

AUSGABE 4/2013

S. 172 - 219

8. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess

Von Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel 172

Der Umfang einer Schweigepflichtentbindung durch Attestvorlage bei Gericht

Von Dr. Anna Helena Albrecht, Münster 181

Völkerstrafrecht

Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs

Von Wiss. Mitarbeiter Andreas Herzig, LL.M. (Leiden), Berlin 189

Europäisches Strafrecht

Das europäische Opferrechtspaket: zwischen substantiellem Fortschritt und blindem Aktionismus

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Stefanie Bock, Göttingen 201

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafprozessrecht

BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11

(Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren)

(Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn) 212

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

Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess*

Von Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel

I. Die Entwicklung zum Verständigungsgesetz

Im Strafverteidiger erschien in der November-Ausgabe des Jahres 1982 – vor 30 Jahren also – ein Beitrag „Der strafprozessuale Vergleich“. Als Verfasser zeichnete ein Rechtsanwalt *Detlef Deal* aus Mauschelhausen verantwortlich. Hinter diesem Pseudonym verbarg sich das Redaktionsmitglied *Hans-Joachim Weider*, ein bekannter Strafverteidiger. Zu dem mit strafprozessualer Vergleich umschriebenen Deal schrieb *Weider* damals: „Fast jeder kennt ihn, fast jeder praktiziert ihn, nur keiner spricht darüber.“ Nach *Detlef Deal* aus Mauschelhausen spielen die Prozessbeteiligten „Hauptverhandlung in einem zum Schmierentheater degenerierten Strafprozess“. Vornehmer, aber nicht weniger deutlich hat die Situation der 3. Strafsenat des BGH in einem Vorlagebeschluss zum *Großen Strafsenat* im Jahr 2004¹ formuliert: „Der Senat ist weiterhin der Auffassung, dass die gerichtliche Praxis zunehmend Anlass zu der Besorgnis gibt, die Grundprinzipien des Strafprozesses seien gefährdet. Zwar gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Grenzen zulässiger Verständigung in der täglichen Praxis der Strafgerichte regelmäßig überschritten werden. Indes ist [...] der Bereich bedauerlicher Einzelfälle – quasi sporadischer ‚Ausreißer‘ – deutlich überschritten. Dabei kommt es auf eine genaue Quantifizierung ebenso wenig an wie auf eine Festlegung, ob die kritischen Fälle eher dadurch zu charakterisieren sind, dass zur Vermeidung eines längeren Prozesses für ein Geständnis des Angeklagten vom Gericht eine Strafe an oder unterhalb der Grenze des Schuldangemessenen angeboten wird, oder dass durch die Inaussichtstellung einer gravierenden Sanktion für den Fall des Bestreitens ein Geständnis des Angeklagten erlangt wird. Die Verstöße sind gleichermaßen geeignet, das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung und deren Vertrauen in die Strafgerichtsbarkeit zu zerstören. Aufgabe der obergerichtlichen Rechtsprechung muss es sein, dieses Vertrauen zu erhalten und gleichzeitig den Tatrichtern die Möglichkeit zu belassen, in offener Verhandlungsführung mit den Beteiligten über die Aussichten des Verfahrens zu sprechen. Der Einschätzung von *Rieß*, dass dies nur gelingen könne, ‚wenn der Unsitte, den Inhalt der Urteilsabsprache durch Verichtsvereinbarungen einer Rechtsmittelkontrolle zu entziehen, nachdrücklich und wirksam begegnet wird‘, kann der Senat dem Inhalt nach nur beitreten.“

Der *Große Strafsenat* hat in seiner Entscheidung im Hinblick auf den Vorlagebeschluss im Jahr 2005² wie folgt entschieden:

„Die Urteilsabsprache bewegt sich [...] in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Form ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert, die vom Gericht in der Hauptver-

handlung von Amts wegen zu ermitteln und der Disposition der Verfahrensbeteiligten weitgehend entzogen ist. Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder – wie die vorstehende Lösung zeigt – unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm – auch von Verfassungen wegen – ein beachtlicher Spielraum zu.“

Der Gesetzgeber hat versucht, den Vorgaben der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entsprechend einen Kompromiss zwischen den offensichtlichen Praxisbelangen und den traditionellen Verfahrensprinzipien zu erzielen. Dies ist mit dem Verständigungsgesetz vom 4.8.2009³ in den §§ 257b, 257c StPO geschehen, wobei – wichtig – § 302 Abs. 1 S. 2 StPO hinzukommt. Die Eckpunkte dieser gesetzlichen Regelung sind folgende:

- Der kontradiktorische Prozess mit den Grundsätzen der Amtsaufklärungspflicht und der schuldangemessenen Sanktionierung soll im Unterschied zu einem konsensualen Verfahren grundsätzlich beibehalten werden.
- Eine Verständigung ist „in geeigneten Fällen“ zulässig über die Rechtsfolgen mit Ausnahme der Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie über verfahrensbezogene Maßnahmen wie z.B. U-Haft sowie über das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten, z.B. Stellung von Beweisansprüchen (§ 257c Abs. 2 S. 1, 3 StPO).
- Eine Verständigung über den Schuldspruch ist nicht erlaubt (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO).
- Grundlage soll ein Geständnis sein (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO).
- Publizität und Transparenz sollen hergestellt werden (§§ 160b S. 2, 202a S. 2, 243 Abs. 4, 267 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2, 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO).
- Bei rechtlichen und tatsächlichen Abweichungen von den Verständigungsgrundlagen besteht keine Bindungswirkung (§ 257c Abs. 4 StPO); hierauf ist der Angeklagte hinzuweisen (257c Abs. 5 StPO).
- Ein Rechtsmittelverzicht ist ausgeschlossen (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO).

Im Jahr 2010 hat sich der 68. Deutsche Juristentag in seiner strafrechtlichen Abteilung dieses Themas angenommen und eine erste Bewertung des Verständigungsgesetzes vorgenom-

* Modifizierte Fassung der am 14.2.2013 gehaltenen Abschiedsvorlesung.

¹ BGH NJW 2004, 2536.

² BGH NJW 2005, 1440.

³ BGBI. I 2009, S. 2353.

men: „grundsätzlich akzeptabel“, aber im Detail korrekturbedürftig. So wurden ein qualifiziertes Geständnis als Voraussetzung für eine Verständigung sowie das Verbot der Rücknahme eines eingelegten Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist gefordert.⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat zwischenzeitlich mit dem Urteil vom 19.3.2013 die Abspracheregelung grundsätzlich gebilligt.⁵

Zur Bewertung später mehr. Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass die Herausnahme der Maßregeln der Besserung und Sicherung aus einer Verständigung schwer nachvollziehbar ist: Die Maßregeln werden gerade nicht durch den Schuldgrundsatz (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) bestimmt, sondern durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 62 StGB), d.h. hier erscheint ein Handel von Tatzurechnung und Prävention am ehesten erlaubt.

II. Die Ziele des klassischen Strafprozesses

Der klassische Strafprozess ist, wie es in der Entscheidung des *Großen Strafsenats* heißt, am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert. Diese soll ausgehend von der Unschuldsvermutung des Angeklagten in einem kontradiktorischen Verfahren, in der Auseinandersetzung von Anklage und Verteidigung, in der Abwägung der gegen den Angeklagten und für ihn sprechenden Tatsachen sowie Indizien gefunden werden. Für diese Wahrheitsfindung gilt unabhängig vom Vortrag und Beweisanträgen von Seiten der Staatsanwaltschaft sowie der Verteidigung der Amtsermittlungsgrundsatz des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO).

Die Ziele des Strafverfahrens sind nochmals schematisch in *Abbildung 1* (S. 179) dargestellt.

Es geht zunächst um die Beantwortung der Schuldfrage: Hat der Angeklagte die ihm in der Anklageschrift entsprechend dem Eröffnungsbeschluss vorgeworfenen Straftaten begangen? Sodann geht es um die Beantwortung der Straffrage, um die Festsetzung der Strafen mit Einschluss der Maßregeln der Besserung und Sicherung: Wenn der Angeklagte schuldig ist, welche Strafe soll er erhalten. Hierbei geht es entsprechend den Strafzielen um Schuldausgleich, Vergeltung, Individual- und Generalprävention, es geht um Gerechtigkeitsverwirklichung.

Das BVerfG hat dies so formuliert: „Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die – allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten – versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des

Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet“.⁶

Diese Formulierung einer Vereinigungstheorie erscheint auf den ersten Blick salomonisch, auf den zweiten Blick aber wenig hilfreich, da zu unbestimmt. Die Strafzwecke werden nicht gewichtet, sondern nur addiert (additive Vereinigungstheorie). Damit wird jedem Rechtsanwender ermöglicht, *seine* Strafzwecke durchzusetzen (die dialektische Vereinigungstheorie versucht, dem entgegenzusteuern). Die Offenheit der Strafzwecke setzt sich fort in der „Spielraumtheorie“ bei der Strafzumessung.

Nur im Jugendstrafrecht ist die Zielsetzung eindeutig(er) mit § 2 Abs. 1 JGG definiert.

Das dritte Strafziel des Strafprozesses ist neben der vorrangigen Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeitsverwirklichung die positive Generalprävention, d.h. die Bestätigung der Rechtsordnung, letztlich geht es hier um den Rechtsfrieden.

Auch der rechtstreue Bürger, der nicht unmittelbar durch die Straftat betroffen ist, nicht unmittelbar Verletzungen oder Schäden erleidet, wird durch eine Straftat tangiert. Sein Vertrauen in die Rechtsordnung kann beeinträchtigt werden. Er selbst bemüht sich, rechtstreu zu sein, sieht aber, dass andere sich rechtsuntreu verhalten, sieht, dass andere Vorteile aus illegalem Verhalten ziehen. Wer „brav“ seine Steuern zahlt, aber aus den Medien von massenhaften Steuerhinterziehungen erfährt, gerät in die Versuchung der Nachahmung. Die Erwartungen des Bürgers werden durch Straftaten anderer enttäuscht. Das gilt erst recht für die Opfer von Straftaten. Das Verfahren, das aufgrund dieser Enttäuschung einsetzt, das korrigierende Strafverfahren, dient der Kompensation dieser Enttäuschungen. Das Verfahren hat so eine friedensstiftende Funktion.

Es geht im klassischen Strafprozess also um Wahrheit und Gerechtigkeit und indirekt um Rechtsfrieden. Diese hehren Ziele müssen hinterfragt werden. Wenn die Bürger wüssten, wie viele Straftaten den Strafverfolgungsbehörden gar nicht bekannt werden, weil sie nicht angezeigt, nicht ermittelt werden, wäre die Herstellung des Rechtsfriedens durch Strafverfahren in den bekannt gewordenen Fällen von Straftaten ein fast unmögliches Unternehmen. Wenn sie zusätzlich wüssten, dass von den bekannt gewordenen Straftaten ca. 45 % eingestellt werden müssen, weil kein Tatverdächtiger ermittelt wurde oder weil die Beweise für eine Anklageerhebung nicht ausreichen, würden die Bürger erst recht am Rechtsstaat verzweifeln. Der Sozialwissenschaftler *Popitz* spricht deshalb von der Präventivwirkung des Nichtwissens: „Die Strafe kann ihre soziale Wirksamkeit nur bewahren, solange die Mehrheit nicht bekommt, was sie verdient.“⁷ Darüber hinaus gibt es Grenzen der Wahrheitserforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung. Die Wahrheitsforschung ist nicht absolut angelegt.

⁴ Im Internet abrufbar unter

http://www.djt.de/fileadmin/downloads/68/68_djt_beschluess_e.pdf (3.4.2013); veröffentlicht auch in StV 2011, 55 (56); s.a. die Ergebnisse des 35. Strafverteidigertages = StV 2011, 321.

⁵ S. hierzu Fn. 24.

⁶ BVerfGE 45, 187 (253).

⁷ *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968, S. 20.

III. Grenzen der Wahrheitsforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung⁸

1. Entscheidungszwang in der Praxis

Die erste Einengung des Wahrheitsstrebens erfolgt durch die Vorgabe der Notwendigkeit einer Entscheidung. Nicht allgemein Gerechtigkeit, sondern die gerechte Entscheidung ist das Ziel. Nicht ohne Grund bilden Entschlusskraft und Entscheidungsfreudigkeit wesentliche Beurteilungskriterien für Richter und Staatsanwälte. In der Praxis wird verlangt, dass eine Konfliktsituation, die nicht selten in einem jahrelangen Prozess entstanden ist, von wenigen Personen in einer limitierten Zeit erfasst und verstanden wird. Soweit dies überhaupt möglich ist, werden die Verfahrensziele zusätzlich durch Arbeitsüberlastung und Zeitbedrängnis eingeschränkt. Praktikabilitätsgründe, wozu auch Kostengesichtspunkte zählen, bereiten oftmals dem Suchen nach Wahrheit und Gerechtigkeit vorzeitig ein Ende.

2. Rechtsstaatliche Grenzen

Rechtsstaatliche Grenzen stehen als zweites einer unbegrenzten Wahrheitsforschung entgegen. Hierzu sind die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO zu rechnen, die sich auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde und den Schutz der Persönlichkeit (Art. 1 und 2 GG) stützen. Die Unschuldsvermutung für den Beschuldigten, festgeschrieben in Art. 6 Abs. 2 EMRK, führt nicht nur dazu, dass bei nicht aufklärbaren Zweifeln der für den Beschuldigten günstigere Sachverhalt als wahr angenommen wird, sondern dieses Prinzip bestimmt auch den Weg der Ermittlungstätigkeit. Diese muss immer in der Art und Weise erfolgen, dass sich als mögliches Ergebnis die Unschuld des Beschuldigten zeigt. Die Wahrheitssuche wird weiterhin eingeengt durch das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, durch die begrenzte Zahl der Beweismittel. Der Revisionsrichter muss eine fiktive Wahrheit unterstellen, auch wenn er die Unrichtigkeit erkennt. Da auch diese prozessualen Regelungen ein Ausfluss des Gerechtigkeitsprinzips sind, zeigt sich ein Zielkonflikt zwischen Wahrheitserforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung. Dieser ist allgemein zugunsten des Gerechtigkeitsprinzips entschieden, so dass die Zieldefinition lautet: die gerechte, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen beweisbare Entscheidung. Es geht also nicht um die „reine“ Wahrheit, sondern um eine prozessuale Wahrheit. Auch für den zweiten Bereich strafrichterlicher Tätigkeit, die Strafzumessung oder Sanktionsanordnung, gibt es rechtsstaatliche Grenzen. So muss die Persönlichkeitserforschung z.B. mithilfe von Gutachtern für die Prognoseentscheidung immer im Verhältnis zur Tat und der damit indizierten Gefährlichkeit des Täters stehen.

3. Tatsächliche Grenzen

Ein z.T. sehr lang zurückliegendes Ereignis soll in der Hauptverhandlung realitätsgetreu abgebildet werden. Schon die ursprüngliche Wahrnehmung des Tatereignisses durch Zeugen entspricht nicht immer der Realität. Wahrnehmungstäuschun-

gen und schlussfolgernde Rekonstruktionen eines tödlich verlaufenen Verkehrsunfalls sind keine Seltenheit. Dies gilt insbesondere für Personen, die an der Tat beteiligt sind. Es folgt die Zeit der Bewahrung des Tatereignisses im Gedächtnis, realistischer ausgedrückt des Vergessens des Tatereignisses. Hinzu treten Verzerrungen durch Verarbeitung von Tatfolgen. Hierzu tragen bei

- die Kommunikation über Tat und Täter mit Partnern, Familienangehörigen, Freunden und anderen Tatbetroffenen,
- Hilfe und Therapie durch Ärzte, Seelsorger, Therapeuten,
- die Berichterstattung und Kommentierung in den Medien.

Schließlich muss das noch realitätsbezogen im Gedächtnis Bewahrte im Prozess so eingebracht werden, dass es von den juristischen Verfahrensbeteiligten verstanden wird. Ausdrucksschwierigkeiten, psychische Hemmungen gegenüber den „Robenträgern“ und die juristische Fachsprache können die richtige Darstellung bzw. Wahrnehmung beeinträchtigen bzw. verhindern. Bei streitigen Kausalketten sind auch die Sachverständigen nicht immer in der Lage, eindeutige Beweise zu liefern. Der Gesetzgeber hat diese Unsicherheiten erkannt und reduziert die Beweiswürdigung letztlich auf die subjektive Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO).

4. Strafrechtsdogmatische Verkürzungen bzw. Verallgemeinerungen

Die Einteilung von Angeklagten in normale Schuldfähige, verminderte Schuldfähige und Schuldunfähige auf der Grundlage eines veralteten psychologisch-psychiatrischen Verständnisses („schwere seelische Abartigkeit“ – § 20 StGB) reduziert die geistig-psychische Situation von Menschen. Gutachter tun sich immer wieder schwer, diese normative Reduktion von menschlicher Komplexität nachzuvollziehen. Ebenso wird die geistig-psychische Einstellung zur Tat mit den Schablonen von Vorsatz und Fahrlässigkeit verkürzt, auch wenn hier weitere Differenzierungen in *dolus directus* 1. und 2. Grades, in *Eventualvorsatz* sowie in bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit erfolgen. Hinzu kommt, dass auf innere Einstellungen häufig nur indiziell geschlossen werden kann. Welcher Beschuldigte räumt schon ein, dass er den Erfolg billigend in Kauf genommen hat? Tatbestandsvoraussetzungen wie Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB sowie öffentlicher Friede in § 130 StGB können nur mit großen juristischen Anstrengungen so für eine Subsumtion konkretisiert werden, dass sie noch dem Bestimmtheitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG genügen.

5. Prognostische Probleme

Zur Beantwortung der Straffrage sind im Rahmen der so genannten Straftheorien für die Spezial- und Generalprävention Prognosen anzustellen: Gefährlichkeitsprognose für den Straftäter, Sanktionsprognose hinsichtlich der Wirkung der Sanktion zur Behebung der angezeigten Gefährlichkeit, Wirkungsprognose hinsichtlich von generalpräventiver Abschreckung und Normbestätigung. Abgesehen davon, dass derartige Prognosen, weil in die Zukunft gerichtet, immer mit Unsicherheitsfaktoren verknüpft sind, fehlen vielfach die tatsächlichen

⁸ S. bereits Ostendorf, Strafprozessrecht, 2012, Rn. 14 ff.

Grundlagen für die Erstellung einer solchen Prognose. Dies gilt insbesondere für die Feststellung negativ-generalpräventiver Wirkungen von Straftaten und der Notwendigkeit positiv-general-präventiver Sanktionen. Vor allem sind die juristischen Entscheider für derartige Prognosen in der Regel fachlich nicht ausgebildet, infolgedessen sie vielfach wiederum Zuflucht zu den absoluten Straftheorien nehmen.

Der Wahrheits- und Gerechtigkeitsanspruch im Strafprozess muss somit erheblich relativiert werden. Der hehre Anspruch der Verfahrensziele ist damit in die Alltagswirklichkeit zurückgeholt. Dem klassischen Wahrheitsbegriff in der Formulierung des *Aristoteles*: *adaequatio rei et intellectus* (Gleichheit von Sache und Geist) steht der juristische, systemfunktionale Wahrheitsbegriff mit einem begrenzten Gerechtigkeitsziel gegenüber.

IV. Strafprozessökonomie in der Praxis

Diese faktischen und rechtlichen Grenzen spiegeln sich in verschiedenen Erledigungsformen des Strafprozesses wider.

Die Staatsanwaltschaft kann zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens folgende Entscheidungen treffen:

1. Abschluss des Ermittlungsverfahrens

- Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO)
- Einstellung aus zwingenden Gründen (§ 170 Abs. 2 S. 1 StPO)
- Einstellung aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO, § 45 JGG)
- Verweisung auf die Privatklage (§ 376 StPO)

2. Anklageerhebung

- Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung (§ 199 Abs. 2 StPO)
- Strafbefehlsantrag (§§ 407 ff. StPO)
- Antrag im beschleunigten Verfahren (§§ 417 ff. StPO) bzw. im vereinfachten Jugendverfahren (§§ 76-78 JGG).

In der Praxis sieht dies wie in *Abbildung 2* (S. 179) und *Abbildung 3* (S. 180) dargestellt aus.

Die 3 %-Erledigungen in *Abbildung 3* durch Strafbefehl sind nicht die Erledigungen des Ermittlungsverfahrens nach Beantragung eines Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft, sondern Strafbefehlserledigungen nach „normaler“ Anklageerhebung und Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeklagte nicht zur Hauptverhandlung erscheint (§ 408a StPO). Hierbei werden Opportunitätsentscheidungen gem. § 153a StPO keineswegs allein in Bagatellfällen getroffen. So wurde das Verfahren im sog. Mannesmann-Prozess gegen Ackermann und fünf Mitangeklagte gegen Zahlung von insgesamt 5,8 Mio. Euro gem. § 153a Abs. 2 StPO eingestellt.⁹ Dies kann man positiv als „prozessrechtliche Entkriminalisierung“ bewerten oder als „rechtsstaatliche Willkür“ kritisieren oder auch als „prozessökonomische Notwendigkeit“ hinnehmen. In jedem Fall wissen die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeiten der Prozessökonomie zu nutzen. Die Finanzminister

⁹ S. Kieler Nachrichten v. 30.11.2006.

und die gemeinnützigen Organisationen freuen sich über die Geldbußenzuweisungen.

Der Wandel vom klassischen Strafprozess ist somit nicht erst mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eingetreten, er hat schon lange vorher eingesetzt:

- 1924 mit der Einführung des heutigen § 153 StPO sowie mit der Ausdehnung des § 154 StPO¹⁰
- 1964 mit der Einführung des § 154a StPO¹¹
- 1974 mit der Einführung des § 153a StPO¹²

Auch in dem bereits angesprochenen Strafbefehlsverfahren wird weitgehend auf die Wahrheitserforschung verzichtet.

Die Begründungen für dieses Verfahren lauten:

- 1. Wir tun dem Beschuldigten nur Gutes, indem wir darauf verzichten, ihn in einem öffentlichen Prozess bloßzustellen.
- 2. Er kann sich ja wehren, er kann Einspruch einlegen.
- 3. Aus prozessökonomischen Gründen sind wir gezwungen, diese Verfahrenserledigung zu wählen.

Dementsprechend werden von den Staatsanwaltschaften mehr Anträge auf Erlass eines Strafbefehls als Anklagen zu einer mündlichen Hauptverhandlung erhoben. Im Rahmen dieses Verfahrens sehen in der Regel weder ein Staatsanwalt noch ein Richter den Beschuldigten noch sprechen sie mit ihm. Bezeichnend sieht der Gesetzgeber in dem Strafbefehlsverfahren „eines der wichtigsten Institute der Strafprozessordnung zur ökonomischen Verfahrenserledigung“.¹³

Bevor ich zur abschließenden Bewertung der Verständigung im Strafverfahren komme, sozusagen dem Endpunkt, dem bisherigen Endpunkt in dem Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess, ein Wort zur Kronzeugenregelung.

Die mit § 46b StGB animierte Ermittlungshilfe mit der Folge des Absehens von Strafe bzw. der Strafmilderung wird auch als „große“ Kronzeugenregelung bezeichnet: Der Täter als Zeuge der „Krone“, d.h. des Staates zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten. Diese Kronzeugenregelung wurde durch das 43. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29.7.2009 eingefügt. Daneben gibt es „kleine“ Kronzeugenregelungen gem. §§ 129 Abs. 6 Nr. 2, 129a Abs. 7 StGB und § 31 BtMG. Die Regelung für die Geldwäsche in § 261 Abs. 10 StGB ging im Anwendungsbereich der neuen Kronzeugenregelung auf und wurde daher gestrichen. Diese Sanktionsbestimmungen gewinnen strafprozessual unmittelbar über § 153b StPO Bedeutung, da eine solche Ermittlungshilfe

¹⁰ Gem. Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924 („Emminger Verordnung“) = RGBl. I 1924, S. 15.

¹¹ Gem. Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG v. 19.12.1964 = BGBl. I 1964, S. 1067.

¹² Gem. Einführungsgesetz zum StGB v. 2.3.1974 = BGBl. I 1974, S. 469.

¹³ So die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“ v. 27.9.1991 = BT-Drs. 12/1217, S. 42.

bereits zur Einstellung des Verfahrens führen kann. Im Hinblick auf die Wahrheitsermittlung ist die Kronzeugenregelung nicht unproblematisch, da naturgemäß ein Täter, der in den „Genuss“ einer Strafmilderung oder eines Strafverzichts kommen kann, geneigt ist, Tatverantwortlichkeiten auf andere Tatbeteiligte abzuschieben. Hinzu tritt das Problem einer unvoreingenommenen Beweiswürdigung bei einem späteren Verfahren gegen die vom Kronzeugen belasteten Angeklagten, wenn ein Gericht, eventuell dasselbe Gericht, seinen Ausführungen bereits rechtskräftig Glauben geschenkt hat.

Zusätzlich zu den gesetzgeberischen Einschränkungen bei der Wahrheitssuche und Gerechtigkeitsverwirklichung hat der BGH¹⁴, bestätigt durch das BVerfG¹⁵, d.h. die Justiz als dritte Gewalt im Staate, diese Verfahrensziele hintangestellt, so bei der Entwicklung der sog. Fristenlösung, um mit einer Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen die Ablehnung späterer Beweisanträge wegen Prozessverschleppung gem. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO zu erleichtern. Ob die Justiz hierzu legitimiert ist, ist in der Rechtswissenschaft höchst umstritten.¹⁶ Umgekehrt hat der BGH,¹⁷ ebenfalls bestätigt durch das BVerfG,¹⁸ die Protokollberichtigung mit der so genannten Rügeverkümmern bei einer Verfahrensrüge in der Revision – was für ein Unwort „Rügeverkümmern“ – im Interesse der materiellen Wahrheit gerechtfertigt. In Wahrheit geht es auch hier um die Interessen der Verfahrensökonomie, weil ohne Protokollberichtigung das Urteil in der Revision aufgehoben und erneut verhandelt werden müsste.

V. Das Verständigungsgesetz – eine Mogelpackung

Nun aber zur Bewertung der gesetzlichen Neuregelung zur Verständigung im Strafverfahren.

Urteilsabsprachen bringen in der Regel für den Angeklagten Vorteile: geringere Sanktionierung, Vermeidung einer längeren Hauptverhandlung mit entsprechenden Bloßstellungen und Abwertungen in der Öffentlichkeit, Abkürzung einer eventuellen U-Haft. Vorteile hat auch die Strafjustiz, die so die Arbeitsbelastung besser bewältigen kann. Es können aber auch Nachteile für den Angeklagten entstehen, wenn von Seiten der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zunächst eine überhöhte Sanktionierung in den Raum gestellt wird, wodurch sich der Angeklagte „genötigt“ sieht, diese mit einem Geständnis und einer Urteilsabsprache abzuwehren. Es wird also mit einer überzogenen Strafandrohung, mit der Fortsetzung der Untersuchungshaft zunächst Druck auf den Angeklagten ausgeübt. Nach einer Befragung von 330 Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern aus Nordrhein-Westfalen durch *Altenhain* ist mehr als die Hälfte der Verteidiger davon überzeugt, dass ihre Mandanten aufgrund der angedrohten höheren Strafe ein teilweises Falschgeständnis abgeben. Und die Richter gaben an, dass sie Geständnisse, wenn überhaupt, nur oberflächlich nach Aktenlage überprüfen.¹⁹ Unabhängig davon kann in der

Drucksituation ein voreiliges Einverständnis abgegeben, später aber nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erst das Gewicht der Sanktionierung deutlich werden. Nachteile müssen hinsichtlich der Aufklärung der Tatvorwürfe („Wahrheitsermittlung“) und einer gerechten Sanktionierung befürchtet werden. Die Amtsaufklärungsmaxime (§ 244 Abs. 2 StPO) wird trotz formaler Weitergeltung (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) aufgegeben, wenn nur noch das nicht überprüfbare bzw. überprüfte Geständnis Grundlage des Urteils ist. Dementsprechend kritisch bzw. zurückweisend sind vielfache Stimmen in der Rechtslehre. *Schünemann* sieht in dem Verständigungsgesetz „ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats“²⁰. Hinzu kommen Ungleichbehandlungen anderer Angeklagter sowie der Verdacht, dass gerade gut verteidigte Angeklagte, d.h. in der Praxis auch häufig finanziell gut betuchte Angeklagte vor Gericht „besser davorkommen“. Der Verdacht wird zusätzlich dadurch genährt, dass Urteilsabsprachen in Zwiegesprächen zwischen den Hauptbeteiligten angebahnt werden, häufig unter Ausschluss von Schöffen und regelmäßig unter Ausschluss des Verletzten, auch von Nebenklägern. Schließlich ist zu befürchten, dass der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts faktisch unterlaufen wird, indem die Beendigung der Rechtsmittelfrist einvernehmlich abgewartet wird. Ein Rechtsmittelverzicht kann auch wie folgt hergestellt werden: In der Entscheidung des *1. Strafsenats* des BGH vom 14.4.2010²¹ war die Angeklagte nach einer Verständigung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ohne Bewährung verurteilt worden. Wie mit der Staatsanwaltschaft zuvor abgestimmt, legte der Pflichtverteidiger noch am Tag der Urteilsverkündung Revision gegen das Urteil ein, um diese anschließend keine Stunde später wieder zurückzunehmen. Innerhalb der Rechtsmittelfrist legitimierte sich dann ein neuer Wahlverteidiger und legte auf ausdrücklichen Wunsch der Angeklagten erneut Revision ein. Diese Revision wurde vom *Senat* als unzulässig verworfen, weil die erste Revision durch den Pflichtverteidiger wirksam zurückgenommen wurde. Die Unzulässigkeit gründet sich auf der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die Zurücknahme der Revision zum Verlust des Rechtsmittels führt.²²

Fazit: Das Verständigungsgesetz ist „ein fauler Kompromiss“ von Praxisbedürfnissen und Verfahrensprinzipien, der aus dogmatischer Sicht nicht befriedigen kann. Es ist eine „Mogelpackung“,²³ weil auf der einen Seite der Schuldpruch und damit die Wahrheitssuche nicht Gegenstand der Verständigung sein darf, auf der anderen Seite ein formales Geständnis, abgegeben mit dem Ziel einer milden Bestrafung, für die Verurteilung ausreichend ist. Auch bleibt abzuwarten, ob damit einer ausufernden Praxis Grenzen gesetzt werden. Die

¹⁴ BGH StV 2006, 113; BGH StV 2011, 646.

¹⁵ BVerfG StV 2010, 113; BVerfG NJW 2010, 1036.

¹⁶ S. die Nachweise bei *Ostendorf* (Fn. 8), Rn. 366.

¹⁷ BGHSt 51, 298 (310 f.).

¹⁸ BGH NJW 2009, 1469.

¹⁹ S. *Süddeutsche Zeitung* v. 2.11.2012.

²⁰ *Schünemann*, ZRP 2009, 104.

²¹ BGHSt 55, 82.

²² *Fischer* (ZRP 2010, 249 [250]) hat dieses Verfahren als einen „von Bauernschläue geprägten Trick“ geißelt.

²³ So *Heller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, No big deal?, 2012, S. 328.

das Gesetz vernichtende Kritik („So nicht“) muss sich allerdings fragen lassen: „Wie denn?“²⁴

VI. Auswirkungen von Entformalisierung für die Beantwortung der Straffrage

Hierbei sind auch die Auswirkungen auf das materielle Strafrecht für die Beantwortung der Straffrage zu bedenken.

Je mehr auf die Wahrheitsermittlung, d.h. auf die Schuld festgestellt wird, umso weniger kann die absolute Straftheorie des Schuldausgleichs verwirklicht werden.

Auch die negative Generalprävention, potenzielle andere Straftäter durch in öffentlichen Verhandlungen ausgeurteilte Strafen abzuschrecken, muss in einem ökonomischen Strafprozess mit Opportunitätseinstellungen, schriftlichen Verurteilungen (Strafbefehlen) und ausgehandelten Strafmilderungen leiden, wenn sie denn überhaupt funktioniert.

Die Individualprävention kann umgekehrt an Gewicht zunehmen, wenn Stigmatisierungseffekte vermieden und im Wege einer kooperativen Sanktionierung Schuldeinsicht und Strafakzeptanz vermittelt werden.

Für die positive Generalprävention, für die Bewährung der Rechtstreue, bleibt unverzichtbar, dass ein faires Verfahren – auch durch die Gewährung von Rechtsmitteln – durchgeführt wird und die Strafjustiz ihre „ökonomischen“ Entscheidungen der Öffentlichkeit gegenüber begründet. Wenn damit gleichzeitig medial angestachelte Strafbedürfnisse domestiziert werden, kann auch der ökonomische Strafprozess zur Wahrung der Strafkultur beitragen.

Hier werden denn auch weitere Begründungen für den Wandel in den strafprozessualen Entscheidungen zur Entformalisierung deutlich: Vermeidung von Stigmatisierung und ein Mehr an Prävention i.S.v. Individual- oder Spezialprävention. Im Jugendstrafrecht sind Vermeidung von Stigmatisierung und Förderung von Individualprävention sogar die tragenden Begründungen für die sog. Diversion gem. den §§ 45, 47 JGG.²⁵ Der Schuldgrundsatz bildet dann nur noch die Voraussetzung für eine Bestrafung und limitiert die Höhe der Bestra-

fung.²⁶ Die inhaltliche Ausfüllung der Sanktionierung erfolgt nach den Grundsätzen von Notwendigkeit, Geeignetheit und Angemessenheit, was zu einer „Wiedervereinigung“ von Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, zu der Abkehr vom sog. zweispurigen Sanktionensystem und hin zu einem einheitlichen Sanktionensystem führt²⁷ – was in der Justizpraxis ohnehin weitgehend so gehandhabt und mit dem Vikariierungssystem (§ 67 StGB) und im Jugendstrafrecht noch weitgehend mit § 5 Abs. 3 JGG für freiheitsentziehende Sanktionen auch theoretisch angelegt ist.

VII. Stattdessen: Schuldinterlokut und kooperative Sanktionierung

Eindeutige Feststellung von Tatschuld als Voraussetzung und Limitierung von Sanktionierung bzw. eindeutiger schuldunabhängiger Tatnachweis unabhängig von inhaltlicher Konkretisierung der Sanktionen (Strafen und Maßregeln) lässt sich mit dem „Schuldinterlokut“ praktizieren. Und dann kann anschließend im zweiten Teil der Hauptverhandlung auch eine kooperative Sanktionierung angesteuert werden.

Kooperative Sanktionierung ist etwas anderes als die Verständigung im Strafprozess gem. § 257c StPO, wo es primär um die Abkürzung des Verfahrens, um die Verfahrensökonomie geht.²⁸

Kooperative Sanktionierung will den Beschuldigten/Angeklagten einbinden in die Sanktionierung, will Unrechtseinsicht und Sanktionsakzeptanz vermitteln und fördern, insbes. im Jugendstrafrecht bei helfenden/betreuenden Sanktionen wie bei der Betreuungsweisung, dem sozialen Trainingskurs und dem Täter-Opfer-Ausgleich – ich nenne das „emanzipative Resozialisierung“.²⁹ Die Subjekttrolle des Angeklagten im Strafprozess bedeutet auch, ihn im Rahmen der Sanktionierung ernst zu nehmen, als Subjekt einzubeziehen.

Der Täter-Opfer-Ausgleich ist auch Ziel im Erwachsenenstrafrecht. Gem. § 155a StPO sollen Staatsanwaltschaft und Gericht in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen, einen Ausgleich zwischen Beschuldigten und Verletzten zu erreichen. In geeigneten Fällen sollen sie darauf hinweisen. Gem. § 46a StGB kann nach Durchführung des Täter-Opfer-Ausgleichs die Strafe gemildert oder sogar auf Strafe verzichtet werden. Bei Weisungen und Auflagen in der Bewährung hat der Gesetzgeber sowohl im Erwachsenen- wie im Jugendstrafrecht dem aktiven Anerbieten, d.h. Zusagen des Verurteilten einen Vorrang eingeräumt (§§ 56b Abs. 3, 56c Abs. 4 StGB, § 23 Abs. 2 JGG). Für die kooperative Sanktionierung ist das sog. Schuldinterlokut, ein vorläufiges Zwischenfazit nach der Beweiserhebung über die Schuld, über die Straftaten, mit entsprechender rechtlicher Bewertung hilfreich. Auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung

²⁴ Mittlerweile hat das BVerfG (Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10; s. dazu *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 [in dieser Ausgabe]) die gesetzliche Abspracheregulation aus verfassungsrechtlicher Sicht gebilligt („noch nicht verfassungswidrig“). Angesichts der im Verfahren festgestellten Überschreitungen der gesetzlichen Regeln („der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes“) hat es aber gefordert:

- Zur Einhaltung des Schuldprinzips darf sich das Gericht nicht mit einem formalen Geständnis zufriedengeben. Es muss ein Geständnis ernsthaft auf seine Glaubhaftigkeit überprüfen.

