komplizen“ *Dreher*s bezeichnet.²¹

Ohne die Berechtigung dieses Vorwurfs weiter vertiefen zu wollen, ist durch die rechtshistorische Forschung jedenfalls gut belegt, dass sowohl *Sarstedt* als auch der zuständige Berichterstatter *Börker* Befürworter der Amnestiebestrebungen waren und *Sarstedt* sich auch öffentlich dafür ausgesprochen hatte, entsprechende NS-Verfahren sollten schnellstmöglich verjähren.²² Dass er sich hierdurch in Widerspruch zum Willen des Bundestages setzte, in dem eine Mehrheit für eine Amnestie nicht zu erlangen war, war ihm bewusst. Im Spiegel wurde er daher mit den Worten zitiert: „Hätte der Gesetzgeber die möglichen Konsequenzen gesehen, so hätte er sich das wohl noch mal überlegt.“²³

2. Die Alternative zur kalten Amnestie

Unter den eben skizzierten Voraussetzungen wurde dem BGH nun insbesondere in den späten 1960er Jahren wiederholt vorgeworfen, eine politische Entscheidung getroffen und durch die eigene Auffassung zur Teilnahme an Mord und Totschlag eine Vielzahl von NS-Gewaltverbrecherverfahren der Verjährung zugeführt zu haben.²⁴ Die meisten so genannten „Entscheidungsalternativen“ hätten bei näherem Hinsehen allerdings nichts an der eingetretenen Verjährung zu ändern vermocht. Hätte der BGH im Sinne der Lehre auf die §§ 28

Abs. 2, 29 StGB zurückgegriffen oder die Beteiligten ohne Mordmerkmal als Täter verurteilt, wäre die Verjährung ebenso eingetreten. Die Mordmerkmale insgesamt als tatbezogen zu begreifen, war aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Den einzigen wirklichen Ausweg wiesen daher *Cramer*²⁵ und der Generalbundesanwalt²⁶. Beide gingen davon aus, dass sich durch die Anwendung des § 50 Abs. 2 StGB (1968) zwar der Strafraumen auf höchstens 15 Jahre Zuchthaus reduziere, dieses Ergebnis jedoch keinen Einfluss auf die Verjährung habe, die sich ausschließlich nach der Haupttat richte. Der damals herrschenden Meinung entsprach diese Deutung allerdings nicht und, wenn man der sachlich-rechtlichen Interpretation der Verjährungsvorschriften folgte, war sie im Zeitpunkt der Entscheidung wohl auch mit guten Argumenten abzulehnen.²⁷

Dies tat der BGH allerdings nicht, sondern er vertrat in ständiger Rechtsprechung unter ausdrücklicher Ablehnung des sachlich-rechtlichen Verjährungsbegriffs einen rein prozessualen Verjährungsbegriff.²⁸ Den Sinn der Verjährungsvorschriften sah er nicht in einem allmählich erlöschenden Vergeltungsbedürfnis, sondern in der Besorgnis eines Verlusts oder einer Entwertung von Beweismitteln, so dass ein unterschiedlicher Verjährungszeitpunkt für Täterschaft und Teilnahme kaum zu begründen war.²⁹ Die Beweisfragen sind nämlich weitestgehend die gleichen, was für die abstrakte Betrachtungsweise und einen gleichen Verjährungszeitpunkt spräche.³⁰

Des Weiteren wurde für die abstrakte Betrachtungsweise angeführt, es könne sich bei einem einheitlichen Tatbestand nur entweder um ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung i.S.d. § 1 StGB (1965)³¹ handeln, was ebenso für § 67 StGB (1953) gelten müsse.³² § 50 Abs. 2 StGB (1968) lasse die Regelstrafe der Teilnahme am Mord unberührt. Sie sei noch immer lebenslanges Zuchthaus. Die gegenteilige Auffassung des BGH verwundere insbesondere deshalb, weil er sich im Zusammenhang mit § 1 StGB (1965) klar zur abstrakten Betrachtungsweise bekenne³³ und diese auch auf die

¹⁸ Vertiefend *Freudiger* (Fn. 10), S. 28.

¹⁹ *Horstmann/Litzinger*, An den Grenzen des Rechts – Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen, 2006, S. 16.

²⁰ Vertiefend *Greve*, KJ 2000, 412 (416 f.); *Rottleuthner*, RJ 2001, 665, sowie v. *Miquel*, Ahnden oder amnestieren?, Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, 2004, S. 196 ff., 234 und 333 ff.

²¹ *Rottleuthner*, RJ 2001, 665 (677).

²² v. *Miquel* (Fn. 20), S. 342 und 338 f.

²³ Der Spiegel, Heft 1-2/1969, S. 31; online abzurufen unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45861387.html> (Stand: 8.10.2012).

²⁴ Vgl. nur *Kirn*, ZRP 1969, 124, oder *Gehrling*, JZ 1969, 416, und aus der neueren Literatur *Greve*, KJ 2000, 412 (414), oder *Rottleuthner*, RJ 2001, 665 (679).

²⁵ *Cramer*, FAZ v. 10.1.1969, S. 2, zitiert nach *Samson*, ZRP 1969, 27 (29).

²⁶ Stellungnahme des Generalbundesanwalts zur Verjährung der Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen, NJW 1969, 1157 (1157).

²⁷ Vgl. *Blei*, JA 1969, 21 (22); *Jakobs*, NJW 1969, 489; *Samson*, ZRP 1969, 27 (29); *Schröder*, JZ 1969, 132 (133); *Stree*, JuS 1969, 403 (405).

²⁸ St. Rspr. seit BGHSt 2, 300 (305 ff.).

²⁹ Vgl. *Baumann*, NJW 1969, 1279 (1281 f.); *Dreher*, JR 1970, 146, sowie Generalbundesanwalt NJW 1969, 1157.

³⁰ Vgl. *Baumann*, NJW 1969, 1279 (1281 f.), und *Dreher*, JR 1970, 146.

³¹ § 1 StGB in der Fassung des 2. Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs v. 26.11.1964, BGBI. I 1964, S. 921. § 1 StGB (1965) enthielt eine Legaldefinition für Verbrechen, Vergehen und Übertretungen.

³² Vgl. *Baumann*, NJW 1969, 1279 (1281 f.); *Gehrling*, JZ 1969, 416 (417), und *Dreher*, JR 1970, 146.

³³ Vgl. BGHSt 2, 181 f.; 2, 393 (394); weitere Nachweise aus der Rechtsprechung finden sich bei *Schröder*, in: Schönkel/

Begriffe „Verbrechen“, „Vergehen“ und „Übertretung“ in § 67 StGB (1953) erstrecke.³⁴ Da nicht alle Gehilfen in den Genuss der Strafmilderung kämen, könnte man auch nicht wie vor Inkrafttreten der Gewaltverbrecherverordnung von einem Sondertatbestand der Teilnahme ausgehen, der mit einer anderen Strafe bedroht gewesen sei als die Haupttat.

Ähnlich argumentierte auch der Generalbundesanwalt. Er führte aus: „Bei der Einordnung einer Straftat nach § 1 StGB ist nach der herrschenden, auch vom BGH vertretenen Meinung von dem Regelstrafrahmen auszugehen. Bloße Änderungen des Strafrahmens ohne gleichzeitige Änderung des Tatbestands bewirken nach dieser sog. abstrakten Betrachtungsweise keine Änderung der Deliktsnatur. Die bis zum Erlass der GewaltverbrecherVO zwingend vorgeschriebene Strafmilderung für Versuch und Beihilfe war deshalb nach § 1 StGB ohne Bedeutung. Dafür, dass demgegenüber bei der Berechnung der Verjährungsfrist nach § 67 I StGB, wie die herrschende Lehre und Rechtsprechung annehmen, zwingend vorgeschriebene Strafmilderungen oder Strafschärfungen zu berücksichtigen sind, obwohl § 67 I StGB ebenso wie § 1 StGB darauf abhebt, mit welcher Strafe die Tat ‚bedroht‘ ist, sind keine überzeugenden Gründe zu erkennen. Die Absätze 1 bis 3 des § 67 StGB greifen ausdrücklich auf die Dreiteilung des § 1 StGB zurück, indem sie an die Qualifikation der Tat als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung anknüpfen.

Bestimmt sich aber danach der Unterschied zwischen den in § 67 I und II StGB angeführten beiden Hauptgruppen von Straftaten zweifelsohne nach der abstrakten Betrachtungsweise, dann ist nicht einzusehen, weshalb innerhalb dieser Hauptgruppen nach der konkreten Betrachtungsweise unterschieden werden müsse.“³⁵

Weiter hieß es, der E 62 vermeide diese Unstimmigkeit gezielt durch das Einfügen des § 127 Abs. 3 E 62.³⁶ Ein Strafrechtsentwurf sei aber nach der ständigen Rechtsprechung des BGH³⁷ eine „wertvolle Auslegungshilfe“. Auch würde die Aufgabe der so genannten konkreten Betrachtungsweise nicht die Anrufung des *Großen Senats* nach § 136 Abs. 1 GVG erforderlich machen, da sich ihr Zugrundelegen bisher in keinem entschiedenen Fall auf das Ergebnis, sondern ausschließlich auf dessen Begründung ausgewirkt habe.

Dieser Argumentation ist kaum noch etwas hinzuzufügen. Ergänzt werden kann vielleicht, dass eine § 78 Abs. 4 StGB (1975) entsprechende Regelung nicht nur im E 62 enthalten war, sondern die Norm tatsächlich nur zwei Monate nach der Entscheidung des BGH im Rahmen des 2. StrRG³⁸ vom Bundestag verabschiedet wurde.

Um es mit *Dreher* zu sagen, sprachen also durchschlagende Gründe dafür, den §§ 50 Abs. 2, 67 Abs. 1 StGB schon damals eine abstrakte Auslegung zugrunde zu legen.³⁹

Inhaltlich hätte der BGH der Auffassung des Generalbundesanwalts insofern kaum etwas entgegenzusetzen können. Seine Einwände werden daher in BGHSt 22, 375, einfach mit dem Satz übergangen, „von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen, geben die Ausführungen des Generalbundesanwalts keinen Anlass.“ Der *Senat* hat nicht einmal ihre Erörterung für nötig befunden.

Eine Korrektur der Rechtsprechung zu § 67 StGB (1953) stellte sich daher in den späten 1960er Jahren als gangbarer Weg dar, die Verjährungsfolgen abzuwenden, und hätte mit guten Gründen vertreten werden können. Ein solcher Weg war augenscheinlich von den urteilenden Akteuren nicht gewollt, was sich mit dem rechtsgeschichtlichen Befund deckt, sie hätten die Verjährung bewusst herbeigeführt und befürwortet.⁴⁰

Fraglich bleibt jedoch, ob diese Frage heutzutage anders beantwortet werden kann, wenn – wie es der Ermittlungsaufwand im Stuttgarter Fall deutlich macht – tatsächlich eine Verurteilung herbeigeführt werden soll. Im folgenden Abschnitt wird daher untersucht, ob die Rechtsprechung zu § 67 StGB (1953) zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch geändert werden könnte.

III. Die heutige Möglichkeit zur Korrektur der Rechtsprechung der 1960er Jahre

Für eine Korrektur der Rechtsprechung der 1960er Jahre ist es wohlmöglich noch nicht zu spät. Hierzu im Einzelnen: Ob der Strafverfolgung der noch lebenden ehemaligen Angehörigen der 16. SS-Panzer Grenadierdivision das Verfahrenshindernis der Verjährung⁴¹ entgegensteht, ist grundsätzlich nach den §§ 78 ff. StGB in ihrer heute geltenden Fassung zu beurteilen.⁴² Das in Art. 103 Abs. 2 GG – neben anderen strafge-
waltbezogenen Gewährleistungselementen – verankerte Rückwirkungsverbot (*nulla poena sine lege praevia*) findet, da sein Gewährleistungsumfang auf die *Strafbarkeit* reduziert ist,⁴³ keine Anwendung auf Vorschriften, die ausschließlich Strafverfolgungsvoraussetzungen betreffen.⁴⁴ Dies gilt im Grund-

Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 14. Aufl. 1969, § 1 Rn. 11.

³⁴ BGHSt 4, 226 (227 f.); 20, 184 (185 f.).

³⁵ Generalbundesanwalt NJW 1969, 1157.

³⁶ Generalbundesanwalt NJW 1969, 1157.

³⁷ So entschieden in BGHSt 1, 158 (165 f.); 14, 38 (47).

³⁸ Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 4.7.1969, BGBl. I 1969, S. 717.

³⁹ *Dreher*, JR 1970, 146; vgl. auch *ders.*, StGB mit Nebengesetzen und Verordnungen, 31. Aufl. 1970, § 67 Rn. 2, wo er sich ebenfalls für eine abstrakte Betrachtungsweise aussprach.

⁴⁰ Vgl. *Greve*, KJ 2000, 412 (416 f.); *Rottleuthner*, RJ 2001, 665, sowie v. *Miquel* (Fn. 20), S. 196 ff., 234 und 333 ff.

⁴¹ Zur Qualifikation der Verjährung als Verfahrenshindernis *Mitsch*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2011, § 78 Rn. 1; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, Vor § 78 Rn. 3.

⁴² Anders das Vorgehen in BGH NJW 1995, 1297.

⁴³ Vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 30. Lfg., Stand: Dezember 1992, Art. 103 Rn. 194 ff.

⁴⁴ Hierzu ausführlich *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommen-

satz auch für die Verfahrensvoraussetzung der fehlenden Verjährung.⁴⁵ Gegen eine nachträgliche Verlängerung der Verjährungsfristen bestehen mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG daher keine Bedenken.⁴⁶ Insofern erwiesen sich auch die Gesetzesänderungen, die darauf zielten, den Eintritt der Verjährung in Bezug auf die mit lebenslangem Zuchthaus bedrohten (NS-)Taten zu verhindern, als verfassungsrechtlich unbedenklich.⁴⁷

Damit findet aber auch § 2 StGB, der die einfachrechtliche Verkörperung des Rückwirkungsverbotes darstellt,⁴⁸ auf die Verjährungsvorschriften grundsätzlich keine Anwendung.⁴⁹

Unter Zugrundelegung des § 78 StGB in seiner derzeit geltenden Fassung wären die strafrelevanten Vorwürfe, die von der Staatsanwaltschaft Stuttgart in mühevoller Kleinarbeit zur Beihilfe zum (mehrfachen) Mord konkretisiert worden sind, zeitlos verfolgbar. § 78 Abs. 2 StGB erklärt den Mord für unverjährbar. Nach § 78 Abs. 4 StGB gilt diese gesetzliche Anordnung ohne Rücksicht auf Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind. Insofern wirken sich auch die obligatorischen Strafmilderungen für den Gehilfen (§ 27 Abs. 2 oder §§ 28 Abs. 1 i.V.m. 49 Abs. 1 StGB) auf die Unverjährbarkeit nicht aus.⁵⁰ Lässt man also die zeitliche Dimension des hier besprochenen Falles außer Acht, so wären die Taten nicht verjährt.

Von dem soeben beschriebenen Grundsatz, dass sich Art. 103 Abs. 2 GG (und damit auch § 2 StGB) nicht auf die Verjährungsvorschriften erstreckt, wird jedoch dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Taten bereits verjährt waren.⁵¹ Ist die Tat erst einmal verjährt und mithin ein Verfahrenshindernis eingetreten, dann hat die nachträgliche Verlängerung der Verjährungsfristen, die für sich betrachtet verfassungsrechtlich unproblematisch ist, nicht die *Wiedereröffnung* der Strafver-

folgung zur Folge.⁵² Einer nachträglichen Beseitigung des Verfahrenshindernisses der Verjährung steht, so die heute einhellige Auffassung, entweder Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Ausprägung als Rückwirkungsverbot oder zumindest der allgemeine Vertrauensgrundsatz, der unter anderem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird, entgegen.⁵³

Insofern hängt die Verfolgbarkeit der Taten von Sant' Anna di Stazzema auch heute entscheidend davon ab, ob die strafrelevanten Vorwürfe tatsächlich bereits vor Inkrafttreten des § 78 Abs. 2 und Abs. 4 StGB (1979/1975) verjährt waren. Erst in diesem Rahmen kommt es auf die Frage an, inwiefern die Anwendung bereits außer Kraft getretener Verjährungsbestimmungen bereits zur Entstehung eines Verfahrenshindernisses geführt hat, welches auch durch ein Einschreiten von gesetzgeberischer Seite nicht mehr zu beseitigen war.

Hält man an der in BGHSt 22, 375 vertretenen konkreten Betrachtungsweise fest, so gelangt man auch heute weiterhin zu dem Ergebnis, dass die Taten von Sant' Anna di Stazzema, wegen derer sich nach Auffassung der Staatsanwaltschaft Stuttgart im Übrigen ein hinreichender Tatverdacht ergibt, durch das Inkrafttreten des § 50 Abs. 2 StGB (1968) am 1.10.1968 rückwirkend mit Beginn des 8.5.1960 verjährt waren und dass das verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot (bzw. der allgemeine Vertrauensgrundsatz aus Art. 20 Abs. 3 GG) der rückwirkenden Anwendung des § 78 Abs. 2 und Abs. 4 StGB entgegensteht.

Die vom 5. *Strafsenat* in BGHSt 22, 375 präferierte konkrete Betrachtungsweise bei der Auslegung des § 67 StGB (1953) ist jedoch nicht zwingend. Eine generelle Bindungswirkung geht von den Entscheidungen des BGH nicht aus. Eine Bindung legt § 358 Abs. 1 StPO nur dem Gericht auf, welches im Nachgang an eine Aufhebung und Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht mit dem Fall erneut befasst wird. Das (neue) Tatgericht und alle mit der Sache im Nachgang befassten Tatrichter haben ihrer Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zugrunde zu legen. Man spricht insoweit von einer innerprozessualen Bindungswirkung, die dazu dient, das Hin- und Herschieben einer konkreten Strafsache zwischen Tat- und Revisionsgericht zu verhindern.⁵⁴ Für die übrigen (Straf-)Richter ist die Rechtsauffassung der Revisionsgerichte hingegen nicht verbindlich. Diese sind nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG).⁵⁵ Demnach wäre also auch kein Strafgericht daran gehindert, der Rechtsauffassung des 5. *Strafsenats* in BGHSt 22, 375, entgegenzutreten und eine (wohlmöglich) fehlerhafte Gesetzesinterpretation in Bezug auf die Anwendung des § 67 StGB (1953) zu korrigieren. Für eine Substitution der konkreten

tar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 424 ff.; *Schreiber*, ZStW 80 (1968), 348 (364 ff.).

⁴⁵ BVerfGE 18, 240 (244); 25, 269 (284 f.); 46, 188 (193); BGHSt 2, 300 (305); *Rudolphi*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Lfg., Stand: Juni 1997, § 1 Rn. 10; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 60; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 49.

⁴⁶ Insbesondere BVerfGE 25, 269 (284 f.).

⁴⁷ Zur Diskussion um die Verlängerung der Verjährungsfristen und die rechtlichen und politischen Bedenken vgl. *Lüderssen*, JZ 1979, 449 (450 ff.).

⁴⁸ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 41), § 2 Rn. 1.

⁴⁹ Vgl. Fn. 45.

⁵⁰ Da über die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB nach h.M. die Tat zu einem anderen Delikt auf- oder herabgestuft wird, kann die Verjährungsdauer hierdurch natürlich berührt werden, vgl. *Mitsch* (Fn. 41), § 78 Rn. 15.

⁵¹ Vgl. *Dannecker* (Fn. 44), § 1 Rn. 425; *Roxin* (Fn. 45), § 5 Rn. 60; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 17 m.w.N.

⁵² *Dannecker* (Fn. 44), § 1 Rn. 425.

⁵³ So *Satzger*, Jura 2012, 433 (442); *Wessels/Beulke* (Fn. 45), Rn. 49.

⁵⁴ So *Hanack*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2003, § 358 Rn. 1.

⁵⁵ Eine gesteigerte Bedeutung besitzen Entscheidungen des BVerfG. In bestimmten Fällen kommt den Nichtigkeitsentscheidungen des BVerfG sogar Gesetzeskraft zu, vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG.

Betrachtungsweise der Verjährungsbestimmungen durch eine abstrakte sprechen im Rahmen des prozessualen Verjährungsbegriffs, wie bereits dargelegt, gute Gründe.

Problematischer ist dagegen die Frage nach der Bindung der Staatsanwaltschaft an die (höchstrichterlichen) Präjudizien.⁵⁶ Die in diesem Rahmen festzustellenden Dissonanzen betreffen jedoch überwiegend die Frage, ob aus dem Legalitätsprinzip für die Staatsanwaltschaft eine Pflicht zur Erhebung der Anklage folgt, wenn sie ein Verhalten entgegen der Rechtsprechung für straflos hält.⁵⁷ Weniger kontrovers wird die umgekehrte Konstellation diskutiert. Die absolut herrschende Meinung vertritt insoweit den Standpunkt, dass die Staatsanwaltschaft als unabhängiges Organ der Rechtspflege (vgl. § 150 GVG) jederzeit auch einen Sachverhalt zur Anklage bringen kann, den die höchstrichterliche Rechtsprechung als straflos qualifiziert.⁵⁸ Zumindest unter Zugrundelegung dieser herrschenden Auffassung kommt damit der Staatsanwaltschaft auch die Befugnis zu, einen Sachverhalt zur Anklage zu bringen, der unter Anlegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung straflos oder aufgrund eines Verfahrenshindernisses nicht verfolgbar wäre.

Demnach ist auch die Staatsanwaltschaft Stuttgart nicht an die in BGHSt 22, 375 geäußerte Rechtsauffassung gebunden. Insbesondere unter Berufung auf die überzeugenden Ausführungen des Generalbundesanwalts⁵⁹ erscheint die Einleitung des Zwischenverfahrens durch Erhebung der Anklage gegen die Überlebenden der 16. SS-Panzergrenadierdivision nicht von vornherein aussichtslos. Wahrlich garantiert dies nicht die Eröffnung des Hauptverfahrens. Erst die Anklage ermöglicht es dem Tatgericht jedoch, über die Auslegung des § 67 StGB (1953) (nochmals) zu befinden. Da gute Gründe für eine von BGHSt 22, 375 abweichende Gesetzesinterpretation streiten, besteht eine mehr als nur geringe Aussicht darauf, dass eine Verurteilung der Beschuldigten zumindest nicht an dem Verfahrenshindernis der Verjährung scheitern wird.

Der Entschluss, die Anklage doch noch zu erheben, wäre zwar nur ein kleiner, aufgrund des Anklagegrundsatzes jedoch essentiell notwendiger Schritt auf dem Weg zur Korrektur von BGHSt 22, 375. Ob eine solche rechtspolitisch erwünscht ist, ist für die Ergebnisfindung bei Anwendung rechtstaatlicher Grundsätze ohne Belang. Über das Ergebnis muss (diesmal) allein die rechtmethodisch korrekte Auslegung des Gesetzes entscheiden. Gerade vor dem Hintergrund der von *Rottleuthner* und anderen angenommenen konspirativ perso-

nellen Verflechtungen zur Zeit von BGHSt 22, 375 (*Dreher* und *Sarstedt*), und der vielen Legenden, die sich um dieses Kapitel deutscher Rechtsgeschichte ranken, wäre es aus rechtsstaatlichen Gründen wünschenswert, wenn die Auslegung des § 67 StGB (1953) nochmals zur Disposition des BGH stünde.

IV. Nachträgliche Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz

Müsste das Verfahren also nicht im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung der 1960er Jahre eingestellt werden, stellt sich doch das weitere Problem, dass die Beschuldigten eventuell bereits seit BGHSt 22, 375 darauf vertraut haben, dass ihnen aufgrund des Verfahrenshindernisses der Verjährung keine Strafverfolgung mehr drohte. Diese Problematik kann im Folgenden nur kurz angerissen werden:

Eine Verurteilung der Beschuldigten wegen der Vorwürfe von Sant' Anna di Stazzema wird wohl letztlich nur Bestand haben können, wenn auch der BGH dazu bereit wäre, eine (nachträgliche) Rechtsprechungsänderung zu vollziehen. Für einen solchen Rechtsprechungswandel müsste er sich entgegen der ständigen Rechtsprechung der 1960er Jahre⁶⁰ nunmehr für eine rein abstrakte Bestimmung der Verjährungsfristen aussprechen. Es können im Ergebnis keine Zweifel daran bestehen, dass es jedem Gericht gestattet bleibt, einen einmal eingeschlagenen Weg der Rechtsauslegung nachträglich wieder zu verlassen, wenn sich innerhalb des Spruchkörpers die Auffassung durchsetzt, dass die bisherige Gesetzesinterpretation (methodisch) fehlerbehaftet war. Die Modifikation einer Rechtsauffassung ist für sich betrachtet nicht nur unbedenklich, ihr Vollzug ist rechtsstaatlich sogar zwingend und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsansicht, deren Korrektur ansteht, nur kurzweilig oder sogar in gefestigter Rechtsprechung betrieben worden ist. Die Gerichte an ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung festhalten zu wollen, würde eine bewusste Missachtung der ausschließlichen Bindung des Richters an das Gesetz bedeuten (Art. 20 Abs. 3 GG).

Verfassungsrechtliche Friktionen können aber dann entstehen, wenn eine nachträgliche Rechtsprechungsänderung mit (rückwirkenden) Belastungen für den Rechtsunterworfenen verbunden ist.⁶¹ Vertraut der Normunterworfenen aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung darauf, dass ein bestimmtes Verhalten vom Normverbot einer Regelung nicht umfasst ist, so wird dieses Vertrauen enttäuscht, wenn das betreffende Verhalten durch den Vollzug einer Rechtsprechungsänderung nachträglich als normwidrig qualifiziert wird. Die Affinität zur Rückwirkungsproblematik des Art. 103 Abs. 2 GG ist unübersehbar, wenn sich die Rechtsprechungsänderung auf eine Vorschrift bezieht, deren rückwirkende Modifikation im Wege der Gesetzesänderung durch das Rückwirkungsverbot untersagt ist. Dies kann, wie oben bereits gezeigt, in bestimmten Fällen auch die Vorschriften

⁵⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 9 Rn. 14.

⁵⁷ Vgl. nur *Graalman-Scheerer*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwel/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 170 Rn. 25 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 56), § 9 Rn. 14.

⁵⁸ *Graalman-Scheerer* (Fn. 57), § 170 Rn. 25; *Schmid*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 170 Rn. 7; *Plöd*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 41. Lfg., Stand: Februar 2006, § 170 Rn. 5; *Luttger*, GA 1957, 193 (213).

⁵⁹ Generalbundesanwalt NJW 1969, 1157.

⁶⁰ BGHSt 22, 375 (382); BGH NJW 1962, 2209 (2210). Der 5. Senat verweist des Weiteren auf viele unveröffentlichte Entscheidungen.

⁶¹ Zusammenfassend *Dannecker* (Fn. 44), § 1 Rn. 424 ff.

über die Verjährung betreffen, wenn die Änderung einen Vorwurf tangiert, der bereits verjährt war.

