

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A macht seinen Freund B mit C bekannt. B beauftragt C, für 5.000 Euro D zu töten. Um die Verbindung zwischen B und C zu verschleiern, soll A die Kontakte zwischen ihnen vermitteln, was auch mehrfach geschieht. A ist zudem anwesend, als B dem C das Opfer eine Woche vor der Tat zeigt. Ferner leitet A die Mitteilung des C an B weiter, dass der Auftrag erledigt sei, und übergibt C im Auftrag des B einen ersten Teilbetrag. Fest steht, dass A, wenn auch nicht von vornherein, so doch recht bald, nachdem er B mit C bekannt gemacht hatte, von dem Tötungsvorhaben wusste. Dagegen bleibt ungeklärt, ob die von ihm vermittelten Gespräche zwischen B und C tatsächlich der Tatvorbereitung dienten oder einen anderen Inhalt hatten.– Strafbarkeit des A?

## 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Identifizierung des Problems setzt zweierlei strafrechtliches Wissen voraus. Erstens muss man wissen, dass für ein Hilfeleisten gem. § 27 StGB wenn

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde so gekürzt und umgestaltet, dass das im Mittelpunkt dieser Besprechung stehende Problem deutlich sichtbar wird. Dadurch treten die sonstigen vom BGH noch erörterten Aspekte des Falles zurück. Sie betreffen insbesondere die Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen Beihilfe (auch Kettenbeihilfe). Wer sich damit näher beschäftigen möchte, sollte sich unmittelbar an Hand der Entscheidung informieren.

Juni 2004

### Kontaktvermittlungs-Fall

*Beihilfe zum Totschlag / Nichtanzeige einer geplanten Straftat / in dubio pro reo / Bestrafung auf unsicherer Tatsachengrundlage / Wahlfeststellung / normatives Stufenverhältnis / Post- und Präpendenz*

§§ 138 Abs. 1 Nr. 6 ; 212, 27 Abs. 1 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Kann nicht geklärt werden, ob ein Nichtanzeigender auch an der Vortat beteiligt war, so hat jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen.

BGH, Urt. v. 18. März 2004 – 4 StR 533/03; veröffentlicht unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

nicht Kausalität im Hinblick auf die Haupttat, so doch zumindest deren Förderung nötig ist.<sup>2</sup> Zweitens muss gewusst sein, dass Beteiligte an einer Straftat nicht nach § 138 StGB zu deren Anzeige verpflichtet sind.<sup>3</sup> Daraus ergibt sich für unseren Fall ein **Paradoxon**, also ein innerer Widerspruch. Einer Bestrafung des A wegen Beihilfe zum Totschlag steht im Wege, dass nicht sicher ist, ob sein Handeln die Ausführung der Tat gefördert hat. Als Hilfeleistung kommt nur die Gesprächsvermittlung in Betracht;<sup>4</sup> die Gespräche

<sup>2</sup> So jedenfalls die Rechtsprechung, während in der Literatur teilweise Kausalität für erforderlich gehalten wird; vgl. die Wiedergabe des Meinungsstandes bei *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 214 – 220.

<sup>3</sup> Vgl. *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 138 Rn. 20 m. w. N. Das Hauptargument lautet: Der Tatbeteiligte würde sich durch die Anzeige selbst belasten; dazu kann er wegen des Verbots eines Zwanges zur Selbstbelastung (Nemo-tenetur-Grundsatz) nicht verpflichtet sein.

<sup>4</sup> Ohne Auswirkungen auf die Tat des C blieb der Umstand, dass A anwesend war, als B dem C das Opfer zeigte. Auch das Verhalten des A nach der Tat (Weiterleiten der Mel-

zwischen B und C hatten jedoch möglicherweise keinen Tatbezug. Zu seinen Gunsten greift somit der Grundsatz „in dubio pro reo“ ein. Wendet man sich jetzt einer möglichen Strafbarkeit des A wegen Nichtanzeige der geplanten Tötung gem. § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB zu, dann ist wiederum „in dubio pro reo“ zu beachten, nunmehr mit alternativer Tatsachenbewertung: Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gespräche der Tatvorbereitung dienten und A somit Hilfe geleistet hat, kann ihm das Unterlassen einer Anzeige nicht angelastet werden. Der Widerspruch besteht darin, dass A freigesprochen werden muss, obwohl feststeht, dass er sich – in dieser oder in jener Form – strafbar gemacht hat.