- Zur Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips muss das gesetzliche Transparenzgebot eingehalten werden, um geheime Absprachen zu verhindern. Zu diesem Zweck ist der Ablauf der Verständigungsabsprache im Protokoll der Hauptverhandlung zu dokumentieren – zur Vermeidung einer Falschbeurkundung im Amt.

²⁵ S. *Ostendorf*, Jugendstrafrecht, 7. Aufl. 2013, Rn. 96.

²⁶ S. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2013, § 5 Rn. 2 ff.

²⁷ S. *Ostendorf* (Fn. 25), Rn. 51.

²⁸ S. bereits *Ostendorf* (Fn. 25), Rn. 52.

²⁹ S. *Ostendorf*, in: Beulke/Lüderssen/Popp/Wittig (Hrsg.), Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, Symposium für Bernhard Haffke zum 65. Geburtstag, 28./29. März 2009, Universität Passau, 2009, S. 70.

kann dies nach entsprechender Information der Verfahrensbe- teiligten von den Gerichten praktiziert werden. Dass dies bei unbedingten Freiheitsstrafen nur sehr begrenzt möglich ist, ist allerdings selbstverständlich, weil insoweit eine Kooperation des Angeklagten nicht zu erwarten ist. Aber Freiheitsstrafen ohne Bewährung werden im Erwachsenenstrafrecht, wenn es zur Verurteilung kommt nur in ca. 6 % der Verurteilten, im Jugendstrafrecht zu ca. 4,5 % der Verurteilten ausgesprochen. Eine kooperative Sanktionierung kann auch der Prozessöko- nomie dienen, weil damit die Neigung, Rechtsmittel einzulegen, deutlich gedämmt wird. Dies zeigt nochmals das Gewicht der Verfahrensökonomie im Strafprozess auf: Verfahrensöko- nomie ist nicht vom Teufel, ist vielmehr ein legitimer Ge- sichtspunkt, Verfahrensökonomie darf aber nicht die vorran- gigen Prozessziele „Wahrheitsermittlung“, „Gerechtigkeitsver- wirklichung“ und „Herstellung von Rechtsfrieden“ dominie- ren. Verfahrensökonomie darf nur die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“³⁰ sichern.

³⁰ Bei aller Kritik ansonsten an diesem vom BVerfG herange- zogenen Argumentationstopos, s. *Hassemer*, StV 1982, 275.

Abbildung 1: Ziele des Strafverfahrens

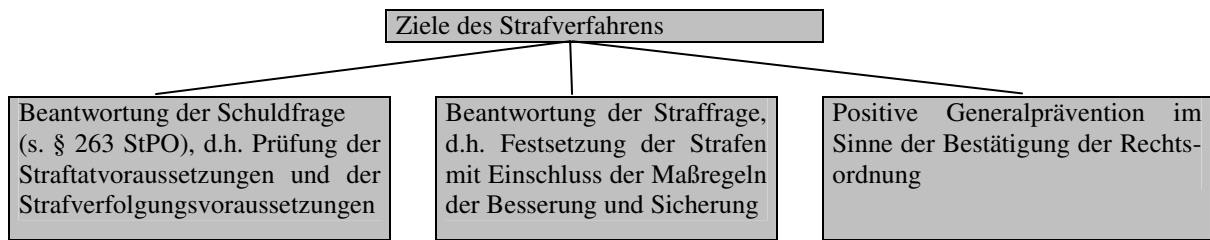
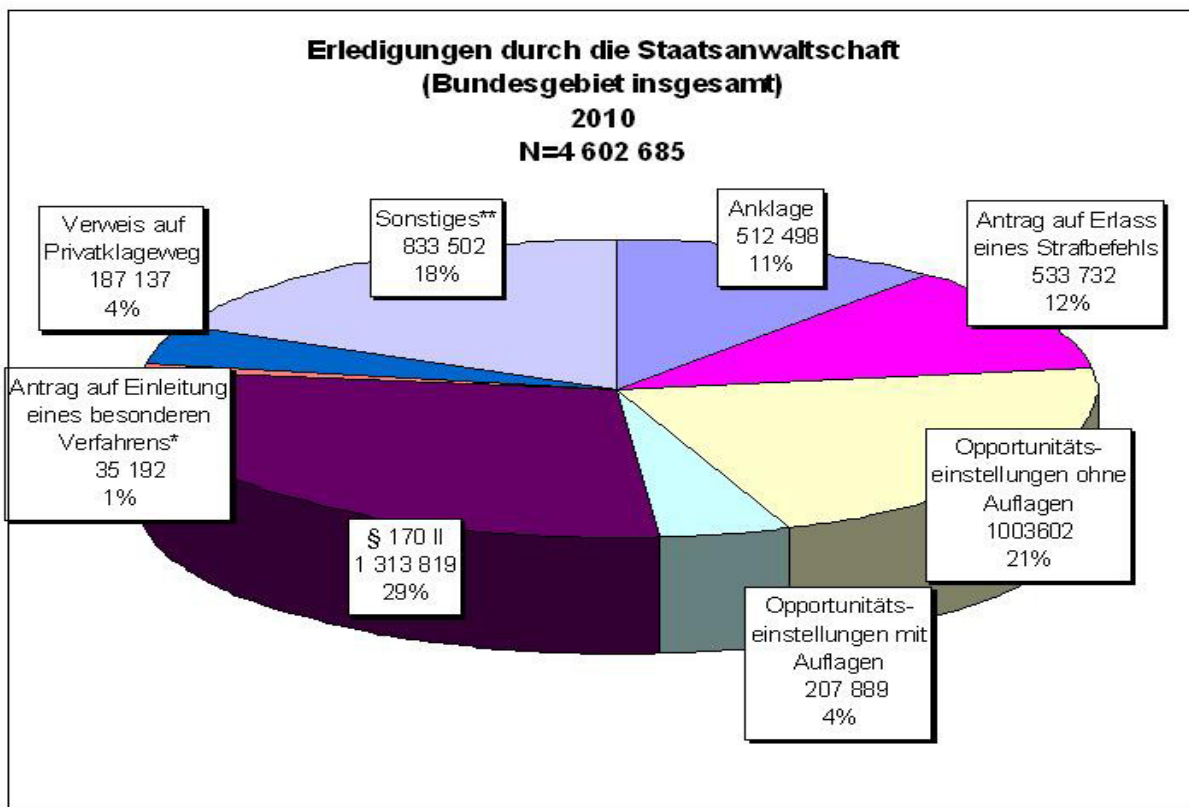


Abbildung 2: Erledigungen durch die Staatsanwaltschaft



* = Sicherungsverfahren, beschleunigtes Verfahren, objektives Verfahren, vereinfachtes Jugendverfahren.

**= Abgabe an die Verwaltungsbehörde als Ordnungswidrigkeit (§§ 41 Abs. 2, 43 OWiG), Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft, vorläufige Einstellung, Verbindung mit einer anderen Sache, anderweitige Erledigung.

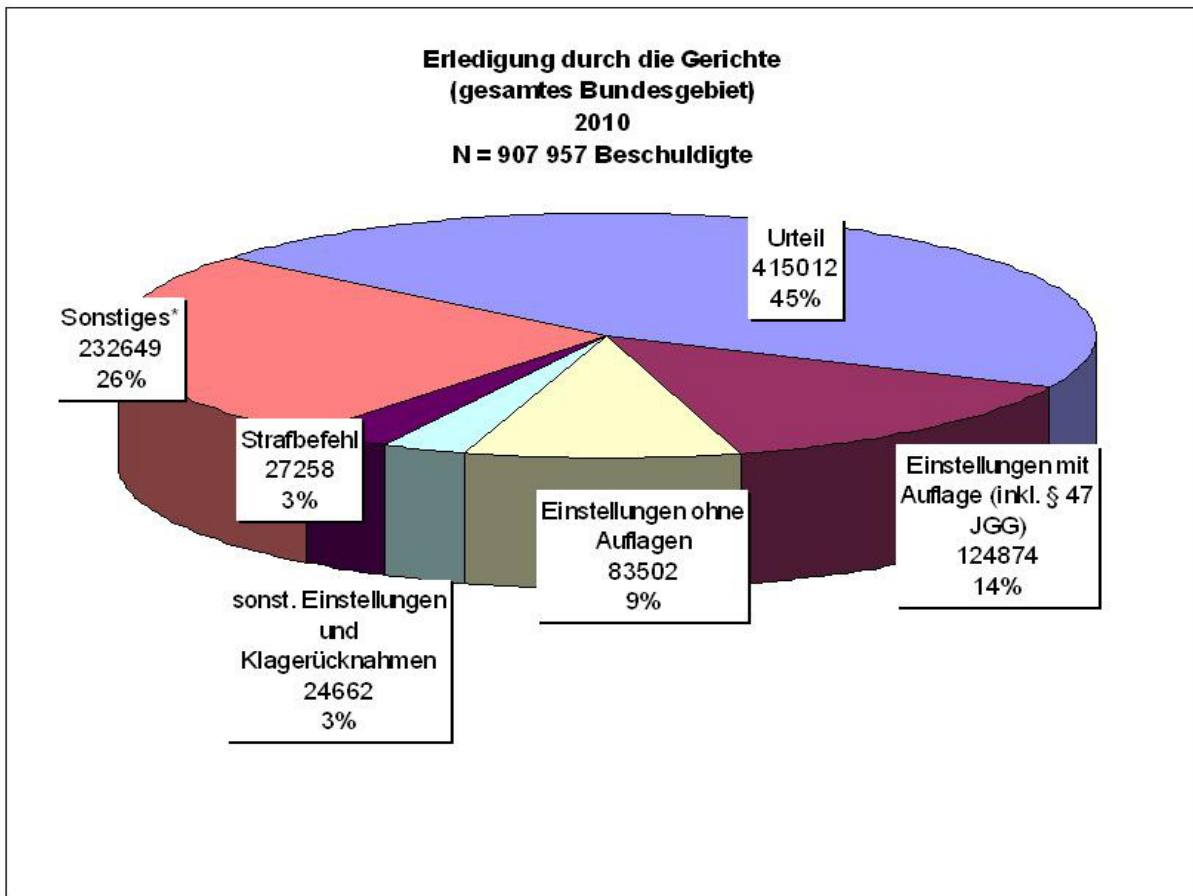
Datenquelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.6 Staatsanwaltschaften, 2010.

Anklage wird zusammengerechnet in 23 % der Verfahren erhoben, aus Opportunitätsgründen werden 25 % der Verfahren eingestellt, aus zwingenden Gründen 29 %. Die Staatsanwaltschaft ist somit quantitativ primär *Einstellungsbehörde* und sekundär Anklagebehörde, wobei qualitativ die Anklagetätigkeit mehr Arbeit beansprucht.³¹

Zusätzlich werden auch von den Gerichten nach Erhebung der Anklage Opportunitätsentscheidungen getroffen, zusammengerechnet 23 %:

³¹ S.a. den Titel der Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein „Strafverfolgung und Strafverzicht“, Ostendorf (Hrsg.), 1992.

Abbildung 3: Erledigung durch die Gerichte



*= Erledigung ausschließlich wegen Ordnungswidrigkeit, Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, Ablehnung der Entscheidung im beschleunigten Verfahren/Entscheidung im vereinfachten Jugendverfahren/Zurückweisung der Privatklage, Vergleich in der Privatklagesache, Zurücknahme der Anklage/des Antrags der Privatklage, Zurücknahme des Einspruchs, Verbindung mit einer anderen Sache, Aussetzung des Verfahrens zusammen, sonstige Erledigungsart.

Datenquelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.3 Strafgerichte, 2010.

Der Umfang einer Schweigepflichtentbindung durch Attestvorlage bei Gericht

Von Dr. Anna Helena Albrecht, Münster

I. Einleitung

Hat das Gericht zu prüfen, ob ein Angeklagter unentschuldigt ausgeblieben ist (etwa in den §§ 230 Abs. 2, 329 Abs. 1 S. 1, 412 S. 1 StPO, § 74 Abs. 2 OWiG), kann es – so die nahezu allgemeine Meinung der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und der Kommentarliteratur – bei Vorlage eines ärztlichen Attestes und dennoch bestehenden Zweifeln an einer hinreichenden Entschuldigung beim erstellenden Arzt weitere Auskunft einholen; in der Vorlage des Attestes soll eine umfassende Entbindung desselben von der Schweigepflicht zu sehen sein.¹ Dementsprechend wird im materiellen Strafrecht eine Strafbarkeit des Arztes nach § 203 StGB verneint, wenn dieser sich auf eine solche Nachfrage hin über die Angaben in dem Attest hinaus zum Gesundheitszustand des Patienten äußert.²

Dieser Annahme einer konkludenten Schweigepflichtentbindung liegt die im Folgenden zusammengefasste Entscheidung des OLG Karlsruhe³ zugrunde: Eine Angeklagte reichte zur Entschuldigung ihres Fehlens in einem Berufungsverhandlungstermin vor dem Landgericht eine von ihrem behandelnden Arzt erstellte, ihre Erkrankung nicht näher bezeichnende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein. Auf telefonische Nachfrage des Vorsitzenden der Strafkammer beim Arzt benannte jener die Erkrankung und erklärte, dass die Angeklagte den-

noch an der Hauptverhandlung teilnehmen können, woraufhin das Landgericht ihre Berufung gem. § 329 Abs. 1 StPO verwarf. Die Angeklagte stellte daraufhin gegen den Arzt Strafanzeige und Strafantrag wegen Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB und betrieb nach Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft das Klageerzwingungsverfahren vor dem OLG Karlsruhe. Aber auch das OLG lehnte das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts des § 203 StGB ab, da in der Attesteinreichung ein zumindest rechtfertigendes Einverständnis mit der Geheimnisoffenbarung zu sehen sei. Eine konkludente und umfassende Erklärung eines solchen sei anzunehmen, „wenn [...] dem Betr. an der Geheimhaltung der fraglichen Tatsache nichts liegt, weil er an ihrer Verwertung durch Dritte, hier durch das Gericht, geradezu ein Interesse hat [...]“. ⁴ Die Vorlage des zu einem anderen Zweck ausgestellten Attestes „geschah ausdrücklich auf Betreiben und im Interesse“ der Patientin, ihr sei die Untauglichkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu dem verfolgten Zweck bekannt und damit auch bewusst gewesen, dass das Gericht nähere Erkundigungen einzuholen verpflichtet gewesen sei. Zudem sei in der Attestvorlage eine konkludente Zeugenbenennung zu sehen, da ein Interesse an der Aufklärung durch Nachfrage beim Arzt bestehe, ohne diesen durch die Notwendigkeit eines Erscheinens vor Gericht von seiner ärztlichen Tätigkeit abzuhalten.⁵

In eine gänzlich andere Richtung als die seitdem ganz herrschende Meinung weist – wenn auch verdeckt – eine Entscheidung des OLG Hamm.⁶ In dem zugrunde liegenden Verfahren reichte ein Angeklagter zur Entschuldigung seines Fehlens im Einspruchstermin gegen einen Strafbefehl ein ärztliches Attest ein, in dem er wegen einer akuten Magenerkrankung für den Verhandlungstag für nicht verhandlungsfähig erklärt wurde. Ohne Nachfrage beim attestierenden Arzt verwarf das entscheidende Amtsgericht den Einspruch gem. § 412 S. 1 StPO mit der Begründung, es habe ohne die Angabe einer genauen Diagnose die Verhandlungsunfähigkeit nicht feststellen können. In einem späteren Schreiben erklärte der Arzt die Kürze des Attestes damit, dass ihn der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Attesterstellung nicht von seiner Schweigepflicht entbunden habe. Nach erfolgloser Berufung legte der Angeklagte Revision zum OLG Hamm ein und rügte, das Amtsgericht habe seine Verhandlungsunfähigkeit bzw. die Unzumutbarkeit seiner Teilnahme an der Hauptverhandlung etwa durch Nachfrage beim behandelnden Arzt weiter aufklären müssen. Das OLG Hamm wies die Rüge als unbegründet zurück. Es stellte zunächst in Zweifel, ob der eingangs geschilderten Rechtsprechung, in der Vorlage eines Attestes sei eine Entbindung von der Schweigepflicht zu sehen, „in dieser Allgemeinheit, im Hinblick auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Angeklagten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m.

¹ OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; BayObLG NStZ-RR 1999, 143; BayObLG StV 2001, 338; OLG Bremen NZV 2002, 195 (196); OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 237; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 120; *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2012, § 74 Rn. 29; *Ignor/Bertheau*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 53 Rn. 279; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 203 Rn. 58; *Neubeck*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 59. Lfg., Stand: November 2010, § 53 Rn. 38; *Paul*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 329 Rn. 9; *Senge*, in: Hannich (a.a.O.), § 53 Rn. 50; zurückhaltender *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (a.a.O.), 46. Lfg., Stand: April 2007, § 230 Rn. 36; der Arzt „kann“ durch Attestvorlage von seiner Schweigepflicht entbunden sein; krit. hingegen *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 52 Rn. 23; wohl auch *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2008, § 203 Rn. 107: „zur angeblich konsentierten Rückfrage bei dem das Attest ausstellenden Arzt irrig OLG Frankfurt NStZ-RR 2005 237“.

² OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141 f.

³ OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; zuvor war bereits anerkannt, dass bei trotz des Attestes fortbestehenden Zweifeln an einer hinreichenden Entschuldigung eine Nachfrage beim Arzt geboten war, s. OLG Saarbrücken MDR 1962, 599 (600); OLG Köln NJW 1982, 2617.

⁴ OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141 (142).

⁵ OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141 (142).

⁶ OLG Hamm, Urt. v. 21.4.2009 – 3 Ss 84/09, abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2009/3_Ss_84_09_urteil20090421.html (Stand: 8.4.2013).

Art. 1 Abs. 1 GG gefolgt werden kann.“ Jedenfalls verneint es eine solche Entbindung im vorliegenden Fall unter Hinweis auf die spätere Erklärung des Arztes, und folgert, dass eine telefonische Nachfrage bei diesem nicht weitergeführt hätte. Gleiches gelte für ein Ersuchen an den Angeklagten um eine Schweigepflichtentbindung, da die spätere Erklärung des Arztes immer noch keine weiteren Angaben zur Ursache enthalten habe, obwohl dem Angeklagten das Nichtausreichen des Attestes zu diesem Zeitpunkt bewusst gewesen sei. Das Amtsgericht habe keinerlei weitere Aufklärungsmöglichkeiten gehabt. Die Verwerfung des Strafbefehls sei daher frei von Rechtsfehlern gewesen.

Das OLG Hamm weicht mit dieser Entscheidung zumindest in drei Punkten von der jeweils wohl herrschenden Rechtsprechung ab. Zunächst nimmt diese eine Verwertbarkeit auch einer unter Schweigepflichtverletzung entstandenen Aussage an,⁷ weshalb nach der Rechtsprechung des BGH selbst dann, wenn sich der Schweigepflichtige auf sein Schweigerecht beruft, die Gerichte ihn auf die dennoch bestehende Möglichkeit einer Aussage hinzuweisen verpflichtet sind.⁸ Jedenfalls Letzteres hat das Gericht unterlassen.

Im Termin waren zudem weder eine Zeugnisverweigerung des Arztes noch eine Versagung der Schweigepflichtentbindung durch den Angeklagten abzusehen, und selbst das nachgereichte Schreiben, soweit die Feststellungen dessen Inhalt mitteilen, lässt auf der Grundlage der eingangs geschilderten Rechtsprechung nicht auf solche zwingend schließen. Weder die Knappheit des Attestes noch deren Begründung mit einer fehlenden Schweigepflichtentbindung im Zeitpunkt seiner Erstellung dürften ihr zufolge eine Abweichung von der Linie des OLG Karlsruhe begründen. Nur eine inhaltliche Unzulänglichkeit ruft überhaupt das Bedürfnis nach weiterer Auskunft durch den attestierenden Arzt hervor. Soll die Schweigepflichtentbindung erst in der Einreichung des Attestes bei Gericht liegen, liegt sie im Zeitpunkt der Attesterstellung in der Regel noch nicht vor. Dass auch Ersteres nicht anzunehmen ist, folgt aus dem nachgereichten ärztlichen Schreiben jedenfalls auf Grundlage der Ausführungen des OLG Hamm ebenfalls nicht. Denn diese lassen offen, inwieweit der Angeklagte auf das spätere Schreiben des Arztes Einfluss nehmen konnte, ob ihm also die erneute inhaltliche Zurückhaltung des Arztes in irgendeiner Form zuzurechnen wäre und als Indiz für ein weiteres Beharren auf einer Einhaltung der Schweigepflicht verstanden werden könnte.

Die Kernaussage der Entscheidung des OLG Karlsruhe betreffen zudem die Zweifel des OLG Hamm an einer Vereinbarkeit der herrschenden Auffassung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Angeklagten. Sie bedeuten nichts anderes als Zweifel an der Möglichkeit an sich, die Einreichung eines Attestes als konkludente Schweigepflichtentbindung auszulegen. Denn träfe Letzteres zu, so läge in der Attestvorlage

⁷ St. Rspr. BGHSt 9, 59 (61 f.); 18, 369 (371); *Senge* (Fn. 1), § 53 Rn. 9; s. zum Streitstand etwa *Rogall*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 28. Lfg., Stand: Oktober 2002, § 53 Rn. 20 ff., 213 ff.

⁸ BGHSt 15, 200.

eine freiwillige Grundrechtsausübung und kein Eingriff, und die Frage nach einer Grundrechtsvereinbarkeit stellte sich gar nicht.

Die Entscheidung gibt daher Anlass, das ansonsten nahezu unumstrittene Verständnis der Attesteinreichung als Schweigepflichtentbindung zu hinterfragen. Die folgenden Ausführungen werden sich der Übersichtlichkeit halber auf die Konstellationen des Ausbleibens im Berufungs- bzw. Einspruchstermin beim Strafbefehl beschränken.

II. Grundlagen

Die Vorschriften der §§ 329 Abs. 1 S. 1, 412 StPO ermöglichen in Ausnahme zu § 230 Abs. 1 StPO eine Entscheidung in Abwesenheit des Angeklagten, wenn jener unentschuldigt ausbleibt. Sie dienen der Verfahrensbeschleunigung und sollen insbesondere eine gezielte Verzögerung der jeweiligen Verfahren durch den Angeklagten verhindern, sind jedoch wegen der damit verbundenen Inkaufnahme einer sachlich unrichtigen Entscheidung sowie der besonderen Bedeutung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten eng auszulegen.⁹

Entscheidend ist ihrem Wortlaut nach, ob der Angeklagte entschuldigt *ist*, nicht ob er sich auch entschuldigt *hat*.¹⁰ Als verfahrenserhebliche Tatsache ist das Entschuldigtsein für die Entscheidung von Bedeutung und daher von der Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO erfasst.¹¹ Diese gebietet eine Aufklärung im Freibeweisverfahren¹², wenn trotz des an

⁹ RGSt 61, 278 (280); BGHSt 17, 188 (189); 23, 331 (332 ff.); OLG Köln NJW 1982, 2617; OLG Frankfurt StV 1988, 100 (101); BayObLG StV 2001, 338; *Frisch*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 7), 25. Lfg., Stand: Oktober 2001, § 329 Rn. 1 ff., dort auch ausführlich zu dem Streitstand hinsichtlich des rechtfertigenden Grundgedankens; *Gössel*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, § 329 Rn. 1 f.; *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 329 Rn. 2; *Paul* (Fn. 1), § 329 Rn. 1; *Weßlau*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 412 Rn. 1.

¹⁰ Statt vieler BGH MDR 1962, 1005 (1006); OLG Saarbrücken MDR 1969, 599; OLG Bremen NZV 2002, 195 (196); OLG Hamm NStZ-RR 2009, 120 m.w.N.; *Frisch* (Fn. 9) § 329 Rn. 18; *Gössel*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 8, 26. Aufl. 2009, § 412 Rn. 19; *Paul* (Fn. 1), § 329 Rn. 7 jeweils m.w.N.; a.A.: *Deutscher*, NZV 1999, 262 (263 f.).

¹¹ Zur Erfassung des Entschuldigtseins spezifisch durch § 244 Abs. 2 StPO etwa OLG Saarbrücken MDR 1969, 599; BayObLG StV 2001, 338; OLG Bremen NZV 2002, 195 (196); *Meyer-Göfner* (Fn. 9), § 329 Rn. 19; zur Erfassung von Verfahrenstatsachen statt vieler *Becker*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 244 Rn. 42; *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 4. Aufl. 2011, § 244 Rn. 12.

¹² BayObLGSt 1997, 145 (147); *Frisch* (Fn. 9), § 329 Rn. 33 m.w.N.; *Weßlau* (Fn. 9), § 412 Rn. 10.

sich hohen Beweiswertes eines ärztlichen Attestes¹³ Zweifel an der Verhandlungsunfähigkeit bzw. der Unzumutbarkeit der Teilnahme an der Hauptverhandlung bestehen.¹⁴ Solche können sich etwa ergeben, wenn das Gericht die Angaben als zur Beurteilung der Verhandlungsunfähigkeit bzw. Unzumutbarkeit nicht ausreichend oder hinreichend glaubhaft erachtet.¹⁵ Der Angeklagte sollte im eigenen Interesse insbesondere solche Entschuldigungsgründe mitteilen, die ansonsten der Kenntnisnahme durch das Gericht entzogen wären, um überhaupt einen Anhaltspunkt für gerichtliche Nachforschungen zu bieten und eine Verweisung auf das Wiedereinsetzungsverfahren zu vermeiden.¹⁶ Eine Mitwirkungspflicht dahingehend, sie glaubhaft zu machen oder nachzuweisen, trifft ihn nicht.¹⁷

Die Amtsaufklärungspflicht findet jedoch ihre Grenze in einer Ausübung des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Letztere liegt nach h.M. im Ermessen des Zeugen.¹⁸ Anderes gilt erst, wenn der Arzt als Zeuge wirksam von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden wird und dadurch eine Aussagepflicht entsteht.¹⁹

Mit der Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht bzw. der den gleichen Regeln folgenden²⁰, ob als Einverständnis oder Einwilligung einzuordnenden,²¹ Zustimmung zur Offenbarung des Geheimnisses in § 203 StGB disponiert der Geheimhaltungsberechtigte über den aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Schutz seiner der Privatsphäre zuzuordnenden²² Daten. Soweit das Vorliegen oder der Gehalt

einer auch konkludent erteilbaren²³ Schweigepflichtentbindung in Frage stehen, sind sie durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.²⁴ Ihr zugrunde zu legen ist der Kenntnis- und Wissensstand des Erklärenden. Als Indizien werden die Natur des Geheimnisses, der Zweck des Anvertrauens und Offenbarens, der übliche Umgang allgemein und der Betroffenen speziell²⁵, das Fehlen eines Interesses an der Geheimhaltung sowie ein besonderes Interesse an einer Verwertung durch Dritte herangezogen.²⁶ Dabei ist besondere Vorsicht geboten, die Interessen des Betroffenen nicht mit verobjektivierten Maßstäben sowie fremden oder gar gegenläufigen Interessen, beispielsweise das Aufklärungs- und Praktikabilitätsinteresse des konkreten Gerichts bzw. der Strafverfolgung allgemein, zu überlagern,²⁷ selbst dann, wenn sich eine nach außen vielleicht unvernünftig erscheinende Gewichtung abzeichnet.²⁸ Um einen hinreichenden Schutz der Privatsphäre zu gewährleisten und sicherzustellen, dass dieser nicht erst durch einen Widerspruch gegen die Offenbarung und Verwertung der geschützten Informationen sichergestellt wird, ist zudem eine gewisse Eindeutigkeit der Erklärung zu verlangen.²⁹

Als gängiges Beispiel für eine konkludente Entbindung eines Schweigepflichtigen werden seine Benennung als Zeuge³⁰ oder der Antritt einer Untersuchung, die gerade zum Zweck der Informationen eines Dritten erfolgt, etwa einer ärztlichen Einstellungsuntersuchung, genannt.³¹

III. Vorliegen und Umfang der Schweigepflichtentbindung durch Attesteinreichung

1. Auf dieser Grundlage ist der vorherrschenden Auslegung der Attesteinreichung als konkludente Schweigepflichtentbindung im Grundsatz zuzustimmen. Bereits der Name des Pati-

¹³ OLG Köln NJW 1982, 2617; OLG Bremen NZV 2002, 195 (196).

¹⁴ OLG Köln NJW 1982, 2617; BayObLG NSTZ-RR 1999, 143; 2001, 338; Brunner, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Fn. 1), 63. Lfg., Stand: Mai 2012, § 329 Rn. 25.

¹⁵ Paul (Fn. 1), § 329 Rn. 8 f. m.w.N. zur Rechtsprechung.

¹⁶ Frisch (Fn. 9), § 329 Rn. 19, 34; restriktiver wohl Gössel (Fn. 9), § 329 Rn. 29; Paul (Fn. 1), § 329 Rn. 8, denen zufolge der Angeklagte solche Entschuldigungsgründe mitteilen *müsse*.

¹⁷ BayObLG StV 2001, 338 (339); OLG Bremen NZV 2002, 195 (196); OLG Hamm NSTZ-RR 2009, 120; Frisch (Fn. 9), § 329 Rn. 34; Paul (Fn. 1), § 329 Rn. 8; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 329 Rn. 6.

¹⁸ BGHSt 9, 59 (61); 15, 200 (202); Senge (Fn. 1), § 53 Rn. 7; a.A. etwa Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 202 f.; Lenckner, NJW 1965, 321 (326); Michalowski, ZStW 109 (1997), 519 (536 f.) für eine aus § 203 StGB abgeleitete Schweigepflicht des Zeugen. Dafür spricht nicht zuletzt, dass auch die StPO in § 53 Abs. 2 S. 1 von einer Schweigepflichtentbindung ausgeht.

¹⁹ Statt vieler BGHSt 18, 146 (147).

²⁰ Lenckner, in: Gössel (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 159 (S. 191 f.); Rogall (Fn. 7), § 53 Rn. 194; Schünemann (Fn. 1), § 203 Rn. 91.

²¹ S. zum Streitstand die Darstellung bei Schünemann (Fn. 1), § 203 Rn. 92.

²² BVerfGE 32, 373 (379); BVerfG NJW 1999, 1777; BGHZ 24, 72 (79): „Geheimsphäre“.

²³ Kargl (Fn. 1), § 203 Rn. 58; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 203 Rn. 24b; Muschallik, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozeß, 1984, S. 63, 120; Senge (Fn. 1), § 53 Rn. 50.

²⁴ Braun, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 222 (S. 244); Cierniak/Pohlitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 203 Rn. 64.

²⁵ Schünemann (Fn. 1), § 203 Rn. 108; zustimmend Cierniak/Pohlitz (Fn. 24), § 203 Rn. 63.

²⁶ Lenckner, NJW 1965, 321 (323).

²⁷ S.a. Braun (Fn. 24), S. 222 (S. 244); allgemeiner BGHZ 116, 268 (273).

²⁸ S. a. Muschallik (Fn. 23), S. 124.

²⁹ Braun (Fn. 24), S. 222 (S. 244); Bongen/Kremer, NJW 1990, 2911 (2912); s.a. BGHZ 115, 123 (127); 116, 238 (273): Einverständnis in Weitergabe von Daten ist „in eindeutiger und unmissverständlicher Weise einzuholen“; ähnlich auch Lenckner/Eisele (Fn. 23), § 203 Rn. 24b; Kargl (Fn. 1), § 203 Rn. 58; Kern, MedR 2006, 205 (206).

³⁰ Statt vieler OLG Karlsruhe NSTZ 1994, 141 (142); OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2005, 237; Ignor/Bertheau (Fn. 1), § 53 Rn. 80; Muschallik (Fn. 23), S. 121.

³¹ Braun (Fn. 24), S. 222 (S. 245); Lenckner/Eisele (Fn. 23), § 203 Rn. 24c; Kargl (Fn. 1), § 203 Rn. 58.

enten oder die Tatsache, dass er bei einem Arzt in Behandlung ist, sind von der Schweigepflicht erfasste Daten,³² erst recht die medizinischen Diagnosen und Symptome. Mit der Einreichung offenbart der Angeklagte bewusst die im Attest enthaltenen Informationen und bringt damit unmissverständlich zum Ausdruck, dass er der Möglichkeit, seinen Rechtsbehelf weiterzuverfolgen, den Vorrang vor der Geheimhaltung der im Attest enthaltenen Informationen einräumt. Gründe, weshalb ihm dennoch daran gelegen sein könnte, eine Nachfrage beim Arzt in dem Umfang der Attestangaben zu verhindern, sind nicht ersichtlich. Bezüglich der im Attest enthaltenen Informationen entbindet er den Arzt durch Attesteinreichung somit konkludent von seiner Schweigepflicht. Wiederholt jener auf Nachfrage des Gerichts den Attestinhalt nur, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 203 StGB aus. Nur wird dies – den Fall der Unleserlichkeit oder des Zweifels an der Glaubwürdigkeit des Erstellers³³ ausgenommen – das Gericht nicht weiterbringen.

2. Dementsprechend nimmt die h.A. eine weitergehende, sogar umfassende Schweigepflichtentbindung an. Anders, als etwa das OLG Karlsruhe meint, kann jedoch hinsichtlich des Wissensstandes des Angeklagten nicht generell unterstellt werden, der juristische Laie kenne den Unterschied zwischen Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit, wisse, dass die Entscheidung nicht der attestierende Arzt, sondern das Gericht zu treffen hat, und könne absehen, welche Informationen jenes dazu benötigt. Die Häufigkeit, mit der unzureichende Atteste eingereicht werden, beweist das Gegenteil. Sie zeigt, dass oftmals schon Ärzte nicht über das entsprechende Wissen verfügen, denn – den Fall der Annahme fehlender Schweigepflichtentbindung des OLG Hamm ausgenommen – schon im Interesse des eigenen Rufes werden sie vermeiden wollen, durch unzureichende Atteste bei Gericht aufzufallen.³⁴ Von juristisch *und* medizinisch ungebildeten Angeklagten, die in der Regel einen Wissensvorsprung ihres Arztes annehmen und sich auf dessen Einschätzung zum Hinreichen des Attestes verlassen werden, kann nicht mehr verlangt werden. Und auch sie werden das Einreichen unzureichender Atteste verhindern wollen, da die Annahme ihrer Entschuldigung in ihrem Interesse an der Weiterverfolgung ihres Rechtsbehelfs liegt und sie daher unnötige Risiken zu vermeiden suchen werden. Etwas anderes würde freilich dann gelten, wenn sie sich sicher sein könnten, das Gericht werde erforderlichenfalls Rücksprache mit dem Arzt halten. Diese Praxis kann jedoch ebenfalls nicht als unter juristischen Laien bekannt vorausgesetzt werden³⁵ und auch nicht als Indiz für eine konkludente Ent-

bindung von der Schweigepflicht gewertet werden. Die Auslegung befände sich sonst in einem Zirkel: Die Vorlage eines unzureichenden Attestes sei als weitergehende Entbindung von der Schweigepflicht auszulegen, weil Angeklagte wissen, dass Gerichte sie so auslegen. Es spricht also einiges dafür, dass jedenfalls unverteidigte Angeklagte oftmals davon ausgehen werden, die im Attest enthaltenen Informationen reichen zu ihrer Entschuldigung aus.³⁶

Diese Grundannahme stellt eine Besonderheit des erörterten Falles gegenüber den oben genannten sonstigen Beispielen konkludenter Schweigepflichtentbindung dar. Im Zeitpunkt der Zeugenbenennung verfügt das Gericht über keinerlei – jedenfalls angesichts des Mündlichkeitsgrundsatzes verwertbaren – Grundstock an Daten, von deren Ausreichen der Patient ausgehen könnte. Vielmehr ist ihm in diesen Fällen bewusst, dass das Gericht durch Nachfrage überhaupt erst einen Einblick erhalten wird. Soweit nicht in solchen Fällen Hinweise darauf vorliegen, dass der Patient bestimmte Umstände zurückhalten will, kann die Zeugenbenennung daher als umfassende Schweigepflichtentbindung verstanden werden. Ähnliches gilt für die Einstellungsuntersuchung. Der angehende Arbeitnehmer oder Beamte weiß in diesen Fällen, dass der Zweck der Untersuchung gerade in der Befriedigung eines recht umfassenden Informationsinteresses von Arbeitgeber oder Dienstherrn durch die Erhebung überhaupt von Daten zu seinem Gesundheitszustand und deren Weiterleitung besteht.³⁷ Dies begründet einen entscheidenden Unterschied selbst zu den Fällen, in denen der Angeklagte den Arzt nur zum Zwecke der Attestierung im Aufklärungsinteresse des Gerichts aufsucht. Nicht der Antritt der Einstellungsuntersuchung ist der Einreichung eines Attestes vergleichbar, sondern eher eine Situation, in der der angehende Arbeitnehmer um den Gehalt der durch den Arzt weitergereichten Informationen weiß und in Frage steht, ob der zukünftige Arbeitnehmer oder Dienstherr über die Mitteilung hinausgehende Informationen beim Arzt erfragen darf.³⁸

Der Angeklagte kann auch ein Interesse daran haben, die weiteren Informationen nicht der Saalöffentlichkeit zu offenbaren. Zu denken ist an allgemein oder auch nur speziell vom Angeklagten tabuisierte Krankheiten wie psychische oder Suchterkrankungen. Bezüglich dieser mag die Abwägung des Angeklagten zwischen dem Interesse an der Weiterverfolgung seines Rechtsbehelfs einerseits und dem Schutz seiner Privatsphäre andererseits anders ausfallen. So kann er noch die Offenbarung der im Attest enthaltenen Informationen, etwa unspezifischer Symptome, in Kauf nehmen, hingegen der Geheimhaltung der zugrunde liegenden Erkrankung Vorrang vor dem Erfolg seines Rechtsbehelfs einräumen wollen. Aus einem abstrakten Interesse an der Weiterverfolgung des

³² BGHSt 33, 148 (151); *Ignor/Bertheau* (Fn. 1), § 53 Rn. 37 m.w.N. und Beispielen.