In neuerer Zeit mehrten sich daher (wieder) die Stimmen, die den Anwendungsbereich des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot (und damit auch den des § 2 StGB) über den Bereich der Gesetzesänderung auch auf die belastende Rechtsprechungsänderung expandieren wollen, wenn sich die Änderung auf eine gefestigte Rechtsprechung bezieht.⁶² Solche Tendenzen sind auch in der Rechtsprechung des BVerfG zu verzeichnen.⁶³

Die bislang herrschende Meinung lehnt eine Ausweitung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot auf die belastende Rechtsprechungsänderung hingegen ab und verweist den Betroffenen stattdessen auf den allgemeinen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz aus Art. 2 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, der sich flexibel über die Anwendung des § 17 StGB berücksichtigen lasse.⁶⁴ Die Extension des Anwendungsbereichs von Art. 103 Abs. 2 GG würde insbesondere die Fortentwicklung der Rechtsauslegung beeinträchtigen.⁶⁵

1. Art. 103 Abs. 2 GG (analog)

Die Stimmen in der Literatur, die für eine (entsprechende) Anwendung des Rückwirkungsverbot plädieren, berufen sich auf die Funktion, die der Rechtsprechung neben ihren Aufgaben im Bereich der Rechtsauslegung zukomme.⁶⁶ In vielen Fällen werde einem unbestimmten Straftatbestand erst durch die Rechtsprechung eine hinreichende Kontur verliehen; insoweit nehme sie partiell eine gesetzgeberische Funktion wahr.⁶⁷ Genau diese Begründungslinie scheint sich nunmehr vom Ansatz her auch in der Rechtsprechung des BVerfG zu verfestigen. Erste Andeutungen dafür, dass sich belastende Rechtsprechungsänderungen zukünftig an höheren Anforder-

ungen messen lassen müssen, finden sich nicht zufällig in der Untreueentscheidung des BVerfG vom Juni 2010.⁶⁸ Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verpflichte zwar primär den demokratisch legitimierten Gesetzgeber; die Rechtsprechung sei aber gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen.⁶⁹ Das BVerfG spricht insoweit von einem Präzisierungsgebot.⁷⁰ Damit werden die ordentliche Gerichte, vor allem aber die Bundesgerichte, in die Pflicht genommen, an der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe – in der Untreueentscheidung mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz – teilzuhaben. Es überrascht daher nicht, dass das BVerfG gerade in diesem Kontext ausführt, dass die Ausweitung des gerichtlichen Aufgabenspektrums mit Konsequenzen für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung verbunden sein kann.⁷¹ Das BVerfG scheint damit von einer Korrelation zwischen dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Rückwirkungsverbot auszugehen, die sich (vielleicht) wie folgt beschreiben ließe: Je größer der Beitrag ausfällt, den die Rechtsprechung zur Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes leistet, desto eher muss sie sich bei der Änderung ihrer Rechtsprechung an den Schranken messen lassen, die dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen gesetzt sind. Eine solche Wechselbeziehung ist unseres Erachtens zwingend. Überlässt der Gesetzgeber eine Aufgabe, die primär ihm obliegt, der Justiz, dann muss diese Aufgabenverlagerung, soweit sie denn verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist, notwendig auch mit einer Verlagerung der Schranken auf die Rechtsprechung einhergehen. Andernfalls droht eine *Flucht in die Judikative*.

In einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2011 hat das BVerfG die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbot dann allerdings noch einmal offen gelassen.⁷² Die Anwendung setze zumindest das Vorhandensein einer gefestigten Rechtsprechung voraus. Hierfür sei notwendig, dass die vorherige Rechtsprechung durch ein Mindestmaß an Kontinuität geprägt gewesen sei; erst dann könne sie einen Vertrauenstatbestand begründen.⁷³ Diese Voraussetzung war 2011 anders als in Bezug auf die Auslegung des § 67 StGB (1953) nicht gegeben.

In Anbetracht der zuvor geschilderten Entwicklung in der Rechtsprechung des BVerfG, deren Ausgang aber noch abzuwarten bleibt, wird man sich daher auch im Zusammenhang mit den Taten von Sant' Anna di Stazzema mit den Folgen einer (entsprechenden) Anwendung des Rückwirkungsverbot auf eine Rechtsprechungsänderung auseinanderzusetzen

⁶² Vgl. *Hettinger/Engländer*, in: Eser u.a. (Hrsg.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 145 (S. 157); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 73; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 43), Art. 103 Abs. 2 Rn. 241; *Schmitz* (Fn. 51), § 1 Rn. 33; *Hassemer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 51; *Neumann*, *ZStW* 103 (1991), 331 (336); vgl. schon OLG Köln *wistra* 1994, 272.

⁶³ Vgl. insbesondere BVerfG, *Beschl. v. 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10*, Rn. 20 (juris); vgl. aber auch schon BVerfG *NJW* 2010, 3209 (3211 f.).

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 18, 224 (240), 32, 311 (319); BVerfG *NStZ* 1990, 537; *Dannecker* (Fn. 44), § 1 Rn. 445; *Roxin* (Fn. 45), § 5 Rn. 61; *Krey/Esser*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, S. 72 ff.; *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, Rn. 476; *Rudolphi* (Fn. 45), § 1 Rn. 8; vgl. zur Berücksichtigung des Vertrauens im Zusammenhang mit Rechtsprechungsänderung BVerfG *NJW* 2009, 1469 (1475).

⁶⁵ Vgl. nur *Krey/Esser* (Fn. 64), S. 72 ff.

⁶⁶ Vgl. *Schmitz* (Fn. 51), § 1 Rn. 33.

⁶⁷ So *Schmitz* (Fn. 51), § 1 Rn. 33; *Hassemer/Kargl* (Fn. 62), § 1 Rn. 51 ff.; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 66.

⁶⁸ BVerfG *NJW* 2010, 3209.

⁶⁹ BVerfG *NJW* 2010, 3209 (3211).

⁷⁰ BVerfG *NJW* 2010, 3209 (3211).

⁷¹ BVerfG *NJW* 2010, 3209 (3211 f.): „Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes [...] hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen“.

⁷² BVerfG, *Beschl. v. 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10*, Rn. 20 (juris).

⁷³ BVerfG, *Beschl. v. 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10*, Rn. 20 (juris).

haben. Spräche man sich für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 2 GG aus, dürfte dies zur Folge haben, dass die Taten der noch lebenden Beschuldigten aufgrund von BGHSt 22, 375 als verjährt zu gelten hätten, obwohl sie wohlmöglich bei zutreffender Auslegung des § 67 StGB nie verjährt waren.

2. *Der allgemeine Vertrauensgrundsatz aus Art. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG*

Wie bereits erwähnt, könnte aber nicht nur Art. 103 Abs. 2 GG (analog) einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung entgegenstehen, sondern auch der allgemeine, aus Art. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete, Vertrauensgrundsatz.⁷⁴ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich nur dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält.⁷⁵ Für den Fall, dass durch eine gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet worden sei, so das BVerfG, könne diesem *erforderlichenfalls* durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.⁷⁶ Im Bereich des materiellen Strafrechts komme darüber hinaus dem Schuldgrundsatz eine besondere Bedeutung zu. Da dieser die strafende Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ausschließe, sei im Falle einer belastenden Rechtsprechungsänderung stets ein Verbotssirrtum in Betracht zu ziehen.⁷⁷

Im Übrigen greift der allgemeine Vertrauensschutz – anders als das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG – aber nicht absolut. Ob auch außerhalb des Bereichs des materiellen Strafrechts eine temporäre Beschränkung der Rückwirkung oder eine andere Billigkeitslösung *erforderlich* ist, dürfte dabei im Rahmen einer Abwägung zu eruieren sein.

Inwieweit das Vertrauen der Beschuldigten von Sant' Anna di Stazzema in ein vermeintliches Verfahrenshindernis mit Blick auf den allgemeinen Vertrauensgrundsatz schützenswert ist und der Strafverfolgung entgegensteht, kann und soll hier aber nicht abschließend prognostiziert werden. Klar ist nur, dass sich in diesem Fall der Weg über § 17 StGB eindeutig nicht beschreiten ließe. Der Umstand, dass die Beschuldigten möglicherweise auf den Eintritt der Verjährung vertrauten, besitzt offenkundig keine Berührungspunkte mit dem Schuldgrundsatz. Zumindest dieser steht einer Verurteilung also nicht im Wege.

V. Fazit

Der Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft Stuttgart greift zu kurz, wenn er allein auf die Rechtsprechung des BGH im 22. Band Bezug nimmt. Die Anklage könnte mit guten Gründen erhoben werden. Weder die Staatsanwaltschaft Stuttgart noch das zuständige Landgericht oder der BGH sind an die Rechtsprechung der späten 1960er Jahre gebunden. Einer Verurteilung der Beschuldigten stehen, wenn überhaupt, verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Zum einen könnte eine Verurteilung im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot ausgeschlossen sein, zum anderen im Hinblick auf den allgemeinen Vertrauensgrundsatz. Mit diesen setzt sich die Staatsanwaltschaft Stuttgart aber nicht auseinander. Wie das BVerfG entscheiden würde, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht prognostiziert werden, da sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung noch stark im Fluss befindet. Wenn wir also auf die Ausgangsfrage zurückkommen, ob die Verfahrenseinstellung rechtlich zwingend war, muss die Antwort „nein“ lauten. Das Ergebnis ist schlicht offen und bleibt es auch am Ende unserer Überlegungen. Der Versuch, das in Stuttgart anhängige Verfahren umfassend zu würdigen und eine eigene verfassungsrechtliche Abwägung durchzuführen, sollte, wie schon mehrfach betont, in diesen kurzen Zeilen nicht unternommen werden.

Das Ziel, die rechtlichen Voraussetzungen einer Verurteilung der Mitglieder der 16. SS-Panzer Grenadierdivision klar zu benennen und auf den engen Zusammenhang zwischen der Rechtsprechung der 1960er Jahre und der Einstellung des Verfahrens im Jahr 2012 hinzuweisen, droht verfehlt zu werden, wenn der Eindruck entstünde, dass mit diesem Beitrag ein irgendwie gearteter weitergehender politischer oder emotionaler Zweck verfolgt werden soll. Es gibt mitunter Situationen, in denen gute Gründe dafür streiten, im Zusammenhang mit einem juristischen Diskurs auf eine persönliche Positionierung zu verzichten.

⁷⁴ So dann auch die h.M. in der Literatur, vgl. *Dannecker* (Fn. 44), § 1 Rn. 445.

⁷⁵ St. Rspr.: BVerfGE 18, 224 (240 f.); 74, 129 (151 ff.); 78, 123 (126 f.); 84, 212 (227); 122, 248 (277 f.).

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10, Rn. 15 (juris).

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10, Rn. 15 (juris); zuvor schon BVerfGE 9, 167 (169); 20, 323 (331); 41, 121 (125); 110, 1 (13).

Warnung vor dem neuen „Warnschussarrest“

Von Generalstaatsanwalt a.D. Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel

I. Einführung

Mit dem Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten vom 4.9.2012¹ hat der Gesetzgeber den seit Jahrzehnten umstrittenen sog. Warnschussarrest eingeführt.² Gleichzeitig wurde mit diesem Gesetz die sog. Vorbewährung³ in den §§ 61-61b JGG legalisiert. Die gesetzliche Regelung dieses in der Praxis entwickelten Sanktionsinstituts ist zu begrüßen. Allerdings ist anzumerken, dass über die Bewährung möglichst im Urteil zu entscheiden ist und das Aufschieben dieser Entscheidung nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Die Verlängerung der Dauer des Jugendstrafverfahrens mit der so genannten Vorbewährung steht tendenziell im Widerspruch zu dem Beschleunigungsgebot.

Umgekehrt schließlich fällt die Bewertung der Erhöhung der Höchststrafe bei Heranwachsenden in Fällen von Mord wegen schwerer Schuld aus. Die Untersuchung von *Holger Schulz*,⁴ der über einen Zeitraum von zehn Jahren alle Höchststrafenurteile mit bislang zehn Jahren Jugendstrafe analysiert hat, hat insoweit keinen Bedarf erkennen lassen. Vielmehr werden die meisten Jugendstrafen mit der bisherigen Höchstdauer von zehn Jahren vorzeitig zur Bewährung ausgesetzt. Bislang war auch weitgehend Konsens, dass mit Ablauf von etwa fünf Jahren Jugendstrafe die negativen Folgen des Freiheitsentzuges zunehmen und die positiven Einwirkungsmöglichkeiten i.S.v. Resozialisierung überdecken.⁵ Auch wenn die Justizpraxis in Zukunft aller Voraussicht nach sehr selten von dieser Möglichkeit der Höchststrafe von bis zu 15 Jahren Gebrauch machen wird, so kann diese Ausweitung wie auch die Einführung der Sicherungsverwahrung doch Auswirkungen auf das Sanktionsverhalten der Jugendstrafjustiz im Allgemeinen haben. Die Begrenzung der Sanktionen im Hinblick auf die Dauer des Freiheitsentzuges wird tendenziell aufgehoben, so dass insgesamt eine Anhebung des Strafnieveaus zu befürchten ist.

¹ BGBl. I 2012, S. 1854.

² Zum Streitstand s. aus der neuen Literatur: *Breymann/Sonnen*, NStZ 2005, 669; *Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen*, ZRP 2010, 175; *Findeisen*, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2007, 25; *Kreuzer*, ZRP 2012, 101; *Kühn*, ZIS 2010, 257; *Müller-Piepenkötter/Kubink*, ZRP 2008, 176; *Radtke*, ZStW 121 (2009), 416; *Verrel/Käufel*, NStZ 2008, 177; *Vietze*, Der Einstiegsarrest – eine zeitgemäße Sanktion?, 2004, passim; *Werner-Eschenbach*, Jugendstrafrecht, Ein Experimentierfeld für neue Rechtsinstitute, 2005, passim; *Werwigg-Hertneck/Rebmann*, ZRP 2003, 225.

³ Krit.-abl. zum alten Rechtszustand *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 57 Rn. 6; s. umfassend *Sommerfeld*, „Vorbewährung“ nach § 57 JGG in Dogmatik und Praxis, 2007, passim.

⁴ *Schulz*, Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre) – eine Analyse der Urteile von 1987-1996, 2000, S. 218 ff.

⁵ Vgl. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2012, § 18 Rn. 10.

II. Anwendungsbereich

Da der sog. Warnschussarrest ein Zuchtmittel darstellt, gelten zunächst hinsichtlich der formalen Anwendungsmöglichkeiten die Anforderungen gem. § 13 Abs. 1 JGG. In der Sache kommt der sog. Warnschussarrest in drei Verfahrenssituationen in Betracht:

- bei der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 21 JGG (§ 16a i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 2 JGG),
- bei der Bewährung vor der Jugendstrafe gem. § 27 JGG (§ 16a Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 2 JGG),
- bei der vorbehaltenen Aussetzung der Jugendstrafe gem. § 61 JGG (§ 61 Abs. 3 i.V.m. §§ 16a, 8 Abs. 2 S. 2 JGG).

Zu beachten ist, dass die Regelung des Warnschussarrestes gem. Art. 2 des Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten erst sechs Monate nach Verkündung in Kraft tritt, d.h. am 7.3.2013.

III. Anwendungsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber hat als Anwendungsvoraussetzung drei Fallgruppen formuliert. Nach der Gesetzesbegründung sollen „aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit und Berechenbarkeit der Sanktion“⁶ die konkreten Voraussetzungen des sog. Warnschussarrestes festgelegt werden. Tatsächlich finden sich hier eher vage und im Hinblick auf Notwendigkeit und Geeignetheit fragwürdige Zielvorgaben.

1. Unrechts- und Folgenverdeutlichung (§ 16a Abs. 1 Nr. 1 JGG)

Hiermit soll dem Eindruck, dass die Bewährungsstrafe gem. § 21 JGG sowie insbesondere auch die Entscheidung gem. § 27 JGG keine wirklichen Strafen seien und als „Freispruch zweiter Klasse“ von dem Verurteilten aufgefasst werden können, entgegengewirkt werden. Weiterhin soll nach der Gesetzesbegründung einem möglichen Unverständnis begegnet werden, wenn bei Tatbeteiligung mehrerer der Haupttäter zu einer Bewährungsstrafe verurteilt wird, Angeklagte wegen eines geringeren Vorwurfs einen Jugendarrest erhalten. Allerdings wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gem. dem neuen § 70a Abs. 1 JGG eine Belehrung des Jugendlichen über die Bedeutung vom Gericht angeordneter Rechtsfolgen entsprechend seinem Entwicklungs- und Bildungsstand eingefordert wird. In der Tat sollte es möglich sein, den Verurteilten die Bedeutung der Sanktion und den „Ernst der Lage“ mit Unterstützung der Staatsanwaltschaft auch ohne eine Arrestanordnung zu vermitteln, spätestens wird dies durch den Bewährungshelfer erfolgen. Erst recht erscheint eine Unrechts- und Folgenverdeutlichung überflüssig, wenn gem. § 61 JGG die Strafaussetzung zur Bewährung nur vorbehalten wird. Hier steht dem Verurteilten die Jugendstrafe unmittelbar vor Augen. Gem. § 70a Abs. 2 JGG sind auch Mitangeklagte, die nur zu Erziehungsmaßnahmen oder

⁶ BT-Drs. 17/9389, S. 19 (zu Art. 1 Nr. 2).

Zuchtmitteln verurteilt werden, über die Bedeutung der Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung sowie über die Bedeutung einer „Vorbewährung“ zu informieren.

Gemäß § 16a Abs. 2 JGG ist der Jugendarrest nach Abs. 1 Nr. 1 zudem „in der Regel nicht geboten“, wenn der Verurteilte bereits früher Jugendarrest als Dauerarrest verbüßt hat oder sich nicht nur kurzfristig in der U-Haft befunden hat. „Kurzfristig“ ist hier eng auszulegen, da auch eine U-Haft von nur wenigen Tagen einen intensiven Eingriff in Freiheit und Lebensgestaltung darstellt, häufig verbunden mit einem Schockerlebnis.⁷

2. Herausnahme aus einem schädlichen Umfeld und Vorbereitung auf die Bewährung

Die erste Vorgabe, Jugendliche zunächst für eine begrenzte Zeit aus ihrem Lebensumfeld mit schädlichen Einflüssen herauszunehmen, erscheint in Hinblick auf die maximale Dauer von vier Wochen unrealistisch. Schädliche Einflüsse durch Einzelpersonen und aus Cliquen werden nicht allein durch einen Arrestvollzug unterbunden, insoweit ist eine persönliche Ansprache und intensive Auseinandersetzung mit dem Jugendlichen erforderlich, was insbesondere eine Aufgabe des Bewährungshelfers darstellt. Notfalls kommt auch eine Heimunterbringung gem. § 12 Nr. 2 JGG in Betracht.⁸ Die vorübergehende Unterbrechung persönlicher Beziehungen durch den Arrestvollzug kann sogar nach Beendigung zu einer Intensivierung dieser Beziehungen führen.

Auch die zweite kumulative Zielsetzung „Vorbereitung auf die Bewährungszeit“ geht an der Realität vorbei. Die Mitarbeiter im Arrestvollzug sind auf die Ausgestaltung der Arrestzeit konzentriert. Ein Bewährungshelfer wird in der Regel in Freiheit besser den Probanden zur Mitarbeit motivieren können als in dem aufgezwungenen Arrestvollzug. Diese Ansprache durch den Bewährungshelfer kann und sollte umgehend nach Rechtskraft des Urteils erfolgen. Die Arrestvollstreckung erfolgt dagegen Wochen, Monate später.⁹ Eine Vorbereitung auf die Bewährungszeit durch den Vollzug eines sog. Warnschussarrestes kommt somit regelmäßig zu spät.

3. Nutzung des Erziehungspotentials im Arrestvollzug

Ein Arrestvollzug in Form eines stationären sozialen Trainingskurses kann positive erzieherische Wirkungen erzielen. Allerdings begründen die Rückfallquoten von ca. 70 % eher pessimistische Annahmen.¹⁰ Das Hauptproblem ist, wie die erzieherischen Anstöße im Vollzug auf Dauer gestellt werden können. Dazu wäre eine Nachbetreuung aus der Arrestanstalt notwendig, insbesondere wenn sich eine persönliche Beziehung zwischen Arrestanten und einzelnen Betreuern aufgebaut hat. Dies geschieht aber in der Praxis, weil entsprechende Konzepte und das erforderliche Personal fehlen, nur äußerst selten. Der Einsatz des sog. Warnschussarrestes bei sog. Inten-

sivtätern – so die Gesetzesbegründung – erscheint wenig erfolgversprechend: Die Abkehr von einer über Jahre geprägten Kriminalitätsanfälligkeit bzw. Kriminalitätsbereitschaft verlangt eine längere Intensivbetreuung.

4. Gebotensein

Die Voraussetzungen für die Anordnung des sog. Warnschussarrestes können somit im Hinblick auf Notwendigkeit und Geeignetheit dieser Sanktion entsprechend den Zielvorgaben gem. § 16a Abs. 1 Nrn. 1-3 JGG *nur ausnahmsweise* bejaht werden. Dementsprechend heißt es in der Stellungnahme des deutschen Richterbundes im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012: „Echter Bedarf für den Jugendarrest in der Bewährung, der ein gesetzgeberisches Handeln erforderlich macht, besteht hingegen nicht. Jedenfalls sind die in der politischen Diskussion für ihn angeführten Argumente wenig stichhaltig. Die mit ihm angestrebten Ziele sind angesichts des bisher Gesagten, vor allem angesichts der knappen Ausstattung mit Arrestplätzen und mit Personal in der Jugendgerichts- und Bewährungshilfe, nicht erreichbar“ (S. 8). Auch in der vorausgehenden kriminalpolitischen Diskussion hatten die Gegner eines sog. Warnschussarrestes ein deutliches Übergewicht.¹¹ Auch in der Gesetzesbegründung wird immer wieder auf die eingegengten Voraussetzungen sowie Alternativen zum sog. Warnschussarrest hingewiesen. Gesetzgeberisch wird dies mit der Anforderung zum Ausdruck gebracht, dass der sog. Warnschussarrest bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 16a Abs. 1 Nr. 1-3 JGG jeweils „geboten“ sein muss. Es besteht insoweit *kein Ermessen*. Wenn auf den sog. Warnschussarrest durch eine adäquate Belehrung gem. § 70a JGG, durch Bewährungsweisungen und Bewährungsaufgaben oder durch den umgehenden Einsatz eines Bewährungshelfers verzichtet werden kann, so scheidet sein Einsatz aus.

Hierbei sind auch negative Folgen des sog. Warnschussarrestes zu beachten:

Der Warnschussarrest soll gem. § 87 Abs. 4 S. 2 JGG möglichst umgehend vollzogen werden. Die vernünftige Praxis, dass bei Schülern der Arrest in den Schulferien vollstreckt wird sowie bei Verurteilten, die in Ausbildung oder Arbeit stehen, die Urlaubszeit genutzt wird, kann unter dieser Vorgabe nur begrenzt fortgesetzt werden. Wird der sog. Warnschussarrest unabhängig hiervon vollstreckt, wird dies in vielen Fällen zu entsozialisierenden Wirkungen führen.

¹¹ S. gegen einen so genannten Warnschussarrest: *Eisenberg*, Bestrebungen zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, 1984, S. 9 ff.; *Schumann*, ZRP 1984, 319; Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Zweite Jugendstrafrechtsreformkommission, 2002, S. 81 ff.; *Werner-Eschenbach* (Fn. 2), S. 68 ff.; *Verrel/Käufel*, NStZ 2008, 177; *Höynck* (Vorsitzende der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen) in ihrer Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012. Für einen so genannten Warnschussarrest: *Werwigk-Hertneck/Repmann*, ZRP 2003, 225; *Vietze* (Fn. 2), passim; *Müller-Piepenkötter/Kubink*, ZRP 2008, 176.

⁷ S. *Ostendorf*, Untersuchungshaft und Abschiebehaft, 2012, § 1 Rn 21.

⁸ So auch die Gesetzesbegründung zu Art. 1 Abs. 1 Nr. 2.

⁹ S. *Ostendorf* (Fn. 5), Grundlagen zu §§ 13-19 Rn. 9.

¹⁰ S. *Ostendorf* (Fn. 5), Grundlagen zu §§ 13-19 Rn. 9.

Der Arrestvollzug unterscheidet sich von dem Vollzug einer Jugendstrafe gem. § 90 JGG erheblich. Die Erfahrung des Arrestvollzuges könnte dazu verleiten, den deutlich eingriffsintensiveren Strafvollzug zu verkennen. Nach einer empirischen Untersuchung schreckt der Arrest nicht ab, vielmehr verliert der Freiheitsentzug seinen Schrecken.¹² Dies müsste zur Folge haben, dass – wiederum – ein Short-Sharp-Shock-Arrest eingerichtet wird. Dies ist aber vom Gesetzgeber nicht gewollt, auch wenn nach der Gesetzesbegründung (zu Art. 2) spezifische Vollzugskonzepte für die Arrestanten gem. § 16a JGG entwickelt werden sollen.¹³ Auch wenn zu bezweifeln ist, dass tatsächlich in den Arrestvollzugsanstalten unterschiedliche Konzepte entwickelt werden, bleibt die Gefahr, dass der sog. Warnschussarrest „nach hinten losgeht“.

Schließlich könnte entgegen der gesetzlichen Zielsetzung gem. § 16a Nr. 2 und 3 JGG die eigentliche Sanktion der Bewährung mit ihren Weisungen und Auflagen an Gewicht verlieren, d.h. die Bereitschaft des Probanden, mit dem Bewährungshelfer zusammenzuarbeiten und den Weisungen und Auflagen Folge zu leisten. Aus der Sicht des Probanden könnte die Sanktionierung mit der Verbüßung des Jugendarrestes bereits ihr Ende gefunden haben. Statt einer Erhöhung der Motivationsbereitschaft ist eine Motivationsabnahme zu befürchten.¹⁴

IV. Gesetzliche Widersprüche und das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Über diese Einwände aus Gründen fehlender Notwendigkeit und Geeignetheit hinaus zeigen sich gesetzliche Widersprüche.

1. Durchbrechung des Subsidiaritätsprinzips

Zuchtmittel sind subsidiär gegenüber einer Jugendstrafe (§ 13 Abs. 1 JGG). Mit der gleichzeitigen Anordnung von Arrest gem. § 16a JGG als Zuchtmittel und Jugendstrafe wird dieses Prinzip durchbrochen.¹⁵

2. Abkehr von den Anordnungsvoraussetzungen einer Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 JGG

Gem. § 17 Abs. 2 JGG kann Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verhängt werden, wenn Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel nicht ausreichen. Mit dem sog. Warnschussarrest wird gleichzeitig eine Jugendstrafe verhängt, obwohl die Auswirkungen dieses Arrestes auf das Legalverhalten i.S.v. § 2 Abs. 1 JGG noch nicht feststehen und noch nicht beurteilt werden können.

3. Abkehr von der Bewährungsprognose gem. § 21 JGG

Gem. § 21 Abs. 1 und Abs. 2 JGG ist eine positive Legalprognose erforderlich.¹⁶ Tendenziell steht hierzu im Wider-

spruch, dass trotz dieser Legalprognose ein kurzzeitiger Freiheitsentzug als geboten angeordnet wird. Zwar sollen gem. § 21 Abs. 1 S. 2 JGG die Wirkungen des sog. Warnschussarrestes zu einer positiven Legalprognose führen können. Die Wirkungen, die von der Aussetzung zu erwarten sind (§ 21 Abs. 1 S. 3 JGG), werden aber nicht abgewartet. Bei der vorbehaltenen Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 61 JGG wird die noch offene Bewährungsentscheidung tendenziell konterkariert. Faktisch bedeutet nämlich der Warnschussarrest eine „sanfte Anvollstreckung“ der Jugendstrafe.¹⁷ Dementsprechend wird der verbüßte Warnschussarrest gem. § 26 Abs. 3 S. 3 JGG auf die Jugendstrafe angerechnet.

4. Widersprüche zu den Zweifeln an der Notwendigkeit einer Jugendstrafe gem. § 27 JGG

Gem. § 27 JGG kann die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn Zweifel bei dem Gericht bestehen, ob diese schädlichen Neigungen in einem Umfang vorliegen, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist. Hier ist also über einen Freiheitsentzug in Form der Jugendstrafe – mit oder ohne Bewährung – noch nicht entschieden. Trotzdem wird kurzzeitiger Freiheitsentzug in Form des Arrestes angeordnet. Ein – kurzzeitiger – Freiheitsentzug widerspricht der Entscheidung, in der die Notwendigkeit eines Freiheitsentzuges offen gehalten wird.

Dieser Widerspruch war für das Bundesverfassungsgericht Grund, die Kopplung der § 27-Entscheidung mit Jugendarrest nach altem Recht für verfassungswidrig zu erklären: „Die Anwendungsbereiche von Jugendarrest und Jugendstrafe schließen einander mithin aus.“¹⁸ Fraglich ist, ob die angeführten Widersprüche dazu führen, die Voraussetzung für eine Sanktionierung gem. § 16a JGG als zu unbestimmt i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG einzustufen.¹⁹ Das Bestimmtheitsprinzip gilt auch für die Strafandrohung. Tendenziell wird für die Straftätergruppe, für die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen oder auch wegen Schwere der Schuld vorgesehen und reserviert ist, eine Sanktion angeboten, die für eine Tätergruppe ohne schädliche Neigungen und ohne Schwere der Schuld vorgesehen und reserviert ist. Damit wird die vom sog. Warnschussarrest angesprochene Tätergruppe diffus. Zwar ist es dem Gesetzgeber erlaubt, auch systemwidrige Gesetze zu verabschieden, die Bestimmtheit der Sanktion muss aber trotz Systemwidrigkeiten gewährleistet bleiben. Bei den überwiegend unrealistischen Zielsetzungen des § 16a Abs. 1 Nrn. 1-3

¹² Schumann, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1986, 367.

¹³ Dagegen Scherrer in der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012, S. 4.