Wie lässt sich das Paradoxon auflösen? Die Rechtsprechung hat es bisher in Fällen dieser Art mit der Kategorie der Wahlfeststellung versucht, was aber letztlich am Ergebnis der Straflosigkeit nichts geändert hat.<sup>5</sup> Eine wahlweise Verurteilung scheitert an der Voraussetzung, dass die in Betracht kommenden Straftaten – jedenfalls nach h. M. – **rechtsethisch und psychologisch vergleichbar** sein müssen.<sup>6</sup> Das lässt sich jedoch für die Beihilfe zu einer Straftat und deren Nichtanzeige nicht behaupten. Der Vorwurf, an einer Straftat mitgewirkt zu haben, wiegt ungleich schwerer als der Vorwurf, durch Nichtanzeige einen möglichen Beitrag zum Schutz eines gefährdeten Rechtsguts unterlassen zu haben. Auch greift der Gehilfe die Rechtsordnung intensiver an als der Nichtanzeigende.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall das Landgericht zu einem Freispruch gelangt.

Die Literatur meint, dass die Rechtsprechung die Möglichkeiten, zu einer

Strafbarkeit zu gelangen, nicht ausschöpfe. Zwei Lösungsansätze werden genannt. Die entsprechenden Schlagwörter lauten: normatives Stufenverhältnis sowie Prä- und Postpendenz.

Mit dem Begriff des Stufenverhältnisses ist die Situation gemeint, dass strafrechtliche Verhaltensweisen im Verhältnis von „Mehr“ und „Weniger“ stehen, wie etwa im klassischen Fall die Verwirklichung von Grundtatbestand und Qualifikation.<sup>7</sup> Ist das „Weniger“ gewiss, das „Mehr“ aber zweifelhaft, so kann anerkanntermaßen jedenfalls das „Weniger“ bestraft werden. Ein Stufenverhältnis soll nicht allein, wie beim Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation, aus begrifflich-logischen, sondern auch aus normativen Gründen angenommen werden können. Ein solches **normatives Stufenverhältnis** besteht nach einer Literaturansicht zwischen der Nichtanzeige und der Teilnahme an einer Katalogtat des § 138 StGB.<sup>8</sup> Die Übereinstimmung wird darin gesehen, dass jeweils dasselbe Rechtsgut geschützt werde. Der Unterschied bestehe nur im Handlungsunwert. Die Teilnahme sei das „Mehr“ im Verhältnis zum „Weniger“ der Nichtanzeige. Sei ungewiss, ob der Täter sich beteiligt habe, so könne er jedenfalls aus dem milderen Gesetz, also aus § 138 StGB bestraft werden, weil feststehe, dass er keine Anzeige erstattet habe.

Diese Lösung hat ein Konstruktionsproblem. Anders als im klassischen Fall des Verhältnisses von Grundtatbestand und Qualifikation wird hier die Figur des Stufenverhältnisses nicht auf ein und dieselbe Tat, sondern auf zeitlich-räumlich unterschiedliche Taten angewendet. Das Gemeinsame besteht eigentlich nur darin, dass dasselbe Rechtsgut angegriffen wird.

dung, Übergabe eines Teilbetrages) scheidet als Beihilfehandlung aus.

<sup>5</sup> Vgl. zum Folgenden BGHSt 39, 164, 167; 36, 167, 174.

<sup>6</sup> Vgl. zu dieser Voraussetzung einer Wahlfeststellung *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 806, sowie unten 4.

<sup>7</sup> Vgl. allgemein zur Figur des Stufenverhältnisses *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 10 Rn. 4 – 18; *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2002, vor § 52 Rn. 40.

<sup>8</sup> So etwa *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 138 Rn. 29; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 138 Rn. 6.

