famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2000

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medienstrafrecht
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher
und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
des Lehrstuhls

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

April 2000

Schinkenmesser-Fall

Notwehr / irrige Annahme einer Nothilfesituation durch den Angreifer / Rechtswidrigkeit des Angriffs / Gebotenheit der Verteidigung (sozialethische Notwehrschranken)

§ 32 StGB, § 1 Opferentschädigungsgesetz (OEG)

Leitsätze der Verf.:

Gegenüber einem Angreifer, der irrig, aber objektiv nicht sorgfaltswidrig eine Nothilfelage annimmt und Nothilfe leisten will, besteht nur ein sozialethisch eingeschränktes Notwehrrecht.
(Vertretbar ist in einem solchen Fall auch, ein Notwehrrecht mangels Rechtswidrigkeit des Angriffs zu verneinen und Abwehrmaßnahmen lediglich im Rahmen von § 34 StGB für gerechtfertigt zu erklären.)

Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 25. 3. 1999, abgedruckt in JZ 2000, S. 96 (mit Anmerkung Roxin).

1. Sachverhalt

Frau F nahm L, den sie auf einem Straßenfest kennengelernt hatte, nachts mit zu sich nach Hause. Beide waren angetrunken. Ehemann E, der bereits geschlafen hatte, verwies L des Hauses. Danach kam es im Flur zu einer lautstarken Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten. E packte F, um sie ins Obergeschoss zu bringen. Sie ließ sich auf den Boden fallen und schrie grundlos um Hilfe. E ließ von ihr ab, um sich in der Küche mit einem scharfen Messer ein Schinkenbrot zuzubereiten. L hörte von draußen die Hilferufe der F und klopfte energisch an die Eingangstür. E nahm an, ein Bekannter wolle ihn nach der Rückkehr vom Straßenfest besuchen, und öffnete. Dabei behielt er das Messer in der Hand. L verkannte die Situation und drang sofort mit Fäusten auf E ein, um F vor einer Messerattacke ihres Ehemannes zu bewahren. Der 30 Jahre ältere und körperlich weit unterlegene E wich zunächst zurück, hielt die linke Hand schützend vor seinen Kopf und machte mit dem Messer in der rechten Hand ungezielte Abwehrbewegungen. Dadurch fügte er L leichte Schnittverletzungen zu. Als L weiter auf ihn einschlug, stach E zweimal in dessen Oberkörper und tötete ihn dadurch.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das BSG hatte über einen Versorgungsanspruch von Angehörigen des L nach § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG zu entscheiden. Dieser setzt eine Schädigung durch einen vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriff voraus. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des E wirft **drei Fragen** auf,

die **im Zentrum der strafrechtlichen Notwehrdogmatik** stehen. Auf zwei Fragen geht das BSG ein, die dritte übersieht es.

Für Fälle, in denen der Angreifer irrt, wird die Auffassung vertreten, dass sich der Angegriffene aus sozialethischen Gründen nur in beschränktem Umfang wehren dürfe.[1] Das BSG greift diese Auffassung auf. Damit ergibt sich als **erste Frage**, ob die **Lehre von den sozialethischen Grenzen der Notwehr überhaupt gesetzlich abgesichert** ist. Die Notwendigkeit einer Absicherung folgt aus dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG). Denn die Einschränkung eines Rechtfertigungsgrundes erweitert den Bereich strafbaren Verhaltens. Ganz überwiegend wird das Merkmal der Gebotenheit in § 32 Abs. 1 StGB als gesetzliche Grundlage angesehen.[2] Dagegen wird u. a. eingewendet, dass das Merkmal nichts Eigenständiges aussage, weil erst Abs. 2 die Voraussetzungen der Notwehr benenne.[3]

Die **zweite Frage** betrifft die **inhaltlichen Kriterien für eine Beschränkung der Notwehr aus sozialethischen Gründen**. Sie werden üblicherweise hergeleitet aus Annahmen zur Funktion des Notwehrrechts.[4] Das Notwehrrecht habe eine doppelte Funktion. Neben dem Rechtsgüterschutz gewährleiste seine Ausübung eine generelle Bewährung des Rechts. Das erkläre auch seine Schärfe im Vergleich zum rechtfertigenden Notstand. Diese Schärfe sei jedoch sozialethisch nicht gerechtfertigt, wenn ein Rechtsbewährungsinteresse auf Grund besonderer Umstände fehle oder nur in sehr abgeschwächter Form gegeben sei. Was im Einzelnen daraus folgt, ist umstritten. Die Diskussion läuft darauf hinaus, dass die so begründeten sozialethischen Schranken fallgruppenweise bestimmt werden. Die hier in Betracht kommende Fallgruppe betrifft schuldlos handelnde Angreifer, zu denen auch in einem Irrtum befindliche Personen gezählt werden.[5] Klärungsbedürftig ist, welche Irrtumsarten das Notwehrrecht einschränken. Das BSG geht im vorliegenden Fall von einem umstandsbezogenen Irrtum des L über eine Nothilfelage aus. Die Fehleinschätzung soll ohne Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten zustandegekommen sein. Das ist der Kennzeichnung des Irrtums als „unvermeidbar“ zu entnehmen.

Diese Annahme hätte das BSG veranlassen müssen, eine **dritte Frage** zu erörtern, die im Ablauf einer Notwehrprüfung **vor der Behandlung sozialethischer Schranken zu klären** ist: Lag überhaupt ein **rechtswidriger** Angriff vor? Denn eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung verneint die Rechtswidrigkeit in Fällen fehlenden Handlungsunwertes.[6] Sie widerspricht der herkömmlichen Auffassung, die allein auf den Erfolgsunwert abstellt und jede (drohende) Beeinträchtigung von Rechtsgütern für rechtswidrig erklärt, die nicht durch ein Eingriffsrecht gedeckt ist.[7] Begründet wird die neuere Auffassung damit, dass ein Rechtsbewährungsinteresse fehle, wenn der Angreifer sich gerade rechtskonform verhalte. Das Merkmal der Rechtswidrigkeit habe somit zur Voraussetzung, dass das Angriffsverhalten zumindest auf einer Verletzung der von den Fahrlässigkeitsdelikten verlangten Sorgfalt beruhe. Als Konsequenz ergibt sich, daß der Angegriffene seine Abwehr auf Notstandsmaßnahmen nach § 34 StGB beschränken muss. Für diesen Standpunkt wird häufig der Fall eines Autofahrers angeführt, dem trotz Beachtung aller Verkehrsregeln und Sorgfaltspflichten ein Passant vor den Wagen gerät.[8] Der Passant dürfe nicht etwa Notwehr üben, indem

---

[1] Vgl. dazu und insgesamt zur Lehre von den sozialethischen Schranken der Notwehr *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 29. Aufl. 1999, Rn. 342 ff.

[2] Z. B. *Lackner/Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 32 Rn. 13.

[3] LK-*Spendel*, StGB, 11. Aufl., § 32 Rn. 256.

[4] Vgl. etwa Schönke/Schröder-*Lenckner*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 32 Rn. 43 ff.

[5] *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 344 (weitere Fallgruppen: Provokation, grobes Missverhältnis, enge Lebensbeziehungen; Rn. 342 ff.)

[6] Z. B. *Roxin* JZ 2000, S. 99; *ders*., Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 15 Rn. 14 ff.

[7] Z. B. LK-*Spendel*, aaO., § 32 Rn. 57, 60.

[8] Z. B. *Roxin*, Strafrecht AT I, aaO., § 15 Rn. 14.

er z. B. auf den Fahrer schieße. Im vorliegenden Fall könnte auf der Grundlage der neueren Auffassung die Rechtswidrigkeit des Angriffs mit dem Argument verneint werden, dass die für das Verhalten des L maßgebliche Fehleinschätzung der Situation nicht objektiv sorgfaltswidrig war.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die **gesetzliche Grundlage** für sozialethische Notwehrschranken sieht das BSG unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers im Merkmal **„geboten" in § 32 Abs. 1 StGB**. Sachlich hält es die Beschränkung dann für begründet, wenn „das Bedürfnis nach Rechtsbewährung geringer ist als sonst".

Zur inhaltlichen Prüfung einer sozialethischen Notwehrbeschränkung gelangt das Gericht nach zwei Prüfungsschritten. Zunächst stellt es fest, dass E sich in einer Notwehrlage befunden habe. Das Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs wird nur kurz angesprochen. Das Gericht begnügt sich mit der Annahme einer „durch die Rechtsgutverletzung indizierte(n) Rechtswidrigkeit". Damit nimmt es den Standpunkt der herkömmlichen Auffassung ein. Anschließend bewertet es die tödlichen Stiche als (noch) erforderliche Verteidigungshandlung. Den Maßstab gibt dafür die übliche Begriffsbestimmung der **Erforderlichkeit** ab: **Eignung für eine sicher wirkende, unter dieser Voraussetzung aber auch möglichst schonende Abwehr**. Nach Auffassung des Gerichts war die erforderliche Verteidigungshandlung jedoch nicht geboten, weil L irrtümlich eine Nothilfesituation angenommen habe und dieser Irrtum „unvermeidbar" gewesen sei. Als **Beurteilungsstandpunkt** erklärt es „im Interesse des Opferschutzes" den **eines objektiven Dritten** für maßgeblich. Für diesen wäre erkennbar gewesen, dass L sich in einem Irrtum befunden habe. Daher hätte E sich bemühen müssen, L über seinen Irrtum aufzuklären. Er hätte zurückweichen und sich des Messers in nicht lebensgefährlicher Weise bedienen müssen. Das sei ihm auch zuzumuten gewesen. Durch seine überzogene Verteidigung habe E daher L vorsätzlich und rechtswidrig tätlich angegriffen. Dessen Hinterbliebene hätten somit einen Anspruch aus § 1 Abs. 1 Satz 1 OEG.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Der Fall drängt sich förmlich auf für eine Verwertung in strafrechtlichen Prüfungszusammenhängen. Mit ihm lassen sich die **Prüfungsstufen der Notwehr geradezu schulmäßig** abhandeln. Zudem gibt er Gelegenheit, auf **neuere Entwicklungen in der Diskussion über die Notwehr** einzugehen.

In der Frage der **gesetzlichen Absicherung** sozialethischer Notwehrschranken hat sich die **Verknüpfung mit dem Merkmal der Gebotenheit praktisch durchgesetzt**. Auf eine Problematisierung kann – jedenfalls in Klausuren – verzichtet werden. Es empfiehlt sich, im Anschluss an die Prüfung der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ohne Weiteres zur Untersuchung der Gebotenheit überzugehen und damit die Frage nach einer sozialethischen Einschränkung der Notwehr zu stellen, sofern der Fall dazu Anlass bietet.

Die Entscheidung trägt zur Klärung der sozialethischen Notwehrschranken bei. Sie ist relevant für die Fallgruppe mit der Überschrift „schuldlos Handelnde" und betrifft speziell die Untergruppe der Fälle, in denen der Angreifer einem Irrtum erlegen ist. Welche Irrtümer eine Beschränkung der Notwehr auslösen und welche nicht, ist nicht geklärt. An Leitentscheidungen hat es bisher gefehlt. Die vorliegende Entscheidung benennt nunmehr als Fall einer irrtumsbedingten Einschränkung der Notwehr aus sozialethischen Gründen die folgende **Konstellation**. **Der Angreifer nimmt, ohne gegen objektive Sorgfaltspflichten zu verstoßen, irrig Umstände an, die, hätten sie tatsächlich vorgelegen, eine Nothilfelage begründet hätten, und handelt, um Nothilfe zu leisten.** Jedenfalls

für diese Konstellation kann künftig von einer **Anerkennung durch Rechtsprechung** ausgegangen werden.

Beflügeln wird die Entscheidung (und die Anmerkung von Roxin) die **Diskussion über das Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs**. Die strafrechtliche Grundriss-Literatur widmet der Frage, ob allein auf das Erfolgsunrecht oder auch auf das Handlungsunrecht abzustellen ist, zumeist nur geringe Aufmerksamkeit.[9] Das wird sich vermutlich ändern.

In Prüfungszusammenhängen lässt sich der Fall ausbauen zur Konstellation eines **beiderseitigen Irrtums**, der vom **Doppelirrtum**[10] zu unterscheiden ist. Wie ist zu entscheiden, wenn auch E irrte? Zwei Bezugspunkte kommen für einen Irrtum in Frage: die Umstände des Angriffs und die rechtliche Reichweite zulässiger Verteidigung. Ein umstandbezogener Irrtum könnte so aussehen: E nahm an, L wolle keine Nothilfe leisten, sondern sich für den Hinauswurf rächen oder ihn berauben. Damit läge ein Erlaubnistatumstandsirrtum vor, der nach h. M.[11] zur Verneinung einer Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdelikts führt. Beruhte der Irrtum auf einem Sorgfaltsverstoß, so ist eine Strafbarkeit des E wegen fahrlässiger Tötung in Betracht zu ziehen. Eine Verkennung dessen, was das Recht an Verteidigungshandlungen gegenüber einem irrenden Angreifer gestattet, ist nach den Regeln über den Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zu beurteilen: Nur wenn der Irrtum für E unvermeidbar war, entfällt der Vorwurf vorsätzlicher Tötung. In keinem der beiden Fälle ergeben sich Aus- oder Rückwirkungen auf die Notwehrprüfung.

5. Kritik

Dass die Entscheidung die Problematik der Rechtswidrigkeit des Angriffs verfehlt, hängt möglicherweise mit **begrifflichen Unklarheiten** zusammen. Das BSG kennzeichnet den Irrtum des L als „unvermeidbar und somit nicht vorwerfbar“. Ungünstig daran ist die Wortübereinstimmung mit dem gesetzlichen Sprachgebrauch in § 17 StGB. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Vermeidbarkeit im Zusammenhang mit dem Verbotsirrtum. Ein Verbotsirrtum lag hier aber nicht vor. Vielmehr irrte L über Umstände. Zudem betrifft § 17 StGB die Schuldebene. Dementsprechend verbindet das BSG die Kennzeichnung als unvermeidbar mit der schuldbezogenen Formulierung „nicht vorwerfbar“. Es übersieht damit, dass der Irrtum sich schon auf der Ebene der Rechtswidrigkeit auswirken kann, wenn die Fehleinschätzung bei objektiver Betrachtung nicht sorgfaltswidrig war. – Für den künftigen Umgang mit dieser Problematik empfiehlt es sich daher, auf den Begriff der (Un-)Vermeidbarkeit zu verzichten.

Die in Roxins Anmerkung[12] ausgearbeitete **Rechtswidrigkeits-Lösung** offenbart **Begründungsprobleme**. Die Verneinung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, die die Beschränkung der Abwehr auf Notstandsmaßnahmen nach § 34 StGB zur Folge hat, wird mit mangelndem Rechtsbewährungsinteresse begründet. Genau dieser Grund wird aber auch für die sozialethischen Schranken der Notwehr angeführt. Da die sozialethischen Notwehrschranken für den Angegriffenen weniger einschneidend sind, muss es auch im Rechtsbewährungsinteresse eine Abstufung geben. Soll man annehmen, dass in Fällen sozialethischer Notwehrbeschränkung noch ein – stark abgeschwächtes – Rechtsbewährungsinteresse besteht, während es in Fällen mangelnden Handlungsunrechts völlig fehlt?[13] Wo lässt sich da eine klare Grenze ziehen? Und will man tatsächlich behaupten, dass sich

[9] So findet sich dazu bei *Wessels/Beulke*, aaO., nur eine knappe Rn.: 331.

[10] Häufigster Fall in Prüfungszusammenhängen: Zusammentreffen eines Erlaubnistatumstandsirrtums mit einem Erlaubnisirrtum beim Täter; vgl. dazu *Kühl*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1997, § 13 Rn. 80 f.

[11] Vgl. *Kühl*, aaO., § 13 Rn. 63 ff.

[12] JZ 2000, S. 99 f.

[13] So *Roxin* JZ 2000, S. 99.

die Rechtsordnung z. B. bei Angriffen von Kindern und Volltrunkenen[14] noch „ein bisschen" bewähren müsse, während dazu bei irrenden Angreifern kein Anlass bestehe? – Die Lösungsalternative sozialethische Notwehrschranken / Notstand muss also auch im Hinblick auf die anerkannten Fallgruppen sozialethischer Notwehrbeschränkung nochmals gründlich durchdacht werden.

Die Rechtswidrigkeits-Lösung gerät ferner in einen **Konflikt mit der Lehre zum Erlaubnistatumstandsirrtum**. Er tritt zutage, wenn der vorliegende Fall dahin abgewandelt wird, dass L überlebt hat, und nun geprüft wird, ob er sich durch die Faustschläge gegen E strafbar gemacht hat. Da er einem Erlaubnistatumstandsirrtum erlegen war, scheidet nach ganz h. M.[15] zwar eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung aus. Überwiegend wird jedoch ein Lösungsweg gewählt, der erst jenseits der Feststellung einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung einsetzt. So wird z. B. das Vorliegen einer Vorsatzschuld verneint[16] oder § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB nur hinsichtlich der Rechtsfolge angewendet, so dass nicht der Vorsatz, wohl aber eine Vorsatzstrafe entfällt[17]. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass Teilnehmer bestraft werden können. Wird jedoch hier eine rechtswidrige Tat angenommen, so ist schwer erklärlich, dass dort – nämlich bei der Notwehrprüfung – ein rechtswidriger Angriff verneint wird. Auf das Fehlen eines Handlungsunwertes könnte man sich nur berufen, wenn man – wenig situationsgerecht – zwischen der Fehleinschätzung und dem nachfolgenden Verhalten trennt und allein auf die Fehleinschätzung abstellt. (Den Konflikt vermeidet die Auffassung, die in Fällen des Erlaubnistatumstandsirrtums durch direkte oder analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Verneinung des Tatvorsatzes gelangt.[18])

Insgesamt führt die Entscheidung in den **Grenzbereich juristischer Differenzierungsmöglichkeiten**. Der Fall lässt sich – unjuristisch – beschreiben als schicksalhafte Verkettung unglücklicher Umstände und menschlicher Irrtümer, die zum Tod eines Menschen geführt hat. Das Recht muss die Verkettung in zurechenbare Handlungen auflösen. Ob die Gewichte, die es hier und dort in die Waagschale legt, fein genug sind, lässt sich bezweifeln. Eine der Entscheidung des BSG entgegengesetzte Bewertung erscheint durchaus vertretbar. Immerhin dringt L in eine fremde Wohnung ein. Muss er sich da nicht zunächst Klarheit über die Lage verschaffen? Hätte ihm nicht zu denken geben müssen, dass E überhaupt die Tür öffnet, wenn er dabei ist, seine Frau mit dem Messer zu attackieren? Und bestand für F eine unmittelbare Gefahr, nachdem E sich zur Tür begeben hatte? – Möglicherweise haben diese oder ähnliche Überlegungen dazu geführt, dass das Strafverfahren gegen E mit dessen Freispruch[19] geendet hat.

6. Nachtrag (April 2007)

Die besprochene Entscheidung[20] hat großen **Zuspruch** gefunden. Häufig wird sie in der Ausbildungs- und Kommentarliteratur im Zusammenhang mit der Fallgruppe „Angriff ersichtlich Irren

[14] Anerkannte Fallgruppe der sozialethischen Notwehrschranken; vgl. etwa *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 87.

[15] Sog. eingeschränkte Schuldtheorie; vgl. *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 470 ff.

[16] *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 478.

[17] *Ebert*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1994, S. 140.

[18] Z. B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 1995, § 21 Rn. 29 ff.

[19] Mitgeteilt in der Entscheidung des BSG, JZ 2000, S. 96.

[20] Die Entscheidung BSGE 84, 85 findet sich auch in NJW 1999, 2301 ff. abgedruckt.

der“ als sozialethische Notwehrschranke zustimmend zitiert.[21] Lesenswert ist auch die Fallbesprechung von *Simon*, der sich ebenfalls der Meinung des BSG anschließt.[22]

Die Entscheidung des Gerichts und die Anmerkung von *Roxin*[23] haben offenbar die Diskussion über das Merkmal der **Rechtswidrigkeit des Angriffs** beflügelt. Eine h. M. lässt sich nicht klar ausmachen. Bei *Wessels/Beulke* heißt es, die h. M.[24] lasse zur Bejahung der Rechtswidrigkeit des Angriffs den bevorstehenden Eintritt einer Rechtsgutsverletzung in Gestalt des Erfolgsunwertes genügen.[25] Im Münchener Kommentar wird indes dargelegt, die vordringende und inzwischen wohl h. M.[26] verlange einen Handlungsunwert, der in einem objektiven Sorgfaltspflichtverstoß zu erblicken sei.[27] Folglich gehen die Auffassungen wie bisher auseinander, jedoch hat die Lehre vom Handlungsunwert deutlich an Gewicht gewonnen.