¹⁴ Ebenso Kreuzer, ZRP 2012, 101 (102).

¹⁵ S. Ostendorf (Fn. 5), § 13 Rn. 3.

¹⁶ S. Ostendorf (Fn. 5), § 21 Rn. 5.

¹⁷ Zur Forderung, eine unbedingte (!) Jugendstrafe zunächst zu einem Viertel zu vollstrecken und den Rest zur Bewährung aussetzen vgl. Beulke, in: Michaels/Altmeppen (Hrsg.), Liber Amicorum, Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, 2012, S. 17 (S. 31), der diesen Vorschlag aber nicht mit einem Warnschussarrest gleichgestellt wissen will.

¹⁸ BVerfG Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2005, 73 (74).

¹⁹ Verfassungsrechtliche Bedenken insoweit Radtke, ZStW 121 (2009), 436; eindeutig i.S.e. „Verletzung des Schuldgrundsatzes und des Bestimmtheitsgrundsatzes“ Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen, ZRP 2010, 177.

JGG und den Widersprüchlichkeiten wird der Verurteilte hinsichtlich des sog. Warnschussarrestes der jeweiligen kriminalpolitischen Einstellung der Jugendrichter ausgeliefert. Es bestehen somit erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Sanktion.

Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden

Von Prof. Dr. Norio Tsujimoto, Osaka (Japan)*

I. Einleitung

Das Strafverfahren zielt auf materielle Wahrheitsfindung ab, anders als der Zivilprozess, in dem die Dispositionsmaxime gilt.¹ Daher muss das Gericht im Wesentlichen von Amts wegen die Wahrheit zu finden suchen, ohne Bindung an die Wünsche der Prozessparteien (§ 244 Abs. 2 StPO). Es gibt allerdings Einschränkungen für die menschlichen Fähigkeiten und für die Mittel, die der Staat der Justiz zur Verfügung stellt. Außerdem kann es dazu kommen, dass die Wahrheitsermittlung mit anderen wichtigen Interessen in Konflikt gerät. Kann in diesem Fall das Gericht mit den Prozessbeteiligten den Stand des Verfahrens erörtern, eine Absprache treffen und so zu einem Urteil gelangen?

Die Verständigung (oder Absprache) ist dem „plea bargaining“ ähnlich, das schon im anglo-amerikanischen Strafprozess stattfindet. Die deutsche Literatur hat es bisher so verstanden, dass im amerikanischen Strafprozess, anders als im deutschen Prozess, der Parteiprozess gilt, und dass erst in einer solchen Prozessstruktur „plea bargaining“ erlaubt ist.² Im Parteiprozess ist das Gericht grundsätzlich an die Behauptungen und die Beweise der Prozessparteien – Staatsanwalt und Angeklagter – gebunden. Deswegen muss das Gericht nur solche Tatsachen als Wahrheit anerkennen, die beide Parteien gemeinsam als Tatsache in den Prozess eingebracht haben, auch wenn sie falsch sein können. Demgegenüber muss das Gericht im Inquisitionsprozess mangels Bindung an die Parteien selbst die Wahrheit suchen, so dass hier die Absprache nicht eingeführt werden kann. In Deutschland ist es zumindest theoretisch so verstanden worden.

Dass es solche Absprachen im deutschen Strafprozess tatsächlich gab, gilt als Selbstverständlichkeit.³ Auch der Bundestag hat am 4.8.2009 die StPO reformiert und die Verständigung eingeführt. Damit ist die Verständigung nicht nur tatsächlich existent, sondern auch rechtlich im Strafprozess gebilligt worden.

Die deutsche Rechtslage, die im Wesentlichen die Inquisitionsmaxime aufrechterhält und doch die Verständigung auf-

nimmt, kann für uns Außenstehende, die das deutsche Recht rechtsvergleichend studieren wollen, sehr interessantes Material bieten.⁴ In Japan gibt es keine Regelung zur Absprache, und auch in der Praxis soll sie nicht stattfinden. Aber kann man sagen, dass es keine Absprache im Strafverfahren gibt oder hat man einige Fälle mit solchen Problemen übersehen?⁵ Niemand spricht darüber und viele bemerken es nicht einmal, obwohl es eine Situation wie früher in Deutschland gibt. In Japan gibt es das Opportunitätsprinzip, das Strafbefehlsverfahren und „Sokketsu-saiban“, so dass der konsensuale Faktor auch schon im japanischen Strafprozess zu finden ist. Außerdem wird dort heute über die gesetzliche Einführung der Absprache heftig diskutiert, indem sie als neue Ermittlungsmethode verstanden wird und an die Stelle der geheim stattfindenden Beschuldigtenvernehmung treten soll.⁶

Man kann aber das ausländische Rechtssystem nicht direkt übernehmen. Man muss die beiden Rechtssysteme genügend vergleichen und um deren Unterschiede wissen; erst sind die gemeinsamen Faktoren und danach die Vor- und Nachteile zu suchen.⁷ In Deutschland ist das Abspracheproblem gesetzlich gelöst worden, aber es stellt sich die Frage, wie das in Zukunft die Strafjustiz beeinflussen wird und welche Probleme eine solche Entwicklung für die japanische Diskussion bedeuten kann.

Dieser Beitrag zielt darauf ab, die deutsche Verständigung aus der Perspektive eines Außenstehenden zu betrachten. Dabei kann es sein, dass etwas in Frage gestellt wird, obwohl es in Deutschland als Selbstverständlichkeit verstanden wird. Ich möchte solche Fragen hier ehrlich aufzeigen und von vielen deutschen Kollegen lernen, inwieweit ich mich geirrt habe.

II. Die deutsche Verständigung

1. Die Entwicklungsgeschichte

Wie oben erwähnt ist die Verständigung in Deutschland erst am 4.8.2009 in die StPO eingeführt worden, war aber in der gerichtlichen Praxis seit längerem schon „Alltag des Gerichts“ gewesen.⁸ Deshalb ist es wertvoll, zunächst die Entwicklungs-

* Der Verf. ist Lehrer des Straf- und Strafprozessrechtes an der Kinki Universität Osaka (Japan) und z.Z. Gastprofessor an der Universität Augsburg. Ich danke insbesondere Herrn Prof. Rosenau, seiner Frau und seinem Lehrstuhlteam, da sie mich in Deutschland sehr nett betreuen.

¹ Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 21; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 1 Rn. 3 ff.

² Weichbrodt, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, 2006, S. 326; Steinhögl, Der strafprozessuale Deal, Perspektiven einer Konsensorientierung im Strafrecht, 1998, S. 141.

³ Vgl. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, S. 354.

⁴ Auch ich bin ein solcher Außenstehender, vgl. Fn. *. Ich bin schon länger am deutschen Abspracheproblem interessiert und habe darüber in Japan folgende Aufsätze geschrieben: Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-2 (2009), 1 (Teil 1); 58-1 (2010), 1 (Teil 2); 59-1 (2011), 1 (Teil 3); ders., Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33; ders., Kinki Uni. L.R. 57-3 (2009), 17.

⁵ S.u. III. 2. a) bb).

⁶ Vgl. Rechtsausschuss des japanischen Justizministeriums: www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html (11.11.2012).

⁷ Rosenau, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1597 (S. 1614 ff.).

⁸ Vgl. Widmaier, NJW 2005, 1985; Terhorst, GA 2002, 600 (605 f.); Müller, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 46.

geschichte der Verständigung zu überblicken, um das Verfahren gut zu verstehen.

a) Vor der „Grundsatzentscheidung“ des BGH

Der BGH⁹ hat schon 1997 die wichtigste Entscheidung zur Absprache (Verständigung) gefällt, die immer als „Grundsatzentscheidung“¹⁰ bezeichnet wird. Damit hat der BGH die Regelung der Absprache für die Praxis getroffen; bis dahin gab es keine bestimmte Regelung.

Früher hat es keine Methode in Deutschland gegeben, nach der im Strafverfahren die Prozessbeteiligten eine Vereinbarung schließen und damit ein Ergebnis finden konnten. Also sollte der Vergleich oder Deal mit dem deutschen Strafprozess nicht vereinbar sein, welcher als inquisitorisch charakterisiert wurde. Aber auch im deutschen Strafprozess gibt es seit jeher das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO), und als die Opportunitäts-Verfahrenseinstellung in die StPO eingeführt und erweitert wurde, ist die Zustimmung des Beschuldigten damit nach und nach ein wichtiger Faktor geworden, um den Fall zu erledigen.¹¹ Daneben wurden aus wichtigen finanziellen Gründen allmählich immer mehr Absprachen im Strafprozess durchgeführt.

Wann und durch wen eine solche vereinbarte Prozessführung, die im Gesetz keine Grundlage hat, begonnen hat, ist unklar. Aber 1982 hat „*Detlef Deal*“ (aus Mauschelhausen) kritisiert, dass die Absprache in der gerichtlichen Praxis manchmal stattfindet und dass sie „fast jeder kennt [...], fast jeder praktiziert [...], nur keiner [darüber] spricht“,¹² dass sie also im Verborgenen stattfindet. Danach wurde die Absprache sehr rasch in Literatur und Praxis als das wichtigste strafprozessuale Problem heftig diskutiert.

Während damals in der Literatur die kritischen Stimmen, die die Absprache im deutschen Strafprozess für unerlaubt hielten, vorherrschend waren, hat sie in der Praxis immer stattgefunden.¹³

b) Grundsatzentscheidung (1997) und der Beschluss des Großen Senates (2005)

Die chaotische Lage zwischen Literatur und Praxis hat angehalten, bis am 28.8.1997 der 4. Strafsenat des BGH¹⁴ eine wichtige Entscheidung verkündet hat, um das Problem zu lösen und in Zukunft die Praxis zu regeln. Der Senat hat in seinem Urteil gesagt, dass die Absprache „nicht generell unzulässig“ sei und hat ihre Rechtmäßigkeit bestätigt. Zudem hat der Senat im Hinblick auf die Probleme in der Praxis zur

Öffentlichkeit des Prozesses, zur Begrenzung des Absprachegegenstandes und zur grundsätzlichen Bindung der Absprache (und die Voraussetzungen für die Lösung ab hier) Regeln aufgezeigt, um die Absprache im rechtsstaatlichen Strafverfahren angemessen durchzuführen.

Da damit gegenüber den vorherigen richterlichen Usancen bestimmtere Regeln entwickelt wurden, scheint das Abspracheproblem zumindest in der gerichtlichen Praxis gelöst zu sein. Aber in der Tat haben sich nicht alle in der Praxis an diese Regeln gehalten. Dass auch nach der Grundsatzentscheidung immer noch die alte Methode (entgegen den richterlichen Vorgaben) nicht selten stattgefunden hat, ist sicher, weil manchmal die Absprache Grund für eine Revision gewesen ist.¹⁵ Dass in der Praxis manchmal die richterlichen Regelungen umgangen werden konnten, hat seine Ursache darin, dass man nach dem Verzicht auf Rechtsmittel als Voraussetzung für eine Absprache einfach einer nachträglichen Kontrolle in der Revisionsinstanz entgehen konnte. Obwohl sich auch der BGH in der Grundsatzentscheidung dieses Problems bewusst war und den Rechtsmittelverzicht als Voraussetzung für die Absprache verboten hat, gab es doch keine Möglichkeit, die Verletzung gegen die Regeln durch die Justiz zu korrigieren, wenn der Beschuldigte als Anspruchsberechtigter auf Rechtsmittel verzichtet hat und damit die Rechtskraft der erstrichterlichen Entscheidung eingetreten ist. Auch wenn der Rechtsmittelverzicht trotz Verbotes in der Absprache versprochen wurde und der Beschuldigte in der Tat nach einem solchen Versprechen auf Rechtsmittel verzichtete, hätte man daher eine Möglichkeit anerkennen müssen, dass der Fehler in der Revisionsinstanz korrigiert werden kann, um die Rechtmäßigkeit der Absprache zu sichern.

Damit war die Möglichkeit des Rechtsmittels das wichtigste Problem, das die Rechtmäßigkeit der Absprache garantieren konnte. Aber die Auffassung des BGH war in den Senaten unterschiedlich.¹⁶ Daher hat der BGH im Jahr 2005 den Großen Senat für Strafsachen angerufen.¹⁷ Dieser hat über die Frage der Rechtmäßigkeit des Rechtsmittelverzichts auf Grund der Absprache entschieden.¹⁸ Um die Rechtmäßigkeit der Absprache zu sichern, wurde der Rechtsmittelverzicht für nichtig erklärt, wenn er in der Absprache trotz Verbotes vereinbart und daraufhin erklärt wurde. Also ist die später erhobene Revision wirksam. Da aber auch die Rechtssicherheit wichtig ist und der Rechtsmittelverzicht als solcher bei anderen Prozessakten des Beschuldigten außerhalb von Absprachen wirksam bleibt, hat der Große Senat den Verzicht nach einer qualifizierten Belehrung für wirksam gehalten, wenn neben der normalen Belehrung das Gericht den Beschuldigten darüber belehrt hat, dass „er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen“.

⁹ BGHSt 43, 195.

¹⁰ *Ioakimidis*, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, 2001, S. 71; *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, eine rechtsvergleichende Untersuchung der Folgeprobleme strafprozessualer Verständigung, 2001, S. 21.

¹¹ Müller (Fn. 8), S. 20.

¹² *Deal*, StV 1982, 545.

¹³ BGHSt 36, 210; 37, 10; 37, 99; 37, 298; 38, 102; 42, 46; 42, 191.

¹⁴ BGHSt 43, 195.

¹⁵ BGHSt 45, 51; 45, 227; BGH NStZ 2000, 386; BGH StV 2001, 557; BGH NStZ-RR 2002, 114; BGH StraFo 2004, 21.

¹⁶ S. BGH NJW 2003, 3426; 2004, 1335; 2004, 1386; BGH NStZ 2004, 164.

¹⁷ BGH NJW 2004, 2536.

¹⁸ BGHSt 50, 40.

Daneben hat der *Große Strafsenat* erneut die Absprache für grundsätzlich rechtmäßig erklärt und dafür die Voraussetzungen aufgezeigt, wenn auch als obiter dictum. Der *Große Senat für Strafsachen* ist nicht nur im Wesentlichen der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1997 gefolgt – abgesehen von der Erweiterung der Voraussetzung für den Widerruf von Absprachen – sondern hat auch die restlichen Probleme aufgezeigt. Schließlich hat der *Große Senat* einen gesetzgeberischen Akt gefordert, indem er an den Gesetzgeber appelliert hat, dass „die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln“ sind.

c) *Die Gesetzesnovelle vom 4.8.2009*

Wie oben bereits gesagt, ist der Gesetzgeber vom BGH ausdrücklich zum Handeln aufgefordert worden. Doch hatte man sich schon früher immer wieder mit einer Gesetzesregelung auseinandergesetzt. Die einschlägige Literatur zu diesem Problem hat teilweise Gesetzgebungsvorschläge enthalten¹⁹ und die verschiedenen Verbände einschließlich der Bundesrechtsanwaltskammer haben in diesem Zusammenhang viele Vorschläge de lege ferenda vorgelegt.²⁰

Namentlich die Vorschläge, die von der Bundesregierung mehrmals vorgelegt wurden, waren von wirklich gesetzgeberischer Bedeutung. Der erste Vorschlag der Bundesregierung waren die „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ im Jahr 2001.²¹ Er hat auf eine Strafverfahrensreform zur Beschleunigung und Stärkung des Opferschutzes abgezielt; als Mittel dafür wurde die Einführung der Absprache erwähnt. 2004 haben dann das Bundesministerium der Justiz und die damaligen Koalitionsregierungsparteien (die Fraktion der SPD und die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen) gemeinsam einen „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“²² vorgelegt. Dieser hat die Eckpunkte von 2001 übernommen, doch erstmals auch einen konkreten Gesetztext enthalten.

Dann hat nach dem Beschluss des *Großen Senates für Strafsachen* das Bundesministerium der Justiz 2006 den „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²³ vorgelegt. Wie der Titel zeigt, hat der Entwurf als Hauptziel auf die Einführung der Absprache gezielt. Zwar ist man dem Entwurf von 2004 gefolgt, man hatte aber auch den Beschluss des *Großen Senates* von 2005 im Blick. In demselben Jahr hat auch der Bundesrat einen ersten „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²⁴ vorgelegt. Dies war ein Entwurf des Landes Niedersachsen, der nach Überprüfung im Rechtsausschuss des Bundesrates teilweise abgeändert worden ist. Dieser Entwurf ist vom Entwurf der Regierung und des Bundesministeriums der Justiz nicht nur förmlich, sondern auch substantiell zu unterscheiden.

Letztlich hat die Bundesregierung 2009 einen „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“²⁵ als letzten Vorschlag abgefasst. Hierzu hat der Bundesrat Stellung genommen. Die Bundesregierung hat mit dieser Stellungnahme dem Bundestag den Gesetzesentwurf vorlegt. Diese Vorlage hat der Bundestag am 28.5.2009 beschlossen. Damit ist das Verständigungsgesetz am 4.8.2009 in Kraft getreten.

2. *Übersicht über die Novelle*

Mit dem „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 29.7.2009 ist die Verständigung erstmals in die StPO eingefügt worden. Die Kernpunkte kann man wie folgt kurz zusammenfassen.

a) *Die formelle Seite*

Erstens sollte als formelle Seite die Öffentlichkeit und Transparenz zum Zustandekommen der Verständigung erwähnt werden. Die Verständigung als solche ist in der öffentlichen Hauptverhandlung (§ 169 GVG) abzuschließen (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO). In der Regel sollte allerdings die Erörterung zwischen den Prozessbeteiligten vor der Verständigung stattfinden und der abzusprechende Inhalt dort bestimmt werden.²⁶ Der Gesetzgeber hat daher einerseits solche Erörterungen nicht nur während (§ 257b StPO), sondern auch vor oder außerhalb der Hauptverhandlung erlaubt (§§ 160b Abs. 1, 202a Abs. 1, 212 StPO), aber andererseits gefordert, den wesentlichen Inhalt dieser Erörterung aktenkundig zu machen (§§ 160b Abs. 2, 202a Abs. 2, 212 StPO) und in der Hauptverhandlung mitzuteilen (§ 243 Abs. 4 StPO). Daneben ist, wenn die Verständigung stattgefunden hat, dies in den Urteilsgründen anzugeben (§ 267 Abs. 3 S. 5 StPO); in das Sitzungsprotokoll ist der wesentliche Inhalt und der Ablauf aufzunehmen (§§ 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a S. 1 StPO). Wenn die Verständigung nicht stattgefunden hat, ist „auch dies“ im Protokoll zu vermerken. Mit dieser Regel soll die Öffentlichkeit und Transparenz gewahrt und die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle gesichert werden.²⁷

Zweitens kommt die Verständigung erst zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwalt dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO). Verständigungssubjekte sind danach Gericht, Staatsanwalt und Angeklagter. In der Regel tritt aber der Strafverteidiger als Vertreter für den Angeklagten in der Erörterung auf. Der Gesetzgeber hat die Zustimmung des Angeklagten als Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung bestimmt, weil dies im Hin-

¹⁹ Insb. Müller (Fn. 8), S. 281 ff.

²⁰ Deutscher Richterbund NJW 1990, 2993; ders., StV 1993, 280; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Thesen zur Strafverteidigung, 1992, S. 66 ff.; ders., ZRP 2005, 235; Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Gesetzesvorschlag v. 21.8.2006: <http://www.anwaltverein.de/03/05/2006/46-06.pdf>; Vorschlag der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte v. 24.11.2005, abgedruckt in NJW 1-2/2006, XVI.

²¹ Abgedruckt in StV 2001, 314.

²² Abgedruckt in StV 2004, 228.

²³ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

²⁴ BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.

²⁵ BT-Drs. 16/12310.

²⁶ *Altenhain/Haimerl*, GA 2005, 281 (283).

²⁷ BGHSt 43, 195 (206); BT-Drs. 16/12310, S. 12 f.

blick auf den Schutz der Verfahrensteilnahme des Beschuldigten sehr wichtig ist. Er spielt die eigentliche Hauptrolle, weil er in seinem Strafverfahren über sein Schicksal entscheiden soll. Auch der Nebenkläger als Verletzter kann in der Erörterung teilnehmen, seine Zustimmung ist aber keine Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung.²⁸

b) Die materielle Seite

Als materielle Seite der Verständigung hat der Gesetzgeber den abschreibbaren Inhalt im Gesetz deutlich bestimmt (§ 257c Abs. 2 und Abs. 3 StPO). Danach sollte einerseits das Geständnis des Beschuldigten „jederzeit“ Bestandteil der Verständigung sein, andererseits kann das Gericht den Inhalt, die Rechtsfolgen und andere Maßnahmen versprechen. Vor allem die Angabe der im Urteil zu erkennenden konkreten Strafe wäre bei der Entscheidung des Beschuldigten für die Frage, ob er dem Vorschlag des Gerichts zustimmen sollte, sehr wichtig; doch darf das Gericht nur eine „Ober- und Untergrenze“ und nicht die genaue Strafe angeben (§ 257c Abs. 3 StPO). Denn der Inhalt des Urteil ist unter allen Umständen „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ zu entscheiden, so dass er im Voraus nicht bestimmt werden darf (vgl. § 261 StPO).²⁹

Im Gegensatz dazu darf Gegenstand der Verständigung nur die Rechtsfolge, nicht aber der Schuldspruch selbst sein. Denn der Schuldspruch als solcher muss sich nach dem Ermittlungsgrundsatz aus der Hauptverhandlung ergeben.³⁰ Damit ist die deutsche Verständigung von dem anglo-amerikanischen „plea bargaining“ zu unterscheiden. Wenn der Beschuldigte wegen der Absprache ein Geständnis anbietet, muss das Gericht die Glaubhaftigkeit des Geständnisses prüfen und sich davon überzeugen, bevor es darauf die Verurteilung stützt.³¹ Außerdem darf auch der Rechtsmittelverzicht nicht Gegenstand der Verständigung sein. Das Verbot ist im letzten Gesetzesentwurf ausdrücklich geregelt, wurde aber im Gesetz gestrichen, weil er überflüssig ist, da parallel nach § 302 Abs. 1 S. 2 StPO der Verzicht ausgeschlossen wurde, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Damit sollte die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle gegenüber der Verständigung eingeführt werden.³² Darüber hinaus sind Maßregeln der Besserung und Sicherung als Gegenstand der Verständigung ausdrücklich verboten.

c) Die Wirkung

Nachdem einmal die Verständigung zustande gekommen ist, sind die Verständigten mit ihrem Versprechen im folgenden Prozess gebunden. Der Beschuldigte ist aber frei, seine Einstellung zu ändern, in der Haupthandlung sein früher angebotenes Geständnis zurückzunehmen und seine Schuld zu leugnen. Denn das Geständnis muss vom Beschuldigten ganz freiwillig angeboten werden; das gilt nicht nur bei dem Verspre-

chen, sondern auch schon bei dem Angebot des Geständnisses.³³

Die Bindungswirkung des Gerichts ist wichtiger. In der Regel sollte das Gericht seine Verpflichtung erfüllen, nachdem der Angeklagte seine Verpflichtung erfüllt, also das Geständnis abgelegt hat, so dass die Stellung des Beschuldigten dann sehr gefährdet wäre, wenn das Gericht willkürlich von der Verständigung abweichen könnte. Kommt die Verständigung einmal zustande und hat der Beschuldigte das Geständnis abgelegt, muss das Gericht daher im Wesentlichen an sein Versprechen gebunden sein.³⁴

Wenn allerdings eine solche Bindungswirkung absolut gälte, dann könnte die Anforderung der Wahrheitsermittlung im Strafprozess unter Umständen gefährdet sein. Der Gesetzgeber hat daher dem Gericht erlaubt, von der Verständigung ausnahmsweise dann abzuweichen, „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“ (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO). Dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte das in Aussicht gestellte Geständnis nicht anbietet (§ 257c Abs. 4 S. 2 StPO). Dann muss das Gericht ein Abweichen von der Verständigung unverzüglich mitteilen (§ 257c Abs. 4 S. 4 StPO). Die Mitteilung sollte in Beschlussform mit Gründen verkündet werden.³⁵

Wenn das Gericht von der Verständigung abweicht, dann darf es das Geständnis des Beschuldigten nicht als Beweis verwerten (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Es hat auf die Gültigkeit der Verständigung und damit auf das in Aussicht gestellte Ergebnis vertraut, so dass die Wirkung des Geständnisses außer Kraft gesetzt werden muss, wenn die Wirkung der Verständigung entfällt.³⁶ Denn es sollte zwischen dem Erfordernis der Wahrheitsermittlung im Prozess und dem Schutz des Vertrauens des Beschuldigten gegenüber der Verständigung Einklang hergestellt werden.

d) Die Möglichkeit der nachträglicher Kontrolle

Nachdem das erstinstanzliche Urteil erlassen worden ist, muss es nachträglich verbessert werden können, wenn das Verfahren oder der Inhalt fehlerhaft sind. Insoweit ist das Rechtsmittel ein wichtiges System dafür, dass ein rechtsstaatliches Strafverfahren sichergestellt wird, auch um zu klären, ob die Verständigung stattgefunden hat oder nicht.³⁷

Über eine Einschränkung des Rechtsmittels wurde bei der Gesetzgebung heftig diskutiert. Beispielsweise hat der Ent-

²⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

²⁹ BGHSt 43, 195 (206).

³⁰ BGHSt 43, 195 (204); 50, 40 (48).

³¹ BGHSt 50, 40 (49).

³² BT-Drs. 16/12310, S. 14.

³³ Hauer, Geständnis und Absprache, 2007, S. 262 ff.

³⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

³⁵ Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Kommentar, 2010, S. 106; Jahn, StV 2011, 497 (500); dazu s.a. BGH StV 2011, 462.

³⁶ Graumann, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, 2006, S. 185 ff.

³⁷ Kleinbauer, Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme des Beschuldigten im Strafprozess, 2006, S. 15.

wurf des Bundesrats von 2006³⁸ vorgeschlagen, dass die Berufung als nachträgliche Kontrolle der Tatsachenfeststellung ganz ausgeschlossen wird und dass die Revision auf Verfahrensfehler bei der Verständigung auf absolute Revisionsgründe eingeschränkt werden sollte, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Auch der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz von 2006³⁹ hat dieselbe Einschränkung wie der Entwurf des Bundesrats vorgeschlagen, indes nur bei der Revision. Am Ende wurde aber entschieden, dass es keine Einschränkung bei den Rechtsmitteln gibt.⁴⁰

Was das Problem des Rechtsmittelverzichts angeht, ist man grundsätzlich dem Beschluss des *Großen Senates* von 2005⁴¹ gefolgt. Das Gericht darf sich nicht in der Verständigung vom Beschuldigten den Rechtsmittelverzicht versprechen lassen und hat bei der Urteilsverkündung ihn auch darüber zu belehren, dass „er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen“, wenn dem Urteil die Verständigung vorausgegangen ist; unabhängig davon, ob er einen solchen Verzicht versprochen hat oder nicht (§ 35a S. 3 StPO). Insoweit hatte aber der BGH entschieden, dass der Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten gültig ist und damit das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwächst, wenn der Beschuldigte erst nach einer qualifizierten Rechtsmittelbelehrung freiwillig verzichtet hat.⁴² Diese Auffassung haben die folgenden Gesetzesentwürfe übernommen, und zwar auch der letzte Entwurf der Bundesregierung von 2009.⁴³ Aber eine solche Regel wurde im Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen. Nach geltendem Gesetz (§ 302 S. 2 StPO) heißt es: „Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen, ist ein Verzicht“ ausgeschlossen.⁴⁴

III. Einzelne Probleme und die Betrachtung aus der Perspektive eines Außenstehenden

1. Im Allgemeinen

a) Der Ermittlungsgrundsatz und das Parteiverfahren

Der Inquisitionsprozess (= Ermittlungsgrundsatz) beschreibt ein Prozess-System, in dem das Gericht von Amts wegen die Wahrheitsermittlung betreibt und an die Geltendmachung von Beweisen durch die Staatsanwaltschaft oder den Beschuldigten nicht gebunden ist.⁴⁵ Demgegenüber ist das Parteiverfahren ein Prozess-System, dass die Prozessführung im Wesent-

lichen den Prozessparteien, also Staatsanwalt und Beschuldigtem, überlässt und bei dem sich das Gericht zurückhalten sollte. Während ersteres für den Kontinent einschließlich für Deutschland typisch ist, ist letzteres für den anglo-amerikanischen Raum charakteristisch.⁴⁶

Bisher hat die Auffassung, die sich gegen die Absprache ausspricht, als Grund dafür angegeben, dass der vom Ermittlungsgrundsatz beherrschte deutsche Strafprozess mit einem Verhandlungs-Prozesstyp nicht vereinbar ist, in dem das Gericht und die Prozesspartei zusammen den Ausgang bestimmen.⁴⁷ Da das Gericht in der Hauptverhandlung zu allen tatsächlichen und rechtlichen Punkten Beweis aufnimmt, um seine Aufgabe zur Wahrheitsermittlung zu erfüllen, soll ein Verfahren, bei dem das Gericht und die Prozessparteien eine Vereinbarung treffen, für den Inquisitionsprozess nicht geeignet sein.