Diesem Konstruktionsmangel versucht eine andere Literaturansicht<sup>9</sup> mit einer neueren Rechtsfigur abzuwehren, die entwickelt wurde, um Unsicherheiten in zeitlich gestreckten Beziehungen zwischen Straftaten zu bewältigen.<sup>10</sup> Mit der Bezeichnung „**Postpendenz**“, bzw. „**Präpendenz**“ werden Fälle mit zeitlich aufeinander folgenden Sachverhalten erfasst, bei denen die rechtliche Bewertung des späteren Sachverhalts vom früheren (und umgekehrt) in der Weise abhängt, dass nur wegen einer der beiden Taten bestraft werden kann.<sup>11</sup> Steht der spätere Sachverhalt fest und ist der frühere, der an sich eine Bestrafung aus dem späteren ausschließt, ungewiss (sog. **einseitige Sachverhaltsungewissheit**), so soll gleichwohl wegen der späteren Tat bestraft werden können (und umgekehrt). Hauptargument: Dem Täter geschehe kein Unrecht, wenn er wegen der sicher feststehenden Tat bestraft werde, weil dieser Rechtsgutsangriff zweifelsfrei erfolgt sei, woran Zweifel im Hinblick auf die Vor- bzw. Nachtat nichts ändern.<sup>12</sup>

Zwei Beispiele zum besseren Verständnis. Ist sicher, dass sich der Täter eine fremde Sache im Sinne des Hehlereitattbestandes verschafft hat, und unsicher, ob er auch bereits am zuvor begangenen Diebstahl beteiligt war, was eine Hehlereistrafbare ausschließen würde,<sup>13</sup> so ändert diese Unsicherheit nichts daran, dass der Täter wegen Hehlerei bestraft wird (Postpendenz).<sup>14</sup> Kann dem Täter nachgewiesen werden, dass er mit anderen die Begehung eines Raubes gem. § 30 Abs. 2 StGB verabredet hat, während unklar bleibt, ob er

an der späteren Ausführung der Tat beteiligt war, was die Strafbarkeit wegen der Verabredung zurücktreten lassen würde,<sup>15</sup> so ist er wegen der Verbrechensverabredung zu verurteilen (Präpendenz).<sup>16</sup>

Im vorliegenden Fall müsste die Figur der Postpendenz zur Anwendung kommen. Fest steht die spätere Tat. A hat es unterlassen, das geplante Verbrechen anzuzeigen. Die Anzeigepflicht erstreckte sich auf den Zeitraum von der Kenntnisnahme bis zum letzten Zeitpunkt für eine mögliche Verhinderung der Tat.<sup>17</sup> Unsicher ist die frühere Tat. A hat sich möglicherweise durch die Kontaktvermittlung wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar gemacht (und könnte als Beteiligter nicht wegen unterlassener Anzeige bestraft werden). Der zweifelhafte frühere Sachverhalt hindert, legt man diese Literaturansicht<sup>18</sup> zugrunde, nicht an einer Bestrafung des A gem. § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH reagiert auf die Kritik in der Literatur. Er kündigt eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung an. Das bedeutet, dass es nicht mehr zu Freisprüchen kommen soll, die sich darauf stützen, dass eine Wahlfeststellung nicht möglich sei. Wörtlich: „An dieser Rechtsprechung beabsichtigt der Senat, gegebenenfalls unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung, nicht länger festzuhalten. Vielmehr neigt er der in der Literatur mit beachtlichen Argumenten vertretenen Auffassung zu, dass in den Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, ob der Nichtanzeigende auch an der Vortat beteiligt war, jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen hat.“<sup>19</sup>

<sup>9</sup> Zur Hauptsache *Joerden*, JURA 1990, 633, 640 f.

<sup>10</sup> Grundlegend *Hruschka* JZ 1970, 637.

<sup>11</sup> Vgl. allgemein zu Post- und Präpendenz *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 25 – 30; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 809.

<sup>12</sup> Weitere Argumente hängen mit Konkurrenzüberlegungen zusammen; vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 28 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 259 Rn. 18.

<sup>14</sup> Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 6), § 10 Rn. 26 f.

<sup>15</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 30 Rn. 10.