Die **gesetzliche Grundlage** für sozialethische Notwehrschranken leitet die ganz überwiegende Ansicht unverändert aus dem gesetzlichen Merkmal der Gebotenheit in § 32 StGB her.[28] Nur vereinzelt wird dies mit dem Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken und den sprachlichen Kontext abgelehnt und die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage gefordert. Bis dahin sei bei jeglicher Beschränkung des Notwehrrechts möglichst große Zurückhaltung zu üben.[29]

Anerkannt sind sozialethische Einschränkungen der Notwehr in folgenden **Fallgruppen**, in welche die Untergruppe „ersichtlich irrende Person“ einzuordnen ist: Bagatellangriffe, krasses Missverhältnis zwischen den betroffenen Gütern, Angriffe von schuldlos Handelnden (Kindern, ersichtlich Irrenden, Geisteskranken, Betrunkenen), Angriffe im Rahmen enger Lebensbeziehungen und daraus resultierender Garantenstellung des Verteidigers gegenüber dem Angreifer.[30]

---

[21] *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 7 Rn. 193; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 32 Rn. 14; *Erb* in MüKo, StGB, Band 1, 2003, § 32 Rn. 183; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 344.

[22] *Simon*, JuS 2001, 639 ff.

[23] *Roxin*, JZ 2000, 99.

[24] Zitiert werden: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 32 II 1c; *Köhler*, Strafrecht AT, 1996, S. 268; *Spendel* in LK-StGB, 11. Aufl. 1992, § 32 Rn. 57, 60.

[25] *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 331.

[26] Genannt werden dort folgende Autoren (hier in der jeweils aktuellen Auflage nachgewiesen): *Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 73, 74; *Herzog* in NK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 32 Rn. 35; *Lenckner* in Schönke/Schröder, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 19/20, 21; *Joecks*, StGB, 6. Aufl. 2005, § 32 Rn. 10; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 17; *Krey*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2004, Rn. 439.

[27] *Erb* in MüKo (Fn. 21), § 32 Rn. 35.

[28] *Wessels/Beulke* (Fn. 21) Rn. 342; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2005, § 16 Rn. 35; *Lenckner* in Schönke/Schröder (Fn. 26), § 32 Rn. 44; *Joecks* (Fn. 26), § 32 Rn. 18; *Lackner/Kühl* (Fn. 21), § 32 Rn. 13.

[29] *Erb* in MüKo (Fn. 21), § 32 Rn. 176-182.

[30] *Herzog* in NK-StGB (Fn. 26), § 32 Rn. 101 ff.; *Joecks* (Fn. 26), § 32 Rn. 18 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 342 ff.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

Mai 2000

Blinker-Fall

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr / Verkehrsteilnahme / (äußerlich) verkehrsgerechtes Verhalten

§§ 315 b Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 a und b StGB (n. F.)

Leitsatz des Gerichts:

Auch ein (äußerlich) verkehrsgerechtes Verhalten kann das Bereiten eines Hindernisses oder einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff darstellen, wenn es aus verkehrsfeindlichen Gründen, nämlich in der Absicht erfolgt, einen Verkehrsunfall herbeizuführen

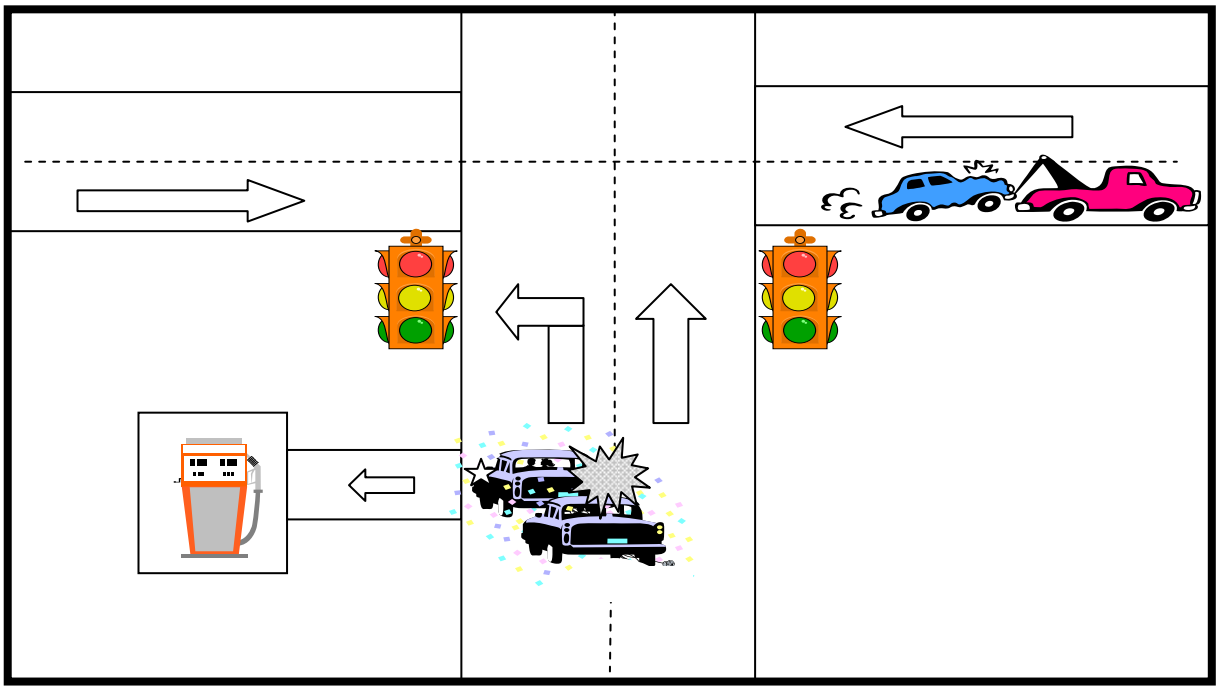
BGH, Urteil vom 22.7.1999, abgedruckt in StV 2000, S. 22 (mit Anmerkung *Kudlich*)

1. Sachverhalt[1]

A legte es darauf an, andere Verkehrsteilnehmer auf seinen Pkw auffahren zu lassen, um von deren Haftpflichtversicherung unberechtigt Schadensersatzleistungen zu erhalten. Auf der Linksabbiegerspur vor einer bestimmten Kreuzung verringerte er die Geschwindigkeit und betätigte den linken Blinker. Anstatt aber weiter auf die Kreuzung zuzufahren, bremste er sein Fahrzeug schon an der Einfahrt einer kurz vor der Kreuzung liegenden Tankstelle ab, um bereits dort links einzubiegen. Die nachfolgende Autofahrerin B fuhr, wie von A vorhergesehen und beabsichtigt, auf sein Fahrzeug auf. B hatte erwartet, dass A erst an der Kreuzung abbremsen und abbiegen würde. Die Haftpflichtversicherung der B kam für den Schaden am Fahrzeug des A auf, weil sie vom äußeren Ablauf her auf ein Verschulden der B schloss.

[1] Die Darstellung beschränkt sich auf die Wiedergabe einer von mehreren gleichartigen Taten des Angeklagten. Für das Verständnis der Rechtsprobleme ist dieser Sachverhalt ausreichend.

Die folgende Skizze gibt den Unfallhergang wieder:[2]



2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Eine Strafbarkeit des A wegen Betruges stand außer Frage. Zu klären hatte der BGH, ob A auch wegen des weitaus gewichtigeren Verbrechens des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 und 2 (a. F.) StGB[3] zu bestrafen ist. Dabei musste für eine in der Rechtsprechung bisher noch nicht aufgetretene Konstellation entschieden werden, in welchem Umfang auch Teilnehmer am Straßenverkehr nach § 315 b StGB zur Rechenschaft gezogen werden können.

Das Problem ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes. Grundsätzlich wird ein **Fehlverhalten im fließenden und ruhenden Verkehr**, sei es noch so schwerwiegend, straßenverkehrsstrafrechtlich nur als **Vergehen der Straßenverkehrsgefährdung gem. § 315 c StGB** erfasst. Demgegenüber richtet sich der **Tatbestand des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b StGB** gegen **erhebliche verkehrsfremde Eingriffe**, die **von außen** her die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigen. Abs. 3 dieser Vorschrift enthält eine Verbrechensqualifikation. Die günstigere Behandlung des Verkehrsteilnehmers in § 315 c StGB beruht auf dem Gedanken, dass auch der verkehrswidrige Fahrer am eigenen Fortkommen im Verkehr interessiert ist und daher nicht die gleiche Missbilligung verdient wie derjenige, der von außen den Straßenverkehr behindert.[4]

Diese gesetzliche Grenze ist von der Rechtsprechung[5] verschoben worden.[6] Sie wendet § 315 b StGB auch auf bestimmte Fälle der Verkehrsteilnahme an. Erfasst wird die **„Pervertierung“ des**

---

[2] Abbildungen dieser Art sind nach § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO für die Begründung strafrechtlicher Urteile verwendbar (näher dazu *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, StPO, 44. Aufl. 1999, § 267 Rn. 8 ff.). Es erstaunt, dass trotz großer technischer Fortschritte im Bereich der Abbildungen daraus bislang keine Konsequenzen für die juristische Veröffentlichungspraxis gezogen worden sind.

[3] Nach Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes am 1. 4. 1998: § 315 Abs. 3 Nr. 1 a und b StGB.

[4] Schönke/Schröder-*Cramer*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 315 b Rn. 7.

[5] Vgl. z. B. BGHSt 21, 301, 302; 41, 231, 233 f.

Verkehrsvorgangs in Gefährdungs- oder Schädigungsabsicht zu einem verkehrsfeindlichen Eingriff.[7] Als Fälle dieser Art wurden z. B. das gezielte Verhindern eines Überholvorgangs durch ein Polizeifahrzeug[8] und das absichtliche Rammen eines am Fahrbahnrand abgestellten Fahrzeugs[9] eingestuft.

Für eine nähere Eingrenzung dieses Fallbereichs verwendet die Rechtsprechung objektive und subjektive Kriterien mit unterschiedlicher Gewichtung im einzelnen Fall.[10] Objektiv werden eine **grobe Einwirkung auf den Verkehrsablauf von einigem Gewicht** und eine **besondere Gefährlichkeit des Verkehrsvorgangs** für erforderlich gehalten. In subjektiver Hinsicht muss der Täter mit einer **verkehrsfeindlichen Einstellung** gehandelt und, sofern er ein Fahrzeug benutzt hat, dieses **bewusst zweckwidrig** eingesetzt haben. Ferner muss sein Handeln von der **Absicht** bestimmt gewesen sein, **in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen**. Direkter Vorsatz, bedingter Vorsatz und Fahrlässigkeit genügen insoweit nicht.

Keine Bedeutung für die Abgrenzung hat bislang die **Frage** gehabt, **ob** im Rahmen dieser Fallgruppe **allein verkehrswidriges oder etwa auch verkehrsgerechtes Verhalten nach § 315 b StGB geahndet werden kann**. In den bisher entschiedenen Fällen lag stets ein eindeutig verkehrswidriges Verhalten vor. Im vorliegenden Fall musste der BGH zu dieser Frage Stellung nehmen, weil er im Übrigen die Voraussetzungen für eine Bestrafung nach § 315 b StGB als gegeben ansah. So lastete er A ein Handeln in verkehrsfeindlicher Absicht an. Dieser habe durch bewusst zweckwidrigen Einsatz seines Fahrzeugs den Unfall herbeiführen wollen.[11] Andererseits entsprach das Verhalten des A – jedenfalls nach dem äußeren Erscheinungsbild – den Vorschriften der StVO. A hatte sich, um in die Tankstelleneinfahrt abzubiegen, verkehrsgerecht auf der linken Fahrbahn eingeordnet, den Blinker betätigt und die Geschwindigkeit verringert. Er hatte den Auffahrunfall nicht etwa durch ein verkehrswidriges abruptes Bremsen provoziert. Vielmehr war es zum Unfall gekommen, weil B sein Verhalten missdeutet hatte. Zu dieser Fehleinschätzung hatte die von A für sein Vorhaben ausgenutzte Unübersichtlichkeit der Verkehrssituation beigetragen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bejaht die Anwendbarkeit von § 315 b StGB auf diesen Sachverhalt mit **zwei Begründungsschritten**. Deren Verhältnis bleibt allerdings unklar.

Zunächst geht er in seiner Argumentation von einem „an sich korrekten Fahrmanöver“ aus, das er wegen der inneren Tatseite für subsumierbar hält. Wer sich so im Verkehr verhalte, um in Erwartung von Fehlleistungen anderer einen Unfall herbeizuführen, setze sein Fahrzeug verkehrsfeindlich und zweckwidrig ein. Das verkehrsordnungsgemäße Fahrverhalten werde auf Grund dieser spezifischen Absicht zu einem unerlaubten Eingriff in den Straßenverkehr. Schwächere Vorsatzformen und erst Recht bewusste Fahrlässigkeit seien dagegen ungeeignet, diese Umwertung herbeizuführen. Wer verkehrsgerechtes Verhalten nur mit der Hoffnung auf einen Unfall und damit auf eine

---

6 Die Literatur stimmt der Rechtsprechung ganz überwiegend zu: z. B. *Lackner-Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 315 b Rn. 4; *Wessels/Hettinger,* Strafrecht BT/1, 23. Aufl. 1999*,* Rn. 979; a.A. *Fabricius* GA 1994, 164, 184.

7 BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Vorsatz 1; BGHSt 41, 231, 234.

8 BGHSt 21, 301, 302.

9 BGH NStZ 1995, 31.

10 Vgl. zum Folgenden Schönke/Schröder-*Cramer*, aaO., § 315 b Rn. 8 ff.

11 Unberücksichtigt bleiben in der Entscheidung die oben genannten objektiven Kriterien, die – jedenfalls gelegentlich – in anderen Entscheidungen herangezogen wurden. Es erscheint im vorliegenden Fall durchaus zweifelhaft, ob die Einwirkung gewichtig und besonders gefährlich war.

Möglichkeit günstiger Schadensabrechnung verbinde oder ein solches Geschehen lediglich billigend in Kauf nehme, handle zwar verwerflich. Von § 315 b StGB werde dieses Verhalten aber nicht erfasst.

Mit einer hinzugefügten Überlegung nimmt der BGH die Bewertung des Fahrverhaltens als verkehrsgerecht wieder zurück. Auch dafür dient die innere Tatseite als Anknüpfungspunkt. Wenn jemand mit seinem Verhalten allein die Schädigung eines anderen Verkehrsteilnehmers bezwecke, handle er letztlich verkehrswidrig. Denn er verletze das Gebot in § 1 Abs. 2 StVO, sich so zu verhalten, dass andere nicht geschädigt würden.

Der Entscheidung ist noch zu entnehmen, dass der BGH mit dem Einwand rechnet, er praktiziere ein **Gesinnungsstrafrecht**. Folgendes hält er dagegen: „Die Feststellung, der Täter habe einen Unfall absichtlich herbeigeführt, enthält notwendigerweise, dass er seine verwerfliche Gesinnung in ein unfallverursachendes Verhalten umgesetzt hat, dass es also nicht bei dem bösen Gedanken geblieben ist."

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Entscheidung verdient für Prüfung und Praxis gleichermaßen große Beachtung. Straßenverkehrsstrafrechtliche Fragestellungen treten in strafrechtlichen Prüfungsaufgaben häufiger auf, als Studierende annehmen. Besonders beliebt ist bei den Aufgabenstellern das Problem der Anwendbarkeit von § 315 b StGB auf Fälle der Verkehrsteilnahme. In praktischer Hinsicht verstärkt die Entscheidung die Tendenz zur Flexibilisierung des Straßenverkehrsstrafrechts. Die Ausdehnung von § 315 b StGB auf weitere Fälle der Verkehrsteilnahme lockert das gesetzgeberische Konzept einer eng umgrenzten Pönalisierung von Verhaltensweisen im Straßenverkehr durch § 315 c StGB noch mehr auf.

Was die **Technik der Fallprüfung** betrifft, so sind aus der Entscheidung **drei Konsequenzen** zu ziehen.

Erstens ist festzustellen, dass sich der Anwendungsbereich von § 315 b StGB für Fälle der vorliegenden Art auf die **Vorsatz-Vorsatz-Kombination nach Abs. 1** (vorsätzliche Eingriffshandlung und vorsätzliche Gefährdung) beschränkt. Denn nur das absichtliche Herbeiführen eines Unfalls genügt den vom BGH genannten Anwendungsbedingungen.

Die **zweite Konsequenz** ergibt sich daraus, dass die Abgrenzung zwischen Verkehrseingriff (§ 315 b StGB) einerseits sowie Verkehrsgefährdung (§ 315 c StGB) und strafloser Verkehrsteilnahme andererseits noch komplizierter geworden ist: Für eine Zuordnung zu § 315 b StGB ist zusätzlich zu den bisher verwendeten objektiven und subjektiven Kriterien zu beachten, dass auch ein (äußerlich) verkehrsgerechtes Verhalten in Betracht kommt. Unangemessen wäre ein Prüfungsverfahren, das die Frage der Anwendbarkeit von § 315 b StGB als „Vorprüfung" erörtert. Vorprüfungen – z. B. der Handlungsqualität oder der Versuchsstrafbarkeit – behandeln einfach zu klärende Fragen, die noch keine Bewertung von Einzelheiten des Tatgeschehens erfordern. Den **passenden Anknüpfungspunkt** für eine Prüfung bieten hier die tatbestandlichen Handlungsbeschreibungen in § 315 b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB und darin das **Merkmal des Eingriffs**. Es ist in Nr. 3 ausformuliert. Die Formulierung dort („ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff") macht deutlich, das es auch in Nr. 1 und 2 der Sache nach enthalten ist.

Drittens erweist es sich als **undurchführbar, die Prüfung, wie gewohnt, nach objektivem und subjektivem Tatbestand zu untergliedern**. Die Kriterien, die zur Ermittlung eines Verkehrseingriffs durch einen Verkehrsteilnehmer verwendet werden, lassen eine solche Unterteilung nicht zu, weil sie teils objektiver und teils subjektiver Natur sind. Es empfiehlt sich daher, die Tatbestandsmäßigkeit des Täterverhaltens nach § 315 b Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 StGB als nicht weiter untergliederte Einheit zu prüfen. Für die Tatbestandsprüfung insgesamt ergibt sich damit ein Drei-

Punkte-Programm: (1.) Eingriffshandlung, (2.) Gefährdung und (3.) Verursachungs- und Zurechnungszusammenhang.[12]

Inhaltlich ist der Entscheidung folgendes zu entnehmen. Die Anwendung von § 315 b StGB auf Fälle der Verkehrsteilnahme erfordert, wie jedenfalls der zweite Teil der Entscheidung zeigt, ein verkehrswidriges Verhalten. Was „verkehrswidrig" bedeutet, bestimmt der BGH rechtssystematisch und der Sache nach sehr ungewöhnlich. Danach ist die **objektive Verkehrswidrigkeit keine notwendige Bedingung des Gesamturteils „verkehrswidrig"**. Vielmehr ist dieses Gesamturteil auch bei äußerlich verkehrsgerechtem Verhalten möglich, nämlich dann, wenn dieses Verhalten mit einer Schädigungs- oder Gefährdungsabsicht verbunden ist. Das Urteil beruht auf einem Prüfungsverfahren, das sich deutlich vom stufenförmigen straftatsystematischen Vorgehen abhebt. Dieses führt z. B. nach der Verneinung der objektiven Tatbestands- oder Rechtfertigungsvoraussetzungen zum Abbruch der Prüfung. Ausgeschlossen ist eine Fortführung, um die Tatbestandsmäßigkeit oder eine Rechtfertigung aus subjektiven Gründen möglicherweise doch noch zu bejahen. Der Umgang des BGH mit dem Merkmal der Verkehrswidrigkeit ist dagegen eher ganzheitlicher Natur. Das Fehlen der objektiven Verkehrswidrigkeit kann durch die Verfolgung rechtlich missbilligter Zwecke kompensiert werden.

Die **Fachdiskussion** wird vermutlich darauf reagieren, dass die Entscheidung in der Kernaussage mit Entscheidungen zu Fallkonstellationen im Bereich der Beihilfe übereinstimmt. Diese betreffen die Unterstützung strafbaren Verhaltens durch neutrales (also äußerlich korrektes, eventuell auch berufstypisches) Verhalten.[13] Auch dort hat der BGH maßgeblich auf die innere Tatseite abgestellt.[14] Wegen Beihilfe sei strafbar, wer eine fremde Straftat fördern wolle, auch wenn sein Handeln objektiv neutral sei. Denkbar ist, dass es zu einer **generellen Thematisierung** der Frage kommt, ob und unter welchen Voraussetzungen verkehrsgerechtes (neutrales, berufstypisches, sozialadäquates) Verhalten aus subjektiven Gründen bestraft werden darf.

