

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

A ist seit Jahren alkoholabhängig und hat vielfach unter Alkoholeinfluss Straftaten, im Wesentlichen Rauschgiftdelikte, Diebstähle und Straßenverkehrsstraftaten, begangen. Mit drei weiteren Personen hält er sich vor einem Bahnhofsrestaurant auf. Die Gruppe ist stark alkoholisiert. A hat zwei Flaschen Korn getrunken. Er weiß, dass er die Kontrolle über sich verlieren kann, wenn er große Alkoholmengen trinkt. Als es in der Gruppe zu lauten Streitigkeiten kommt, erscheinen zwei Polizeibeamte. Sie sprechen einen Platzverweis gegen A aus, worauf er zur Antwort gibt „Verpisst euch, ihr Arschlöcher“ und das Restaurant betritt. Die Beamten halten ihn am Oberarm fest. Daraufhin schlägt A laut schreiend um sich und reißt sich los. Die Polizisten werfen ihn zu Boden, legen ihm Handfesseln an und führen ihn ab. Die ihm kurz darauf entnommene Blutprobe ergibt für die Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 3,5 ‰.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat zum einen durch die herabsetzende Bezeichnung der Polizeibeamten als „Arschlöcher“ den Tatbestand der Beleidigung gem. § 185 Alt. 1 StGB erfüllt. Zum anderen hat er den Tatbestand des Widerstandes gegen Vollstre-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wird hier verkürzt wiedergegeben, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

## Mai 2009 Kornflaschen-Fall

*Vollrausch / vorsätzliche Begehung / Schuldbezug der Rauschtat*

§ 323 a StGB

### Leitsatz der Verf.:

Der subjektive Tatbestand des § 323 a StGB erfordert, dass für den Täter zumindest vorhersehbar ist, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art begehen wird.

OLG Hamm, Beschluss vom 21. August 2007 – 3 Ss 135/07, veröffentlicht in NSTz 2009, 40.

ckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Alt. 1 StGB verwirklicht, indem er sich dem Zugriff der Beamten dadurch entzog, dass er um sich schlug.

Eine Verurteilung nach diesen Strafvorschriften kann jedoch nicht erfolgen, weil A zum Zeitpunkt dieser Taten auf Grund des Alkoholgenusses schuldunfähig war. Bei einem BAK-Wert von über 3,0 ‰ ist in aller Regel von Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB auszugehen.<sup>2</sup>

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des A für die genannten Taten unter dem Gesichtspunkt einer *actio libera in causa* ist nicht erkennbar, weil er in dieser Hinsicht noch keinerlei Vorsatz hatte, als er sich betrank. Somit kann ohne weiteres zur Prüfung einer Strafbarkeit wegen Vollrausches gem.

<sup>2</sup> Zwar ist die indizielle Bedeutung des BAK-Wertes bei alkoholabhängigen Personen geringer, vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 20 Rn. 18. Da hier jedoch der Wert von 3 ‰ deutlich überschritten wurde und auch der Grundsatz „in dubio pro reo“ berücksichtigt werden muss, ist für A zum Tatzeitpunkt Schuldunfähigkeit anzunehmen.

§ 323 a StGB übergegangen werden.<sup>3</sup> Die festgestellte Schuldunfähigkeit hindert daran nicht, weil nunmehr auf das Sich-Betrinken abgestellt wird und somit auf einen Zeitpunkt, zu dem A noch schulfähig war.

Der Prüfungsablauf ist durch die sprachliche Fassung der Vorschrift vorgegeben.<sup>4</sup> Der einleitende „Wer“-Satz enthält einen Tatbestand, an den sich die Strafandrohung anschließt. Danach wird eine weitere Bedingung für eine Bestrafung formuliert. Deren Distanz zum Einleitungssatz lässt erkennen, dass sie nicht zum Tatbestand zu rechnen ist.

Die Konstruktion ist ungewöhnlich.<sup>5</sup> Es liegt auf der Hand, dass ein zentrales Anwendungsproblem darin besteht, wie das Verhältnis der hinzugefügten Bedingung zum tatbestandsbezogenen Schuldvorwurf zu bestimmen ist.