<sup>16</sup> Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 30.

<sup>17</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 138 Rn. 5.

<sup>18</sup> *Joerden*, JURA 1990, 633, 640 f.

<sup>19</sup> BGH Urteil vom 18. März 2004 – 4 StR 533/03

Nähere Ausführungen hat die Entscheidung leider nicht zu bieten, so dass ungesagt bleibt, was den BGH zur Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung veranlasst hat und welche der beiden Literaturansichten er favorisiert.

Die Zurückhaltung hängt vermutlich damit zusammen, dass der Senat die Sache zurückverweist in der Annahme, bei erneuter tatrichterlicher Prüfung werde sich eine Beteiligung des A am Totschlag mit der nötigen Gewissheit nachweisen lassen. Damit hätte sich das Problem allerdings erledigt.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Problem verhält sich wie scheues Wild. Es zeigt sich selten. Das gilt nicht unbedingt für die Praxis, wohl aber für die Lehrbuchliteratur. Die Leitbegriffe (Wahlfeststellung, normatives Stufenverhältnis, Post- und Präpondenz) sucht man in vielen Stichwortregistern vergeblich. Und werden sie einmal behandelt, so sind die Äußerungen in der Regel denkbar knapp gehalten.<sup>20</sup>

Der Grund dürfte darin bestehen, dass wir uns in einem Bereich bewegen, in dem sich materielles und prozessuales Strafrecht überschneiden. Materiellrechtlich sind z. B. das Gesetzmäßigkeitsprinzip und Konkurrenzfragen betroffen; prozessrechtlicher Natur sind etwa der Zweifelsgrundsatz und die Form wahldeutiger Verurteilung. Der Autor eines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil kann sich also sagen: „Soll sich doch der Kollege vom Strafprozessrecht darum kümmern.“ Dieser wiederum kann die Sache zurückverweisen. Gleiches gilt für Hochschullehrer, die Vorlesungen zum materiellen bzw. zum pro-

zessualen Strafrecht abhalten. Und so kann es geschehen, dass Studierende erstmals im Examen mit Problemen aus diesem Bereich zu tun haben – und daran scheitern. Das wollen wir verhindern. Daher ein kurzer Überblick über das Gebiet, das am besten mit „**Bestrafung auf unsicherer Tatsachengrundlage**“ bezeichnet ist.<sup>21</sup>

Die Bezeichnung macht bereits deutlich, dass es um einen Ausnahmebereich geht. Denn normalerweise darf auf unsicherer Tatsachengrundlage nicht bestraft werden. Das verbietet der Grundsatz „in dubio pro reo“.

Nimmt man es sprachlich genau, so gehört die Figur des (logisch-begrifflichen oder normativen) **Stufenverhältnisses** gar nicht zum Ausnahmebereich. Ist das „Mehr“ zweifelhaft, das „Weniger“ aber gewiss, so erfolgt unter Anwendung des Zweifelssatzes eine Bestrafung nach dem „Weniger“, also auf sicherer Tatsachengrundlage.

Anderes gilt für die Fälle der Wahlfeststellung. Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden. Die **unechte Wahlfeststellung** betrifft den Fall bloßer **Tatsachenalternativität**. Hier steht rechtlich fest, dass der Täter einen Straftatbestand verwirklicht hat. Ungewiss ist nur, durch welche von zwei oder mehreren Handlungen er die Strafvorschrift verletzt hat. Beispiel: A macht als Zeuge zum selben Sachverhalt in zwei unterschiedlichen gerichtlichen Verfahren gegensätzliche Angaben. Sicher ist, dass A sich durch eine der beiden Aussagen nach § 153 StGB strafbar gemacht hat, unsicher dagegen, durch welche. Hier bestehen nach allgemeiner Auffassung keine Bedenken, A wegen Falschaussage zu bestrafen, sofern nicht eine der beiden Taten, z. B. auf Grund von Verjährung, als Bestrafungsgrundlage ausscheidet.

<sup>20</sup> Es ist unaufwändiger, die lobenswerten Ausnahmen als die Regelfälle nachzuweisen: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 25 – 30; *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 55 – 59; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 143 – 150; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1992, § 10 Rn. 24 – 37; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 800 – 810.

