

16. GG Art. 20 Abs. 3; StPO § 154 Abs. 1 (Nichteinhalten einer Zusage durch den Staatsanwalt)

Die „Zusage“ der Staatsanwaltschaft, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, wenn der Beschuldigte sein Rechtsmittel unter Hinnahme einer empfindlichen Strafe in einer anderen Sache zurücknimmt, begründet kein Verfahrenshindernis; sie ist allerdings, wenn diese Tat unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens trotzdem angeklagt und wegen ihr verurteilt wird, ein wesentlicher Strafmilderungsgrund.

BGH, Urt. vom 18. April 1990 – 3 StR 252/88 (LG München I)

Stichworte: *Hinterziehung von Lohn- und Umsatzsteuer – Urkundenfälschung – Zusage der Nichtverfolgung – Bindung der Staatsanwaltschaft – Strafprozessualer Tatbegriff – Strafklageverbrauch – Fair Trial – Wiederaufnahme der Ermittlungen.*

(Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in wistra 1990, 235.)

Anmerkung

Es hat den Anschein, als sei die „Pathologie von Strafverfahren“¹⁾ in letzter Zeit infolge der Ausweitung des Virus „Verständigung“ um ein neues Krankheitsbild bereichert worden:

¹⁾ Volk, StrVert 1986, 35.

um die Nichteinhaltung einer Zusage der Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Beschuldigten. War es in den bisherigen Entscheidungen zu diesem Problembereich immer um die Frage gegangen, ob gegen Strafzumessungs- oder -vollstreckungszusagen verstoßen worden sei²⁾, so geht es in dem Urteil des 3. Strafsenats des BGH erstmalig darum, ob sich aus dem Bruch einer „Zusage“ ein Verfahrenshindernis ergeben könnte.

Der Senat bestätigt das Urteil des Landgerichts, das die Nichteinhaltung als einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens ansieht und das enttäuschte Vertrauen des Beschuldigten strafmildernd berücksichtigt. Der Entscheidung des 3. Strafsenats kann nicht zugestimmt werden.

1. Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens?

Zunächst einmal ist zu fragen, inwiefern denn die Staatsanwaltschaft gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen haben soll. Denn das Ermittlungsverfahren wurde wieder aufgenommen, nachdem der Beschuldigte sein vom Gesamtvorsatz getragenes strafbares Verhalten auch nach der „Zusage“ der Staatsanwaltschaft weiter fortsetzte.

Nach ganz herrschender Ansicht gelten für die Wiederaufnahme nach § 154 Abs. 1 StPO durch die Staatsanwaltschaft nicht die Beschränkungen der Absätze 3 bis 5 des § 154 StPO³⁾. Die „mit beachtlichen Gründen“⁴⁾ vorgetragene Gegenansicht *Mombergs*⁵⁾ hat keine Zustimmung gefunden. Es erscheint fraglich, inwieweit der 1. Strafsenat des BGH, der in einem obiter dictum auf die Voraussetzungen des § 154 Abs. 4 StPO hinwies⁶⁾, damit wirklich von der Mehrheitsmeinung abweichen wollte⁷⁾. Im übrigen wäre die Staatsanwaltschaft selbst bei Geltung der Absätze 3 und 4 des § 154 StPO berechtigt gewesen, in das neu einzuleitende Ermittlungsverfahren hinsichtlich der Teilakte nach der Zusage die „eingestellten“ Teilakte einfach einzubeziehen⁸⁾.

Selbst wenn man aber die Wiederaufnahme nicht völlig in das Ermessen der Staatsanwaltschaft stellt und „einen sachlich einleuchtenden Grund“ fordert⁹⁾ bzw. die Absätze 3 und 4 als „Richtlinien“ für die Staatsanwaltschaft versteht¹⁰⁾, war die Wiederaufnahme rechtlich bedenkenfrei, weil der Beschuldigte seine „eingestellte“ Straftat weiter fortsetzte: Durch diesen „sonstigen erschwerenden Umstand“ waren die Voraussetzungen des § 154 StPO nunmehr weggefallen¹¹⁾. Zu bedenken ist, daß nicht nur die Erhöhung der Teilakte die Strafzumessung beeinflußt, sondern auch, daß ein nicht unwesentlicher Strafschärfungsgrund darin zu erblicken ist, daß der Beschuldigte trotz laufendem Ermittlungsverfahrens und Vorgehens nach § 154 Abs. 1 StPO seine Tat fortgesetzt hat, was „seine Einstellung zur abzuurteilenden Tat beleuchtet“¹²⁾.