Doch wenden wir uns zunächst dem **Tatbestand** zu. Er setzt nicht mehr voraus, als dass der Täter sich vorsätzlich oder fahrlässig durch Alkohol oder andere Rauschmittel in einen Rausch versetzt hat. Ob ein Rauschzustand vorliegt, wird ganz überwiegend nach Kriterien bestimmt, die auch für die Ermittlung der Schuldunfähigkeit maßgeblich sind. Es wird für erforderlich gehalten, dass **zumindest der Zustand verminderter Schulfähigkeit nach § 21 StGB erreicht** ist.<sup>6</sup> Da für A sogar Schuldunfähigkeit festgestellt wurde, steht außer Frage, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Weniger eindeutig ist das Ergebnis, wenn auf der Grundlage des Sachverhalts geprüft wird, ob Vorsatz ange-

nommen werden kann. Der Vorsatz muss auch die Herbeiführung des Rauschzustandes umfassen. Zwar war A sich allgemein der Gefahr eines Kontrollverlustes durch Genuss größerer Alkoholmengen bewusst. Ob dieses Wissen für die Annahme des hier in Betracht kommenden bedingten Vorsatzes ausreicht, erscheint jedoch fraglich. Denn die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Vorsatzfeststellung. So lässt sie es nicht genügen, wenn als Erfahrungssatz ausgegeben wird, dass ein alkoholgewohnter Täter bei einem BAK-Wert von mehr als 3,0 ‰ den Rauschzustand vorsätzlich herbeigeführt habe.<sup>7</sup>

Ein Willenssachverhalt, der zweifelsfrei den Anforderungen des bedingten Vorsatzes genügen würde, enthielte mehr, z. B. Angaben über die konkreten Vorstellungen des A, als er sich betrank, und über seine innere Einstellung zu einem drohenden Kontrollverlust.

Müsste ein vorsätzliches Handeln verneint werden, so wäre die Prüfung mit der Verhaltensalternative der Fahrlässigkeit fortzusetzen. Zumindest in dieser Hinsicht ist der Tatbestand als erfüllt anzusehen, denn für einen alkoholgewohnten Täter wie A ist es vorhersehbar, dass das Trinken so großer Alkoholmengen zu einem Rausch führt.

Fortzusetzen ist die Prüfung mit einer Untersuchung der **Bedingung, dass der Täter im Rauschzustand eine rechtswidrige Tat begangen hat, deretwegen er mangels Schulfähigkeit nicht bestraft werden kann**. Sie wirft keinerlei Probleme auf, wenn man es beim Wortlaut des Gesetzes belässt. Wie eingangs bereits festgestellt, hat A tatbestandsmäßig und rechtswidrig Straftaten gem. §§ 113 Abs. 1 Alt. 1 und 185 Alt. 1 StGB begangen.

Genau dort aber liegt das Problem: Darf es bei einer Anwendung des Ge-

<sup>3</sup> Vgl. zu den Prüfungsschritten, die zumindest gedanklich zu absolvieren sind, bevor es zu einer Untersuchung von § 323 a StGB kommt: *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 2-4.

<sup>4</sup> Bitte den Text der Vorschrift unbedingt durchlesen!

<sup>5</sup> Sie ist – gleich oder ähnlich – noch anzutreffen in §§ 186, 231 und 283 Abs. 6 StGB.

<sup>6</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 323 a Rn. 4.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf Strafverteidiger 1993, 425; vgl. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 323 a Rn. 13.

setzeswortlauts bleiben? Die Identifizierung des Problems gelingt allerdings nur, wenn man mit den Grundlagen des Strafrechts vertraut ist und weiß, dass die Verfassung, genauer: das Rechtsstaatsprinzip sowie der Schutz der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Strafe nur zulässt, wenn dem Täter ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.<sup>8</sup> Das führt zu der Frage, ob das **Schuldprinzip** erfordert, dass nicht allein hinsichtlich des Tatbestandes, sondern auch hinsichtlich der zusätzlichen Bedingung ein Schuldzusammenhang festgestellt werden muss.