5. Kritik

Die Entscheidung macht **aus einem Betrugsmanöver**, das eine unübersichtliche Verkehrssituation ausnutzt, einen **Anschlag auf die Sicherheit des Straßenverkehrs** mit lediglich betrügerischem Hintergrund. Dem ist deutlich zu widersprechen.

Einzuwenden ist zunächst einmal, dass die Entscheidung der wesentlichen Funktion eines strafrechtlichen Tatbestandes zuwiderläuft. Diese besteht in der Gewährung von Orientierungssicherheit, die aus einer präzisen Umschreibung des missbilligten Verhaltens hervorgeht.[15] Der Bürger soll wissen, wie er sich verhalten darf und wie nicht. Die Einschränkung seiner **äußeren Handlungsfreiheit** muss klar ausgewiesen sein. Damit ist unvereinbar, dass der BGH das Merkmal der Verkehrswidrigkeit in den Tatbestand von § 315 b StGB einfügt, ohne das davon erfasste Verhalten äußerlich klar und abschließend zu umgrenzen. Identische Verkehrsvorgänge können – je nach Willensrichtung des Verkehrsteilnehmers – verkehrsgerecht, aber auch verkehrswidrig sein.[16]

---

[12] Diese Empfehlung gilt generell für den Umgang mit § 315 b StGB. Denn eine Untergliederung nach objektivem und subjektivem Tatbestand scheitert auch in anderen Konstellationen, so z. B. bei der Prüfung einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach Abs. 4.

[13] Vgl. *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 9. Aufl. 1999, S. 224 ff.

[14] BGHSt 29, 99, 106 f.; BGH NStZ 2000, 34; BGHR StGB § 27 I Hilfeleisten 3.

[15] Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 29. Aufl. 1999, Rn. 119.

[16] Die Verwendung von § 1 Abs. 2 StVO zur Begründung der Verkehrswidrigkeit in der vorliegenden Entscheidung ändert daran nichts. Als bloße Generalklausel bietet die Vorschrift keinerlei Verhaltensorientierung (vgl. *Kudlich* StV 2000, 25.). Im Übrigen wird die Anwendbarkeit im konkreten Fall auch wieder nur rein subjektiv begründet.

Das hat höchst **bedenkliche Konsequenzen für die Verfolgungspraxis**.[17] Deren Verdachtsbildung richtet sich am äußeren Tatbild aus. Wer, wie A, jedoch ohne dessen böse Absicht, an derselben Stelle einen völlig gleichgearteten Abbiegevorgang mit der Folge eines Unfalls ausführt, ist dem Verdacht ausgesetzt, eine Straftat nach § 315 b StGB begangen zu haben. Für ihn entsteht faktisch die Last, darlegen und beweisen zu müssen, dass sein (äußerlich) verkehrsgerechtes Verhalten nicht auf einer verkehrsfeindlichen Einstellung und betrügerischen Intentionen beruhte.

Ein Argument zugunsten der Entscheidung ist nicht etwa daraus abzuleiten, dass Fälle der Beihilfe durch neutrales Verhalten ähnlich gelagert sind und dort auch allein subjektive Kriterien über Strafbarkeit und Straflosigkeit entscheiden. Übersehen würde ein grundlegender Unterschied in der Tatbestandsstruktur. Den Tatbestand der Beihilfe erfüllt jeder wie auch immer geartete kausale Tatbeitrag.[18] Mit dieser Weite ist erklärbar, warum in Fällen objektiv neutralen Verhaltens die innere Tatseite den Ausschlag geben soll. § 315 b StGB macht dagegen die Strafbarkeit von einem **bestimmten Verhalten** abhängig. Erforderlich ist ein Verhalten in der Form des Eingriffs in den Straßenverkehr. Keineswegs genügt eine wie auch immer geartete Verursachung einer Verkehrsbeeinträchtigung.

Als untauglich erweist sich schließlich der Versuch des BGH, dem **Vorwurf des Gesinnungsstrafrechts** mit dem Argument zu entgehen, der Angeklagte habe seine verwerfliche Gesinnung in ein unfallverursachendes Verhalten umgesetzt. Ausgeschlossen wird damit nur die äußerste Form des Gesinnungsstrafrechts, die in der Bestrafung des Untätigen mit böser Gesinnung besteht. Ein Vergleich anderer Art macht eine andere Form des Gesinnungsstrafrechts sichtbar. Dem Vorwurf des Gesinnungsstrafrechts setzt sich eine Rechtspraxis aus, die von zwei Personen, die sich äußerlich gleichermaßen völlig regelgerecht verhalten, diejenige bestraft, die damit verwerfliche Absichten verbindet, während diejenige ohne solche Absichten straflos bleibt.

6. Nachtrag (April 2007)

An dem **Verhältnis** von § 315 c und § 315 b StGB hat sich nichts geändert: Bei § 315 c StGB geht es um Fehlleistungen bei der Bewältigung von Vorgängen des fließenden und ruhenden Verkehrs, die abschließend vom Katalog in § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst werden, bei § 315 b StGB um verkehrsfremde Eingriffe von außen. Ausnahmsweise werden allerdings auch Fälle der Verkehrsteilnahme unter § 315 b StGB subsumiert, wenn diese durch bewusste Zweckentfremdung des Fahrzeugs und eine damit verbundene Gefährdung anderer den Charakter eines verkehrsfeindlichen Eingriffs annimmt. Ob der BGH den hier besprochenen Fall zu Recht als eine solche Ausnahme angesehen hat, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.[19]

Neu ist, dass der für Verkehrssachen zuständige 4. Senat des BGH die **subjektiven Anforderungen** an die ausnahmsweise Erfassung der Verkehrsteilnahme durch § 315 b StGB **erhöht** hat. Ein Gefährdungsvorsatz reicht nicht mehr aus; der Täter muss das Fahrzeug mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz für verkehrsfeindliche Zwecke missbraucht haben.[20] Dadurch wird die Anwendbarkeit von § 315 b StGB auf die viel diskutierten Fälle der so genannten Polizeiflucht ganz erheblich eingeschränkt.[21]

---

[17] Vgl. zum Folgenden *Marxen/Karitzky*, EwiR 2000, 34 f., für Fälle der Beihilfe durch berufstypisches Verhalten.

[18] Vgl. Lackner-*Kühl*, aaO, § 27 Rn. 2.

[19] Ablehnend: *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 979; *Kopp*, JA 2000, 365; zustimmend: *Rengier*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 45 Rn. 8–11; *König*, JA 2000, 777.

[20] BGHSt 48, 233, mit abl. Anmerkungen von *König*, NStZ 2004, 175, S*eier/Hillebrand*, NZV 2003, 490 und *Dreher*, JuS 2003, 1159.

[21] Siehe dazu unsere Kommentierung der BGH-Entscheidung in FAMOS Juli 2003.

Festzuhalten ist, dass damit die folgenden **Voraussetzungen** für eine Anwendung von § 315 b Abs. 1 StGB auf Fälle der Verkehrsteilnahme erfüllt sein müssen:

- erhebliche Einwirkung auf den Verkehrsablauf,
- besondere Gefährlichkeit des Verkehrsvorganges,
- verkehrsfeindliche Absicht und
- mindestens bedingter Schädigungsvorsatz.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

Juni 2000

Lockspitzel-Fall

Tatprovokation durch Vertrauensperson / Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), § 29 a Betäubungsmittelgesetz (BtmG), § 46 StGB

Leitsätze des Gerichts:

Wird eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch die von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet und führt dies zu einem Strafverfahren, liegt darin ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Dieser Verstoß ist in den Urteilsgründen festzustellen. Er ist bei der Festsetzung der Rechtsfolgen zu kompensieren. Das Maß der Kompensation für das konventionswidrige Handeln ist gesondert zum Ausdruck zu bringen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.11.1999, abgedruckt in StV 2000, 57.

1. Sachverhalt

L war als Vertrauensperson (VP) für die Polizei tätig. In einer Versicherungsangelegenheit suchte er den Angeklagten A, einen italienischen Landsmann, auf. Im Verlauf des Gesprächs fragte L, ob A jemanden kenne, der ihm ein Kilogramm Kokain besorgen könne. A, der weder Drogenkonsument war, noch in Verdacht stand, mit Rauschgift zu handeln, verneinte die Frage. Gleichwohl wandte L sich danach mehrfach erneut mit derselben Anfrage an ihn und stellte ihm einen Gewinn von 5.000 DM in Aussicht. Von diesem Vorgehen wusste der Polizeibeamte, der L als VP führte. Erst nach der vierten Anfrage innerhalb eines Monats war A bereit, sich bei anderen nach entsprechenden Kontakten umzuhören. Er sprach den ihm bekannten Drogenkonsumenten D an, der ihn an seinen Dealer B verwies. Dieser hielt es für möglich, dass sein Lieferant C, von dem er ständig Drogen bezog, über entsprechende Kontakte verfügte. Tatsächlich war C bereit, ein Kilogramm Kokain zu verkaufen. In den Verhandlungen über die Modalitäten des Geschäfts führte B das Wort; A assistierte lediglich. Bei der Übergabe an einen polizeilichen Scheinaufkäufer, den L herangeführt hatte, wurden A, B und C festgenommen. Das LG verurteilte A zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung behandelt die Frage, welche Folge eine unerlaubte Tatprovokation von staatlicher Seite für die zur Tat verleitete Person hat. Sie schien für die Praxis erledigt zu sein, nachdem sich die BGH-Senate auf die sog. **Strafzumessungslösung** verständigt hatten.[1] Danach wirkt sich die **rechtswidrige Veranlassung der Tat** lediglich als **schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund** aus. Weitergehende Lösungsvorschläge, wie die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses oder die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, lehnte der BGH ab. Nach mehrfacher Bestätigung dieser Rechtsprechung[2] verlor auch die Literatur das Interesse an dem Thema.[3]

Erneute Aktualität erlangt das Problem nunmehr durch die **Internationalisierung des Rechts**, die allmählich auch das Strafrecht ergreift. Eine vorangegangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) zwang den BGH, die Strafzumessungslösung zu überprüfen.

In einem vergleichbaren Fall hatte der EuGHMR über die Klage eines portugiesischen Staatsangehörigen gegen Portugal zu befinden.[4] Polizeibeamte hatten ihn ohne vorherigen Tatverdacht zu einer Straftat angestiftet, zu der es ohne ihr Eingreifen nicht gekommen wäre. Wegen Rauschgifthandels wurde er zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, wovon er drei Jahre verbüßte. Der EuGHMR sah in der Tatprovokation und der anschließenden Verurteilung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness in Art. 6 Abs. 1 EMRK und verurteilte Portugal zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von ca. einer Million DM.

Das Urteil ist von den deutschen Strafgerichten zu beachten. Durch Zustimmungsgesetz ist die EMRK Bestandteil des deutschen Rechts geworden. Dementsprechend ist die Rechtsprechung des EuGHMR als „Auslegungshilfe“ bei der Anwendung nationalen Rechts zu berücksichtigen.[5]

Eine weitergehende Bindung besteht nicht. Der EuGHMR beschränkt sich auf die Feststellung der Konventionswidrigkeit; die konkrete Ausgestaltung der Grundprinzipien der EMRK bleibt dem nationalen Recht überlassen.[6] Gleichwohl ist der Prüfungs- und Argumentationsdruck beträchtlich, der von der Entscheidung des EuGHMR ausgeht. Es finden sich darin sehr deutliche Formulierungen, die eine bloße Strafzumessungslösung als bedenklich erscheinen lassen. Dem Beschwerdeführer wird bescheinigt, dass er „von Beginn an vollständig“ einem unfairen Verfahren ausgesetzt gewesen sei.[7] Ferner führt das Gericht aus: „Das öffentliche Interesse kann nicht die Verwendung von Beweismaterial rechtfertigen, das aus polizeilicher Anstiftung resultiert“.[8] Hinzu kommt, dass die Provokation in diesem Fall noch nicht einmal das Gewicht des polizeilichen Eingreifens in dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte. Immerhin gab es Hinweise darauf, dass der portugiesische Beschwerdeführer zur Beschaffung von Rauschgift in der Lage sein könnte. Auch hatte sich dieser bereits nach der ersten Anfrage bereitgefunden, aktiv zu werden, und er hatte das Rauschgift selbst beschafft.

---

[1] BGHSt 32, 345.

[2] Z. B. BGHSt 33, 356, 362; BGH NStZ 1999, 501.

[3] Vgl. die nur noch knappe Behandlung bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 29. Aufl. 1999, Rn. 574.

[4] *Teixeira de Castro* gegen Portugal, EuGHMR NStZ 1999, 47 (nichtamtlicher Auszug).

[5] BVerfGE 74, 358, 370.

[6] BGH StV 2000, 57, 59, 60, 62; *Ress* EuGRZ 1996, 350.

[7] EuGHMR NStZ 1999, 47, 48.

[8] EuGHMR NStZ 1999, 47, 48.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nur in der Form, nicht aber in der Sache erweist sich der BGH als europarechtsfreundlich. Wohl akzeptiert er die Pflicht, Entscheidungen des EuGHMR zu berücksichtigen. Er zieht jedoch nicht die Konsequenzen, die die genannten Formulierungen des EuGHMR nahelegen. Aus dem Verstoß gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness, von dem der BGH in dem ihm vorliegenden Fall ausgeht, leitet er weder ein Verfahrenshindernis noch ein Beweisverbot ab. Vielmehr **verteidigt er seine Strafzumessungslösung**. Durch zusätzliche Anforderungen an die Umsetzung dieser Lösung versucht er, der Entscheidung des EuGHMR gerecht zu werden. Was dem Opfer polizeilicher Provokation dort erst nachträglich als finanzielle Kompensation zuerkannt wurde, soll ihm hier im Verfahren durch Strafmilderung bis an die Untergrenze oder darüber hinaus durch Verwarnung mit Strafvorbehalt oder durch Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO zugute kommen. Der Konventionsverstoß ist in den Urteilsgründen festzustellen. Auch muss der Umfang der Rechtsfolgen-Kompensation klar ausgewiesen werden.

Interesse verdient, mit welcher Begründung der BGH sich den näher liegenden Lösungen verweigert. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses verhindert nach seiner Auffassung Gerechtigkeit im Einzelfall. Es komme das Prinzip „Alles oder Nichts“ zum Zuge; nötig sei jedoch eine „Abwägung der vielgestaltigen Abstufungen“ insbesondere auch im Hinblick auf die Unterschiede im Verhalten des Provozierten.[9] Ferner zeige die Regelung in § 136 a StPO, dass auch schwerste Verstöße gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness im deutschen Recht lediglich ein Beweisverwertungsverbot auslösten, nicht jedoch an der Durchführung des Verfahrens hinderten.[10] Gegen die Annahme eines Beweisverbots führt der BGH allgemeine Gründe ins Feld.[11] Ein derartiges Verbot betreffe lediglich die einzelne unzulässige Ermittlungshandlung, nicht aber die Beweisaufnahme insgesamt. Zudem sei dessen Reichweite schwer zu ermitteln. Unklar sei, wie weit ein Beweisverbot bei verschiedenen Tatbeteiligten reiche, ob ein Verfahrensverstoß eine Fernwirkung für spätere Beweiserhebungen habe und ob der Zweifelssatz anwendbar sei. Den maßgeblichen **Vorzug der** eigenen **Strafzumessungslösung** sieht der BGH in der **praktischen Flexibilität** und der dadurch gewährleisteten **Einzelfallgerechtigkeit**.[12]

Die Entscheidung leistet auch einen Beitrag zur Klärung der rechtlichen Voraussetzungen für eine polizeiliche Lockspitzeltätigkeit. Betont wird der Unterschied zwischen zwei Akteuren. Spezialgesetzlich geregelt ist der Einsatz Verdeckter Ermittler (VE).[13] Das sind unter veränderter Identität tätige Beamte des Polizeidienstes (§ 110 a Abs. 2 StPO). Jegliche Ermittlungstätigkeit, also auch eine Tatprovokation, hat u. a. einen Tatverdacht zur Voraussetzung (§ 110 a Abs. 1 StPO). Eine VP gehört dagegen nicht der Polizei an, unterstützt diese aber vertraulich bei der Aufklärung von Straftaten.[14] Der BGH stellt klar, dass eine VP den Bereich der Gefahrenabwehr verlässt, wenn sie gezielt (unter polizeilicher Kontrolle) eine Straftat provoziert. Die Maßnahme habe repressiven Charakter und bedürfe daher einer strafverfahrensrechtlichen Legitimation. Wesentliche Voraussetzung sei, dass die angesprochene Person „in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu

[9] BGH StV 2000, 57, 60.

[10] BGH StV 2000, 57, 60.

[11] BGH StV 2000, 57, 60 f.

[12] BGH StV 2000, 57, 60.

[13] §§ 110 a ff. StPO.

[14] Vgl. Gemeinsame Richtlinien der Justiz- und Innenminister der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung, Nr. 2.2 (abgedruckt bei *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, StPO, 44. Aufl. 1999, S. 1910 ff.)

sein".[15] **Unzulässig** ist also **ein Lockspitzeleinsatz „auf gut Glück" gegenüber einem Unverdächtigen**.

Schließlich grenzt der BGH noch den Bereich der Tatprovokation von Maßnahmen unterhalb dieser Schwelle ab. Noch keine Provokation liege vor, wenn eine VP einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspreche, ob er Betäubungsmittel beschaffen könne, oder wenn die VP nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutze. Als provozierender Lockspitzel sei die VP dagegen tätig, „wenn sie über das bloße ‚Mitmachen' hinaus in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt".[16]

Für den vorliegenden Fall gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass das vom LG verhängte Strafmaß wegen des schwerwiegenden Verstoßes gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness unvertretbar hoch sei. Es liege eine Sanktion im Bereich der Mindeststrafe nahe.[17]

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Das Europarecht hält Einzug in die Pflichtfächer. Examensklausuren im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht aus jüngster Zeit belegen diesen Trend. Er wird vor dem Strafrecht nicht Halt machen. Die vorliegende Fallgestaltung bietet sich dafür zur Verwertung an; erlaubt sie doch eine Verbindung mit Problemen des Allgemeinen Teil, indem auch nach der Strafbarkeit des Lockspitzels gefragt wird.[18]

Falsch wäre es, zu meinen, man brauche auf die hier erörterten Probleme nicht einzugehen, weil sie verfahrens- und strafzumessungsrechtlicher Natur seien, während regelmäßig nur die „Strafbarkeit" zu untersuchen sei. Zum einen ist zu bedenken, dass die straftatsystematische Einordnung der Folgen unzulässiger Tatprovokation keineswegs abschließend geklärt ist. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass ein persönlicher Strafausschließungsgrund für den Provozierten anzunehmen sei.[19] Zum anderen gilt generell: Der Aufgabensteller will nicht beim Wort genommen werden, wenn er in einer Examensklausur nach der Strafbarkeit der Beteiligten fragt. Erwartet wird auch, dass Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse thematisiert werden, sofern der Fall dazu Anlass bietet.[20] Auch **rückt die Strafzumessung immer stärker ins Blickfeld der Prüfungspraxis**.[21] Seit jeher mussten Konkurrenzfragen behandelt werden. Wegen ihrer Tatbestandsähnlichkeit sind auch Regelbeispiele zu beachten, deren Zahl der Gesetzgeber ständig vermehrt. Die Aufzählung lässt sich fortsetzen: Rechtsfolgenlösung beim Mord, der minderschwere Fall des Totschlags, die Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB usw. **Benannte Gründe** dieser und anderer Art **für einen Verzicht auf Strafe und für eine Strafschärfung oder Strafmilderung sollten – bei entsprechendem Anlass – in einer Fallbearbeitung Berücksichtigung finden**.

---

[15] BGH StV 2000, 57, 61.

[16] BGH StV 2000, 57, 61.

[17] BGH StV 2000, 57, 62.

[18] In erster Linie geht es um eine Strafbarkeit wegen Anstiftung; vgl. dazu *Kühl*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1997, § 20 Rn. 201 ff.

[19] Z. B. *Roxin* JZ 2000, 369; SK-StPO – *Rudolphi*, § 110 c Rn. 11.

[20] Vgl. die entsprechenden Abschnitte in den Lehrbüchern zum AT; z. B *Ebert*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1994, S. 100 ff.; *Matt*, Strafrecht AT I, 1996, S. 286 ff.; *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 496 ff.;

[21] Vgl. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 5. Aufl. 1996, S. 52.

Der Meinungsstreit über die Folgen unzulässiger Tatprovokation verursacht **Schwierigkeiten beim Aufbau der Fallprüfung**. Wie soll der Prüfungspunkt heißen, unter dem diese Folgen diskutiert werden, und wann ist er anzusprechen? Unzweckmäßig wäre es, sich vorzeitig festzulegen. Ob ein persönlicher Strafausschließungsgrund, ein Verfahrenshindernis oder ein Strafmilderungsgrund anzunehmen ist, soll ja erst noch geklärt werden. Daher empfiehlt sich eine offene Benennung: Straflosigkeit auf Grund unzulässiger Tatprovokation. Dieser Prüfungspunkt sollte der üblichen Erörterung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld folgen. Im vorliegenden Fall wäre also zunächst festzustellen, dass A den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gem. § 29 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BtmG erfüllt hat und dass keine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe eingreifen. Nunmehr wäre auf die Frage einer Straflosigkeit wegen unzulässiger Tatprovokation einzugehen. Die Erörterung kann zum Ergebnis haben, dass lediglich ein Strafmilderungsgrund angenommen wird.