<sup>21</sup> Eine Vertiefung der überblicksartigen Darstellung bieten die folgenden Literaturstellen: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10; *von Heintschel/Heinegg*, Prüfungstraining Strafrecht, Bd. 1 1992, Rn. 69 – 79.

Der Fall **echter Wahlfeststellung** ist neben tatsächlicher Unsicherheit durch eine **Tatbestandsalternativität** gekennzeichnet. Es liegt eine Sachverhaltsunklarheit vor, die sich auch im rechtlichen Ergebnis ausprägt. Zwar weiß man, dass der Täter, wie er sich auch verhalten haben mag, einen Straftatbestand verletzt hat; man weiß nur nicht, welchen. Beispiel: A ist im Besitz von Diebesgut; es lässt sich aber nicht aufklären, ob er durch Diebstahl oder durch Hehlerei an die Beute gelangt ist. Unter bestimmten Voraussetzungen soll in einem derartigen Fall eine wahlweise Verurteilung erfolgen können. Erstens müssen die **prozessualen Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft** sein. Zweitens muss **ausgeschlossen** werden können, dass auch ein **strafloses Verhalten** des Täters vorliegen könnte. Drittens ist eine **Vergleichbarkeit** der tatbestandlichen Alternativen erforderlich. Die Rechtsprechung verwendet hier die bereits erwähnte Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit. In der Literatur wird teilweise stattdessen eine „Identität im Unrechtskern“ verlangt.<sup>22</sup> Nach beiden Auffassungen weisen Diebstahl und Hehlerei die nötige Übereinstimmung auf.<sup>23</sup> Viertens ist für die Strafzumessung zu beachten, dass sie auf der Grundlage der **milderen Strafandrohung** erfolgt.

Die oben bereits erklärte Figur der **Post-, bzw. Präpondenz**<sup>24</sup> unterscheidet sich von der echten Wahlfeststellung in dreierlei Hinsicht. Die **Sachverhaltensungewissheit** besteht nur **einseitig**. Auch ist eine Vergleichbarkeit der Tatbestände nicht erforderlich. Schließlich erfolgt keine wahlweise Verurteilung; vielmehr wird der Täter auf

der Grundlage des feststehenden (zeitlich früheren oder späteren) Sachverhalts eindeutig verurteilt.

Insgesamt verbirgt sich hinter diesen dogmatischen Figuren ein **Sachproblem von grundsätzlicher Bedeutung**.<sup>25</sup> Es wird sichtbar, wenn man die schlichte Frage stellt: Wie lassen sich Ausnahmen vom Grundsatz „in dubio pro reo“ überhaupt rechtfertigen? Dafür braucht man schon sehr starke Gründe. Denn der Zweifelsatz steht in enger Verbindung mit anderen Rechtsgrundsätzen. So sichert er die Unschuldsumutung ab, indem er Verurteilungen auf unsicherer Tatsachengrundlage verbietet. Ferner gewährleistet er die Beachtung des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG im Prozess: Dem Angeklagten muss konkret seine Schuld im Hinblick auf einen bestimmten Gesetzesverstoß nachgewiesen werden. Der Zweifelsatz, so lässt sich zusammenfassen, garantiert Rechtssicherheit demjenigen, der von staatlicher Strafgewalt betroffen ist. Starke Gründe für Ausnahmen vom Zweifelsatz meint man dem Grundsatz entnehmen zu können, dass das Strafrecht auch für materiell gerechte Entscheidungen sorgen müsse. Es sei ungerecht, wenn jemand straflos bleibe, obwohl feststehe, dass er sich – so oder so – strafbar gemacht habe.

Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit betrifft zur Hauptsache die Figur der echten Wahlfeststellung. Die h. M. hat historisch begründete Bedenken<sup>26</sup> gegen diese Form einer Verurteilung verdrängt und sich damit beruhigt, dass die Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit einen

<sup>22</sup> Lackner/Kühl (Fn. 8), § 1 Rn. 19 m. w. N.