Die **Literatur** hat dazu ein weit verzweigtes Meinungsspektrum anzubieten.<sup>9</sup> Verbreitet ist die Auffassung, dass ein solcher Schuldzusammenhang nicht bestehen müsse.<sup>10</sup> Die im Rausch begangene Tat ist danach als rein objektive Bedingung der Strafbarkeit zu behandeln. Das Kernargument lautet: Die Bedingung ist nicht als Voraussetzung, sondern als Einschränkung der Strafbarkeit zu verstehen. Der Gesetzgeber habe wegen der generellen Gefährlichkeit des Sich-Berauschtens allein schon dieses Verhalten unter Strafe gestellt. Aus pragmatischen Gründen sei die Verfolgung dieser vielfach begangenen Handlung auf Fälle beschränkt worden, in denen es zu einer rechtswidrigen Tat gekommen sei.

Für die Gegenposition lässt sich gleichermaßen ein Kernargument feststellen:<sup>11</sup> Da der Alkoholenuss auch in größeren Mengen sozial üblich und weit verbreitet ist, kann allein darin noch kein strafwürdiges Unrecht gesehen werden. Ein Schuldvorwurf könne nur dann erhoben werden, wenn der Täter

zugleich subjektiv zurechenbar das Risiko der Begehung einer rechtswidrigen Tat begründet habe.

Diese Position führt zusätzlich ein Argument ins Feld, das sich aus der Gesetzessystematik ergibt.<sup>12</sup> Die Bedeutung der im Rausch begangenen Tat für den Schuldvorwurf ergebe sich auch daraus, dass sie nach § 323 a Abs. 2 StGB für die Bestimmung der Strafobergrenze zu berücksichtigen sei.

Der Meinungsgegensatz lässt sich auch folgendermaßen wiedergegeben. § 323 a StGB wird **einerseits als abstraktes Gefährungsdelikt** und **andererseits als konkretes Gefährungsdelikt** eingestuft.<sup>13</sup>

Der schuldstrafrechtliche Ansatz verwendet das Kriterium der **Vorhersehbarkeit**, um eine Verbindung zwischen der Tathandlung und der Strafbarkeitsbedingung herzustellen. Umstritten ist jedoch, worauf sich der Vorwurf der Vorhersehbarkeit beziehen muss. Im Wesentlichen werden zwei Auffassungen vertreten.<sup>14</sup>

Einerseits wird es für ausreichend erachtet, wenn für den Täter vorhersehbar war, dass er im Rausch **irgendwelche Straftaten** begehen werde.<sup>15</sup>

Andererseits wird weitergehend verlangt, dass die Vorhersehbarkeit sich auf **Taten von der Art der tatsächlich begangenen Tat** beziehen müsse.<sup>16</sup> Gedacht wird dabei an ein „Unrechtsspektrum“. Dessen Grenzen sollen in etwa so bestimmt werden wie die Grenzen zulässiger Wahlfeststellung, nämlich mit Hilfe des Kriteriums der rechtsethischen und psychologischen

<sup>8</sup> Vgl. zur verfassungsrechtlichen Absicherung des Schuldprinzips *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, 3. Kap. Rn. 1.

<sup>9</sup> Überblick bei *Rengier* (Fn. 3), § 41 Rn. 5-9.

<sup>10</sup> Z. B. *Krey/M. Heinrich*, Strafrecht BT 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 797 f.

<sup>11</sup> Z. B. *Hilgendorf* in *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 40 Rn. 10-12.

<sup>12</sup> Z. B. *Geisler* in *MüKo*, StGB, § 323 a Rn. 4 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Krey/M. Heinrich* (Fn. 10), Rn. 797.

<sup>14</sup> Wir orientieren uns hier an der Unterteilung bei *Geisler* in *MüKo* (Fn. 12), § 323 a Rn. 57. *Rengier* (Fn. 3), § 41 Rn. 8, führt demgegenüber drei unterschiedliche Meinungen an.

<sup>15</sup> Z. B. *Ranft*, MDR 1972, 737, 741.

<sup>16</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Geisler* in *MüKo* (Fn. 12), § 323 a Rn. 57 f.

Vergleichbarkeit. Für diese restriktive Ansicht wird wiederum § 323 abs. 2 StGB ins Feld geführt. Wenn die Strafe nicht schwerer sein dürfe als die für die Rauschtat angedrohte, so folge daraus, dass es auf den Unwert der konkreten Rauschtat ankomme.