Der justiziellen Praxis verlangt die Entscheidung ein **erhöhtes Maß an Formalisierung und Begründung** ab. Der größere Aufwand ist zu leisten beim Ausweis des Konventionsverstoßes und bei der Darlegung sowie bei der Begründung der Kompensation in den Urteilsgründen, was die Urteile revisionsanfälliger machen wird. Insgesamt muss sich die strafrechtliche Praxis auf eine Fortführung der Strafzumessungslösung einstellen. Ob sie von Dauer sein wird, erscheint aber zweifelhaft. Da, wie oben gezeigt, Diskrepanzen zwischen der BGH-Entscheidung und der Entscheidung des EuGHMR bestehen, ist nicht auszuschließen, dass der EuGHMR diese deutsche Lösung verwirft, wenn er dazu Gelegenheit erhält.

5. Kritik

Zwar bezeugt der BGH dem europäischen Recht und insbesondere der Rechtsprechung des EuGHMR mit seiner Entscheidung Respekt. Doch belässt er es bedauerlicherweise bei einer halben Verbeugung. Die klaren Äußerungen des EuGHMR über die Rechtswidrigkeit des Verfahrens und der Beweisgewinnung hätten die Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses zur Folge haben müssen,[22] zumal der Verstoß gegen das Gebot der Verfahrensfairness weitaus größeres Gewicht gehabt hatte als derjenige im Fall des EuGHMR. Man vergleiche nur die jeweiligen finanziellen Auswirkungen: Der portugiesische Beschwerdeführer wurde mit einer Million DM entschädigt; A hat als Verurteilter gem. § 465 StPO die Prozesskosten zu tragen.

Dagegen verdient Zustimmung, was der BGH über die Einordnung der Tätigkeit einer VP und über die Voraussetzungen einer zulässigen Tatprovokation sagt. Er betont, dass die Problematik des Einsatzes einer VP als Lockspitzel allein nach strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Kriterien zu bemessen sei, und macht die Zulässigkeit einer Tatprovokation davon abhängig, dass zumindest ein Anfangsverdacht gegeben ist. Eine großzügigere Legitimation nach Polizeirecht kommt somit nicht in Betracht. Erreicht ist insoweit eine **Angleichung an die gesetzliche Voraussetzung für den Einsatz eines VE**. Dieser darf nur bei zureichenden Anhaltspunkten für eine Straftat, bei einem Anfangsverdacht also,[23] tätig werden (§ 110 a Abs. 1 StPO).

Von der Entscheidung dürften **nur in geringem Umfang disziplinierende Wirkung auf die Verfolgungspraxis** ausgehen. Die VP hat weiterhin kaum Nachteile zu befürchten, wenn sie einen anderen unzulässig zu einer Tat provoziert. Vor einer Bestrafung wegen Anstiftung schützt sie die

[22] So auch *Sinner / Kreuzer* StV 2000, 114, 117; *Kempf* StV 1999, 128, 130; für ein Beweisverwertungsverbot: *Kinzig* StV 1999, 288, 292.

[23] Vgl. *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, aaO., § 110 a Rn. 10, § 98 a Rn. 7.

ganz h. M., die den Anstiftungsvorsatz verneint.[24] Disziplinarrechtliche Folgen scheiden aus, weil die VP nicht dem Polizeidienst angehört. Allenfalls der Polizeibeamte, der die VP führt, könnte disziplinarrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Einer Verwertung der Ermittlungsergebnisse steht nichts im Wege. Was bleibt, ist die Kennzeichnung des Vorgehens in den Urteilsgründen als rechtswidrig. Man kann nur hoffen, dass schon dies allein in einem Rechtsstaat genügend Anlass bietet, derartige Praktiken zu unterlassen.

6. Nachtrag (April 2007)

Die **Rechtsprechung** hat sich **nicht geändert**.[25] In der **Literatur** sind **unterschiedliche** Reaktionen zu verzeichnen. Das Festhalten des BGH an der Strafzumessungslösung ist teilweise auf Zustimmung gestoßen.[26] Vielfach wird aber auch die Auffassung vertreten, dass seine Lösung den Vorgaben des EuGHMR nicht gerecht werde.[27] Wenn ein Unverdächtiger durch eine so massive Einwirkung wie im vorliegenden Fall zu einer Tat verleitet werde, so sei aus der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ein Verfahrenshindernis[28] oder zumindest ein Beweisverwertungsverbot abzuleiten.[29] Nach wie vor ist daher nicht abschließend geklärt, ob in Fällen dieser Art ein persönlicher Strafausschließungsgrund, ein Verfahrenshindernis, ein Beweisverwertungsverbot oder lediglich ein Strafmilderungsgrund vorliegt. Gültigkeit behält demnach unsere Empfehlung, das Problem in einem angehängten Prüfungspunkt „Straflosigkeit auf Grund unzulässiger Tatprovokation“ zu erörtern.

---

[24] Vgl. *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, Rn. 4; *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 573.

[25] Vgl. BGHSt 47, 44, 47 f.

[26] Z. B. bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 288.

[27] *Kudlich*, JuS 2000, 951; *Endriß / Kinzig*, NStZ 2000, 271; *Lesch*, JA 2000, 450; *Herzog*, StV 2003, 410.

[28] *Lesch*, JA 2000, 450, 454.

[29] *Kudlich*, JuS 2000, 951, 955.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

Juli 2000

Honorar-Fall

Geldwäsche / Isolierungstatbestand / Honorar des Strafverteidigers / verfassungskonforme Auslegung

§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB, Art. 12 Abs. 1 GG, § 137 Abs. 1 StPO als Ausprägung des Fairness- und des Rechtsstaatsprinzips

Leitsatz des Gerichts:

Ein Strafverteidiger, der sich Vermögenswerte, die sein Auftraggeber aus einer rechtswidrigen Tat nach § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB erworben hat, in Kenntnis ihrer Herkunft ausschließlich zur Befriedigung seiner Honorarforderung verschafft, macht sich regelmäßig dann nicht wegen Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar, wenn nicht einem Verletzten aus der Straftat ein Anspruch erwachsen ist, der durch die Honorarzahlung vorsätzlich oder leichtfertig vereitelt, gefährdet oder erschwert würde.

HansOLG Hamburg, Beschluss vom 6. 1. 2000, abgedruckt in Strafverteidiger 2000, 140 (mit Anmerkungen von *Lüderssen* StV 2000, 140; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161; *Hamm* NJW 2000, 636)

1. Sachverhalt

Strafverteidiger A erhält von B den Auftrag, die Drogenkurierin C anwaltlich zu vertreten, die sich in Untersuchungshaft befindet. B zahlt A einen Honorarvorschuss von 5000,– DM. A weiß, dass das Geld aus dem Erlös eines Drogengeschäfts im Sinne von § 261 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB stammt.[1]

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die **Strafvorschrift der Geldwäsche in § 261 StGB** bereitet wegen ihrer **ungeheuren Weite** eine Vielzahl von Anwendungsproblemen. **Zwei Problemschwerpunkte** sind auszumachen.[2] Gro-

[1] Diesen Sachverhalt hat das Gericht unterstellt. Es hatte über eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Landgericht aus tatsächlichen Gründen zu befinden. Nach Auffassung des Landgerichts war dem Angeschuldigten weder der nach § 261 Abs. 2 StGB erforderliche Vorsatz noch Leichtfertigkeit nach Abs. 5 dieser Vorschrift hinreichend sicher nachzuweisen. Das HansOLG gelangt zu dem Ergebnis, dass selbst im Falle des Nachweises vorsätzlichen Handelns die Eröffnung aus Rechtsgründen abzulehnen sei, und weist daher die Beschwerde zurück.

ße Schwierigkeiten verursacht zum einen eine sachgerechte Abgrenzung des Tatobjekts. Die gesetzliche Umschreibung in Abs. 1 als „Gegenstand", der aus einer bestimmten Vortat „herrührt", lässt jegliche Kontur vermissen. Zum anderen stellt der in Abs. 2 geregelte Tatbestand den Rechtsanwender vor kaum lösbare Probleme, weil er in seiner gesetzlichen Fassung weit über das Ziel einer Bekämpfung der organisierten Schwerkriminalität hinausschießt. Jegliches Sich-Verschaffen, Verwahren und Verwenden „inkriminierter"[3] Gegenstände wird unter Strafe gestellt, wobei im Hinblick auf das Wissen um die Herkunft nach Abs. 5 Leichtfertigkeit ausreicht. Damit erstreckt sich der Tatbestand auf große Bereiche sozialadäquaten und berufsbezogenen Verhaltens. Er erfasst auch die Entgegennahme von bemakeltem Geld als Honorar durch einen Strafverteidiger. Seit vielen Jahren wird intensiv und bislang ergebnislos über die Notwendigkeit einer Tatbestandseinschränkung zur Gewährleistung ungehinderter Strafverteidigung diskutiert. Mit dem Beschluss des HansOLG liegt dazu nunmehr eine **Grundsatzentscheidung** vor.

Das Problem resultiert aus einem **Konflikt von Interessen und Rechtsprinzipien**.[4] Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot der Tathandlungen in § 261 Abs. 2 StGB den inkriminierten Gegenstand praktisch verkehrsunfähig machen und dadurch den Vortäter gegenüber seiner Umwelt isolieren (daher: „Isolierungstatbestand"[5]). Diesem Ziel steht das Recht des Beschuldigten gegenüber, sich frei bis zu drei Verteidiger zu wählen, die gegen Entgelt für ihn im Verfahren tätig werden (§ 137 Abs. 1 StPO). Die Gegenposition wird noch verstärkt durch das Recht des Rechtsanwalts auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Meinungsspektrum in der Literatur[6] reicht von der Annahme einer mehr oder minder umfangreichen Strafbefreiung von Strafverteidigern über die Ablehnung jeglicher Privilegierung bis zur Leugnung der praktischen Bedeutung des Problems. Die Lösungsansätze für eine Strafbefreiung nutzen wiederum das breite Angebot an strafrechtlichen Begründungsmöglichkeiten. Vorgeschlagen wird, den objektiven Tatbestand teleologisch zu reduzieren oder durch das Merkmal der Sozialadäquanz einzuschränken. Ein anderer Ansatz sucht die Lösung im subjektiven Tatbestand: Schwächere Formen des Vorsatzes und auch Leichtfertigkeit sollen für die Bestrafung eines Strafverteidigers nicht ausreichen. Teils wird Strafverteidigern ein besonderer Rechtfertigungsgrund zugebilligt.[7] Schließlich wird als Lösung noch die Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153 a StPO angeboten.

Die Ausbildungsliteratur ist auf das Problem aufmerksam geworden und bearbeitet es mit wachsender Intensität.[8] Klare Standpunkte haben sich bislang aber nicht herausgebildet.

---

2 Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. 2000, § 23 Rn. 5 ff., 16 f.

3 Der Tatbestand der Geldwäsche bereitet auch rein sprachlich erhebliche Probleme: Wie nennt man das „schmutzige" Geld, dessen Wäsche verboten ist? Die Alltagssprache hält sich zurück. Sie befolgt die alte Weisheit, dass Geld nicht stinkt (pecunia non olet). Die Juristensprache behilft sich mit fremdsprachlichen und altertümlichen (z. B. „bemakelt") Ausdrücken.

4 Vgl. HansOLG StV 2000, 141.

5 *Rengier*, aaO., § 23 Rn. 10.

6 Ausführliche Darstellung durch das HansOLG in StV 2000, 142 ff.

7 So neuerdings *Bernsmann* StV 2000, 40 ff., sowie *Hamm* NJW 2000, 636 ff., in Reaktion auf die Entscheidung des HansOLG.

8 Z. B. *Rengier*, aaO., § 23 Rn. 16 f.; *Schroth*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2000, S. 269; *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 21. Aufl. 1999, Rn. 892, 902.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das HansOLG erklärt das Verhalten des Strafverteidigers A für straflos. Nicht so sehr das Ergebnis, wohl aber die Art der Begründung überrascht.

Das Gericht widerspricht nämlich in einem ersten Schritt sämtlichen Vorschlägen der Literatur für eine Strafbarkeitseinschränkung. Dabei beruft es sich auf den Willen des Gesetzgebers. Dieser habe das Problem einer Kriminalisierung sozialadäquaten und berufsbezogenen Verhaltens gekannt und ausgiebig erörtert. Gleichwohl habe er sich für eine weite Fassung der Vorschrift entschieden. Darin zeige sich der unzweideutige Wille, die Entgegennahme bemakelten Geldes als Verteidigerhonorar dem Anwendungsbereich der Vorschrift zu unterstellen.

Seinen zweiten Schritt bezeichnet das Gericht als **„verfassungskonforme Auslegung“**. Mit weit ausgreifenden Überlegungen zur Kollision verfassungsrechtlicher Positionen gelangt es zu dem Ergebnis, dass **selbst ein vorsätzliches Verhalten des Verteidigers „im Regelfall nicht den objektiven Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllen kann“**. Gegen eine Strafbarkeit wird zum einen das Recht des Beschuldigten nach § 137 Abs. 1 StPO ins Feld geführt, sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers zu bedienen. Dessen verfassungsrechtliche Absicherung wird aus dem Prinzip der Verfahrensfairness abgeleitet, das wiederum dem Rechtsstaatsprinzip entnommen wird. Zum anderen wird das Erfordernis einer Strafbarkeitseinschränkung verfassungsrechtlich mit dem Recht des Anwalts auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG begründet.

Seine verfassungsrechtlichen Erwägungen konkretisiert das Gericht durch **praktische Argumente, die die Konsequenzen einer Strafbarkeit betreffen**. Hingewiesen wird u. a. auf Folgendes. Der Verteidiger müsste sein Mandat niederlegen, wenn er den Eindruck gewinnt, dass das Honorar aus zweifelhafter Quelle stammt. Das hätte nach außen eine fatale Signalwirkung mit belastender Tendenz für den Mandanten. Auch aus wirtschaftlichen Gründen würde der Verteidiger, um sich seine Gutgläubigkeit zu erhalten, Gespräche mit seinem Mandanten über die Herkunft des Geldes und damit eventuell auch über den Tatvorwurf vermeiden und auch auf andere Aufklärungsmaßnahmen verzichten. Eine effektive Verteidigung wäre dann aber nicht mehr möglich. Auch bestünde stets die Gefahr der Einleitung eines Strafverfahrens mit Zwangsmaßnahmen, wie Durchsuchung und Beschlagnahme, gegen den Verteidiger. Der Verdacht könnte bereits aus dem objektiven Umstand abgeleitet werden, dass der Verteidiger Honorar von einem Mandanten entgegengenommen hat, der einer der Katalogtaten des Geldwäschetatbestandes beschuldigt wird.

Das Gericht bemüht sich auch, die **Ausnahmen von der Regel der Straflosigkeit** näher zu bestimmen. Danach ist der Verteidiger – selbstverständlich – uneingeschränkt strafbar, wenn er über die bloße Entgegennahme des Honorars Verschleierungs- oder Vereitelungshandlungen nach § 261 Abs. 1 StGB begeht oder die tatbestandlichen Voraussetzungen der Begünstigung (§ 257 StGB), der Strafvereitelung (§ 258 StGB) oder der Hehlerei (§ 259 StGB) erfüllt. Ferner soll das **„Honorarprivileg“** dort seine Grenze finden, „wo Mittel angefaßt werden, die an ein Tatopfer zurückzugewähren oder ihm als Schadensersatz zu überstellen sind“[9]. Schließlich soll es bei einer Strafbarkeit bleiben, wenn das Honorar ganz oder zum Teil nur zum Schein gezahlt wird, um das Geldwäscheverbot zu umgehen.[10]

---

9 HansOLG StV 2000, 150.

10 Diese wichtige Ausnahme (vgl. unten den letzten Abs. von 4.) hat das Gericht – leider – nicht mit in seinen Leitsatz aufgenommen.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Aus mehreren Gründen ist die Entscheidung **höchst prüfungsrelevant**. Der Geldwäschetatbestand rückt immer stärker ins Blickfeld der Verantwortlichen für die Prüfung, weil seine Einführung nun schon acht Jahre zurückliegt und die dogmatische Erfassung durch Rechtsprechung und Literatur deutlich vorangeschritten ist. Zudem ist er wegen seiner Weite bei Prüfungsaufgaben aus dem Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte oft gar nicht vermeidbar.[11] Auch bietet der vorliegende Fall eine gute Gelegenheit, neben strafrechtlichen Kenntnissen noch verfassungrechtliches Wissen zu prüfen. Schließlich ist der Fall attraktiv, weil mit ihm das beliebte Prüfungsthema „Strafbarkeit des Strafverteidigers" variiert werden kann, dessen erfolgreiche Bearbeitung die Kenntnis strafverfahrensrechtlicher Grundzüge voraussetzt.[12]

Schwierig ist die **Umsetzung** der Entscheidung **in den strafrechtlichen Prüfungsgang**. Da von „verfassungskonformer Auslegung" die Rede ist, bietet es sich an, das Problem bei der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit zu erörtern. Doch lässt es sich nicht, wie man es in Fällen der Auslegung gewohnt ist, mit einem bestimmten Tatbestandsmerkmal verknüpfen. Vielmehr hat das HansOLG so etwas wie eine verfassungskonforme Gesamtbetrachtung des Tatbestandes vorgenommen. Weitere Verwirrung stiftet, dass das Gericht sich in Auslegungsfragen durch seinen ersten Schritt eigentlich bereits festgelegt hat. Darin stellt es einen klaren Willen des Gesetzgebers fest, ein Verteidigerhandeln dieser Art zu pönalisieren, und erklärt diesen Willen für bindend. Das Mittel verfassungskonformer Auslegung kann aber nur dann zum Zuge kommen, wenn mehrere Auslegungsvarianten denkbar sind, unter denen dann nach Gesichtspunkten der Verfassungskonformität entschieden wird. Jede verfassungskonforme Auslegung findet nach dem BVerfG ihre Grenze indes dort, „wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde".[13] Demnach hat das Gericht gar nicht verfassungskonform ausgelegt, sondern das Gesetz verfassungsrechtlich korrigiert. Dazu ist es aber nicht befugt. Verfassungrechtlich ist für den Fall eines durch Auslegung nicht zu beseitigenden Widerspruches zur Verfassung vorgesehen, dass das Gericht das Verfahren aussetzt und die Sache dem BVerfG zur Entscheidung vorlegt (konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG). Im strafrechtlichen Prüfungsgang ist diese Möglichkeit so zu verarbeiten, dass vor der Anwendung des Gesetzes seine verfassungsrechtliche Anwendbarkeit im Wege einer Vorprüfung untersucht wird.[14]

Straftatsystematisch kommen somit **zwei Möglichkeiten der Verarbeitung** in Betracht:

- eine der Tatbestandsprüfung **vorgelagerte Prüfung der Anwendbarkeit** von § 261 Abs. 2 StGB,
- eine **verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandes,** wenn man – anders als das HansOLG – den gesetzgeberischen Willen nicht für allein maßgeblich erklärt und mit Hilfe gramma-

---

11 Es soll schon vorgekommen sein, dass Aufgabenstellern die Anwendbarkeit von § 261 StGB erst bei der Lektüre der Klausuren bewusst geworden ist.

12 Bislang ist dieses Thema zur Hauptsache im Zusammenhang mit dem Straftatbestand der Strafvereitelung nach § 258 StGB erörtert worden (vgl. dazu *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 258 Rn. 8 ff.).

13 Ständige Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 18, 97, 111; 67, 382, 390; 71, 81, 105.

14 Bekannte Beispiele für eine solche vorgeschaltete Untersuchung sind die Vorprüfungen zur Verfassungsmäßigkeit des Nötigungstatbestandes (vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 240 Rn. 2) und der Rechtsfigur der actio libera in causa (vgl. *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 9. Aufl. 1999, S. 109 ff.). – Ein Straftatsystem, das auf Vollständigkeit angelegt ist, muss diese Vorprüfung enthalten. In den Straftatsystemen der aktuellen Lehrbücher ist sie aber nicht vorgesehen, was den Schluss zulässt, dass die Straftatlehre verfassungsrechtlich rückständig ist (vgl. dazu *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, S. 358 ff.).

tikalischer, systematischer[15] oder teleologischer Auslegung zu einem davon abweichenden Ergebnis gelangt.[16]

Die Problematik ist praktisch außerordentlich bedeutsam. Bereits der Verfahrensgang zeigt, welchen Stellenwert die Staatsanwaltschaft ihr beimisst.[17] Die Staatsanwaltschaft hat eine **besondere Bedeutung des Falles** angenommen und dementsprechend gem. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG Anklage beim Landgericht erhoben. Nicht befasst wurde also das Amtsgericht, das angesichts einer geringen Straferwartung an sich zuständig gewesen wäre. Man wird annehmen dürfen, dass im Wege eines Pilotverfahrens[18] eine Leitentscheidung herbeigeführt werden sollte, die letztlich aber nicht im Sinne der Staatsanwaltschaft ergangen ist. Ein Rechtsmittel dagegen ist nicht möglich. Doch ist damit nicht zwingend ein Schlusspunkt gesetzt. Denkbar ist, dass es in gleichen oder ähnlichen Fällen zu abweichenden Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte, des BGH oder des BVerfG kommt.