³³ S. etwa dazu BayObLG NStZ-RR 1999, 143.

³⁴ So sieht offensichtlich auch *Kiehn*, HÄB 2007, 86, unter: <http://www.aerztekammer-hamburg.de/funktionen/aebonline/pdfs/1171876268.pdf> (Stand 8.4.2013), vom Referat Berufsordnung der Ärztekammer Hamburg ein Bedürfnis, die Ärzteschaft auf den Unterschied zwischen Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit hinzuweisen.

³⁵ Auch hierauf weist *Kiehn*, HÄB 2007, 86, die Ärzteschaft hin.

³⁶ S. beispielsweise bei OLG Düsseldorf StV 1985, 316 (317).

³⁷ So auch etwa *Hübner*, Umfang und Grenzen des strafrechtlichen Schutzes des Arztgeheimnisses nach § 203 StGB, 2011, S. 93 f.; *Muschallik* (Fn. 23), S. 65; allgemeiner *Kargl* (Fn. 1), § 203 Rn. 58: konkludente Zustimmung, wenn die Offenbarung „erwartbar“ ist, was er für den Fall der Attesteinreichung annimmt.

³⁸ A.A. etwa OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 237.

Rechtsbehelfs kann daher nicht auf ein vollständiges Entfallen des Geheimhaltungsinteresses geschlossen werden.³⁹

Soweit das OLG Karlsruhe bei der Auslegung des Attestes ein Interesse an einer Auskunft des Arztes ohne erhebliche Unterbrechung seiner ärztlichen Tätigkeit bemüht, dürfte es vielen Angeklagten eine nicht der Realität entsprechende Weitsicht und Rücksichtnahme unterstellen. Selbst in dem Bewusstsein dieser Spannungslage ist es eher unwahrscheinlich, dass ein erkrankter Angeklagter, der sich einerseits um den Erfolg seines Rechtsbehelfs sorgt, andererseits vielleicht gerne eine Offenbarung seiner Erkrankung vermeiden würde, ihr für seine Entscheidung Bedeutung beimisst. Die Erwägungen des OLG Karlsruhe laufen wohl auf eine ergebnisorientierte Fiktion des Angeklagtenwillens hinaus. Das wird insbesondere deutlich, wenn das Gericht im Anschluss ausführt, die Annahme einer auf den Attestinhalt begrenzten Entbindung sei nicht möglich, da die Nachfrage beim Arzt wegen der „offenkundig[en] Unzulänglichkeit“ des Attestes beim Arzt „sinnvoll und erforderlich“ gewesen sei.

Es geht daher zu weit, die Attesteinreichung grundsätzlich auch als eine – jedenfalls eindeutige – über den Gehalt des Attestes hinausgehende, umfassende Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht auszulegen.⁴⁰

3. Das Ergebnis der eingangs dargestellten Rechtsprechung ließe sich daher nur noch dadurch einstellen, dass man Beschränkungen der Schweigepflichtentbindung lediglich in bestimmten Grenzen zuließe, sie also als in gewissem Maße unteilbar betrachtete, und aus dem Vorliegen überhaupt einer in dem Einreichen des Attestes liegenden Schweigepflichtentbindung automatisch einen weitergehenden Umfang ableitete. Dahin deuten etwa Äußerungen wie, die Beschränkung der Schweigepflicht auf bestimmte Vorgänge oder Sachverhalte sei zulässig, nicht jedoch auf einzelne Tatsachen,⁴¹ oder gar, die Entbindung der Schweigepflicht führe grundsätzlich zur Aussagepflicht „in vollem Umfang“⁴²,

während Formulierungen wie „[d]er Geheimnisträger bestimmt den Umfang seines Einverständnisses“⁴³ oder „[d]ie Reichweite der Einwilligung [...] richtet sich nach dem Inhalt der Erklärung“⁴⁴ in die gegenteilige Richtung weisen. Indes wäre auf Grundlage der erstgenannten Äußerungen begründungsbedürftig, weshalb bei einer danach unzulässigen Beschränkung der Schweigepflichtentbindung von der Unwirksamkeit der Beschränkung und nicht der Schweigepflichtentbindung in Gänze auszugehen und damit im Zweifel für eine Offenbarung des Geheimnisses zu entscheiden wäre. Die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG, spricht dagegen. Zudem ist schon fraglich, ob der Schweigepflichtentbindung als Disposition über die Geheimhaltung persönlichkeitsrechtlich geschützter Daten überhaupt solche Grenzen gesetzt werden können. Unabhängig davon, ob man den Zweck der in § 203 StGB strafrechtlich abgesicherten und in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO geschützten Schweigepflicht in der Gewährleistung des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, der – ob im Individual- oder Allgemeininteresse zu schützenden – Verschwiegenheit und des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient oder beider sieht,⁴⁵ ist diesem nur dann gedient, wenn der Einzelne frei über Umfang und Reichweite der Schweigepflichtentbindung entscheiden darf. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt gerade die Befugnis, frei zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Daten preisgegeben werden.⁴⁶ Das Erfordernis, eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung treffen zu müssen, kann demgegenüber dazu führen, dass der Betroffene nicht mehr vollumfänglich offen mit seinem Arzt über seine Erkrankung sprechen wird. Denn kann er absehen, bei Gelegenheit ein Attest zur Vorlage bei Gericht einreichen zu müssen, so wird er sich bei Kenntnis der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung vielleicht auf die Schilderung von Daten beschränken, an denen er kein Geheimhaltungsinteresse hat, und Weitergehendes für sich behalten. Damit ist auch das alternative bzw. zusätzliche Schutzgut der Schweigepflicht, die ungehemmte Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patienten, betroffen. Eine am Schutzgut der §§ 203 StGB, 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO orientierte

³⁹ So wohl OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141, auf Grundlage einer fehlerhaften Rezeption *Lenckners*, NJW 1965, 321 (323): „wenn [...] dem Betr. an der Geheimhaltung der fraglichen Tatsache nichts liegt, weil er an ihrer Verwertung durch Dritte, hier das Gericht, geradezu ein Interesse hat“ gegenüber „sei es, weil ihm an der Geheimhaltung der fraglichen Tatsache nichts liegt, sei es, weil er an ihrer Verwertung durch das Gericht geradezu ein Interesse hat“ (*Hervorhebungen* durch die Verf.).

⁴⁰ S.a. *Kiehn*, HÄB 2007, 86: „Gerichte werten die Vorlage eines Attestes als konkludente Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht gegenüber dem Gericht. Patienten sehen dies manchmal anders [...]“.

⁴¹ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 1257; *Ignor/Bertheau* (Fn. 1), § 53 Rn. 82; *Neubeck* (Fn. 1), § 53 Rn. 38; *Senge* (Fn. 1), § 53 Rn. 52.

⁴² *Ignor/Bertheau* (Fn. 1), § 53 Rn. 82, allerdings mit anschließender Einschränkung; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung, Teil 2, 1957, § 53 Rn. 30; ähnlich *Kohlhaas*, JR 1958, 328; wohl auch die von den Vorgenannten in Bezug genommene Entscheidung BGHSt 18, 146 (147): „Sein Recht beschränkt sich jedoch darauf, den Arzt von seiner Schweige-

pflicht zu entbinden [...] oder eine dahingehende Erklärung abzulehnen“; unklar aber der Bezug auf RGSt 57, 63 (64): „soweit er von der Schweigepflicht entbunden ist.“

⁴³ *Cierniak/Pohlit* (Fn. 24), § 203 Rn. 64.

⁴⁴ *Schünemann* (Fn. 1), § 203 Rn. 108; ähnlich auch *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 40: „[Die Schweigepflichtentbindung] gilt [...] nur für den Teil, mit dessen Offenbarung der Geschützte nach dem, notfalls durch Auslegung zu ermittelnden, Sinn seiner Erklärung einverstanden ist“.

⁴⁵ S. zum Streitstand bezüglich der Schutzrichtung des die Schweigepflicht strafrechtlich absichernden § 203 StGB etwa *Eichelbrönnner*, Die Grenzen der Schweigepflicht des Arztes, 2001, S. 56 ff.

⁴⁶ BVerfGE 65, 1 (42); 80, 367 (373); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, GG Art. 2 Rn. 166.

Auslegung spricht daher grundsätzlich für eine gewillkürte Beschränkbarkeit der Schweigepflichtentbindung. Eine Ausnahme wird man allerdings dann anerkennen müssen, wenn die Beschränkungen der Schweigepflichtentbindung so spezifisch gesetzt sind, dass der Arzt durch die Offenbarung der freigegebenen Informationen wegen deren Unvollständigkeit falsch aussagen würde. Der Schutz der Dispositionsbefugnis des Einzelnen über die Bekanntmachung eigener Daten kann nicht den Arzt zu einer falschen Aussage zwingen. Eine solche Beschränkung ist dann allerdings nicht unbeachtlich, sondern vielmehr der vollständigen Versagung einer Schweigepflichtentbindung gleich zu werten.⁴⁷ Ob sie ein solches Ausmaß erreicht, kann freilich nur der mit dem Geheimnis vertraute Arzt entscheiden.

IV. Lösungswege

Wenn die Einreichung des Attestes alleine nicht als eindeutige umfassende Entbindung des erstellenden Arztes von der Schweigepflicht auszulegen ist und weitere Anzeichen für einen entsprechenden Willen des Patienten fehlen, stellt sich die Frage, welche weiteren Erkenntnismöglichkeiten dem Gericht offenstehen.

Es kann und muss gemäß seiner Aufklärungspflicht beim Arzt nachfragen, ob er durch den Angeklagten von seiner Schweigepflicht entbunden worden ist. Das Vorliegen einer Schweigepflichtentbindung ist eine den Umfang der Aufklärungspflicht bestimmende Tatsache. Da jene die Entscheidungsgrundlage und damit auch die Entscheidung des Gerichts selbst maßgeblich beeinflussen kann, muss sie selbst von der Aufklärungspflicht erfasst sein.⁴⁸ Um Unklarheiten zu vermeiden, ist es sehr zu befürworten, wenn Ärztekammern den Ärzten eine konkrete Absprache mit dem Patienten anraten.⁴⁹ Fehlt es an einer Schweigepflichtentbindung gegenüber dem Arzt, muss das Gericht – die herrschende Auffassung der Verwertbarkeit einer unter Schweigepflichtverletzung zustande gekommenen Aussage zugrunde gelegt – ihn auf die dennoch bestehende Möglichkeit zur Aussage hinweisen und eine solche gegebenenfalls verwerten. Hält der Arzt seine Entscheidung gegen eine Aussage unter Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht weiterhin aufrecht, sind der Aufklärungspflicht des Gerichtes jedenfalls in Richtung der Erkundigung bei ihm rechtliche Grenzen gesetzt. Es bliebe die Möglichkeit einer Nachfrage beim Angeklagten selbst. Zwar ist eine solche nicht aus Gründen der Fürsorge (gemeint ist wohl für den Zeu-

gen) geboten,⁵⁰ wohl aber nach den vorgenannten Erwägungen ebenfalls aus § 244 Abs. 2 StPO. Das Gericht hat daher – ähnlich wie in den Fällen der verweigerten Aussagegenehmigung nach § 54 StPO⁵¹ – den Angeklagten etwa telefonisch zu einer Erklärung über eine Schweigepflichtentbindung zu ersuchen, wenn seine Telefonnummer erfahrbar ist.⁵²

Ist der Angeklagte jedoch nicht erreichbar oder verweigert er eine Schweigepflichtentbindung, ist das Gericht auf andere Beweismittel verwiesen. Nach überwiegender Auffassung soll sich die Aufklärungspflicht in Bezug auf die Feststellung einer Entschuldigung des ausgebliebenen Angeklagten nur auf die Ausschöpfung der sofort verfügbaren Beweismittel erstrecken.⁵³ Jedenfalls seien erhebliche Verzögerungen nicht in Kauf zu nehmen,⁵⁴ so etwa lediglich die Unterbrechung, nicht jedoch die Aussetzung der Hauptverhandlung.⁵⁵ Gerechtfertigt wird eine solche Restriktion mit dem hinter den Verwerfungsregeln stehenden Beschleunigungszweck.⁵⁶ Man könnte nun hinterfragen, weshalb nicht auch diesbezüglich das Postulat der engen Auslegung fortgelten soll und eine möglichst umfassende Aufklärung seitens des Gerichts über das Bestehen eines Entschuldigungsgrundes zu verlangen wäre. Eine Folgebetrachtung zeigt jedoch, dass schon ihre Begründung mit Hilfe des Beschleunigungsgedankens fehlt. Im Zuge der restriktiven Auslegung der Vorschriften ist allgemein anerkannt, dass das Gericht bei Zweifeln trotz eines „noch so dringende[n] Verdacht[s]“⁵⁷ nicht den Rechtsbehelf des Angeklagten gem. §§ 329 Abs. 1 S. 1, 412 S. 1 StPO verwerfen und ihn auf eine Wiedereinsetzung⁵⁸ verweisen kann, solange

⁵⁰ Meyer-Göfner (Fn. 9), § 53 Rn. 45.

⁵¹ Vgl. BGHSt 32, 115 (125 f.); ausführlich dazu auch Ignor/Bertheau (Fn. 1), § 54 Rn. 22.

⁵² Etwas weitgehend die Auffassung des BayObLG NStZ-RR 2003, 87: „Bei dieser Sachlage wäre das Gericht zu Ermittlungen im Freibeweisverfahren verpflichtet gewesen, etwa durch einen Hausbesuch eines Gerichtswachtmeisters oder durch Untersuchung durch einen Landgerichtsarzt in der Wohnung des Angekl., um die behauptete Erkrankung zu überprüfen [...]“

⁵³ OLG Köln VRS 71, 371 (372); OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; BayObLG StV 2001, 338; BayObLG NStZ-RR 2003, 87; KG VRS 107, 119 (120); Meyer-Göfner (Fn. 9), § 329 Rn. 20.

⁵⁴ OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Köln NJW 1982, 2617; Brunner (Fn. 14), § 329 Rn. 21; Frisch (Fn. 9), § 329 Rn. 343; Rautenberg, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 329 Rn. 20.

⁵⁵ BayObLG NStZ-RR 2003, 87 f.; Meyer-Göfner (Fn. 9), § 329 Rn. 20; anders noch BayObLGSt 1997, 145 (147).

⁵⁶ Frisch (Fn. 9), § 329 Rn. 343; Rautenberg (Fn. 54), § 329 Rn. 20.

⁵⁷ OLG Saarbrücken MDR 1969, 599 (600).

⁵⁸ Wobei eine solche grundsätzlich Erfolg haben dürfte, da es in der Regel an dem maßgeblichen Verschulden hinsichtlich der die Entschuldigung begründenden Erkrankung fehlen wird und ein solches bezüglich ihrer Geltendmachung ohne Bedeutung ist, s. Senge, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn. 45.

⁴⁷ Bockelmann (Fn. 44), S. 46 Fn. 38; zustimmend Schünemann (Fn. 1), § 203 Rn. 108; Senge (Fn. 1), § 53 Rn. 52.

⁴⁸ S. etwa auch die Beispiele bei BGH NStZ 1994, 94 (95); Becker (Fn. 11), § 244 Rn. 42: „[Das Gericht] muss erforschen, [...] ob die tatsächlichen Voraussetzungen der jeweils zu treffenden Verfahrensentscheidung vorliegen, etwa ob ein Zeuge verhindert oder unerreichbar ist, ob ein Vernehmungsprotokoll oder sonstige Aussage verlesbar ist, [...] oder sonst ein Beweisverbot besteht“; Ignor/Bertheau (Fn. 1), § 53 Rn. 71: „Gericht darf und muss überprüfen, ob das Zeugnisverweigerungsrecht nach der Sachlage überhaupt besteht.“

⁴⁹ So etwa Kiehn, HÄB 2007, 86.

es nicht von der ungenügenden Entschuldigung überzeugt ist.⁵⁹ Da aber zumeist eine Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten gem. § 232 StPO mangels erweislicher Eigenmacht⁶⁰ ebenfalls nicht möglich sein wird,⁶¹ bleibt dem Gericht ohnehin nur die Möglichkeit, zu vertagen und das Verfahren weiterzuführen. Zugleich nimmt ihm die Beschränkung der Aufklärungspflicht jedoch die Möglichkeit, weitere Nachforschungen zum Entschuldigungsgrund des Angeklagten anzustellen und nach Vertagung den Rechtsbehelf zu verwerfen, wenn es – etwa durch Heranziehung nicht präsenter Beweismittel – im Nachhinein zur Überzeugung der Nichtentschuldigung gelangte. Die Restriktion bringt demnach nicht notwendigerweise eine Beschleunigung mit sich, kann in Einzelfällen sogar eine Verfahrensverlängerung nach sich ziehen und daher mit dem Beschleunigungszweck nicht gerechtfertigt werden. Damit verbliebe es bei dem grundsätzlichen Fortbestand einer uneingeschränkten Aufklärungspflicht mit der Folge, dass zum Zwecke der Nachforschung über das tatsächliche Bestehen eines Entschuldigungsgrundes das Verfahren notfalls auch auszusetzen ist.⁶²

Ist aber der Arzt das einzig zur Verfügung stehende Beweismittel, liegt es in der Hand des Angeklagten, eine vollständige Aufklärung zu verhindern und mittels der dadurch fortbestehenden Zweifel an seiner Entschuldigung zu seinen Gunsten sowohl eine Vertagung zu erzwingen als auch eine nachträgliche Verwerfung seines Rechtsbehelfs zu verhindern. Versagt er eine Schweigepflichtentbindung, bliebe zwar noch die Heranziehung eines – grundsätzlich ebenfalls schweigepflichtigen⁶³ – Arztes. Das Gericht würde auf diesem Wege einem etwaigen Misstrauen in die Glaubhaftigkeit ärztlicher Atteste⁶⁴ begegnen und sich vielleicht mit der amtsärzt-

lichen Schilderung der die krankheitsbedingte Entschuldigung begründenden Symptome zufrieden geben, während der Angeklagte sowohl seinen Rechtsbehelf weiterverfolgen als auch seine Privatsphäre angemessen schützen könnte. Doch auch dieses Vorgehen wird bei Unwillen des Angeklagten kaum zum Erfolg führen. Eine Erzwingung der amtsärztlichen Untersuchung wird nur in seltensten Fällen in Betracht kommen. Ermächtigungsgrundlage wäre § 81a StPO. Die hinreichende Entschuldigung ist eine verfahrenserhebliche Tatsache, und es ist anerkannt, dass eine körperliche Untersuchung zur Feststellung der Verhandlungsfähigkeit grundsätzlich auf diese Vorschrift gestützt werden kann.⁶⁵ Ihre Anordnung und Durchführung wird jedoch wohl nur dann dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, wenn nicht allein die Undurchführbarkeit eines konkreten Termins, sondern einer Hauptverhandlung an sich in Frage steht und dem Vorwurf gegen den Angeklagten hinreichendes Gewicht zukommt. Dies wird man in den Fällen des Strafbefehlsverfahrens generell zu verneinen haben. Zudem kann sich die Untersuchung bei Schweigen des Angeklagten nur auf äußerlich erkenn- und messbare Krankheitsanzeichen beschränken,⁶⁶ die im Zeitpunkt der amtsärztlichen Untersuchung in den Fällen kurzzeitiger Erkrankung bereits abgeklungen sein können. Sie ist daher nur bei einem Hinweis auf andauernde, ohne Mithilfe des Angeklagten diagnostizierbare Symptome geeignet.

Freilich könnten ein Missbrauch oder generell Verfahrensverzögerungen durch Vertagungen verhindert werden, indem man für die Anwendung des vorgenannten spezifischen Zweifelsgrundsatzes eine vorherige Schweigepflichtentbindung oder amtsärztliche Untersuchung verlangte oder deren Verweigerung⁶⁷ als Indiz für die Unwahrheit der vorgebrachten Entschuldigung wertete. Die in diesen liegende Offenbarung käme dann einer Obliegenheit gleich und würde etwa den Fällen des Antritts einer amtsärztlichen Untersuchung als Voraussetzung einer Verbeamtung gleichbehandelt. Gegen eine solche Lösung spricht jedoch vieles. Anders als der die Einstellung oder Ernennung Erstrebende steht der Betroffene nicht vor einer grundsätzlich freien Entscheidung, seinen Rechtskreis zu erweitern oder nicht. Ein solches Vorgehen wäre zudem kaum mit der Bedeutung des Anwesenheitsrechts im Strafverfahren vereinbar. Eine Argumentation gemäß der Formel, wer nichts zu verbergen habe, habe auch nichts zu befürchten, verbietet sich nicht nur wegen der Möglichkeit berechtigter Interessen an einer Geheimhaltung der Krankheitsdaten.

Soweit nach Ausschöpfen der vorgenannten Aufklärungsmöglichkeiten endgültige Zweifel an dem Nichtgenügen der Entschuldigung verbleiben, gilt daher der Grundsatz der Nicht-

⁵⁹ OLG Stuttgart MDR 1964, 695; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; BayObLGSt 1997, 145 (147); *Brunner* (Fn. 14), § 329 Rn. 19; *Frisch* (Fn. 9), § 329 Rn. 35; *Gössel* (Fn. 9), § 329 Rn. 28; *Meyer-Goßner* (Fn. 9), § 329 Rn. 22; *Paul* (Fn. 1), § 329 Rn. 9.

⁶⁰ Zu diesem Erfordernis s. statt vieler *Gmel*, in: *Hannich* (Fn. 1), § 232 Rn. 9; stattdessen auf die – hier ebenfalls wohl nicht erweisliche – Freiwilligkeit des Ausbleibens abstellend *Deiters*, in: *Wolter* (Fn. 11), § 232 Rn. 9.

⁶¹ *Gössel* (Fn. 9), § 329 Rn. 60.

⁶² So i.E. auch BayObLGSt 1997, 147; zustimmend *Weßlau* (Fn. 9), § 412 Rn. 10; *Metzger*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Fn. 1), 61. Lfg., Stand: Juli 2011, § 412 Rn. 12.

⁶³ *Jakobs*, JR 1982, 359; *Schünemann* (Fn. 1), § 203 Rn. 155; der Angeklagte könnte also auch hier über den Umfang der Geheimnisoffenbarung entscheiden.

⁶⁴ Zumindest erklärt sich wohl nur aus einer Furcht vor durch Vorspiegeln einer äußerlich nicht erkennbaren Krankheit erschlichenen oder rein aus Gefälligkeit erstellten Attesten das in der Rechtsprechung hervortretende Bedürfnis nach einer Nachfrage beim Arzt insbesondere zur zugrunde liegenden Diagnose und zum Behandlungsverlauf. Denn für die Beurteilung der Verhandlungsunfähigkeit sollte in der Regel der Nachweis krankheitsunspezifischer Symptome oder Behandlungsbedürfnisse – etwa Konzentrationsschwierigkeiten, zu

hohe medizinische Risiken einer Anreise oder das Erfordernis nach ständiger medizinischer Überwachung – genügen.

⁶⁵ Statt vieler BVerfGE 27, 211 (219 f.); *Senge* (Fn. 1), § 81a Rn. 5 m.w.N.

⁶⁶ *Lechleitner*, NJW 1965, 1090 (1091); s.a. *Paeffgen*, in: *Wolter* (Fn. 11), § 205 Abs. 6.

⁶⁷ So zur Verweigerung der Schweigepflichtentbindung OLG Köln VRS 71, 371 (372); zur Verweigerung der amtsärztlichen Untersuchung andeutungsweise *Becker* (Fn. 11), § 230 Rn. 21.

verwerfung. Die dadurch eröffnete Missbrauchsmöglichkeit dürfte freilich geringer sein, als es zunächst erscheint. Unabhängig davon, ob man bei Zweifeln am Bestehen eines Verfahrenshindernisses die Entscheidung zugunsten des Angeklagten auf den „in dubio pro reo“-Grundsatz oder aber eine spezifisch die Verfahrensvoraussetzungen bzw. -hindernisse betreffende Herleitung stützt,⁶⁸ kann der Gehalt dieses Zweifelsgrundsatzes nicht weitergehen als derjenige im materiellen Strafrecht betreffs der Schuld- und Rechtsfolgenfrage. Dort wird unterschieden zwischen dem beachtlichen „positiven, sich auf konkrete Gegentatsachen stützenden“ und dem unbeachtlichen „negativen, bloß abstrakttheoretischen, Zweifel“.⁶⁹ Zwar dürfen aus dem Bestreiten oder Schweigen des Angeklagten grundsätzlich keine negativen Schlüsse gezogen werden, andererseits zwingt ein solches Verhalten auch nicht zur Anwendung des Zweifelsgrundsatzes.⁷⁰ Erforderlich sind vielmehr „reale Anknüpfungspunkte“⁷¹ bzw. „zureichende Anhaltspunkte“.⁷² Das Gericht wird folglich zu prüfen haben, ob solche für eine hinreichende Entschuldigung des Angeklagten vorliegen.⁷³ Allein die Feststellung der rein rechtlichen Kategorie der Verhandlungsunfähigkeit durch den für deren Beurteilung unzuständigen Arzt wird in ihrem Gehalt wohl kaum über das Verteidigungsvorbringen des Beschuldigten, er sei unschuldig, hinausgehen. Soweit dieser Angabe lediglich eine fehlerhafte Kompetenzannahme, nicht jedoch das Fehlen einer weitergehenden Schweigepflichtentbindung zugrunde liegen sollte, kann der Angeklagte unter Vorlage eines inhaltsreicheren Attestes Wiedereinsetzung erreichen. Im Übrigen wird, soweit angegeben, dem attestierten Krankheitsbild entscheidende Bedeutung zukommen. Eine Magenerkrankung legt den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit jedenfalls näher als ein gebrochener Finger.

V. Schlussbetrachtung

Es ist zu vermuten, dass die Entscheidung des OLG Hamm (auch) von dem Bestreben getragen wurde, das erstinstanzliche Urteil zu halten. Neben der oben aufgezeigten Abweichung seiner Begründung von derjenigen der herrschenden Auffassung fällt ins Auge, dass selbst der Angeklagte offensichtlich die herrschende Auffassung zur konkludenten Schweige-

pflichtentbindung durch Attesteinreichung zugrunde legte, als er mit seiner Revision das Unterlassen der Nachfrage beim attestierenden Arzt rügte. Daher verblüfft es, wenn das OLG Hamm diese Rüge mit der Begründung verwirft, das Vorliegen einer Schweigepflichtentbindung sei weder vorgetragen noch aus dem Urteil ersichtlich. In seiner Kritik an der „Auslegung“ der Attesteinreichung durch die h.M. und im Ergebnis hat es hingegen Recht. Die Gerichte müssen folglich weit umfangreichere Aufklärungsmaßnahmen vornehmen, um ihrer Aufklärungspflicht zu genügen. Eine Gefahr des Missbrauchs verbleibt. Diese kann aber auch die herrschende Auffassung nicht ausräumen. Derjenige, der tatsächlich eine Verzögerung des Verfahrens bezweckt, kann sie nach kurzer Recherche dadurch erreichen, dass er gegenüber dem Arzt oder Gericht ausdrücklich eine Schweigepflichtentbindung verweigert und dadurch eine Auslegung im Sinne des OLG Karlsruhe die Grundlage entzieht.

⁶⁸ S. den Überblick bei *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 206a Rn. 37 ff; für eine rein prozessuale Begründung auch des in dubio-Grundsatzes insgesamt *Stuckenberg*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Fn. 1), 19. Lfg., Stand: April 1999, § 261 Rn. 75; *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 261 Rn. 78; wohl auch *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. M Rn. 59.

⁶⁹ BGH NJW 1951, 83; s.a. *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 278 ff.

⁷⁰ BGH NJW StV 1995, 2300.

⁷¹ BGH NSTZ-RR 2002, 243; BGH NSTZ 2009, 630.

⁷² BGH NSTZ 2011, 302 (303); s.a. *Walter*, JZ 2006, 340 (347).

⁷³ S.a. *Stuckenberg* (Fn. 68), § 206a Rn. 40.

Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs

Von Wiss. Mitarbeiter **Andreas Herzig**, LL.M. (Leiden), Berlin

Seit der ersten „Confirmation Decision“ im Jahre 2007 wenden die Kammern des Internationalen Strafgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung die aus dem deutschen Strafrecht bekannte Tatherrschaftslehre an, um zwischen Tätern und Teilnehmern völkerrechtlicher Verbrechen zu unterscheiden. Die Anwendung dieser Lehre, die außer in Deutschland auch in den nationalen Strafrechtsordnungen Spaniens und mehrerer lateinamerikanischer Länder beheimatet ist, markiert eine Abkehr von der Praxis der ad hoc-Tribunale, die bislang ein eher subjektiv geprägtes Modell namens „Joint Criminal Enterprise“ bevorzugten.

Im Vergleich der Interpretation der Tatherrschaftslehre durch die Richter des IStGH mit ihrem Vorbild in der deutschen Literatur und Rechtsprechung lassen sich sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede beobachten. Am augenfälligsten sind dabei das weite Verständnis des Tatplans im Bereich der Mittäterschaft sowie die Anpassungen der Lehre von der Organisationsherrschaft an die praktischen Gegebenheiten der Fälle vor dem IStGH.

In ihren Sondervoten zu den ersten beiden Urteilen des IStGH lehnen die Richter Fulford und van den Wyngaert eine Adoption der Tatherrschaftslehre durch den Gerichtshof radikal ab. Ihrer Ansicht nach sollten sich die Kammern des IStGH nicht von nationalen Modellen leiten lassen, sondern die Vorschriften des Römischen Statuts vielmehr anhand ihres „schlichten Wortlauts“ auslegen. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Tatsächlich sind die Sondervoten der beiden Richter selbst Beispiele dafür, dass es praktisch unmöglich ist, bei der Auslegung von Vorschriften über die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit völlig unbeeinflusst von bestehenden innerstaatlichen Zurechnungsmodellen vorzugehen. Ein solcher rein rechtspositivistischer Ansatz wäre zudem auch verfehlt. So sollte der reichhaltige Erfahrungsschatz nationaler Rechtssysteme vielmehr genutzt werden, um in einer sachbezogenen Debatte zu dem bestmöglichen Weg für den Internationalen Strafgerichtshof zu finden.

From the first confirmation decision in 2007 up until the recent judgments in the Lubanga and Ngudjolo cases, chambers of the International Criminal court have consistently applied the so-called „Control Theory“ when assessing the individual criminal responsibility of an accused. The Control Theory, a concept native to domestic jurisdictions such as Germany, Spain, and several Latin American countries, distinguishes between principals and accessories to a crime according to a material-objective criterion called „control“. This constitutes a departure from the settled jurisprudence of the ad hoc-Tribunals, which apply the more subjective model of „Joint Criminal Enterprise“.

While for the most part, judges of the ICC have adhered closely to the domestic archetype of the Control Theory, there are also several deviations. These include the interpretation of the common plan in cases of co-perpetration, and adjustments of the concept of „organizational control“ to the particularities of the situations and cases before the Court.

In their dissenting opinions to the Court's first two judgments, Judge Fulford and Judge van den Wyngaert strongly criticise the adoption of the Control Theory. In their view, chambers of the ICC should refrain from borrowing domestic concepts, and rather interpret the provisions of the Statute according to a „plain reading of its terms“. The arguments that the Judges provide for their thesis are however not persuasive. On the contrary, their dissenting opinions themselves stand as examples for the fact that any discussion on modes of liability in international criminal law is, to a greater or lesser extent, bound to be influenced by the experience of domestic legal systems. This is, however, not necessarily detrimental, as the guidance and inspiration of domestic systems are in fact capable of enriching the discussion on the most appropriate model of blame attribution under the Rome Statute.

I. Einleitung

Für den IStGH markierte das Jahr 2012 gleich mehrere Meilensteine: So feierte der Gerichtshof am 1.7. das zehnjährige Jubiläum des Inkrafttretens seines Gründungsinstruments, des Römischen Statuts; zudem ergingen im März und Dezember die ersten beiden Urteile in der noch recht jungen Geschichte des Tribunals. Während die Richter der ersten Verfahrenskammer den Kongolesen Thomas Lubanga Dyilo wegen der Rekrutierung und des Einsatzes von Kindersoldaten zu vierzehn Jahren Haft verurteilten,¹ sprach die zweite Verfahrenskammer seinen Landsmann Mathieu Ngudjolo Chui, der mehrerer Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt worden war, frei.²

Hauptgegenstand der weltweiten Berichterstattung waren vor allem die politischen Implikationen dieser Entscheidungen. Doch auch unter einem rein juristischen Blickwinkel waren die Fälle um die Angeklagten Thomas Lubanga Dyilo und Mathieu Ngudjolo Chui³ in vielerlei Hinsicht bahnbrechend. Eine der lebhaftesten und interessantesten Diskussionen, die sich in ihrem Rahmen entspann, betrifft die Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut.⁴ Diese Norm statuiert die individuelle

¹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga); IStGH (Trial Chamber I), Entsch. v. 10.7.2012 – ICC-01/04-01/06-2901 (Lubanga); die Verteidigung von Thomas Lubanga Dyilo hat gegen das Urteil und die Strafzumessungsentscheidung Berufung eingelegt.

² IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3 (Ngudjolo); die Anklage hat gegen das Urteil Berufung eingelegt.

³ Dessen Prozess über weite Strecken mit dem Verfahren gegen Germain Katanga verbunden war – die Fälle wurden erst am 21.11.2012 voneinander getrennt, vgl. IStGH (Trial Chamber II), Entsch. v. 21.11.2012 – ICC-01/04-01/07-3319 (Katanga/Ngudjolo).

⁴ A/CONF.183/9, abrufbar unter:

<http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

strafrechtliche Verantwortlichkeit für die völkerrechtlichen Verbrechen im Zuständigkeitsbereich des IStGH. Seit der „Confirmation Decision“ der ersten Vorverfahrenskammer im Fall Lubanga im Jahre 2007⁵ legen die Kammern des Gerichtshofs diese Vorschrift anhand der Tatherrschaftslehre aus,⁶ einer Theorie, die ihre Wurzeln in den nationalen Strafrechtssystemen Deutschlands, Spaniens und Lateinamerikas hat und die hierzulande vor allem vom Rechtswissenschaftler *Claus Roxin* geprägt wurde.⁷ In ihren Sondervoten zu den oben erwähnten Urteilen lehnen Richter *Fulford*⁸ und Richterin *van den Wyngaert*⁹ die Adoption dieses ursprünglich rein innerstaatlichen Zurechnungsmodells nun, im Gegensatz zu der jeweiligen Mehrheit ihrer Verfahrenskammern, radikal ab.