Insofern ist nicht klar, warum der 3. Strafsenat nach den landgerichtlichen Feststellungen einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens für „nicht ausgeschlossen“ hält. Denn schutzwürdiges Vertrauen des Beschuldigten in die Nichtverfolgung aufgrund der „Zusage“ kann bei Fortsetzung der Straftat entsprechend dem Gesamtvorsatz – den der BGH zwar bezweifelt, die tatrichterliche Würdigung aber letztendlich akzeptiert – wohl kaum entstehen.

Allerdings ist die Schutzwürdigkeit nicht schon deshalb entfallen, weil zwischen Rücknahme des Einspruchs gegen den Strafbefehl und „Zusage“, nach § 154 Abs. 1 StPO zu verfahren, ein „Kopplungsverbot“ bestehen würde¹³⁾. Daß die Staatsanwaltschaft mitteilt, bei welcher Strafhöhe in der einen Sache sie meint, nach § 154 Abs. 1 StPO in der anderen Sache vorgehen zu können, ist vielmehr sachgerecht¹⁴⁾: § 154 StPO ist ja in seinen Voraussetzungen gerade an den Ausgang des anderen Verfahrens gekoppelt. Es liegt zunächst einmal im Interesse des Beschuldigten, nicht einen auf die Strafzumessung zielenden Ein-

spruch gegen einen Strafbefehl durchzuführen mit der Folge, im Falle des Einspruchserfolges – und zwar eben wegen des Erfolges – ein weiteres Strafverfahren gegen sich erdulden zu müssen. Auch Sinn und Zweck von § 154 StPO – Prozeßökonomie – verlangen geradezu ein solches Vorgehen der Staatsanwaltschaft.

Daraus folgt als erstes Ergebnis: Der 3. Strafsenat hätte der Revision der Staatsanwaltschaft, die darauf abhob, daß zu Unrecht Strafmilderung wegen der Wiederaufnahme des nach § 154 Abs. 1 StPO „eingestellten“ Verfahrens gewährt wurde, nicht den Erfolg versagen dürfen und an das Landgericht zurückverweisen müssen.

2. Vorliegen eines Strafmilderungsgrunds?

Aber selbst wenn man die Prämisse des Urteils akzeptiert und einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens sowie die Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens für möglich hält, ist die Folgerung, hierin läge ein „wesentlicher Strafmilderungsgrund“, nicht überzeugend.

Es gelten zunächst die allgemeinen Bedenken, wie denn Fehlverhalten der Strafverfolgungsorgane Eingang in die Strafzumessung finden soll. Dies wird bekanntlich beim unzulässigen V-Mann-Einsatz, bei überlanger Verfahrensdauer und bei Vereidigungsfehlern relevant. Das Problem entsteht dadurch, daß Fehler aus dem Bereich der Strafverfolgungsbehörden „mit dem verschuldeten Unrecht der begangenen Tat nur ganz entfernt oder gar nichts zu tun haben“¹⁵⁾. Konsequenterweise hat der 1. Strafsenat des BGH dann auch ausgeführt, ohne das Hinzutreten bestimmter Umstände bildeten solche Verstöße gegen das Prozeßrecht keine Strafzumessungsgründe¹⁶⁾, während der 2. Strafsenat meint, daß insoweit auch schuldunabhängige Gesichtspunkte zu berücksichtigen seien¹⁷⁾. Auf die Gefahren dieses nicht minder folgerichtigen Schlusses für das Schuldstrafrecht hat Bruns nachdrücklich hingewiesen¹⁸⁾.

Im Fall des 3. Strafsenats kommt zu diesen dogmatisch ungeklärten Fragen noch ein weiterer Punkt hinzu, der Zweifel an der „Abschiebung“ des Problems in die Strafzumessung¹⁹⁾ weckt: Immer von einem gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßenden Verhalten der Staatsanwaltschaft ausgehend, dürfte Strafmilderung in jedem Fall den materiell falschen Weg zur Kompensation darstellen.

²⁾ BVerfG (Kammer), NStZ 1987, 419; BGHSt 36, 210; StrVert 1988, 372; NJW 1990, 1921; OLG Frankfurt, StrVert 1987, S. 289; OLG Koblenz, wistra 1988, 238.

³⁾ BGHSt 30, 165; NStZ 1986, 496; NJW 1986, 3217; LR-Rieß, 24. Aufl. 1985, § 154 Rdn. 33; Kleinknecht/Meyer, StPO, 39. Aufl. 1989, § 154 Rdn. 21.

⁴⁾ LR-Rieß, aaO, § 154 Rdn. 33.

⁵⁾ Momberg, NStZ 1984, 535 ff.; vgl. auch schon *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 357 (Fn 3).

⁶⁾ BGH, NJW 1984, 2169 (2170).

