

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH StB 12/96, Beschluss v. 28.11.1996, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH StB 12/96 - Beschluß vom 28. November 1996 (OLG Düsseldorf)**

**BGHSt 42, 324; Strafzumessung beim Straftatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit (verfassungsrechtlicher Strafmilderungsgrund für MfS-Agenten, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tätig waren); Wiederaufnahme des Verfahrens analog § 79 Abs. 1 BVerfGG.**

**Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 79 Abs. 1 BVerfGG; § 359 StPO; § 363 StPO; § 99 StGB**

Leitsatz

Konnte der besondere verfassungsrechtliche Strafmilderungsgrund, welchen das Bundesverfassungsgericht durch Beschluß vom 15. Mai 1995 (BVerfG 92, 277) für MfS-Agenten entwickelt hat, die nach § 99 StGB strafbare Handlungen auch auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begangen haben, im rechtskräftigen Strafurteil noch nicht berücksichtigt werden, so ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens analog § 79 Abs. 1 BVerfGG nur in den seltenen Fällen möglich, in denen der Tatrichter diesen Strafmilderungsgrund auch der Sache nach entweder überhaupt nicht berücksichtigt oder in seiner generellen Tragweite grundsätzlich verkannt hat (im Anschluß an Senatsbeschluß vom 28. November 1996 - StB 13/96). (BGHSt)

Entscheidungstenor

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. März 1996 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

I.

Der Beschwerdeführer ist durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf am 25. Juni 1992 wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit (§ 99 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Seine Revision hat der Bundesgerichtshof mit Beschluß vom 1. Dezember 1993 verworfen. 1

1. Der Verurteilung lag im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: 2

Der Beschwerdeführer wurde in der DDR geboren und lebte ununterbrochen bis zur deutschen Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 in deren Gebiet. Als Angehöriger der Nationalen Volksarmee (NVA) wurde er im Jahre 1960 in den militärischen Nachrichtendienst, die Verwaltung Aufklärung, übernommen, wo er nach mehreren Beförderungen bis zu seiner Entlassung aus der NVA am 30. September 1990 verblieb. Von 1967 bis Anfang April 1990 war er Führungsoffizier des durch dasselbe Urteil zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilten Mitangeklagten S., der zwar in der DDR geboren ist, aber Mitte der fünfziger Jahre mit seiner Mutter in die Bundesrepublik Deutschland übersiedelte; S. trat später im Auftrag der NVA in den technischen Verwaltungsdienst der Bundeswehr ein und verriet wichtige rüstungstechnische Daten bis zum Grade geheimer Verschlusssachen. Führungstreffen unter Beteiligung des Beschwerdeführers fanden auch außerhalb der DDR statt, nämlich in Budapest, Salzburg, Klagenfurt, Basel, St. Gallen und Luzern, aber auch in Nantes, Amsterdam und Eindhoven und zuletzt am 17. Februar 1990 in Köln. Noch anlässlich dieses Treffens wurde von S. Verratsmaterial übergeben; zudem erklärte er sich gegenüber dem Beschwerdeführer bereit, für den Fall, daß die politische Entwicklung dies zulasse, weiter für die DDR nachrichtendienstlich zu arbeiten. 3

2. Am 29. November 1995 hat der Beschwerdeführer beim Oberlandesgericht Düsseldorf beantragt, die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen das Urteil vom 25. Juni 1992 zuzulassen und "ihn freizusprechen". Er hat seinen Wiederaufnahmeantrag auf § 79 Abs. 1 BVerfGG in Verbindung mit dem Beschluß des 4

Bundesverfassungsgerichts vom 15. Mai 1995 - BvL 19/91 (BVerfGE 92, 277 = NJW 1995, 1811) gestützt und im wesentlichen geltend gemacht, das mit dieser Entscheidung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung der Strafbarkeit und Verfolgbarkeit früherer Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit (MfS) und des militärischen Nachrichtendienstes der DDR nach der Vereinigung Deutschlands wegen ihrer zuvor gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Spionagetätigkeit entwickelte Verfolgungshindernis von Verfassungs wegen habe auch dem gegen ihn geführten Strafverfahren von Beginn an entgegengestanden.