Ziel dieses Aufsatzes ist es zu untersuchen, inwieweit sich die Kammern des Gerichtshofs bei der Anwendung der Tatherrschaftslehre tatsächlich von ihren nationalen Vorbildern haben leiten lassen, wobei die Untersuchung sich hier auf die Ausformung dieser Lehre im deutschen Strafrecht beschränkt. Ferner sollen die Argumente, die die Richter *Fulford* und *van den Wyngaert* für ein unabhängiges und von nationalen Modellen unbeeinflusstes Beteiligungssystem vorbringen, einer kritischen Analyse unterzogen werden.

Zur Einführung des Themas wird in den Teilen II. und III. zunächst die Praxis anderer internationaler Tribunale sowie die historische Entwicklung der Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht dargestellt. In Teil IV. erfolgt eine Untersuchung der bisherigen Anwendung der Tatherrschaftslehre durch den IStGH, bevor sich Teil V. schließlich den Sondervoten von Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* zuwendet.

II. Täterschaft und Teilnahme vor anderen internationalen Tribunalen

Wenngleich die Frage dereteiligungsformen im Völkerstrafrecht so alt ist wie das Rechtsgebiet selbst, lassen sich die direkten Wurzeln der heutigen Diskussion in der vergleichsweise jüngeren Vergangenheit finden, namentlich in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs in den

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013). Eine deutsche Übersetzung des Statuts findet sich auf:

<http://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html>
(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013).

⁵ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga).

⁶ Vgl. nur IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1005; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 480 ff.; IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Bemba), Rn. 347.

⁷ Vgl. *Olásolo/Perez*, International Criminal Law Review 4 (2004), 475 (485 f., Fn. 32 m.w.N.); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, passim.

⁸ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford.

⁹ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert.

1990er Jahren. Im Jahre 1999 entwickelte die Berufungskammer des Tribunals im Tadić-Fall die Zurechnungsfigur der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen („participation in a joint criminal enterprise“, kurz: JCE).¹⁰ JCE begründet die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen als Täter¹¹ eines Völkerrechtsverbrechens, auch wenn diese selbst physisch den eigentlichen Tatbestand des Verbrechens nicht erfüllt haben. Voraussetzung dafür ist die Existenz einer Personenmehrheit mit einem gemeinsamen Tatplan, der die Begehung eines Völkerrechtsverbrechens beinhaltet, sowie eines konkreten Tatbeitrags des Angeklagten in der Absicht, das gemeinsame Vorhaben zu fördern.¹² Hierbei ist die letztgenannte Förderungsabsicht das entscheidende Zurechnungskriterium; das tatsächliche objektive Gewicht des Tatbeitrages ist demgegenüber weitaus weniger relevant. Kritiker bemängeln daher die oftmals pauschalisierenden Tendenzen und die mangelnde Differenzierung zwischen den höchst verschiedenartigen Tatbeiträgen innerhalb eines JCE, dessen Mitgliederzahl theoretisch in die Tausende gehen kann und das vom einfachen Fußsoldaten bis zum militärischen Befehlshaber reicht.¹³ Problematisch ist auch die sogenannte „erweiterte“ Variante von JCE, nach der einem jeden Mitglied des verbrecherischen Unternehmens auch Verbrechen zugerechnet werden können, die im ursprünglichen Tatplan gar nicht beabsichtigt, sondern lediglich „objektiv vorhersehbar“ waren. Zu Recht erkennen Kritiker hier eine Verletzung des Schuldprinzips.¹⁴

Die Fürsprecher von JCE, allen voran *Antonio Cassese*, Präsident der Berufungskammer im Tadić-Fall, leugnen dabei nicht, dass hinter dieser Zurechnungsfigur vor allem rechtspolitische Überlegungen stehen: so solle JCE verhindern, dass Beweisschwierigkeiten einer möglichst umfassenden Bestra-

¹⁰ JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 185 ff.

¹¹ Die Berufungskammer verstand JCE von Anfang an als eine Form der Täterschaft („commission“) im Gegensatz zur bloßen Beihilfe oder Anstiftung („aiding or abetting“), JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 192. Dieses dualistische Beteiligungssystem wurde schließlich ausdrücklich bestätigt von JStGH (Appeals Chamber), Entsch. v. 21.5.2003 – IT-05-87-T (Milutinovic u.a.), Rn. 20, 31; Vgl. auch JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 17.9.2003 – IT-97-25-A, (Krnolejac), Rn. 73; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32-A (Vasiljevic), Rn. 95; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Krstic), Rn. 134; JStGH Appeals Chamber, Urt. v. 29.7.2004 – IT-95-14-A (Blaskic), Rn. 33.

¹² JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), Rn. 227 f.

¹³ *Olásolo*, International Criminal Law Review 7 (2007), 143 (157); *Ohlin*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 69 (88); *Weigend*, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 471 (477).

¹⁴ *Badar*, International Criminal Law Review 6 (2006), 293 (302); *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75 (134); *Haan*, International Criminal Law Review 5 (2005), 162 (200).

fung aller Beteiligten eines Völkerrechtsverbrechens im Wege stehen.¹⁵ Vielleicht gerade wegen seiner Effektivität wurde JCE in der Folge auch von anderen internationalen Tribunalen wie dem Ruanda-Strafgerichtshof und dem Sondergerichtshof für Sierra Leone übernommen.¹⁶

III. Die Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht

Trotz der internationalen Anerkennung, die JCE zumindest in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung erfahren hat, folgten die Vorverfahrenskammern des IStGH in ihren ersten Fällen nicht dem Beispiel der Berufungskammer des JStGH aus dem Tadić-Fall. Vielmehr nahmen sie die Abgrenzung zwischen den verschiedenen in Art. 25 des IStGH-Statuts vorgesehenen Beteiligungsformen nach einem Modell vor, das zuvor – von einem kurzen Intermezzo im Stakić-Fall des JStGH abgesehen¹⁷ – lediglich aus dem nationalen strafrechtlichen Kontext bekannt war – der sogenannten Tatherrschaftslehre, die zuvor unter anderem in Deutschland, Spanien und Lateinamerika Verbreitung gefunden hatte. Bevor auf ihre Adaption durch den IStGH näher eingegangen wird, soll die Tatherrschaftslehre hier zunächst kurz in der Form, die sie im deutschen Strafrecht angenommen hat, in Erinnerung gerufen werden.

1. Historische Entwicklung

Das deutsche Strafgesetzbuch unterscheidet in seinen §§ 25 ff. zwischen Tätern und Teilnehmern (Anstiftern und Gehilfen) einer Straftat. Obwohl an diese Unterscheidung ausdrückliche Rechtsfolgen geknüpft sind, die sich zum Beispiel in der limitierten Akzessorietät der Teilnahme und den Strafzumessungsregeln niederschlagen, unterlässt es der Normtext, eine genaue Grenze zwischen Mittätern und Gehilfen, Anstiftern und mittelbaren Tätern zu ziehen. Diese Aufgabe wurde viel-

mehr Lehre und Rechtsprechung überlassen, die zur Zeit der Neufassung der §§ 25 ff. StGB im Jahre 1975 bereits eine ganze Reihe von Abgrenzungsmodellen entwickelt hatten.

Auf der einen Seite standen hierbei extrem subjektive Theorien, die von dem Standpunkt ausgingen, dass es objektiv keine „mehr“ oder „weniger“ kausalen Tatbeiträge geben könne,¹⁸ und die die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer daher nach der inneren Einstellung des Angeklagten zur Tat vornahm. Kriterien waren hier etwa der Wille, die Tat als eigene (*animus auctoris*) oder als die eines anderen (*animus socii*) zu begehen, oder ob die Tat das eigene Interesse oder das eines anderen fördern sollte.¹⁹ Ihre wohl berühmtesten Auftritte in der deutschen Rechtsgeschichte erlebte diese pauschal oft auch als „animus-Theorie“ bezeichnete Lehre im tragischen „Badewannenfall“ des Reichsgerichts²⁰ und dem „Stachinskij“-Urteil des Bundesgerichtshofs.²¹

Demgegenüber am anderen Ende des Spektrums angesiedelt waren die sogenannten formal-objektiven Theorien, nach denen nur solche Personen als Täter angesehen werden konnten, die selbst physisch die den Tatbestand ausfüllenden Handlungen begangen hatten.²²

Mit der Einführung der neu formulierten §§ 25 ff. StGB, mit deren Wortlaut sowohl die extrem subjektiven als auch die extrem objektiven Theorien konfligierten,²³ setzte sich im Schrifttum bald die schon 1963 von *Roxin* kodifizierte²⁴ „Tatherrschaftslehre“ durch, die gleichsam eine vermittelnde Position zwischen der „animus-Theorie“ und den formal-objektiven Theorien einnahm.²⁵

Nach der Tatherrschaftslehre gelten nur solche Personen als Täter einer Straftat, die das Geschehen bewusst beherrschen und somit als eine „Zentralgestalt“ der Tat fungieren. Was genau das Vorliegen von „Tatherrschaft“ konstituiert, kann laut *Roxin* jedoch aufgrund des zumindest teilweise normativen Charakters dieses Begriffes nicht abschließend definiert werden. Vielmehr sei ein deskriptiver und kasuistischer Ansatz durch eine Einteilung in Fallgruppen zu verfolgen. Die Tatherrschaft kann dabei je nach der konkreten Begehungsform eine andere Gestalt annehmen: „Handlungsherrschaft“ bei der unmittelbaren Einzeltäterschaft, „funktionale Tatherrschaft“

¹⁵ *Cassese*, International Criminal Law, 2008, S. 190; Tatsächlich wurde die „erweiterte“ Form von JCE bereits in der Tadić-Entscheidung dazu benutzt, Beweisschwierigkeiten zu überwinden: Weil alle Bewohner eines kleinen bosnischen Dorfes in ihren Häusern eingesperrt worden waren, konnte in Ermangelung von Zeugen nicht eindeutig festgestellt werden, ob der Angeklagte selbst oder seine Mitstreiter die fraglichen Tötungen von Zivilisten begangen hatten.

¹⁶ Vgl. z.B. RStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 13.12.2004 – ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A (Ntakirutimana und Ntakirutimana), Rn. 462 ff.; RStGH (Trial Chamber III), Urte. v. 18.12.2008 – ICTR-01-73-T (Zigiranyirazo), Rn. 383 ff.; SGHSL (Appeals Chamber), Urte. v. 22.2.2008 – SCSL-2004-16-A (Brima u.a.), Rn. 72 ff.; SGHSL (Trial Chamber I), Urte. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Sesay u.a.), Rn. 248 ff.

¹⁷ Die Berufungskammer lehnte dabei die Anwendung der Tatherrschaftslehre durch die Verfahrenskammer mit dem Argument ab, dass dieses Zurechnungsmodell im Gegensatz zu JCE nicht Teil des Völkergewohnheitsrechts war – für den JStGH insofern relevant, als seine Zuständigkeit sich auf solche Verbrechen beschränkt, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung völkergewohnheitsrechtlich strafbar waren, vgl. JStGH (Trial Chamber), Urte. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Stakić) und JStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 22.3.2006 – IT-97-24-A (Stakić).

¹⁸ Siehe hierzu insbesondere *v. Buri*, Der Gerichtssaal 29 (1878), 296.

¹⁹ RG, Urte. v. 7.1.1887 – 710/98; RG, Urte. v. 5.10.1906 – V 483/06; *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76.

²⁰ RG, Urte. v. 19.2.1940 – 3 D 835/39.

²¹ BGH, Urte. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62.

²² *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1925, S. 453; *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 59.

²³ Siehe die Einzelheiten bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 20, sowie *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn. 54 f.

²⁴ *Roxin* (Fn. 7), passim.

²⁵ *Joecks* (Fn. 23), § 25 Rn. 10; *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 37.

bei der Mittäterschaft und „Willensherrschaft“ bei der mittelbaren Täterschaft.²⁶

2. Mittäterschaft

Die praktisch relevanteste Fallgruppe bildet hierbei sicherlich die Mittäterschaft. Nach *Roxin* gilt als Mittäter, wer in einem gemeinsam gefassten Tatplan eine „Schlüsselstellung“ innehat. Eine solche Schlüsselstellung existiert, wenn die für den mutmaßlichen Mittäter vorgesehene Aufgabe derart wichtig ist, dass ihre Nichtausführung das Scheitern des gesamten Plans zur Folge hätte.²⁷ Zu beachten ist dabei, dass der Tatplan für diese hypothetische Betrachtung die äußerste Grenze darstellt,²⁸ was sich anhand zweier (bewusst aus dem Völkerstrafrecht gegriffener) Beispiele illustrieren lässt: zum einen der Fall einer Gruppe von Soldaten, die gemeinsam einen Bauernhof plündern, wobei einer der Soldaten die Bewohner des Hofes mit vorgehaltener Waffe in Schach halten soll, während die anderen die Wertgegenstände und landwirtschaftlichen Erzeugnisse auf einen LKW verladen.²⁹ Für die Bewertung der Rolle des „Wachmannes“ als Mittäter ist es unerheblich, ob seine Kameraden die Kontrolle über das Geschehen auch dann behalten könnten, wenn er es sich plötzlich anders überlegen und den Hof verlassen würde. Entscheidend ist vielmehr, dass die ursprünglich vorgesehene, arbeitsteilige Begehung gescheitert wäre, und die übrigen Soldaten nun einen neuen Wachmann wählen müssten. Ein anderes denkbare Beispiel ist das eines Artillerieverbandes, der ein unverteidigtes Dorf bombardiert.³⁰ Auch hier ist es völlig irrelevant, ob die Geschütze das Dorf auch treffen würden, wenn der Beobachtungsposten per Funk keine oder falsche Koordinaten durchgeben würde. Die Tatsache, dass ein Treffer nun mehr oder weniger vom Zufall abhinge, reicht aus, um den Beobachtungsposten als Mittäter zu qualifizieren.

Untersucht man diese beiden Fälle genauer, zeigt sich jedoch auch die größte Schwäche von *Roxins* Theorie: namentlich die Frage, *ab wann genau* ein Tatplan als gescheitert gilt. Im Hinblick auf den Soldaten, der die Hofbewohner mit seiner Waffe bedroht, ist seine Qualifikation als Mittäter noch relativ eindeutig. Wie aber ist es mit seinem Kameraden, der am Steuer des LKW sitzt? Ist der Plan schon ein anderer, wenn sich an seiner Statt ein anderer hinter das Lenkrad setzen müsste, um die Beute abzutransportieren? Oder ist seine

Rolle für den Gesamtplan vergleichsweise unwichtig, er also nur ein Gehilfe? An dieser Stelle endet die starre und abstrakte Dogmatik und beginnt das richterliche Ermessen, wie auch *Roxin* zugibt.³¹ Sein Vorschlag, der Tatbeitrag müsse „wesentlich“ sein, um funktionale Tatherrschaft zu begründen, löst das Problem nicht, sondern ersetzt lediglich einen unbestimmten Begriff (den des „gescheiterten“ Tatplans) durch einen anderen (den des „wesentlichen“ Tatbeitrags).

3. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Eine andere wichtige Fallgruppe ist die mittelbare Täterschaft, im völkerstrafrechtlichen Zusammenhang insbesondere die der mittelbaren Täterschaft kraft „Organisationsherrschaft“. Diese Zurechnungsfigur wurde von *Roxin* in den 1960er Jahren unter dem Eindruck des Eichmann-Prozesses in Jerusalem entwickelt.³² Mit ihr versuchte *Roxin*, das vom Jerusalemer Gericht geprägte Paradoxon von der „Verantwortung, die zunimmt, je weiter man sich von der Person entfernt, die das Mordinstrument in Händen hält“,³³ also die immense moralische Verantwortung von politischen und militärischen Führungspersonen, in rechtliche Kategorien und in seine Tatherrschaftslehre zu übersetzen. Die Theorie geht von der Annahme aus, dass bestimmte organisatorische Machtstrukturen von ihren Vorgesetzten wie Werkzeuge für die Begehung von Verbrechen eingesetzt werden können. Diese Organisationen ermöglichen eine gleichsam „automatische“ Ausführung rechtswidriger Befehle und Weisungen, unabhängig von der konkreten Person des Ausführenden und unabhängig von dessen eigener strafrechtlicher Verantwortlichkeit.³⁴ Um eine solche „Organisationsherrschaft“ ihrer Vorgesetzten zu begründen, muss die Organisation laut *Roxin* drei Merkmale erfüllen: Sie muss (1) eine strenge hierarchische Struktur besitzen, ihre Mitglieder müssen (2) im Falle der Nichtbefolgung von Befehlen und Weisungen einfach zu ersetzen sein (sogenannte „Fungibilität“), und die Organisation muss sich (3) als Ganzes „vom Recht gelöst“ haben, so dass ihre Mitglieder nicht mit einer strafrechtlichen Verfolgung für ihre Taten zu rechnen brauchen.³⁵ Schon an diesen Kriterien lässt sich erkennen, dass Vorbild für *Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft vor allem die Gestapo und andere staatliche Terrorinstrumente Nazideutschlands waren. Sein Ansatz ist mehr empirisch denn normativ, weshalb die genauen Kriterien, wie Kritiker zu Recht einwenden, durchaus nicht ganz von einem Element der Willkür freigesprochen werden können.³⁶

²⁶ *Roxin* (Fn. 7), S. 122.

²⁷ Von *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1954, S. 504, stammt die Metapher vom Täter, der das Geschehen „in den Händen hält“ und in der Lage ist, dieses jederzeit anzuhalten, wenn er möchte; *Küper*, JZ 1979, 775 (779), sieht diese negative „Hemmungsmacht“ des Mittäters als zentralen Aspekt der Tatherrschaft, während *Roxin* eher die positiven, konstruktiven Fähigkeiten des Mittäters in Bezug auf die Tat hervorhebt.

²⁸ *Roxin* (Fn. 7), S. 279.

²⁹ Ein Kriegsverbrechen gem. Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xvi und lit. d sublit. v IStGH-Statut.

³⁰ Artikel 8 Abs. 2 lit. b sublit. v IStGH-Statut; Beispiel entnommen aus *Olásolo/Perez*, International Criminal Law Review 4 (2004), 475 (499).

³¹ *Roxin* (Fn. 7), S. 283.

³² *Roxin*, GA 1963, 193; siehe auch *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 191 (192).

³³ Bezirksgericht Jerusalem, Urt. v. 11.12.1961 – 40/61 (Eichmann), Rn. 197.

³⁴ *Roxin* (Fn. 7), S. 245.

³⁵ *Roxin* (Fn. 7), S. 245-252.

³⁶ *Weigend*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 91 (101); *Radtke*, GA 2006, 350 (354 f.).

4. Rezeption der Tatherrschaftslehre in Schrifttum und Rechtsprechung

Die Tatherrschaftslehre hat sich im Schrifttum weitgehend durchgesetzt, wenn auch in vielfältigen Schattierungen und mit mehr oder weniger bedeutenden Abweichungen.³⁷ Uneinigkeit besteht beispielsweise in der Frage, ob nur solche Personen als Mittäter in Frage kommen, die sich zur Tatzeit am Tatort befinden oder ob ein „Weniger“ bei der Tatausführung durch ein „Mehr“ bei der Tatvorbereitung ausgeglichen werden kann.³⁸ Ein weiterer Streitpunkt sind die genauen Voraussetzungen der Organisationsherrschaft. So ersetzt beispielsweise *Schroeder Roxins* Merkmal der „Fungibilität“ durch die unbedingte Tatentschlossenheit des ausführenden Vordermanns.³⁹ Schließlich ergeben sich unzählige weitere Verästelungen daraus, dass die Tatherrschaftslehre als solche nicht ohne weiteres auf Fahrlässigkeits-, Sonder- und Unterlassungsdelikte anwendbar ist.⁴⁰

Auf die Rechtsprechung übte die Tatherrschaft ihren Einfluss zunächst vor allem im Bereich der mittelbaren Täterschaft aus. Nachdem der BGH bereits im „Katzenkönigfall“ die Figur des „Täters hinter dem Täter“ erstmals angewandt hatte,⁴¹ adoptierte er schließlich in den 1990er Jahren die Figur der Organisationsherrschaft zumindest terminologisch in den auch international für Aufsehen sorgenden „Mauer schützenfällen“. Die genauen Voraussetzungen wichen jedoch deutlich von denen *Roxins* ab und stellten einen viel breiteren Standard dar, der in der Folge auf alle möglichen Organisationsstrukturen, Wirtschaftsunternehmen eingeschlossen, ange-

wandt wurde.⁴² Im Bereich der Mittäterschaft wiederum wählt der BGH zumeist einen flexiblen gemischt subjektiv-objektiven Ansatz, in den er den Begriff der Tatherrschaft jedoch immerhin als einen abzuwägenden Faktor einflechtet.⁴³ Ferner neigt der BGH dazu, auch solche Personen als Mittäter zu kategorisieren, die lediglich im Vorbereitungsstadium der Tat in Erscheinung treten.⁴⁴

5. Kritik an der Tatherrschaftslehre

Trotz ihrer weiten Verbreitung im Schrifttum hat die Tatherrschaftslehre auch Ablehnung erfahren. So bemängeln Kritiker, dass es der Theorie mit ihrem schon erwähnten deskriptiven und kasuistischen Ansatz nicht gelungen sei, die verschiedenen Formen der Täterschaft auf ein gemeinsames dogmatisches Fundament zu stellen und eine klare, abstrakte und widerspruchsfreie Grenze zur Teilnahme zu ziehen.⁴⁵ Dabei wurden von verschiedenen Autoren durchaus Versuche einer solchen eindeutigen Grenzziehung unternommen: so begründet beispielsweise *Renzikowski* die Täterqualität nach dem Autonomieprinzip damit, dass Täter sei, wer zu der unendlichen Ursachenkette die letzte autonome Handlung beitrage.⁴⁶ Die Konstruktion eines „Täters hinter dem Täter“, wie sie der Organisationsherrschaft zugrunde liegt, schließt diese Argumentation jedoch gerade aus.⁴⁷ Ferner wird *Renzikowski* entgegengehalten, dass eine Abgrenzung nach dem Autonomieprinzip schon bei der wechselseitigen Zurechnung autonomer Tatbeiträge bei der Mittäterschaft an ihre Grenzen stoße.⁴⁸

Eine andere Strömung unterscheidet zwischen Tätern und Teilnehmern anhand eines eher „quantitativen“⁴⁹ Maßstabes, nämlich der größeren Gefahr, die von einem Täter im Gegensatz zum Teilnehmer ausgehe.⁵⁰ *Herzberg* widerlegt diesen

³⁷ Die Vielfalt dieser Variationen lässt sich schon anhand der Vielfalt der Begrifflichkeiten illustrieren, darunter „Gestaltungsherrschaft“ (*Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 77 ff.), „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ (*Schünemann* [Fn. 25], § 25 Rn. 39), „Entscheidungsherrschaft“ (*Heinrich*, Rechtszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002) und „personale Tatherrschaft“ (*Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993), um nur einige zu nennen. Um den Rahmen dieses Aufsatzes nicht zu sprengen und weil die Kammern des IStGH bislang in den Fußnoten vor allem auf *Roxin* verwiesen, soll die vorliegende Untersuchung sich in erster Linie auf die Tatherrschaftslehre in der Interpretation *Roxins* konzentrieren.

³⁸ Gegen eine Mittäterschaft *Rudolphi*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 369; dafür *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 680, und *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/47; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 25 Rn. 200, verlangt zumindest einen kommunikativen Kontakt zu den ausführenden Mittätern am Tatort, beispielsweise per Funk oder Telefon.

³⁹ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143 ff.; s.a. *Ambos*, GA 1998, 226 (227-231) mit einer Auflistung weiterer Varianten der Lehre von der Organisationsherrschaft.

⁴⁰ S. hierzu ausführlich *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 39 ff.

⁴¹ BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88.

⁴² BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98-94, sowie in der Folge z.B. BGH, Urt. v. 6.6.1997 – 2 StR 339/96; siehe auch *Werle/Burghardt*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 207 (210); Kritisch: *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 25 Rn. 41 f., sowie *Rotsch*, NStZ 1998, 491.

⁴³ BGH, Urt. v. 25.3.1981 – 2 StR 130/81; BGH, Urt. v. 25.3.1982 – 1 StR 534/81; BGH, Urt. v. 16.10.1990 – 4 StR 414/90; BGH, Urt. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90; BGH, Urt. v. 3.11.1993 – 2 StR 321/93; BGH, Urt. v. 8.7.1997 – 5 StR 170/97; BGH, Urt. v. 10.11.2004 – 5 StR 403/04.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 18.1.1994 – 1 StR 769/93; BGH, Urt. v. 15.2.1995 – 2 StR 482/94; BGH, Urt. v. 7.5.1996 – 1 StR 168/96; BGH, Urt. v. 15.7.1999 – 5 StR 155/99.

⁴⁵ *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 23; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 296; *Marlie*, Unrecht und Beteiligung, 2009, S. 47.

⁴⁶ *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, 1997, S. 73.

⁴⁷ *Renzikowski* (Fn. 46), S. 74.

⁴⁸ *Kindhäuser*, in: Bohnert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, S. 627 (S. 644).

⁴⁹ *Haas* (Fn. 45), S. 25.

⁵⁰ So etwa schon *Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 85; *Roxin* argumentiert ähnlich mit der hohen Wahrscheinlichkeit der Tat-

rein faktischen Ansatz mit dem einleuchtenden Beispiel eines Profikillers, der, obwohl lediglich angestiftet, oftmals eine größere Erfolgswahrscheinlichkeit verspreche als so mancher durch Täuschung in mittelbarer Täterschaft „beherrschte“ Vordermann.⁵¹

Eine bedeutende Fraktion innerhalb der Tatherrschaftslehre betont schließlich die „Handlungsherrschaft“ des Täters als Grundtypus und Kern der Täterschaft.⁵² Doch auch hier erkennen Kritiker Widersprüche zwischen den einzelnen Täterschaftsformen. So schreibt *Rotsch*, dass es insbesondere im Rahmen der Organisationsherrschaft an jeglichem Bezug des Täterverhaltens zur tatbestandsmäßigen Handlung fehle. Dadurch, dass zwischen der Handlung des Hintermannes und dem Eintritt des Erfolges eine beliebige Anzahl von Tatmittlern zwischengeschaltet sein könne, werde „die Handlung des Hintermannes vollständig von der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung entkoppelt“.⁵³

Die meisten Befürworter der Tatherrschaftslehre, *Roxin* eingeschlossen, bestreiten denn auch nicht das Fehlen eines universalen „Schlüssels“, der die Teilnahme eindeutig von der Täterschaft trenne⁵⁴ und akzeptieren schlicht den dadurch notwendigerweise normativ-phänomenologischen Charakter der Tatherrschaftslehre.⁵⁵ Demgegenüber sieht die extreme Gegenmeinung die von ihr behauptete praktische Unmöglichkeit einer einheitlichen und homogenen Beteiligungsformenlehre als schlagendes Argument wenn schon nicht für die Einheitstäterschaft im klassischen Sinne, so zumindest gegen jegliche differenzierende Beteiligungsformenlehre an.⁵⁶

IV. Die Übernahme der Tatherrschaftslehre durch den Internationalen Strafgerichtshof

Die erste ausführliche Auseinandersetzung einer Kammer des IStGH mit der Tatherrschaftslehre findet sich in der „Confirmation Decision“ des Lubanga-Falls aus dem Jahr 2007.⁵⁷ In der Argumentation der Vorverfahrenskammer ergeben sich dabei auffallende Parallelen zu der oben erwähnten vermittelnden Rolle, die *Roxins* Lehre ursprünglich zwischen der „animus-Theorie“ und den formal-objektiven Theorien im deutschen Strafrecht einnahm. Ausgehend von der Prämisse, dass das IStGH-Statut ein zwischen Tätern und Teilnehmern differenzierendes Beteiligungssystem statuiert, lehnte die Vor-

verfahrenskammer zunächst extrem subjektive und extrem objektive Ansätze als mit dem Wortlaut des Statuts unvereinbar ab. Hierbei identifizierte sie JCE als extrem subjektive Ansicht.⁵⁸ Als vorzugswürdigen Mittelweg wählten die Richter daraufhin die Tatherrschaftslehre, „wie sie in zahlreichen nationalen Strafrechtssystemen Anwendung findet“.⁵⁹

1. Mittäterschaft und das Konzept der funktionalen Tatherrschaft

a) Allgemeine Voraussetzungen

Die Anklage beschuldigte Thomas Lubanga Dyilo der mittäter-schaftlichen „Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen“ und ihrer „Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten“. Für die in Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut genannte Beteiligungsform der Mittäterschaft oder „perpetration jointly with another person“ stellte die erste Vorverfahrenskammer in der erwähnten „Confirmation Decision“ fünf Voraussetzungen auf, die so weitgehend auch im späteren Urteil von der Mehrheit der Verfahrenskammer übernommen wurden: Im objektiven Tatbestand (1) das Bestehen eines gemeinsamen Tatplanes und (2) einen wesentlichen Tatbeitrag („essential contribution“) sowie im subjektiven Tatbestand (3) das Bewusstsein über die Wesentlichkeit des Tatbeitrags, (4) das Vorliegen aller objektiven Tatbestandsmerkmale der fraglichen Straftat und (5) die Kenntnis des gemeinsamen Tatplans.⁶⁰

b) Objektive Voraussetzungen und Tatbeitrag

Den Begriff des „wesentlichen“ Tatbeitrags („coordinated and essential contribution“) verstanden die Kammern ganz ähnlich wie im obigen Überblick über *Roxins* Theorie herausgearbeitet: Der Angeklagte sei dann als Mittäter zu qualifizieren, wenn die ihm zugedachte Rolle so zentral ist, dass seine Nichtmitwirkung den gemeinsamen Plan zum Scheitern brächte.⁶¹ Darüber hinaus erkannten sie aber, gewissermaßen im Einklang mit dem BGH, dass auch Personen, die lediglich Vorbereitungshandlungen vornehmen, Mittäter sein können.⁶²

Der Angeklagte Thomas Lubanga Dyilo ist in der Tat ein klassisches Beispiel für einen Mittäter, der im Hintergrund

ausführung, die die Organisationsherrschaft auszeichne, siehe *ders.*, ZIS 2006, 293 (296).

⁵¹ *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder un-
verboten handelndem Werkzeug, 1967, S. 42; s.a. *Rotsch*,
NSStZ 2005, 13 (14), mit einem ähnlichen Beispiel im Zusammen-
hang mit der Lehre von der Organisationsherrschaft.

⁵² *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 39.

⁵³ *Rotsch*, NSStZ 2005, 13 (16).

⁵⁴ *Roxin* (Fn. 7), S. 283; *Schünemann* (Fn. 25), § 25 Rn. 38.

⁵⁵ *Heine* (Fn. 23), Vor § 25 Rn. 64.

⁵⁶ So etwa *Rotsch* (Fn. 45); *Marlie* (Fn. 45); Im völkerstraf-
rechtlichen Kontext siehe auch den kürzlich erschienen Aufsatz
von *Stewart*, Leiden Journal of International Law 25
(2012), 165.

⁵⁷ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga).

⁵⁸ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 329.

⁵⁹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 330.

⁶⁰ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 343-346, 349-367; IStGH
(Trial Chamber I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842
(Lubanga), Rn. 1018.

⁶¹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 347; IStGH (Trial Chamber
I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga),
Rn. 1000.

⁶² IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-
01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 330; IStGH (Trial Chamber
I), Ur. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga),
Rn. 1003.

und vom eigentlichen Tatort entfernt die Fäden zieht. Als Präsident der Rebellengruppe UPC („Union des Patriotes Congolais“) und Kommandant ihres militärischen Arms, der FPLC („Forces patriotiques pour la libération du Congo“), nahm er die Rekrutierungen von Kindersoldaten nicht persönlich vor. Diese Aufgabe war anderen, niederrangigeren Mitgliedern der Gruppe überlassen. Die Richter sahen es jedoch als erwiesen an, dass Thomas Lubanga Dyilo wesentlich an der Planung und Organisation der Rekrutierung beteiligt war und somit in dem gesamten Prozess eine „Schlüsselrolle“ innehatte.⁶³

In seinem Sondervotum kritisiert Richter *Fulford* diesen „Wesentlichkeitsmaßstab“. Seiner Ansicht nach führe die darin enthaltene Frage, ob die Tat auch ohne den Beitrag des Angeklagten begangen worden wäre, zu unnötigen, unrealistischen und gekünstelten Gedankenspielen.⁶⁴ Jedoch scheint diese Kritik einem Missverständnis des Wesentlichkeitsmaßstabs zu entspringen. Wie oben im Rahmen der Darstellung von *Roxins* Konzept der funktionellen Tatherrschaft gezeigt, ist es gerade nicht erforderlich, dass die Tat ohne den Beitrag des Angeklagten *in keinem Fall* geschehen wäre, sondern lediglich, dass die Mittäter von ihrem Tatplan in wesentlicher Weise hätten abweichen müssen, was das Ausmaß hypothetischer Spekulation erheblich reduziert.

c) Die Anforderungen an den Tatplan

In Bezug auf den Tatplan ist umstritten, ob er ausdrücklich auf die Begehung eines Verbrechens gerichtet sein muss, oder ob es ausreicht, wenn er nur ein „gewisses kriminelles Element“ enthält. Die Verfahrenskammer befürwortet letzteres: Demnach müsse der Plan lediglich ein „ausreichendes Risiko“ entfalten, dass im „gewöhnlichen Fortlauf der Dinge“ ein Verbrechen begangen wird.⁶⁵ Auf der subjektiven Tateseite sei es genug, wenn der Angeklagte sich dieses „ausreichenden Risikos“ bewusst ist.⁶⁶ Hiermit lehnt die Kammer zwar die ursprüngliche Ansicht der Vorverfahrenskammer ab, die auch ein „geringes Risiko“ ausreichen ließ, sofern der Angeklagte dieses nur billigend in Kauf nahm;⁶⁷ dennoch ergibt sich insgesamt ein sehr breites Verständnis des gemeinsamen Tatplans.

Diese Aussage der Verfahrenskammer wurde in der Folge scharf kritisiert, unter anderem weil sie Konnotationen mit der oben erwähnten „erweiterten“ Variante von JCE hervorruft. *Schabas* illustriert dies anhand des Beispiels einer bewaffneten Gruppe, die versucht, die Regierung ihres Staates mit Waffengewalt zu stürzen. Für sich genommen ist ein solches Vorhaben kein völkerrechtliches Verbrechen. Nimmt man aber nun an, dass Kriegsverbrechen eine „gewöhnliche Folge“

einer jeden bewaffneten Auseinandersetzung sind, würden, nimmt man die Formulierung der Verfahrenskammer in der Lubanga-Entscheidung beim Wort, die Initiatoren dieses eigentlich legalen Staatsstreichs automatisch völkerstrafrechtlich für etwaige Kriegsverbrechen haften, sollten diese im Verlaufe des Konfliktes von einem Mitglied ihrer bewaffneten Gruppe begangen werden.⁶⁸

Um ihre weite Konzeption des Tatplans zu untermauern, beruft sich die Verfahrenskammer auf Art. 30 Abs. 2 lit. b IStGH-Statut. Diese Norm behandelt die subjektive Tateseite und bestimmt, dass eine Person vorsätzlich handelt, wenn sie einen „Erfolg herbeiführen will oder ihr bewusst ist, dass dieser im gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse eintreten wird.“⁶⁹ Jedoch findet sich der umstrittene Begriff des „Risikos“ dort gerade nicht. Auch ist das weite Verständnis des Tatplans nicht mit der Tatherrschaftslehre vereinbar, verlangt diese doch eine recht enge Beziehung des Mittäters zum tatbestandlichen Erfolg. Dass Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* den Irrweg der Verfahrenskammer als Argument zu ihrer Fundamentalkritik an *Roxins* Zurechnungslehre nutzen, ist also unberechtigt.⁷⁰

Woher aber kommt dann die weite „Risikoformel“ der Verfahrenskammer? Zur Beantwortung dieser Frage lohnt sich ein Blick zurück zur „Confirmation Decision“ sowie auf das konkrete Verbrechen, dessen der Angeklagte hier beschuldigt wurde. Die „Elements of Crimes“ (EoC) des IStGH-Statuts,⁷¹ die so etwas wie einen offiziellen Kommentar des Statuts darstellen, verlangen für die Zwangsverpflichtung, Eingliederung und den Einsatz von Kindersoldaten lediglich Fahrlässigkeit.⁷² Grund hierfür ist, dass Rekrutierungskampagnen in Entwicklungsländern oft schlicht ohne Rücksicht auf das meist ohnehin schwer feststellbare Alter der Rekruten durchgeführt werden.⁷³ Dieser Fahrlässigkeitsmaßstab hielt die Vorverfahrenskammer jedoch nicht davon ab, im Falle von

⁶³ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1272.

⁶⁴ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 17.