Für die Praxis ist ferner von großer Bedeutung, wie sich der vom HansOLG umrissene **Ausnahmebereich** entwickelt. Es ist gut vorstellbar, dass im kriminellen Milieu versucht werden wird, das Honorarprivileg des Strafverteidigers für eine Umgehung des Geldwäscheverbots zu nutzen. Derartige **Umgehungsgeschäfte** hat das HansOLG ausdrücklich für strafbar erklärt. Doch wird es notwendig sein, dafür klare Kriterien zu benennen. Denn die rechtsstaatliche Institution der Strafverteidigung könnte auch dadurch in Gefahr geraten, dass nunmehr auf der Grundlage eines vagen Umgehungsverdachts Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Strafverteidiger eingeleitet werden.

5. Kritik

Im Ergebnis und im Kern der Begründung ist dem HansOLG **zuzustimmen**. Eine Bestrafung von Strafverteidigern, die bemakeltes Honorar entgegennehmen, wäre mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Sie befände sich auch im Widerspruch zum strafverfahrensrechtlichen Prinzip der Waffengleichheit[19], weil die Strafverfolgungsorgane Strafverteidiger mit Verfolgungsmaßnahmen auf der Grundlage eines Geldwäscheverdachts unter Druck setzen könnten. Zustimmung verdienen auch die Ausnahmen, die dem Gedanken des Opferschutzes dienen und Umgehungsgeschäfte unterbinden sollen.

Dagegen ist **das methodische Vorgehen** des Gerichts **nur im ersten Schritt akzeptabel**. Darin erklärt es den Willen des Gesetzgebers für bindend. Diese hohe Wertschätzung wird der sog. historischen Auslegung üblicherweise nicht zuteil. Zumeist löst sich der Rechtsanwender vom Willen des Gesetzgebers, indem er der objektiven Auslegung nach Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) den Vorrang einräumt, die ihm zu größerer Freiheit im Umgang mit dem Gesetz verhilft.[20] Es

---

15 Ein systematisches Argument für Straflosigkeit könnte lauten: § 3 Abs. 1 des Geldwäschegesetzes nimmt Honorargelder von Strafverteidigern von der sog. Identifizierungspflicht für Kredit- und Finanzinstitute aus.

16 Da diese Auslegung nicht an bestimmte Elemente des gesetzlichen Tatbestandes anknüpft, wäre „verfassungskonforme Tatbestandsreduktion“ ein treffenderer Ausdruck.

17 Die Problematik hat im Übrigen auch in der Medienöffentlichkeit starke Beachtung gefunden; vgl. etwa FAZ vom 14. 1. 2000, S. 1 und 2.

18 Vgl. zur Problematik solcher Verfahren *Marxen / Karitzky* EWiR 2000, 353, 354.

19 Ausprägung des Prinzip der Verfahrensfairness; vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 11 Rn. 13.

20 Vgl. zur teleologischen Auslegung als „Krone der Auslegungsverfahren“: *Jescheck / Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 156.

liegt auf der Hand, dass die Anmaßung von Auslegungsfreiheit die Gewaltenteilung gefährdet. Daher sollte zumindest bei Gesetzen jüngeren Datums ein klar erkennbarer Wille des Gesetzgebers die Auslegung binden.[21] Für den Geldwäschetatbestand ist damit aber der Weg zu einer verfassungskonformen Auslegung, wie sie das HansOLG im zweiten Schritt vornimmt, verschlossen. Ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille lässt, wie oben unter 4. bereits dargelegt, keinen Spielraum für eine solche Auslegung. Befindet sich der dadurch bestimmte Anwendungsbereich des Gesetzes im Widerspruch zur Verfassung, so muss das Gericht eine Entscheidung des BVerfG herbeiführen. Andernfalls verstößt es selbst gegen die Verfassung, weil es sich gesetzgeberische Befugnisse anmaßt.

6. Nachtrag (April 2007)

Der Entscheidung folgten zunächst zahlreiche Stellungnahmen in der **Literatur**.[22] Einige Autoren hielten zwar die Erwägungen des HansOLG für beachtlich, lehnten die Entscheidung aus kriminalpolitischen Gründen aber letztlich ab.[23] Andere Autoren stimmten der restriktiven Tendenz der Entscheidung zu.[24]

Nunmehr ist das Problem der Behandlung von Strafverteidigerhonoraren i.S.d. § 261 StGB **höchstrichterlich geklärt**. Das **Bundesverfassungsgericht** entschied mit Urteil vom 30.04.2004[25], dass die Annahme eines Honorars durch den Verteidiger den Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllen kann. Dies sei verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die uneingeschränkte Anwendung der Strafvorschrift auf den Strafverteidiger könne allerdings zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht des Strafverteidigers auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) führen. Demnach müsse eine verfassungskonforme einengende Auslegung dahingehend erfolgen, dass die Honorarannahme durch den Strafverteidiger nur bei sicherer Kenntnis der inkriminierten Herkunft des Honorars im Zeitpunkt der Annahme den Tatbestand erfülle. Zu Nachforschungen über die legalen oder illegalen Einnahmequellen seines Mandanten sei der Strafverteidiger indes nicht verpflichtet. Einzig durch diese Einschränkung des subjektiven Tatbestandes sei die Verfassungsmäßigkeit des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB gewahrt. Dolus eventualis reiche daher nicht aus. Auch § 261 Abs. 5 StGB, der in subjektiver Hinsicht Leichtfertigkeit genügen lasse, könne auf die Honorarannahme durch den Strafverteidiger keine Anwendung finden.

Mit seiner Entscheidung erteilte das BVerfG teilweise dem **BGH**[26] eine Absage, welcher zuvor mit Urteil vom 04.07.2001 den Straftatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB weit auslegte und damit den Vorwurf der Leichtfertigkeit nach § 261 Abs. 5 StGB gegenüber Strafverteidigern gelten ließ. In der **Literatur** wird das einschränkende Urteil des BVerfG vielfach begrüßt.[27]

Straftatsystematisch kann das Problem weiterhin entweder in einer vorgelagerten Prüfung der Anwendbarkeit von § 261 Abs. 2 StGB verortet werden oder bei einer verfassungskonformen Aus-

---

21 Vgl. *Jescheck / Weigend*, aaO., S. 157.

22 Beispielsweise: *Hamm*, NJW 2000, 636; *Katholnigg*, NJW 2001, 2041; *Schaefer/ Wittig*, NJW 2000, 1387.

23 *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 902.

24 *Hamm*, NJW 2000, 636.

25 BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305 = NStZ 2004, 259.

26 BGHSt 43, 158 = NStZ 2001, 535.

27 *Dahs / Krause / Widmaier*, NStZ 2004, 261; *Barton*, JuS 2004, 1032; *v. Galen*, NJW 2004, 3304; kritisch *Fischer*, NStZ 2004, 473; *Ranft*, Jura 2004, 759.

legung des Tatbestandes. Bei letzterer Möglichkeit könnte im objektiven Tatbestand gefragt werden, ob die Honorarannahme überhaupt den Tatbestand erfüllen kann. Nach Aufzeigen der kollidierenden Güter wäre auf die Lösung im subjektiven Tatbestand hinzuweisen.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

August 2000

Autoradio - Fall

Bandendiebstahl / Bandenbegriff: Zahl der Mitglieder / Mitwirkungserfordernis: zeitliches und örtliches Zusammenwirken / Rechtsprechungsänderung

§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a StGB, sonstige Bandendelikte (z. B. 250 Abs. 1 Nr. 2, 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a; 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB)

Leitsätze der BGH-Senate (beabsichtigte Entscheidungen)

1.

Ein Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, ist auch dann Täter eines Bandendiebstahls, wenn es zwar nicht am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligt ist, aber auf eine andere als täterschaftlicher Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitwirkt und der Diebstahl von mindestens zwei weiteren Bandenmitgliedern in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begangen wird.

BGH (3. Senat), Beschluss vom 22. Dezember 1999, abgedruckt in NStZ 2000, 255 ff. (mit Anmerkung von *Hohmann*)

2.

Der Begriff der Bande setzt voraus, dass sich mehr als zwei Personen mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen.

Der Tatbestand des Bandendiebstahls erfordert nicht, dass mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begehen.

BGH (4. Senat), Beschluss vom 14. März 2000, abgedruckt in JZ 2000, 627 ff. (mit Anmerkung von *Engländer*)

1. Sachverhalt

A betreibt am Stadtrand eine Autowerkstatt und verabredet mit B und C, gemeinschaftlich in großem Stil Autoradios zu beschaffen, um sie später zu verkaufen. Abgesprochen und auch mehrfach ausgeführt wird folgender Plan. A kundschaftet geeignete Wohngegenden aus, in denen serienweise in geparkte Fahrzeuge eingebrochen werden soll. Er unterrichtet B und C, die dann nachts mit einem Kleintransporter des A die Einbrüche ausführen. Die entwendeten Radios werden in der Werkstatt des A gelagert.

Erste Abwandlung: B und C führen die Einbrüche getrennt in unterschiedlichen Wohngebieten mit jeweils einem Kleintransporter des A aus.

Zweite Abwandlung: C erklärt, nicht länger mitmachen zu wollen, nachdem er gemeinsam mit B einige Fahrten durchgeführt hat. Daraufhin führt B in Absprache mit A die weiteren Einbrüche allein aus.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Fallprobleme betreffen **zwei Merkmale des Bandendiebstahls** nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Das erste Merkmal engt den Täterkreis ein: Bestraft wird nach dieser Vorschrift nur, wer **als Mitglied einer Bande** stiehlt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat. Das zweite Merkmal bezieht sich auf die Tatausführung: Das Bandenmitglied muss **unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes** gestohlen haben.

Im Ausgangsfall steht außer Frage, dass B und C sich gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben. Mit A haben sie sich zu einer Diebesbande zusammengeschlossen; denn allgemein gilt die Beteiligung von jedenfalls drei Personen als ausreichend für die Annahme einer Bande.[1] Auch ergibt sich aus der gemeinsamen Aktion am Tatort, dass der eine für den anderen das Merkmal der Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes erfüllt hat. Ferner greift § 244 a Abs. 1 StGB ein, weil sie zur Tatausführung in PKWs eingebrochen sind, die als umschlossene Räume angesehen werden,[2] so dass § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB anwendbar ist.

Problematisch ist der Ausgangsfall allein hinsichtlich der Strafbarkeit des A. Nach der bisherigen Rechtsprechung[3] scheitert eine Bestrafung wegen mittäterschaftlicher Beteiligung am Bandendiebstahl am Mitwirkungserfordernis. Danach kann nur ein an der Tatausführung selbst mitwirkendes Bandenmitglied nach dem Qualifikationstatbestand bestraft werden. Eine bloße Zurechenbarkeit nach Kriterien der Mittäterschaft, etwa auf Grund intensiver Beteiligung an der Planung und Absicherung des Vorhabens,[4] soll nicht ausreichen. Das abwesende Bandenmitglied kann allein wegen mittäterschaftlicher Begehung des einfachen Diebstahls und eventuell wegen Beihilfe oder Anstiftung zum Bandendiebstahl belangt werden. Diese Rechtsprechung beruht auf der Auffassung, dass die Strafschärfung die **Verwirklichung zweier Gefahrensmomente durch den Täter** voraussetze: Neben der **Organisationsgefahr**, die der Zusammenschluss zur Bande begründe, müsse auch eine erhöhte **Aktionsgefahr** gegeben sein, die aus dem arbeitsteiligen Zusammenwirken am Tatort her

---

1 *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 244 Rn. 6; *Küper*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2000, S. 40 f.; vgl. zur „Zweierbande“ die folgenden Ausführungen.

2 *Lackner / Kühl*, aaO., § 243 Rn. 9.

3 Maßgeblich: RGSt 66, 236, 239 ff.; BGHSt 8, 205, 206 ff.; 33, 50, 52.

4 Diese Voraussetzungen sind bei A zweifelsfrei erfüllt.

vorgehe.[5] Diesem Standpunkt hält die Literatur im Wesentlichen die folgenden beiden Argumente entgegen. Den Strafschärfungsgrund der Aktionsgefahr verwirkliche auch der Ortsabwesende, wenn – ihm mittäterschaftlich zurechenbar – zwei andere Bandenmitglieder die Tat in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begingen.[6] Im Übrigen vergrößere jedes arbeitsteilige Zusammenwirken, nicht also nur dasjenige am Tatort, die Gefahr für die angegriffenen Rechtsgüter.[7] Die Kritik zielt zur Hauptsache darauf ab, den im Hintergrund agierenden Bandenchef zu erfassen.[8]

Für die erste Fallabwandlung gilt nach der bisherigen Rechtsprechung erst recht und für alle Beteiligten, dass es am Mitwirkungserfordernis fehlt, weil lediglich ein Bandenmitglied am Tatort gehandelt hat. Zur Annahme von Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls gelangt allein, wer eine mittäterschaftliche Beteiligung jedweder Art genügen lässt und sich dabei des Arguments aus der Literatur[9] bedient, dass die **vertikale Arbeitsteilung** von der Planung bis zur Beuteverwertung an Gefährlichkeit der **horizontalen Arbeitsteilung** am Tatort gleichkomme.

Die zweite Fallabwandlung rückt ein Problem ins Blickfeld, das bereits bei dem vorab zu prüfenden täterschaftlichen Merkmal der Bandenmitgliedschaft relevant wird: Existierte nach dem Ausscheiden des C überhaupt noch eine Bande? Eine Verneinung der Frage schließt eine Strafbarkeit von A und B für danach begangene Taten wegen Bandendiebstahls von vornherein aus. In bislang ständiger Rechtsprechung[10] ist allerdings auch die bloße kriminelle Zweierbeziehung als Bande anerkannt worden. Die insoweit für die Strafschärfung maßgebliche Organisationsgefahr soll auch im Falle krimineller Partnerschaft gegeben sein, in der man sich erfahrungsgemäß in besonderer Weise aufeinander verlasse. Die Literatur führt dagegen ins Feld, dass der Wortlaut nur auf eine Gruppe von mindestens drei Personen passe und dass eine erhöhte Gefahr erst von einer mehrgliedrigen Organisation ausgehe, die einen Gemeinschaftsgeist entwickele und in ihrer Existenz von wechselnder Mitgliedschaft unberührt bleibe.[11]

Die beiden Entscheidungen kündigen sowohl für den Bandenbegriff als auch für das Mitwirkungserfordernis einen Rechtsprechungswandel an. Es handelt sich um Beschlüsse, in denen der jeweilige Senat bei den anderen Strafsenaten des BGH anfragt, ob sie mit der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung einverstanden seien. Das Anfrageverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Es zeichnet sich aber eine Zustimmung der übrigen Senate zu den beabsichtigten Entscheidungen ab.

3. Kernaussagen der Entscheidungen

Die Rechtsprechungsänderung geht schrittweise vonstatten. In einem ersten, noch vorsichtigen Schritt lockert der 3. Senat des BGH[12] die Anforderungen an das Merkmal der Mitwirkung. Auch der ortsabwesende Mittäter soll erfasst werden, sofern mindestens zwei weitere Bandenmitglieder

---

5 Vgl. BGHSt 38, 26, 29.

6 Vgl. etwa *Rengier*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. 2000, § 4 Rn. 47; *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 21. Aufl. 1999, Rn. 272.

7 *Hohmann*, NStZ 2000, 258, 259; *Jakobs*, JR 1985, 342, 343; *Meyer*, JuS 1986, 189, 192.

8 Vgl. *Rengier*, aaO.

9 S. Fn. 8.

10 Vgl. z. B. BGHSt 23, 239, 240; 38, 26, 27 ff.; BGH NStZ 1986, 408; NStZ 1996, 495.

11 *Mitsch*, Strafrecht BT II/1, 1998, § 1 Rn. 254; *Rengier*, aaO., Rn. 45; *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 244 Rn. 11.

12 NStZ 2000, 255 ff.

am Tatort handeln. Den zweiten, energischeren Schritt macht der 4. Senat[13]. Er erklärt diese Einschränkung für überflüssig und eine unmittelbare Tatausführung durch ein weiteres Bandenmitglied für ausreichend. **Dem Mitwirkungserfordernis verbleibt danach nur noch die Funktion, die Fälle auszuscheiden, in denen ein Bandenmitglied allein handelt oder mit Bandenfremden zusammenwirkt.** Diese tatbestandliche Ausdehnung verbindet der 4. Senat aber mit einer **Einschränkung des Bandenbegriffs**: Nunmehr soll nur noch ein Zusammenschluss von **mindestens drei Personen** unter den Begriff der Bande subsumiert werden können.

Legt man diesen Entwicklungsstand zugrunde, so ergeben sich für den hier verwendeten Sachverhalt folgende Lösungen. Im Ausgangsfall hat sich neben B und C auch A wegen schweren Bandendiebstahls nach § 244 a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Vorschrift ist auch in der ersten Fallabwandlung auf alle drei Beteiligten anwendbar. In der zweiten Fallabwandlung sind die qualifizierenden Voraussetzungen für die Taten nach dem Ausscheiden des C dagegen nicht mehr erfüllt, weil sich die Verbindung auf zwei Personen beschränkt.

Der BGH vollzieht seinen Schwenk im Wesentlichen durch **Übernahme und Verstärkung der Argumente der Literatur**, die oben bereits genannt wurden. Insbesondere auf Grund neuerer Entwicklungen im Bereich der Organisierten Kriminalität erscheint es ihm nicht mehr sachgerecht, durch das Mitwirkungserfordernis eine erhöhte Aktionsgefahr zur Geltung zu bringen. „Die klassische Diebes- oder Räuberbande ist neuen kriminellen Erscheinungsformen gewichen, die auch im international organisierten Zusammenwirken mehrerer Personen an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten arbeitsteilig agieren.“[14] Kriminalpolitisch sei es daher verfehlt, einen Bandendiebstahl zu verneinen, wenn die Personenvereinigung so gut organisiert sei, dass sie nur eines ihrer Mitglieder an den Tatort zu schicken brauche.[15] Ferner beruft sich der BGH auf die neuere Gesetzgebung, die bei zahlreichen Bandendelikten, etwa bei der Bandenhehlerei gem. §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a StGB, auf das Merkmal der Mitwirkung verzichtet hat. Eine erhöhte Ausführungsgefahr sei somit für das Bandendelikt „nicht typisch“.[16] Die Reduktion des Bandenbegriffs erklärt der BGH im Wesentlichen zum einen mit der (vorher offenbar nicht wahrgenommenen) Wortlautgrenze: Nach dem „sozialen Sprachgebrauch“ setze eine Bande mehr als zwei Mitglieder voraus.[17] Auch ändert er seinen gruppenpsychologischen Standpunkt. Die Zweiergruppe weise noch nicht die enge Willensbindung einer Bande auf. Diese „entsteht als dynamischer Prozess erst innerhalb einer größeren Gruppe und entfaltet dann eine vom Willen des Einzelnen unabhängige Eigendynamik“.[18]

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Nur selten geschieht es, dass die Rechtsprechung das Ruder so entschieden herumwirft und auf Gegenkurs steuert. Schon deswegen ist zu erwarten, dass der Vorgang demnächst in mündlichen und schriftlichen Examensaufgaben verarbeitet werden wird. Ein weiterer Grund ergibt sich aus den **weitreichenden Konsequenzen** des Rechtsprechungswandels. Von der Einschränkung des Bandenbegriffs sind sämtliche Bandendelikte betroffen, die im Haupt- und Nebenstrafrecht als Qualifikationstatbestände oder als Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall zahlreich vertreten

[13] JZ 2000, 627 ff.

[14] BGH NStZ 2000, 255, 258.

[15] BGH NStZ 2000, 255, 258; JZ 2000, 627, 628.

[16] BGH JZ 2000, 627, 628.

[17] BGH JZ 2000, 627, 630.