Die **Rechtsprechung** lässt in der Frage des Schuldzusammenhanges eine klare Linie vermissen. Zunächst behandelte der BGH § 323 a StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt. Eine Schuldbeziehung war nach seiner Ansicht nicht erforderlich. Die Bedeutung der Rauschtat erschöpfte sich für ihn in einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit.<sup>17</sup>

1956 äußerte der Große Senat für Strafsachen Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Schuldprinzip.<sup>18</sup> Kurz darauf griff der 5. Senat die Bedenken auf und forderte, dass für den Täter „irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art“ vorhersehbar gewesen müssten.<sup>19</sup> Allerdings schwächte er diese Position dadurch ab, dass er meinte, diese Vorhersehbarkeit verstehe sich in der Regel von selbst und bedürfe nur bei jungen und unerfahrenen Tätern sowie im Falle von Vorkehrungen zur Vermeidung rechtswidriger Taten näherer Prüfung.

Einige Jahre später distanzierte sich der 1. Senat von der Entscheidung des 5. Senats und kehrte zu der ursprünglich vertretenen Ansicht des BGH zurück.<sup>20</sup> Sie wird auch in neueren Entscheidungen vertreten.<sup>21</sup>

Der dargelegte Dissens der Senate ist jedoch bis heute nicht beseitigt worden. Es ist also nach wie vor möglich, unter Berufung auf die ältere BGH-Rechtsprechung einen Schuldzusammenhang zu fordern.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Tatsächlich aktiviert das OLG Hamm diese ältere BGH-Rechtsprechung. Mit einem entsprechenden Zitat<sup>22</sup> erklärt es für erforderlich, „dass für den Täter zumindest vorhersehbar ist, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen begehen wird“.<sup>23</sup>

Die weiteren Ausführungen erwecken sogar den Eindruck, dass der Senat sich der engen Literaturlösung anschließt. Denn er hebt hervor, dass die Vorstrafen des A nicht wegen „Gewaltdelikten“ verhängt worden seien.<sup>24</sup> Da die angeklagte Tat Gewaltcharakter hatte, könnte damit gemeint sein, dass die Vorhersehbarkeit sich auf Straftaten beziehen müsse, die der Art nach mit der Rauschtat übereinstimmen. Näheres findet sich dazu in dem Beschluss jedoch nicht.

Überhaupt verzichtet der Senat auf jede Auseinandersetzung mit dem Problem des Schuldzusammenhanges. Auch setzt er sich nicht damit auseinander, dass der BGH in jüngeren Entscheidungen einen anderen Standpunkt vertreten hat.

Da das tatgerichtliche Urteil keinerlei Ausführungen zur Vorhersehbarkeit enthielt, erklärt der Senat es aus diesem Grund für rechtsfehlerhaft.

Einen weiteren Rechtsfehler erblickt das Revisionsgericht darin, dass die Annahme vorsätzlichen Handelns „nicht hinreichend mit Tatsachen belegt“ sei.<sup>25</sup> „Allein das Wissen eines chronisch Alkoholabhängigen um den regelmäßig bei ihm eintretenden Kontrollverlust rechtfertigt nicht die Annahme, die Volltrunkenheit werde jeweils vorsätzlich und schuldhaft herbeigeführt.“<sup>26</sup> Nötig seien nähere Darlegungen dazu, welche Vorstellungen der Täter über die Auswirkungen seines Alkoholgenusses gehabt habe, als er sich betrunken habe.

<sup>17</sup> BGHSt 1, 124, 125 f.

<sup>18</sup> BGHSt 9, 390, 396.

<sup>19</sup> BGHSt 10, 247, 250.

<sup>20</sup> BGHSt 16, 124, 125 f.

<sup>21</sup> Z. B. BGHSt 32, 48, 53, 55.

<sup>22</sup> Also mit einem Hinweis auf BGHSt 10, 247; s. OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

<sup>23</sup> OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

<sup>24</sup> OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

<sup>25</sup> OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

<sup>26</sup> OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

Auf Grund dieser Rechtsfehler hat der Senat das tatgerichtliche Urteil aufgehoben und zu neuer Verhandlung zurückverwiesen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir halten es für denkbar, dass die Entscheidung des OLG Hamm die Diskussion über die schuldstrafrechtliche Einbindung der Strafbarkeitsbedingung in § 323 a StGB neu belebt. Sie fördert, indem sie auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit zurückgreift, eine unbewältigte Vergangenheit des BGH zutage. Zugleich gewinnen damit die Literaturmeinungen, die für einen Schuldzusammenhang plädieren, praktische Relevanz.