⁶⁵ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 984.

⁶⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1013.

⁶⁷ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 353.

⁶⁸ Schabas, Charles Taylor Judgment Suggests a More Modest Level of Participation in the Sierra Leone Conflict, auf:

<http://humanrightsdoctorate.blogspot.nl/2012/04/charles-taylor-judgment-suggests-more.html>

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013); Krit. auch *Ambos*, ZIS 2012, 313 (329); *Liefländer*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 1 (2012), 191 (205).

⁶⁹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 985.

⁷⁰ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 15; IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 31 ff.

⁷¹ ICC-ASP/1/3, online abrufbar unter:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

(zuletzt aufgerufen am 8.1.2013).

⁷² Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxvi und Abs. 2 lit. e sublit. vii Elements of Crimes.

⁷³ *Garraway*, in: Lee (Hrsg.), The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, S. 207.

Mittäterschaft dennoch vorsätzliches Handeln aller Mittäter zu verlangen.⁷⁴ Sie wählte dabei aber die besagte weite Formulierung des „ausreichenden Risikos“ in der Annahme, dass Art. 30 IStGH-Statut auch die geringe, der Fahrlässigkeit verwandte Vorsatzform des *dolus eventualis* enthalte. In der Zeit zwischen der „Confirmation Decision“ und dem Urteil wurde diese Auslegung des Art. 30 IStGH-Statut jedoch überzeugend von der zweiten Vorverfahrenskammer in einem anderen Fall widerlegt, die erkannte, dass die Norm lediglich *dolus directus*, also Absicht und Wissentlichkeit, als Vorsatzformen einschließt.⁷⁵ In Bezug auf den Lubanga-Fall bedeutete dieser Wegfall des Eventualvorsatzes, dass Thomas Lubanga Dyilo nun nicht mehr lediglich nachgewiesen werden musste, billigend in Kauf genommen zu haben, dass unter seinen Rekruten auch Kinder unter fünfzehn Jahren waren, sondern dass er vielmehr absichtlich oder wissentlich (auch) Kinder rekrutierte. Die Verfahrenskammer mag deshalb durch die Beibehaltung der „Risikoformel“, obwohl sie sich im Ergebnis der Ablehnung des *dolus eventualis* anschloss,⁷⁶ unbewusst versucht haben, den nun im Vergleich zur „Confirmation Decision“ „enger“ gewordenen Weg der Mittäterschaft ein Stück weit offen zu halten. Vielleicht wäre daher im Hinblick auf den strengen Vorsatzmaßstab des IStGH-Statuts eine Anklage wegen des fahrlässigen Einsatzes von Kindersoldaten in Alleintäterschaft von Beginn an angebracht gewesen.⁷⁷

2. Mittelbare Täterschaft und das Konzept der Organisationsherrschaft

a) Katanga/Ngudjolo und die mittelbare Mittäterschaft

Gegenstand der Fälle um Germain Katanga und Mathieu Ngudjolo Chui ist der Angriff mehrerer bewaffneter Gruppen auf das kongolesische Dorf Bogoro am 24.2.2003. Den Angeklagten, mutmaßlich Kommandanten zweier an dem Überfall beteiligter Milizen, wird vorgeworfen, für die Begehung diverser Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von den angreifenden Kämpfern an der Zivilbevölkerung begangen wurden, verantwortlich zu sein. Während Germain Katanga weiterhin auf sein Urteil wartet, wurde

⁷⁴ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 365.

⁷⁵ IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Bemba), Rn. 360; zust. *Ambos*, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 715 (718); *Schabas*, The International Criminal Court, 2010, S. 476; *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 309; *Clark*, Criminal Law Forum 19 (2008), 519 (525); a.A.: *Badar*, New Criminal Law Review 12 (2006), 293.

⁷⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1010 ff.

⁷⁷ Thomas Lubanga Dyilo setzte laut der Verfahrenskammer Kinder als Mitglieder seiner Leibwache ein, siehe IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 1260; dies fällt auch unter den Begriff des „Einsatzes“ von Kindersoldaten, vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga), Rn. 263.

Mathieu Ngudjolo Chui am 18.12.2012 von der Verfahrenskammer freigesprochen.⁷⁸ Die Anklage hat Berufung eingelegt.

Die Angeklagten wurden konkret beschuldigt, die Begehung der Verbrechen durch ihre Untergebenen geplant und befohlen zu haben. Laut Anklage waren sie dabei auf gegenseitige Zusammenarbeit angewiesen, weil ihre jeweiligen Kämpfer Befehle ausschließlich von Kommandanten der eigenen Volksgruppe befolgten.⁷⁹

Im September 2008 entschied die erste Vorverfahrenskammer, dass eine Kombination aus Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft („indirect co-perpetration“) dieser Konstellation am ehesten gerecht würde, und berief sich abermals auf die Tatherrschaftslehre, genauer gesagt auf *Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft.⁸⁰

b) Abweichungen von *Roxins* Modell

Im Einklang mit *Roxin* verlangten die Richter der Vorverfahrenskammer eine strenge hierarchische Struktur, in der der Angeklagte eine effektive Machtposition besitzt.⁸¹ Anders als ihr Vorbild verzichtete die Kammer jedoch auf das Erfordernis der „Rechtsgelöstheit“. Zudem bedürfe es nach Ansicht der Vorverfahrenskammer im Falle von zahlenmäßig eher kleinen Organisationen nicht unbedingt einer einfachen Austauschbarkeit oder „Fungibilität“ der Untergebenen. Stattdessen könne eine praktisch automatische Befolgung der Befehle auch durch „intensive, strikte und brutale Trainingsmethoden“ gewährleistet werden.

Um diese Abweichungen von *Roxins* „Standardmodell“ verstehen und bewerten zu können, ist es hilfreich, sich die obige These in Erinnerung zu rufen, nach der sich die Lehre von der Organisationsherrschaft vor allem durch ihren empirischen Charakter auszeichnet.⁸² *Roxins* Idee von einer Organisation, die als „Werkzeug“ ihrer Vorgesetzten funktioniert, basierte auf seinen Erfahrungen mit den riesigen und bürokratisch durchorganisierten staatlichen Machtinstrumenten Nazi-Deutschlands. Unter dieser Prämisse erscheinen die Modifikationen der Vorverfahrenskammer gleichsam als „Übersetzung“ von *Roxins* Modell auf die tatsächlichen Verhältnisse im kongolesischen Bürgerkrieg. So könnte man beispielsweise im Hinblick auf das von der Verfahrenskammer ausgelassene Merkmal der „Rechtsgelöstheit“ argumentieren, dass es einer ausdrücklichen Straffreiheit für die Mitglieder der bewaffneten Gruppen schon deshalb nicht bedarf, weil eine effektive staatliche Strafverfolgung in den entlegenen Gebieten im Osten der Demokratischen Republik Kongo faktisch gar nicht existiert. Ähnlich verhält es sich mit den brutalen Trainingsmethoden, die, insbesondere wenn sie auf Minderjährige angewen-

⁷⁸ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3 (Ngudjolo).

⁷⁹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 493, 519.

⁸⁰ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 491.

⁸¹ IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 512 f.

⁸² Siehe oben III. 3.

det werden, durchaus in einer unbedingten Bereitschaft, auch verbrecherische Befehle auszuführen, resultieren können.⁸³

Ob diese Modifikationen der Lehre von der Organisationsherrschaft in den mehrheitlich von chaotischen Bürgerkriegszuständen geprägten Fällen, die derzeit beim IStGH anhängig sind, zu zufriedenstellenden Ergebnissen führen werden, bleibt abzuwarten. Auch gibt es innerhalb des Gerichtshofs interessante Abweichungen in dieser Frage. So entschied die zweite Vorverfahrenskammer kürzlich in einem der Kenya-Fälle, dass die Organisationsherrschaft eines der Angeklagten auch auf einem simplen System von Belohnung und Strafe fußen könne.⁸⁴ Alles in allem kann an dieser Stelle Richterin *van den Wyngaert* zugestimmt werden, die in ihrem Sondervotum zum Ngudjolo-Urteil erkennt, dass die Beurteilung von verbrecherischen Machtstrukturen keinen allzu starren Regeln unterworfen werden darf, sondern jeweils einer Anpassung an den konkreten Fall bedarf (wenngleich sie dies unter der Prämisse äußert, dass die Lehre von der Organisationsherrschaft insgesamt abzulehnen ist, dazu näher unten).⁸⁵

V. Die Kritik von Richter Fulford und Richterin van den Wyngaert an der Übernahme der Tatherrschaftslehre durch den IStGH

Nachdem in den vorangegangenen Teilen dieses Aufsatzes sowohl die Ursprünge der Tatherrschaftslehre im deutschen Strafrecht als auch ihre bisherige Anwendung vor dem IStGH gründlich durchleuchtet wurden, ist es nun an der Zeit, sich der Kritik zuzuwenden, die die Anwendung dieses Zurechnungsmodells von der Richterbank erfahren hat. Konkret sollen hier die Sondervoten der Richter *Fulford* und *van den Wyngaert*, die die Tatherrschaftslehre mehr oder weniger einmütig aus zwei fundamentalen Überlegungen ablehnen, untersucht werden. Zum einen sind die Richter der Ansicht, dass Art. 25 IStGH-Statut keine klare Differenzierung zwischen den dort genannten Beteiligungsformen verlangt. Zum anderen lehnen sie die Adoption nationaler Zurechnungslehren prinzipiell ab und vertreten vielmehr einen „rein am Wortlaut orientierten“ Ansatz.

1. Einheitstäterschaft oder Differenzierendes Beteiligungs-system

Wie bereits zuvor erwähnt, gehen die Kammern des IStGH bei ihrer Anwendung der Tatherrschaftslehre von der Prämisse aus, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut mit seinen sechs Unter-

absätzen ein differenziertes, hierarchisch aufgebautes Beteiligungssystem statuiert. An der Spitze dieser Pyramide stünden hierbei die in Unterabsatz a genannte Allein-, Mit- und mittelbare Täterschaft, gefolgt von verschiedenen Anstiftungs- und Beihilfeformen in den Unterabsätzen b und c. Ganz am Ende der Skala fände sich schließlich der Auffangtatbestand der Beteiligung an einem kollektiven verbrecherischen Unternehmen „auf sonstige Weise“ in Unterabsatz d.⁸⁶

Diese Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut wird sowohl von Richter *Fulford* als auch von Richterin *van den Wyngaert* radikal abgelehnt. Nach ihrer Ansicht dient die ausführliche Auflistung in den Unterabsätzen a bis d lediglich dazu, alle Eventualitäten abzudecken und alle denkbaren Beteiligungsformen mit Strafbarkeit zu belegen. Die Bedeutungen der einzelnen Begriffe überlagerten sich dabei teilweise gegenseitig, und es bestehe keine eindeutige Rangfolge zwischen ihnen. So sei beispielsweise das Befehlen oder Erbitten eines Verbrechens sowie das Überreden dazu („ordering, soliciting or inducing“) in Unterabsatz b keineswegs weniger schwerwiegend als die Begehung „durch eine andere Person“, also die mittelbare Täterschaft, in Unterabsatz a.⁸⁷ Als Hauptargument der beiden Richter dient dabei der „schlichte Wortlaut“ des Statuts.⁸⁸

Diese Argumentation ist nicht unproblematisch. Wie Richterin *van den Wyngaert* in ihrem Sondervotum erkennt, handelt es sich bei Begriffen wie „Begehung“, „Mittäterschaft“ und anderen um juristische Fachtermini, die in jedem nationalen Rechtssystem eine andere Bedeutung haben (man denke hierbei nur an die Unterschiede zwischen Common und Civil Law).⁸⁹ Leider zieht sie aus dieser Erkenntnis nicht die richtigen Konsequenzen. So verdeutlicht diese Vielfalt der möglichen Bedeutungen doch die ganz offensichtliche Schwierigkeit, aus dem bloßen Wortlaut des Art. 25 IStGH-Statut, der in Verhandlungen zwischen nationalen Delegationen mit ganz

⁸³ In der Tat erwähnt die Vorverfahrenskammer das „intensive, strikte und brutale Training“ insbesondere im Zusammenhang mit Kindersoldaten, vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga/Ngudjolo), Rn. 518; siehe auch *Manacorda/Meloni*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 159 (172); allgemein zur Möglichkeit der „Anpassung“ der Lehre von der Organisationsherrschaft an wechselnde Gegebenheiten auch *Jain*, Chicago Journal of International Law 12 (2011), 159 (195).

⁸⁴ IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 320 ff.

⁸⁵ Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 55.

⁸⁶ IStGH (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 996; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Entsch. v. 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465-Red (Mbarushimana), Rn. 279; IStGH (Pre-Trial Chamber II), Entsch. v. 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Ruto/Kosgey/Sang), Rn. 354.

⁸⁷ IStGH (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 8; siehe auch IStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 24.

⁸⁸ IStGH (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter Fulford, Rn. 13; IStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 8.

⁸⁹ IStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 12; Siehe auch *Jain*, Chicago Journal of International Law 12 (2011), 159 (199).

unterschiedlichen rechtlichen Hintergründen entstanden ist,⁹⁰ allzu weitgehende Schlussfolgerungen zu ziehen. Mit anderen Worten: Wenn schon keine grundsätzliche Einigkeit darüber besteht, was genau unter „ordering“ und „committing“ zu verstehen ist,⁹¹ wie soll sich dann alleine anhand dieses Wortlautes feststellen lassen, dass sich beide Begriffe inhaltlich überlagern?⁹² Hier zeigen sich Merkmale eines Zirkelschlusses, bei dem den „leeren Worthüllen“ von vornherein schon Bedeutungen eingepflanzt werden, um diese danach als Auslegungsergebnis zu präsentieren. Vielmehr wäre der umgekehrte Weg zu beschreiten, nämlich die Frage zu stellen, ob und inwiefern sich die verschiedenen Beteiligungsformen nach der Gesamtkonzeption des Statuts voneinander unterscheiden sollen.

Als erster Schritt auf diesem Weg bietet sich ein direkter Vergleich des IStGH-Statuts mit den Statuten anderer internationaler Tribunale an. So listet beispielsweise Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut die verschiedenen Beteiligungsformen weitaus weniger differenziert in nur einem Absatz auf. Für einige Vertreter des Schrifttums ist dies ein *argumentum a fortiori* dafür, dass Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut ein mehrstufiges Modell vorsieht: Wenn nämlich schon eine vergleichsweise undifferenzierte Norm wie Art. 7 Abs. 1 JStGH-Statut vor dem Jugoslawien-Strafgerichtshof ein dualistisches Beteiligungssystem etablieren konnte, so müsse dies doch vor dem IStGH erst recht für die viel feingliedrigere Vorschrift des Art. 25 IStGH-Statut gelten.⁹³ Dieser Vergleich ist durchaus zulässig: Auch wenn Art. 21 IStGH-Statut grundsätzlich eine unabhängige Interpretation der Vorschriften des Römischen Statuts fordert, wäre es doch gekünstelt, das Statut gleichsam in einem historischen Vakuum zu denken, dass völlig unbeeinflusst von den Statuten anderer internationaler Tribunale entstanden wäre.⁹⁴

Doch auch Richter *Fulford*, trotz seiner Rufe nach einer unabhängigen, rein am Wortlaut orientierten Auslegung, bemüht einen internationalen Vergleich des IStGH-Statuts, um seine Einheitslösung zu untermauern. So enthalte das Statut, ganz im Gegensatz etwa zum deutschen Strafgesetzbuch,

gerade keine strikt an der Beteiligungsform orientierten Strafzumessungsregeln, weshalb eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Beteiligungsformen eine rein akademische Übung ohne jede praktische Relevanz sei.⁹⁵ Ein ähnliches Argument bringt *Stewart* in einem fast zeitgleich mit dem Lubanga-Urteil erschienenen Aufsatz vor: Seiner Ansicht nach sorgen verschiedene Beteiligungsformen, sofern sie keine ausdrücklichen Rechtsfolgen nach sich ziehen, lediglich für unnötige Komplikationen und dogmatische Ungereimtheiten.⁹⁶ Argumente wie diese münden letztlich in einer Diskussion über die Vor- und Nachteile der Einheitstäterschaft. Hier haben jedoch freilich auch deren Gegner einiges vorzubringen, wie etwa die Vorzüge von „fair labelling“⁹⁷ und die Überlegung, dass eine Einteilung in verschieden schwerwiegende Beteiligungsformen auch abseits strikter Strafzumessungsregeln eine durchaus wünschenswerte Einschränkung allzu großen richterlichen Ermessens bedeutet.⁹⁸

Das wohl stärkste Argument für ein Bedürfnis nach einer differenzierenden Lösung findet sich aber wohl bereits in Art. 25 IStGH-Statut selbst. Wie auch von der Mehrheit der Richter der Verfahrenskammer im Lubanga-Urteil erkannt,⁹⁹ stellt Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut lediglich die versuchte „Begehung“ einer Tat unter Strafe. Dadurch aber ist eine klare Qualifikation der Beteiligungsform eines Angeklagten, ganz unabhängig von der Frage, ob nun die Einheitstäterschaft, ein dualistisches oder gar ein trialistisches System aus rechtsphilosophischen und -politischen Überlegungen heraus vorzugswürdig ist, vor dem IStGH jedenfalls *de lege lata* aus ganz rechtspraktischen Gründen schlechterdings notwendig und somit zweifelsohne im Statut angelegt.

2. Wie unabhängig ist das Völkerstrafrecht?

Selbst wenn man aber mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass das IStGH-Statut eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme an einem völkerrechtlichen Verbrechen impliziert, so ist damit noch immer nicht entschieden, wo genau diese Grenze verlaufen soll. Richter *Fulford* und Richterin *van den Wyngaert* sind sich einig darin, dass die

⁹⁰ *Schabas* (Fn. 75), S. 424; Siehe auch IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 13.

⁹¹ So sieht beispielsweise *Ambos*, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008, Art. 25 Rn. 2, in diametralem Gegensatz zu *Fulford* den Wortlaut der Norm gerade als Indiz für eine Rangfolge, weil „commission“ in UAbs. a ganz klar die stärkste Beteiligungsform darstelle.

⁹² Siehe auch *Herzig*, *The Ngudjolo-Judgment, Cultural Imprint and Modes of Liability: How Domestic is International Criminal Law?*, Blog Post auf:

<http://www.cjicl.org.uk/index.php/cjicl-blog/the-ngudjolo-judgment-cultural-imprint-and-modes-of-liability-how-domestic-is-international-criminal-law>

(zuletzt aufgerufen am 10.1.2013).

⁹³ *Ambos*, ZIS 2012, 313 (332); *Olásolo*, *International Criminal Law Review* 7 (2007), 143 (153).

⁹⁴ *Nerlich*, in: Stahn/Sluiter (Hrsg.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, S. 305 (S. 313).

⁹⁵ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Sondervotum Richter *Fulford*, Rn. 11.

⁹⁶ *Stewart*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 165.

⁹⁷ *Ohlin*, *Names, Labels, and Roses*, Blog Post auf:

<http://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses> (zuletzt aufgerufen am 10.1.2013).

⁹⁸ *Ohlin*, *Names, Labels, and Roses*, Blog Post auf:

<http://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses> (zuletzt aufgerufen am 10.1.2013); *Werle*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 953 (957).

⁹⁹ IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 998. Ein weiteres systematisches Argument für ein differenzierendes Beteiligungssystem stammt von *Guliyeva*, *Eyes on the ICC* 5 (2009), 49 (66): Demnach spreche Artikel 17 Abs. 1 lit. d IStGH-Statut gegen eine Einheitslösung, weil er dem Strafgerichtshof die Aufgabe zudenkt, gerade die Beteiligten mit den schwerwiegendsten Beiträgen zu völkerrechtlichen Verbrechen zu identifizieren und verurteilen.

Kriterien für eine etwaige Grenzziehung zumindest vor dem IStGH jedenfalls nicht von der Tatherrschaftslehre bestimmt werden sollten. Die Ablehnung dieses Zurechnungsmodells fußt hierbei jedoch eher auf formalen Gründen als auf inhaltlicher Kritik (wie sie ja auch durchaus zu Recht geübt werden könnte und im nationalen wie internationalen Schrifttum auch geübt wird).¹⁰⁰ Sowohl Richter *Fulford* als auch Richterin *van den Wyngaert* favorisieren eine „unabhängige“ und „rein am Wortlaut orientierte“ Auslegung, möglichst unbeeinflusst von nationalen Rechtssystemen. Richterin *van den Wyngaert* geht sogar so weit, eine teleologische Auslegung von Art. 25 IStGH-Statut generell abzulehnen. Sie begründet dies mit dem in Art. 22 Abs. 2 IStGH ausdrücklich niedergelegten Analogieverbot, das eine „Erfindung“ wie die der Organisationsherrschaft verböte.¹⁰¹

Dieser Ansicht ist, wenngleich Richterin *van den Wyngaert* sie ausführlich und durchaus pointiert begründet, nicht zuzustimmen. Wie *Ambos* richtig erkennt, konfligiert ein rein rechtspositivistischer Ansatz wie der von *Fulford* und *van den Wyngaert* (neben den eben schon angesprochenen terminologischen Verständigungsschwierigkeiten) mit dem normativen Charakter des Rechts, der auch und gerade die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durchzieht.¹⁰² Tatsächlich kommt auch Richterin *van den Wyngaert* bei ihrer Auslegung des Art. 25 IStGH-Statut nicht umhin, Begriffe und Kategorien aus teleologischen Überlegungen heraus in den Wortlaut der Norm „hineinzulesen“ – etwa, wenn sie im Rahmen der Mittäterschaft anstelle eines „wesentlichen“ Tatbeitrags eine „direkte“ Beteiligung an der Tat fordert.¹⁰³ In ähnlicher Art und Weise adoptiert sie bei ihrer Auslegung der mittelbaren Täterschaft *Roxins* Begriff der „Willensherrschaft“,¹⁰⁴ ebenfalls ein Element, das sich im einfachen Wortlaut von Art. 25 IStGH-Statut gerade nicht wiederfindet.

Auch Richterin *van den Wyngaerts* zweites Hauptargument, nämlich ihre Bezugnahme auf Art. 21 IStGH-Statut, ist nicht frei von Widersprüchen. Nach dieser Vorschrift haben Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Prinzipien innerstaatlicher Rechtsordnungen für die Auslegung des Statuts lediglich subsidiäre Bedeutung. Art. 25 des Statuts enthalte laut *van den Wyngaert* aber gerade keine Lücke, die es durch

derartige „externe“ Regeln zu füllen gelte. Mehr noch, es gebe im Bereich der Beteiligungsformen gar keine „allgemeinen Prinzipien“, wie ein Blick auf die Uneinheitlichkeit nationaler Rechtssysteme im Bereich der Beteiligungsformen beweise.¹⁰⁵

Der Richterin ist hier zuzugeben, dass es in der Tat unmöglich sein dürfte, sämtliche nationalen Rechtssysteme im Bereich der Beteiligungsformen auf einen kleinsten gemeinsamen Nenner herunter zu destillieren. Allerdings wäre dies wohl auch kaum der richtige Ansatz. Das Ziel einer Interpretation von Art. 25 IStGH-Statut kann nicht ein möglichst breiter politischer Kompromiss sein, sondern nur ein sachlich überzeugendes Zurechnungsmodell. Ein solches vollkommen unbeeinflusst von nationalen Vorbildern zu finden, ist aber vielleicht ebenso unmöglich, ja es misslingt der Richterin selbst: So erinnert ihr oben schon angesprochener „direkter“ Beteiligungsmaßstab stark an das „immediate cause“-Kriterium des traditionellen Common Law;¹⁰⁶ ihre ebenfalls bereits erwähnten Ausführungen zur „Willensherrschaft“ des mittelbaren Täters wiederum entstammen dem Begriffsrepertoire *Roxins*.¹⁰⁷

Überhaupt ist fraglich, ob es erstrebenswert ist, sämtliche dogmatische „Vorarbeit“, die nationale Gerichte und Rechtswissenschaft geleistet haben, bei der Suche nach einer optimalen Auslegung des IStGH-Statuts vollkommen außer Acht zu lassen. Letztlich gründet das gesamte Völkerstrafrecht seit den Nürnberger Prozessen auf den jahrzehnte- ja, jahrhundertalten praktischen und theoretischen Erfahrungen innerstaatlicher Strafrechtsordnungen. Sicherlich sollten innerstaatliche Konzepte dabei nicht einfach unkritisch übernommen werden, zumal völkerrechtliche Verbrechen oftmals wenig mit den Fällen zu tun haben, aus denen sich die Regeln nationaler Strafrechtssysteme entwickelt haben.¹⁰⁸ Auf der anderen Seite wäre es aber ebenso verfehlt, sämtliche Theorien und Lehren, die sich im innerstaatlichen Kontext seit Jahrzehnten bewährt haben, aus rein formalen Gründen und zugunsten einer nur

¹⁰⁰ Vgl. im nationalen Kontext oben III. 5. sowie im Bereich des Völkerstrafrechts beispielsweise *Dubber*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 977 (983); *Ohlin*, *Chicago Journal of International Law* 11 (2011), 693; *Stewart*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 165; *Vest*, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen*, 2011, S. 351; *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 91 (100 f.).

¹⁰¹ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 18.

¹⁰² *Ambos*, ZIS 2012, 313 (331).

¹⁰³ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 44.

¹⁰⁴ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 54.

¹⁰⁵ IStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Ngudjolo), Sondervotum Richterin van den Wyngaert, Rn. 17.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Allen*, *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. 2005, S. 198.

¹⁰⁷ *Herzig* (Fn. 92).

¹⁰⁸ Siehe auch IStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), Rn. 976: „Sowohl die Römisch-Germanischen Rechtssysteme als auch das Common Law haben Prinzipien über die verschiedenen Formen strafrechtlicher Verantwortlichkeit entwickelt. Jedoch war keines dieser Systeme ursprünglich für die Anwendung auf die Verbrechen, die unter die Zuständigkeit dieses Gerichts fallen, gedacht [...]“; die Unterschiede zwischen völkerrechtlichen Verbrechen und dem „Tagesgeschäft“ nationaler Strafgerichte liegen hierbei nicht nur in den Opferzahlen und den angewendeten Mitteln, sondern oftmals auch in der großen Anzahl von Personen auf der Täterseite, vgl. *van Sliedregt*, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, 2003, S. 4.

vermeintlich „unabhängigen“ und rein internationalen Strafrechtsdogmatik zu verwerfen.¹⁰⁹

VI. Fazit

Mehr als fünf Jahre nach der „Confirmation Decision“ der ersten Vorverfahrenskammer im Lubanga-Fall darf man der Tatherrschaftslehre vor dem IStGH mittlerweile den Status einer ständigen Rechtsprechung zuschreiben. Vergleicht man dabei die praktische Anwendung dieses Zurechnungsmodells durch die Kammern des Gerichtshofs mit ihren theoretischen Grundlagen im deutschen Strafrecht, lassen sich viele Gemeinsamkeiten, aber auch viele Unterschiede entdecken. Im Bereich der Mittäterschaft wird abzuwarten sein, ob das weite Tatplanverständnis der ersten Verfahrenskammer aus dem Lubanga-Urteil auch von anderen Kammern übernommen werden wird, oder ob diesbezüglich, der berechtigten Kritik aus dem Schrifttum folgend, in zukünftigen Fällen eine Korrektur erfolgt. Im Hinblick auf die mittelbare Täterschaft wird es interessant sein, zu verfolgen, ob und inwieweit die Richter des Gerichtshofs das Konzept der Organisationsherrschaft an die Hintergründe und praktischen Gegebenheiten zukünftiger Fälle anpassen werden.

Die Adoption der ursprünglich im rein nationalen Kontext entwickelten und angewandten Tatherrschaftslehre durch das erste wirklich internationale Tribunal der Weltgeschichte hat sowohl im Schrifttum als auch auf den Richterbänken des Gerichtshofs selbst hohe Wellen geschlagen. Ganz unabhängig davon, ob sich die Tatherrschaftslehre dabei letztlich durchsetzen wird, ist ihr größter Verdienst vielleicht darin zu sehen, eine internationale und vor allem inter(-rechts-)kulturelle Debatte darüber angestoßen zu haben, was genau individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit im Kontext massiver und systematischer Menschenrechtsverletzungen eigentlich bedeutet. Anders als es die Richter *Fulford* und *van den Wyngaert* in ihren Sondervoten zu den ersten beiden Urteilen des IStGH empfehlen, darf sich diese Debatte den mannigfaltigen und in langer praktischer Erfahrung bewährten Zurechnungsmodellen der vielen nationalen Strafrechtssysteme nicht verschließen. Ganz im Gegenteil sollte dieser dogmatische Reichtum genutzt werden, um, unter gebührender Berücksichtigung der Besonderheiten völkerrechtlicher Verbrechen, den bestmöglichen Weg für den Internationalen Strafgerichtshof zu finden.

¹⁰⁹ Im Bereich des Prozessrechts ist die Notwendigkeit einer Orientierung an nationalen Vorbildern im Übrigen völlig unbestritten; siehe auch *Heinsch*, in: *Sluiter/Stahn* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC: The Court at Five Years*, 2008, S. 479 ff., und *Orie*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, S. 1439 ff.

Das europäische Opferrechtspaket: zwischen substantiellem Fortschritt und blindem Aktionismus

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Stefanie Bock**, Göttingen*

I. Einleitung

Die Zeiten, in denen eine Neutralisierung des Kriminalitätsoffers im Straf(-verfahrens-)recht zu beklagen war,¹ scheinen endgültig überwunden. Die in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts entstandene Opferrechtsbewegung hat es sich zum Ziel gesetzt, die Rechtsstellung von Kriminalitätsbetroffenen zu verbessern und insbesondere dafür zu sorgen, dass diese nicht mehr nur als Mittel zur Wahrheitsfindung, als Zeugen, sondern vielmehr als eigenständige Rechtssubjekte wahrgenommen und behandelt werden. Mit Erfolg: das Opfer ist mittlerweile aus dem kriminalpolitischen Diskurs nicht mehr hinweg zu denken. Allein in Deutschland wurden in den letzten 25 Jahren zumindest neun Gesetze zur Stärkung des Opferschutzes bzw. der Opferrechte erlassen² – ein weiteres, das sog. StORMG,³ durchläuft derzeit das Gesetzgebungsverfahren.

Mittlerweile hat die Opferrechtsbewegung auch die EU erfasst.⁴ So hat der Europäische Rat im Stockholmer Programm, das die Leitlinien der Union im Bereich der Innen- und Sicherheitspolitik für die Jahre 2010-2014 festlegt, betont, dass zumindest bestimmte Gruppen von Opfern der „besonderen Unterstützung und des besonderen rechtlichen Schutzes“ bedürfen und einen „integrierten und koordinierten Ansatz“ auf

dem Gebiet der Opferrechte gefordert.⁵ Die Kommission stufte daraufhin die Verbesserung des Schutzes von Kriminalitätsoffern als strategische Priorität⁶ ein und kündigte an, untersuchen zu wollen, „worin sich die Garantien für Opfer von Kriminalität [...] in den 27 Mitgliedstaaten unterscheiden und mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln ein höheres Schutzniveau anzustreben“.⁷ Diese Bemühungen mündeten im Mai 2011 in der Vorlage eines aus drei Komponenten bestehenden Legislativpaketes: die Mitteilung über die Stärkung der Opferrechte in der EU⁸, der Richtlinienvorschlag über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe⁹ und der Verordnungsvorschlag über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen.¹⁰ Rat und Parlament haben diese Initiative der Kommission positiv aufgenommen und die vorgeschlagenen Rechtsakte bereits zum Teil mit lediglich leichten Modifikationen erlassen. Im Folgenden sollen die einzelnen Bestandteile des Opferrechtspaketes näher vorgestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

II. Die Mitteilung der Kommission zur Stärkung der Opferrechte in der EU

Im ersten Teil des Legislativpaketes, der Mitteilung, versucht die Kommission primär die Notwendigkeit und Legitimität einer europäischen Intervention auf dem Gebiet der Opferrechte zu begründen. Sie stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden drei Punkte: Zunächst soll durch die Schaffung eines einheitlichen europäischen Mindestkanon an Opferrechten das wechselseitige Vertrauen der Menschen in die Justizsysteme der Mitgliedstaaten gestärkt werden. Darüber hinaus soll sichergestellt werden, dass im Strafverfahren die Grund- und Menschenrechte der durch die Straftat Geschädigten gewahrt werden. Drittens soll die opferorientierte Ausgestal-

* Die *Verf.* ist akad. Rätin a. Z. und Habilitandin am Lehrstuhl von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August Universität Göttingen.

¹ Vgl. nur M. Bock, in: Göppinger (Hrsg.), *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, § 11 Rn. 1; S. Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, S. 48 m.w.N.; siehe auch Schönemann, *ERA-Forum* 12 (2011), 445 (446): „Entmachtung des Verletzten“; Opfer als „vergessene Figur“.

² Siehe die Auflistungen bei Rieß, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, S. 751 (S. 752 f.); Schünemann, *ERA-Forum* 12 (2011), 445 (446). Die vier wichtigsten sind wohl das Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren v. 18.12.1986, *BGBI. I* 1986, S. 2496; das Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes v. 30.4.1998, *BGBI. I* 1998, S. 820; das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz) v. 24.6.2004, *BGBI. I* 2004, S. 1354 sowie das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) v. 29.7.2009, *BGBI. I* 2280.

³ Siehe nur den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG), BT-Drs. 17/6261.

⁴ Vgl. hierzu die Überblicksdarstellung bei S. Bock, in: Polähne/Rode (Hrsg.), *Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits, Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug*, 2012, S. 43; *dies.*, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, 2012, S. 67.

⁵ Europäischer Rat, *Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger*, *ABl. EU* 2010 Nr. C 115/1, S. 10.

⁶ Siehe Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission: Arbeitsprogramm der Kommission für 2011*, 27.10.2010, *KOM* (2010) 623 endg., S. 3, 8.

⁷ Europäische Kommission, *Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms*, 20.4.2010, *KOM* (2010) 171 endg., S. 3.

⁸ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission: Stärkung der Opferrechte in der EU*, 18.5.2011, *KOM* (2011) 274 endg.

⁹ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie über die Opferhilfe*, 18.5.2011, *KOM* (2011) 275.

¹⁰ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen im Zivilrecht*, 18.5.2011, *KOM* (2011) 276.

tung des Verfahrens die Gesamtkosten der Straftat reduzieren.¹¹

Zumindest der letzte Aspekt erscheint begründungsbedürftig. Die Kommission geht u.a. davon aus, dass Opfer, die sich am Verfahren beteiligen und sich von der Justiz respektiert fühlen, sich „körperlich und emotional“ rascher von den Folgen der Straftat erholen und schneller ins normale Leben zurückkehren können.¹² Dem opfergerechten Strafverfahren wird damit ein therapeutischer Effekt zugesprochen: Das Opfer soll bei der Verarbeitung der Tatfolgen durch die Justiz unterstützt werden, wodurch letztendlich auch die finanziellen Konsequenzen der Tat für das Opfer und die Allgemeinheit in Form von Heilbehandlungskosten und Verdienstaussfällen abgemildert werden sollen.¹³ Wie genau und unter welchen Voraussetzungen das Strafverfahren derart positive Wirkungen entfalten kann, erläutert die Kommission nicht. Denkbar wäre es zum einen, in diesem Zusammenhang auf die just world-Hypothese zu rekurrieren. Diese Theorie geht davon aus, dass für ein funktionierendes menschliches Zusammenleben zwei elementare Grundannahmen unabdingbar sind: die Überzeugung, dass die Mitmenschen wohlmeinend sind, und der Glaube an eine übergeordnete Gerechtigkeit.¹⁴ Verbrechen werden dabei nicht negiert, sondern in dieses Konzept durch den Glauben an eine gerechte Welt integriert. In einer gerechten Welt bekommt jeder, was er verdient und jeder hat das verdient, was er bekommt. Ist jemand Opfer einer Straftat geworden, so muss er dies verschuldet oder verdient haben.¹⁵ Der Einzelne grenzt sich auf diese Weise so weit vom Geschädigten ab, dass er subjektiv zu der Überzeugung gelangt, dass er selbst vor vergleichbaren Übergriffen sicher ist. Auch wenn diese Kernannahmen über die Güte und Gerechtigkeit der Welt nicht der Realität entsprechen, sorgen sie für ein hohes psychisches Funktionsniveau und befähigen zu sozialen Interaktionen mit Mitmenschen. Durch die eigene Opfererfahrung wird diese subjektive Theorie der Wirklichkeit¹⁶ erschüttert. Sie steht daher in einem grundlegenden Widerspruch zum eigenen Selbst- und Weltbild. Nun ließe sich mit einer gewissen Plausibilität annehmen, dass die hieraus möglicherweise¹⁷ resultierenden psychischen Schädigungen durch das Strafverfahren zumindest in einem gewissen Maße kompensiert werden können.