In den letzten Jahren mehrten sich aber die Stimmen, die sich für eine Absprache auch in Deutschland aussprachen. Vor allem *Rosenau* hat behauptet, dass der strukturelle Unterschied zwischen Inquisitionsprozess und Parteiprozess in Bezug auf eine Einführung der Absprache kein wesentliches Problem darstellt, weswegen sie auch unter der Inquisitionsmaxime eingeführt werden kann.⁴⁸ Er führt unter rechtsvergleichenden Aspekten aus, dass erstens das „plea bargaining“ auch dem Wesen des amerikanischen Strafprozesses niemals entsprach und ein relativ neues System sei, und dass zweitens bestätigt wurde, dass die Inquisitionsmaxime der Einführung der Absprache nicht im Wege stehe, wie die europäischen Tendenzen einschließlich in Frankreich, Italien usw. zur Strafjustizreform gezeigt haben.

Dass aber die Reform in den europäischen Ländern eigentlich unter Erhaltung der Inquisitionsmaxime durchgeführt wurde, ist an sich in Frage gestellt worden. Eine Literaturmeinung hat im Hinblick auf die italienische Reform gesagt, dass sich damit der italienische Strafprozess schon zum Parteiprozess verändert hat.⁴⁹ Wenn auch der erwähnte Aspekt den amerikanischen Strafprozess unter geschichtlichen Gesichtspunkten analysiert hat, scheint dieser Schluss vorschnell zu sein. Denn für die Argumentation ist im konkreten Problem nicht die Geschichte, sondern die Übereinstimmung mit der geltenden wesentlichen Prozess-Struktur maßgeblich.

Insoweit bezweifle ich die Fragerichtung als solche, ob es richtig ist, dass unter Erhaltung des Inquisitionsgrundsatzes die Absprache eingeführt werden kann. Wenn nämlich die Absprache in die StPO eingeführt wird und sie am besten der Wahrheitsermittlung dient, dann steht sie mit dem Amtsermittlungsprozesssystem im Einklang. Andererseits braucht auch der Parteiprozess eine Bremse, wenn die Vereinbarung der Wahrheitsermittlung deutlich entgegensteht.

⁴⁶ *Rosenau*, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, 2010, S. 45 (S. 53 ff.).

⁴⁷ *Weigend*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 1011 (S. 1034 ff.).

⁴⁸ *Rosenau* (Fn. 46), S. 45 (S. 53 ff.); *ders.* (Fn. 7), S. 1614 ff.

⁴⁹ *Pisani*, *ZStW* 94 (1982), 457 (467).

³⁸ BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.

³⁹ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁴⁰ BGBl. I 2009, S. 2353.

⁴¹ BGHSt 50, 40 (62).

⁴² BGHSt 50, 40 (62).

⁴³ BT-Drs. 16/12310, S. 6.

⁴⁴ Auch auf dem 68. DJT in Berlin 2010 ist das qualifizierte Belehrungsproblem besprochen und dabei kritisiert worden, dass „ein Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung wirksam ist“ (*Kato*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages [Hrsg.], *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages*, Bd. II/2, 2011, Teil N S. 117). Insoweit gibt es aber schon eine gesetzgeberische Lösung.

⁴⁵ *Beulke* (Fn. 1), Rn. 21; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 1 Rn. 3 ff.

Daher ist zu fragen, was im konkreten Prozess das Gericht und jeder Prozessbeteiligte zu tun hat, unter der Voraussetzung, dass die Absprache in allen Prozesskulturen vorhanden sein kann. Insoweit hat der Gesetzgeber, als er zugleich die Verständigung eingeführt hat, bestimmt: „§ 244 Absatz 2 bleibt unberührt“ (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO). Demnach gelten damit größere Einschränkungen als im Parteiprozess, unter denen die Absprache stattfindet. Also ist das Problem nicht das „Ob“, sondern das „Wie“.

Ich denke, es ist die besondere Eigenschaft der deutschen Verständigung, dass auch nach Zustandekommen der Verständigung das Gericht von ihr abweichen kann und die Voraussetzungen dafür klar bestimmt wurden.

b) Die Abweichung von der Verständigung

Das Gericht ist in der Regel an die einmal zustande gekommene Verständigung gebunden. Aber „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“, dann „entfällt“ die Bindung der Verständigung (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO).

Insoweit geht es um die Voraussetzungen, unter denen das Gericht die einmal zustande gekommene Verständigung auflösen kann. Der Beurteilungsmaßstab ist die Überzeugung des Gerichts. Darin zeigt sich, dass der deutsche Inquisitionsprozess nicht nur förmlich (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO), sondern auch substantiell aufrechterhalten wird. Wir dürfen das so verstehen, dass das materielle Schuldprinzip, wonach die Strafe des Täters mit seiner Schuld übereinstimmen⁵⁰ muss, aufrechterhalten wird, weswegen auch in der Praxis die Wahrheitsermittlung und das Schuldprinzip gelten.

Natürlich ist die Frage eines solchen Schuldprinzips und des materiellen Wahrheitsgrundsatzes eine politische Entscheidung, und man dürfte das an sich nicht kritisieren, es sei denn, dass der Nachteil den Vorteil überwiegt. Das heißt, die Fragestellung ist nicht richtig, ob ein solches System mit dem von der Amtsermittlung beherrschten deutschen Prozess übereinstimmt. Wenn der Gesetzgeber die „amtsermittelnde“ Verständigung eingefügt hat, dann muss das an sich als eine Eigentümlichkeit des deutschen Strafprozesses anerkannt werden. Das vorausgesetzt, geht es um die Frage, ob die Friktion oder der Schaden angemessen bleibt, die mit der Einführung eines solchen Systems verursacht werden.

Damit ist das Problem der Vereinbarkeit von Amtsermittlungsprinzip und Verständigung, das seit langem in Deutschland diskutiert wurde, von der Gesetzgebung durch die Verschmelzung oder den Kompromiss zwischen Amtsermittlungsgrundsatz und Verständigung abschließend gelöst worden, so dass in Zukunft die nächsten Fragen erwogen werden sollten.

c) Gültigkeit des Konsensprinzips

Allerdings kann man vor dem Hintergrund der besonderen Problematik danach fragen, ob die Einführung der Verständigung bei Amtsermittlung als politische Entscheidung angemessen ist,⁵¹ ob also die Verständigung auch in Zukunft im deutschen Strafprozess fixiert werden sollte.

Insoweit müssen wir aber sagen, dass auch im deutschen Strafprozess schon das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) und die Opportunitäts-Verfahrenseinstellung (§§ 153 ff. StPO) die Zustimmung des Beschuldigten voraussetzen und der Besprechung zwischen den Prozessbeteiligten zueinander bedürfen, so dass das Verständigungsprinzip schon einigermaßen den deutschen Strafprozess durchdrungen hatte.⁵²

Auch in Japan gibt es ähnliche Systeme, weswegen es wichtig für zukünftige japanische Fragen ist, den Einfluss dieser Gesetzesreform zu verstehen.

2. Spezielle Problemfelder

a) Geständnis

aa) Geständnis als Gegenstand der Verständigung

Nach § 257c Abs. 2 S. 2 StPO soll ein Geständnis „Bestandteil jeder Verständigung“ sein. Damit ist gezeigt, dass die Verständigung das Mittel zum Erhalt des Geständnisses ist. Es ist nämlich wesentlicher Bestandteil, dass dem Geständnis die Rechtsfolge – normalerweise die mildere Strafe – folgt.

In Japan gibt es die „HOKYO-Rule“ als verfassungsrechtliche Regelung (Art. 38 Abs. 3 jVerf.), wonach der Beschuldigte nicht nur auf Grund des Geständnisses verurteilt werden darf, also andere Beweise neben dem Geständnis für eine Verurteilung notwendig sind. Demgegenüber gibt es in Deutschland keine solche Regelung im Gesetz. Deswegen darf das Gericht nur auf Grund des Geständnisses verurteilen. Wenn daher nach dem Verständigungsgesetz ein Geständnis als wesentlicher Bestandteil für eine mildere Strafe gefordert wird und damit der Beschuldigte leichter als jeher ein Geständnis anbieten kann, dann steigt die Effektivität der gerichtlichen Erledigung von Fällen enorm an, wodurch Justizkosten eingespart werden können.

Aber auch in Japan sollen glaubhafte Geständnisse den nach der HOKYO-Rule geforderten Beweisen genügen,⁵³ so dass unabhängig vom Geständnis ein Sachbeweis nicht immer gefordert wird. Daher gibt es in der Tat keinen Unterschied zwischen Japan und Deutschland – in dem unter dem Amtsermittlungsgrundsatz die richterliche Überzeugung über die Glaubhaftigkeit des Geständnisses entscheidet – bezüglich der Bedeutung des Geständnisses. Damit kann die Behandlung des Geständnisses in Deutschland auch für die japanische Verhandlung belehrend sein.

bb) Zulässigkeit des Geständnisses als Beweismittel

(1) Bei gültiger Verständigung

Wenn die Verständigung gültig ist und damit das Urteil, auf das Geständnis – welches der Beschuldigte nach Absprache gegen eine mildere Strafe abgegeben hat – zurückzuführen ist, dann muss man natürlich nach der Zulässigkeit des Geständnisses als Beweis fragen, weil für den Schuldspruch die

⁵⁰ BGHSt 43, 195 (208 ff.).

⁵¹ Müller (Fn. 8), S. 79 ff.

⁵² Rosenau (Fn. 46), S. 45 (S. 66).

⁵³ Vgl. JOGH, Urt. v. 29.7.1948, j-OGH Str.Rspr. 2, 9, 1012.

Strengbeweisregel gilt. Da der nemo tenetur-Grundsatz nicht verletzt werden darf, darf der Beschuldigte nicht von Strafverfolgungsorganen zu einem Geständnis genötigt werden und muss freiwillig das Geständnis anbieten (vgl. § 136a Abs. 3 StPO).

Was bei Verständigungen für die Erlaubnis des Geständnisses gilt, ist seit jeher schon in § 136a StPO diskutiert worden.⁵⁴ Diese Regelung realisiert den nemo tenetur-Grundsatz.⁵⁵ Das gegen diese Regelung gewonnene Geständnis darf als Beweis für die Verurteilung nicht verwendet werden, auch wenn der Beschuldigte zustimmt (§ 136a Abs. 3 StPO). Diese Regelung zählt die verbotenen Vernehmungsmethoden auf (§ 136a Abs. 1 StPO), insbesondere im Kontext mit der Verständigung „die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme“ und „das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ (§ 136a Abs. 1 S. 3 StPO).⁵⁶

Zu letzterem fragt man sich, ob das Versprechen einer milderen Strafe das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils darstellt und damit verboten ist. Demgegenüber hat das neue Gesetz geregelt, dass nach § 257c Abs. 2 StPO die Rechtsfolgen – vor allem die mildere Strafe – und das Geständnis der wechselseitige Gegenstand der Absprachen sind. Deswegen wäre das Versprechen des Vorteils nach einer Verständigung bereits gesetzlich geregelt und damit das Problem schon gelöst worden.

Zu ersterem steht in Frage, ob die Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme vorliegt, weil der Beschuldigte nicht mehr frei entscheiden kann, ob er das Geständnis anbieten soll, wenn die in Aussicht gestellte Strafe sehr viel milder ist als die bei einer normaler Hauptverhandlung (Strafrahmenproblem). Insoweit muss das Gericht die in Aussicht gestellte Strafe nicht nur mit einer oberen, sondern auch einer unteren Grenze angeben und dabei „unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen“ über einen solchen Bereich entscheiden. Das neue Gesetz hat allerdings nicht konkret den Maßstab der Strafzumessung bei der Verständigung geregelt, z.B. ob die Strafe einen bestimmten Prozentsatz geringer als bei der normalen Hauptverhandlung sein sollte. Die Folge davon wäre das Problem, wie diese Lösung mit einer freien Würdigung des Gerichts unter die allgemeinen Strafzumessungserwägungen passen könnte. Zwar ist eine gesetzlich allgemeinere Regelung, die noch konkreter ist, unmöglich und schädlich. Das Gericht kann aber eine zu geringe Strafe verhängen. In einem solchen Fall kann der Unterschied zur regulären Strafe nach der Hauptverhandlung „die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme“ sein. Wenn bei normaler Hauptverhandlung die Strafaussetzung zur Bewährung unmöglich ist, jedoch das Gericht dem Beschuldigten die Bewährung gegen ein Geständnis in Aussicht stellt, dann gilt dasselbe.

Demgegenüber ist es in Japan verfassungsrechtlich verboten, das Geständnis als Beweis zu verwenden, wenn der Beschuldigte z.B. durch Folter zum Geständnis gezwungen wurde (Art. 38 Abs. 2 jVerfassung; § 319 Abs. 1 jStPO). Der Sinn

davon ist i.S.d. nemo tenetur-Grundsatzes der Schutz des Schweigerechts des Beschuldigten sowie die materielle Wahrheitsermittlung – das erzwungene Geständnis könnte falsch sein.⁵⁷ Der JOGH hat in einem Fall, in dem dem Beschuldigten gegen ein Geständnis ein Vorteil versprochen wurde, erklärt, dass das Geständnis nicht verwendet werden darf. In diesem Fall hatte die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger gesagt, dass sie im Ermittlungsverfahren bei einem Geständnis des Beschuldigten von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen kann.⁵⁸ Auch die herrschende Meinung in der Literatur ist der Rechtsprechung gefolgt, weil so gewonnene Geständnisse wahrscheinlich falsch sind.⁵⁹ Nach dieser h.M. sollte bei einem Geständnis gegen einen Vorteil dieses fast immer einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, so dass die Verständigung (oder plea bargaining) nicht in die jStPO eingeführt werden kann.

Ich habe schon gegen die h.M. eingewandt und aufgezeigt, dass das Geständnis immer noch als Beweis verwendet werden darf, wenn der Inhalt des Vorteils eines Geständnisses im rechtsstaatlichen Strafverfahren erlaubt sein und auch nach einem solchen Austausch der Beschuldigte freiwillig ein Geständnis ablegen kann.⁶⁰ Meiner Meinung nach ist nicht das „Ob“ relevant, sondern „wie“ das Geständnis als Beweis verwertet werden darf. Soweit die Freiwilligkeit des Geständnisses sichergestellt sein sollte, liegt kein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz vor. Auch dem Bedürfnis, Lügen auszuschließen, ist dann Genüge getan.

Demnach kann man in Japan die Frage der Beweisverwertung des Geständnisses nicht vermeiden, um die Verständigung einzuführen. Dabei sollte beachtet werden, inwieweit bei der deutschen Verständigung das Versprechen eines Vorteils zu Gunsten des Beschuldigten erlaubt ist.

(2) Bei ungültiger Verständigung

Andererseits fragt man sich, ob das vom Beschuldigten vorher angebotene Geständnis dann noch als Beweis verwertet werden kann, wenn die Verständigung einmal zustande gekommen ist und der Beschuldigte danach im Vertrauen auf den Vorteil – die geringere Strafe – in der Haupthandlung das Geständnis angeboten hat, doch das Gericht aus irgendwelchen Gründen von der Verständigung abweicht und dadurch das frühere Versprechen gebrochen wird.

Auch das Problem ist schon früher nicht nur de lege ferenda, sondern auch de lege lata heftig diskutiert worden.⁶¹ Wenn die Forderung der Wahrheitsermittlung für wichtig gehalten wird, dann sollte das Geständnis verwertet werden, weil es sicher ist, dass der Beschuldigte das Geständnis auch abgelegt hat. Da der Beschuldigte im Vertrauen auf das Zustandekommen der Verständigung – um dadurch den Vorteil zu erzielen – das Geständnis gemacht hat, ist es für den strukturell vorher zu erfüllenden Beschuldigten ungünstig, wenn

⁵⁷ Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33.

⁵⁸ Vgl. JOGH, Beschl. v. 1.7.1966 – j-OGH Str.Rspr. 20, 6, 537.

⁵⁹ Mitsui, Hougaku-kyoushitsu 248 (2001), 84.

⁶⁰ Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33 (55 ff.).

⁶¹ Graumann (Fn. 36), S. 33 ff.

⁵⁴ Hauer (Fn. 33), S. 28 ff.

⁵⁵ Hauer (Fn. 33), S. 28.

⁵⁶ BGHSt 43, 195 (198).

trotz abgebrochener Verständigung das Geständnis als Beweis verwertet werden kann. Das Problem des Geständnisses bei Abbrechen der Verständigung ist zu lösen, indem zwischen der materiellen Wahrheitsermittlung und dem Vertrauensschutz des Beschuldigten bei einer Verständigung abgewogen wird.

Der Gesetzgeber hat letztlich einen Weg gewählt, wonach verboten ist, das Geständnis beim Abstandnehmen von der Verständigung zu verwerten (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Insofern gibt es dem Vertrauen des Beschuldigten Vorrang vor der materiellen Wahrheitsermittlung. Eine solche Lösung sollte allerdings eine Selbstverständlichkeit sein, wenn das nach der Verständigung herrschende Verfahren und das Konfrontationsverfahren im Wesentlichen unterschieden werden. Der Beschuldigte hat also nur im ersten Verfahren ein Geständnis abgelegt. Wenn die Verständigung aufgelöst wird, wird das Verfahren in das konfrontative Verfahren verschoben. Sofort fängt sachlich ein ganz neues Verfahren an – wenn auch nicht förmlich. Deswegen ist es notwendig, die Beweisaufnahme von neuem zu beginnen. In der Literatur gibt es außerdem die Meinung, dass in diesem Fall das Gericht darüber einen ausdrücklichen Beschluss fassen muss. Es sollte jedenfalls in der Wiederholung der Hauptverhandlung (§ 229 Abs. 4 S. 1 StPO) kein Geständnis geben. Insofern gilt dementsprechend auch dann dasselbe, wenn der Beschuldigte für die Aufkündigung der Verständigung verantwortlich ist. Das neue Gesetz ist zutreffend.

In Japan fragt man sich darüber hinaus, ob das Geständnis als Beweis verwertet werden kann, wenn das Strafverfolgungsorgan dem Beschuldigten einen Vorteil versprochen hat und er danach das Geständnis abgelegt hat, dann aber das Versprechen nicht eingehalten wird.⁶² Dabei dürfte nach der Mehrheitsmeinung das Geständnis wegen eines Beweisverwertungsverbots nicht verwertet werden. Jedenfalls wäre es wünschenswert, dass im Gesetz eine Regelung getroffen wird, um eine klare Lösung zu ermöglichen.

cc) Glaubhaftigkeit des Geständnisses

Schließlich sollte gefragt werden, wie die Glaubhaftigkeit des Geständnisses bei der Verständigung zu beurteilen ist. Wie oben genannt, gibt es in Japan die HOKYO-Rule (Art. 38 Abs. 3 jVerf.; § 319 Abs. 2 jStPO), es bedarf zumindest des Beweises der Glaubhaftigkeit des Geständnisses, damit das Gericht den Beschuldigten verurteilen kann. Demgegenüber gibt es in Deutschland keine solche Regelung im Gesetz. Dennoch gibt es keinen Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen, da nach § 257c Abs. 1 S. 2 StPO der Amtsermittlungsgrundsatz „unberührt bleibt“, so dass das Gericht jedenfalls von der Glaubhaftigkeit des Geständnis überzeugt sein muss.⁶³

Da bei der Verständigung der Beschuldigte ein sogenanntes strategisches Geständnis machen kann, sollte gefragt werden, ob die Glaubhaftigkeit des Geständnisses niedriger als bei einer normalen Hauptverhandlung beurteilt werden sollte.⁶⁴

Im gesetzgeberischen Verlauf war eine Meinung maßgebend, nach der die Glaubhaftigkeit des nach der Verständigung angebotenen Geständnisses niedriger eingeschätzt werden sollte.⁶⁵ Da der Beweis für die Bestätigung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses unerlässlich ist, sollte damit eine Beweisregelung wie in der japanischen HOKYO-Rule im Gesetz geregelt werden. Das neue Gesetz bestimmt letztlich keine solche Regelung. Der Gesetzgeber meinte, dass die Glaubhaftigkeit des Geständnisses in jedem Fall ganz unterschiedlich ist und deswegen eine einheitliche Regelung ungeeignet sei.⁶⁶ Er hat es der gerichtlichen Amtsermittlung und der freien Beweiswürdigung überlassen.

Auf diese Weise hat der Gesetzgeber das Glaubhaftigkeitsproblem des Geständnisses an den Amtsermittlungsgrundsatz gebunden und damit die sogenannte prozessual immanente Lösung angestrebt. Darum sollte in Zukunft die gerichtliche Amtsermittlung genügend ausgeübt werden, und zwar wie im normalen Prozess auch. Die Verständigung mit dem integrierten Amtsermittlungsgrundsatz ist eine Eigentümlichkeit der deutschen StPO.

b) Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle

aa) Einschränkung des Rechtsmittels

Das Rechtsmittel dient der nachträglichen Kontrolle der erstinstanzlichen Verfahren und ist daher ein wichtiges System, deren Rechtmäßigkeit zu sichern.⁶⁷ Nur ist die Verständigung ein System, in dem nach Besprechung zwischen den Prozessbeteiligten das Urteil – in Deutschland nur die Rechtsfolgen – gefunden wird, mit dem alle zufrieden sind. Außerdem zielt die Verständigung damit auf die Verringerung der Justizkosten ab. Wenn trotzdem das Rechtsmittel so leicht wie jeher eingelegt werden kann, dann kann es sein, dass insgesamt für das Verfahren eine lange Zeit erforderlich ist und der Vorteil der Verständigung herabgesetzt wird.

Im Laufe der Gesetzesberatung ist darüber diskutiert worden, ob das Rechtsmittel unter bestimmten Bedingungen eingeschränkt werden soll, wenn dem Urteil die Verständigung vorausgegangen ist. Der Entwurf des Bundesrats von 2006⁶⁸ hat vorgeschlagen, dass bei Verständigung die Berufung ganz abgeschafft und auch die Revision nur dann möglich sein soll, wenn es eine Gesetzesverletzung bei der Verständigung oder einen absoluten Revisionsgrund gibt. Auch der Entwurf des Bundesministers der Justiz von 2006⁶⁹ hat vorgeschlagen, dass nur die Revision mit den Einschränkungen wie im Bundesratsentwurf vorgesehen werden soll. Nach den Gründen des BT-Entwurfs gibt es keine Notwendigkeit der nachträglichen Kontrolle auf Tatsachenseite und eingeschränkt auf rechtlicher Seite.⁷⁰

Das Gesetz sieht aber keine solche Einschränkung der Rechtsmittel vor, so dass auch bei der Verständigung sämtli-

⁶⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 18.

⁶⁶ BT-Drs. 16/12310, S. 21.

⁶⁷ Kleinbauer (Fn. 37), S. 15.

⁶⁸ BR-Drs. 235/06; BT-Drs. 16/4197.

⁶⁹ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁷⁰ BT-Drs. 16/4197, S. 11.

⁶² Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-4 (2010), 33 (56).

⁶³ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁴ BGHSt 43, 195 (203 ff.).

che Rechtsmittel wie im normalen Verfahren möglich sind. Den Grund sieht der letzte Entwurf darin, dass die Wahrheitsermittlung als Grundbestandteil des rechtsstaatlichen Strafprozesses nicht aufgegeben werden darf und dass die Kontrolle durch Rechtsmittel für die Rechtmäßigkeit der Verständigung unerlässlich ist.⁷¹

Ich bin der Meinung, dass die Kontrolle des Rechtsmittels unverzichtbar ist, um im rechtsstaatlichen Strafverfahren die Justizförmigkeit zu sichern.⁷² Daher meine ich auch, es ist richtig, dass die Möglichkeit des Rechtsmittels ganz aufrecht erhalten wurde.

Es kann allerdings unterschiedlich eingeschätzt werden, ob das Rechtsmittel bei Verständigung wie im normalen Verfahren auch die rein tatsächliche Seite sicherstellen sollte. Wenn z.B. im konkreten Fall alle Prozessbeteiligten sich auch zur tatsächlichen Seite verständigt haben, kann das an sich noch nicht das rechtsstaatliche Strafverfahren verletzen, es sei denn, der Unterschied zur Wahrheit wird ganz deutlich. In Deutschland sollte auch bei der Verständigung auf die Wahrheitsermittlung nicht verzichtet werden, wie es das Gesetz betont hat.⁷³ Man kann darin die Eigentümlichkeit der deutschen Verständigung sehen, der die Amtsermittlung zur Wahrheit zu Grunde liegt.

Das ist auch eine politische Entscheidung, weswegen sie als solche eingeschätzt werden sollte. Nur kann es in der Praxis geschehen, dass aus irgendwelchen Gründen die Prozessbeteiligten versuchen, die Rechtsmittel einzuschränken.

bb) Verbot des Rechtsmittelverzichts und Möglichkeiten zu dessen Umgehung

Wenn das Gericht sein Urteil der Kontrolle durch das Rechtsmittel entziehen möchte, dann kann es den Beschuldigten dazu bringen, auf Rechtsmittel zu verzichten. Der Rechtsmittelverzicht ist bisher als eine solche Methode benutzt worden. Auch wenn es im erstinstanzlichen Verfahren irgendeine Verletzung der Absprachenregelungen gibt, so gibt es keine Möglichkeit zu dessen Korrektur ohne Rechtsmittel. Früher hat das Gericht manchmal dem Beschuldigten das Versprechen abgerungen, auf Rechtsmittel zu verzichten, was auch in der Tat stattfand.

Der BGH hat schon in seiner Grundsatzentscheidung von 1997⁷⁴ dieses Problem deutlich gesehen und das Versprechen des Rechtsmittelverzichts bei Absprachen verboten. In der Praxis hat es aber unter Verletzung dieser Regelung viele Fälle gegeben, bei denen das Gericht mit dem Beschuldigten den Rechtsmittelverzicht abgesprochen hat, weil das für das Gericht sehr vorteilhaft war. Dann hat der BGH in seinem Beschluss des *Großen Senates* von 2005⁷⁵ entschieden, dass sich das Gericht bei Absprachen vom Beschuldigten den Verzicht nicht versprechen lassen darf, aber trotzdem der Verzicht als solcher dann gültig ist, wenn das Gericht den Beschuldigten bei Urteilsverkündung darüber „qualifiziert“

belehrt hat, dass „er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen“, weil der Beschuldigte einen solchen Verzicht freiwillig gemacht hat – die sogenannte „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung“. Im Gesetzgebungsverfahren hat auch der Entwurf der Justizminister von 2006⁷⁶ und der letzte Entwurf der Bundesregierung von 2009 eine solche Regelung, wie im Beschluss des *Großen Senates* vorgeschlagen, enthalten.⁷⁷

In der Beratung des Rechtsausschusses des Bundestags ist die Regelung gestrichen worden. Das Gesetz ist letztlich ohne diese vom Parlament verabschiedet worden.⁷⁸ Nach geltendem § 301 Abs. 1 S. 2 StPO „ist ein Verzicht ausgeschlossen“, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Nach der Beschlussempfehlung kann damit der Beschuldigte ohne Druck ruhig entscheiden, ob er Rechtsmittel einlegen sollte. So wurde erreicht, dass das Verbot, den Rechtsmittelverzicht versprechen zu lassen, durchgesetzt wurde.⁷⁹

Im Hinblick auf das Ziel dieser Regelung und die gesetzgeberische Geschichte ist bei der Verständigung der Rechtsmittelverzicht ganz ausgeschlossen worden.⁸⁰ Insofern ist das Problem über den Rechtsmittelverzicht und dessen Rechtsfolgen gesetzgeberisch gelöst worden.⁸¹

Wenn der Verzicht auf Rechtsmittel trotz dessen Verbots versprochen wird und danach der Beschuldigte tatsächlich verzichtet, kann man allerdings die Verletzung nicht kontrollieren. Ich glaube, dass es dabei Möglichkeiten der Umgehung gibt. Ich kann nur meine Zweifel anbringen.

cc) Möglichkeit der Umgehung mit anderen Methoden

Da bisher in der Absprachepraxis der Rechtsmittelverzicht maßgebend war, kann die Gefahr der Umgehung immer bestehen. Ich kann hier auf zwei weitere Probleme hinweisen, die in der Praxis tatsächlich entstehen.