Durch Beschluß vom 15. März 1996 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf den Wiederaufnahmeantrag im wesentlichen mit folgender Begründung als unzulässig verworfen: Ein Wiederaufnahmegrund gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG liege schon deshalb nicht vor, weil das Bundesverfassungsgericht nicht die Verfassungswidrigkeit einer Norm oder deren Auslegung, sondern auf die Verfassungsbeschwerden zweier Verurteilter hin grundgesetzwidrige, individuelle Rechtsanwendungsfehler der jeweiligen Fachgerichte festgestellt habe, die allerdings in der Praxis mehrfach aufgetreten seien. Solche Fälle wolle die eng auszulegende Wiederaufnahmevorschrift des § 79 Abs. 1 BVerfGG nicht erfassen, da sie lediglich das Vertrauen in die Gültigkeit von Strafgesetzen schütze. Verfassungswidrige Rechtsanwendungsfehler könnten nur mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Überdies greife § 79 Abs. 1 BVerfGG auch deshalb nicht ein, weil diese Vorschrift nur die Verfassungswidrigkeit materiell-rechtlicher Normen erfasse, während das Bundesverfassungsgericht ein Strafverfolgungshindernis rein strafprozessualen Charakters entwickelt habe, welches den staatlichen Strafanspruch nicht beseitige. 5

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde, die er damit begründet, die Strafverfolgung der gemäß §§ 94, 99 StGB verurteilten ehemaligen DDR-Bürger sei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von Anfang an, d.h. materiell-rechtlich unzulässig gewesen. Mit dem Verbot weiterer Strafverfolgung sei im Interesse der materiellen Gerechtigkeit und Gleichbehandlung die Notwendigkeit verbunden, den bereits verurteilten DDR-Agenten den Makel der sozialetischen Verwerflichkeit ihres Handelns zu nehmen, der den noch nicht Verurteilten von Verfassungs wegen erspart bliebe. 6

## II.

Die gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG, § 372 StPO statthafte und in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde ist unbegründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Oberlandesgericht den Wiederaufnahmeantrag als unzulässig (§ 368 Abs. 1 StPO) verworfen. Allerdings scheidet der Antrag nicht schon an einer generellen Unanwendbarkeit des § 79 Abs. 1 BVerfGG auf Fälle der vorliegenden Art, sondern an den nach § 79 Abs. 1 BVerfGG anzuwendenden Form- und Verfahrensvorschriften der §§ 366, 368 StPO. 7

1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 15. Mai 1995 zur Frage der Strafbarkeit und Verfolgbarkeit ehemaliger DDR-Agenten nach der Wiedervereinigung Deutschlands wegen ihrer zuvor gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Spionagetätigkeiten aus der Verfassung ein Verfolgungshindernis abgeleitet, soweit ehemalige Mitarbeiter des MfS oder des militärischen Nachrichtendienstes der DDR betroffen sind, die nur vom Gebiet der DDR oder vom Boden solcher Staaten aus gehandelt haben, in denen sie vor Strafverfolgung durch die Bundesrepublik Deutschland sicher waren. Der Senat hat in einem weiteren Beschluß vom heutigen Tage - StB 13/96 - deshalb für die Fälle, in denen nach den §§ 94, 99 StGB rechtskräftig verurteilte ehemalige DDR-Bürger, die die vom Bundesverfassungsgericht für die Annahme eines derartigen Verfolgungshindernisses aufgestellten Bedingungen erfüllen, die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens analog § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG anerkannt. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat das Bundesverfassungsgericht nicht lediglich gegen die Verfassung verstoßende individuelle Rechtsanwendungsfehler der einzelnen Fachgerichte aufgedeckt, die dem hiervon Betroffenen zwar den Weg der Verfassungsbeschwerde eröffnet hätten, nicht aber nachträglich die Möglichkeit geben, gegen bereits rechtskräftige Strafurteile die Wiederaufnahme zu beantragen (vgl. hierzu Graßhof NJW 1995, 3085, 3087 ff.; dagegen Angerer/Stumpf NJW 1996, 2216). Denn es hat durch das aus dem grundgesetzlichen Verhältnismäßigkeitsgebot abgeleitete Verfolgungshindernis den Anwendungsbereich der an sich verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Straftatbestände der §§ 94, 99 StGB allgemeinverbindlich - wenn auch beschränkt auf einen bestimmten Täterkreis in einer bestimmten historischen Situation - eingeengt. Aus der Art der Tenorierung der Entscheidung BVerfGE 92, 277 können, entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts, keine gegenteiligen Schlußfolgerungen gezogen werden, da die Tenorierung ersichtlich der Praxis des Bundesverfassungsgerichts in vergleichbaren Fällen entspricht (vgl. Ulsamer in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ Ulsamer/Bethge/Winter BVerfGG § 79 Rdn. 19). 8