Immerhin wird dem Opfer durch das Strafurteil bescheinigt, dass der Täter kein Recht zu dem Übergriff hatte,¹⁸ er die schädigende Handlung daher hätte unterlassen müssen.¹⁹ Dem Opfer wird so signalisiert, dass es zu Recht darauf vertraut hat, nicht von anderen Menschen verletzt zu werden.²⁰ Auf diese Weise kann das Strafurteil einen Beitrag dazu leisten, dass das Opfer sein Sicherheitsgefühl zurückgewinnt.²¹ Durch die Brandmarkung der Tat als Unrecht wird zudem klargestellt, dass dem Opfer kein unglückliches Schicksal, sondern ein von Menschen zu verantwortendes Unrecht widerfahren ist.²² Dies kann dem Opfer helfen, die Tat zu verarbeiten, insbesondere mit quälenden Selbstvorwürfen abzuschließen.²³

Der von der Kommission angenommene therapeutische Effekt des Strafverfahrens könnte zudem aus der mit ihm möglicherweise verbundenen Rollenumkehr folgen. Zumindest bei Gewaltdelikten erlebt das Opfer den Täter häufig als überlegen und dominant, während es selbst hilflos und passiv die Tat erdulden muss.²⁴ Eröffnet ihm das Strafverfahren nun die Möglichkeit, sich aktiv an der Straftatandung zu beteiligen und dem Täter als selbstbestimmtes Individuum mit unverbrüchlichen Rechten entgegenzutreten, so steht dies im diametralen Gegensatz zur Viktimisierungserfahrung. Es erscheint daher durchaus denkbar, dass die Wahrnehmung prozessualer Rechte das Opfer auf dem Weg, seine Eigenständigkeit und Selbstachtung wiederzugewinnen, unterstützen kann.²⁵ Auch wenn sich auf diese Weise zwar durchaus theoretisch Argumente für eine mögliche therapeutische Wirkung des Strafprozesses finden lassen, erscheint es jedenfalls gewagt, diesen – wie die Kommission es tut – ohne weiteres zu unterstellen. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den soeben angestellten Überlegungen lediglich um Gedankenexperimente handelt, die sich ausschließlich auf Plausibilitätserwägungen

¹¹ KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 4-5.

¹² KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 5.

¹³ KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 5.

¹⁴ Lerner, *The Belief in a Just World – A Fundamental Delusion*, 1980, S. 11 ff.; Hestermann, *Verbrechensopfer – Leben nach der Tat*, 1997, S. 36; S. Bock (Fn. 1), S. 54 f. m.w.N.

¹⁵ Lerner (Fn. 14), S. 11; Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989, S. 384; McFarlane/van der Kolk, in: van der Kolk/McFarlane/Weisaeth (Hrsg.), *Traumatic Stress – The Effects of Overwhelming Experience on Mind, Body and Society*, 1996, S. 28; Hansen, *Traumatisierung von Frauen durch Gewalt*, 1999, S. 7.

¹⁶ Hansen (Fn. 15), S. 8.

¹⁷ Ob und wie sich eine Straftat auf das emotionale Wohlbefinden bzw. die psychische Gesundheit des Opfers auswirkt, hängt von zahlreichen Faktoren ab; siehe dazu S. Bock (Fn. 1), S. 157 m.w.N.

¹⁸ Sczesny/Krauel, *MschR* 79 (1996), 338 (343); Hassemer/Reemtsma, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002, S. 130.

¹⁹ Hassemer/Reemtsma (Fn. 18), S. 131.

²⁰ Siehe auch Hassemer/Reemtsma (Fn. 18), S. 134; S. Bock (Fn. 1), S. 201.

²¹ Siehe auch Roxin, in: Britz u.a. (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens*, Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 701 (S. 709); O'Connell, *Harv. Int'l L. J.* 46 (2005), 295 (320); S. Bock (Fn. 1), S. 200 f. m.w.N.

²² Hassemer/Reemtsma (Fn. 18), S. 130; Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 427; Hörnle, *JZ* 2006, 950 (955).

²³ Hassemer/Reemtsma (Fn. 18), S. 131; Hörnle, *JZ* 2006, 950 (955); S. Bock (Fn. 1), S. 199 m.w.N.

²⁴ Vgl. Bard/Sangrey, *The Crime Victim's Book*, 2. Aufl. 1986, S. 16; Hagemann, *Wohnungseinbrüche und Gewalttaten: Wie bewältigen Opfer ihre Verletzungen?*, 1992, S. 126; Hansen (Fn. 15), S. 6.

²⁵ Herman, *Journal of Traumatic Stress* 16 (2003), 159; Mankowski, in: Bammer u.a. (Hrsg.), *Rechtsschutz: gestern – heute – morgen*, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher, 2008, S. 785 (S. 788); Wemmers, *CLF* 20 (2009), 396 (402).

stützen. Eine fundierte empirische Überprüfung steht noch aus.

Im Weiteren stellt die Kommission fest, dass Verbrechenopfer fünf Kernbedürfnisse haben, denen durch die vorgeschlagenen Rechtsakte Geltung verschafft werden sollen: Anerkennung und respektvolle Behandlung, Schutz, Unterstützung, Zugang zum Recht sowie Entschädigung und Schadensersatz.²⁶ Auch wenn sich dies im Wesentlichen mit den Erkenntnissen der Viktimologie deckt,²⁷ so darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Opfer keine homogene Gruppe bilden. Welche Interessen und Bedürfnisse Geschädigte haben, hängt nicht nur von der erlittenen Straftat, sondern auch von ihrer persönlichen Disposition, beispielsweise von ihrer Fähigkeit zur Stressbewältigung, ab.²⁸ Insgesamt ist daher bei pauschalisierenden Aussagen Vorsicht geboten. „One fits all“-Lösungen werden auf dem Gebiet der Opferrechte kaum zu angemessenen Ergebnissen führen.

III. Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten

Teil 2 des Legislativpaketes bildet der Vorschlag für eine Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe. Er wurde durch das Europäische Parlament und den Rat im Oktober 2012 durch Erlass der Richtlinie 2012/29/EU mit nur wenigen Änderungen angenommen.²⁹

1. Die Ausgangslage: der Rahmenbeschlusses 2001

Die neue Opferrechtsrichtlinie ist nicht der erste Versuch, europaweit einheitliche Mindeststandards für Kriminalitätsoffer zu schaffen. Bereits 2001 erließ der Rat einen Rahmenbeschluss über die Stellung des Opfers im Strafverfahren,³⁰ der auf eine (erste) Angleichung der prozessualen Rechte von Verbrechenopfern in den Mitgliedstaaten zielte.³¹ Der persönliche Schutzbereich des Rahmenbeschlusses ist auf natürliche Personen beschränkt (Art. 1 lit. a) – juristische Personen

sind nicht erfasst.³² Im Übrigen ist der Anwendungsbereich sehr weit. Insbesondere erfolgt keine Differenzierung nach Art der erlittenen Schädigung. Physische, psychische und materielle Tatfolgen stehen gleichberechtigt nebeneinander.³³ Bereits in den Erwägungsgründen erkennt der Rahmenbeschluss die Gefahr einer sekundären Viktimisierung, also einer Intensivierung der Straftatfolgen durch die mit einem Strafverfahren verbundenen Belastungen,³⁴ an. Dementsprechend bestimmt Art. 2, dass Opfer stets mit Achtung zu behandeln sind und ihre berechtigten Interessen anerkannt werden müssen. Vernehmungen von Geschädigten sind auf das Erforderliche zu begrenzen (Art. 3 Abs. 2). Zudem verlangt Art. 15 ganz grundsätzlich, eine Sekundärviktimisierung nach Möglichkeit zu verhindern. Darüber hinaus ist den Opfern ein Anspruch auf rechtliches Gehör, das das Recht, Beweismaterial zu liefern, umfasst, zu gewähren (Art. 3 Abs. 1).³⁵ Art. 4 i.V.m. Art. 5 legt den Staaten umfangreiche Informationspflichten auf. Die Geschädigten sind insbesondere über ihre Rechte, den Ablauf des Strafverfahrens und Opferhilfeeinrichtungen zu unterrichten. Dem Verletzten wird zudem das Recht zugestanden, über den Verlauf des Strafverfahrens und ggf. über die Freilassung des verurteilten Täters in Kenntnis gesetzt zu werden.³⁶ Ferner wird den Opfern ein Recht auf (ggf. kostenlose) Beratung (Art. 6), Auslagererstattung (Art. 7) und Schutz (Art. 8) eingeräumt. Darüber hinaus muss den Opfern grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden, im Rahmen des Strafverfahrens eine Entscheidung über die Entschädigung durch den Täter zu erwirken. Zudem sind Wiedergutmachung

²⁶ KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 5.

²⁷ Siehe hierzu *Stehle*, Das Strafverfahren als immaterielle Wiedergutmachung, 2007, S. 43-49; *S. Bock* (Fn. 1), S. 170-177 m.w.N.; auch *Schneider*, JZ 2002, 231 (235).

²⁸ *Schneider*, JZ 2002, 231 (235); *Stehle* (Fn. 27), S. 44; *S. Bock* (Fn. 1), S. 170 m.w.N.

²⁹ Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI; ABl. EU 2012 Nr. L 315/57.

³⁰ Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren v. 15.3.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 82/1; siehe hierzu auch schon *S. Bock* (Fn. 4 – Pollähne/Rode), S. 43 (S. 51-54); *dies.* (Fn. 4 – Barton/Kölbel), S. 67 (S. 74-76).

³¹ Siehe auch die Erwägungsgründe 3-6 des Rahmenbeschlusses.

³² EuGH, Urt. v. 28.6.2007 – C-467/05 (Strafverfahren gegen Giovanni Dell’Orto), Rn. 52 ff.; EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-205/09 (Strafverfahren gegen Emil Eredics und Mária Vassné Sápi), Rn. 27 ff. m. Anm. *Knierim*, FD-StrafR 2010, 310214 und *S. Bock*, JZ 2011, 469. Kritisch daher *Zgaga*, eucrim 2011, 88 (92). Siehe hierzu auch *Fichera*, eucrim 2011, 79 (80); *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 89; *Schünemann*, ERA Forum 2011, 445 (452).

³³ Vertiefend hierzu auch *Hanloser*, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, 2010, S. 90 ff.

³⁴ *Kiefl/Lamnek*, Soziologie des Opfers, 1986, S. 239; *Tampe*, Verbrechenopfer, 1992, S. 36; *Herman*, Journal of Traumatic Stress 16 (2003), 159; *Gamberini*, in: Giudicelli-Delage/Lazerger (Hrsg.), La victime sur la scène pénale en Europe, 2008, S. 159 (S. 164).

³⁵ In Deutschland ist jedenfalls der Nebenkläger mit diesen Rechten ausgestattet (vgl. § 397 Abs. 1 S. 1 und 3 StPO); Kommission, Bericht gemäß Artikel 18 des Rahmenbeschlusses des Rates v. 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, 16.2.2004, KOM (2004) 54 endg./2, S. 7; kritisch zur Begrenzung dieser Rechte auf den Nebenkläger *Hanloser* (Fn. 33), S. 146 ff.; siehe auch *Anders*, ZStW 124 (2012), 374 (385).

³⁶ Zur zögerlichen Umsetzung dieser Informationsrechte in Deutschland siehe KOM (2004) 54 endg./2 (Fn. 35), S. 8 ff.; Kommission, Bericht gemäß Artikel 18 des Rahmenbeschlusses des Rates v. 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (2001/220/JI), 20.4.2009, KOM (2009) 166 endg., S. 4; *S. Bock* (Fn. 4 – Pollähne/Rode), S. 43 (S. 52 f.).

chungsbemühungen des Täters zu begünstigen (Art. 9). Ergänzend bestimmt Art. 10, dass bei hierfür geeigneten Straftaten Schlichtungen gefördert werden sollen. Des Weiteren strebt der Rahmenbeschluss eine Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Opferschutzes (Art. 12), die Schaffung von Opferhilfeeinrichtungen (Art. 13) sowie eine viktimologisch-fundierte Aus- und Weiterbildung insbesondere des Justizpersonals (Art. 14) an.

Auch wenn der Rahmenbeschluss eine breite Palette an Opferrechten abdeckt, so sind die Vorgaben doch insgesamt sehr vage gehalten. Das zu gewährende Schutzniveau muss lediglich *angemessen* sein (Art. 5), gleiches gilt für die anzustrebende Entschädigung (Art. 6 Abs. 2). Hinsichtlich der Schlichtungsverfahren obliegt es den Mitgliedstaaten, die hierzu geeigneten Straftaten zu bestimmen (Art. 10). Die Liste ließe sich fortsetzen. Der Rahmenbeschluss lässt den Mitgliedstaaten auf diese Weise einen ganz erheblichen Umsetzungsspielraum,³⁷ so dass die nationalen Opferrechtsbestimmungen teilweise immer noch erheblich divergieren.³⁸

2. Zur Richtlinienkompetenz der EU

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung darf die EU nur in Bereichen tätig werden, die ihr durch die Verträge zugewiesen wurden (Art. 5 Abs. 2 EUV). Gestützt wurde die Opferrechtsrichtlinie auf Art. 82 Abs. 2 AEUV. Dieser gestattet zwar ausdrücklich eine Angleichung der Rechte der Opfer im Strafverfahren, verlangt aber einschränkend, dass dies „zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich“ ist. Zu dieser Voraussetzung nimmt die Kommission in ihrer Vorschlagsbegründung nur insoweit Stellung, als sie die Stärkung und Vereinheitlichung der Opferrechte als vertrauensbildende Maßnahme bezeichnet. Die Richtlinie soll also einen Beitrag dazu leisten, dass das vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung vorausgesetzte wechselseitige Vertrauen in die Justizsysteme der Mitgliedstaaten³⁹ gestärkt bzw. bewahrt wird. Dieses gestärkte Vertrauen soll wiederum zu einer „wirksameren justiziellen Zusammenarbeit [...] und einer solideren Grundrechtskultur in der Europäischen Union führen.“⁴⁰ Hält man diese Argumentation für ausreichend, so dürfte der Erleichterungsklausel des Art. 82 AEUV keine nennenswerte kompetenzbegrenzende Funktion zukommen, da in diesem Sinne letztendlich jede Rechtsangleichung ver-

trauensfördernd und damit zur Erleichterung der justiziellen Zusammenarbeit erforderlich wäre. Größer könnte der Widerspruch zu der vom BVerfG in seinem Lissabon-Urteil geforderten engen Auslegung des Art. 82 AEUV⁴¹ kaum sein.

Diese auf den Vertrauensgedanken abstellende Zirkelargumentation setzt sich auf der Ebene des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV) fort. Hiernach kann die EU nur dann und soweit tätig werden, wie „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“ Hierbei handelt es sich um eine rechtlich verbindliche Kompetenzausübungsschranke,⁴² die der EU die Wahrnehmung ihrer Kompetenzen dann verwehrt, wenn die jeweilige Aufgabe ebenso gut durch die Mitgliedstaaten erfüllt werden könnte.⁴³ Bezüglich der Opferrechtsrichtlinie stellt die Kommission lediglich kurz fest, dass sich das Ziel der Richtlinie auf Ebene der Mitgliedstaaten allein nicht hinreichend verwirklichen lasse, „da es darum geht, das Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander zu stärken.“⁴⁴ Anders ausgedrückt: Überließe man die Regelung der Opferrechte den Mitgliedstaaten, so würden die zwischen ihnen bestehenden Rechtsunterschiede nicht beseitigt werden, was sich abträglich auf das wechselseitige Vertrauen und damit auf die unionsweite Zusammenarbeit in Strafsachen auswirkt. Die Rechtsangleichung ist damit zum Selbstzweck geworden.

Lediglich ergänzend führt die Kommission aus, dass „die Viktimisierung eine wichtige grenzüberschreitende Dimension“ habe, „da sehr viele EU-Bürger in anderen EU-Staaten leben, arbeiten oder dorthin reisen und im Ausland eine Straftat erleiden.“⁴⁵ In diesem Zusammenhang weist die Kommission u.a. darauf hin, dass 90 % aller Reisen, die Europäer unternehmen, in der EU stattfinden, dass sich 11,3 Millionen Europäer ständig außerhalb ihres Herkunftslandes aufhalten und dass es in der EU jährlich wahrscheinlich 75 Millionen direkte Opfer von Straftaten gibt.⁴⁶ Diese Zahlen werden allerdings nicht miteinander verknüpft, d.h. es ist nicht ersichtlich in wie vielen Fällen die Viktimisierung tatsächlich eine grenzüberschreitende Dimension hat. Ob aber mit dem einfachen Hinweis auf die innereuropäische Mobilität und die Kriminalitätsrate den Anforderungen des Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll,⁴⁷ demzufolge Gesetzesentwürfe einen Vermerk „mit detaillierten Angaben“ zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatz-

³⁷ EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-205/09 (Strafverfahren gegen Emil Eredics und Mária Vassné Sági), Rn. 38.

³⁸ KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 3. Dies spiegelt sich auch in den Kommissionsberichten wider, vgl. KOM (2004) 54 endg./2 (Fn. 35), S. 5 ff.; KOM (2009) 166 endg. (Fn. 36), S. 3 ff.; siehe zur Umsetzung in Slowenien *Zgaga*, eucrim 2011, 88.

³⁹ Siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 12 Rn. 42; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 10 Rn. 24; *Safferling* (Fn. 32), § 12 Rn. 44; ausführlich *Kaufhold*, EuR 2012, 408.

⁴⁰ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 3.

⁴¹ BVerfGE 123, 267 (410 f.).

⁴² Ausführlich *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 439-442; siehe auch *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 8 Rn. 49; *Ambos* (Fn. 39), § 9 Rn. 5.

⁴³ *Heger*, ZIS 2009, 406 (409); siehe auch *Hecker* (Fn. 42), § 8 Rn. 50.

⁴⁴ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 13; siehe auch Erwägungsgrund 67 der Richtlinie 2012/29/EU.

⁴⁵ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 13.

⁴⁶ KOM (2011) 274 endg. (Fn. 8), S. 1.

⁴⁷ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit v. 13.12.2007, ABl. EU 2007 Nr. C 306/150.

zes enthalten sollen, genüge getan ist, darf bezweifelt werden. Insoweit wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Kommission genauer dargelegt hätte, warum, erstens, Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend sind, und worin, zweitens, der Mehrwehrt einer europäischen Maßnahme liegt.⁴⁸ Die Knappheit der Gesetzesbegründung setzt sich auf Ebene des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fort, dessen Einhaltung in einem Satz postuliert wird.⁴⁹

3. Die Vorgaben der Richtlinien im Einzelnen

a) Der Opferbegriff

Bezüglich des Opferbegriffs bringt die Opferrechtsrichtlinie keine wesentlichen Neuerungen.⁵⁰ Opfer sind alle natürlichen Personen, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten haben, sei dieser nun körperlicher, psychischer, seelischer oder wirtschaftlicher Natur (Art. 2 lit. a sublit. i). Ergänzend wird klargestellt, dass bei Tötungsdelikten nahe Familienangehörige des Getöteten als Opfer angesehen werden (Art. 2 lit. a sublit. ii), wobei hierunter Ehepartner, Lebensgefährten,⁵¹ Angehörige in direkter Linie, Geschwister und Unterhaltsberechtigte des direkten Opfers zu verstehen sind (Art. 2 lit. b). Angesichts dieses weiten persönlichen Anwendungsbereichs überrascht es, dass an der Beschränkung des Opferbegriffs auf natürliche Personen festgehalten wird. Erklärt werden kann dies mit der Fokussierung der Richtlinie auf die Verhinderung einer sekundären Viktimisierung⁵² – eine Problematik, die bei juristischen Personen nicht virulent wird. Daher stellt die Beschränkung der Richtlinie auf natürliche Personen auch keine unzulässige Diskriminierung dar.⁵³ Dies ändert freilich nichts daran, dass, soweit es um die Kompensation wirtschaftlicher Tatfolgen geht, die Interessen von juristischen und natürlichen Personen durchaus ähnlich sind. Auch jenen ist an der zeitnahen Rückgabe von Vermögenswerten (Art.

15) oder einer zügigen Entscheidung über eine Entschädigung (Art. 16) gelegen. Insoweit sollten die Mitgliedstaaten erwägen, über die europäischen Mindestvorgaben hinauszugehen und auch geschädigten juristischen Personen die wirtschaftlich relevanten Richtlinien-Rechte zuzubilligen. Deutschland hat dies zum Teil bereits getan. So kann der in § 46a StGB geregelte Täter-Opfer-Ausgleich auch zugunsten juristischer Personen durchgeführt werden;⁵⁴ diese können zudem Antragssteller im Adhäsionsverfahren (§§ 403-406c StPO) sein.⁵⁵

b) Recht auf Information

Die Informationsrechte der Geschädigten werden gegenüber dem RB 2001/220/JI weiter ausdifferenziert. Ziel ist es, die Opfer in die Lage zu versetzen, ihre Rechte effektiv und in vollem Umfang wahrnehmen zu können.⁵⁶ In diesem Sinne verlangt Art. 4 Richtlinie 2012/29/EU, dass dem Opfer bereits beim ersten Kontakt mit den Strafverfolgungsbehörden grundlegende Informationen über seine Rechte und den weiteren Verfahrensablauf zur Verfügung gestellt werden. Die gewählte Formulierung („Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass [...] Opfern [...] die nachstehend aufgeführten Informationen zur Verfügung gestellt werden: [...]“)⁵⁷ macht unmissverständlich deutlich, dass die Behörden die Informationen von sich aus dem Betroffenen übermitteln müssen. Es genügt also nicht, wenn diese beispielsweise aushängen oder frei im Internet abgerufen werden können.⁵⁷

Darüber hinaus wird dem Opfer das Recht zugesprochen, Informationen zu seinem Fall zu erhalten (Art. 6). Dies sind zunächst Informationen über

- Einstellungsentscheidungen,
- den Zeitpunkt und den Ort der Hauptverhandlung,
- die Art der gegen den Täter erhobenen Beschuldigungen,
- ergangene rechtskräftige Entscheidungen,
- den Fortgang des Verfahrens.

Insoweit dürften die im deutschen Recht in den §§ 406h, 406d StPO vorgesehenen Informationsrechte ausreichend sein. Ein Handlungsbedarf ergibt sich allerdings aus Art. 6 Abs. 5 und 6, der dem Opfer zusätzlich das Recht gewährt, informiert zu werden, wenn der Täter aus der U-Haft flieht oder freigelassen wird. Auf diese Weise soll wohl das Opfer, das sich durch den Täter bedroht fühlt, in die Lage versetzt werden, rechtzeitig die aus seiner Sicht notwendigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen (siehe Art. 6 Abs. 6). Das nachvollziehbare und an sich legitime Bedürfnis, Kriminalitätsoffer vor weiteren Übergriffen zu bewahren, darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass der in U-Haft befindliche Täter

⁴⁸ Siehe zu diesen kumulativen Voraussetzungen des Subsidiaritätsgrundsatzes *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEU*, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 25; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEU*, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 31-42.

⁴⁹ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 13.

⁵⁰ Siehe aber zur Ausdehnung bestimmter Garantien auf Angehörige des direkten Opfers unten 3. e).

⁵¹ Der Richtlinienentwurf der Kommission hat zudem auch registrierte Partner ausdrücklich als Familienangehörige aufgeführt, siehe Art. 2 lit. a sublit. ii und lit. d des Richtlinienentwurfs. Will man diese jetzt nicht unter den Begriff des Ehepartners subsumieren, würde die Opferrechtsrichtlinie zu einer Schlechterstellung eingetragener Partner führen, da diese nur dann als Familienangehörige anzusehen wären, wenn die Voraussetzungen einer Lebenspartnerschaft, die insbesondere durch die Führung eines gemeinsamen Haushalts gekennzeichnet ist, erfüllt sind.

⁵² Dazu ausführlich sogleich lit. e; siehe auch Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2012/29/EU.

⁵³ So schon zum Rahmenbeschluss 2001/220/JI EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-205/09 (Strafverfahren gegen Emil Eredics und Mária Vassné Sári), Rn. 30; *S. Bock*, *JZ* 2011, 469 (470).

⁵⁴ BGH *NStZ* 2000, 205; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 46a Rn. 8; *Eschelbach*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2009, § 46a Rn. 20.

⁵⁵ *Grau/Blechschiidt/Frick*, *NStZ* 2010, 662 (663).

⁵⁶ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 8.

⁵⁷ So schon zur zum RB 2001/220/JI KOM (2004) 54 endg./2 (Fn. 35), S. 9.

als unschuldig zu gelten hat. Ob er die Tat begangen hat und von ihm eine (weitere) Gefahr für das Opfer ausgeht, steht zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fest.

Art. 3 normiert ein „Recht, zu verstehen und verstanden zu werden.“ Nach den Ausführungen der Kommission soll hierdurch vor allem sichergestellt werden, dass, wenn der Geschädigte aufgrund seines Alters oder seiner intellektuellen, emotionalen, oder körperlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, schriftliche Informationen zu verstehen und zu werten, ihm diese auf andere Weise bzw. in anderer Form zur Verfügung gestellt werden.⁵⁸ Zumindest § 406h StPO ist offen genug formuliert, um auch alternative Formen der Unterrichtung des Geschädigten zu erfassen: der Hinweis auf die dem Geschädigten zustehenden Rechte erfolgt lediglich im Regelfall schriftlich. Insoweit ist Art. 3 primär an die Praxis gerichtet: diese soll im Umgang mit den Opfern sensibel auf deren individuelle Situation und Fähigkeiten reagieren. Abgerundet werden die Informationsrechte durch ein Recht auf Verdolmetschung und Übersetzung (Art. 7). Dies gilt zunächst für Gespräche mit oder Vernehmungen durch Strafverfolgungsbehörden,⁵⁹ aber auch – je nach Bedarf und der Rolle des Opfers im Verfahren – für das Strafverfahren. Insoweit dürfte es ausreichend sein, dass § 187 Abs. 2 GVG dem nebenklageberechtigten Verletzten das Recht auf Hinzuziehung eines Dolmetschers einräumt, soweit dies zur Ausübung seiner prozessualen Rechte erforderlich ist.

c) Prozessuale Aktivrechte

Die Opferrechtsrichtlinie räumt den Opfern auch einige prozessuale Aktivrechte ein: So wird ihnen ein Anspruch auf schriftliche Bestätigung der Anzeige (Art. 5 Abs. 1) sowie auf rechtliches Gehör (Art. 10 Richtlinie) zugestanden, wobei letzterer auch das Recht, Beweise beizubringen umfasst. Darüber hinaus können Opfer – unter Berücksichtigung ihrer prozessualen Stellung – Prozesskostenhilfe (Art. 13) und Erstattung ihrer Auslagen verlangen (Art. 14).

Die weitreichendste Neuerung bei den Aktivrechten enthält Art. 11 Abs. 1, der dem Opfer das Recht einräumt, eine Entscheidung über den Verzicht auf Strafverfolgung überprüfen zu lassen. So allgemein wie diese Vorschrift gehalten ist, erfasst sie nicht nur Verfahrenseinstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts, sondern auch solche aus Opportunitätsgründen.⁶⁰ In diesem Fall müsste auch das deutsche Recht modifiziert werden, da dieses den Anwendungsbereich des Klageerzwingungsverfahrens derzeit auf Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO beschränkt. Im Fall einer Opportunitätsentscheidung nach den §§ 153 ff. StPO kann das Opfer nur gerichtlich überprüfen lassen, ob die Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung vorliegen,⁶¹ nicht aber die eigentliche

Ermessensausübung.⁶² Art. 11 Abs. 1 verlangt aber auch insoweit eine umfassende Kontrollmöglichkeit. Eine Ausnahme ist lediglich für Fälle vorgesehen, in denen die Einstellungsentscheidung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt und einen außergerichtlichen Vergleich zur Folge hat (Art. 11 Abs. 5). Dabei scheint ein Vergleich – auch wenn Wortlaut und Zielsetzung der Vorschrift dies durchaus nahelegen würden – nicht die Einbindung der Opfer vorauszusetzen. Ausweiblich des Erwägungsgrundes 45 soll ein Recht auf Überprüfung der Einstellungsentscheidung nicht bestehen, wenn mit ihr „eine Verwarnung oder Verpflichtung einhergeht“. Diese Voraussetzung dürfte in Deutschland stets bei Einstellungen nach § 153a StPO erfüllt sein, nicht aber bei den von der Zustimmung des Beschuldigten unabhängigen⁶³ Einstellungen nach § 153 Abs. 1 StPO.

Die von Art. 11 geforderte Kontrolle muss nicht zwingend in Form eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen;⁶⁴ soll aber zumindest im Regelfall von einer anderen Person oder Behörde vorgenommen werden, als derjenigen, die die Einstellungsentscheidung getroffen hat.⁶⁵ Darüber hinaus müssen die Opfer die nötigen Informationen erhalten, um entscheiden zu können, ob sie die Überprüfung einer Entscheidung über den Verzicht auf Strafverfolgung beantragen sollen (Art. 11 Abs. 3). Dies ließe sich dahingehend verstehen, dass ihnen ein umfangreiches Akteneinsichtsrecht eingeräumt werden muss.⁶⁶ Selbst wenn dies der Fall sein sollte, bestünde für den deutschen Gesetzgeber insoweit aber kein Handlungsbedarf, da der Verletzte (über seinen Rechtsanwalt) bereits jetzt zur Vorbereitung einer Einstellungsbeschwerde bzw. eines Klageerzwingungsantrags nach § 406e StPO Einsicht in die Ermittlungsakten nehmen darf.⁶⁷

Die in Art. 11 vorgesehenen Kontrollrechte stehen in einem engen Zusammenhang mit den staatlichen Schutzpflichten gegenüber dem Geschädigten. Zwar hat das Opfer kein generelles Recht auf Strafverfolgung;⁶⁸ der EGMR hat aber bei Verletzungen des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK) und des

(Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 172 StPO Rn. 2; Meyer-Gößner, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 172 Rn. 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 41 Rn. 8

⁶² Graalman-Scheerer (Fn. 61), § 172 Rn. 26. Siehe auch BVerfG NJW 2002, 815; kritisch zu dieser Differenzierung Singelstein/Stolle, ZIS 2006, 118.

⁶³ Radtke, in: Erb u.a. (Fn. 61), § 153 Rn. 46; Meyer-Gößner (Fn. 61), § 153 Rn. 13.

⁶⁴ Schünemann, ERA Forum 2011, 445 (460); siehe auch KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 9.

⁶⁵ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 9; siehe auch Art. 11 Abs. 4 Richtlinie 2012/29/EU.

⁶⁶ Schünemann, ERA Forum 2011, 445 (460).

⁶⁷ Meyer-Gößner (Fn. 61), § 406e Rn. 3.

⁶⁸ BVerfG 51, 176 (187); Schübel-Pfister, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2012, Art. 2 Rn. 3; ein solches Recht lässt sich auch nicht aus der Rechtsweggarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK ableiten, EGMR, Beschl. v. 5.10.1999 – 33677/96 (Grams v. Germany); Meyer-Ladewig, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 59.

⁵⁸ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 8.

⁵⁹ Siehe insbesondere zur Anzeigerstattung Art. 5 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2012/29/EU.

⁶⁰ So auch Schünemann, ERA Forum 2011, 445 (460).

⁶¹ OLG Stuttgart NSTZ 2006, 117; Graalman-Scheerer, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, §§ 151-212b, § 172 Rn. 26; Kretschmer, in: Radtke/Hohmann

Folterverbots (Art. 3 EMRK) eine Pflicht des Staates bejaht, für eine amtliche und wirksame Untersuchung der Vorfälle zu sorgen, die geeignet sein muss, zu einer Identifizierung und ggf. Bestrafung der Verantwortlichen zu führen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die schädigende Handlung von einem Privaten vorgenommen wurde.⁶⁹ In diesem Sinne gibt das in Art. 11 vorgesehene Überprüfungsrecht den Opfern die Möglichkeit, ihren menschenrechtlich verbürgten Anspruch auf effektive Untersuchung bestimmter Rechtsgutsverletzungen prozessual durchzusetzen.⁷⁰ Aber auch außerhalb des von Art. 2, 3 EMRK geschützten Bereiches erscheint es durchaus gerechtfertigt, dem Geschädigten die Möglichkeit zu geben, sein Interesse an der rechtlich einwandfreien Bearbeitung und Erledigung seines Falles prozessual durchzusetzen. Dabei besteht dieses Interesse unabhängig davon, welche Gründe die Strafverfolgungsbehörden für die Verfahrenseinstellung anführen.⁷¹ Den Geschädigten bei den rechtstatsächlich so bedeutenden Opportunitätseinstellungen⁷² eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit zu verwehren, ist daher misslich.⁷³ Dies gilt umso mehr, als die Differenzierung nach Art der Einstel-

lung typischerweise für die Opfer nur schwer nachvollziehbar sein wird. Dieses Problem würde sich im Fall einer minimalistischen Umsetzung der Opferrechtsrichtlinie noch potenzieren, da dann Einstellungen nach § 153 Abs. 1 StPO der gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden würden, nicht aber solche nach § 153a StPO, da diese auf einem „Vergleich“ beruhen. Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, wenn Deutschland über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehen würde und generell sämtliche Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen, also auch solche nach § 153a StPO, dem Klageerzwingungsverfahren unterwerfen würde.⁷⁴

d) Wiedergutmachung und Entschädigung

Der Richtlinienvorschlag will ferner auf einen zügigen Ausgleich der finanziellen Tatfolgen hinwirken und trägt damit einem primären Opferbedürfnis Rechnung: dem Wunsch nach Wiedergutmachung.⁷⁵ Wie schon im RB 2001/220/JI wird dem Opfer daher ein Recht auf Rückgabe beschlagnahmter Vermögenswerte (Art. 15) sowie auf Entscheidung über eine Entschädigung durch den Täter im Rahmen des Strafverfahrens (Art. 16) eingeräumt, wobei letzteres unter dem Vorbehalt steht, dass das interstaatliche Recht die Wiedergutmachung oder Entschädigung nicht anders regelt.

Deutlich zurückhaltender verhält sich die Opferrichtlinie zum Täteropferausgleich (TOA) und anderen Wiedergutmachungsverfahren. In Anlehnung an Art. 10 RB 2001/220/JI begründet zwar auch die Opferrichtlinie eine allgemeine Pflicht der Mitgliedstaaten, Wiedergutmachungsverfahren – sofern sachdienlich – zu fördern (Art. 12 Abs. 2). Im Vordergrund scheint aber die Sorge zu stehen, dass die Rechte der Opfer im Rahmen von Wiedergutmachungsverfahren verletzt werden könnten. Um dies zu verhindern, macht Art. 12 ihre Durchführung von bestimmten einschränkenden Bedingungen abhängig. So wird insbesondere verlangt, dass das Ausgleichsverfahren im Interesse des Opfers ist, dieses begründet eingewilligt hat und dass die Vereinbarung freiwillig erfolgt. Zudem muss der Täter das Geschehen im Wesentlichen eingeräumt haben, also geständig sein.⁷⁶

Auch wenn es durchaus zu begrüßen ist, dass die Opferrichtlinie verhindern will, dass Opfer gegen ihren Willen zu einer möglicherweise psychisch sehr belastenden Auseinandersetzung mit dem Täter gezwungen werden, so scheint sie doch über das Ziel hinauszuschießen. Dies gilt namentlich für die

⁶⁹ Für Art. 2 EMRK: EGMR, Beschl. v. 5.10.1999 – 33677/96 (Grams v. Germany); EGMR, Urt. v. 18.7.2000 – 25625/94 (Ekinici v. Turquie), Rn. 77 f.; EGMR, Urt. v. 3.5.2001 – 24746/94 (Hugh Jordan v. United Kingdom), Rn. 105; EGMR, Urt. v. 14.3.2002 – 46477/99 (Edwards v. United Kingdom), Rn. 54; EGMR, Urt. v. 2.8.2005 – 65899/01 (Taniş v. Turkey), Rn. 202-205; siehe auch BVerfG EuGRZ 2010, 145 (147 f.); für Art. 3 EMRK EGMR, Urt. v. 6.4.2000 – 26772/95 (Labita v. Italy), Rn. 131; EGMR, Urt. v. 4.3.2008 – 42722/02 (Stoica v. Romania), Rn. 67; EGMR, Urt. v. 20.7.2000 – 33951/96 (Caloc v. France), Rn. 89; zur Notwendigkeit einer angemessenen bzw. verhältnismäßigen Strafe EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäfen v. Germany), Rn. 124; vertiefend und m.w.N. Meyer-Ladewig (Fn. 68), Art. 2 Rn. 20-29 und Art. 3 Rn. 14-18.