Im Rahmen einer Fallbearbeitung verursacht das Problem bereits bei **Vorüberlegungen zum Aufbau** Schwierigkeiten. Die beiden dargelegten Grundpositionen führen zu Unterschieden in der straftatsystematischen Einordnung der Rauschtat. Wer einen Schuldzusammenhang für entbehrlich hält, wird sie als objektive Bedingung der Strafbarkeit deutlich vom Tatbestand und der darauf bezogenen Schuld trennen. Dagegen bedürfte es an sich einer Erweiterung der tatbestandsbezogenen Schuldprüfung um das Merkmal der Vorhersehbarkeit der Rauschtat, wenn ein Schuldzusammenhang für nötig befunden wird.

Um eine Festlegung zu vermeiden, bevor das Problem überhaupt erörtert worden ist, sollte folgendermaßen vorgegangen werden.<sup>27</sup> Entsprechend der Struktur der Strafvorschrift werden zunächst der Tatbestand, also das vorsätzliche oder fahrlässige Sich-Versetzen in einen Rauschzustand, und insoweit auch das Vorliegen von Rechtswidrigkeit und Schuld geprüft. Anschließend wird die Strafbarkeitsbedingung der Rauschtat thematisiert. Sie muss auf jeden Fall objektiv gegeben sein. Ist eine entsprechende Feststel-

lung getroffen worden, so kann anschließend die Frage erörtert werden, ob es zusätzlich einer Schuldbeziehung zu dieser Tat bedarf. Wird das nach einer Auseinandersetzung mit dem Problem bejaht, so ist am Anschluss daran zu klären, wie diese Beziehung beschaffen sein muss. Insbesondere muss erörtert werden, ob die Voraussehbarkeit einer irgendwie gearteten Straftat genügt oder eine Begrenzung auf vergleichbare Straftaten vorgenommen werden muss. Das Ergebnis ist schließlich auf den Fall anzuwenden.

Die Entscheidung des OLG Hamm sollte auch Berücksichtigung finden, wenn im Rahmen von Fallprüfungen zu untersuchen ist, ob der Täter sich **vorsätzlich** in den Rauschzustand versetzt hat. Alkoholgewöhnung und ein hoher BAK-Wert reichen nicht aus, um das Vorsatzmerkmal als erfüllt anzusehen. Vielmehr muss konkret für die Tatsituation ermittelt werden, welche Vorstellungen der Täter von den Auswirkungen des Rauschmittels gehabt hat.

#### 5. Kritik

Unser Eindruck ist, dass das OLG Hamm mit aller Vorsicht einen Versuchsballon gestartet hat.<sup>28</sup> Eher beiläufig wird unter Berufung auf eine ältere BGH-Entscheidung ein Schuldzusammenhang mit der Rauschtat gefordert. Die Gefahr besteht, dass diese recht dünne Stimme keinerlei Gehör findet. Das wäre bedauerlich, handelt es sich doch um ein sehr grundsätzliches Problem, das letztlich die Vereinbarkeit einer Strafvorschrift mit dem Schuldprinzip betrifft. Vielleicht können wir mit unserer Veröffentlichung ein wenig zur Verbreitung der Entscheidung beitragen.

Mehr als einen Anstoß zur Diskussion leistet diese Entscheidung allerdings nicht. Nachteilig ist insbesondere, dass

<sup>27</sup> Wie hier *Rengier* (Fn. 3), § 41 Rn. 4.

<sup>28</sup> Es erscheint allerdings auch nicht ausgeschlossen, dass mangelnde richterliche Sorgfalt der Grund für den Rückgriff auf eine ältere BGH-Entscheidung gewesen ist.

sie Widersprüche in der Frage enthält, worauf sich die Vorhersehbarkeit beziehen muss.

*(Prof. Dr. Klaus Marxen / Marie Melior)*