(1) Rechtsmittelrücknahme

Nach § 302 Abs. 1 S. 1 StPO kann der Rechtsmittelberechtigte nicht nur auf Rechtsmittel verzichten, sondern auch die Rücknahme eines Rechtsmittels erklären. Die Rechtsmittelrücknahme kann, anders als der Verzicht, Bestandteil der Verständigung sein, und deswegen ist sie auch bei der Verständigung wirksam. Demzufolge kann künftig das Mittel insofern nützlich werden – oder missbraucht werden –, auch wenn der Rechtsmittelverzicht selbst ganz ausgeschlossen ist.⁸² In der Tat war der BGH mit dem Problem schon konfrontiert und hat entschieden, dass bei der Verständigung die Rechtsmittelrücknahme wirksam ist.⁸³

Wenn der BGH die Rechtsmittelrücknahme bei Verständigung für gültig hält, dann hat er es bisher damit begründet,

⁷¹ BT-Drs. 16/12310, S. 22.

⁷² Tsujimoto, Kinki Uni. L.R. 57-3 (2009), 17 (31).

⁷³ BT-Drs. 16/12310, S. 8 f.

⁷⁴ BGHSt 43, 195 (204).

⁷⁵ BGHSt 50, 40 (62).

⁷⁶ <http://www.bmj.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>.

⁷⁷ BT-Drs. 16/12310, S. 6.

⁷⁸ BT-Drs. 582/09, S. 2.

⁷⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 10.

⁸⁰ Niemöller (Fn. 35), S. 145 ff.

⁸¹ S. a.a.O. II. 2. d).

⁸² Jahn, StV 2011, 497 (502 ff.).

⁸³ BGHSt 55, 82.

dass der Beschuldigte hier nach einmaliger Rechtsmittleinlegung in aller Ruhe entscheidet, die Rechtsmittel zurückzunehmen. Er befindet sich nicht wie beim Verzicht in einer dringenden Situation und hat damit die Möglichkeit, autonom zu entscheiden.⁸⁴ Wenn er einmal das Rechtsmittel eingelegt hat und es danach beliebig zurücknehmen kann, dann ist das vom Rechtsmittelverzicht zu unterscheiden; denn hier wird die Kausalität zwischen Verständigung und Rücknahmeakt unterbrochen. Allerdings könnte der Beschuldigte den Verzicht auch innerhalb der Rechtsmittelfrist nach reiflicher Überlegung erklären. Doch muss die gesetzgeberische Entscheidung respektiert werden, die bei Verständigung den Verzicht ganz ausgeschlossen hat.

De lege ferenda ist die diesmalige Gesetzesreform unbefriedigend, weil ihr die Gefahr anhaftet, dass eine Umgehung leicht herbeigeführt werden kann.⁸⁵ De lege lata sollte die Rechtsmittlerücknahme kein Gegenstand der Verständigung sein dürfen⁸⁶, und es ist dann analog zum Rechtsmittelverbot für ungültig zu erklären, wenn der Beschuldigte direkt nach Rechtsmittleinlegung dieses zurücknimmt.⁸⁷

(2) Sitzungsprotokoll

Im Falle einer Verständigung muss im Sitzungsprotokoll deren wesentlicher Ablauf und Inhalt wiedergeben werden (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO). Und wenn keine Verständigung stattfindet, „ist auch dies im Protokoll zu vermerken“ (§ 273 Abs. 1 S. 3 StPO). Damit sollte die Verständigung nicht nur nach ihrem Inhalt, sondern auch nach ihrem Vorhandensein transparent sein, so dass die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle sichergestellt werden sollte.⁸⁸

Nun liegt auch in der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 274 S. 1 StPO) die Ursache für die Umgehung des Rechtsmittelverzichtsverbots. Auch wenn der Rechtsmittelverzicht bei Verständigung ausgeschlossen ist, dann kann trotz Existenz der Verständigung dies im Protokoll fälschlich als keine Verständigung über den Rechtsmittelverzicht dargestellt sein. Dann ist trotz Verstoßes gegen das Verbot des Rechtsmittelverzichts bei Verständigung diese als gültig zu behandeln.⁸⁹

In diesem Fall kann der Beschuldigte nur den Nachweis der Fälschung des Protokolls und so die Ungültigkeit des Rechtsmittelverzichts geltend machen. Nur dürfte hier die Rolle der Prozessbeteiligten, die den Verlauf der Verständigung kennen, also insbesondere des Strafverteidigers, sehr wichtig sein.

3. Ausblick für die Zukunft

a) Verteidigungsrecht des Beschuldigten

Die Verständigung kommt mit Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft zustande (§ 257c Abs. 4 S. 4

StPO). Da in der Tat schon während der Vorbesprechungen eine hohe fachliche Kenntnis und die Erfahrung in Strafsachen gefordert sind, muss allerdings immer der Verteidiger an der Verständigung beteiligt sein.

Nur ist mit dieser Gesetzesreform kein Fall notwendiger Verteidigung bei der Verständigung eingeführt worden, obwohl die Verständigung in sämtlichen Verfahren möglich ist. Daher kann der Beschuldigte den Weg einer Verständigung in der Tat nicht wählen, wenn er aus finanziellen Gründen keinen Verteidiger beauftragen kann, es sei denn, es liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor. Darin kann ein Problem der diskriminierenden Justiz gesehen werden.⁹⁰ In Japan gibt es das „Sokketsu-Saiban Verfahren“, das in leichteren Fällen mit Zustimmung des Beschuldigten sehr schnell verurteilen kann und immer höchstens mit einer Freiheitsstrafe zur Bewährung enden muss, doch hier gibt es die notwendige Verteidigung (§ 350-4 jStPO). Im Hinblick auf die Bedeutung des Strafverteidigers bei der Verständigung sollte daher de lege ferenda die Einführung der notwendigen Verteidigung überlegt werden.

Der Verteidiger nimmt selbstverständlich die Aufgabe für den Schutz der Rechte des Beschuldigten wahr. Zwar gibt es in Deutschland seit jeher einen Meinungsstreit über die Rechtsstellung des Verteidigers,⁹¹ doch muss diese Aufgabe immer gelten. Aber es ist auf das Problem bei der Verständigung hingewiesen worden, dass der Verteidiger selbst einen Vorteil anstrebt und den Beschuldigten „verkaufen“ könnte.⁹² Während die schnelle Behandlung des Falles für den Verteidiger wie auch für das Gericht und die Staatsanwalt ein Vorteil bei der Verständigung ist, hat der Beschuldigte dann einen Nachteil, wenn er der Verständigung widersprechen möchte, so dass es einen Konflikt zwischen Beschuldigtem und Verteidiger geben kann. In solchen Fällen muss der Verteidiger selbstverständlich dem Wunsch des Beschuldigten nachkommen, auch wenn er ihn von einer Verständigung überzeugen könnte. Der Beschuldigte muss immer selbst entscheiden können, ob er der Verständigung zustimmen soll.⁹³

Die Verteidigungsrechte des Beschuldigten müssen ihm substantiell gewährleistet werden. Z.B. darf der Verteidiger bei der Abfassung eines falschen Protokolls nicht teilnehmen. Ferner muss er selbst die Verständigung aufzeichnen, um diese im Rechtsmittelprozess beweisen zu können. Die Regelung und die Diskussion zu dieser Frage bleiben abzuwarten.

b) Beteiligung des Opfers an der Verständigung

Die Verständigung muss in der öffentlichen Hauptverhandlung mit allen Prozessbeteiligten stattfinden. Dazu gehört auch der Nebenkläger, also das Tatopfer.⁹⁴ Auch das Opfer ist berechtigt, eine Erklärung abzugeben, doch ist seine Zustimmung keine Voraussetzung für das Zustandekommen der Verständigung.

⁸⁴ BGHSt 50, 40 (61).

⁸⁵ *Jahn*, StV 2011, 497 (503).

⁸⁶ BGHSt 55, 82.

⁸⁷ *Niemöller*, StV 2010, 597 (602); *Malek*, StraFo 2010, 249 (251); *Jahn*, StV 2011, 497 (503).

⁸⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 15.

⁸⁹ *Jahn*, StV 2011, 497 (504).

⁹⁰ *Paeffgen*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 202a Rn. 2 bei Fn. 11.

⁹¹ *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, passim.

⁹² *Weichbrodt* (Fn. 2), S. 129 ff.; *Müller* (Fn. 8), S. 64 f.

⁹³ *Tsujimoto*, Kinki Uni. L.R. 59-1 (2011), 1 (25 f.).

⁹⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 11 f.

digung. Welche Möglichkeiten stehen dem Opfer zu, wenn es der Verständigung nicht zustimmt?⁹⁵

Wenn das Opfer mit dem Schuldspruch unzufrieden ist, dann kann es wegen tatsächlicher Fehler bei amtsgerichtlichen Verfahren Berufung einlegen, und zwar z.B., wenn das angefochtene Urteil auf einem unzutreffenden Geständnis beruht. Das Opfer kann aber hinsichtlich der Strafzumessung kein Rechtsmittel einlegen. Auch wenn kein Opfer als Nebenkläger beteiligt ist, muss der Staatsanwalt als der Zustimmungsrechte bei einer Verständigung den Interessen des Opfers hinreichend Beachtung schenken.

IV. Zum Abschluss

Wie oben gesagt, habe ich als Außenstehender in diesem Beitrag über die deutsche Verständigung auf theoretische Probleme hingewiesen. Natürlich ist ein nationales Rechtssystem eine politische Entscheidung, weswegen man nicht zu vorschnell urteilen, sondern eher dessen Vorteile herausstellen und die in der Praxis günstigeren Leitgedanken hervorheben sollte. Außerdem kann die Überprüfung von einem äußeren Standpunkt aus deshalb zu einem Fehler führen, weil die Kultur falsch verstanden wird. Insoweit muss man in Zukunft die weitere Diskussion abwarten.

⁹⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 19.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

„Amoklauf von Winnenden“ – zur Fahrlässigkeitshaftung neben der volldeliktischen Vorsatztat eines anderen

1. Die vorsatzlose Beteiligung an der volldeliktischen Tat eines anderen kann eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begründen.

2. Dass eine psychisch erkrankte Person als Folge der unzulässigen Lagerung von Waffen und Munition auf Menschen schießen wird ist für den zur Sicherung der Waffen Verpflichteten auch dann vorhersehbar, wenn er keine präzise Kenntnis über das Maß der Erkrankung hat. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 222, 229, 13

BGH, Beschl. v. 22.3.2012 – 1 StR 359/11 (LG Stuttgart)¹

I. Sachverhalt und Entscheidung

Der damals 17 Jahre alte Sohn des Angeklagten, T.K., hatte am 11.3.2009 insgesamt 15 Personen erschossen und 14 Personen durch Schüsse verletzt („Amoklauf von Winnenden“). Anschließend erschoss sich T.K. selbst. Die Tatwaffe und die Munition stammten aus dem Besitz des Angeklagten, eines passionierten Sportschützen. T.K. hatte unbemerkt insgesamt 285 Schuss Munition an sich gebracht, die vom Angeklagten an unterschiedlichen Orten innerhalb der Wohnung unverschlossen verwahrt worden waren. Ebenso unbemerkt hatte T.K. spätestens am Morgen des 11.3.2009 eine dem Angeklagten gehörende Pistole entwendet, die dieser aus Angst vor Einbrechern häufig unverschlossen in einem Schlafzimmerschrank verwahrt hatte. T.K. war psychisch auffällig. Nachdem er nach entsprechenden Internetrecherchen selbst den Verdacht geäußert hatte, dass seine Stimmungsschwankungen auf „bipolare Störungen beziehungsweise manisch-depressive Erkrankungen“ zurückzuführen seien, veranlassten seine Eltern im Jahre 2008 eine ambulante psychotherapeutische Behandlung in einer psychiatrischen Klinik. Im Rahmen der Behandlung teilte T.K. unter anderem mit, Tötungsphantasien zu haben. Nach Beendigung der Behandlung bewertete die Klinik T.K.s Zustand zwar als deutlich verbessert, empfahl jedoch, dass er auch künftig ambulant psychologisch betreut werden sollte. Da dieser jedoch keine weitere therapeutische Betreuung mehr wünschte, unternahmen die Eltern in dieser Richtung auch dann nichts mehr, als sich der Zustand ihres Sohnes – für sie erkennbar – wieder deutlich verschlechterte. Im Prozess berief sich der Angeklagte darauf, dass ihm die Intensität der Erkrankung seines Sohnes, insbesondere dessen Tötungsphantasien, unbekannt gewesen sei. Die Strafkammer hielt diese Angabe aufgrund der Aussage der Zeugin L. für widerlegt. Diese Zeugin hatte der Familie K. im Nachgang der Tat als Krisenbetreuerin zur Seite

gestanden und gab im Hauptverhandlungstermin vom 11.11.2010 an, der Angeklagte habe ihr bereits am dritten Tag nach dem Amoklauf berichtet, dass er 2008 in der psychiatrischen Klinik über Tötungsphantasien seines Sohnes unterrichtet worden sei. Nachdem das Gericht, der Vertreter der Staatsanwaltschaft und einige Nebenklägervorteiler die Zeugin befragt hatten, wurde die Vernehmung am Nachmittag des 11.11.2010 bis zum 23.11.2010 unterbrochen. Den Verteidigern war das Fragerecht bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht weitergegeben worden. Zu Beginn der Fortsetzung ihrer Vernehmung im Hauptverhandlungstermin vom 23.11.2010 verlas die Zeugin eine vorgefertigte schriftliche Erklärung, wonach sie nicht durch den Angeklagten, sondern erst durch ein Sachverständigengutachten im August 2009 von den Tötungsphantasien T.K.s erfahren habe. Nach kurzer Unterbrechung der Hauptverhandlung gab der Vertreter der Staatsanwaltschaft bekannt, dass er soeben ein Ermittlungsverfahren gegen die Zeugin eingeleitet habe, unter anderem wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung. Daraufhin gewährte der Vorsitzende der Zeugin ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht. Zu Beginn dieses Fortsetzungstermins am 16.12.2010 widersprach die Zeugin nach erneuter Belehrung ihre Angaben vom 23.11.2010 und bestätigte die Richtigkeit ihrer ursprünglichen Aussage vom 11.11.2010. Weitere Angaben machte sie nicht und berief sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht. Die Verteidiger des Angeklagten widersprachen daraufhin der Verwertung der Angaben der Zeugin L. wegen des Fehlens jeder Möglichkeit zur Fragestellung an diese Zeugin. Den Widerspruch der Verteidiger wies das LG durch Beschluss vom 21.12.2010 zurück. Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde der Angeklagte wegen fahrlässiger Tötung in 15 Tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in 14 Tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit fahrlässigem Überlassen einer erlaubnispflichtigen Schusswaffe und erlaubnispflichtiger Munition an Nichtberechtigte, jeweils begangen durch Unterlassen, zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision stützte der Angeklagte unter anderem auf eine Verfahrensrüge, in der er geltend machte, dass die Möglichkeit der Verteidigung, eine für die Beweiswürdigung der Strafkammer wesentliche Zeugin zu befragen, durch die Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts rechtsfehlerhaft eingeschränkt worden sei. Der Senat teilte diese Auffassung verwies die Sache unter Aufhebung des Urteils zur Neuverhandlung an eine andere Strafkammer des LG Stuttgart zurück. Eine näher ausgeführte Sachrüge des Angeklagten hingeben blieb erfolglos. Zu letzterer bemerkte der Senat: „Die Strafkammer hat auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen zutreffend neben den Verstößen gegen das Waffengesetz auch fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung bejaht. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die Annahme der Strafkammer, der Angeklagte hätte voraussehen können, dass sein Sohn als Folge der unzulässigen Sicherung von Waffen und Munition auf Menschen schießen wird, nicht notwendig davon abhängig sein muss, wie präzise die Kenntnis des Angeklagten über das Maß der psychischen Erkrankung seines

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in: StraFo 2012, 173 ff. (red. Leitsatz und Gründe); NJW-Spezial 2012, 344; JA 2012, 634 ff.; StRR 2012, 304 f. (jeweils red. Leitsatz und Kurzwiedergabe).

Sohnes war. Schon diese unzulängliche Sicherung von Waffen und Munition unter Verstoß gegen die spezifischen waffenrechtlichen Aufbewahrungspflichten kann den Vorwurf der Fahrlässigkeit für Straftaten begründen, die vorhersehbare Folge einer ungesicherten Verwahrung sind. Für die Vorhersehbarkeit könnte hier zudem die – für sich gesehen bislang rechtsfehlerfrei getroffene – Feststellung sprechen, dass der Angeklagte entgegen dem Rat des Klinikums nicht für eine Weiterbehandlung seines Sohnes sorgte, dies selbst dann noch nicht, als sich dessen psychischer Zustand wieder deutlich verschlechterte.“

II. Anmerkung

Mit seinen Ausführungen zum Schuldspruch bestätigt der *1. Strafsenat* eine Jahrzehnte alte Rechtsprechung, die den strukturellen Besonderheiten der fahrlässigen Beteiligung an volldeliktischen Vorsatztaten Dritter auf Ebene der Strafbegründung keine Beachtung schenkt. So hatte bereits das RG eine Angeklagte der fahrlässigen Tötung für schuldig befunden, die einem Mörder Gift beschafft hatte, obwohl aus ihrer Sicht sehr nahe gelegen habe, dass dieser mit dem Gift seine Ehefrau „auf die Seite schaffen“ wollte.² Ebenso bejahte zuletzt der *5. Strafsenat* des BGH eine fahrlässige Tötung bzw. fahrlässige Körperverletzung in einem Fall, in welchem ein in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebrachter gefährlicher Patient die Gewährung von Ausgang zur Flucht nutzte und in deren Verlauf Morde und Körperverletzungen beging.³ Demgegenüber sprechen gewichtige Gründe dafür, die Spezifika eines fahrlässigen Beitrages zur vorsätzlichen und freien Tat eines Dritten bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen.

Einen ersten Anhaltspunkt liefert die im Vordringen begriffene Erkenntnis, dass die unter dem Begriff der Fahrlässigkeit zusammengefassten Zurechnungsaspekte der „Sorgfaltspflichtverletzung“ und „Vorhersehbarkeit des Erfolges“ vollkommen im Institut der objektiven Zurechnung aufgehen.⁴ Folglich dürfte nach der (zumindest in der Literatur) fast allseitig anerkannten Formel auch eine Fahrlässigkeithaftung nur denjenigen treffen, dem der Erfolg als „sein Werk“ zugerechnet werden kann.⁵ Während sich diesem Begriff jedoch unproblematisch Sachverhaltsgestaltungen unterstellen

lassen, in denen der Täter sorgfaltswidrig einen vorhersehbar erfolgsverursachenden Naturkausalverlauf in Gang setzt, stößt er an seine Grenzen, wenn das untersuchte Verhalten durch das Medium des eigenverantwortlichen Willens eines Vordermanns verläuft. Der Vordermann nämlich bildet hier eine Hemmungsinstanz, an deren Rechtstreue das vom Hintermann lancierte Motiv de jure abzuprallen hätte.⁶ Und so begründet das vom Hintermann gesetzte Motiv zum Ob oder zur Art und Weise der Tatbegehung (in casu: die Verfügbarkeit der Waffe) angesichts der Eigenverantwortlichkeit des Vordermannes nicht mehr als eine bloße Versuchung seiner Freiheit zur Begehung der Straftat bzw. zur Verwendung der verfügbaren Förderung. Auch wenn der Terminus „sein Werk“ über einen großen Begriffshof verfügt, so liegt doch die bloße Schaffung einer Versuchung, die sich eine andere Person in freier Willensbestimmung anzunehmen beschließt, sicher außerhalb. Zu konstatieren ist also zunächst, dass die unterschiedslose Anwendung der hergebrachten Fahrlässigkeitsvoraussetzungen in der gegebenen Konstellation zu Ergebnissen führt, die mit dem übergeordneten Maßstab, dass der Erfolg als das Werk des sorgfaltspflichtwidrig Handelnden anzusehen sein müsse, nicht mehr im Übereinstimmung zu bringen sind. Zugleich bedeutet das Dazwischentreten des Vordermanns als eigenverantwortliche Instanz zwischen Hintermann und Opfer, dass der Hintermann regelmäßig vom Erfolgswert der Tat abgeschnitten wird,⁷ und allenfalls das Handlungsunrecht in Gestalt der Verletzung seiner objektiven Sorgfaltspflicht bestehen bleibt.⁸ Die isolierte Bestrafung des Handlungsunrechts aber ist ausweislich der fehlenden Versuchstrafbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt gerade nicht vorgesehen, so dass auch im vorliegenden Fall grundsätzlich keine Strafbarkeit angenommen werden dürfte.

Ein weiteres Argument folgt aus der Ähnlichkeit der vorliegenden Konstellation mit der Teilnahme gem. §§ 26 f. StGB. Bereits die vorgenannte Erkenntnis, dass der Hintermann lediglich einen Beitrag zum eigenen Werk des Vordermannes leistet, rückt ihn in die Nähe eines Teilnehmers. Als weiterer Gesichtspunkt lässt sich der Herrschaftsgedanke anführen. Im Vorsatzbereich Kerngesichtspunkt zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, findet er bei der (unbewussten) Fahrlässigkeit eine Entsprechung in der Beherrschbarkeit des Geschehens, d.h. einem um das Herrschaftsbewusstsein⁹ gekürzten Minus zur Tatherrschaft beim Vorsatzdelikt. Auf-

² RGSt 64, 370 (371).

³ BGHSt 49 (1 ff.). Der *Senat* empfiehlt jedoch eine Berücksichtigung des Umstands, dass die Angeklagten „fahrlässige Nebentäter neben S als vorsätzlich handelndem (Haupt-)Täter“ seien, auf Strafzumessungsebene (ebenda S. 7).

⁴ So auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 10; *Yamanaka*, ZStW 102 (1990), 928 (944); ähnlich *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 12 Rn. 65 ff., 72 ff.; *Kretschmer*, Jura 2000, 267 (269).

⁵ *Roxin* (Fn. 4), § 11 Rn. 1; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 9 Rn. 3; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 48; *Schmidt*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2012, Rn. 164; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 176; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 326.

⁶ *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 274 ff., 276.

⁷ So zutreffend *Welp* (Fn. 6), S. 279.

⁸ So noch *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, § 55 I, II. Weitergehend *Duttge*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 145 f., mit Bedenken, ob in derartigen Fällen überhaupt eine Pflichtwidrigkeit gegeben ist.

⁹ Vgl. zum Erfordernis des Herrschaftsbewusstseins im Rahmen der Tatherrschaft: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 315 ff. Gegen die Tatherrschaftslehre jüngst *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, passim.

grund dieses Kriteriums lassen sich alle denkbaren Fahrlässigkeitskonstellationen in solche unterteilen, in denen das weitere Geschehen für den Täter lediglich vorhersehbar war (teilnehmerähnliche Fahrlässigkeit), oder über Vorhersehbarkeit hinaus auch beherrschbar war (täterschaftliche Fahrlässigkeit).¹⁰ Diese Abgrenzbarkeit teilnehmerähnlicher Fahrlässigkeitskonstellationen ist in der Literatur bisweilen herangezogen worden, um (als sog. „Regressverbot“) die kategorische Strafflosigkeit des Hintermannes zu begründen. Gestützt wurde dies auf den Hinweis, dass der Gesetzgeber in den §§ 26 f. StGB ausdrücklich nur die vorsätzliche Teilnahme für strafbar erklärt habe, und somit – argumentum e contrario – die Strafbarkeit nur fahrlässiger Teilnahme ausscheide.¹¹ Dabei wird allerdings übersehen, dass es für einen überzeugenden Gegenteilsschluss hier an dem erforderlichen tertium comparationis fehlt, da die Beteiligungslehre im Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbereich unterschiedlichen Regeln folgt: Während nämlich die Vorsatzhaftung nach heute ganz überwiegend Verständnis zu einem restriktiven Täterbegriff übergegangen ist, aus dessen Perspektive die Teilnahmeregeln Strafausdehnungsgründe darstellen,¹² hat sich im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung der alte extensive Täterbegriff erhalten, für den im Ausgangspunkt jede Person Täter ist, die den Erfolg verursacht hat. Augenfällig ist dies angesichts der eigentümlichen Fassung der hier betroffenen §§ 222 und 229 StGB, wonach die Tat (jeder) begeht, der den Erfolg „durch Fahrlässigkeit verursacht“. Der Teilnehmerähnlichkeit kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt Bedeutung zu, dass vorliegend die Erfüllung von Fahrlässigkeitstatbeständen durch Unterlassen in Rede steht. Zu berücksichtigen ist hier, dass die vorsätzliche Anstiftung durch Unterlassen grundsätzlich straflos ist, da es bei der bloßen Schaffung tatanreizender Umstände an dem ganz überwiegend für erforderlich gehaltenen kommunikativen Akt zwischen den Beteiligten fehlt.¹³ Ebenso scheidet nach vordringender, wenngleich noch nicht herrschender Auffassung auch eine Beihilfe durch Unterlassen schon aus, (unter anderem) weil der Begriff des „Hilfe-Leistens“ in § 27 StGB rein aktivisch belegt ist und eine Unterlassungshaftung daher die Grenze der möglichen Wortbedeutung überschritte.¹⁴ Wenn demnach also eine vorsätzliche Teilnahme durch Unterlassen straflos ist, so muss dies erst recht für eine

nur fahrlässige teilnehmerähnliche Beteiligung durch Unterlassen gelten.¹⁵

Kritikwürdig ist ferner, dass der BGH die von ihm entwickelten Kriterien für die „Vorhersehbarkeit des Erfolges“ undifferenziert sowohl auf Naturkausalverläufe als auch auf das menschliche Verhalten des Vordermannes anwendet, und damit zwei sehr unterschiedliche Gegenstände über denselben Leisten schlägt. Nach den in der Rechtsprechung gängigen Formulierungen sind die an die Vorhersehbarkeit zu stellenden Anforderungen gering. Bereits die Möglichkeit des Erfolgseintritts bildet danach den Gegenstand der Erkennbarkeit,¹⁶ und als unvorhersehbarer Erfolg wird nur ein solcher angesehen, der „so außerhalb der Lebenserfahrung lag, dass der Angeklagte mit ihm auch bei der nach den Umständen des Falles gebotenen und ihm persönlich zuzumutenden Sorgfalt nicht zu rechnen brauchte.“¹⁷ Kurz: Vorhersehbar sei, was nach der Lebenserfahrung (noch) möglich erscheint. Dieser vordergründig einheitliche Maßstab aber erhält einen höchst unterschiedlichen Inhalt je nachdem, ob er auf die determinierte Natur oder den indeterminierten Menschen angewendet wird. Während Naturkausalverläufe nämlich nach den uns bekannten Naturgesetzen prognostizierbar sind, bleibt die Sphäre menschlicher Willensentschließung eine Blackbox, die immer wieder zu größten Überraschungen Anlass geben kann. Die Lebenserfahrung lehrt gerade, dass auch gesunde Menschen zu höchst erraticem Verhalten fähig sind. Darüber hinaus droht die Strafrechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch zu geraten, wenn sie zum einen ganz herrschend die Willensfreiheit im Sinne des „Unter-denselben-physiologischen-Bedingungen-willentlich-andershandeln-Könnens“ als Grundlage des Schuldvorwurfs betrachtet,¹⁸ mit Blick auf die Vorhersehbarkeit das menschliche Verhalten jedoch der determinierten Natur gleichstellt. Festzuhalten ist also, dass das Kriterium von der „erkennbaren Möglichkeit des Erfolgsein-

¹⁰ Ähnlich *Otto*, JuS 1974, 702 (705 f.), unter dem Begriff der „Steuerbarkeit“ des Geschehens. Danach schließe ein vorsätzlich handelnder Vordermann durch die eigene Steuerung des Geschehens den sorgfaltswidrig handelnden Hintermann von der Herrschaft aus.

¹¹ Eingehend *Naucke*, ZStW 76 (1964), 409; *Lampe*, ZStW 71 (1959), 579 (615); *Welp* (Fn. 5), S. 300 f.; *Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 138.

¹² Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 2-5.

¹³ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 26 Rn. 3, 6 m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Roxin* (Fn. 12), § 31 Rn. 141 ff.