⁷⁰ Zum Zusammenhang zwischen Anspruch auf effektive Untersuchung von Todesfällen und Klageerzwingungsverfahren auch *Schübel-Pfister* (Fn. 68), Art. 2 Rn. 4.

⁷¹ Siehe auch *Weigend*, ZStW 96 (1984), 761 (787); *Werner*, NSTZ 1984, 401 (403); für eine Gleichbehandlung beider Einstellungsarten auch *Rieß*, NSTZ 1981, 2 (9); *ders.*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten C für den 55. DJT, 1984, Rn. 28.

⁷² 2011 wurden deutschlandweit 94.247 Verfahren mit Auflage, 665.317 ohne Auflage eingestellt. Zum Vergleich: 871.499 Verfahren wurde nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt; siehe Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaften 2011, Fachserie 19 Reihe 2, 2012, S. 34. Damit sind mehr als 45 % der Einstellungsentscheidung einer gerichtlichen Überprüfung entzogen.

⁷³ Siehe auch *Bischoff*, Das Klageerzwingungsverfahren, Eine empirische Analyse mit Vorschlägen zur Reform, 1987, S. 255 ff.; *Rieß* (Fn. 71), Rn. 28; sowie *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätsentscheidungen, 2002, S. 310 (Steigerung der Akzeptanz der Strafverfolgung durch Erstreckung des Klageerzwingungsverfahrens auf Opportunitätsentscheidungen).

⁷⁴ Im Ergebnis ebenso *Werner*, NSTZ 1984, 401 (403); *Schöch*, NSTZ 1984, 385 (389); *Weigend*, ZStW 96 (1984), 761 (787); *Rieß* (Fn. 71), Rn. 118; *Bischoff* (Fn. 73), S. 259; *Roxin/Schünemann* (Fn. 61), § 41 Rn. 7; s.a. *Horstmann* (Fn. 73), S. 311 f., der aber i.E. eine Zurückdrängung des Opportunitätsprinzips für vorzugswürdig hält; kritisch hingegen *Jans*, Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens, 1990, S. 265 ff.

⁷⁵ Siehe hierzu *Weigend* (Fn. 15), S. 404; *S. Bock* (Fn. 1), S. 176 m.w.N.

⁷⁶ Dies entspricht im Wesentlichen der deutschen Praxis, die zumindest bei gravierenden Gewalttaten ein Geständnis des Täters für unabdingbar hält, siehe nur BGH NSTZ 2008, 452; *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 46a Rn. 31.

eingeführte Unterscheidung zwischen der Einwilligung und dem Interesse des Opfers. Dies scheint darauf hinauszulaufen, dass es Aufgabe der Justiz ist, zu entscheiden, ob die Durchführung eines vom Opfer ausdrücklich gewünschten Wiedergutmachungsverfahrens auch in dessen – objektiv verstandenem (!) – Interesse liegt. Dies liefe auf eine äußerst bedenkliche Bevormundung des Geschädigten hinaus.

e) Opferschutz

Ein ganzes Kapitel der Opferrechtsrichtlinie (Art. 18-24) ist dem Opferschutz gewidmet. Dabei sind zwei verschiedene Aspekte zu unterscheiden: Zum einen ist das Opfer vor dem Täter, also insbesondere vor erneuten Übergriffen und Einschüchterungsversuchen zu schützen; zum anderen soll eine sekundäre Viktimisierung durch den Prozess und Angehörige der Justiz vermieden werden (Art. 18).

Auffällig ist zunächst der weite persönliche Anwendungsbereich des Schutzanspruches. Dieser wird nicht nur den Opfern, sondern auch deren Familienangehörigen zugestanden. Diese haben grundsätzlich ebenso wie die Opfer ein Recht auf kostenfreien Zugang zu Opferhilfsdiensten, wo sie u.a. emotionale und psychische Unterstützung erhalten können (Art. 8 und 9) sowie auf Schutz der Privatsphäre (Art. 21). Auf diese Weise wird – im Einklang mit den Erkenntnissen der modernen Psychotraumatologie⁷⁷ – der Tatsache Rechnung getragen, dass die Angehörigen des Opfers durch die Straftat und den folgenden Prozess der Straftat ahndung ebenfalls schwer belastet werden können.⁷⁸ Dessen ungeachtet muss man sich allerdings bewusst sein, dass eine uneingeschränkte Ausdehnung der Schutz- und Unterstützungsgarantien auf Familienangehörige mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist. Es droht insbesondere eine Überlastung der nur mit begrenzten Ressourcen ausgestatteten Opferhilfeeinrichtungen. Die Richtlinie⁷⁹ ist sich dieser Gefahr bewusst und erlaubt es daher, die Rechte der Familienangehörigen zu begrenzen. So können beim Zugang zu Opferhilfeeinrichtungen ihr Betreuungsbedarf und das Ausmaß der von ihnen (mittelbar) erlittenen Verletzungen berücksichtigt werden (Art. 8 Abs. 1). Generell wird es den Mitgliedstaaten gestattet, Verfahren einzuführen, um die Zahl der Familienangehörigen, denen die genannten Rechte zustehen, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu begrenzen (Art. 2 Abs. 2 lit. a). So könnte beispielsweise die Rechtsstellung mittelbar Betroffener von der Schwere der Tat und dem Ausmaß der von ihnen erlittenen Beeinträchtigung abhängig gemacht werden.

Kernanliegen der Opferrechtsrichtlinie ist die Verhinderung einer sekundären Viktimisierung durch die Strafverfolgungs-

organe.⁸⁰ Art. 18 spricht insoweit von dem Risiko einer „psychischen oder emotionalen Schädigung“ der Opfer im Rahmen der Strafverfolgung. Auch wenn die Annahme, dass zumindest bestimmte Gruppen von Opfern durch das Strafverfahren erheblich belastet werden können, schlüssig klingt, so darf dies nicht darüber hinweg täuschen, dass es auf diesem Gebiet an gesicherten, empirisch fundierten Kenntnissen fehlt.⁸¹ Der europäische Gesetzgeber arbeitet insoweit ausschließlich auf Grundlage einer verbreiteten, durchaus plausiblen, aber eben nicht belegten Alltagshypothese.

Um die prozessimmanenten Belastungen möglichst gering zu halten, sieht die Opferrechtsrichtlinie vor, dass die Opfer möglichst zeitnah vernommen werden. Die Vernehmungen sind auf das notwendige Mindestmaß zu beschränken, Opfer können sich dabei zudem grundsätzlich von einer Person ihres Vertrauens begleiten lassen (Art. 20). Darüber hinaus etabliert Art. 19 ein Recht des Opfers auf Vermeidung des Zusammentreffens mit dem Täter. Dies gilt allerdings nur, wenn und soweit das Strafverfahren ein solches Zusammentreffen nicht erfordert. Ein Konflikt mit dem in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verbürgten Konfrontationsrecht liegt daher nicht vor. Primäres Ziel von Art. 19 ist es vielmehr, Begegnungen zwischen Tätern und Opfern außerhalb der Hauptverhandlung zu verhindern. Gedacht ist beispielsweise an die Schaffung getrennter Wartezonen bei Polizei und Gericht.⁸²

Ein zentrales Ziel der Opferrechtsrichtlinie ist es, eine angemessene Behandlung von „Opfern mit besonderen Schutzbedürfnissen“ sicherzustellen. Diesen stehen (im Einklang mit dem jeweiligen Ermessensspielraum der Gerichte) die in Art. 23 Abs. 2 und 3 aufgeführten Maßnahmen zur Verfügung. Abs. 2 zielt dabei auf eine möglichst schonende Ausgestaltung von Vernehmungen während der Ermittlungsphase, indem er die Einrichtung spezieller Vernehmungsräume und die Beteiligung besonders geschulten Personals an den Vernehmungen verlangt. Opfer sexueller Gewalt sollen zudem von einer Person gleichen Geschlechts vernommen werden. Nicht unbedenklich erscheint es allerdings, dass Art. 23 Abs. 2 lit. c es vorsieht, dass sämtliche Vernehmungen des Opfers grundsätzlich von denselben Personen durchgeführt werden. Dies erscheint zwar insoweit sinnvoll, als es dem Opfer ermöglicht, eine Vertrauensbeziehung zu der Vernehmungsperson aufzubauen, birgt aber gleichzeitig in besonderem Maße die Gefahr, dass es – wenn auch unterbewusst – zu einer suggestiven Beeinflussung der Aussage des Verletzten kommt.⁸³ Immerhin gestattet die Richtlinie den Einsatz verschiedener Vernehmungspersonen, wenn ansonsten der Gang des Strafverfahrens beeinträchtigt werden würde.

Art. 23 Abs. 3 bezieht sich auf die Hauptverhandlung. Verhindert werden soll ein direkter Kontakt zwischen besonders schutzbedürftigen Opfern und Angeklagten (lit. a und b) und die unnötige Preisgabe privater Informationen (lit. c). Zu-

⁷⁷ S. hierzu ausführlich und m.w.N. S. Bock (Fn. 4), S. 159 ff.

⁷⁸ KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 6 f.

⁷⁹ Anders noch der Kommissionsentwurf, der keine Einschränkung der Rechte der Familienangehörigen nach Schwere bzw. Art der Tat vorsah; siehe hierzu auch die Kritik bei Ausschuss der Regionen, 10. Sitzung der Fachkommission v. 18.10.2011, Arbeitsdokument der Fachkommission für Unionsbürgerschaft, Regieren, institutionelle Fragen und Außenbeziehungen, „Das Legislativpaket über Opferrechte“, CIVEX-V.022, Nr. 15.

⁸⁰ So schon zum Kommissionsvorschlag *Schünemann*, ERA Forum 2011, 445 (458).

⁸¹ Ausführlich hierzu *Kölbel/Bork*, Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel, 2012, S. 38-74.

⁸² KOM (2011) 275 (Fn. 9), S. 11.

⁸³ *Schünemann*, ERA Forum 2011, 445 (459).

dem soll ggf. der Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen können (lit. d). Hierbei ist aber zu beachten, dass der Angeklagte ein Recht auf einen öffentlichen Prozess hat (siehe nur Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK). Der Ausschluss der Öffentlichkeit kann daher auch bei besonders schutzbedürftigen Opfern kein Automatismus sein, sondern muss stets durch die besonderen Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt werden.⁸⁴ Bei minderjährigen Opfern sieht die Opferrechtsrichtlinie ergänzend vor, dass ihre Vernehmungen ggf. zur späteren Verwendung in der Hauptverhandlung aufgezeichnet werden können müssen⁸⁵ und dass stets für ihre angemessene Vertretung Sorge zu tragen ist (Art. 24).

Wer als Opfer mit besonderem Schutzbedürfnis anzusehen ist, richtet sich nach Art. 22. Während der Kommissionsentwurf noch bestimmte Gruppen von Opfern – namentlich Minderjährige, Menschen mit Behinderung, Opfer sexueller Gewalt sowie Opfer von Menschenhandel – stets als besonders schutzbedürftig ansehen wollte,⁸⁶ setzt die Opferrechtsrichtlinie weitestgehend⁸⁷ auf eine Einzelfallprüfung. Alle Opfer müssen „frühzeitig einer individuellen Begutachtung unterzogen werden, damit besondere Schutzbedürfnisse ermittelt werden und festgestellt wird, ob und inwieweit ihnen Sondermaßnahmen [...] infolge ihrer besonderen Gefährdung hinsichtlich sekundärer und wiederholter Viktimisierung, Einschüchterung und Vergeltung zugute kommen würden“. Berücksichtigt werden dabei insbesondere die persönlichen Merkmale des Opfers, die Art oder das Wesen der Straftat sowie deren Umstände. Eine solche Begutachtung ist in jedem Fall vorzunehmen. Selbst bei eindeutigen Bagatelltaten, die ersichtlich ohne nennenswerte Auswirkungen auf die Betroffenen geblieben sind, ist keine Ausnahme vorgesehen. Art. 22 Abs. 5 erlaubt in diesen Fällen lediglich eine weniger umfassende Begutachtung. Durch wen die Begutachtung erfolgt, regelt die Opferrechtsrichtlinie nicht. Zumindest bei schwerwiegenden Straftaten mit möglicherweise gravierenden psychischen und emotionalen Tatfolgen wird man verlangen müssen, dass sie von besonders geschultem Personal vorgenommen wird. In jedem Fall kommt mit der obligatorischen Begutachtung eines jeden Opfers ein erheblicher Verwaltungs- und Kostenaufwand auf die Strafverfolgungsbehörden zu.⁸⁸ Ob die Re-

gelung des Art. 22 aus Opfersicht immer vorteilhaft ist, lässt sich bezweifeln. Die Begutachtung zwingt die Geschädigten jedenfalls zu einer weiteren Auseinandersetzung mit der Tat und ihren Folgen und birgt damit in sich die Gefahr einer sekundären Viktimisierung.⁸⁹

Darüber hinaus kann die geforderte „frühzeitige“ Durchführung des Opferbeurteilungsverfahrens zu Spannungen mit der Unschuldsvermutung führen. Letztendlich kann im Ermittlungsverfahren noch nicht ausgeschlossen werden, dass tatsächlich gar keine Viktimisierung stattgefunden hat. Es handelt sich zu diesem Zeitpunkt allenfalls um mutmaßliche Opfer.⁹⁰ Man denke nur an den Fall, in dem der Beschuldigte behauptet, der zur Anzeige gebrachte Geschlechtsverkehr sei einvernehmlich erfolgt. Wird nun dem Anzeigensteller ggf. bereits nach seiner ersten polizeilichen Befragung offiziell bestätigt, er sei ein „Opfer mit besonderen Schutzbedürfnissen“, so rückt dies zumindest gefährlich in die Nähe einer rechtsstaatswidrigen Vorverurteilung des Beschuldigten.

Interessant ist auch die Frage nach der Rechtsnatur des Begutachtungsverfahrens. An dessen Ende muss jedenfalls *festgestellt* werden, ob und inwieweit dem Opfer gesteigerte Schutzmaßnahmen zugutekommen würden. Dies indiziert, dass die Begutachtung im Zuge eines förmlichen Feststellungsverfahrens, das in das strafrechtliche Ermittlungsverfahren inkorporiert wird, erfolgen muss. Dafür spricht auch, dass die Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 Rechtswirkung nach außen entfaltet, da von ihr abhängt, ob dem Opfer der gesteigerte Schutzanspruch nach Art. 23 zusteht. Verfolgt man diesen Gedanken weiter, so stellt sich die Frage, ob infolge der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG dem Betroffenen gegen eine Negativentscheidung, also gegen die Verweigerung des Status als Opfer mit besonderem Schutzbedürfnis, Rechtsmittel zugestanden werden müssen.

f) Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Opferrechtsrichtlinie einiges an Diskussionsstoff bietet. Auch auf das deutsche Recht – vor allem auf den Gebieten Klageerzwingungsverfahren und individuelle Opferbegutachtung – kommen nicht unerhebliche Änderungen zu. Umgesetzt werden müssen die Vorgaben bis zum 16.11.2015.

⁸⁴ Siehe hierzu auch EGMR, Urt. v. 24.4.2001 – 36337/97 und 35974/97 (B. and P. v. The United Kingdom), Rn. 37.

⁸⁵ Siehe zu den z.T. ernüchternden Erfahrungen mit Videoaufzeichnungen polizeilicher Vernehmungen in Deutschland Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 295 ff.

⁸⁶ Siehe zur Kritik S. Bock (Fn. 4 – Barton/Kölbel), S. 67 (S. 80).

⁸⁷ Eine Ausnahme scheint für Opfer im Kindesalter zu gelten, da diese stets als Opfer mit besonderem Schutzbedürfnis angesehen werden (Abs. 4). Aber auch bei ihnen ist die individuelle Begutachtung obligatorisch, da sie dazu dient festzustellen, ob und inwieweit ihnen Sondermaßnahmen nach den Art. 23, 24 zugutekommen würden.

⁸⁸ Siehe auch Stellungnahme des Weißen Rings v. 2.8.2011 zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über

Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe KOM (2011) 275, S. 4 (https://www.weisser-ring.de/fileadmin/content/Forderungen_des_WR/Stellungnahme_02_08_2011deutsch.pdf).

⁸⁹ Stellungnahme des Weißen Rings (Fn. 88), S. 4.

⁹⁰ Kölbel/Bork (Fn. 81), S. 31 mit Fn. 50. Siehe auch die Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen v. 8.1.2012 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe, S. 2, 4 (abrufbar unter

http://www.strafverteidigertag.de/Material/Europa/Stellungn_Opferrichtlinie_EU.pdf).

IV. Gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen

Den dritten und derzeit letzten Aspekt der europäischen Opferrechtspolitik bilden Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung von Schutzmaßnahmen. Hintergrund sind folgende Überlegungen: In allen Mitgliedstaaten der EU haben Opfer von Straftaten die Möglichkeit, sich vor erneuten Übergriffen des Täters zu schützen. In Deutschland kann der Betroffene u.a. eine Unterlassungsverfügung nach § 1 GewSchG⁹¹ erwirken, die es dem Täter beispielsweise untersagt, sich dem Opfer bzw. dessen Wohnung zu nähern. Die Wirksamkeit einer solchen Anordnung ist allerdings zunächst auf deutsches Hoheitsgebiet beschränkt. Zieht das Opfer – beispielsweise in dem Bedürfnis nach einem räumlichen Neuanfang – ins Ausland, verliert es seinen Schutz.⁹²

Die erste Maßnahme zur Schließung dieser Schutzlücke ist die im Dezember 2011 verabschiedete Richtlinie über die Europäische Schutzanordnung.⁹³ Ihr Ziel ist es, dass eine in einem Mitgliedstaat (dem Anordnungsstaat) erlassene Schutzmaßnahme auch in einem anderen Mitgliedstaat (dem Vollstreckungsstaat) anerkannt und vollstreckt wird. Eine Schutzmaßnahme ist dabei jede „ergangene Entscheidung in *Strafsachen*, mit der einer gefährdenden Person ein/eine oder mehrere [...] Verbote oder Beschränkungen auferlegt werden, um eine geschützte Person vor einer strafbaren Handlung zu schützen, die ihr Leben, ihre physische oder psychische Integrität, ihre Würde, ihre persönliche Freiheit oder ihre sexuelle Integrität gefährden könnte.“ (Art. 2 Nr. 2 Richtlinie Europäische Schutzanordnung). Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich zur Anerkennung fremder Schutzmaßnahmen verpflichtet, es sei denn, es liegt ein in Art. 10 Richtlinie Europäische Schutzanordnung anerkannter Ablehnungsgrund vor. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die gefährdende Person Immunität genießt, die der Schutzanordnung zugrunde liegende Handlung nach dem Recht des Vollstreckungsstaats verjährt ist oder keine Straftat darstellt.

Unumstritten war der Erlass der Richtlinie Europäische Schutzanordnung allerdings nicht. Dies gilt insbesondere für die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz der EU.⁹⁴ Parlament und Rat haben die Richtlinie auf Art. 82 Abs. 1 lit. a und d AEUV gestützt. Dieser ermächtigt allerdings nur zu Maßnahmen im Zusammenhang mit Strafsachen. Die europäische

Schutzanordnung wird aber nur anlässlich einer Straftat erlassen. Ihr eigentliches Ziel ist die Verhinderung weiterer Übergriffe in der Zukunft. Es liegt daher nahe, sie dem polizeilich-präventiven und nicht dem strafrechtlich-repressiven Bereich zuzuordnen. Ob aber Art. 82 Abs. 1 AEUV auch für solche Maßnahmen eine hinreichende Kompetenzgrundlage bereithält, erscheint zweifelhaft.⁹⁵ Hinzu kommt der begrenzte Anwendungsbereich der Richtlinie, die nicht eingreift, wenn – wie es beispielsweise in Deutschland der Fall ist – die Schutzmaßnahme in einem Zivilverfahren erlassen wird.⁹⁶

Diese Lücke soll durch die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen geschlossen werden.⁹⁷ Idee und Mechanismus der Verordnung ähneln der der Richtlinie Europäische Schutzanordnung. So soll die in einem Mitgliedstaat angeordnete Schutzmaßnahme, d.h. „jede von einer Behörde in einem Mitgliedstaat gemäß seinem innerstaatlichen Recht erlassene Entscheidung vorbeugender und vorübergehender Natur [...], die dem Schutz einer Person dient, bei der berechtigter Grund zu der Annahme besteht, dass deren körperliche und/oder seelische Unversehrtheit oder Freiheit gefährdet ist“ (Art. 2 lit. a Verordnungsvorschlag), ohne weitere Zwischenverfahren automatisch in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden. Voraussetzung ist lediglich, dass der Betroffene sich die Schutzanordnung nach Maßgabe des Art. 5 Verordnungsvorschlag bescheinigen lässt. Im Anerkennungsstaat darf keine Nachprüfung in der Sache erfolgen (Art. 11 Verordnungsvorschlag). Gründe, die Anerkennung zu verweigern, sind grundsätzlich nicht vorgesehen. Eine Ausnahme von der Anerkennungspflicht besteht lediglich dann, wenn die Schutzmaßnahme mit einer Entscheidung im Anerkennungsstaat unvereinbar ist (Art. 12 Verordnungsvorschlag). Der Anerkennungsmechanismus der vorgeschlagenen Verordnung ist damit effektiver ausgestaltet als der der Europäischen Schutzanordnung.

Sowohl in den Gesetzesmaterialien zur Richtlinie Europäische Schutzanordnung als auch in der Begründung des Verordnungsvorschlages finden sich keinerlei Hinweise auf empirische Erhebungen. Es bleibt daher völlig offen, in wie vielen Fällen die territoriale Begrenztheit von Schutzanordnungen tatsächlich virulent, d.h. zu einer spürbaren Belastung für die Betroffenen wird. Die Maßnahmen sind daher mit dem Hautgout der öffentlichkeitswirksamen, aber rein symbolischen Gesetzgebung behaftet.⁹⁸ Dies weckt auch Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz der EU. Wird die transnationale Dimension des zu regelnden Sachverhaltes nicht dargelegt, so drängt sich die Frage auf, warum i.S.d. Subsidiaritätsprinzips

⁹¹ Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG) v. 11.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3513.

⁹² KOM (2011) 276 (Fn. 10), S. 3; Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, der Republik Ungarn, der Republik Polen, der Portugiesischen Republik, Rumäniens, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Europäische Schutzanordnung – Begründung, 6.1.2010, 17513/09, S. 3 f.

⁹³ Richtlinie 2011/99/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 über die Europäische Schutzanordnung, ABl. EU 2011 Nr. L 338/2.

⁹⁴ Zum Grundsatz der Subsidiarität unten Fn. 99 und dazugehöriger Text.

⁹⁵ Siehe Bundesrat, Beschluss des Bundesrates zur Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die europäische Schutzanordnung, 26.3.2010, BR-Drs. 43/10, der auch die Erhebung einer Subsidiaritätsrüge nicht ausgeschlossen hat, sowie S. Bock (Fn. 4 – Pollähne/Rode), S. 43 (S. 56 f.).

⁹⁶ Siehe auch Bada/Buono, ERA Forum 2011, 345 (349 f.).

⁹⁷ KOM (2011) 276 (Fn. 10), S. 2 f.; siehe auch Bada/Buono, ERA Forum 2011, 345 (349).

⁹⁸ S. Bock (Fn. 4 – Barton/Kölbel), S. 67 (S. 84).

(Art. 5 EUV) eine Maßnahme auf EU-Ebene erforderlich sein sollte.⁹⁹

V. Fazit

Das Verbrechenopfer ist zu einem festen Bestandteil der europäischen Kriminalpolitik geworden. Daran dürfte sich auch in Zukunft nichts ändern. Nächster Punkt auf dem von der Kommission 2011 aufgestellten „Fahrplan zur Stärkung der Rechte und des Schutzes der Opfer von Straftaten, insbesondere in Strafverfahren“¹⁰⁰ ist die Überprüfung der Opferentschädigungsrichtlinie.¹⁰¹ Der nächste Gesetzesentwurf erscheint daher nur eine Frage der Zeit zu sein. Die Opfer von Straftaten zu schützen und ihre Rechtsposition zu stärken, ist ein wichtiges und legitimes Ziel. Sie dürfen nicht (wieder) zu einem bloßen Instrument der Wahrheitsfindung degradiert werden. Grundvoraussetzung für eine sinnvolle opferorientierte Kriminalpolitik ist aber stets, dass die Interessen und Belange der Opfer ermittelt und nicht einfach unterstellt werden. Blinder Aktionismus in Form von symbolischer Gesetzgebung, der an ihren tatsächlichen Bedürfnissen vorbeigeht, hilft den Opfern nicht.¹⁰² Dabei geht es nicht nur darum, wirkungs- und damit letztendlich nutzlose Gesetze zu verhindern. Mit der Stärkung der Opferrechte ist vielfach – wenn auch nicht zwangsläufig – eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Beschuldigten verbunden. Dies kann, unabhängig von weiteren Detailfragen, jedenfalls nur dann legitim sein, wenn die Maßnahme aus Opfersicht tatsächlich sinnvoll und erforderlich ist. Die Prominenz des Opferdiskurses darf nicht dazu führen, dass vermeintliche Opferbelange als Vorwand für eine aus anderen Gründen angestrebte Zurückdrängung von Beschuldigtenrechten benutzt wird.

⁹⁹ Vgl. *Calliess* (Fn. 48), Art. 5 EUV Rn. 42.

¹⁰⁰ ABl. EU 2011 Nr. C 187/1.

¹⁰¹ Richtlinie 2004/80/EG des Rates v. 29.4.2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten, ABl. EU 2004 Nr. L 261/15.

¹⁰² Siehe auch schon *S. Bock* (Fn. 4 – Barton/Kölbel), S. 67 (S. 88).

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren

1. Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.

2. Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen das Risiko in sich, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden. Gleichwohl ist es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen. Er muss jedoch zugleich durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren.

3. Das Verständigungsgesetz sichert die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise. Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.

4. Mit den Vorschriften des Verständigungsgesetzes hat die Zulassung von Verständigungen im Strafverfahren eine abschließende Regelung erfahren. Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende sogenannte informelle Absprachen sind unzulässig. (Leitsätze des Gerichts)

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3
StPO § 257c

*BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11*¹

I. Einführung

Das zunächst im Halbdunkel der Praxis entstandene Phänomen der Urteilsabsprachen, vulgo „Deals“, im Strafprozess bricht mit der Strafprozesskonzeption der StPO und wird daher seit den 1980er Jahren heftig diskutiert. Manche sehen darin

einen begrüßenswerten Fortschritt hin zu einem konsensbasierten und deshalb humaneren Strafverfahren, andere den Vorboten des Untergangs der deutschen Rechtskultur. Die Literatur zum Thema ist inzwischen kaum noch überschaubar.² Es handelt sich im Übrigen nicht um eine spezifisch deutsche Erscheinung, sondern um einen internationalen Trend,³ zum Zweck der Verfahrensvereinfachung auch inquisitorisch geprägte Prozessrechte um systemfremde guilty plea-Derivate anzureichern, dem sich nur wenige⁴ verweigern, zumal der Europarat⁵ dies sogar empfiehlt.

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Leitentscheidungen, zum einen des *4. Strafsenats* aus dem Jahr 1997⁶ und zum anderen des *Großen Senats* für Strafsachen von 2005,⁷ den Wünschen der Praxis, die nach verbreiteter Meinung ohne Absprachen ihre Arbeit nicht mehr bewältigen kann, nachgegeben und zugleich versucht, Schranken zu errichten, die von den Tatgerichten allerdings oft ignoriert wurden. Berichte über Fälle haarsträubenden Missbrauchs finden sich bis heute immer wieder.⁸ Der *Große Senat* sah zugleich die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als erreicht an und erbat vom Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung, da die Urteilsabsprachen sich zunehmend vom Leitbild der materiellen Wahrheit entfernten. Der Gesetzgeber schuf daraufhin erstaunlich rasch und mit einer beschämend sachblinden Begründung, die nicht einmal ein ansatzweises Bewusstsein für die Tragweite der Änderung, die den schwersten Eingriff in das Gefüge der StPO seit 1877 darstellt, erkennen lässt und statt dessen den unerklärlichen Irrtum enthält, dass die wissenschaftliche Literatur Absprachen mehrheitlich befürwortet⁹ – als ob sich kein an der Gesetzgebung Beteiligter mit der Materie näher befasst hätte –, das am 4.8.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Rege-

² Siehe nur die Zusammenstellungen bei *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 257b-257c ff., und *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c.

³ Vgl. die Beiträge in ZStW 116 (2004), 113 ff.; zuz. *Kreß*, ZStW 116 (2004), 172.

⁴ Wie der österreichische OGH, nach dessen Ansicht Absprachen wegen „eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur – ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden – Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen“ sind, OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127; dazu *Birklbauer*, ZIS 2009, 101 (103); *Schmoller*, GA 2009, 505 (528 m.w.N.).

⁵ Empfehlung Nr. R (87) 18 des Ministerkomitees zur Vereinfachung der Strafjustiz v. 17.9.1987, sub III.7. ff., allerdings unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalen Verfassungstraditionen.

⁶ BGHSt 43, 195.

⁷ BGHSt 50, 40.

⁸ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 3 Fn. 55.

⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 7.

¹ Urteil im Volltext abrufbar unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html.

lung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009,¹⁰ das die bisherige Judikatur des BGH in der zentralen Vorschrift des § 257c StPO und den flankierenden Normen der §§ 35a, 160b, 202a, 212, 257b StPO nebst Änderungen der §§ 243, 267, 273 und 302 StPO mit nur wenigen Abweichungen positiviert.

Das BVerfG hatte sich bisher nur in einer Kammerentscheidung¹¹ aus dem Jahr 1987 mit einem untypischen Fall einer Absprache befasst und dabei eine „Verständigung über Stand und Aussichten des Verfahrens“ für zulässig gehalten, aber zugleich in Übereinstimmung mit der bisherigen Judikatur zu den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das Strafverfahren betont, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit zwecks Verwirklichung des Schuldprinzips von Verfassungen wegen unverzichtbar sei, was eine Disposition über den staatlichen Strafanspruch im Zuge eines Vergleichs und erst recht einen „Handel mit der Gerechtigkeit“ ausschließe. Angesichts dieser klaren Aussagen, die in der Diskussion der folgenden 25 Jahre erstaunlich wenig Beachtung fanden, erscheint die Verfassungsmäßigkeit der Absprachenpraxis bis 2009 als auch der gesetzlichen Regelung alles andere als unproblematisch.

Dementsprechend groß waren die Erwartungen an das hier zu besprechende Urteil des 2. *Senats* des BVerfG, zumal kritische Fragen von der Richterbank während der mündlichen Verhandlung im November 2012 sowie das verheerende Ergebnis der vom *Senat* in Auftrag gegebenen empirischen Studie von *Altenhain*, die weitverbreitete Nichtbeachtung des Gesetzes von 2009 durch nordrhein-westfälische Gerichte dokumentiert, erwarten ließen, dass das BVerfG sich – anders als der Gesetzgeber – mit den neuralgischen Punkten verfahrensbeendender Absprachen inhaltlich auseinandersetzen werde.

In der Tat findet das Urteil ungewöhnlich deutliche Worte zur gegenwärtigen Absprachenpraxis, die vielfach nicht nur gegen einfaches Recht, sondern auch gegen die Verfassung verstößt. Das Gesetz vom 29.7.2009 beanstandet der *Senat* in seiner einstimmigen Entscheidung „derzeit“ jedoch nicht, legt dem Gesetzgeber aber eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht auf, die auch die Revision der Entscheidung für die Zulässigkeit von Absprachen umfasst. Wer sich eine grundsätzliche Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Urteilsabsprachen erhofft hatte, wurde – ungeachtet des erhofften Ergebnisses – enttäuscht, denn dieser Prüfung weicht das Gericht aus und stimmt der Ansicht des Gesetzgebers – dem solches Glück nicht oft widerfährt –, seine Rege-

lung sei mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar, ohne eigene Argumentation zu. Überhaupt fällt auf, dass sich das Gericht kaum aus dem reichhaltigen Reservoir der Argumente aus der bisherigen Diskussion, sei es nun pro oder contra, bedient. Das ganze Urteil steht vielmehr im Bann der desaströsen Praxis, die das Gericht als das eigentliche Problem zu empfinden scheint und mit Mahnungen zur Rechtstreue (in Leitsatz 4!) und der Erfindung neuer quasi-absoluter Revisionsgründe zu bekämpfen helfen will. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine kausale Therapie, sondern um bloße Behandlung der Symptome, denn dass die Praxis ihre Ursache auch im Verständigungsgesetz haben könnte – womit wiederum die Grundsatzfrage aufgeworfen würde, ob es eine verfassungskonforme Absprachenpraxis überhaupt geben kann –, verneint das Gericht erstaunlicherweise begründungslos und riskiert selbst in den Leitsätzen Formulierungen, die hart an die Grenze des logischen Widerspruchs gehen. Immerhin handelt es sich nur um eine vorläufige Beurteilung, wie schon der sechsmalige Gebrauch des Wortes „derzeit“ bekräftigt; man darf also noch hoffen. Im Einzelnen:

II. Zum Sachverhalt

Das Urteil entscheidet über drei verbundene Urteilsverfassungsbeschwerden. Die Beschwerdeführer zu I. und II. wurden vom LG München II jeweils aufgrund einer Verständigung wegen zahlreicher Betrugstaten zu Freiheitsstrafen zwischen drei und sechs Jahren verurteilt. Die nach § 257c Abs. 5 StPO vorgeschriebene Belehrung über die Folgen des Scheiterns der Verständigung unterblieb jeweils. Die dagegen gerichteten Revisionen verwarf der BGH als unbegründet, weil die Verständigungen gerade nicht gescheitert waren, die Strafkammer sich vielmehr an die zugesicherte Strafe gehalten habe. Der Beschwerdeführer zu III. wurde vom LG Berlin aufgrund einer Absprache u.a. wegen schweren Raubes zu einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Strafkammer hatte dem die Tatvorwürfe leugnenden Angekl., einem früheren Polizisten, eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren „bei streitiger Beweisaufnahme“ in Aussicht gestellt, zumal ein minder schwerer Fall des Raubes kaum in Betracht komme, während bei einem Geständnis, das eine Beweisaufnahme überflüssig machte, eine Bewährungsstrafe möglich sei. Nachdem der Vorsitzende zur Eile mahnte und der Verteidiger bei Nichtkooperation vor einer „Saalverhaftung“ warnte, räumte der Angekl. den Anklagevorwurf in Form eines schlichten Formalgeständnisses ein. Die Revisionsrügen der Verletzung von §§ 244, 136a StPO nebst Sachrüge verwarf der BGH mit knappster Begründung als unzulässig bzw. unbegründet, weil unbewiesen; auch eine unzulässige „Sanktionsschere“ liege nicht vor.

Alle Verfassungsbeschwerden haben insoweit Erfolg, als das BVerfG feststellt, dass die angegriffenen Urteile die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzen. Die Urteile des BGH gegen die Beschwerdeführer zu I. und II. werden wegen Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren und die Selbstbelastungsfreiheit aufgehoben und an den BGH zurückverwiesen, die Urteile des LG Berlin und des BGH gegen den Beschwerdeführer zu III. werden ebenfalls aufgehoben.

¹⁰ BGBl. I 2009, S. 2353.