2. Auf dieses, die Anwendbarkeit der Spionagestraftatbestände einschränkende Verfolgungshindernis kann sich der Beschwerdeführer jedoch nicht berufen, da er durch die Teilnahme an dem Führungstreff am 17. Februar 1990 in Köln nach § 99 StGB strafbare Handlungen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vorgenommen hat. Er fällt 9

deshalb nicht unter die vom Bundesverfassungsgericht gebildeten ersten zwei Gruppen ehemaliger DDR-Agenten, für die das Verfolgungshindernis ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles gilt, sondern unter die dritte Gruppe, für die es jeweils einer Abwägung der Umstände des Einzelfalles dahingehend bedarf, ob und inwieweit die Verfolgung oder Bestrafung ihrer Taten nach dem Untergang der DDR mit dem Verbot des Übermaßes staatlicher Eingriffe in Einklang steht (vgl. BVerfGE 92, 277, 336 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat das Verfolgungshindernis nicht auf diesen Personenkreis erstreckt, weil die dem Verfolgungshindernis zugrundeliegenden Bedingungen für diese Agenten "so nicht zutreffen" (BVerfGE aaO S. 337); dennoch muß die aus dem verfassungsrechtlichen Verfolgungshindernis ohne weiteres folgende Strafflosigkeit der MfS-Agenten, die lediglich in der DDR oder in für sie sicheren ausländischen Staaten tätig gewesen sind, auch bei den unter die dritte Gruppe fallenden ehemaligen Staatsbürger der DDR "im Rahmen der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung über die weitere Strafverfolgung oder Höhe einer Strafe maßgebliche Berücksichtigung finden" (BVerfGE aaO S. 337). Für diese Tätergruppe gilt danach von Verfassungs wegen ein besonderer Strafmilderungsgrund, der je nach Gewicht im Einzelfall dazu führen kann, daß von einer weiteren Strafverfolgung abgesehen, ein eventuell eingeleitetes Verfahren gemäß §§ 153 ff. StPO eingestellt oder eine an sich verurteilte Strafe herabgesetzt werden muß. Der Umstand, daß es sich hierbei nicht mehr um ein ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles wirksam werdendes Verfolgungshindernis handelt, steht der Möglichkeit, daß sich auch der dritten Tätergruppe zugehörige ehemalige DDR-Agenten auf § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG mit dem Ziel der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens berufen können, nicht notwendigerweise entgegen, wenn das Tatgericht diesen verfassungsrechtlichen Strafmilderungsgrund verkannt hat.

3. Zwar ist bei einem auf die in §§ 359, 362 StPO normierten Wiederaufnahmegründe gestützten Antrag nach § 363 Abs. 1 StPO eine Wiederaufnahme zu dem Zweck, eine andere Strafbemessung aufgrund desselben Strafgesetzes herbeizuführen, nicht zulässig. Im Rahmen der Wiederaufnahmegründe des § 79 Abs. 1 BVerfGG, jedenfalls wenn die Nichtigkeit oder Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz in Betracht kommt, findet § 363 StPO hingegen keine Anwendung, weil § 79 Abs. 1 BVerfGG zum einen nur auf die das Verfahren regelnden Vorschriften der Strafprozeßordnung verweist, zu denen § 363 StPO als eine den Wiederaufnahmegegenstand betreffende Norm nicht zählt, und zum anderen deshalb, weil § 79 Abs. 1 BVerfGG - anders als die Wiederaufnahmegründe der §§ 359, 362 StPO - die tatsächlichen Grundlagen des früheren Urteils nicht berührt, sondern die im früheren Urteil aufgrund einer verfassungswidrigen oder nichtigen Norm vorgenommene rechtliche Bewertung des richtig festgestellten Sachverhaltes betrifft (vgl. BGHSt 18, 339, 343 f.; Gössel in Löwe/Rosenberg 24. Aufl. StPO vor § 359 Rdn. 148; Paulus-KMR StPO vor § 359 Rdn. 21; Schmidt in KK StPO 3. Aufl. vor § 359 Rdn. 21; Ulsamer in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge/Winter BVerfGG § 79 Rdn. 11; Leibholz/Rupprecht BVerfGG § 79 Rdn. 3). Insbesondere gebietet es der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, nichtige oder für verfassungswidrig erklärte Normen auch dort, wo sie sich nur auf den Strafausspruch ausgewirkt haben, im Wege der Wiederaufnahme aus dem Strafurteil zu beseitigen (BGHSt 18, 339, 343 f.). Zu erwägen ist allerdings, ob diese Gründe auch in den Fällen der verfassungskonformen Auslegung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, wie sie von § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG erfaßt ist, maßgebliche Geltung beanspruchen können, da dieselbe Norm, wenn auch mit einer bestimmten inhaltlichen Auslegung, rechtliche Grundlage der Verurteilung bleibt. Der Bestandskraft der rechtskräftigen Entscheidung könnte dann wieder Vorrang vor dem Gebot der richtigen Entscheidung im Einzelfall einzuräumen sein, zumal es auch nicht mehr darum geht, eine nichtige Norm aus dem Urteil zu tilgen und auf diesem Wege einen Verfassungsverstoß des Gesetzgebers wiedergutzumachen (vgl. BGH NSTZ 1992, 391 zu § 85 OWiG und § 79 Abs. 1 BVerfGG).