¹⁵ Die Rechtsprechung hat ein ganz ähnliches argumentum a fortiori wiederholt verwendet, um die Strafflosigkeit der fahrlässigen Beteiligung an einer freiverantwortlichen Selbsttötung zu begründen: Wenn sogar die vorsätzliche Beihilfe zum Selbstmord straflos sei, so müsse dies erst recht für die nur fahrlässige Mitwirkung an der Selbsttötung gelten (s. nur BGHSt 24, 342 [343 f.]).

¹⁶ *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, § 15 Rn. 251 m.w.N. Dass es lediglich auf die Vorhersehbarkeit des Erfolgs als solchem, nicht aber der einzelnen Glieder der Kausalkette ankommen soll, stellen klar: BGHSt 3, 62 (64); BGH NJW 2001, 1075 (1076).

¹⁷ BGH NJW 1973, 1379 (1382). Die vom BGH verwendeten Formulierungen sind z.T. unterschiedlich nuanciert. Nach BGHSt 31, 96 (101) etwa soll die Zurechnung erst bei „Geschehensabläufen [...] außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit“ entfallen (*Hervorhebung des Verf.*).

¹⁸ *Neumann*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozessrecht, 2000, S. 85; *Spilgies*, HRRS 2005, 43 m.w.N.; *ders.*, ZIS 2007, 155 (161); *Roth*, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 222.

tritts“ nur bei Naturkausalverläufen die Fahrlässigkeit einzugrenzen (also: zu *definieren*) vermag, angesichts menschlichen Verhaltens jedoch als Definitionsmerkmal versagt.

Schließlich werden sämtliche vorgenannten Friktionen noch durch den Umstand potenziert, dass die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit schon von vornherein eine archaische, unserem Schuldstrafrecht eigentlich unwürdige Wertung beherbergt: „Nichts passiert – nicht strafbar!“¹⁹ Eine Pönalisierung auch schwerster Verstöße gegen die gebotene Sorgfalt findet nicht statt, so lange es (zufällig) gut geht. Hätte sich in einer mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Situation dem Vater das Bevorstehen der Tat seines Sohnes geradezu aufdrängen müssen, und hätte er die Waffe nebst Munition seinem Sohn obendrein noch ausgehändigt, so hätte er sich nach den Regeln des Kernstrafrechts gleichwohl nicht strafbar gemacht, wenn die Waffe etwa einen unerkennbaren technischen Defekt gehabt hätte und allein deshalb die Tötungen und Verletzungen unterblieben wären. Kommt dem Hintermann eine solche Zufälligkeit jedoch nicht zu Hilfe, so kann er sich bereits infolge leichter Fahrlässigkeit als Täter von 16²⁰ Tötungen und 14 Körperverletzungen wiederfinden. Freilich verbietet es sich, diesem Wertungsbruch in malam partem entgegenzuwirken, indem man eine – denklogisch immerhin nicht ausgeschlossene,²¹ aber dem klaren Wortlaut des § 22 StGB widersprechende – Versuchsstrafbarkeit des Fahrlässigkeitsdelikts konstruierte.²² Möglich und begrüßenswert erschiene jedoch eine Korrektur in bonam partem durch Anhebung der Fahrlässigkeitsvoraussetzungen für den an der freien Vorsatztat eines Dritten nur fahrlässig beteiligten Hintermann.

Im Ringen mit der vorliegenden Zurechnungsproblematik hat sich mittlerweile in der Literatur (und vereinzelt auch in der Rechtsprechung) eine Linie herausgebildet, die zwei Gesichtspunkten Bedeutung zumisst. Den Ausgangspunkt bildet dabei die Feststellung, dass sich Alltagshandlungen selbst bei generell vorhersehbarer Missbrauchsmöglichkeit durch andere noch im Rahmen des erlaubten Risikos bewegen und folglich keine Sorgfaltspflichtverletzung begründen.²³ Dies ände-

re sich jedoch dann, wenn der Vordermann „erkennbar tatgeneigt“²⁴ bzw. sogar „erkennbar zum Delikt entschlossen“²⁵ sei, *oder* wenn Sorgfaltspflichten verletzt worden seien, deren Sinn und Zweck gerade darin besteht, den Missbrauch von Sachen durch Dritte zu verhindern.²⁶

Im Lichte der obigen Vorüberlegungen überzeugt ausschließlich der Gesichtspunkt einer erkennbaren Tatneigung bzw. eines erkennbaren Tatentschlusses. Die skizzierten Wertungsbrüche lassen sich nur durch die Hinzunahme eines Kriteriums überwinden, das eine enge Verbindung des Hintermannes zum Erfolg sunrecht herstellt, eine Beherrschbarkeit des Geschehens begründet, den tatbestandlichen Erfolg auch als „das Werk des Hintermanns“ erscheinen lässt und für die strukturell geringere Vorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens gegenüber Naturkausalverläufen einen Ausgleich schafft. All dies ist am ehesten der Fall, wenn sich die Motivation und Tatplanung des Vordermannes bereits zum Zeitpunkt der fahrlässigen Handlung erkennbar zu einem Tatentschluss oder zumindest einer Tatgeneigtheit verdichtet hatte. Denn je stärker sich der verbleibende Deliberationsrahmen des Vordermannes verengt hat und je gebundener somit seine Marschroute erscheint, desto kalkulierbarer wird der weitere Verlauf für den Hintermann, und desto größeres Gewicht nimmt seine Rolle im Gesamtgeschehen ein. Der alternativ angeführte Gesichtspunkt des spezifischen Schutzzwecks der verletzten Sorgfaltsnorm hingegen vermag die genannten Friktionen nicht zu beheben. Überdies stellt er die Funktion des Schutzzweckgedankens als *zurechnungsbegrenzendes* Merkmal auf den Kopf: Richtig ist allein, dass es am Risikozusammenhang fehlt, wenn sich der Erfolg außerhalb des Schutzzwecks der Norm verwirklicht. Jedoch lässt sich aus dem Vorliegen des Schutzzweckzusammenhanges keinesfalls schließen, dass es auf weitere elementare Zurechnungsgesichtspunkte (wie hier die Frage, ob das freie Verhalten eines Dritten den Risikozusammenhang unterbricht) nicht mehr ankäme. Und schließlich gebietet auch der strafrechtliche Schutzauftrag keine Absenkung der Haftungsvoraussetzungen für das fahrlässige Erfolgsdelikt, da der Gesetzgeber die Verletzung besonders wichtiger Sorgfaltspflichten, die die Vermeidung des Missbrauchs gefährlicher Gegenstände durch Dritte betreffen, bereits als abstrakte Gefährdungsdelikte unter Strafe gestellt hat, wie hier die fahrlässige Überlassung von Waffen an Dritte gemäß §§ 51 Abs. 1, 4; 52 Abs. 1, 3, 4 WaffG.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die unvorsätzliche Beteiligung einer Person an der freien Vorsatztat eines anderen nur dann einen Fahrlässigkeitsvorwurf zu begründen vermag, wenn der Vorsatztäter zum Zeitpunkt des fahrlässigen Tatbei-

werden. Eingehend *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 295 ff.

²⁴ RGSt 58, 366 (368); 64, 316 (370); BGHSt 7, 268 (272); *Roxin*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 177 (S. 190 ff., 194).

²⁵ *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1976, Rn. 1161 ff.

²⁶ BGHSt 37, 179 (182); OLG Hamm NJW 1983 2456 f.; Eingehend *Frisch* (Fn. 23), S. 247 ff.; mit Blick auf den vorliegenden Beschluss *Jäger*, JA 2012, 635 f.

¹⁹ *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, § 323a Rn. 13.

²⁰ Sofern im gegebenen Fall Fahrlässigkeit überhaupt anzunehmen war, hätte das LG den Angeklagten nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH wohl auch wegen fahrlässiger Tötung hinsichtlich seines Sohnes schuldig sprechen müssen, da dieser im Moment der Selbsttötung derart in die Enge getrieben war, dass er zu einer freiverantwortlichen Willensentschließung nicht mehr fähig gewesen sein dürfte. So auch *Mitsch*, ZJS 2011, 128 (130).

²¹ Vgl. *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 8 Rn. 2, *Vogel* (Fn. 16), § 15 Rn. 179; a.A. *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 659; *Krey/Esser* (Fn. 5), Rn. 1342.

²² Die Versuchsstrafbarkeit eines Fahrlässigkeitsdelikts wird dementsprechend auch einhellig abgelehnt – vgl. den Literaturnachweis bei *Vogel* (Fn. 16), § 15 Rn. 179, Fn. 258.

²³ So etwa OLG Stuttgart (NSStZ 1997, 190 f.) für den Fall, dass ein Vermieter in einem Altbau brennbare Renovierungsabfälle im inneren Hauseingangsbereich zwischenlagert, die von einem Brandstifter als Brandlegungsmittel missbraucht

trags bereits zur Tat entschlossen oder zumindest ihrer Begehung zugeneigt war, und der Beteiligte dies auch hätte erkennen können. Im vorliegenden Fall dürfte der Angeklagte also nur dann wegen fahrlässiger Tötung und fahrlässiger Körperverletzung bestraft werden, wenn ihm zumindest die Tatneigung seines Sohnes erkennbar gewesen sein sollte. Die etwaige Kenntnis des Angeklagten von den Tötungsphantasien seines Sohnes dürfte hierfür nicht mehr als ein Indiz darstellen.

Eine kritische Würdigung des vorliegenden Beschlusses kommt schließlich nicht umhin, auch eine bemerkenswerte Formschwäche der Entscheidung zur Sprache zu bringen. Dabei bildet der fehlerhafte und durch Beschluss vom 2.5.2012 berichtigte Entscheidungstenor – der *Senat* hatte die Sache zunächst irrtümlich an eine andere *Jugendkammer* des LG zurückverwiesen – nur ein lässliches Versehen. Schwerer wiegt, dass der *Senat* im Beschlusstext tendenziöse Formulierungen verwendet, welche die Wertung bereits vorwegnehmen. (Etwa: „Dabei blieb es *selbst* dann noch, als sich der psychische Zustand T.K.s wieder deutlich verschlechterte.“ „*Statt* jedoch für eine therapeutische Betreuung seines Sohnes zu sorgen, ermöglichte ihm der Angeklagte Schießübungen in seinem Schützenverein.“). Unglücklich unpräzise sind zudem die eingangs zitierten Ausführungen zum Schuldspruch. So scheint der *Senat* mit seinem Hinweis, die Vorhersehbarkeit der Tat hänge nicht notwendig von der Kenntnis des Angeklagten über das Maß der psychischen Erkrankung seines Sohnes ab, zunächst auf die Feststellung zuzusteuern, dass schon die unzulängliche Sicherung von Waffen und Munition die Vorhersehbarkeit ihres Missbrauchs impliziere. Anschließend hält er dann aber gleichwohl an der Vorhersehbarkeit als zweiter Voraussetzung der Fahrlässigkeit fest. Verwundern muss auch der letzte Satz, wonach für die Vorhersehbarkeit *zudem* die unterlassene Weiterbehandlung spreche, da der *Senat* im Vorausgegangenen noch kein Argument für die Vorhersehbarkeit genannt hatte. Diese Nachlässigkeiten mögen im Einzelnen als Petitesse erscheinen. Gerade in einem Verfahren jedoch, in dem sich die Gerichte einem nicht unerheblichen öffentlichen Druck ausgesetzt sehen, sollte auch nur der Anflug eines Anscheins vermieden werden, die Feststellung individueller Schuld werde auf dem Altar der positiven Generalprävention geopfert.

Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Ausweitung strafrechtlicher Risiken im Vergabeverfahren

1. Unter den Begriff der „rechtswidrigen“ Absprachen im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB fallen seit der am 1.7.2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle auch vertikale Absprachen.

2. Wenn und soweit einer Person auf Seiten des Veranstalters die Abgabe des auf der rechtswidrigen Absprache beruhenden Submissionsangebots zuzurechnen ist, kann sie sich auch als Täter und nicht nur als Teilnehmer wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gem. § 298 Abs. 1 StGB strafbar machen. Die Abgabe eines eigenen Angebots ist hierfür nicht erforderlich.

(Leitsätze der Verf.).

StGB § 298 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 25.7.2012 – 2 StR 154/12 (LG Mühlhausen)¹

I. Einführung

Das abstrakte Gefährdungsdelikt² des § 298 StGB wurde mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997, in Kraft getreten am 20.8.1997, neu in das StGB eingefügt. Der Tatbestand bestraft denjenigen, der bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht; die Absprache wiederum muss darauf abzielen, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen. Mit Einführung des § 298 StGB wurden die früheren Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 8 GWB a.F. wegen ihres „qualifizierten Unrechtsgehalts“³ und wegen der empfindlichen Folgen für die Volkswirtschaft⁴ zu einer Straftat hochgestuft. Im Gegensatz zu § 263 StGB setzt diese nicht voraus, dass ein konkreter Vermögensschaden eingetreten ist, was die Strafverfolgung erleichtert. Zudem wurde dem Schutz des freien Wettbewerbs⁵ bei Ausschreibungen, dem die Norm

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ddb6b14fe1679dbaf4e17aea9f23268>.

² Momsen, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2010, § 298 Rn. 13; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 298 Rn. 1; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 298 Rn. 2. Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 298 Rn. 9, wertet den Tatbestand als Verletzungsdelikt.

³ BT-Drs. 13/5584, S. 9 (13); König, JR 97, 397 (402); Korte, NSStZ 1997, 513 (516).

⁴ Vgl. die Ausführungen bei Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 3.

⁵ Heine (Fn. 2), Vorbem. §§ 298 ff. Rn. 2; § 298 Rn. 1.

in erster Linie dient,⁶ ein noch höheres Gewicht verliehen. § 298 StGB ist daher vor dem Hintergrund der entsprechenden Vorschriften des GWB anzuwenden.⁷ Das Vermögen des Ausschreibungsveranstalters⁸ bzw. der potentiellen Mitbewerber⁹ wird jeweils nur (reflexartig) mitgeschützt.

In seiner Entscheidung vom 25.7.2012 befasst sich der Bundesgerichtshof nun erstmals seit der Neufassung von § 1 GWB im Jahr 2005 mit dem Terminus der „rechtswidrigen Absprache“ sowie mit dem potentiellen Täterkreis des § 298 Abs. 1 StGB. Bereits in einer früheren Entscheidung, allerdings noch zu § 1 GWB a.F., hatte er sich intensiv mit der Auslegung des Begriffs der „rechtswidrigen Absprache“ beschäftigt. Im Beschluss des 4. Strafsenats vom 22.6.2004¹⁰ begründet der Bundesgerichtshof die sog. Kartellrechtsakzessorietät des § 298 Abs. 1 StGB. Ausführlich legt er dar, weshalb vor dem Hintergrund des § 1 GWB eine „rechtswidrige Absprache“ zwischen einem Bieter und einer Person auf Seiten des Veranstalters, also eine vertikale Absprache, vom Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB nicht erfasst wird. In seinem Beschluss vom 21.6.2006 hat sich der 2. Strafsenat – ebenfalls noch zu § 1 GWB a.F. – diesen Ausführungen angeschlossen.¹¹

Umso überraschender ist es, dass der BGH in dem aktuellen Beschluss des 2. Strafsenats eine vertikale Vereinbarung als „rechtswidrige Absprache“ genügen lässt. Darüber hinaus dehnt er den Kreis der potentiellen Täter in extensiver Auslegung des Tatbestandes auf Personen aus, die auf Seiten des Auftraggebers stehen.

II. Die Entscheidung

In erster Instanz hatte das Landgericht Mühlhausen den Angeklagten, Geschäftsführer einer kommunalen Wohnungsbau-Gesellschaft, wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen in 14 Fällen verurteilt. Die hiergegen auf die Sachrüge gestützte Revision wurde vom 2. Strafsenat verworfen.

1. Der zugrundeliegende Sachverhalt

Den beiden Entscheidungen lag – vereinfacht dargestellt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die kommunale Wohnungsbau-Gesellschaft, vertreten durch den Angeklagten, stand in Geschäftsbeziehungen zur R-GmbH. Diese führte den An- bzw. Verkauf und die Montage von Bauelementen sowie Bau-reparaturen durch. Geschäftsführerin der R-GmbH war u.a.

⁶ Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 11; Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 6.

⁷ H.M., vgl. nur Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 1.

⁸ Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 7. Differenzierend Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 298 Rn. 12 f.: unmittelbarer Schutz des Vermögensinteresses des Veranstalters, mittelbarer Schutz des Vermögens der (möglichen) Mitbewerber.

⁹ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 1.

¹⁰ BGHSt 49, 201.

¹¹ BGH NSStZ 2006, 687 = StV 2006, 583 = wistra 2006, 385.

die Ehefrau des Angeklagten. Der Angeklagte traf mit der R-GmbH die Vereinbarung, dass bei Ausschreibungen der Wohnungsbaugesellschaft neben einem ernsthaften Angebot der R-GmbH nur fingierte Angebote zweier Handwerker aufgenommen werden sollten. Diese Vereinbarung wurde in 14 Fällen praktisch umgesetzt; stets stellte das Angebot der R-GmbH, über dessen konkrete Ausgestaltung nichts bekannt ist, das niedrigste dar.

2. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch den 2. Strafsenat

Die zwischen den Beteiligten getroffene Vereinbarung wertete das Gericht als rechtswidrige Absprache: „Rechtswidrig ist eine Absprache, wenn sie gegen das GWB verstößt [...]. Gemäß § 1 GWB in der seit dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (BGBl I 1954 und 2114) sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken, verboten. [...] Durch die Novellierung sind nunmehr neben horizontalen auch vertikale Absprachen erfasst [...]. Zutreffend nimmt daher inzwischen die ganz herrschende Lehre an, dass dem Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB aufgrund der kartellrechtsakzessorischen Ausgestaltung jetzt auch vertikale Absprachen unterfallen.“

Zur Frage der Täterschaft führt der 2. Senat aus: „Zutreffend hat das Landgericht ferner das Handeln des Angeklagten als täterschaftliche Begehung des § 298 Abs. 1 StGB gewertet.“ Dessen Wortlaut stehe einer solchen Auslegung nicht entgegen, es handele sich bei § 298 Abs. 1 StGB nicht um ein Sonderdelikt. Da die Interpretation des § 298 StGB den kartellrechtlichen Regelungen nicht zuwiderlaufen und keine Wertungswidersprüche hervorrufen dürfe, sei Täter des Tatbestandes jeder, der eine rechtswidrige, also dem GWB widersprechende Abrede treffe und der an der auf dieser beruhenden Angebotsabgabe beteiligt sei bzw. dem die Abgabe des auf der Abrede beruhenden Submissionsangebots gem. § 25 StGB zugerechnet werden könne. Diese Lesart verlange schon der Normzweck des § 298 StGB, der den Schutz des freien Wettbewerbs ebenso umfasse wie den Schutz der Vermögensinteressen des Veranstalters. Im konkreten Fall seien durch die Absprache sowohl der Wettbewerb durch gezielte Einflussnahme des Veranstalters zugunsten eines Bieters verzerrt als auch das Vermögen des Veranstalters gefährdet worden.

III. Bewertung der Entscheidung

Die Interpretation des § 298 Abs. 1 StGB durch den Bundesgerichtshof durfte nach der GWB-Novelle durchaus mit einiger Spannung erwartet werden. Bei näherer Betrachtung überraschen das Ergebnis und dessen Begründung mehr als der erste Anschein vermuten lässt. Die im Rahmen des dargestellten Beschlusses ergangenen Ausführungen überzeugen jedenfalls nur eingeschränkt.

1. Der Begriff der „rechtswidrigen Absprache“

Die Termini „Absprache“ und „Rechtswidrigkeit der Absprache“ lassen sich wegen der Kartellrechtsakzessorietät des § 298 Abs. 1 StGB nicht streng getrennt voneinander auslegen.

a) Absprache

Der Begriff der Absprache wurde im Zuge der Einführung des § 298 neu in das StGB aufgenommen und ist dem GWB bis heute fremd. Inhaltlich umfasst er eine Vereinbarung mindestens zweier Personen, die im Hinblick auf ein bestimmtes Vergabeverfahren getroffen wurde und die sich auf die Abgabe bestimmter Angebote oder auf das Verhalten im Rahmen des Vergabeverfahrens bezieht.¹² Sie muss von den Betroffenen als verbindlich angesehen werden.

b) Rechtswidrigkeit

Diese Absprache muss „rechtswidrig“ sein. Für die Auslegung dieses normativen Tatbestandsmerkmals¹³ wird einheitlich auf die Regelungen des GWB, insbesondere auf das in § 1 GWB normierte Kartellverbot,¹⁴ zurückgegriffen. Diese „Auslegungshilfe“ hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2004¹⁵ unter Hinweis auf die Überschrift des § 298 StGB¹⁶ sowie auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 26.6.1997 herangezogen.

Bis Juni 2005 betraf das Kartellverbot des § 1 GWB „Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, [...] die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken [...]“. Mit der 7. GWB-Novelle vom 15.7.2005¹⁷ wurde das Wettbewerbsverbot aus § 1 GWB gestrichen, um eine Harmonisierung mit den europarechtlichen Vorschriften der Art. 81, 82 EG a.F., den heutigen Art. 101, 102 AEUV, zu erreichen.¹⁸

Waren nach § 1 GWB a.F. nur horizontale Absprachen vom Kartellverbot und damit von der Strafvorschrift des § 298 Abs. 1 StGB erfasst, sind seit Juli 2005 durch § 1 GWB auch vertikale Absprachen verboten, die den Wettbewerb betreffen. Erfasst werden folglich etwa Absprachen zwischen Anbieter und Architekt¹⁹ oder zwischen Anbieter und Veranstalter.²⁰

¹² Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 21.

¹³ Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 298 Rn. 76; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 3; Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 13, m.w.N.

¹⁴ Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 13.

¹⁵ BGHSt 49, 201 (205).

¹⁶ Die Überschrift lautet „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“.

¹⁷ BGBl. I 2005, S. 2114.

¹⁸ S. hierzu VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

¹⁹ Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 13.

²⁰ Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 298 Rn. 11.

Dass die vertikalen Absprachen damit auch strafrechtlich, also von § 298 StGB, erfasst sind, kann nicht ohne weiteres angenommen werden.²¹ Bemerkenswerterweise war es der Bundesgerichtshof selbst, der in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 die Grenzen der Kartellrechtsakzessorietät des § 298 StGB rechtlich fundiert begründet hat. Seine Argumente von damals müssen auch heute noch – also nach der GWB-Novelle von 2005 – bei der Auslegung des § 298 StGB berücksichtigt werden.²²

„Da der Gesetzgeber mit § 298 StGB nur einen ‚Teilbereich der bisherigen [Kartell-]Ordnungswidrigkeiten‘ kriminalisieren, d.h. strafrechtlich erfassen wollte (BTDrucks. 13/5584 S. 13 f.; Korte NSTZ 1997, 513, 516) wird die – nach Auffassung des Senats – auf horizontale Absprachen beschränkte Anwendung der Vorschrift nicht dadurch berührt, daß unter Umständen auch vertikale Vereinbarungen wettbewerbsrechtlich verboten sind [...]; durch sie werden möglicherweise Bußgeldtatbestände (§ 81 GWB) erfüllt. [...] Der Senat verkennt nicht, daß bei kollusivem Zusammenwirken eines einzelnen Anbieters mit einer Person auf der Seite des Veranstalters der Ausschreibung (vertikale Absprache) der durch das Institut der Ausschreibung geschützte freie Wettbewerb, die Vermögensinteressen des Veranstalters und die der unbeteiligten Mitbewerber im Einzelfall ebenso betroffen sein können wie bei einer Kartellabsprache zwischen mehreren Bietern. Dennoch ist der strafrechtliche Schutz begrenzt; denn rein vertikalen Absprachen fehlt die für horizontale Submissionsabsprachen, insbesondere für Ringvereinbarungen im Bauwesen, typische, wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung, die mit § 298 StGB bekämpft werden sollte [...].“²³ Der Gesetzgeber habe „die Fälle der rein vertikalen Absprache im Rahmen der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in § 299 StGB [...] sanktioniert. Es ist nicht ersichtlich, daß das Korruptionsbekämpfungsgesetz solche Absprachen auch durch § 298 StGB erfassen wollte, wenn die korruptive Vergabe eines Auftrags im Rahmen einer Ausschreibung erfolgt, bzw. daß vertikale Absprachen, die ohne Korruption – gefälligkeithalber – getroffen werden, über den bestehenden Strafrechtsschutz der Vermögensdelikte hinaus dem Tatbestand des § 298 StGB unterfallen sollen. [...]“²⁴

²¹ Anders *Hohmann* (Fn. 13), § 298 Rn. 84: Sie seien „unzweifelhaft“ unter den Tatbestand des § 298 StGB zu subsumieren. Wie dieser *Tiedemann* (Fn. 2), § 298 Rn. 14.

²² Zu dem Ergebnis, dass eine Absprache zwischen einem Anbieter und einem auf Seiten der Ausschreibungsveranstalterin stehenden Bauleiter für eine Strafbarkeit desselben nach § 298 Abs. 1 StGB nicht ausreiche, gelangte der Bundesgerichtshof auch in seinem Beschl. v. 21.6.2006 (BGH NSTZ 2006, 687 = StV 2006, 583 = wistra 2006, 385). Die der Entscheidung zugrundeliegende Fallkonstellation entsprach in weiten Teilen derjenigen des aktuell zu entscheidenden Sachverhalts. Die potentiell strafbaren Handlungen waren jedoch im Juni 2005 beendet worden.

²³ BGHSt 49, 201 (207).

²⁴ BGHSt 49, 201 (205 f.).

Diesen grundlegenden und zumindest gut vertretbaren Einschätzungen zu § 298 StGB wurde durch die Änderung des GWB nicht der argumentative Boden entzogen. Das Strafrecht ist und bleibt die ultima ratio aller Handlungsmöglichkeiten des Staates²⁵ und ist daher restriktiv anzuwenden. Da der Gesetzgeber 1997 ausweislich der Entwurfsbegründung davon ausging,²⁶ dass vertikale Absprachen in der Regel vom Tatbestand der Bestechlichkeit bzw. der Bestechung im geschäftlichen Verkehr erfasst würden²⁷ und folglich kein Bedürfnis bestehe, sie ebenfalls unter den Tatbestand des § 298 StGB zu subsumieren, ist nicht allein durch die Änderung einer außerstrafrechtlichen Vorschrift eine dem ursprünglich geäußerten gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufende Auslegung geboten. Das gilt selbst dann, wenn die strafrechtliche Vorschrift vor dem Hintergrund der geänderten Norm zu interpretieren ist, weil die geänderte Norm zumindest zunächst nicht vom Willen des Normgebers der strafrechtlichen Vorschrift umfasst war.²⁸ Anders formuliert: Als § 298 StGB eingeführt wurde, hatte § 1 GWB, der zu seiner Auslegung herangezogen werden sollte, einen anderen Inhalt. Ganz bewusst war nur dieser vom Strafgesetzgeber als für die Interpretation tauglich und (bzw. gerade weil) rechtspolitisch ausreichend angesehen worden. Ob der Gesetzgeber § 1 GWB in seiner neuen Gestalt ebenfalls der Auslegung des § 298 StGB

²⁵ *Miebach*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 22.

²⁶ BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“: „Der Entwurf sieht nunmehr vor, auch im Strafgesetzbuch einen neuen Abschnitt ‚Straftaten gegen den Wettbewerb‘ einzufügen, in dem Straftatbestände gegen besonders strafwürdige Verhaltensweisen, die dem Prinzip des freien Wettbewerbs zuwiderlaufen, zusammengefaßt werden. [...] Soweit in diesem Zusammenhang Amtsträger bestochen werden, sind zusätzlich die §§ 331 ff. StGB anwendbar.“ Zu § 298 heißt es weiter: „Der Entwurf fordert für die Strafbarkeit des Einreichers eines Angebots nicht, daß die zugrundeliegende rechtswidrige Absprache vor dem Veranstalter der Ausschreibung verheimlicht worden ist. Auch bei nicht verheimlichten Absprachen kann der Wettbewerb zum Nachteil der nichtkartellangehörigen Unternehmen beeinträchtigt werden. Außerdem sind gerade die Fälle besonders strafwürdig, bei denen der Bieter kollusiv mit einem Mitarbeiter des Veranstalters, dessen Kenntnis dem Veranstalter zugerechnet werden kann, zusammenarbeitet. [...] Durch die Beschränkung auf rechtswidrige Absprachen verweist der Entwurf auf die nach § 1 GWB unwirksamen Verträge und nach § 25 GWB verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen.“

²⁷ So argumentiert auch noch *Pasewaldt*, ZIS 2008, 84 (87), der freilich in seinen Ausführungen die 7. GWB-Novelle übersehen zu haben scheint.