[18] BGH JZ 2000, 627, 630.

sind.[19] Die Absenkung der Anforderungen an das Mitwirkungserfordernis hat Auswirkungen auf die auch nicht geringe Zahl der Vorschriften, die dieses Merkmal zusätzlich zur Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft enthalten.[20]

In Fallprüfungen sollte Beachtung finden, dass durch die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung **eine Situation dogmatischer Offenheit** entstanden ist. Die neue Rechtsprechung wird eine umfangreiche, lebhafte und kontroverse Diskussion auslösen, die erst allmählich zu einer Klärung der Standpunkte führen wird. Es empfiehlt sich daher, die **vorsichtigere Variante im Umgang mit Qualifikationstatbeständen** zu wählen. Man sollte sich dem Problem schrittweise nähern, indem zunächst der Grundtatbestand durchgeprüft und erst dann der Qualifikationstatbestand in Angriff genommen wird.[21] Zunächst sollte also etwa in Diebstahlsfällen die Beteiligung mehrerer als mittäterschaftlich begangener einfacher Diebstahl gewürdigt werden. Danach ist die Frage einer Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls aufzuwerfen, wobei zunächst die Bandenmitgliedschaft und dann das Mitwirkungserfordernis geprüft wird. Prinzipiell ist nach Einzelpersonen zu trennen und mit dem Tatnächsten zu beginnen. Davon kann ausnahmsweise bei horizontaler Arbeitsteilung am Tatort und gleichgewichtigen Beiträgen abgewichen werden.

Für die Praxis ergibt sich die Frage: Was geschieht nach der Rechtsprechungsänderung mit Bonnie und Clyde und anderen kriminellen Zweiergruppen? Der Erschwerungsgrund der bandenmäßigen Begehung trifft auf sie nicht mehr zu. Andererseits ist strafrechtlich – z. B. durch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB – anerkannt, dass härtere Strafe verdient, wer das Opfer gemeinsam mit einem anderen angreift. Eine Berücksichtigung dieses Umstandes ist zum Einen möglich als allgemeiner Gesichtspunkt der Strafzumessung. Denkbar ist aber auch, dass ein atypischer besonders schwerer Fall in Deliktsbereichen mit Strafschärfung durch Regelbeispiele angenommen wird.[22]

5. Kritik

Endlich akzeptiert der BGH, was für den Alltagssprachgebrauch selbstverständlich ist: Niemand kommt auf den Gedanken, das kriminelle Paar eine Bande zu nennen. **Der Rückzug hinter die Wortlautgrenze war überfällig.** Zur Begründung hätte die Argumentation mit der Wortlautgrenze auch ausgereicht. Doch der BGH fügt eine Begründung hinzu und mindert damit die Überzeugungskraft seiner Argumentation. Verblüfft liest man, dass die gestern noch vertretene Gruppenpsychologie[23] heute nicht mehr gelten soll, und sucht vergeblich nach klärender und absichernder Begründung. Dass die Bindung einer kriminellen Zweierbeziehung weniger stark sei als die einer mehrgliedrigen Gruppe, wird schlicht behauptet. Eine derartige empirische Aussage bedürfte zumindest einer Absicherung, die in entsprechender Wissenschaftsliteratur gesucht werden könnte. Kein Wort davon! Während jede juristische Interpretationsvariante mit vielzeiligen Rechtspre

---

19 Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

20 Im Hauptstrafrecht neben §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB noch wichtig: § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB; vgl. im Übrigen die Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

21 Selbstverständlich kann aber sofort auf den Qualifikationstatbestand zugegriffen werden, wenn klar erkennbar ist, dass die Voraussetzungen auch auf der Grundlage der restriktivsten Positionen erfüllt sind.

22 Z. B. §§ 253 Abs. 4, 263 Abs. 3 Nr. 1, 267 Abs. 3 Nr. 1 StGB.

23 BGHSt 23, 239, 240: „Nicht in der Vielzahl allein liegt ... die wesentliche Ursache der besonderen Gefährlichkeit, sondern vor allem in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet. Die besondere Gefährlichkeit liegt schon in der Verbindung von zwei Mitgliedern. Die Erfahrung lehrt, dass gerade bei den Zweiergruppen von Spezialisten (Taschendiebe, Trickdiebe, Tresorbrecher) solche gegenseitige Bindung besteht.“

chungs- und Literaturhinweisen akribisch abgesichert wird, bleibt das höchstrichterliche Wissen über gruppendynamische Vorgänge unbelegt. Gleiches gilt übrigens für die Ausführungen über den Wandel der organisierten kriminellen Szene, mit denen die Abschwächung des Mitwirkungserfordernisses begründet wird. Es entsteht der fatale Eindruck juristischer Selbstherrlichkeit: Was kümmert uns die empirische Richtigkeit, wenn die Aussage nur zur Begründung des gewünschten Ergebnisses taugt!

Deutlich zu widersprechen ist der geänderten Interpretation des Mitwirkungserfordernisses.[24] Wenn der BGH als Vorzug des Auffassungswandels hervorhebt, dass durch den Bedeutungsverlust dieses Merkmals eine Angleichung an die Bandendelikte ohne Mitwirkungserfordernis stattfinde, so ist ihm entgegenzuhalten: Umgekehrt wird ein Schuh daraus! Die Unterschiede in der Gesetzesfassung lassen darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Tatbestände gerade nicht gleichbehandelt wissen wollte. Und es ist die Sache des Gesetzgebers, durch Beseitigung der gesetzlichen Unterschiede für eine Gleichbehandlung zu sorgen. Das Mitwirkungserfordernis muss demnach dort, wo es enthalten ist, eine klare tatbestandseinschränkende Funktion haben. Sie besteht in der zusätzlichen Berücksichtigung einer erhöhten handlungsbezogenen Aktionsgefahr neben der durch den Bandenzusammenschluss begründeten Organisationsgefahr.[25] Sie mag, wie der 3. Senat meint, auch dem ortsabwesenden Täter angelastet werden können, sofern – ihm mittäterschaftlich zurechenbar – zwei andere Bandenmitglieder am Tatort zusammengewirkt haben. Die unmittelbare Tatausführung nur durch ein anderes Bandenmitglied wird diesem Erfordernis aber nicht mehr gerecht. Daran ändert auch nichts das Kompensationsgeschäft, das der 4. Senat meint tätigen zu können: Die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl einer Bande wird als eine Erhöhung der Anforderungen an die Organisationsgefahr und damit als Ausgleich für die Vernachlässigung der Aktionsgefahr verstanden. Solche Geschäfte kann nur der Gesetzgeber tätigen, indem er das Gesetz ändert.

6. Nachtrag (April 2007)

Der Große Senat für Strafsachen hat die Auffassung des 4. Senats zwischenzeitlich bestätigt, wonach der **Begriff der Bande** den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt.[26] Allerdings greift er auf keines der aus der bisherigen Diskussion bekannten Argumente[27] zurück, sondern begründet die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl in erster Linie damit, auf diese Weise auf andere Einschränkungskriterien verzichten zu können.[28] Gleichzeitig gibt er daher die in der früheren Rechtsprechung zur Abgrenzung gegenüber der bloßen Mittäterschaft entwickelten Kriterien eines **gefestigten Bandenwillens** oder eines **Tätigwerdens in einem übergeordneten Bandeninteresse** auf[29], die sich nach seiner Auffassung nicht bewährt haben.[30]

---

24 So auch *Engländer*, JZ 2000, 630, 631 f.

25 Vgl. BGHSt 38, 26, 29; *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 244 Rn. 27.

26 BGHSt 46, 321 ff. Der 4. Senat hatte die Sache gem. § 132 Abs. 2 und 4 GVG dem Großen Senat vorgelegt, nachdem sowohl der 1. Senat (NJW 2000, 2907) als auch der 2. Senat (Beschluss vom 21.06.2000 – 2 Ars 76/00, unveröffentlicht) auf Anfrage mitgeteilt hatten, an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten zu wollen.

27 Vgl. etwa *Rengier*, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 45.

28 BGHSt 46, 321, 328.

29 BGHSt 46, 321 (Leitsatz). Der „gefestigte Bandenwille“ oder das „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ spielte in unserem Ausgangsfall keine Rolle.

30 BGHSt 46, 321, 328.

Auch was das **Mitwirkungserfordernis** betrifft, hat der Große Senat im Sinne des 4. Senats entschieden und die Anforderungen hieran auf ein Minimum beschränkt. Es sei demnach nicht erforderlich, dass zwei Bandenmitglieder den Diebstahl örtlich und zeitlich zusammen begehen, sondern es reiche aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirkten.[31] Die von dem anderen Bandenmitglied geleistete Unterstützung könne sich danach auch in einer bloßen Beihilfehandlung im Vorbereitungsstadium erschöpfen.[32] Die Ausführungsgefahr werde nicht nur durch das Zusammenwirken am Tatort erhöht. Gerade das bei eingespielten Banden zu beobachtende verstärkte Zusammenwirken im Vorbereitungsstadium wirke sich in einer gesteigerten Effektivität bei der Ausführung aus.[33]

Der Klausurbearbeiter sollte beachten, dass sich die Hauptdiskussionspunkte mit der Entscheidung des Großen Senats **nicht gänzlich erledigt** haben. Obgleich der Streit um die notwendige Mitgliederzahl deutlich an Brisanz verloren hat, findet die Auffassung, nach der bereits zwei Personen eine Bande bilden können, immer noch Anhänger.[34] Auch der gefestigte Bandenwille ist nicht vollständig aus der Diskussion.[35] Beide Punkte sollten daher – soweit es notwendig wird – in der Klausur angemessen Berücksichtigung finden.[36] Im Bereich des Mitwirkungserfordernisses ist die Kontroverse hingegen nahezu unberührt geblieben[37] und sollte auch in der bislang üblichen Breite dargestellt werden.

Zur Bande siehe auch die Famosfälle von November 2002 (Paket-Fall) und November 2005 (Sicherungsfahrer-Fall).

---

31 BGHSt 46, 321 f. (Leitsatz).

32 BGHSt 46, 321, 333 ff.

33 BGHSt 46, 321, 335.

34 *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 244 Rn. 24.

35 Für eine Beibehaltung des gefestigten Bandenwillens sprechen sich aus *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 34), § 244 Rn. 24; *Lackner/Kühl,* 25. Aufl. 2004, § 244 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp,* Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 271.

36 Die Auseinandersetzung mit dieser Auffassung sollte dabei allerdings eher unter Rückgriff auf die aus der Literatur bekannten Argumente wie Gruppendynamik und Sprachgebrauch erfolgen.

37 In Teilen der Literatur werden nach wie vor engere Anforderungen an das Mitwirkungserfordernis gestellt, vgl. *Schmitz* in MK, StGB, 2003, § 244 Rn 48 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 35), Rn. 272. Wie der Große Senat hingegen *Rengier* (Fn. 27), § 4 Rn. 49 f.; *Eser,* in Schönke/Schröder (Fn. 34), § 244, Rn. 26; *Kindhäuser* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 244 Rn. 45 f.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

September 2000

Sprühlack-Fall

Veränderung von Kfz-Kennzeichen durch Auftragen reflektierender Mittel / Urkundenfälschung / Urkundenunterdrückung / Straftat nach dem Straßenverkehrsgesetz

§§ 267, 274 StGB; § 22 Abs. 1 Nr. 3 StVG

Leitsatz des Gerichts:

Keine Urkundenfälschung liegt vor, wenn das amtliche Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs mit einem reflektierenden Mittel versehen wird, so dass die Erkennbarkeit der Buchstaben und Ziffern bei Blitzlichtaufnahmen beeinträchtigt ist.

BGH 4 StR 71/99, Beschluss vom 21. September 1999, abgedruckt in JZ 2000, 424 ff. (mit Anmerkung von *Kudlich*)

1. Sachverhalt

A übersprüht die Kennzeichenschilder seines Pkw mit einem farblosen Speziallack. Dieser reflektiert bei Blitzlicht-Aufnahmen, so dass schwarze Buchstaben und Zahlen überblendet werden und auf Lichtbildern nicht zu erkennen sind. Auf diese Weise will er verhindern, wegen überhöhter Geschwindigkeit belangt zu werden. Bei einer Fahrt mit zu hoher Geschwindigkeit wird er von einer automatischen Radarkontrolle erfasst und „geblitzt“. Durch eine technische Nachbehandlung der Blitzlicht-Aufnahme kann er identifiziert werden.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Von zentraler Bedeutung für die strafrechtliche Bewertung des Falles ist die Frage: Hat A sich durch die Manipulation am Kennzeichen wegen Urkundenfälschung nach § 267 StGB strafbar gemacht? Zu dieser Frage findet nur, wer über die Entwicklung des strafrechtlichen Urkundenbegriffs im Bilde ist.[1] Dieser Begriff umfasst nicht nur Schriftstücke, sondern auch sonstige Gedankenerklärungen, die in Zeichen und Symbolen zum Ausdruck kommen. Auch kann sich die Gedankenerklärung in einer aus Teilstücken zusammengesetzten Beweiseinheit verkörpern, sofern eine feste Ver

[1] Übersichtlich dazu: *Maurach / Schroeder / Maiwald*, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 1999, § 65 Rn. 13 ff.

bindung besteht. Als eine derartige **zusammengesetzte Urkunde** ist die **Einheit von Kraftfahrzeug und Kennzeichen** anerkannt.[2] Sie dient im Rechtsverkehr dem Beweis, dass ein bestimmtes Fahrzeug unter der Folge von Ziffern und Buchstaben auf dem Kennzeichen für einen bestimmten Halter zum öffentlichen Verkehr zugelassen ist.

Unter den in § 267 Abs. 1 StGB aufgeführten Tathandlungen kommt hier diejenige des **Verfälschens einer echten Urkunde** in Betracht. Das Merkmal kann leicht fehlinterpretiert werden. Hier (wie auch bei der ersten Tatvariante des Herstellens einer unechten Urkunde) ist nicht etwa auf die inhaltliche Unrichtigkeit abzustellen. Vielmehr ist maßgeblich, ob der Täter den gedanklichen Inhalt einer echten Urkunde in einer Weise verändert, dass der Anschein erweckt wird, als habe der Aussteller dieser echten Urkunde sie in der nachträglich veränderten Form abgegeben.[3] Das **Produkt** besteht **typischerweise** (wie bei der ersten Tatvariante) in einer **unechten Urkunde**: Scheinbarer und wirklicher Aussteller der Urkunde mit der neuen Beweisrichtung stimmen nicht mehr überein.[4]

Zusammengesetzte Urkunden, die aus einem Kennzeichnungs-Teil und einem damit verbundenen Augenscheinsobjekt bestehen, können durch Eingriffe in beide Elemente verfälscht werden.[5] So liegt etwa eine Urkundenfälschung vor, wenn das amtliche Kfz-Kennzeichen durch ein anderes ersetzt oder wenn durch Veränderung des Kennzeichens der Eindruck erweckt wird, das Fahrzeug sei auf ein anderes Kennzeichen zugelassen.[6] Eine solchermaßen klare Konstellation ist im vorliegende Fall nicht gegeben. Die Sprühaktion lässt die Verbindung des Fahrzeugs mit dem korrekten Kennzeichen unberührt. Beeinträchtigt wird lediglich die Ablesbarkeit des Kennzeichens in einer bestimmten Situation. Eine Urkundenfälschung lässt sich somit nur durch **Hinzufügen weiterer Beweisfunktionen** der zusammengesetzten Urkunde „Kennzeichen + Kfz“ konstruieren. Eine solche Konstruktion hatte das **OLG Düsseldorf** in einer vorangegangenen Entscheidung versucht, die einen vergleichbaren Sachverhalt betraf, nämlich das Überkleben des Kennzeichens mit durchsichtiger, reflektierender Folie.[7] Die Konstruktion beruhte auf folgendem Gedankengang:

Das Kennzeichen wird mit dem Fahrzeug in einem Zulassungsverfahren zu einer öffentlichen Urkunde verbunden. Die Zulassungsstelle ist nach § 23 Straßenverkehrs-Zulassungsordnung (StVZO) gehalten, im Rahmen dieses Verfahrens das Kennzeichen zu überprüfen. So muss gem. § 23 Abs. 3, Abs. 4 Satz 4 und 6 in Verbindung mit § 60 Abs. 1 Satz 4 StVZO festgestellt werden, dass seine Ablesbarkeit nicht durch Verschmutzung, Spiegelung oder Überkleben mit Folie beeinträchtigt ist. Die Abstempelung des Kennzeichens durch Aufkleben einer Siegelmarke enthält die beweisrelevante Aussage, dass der Zustand des Kennzeichens einwandfrei ist. Sie wird verfälscht, wenn später ein reflektierendes Mittel auf das Kennzeichen aufgetragen wird, das ein Ablesen unter bestimmten Voraussetzungen verhindert.

Auf diesem gewundenen Weg wollte niemand dem OLG Düsseldorf folgen. Die Literatur lehnte die Entscheidung ausnahmslos ab.[8] Auch das **BayObLG** verwarf die Lösung, als es über den hier

---

2 BGHSt 18, 70; *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 267 Rn. 13; *Lampe*, JR 1998, 304.

3 Vgl. etwa *Küper*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 1999, S. 301 ff.; *Wessels / Hettinger*, Strafrecht BT 1, 23. Aufl. 1999, Rn. 842 ff.

4 Rengier, Strafrecht BT 2, 2. Aufl. 1999, § 33 Rn. 23; zum Sonderfall des Verfälschens durch den Aussteller: Rn. 24.

5 *Lampe*, JR 98, 304, 305.

6 *Fahl*, JA 1997, 925, 926.

7 JR 1998, 303 f.

8 *Lampe*, JR 1998, 304 f.; *Krack*, NStZ 1997, 602 f.; *Fahl*, JA 1997, 925 ff.; *Tröndle / Fischer*, aaO., § 267 Rn. 19.

zu besprechenden Sachverhalt zu entscheiden hatte.[9] Entsprechend seiner gerichtsverfassungsrechtlichen Pflicht aus § 121 Abs. 2 GVG legte es die Sache dem BGH zur Entscheidung vor.

Die **Kritik** in der Literatur und im Vorlagebeschluss des BayObLG betrifft den Erklärungsgehalt der zusammengesetzten Urkunde und setzt in **zwei Stufen** an. Bestritten wird bereits, dass die Plakette in Verbindung mit dem Fahrzeug mehr beurkunde als die Zulassung selbst. Für den zweiten Einwand wird unterstellt, dass mit der Abstempelung auch erklärt werde, das Kennzeichen sei überprüft und für ordnungsgemäß befunden worden. Diese Erklärung könne sich aber lediglich auf den **Zeitpunkt der Zulassung** beziehen. Daher werde durch spätere Manipulationen am Kennzeichen nicht in die beurkundete Aussage eingegriffen: „Das Kennzeichen entsprach zum Zeitpunkt der Zulassung den straßenverkehrsrechtlichen Anforderungen". Eine Verfälschung dieser Erklärung liege somit nicht vor. Schließlich wird noch auf **inakzeptable Folgen** hingewiesen. Jede nachträgliche Veränderung des Kennzeichens, z. B. durch Verschmutzung, wäre – zumindest objektiv – als Urkundenfälschung zu bewerten. Auch bliebe kaum noch ein Anwendungsbereich für die subsidiäre Vorschrift des § 22 Abs. 1 Nr. 3 StVG, die doch offensichtlich als straßenverkehrsrechtliche Spezialnorm die Fälle einer Beeinträchtigung der Erkennbarkeit von Kennzeichen erfassen solle.

Mit der Verneinung einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB sind die Möglichkeiten einer Anwendung des Urkundenstrafrechts an sich noch nicht erschöpft. Die partielle Verdeckung des Kennzeichens könnte noch als **Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB** strafbar sein. Diese Frage ist in der Auseinandersetzung um die Entscheidung des OLG Düsseldorf aber eher nur beiläufig angesprochen worden.[10]

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH schließt sich mit klaren Worten der Kritik an der Entscheidung des OLG Düsseldorf an. Bestätigt wird zunächst die ständige Rechtsprechung, dass in der Verbindung von Kennzeichen und Kfz eine zusammengesetzte Urkunde zu sehen ist, mit der die Zulassungsstelle als Ausstellerin erklärt, dass das Fahrzeug unter diesem Kennzeichen für einen bestimmten Halter zum öffentlichen Verkehr zugelassen ist. Ob das Anbringen der Plakette auch beweist, dass ein ordnungsgemäßes, gut ablesbares Kennzeichen verwendet wurde, lässt der BGH offen. Jedenfalls **enthält die Urkunde** nach seiner Ansicht **nicht die zusätzliche beweisbestimmte und beweisgeeignete Erklärung, „dass das Kennzeichen – fortwährend – uneingeschränkt ablesbar ist"**[11].

Daraus ergibt sich alles Weitere. Durch das spätere Besprühen des Kennzeichens mit dem Lack werde der Erklärungsinhalt der Urkunde nicht verändert. Vielmehr werde dadurch nur die Erkennbarkeit des Beweisinhalts der Urkunde, also die Zulassung dieses Fahrzeugs für einen bestimmten Halter, beeinträchtigt. Darin liege kein Verfälschen einer Urkunde.