<sup>23</sup> Anderes würde z. B. für das Zusammentreffen von Betrug und Urkundenfälschung gelten; vgl. den Überblick über die Fälle, in denen eine Vergleichbarkeit bejaht oder verneint wird, bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 1 Rn. 27 – 29.

<sup>24</sup> Oben 2.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Eser in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 1 Rn. 65 ff.

<sup>26</sup> Der NS-Staat führte eine gesetzliche Grundlage für die Wahlfeststellung ein. Das Gesetz wurde von den Alliierten als rechtsstaatswidrig aufgehoben. Das wurde (zunächst) als Verbot jeglicher Wahlfeststellung gewertet. Vgl. zur Geschichte der Wahlfeststellung Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 7), § 10 Rn. 34 – 36; Köhler, Strafrecht AT, 1997, S. 96.

tragfähigen Kompromiss zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit biete. Da verdient es schon Aufmerksamkeit, wenn der BGH diese Fesseln bei der Lösung eines Falles abstreift, der bisher mangels Vergleichbarkeit der Tatbestände Strafflosigkeit zum Ergebnis hatte. – Wir kommen darauf unter 5. zurück.

Zunächst sollen noch zwei praktische Hinweise die Furcht vor den als schwierig geltenden Problemen mindern. Wer der Empfehlung folgt, Sachverhalte von Aufgabenstellungen mindestens dreimal zu lesen, läuft keine Gefahr, das hier erörterte und ähnliche Probleme zu übersehen. Diese machen sich bemerkbar durch Formulierungen wie „Es konnte nicht festgestellt werden, dass...“ oder „Ungeklärt blieb, ob...“. Ferner ist es nicht nötig, bei der Lösung des Problems unseres Falles auch noch auf die Unterschiede zwischen den beiden Literaturansichten einzugehen (hier: normatives Stufenverhältnis – dort: Postpendenz), weil sie im Ergebnis übereinstimmen.<sup>27</sup>

Ein Wort noch zur praktischen Bedeutung: Die Zahl der Fälle, in denen es künftig zu einer Verurteilung kommen wird, ist groß, denn in der Strafverfolgungspraxis kommt es häufig vor, dass zwar Mitwisserschaft nachgewiesen werden kann, aber unklar bleibt, ob auch Hilfe geleistet wurde.

## 5. Kritik

Für die Änderung der Rechtsprechung lassen sich gute Gründe anführen. Man braucht nur in die kritischen Stellungnahmen zur bisherigen Rechtsprechung zu schauen. Was überrascht, ist der Umstand, dass der BGH darauf verzichtet, diese Gründe zu nennen. Immerhin wird, was bisher straflos gelassen wurde, künftig bestraft. Auch geht es um eine verfassungsrechtlich sensible Materie: Der Grundsatz „in dubio

pro reo“ ist ein wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips.

Dass die geänderte Rechtsprechung im vorliegenden Fall nach Einschätzung des BGH nicht zum Tragen kommen wird, bietet keine zufriedenstellende Erklärung. Für künftige Fälle ist ein deutliches Signal gesetzt worden, das die Untergerichte sicherlich beachten werden.

Es ist schon ein merkwürdiges Verfahren, dessen sich der BGH seit einiger Zeit bedient.<sup>28</sup> Da wird gewissermaßen en passant eine gravierende Rechtsänderung vorgenommen, indem verkündet wird, dass der Senat nunmehr dieser oder jener Meinung zuneige. Da es sich nicht um einen tragenden Teil der Entscheidungsgründe handelt, verzichtet man auf eine Begründung oder belässt es bei Andeutungen. Damit wird Entscheidungsmacht genutzt, ohne dass man sich der Begründungslast aussetzt. Das ist, genau besehen, ein Rückfall in vormodernes Rechtsdenken.

*(Dem Text liegen Entwürfe von Marko Malaschewski, Katharina Schmid und Luise Zwilling zugrunde.)*

<sup>27</sup> Vgl. auch die Lösung des Asylbewerberheimfalles in *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, Fall 12e (erscheint demnächst).

<sup>28</sup> Vgl. die FAMOS-Fälle November 2001 und August 2002 (jeweils unter 5.).