²⁸ Instruktiv zum „Willen des Gesetzgebers“ *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 30. Erg.lfg., Stand: Mai 2009, § 80 Rn. 81 ff.

zugrunde gelegt hätte, ist unklar. Die Ansicht, dass kartellrechtswidrige Absprachen, in deren Zusammenhang sich niemand bereichert hat und die keinen konkret nachweisbaren Vermögensschaden verursacht haben, nur rechtswidrig im Sinne des § 298 StGB sind, wenn sie „zwischen Wettbewerbern als horizontale Hardcore-Kartelle“ erfolgen,²⁹ lässt sich somit auch nach der GWB-Novelle durchaus noch vertreten.³⁰

c) Fazit

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die aktuelle Interpretation des § 298 StGB durch den Bundesgerichtshof weder unzulässig und damit falsch, noch selbstverständlich und zwingend ist. Umso mehr hätte das Gericht die Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend wie eingängig begründen müssen. Der Hinweis auf die Kartellrechtsakzesorietät allein erfüllt diese Anforderungen nicht.

2. Taugliche Täter des § 298 Abs. 1 StGB

Mit dem Normtext des § 298 Abs. 1 StGB schlicht unvereinbar erscheint hingegen auf den ersten Blick die Bestimmung des potentiellen Täterkreises durch den 2. Strafsenat. Auf den zweiten Blick wird indes deutlich, dass es der Bundesgerichtshof vermeidet, sich an dieser Stelle mit der gebotenen Klarheit zu äußern. Diese wäre insbesondere deshalb wünschenswert gewesen, weil das Gericht sich – mangels Entscheidungserheblichkeit – in keinem seiner früheren Urteile in der Frage hatte festlegen müssen.

Zwar ist seinen Ausführungen in der aktuellen Entscheidung insofern zuzustimmen, als es sich bei § 298 StGB nicht um ein Sonderdelikt handelt,³¹ der Tatbestand also grundsätzlich von jedermann verwirklicht werden kann. Jedoch setzt die Frage nach der Täterschaft an der Tathandlung an. Diese besteht nach dem Wortlaut des § 298 Abs. 1 StGB ausschließlich und eindeutig in der Abgabe eines Angebots.³² „Aktiver unmittelbarer Täter“ kann daher nur sein, wer „das Submissionsangebot für ein Unternehmen abgibt, welches (Vertrags-)Partner der Submissionsabsprache ist“.³³ Mitarbeiter

des Veranstalters kommen daher nach dem Normtext als Täter grundsätzlich nicht in Betracht.³⁴ Das abzugebende Angebot muss wiederum auf der rechtswidrigen Absprache beruhen. Die Absprache selbst ist eine straflose, wenngleich ordnungswidrige³⁵ Vorbereitungshandlung.³⁶ Wer bereits die Beteiligung an der Absprache als Tathandlung wertet, verlagert die Strafbarkeit in unzulässiger Weise nach vorn.³⁷ Eine insofern saubere Differenzierung vermisst man im Beschluss des 2. Strafsenats.

Das Gericht äußert sich zudem, wie bereits angedeutet, nicht konkret zu der Art der Täterschaft des Angeklagten. Die Formulierung, dass eine Täterschaft auf Seiten des Veranstalters in Betracht kommt, sofern dem Betreffenden „nach den allgemeinen Regeln der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die Abgabe des Submissionsangebots im Sinne des § 25 StGB zurechenbar ist“³⁸, lässt allerdings darauf schließen, dass der Bundesgerichtshof von einer mittäterschaftlichen Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB ausgegangen ist. Eine Mittäterschaft könnte, sofern man vertikale Absprachen ausreichen lässt, bei § 298 StGB angenommen werden, wenn auf Seiten des Bieters und auf Seiten des Veranstalters (insgesamt mindestens) zwei Personen gemeinschaftlich den Tatbestand verwirklichen. Vorstellbar wäre etwa eine additive Mittäterschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, dass nur „die Summierung von (jeweils selbständigen, aber auf einem gemeinsamen Tatplan beruhenden) Tatbeiträgen“ den Taterfolg bewirkt.³⁹ Ob im jeweiligen Einzelfall eine täterschaftliche Begehung anzunehmen ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, deren Kriterien insbesondere das Vorliegen einer objektiven Tatherrschaft, der Wille zur

Beteiligungsform wird sich dabei am Interesse des Beteiligten am Taterfolg, das sich zum Beispiel aus einer Vereinbarung über Ausgleichszahlungen für das nichtberücksichtigte Kartellmitglied ergeben kann, und der Einflußnahme auf das Zustandekommen der Kartellabsprache zu orientieren haben.“

³⁴ Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 106.

³⁵ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen in der Begründung des Gesetzesentwurfs von 1997, BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung, B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298.

³⁶ Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 24.

³⁷ Nach der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung, B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298) wird zwar der freie Wettbewerb bereits durch die Absprache im Vorfeld der Angebotsabgabe gefährdet. „Für eine strafrechtliche Regelung erscheint es derzeit jedoch ausreichend, auf die Abgabe eines auf der Grundlage der Absprache eingereichten Angebotes abzustellen.“

³⁸ Hierzu schon Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 47.

³⁹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 25 Rn. 11.

²⁹ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 3.

³⁰ So im Ergebnis Dannecker (Fn. 8), § 298 Rn. 21.

³¹ Dannecker (Fn. 8), § 298 Rn. 18; Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 100; Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 16.

³² Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 13; Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 101.

³³ Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 101; Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 18. Hierauf lässt auch die Entwurfsbegründung schließen – BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298: „Die Entwurfsfassung enthält [...] keine besondere Regelung über die Täterschaft von Personen, die die Abgabe eines wettbewerbsbeschränkenden Angebots fördern, indem sie sich an einer Absprache beteiligen. Weitere Beteiligte an der Absprache, die ein Angebot fördern, indem sie selbst ein Schutzangebot abgeben oder sich an einer Ausschreibung nicht beteiligen, können über die allgemeinen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme erfaßt werden. Die Qualifizierung der

Tatherrschaft, das Eigeninteresse am Taterfolg sowie das Ausmaß der Beteiligung(-shandlungen) sind.⁴⁰

Objektive Tatherrschaft wird im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bei der auf Seiten des Veranstalters handelnden Person nur selten vorliegen: Deren Tatbeitrag erschöpft sich regelmäßig in der Teilnahme an der Absprache, die wiederum lediglich der Vorbereitung des Angebots dient und im Vorfeld der Tat anzusiedeln ist. Denkbar ist es zwar, dass der Akteur auf Seiten des Veranstalters nach Eingang des Angebots in der Sache wieder tätig wird und den weiteren Geschehensablauf in seinen Händen hält. Dann jedoch ist die Tathandlung des § 298 Abs. 1 StGB – das Abgeben des Angebots – bereits vollendet.⁴¹ Ob nach der Absprache zumindest noch ein Wille zur Tatherrschaft vorhanden ist, ist Tatfrage. Das Eigeninteresse am Erfolg der Tat wird jedenfalls nur in den seltensten Fällen vorhanden sein. Regelmäßig ist daher der auf Seiten des Veranstalters Handelnde nur als Gehilfe nach § 27 Abs. 1 StGB zu qualifizieren.⁴² Seine strafbare Beihilfehandlung ist bereits in der Mitwirkung an der die Angebotsabgabe vorbereitenden Absprache zu sehen.⁴³

Inwiefern und warum der 2. Strafsenat zu einer täterschaftlichen Verwirklichung des § 298 StGB kommt, bleibt im vorliegenden Fall leider weitgehend offen – eine gründliche Subsumtion sucht man jedenfalls vergebens. Lediglich in einigen wenigen Nebensätzen finden sich erläuternde Bezugnahmen auf den konkreten Sachverhalt, die allerdings auch sehr vage bleiben: „[...] jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation der Beteiligung eines Veranstalters an einer auf einer Absprache beruhenden Angebotsabgabe [...]. Auch teleologische Überlegungen sprechen für eine Täterstellung [...]. Beide Rechtsgüter sind hier betroffen, da die Beteiligung einer Person auf Seiten des Veranstalters an den Absprachen mit den Bieterunternehmen den Wettbewerb durch gezielte Einflussnahme zugunsten eines Bieters einseitig verzerrt und zudem das Vermögen des Veranstalters gefährdet.“ Diese Ausführungen stützen die Annahme einer Täterschaft nicht.

3. Ausblick

Zwar hat der Bundesgerichtshof diese rechtliche Wertung zunächst vorsichtig „jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation“ vorgenommen. Dabei hat er jedoch weder explizit

offengelegt, worin die Besonderheit dieser Fallkonstellation gegenüber anderen Sachverhalten liegen soll, noch hat er (jenseits des Verweises auf die Änderung des GWB) erläutert, warum er seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben hat. Folglich ist davon auszugehen, dass er in „anderen“ Sachverhaltskonstellationen gleichermaßen zugunsten des Grundsatzes der Kartellrechtsakzessorietät sowie des § 25 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 StGB entscheiden wird. Eine rechtspolitische Notwendigkeit hierfür besteht nicht. Insbesondere sind keine Strafbarkeitslücken erkennbar, die es zu schließen gälte – die Regelungen der §§ 25, 27, 298, 331 f. StGB haben die vom Gesetzgeber für strafwürdig erachteten Verhaltensweisen hinreichend erfasst.

Die Rechtsprechungsänderung hat zur Folge, dass künftig bei Absprachen zwischen kommunalen Bediensteten und einem Auftragnehmer, die eine Beauftragung unter bewusstem Verstoß gegen das Vergaberecht zum Inhalt haben, stets der Verdacht strafbaren Verhaltens naheliegt. Somit besteht in Vergabeverfahren bzw. bei De-facto-Vergaben jenseits von Vorteilsnahme und Bestechlichkeit sowie ohne den Eintritt eines Vermögensschadens auf Seiten auch nur eines Betroffenen für die Mitarbeiter kommunaler Unternehmen oder Behörden ein neues konkretes Strafbarkeitsrisiko, über das es aufzuklären und das es durch präventive Maßnahmen zu minimieren gilt.

Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, Düsseldorf

⁴⁰ *Fischer* (Fn. 39), § 25 Rn. 12 f. m.w.N., u.a. zur st. Rspr.

⁴¹ Ob im Einzelfall eine „sukzessive Mittäterschaft“ infrage kommt, ist für den jeweiligen Einzelfall anhand der dogmatischen Grundsätze zu entscheiden, vgl. hierzu allgemein *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 201 ff. Dabei ist freilich zu beachten, dass der Beendigungszeitpunkt bei § 298 Abs. 1 StGB höchst umstritten ist, s. etwa *Fischer* (Fn. 39), § 298 Rn. 15b m.w.N.

⁴² Ebenso *Momsen* (Fn. 2), § 298 Rn. 18.

⁴³ *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 298 Rn. 6: Auf Seiten des „Veranstalters oder eines sich an der Submission nicht beteiligenden Unternehmens“ kommt nur eine Teilnehmerstrafbarkeit in Betracht. *Dannecker* (Fn. 8), § 298 Rn. 21, gelangt zu einem ähnlichen Ergebnis.

B u c h r e z e n s i o n

Leila Nadya Sadat (Hrsg.), Forging a Convention for Crimes Against Humanity, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 592 S., GBP 60,-/€ 74,22

Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind – im Unterschied zum Völkermord oder einem Teilbereich der Kriegsverbrechen – nicht Gegenstand eines völkerrechtlichen Abkommens, das den Tatbestand solcher Verbrechen bestimmt und die Vertragsstaaten verpflichtet, diese zu verfolgen oder Drittstaaten bei der Verfolgung zu unterstützen. Zwar enthält das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs eine Regelung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, doch verpflichtet das Komplementaritätsregime des Römischen Statuts die Unterzeichnerstaaten allenfalls mittelbar zur Schaffung entsprechender Straftatbestände in deren nationalem Recht und enthält dementsprechend auch keinerlei Regelungen zur horizontalen Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten. Vor diesem Hintergrund hat es sich eine Initiative unter der Führung von Leila Nadya Sadat am Whitney R. Harris World Law Institute an der Washington University in St. Louis (Missouri) im Jahr 2008 zur Aufgabe gemacht, diese Lücke zu schließen.

Der vorliegende Sammelband enthält nicht nur den Text des von dieser Initiative im August 2010 fertig gestellten Entwurfs für ein Abkommen zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit („Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity“)¹ mit Erläuterungen, sondern auch fünfzehn Beiträge namhafter Experten, die – bis auf eine Ausnahme – im April 2009 auf einer Tagung an der Washington University vorgestellt wurden und einzelne Themenschwerpunkte der weiteren Entwurfsvorbereitungen beleuchten sollten.

Eingeleitet werden diese Beiträge durch einen Blick von *Roger S. Clark* auf die Kodifikationsgeschichte der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, dem sich Überlegungen von *Payam Akhavan* zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch nationale Gerichte anschließen. Nach *Akhavans* Analyse könne kein Zweifel daran bestehen, dass eine Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Weltrechts- oder Universalitätsprinzip zulässig sei, doch bestehe keine entsprechende Verpflichtung. Der Struktur der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wendet sich *Mahmoud Cherif Bassiouni* zu, der nachdrücklich darauf hinweist, dass die Entwicklung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit trotz ihrer Regelung im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes keineswegs abgeschlossen ist und noch zahlreiche Fragen zu ihrer Rechtsnatur und Anwendung ungeklärt sind. Exemplarisch wird dies etwa an *Bassiounis* deutlicher Kritik an der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes, die davon ausgegangen ist, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Völkerge-

wohnheitsrecht keinen Bezug zur Politik eines Staates („state policy“) erforderten, denn nach Ansicht *Bassiounis* genüge das Verhalten nicht-staatlicher Akteure dieser Voraussetzung nicht (S. 57). Dass hier nicht nur akademische Glasperlenspiele ausgetragen werden, sondern grundlegende Fragen einer Abgrenzung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegenüber massenhaft verübter „Alltagskriminalität“, zeigen die aktuellen Diskussionen um die Sondervoten von Richter *Hans-Peter Kaul* in den beiden Kenia-Verfahren („v. Ruto u.a.“ und „v. Muthaura u.a.“) am Internationalen Strafgerichtshof.²

Etwas quer zu den voranstehenden Beiträgen steht derjenige des ehemaligen Chefanklägers des Strafgerichtshofs für Sierra Leone, *David M. Crane*, der von seiner Tätigkeit und den damit verbundenen politischen Implikationen im Rahmen der Verhaftung der vor dem Strafgerichtshof für Sierra Leone Beschuldigten berichtet, während sich *Valerie Oosterveld* unterschiedlichen Aspekten geschlechtsbasierter („gender-based“) Verbrechen gegen die Menschlichkeit zuwendet.

Einen Teil der von *Bassiouni* aufgeworfenen grundlegenden Fragen vertiefen die Beiträge von *Göran Sluiter* und *Guénaél Mettraux*, die sich unterschiedlichen Aspekten des Begehungszusammenhangs der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zuwenden. Dabei setzt sich *Sluiter* kritisch mit der Rechtsprechung der beiden ad hoc-Gerichtshöfe für Jugoslawien und Ruanda – und dabei insbesondere deren Umgang mit dem Völkergewohnheitsrecht – auseinander und stellt fest, „[t]hus, at times, one has the impression, that the identification of rules of customary international law in the case law of the ICTY and ICTR represents a choice as to what is right and/or logical, instead of having a solid basis in state practice and *opinio juris*“ (S. 111). So sei es der Rechtsprechung der beiden ad hoc-Gerichtshöfe bislang beispielsweise nicht gelungen, dem Begriff des „Angriffs“ als einer tatbestandlichen Voraussetzung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine eigenständige Bedeutung zu geben (S. 125), oder das Verhältnis von Einzeltat und Begehungszusammenhang zu präzisieren (S. 138). Aus Sicht von *Sluiter* könne daher beim Entwurf eines Abkommens zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Feststellung des Standes des Völkergewohnheitsrechtes nicht ohne weiteres auf die Rechtsprechung der beiden ad hoc-Gerichtshöfe zurückgegriffen werden. *Mettraux* beleuchtet das in Art. 7 Abs. 2 IStGH-Statut niedergelegte Erfordernis, dass der Angriff in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat, erfolgen muss („policy-Element“), und versucht die Rechtsprechung des Jugoslawiengerichtshofes gegen die diesbezüglichen Einwände, die etwa *Bassiouni* in seinem Beitrag formuliert („The jurisprudence of the ICTY, particularly in the case of *Prosecutor v. Kunarac*, has not only misapplied the law with respect to the requirement of a State policy in CAH, but has done so on the basis of a misstatement of precedential authority [in footnote 114 of that opinion]. [...] To the knowledge of this writer, there has

¹ Ein im Februar 2012 veröffentlichter korrigierter Entwurf ist im Internet verfügbar unter law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1553 (6.11.2012).

² Vgl. etwa *Werle/Burghardt*, ZIS 2012, 271.

never been a similar misrepresentation of the law in the history of international criminal cases“ (S. 54), zu verteidigen.

Mit ethnischen Säuberungen („ethnic cleansing“) befasst sich der Beitrag von *John Hagan* und *Todd Haugh*, die zeigen, dass derartigen Vergehen auch dann, wenn sie nicht die Schwelle des Völkermords erreichen, schwere Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen. Im Anschluss hieran wendet sich *Diane Orentlicher* der Frage von Immunitäten und Amnestien zu. Trotz der im Verfahren um die Auslieferung des früheren chilenischen Diktators Pinochet zu Tage getretenen unterschiedlichen Rechtsauffassungen geht *Orentlicher* davon aus, dass im Hinblick auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit keine handlungsbezogene Immunität („immunity *ratione materiae*“) in Betracht komme, während dies im Falle personenbezogener Immunität („immunity *ratione personae*“) nicht ohne weiteres anzunehmen sei. Trotz dieser Unsicherheiten weist *Orentlicher* aber zu Recht darauf hin, dass mögliche Regelungen in einem Entwurf für ein Abkommen zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch danach zu beurteilen seien, ob die Unterzeichnerstaaten zu einem entsprechenden Verzicht auf Souveränitätsrechte bereit seien. Entsprechendes gelte auch für die Regelung von Amnestien, die mit einer Beschränkung möglicher Handlungsoptionen ebenfalls zu einer Einschränkung von Souveränitätsrechten führen können.

Die Regelung möglicher Täterschafts- und Teilnahmeformen ist Gegenstand des Beitrages von *Elies van Sliedregt*, die zum einen anerkennt, dass die in den meisten nationalen Jurisdiktionen angewandten Zurechnungsmodelle zur Erfassung von Makro- oder Systemkriminalität eher ungeeignet seien, doch zum anderen auch davor warnt, dass die an internationalen Strafgerichtshöfen entwickelten Zurechnungsformen in die Gefahr geraten, die Prinzipien individueller Zurechnung zu verletzen („Broad liability concepts have been developed in the case law of international tribunals that threaten to exceed the limits of individual culpability.“ [S. 224]). Angesichts der deutlichen Kritik an dem am Jugoslawiengerichtshof entwickelten Zurechnungsmodell der „Joint Criminal Enterprise“ („straying into collective liability – thus violating the principle of personal culpability“ [S. 254]) ist es nur konsequent, dass sich *van Sliedregt* nicht für eine Übernahme dieses Modells in einen Entwurf für ein Abkommen zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausspricht. Beachtenswert ist darüber hinaus der Vorschlag, die Vorgesetztenverantwortlichkeit – wie dies auch im VStGB geschieht – als echtes Unterlassungsdelikt in drei tatbestandlichen Alternativen zu verstehen und nicht als Zurechnungsnorm zur Begründung der Täterschaft eines Vorgesetzten im Hinblick auf die zugrundeliegende Anlasstat. Denn soweit das fahrlässige Unterlassen einer Ahndung von Untergebenen eine Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Kriegsverbrechens oder gar wegen Völkermords ermöglicht, wird der darin liegende Wertungswiderspruch nur allzu offensichtlich. Vollkommen konsequent ist insoweit auch die Kritik *van Sliedregts* an der Übernahme des Wortlautes von Art. 28 IStGH-Statut in den Entwurf für ein Abkommen zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Michael P. Scharf und *Michael A. Newton* befassen sich in ihrem Beitrag mit dem Terrorismus und sprechen sich gegen dessen Aufnahme in den Katalog der Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus. In der Tat mag es hierfür gute Gründe geben. Ob aber die von den *Autoren* angeführten – die meisten groß angelegten Terrorangriffe stellten ohnehin Kriegsverbrechen dar oder seien zumindest als Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Tötung strafbar – zu diesen guten Gründen zählen, darf bezweifelt werden. Mit dem Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshof zur Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit setzt sich der Beitrag von *Kai Ambos* auseinander, der die schlichte Übernahme der Definition der Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus Art. 7 IStGH-Statut in den Entwurf für ein Abkommen zur Verhinderung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit kritisiert. *David Scheffer* untersucht die Schutzverantwortung („Responsibility to Protect“) im Hinblick auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit und spricht sich für die Einfügung einer entsprechenden Regelung in ein Abkommen aus. Abgeschlossen werden die Beiträge durch *Laura M. Olsons* Darstellung zur (horizontalen) Rechtshilfe und das Plädoyer von *Gregory H. Stanton* zur Notwendigkeit eines Internationalen Abkommens zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Ausgerechnet dieses Plädoyer aber hinterlässt eine gewisse Ratlosigkeit. Denn es sind drei unterschiedliche Dinge, in Sonntagsreden für ein weltweites Ende der Straflosigkeit schwerster Menschenrechtsverletzungen einzutreten, in einer grundlegenden Bestandsaufnahme denkbare rechtliche Handlungsoptionen auszuleuchten oder schließlich diese auf ihre politische Durchsetzungsfähigkeit zu überprüfen und einen für mögliche Signatarstaaten eines völkerrechtlichen Vertrages akzeptablen Kompromiss zu formulieren. Für das Erste braucht man (hoffentlich) keinen Sammelband und auch nicht unbedingt zu wissen, wer sich das Statut des Ruanda-Strafgerichtshof ausgedacht hat („*Stanton*“), wer die Sicherheitsratsresolution 978 entworfen hat („*Stanton*“) oder die Verfahrens- und Beweisregeln der Besonderen Strafkammern in Kambodscha vorgeschlagen hat („*Stanton*“). Aber auch das Zweite und Dritte sollte man auseinanderhalten. Und gerade hier zeigt sich der vorliegende Band als Ganzes nicht von seiner besten Seite. Denn auch wenn es ein politisch kluger Vorschlag sein mag, etwa die Tatbestandsfassung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in den Entwurf zu übernehmen, so hätte man doch gern mehr darüber erfahren, wie der im August 2010 vorgelegte Entwurf nicht nur in dieser Hinsicht aus den vorgelegten Untersuchungen entstanden ist und sich möglicherweise im Verlauf der Erörterungen verändert hat. Zwar gibt der Überblick über die Arbeit der Initiative von *Leila Nadya Sadat*, der dem Band als Annex beigelegt ist,³ einige Hinweise zum Gang und den Gegenständen der Beratungen. Bis auf wenige Ausnahmen abgesehen – dazu gehört etwa der Artikel von *Ambos* – stehen die vorgestellten

³ Im Internet verfügbar unter <http://law.wustl.edu/harris/CAH/docs/CompHistoryFinal01-06-11.pdf> (6.11.2012).

Beiträge aber zusammenhanglos neben dem vorgelegten Entwurf. Als Vorarbeiten zu einem politischen Kompromiss aber springen sie viel zu weit, als grundlegende Bestandsaufnahme denkbarer Fragen und Probleme der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ihrer Verfolgung deutlich zu kurz.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht
Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.*

Tagungsbericht: Europa – Hochspannung zwischen Eingriffs- und Beschuldigtenrechten

5. EU-Strafrechtstag, Bonn, 14.9.-15.9.2012, Strafverteidigervereinigung NRW e.V

Von Ass. iur. **Philipp Ronsfeld**, Freiburg im Breisgau/Kiel*

Der 5. EU-Strafrechtstag widmete sich anlässlich des bevorstehenden Erlasses der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA)¹ der Rechtssetzung der EU im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit. Der erste Tag bestand aus einem dreiteiligen Praktikerseminar für Strafverteidiger. Am zweiten Tag fand anhand von fünf Beiträgen ein Diskurs über die Rechtshilfe in der EU unter anderem zwischen Strafverteidigern, Strafrechtswissenschaftlern und sowohl europäischen als auch deutschen Justizbeamten statt. Ergebnis der Tagung war, dass zwar die justizielle Zusammenarbeit etwa beim europäischen Haftbefehl (EHB) gut funktioniert, die Verfahrensrechte aber ebenso gefördert werden müssten, bevor die Kooperation etwa mit der EEA ausgeweitet werden könnte.

Nach einleitenden Worten von RA *Carl W. Heydenreich* eröffnete RA *Dr. Heiko Ahlbrecht* das Praktikerseminar „Verteidigung über Grenzen“ mit dem ersten Beitrag „Verteidigung gegen europäische Eingriffsakte am Beispiel des EU-HB“. *Ahlbrecht* monierte hier die mangelnde Effizienz der Beschuldigtenrechte. Der EHB sei ein für die Strafverfolgung sehr erfolgreiches Instrument. Durch Routine funktioniert der EHB immer besser, sein Anwendungsbereich habe sich verdichtet und die Verfahrensdauer habe sich erheblich verkürzt. Für den Verfolgten ergebe sich aus dieser Routine jedoch eine missliche Lage. Die Erfolgsquoten der Verteidigung seien gering. Das Verfahren sei zu formalisiert, als dass es genug Verteidigungsmöglichkeiten bieten würde. In 75 % der Fälle werde zudem die vereinfachte Auslieferung gewählt. Der Verfolgte werde zwar nach 24 Stunden spätestens dem Amtsrichter vorgeführt. Dieser greife jedoch auf vorgedruckte Formulare zurück, welche den Verzicht auf den Grundsatz der Spezialität und die Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung zum Ankreuzen nahelegten bzw. denen der Verfolgte widersprechen müsse. Jener sei in dieser Situation ganz auf sich allein gestellt, mit Sprachschwierigkeiten und gegebenenfalls unter fremden Einfluss des Dolmetschers eine weit reichende Entscheidung zu treffen, welche er mit dem entsprechenden Rechtsbeistand womöglich nicht oder anders getroffen hätte. Die Auslieferungspraxis zeige, dass insbesondere die Justizbehörden in Polen den EHB als wirksames Rechtsinstrument erkannt hätten und dementsprechend rege verwenden würden. Diese Vertrautheit solle auch der deutsche Strafverteidiger als Rechtsbeistand erwerben. Dazu gehöre die Kenntnis aller

maßgeblichen Rechtsgrundlagen in aktueller Form,² so der RB EHB, das zugehörige Formular und die RiVAST. Hilfreich seien auch die Internetpräsenz des EJN, des ECBA und die eigene.³ Im Verfahren solle der Beistand immer standardisiert vorgehen. Da eine Beiordnung als Beistand nicht selbstverständlich sei, solle man zunächst die Kostenfrage klären, sich das Mandat sichern und in geeigneten Fällen einen Dolmetscher beauftragen. Gerade durch die Qualität der Übersetzung könnten wichtige Details geklärt werden. Bei der Auslieferung selbst bestehe kein großer Handlungsspielraum. Der Beistand solle hier nach Möglichkeit auf Haftverschonung und einen Auslieferungsaufschub hinwirken. Darüber hinaus müsse er den Verfolgten umfassend informieren. Regelmäßig würden dem Ausgangsersuchen Nachbesserungen folgen, denen bei Zeiten entgegenzuwirken sei. Es empfehle sich hierbei die enge Zusammenarbeit mit einem Kollegen im Anordnungsstaat, um über dessen Akteneinsichtsrecht an den aktuellen Ermittlungsstand zu gelangen. Einen Missstand an Rechtsstaatlichkeit sah *Ahlbrecht* in Bulgarien und Rumänien. Hier werde häufig der dringende Tatverdacht lediglich konstruiert. In Deutschland sei die Lage hingegen vorbildlich. Aber auch Tschechien und Polen würden erfreulicherweise einen hohen rechtsstaatlichen Standard wahren. Neben der Verjährung, § 9 Nr. 2 IRG, bleibe der Tatbegriff Ansatzpunkt der Einwirkung auf das Auslieferungsverfahren. Zu beachten sei insbesondere die Rechtsprechung des EuGH⁴ und die für die Auslieferung maßgebliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.⁵ Im Rahmen der anschließenden Diskussion merkte *Heydenreich* an, dass man durch die zeitige Einleitung von Inlandverfahren in Deutschland unerwünschten Parallelverfahren in anderen Mitgliedstaaten wegen des Doppelverfolgungsverbots zuvorkommen könne. Dies biete sich insbesondere gegenüber Mitgliedstaaten mit einem erheblich höheren Strafniveau an. Er habe mit solchermaßen initiierten Inlandverfahren gute

² Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009 = ABl. EU 2009 Nr. L 81/24.