Die Frage einer Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB greift der BGH nicht auf.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Autofahrer und Richter verfügen offenbar gleichermaßen über erfinderische Gaben. Die einen setzen diese Gabe ein, um sich für Radarfallen unsichtbar zu machen, die anderen, um dieses Verhalten mit kühnen Konstruktionen strafrechtlich zu erfassen. **Der Versuch, das Unkenntlichma**

---

9 NZV 1999, 213 f.

10 BayObLG NZV 1999, 213, 214; *Krack*, NStZ 1997, 602, 603.

11 JZ 2000, 424, 425.

chen von Nummernschildern zur Urkundenstraftat hochzustilisieren, hat jedoch mit der Entscheidung des BGH ein Ende gefunden. Für die Praxis gilt nunmehr, dass auf Taten dieser Art allein mit den Mitteln des Straßenverkehrsstrafrechts zu reagieren ist. Das ist auch sachgerecht. In der StVZO ist detailliert festgehalten, wie ein Kennzeichen beschaffen sein muss, damit es stets gut ablesbar ist.[12] Dementsprechend ist eine Verurteilung wegen Beeinträchtigung der Erkennbarkeit nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 StVG die angemessene Reaktion. Auch dürfte der Strafrahmen dieser Vorschrift – Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – völlig ausreichen, um eine dem Unrechtsgehalt der Tat entsprechende Sanktion zu finden.

Daraus folgt für juristische Prüfungszusammenhänge: In Fällen dieser Art sollte man immer auch einen Blick in den Katalog straßenverkehrsrechtlicher Strafvorschriften werfen. Expertenwissen ist insoweit nicht erforderlich; sorgfältiges Durchlesen genügt.

In der Fall-Bearbeitung sind allerdings zuvor die gewichtigeren urkundenstrafrechtlichen Tatbestände durchzuprüfen. Für den Umgang mit § 267 Abs. 1 StGB in der Form des Verfälschens sei nochmals[13] vor dem Fehlgriff einer inhaltlichen Richtigkeitsprüfung gewarnt. Wie beim Herstellen einer unechten Urkunde ist auch hier der Ausstellerbezug maßgeblich: Beim Verfälschen wird dem Aussteller der echten Urkunde durch den Täter eine andere als die tatsächlich abgegebene untergeschoben, was sie zu einer unechten Urkunde macht. Im Prüfungsablauf kann man durch Übernahme des Lösungswegs des BGH juristische Eleganz demonstrieren. Zunächst wird die Frage aufgeworfen, ob die zusammengesetzte Urkunde auch die Erklärung enthalte, dass das Kennzeichen den Vorschriften der StVZO entspreche. Dann wird – souverän – nachgewiesen, dass es insoweit einer Festlegung gar nicht bedarf. Selbst wenn die Abstempelung des Kennzeichens den Beweis für dessen ordnungsgemäßen Zustand erbrächte, könnte die spätere Manipulation in diesen Aussagegehalt nicht mehr eingreifen, da die Erklärung naturgemäß nur für den aktuellen Zeitpunkt gelten könne.

Nach der Ablehnung einer Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB muss vor dem Übergang zu § 22 Abs. 1 Nr. 3 StVG unbedingt noch die **Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB** näher erörtert werden. Zwar gibt es gute Gründe, auch eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift zu verneinen. Sie drängen sich jedoch nicht so sehr auf, dass eine knappe Erledigung im Urteilsstil oder gar ein Verzicht auf eine Prüfung akzeptabel wäre.

Die aus Kennzeichen und Fahrzeug zusammengesetzte Urkunde gehört, wie vom Tatbestand gefordert, nicht ausschließlich dem Kfz-Halter, denn sie dient staatlichen Stellen und auch geschädigten Privatpersonen dazu, die Identität des Fahrzeugführers zu ermitteln[14]. Es ist aber bereits zweifelhaft, ob das Besprühen des Kennzeichens mit einer klaren Flüssigkeit als Beschädigung oder Unterdrückung der Urkunde gewertet werden kann. Immerhin bleibt das Kennzeichen für das menschliche Auge uneingeschränkt lesbar. Eine (partielle) Unterdrückung könnte aber darauf gestützt werden, dass gerade für Kfz-Kennzeichen die Wahrnehmung bei Verkehrskontrollen mittels einer Blitzlichtkamera üblich ist, um Beweis über die Zulassung des Fahrzeugs auf einen bestimmten Halter zu erbringen, und dass diese fotografische Wahrnehmung nicht unerheblich erschwert wird.[15] Größeres Gewicht haben die Bedenken gegen eine Bejahung des subjektiven Tatbestandes. Nach überwiegender Ansicht fehlt dem Täter die Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen, weil die Vereitelung des staatlichen Sanktionsanspruchs nicht als Nachteil im Sinne von § 274

---

12 § 60 Abs. 1 Satz 4 StVZO.

13 S. oben 2.

14 *Krack*, NStZ 2000, 423.

15 *Fahl*, JA 1997, 925, 926; Krack, NStZ 1997, 602, 603.

StGB angesehen wird.[16] Dafür wird zur Hauptsache angeführt, dass der staatliche Sanktionsanspruch abschließend durch § 258 StGB geschützt werde und andernfalls eine Entwertung des Selbstschutzprivilegs in § 258 Abs. 5 StGB drohe.

Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um vorherzusagen, dass der Fall **Karriere in mündlichen und schriftlichen Prüfungen** machen wird. Die Verbindung von Kfz und Kennzeichen ist ein äußerst beliebter Beispielsfall für eine zusammengesetzte Urkunde. Wenn dann noch, wie hier, Grundlagen des Urkundenstrafrechts diskutiert werden können, ist die Mixtur für einen Prüfungsfall perfekt.

5. Kritik

Die Entscheidung des BGH verdient uneingeschränkt Zustimmung. Bedauerlich ist nur, dass der BGH nicht auch zu einer Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB Stellung bezogen hat. Die Frage, die ihm das BayObLG zur Entscheidung vorgelegt hatte,[17] nötigte ihn dazu allerdings auch nicht.

6. Nachtrag (April 2007)

Das OLG Düsseldorf bleibt mit seiner Meinung zu einer Strafbarkeit nach § 267 StGB allein. Die Entscheidung des BGH[18] ist in der **Literatur** überwiegend **zustimmend** aufgenommen worden.[19] Der ausgeführte Streit zur Urkundenfälschung gem. § 267 StGB hat damit deutlich an Brisanz verloren. Gleichwohl sollten Studierende den Fall noch nicht zu den Akten legen, zumal er auch in der jüngeren Ausbildungsliteratur noch benutzt wird.[20] In der Fallbearbeitung sollten sich Studierende auch weiterhin zumindest knapp mit dem Problem des § 267 StGB auseinandersetzen.

Der **Schwerpunkt** des Falles hat sich indessen auf die Prüfung einer Strafbarkeit wegen **Urkundenunterdrückung gem. § 274 StGB** verlagert.[21] Zwei Fragen sind hier nach wie vor umstritten. Erstens: Im Hinblick auf die Tathandlung des Unterdrückens gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB lehnt ein Teil der Literatur ein Unterdrücken ab, sofern die normale Lesbarkeit des Kennzeichens unbeeinträchtigt bleibt[22]; die Gegenauffassung lässt die kurzzeitige Überblendung allein im Zeitpunkt der Blitzaufnahme als Tathandlung ausreichen[23]. Zweitens: Im Streit um die Nachteilszufügungsabsicht wird die Vereitelung eines staatlichen Straf- oder Bußgeldanspruchs überwiegend

---

16 BayObLG NZV 1999, 213, 214; *Schönke / Schröder / Cramer*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 274 Rn. 16; *Maurach / Schroeder / Maiwald*, aaO., § 65 Rn. 106, jeweils m. w. N.; a. A. *Krack*, NStZ 2000, 423 f.

17 Vgl. NZV 2000, 213, 214.

18 Der Beschluss ist mittlerweile auch veröffentlicht in BGHSt 45, 197.

19 Vgl. die Besprechung von *Martin*, JuS 2000, 408 f., sowie die bereits oben nachgewiesenen Anmerkungen von *Kudlich*, JZ 2000, 426 ff., und *Krack*, NStZ 2000, 423 f.; ferner *Cramer / Heine* in Schönke / Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 65; *Lackner / Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 267 Rn. 20; *Rengier*, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2006, § 33 Rn. 28; *Wessels / Hettinger*, Strafrecht BT 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 843.

20 *Baier*, JuS 2004, 56 ff. (Falllösung).

21 Der BGH hatte sich zu dieser Frage nicht geäußert, siehe oben S. 4 f.

22 *Krack*, NStZ 2000, 423; ebenso *Lackner / Kühl* (Fn. 19), § 274 Rn. 2; siehe auch oben S. 4.

23 *Cramer/Heine* (Fn. 19), § 274 Rn. 10; *Baier*, JuS 2004, 56, 58.

nicht als Nachteil eines anderen aufgefasst.[24] Gegen diese Auffassung wendet sich insbesondere *Krack*.[25] Das Strafverfolgungsinteresse sei ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut, wie insbesondere § 258 StGB zeige. Zudem liege die Urkundenmanipulation zeitlich vor der Verkehrsordnungswidrigkeit, so dass ein Schutz durch das Selbstbegünstigungsprivileg ausscheide.

Eine aktuelle Entscheidung des **OLG München**[26] zeigt, dass die „erfinderischen Gaben"[27] von Autofahrern und Richtern mit dem Sprühlack-Fall keinen Abschluss gefunden haben. Ein Autofahrer hatte an seinem Innenspiegel **Reflektoren** angebracht, die zu einer völligen Überbelichtung des Fotos aus der Blitzanlage führten. Nicht weniger bemerkenswert war der Einfallsreichtum der Richter: Sie gelangten zu einer Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung an der Blitzanlage nach § 303 StGB.

---

[24] *Cramer/Heine* (Fn. 19), § 274 Rn. 16; *Lackner / Kühl* (Fn. 19), § 274 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 19), § 33 Rn. 28 und § 36 Rn. 8; siehe auch oben S. 4 f.

[25] *Krack*, NStZ 2000, 423 f.; gegen ihn *Baier*, JuS 2004, 56, 58.

[26] OLG München NJW 2006, 2132 f.

[27] Siehe oben S. 3.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

Oktober 2000

Keller-Fall

Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB / Begriff der Wohnung / Regelbeispiel des Einbruchsdiebstahls gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Der Tatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls gemäß § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst nur ein Eindringen in den Kernbereich der Wohnung. Separate Kellerräume in einem Wohnblock sind daher nicht als Wohnung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen.

OLG Schleswig, Urt. v. 10. 4. 2000, abgedruckt in NStZ 2000, S. 479

1. Sachverhalt

A schleicht nachts durch die unverschlossene Haustür in die Gemeinschaftskeller eines Wohnblocks. Er bricht das Vorhängeschloss eines Kellerraums auf, sucht nach wertvollen verkäuflichen Gegenständen und entwendet schließlich, weil er nichts Besseres findet, eine Kiste Leergut, für deren Rückgabe er am nächsten Tag in einem Geschäft 12 DM erhält.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

In Betracht kommt eine Strafbarkeit des A wegen eines Diebstahls in der qualifizierten Form des Wohnungseinbruchsdiebstahls gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Ein Anwendungsproblem ist zunächst nicht ersichtlich. Es tritt erst zutage bei einem Blick auf die **Entstehung dieser Vorschrift**.

Der Wohnungseinbruchsdiebstahl wurde aus dem Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB ausgegliedert. Dort diente der Begriff der Wohnung nur als ein Beispiel für den Oberbegriff „umschlossener Raum“. Die **Aufwertung zu einem Qualifikationstatbestand durch das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998** beruhte auf folgenden Erwägungen.[1] Der Wohnungseinbruch weist einen besonderen Unwertgehalt auf. Der Täter dringt tief in den persönlichen Bereich des Opfers ein. Häufig hat die Tat ernste psychische Störungen und wiederkehrende Angstzustände zur Folge. Auch besteht die Gefahr einer Konfrontation mit dem Opfer, was zu Gewalttätigkeiten führen kann.

[1] Vgl. BT-Ds. 13/8587, S. 43.

Nicht selten kommt es ferner zu Beschädigungen und Verwüstungen. – Die Gesetzesänderung hat ganz überwiegend Zustimmung gefunden.[2]

Ihre **praktischen Konsequenzen reichen weit**. Ein Wohnungseinbruchsdiebstahl ist nunmehr mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Die Verhängung einer bloßen Geldstrafe ist ausgeschlossen.[3] Eine Vermeidung des hohen Strafrahmens ist nicht mehr – wie noch zuvor bei der Einstufung als Regelbeispiel – durch die Bewertung als atypischer Fall möglich. Das gilt auch für Versuchsfälle (§ 244 Abs. 2 StGB). Zudem kennt § 244 StGB keine Geringwertigkeitsklausel, die – wie § 243 Abs. 2 StGB – vor schärferer Strafe schützt.

Die Aufwertung des Wohnungseinbruchsdiebstahls zum Qualifikationstatbestand blieb zunächst ohne Folgen für den Umgang mit dem Begriff der Wohnung. Wie zuvor schon bei § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB wurde auf die Erläuterungen zu **§ 123 StGB** verwiesen.[4] **Der dortige Wohnungsbegriff ist sehr weit**. Unter Wohnung werden Räume verstanden, die einer oder mehreren Personen, namentlich einer Familie, zur Unterkunft dienen oder zur Benutzung freistehen.[5] Erfasst sind damit auch sämtliche Nebenräume, wie Toiletten, Flure, Wasch-, Keller- und Bodenräume. Seit einiger Zeit macht sich Kritik bemerkbar. Es mehren sich die Stimmen, die diesen Wohnungsbegriff als zu weit erachten für § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Eine Einschränkung wird wegen der hohen Strafandrohung und wegen des Fehlens einer Geringwertigkeitsklausel für nötig gehalten.[6] Der Wohnungsbegriff soll für § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB **auf einen inneren Kern zurückgeführt** werden, der aus Räumlichkeiten besteht, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten. Ausgeschlossen werden Außenflure, Keller- und Bodenräume in größeren Mietshäusern, Garagen und auch vorübergehend genutzte Hotelzimmer. Insoweit wird der durch § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB gewährte Schutz für ausreichend und auch für angemessen flexibel gehalten.[7]

3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit der Entscheidung des OLG Schleswig wird das Problem **erstmals von der Praxis aufgegriffen**. Das Gericht schließt sich der restriktiven Auslegung des Wohnungsbegriffs in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB an. Im vorliegenden Fall kommt es daher zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand nicht anwendbar ist, weil die Kellerverschläge des Wohnblocks auf Grund ihrer räumlichen Trennung nicht zum Kernbereich der Wohnung gehören.

Zur Begründung heißt es, dass von einem „tiefen Eindringen in die Intimsphäre des Opfers" beim Einbruch in separate Kellerräume gerade nicht die Rede sein könne. Auch die Stellung der Vorschrift spreche für eine einschränkende Auslegung des Wohnungsbegriffs: Bei den verschiedenen Begehungsarten des § 244 Abs. 1 StGB handele es sich grundsätzlich um Tatbestände mit einer

---

2 *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 244 Rn. 16, m. w. Nachw.

3 Die Verhängung einer Geldstrafe statt einer kurzen Freiheitsstrafe ist gemäß § 47 StGB nur bei Freiheitsstrafen unter sechs Monaten möglich.

4 *Dencker*, in: Dencker / Struensee / Nelles / Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, S. 7; *Rengier*, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 1999, § 4 Rn. 42.

5 *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 123 Rn. 3.

6 *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 22. Aufl. 1999, Rn. 267; *Lackner / Kühl*, aaO., § 244 Rn. 11; *Rengier*, Strafrecht BT 1, 4. Aufl. 2000, § 4 Rn. 42 a; der Tendenz nach für eine restriktive Auslegung wohl auch *Tröndle / Fischer*, aaO., § 244 Rn. 17.

7 *Wessels / Hillenkamp*, aaO.

erheblichen **potentiellen Gefährdung für das Opfer**. Nur daraus rechtfertige sich die hohe Strafandrohung und das Fehlen einer Geringwertigkeitsklausel. An einer solchen Gefährdung fehle es bei einem Eindringen in separate Kellerräume.

Die aus dieser engen Auslegung folgende **Divergenz der Wohnungsbegriffe** in § 123 StGB und § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sieht das Gericht nicht als problematisch an. Eine derartige tatbestandsspezifische Auslegung mit der Folge des Verlustes begrifflicher Einheit sei nichts Ungewöhnliches. Verwiesen wird auf die unterschiedliche Interpretation des Merkmals der Wegnahme in § 242 StGB einerseits und § 289 StGB andererseits.[8]

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

§§ 242 ff. StGB stehen im Zentrum der strafrechtlichen Prüfungspraxis. Fälle, die **Wohnungseinbrüche** zum Gegenstand haben, gehören zum **Standardrepertoire**. Die Gelegenheit, sich mit dem Wohnungsbegriff in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu beschäftigen, wird also nicht lange auf sich warten lassen. Künftig wird es nicht mehr genügen, sich durch den bloßen Hinweis auf den Wohnungsbegriff in § 123 StGB aus der Affäre zu ziehen. Eine Auseinandersetzung mit der dargelegten restriktiven Auslegung ist unumgänglich.

Folgender **Prüfungsablauf** bietet sich an. Kommt sowohl eine Qualifikation nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB als auch ein Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB in Betracht, so ist es zur Vermeidung von Aufbaukomplikationen sinnvoll, zunächst die Voraussetzungen des Grundtatbestandes in § 242 StGB zu prüfen. Anschließend ist der Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzusprechen. Wird auf der Grundlage der restriktiven Auslegung eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift verneint, so ist zu einer Prüfung des Diebstahls im besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB überzugehen. Dabei muss deutlich werden, dass kein Qualifikationstatbestand, sondern eine Strafzumessungsvorschrift untersucht wird. Empfehlenswert ist eine vorgezogene Prüfung der Geringswertigkeitsklausel nach Abs. 2, weil die entsprechenden Feststellungen zumeist leicht zu treffen sind. Die Geringwertigkeitsgrenze liegt bei etwa 50 DM.[9] Greift die Sperre ein, ist nur noch zu konstatieren, dass es bei einer Bestrafung aus dem Grundtatbestand bleibt.

Im vorliegenden Fall kommt die Sperre übrigens nicht zum Zuge. Denn für die Geringwertigkeit ist nicht allein die objektive Sachlage maßgeblich. Auch der Vorsatz des Täters muss sich von vornherein auf eine geringwertige Sache gerichtet haben. Sucht der Einbruchstäter zunächst nach wertvolleren Sachen und nimmt er nach vergeblichen Bemühungen mit geringwertigen Sachen vorlieb, so kommt ihm die Privilegierung nicht zugute.[10]

Man wird gut daran tun, die **weitere Entwicklung** zu **beobachten**. Es kann nicht als gesichert gelten, dass andere Obergerichte dem Beispiel des OLG Schleswig folgen werden. Nicht auszuschließen ist, dass sie aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung der „Kontinuität der

---

8 Das Gericht spricht damit die Erweiterung des Wegnahmebegriffs bei § 289 StGB auf Fälle der Vereitelung bloßer Zugriffsmöglichkeiten an, die ein besitzähnlicher, rechtlich fundierter Machtbereich gewährt, wie z. B. beim Vermieterpfandrecht; vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 289 Rn. 3.

9 *Tröndle / Fischer*, aaO., § 243 Rn. 41, § 248 a Rn. 5.

10 BGHSt 26, 104. – Das hatte in der vorliegenden Sache die Vorinstanz übersehen; vgl. OLG Schleswig, NStZ 2000, 479, 480.

Rechtsprechung“[11] am bisherigen Wohnungsbegriff festhalten. Dieser bietet immerhin feste Konturen, während der restriktive teleologische Wohnungsbegriff eine **Fülle neuer Fragen** aufwirft. Zum Beispiel die folgenden. Wie verhält es sich mit Dachkammern und Gartenhäusern? Wird ein separater Keller bei intensiver Nutzung durch einen Hobby-Bastler zur Wohnung? Wie sind gemischt genutzte Räume einzuordnen, die teils gewerblichen Zwecken und teils Wohnzwecken dienen? Geht die Wohnungseigenschaft eines Raumes bei längerer Abwesenheit verloren?