¹¹ BVerfG NJW 1987, 2662 f.; hier regte der Angeklagte nach Abschluss der Beweisaufnahme am Ende einer langen Hauptverhandlung selbst eine Urteilsabsprache an, so dass sich das Problem der Ersetzung oder Abkürzung der Beweisaufnahme aufgrund der Absprache nicht stellte. Im Fall BVerfG StV 2000, 3, erging keine Sachentscheidung wegen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. BVerfG NJW 2012, 1136 f. m. Anm. *Niemöller*, StV 2012, 387, und *Bauer*, StV 2012, 648, ließ die Vereinbarkeit der Verständigung mit der Verfassung ausdrücklich offen.

ben wegen Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz, die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die Selbstbelastungsfreiheit und die Sache an das LG Berlin zurückverwiesen. Im Übrigen, d.h. soweit darüber hinaus die Verfassungsmäßigkeit von § 257c StPO angegriffen wurde, werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

III. Zu den Gründen

1. In der einleitenden Prozessgeschichte identifiziert das BVerfG in Rn. 3 der Urteilsgründe eine heterogene Reihe durchaus kritisch akzentuierter Ursachen für die hohe praktische Bedeutung der Absprachen: So trage zu der an Überlastung heranreichenden stetig wachsenden Arbeitsbelastung der Strafjustiz neben zunehmender Komplexität der Lebensverhältnisse auch der Bundesgesetzgeber bei, der die Regelungsdichte des materiellen Strafrechts laufend erhöhe, vor allem im Wirtschafts- und im Nebenstrafrecht. Hinzu komme die zunehmende Differenzierung und Komplizierung des Strafprozessrechts, die sich etwa daran ersehen lasse, dass die Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten für die tatrichterliche Praxis kaum noch überschaubar sei. Genannt wird ferner die Möglichkeit des Missbrauchs von Verfahrensrechten wie Ablehnungsgesuchen und Beweisanträgen, die Bewertung richterlicher Arbeit nach quantitativen Kriterien sowie die unzureichende personelle und sachliche Ausstattung der Justiz. Unausgesprochen bleibt, dass der Siegeszug der Absprachen seine Hauptursache in der Verheißung hat, allen Beteiligten das Leben angenehmer zu machen; bei dieser Verfolgung persönlicher immaterieller Interessen des Justizpersonals (Arbeiterleichterung) und materieller Interessen der Verteidiger (mehr Mandate in derselben Zeit) handelt es sich der Sache nach um ein Korruptionsphänomen. Dass dem *Senat* dieser Aspekt gleichwohl deutlich vor Augen stand, belegen die späteren Passagen, die das Risiko eines „möglichen Interessengleichlaufs von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten“ sowie die Gefahr einer „Motivationsverschiebung“ des Gerichts behandeln (Rn. 114), die Neutralitätspflicht betonen und dem Gericht die Verfolgung eigener Interessen, die nicht mit den sachlichen Verfahrenszielen übereinstimmen, untersagen (Rn. 102, 105).

Es verwundert allerdings, dass nirgends angedeutet wird, dass es sich bei Absprachen und dem Verständigungsgesetz um eines der umstrittensten Themen des deutschen Strafprozessrechts der letzten 30 Jahre handelt. In Rn. 24 wird lediglich mit ein paar kargen Aufsätzen ohne jeglichen Hinweis auf grundlegende Beiträge zum Meinungsstreit oder auch nur weiterführende Literaturstellen belegt, dass das Gesetz sowohl Zustimmung als auch Kritik erfahren habe, was freilich der Regelfall ist und den Eindruck erweckt, es handele sich um ein gewöhnliches juristisches Problem und nicht um die zentrale Strukturfrage des Strafverfahrens überhaupt. Dass die Urteilsgründe die Bedeutung des Verfahrensgegenstands nicht reflektieren, erscheint als handwerkliches Manko.

2. Das vom *Senat* bei *Altenhain* in Auftrag gegebene Gutachten zur Praxis der Verständigung ist nicht nur für das Verfahren, sondern auch für die wissenschaftliche Diskussion wertvoll. Die Ergebnisse der bisher nicht publizierten Studie

sind in Rn. 49 der Urteilsgründe zusammengefasst und zeigen, dass die Gerichte in erheblichem Umfang das tun, was ihnen praktikabel erscheint, selbst wenn das Gesetz es verbietet. In den Einzelheiten ist dies weder neu noch überraschend und bestätigt langgehegte Befürchtungen der Absprachenkritiker umfassend. Schwarz auf weiß zu lesen, dass etwas mehr als die Hälfte der Richter angab, dass in mehr als der Hälfte aller Verfahren mit Absprachen die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt würden, dass also an Recht und Gesetz gebundene (Art. 20 Abs. 3 GG) Träger der rechtsprechenden Gewalt, die bei ihrer Ernennung die Wahrung von Gesetz und Verfassung eidlich zugesichert haben, sich in Scharen über das Verfahrensgesetz hinwegsetzen, wenn es ihnen lästig ist, ist dennoch etwas, was man eher in Staaten vermutet hätte, denen man wegen fehlender rechtsstaatlicher Kultur den EU-Beitritt verweigert. Der von *Altenhain* erhobene Befund kann nicht anders als als rechtsstaatlicher Teilbankrott bezeichnet werden. Die Tage des Stolzes auf die Rechtsstaatlichkeit der deutschen Strafjustiz sind jedenfalls erst einmal vorüber.

3. a) Die Entscheidungsgründe rekapitulieren zunächst die bisherige Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Strafrecht und Strafprozessrecht (Rn. 53-63) wie Schuldgrundsatz, Rechtsstaatsprinzip, die Pflicht zur Erforschung des wahren Sachverhaltes, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, Subjektstellung des Beschuldigten, Recht auf ein faires Verfahren, Aussagefreiheit, Unschuldsvermutung, Unabhängigkeit der Richter und Recht auf Verteidigung. Nach diesen etwas unverbunden aufgereihten Maßstäben könne „zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren nicht festgestellt werden“ (Rn. 64). Das ist ungewöhnlich und wirft methodische Fragen auf, denn wenn die gesetzliche Regelung jetzt verfassungskonform ist, was sollte denn passieren können, dass der unveränderte Text verfassungswidrig wird? Ändern könnten sich nur tatsächliche Vorkommnisse, also die Umsetzung des Verständigungsgesetzes, namentlich seine Untauglichkeit zur Herstellung einer verfassungskonformen Praxis. Damit solche Umsetzungsdefizite nicht den verpflichteten Subjekten, sondern der Norm selbst anzulasten wären, müsste sie ein erhebliches strukturelles Defizit aufweisen – das sei aber nicht der Fall, was gegen Ende des Urteils ausgeführt wird (Rn. 116 ff.).

b) Wer nun erwartet hätte, dass zur Bestätigung der Verfassungsgemäßheit der Verständigungsregelung als solcher eine Substanz unter die zuvor abstrakt ausgebreiteten Verfassungssätze erfolgt, der irrt. Der *Senat* verwendet nämlich die Hälfte der gesamten Ausführungen zur Begründetheit (Rn. 65-99) darauf, ausführlich darzulegen, was der Gesetzgeber beabsichtigte, namentlich, dass er kein neues konsensuales Verfahrensmodell schaffen, sondern die Verständigung in das geltende Verfahrensrecht integrieren wollte, ohne dessen Grundsätze anzutasten, wobei ihm bewusst war, dass die Verständigung mit diesen Grundsätzen, namentlich der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit, nicht „ohne weiteres“ in Einklang zu bringen sei. Dies hoffte er dennoch zu vollbringen durch die Anordnung in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, dass die Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahr-

heit unberührt bliebe, sowie durch ein Regelungskonzept umfassender Transparenz und Dokumentation. Das Gericht verdeutlicht dabei erfreulicherweise, dass ein „schlankes Formalgeständnis“, also das bloße Anerkenntnis des Anklagevorwurfs, und die gegen § 261 StPO verstoßende bloße Überprüfung des Geständnisses am Akteninhalt unzureichend sind (Rn. 70 f., 129).

§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO enge den Raum für Verständigungen „spürbar ein“, was aber „nicht etwa Ausdruck einer unauflösbaren inneren Widersprüchlichkeit der Norm“ sei (Rn. 72), sondern aus dem Ziel resultiere, die Verständigung mit dem Grundsatz der Amtsaufklärung in Einklang zu bringen. Die sich aufdrängende nächste Frage, welchen Sinn denn eine Verständigung noch haben sollte, nachdem das Gericht seiner Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO genügt hat, ob also das gesetzgeberische Ziel sich als frommer Wunsch und zerplatzter Traum erweist, stellt der *Senat* nicht. Zwar besteht zwischen Verständigung und Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit kein logischer Widerspruch, wohl aber ein teleologischer, der im Schrifttum vielfach dargetan wurde:¹² Eine Verständigung ist sinn- und zwecklos, wenn die Wahrheitssuche nicht verkürzt wird. Mit § 257c StPO stellt der Gesetzgeber ein Handlungsmuster zur Verfügung, das nur funktioniert, wenn man sich über das Gesetz, nämlich § 257c Abs. 1 S. 2 StPO, hinwegsetzt. Das wäre nur unschädlich, wenn solch rechtswidriges Verhalten marginal bliebe, was angesichts der Vorgeschichte des Deals nicht zu erwarten war, weshalb § 257 Abs. 1 S. 2 StPO von niemandem ernst genommen wurde. Ob eine solche Selbstdemontage des Gesetzes seine Verfassungswidrigkeit begründen könnte, ist eine interessante Frage, die der *Senat* später in abstracto bejaht (Rn. 118), aber in casu gegen alle Plausibilität hartnäckig verneint.

Statt dessen werden Einzelheiten der gesetzlichen Regelung ausgebreitet wie das Verbot der Verständigung über den Schuldspruch (Rn. 73 f.) und dass die Regelung abschließend sei, also nicht gesetzeskonforme Verständigungen verbiete (Rn. 75-77), dass alle Verständigungen zu protokollieren seien – wobei die Annahme des *Senats*, dass ein falsches Negativattest eine Strafbarkeit nach § 348 StGB auslösen könnte (Rn. 78), zweifelhaft ist, weil das Sitzungsprotokoll keine öffentliche Urkunde ist mangels Beweiskraft für und gegen jedermann, denn § 274 StPO gilt nur für das Rechtsmittelverfahren¹³ – und dass die Einstellung anderer Verfah-

ren nach § 154 StPO nicht nach § 257c StPO einbezogen werden könnte (Rn. 79).

Anschließend werden die das Regelungskonzept „prägenden Schutzmechanismen“ Transparenz und Öffentlichkeit erschöpfend dargestellt (Rn. 80-90) sowie die ebenfalls als wirksame Kontrolle gedachte Einbindung der Staatsanwaltschaft (Rn. 91-93).

Als letzter „Schutzmechanismus“ wird die Kontrolle durch das Rechtsmittelgericht vorgestellt (Rn. 94-99). Hier belässt es der *Senat* nicht bei der getreulichen Nachzeichnung der gesetzgeberischen Hoffnungen, sondern erklärt die Transparenz- und Dokumentationspflichten kurzerhand zu quasi-absoluten Revisionsgründen (Rn. 96-99). Wegen ihrer Wichtigkeit im gesetzgeberischen Konzept dürften die Transparenz- und Dokumentationspflichten nicht als bloße Ordnungsvorschriften verstanden werden. Wenn ein Gericht gegen diese Pflichten verstoße und sich sodann an eine solche gesetzwidrige Verständigung halte, „wird ein Beruhen des Urteils auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist“ (Rn. 97) – das ist jedoch eine schiere *petitio principii*, denn es ist ja gerade die Frage, ob der Fehler der Verständigung sich auf den Inhalt des Urteils auswirkt, was der BGH in den Ausgangsfallen zu Recht verneint hatte. Folgt man der Argumentation des *Senats*, dann dürfte für keinen Verfahrensfehler jemals ein Beruhen auszuschließen sein, weil das Urteil stets auf einem Verfahren beruht, das mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist, so dass die gesetzliche Unterscheidung der §§ 337, 338 StPO in relative und absolute Revisionsgründe zusammenbräche. Hier wird der einfachrechtliche Begriff des „Beruhens“ entweder missverstanden oder verfassungsrechtlich in problematischer Weise überspielt.

Diese Auslegung, wonach ein Beruhen wie bei einem Verstoß gegen § 258 Abs. 2 und 3 StPO nur „in besonderen Ausnahmefällen“ auszuschließen sei, entspreche der Funktion dieser Vorschriften im Konzept des Verständigungsgesetzes (Rn. 97). Gleiches gelte für das Unterlassen der Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO und des Negativtestats des § 273 Abs. 1a S. 3 StPO (Rn. 98). Für § 257c Abs. 5 StPO schiebt der *Senat* in Rn. 99 noch die Begründung nach, dass der Angeklagte sich „durch die Aussicht, mit der Verständigung eine das Gericht bindende Zusage einer Strafobergrenze zu erreichen und so Einfluss auf den Verfahrensausgang zu nehmen, einer besonderen Anreiz- und Verlockungssituation ausgesetzt“ sehe, in der eine Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit liege – diese klare Feststellung ist erfreulich –, der durch die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO Rechnung getragen werden solle. Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht sei daher im Rahmen der revisionsgerichtlichen Prüfung regelmäßig davon auszugehen, dass das Geständnis und damit das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruhe. Verneint werden könne das Beruhen nur dann, wenn sich feststellen lasse, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte – dieser Nachweis dürfte selten gelingen. Nur so sei gewährleistet, dass die Schutzfunktion der Belehrungspflicht ihre vorgesehene Wirkung entfalte.

¹² Nachw. bei Stuckenberg (Fn. 2), § 257c Rn. 12, 23 Fn. 207.

¹³ Ablehnend daher RGSt 58, 378 (379); 59, 13 (19); OLG Freiburg HEST 1, 272 (274); OLG Hamm NJW 1977, 592; Meyer-Gofßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 274 Rn. 7; Engelhardt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 1; Stuckenberg (Fn. 2), § 274 Rn. 3 m.w.N.; Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 11. Aufl. 2004, § 348 Rn. 19; bejahend aber RGSt 46, 112 (113); 58, 58 (60); BGHSt 51, 88 (98, obiter, mit fehlgehendem Verweis auf Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 271 Rn. 45, und ders. [a.a.O.], § 348 Rn. 18); Dießner, StV 2011, 43 (47).

Diese Auslegung wird zur Aufhebung der Revisionsurteile gegen die Beschwerdeführer zu I. und II. führen (Rn. 123 ff.), doch stellt sich die Frage nach ihrem Status und ihrer Berechtigung. Der *Senat* bezieht sich immer wieder auf den gesetzgeberischen Willen und den Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts und erweckt so den Anschein, als handle es sich um die einzig richtige genetische und teleologische Auslegung der – einfachrechtlichen – Vorschriften des Verständigungsgesetzes. Die Auslegung des einfachen Rechts gehört bekanntlich nicht zu den Aufgaben des BVerfG und ein bloßer Auslegungsfehler des BGH könnte eine Aufhebung der angegriffenen Urteile nach § 95 Abs. 2 BVerfGG nicht rechtfertigen; die dargelegte Auslegung müsste also verfassungsrechtlich geboten sein, doch sagt der *Senat* dazu leider nichts – eine verfassungskonforme Reduktion des § 257c StPO wird später sogar ausdrücklich verneint (Rn. 122). Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen diese Auslegung erzwingen ist an dieser Stelle der Gründe, in der es an sich nur um die Exposition des Prüfungsgegenstandes geht, auch nicht offensichtlich, weil die behauptete Verfassungsmäßigkeit der Norm noch gar nicht behandelt wurde. In der Begründung der Urteilsaufhebungen (Rn. 123-127) wird schließlich angenommen, eine ohne Belehrung getroffene Verständigung verletze den Angeklagten in seinem Grundrecht auf ein faires Verfahren und seiner Selbstbelastungsfreiheit (Rn. 124, 127). Diese Begründung ist dürftig und mag bei § 257c Abs. 5 StPO noch angehen, aber welches Grundrecht sollte das Fehlen des Negativtestats im Protokoll verletzen? Nach bisheriger Rspr. von RG und BGH konnte ein Mangel des Protokolls nie die Revision begründen, weil das – vor Fertigstellung des Protokolls erlassene! – Urteil nicht darauf beruhen kann.¹⁴ Eine verfassungsrechtliche Protokollrüge als absoluter Revisionsgrund (vergleichbar § 338 Nr. 7 StPO) ist daher eine ebenso bahnbrechende wie problematische Novität, die einer näheren Begründung wert gewesen wäre.

c) Die Ausführungen zur Vereinbarkeit der Verständigung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafverfahren fallen kurz aus (Rn. 100-115). Der *Senat* erkennt an, dass Verständigungen diese Anforderungen „berühren“ (Rn. 101), dennoch sei der Gesetzgeber nicht gehindert, „Verständigungen mit den zur Sicherung der Verfassungsmäßigkeit gebotenen Vorkehrungen zuzulassen“ (Rn. 101, 107).

Der *Senat* wiederholt, dass der Strafprozess das Schuldprinzip zu verwirklichen habe und sich vom Ziel der bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit und der Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein unabhängiges und neutrales Gericht nicht entfernen dürfe und betont erfreulicherweise auch die Notwendigkeit, dass das Gericht kein nicht an den sachlichen Verfahrenszielen orientiertes eigenes Interesse am Verfahrensausgang haben dürfe (Rn. 102) – womit alle egoistischen richterlichen Interessen an Verfahrensverkürzung, weniger Arbeit oder früherer Mittagspause als illegitim gebrandmarkt sind.

Weder das Schuldprinzip noch die Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit stünden zur Disposition des Gesetzgebers, was Möglichkeiten des Absehens von Strafverfolgung im Bereich geringfügiger Kriminalität wie §§ 153 ff. StPO bzw. vereinfachter Verfahren für einfache Sachverhalte wie das Strafbefehlsverfahren nicht ausschließen (Rn. 103 f.). Schuldprinzip und Wahrheitserforschungspflicht, Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, Unschuldsvermutung und Neutralitätspflicht des Gerichts (!) schließen es folglich auch aus, „die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung, [...], zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen“ (Rn. 105), womit allen Formen konstitutiv konsensualer Erledigung ein verfassungsrechtlicher Riegel vorgeschoben wird. Ausdrücklich wird die Kammerentscheidung von 1987 bekräftigt, dass es keinen Vergleich, keinen Handel mit der Gerechtigkeit geben dürfe und keine Rechtsanwendungspraxis, „die auf solche vertragsähnliche Erledigungsformen hinausläuft“ (Rn. 105). Zulässig bleiben unverbindliche Erörterungen der Sach- und Rechtslage sowie eine offene, kommunikative Verhandlungsführung (Rn. 106).

Nun endlich sollte die Frage behandelt werden, warum § 257c StPO den verfassungsrechtlichen Vorgaben doch entspricht. Der *Senat* widmet ihr einen einzigen Absatz (Rn. 107) und beantwortet die Frage nicht: Er stellt, nach den ganzen vorherigen Ausführungen erwartbar, fest, dass Verständigungen „das Risiko in sich [tragen], dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden“. – Worin diese Risiken genau bestehen und weshalb das Verständigungsgesetz sie fördert, bleibt leider ungesagt. – Gleichwohl sei es dem Gesetzgeber aufgrund seiner Gestaltungsmacht von Verfassungen wegen „nicht schlechthin verwehrt“, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen, sofern er durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellt, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der Schutzmechanismen habe der Gesetzgeber – wie bei der Zulassung von Kampfhunden (der *Senat* verweist auf BVerfGE 110, 141 [158]) – fortwährend zu überprüfen. Wenn sie sich als unvollständig oder ungeeignet erweisen, habe er nachzubessern und ggf. seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren, also Absprachen zu verbieten.

Die Frage nach dem legitimen Ziel des § 257c StPO beantwortet der *Senat* implizit mit der Verfahrensvereinfachung. Ob die Regelung dazu überhaupt geeignet ist, ohne die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu verletzen, fragt er nicht. Wenn am Ende nochmals beteuert wird, dass das „Normgefüge des Verständigungsgesetzes [...] nach der hier zugrunde gelegten Auslegung des einfachen Rechts keine Verfahrensweise im Strafprozess [gestattet], die den verfassungsrechtlichen Vorgaben widerspräche“ (Rn. 122), dann wäre sowohl dem Gesetzgeber als auch dem Justizpraktiker geholfen gewesen, wenn der *Senat* wenigstens einmal angedeutet hätte, wie denn so eine verfassungskonforme Verständigung aussieht und warum man sie überhaupt – nach Erfüllung der Pflicht aus § 244 Abs. 2 StPO – noch treffen sollte.

¹⁴ RGSt 12, 119; 42, 170; 47, 237; 48, 288 (289); 58, 143; 64, 215; 68, 273; BGHSt 7, 162 (163); BGH NStZ-RR 2007, 52 (53); w. Nachw. bei Stuckenberg (Fn. 2), § 271 Rn. 76.

Ebensowenig wird gefragt, ob das Risiko der Schaffung verfassungswidriger Zustände durch irgendwelche legitimen Vorteile gerechtfertigt werden könnte – falls das überhaupt denkbar ist: Wieviel Rechtsstaatlichkeit dürfte der Gesetzgeber zu opfern riskieren und wofür? Sofern ein Weg der Verfahrensvereinfachung nur funktioniert, wenn gegen die vom *Senat* mit begrüßenswerter Deutlichkeit betonten verfassungsrechtlichen Vorgaben verstoßen wird, ist dem Gesetzgeber die Beschreitung dieses Weges verwehrt. Hierin liegt der grundlegende Irrtum des *Senats*, dass er das Risiko verfassungswidriger Zustände für bloß akzidentell, durch widrige Umstände veranlasst und prinzipiell beherrschbar hält, wohingegen es substantiell, nämlich durch die Struktur der Norm bedingt ist und daher solange bestehen wird wie die Norm selbst. Es ist dann gleichgültig, ob man die Büchse der Pandora nur einen Spalt oder weit öffnet.

Dass das Verständigungsgesetz die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben „in ausreichender Weise“ sichere, begründet der *Senat* damit (Rn. 108-115), dass nach den Vorschriften der StPO weder der Schuldpruch noch die Aufklärungspflicht zur Disposition stünden und die Selbstbelastungsfreiheit garantiert sei (§§ 136, 136a StPO). Diese Feststellung verblüfft angesichts der *Altenhainschen* Studie und die Begründung enthält einen Kategorienfehler: „die Einhaltung garantieren“ klingt nach Vorkehrungen, deren Wirksamkeit empirisch belegt ist, wohingegen der *Senat* auf den normativen Gehalt des Gesetzes verweist, mithin die Sphären von Sein und Sollen vermengt. Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft wirke als Sicherung vor der „mit der Möglichkeit der Verfahrensverkürzung durch eine Verständigung einhergehenden Gefahr einer Motivationsverschiebung bei dem erkennenden Gericht“ sowie einem „möglichen Interessengleichlauf von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten“ (Rn. 114); letzteres verwundert, denn wenn die Staatsanwaltschaft die Interessen von Gericht und Verteidigung teilt, wieso ist sie dann zur Kontrolle besonders geeignet? Schließlich heißt es: „Die verfahrensrechtlichen Sicherungen lassen jedenfalls in ihrem Zusammenwirken erwarten, dass die mit Verständigungen verbundenen rechtsstaatlichen Risiken beherrscht werden.“ (Rn. 114). Worauf das Gericht diese kontrafaktische Erwartung gründet, bleibt sein Geheimnis, denn die gegenwärtige Praxis legt gerade das Gegenteil nahe. Wenn zur „ausreichende Sicherung“ genügt, dass das Gesetz in 50 % der Fälle missachtet wird, so fragt sich, was eigentlich passieren muss, damit eine Sicherung als unzureichend angesehen wird?

d) Im vorletzten Teil der Gründe (Rn. 116-122) bemüht sich der *Senat* aufzuzeigen, warum der „in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes [...] derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung“ führt. Als Prämisse wird definiert, dass „eine gesetzliche Regelung, gegen die in der Rechtsanwendungspraxis in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, [...] nur dann auch selbst das Grundgesetz [verletzt], wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist.“ (Rn. 118). Dies sei hier nicht der Fall, weil der Gesetzgeber ja Schutzmechanismen

eingebaut habe. Verfassungswidrig wäre die Regelung dann nur, „wenn die vorgesehenen Schutzmechanismen in einer Weise lückenhaft oder sonst unzureichend wären, die eine gegen das Grundgesetz verstoßende „informelle“ Absprachepraxis fördert, das Vollzugsdefizit also durch die Struktur der Norm determiniert wäre.“ (Rn. 118). Ein solches strukturelles Regelungsdefizit könne aber „gegenwärtig“ nicht festgestellt werden, weil die Gründe für den Normungehorsam „vielschichtig“ seien (Rn. 119). Da das Gesetz erst kurze Zeit – drei Jahre! – gelte, seien die Schutzmechanismen von der Praxis „noch nicht vollständig verinnerlicht worden“, außerdem sei nicht allen klar gewesen, dass informelle Absprachen nun verboten seien, zumal man die Normierung für praxisuntauglich gehalten habe. Zu dieser Anmaßung findet das Gericht lobenswert deutliche Worte (Rn. 119 a.E.): „Dies erkennt, dass im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht.“ Das Gericht erkennt genau, dass es gerade diese Schutzmechanismen sind, die als praxisuntauglich gelten, wiederholt aber dennoch gleich mehrfach, dass dies kein Strukturdefizit belege, sondern auf „interessengeleitete Missverständnisse und Bestrebungen, die gesetzliche Regelung wegen ihrer – als unpraktisch empfundenen – Schutzmechanismen zu umgehen“ zurückzuführen sei (Rn. 120).

Die Analyse des Gerichts überzeugt nicht: Strukturdefizite von Normen pflegen nicht temporal variabel zu sein; ihre Entdeckung setzt jedoch die Untersuchung der Normstruktur voraus, die das Gericht unverständlicherweise unterlässt. Und wenn es gerade die „Schutzmechanismen“ sind, die gezielt umgangen werden, dann deutet das doch wohl auf deren Untauglichkeit und folglich ein Strukturdefizit hin. Die Alternativerklärung des *Senats* ist wenig plausibel, denn nur eine kleine Mindermeinung (vgl. die Nachw. in Rn. 119) hält informelle Absprachen ernstlich für erlaubt, zudem sollte man an sich annehmen dürfen, dass Juristen in der Lage wären, ein relativ unkompliziertes Gesetz, das zentrale Aspekte ihrer Berufsausübung betrifft, in weniger als drei Jahren zu begreifen und zu „verinnerlichen“ – falls sie es denn wollten.

Auch wenn „derzeit“ kein Strukturdefizit bestehe, müsse der Gesetzgeber die weitere Entwicklung sorgfältig beobachten und nötigenfalls der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken, weil sonst ein verfassungswidriger Zustand einträte (Rn. 121). Dies wirft eine Reihe von Fragen auf: Zuvor wurde befunden, das Verständigungsgesetz garantiere die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben „in ausreichender Weise“ (Rn. 108) – wieso muss dennoch beobachtet werden? Da offenbar der gegenwärtige „erheblich defizitäre Vollzug“ – bei einer Quote von ca. 50 % illegalen Absprachen in NRW – noch nicht zu Maßnahmen nötigt, wann träte dieser Fall denn ein? Bei einer Illegalitätsquote von 75 % oder mehr? Oder genügt das gegenwärtige Ausmaß – die Formulierung „Sollte sich die gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen [...]“ in Rn. 121 deutet das an –, wenn sich in weiteren drei oder zehn oder zwanzig Jahren das „Bewusstsein, dass es Verständigungen ohne die Einhaltung der Anforderungen des Verständigungsgesetzes nicht geben darf“ immer noch nicht eingestellt hat?

Angenommen, die wie auch immer zu bestimmende Interventionsschwelle sei erreicht: Welche Maßnahmen könnte der Gesetzgeber dann ergreifen? Dass das Gericht dies völlig offen lässt, dürfte nicht allein dem Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers geschuldet sein, sondern auch der Ratlosigkeit, was man überhaupt noch tun könnte, denn die normative Lage ist ja eindeutig. Einen Absatz 6 an § 257c StPO anhängen, der besagt, dass Verständigungen, die nicht nach diesem Gesetz erlaubt sind, verboten sind, wäre ebenso lächerlich wie nutzlos. Durch weiter erhöhte sonstige Formalisierung und „Transparenz“ ist der teleologische Widerspruch des § 257c StPO ebensowenig zu kurieren.¹⁵ Eine Strafvorschrift des unerlaubten Deals einzuführen¹⁶ – wobei sich fragt, ob sie besser nach § 339 StGB oder bei §§ 331 ff. StGB einzusortieren wäre –, wie manchmal zu hören ist, wäre angesichts der pervasiven Rechtsuntreue vermutlich ineffektiv, obschon es womöglich gerade deshalb eines drastischen Symbols und Rückgriffs auf die ultima ratio bedürfte. Auch der österreichische OGH hat es am Hinweis auf die mögliche disziplinarische und strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Deal Beteiligten nicht fehlen lassen.¹⁷ Zumindest wäre dann endlich zu klären, wie ein nach § 257c StPO erlaubter Deal genau aussieht. Gleichwohl wird das alles nichts helfen: Das Verständigungsgesetz enthält nicht nur den psychologischen Fehler, die Normadressaten in große Versuchung zu führen, indem es eine Handlungsalternative eröffnet, die bei Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen unattraktiv, bei illegaler Abwandlung aber höchst attraktiv ist, sondern verleitet fast zwangsläufig zum Normbruch, weil der Daseinszweck der Absprache in der Beschränkung der Wahrheitserforschung liegt. Wie stark der Anreiz der verbotenen Frucht ist, wird durch das von *Altenhain* festgestellte epidemische Ausmaß des justiziellen Rechtsbruchs belegt. Dies lässt sich auch durch symptomatische Therapien in Form normativer „Schutzmechanismen“ nicht heilen – wer dem illegalen Deal verfallen ist, scheint normativ kaum noch ansprechbar zu sein –, sondern allenfalls durch kausalen Heilversuch per Exzision nebst Entziehungskur, mithin Streichung und umfassendes Verbot.¹⁸

Bis dahin wäre noch eine Maßnahme erwägenswert, die nicht der Gesetzgeber, sondern die Exekutive ergreifen könnte in Gestalt verbindlicher Weisungen der Justizminister an die Staatsanwälte (vgl. Rn. 93), Verständigungen entweder gar nicht – so hatte der Attorney-General in Alaska 18 Jahre lang jegliche plea bargains unterbunden¹⁹ – oder nur bei völlig zweifelsfreier Legalität zuzustimmen.

¹⁵ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 11 Fn. 120.

¹⁶ Zu den strafrechtlichen Risiken de lege lata s. *Dießner*, StV 2011, 43.

¹⁷ OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127.

¹⁸ Damit allein wäre jedoch nur wenig gewonnen, da die Absprachen nur ein Symptom für eine Reihe von Ermüdungserrscheinungen der StPO sind, so dass umfassender Reformbedarf besteht, vgl. *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 19.

¹⁹ Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 2 Fn. 43.

IV. Fazit und Ausblick

1. Ein Urteil zu einer Kontroverse solchen Ausmaßes kann es naturgemäß nicht allen recht machen. Insgesamt fällt die Beurteilung der Entscheidung gemischt, aber mit leichtem positivem Vorzeichen aus. Ruft man andere höchstrichterliche Stellungnahmen in Erinnerung, vom zynisch-desinteressierten U.S. Supreme Court²⁰ bis zum klaren Mut des österreichischen Obersten Gerichtshofs,²¹ der allerdings nur eine extralegale Praxis und kein Gesetz zu beurteilen hatte, so verdient das BVerfG durchaus Beifall, auch wenn man meint, dass es noch weiter hätte gehen müssen.

2. Zu begrüßen ist insbesondere:

a) dass das Gericht zur Sachaufklärung beitragen hat, indem es die empirische Studie in Auftrag gab, deren Ergebnis leider niederschmetternd ist;

b) dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Strafverfahren in aller Deutlichkeit herausgestellt wurden und allen Formen konsensualer Erledigung jenseits des Bagatellbereichs eine Absage erteilt wurde, auch wenn das Gericht diese Anforderungen eher postuliert als begründend herleitet;

c) dass es die Perspektive eröffnet hat, dass ein gesetzliches Verbot von Absprachen von Verfassungen wegen geboten sein kann;

d) dass klargestellt wird, dass Formalgeständnisse im Stile eines prozessualen Anerkenntnisses sowie deren bloße „Überprüfung“ am Akteninhalt unzulässig sind;

e) dass das Gericht die Risiken, die eine Absprache mit sich bringt, insbesondere die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit (Rn. 99, 112 f., 124, 127, 130) und die Verleitung zu falschen Geständnissen (Rn. 110, 114), deutlich erkennt und benennt,

f) womit einhergeht, dass es rhetorischem Blendwerk wie angeblicher Stärkung der Subjektstellung des Angeklagten, Modernität offener, kommunikativer, konsensualer Verfahrensformen usw., das manche Stellungnahmen durchgeistert (Rn. 36 ff.), widersteht,

g) und insbesondere, dass das BVerfG im Gegensatz zu BGH und U.S. Supreme Court²² von dem gleichermaßen beliebten wie normativ irrelevanten Totschlagsargument, ohne Absprachen bräche die Strafrechtspflege zusammen, und seinem dreisten Zwilling, Deals ließen sich gar nicht mehr verbieten, so wenig beeindruckt ist, dass es beide nicht einmal einer Erörterung für würdig befand,

h) und dass es die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Aufhebung der angegriffenen Urteile auch durchgesetzt hat, obschon die Erwägungen zur Revisibilität insgesamt kaum überzeugen (s.u. 3. h).

3. Zu bemängeln ist jedoch,

a) dass eine Prüfung der Verständigung an den Maßstäben der Verfassung, somit der eigentlichen Kernfrage, gänzlich fehlt,

²⁰ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (753); 90 S.Ct. 1463 (1471); 25 L.Ed.2d 747 (1970); dazu jüngst *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (752 ff.).

²¹ OGH, Beschl. v. 24.8.2004 – 11 Os 77/04 = ÖJZ 2005, 275 (276) = JBl. 2005, 127.

²² Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 2), § 257c Rn. 2 Fn. 38 ff.

b) und ersetzt wird durch permanente Anrufung des gesetzgeberischen Regelungsziels, das natürlich auf verfassungskonforme Zustände gerichtet war – ob diese Hoffnung erfüllbar ist und erfüllt wurde oder ob der Gesetzgeber Unmögliches gewollt hat, hat das Gericht zu prüfen und nicht zu glauben; dieser seiner originären Aufgabe ist es nicht nachgekommen; Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers darf aber nicht zu Kontrollverzicht führen;

c) dass folglich unerkannt bleibt, dass es eine verfassungskonforme und dennoch praktisch sinnhafte Form der Verständigung nicht geben kann, sondern § 257c StPO vielmehr teleologisch perplex ist; der *Senat* ahnt die „unauflösbare innere Widersprüchlichkeit“ der Norm (Rn. 72), leugnet sie aber, weil der Gesetzgeber keinen Widerspruch wollte, so dass nicht sein kann, was nicht sein soll;

d) weshalb die kausale Analyse des defizitären Gesetzesvollzugs fehlt, indem nicht der Strukturfehler der Norm, mit der der Staat sein eigenes Justizpersonal korrumpiert, sondern Missverständnisse und schlechte Gewohnheiten als Ursache des Desasters angesehen werden;

e) dass die Annahme, das Verständigungsgesetz garantiere die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen in „ausreichender Weise“, angesichts der Ergebnisse der Studie, die auf die Unbeherrschbarkeit des illegalen Dealens durch gesetzliche Vorschriften hindeutet, nicht nachvollziehbar ist und entweder auf einer erneuten Verwechslung von Sein und Sollen oder auf willful blindness beruht;

f) dass folglich der Gesetzgeber nicht schon jetzt zum Handeln aufgerufen wurde;

g) dass es schließlich keine Maßnahmen geben dürfte, die der Gesetzgeber ergreifen kann, um dem desaströsen Zustand abzuhelpen außer dem totalen Verbot der Verständigung;

h) dass die pauschale Beförderung der Verletzung aller Transparenz- und Dokumentationspflichten des Verständigungsgesetzes zu quasi-absoluten und absoluten Revisionsgründen zwar gut gemeint ist, aber einen tiefen Eingriff in das Revisionsrecht darstellt, dessen verfassungsrechtliche Ableitung zu dürftig ausfällt.

4. Ob nach dem Urteil Änderungen der Praxis eintreten werden, ist noch völlig offen. Schlimmstenfalls erleidet das Judikat dasselbe Schicksal wie die BGH-Grundsatzentscheidungen und wird von den Tatgerichten ignoriert. Ob die neuen Revisionsgründe etwas bewirken, ist ungewiss, da die meisten Verständigungen nie zu einem Revisionsgericht gelangen. Vielleicht treten moderate Verbesserungen ein und man gewöhnt sich an einen Zustand, der gerade noch als ausreichend rechtsstaatlich durchgeht und wegen seiner allseitigen Bequemlichkeit änderungsresistent wird. Die Vorlesung Strafprozessrecht ist dann schon in den rechtshistorischen Schwerpunktbereich verschoben worden. Vielleicht aber folgen diesem Urteil noch weitere nach („Derzeit II“ usw.), bis sich Gesetzgeber oder BVerfG selbst erbarmen und dem unwürdigen Treiben in und neben deutschen Gerichtssälen ein Ende machen. Die Hoffnung bleibt.

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn