

empirische Analysen erhebliche Einschränkungen hinsichtlich der methodischen Möglichkeiten des Gerichts, tatsächlich „günstige“ Auswirkungen von nur unterstellten zu unterscheiden (vgl. dazu *Verf./Reuther*, ZKJ 2006, 492). Hiernach verlangt es das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage (BayObLGSt a.a.O.), die Grenzen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG zu wahren.

2. Zudem kam es im konkreten, neben dem Revidenten gegen mehrere erwachsene Mitangeklagte geführten Verfahren zu der außerordentlichen Dauer der U-Haft bei einer unverhältnismäßigen Anzahl von Hauptverhandlungsterminen (vgl. detailliert BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats a.a.O.) vor allem deshalb, weil das erkennende Gericht, bestätigt durch Beschluss des OLG Stuttgart vom 1.8.2012, entgegen erzieherischen Grundsätzen und Schutzbelangen (§ 2 Abs. 1 JGG) eine Abtrennung des Verfahrens gegen den Heranwachsenden abgelehnt hatte (LG Stuttgart vom 25.6.2012 [4 KLS 211 Js 28184/12 Hw.]). Soweit dabei als anderer wichtiger Grund im Sinne des § 103 JGG angesehen wurde, ohne eine Verbindung müsste die ohnehin umfangreiche Beweisaufnahme wiederholt werden, so mag dies zur Beschleunigung des Verfahrens und auch der Vermeidung unter Umständen erheblicher zusätzlicher Kosten (vgl. schon *Dallinger/Lackner* a.a.O. Rn 4 zu § 103 JGG) nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit, sondern auch im Interesse des Angeklagten geboten erscheinen – wogegen die Trennung oder Verbindung zu erheblichen Auswirkungen für die Verteidigerkosten führen kann (vgl. schon *Verf.*, NJW 1984, 2919). Ein Gebotensein besteht aber dann nicht, wenn erwachsenen Mitangeklagten weitere Taten zur Last liegen, die ihrerseits eine Beweisaufnahme erforderlich machen, so dass es zu einer längeren Verfahrensdauer kommen kann und der Jugendliche oder Heranwachsende gar zur Überführung der erwachsenen Angeklagten instrumentalisiert wird (verfehlt daher OLG Karlsruhe ZJJ 2013, 212 mit Anm. *Verf./Höynck*, ZJJ 2013, 320 ff. sowie, betr. das hier erörterte Verfahren, LG Stuttgart a.a.O. S. 4).

Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin

Materielles Strafrecht/ Strafrechtliche Nebengebiete

StGB § 339

Einem Oberstaatsanwalt muss man abnehmen, dass ihm die Wahrheitspflicht bei Anklageerhebung nicht geläufig ist (Red).

StA Osnabrück, Entschließung vom 15.1.2013 – NZS 123 Js 9102/12

[D]as Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten habe ich gem. § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung eingestellt, weil ich ihm eine strafbare Handlung mit der für die Anklageerhebung erforderlichen Sicherheit nicht nachweisen kann. ...

Bei der rechtlichen Bewertung des Geschehens bin ich von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Bei der Staatsanwaltschaft Verden war seit 2009 [ein] Ermittlungsverfahren anhängig. Dieses Verfahren richtete sich gegen eine Tätergruppierung, die in Verdacht stand, in großem Umfang Kokain ... über Brüssel in verschiedene europäische Länder zu schmuggeln.

Leiter dieses Verfahrens war zunächst StA B; OStA Sch war dessen Abteilungsleiter. Die Ermittlungen wurden vom FK GER der ZKI Oldenburg geführt.

Im Oktober 2009 zeichnete sich nach dem Stand der Ermittlungen ab, dass die Person J vermutlich eine größere Schmuggelfahrt durchführen würde.

Bereits im August 2009 hatte es eine Besprechung zwischen Mitarbeitern der GER sowie StA B und OStA Sch gegeben, in der vereinbart worden war, dass in einem solchen Fall selbstverständlich eine Sicherstellung geschmuggelter Drogen erfolgen müsse, ohne dass zu diesem Zeitpunkt Rückschlüsse auf das verdeckt geführte Ermittlungsverfahren möglich sein sollten.

Dementsprechend waren auch Kontrollkräfte des Zolls bereits im Vorfeld in Kenntnis gesetzt worden.

Am 14.10.2009 wurde das Fahrzeug des J im Zuständigkeitsbereich der StA Oldenburg einer sog. „legierten Kontrolle“ unterzogen ... Der gesondert verfolgte Zollbeamte W gehörte zur Kontrollgruppe des Zolls. Im Rahmen dieser Kontrolle wurden ... 2.757,95 g Kokain aufgefunden ...

J wurde in Haft genommen.

Bei der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft Oldenburg wurde OStA R mit der Bearbeitung des Verfahrens betraut.

Zu diesem Zeitpunkt war OStA R der Hintergrund der Festnahme nicht bekannt. Allerdings hatte er eine vage Vermutung dahingehend, dass J möglicherweise im Zusammenhang mit einem Großverfahren der StA Verden stand. ... Ihm wurde ... ausdrücklich mitgeteilt, dass der Beschuldigte J als Bandenmitglied zu betrachten sei. Ab diesem Zeitpunkt – noch vor Anklageerhebung – war der Staatsanwaltschaft Oldenburg mithin der Hintergrund des Verfahrens bekannt.

Dabei war OStA R die Problematik durchaus bewusst, dass einerseits dem Beschuldigten J möglicherweise ein bandenmäßiges Handeltreiben mit BtM in nicht geringer Menge (§ 30a BtMG; Mindestfreiheitsstrafe 5 Jahre) zur Last zu legen wäre und andererseits eine derartige Anklageerhebung zur Aufdeckung des Verdener Verfahrens führen würde.

Aus diesem Grund kam es zu einer Besprechung, an der OStA Sch (StA Verden), OStA R (StA Oldenburg) sowie die Zeugen We und N (beide GER) teilnahmen.