Der Senat kann jedoch offen lassen, ob es grundsätzlich geboten ist, in den Fällen der verfassungskonformen Auslegung einer Norm auf § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG gestützte Anträge auf Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens entsprechend dem Rechtsgedanken des § 363 StPO als unzulässig zurückzuweisen, wenn sie allein den Zweck einer anderen Strafbemessung verfolgen. Es erscheint erforderlich, die Möglichkeit einer Wiederaufnahme analog § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG für die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannte dritte Tätergruppe mit dem Ziel, eine Einstellung des Verfahrens oder eine wesentlich niedrigere Strafe zu erwirken, grundsätzlich, wenn auch unter engen Voraussetzungen, anzuerkennen. Denn erhebliche Bedeutung kommt der durch die Vereinigung Deutschlands herbeigeführten besonderen Situation der ehemaligen Mitarbeiter des MfS oder des militärischen Nachrichtendienstes der DDR zu, in der diese sich nach dem 3. Oktober 1990 - in der Regel ohne eigenes Zutun - plötzlich wiedergefunden haben. Auch für diejenigen unter ihnen, die auch im Gebiet der Bundesrepublik tätig gewesen waren, hat sich durch die Wiedervereinigung der den Spionagestraftatbeständen eigene Wertungskonflikt zwischen den beiden Rechtsordnungen des ausspähenden und des ausgespähten Staates in der selben Weise als Wertungswiderspruch verwirklicht, wie für die übrigen DDR-Agenten (vgl. BVerfGE 92, 277, 332); auch für diese Personengruppe hat die sie treffende Strafverfolgung Auswirkungen, die ihre Schärfe gerade durch die einmalige staatsrechtliche Situation der Wiedervereinigung gewinnen und deshalb bei der Entscheidung über die weitere Strafverfolgung oder die Höhe einer Strafe maßgeblich Berücksichtigung finden müssen (BVerfGE aaO S. 337).

Ein auf § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG in zulässiger Weise gestützter Wiederaufnahmeantrag erfordert einen Verstoß gegen die in diesen besonderen Fällen gebotenen verfassungsrechtlichen Strafzumessungsmaßstäbe von erheblichem Gewicht; eine Wiederaufnahme entsprechend § 79 Abs. 1 BVerfGG kommt deshalb nur in den seltenen Fällen in Betracht, in denen die Urteilsgründe auch der Sache nach den besonderen verfassungsrechtlichen Strafmilderungsgrund entweder überhaupt nicht berücksichtigen oder aber seine generelle Tragweite grundsätzlich verkannt haben. Geringere Anforderungen an die Zulässigkeit eines solchen Wiederaufnahmeantrages würden zudem auf die Anerkennung bloßer individueller Rechtsanwendungsfehler im Einzelfall als Wiederaufnahmegrund nach § 79 Abs. 1 3. Alt. BVerfGG hinauslaufen, die gerade nicht Gegenstand eines Wiederaufnahmeverfahrens sein können. 12

4. Entsprechend diesen Anforderungen ist gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 366 Abs. 1, 368 Abs. 1 StPO für die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrages zu verlangen, daß der Antragsteller einen derartigen grundsätzlichen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Strafmilderungsgrund schlüssig geltend macht (vgl. Marxen/Tiemann Die Wiederaufnahme in Strafsachen (1993) Rdn. 355). Diesen Anforderungen genügt der Wiederaufnahmeantrag des Beschwerdeführers nicht, weil das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Juni 1992 sich mit dem besonderen, für ehemalige DDR-Agenten, die auch auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tätig geworden sind, aus der Verfassung abzuleitenden Strafmilderungsgrund der Sache nach befaßt und ihn auch in seiner Bedeutung und Tragweite nicht verkannt hat (vgl. UAS. 44). 13