⁷⁾ LR-Rieß, aaO, § 154 Rdn. 33 (Fn 73); vgl. auch BGH, NStZ 1986, 469; KK-StPO-Schoreit, 2. Aufl. 1987, § 154 Rdn. 24.

⁸⁾ BGH bei Hürthel, DRiZ 1978, 86; KK-StPO-Schoreit, aaO, § 154 Rdn. 37; Kleinknecht/Meyer, aaO, § 154 Rdn. 22.

⁹⁾ Rieß, NStZ 1981, 9.

¹⁰⁾ Kleinknecht/Meyer, aaO, § 154 Rdn. 21.

¹¹⁾ Vgl. KK-StPO-Schoreit, aaO, § 154 Rdn. 24.

¹²⁾ Vgl. OLG Schleswig, MDR 1976, 1036; SK-StGB-Horn, 5. Aufl. (Stand: Juni 1989), § 46 Rdn. 134.

¹³⁾ Siehe *Strate*, NStZ 1989, 439. Vgl. auch *Schünemann*, JZ 1989, 988 f.; *Niemöller*, StrVert 1990, 36; *Dencker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 97 f.

¹⁴⁾ Vgl. *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 32; vgl. auch *Gallandi*, StrVert 1987, 291.

¹⁵⁾ SK-StGB-Horn, aaO, § 46 Rdn. 136.

¹⁶⁾ BGH, NStZ 1989, 526.

¹⁷⁾ BGH, NJW 1986, 75 (76); NStZ 1986, 162; StrVert 1988, 295; 296.

¹⁸⁾ Bruns, MDR 1987, 177 ff.

¹⁹⁾ Vgl. dazu Bruns, StrVert 1984, 393.

Zunächst würde dies unmittelbar einleuchten, orientierte man sich am „Vertrauensschaden“ des Beschuldigten, also daran, daß er im Vertrauen auf die „Zusage“ den Einspruch gegen den Strafbefehl zurückgenommen habe. Insoweit könnte an die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 359 StPO) gedacht werden. Das Rechtsinstitut ist jedoch nur bei besonderer, hier nicht gegebener Konstellation einschlägig²⁰⁾. Möglich erscheint auch der ausnahmsweise Widerruf der Rechtsmittelrücknahme²¹⁾. Strafmilderung nun aber in dem zwischenzeitlich „eingestellten“ Strafverfahren in Ansehung der Einspruchsrücknahme zu gewähren, erscheint abenteuerlich: Das Gericht kann nicht in einem Verfahren weniger bestrafen, weil möglicherweise in einer anderen Sache zu viel bestraft wurde – fragwürdig auch deshalb, weil in dem Verfahren über den Einspruch jede Entscheidung vom Freispruch bis zur Höchststrafe – die reformatio in peius ist im Strafbefehlsverfahren zulässig, § 411 Abs. 4 StPO – denkbar gewesen wäre²²⁾. Strafverringering in dem wieder aufgenommenen Verfahren hätte also allenfalls die Gnadenbehörde gewähren können²³⁾. (Um Mißverständnisse zu vermeiden: Es geht hier nicht um den in diesem Verfahren zu gewährenden „Härteausgleich“ wegen der durch Zahlung der Geldstrafe aus dem Strafbefehl unmöglich gewordenen Gesamtstrafenbildung.)

Näher liegt es allerdings, im Falle des rechtswidrigen Bruches einer (rechtmäßigen) „Zusage“ sich am „Erfüllungsschaden“ zu orientieren. Das bedeutet aber: Der Beschuldigte wäre so zu stellen, als hätte die Staatsanwaltschaft ihre „Zusage“ eingehalten – also nicht Strafmilderung, sondern Nichtverurteilung.

Um das zu erreichen, wären konstruktiv mehrere Möglichkeiten eröffnet: So könnte zunächst ein Verfahrenshindernis angenommen werden, das vom 3. Strafsenat in dieser Entscheidung mit den alten, umstrittenen Argumenten abgelehnt worden ist. Des weiteren käme die Einstellung aufgrund eines von Rieß für Fälle schwerwiegender Rechtsstaatswidrigkeit ins Gespräch gebrachten „Verfolgungsverbot“ in Betracht²⁴⁾, mit dem der Senat schon im Zusammenhang mit überlanger Verfahrensdauer kokettierte²⁵⁾. Wegen der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit des Eröffnungsbeschlusses (vgl. §§ 210 Abs. 1, 336 Satz 2 StPO) hätte allerdings das Revisionsgericht Probleme zu überprüfen, ob, der Auffassung Momberg folgend²⁶⁾, die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens bei der Eröffnung des Hauptverfahrens vom Gericht zu Recht bejaht worden ist.

Möglicherweise liegt hier aber eine Konstruktion näher, die in der Diskussion um die Rechtsfolgen von schwerwiegenden Rechtsstaatsverstößen immer wieder eine Rolle gespielt hat und auch vom 3. Strafsenat des BGH vorübergehend beim unzulässigen V-Mann-Einsatz anerkannt war²⁷⁾: die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs. Nun kann hier nicht der Raum sein, die schwierige Diskussion um diese Konstruktion über ein paar Andeutungen hinaus fortzuführen. Katzorke hat jedenfalls vor kurzem mit beachtenswerten Argumenten darzulegen versucht, daß es letztendlich in den Fallgruppen schwerwiegender Rechtsstaatswidrigkeit nicht um die Verwirkbarkeit des Strafanspruchs, sondern der staatlichen Strafverfolgungsbefugnis geht²⁸⁾. Dies erscheint gerade in der hier erörterten Konstellation plausibel.

Folgt man dem, deutet sich an, daß die Verwirkung der staatlichen Strafverfolgungsbefugnis beim Bruch einer „Zusage“ eher naheliegt als bei den sonstigen erörterten Fallgruppen schwerer Rechtsstaatswidrigkeit: Der Berechtigte, die Staatsanwaltschaft, hat beim Beschuldigten den Eindruck erweckt, sie wolle ihre Strafverfolgungsbefugnis nicht mehr geltend machen, und dieser hat sich mit der Rücknahme des Einspruchs gegen den Strafbefehl so darauf eingerichtet, daß ihm die Inanspruchnahme durch die Wiederaufnahme des „eingestellten“ Verfahrens

nun nicht mehr zugemutet werden kann. Macht man diese Konstruktion mit, wäre auch als Rechtsfolge nicht, wie bezüglich der Verwirkung des Strafanspruchs häufiger kritisch angemerkt²⁹⁾, ein Freispruch naheliegend, der auch in der vorliegenden Konstellation falsch erschiene, da er den Beschuldigten besser als bei Einhaltung der „Zusage“ stellt. Vielmehr dürfte die Verwirkung der staatlichen Strafverfolgungsbefugnis richtigerweise zur Verfahrenseinstellung führen³⁰⁾.

Welche Konstruktion man auch für die richtige halten mag: Selbst wenn hier die „Zusage“ von der Staatsanwaltschaft rechtswidrig nicht eingehalten worden wäre, hätte der 3. Strafsenat des BGH nicht die „Strafzumessungslösung“ des Landgerichts akzeptieren dürfen, sondern hätte in diesem Fall das Verfahren gem. § 354 Abs. 1 StPO einstellen müssen.

Schlußbemerkung

Noch eine abschließende Bemerkung: Dem Ansehen der Strafrechtspflege nicht weniger abträglich als der oft kritisierte „Kuhhandel“³¹⁾ an sich erscheint mir, daß Strafverfolgungsorgane immer häufiger – zu Recht oder zu Unrecht – in den Verdacht geraten, sich durch „üble Tricks“³²⁾ nicht an ihre Abmachungen zu halten, die regelmäßig nicht schriftlich fixiert, gelegentlich nicht einmal deutlich ausgesprochen sind³³⁾.

Vielleicht ist dies eines der wichtigsten Argumente dafür, die Verständigung im Strafverfahren zukünftig aus ihrem „juristischen Dunkelfeld“³⁴⁾ herauszuführen.

Wiss. Mitarb. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

²⁰⁾ Vgl. OLG Köln, StrVert 1989, S. 98; Dencker, aaO, S. 35 (Fn 48).

²¹⁾ Offengelassen von BGH, StrVert 1988, 372; vgl. auch OLG Frankfurt, StrVert 1987, 289 (gegen LG Kassel, StrVert 1987, 288).

²²⁾ Vgl. OLG Koblenz, wistra 1988, 238 (gegen LG Koblenz, wistra 1988, 236).

²³⁾ Vgl. OLG Koblenz, wistra 1988, 238.

²⁴⁾ Rieß, JR 1985, 48.

²⁵⁾ BGHSt 35, 137 (142 f.).

²⁶⁾ Momberg, NSTZ 1984, 538.

²⁷⁾ BGH, StrVert 1981, 276.

²⁸⁾ Katzorke, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989, S. 108 ff.

²⁹⁾ Geppert, JK 1985, StPO § 136 a/2; Drywa, Die materielle rechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes, 1987, S. 79; Volk, StrVert 1986, 37.

³⁰⁾ Katzorke, aaO, 143 ff.

³¹⁾ Vgl. Zierl, AnwBl. 1985, 505.

³²⁾ Dencker, aaO, 99.

³³⁾ Vgl. dazu Schünemann, JZ 1989, 987.

³⁴⁾ Dencker, aaO, S. 13.