In dieser Besprechung kam man zu dem Ergebnis, dass es rechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn man das Verfahren der StA Verden nicht offenbarte; der Schutz der Allgemein-

heit rechtfertige es, dass ggf. der Beschuldigte J eine „etwas zu milde“ Bestrafung erhalten würde.

Am 16.12.2009 erhob OStA R Anklage gegen den J wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

In der Folgezeit, so die Angaben des Zeugen We, sei mit OStA Sch durchaus auch die kontroverse Diskussion um die Zulässigkeit der legendierten Kontrollen erörtert worden. OStA Sch sei jedoch der Auffassung gewesen, das von ihm gewünschte Vorgehen sei rechtlich zulässig.

Hinsichtlich des Zollbeamten W sei ausdrücklich besprochen worden, dass dieser auf konkrete Nachfrage im Termin nicht lügen dürfe; man habe aber gehofft, dass dementsprechende Nachfragen nicht gestellt würden.

Am 7.4.2010 kam es zur Hauptverhandlung vor der 3. Großen Strafkammer des LG Oldenburg; als Sitzungsvertreter der StA Oldenburg nahm OStA Sche an der Hauptverhandlung teil, der nicht über die Hintergründe in Kenntnis gesetzt worden war.

In dieser Hauptverhandlung soll der gesondert verfolgte Beamte W von der Verteidigung des J danach gefragt worden sein, ob es sich um eine gezielte oder eine zufällige Kontrolle gehandelt habe. Der Beschuldigte sei trotz mehrfacher Nachfrage dabei geblieben, dass es sich um eine Zufallskontrolle gehandelt habe.

Der J wurde noch am selben Tage wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben ... zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten verurteilt.

Der Sachverhalt weist zwei Problemkreise auf, die im Ergebnis von den zuständigen Staatsanwälten rechtlich unzutreffend bewertet worden sein dürften.

Zum einen ging es um die Frage der „legendierten Kontrolle“ als „heimliche“ und damit unzulässige Durchsuchung. Diese Problematik war OStA R erkennbar nicht bewusst.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Diskussion um diese Frage zum damaligen Zeitpunkt gerade erst aufgekommen war (Entscheidung des 4. Strafsenats vom 11.2.2010 – 4 StR 436/09). Einigkeit betreffend die Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme besteht bis heute nicht.

Völlig unstrittig ist und war allerdings, dass selbstverständlich eine „legendierte Kontrolle“ dem Gericht gegenüber zu offenbaren ist und zwar spätestens mit der Anklageerhebung; dies ist vorliegend unterblieben.

Dies ist aus zwei Gründen unerlässlich:

Zum einen spielen die im vorliegenden Fall zurückgehaltenen Informationen eine ganz wesentliche Rolle sowohl hinsichtlich des Schuldspruchs als auch hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs.

Und zum anderen wird einem Angeklagten unter Umständen die Möglichkeit genommen, sich der Möglichkeiten des § 31 BtMG zu bedienen,

Die Frage ist, ob OStA R durch das Verschweigen der legendierten Kontrolle in der Anklage eine Rechtsbeugung i.S.d.

§ 339 StGB begangen hat. Der Tatbestand kann grundsätzlich auch dadurch verwirklicht werden, dass ein Staatsanwalt dem Gericht gezielt einen falschen bzw. unvollständigen Sachverhalt zur Entscheidung vorlegt (vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch, 59. Aufl., § 339 Rn 7).

Unabhängig davon, ob die Erhebung einer unvollständigen Anklage den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt, ist es jedoch so, dass Täter einer Rechtsbeugung nur derjenige sein kann, der sich „bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt“ (*Fischer*, a.a.O. Rn 14).

Daran dürfte es im vorliegenden Fall deshalb fehlen, weil OStA R gerade nicht bewusst war, dass das Erheben einer unvollständigen Anklage rechtlich zu beanstanden war.

StGB § 339

Così fan tutte ist eben doch eine erfolversprechende Verteidigung – Ein gemeinsamer Tatplan steht dem Vorsatz entgegen, wenn er auf der gründlich beratenen Annahme beruht, das geplante Verhalten sei straflos (Red).

GenStA Oldenburg, Entscheidung v. 4.7.2013 – NZS 500 ZS 275/13

Eine Anklageerhebung, die sich bewusst auf einen nicht zutreffenden Sachverhalt stützt, ist rechtlich in groben Maße fehlerhaft, auch wenn sich die Sachverhaltsverfälschung letztlich zugunsten des Angeklagten auswirkt und dieser zudem in der Lage zur Korrektur ist, dies allerdings aus welchen Motiven auch immer unterlässt. Objektiv wäre damit der Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt.

Ein entsprechender Vorsatz des Beschuldigten ist jedoch nicht anzunehmen. Nach überwiegend herrschender Meinung ist der subjektive Tatbestand des § 339 StGB einschränkend auszulegen (vgl. *MK/Uebele*, a.a.O., Rn 63). Der Täter muss gerade im Bewusstsein des „elementaren Rechtsbruchs“ handeln.

Der Beschuldigte hat sich ... dahin geäußert, dass die Beteiligten auf der gemeinsamen Besprechung vor einem Dilemma standen. Auf der einen Seite ging es um die „wahrheitsgemäße“ Strafverfolgung gegen ein möglicherweise zugehöriges Bandenmitglied aus der nachgeordneten Reihe. Auf der anderen Seite sei dann aber ernsthaft befürchtet worden, die Haupttäter mangels bis zum damaligen Zeitpunkt ausreichenden Beweismaterials nicht belangen zu können. In der Besprechung mit OStA Sch und den Mitgliedern der EK „S“ sei auch die Möglichkeit der eigenen Strafbarkeit erörtert worden, was ... nicht mit dem Bewusstsein, eine Straftat zu begehen gleichzusetzen ist. Übereinstimmend, so der Beschuldigte weiter, seien alle Anwesenden zu dem Schluss gekommen, dass allein zum Wohle der Allgemeinheit und Ihrem Schutz vor weiteren Kokainlieferungen das beabsichtigte Vorgehen rechtlich nicht zu beanstanden sei.

Der Polizeibeamte W hat erklärt, in der fraglichen Besprechung habe OStA Sch seine Entscheidung mitgeteilt, er sei zwischenzeitlich der Auffassung, dass die StA Verden weiterhin zuständig sei und er nach wie vor nicht möchte, dass die Erkenntnisse aus dem Verfahren „S“ in das Verfahren „J“ einfließen. Ansonsten stünde zu befürchten, dass die tatverdächtigen Hinterleute ... und weitere Mittäter nicht überführt und die Allgemeinheit nicht vor weiteren Kokainlieferungen ... geschützt werden könne. Überdies würde ansonsten gegen den Grundsatz einer effektiven Strafverfolgung verstoßen werden. Man sei einvernehmlich zu der Auffassung gelangt, dass eine mögliche Besserstellung des J in seinem Verfahren vor diesen Gründen hinnehmbar sei und die in Aussicht genommene Vorgehensweise, nämlich das Nichteinbringen der Hintergrunderkenntnisse in das Verfahren „J“, rechtlich nicht zu beanstanden sein kann – entsprechend der ständig geübten Praxis in BtM-Großverfahren.

An dieser Stelle ist einzuflechten, dass der Beschuldigte seinerzeit als Dezentern der StA Oldenburg zu einem großen Teil sog. BtM-Verfahren bearbeitete, jedoch keine mit sog. OK-Hintergrund, die bei der Staatsanwaltschaft in einer gesonderten Abteilung geführt und bearbeitet werden. Die im fraglichen Gespräch mit OStA Sch, seinerzeit Leiter der OK-Abteilung der StA Verden, angesprochene Problematik berührt die sog. legendierten Kontrollen (vgl. hierzu *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 ff.) als ermittlungstaktische Maßnahme. Diese Maßnahme wurde jedoch überwiegend in Verfahren mit OK-Relevanz angewandt, Verfahren, die der Beschuldigte gerade nicht bearbeitete. Ihm war die (rechtliche) Problematik nicht vertraut. Ab 2010 wird zu dieser Maßnahme im Übrigen landesweit nicht mehr gegriffen.

Nach diesen inhaltlich übereinstimmenden Erklärungen ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte (mit den übrigen Mitgliedern dieser Gesprächsrunde) eine umfangreiche Güterabwägung vornahm zwischen der Einhaltung des Legalitätsprinzips auf der einen Seite und der Gefahrenabwehr und dem Strafverfolgungsinteresse des Staates hinsichtlich der Haupttäter und Hintermänner auf der anderen. Das entspricht im Übrigen dem Inhalt des Gem. RdErl. von MJ und des MI v. 16.7.2008 – VORIS 21021 –, abgedr. als Anlage E zur RiStBV in: *Meyer-Goßner*, Anhang 12, (hier: Nr. 4.1), wonach es vorrangiges Ziel der Ermittlungsverfahren sein müsse, in den Kernbereich der kriminellen Organisation einzudringen und die im Hintergrund agierenden hauptverantwortlichen Straftäter zu erkennen, zu überführen und zur Aburteilung zu bringen. ...

Der Beschuldigte hat in seiner dienstlichen Erklärung weiter ausgeführt:

„Aufgrund der so gewonnenen Erkenntnisse und der dringenden Bitte der StA Verden traf ich die Entscheidung, dass eine insgesamt etwas zu milde Bestrafung ... (keine Anklage wegen bandenmäßiger Begehung der Tat bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Tatsache ..., dass das Kokain nicht in den Handel kommen würde ...) zum Schutze der Allgemein-

heit vor dem weiteren Kokainhandel der restlichen Bandenmitglieder zurückstehen müsse“. (Gemeint sein dürfte damit, dass die etwas zu milde Bestrafung in Kauf genommen werden müsse.)

Der Beschuldigte hat somit (wie die übrigen Beteiligten) eine Güterabwägung vorgenommen, die zwar objektiv rechtlich falsch war, sich, zumal als Beratungsergebnis, jedoch nicht als willkürlich darstellt, da derartige Abwägungen letztlich dem Strafverfahrensrecht immanent und sachfremde Erwägungen nicht erkennbar sind, von einem bewusst willkürlichen Verhalten wird man daher nicht ausgehen können.

StGB § 153

Steht ein Zeuge bei seiner Falschaussage unter immenssem Druck, eignet sich das Verfahren zur Einstellung nach § 153 StPO (Red).

StA Osnabrück, Entscheidung v. 19.2.2013 – NZS 123 Js 9111/12

Das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten W habe ich mit Zustimmung des Gerichts nach § 153 StPO eingestellt, da die etwaige Schuld als gering anzusehen wäre und auch das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung es nicht gebietet, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.

Zu berücksichtigen war, dass der Beschuldigte in der Hauptverhandlung unter immenssem Druck stand, da aus seiner Sicht von seiner Aussage das Gelingen des Ermittlungsverfahrens 103 Js abhing. Zudem hätte sich der Beschuldigte nach hiesiger Rechtsauffassung selbst dann einer uneidlichen Falschaussage schuldig gemacht, wenn er sich an die von der Staatsanwaltschaft vertretene Rechtsauffassung gehalten und nur auf Nachfrage die Wahrheit gesagt hätte.

Da der Beschuldigte auch strafrechtlich noch nicht in Erscheinung getreten ist, war eine Einstellung nach § 153 StPO ausnahmsweise vertretbar.

Wir haben uns entschlossen, zu diesen letzten drei Entscheidungen zwei Anmerkungen abzudrucken.

Oberstaatsanwalt R aus Oldenburg ist wirklich nicht zu beneiden. Eigentlich wollte er ja nur helfen und nun erntet er zumindest Spott und Hohn:

Auf einer Autobahnraststätte in seinem Zuständigkeitsbereich wird bei einer Kontrolle ein Fahrer mit 2,7 Kilogramm Kokain aufgegriffen. Er vermutet Zusammenhänge, ist vielleicht sogar ein wenig neugierig und erfährt von der mit Verden zusammen betriebenen GER, dass sein Beschuldigter Mitglied einer im Fokus der Verdener Ermittler stehenden Bande ist und bei einer legendierten Kontrolle aufgefliegen ist. Die Verdener Staatsanwälte befürchten eine Gefährdung ihres Ermittlungserfolgs und bitten, die Sache staatsanwaltlich so zu behandeln, wie sie unserem Oberstaatsanwalt R (vor seinen

Nachforschungen) zunächst erschienen ist. Er soll also die legendierte Kontrolle weglassen und auch keine Bandenanklage erheben, obwohl er mittlerweile weiß, dass insoweit hinreichender Tatverdacht besteht. Um das „große Ganze“ nicht zu gefährden, erfüllt er die Wünsche der Verdener Ermittler. Für die Hauptverhandlung wird mit dem bei der Kontrolle an der Raststätte anwesenden Zollbeamten W gesprochen und ihm anscheinend unter Dispens vom Vollständigkeitsgebot aufgegeben, jedenfalls nicht zu lügen, was er dann prompt in der Hauptverhandlung doch tut. Allerdings ohne einschneidende Folgen, denn sein Ermittlungsverfahren wird gemäß § 153 – ohne a – StPO mit Zustimmung des für W zuständigen Gerichts eingestellt; er habe sich in einer notstandsähnlichen Situation befunden. Rauschgiftkammer und Sitzungsvertreter der StA wissen von nichts. Der Angeklagte wird wegen Besitz und Beihilfe zum Handeltreiben zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten verurteilt, nicht ungünstig für jemanden, der nach der Vorstellung des Gesetzgebers eigentlich mindestens fünf Jahre verwirkt hätte.

Die ermittelnde Osnabrücker Oberstaatsanwältin sieht den beschuldigten Kollegen R mit Recht grundsätzlich als tauglichen Täter einer Rechtsbeugung an, wenn er dem Gericht mit der Anklage einen falschen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet. Die Handlung ist übrigens mit der Einreichung der Anklage bereits vollendet. Nun weiß jedes Kind, dass Rechtsbeugung ein Verbrechen ist, das mit einem Jahr Mindeststrafe sanktioniert wird. Diese äußerliche Strenge des Gesetzes ist in der Rechtsanwendung zugleich ihr weicher Kern, denn wer objektiv und subjektiv diesen Tatbestand verwirklicht, ist in der Regel seinen Richter- bzw. Beamtenposten los. Das bedeutet, dass die harte Konsequenz des Gesetzes die juristische Phantasie der Gerichte und Staatsanwälte (wir reden hier nicht vom DDR-Justizunrecht) mobilisiert, diese einschneidende Folge zu vermeiden. Dieser Rettungsreflex ist auch in der vorliegenden Entscheidung präsent. Allerdings bedient sich die Einstellungsverfügung eines Arguments, das weder rechtlich tragfähig noch für den beschuldigten Oberstaatsanwalt R wirklich schmeichelhaft ist: Er soll nämlich einfach nicht gewusst haben, dass er keine unvollständige, teilweise unwahre Anklage erheben und das Gericht und den Angeklagten mit seinen Verteidigern im Unklaren halten durfte über das was tatsächlich geschehen war und was er tatsächlich wusste. Also ein Ignorant. Die Darlegung darüber, wie das juristische Bewusstsein des Oberstaatsanwalts R nun en détail aussieht, ist außerordentlich dürftig. Man erfährt nicht einmal, ob er selbst diese Behauptung zu seiner Verteidigung vorgebracht hat für ein Verhalten, das die Generalstaatsanwaltschaft „rechtlich in grobem Maße fehlerhaft“ nennt. Ich will gar nicht darüber spekulieren, wie man in Oldenburg Staatsanwalt oder nach Bewährung Oberstaatsanwalt werden kann, wenn man nicht einmal die Grundzüge des Legalitätsprinzips kennt. Ich meine eher, dass die Annahme der Verfügungsverfasserin, er habe das Illegale seines Tuns nicht gekannt, auch brand-

gefährlich für Oberstaatsanwalt R ist. Denn die Rechtsbeugung kann auch mit bedingtem Vorsatz begangen werden. Jemand, der mangels Kenntnis der Grundprinzipien seines beruflichen Handelns ständig unbekümmert drauflos entscheidet, muss es für möglich halten, dass durch sein Handeln das Gesetz massiv – und nicht mehr nur im Entferntesten vertretbar – verletzt wird. Außerdem wird angesichts derart grundlegenden Unwissens auch wieder das Interesse stärker, einen solchen Berufsträger nicht mehr in den eigenen Reihen zu halten.

Das Bemerkenswerte an diesem gewiss nicht singulären Vorgang – die Generalstaatsanwaltschaft weist auf die ständig geübte Praxis des Nichteinbringens von Hintergrunderkenntnissen in Btm-Großverfahren hin – ist die Bereitschaft relativ hoher Amtsträger, sich einerseits für einen gewünschten Ermittlungserfolg doch ziemlich plump über Recht und Gesetz hinwegzusetzen, Hilfsbeamte in diese Machenschaften einzubeziehen und andererseits behördenintern dafür zu sorgen, dass zumindest Angst vor strafrechtlichen Sanktionen kein Motiv darstellt, das nächste Mal nicht wieder genauso zu verfahren. Da bittet ein Verdener Oberstaatsanwalt einen ranggleichen Oldenburger Kollegen um einen objektiven Akt der Rechtsbeugung. Da wird einem beamteten Zeugen dieser Rechtsdiener ernsthaft aufgegeben, in der Hauptverhandlung, wenn es irgend geht, nicht vollständig auszusagen, und dann die doch recht scheinheilige Empfehlung erteilt, nicht zu lügen. Konsequenzen für die beteiligten Staatsdiener: Keine. Ob der BGH solche Machenschaften je zu Gesicht bekommt, um hoffentlich mit (verbalem) Feuer und Schwert dazwischenzufahren: sehr ungewiss.

Damit wird aber eines deutlich, nämlich dass mit Rechtsbeugungsanzeigen die zunehmende Tendenz, Halb- und Unwahrheiten enthaltende, sauber portionierte und leicht abzuarbeitende (vornehmlich Rauschgift-) Anklagen einzureichen, nicht hinreichend zu steuern ist. Wenn es für Rechtsbeugung geringere Strafen gäbe, die weniger selbstverständlich im Falle des Schuldspruchs den Verlust der beruflichen Stellung nach sich zögen, wenn es in den Strafverfolgungsapparaten mehr mutige Krähen gäbe, die ihren Artgenossen auch mal ein Auge aushacken würden, wenn zudem die Obergerichte in solchen Fällen von der Möglichkeit der Annahme von Verfahrenshindernissen wegen groben rechtsstaatswidrigen Fehlverhaltens der Ermittlungsbehörden Gebrauch machen würden, wäre vielleicht dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten. Vielleicht.

Rechtsanwalt Nicolas Becker, Berlin

Die Überlegung des Oberstaatsanwalts, die Allgemeinheit ausgerechnet durch eine „etwas zu milde“ Bestrafung eines Einzelnen schützen zu müssen, mag auf den ersten Blick zumal aus Verteidigersicht ganz belustigend sein. Dabei ist der Gedanke als solcher so abwegig nun auch wieder nicht, wie ein Blick auf die Kronzeugenregelungen der § 31 BtMG

und § 46b StGB zeigt. Danach wird dem einzelnen Straftäter – im Gegenzug für seine Aufklärungshilfe – eine mildere Strafe gewährt, weil man sich davon erhofft, im Interesse der Allgemeinheit weitere Straftaten aufklären oder verhindern zu können. Ob diese Hoffnung berechtigt ist, sei dahingestellt.¹ Es kommt auch nicht entscheidend darauf an, dass der Angeklagte hier in den Genuss einer milderen bzw. zu milden Strafe gekommen ist,² ohne im Gegensatz zu einem Kronzeugen etwas zur Aufklärung oder Prävention weiterer Straftaten beigetragen zu haben. Es ist mit der *gesetzlichen* Konzeption und *richterlichen* Anwendung solch vertyppter Strafmilderungsgründe in keiner Weise zu vergleichen, wenn ein Staatsanwalt eigenmächtig die „Entscheidung (trifft), dass eine insgesamt etwas zu milde Bestrafung des Beschuldigten (...) zum Schutze der Allgemeinheit vor dem weiteren Kokainhandel der restlichen Bandenmitglieder zurückstehen müsse“³ – und infolgedessen den Beschuldigten gar nicht erst wegen des mit einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren bedrohten bandenmäßigen Handels mit Betäubungsmitteln nach § 30a BtMG, sondern nur wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG mit einer Mindeststrafe von nur einem Jahr Freiheitsstrafe anklagt.

Auch wenn eine Strafe infolge der Kronzeugenregelung am Ende milder ausfällt, als dies ohne die Aufklärungs- und Präventionshilfe eines Angeklagten der Fall wäre, zu milde wird sie dadurch aber gerade nicht. Dem Konstrukt liegt ja der Gedanke zugrunde, dass sich die Mithilfe des Angeklagten mildernd auf seine Schuld auswirkt. Der in der Verfassung verankerte und selbst für den Gesetzgeber, erst recht für Gericht und Staatsanwaltschaft indisponible Schuldgrundsatz wird also nicht angetastet. Die Entscheidung über die Zumesung der konkreten, ggf. nach § 46b StGB oder § 31 BtMG einem milderen Rahmen zu entnehmende Strafe bleibt kraft verfassungsrechtlichen Auftrags gem. Art. 92 GG nach wie vor einzig und allein dem Gericht vorbehalten.⁴ Einem Staatsanwalt hingegen wird es auch und gerade durch das „gemeine Wohl“ nicht erlaubt, dass er bei der Entschließung über die Anklageerhebung seiner eigenen Rechtsüberzeugung folgt⁵ oder seine Entscheidung von den Folgen her funktionalisiert.⁶ Ganz im Gegenteil macht der (Qualifikations-) Tatbestand des § 258a StGB überdeutlich, dass die Allgemeinheit vor und nicht etwa durch Vereitelung des Strafanspruchs zu schützen ist. Schließlich handelt es sich dabei um nichts anders als das strafbewehrte Verbot, den prozessualen Legalitätsgrundsatz zu verletzen. Und dieser in § 152 Abs. 2 StPO normierte Legalitätsgrundsatz weist den Staatsanwalt nun einmal an, ohne Wenn und Aber *alle* Straftaten zu verfolgen, sofern nicht *gesetzlich* ein anderes bestimmt ist. Er dient damit nicht „nur“ als Ausgleich zum Anklagemonopol.⁷ Vielmehr zielt der Legalitätsgrundsatz unmittelbar auf die Gewährleistung der Strafrechtspflege, indem er garantiert, dass Gerechtigkeit und Willkürfreiheit ohne Ansehen der Person eingehalten werden.⁸ Für eine Abwägung zwischen dem bloßen Strafverfol-

gungsinteresse gegenüber mutmaßlichen Bandenmitgliedern und dem konkreten staatlichen Strafverfolgungsanspruch gegenüber einem Angeklagten bleibt daher kein Raum.

Dass dies einem Staatsanwalt nicht bekannt sein könnte, ist schlechterdings unvorstellbar. Ob es hingegen diesem Oberstaatsanwalt in der konkreten Situation tatsächlich auch bewusst war, stünde indes tatsächlich auf einem anderen Blatt. Wobei es wiederum noch eine ganz andere Frage wäre, ob ein solch fehlendes Bewusstsein bereits den objektiven oder erst den subjektiven Tatbestand der Rechtsbeugung entfallen oder nur einen Verbotsirrtum annehmen lässt. Doch um all dies geht es hier überhaupt nicht. Denn die mit den Ermittlungen wegen des Verdachts der Rechtsbeugung betraute Oberstaatsanwältin hat das Verfahren ja nicht deshalb eingestellt, weil ihrem Kollegen die tiefere Bedeutung des Legalitätsgrundsatzes nicht bewusst gewesen sei. Vielmehr hat sie die Rechtsbeugung, auf welcher Ebene des Unrechtsaufbaus auch immer, verneint, weil dem Oberstaatsanwalt nicht bewusst gewesen sei, dass das Erheben einer unvollständigen Anklage rechtlich zu beanstanden ist. Das ist im doppelten Wortsinn unglaublich. Nur: Es wäre auch nicht besser, wenn es stimmte. Denn nur wenn ein Staatsanwalt das Legalitätsprinzip vorsätzlich verletzt, kann (und muss) er dafür zur Verantwortung gezogen werden. – Wenn er sich hingegen seiner Pflichten und folglich auch deren Verletzung angeblich oder tatsächlich nicht einmal bewusst ist, ist dies buchstäblich klaglos hinzunehmen. Der Weg ins Klageerzwingungsverfahren ist gegen die Einstellungsverfügung jedenfalls nicht eröffnet. Es fehlt schon an einem antragsbefugten Verletzten i.S. des § 172 StPO. Bei Rechtspflegedelikten sind dies nämlich nur diejenigen Verfahrensbeteiligten, zu deren Nachteil die Tat begangen wurde.⁹ Weil sich die falsche Anklage aber gerade zugunsten und nicht zuungunsten des Angeklagten ausgewirkt hat, scheidet der als Antragsberechtigter aus. Und die Allgemeinheit ist generell keine Verfahrensbeteiligte. – Mit der Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs zur Wahrung des öffentlichen Interesses ist die Staatsanwaltschaft betraut.

¹ Kritisch König, NJW 2009, 2481.

² Ob der Angeklagte bei Kenntnis der wahren Hintergründe seiner Festnahme sein Wissen offenbart und eine Strafmilderungsmöglichkeit nach § 31 BtMG bestanden hätte, ist unerheblich. Zwar ist unter dieser Prämisse wegen der Strafrahmenverschiebungen nicht auszuschließen, dass das Gericht ihn zu einer kürzeren Freiheitsstrafe verurteilt hätte. Doch dann hätte sich allenfalls die Nichtanwendung von § 31 BtMG durch das Gericht, nicht aber die verfälschte Sachverhaltsdarstellung des Staatsanwalts zuungunsten des Angeklagten ausgewirkt.

³ So wörtlich in der dienstlichen Stellungnahme des Oberstaatsanwalts, s.o. S. 435.

⁴ BVerfG StraFo 2013, 153.

⁵ BGHSt 15, 155, 159.

⁶ Hassemer, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 67.

⁷ BGHSt 15, 155 (159).

⁸ BVerfGE 20, 162 (222) = NJW 1966, 1603 (1615); NSiZ 1982, 430 („Aktualisierung des Willkürverbots“); Meyer-Göbner, § 152 Rn 2.

⁹ Brandenburgisches OLG 1 Ws 179/09, Beschluss vom 16.11.2009.

Da die Staatsanwaltschaft gem. § 147 GVG der Dienstaufsicht unterliegt, wird letzten Endes auch die Generalstaatsanwaltschaft Oldenburg mit der Sache befasst. Die stellt nun endlich fest, was ohnehin offenkundig ist, dass nämlich „eine Anklageerhebung, die sich bewusst auf einen nicht zutreffenden Sachverhalt stützt, rechtlich in grobem Maße fehlerhaft (ist)“ und dies auch dann gilt, „wenn sich die Sachverhaltsverfälschung letztlich zugunsten des Angeklagten auswirkt“. Doch obwohl oder vielleicht vielmehr gerade weil die Konsequenz, den Rechtsbeugungstatbestand zu bejahen, nunmehr unausweichlich scheint, flüchtet die Generalstaatsanwaltschaft in den Konjunktiv und räumt lediglich ein, dass damit der Tatbestand der Rechtsbeugung objektiv erfüllt „wäre“. Den Rechtsbeugungsvorsatz hingegen verneint sie leichthin mit dem Hinweis, dass dieser „einschränkend auszulegen“ sei und der Täter „gerade im Bewusstsein des elementaren Rechtsbruchs“ handeln müsse. Dabei hat schon das Reichsgericht festgestellt, dass „es genügt, wenn der Täter bei der Leitung des Verfahrens das Recht in dem Bewußtsein verletzt, daß dadurch die Rechtsstellung der Partei verbessert oder verschlechtert wird, und es belanglos (ist,) ob der Täter das im Bewußtsein oder gar in der Absicht tut, eine nach seiner Meinung richtige oder unrichtige Entscheidung herbeizuführen und ob durch die bei der Leitung begangene Rechtsbeugung tatsächlich eine richtige oder falsche Entscheidung verursacht wird.“¹⁰ Dem ist schließlich auch der Bundesgerichtshof gefolgt.¹¹ Doch die Generalstaatsanwaltschaft spricht dem Oberstaatsanwalt solch ein Bewusstsein ab. Mit seiner (dienstlichen) Erklärung, er habe eine „Entscheidung“ getroffen, ist das freilich nicht zu vereinbaren, setzt doch das Treffen einer Entscheidung zwingend Bewusstsein voraus. Fraglich wäre allenfalls, ob und welcher Art von Irrtum der Oberstaatsanwalt womöglich erlegen ist und vor allem, inwieweit dies überhaupt relevant sein bzw. die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO rechtfertigen könnte.¹² – Für den Verbotsirrtum jedenfalls hat der Bundesgerichtshof die Unvermeidbarkeit angesichts der Schwere von Rechtsverstößen, welche für die Tatbestands-erfüllung vorausgesetzt werden, faktisch ausgeschlossen.¹³ Letzten Endes gründet die Entscheidung der Generalstaatsanwaltschaft jedoch auf einem anderen materiell-strafrechtlichen Argument. Die Generalstaatsanwaltschaft legt nämlich die fast schon als geständige Einlassung einzustufende Erklärung des Oberstaatsanwalts, die Entscheidung für eine etwas zu milde Bestrafung des Beschuldigten getroffen zu haben, als bloßen Eventualvorsatz aus und stellt klar: „Gemeint sein dürfte, dass die etwas zu milde Bestrafung in Kauf genommen werden müsse.“ Wenn das tatsächlich zuträfe, ließe sich nichts dagegen einwenden, dass die Generalstaatsanwaltschaft „keinen Anlass gefunden“ hat, die Einstellungsentscheidung zu beanstanden.¹⁴ Dies nicht etwa, weil der Rechtsbeugungstatbestand gem. § 339 StGB einen entsprechenden bedingten Vorsatz nicht ausreichen lassen würde. Immerhin hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des damaligen § 336 StGB a.F. 1974¹⁵ eine entsprechende Einschränkung auf den

direkten Vorsatz nach langen Diskussionen ausdrücklich abgelehnt, obwohl sie im damaligen Gesetzentwurf noch enthalten war.¹⁶ Maßgebend ist, dass unter der Prämisse, dass der Oberstaatsanwalt die Besserstellung des Angeklagten tatsächlich nur in Kauf genommen hätte, er keine Strafvereitelung im Amt gem. §§ 258, 258a StGB begangen hätte. Denn im Gegensatz zu § 339 StGB verlangen die §§ 258, 258a StGB im Hinblick auf die Besserstellung des Betroffenen sehr wohl direkten Vorsatz. Diese erhöhten Anforderungen an den Strafvereitelungsvorsatz wirken sich im Ergebnis auch auf die Auslegung des Rechtsbeugungsvorsatzes aus. Die Verneinung des Strafvereitelungsvorsatzes führt zu einer Ablehnung auch des Rechtsbeugungsvorsatzes.

Normalerweise ist es zwar genau umgekehrt, und die Rechtsbeugung bzw. deren Verneinung entfaltet gegenüber anderen Straftatbeständen eine sog. Sperrwirkung. Danach können Amtsträger wegen ihres Verhaltens bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache nur dann nach anderen Vorschriften als § 339 StGB bestraft werden, wenn zugleich auch dessen Voraussetzungen vorliegen.¹⁷ Die Besonderheiten ergeben sich aber aus dem Verhältnis der Rechtsbeugung und Strafvereitelung zueinander. Besteht nämlich wie hier zwischen beidem Tateinheit, würde die Sperrwirkung des § 339 StGB unterlaufen, wenn man für die Rechtsbeugung eine schwächere Vorsatzform genügen ließe als für die Strafvereitelung. Zum anderen und vor allem aber hängt die Frage, ob denn überhaupt und welches Recht gebeugt wurde, jedenfalls in dieser Konstellation gerade davon ab, ob eine Strafvereitelung im Amt vorliegt. Der Gesetzgeber hat mit § 258a StGB eine klare Entscheidung darüber getroffen, unter welchen Voraussetzungen er einen Verstoß gegen das durch den Legalitätsgrundsatz aktualisierte Willkürverbot für strafwürdig hält. Daraus folgt für die Fälle, in denen zwischen § 339 StGB und §§ 258, 258a StGB Tateinheit vorliegt, zwingend, dass eine Rechtsbeugung nur vorliegt, wenn der Täter im Hinblick auf die Besserstellung des Begünstigten mit direktem Vorsatz gehandelt hat.

Gleichzeitig heißt das im Umkehrschluss aber auch, dass sich der Rechtsbeugungsvorsatz nicht verneinen lässt, wenn der Täter mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugleich eine Strafvereitelung im Amt begangen hat. So liegt es ganz offenkundig auch hier. Der Oberstaatsanwalt hat die

¹⁰ RGSt 57, 31 (33).

¹¹ BGH NJW 1960, 263. Weiterführend zum Rechtsbeugungsvorsatz in der Rechtsprechung *Lehmann*, NSiZ 2006, 127.

¹² Zu den damit angesprochenen Abgrenzungsfragen zwischen Tatbestands-, Subsumtions- und Verbotsirrtum vgl. *LK-Hilgendorf*, § 339 Rn 97, 111 ff.; *MüKo-Uebele*, § 339 Rn 65; *Spendel*, GS-Radbruch, S. 312 (315 ff.).

¹³ BGHSt 41, 247 = StV 1996, 34.

¹⁴ GenStA Oldenburg, Bescheid vom 4.7.2013, NZS 500 Zs 275/13.

¹⁵ EGStGB 1974, BGBI I, 469.

¹⁶ *Stein/Rudolphi*, SK-StGB, § 339 Rn 1; *Hupe*, Der Rechtsbeugungsvorsatz 1995, S. 38.

¹⁷ OLG Karlsruhe NSiZ-RR 2005, 12 (13) speziell zum Verhältnis von § 339 StGB und § 258a StGB.

Anklage nicht wegen bandenmäßiger Begehung der Tat erhoben, sondern „traf die Entscheidung“ für die etwas zu milde Bestrafung. Noch deutlicher hätte er kaum ausdrücken können, dass er die Besserstellung des Angeklagten – wenn auch nur als notwendiges Zwischenziel für das Erreichen seines eigentlichen Beweggrundes, die Ermittlungen gegen die übrigen Bandenmitglieder nicht aufzudecken – erstrebt,¹⁸ zumindest aber als sichere Folge seines Handelns vorausgesehen hat.¹⁹ Trotzdem ist natürlich nicht von vornherein auszuschließen, dass der Oberstaatsanwalt dies anders gemeint hat, gerade dann nicht, wenn man annimmt, dass er sich subjektiv tatsächlich in einer Zwangslage befunden und deshalb das aus seiner Sicht kleinere Übel gleichsam notgedrungen „in Kauf genommen“ hat. Doch um derlei festzustellen, hätte der Mann dazu befragt werden müssen. Dies zu unterlassen und die rechtliche Bewertung erst (auf Seiten der Staatsanwaltschaft) überhaupt nicht vorzunehmen und dann (auf Seiten der Generalstaatsanwaltschaft) lediglich auf eine bloße Hypothese zu stützen, lässt die Allgemeinheit, zu deren angeblichem Schutz das ganze Drama aufgeführt wurde, endgültig als Verlierer dastehen.

Rechtsanwältin Dr. Claudia Keiser, Hannover

¹⁸ BGHSt 4, 107 (109) für § 257 StGB a.F.

¹⁹ Fischer, § 258 Rn. 33.

BtMG §§ 29a ff.

Täterschaftlicher Besitz von nicht geringen Mengen steht in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben in nicht geringer Menge und kann an sich selbstständige Fälle der Beihilfe zum Handeltreiben in nicht geringer Menge zur Tateinheit verklammern (Red).

BGH, Beschl. v. 16.7.2013 – 4 StR 144/13 (LG Münster)

... Die Revisionen der Angekl haben mit der Sachrüge Erfolg. I. ... Im November 2010 beauftragte ... K den Angekl F, ... einen Pkw VW Polo von einem Ikea-Parkplatz zur Wohnung des F zu fahren und den Inhalt des Kofferraums dort zu deponieren ... F deponierte das Marihuana gemäß ... Absprache mit seinem Halbbruder, dem Angekl T, in dessen Zimmer im selben Haus, zu dem beide Angekl ständig Zugang hatten ... Am selben Tag holte der Angekl F im Auftrag des K ... zwei Reisetaschen mit ... zehn Kilogramm Marihuana ... von dem Ikea-Parkplatz und deponierte sie nach Absprache mit dem Angekl T wiederum in dessen Zimmer. Die Taschen enthielten außerdem zwei Haschischplatten, die ... F herausnahm und gesondert im Zimmer des Angekl T lagerte ...

Am 6.12.2010 übernahm der Angekl F im Auftrag des K ... auf dem Ikea-Parkplatz erneut zwei Taschen mit ... sechs Kilogramm Marihuana ... und deponierte sie nach Absprache mit dem Angekl T in dessen Zimmer ...

Am 13.12.2010 fuhr der Angekl F gemeinsam mit K zu dem Ikea-Parkplatz und übernahm zwei Taschen mit insgesamt zwölf Kilogramm Marihuana ... Auf der Fahrt zu seinem Haus ... wurde er von Polizeibeamten angehalten und festgenommen. Die Betäubungsmittel wurden sichergestellt ...

Der Angekl T gab von den bei ihm gelagerten Betäubungsmitteln mindestens viermal etwas an Kuriere des K heraus. Wann genau welche Mengen ... herausgegeben wurden, konnte nicht festgestellt werden. Im Zimmer des Angekl T wurden bei einer Durchsuchung im Rahmen des Ermittlungsverfahrens u.a. 73,7 g Marihuana und 467,89 g cannabishaltiges Material sowie zwei Haschischplatten sichergestellt.

II. Die Revisionen der Angekl haben Erfolg, weil die Annahme von vier selbstständigen Taten einer rechtlichen Prüfung nicht standhält.

1. Nach ständiger Rechtsprechung verwirklicht der gleichzeitige Besitz verschiedenartiger Betäubungsmittel den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH, Ur. v. 1.8.1978 – 1 StR 173/78; Beschl. v. 19.8.1982 – 1 StR 87/82, StV 1982, 525; Ur. v. 8.4.1997 – 1 StR 65/97, NStZ-RR 1997, 227; Ur. v. 11.12.2003 – 3 StR 375/03, NStZ-RR 2004, 146, 148; Beschl. v. 12.10.2004 – 4 StR 358/04, NStZ 2005, 228). Gegenüber dem täterschaftlich begangenen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tritt er zurück (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 17.5.1996 – 3 StR 631/95, BGHSt 42, 162, 165 f.; Beschl. v. 2.10.2008 – 3 StR 352/08, NStZ-RR 2009, 58). Er hat deshalb mangels Wertgleichheit nicht die Kraft, selbstständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden (vgl. BGH, Beschl. v. 17.5.1996 – 3 StR 631/95, BGHSt 42, 162, 166; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn 1380). Beim Zusammentreffen von täterschaftlichem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge behält der Besitz aber einen eigenen Unrechtsgehalt und tritt nicht zurück, es besteht vielmehr Tateinheit (st. Rspr.; u.a. BGH, Beschl. v. 2.10.2008 – 3 StR 352/08, NStZ-RR 2009, 58; Weber, a.a.O., Rn 1373 m.w.N.). Der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln hat in diesen Fällen demgemäß auch die Kraft, an sich selbstständige Fälle der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Tateinheit zu verklammern.

2. Die Feststellungen lassen besorgen, dass die Angekl eine tatsächliche Verfügungsgewalt zumindest zeitweise gleichzeitig über Betäubungsmittel aus mehr als nur einer der festgestellten Taten ausgeübt haben. Es erscheint naheliegend, dass jedenfalls die ... am selben Tag übernommenen Betäubungsmittel gleichzeitig aufbewahrt wurden und dass es sich bei den beiden beim Angekl T sichergestellten Haschischplatten um diejenigen aus Fall 2 der Urteilsgründe gehandelt hat.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Andreas Hüttl, Hannover