³ Unter <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/> (10.11.2012); <http://www.ecba.org/content/> (10.11.2012); sowie unter <http://www.strafrecht.de/de/euhb/> (10.11.2012).

⁴ EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09 (Mantello) = Slg. 2010, I-11477; Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (van Esbroeck) = Slg. 2006, I-2333; Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino) = Slg. 2005, I-5285; Urt. v. 6.10.2009 – C-123/08 (Wolzenburg) = Slg. 2009, I-9621; Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10 (Bonda) = EuZW 2012, 543; Urt. v. 5.9.2012 – C-42/11 (Lopes da Silva Jorge).

⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.8.2011 – III-3 Ausl 28/11; BGH NJW 2012, 2980; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 4.1.2011 – 1 Ak 51/10; OLG Köln, Beschl. v. 21.2.2012 – 6 AusLA 129/11-1; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.12.2010 – 1 AK 92/09; OLG Köln, Beschl. v. 4.4.2011 – 2 WS 127/11; OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.1.2012 – 5 Ws 45/11.

* Der Verf. ist Doktorand bei Prof. *Dr. Andreas Hoyer*, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

¹ Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen v. 29.4.2010 = Ratsdok. 9145/10.

praktische Erfahrungen gemacht. Bei Drogendelikten eines Deutschen in Spanien sei etwa eine Verurteilung in Deutschland für den Mandanten angenehmer, da jene Entscheidung auch von der spanischen Strafjustiz akzeptiert werden müsse. Ähnliches habe auch für ein griechisches Verfahren gegolten, welches durch einen in Hannover erlassenen Strafbefehl habe verhindert werden können.⁶

Im zweiten Beitrag beschäftigte sich RA *Axel Nagler* mit der „Verteidigung gegen im Ausland gewonnene Beweise“. Eingehend erläuterte er die Auswirkungen, welche durch ausländische Zeugenvernehmungen für die Beweisverwertung im Inland entstehen. Hierbei zeigte er das Problem der Zurechnung von Folter, Belehrungsmängeln und Umgehungsversuchen auf, vgl. Art. 3 EMRK, § 136a StPO.⁷ Dabei stellte er klar, dass eine hoheitliche Maßnahme auch in einer unmittelbaren Kontaktaufnahme im Ausland gesehen werden könne. Dies werde teilweise sogar für einen telefonischen Kontakt angenommen.⁸ Um die Zulässigkeit der Rechtshilfe wegen unmenschlicher Behandlung anzugreifen, brauche man jedoch substantiierte Hinweise, dass im ersuchenden Staat rechtsstaatliche Defizite vorlägen. Dies sei zwar von Amts wegen zu ermitteln, könne jedoch auch durch den Beistand initiiert werden.⁹ Hierzu empfehle er die Internetpräsenz des amerikanischen Außenministeriums mit entsprechenden Länderberichten.¹⁰ *Nagel* betonte, dass es keine echte Waffengleichheit zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung geben könne, soweit an der bisherigen Gestalt der „freien Beweisantizipation“ der Gerichte festgehalten werde, vgl. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO. Aufgrund diskriminierender Einzelfälle und der Gefahr des forum shopping der Strafverfolgung sei ein vollwertiges Antragsrecht der Verteidigung geboten. In der anschließenden Diskussion wies Prof. *Dr. Robert Esser* (Passau) auf die Zurechenbarkeit von Verfahrensmängeln ausländischer Verfahren im Inland hin. Nach Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK stelle es einen beachtlichen Verfahrensmangel dar, wenn bei richterlichen Vernehmungen im Wege der Rechtshilfe die notwendige Beiordnung eines Beistands unterbleibe.¹¹ RAin Mag. *Simone Petsche-Demmel* vermisste einen nachvollziehbaren Maßstab in der EMRK für die Erheblichkeit eines zurechenbaren Verstoßes. Zumindest eine fehlerhafte oder unterlassene Belehrung müsse hiervon umfasst sein. Auch die bewusste Missachtung der Rechtsordnung im eigenen Staat durch forum shopping der Strafverfolgung im Ausland wurde diskutiert.¹²

⁶ *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (34).

⁷ BGH NJW 2011, 1523.

⁸ Vgl. zu den sogenannten Erkundungshandlungen *Vogel*, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Stand: 53. Lfg., November 2001, Vor § 1 IRG Rn. 17.

⁹ *Vogel* (Fn. 8), § 73 IRG Rn. 123 ff.

¹⁰ S. unter <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/> (10.11.2012).

¹¹ EGMR, Beschl. v. 27.10.2010 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien).

¹² *Schomburg/Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012,

Im dritten Beitrag beschäftigte sich *Heydenreich* mit „Verteidigung und transnationaler Vollstreckung von Freiheitsstrafen“. Eine Strafvollstreckung im Vollstreckungsstaat könne durch Übertragung der Vollstreckung erfolgen, allerdings in der Regel nur mit Zustimmung des Verurteilten, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d ÜberstÜbk. Ob das fremde Urteil anerkannt oder umgewandelt werde, richte sich nach der jeweiligen Vollstreckungshilfevereinbarung zwischen Urteils- und Vollstreckungsstaat, vgl. §§ 9-11 ÜberstÜbk. Die Initiative zur Überstellung könne vom Verurteilten, vom Urteils- oder vom Vollstreckungsstaat ausgehen. Das Sekundärrecht der EU im Vollstreckungsrecht sei nur mangelhaft in den Mitgliedstaaten – so auch Deutschland – umgesetzt worden. Die Umsetzungsfrist habe bereits am 5.12.2011 geendet. Dabei nütze die Vollstreckungshilfe auch dem Verurteilten und diene seiner Resozialisierung.¹³ *Petsche-Demmel* kritisierte daher eine fehlende Durchsetzungsmöglichkeit. *Ahlbrecht* ergänzte, dass die Staatsanwaltschaften auch die Generalprävention neben der Resozialisierung bei der Vollstreckungshilfe – entgegen der Rechtsprechung des BVerfG – maßgeblich beachten. *Heydenreich* empfahl aus Erfahrung das offene Gespräch mit den zuständigen Stellen, insbesondere der OLG-Senate. Anschließend erörterte er das Problem unverhältnismäßig hoher Freiheitsstrafen im Ausland an den Beispielen Großbritannien und Griechenland.

Mit einem Grußwort leitete der Vorsitzende des Bonner Anwaltvereins *Ralf Schweigerer* den zweiten Tagungstag unter dem Titel „Europa – Hochspannung zwischen Eingriffs- und Beschuldigtenrechten“ ein. Nach *Heydenreich* seien die widerstreitenden Interessen von Verteidigung und von Strafverfolgung in ein richtiges Verhältnis zu bringen. Dies sei Aufgabe der Rechtssetzung der EU. Die Festsetzung von Mindeststandards nach der europäischen road map sei bisher gescheitert.¹⁴ Hierzu gehöre auch das Recht auf einen Rechtsbeistand. Die EEA stelle hingegen ein Novum im Rahmen eines einheitlichen europäischen Strafrechts dar. Eine europäische Strafrechtsordnung aus einem Guss solle die maßgebliche Vision sein, zu der diese Tagung einen Beitrag leisten solle. Am Ende solle ein freiheitlich-demokratisches Strafrecht stehen.

Im ersten Beitrag „Hochspannung – Das Verhältnis von Eingriffs- und Verteidigungsrechten in der Strafrechtssetzung der EU“ erläuterte der Kabinettschef der Vizepräsidentin und Justizkommissarin der EU Prof. *Dr. Martin Selmayr* die schwierige Verbindung zwischen Europa und dem Strafrecht. Europa stecke nicht nur in einer schweren Finanzkrise, sondern auch in einer Legitimationskrise. 1993 habe man mit dem Vertrag von Maastricht ein unfertiges Haus errichtet, dessen Mängel sichtbar würden. Zwar gebe es eine Währungs- und Wirtschaftsunion, jedoch fehle eine starke Bankenaufsicht. Wie die Krise gezeigt habe, handle es sich um keine

Vor § 68 IRG Rn. 11c; BGH NStZ 1988, 562 (563); BGH NStZ 1983, 181; BGHSt 34, 334 (341).

¹³ Vgl. insbesondere den 9. Erwägungsgrund, Art. 29 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI des Rates v. 27.11.2008 = ABl. EU 2008 Nr. L 327/27.

¹⁴ *Heydenreich*, Freispruch 1/2012, 1 (2).

politische Union. Allerdings sei im Zuge der Umgestaltung nicht nur ein gemeinsamer Binnenmarkt geschaffen worden, sondern auch ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Gefühlt bestehe für die Bürger von 27 und bald 28 Mitgliedstaaten durch den Wegfall der Binnengrenzen und den freien Personenverkehr praktisch bereits jetzt eine Art Staatsgebilde.¹⁵ In der Rechtspraxis symbolisiere es der EHB. Etwa durch einen rumänischen Haftbefehl könnten auch deutsche Staatsbürger innerhalb von 2-3 Wochen von Deutschland nach Rumänien ausgeliefert werden. Hierbei handele es sich um ein erfolgreiches Instrument (~ 60.000 EHB bisher), welches auf dem bewährten Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhe. Allerdings setze dies einen wirklichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts voraus. Dafür werde ein Gleichgewicht von Eingriffs- und Verteidigungsrechten gebraucht. Für die Strafrechtssetzung der EU seien insbesondere zwei Daten prägend. Das erste Datum sei der 11.9.2001. Die Terroranschläge auf das World Trade Center hätten eine weltweite Allianz gegen den Terrorismus zur Folge gehabt. Der Eindruck dieses Ereignisses habe die Entwicklung der „noch jungen“ EU gravierend beeinflusst. Dies gelte insbesondere für den Aspekt der Sicherheit. Der EHB sei ein Kind dieser Entwicklung. Neben Sicherheits Gesichtspunkten würden aber auch einheitliche Mindeststandards bei den Freiheits- und Verfahrensrechten gebraucht. Insoweit wirke sich das Einstimmigkeitserfordernis des Rates hinderlich aus. So seien die zunächst entworfenen Mindeststandards in den Folgejahren immer mehr verwässert worden (watering down).¹⁶ Für diese Entwicklung habe die Ernennung der neuen Kommission durch das Europa-Parlament vom 10.2.2010 eine wichtige Zäsur dargestellt. Durch den Vertrag von Lissabon, das auf dessen Grundlage neu gewählte Europäische Parlament und die neue Kommission habe die europäische Kriminalpolitik eine entscheidende Wende genommen. Durch die Aufgabe der Einstimmigkeit im Rat sei keine Totalblockade mehr möglich. Sowohl das Europäische Parlament als auch die Kommission hätten nun mehr Mitwirkungsrechte, welche sie auch wahrnahmen – etwa bei der Abstimmung über das SWIFT-Abkommen. Oberstes Ziel sei nun die Balance zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht. Der EHB solle überarbeitet werden, Richtlinien für Verfahrensrechte seien erlassen oder zumindest entworfen.¹⁷ Die dünne Personaldecke der

Kommission im Bereich Justiz verhindere jedoch ein zügiges Arbeiten (ca. 200 Mitarbeiter, davon 20 im Strafrecht). Hinsichtlich des materiellen Strafrechts sei anzustreben, dass man sich bei den Kerninteressen der EU wenigstens auf gemeinsame Unwerturteile einige. Die Richtlinie zur EEA solle erst nach Einführung entsprechender Verfahrensrechte erlassen werden. Auch insoweit sei Nachhaltigkeit gefragt. Aufgrund der hohen EU-Beitrittskriterien (Kopenhagener Kriterien) im Bereich Justiz sei grundsätzlich davon auszugehen, dass das Justizsystem in allen Mitgliedstaaten unterschiedslos funktioniere. Bei berechtigten Zweifeln, welche etwa gegenüber Rumänien geäußert würden, bestehe ein besonderes Verfahren nach Art. 7 EUV, dessen Anwendung zu einer erheblichen Erschütterung des status quo führen würde. Wünschenswert sei eine neue vertragliche Grundlage, welche eine politische Union ermögliche und so auch „das Haus stabilisiere“. Wesentliche strategische Entscheidungen würden im neuen Mehrjahresprogramm (römisches Programm) festgelegt. Das gegenseitige Vertrauen in die Justizsysteme solle weiterhin Grundlage der justiziellen Zusammenarbeit in der EU sein. Es sei jedoch nicht nur das gegenseitige Vertrauen der Minister, sondern auch der Bürger der Mitgliedstaaten erforderlich.

Ihren Beitrag „Ohn(e)macht – Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit?“ betrachtete Prof. Dr. Sabine Gleß (Basel) als Gegenrede zum ersten Beitrag. Bereits jetzt gebe es eine „gut geölte Maschinerie“ von europäischen Institutionen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit. Die europäische Strafverteidigung stecke hingegen noch in den Kinderschuhen. Gemessen am fair trial-Grundsatz sei der Begriff der Waffengleichheit nur eine Fiktion. Tatsächlich handle es sich um ein David-Goliath-Verhältnis. Wichtigste Aufgabe und Kernelement des europäischen Strafrechts müsse es nun sein, diese Ungleichheiten auszugleichen. Hierfür reiche es nach der Rechtsprechung des EGMR aus, dass jeder prozessual gleichbehandelt werde. Der Beschuldigte müsse die reelle Chance haben, seinen Fall darzulegen und auch zu gewinnen. Jedoch erfasse die Rechtsprechung des EGMR exemplarisch nur einzelne Strafverfahren und sei daher als Grundlage für ein europäisches Strafrecht nur begrenzt geeignet. Seit den 70er Jahren nehme die Rechtsprechung des EuGH eine intensive Grundrechteprüfung i.S.e. fair trial vor. Dabei würden diese Urteile eine Gesamtkontrolle entfalten. Auch in der EU sollte der Beschuldigte eine echte Erfolgchance haben. Jedoch herrsche angesichts der vernetzten Instanzen, des (informellen) Informationsvorsprungs und der Gefahr des forum shopping ein eklatantes Ungleichgewicht.¹⁸ Diese Übermacht sei indes nicht unüberwindbar. Der Strafverteidigung stehe es frei, sich selbst zu helfen und zu vernetzen. Hierzu bedürfe es jedoch gewisser Hilfsangebote von staatlicher Seite (allerdings auf freiwilliger Basis). Wie schon bei der Rechtssetzung der EU und der Rechtsprechung des EuGH zur Antidiskriminierung von Geschlechtern (gender mainstreaming) sollten i.S.e. Antidiskriminierung von Be-

¹⁵ Großbritannien, Irland und Dänemark ging diese Entwicklung zu weit, sie behielten sich umfassende Rechte vor.

¹⁶ Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union = KOM (2004) 328 endg.

¹⁷ Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren = ABl. EU 2010 Nr. L 280/1; Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren = ABl. EU 2012 Nr. L 142/1; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme = KOM (2011) 326 endg.; Stärkung des gegensei-

tigen Vertrauens im europäischen Rechtsraum, Grünbuch zur Anwendung der EU-Strafrechtsvorschriften im Bereich des Freiheitsentzugs = KOM (2011) 327 endg.

¹⁸ Gleß, ZStW 116 (2004), 353 (361 f.).

schuldigten (defense mainstreaming) die Auswirkungen auf die Verfahrensrechte auch bei Rechtsinstrumenten für die Strafverfolgung umfassend als neues Referenzsystem beachtet werden. I.d.S. solle die EU-Grundrechtecharta um dementsprechende Schutzpflichten ergänzt werden. Die EEA werde sicher kommen, doch auch die Verteidigung solle auf diesem Wege Entlastungsbeweise sammeln dürfen. Neben einem Raum der Strafverfolgung solle so auch ein Raum der Strafverteidigung entstehen. RA *Dr. Wilfried Ludwig Weh* forderte, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stärker zu beachten („kein rumänischer Hühnerdieb oder Parkzettel aus Palermo“) und einen Kommissar für ein human rights mainstreaming zu ernennen. Der Präsident der Österreichischen Juristenkommission Prof. *Dr. Roland Miklau* äußerte, er glaube weiterhin an die Integrationsleistung der EMRK und des EGMR. Deren Mindeststandards würden von den EU-Mitgliedstaaten übererfüllt werden. *Selmayr* pflichtete dem bei, es gelte im Übrigen der Grundsatz der Subsidiarität. Bereits durch den bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK würde der Standard faktisch gehoben werden. Die Kommission sei sehr kritisch gegenüber allzu repressiven Maßnahmen wie der EEA. Die von *Weh* gerügte Verhältnismäßigkeit beim EHB sehe er im Übrigen als Problem.

Im dritten Beitrag „Grenzenlos – Die Europäische Ermittlungsanordnung“ erkannte *Esser* die Notwendigkeit der EEA. Der traditionelle Rechtshilfeverkehr sei in weiten Teilen nicht effektiv. Das derzeitige Recht sei stark zersplittert und werde durch die Richtlinie zur EEA vereint, welche nun auch den Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisverordnung (EBA) ersetze.¹⁹ Bei der konkreten Ausgestaltung müsse sich jedoch auch die Anwaltschaft einbringen. Als Schwachstelle des derzeitigen Entwurfs machte er das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aus. Dieses komme aus der Warenverkehrsfreiheit und könne nur mühsam im Strafrecht übernommen werden.²⁰ Der Richtlinienentwurf spreche zwar einleitend von gerichtlichen Entscheidungen, der brisante Inhalt erschließe sich jedoch erst später. Danach dürften auch Staatsanwälte und andere Justizbehörden eine EEA anordnen. Der Anwendungsbereich sei nachträglich um die Telefonüberwachung erweitert worden. Umfasst würden auch Ordnungswidrigkeiten und die Strafbarkeit juristischer Personen. *Esser* kritisierte die alleinige Prüfungscompetenz der Anordnungsbehörde. Die Validierung der EEA einer Polizeibehörde müsse eigentlich von einem Richter durchgeführt werden. Laut EEA reiche jedoch auch die Validierung durch einen Staatsanwalt. Dies führe zu einer Aushöhlung traditioneller rechtsstaatlicher Standards. Die Anerkennung und Vollstreckung einer EEA nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung würde zusammen in einem Gedankenschritt erfolgen. Insbesondere die Anforderungen des deutschen Richtervorbehalts könnten so nicht mehr eingehalten werden.²¹ Die Versagungsgründe

für die Vollstreckungsbehörde würden zwar einen nationalen ordre public berücksichtigen, seien jedoch sonst unzureichend. Eine weitreichende Normierung sei indes erforderlich, da eine eigenmächtige Verweigerung deutscher Justizbehörden das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und das System der justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf den Kopf stellen würde. Das Rechtsbehelfssystem der EEA sei unangemessen. Die Sachgründe der EEA könnten nur im Anordnungsstaat angefochten werden. Dies führe zu einer unzumutbaren Rechtswegspaltung und doppelter Verteidigung, welche mit Art. 13 EMRK kaum vereinbar sei.

Heydenreich erklärte anschließend, dass er zwar die Notwendigkeit einer koordinierten grenzüberschreitenden Strafverfolgung gegen organisierte Kriminalität in Europa erkenne, diesem Ziel jedoch nicht die Rechtsstaatlichkeit opfern wolle. Die EEA und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung erfordere ein gewisses Maß an Akzeptanz und Vertrauen der Bürger. Dies setze wiederum Rechtsstaatlichkeit voraus. Daran fehle es aber den jüngsten Beitrittsstaaten eklatant und offensichtlich. Sie auch ohne weiteres im noch jungen Bereich der EU-Osterweiterung zugrunde zu legen wäre angesichts autoritärer Traditionen eine Fiktion und ein Trugschluss. Es bestünden weiterhin korrupte Strukturen – etwa in Rumänien. So mangle es am nötigen Vertrauen in die Justizgewährung. Der Bundestag habe die EEA zu Recht abgelehnt. Kritik bestehe aufgrund der Nivellierung der Schutzstandards, forum shopping, fehlerhafter Analogie zum freien Warenverkehr und der Inkohärenz der nationalen Strafrechtsordnungen. Die EU müsse eigene Institutionen schaffen (Staatsanwaltschaft, Ermittlungsrichter), um diese Systemunterschiede zu überwinden. Demgegenüber sei die EEA widersprüchlich, lückenhaft und schwer verständlich. Es bestehe kein wirksamer Richtervorbehalt und die Validierung sei eine bloße Gegenzeichnung. Erforderlich seien zudem einheitliche Beweisverwertungsverbote. *Dr. Sebastian Trautmann* entgegnete, dass die EEA zwar ein typisches Produkt aus Europa sei und dem Aktionismus der belgischen Präsidentschaft zuzuordnen sei. Aber die Kritikpunkte würden dennoch nicht verfangen. Hinsichtlich der Gefahr des forum shopping helfe die Zuständigkeit am Tatort. Die EEA sei ein Instrument der Rechtshilfe und nicht des Datenschutzes oder der Verfahrensrechte. Sie ersetze und modifiziere das EuRhÜbk und das EURhÜbk. Der Tatverdacht werde auch bei der traditionellen Rechtshilfe nicht geprüft (Ausnahme: § 10 IRG). Die Rechtsmittel seien traditionell beschränkt gestaltet. Ein Korrektiv sei zudem der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit. Hinsichtlich der Strafbarkeit juristischer Personen biete das deutsche Recht § 30 OWiG. Im Übrigen gelte auch in anderen Mitgliedstaaten der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit („am deutschen Wesen soll die Welt nicht genesen“). RA *Dr. Stefan Kirsch* kritisierte im Gegenzug, dass es sich beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung lediglich um einen Hilfweg im Strafrecht handle. Es fehle jedoch eine substanzielle Angleichung der sehr unterschiedlichen Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten. MdB RA *Jerzy Montag* merkte an, dass man die europäische Entwicklung nicht stoppen wolle, die konkrete Ausgestaltung aber rechtsstaatlich nicht hinnehmbar sei. Er warnte im Übrigen

¹⁹ Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 = ABl. EU 2008 Nr. L 350/72.

²⁰ *Leutheusser-Schnarrenberger*, StraFo 2007, 267 (269).

²¹ *Esser*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1500.

gen vor einer allgemeinen Geringschätzung der rumänischen Justiz.

In seinem Beitrag „Abschüssig – Das Strafniveau in den Staaten der EU“ beschäftigte sich Prof. Dr. André Klip (Maas-tricht) eingehend mit der Vollstreckungshilfe in der EU. Am Beispiel der Niederlande erläuterte er die Umsetzung des entsprechenden Rahmenbeschlusses.²² Klip wies insbesondere auf das unterschiedliche Strafniveau innerhalb der EU hin. Dies gelte insbesondere für Drogen- und Kapitaldelikte. Eine lebenslängliche Freiheitsstrafe sei in den Niederlanden grundsätzlich wirklich lebenslänglich, während sie in Deutschland noch verkürzbar sei. Aufgrund des Strafgefälles bestehe eine Ausländerdiskriminierung bei der Bewährungsentscheidung. Der Staat fürchte, seinen Strafanspruch mit der Ausreise ausländischer Verurteilter zu verlieren. Abschließend lobte Klip die zügige und hochwertige Arbeit des EuGH. Große Hoffnung setze er auch in die EU-Grundrechtecharta. In der Praxis forderte er eine bessere Kenntnis und einen besseren Informationsaustausch über das jeweilige Vollstreckungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten.

Aus deutscher Sicht schloss sich Regierungsdirektor Dr. Ralf Riegel (BMJ) mit seinem Beitrag „Umsetzung – Rahmenbeschlüsse in der deutschen Gesetzgebung Vollstreckungshilfe und Überwachung von Auflagen“ an. Unter Hinweis auf die dänische Umsetzung des RB EBA mahnte er auch für Deutschland eine solche an. Ob und wann eine RL EEA kommen werde sei ungewiss. In diesem Zusammenhang ging er auch auf die Frage ein, ob neben dem IRG ein Gesetz für die Rechtsinstrumente zur gegenseitigen Anerkennung zweckmäßig sein könnte, und erörterte das Für und Wider. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sei etwas anderes als die tradierte Rechtshilfe und könne so auch wie in Österreich gesondert normiert werden. Indessen spreche eine gewisse Vereinheitlichung für die Implementierung ins IRG. Im Vordergrund solle dabei jedoch immer die Praktikabilität stehen. Bezüglich der Vollstreckungshilfe schilderte Riegel die Besorgnis einiger Staaten vor einem übermäßigen Rückfluss verurteilter eigener Staatsangehöriger aus deutschen Gefängnissen, welche daher die Umsetzung des entsprechenden Rahmenbeschlusses wegen drohender Überlastung der eigenen Kapazitäten behindern würden. Ein besonderes Problem stelle die Vollstreckungshilfe mit Polen bei vorangegangener Auslieferung dar. Einige polnische Gerichte verlangten die Rücküberstellung des Ausgelieferten auf der Basis des RB EHB, während nach deutscher Ansicht das formal strengere Vollstreckungshilferecht einschlägig sei.²³ Im Anschluss an einen von Klip gestreiften Gedanken sprach Riegel ein besonderes Problem der Vollstreckungshilfe an, wenn deutsche Staatsangehörige im Ausland zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wurden und den Wunsch bekunden, jene Strafe in Deutschland verbüßen zu dürfen. Hier stünden sich

bisweilen der Schutzanspruch des Verurteilten gegen Deutschland und der Strafanspruch des fremden Urteilsstaates unvereinbar gegenüber. Sei wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe im Urteilsstaat und im potenziellen Vollstreckungsstaat eine Vollstreckungshilfevereinbarung nicht möglich, so sei Deutschland daran gehindert, seine Schutzpflicht gegenüber dem Verurteilten auszuüben, selbst wenn dies gewollt sei. In diesem Zusammenhang könne sich auch die unterschiedliche Anwendung des Gnadenrechts in den beteiligten Ländern negativ auswirken.

Abschließend diskutierten im Podium (Brüsseler Runde) MdEP Jan Philipp Albrecht, RAin Dr. Margarete von Galen (DAV, CCBE), Selmayr, Montag und Riegel, über die europäische Strafrechtspolitik.

Nach Albrecht sei das Europäische Parlament nach dem Lissaboner Vertrag nunmehr in der Lage, aktiv an einem europäischen Strafrecht mitzuwirken. Die von Heydenreich angesprochene road map sei das Gegenstück zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit solle von nun an stärker beachtet werden. Aus seiner Sicht solle die Telefonüberwachung und die verdeckte Ermittlung möglichst nicht vom Anwendungsbereich der RL EEA erfasst werden. Vor deren Erlass müssten zudem erst einmal verfahrensrechtliche Mindeststandards geschaffen werden. Selmayr vertrat die Auffassung, dass die Kommission nur technischen Rat liefere, sonst jedoch nicht inhaltlich an der RL EEA beteiligt sei. Er wolle sich indes dafür verwenden, dass ein besonderes Augenmerk auf die Vertraulichkeit der übermittelten Erkenntnisse gelegt werde. von Galen wies auf die Wichtigkeit der Lobbyarbeit der Strafverteidiger in Brüssel hin. Es sei zu verhindern, dass der Beschuldigte durch die EEA immer mehr zu einem Objekt des Verfahrens werde. Montag bemängelte das grundsätzliche Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten als bloße Fiktion. Als Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung müsse dies erst noch erworben werden. Eine Gefahr sah er zudem in der Schaffung eines materiellen europäischen Strafrechts. Insoweit beschwichtigte Selmayr, dass ein solches gar nicht flächendeckend geplant sei, sondern nur für den eng begrenzten Bereich der EU-Interessen. Albrecht trat dagegen Montag bei und warnte vor einer ausufernden Kriminalisierung im Bereich des Computerrechts. Abschließend begrüßte Riegel, dass die beabsichtigte RL EEA den „Flickenteppich des EU-Rechts“ erstmals nach dem Vertrag von Lissabon zusammenführen werde.

²² Rahmenbeschluss 2008/909/JI = ABl. EU 2008 Nr. L 327/27; vgl. niederländisches Umsetzungsgesetz: Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties.

²³ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. 2012, S. 168 f.