5. Kritik

Das **Ergebnis** der Entscheidung des OLG-Schleswig ist zweifellos **zu begrüßen**. Es wäre in der Tat unangemessen, wenn der Diebstahl einer Kiste Leergut aus einem separaten Kellerraum nicht anders als mit Freiheitsstrafe geahndet werden könnte. Methodisch war dieses Ergebnis auch nicht anders zu erzielen. Wie die oben formulierten Fragen zeigen, verbindet sich mit dem Lösungsweg aber ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. **Die Kritik** muss sich daher **an den Gesetzgeber** richten, der die justizielle Praxis gezwungen hat, zu einer solchen Lösung zu greifen. Er muss sich fragen lassen, ob es wirklich nötig war, den Wohnungseinbruchsdiebstahl aus den Regelbeispielen des § 243 StGB herauszunehmen und zu einem Qualifikationstatbestand zu machen, was vermutlich zur Hauptsache auf rechtspolitische Effekte zielte. Reicht der Strafrahmen von § 243 StGB – immerhin Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren – tatsächlich nicht aus, um angemessen reagieren zu können? Und wäre im Falle der Geringwertigkeit der Beute nicht auch noch der Strafrahmen von § 242 StGB – Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe – ausreichend? Wenn es bei der Einordnung als Regelbeispiel geblieben wäre, so hätte die nötige Differenzierung bei Räumlichkeiten durch Berücksichtigung atypischer Umstände oder im Wege der Strafzumessung erfolgen können. Der jetzt eingeschlagene Weg wird vermutlich zu einer nur **schwer überschaubaren Kasuistik** führen.

Auch insoweit lohnt sich ein **nochmaliger Blick in die Vergangenheit**. Ende der sechziger Jahre führte der Gesetzgeber für den schweren Diebstahl die Regelbeispielstechnik gerade deswegen ein, weil sich im Zusammenhang mit den entsprechenden Qualifikationstatbeständen eine nahezu absurde Kasuistik entwickelt hatte.[12] Sie veranlasste *Maurach*, einen berühmt gewordenen „Besorgten Brief an einen künftigen Verbrecher“[13] zu verfassen, in dem er ihm etwa Folgendes riet: „Nicht selten wird es vorkommen, dass Du im Innern eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes ein verschlossenes Behältnis, wie z. B. eine Kassette, die Musterkollektion eines Handlungsreisenden und dergl., entdecken wirst, dessen vermuteter Inhalt Deine Aneignungsinstinkte reizt. Tue mir in diesem Falle die einzige Liebe und bezähme Deine Entdeckerfreude: stecke das Behältnis ein, verlasse Gebäude bzw. Raum und öffne das niedliche Ding erst in Deinen eigenen vier Wänden. Auch in diesem Falle entgehst Du der Wirkung des § 243 Ziff. 2.“ Es könnte nunmehr nötig werden, die briefliche Aktion zu erneuern, etwa mit folgendem Inhalt: „Planst Du einen Wohnungseinbruch, so nimm Dir zunächst den Keller vor. Findest Du dort ausreichend Beute, so lass‘ es genug sein, denn ein Vordringen in andere Räume könnte Dich später die Freiheit kosten. Sei auch gewarnt vor der Entwendung einer Papierrolle in der Etagentoilette. Deine späteren Richter könnten diesen Ort als Intimbereich und damit als Bestandteil der Wohnung ansehen, was schwere Strafe zur Folge hätte. Dass Toilettenpapier nicht viel kostet, hilft Dir leider nichts.“

---

[11] Vgl. zu diesem neuen Leitbegriff der BGH-Rechtsprechung den Fall des Monats September 2000.

[12] Vgl. *Wessels / Hillenkamp*, aaO., Rn. 194.

[13] JZ 1962, 380 ff.

6. Nachtrag (April 2007)

Der **BGH** hat bislang ausdrücklich **offengelassen**, ob er sich dem OLG Schleswig anschließen wird.[14] Entsprechend uneinheitlich ist die Tendenz in der Rechtsprechung. Einerseits lehnte das AG Saalfeld unter Bezugnahme auf das OLG Schleswig die Wohnungseigenschaft eines freistehenden Gartenhauses[15] und einer leerstehenden Wohnung[16] ab. Auch nahm der BGH die Gasträume eines Hotels von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus.[17] Andererseits stellte das Gericht in der gleichen Entscheidung klar, dass gemietete Hotelzimmer unter das Merkmal „Wohnung" subsumiert werden können.[18] Ferner soll es für einen Wohnungseinbruchsdiebstahls ausreichen, wenn der Täter in eine Wohnung einbricht, den Diebstahl aber erst in einem angrenzenden Geschäftsraum begeht.[19]

Die **Literatur stimmt** der Entscheidung des **OLG Schleswig** überwiegend **zu**.[20] Ausgehend von dem engen Wohnungsbegriffs des Gerichts wird versucht, die von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB geschützten Wohnräume eindeutig abzugrenzen.[21] Umstritten sind die Auswirkungen der Entscheidung auf den Wohnungsbegriff beim Hausfriedensbruch. Teile der Literatur möchten das Merkmal „Wohnung" nunmehr auch in § 123 Abs. 1 StGB eng auslegen[22]; die überwiegende Ansicht lehnt dies ab[23].

---

[14] So BGH, NStZ 2005, 631, in einer Entscheidung zu dem Flur und dem Foyer eines Senioren- und Pflegeheims; sie seien auch unter Zugrundelegung eines weiten Wohnungsbegriffs keine Wohnung i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

[15] AG Saalfeld, NStZ-RR 2004, 141.

[16] AG Saalfeld, StV 2005, 613.

[17] BGH, StV 2001, 624.

[18] BGH, StV 2001, 624.

[19] BGH, NStZ 2001, 533; zustimmend *Rengier,* Strafrecht BT 1, 8. Aufl. 2006, § 4 Rn. 42; kritisch *Wessels / Hillenkamp,* Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 267. Zum umgekehrten Fall – Einbruch in einen Nebenraum, um von dort in Wohnräume zu gelangen – vgl. *Tröndle / Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 244 Rn. 24 b.

[20] *Hellmich*, NStZ 2001, 511; *Tröndle / Fischer* (Fn. 19), § 244 Rn. 24 a m. w. Nachw.

[21] *Behm,* GA 2002, 153, 162 f., möchte nur den durch die Wohnungstür zugänglichen Bereich schützen; ähnlich *Rengier* (Fn. 19), § 4 Rn. 42 a.

[22] *Behm* (Fn. 21), 163 f.

[23] *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 267; *Tröndle / Fischer* (Fn. 19), § 123 Rn. 6.

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

November 2000

Kapitalflucht - Fall

Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch einen Sparkassen-Mitarbeiter / Einschränkung der Strafbarkeit auf Grund beruflicher Adäquanz

§ 27 StGB; § 370 AO

Leitsatz der Verf.:

Wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung macht sich ein Sparkassen-Mitarbeiter strafbar, der durch äußerlich berufstypische Handlungen Kunden ermöglicht, Kapital verdeckt ins Ausland zu transferieren, sofern ihm der damit verbundene Zweck der Steuerhinterziehung bekannt ist oder er diesen zumindest für überaus wahrscheinlich hält.

BGH, Urteil vom 1. 8. 2000, abgedruckt in NJW 2000, S. 3010.

1. Sachverhalt

A berät als Sparkassen-Mitarbeiter Kunden bei Auslandsanlagen. Vielfach hat er mit Kunden zu tun, die Steuern auf Zinserträge vermeiden wollen. Sie sprechen ihn auf ein bereits existierendes Transfer-System an. Sparkassen und Banken haben es entwickelt, um Kunden zu ermöglichen, ihr Kapital verschleiert auf Konten in der Schweiz und in Luxemburg zu übertragen. Dabei werden bankinterne Verrechungsabläufe so weit wie möglich einem unauffälligen Bargeldtransfer ins Ausland angeglichen. Der entscheidende Vorgang besteht darin, dass nahezu zeitgleich eine Barauszahlung und eine anonyme Bareinzahlung auf ein Konto mit Auslandsbezug vorgenommen werden. A nutzt dieses System für seine Kunden. Er leitet sie an und unterstützt sie bei der Ausfüllung der Formulare. Die Zahlungsvorgänge als solche – also ohne Berücksichtigung des von den Anlegern verfolgten Zwecks – sind zulässig. Die Kunden hinterziehen später Steuern dadurch, dass sie die ausländischen Zinserträge nicht angeben. Damit hat A, der sich im Steuerrecht auskennt, bei seinen unterstützenden Maßnahmen gerechnet.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Man lasse sich von der steuerstrafrechtlichen Verpackung nicht täuschen. Die Entscheidung hat ein Schwerpunktproblem des Allgemeinen Teils von wachsender Bedeutung zum Inhalt: Wann

F A M O S

(Der ***Fa***ll des ***Mo***nats im ***S***trafrecht)

Dezember 2000

Weihnachtseinkaufs - Fall

Fälschung einer EC-Karte / Nutzung im elektronischen Lastschriftverfahren

§ 152 a Abs. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Nach § 152 a Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer auch nur eine EC-Karte verfälscht, um mit ihr im Rahmen des elektronischen Lastschriftverfahrens Waren ohne Bezahlung einzukaufen.

BGH, Urteil vom 21. 9. 2000, abgedruckt in Strafverteidiger 2000, S. 664.

1. Sachverhalt

Für einen kostenlosen Weihnachtseinkauf will A ausnutzen, dass immer mehr Geschäfte beim bargeldlosen Zahlungsverkehr zum elektronischen Lastschriftverfahren übergehen. Dabei wird die EC-Karte nicht auf der Grundlage der Zahlungsgarantie mittels Eingabe der persönlichen Geheimnummer durch den Kunden genutzt. Vielmehr wird mit den Angaben in der vorgelegten EC-Karte eine Lastschriftermächtigung erstellt, die der Kunde unterschreibt. A eröffnet ein Konto bei der B-Bank und lässt sich eine EC-Karte ausstellen. Er weiß, dass Lastschriften bereits dann nicht eingelöst werden können, wenn die im Magnetstreifen der Karte gespeicherte Bankleitzahl verändert wird. Mit Hilfe seines Computers, eines Magnetkartenlesegerätes und des Programms „Win Data“ gelingt es ihm, die Bankleitzahl der B-Bank in der Karte durch die der C-Bank zu ersetzen. Mit dieser manipulierten EC-Karte kauft er Waren im Wert von 500,- DM im D-Kaufhaus ein, welches das Lastschriftverfahren verwendet. Der Versuch des Kaufhauses, die Lastschrift einzulösen, schlägt, wie von A erwartet, fehl. Bei dieser einen Tat bleibt es.[1]

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Nach den beiden Problemen des Falles muss man nicht lange suchen. Sie drängen sich auf bei genauer Lektüre des Wortlauts von § 152 a StGB.

[1] Der Sachverhalt der BGH-Entscheidung wurde vereinfacht, damit die Hauptprobleme klarer hervortreten.

Das erste Problem betrifft die **Eignung der im Lastschriftverfahren eingesetzten EC-Karte als Tatobjekt**. Nur scheinbar schafft die Legaldefinition in § 152 Abs. 4 Nr. 1 StGB Klarheit. Danach zählen zu den in Abs. 1 genannten Zahlungskarten „Euroscheckkarten ..., die es ermöglichen, den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer garantierten Zahlung zu veranlassen". Ist diese Definition **generell oder speziell** zu verstehen? Das bedeutet: Eignet sich die EC-Karte stets – also unabhängig von der beabsichtigten Verwendung – zum Tatobjekt, oder wird vorausgesetzt, dass der Täter die Karte für Zahlungen im Rahmen der Ausstellergarantie verwenden will? Gilt letzteres, so kann A jedenfalls nicht nach § 152 a StGB bestraft werden. Denn die Garantie der ausstellenden Bank bezieht sich nicht auf die Zahlungsmodalität der Lastschrift. In diesem Zusammenhang dient die Karte nicht als Zahlungsmittel, sondern lediglich gewissermaßen als Ausweis.

Wer hofft, eine Antwort vom Gesetzgeber zu erhalten, der erst im Jahre 1998 Zahlungskarten als Tatobjekte in § 152 a StGB aufgenommen hat, wird enttäuscht. Die Gesetzesmaterialien sagen – wie so oft – dieses, aber auch jenes und damit letztlich nichts. Einerseits heißt es: Wegen ihrer „universellen Verwendbarkeit im Zahlungsverkehr"[2] seien EC-Karten besonders schützenswert. Andererseits wird als gemeinsames Merkmal von Zahlungskarten im Sinne von § 152 a StGB herausgestellt, „dass der Zahlungsempfänger ... einen Zahlungsanspruch erhält, der von einem zahlungsfähigen Schuldner garantiert wird"[3]. – Die Literatur hat dieses Verwendungs-Problem bislang noch nicht wahrgenommen.

Das zweite Problem hängt an dem kleinen Buchstaben „n": Von Zahlungskarten**n** spricht das Gesetz in § 152 a Abs. 1 StGB. Schließt der **Plural** eine Anwendung des Tatbestandes aus, wenn nur **eine** Zahlungskarte nachgemacht oder verfälscht wurde?

Einer Literaturmeinung erscheint der Gesetzeswortlaut zwar „auf den ersten Blick verwunderlich"[4]. Sie fühlt sich dann jedoch daran gebunden und findet auch Gründe dafür.[5] Der hohe Strafrahmen soll es erforderlich machen, dass mindestens zwei Tatobjekte gefälscht worden sind. Auch wird die durch den Tatbestand zu bekämpfende Gefahr in der serienweisen Herstellung von Falsifikaten und deren massenhafter Verwendung gesehen.

Der Gegenansicht[6] fällt noch weniger dazu ein. Sie behauptet schlicht, dass es ausreiche, wenn sich die Tathandlung lediglich auf ein Tatobjekt beziehe. Eine strikte Bindung an den Wortlaut sei „auch im Hinblick auf die hohe Strafandrohung nicht gerechtfertigt"[7].

Die Rechtsprechung hat bislang nur bei anderen Tatbeständen zu der Frage Stellung genommen, ob die Verwendung des Plurals die Rechtsanwendung bindet. Stets lautete die Antwort „nein".[8]

---

2 BT-Drs. 13/8587, S. 29 f.

3 BT-Drs. 13/8587, S. 29 f.

4 *Ruß* in: LK, StGB, 11. Aufl. 2000, § 152 a Rn. 4.

5 Vgl. zum Folgenden *Ruß*, aaO.; *Rudolphi* in: SK (Stand April 2000), StGB, § 152 a Rn. 6; *Puppe* in: NK, StGB, 1. Aufl. 1995, § 152 a Rn. 14 (zur a. F.).

6 *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 152 a Rn. 5; Schönke / Schröder – *Stree*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 152 a Rn. 5 (zur a. F.).

7 *Tröndle / Fischer*, aaO.

8 Vgl. RGSt 55, 101, 102; BGHSt 23, 46, 53; OLG Düsseldorf, NJW 1993, 869 (jeweils zu § 125 Abs. 1 StGB: „Menschen oder Sachen"); BGH, NJW 1995, 1686, 1687 (zu § 180 a Abs. 1 Nr. 1 StGB: „diese").

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH überspringt beide Hindernisse für eine Bestrafung nach § 152 a StGB und bestätigt die Verurteilung des Angeklagten durch das Landgericht.

Die Verwendung der EC-Karte im Lastschriftverkehr lässt also nach seiner Auffassung ihre Eigenschaft als Zahlungskarte im Sinne von § 152 a StGB unberührt. Entscheidend sei die „generelle Art der Verwendung im Rechtsverkehr“[9]. Die Vorschrift setze nicht voraus, dass der Täter beabsichtige, die nachgemachte oder verfälschte EC-Karte im Rahmen des (angeblichen) Garantieversprechens der Bank zu verwenden.

Zur Begründung stellt der BGH zunächst auf den allgemeinen Zweck des Tatbestandes ab, die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu schützen. „Nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise“[10] sei auch das Lastschriftverfahren eine Form der bargeldlosen Zahlung. In diesem Verfahren sei der Händler als Geldgläubiger sogar besonders schützenswert, weil er das Risiko der Nichteinlösung der Lastschrift trage. Mit dieser Begründung ist aber noch nicht die Diskrepanz zur Legaldefinition in § 152 a Abs. 4 Nr. 1 StGB überwunden, die einen Zusammenhang mit der Zahlungsgarantie zu erfordern scheint. Daher schiebt der BGH als Begründung nach: Der Rechtsverkehr vertraue auf die EC-Karte unabhängig von der Art ihrer Nutzung, „weil ihr auch eine Garantiefunktion zukommen kann (!) und sie von den Kreditinstituten nur nach entsprechender Bonitätsprüfung ausgehändigt wird“[11].

Die Lösung des Plural-Problems ist nach Ansicht des BGH nicht durch den Gesetzeswortlaut vorgegeben. Die Wahl des Plurals in § 152 a Abs. 1 StGB erklärt sich für ihn sprachlich: Der Gesetzgeber habe damit lediglich an die Pluralform der Legaldefinition in Abs. 4 angeknüpft. Dann zieht er einen Vergleich mit anderen Tatbeständen. Vielfach benutze das Gesetz den Plural, um Personen, Tatgegenstände und –mittel sowie Handlungsarten zu bezeichnen, ohne dass daraus eine Bindung abgeleitet würde.[12] Ferner beruft sich der BGH auch an dieser Stelle auf den Schutzzweck der Vorschrift: Sicherheit und Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs würden auch schon durch die Fälschung nur einer Zahlungskarte „nachhaltig gefährdet“[13]. Der Hinweis der Gegenansicht auf die Höhe der angedrohten Strafe beeindruckt ihn nicht. Der Gesetzgeber habe sich für einen Verbrechenstatbestand entschieden, ohne eine Mindeststückzahl zu erwägen. Bei geringer Stückzahl sei im Übrigen ein Unterschreiten der Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe durch Annahme eines minder schweren Falles nach Abs. 3 möglich.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Ausgewählt wurde der Fall, weil zu erwarten ist, dass sich auch im Prüfungszusammenhang die Zeit der „Moos raus!“-Räuber, der Geldkassetten-Diebe, der Wechselgeld-Fallensteller und damit die Zeit der strafrechtlichen Bargeld-Dogmatik dem Ende zuneigt. Mit der üblichen Verzöge-

---

9 BGH, StV 2000, 664.

10 BGH, StV 2000, 664, 665.

11 BGH, StV 2000, 664, 665.

12 Als Beispiele nennt der BGH, StV 2000, 664, 665: §§ 174 ff. StGB (sexuelle Handlungen), § 184 StGB (pornographische Schriften), § 132 a StGB (Amts- oder Dienstbezeichnungen usw.) sowie § 133 StGB (Schriftstücke oder andere bewegliche Sachen). Er beruft sich auch auf den Sprachgebrauch des 6. Strafrechtsreformgesetzes, etwa in § 168 Abs. 1 StGB (Teile des Körpers), §§ 306, 306 f Abs. 1 und 2 StGB (Brandstiftungsobjekte) sowie § 314 Abs. 1 StGB (Quellen, Brunnen usw.). Lediglich vereinzelt sei der Plural der alten Fassung durch den Singular ersetzt worden, ohne dass damit eine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen sei.

13 BGH, StV 2000, 664, 665.

rung wird das juristische Examen darauf reagieren, dass sich auch der kriminelle Geldverkehr zunehmend bargeldlos vollzieht. Damit werden Tatbestände wichtig, die in Lehre und Literatur bislang noch eine Randexistenz führen: z. B. § 263 a StGB (Computerbetrug), § 266 b StGB (Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten), § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten) und eben auch § 152 a StGB.

Das heißt nicht, dass die Tatbestände unwichtig werden, die bisher im Rampenlicht standen. So wäre es höchst fatal, wenn bei der Bearbeitung des vorliegenden Falles übersehen würde, dass A mit der Verwendung der verfälschten EC-Karte einen Betrug gem. § 263 StGB gegenüber dem Kassenpersonal zum Nachteil des Unternehmens beging. Da § 152 a StGB, wie viele Delikte dieser Art, den Schutz des Vermögens vorverlagert, ergeben sich typische Konkurrenzprobleme. Soll die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift erhalten bleiben, auch wenn es später zu einer Vermögensverletzung kommt, die anderweitig strafrechtlich erfassbar ist? Dafür sprechen die besondere Schutzrichtung der Vorschrift und die Höhe der Strafandrohung.[14] Es schließt sich die Frage an, ob Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist. Darüber wird gestritten. Tatmehrheit lässt sich damit begründen, dass § 152 a StGB – anders etwa als die Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB – die Handlungsvariante des Gebrauchens nicht kennt.[15] Gleichwohl fasst der BGH die beiden Handlungen des Verfälschens und der betrügerischen Täuschung zu einer „deliktischen Einheit“[16] zusammen. Er verweist darauf, dass nach § 152 a Abs. 1 StGB eine Täuschungsabsicht auch schon zum Zeitpunkt des Verfälschens vorgelegen haben müsse.

Im straftatsystematischen Prüfungsablauf haben beide Fallprobleme ihren Platz im objektiven Tatbestand. Das steht für das Plural-Problem ganz außer Frage. Auch das Verwendungs-Problem stellt sich im Zusammenhang mit der Prüfung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Zahlungskarte. Jedoch ergibt sich hier ein subjektiver Einschlag. Zweifel an der Subsumierbarkeit gehen daraus hervor, dass der Täter die Karte nicht im garantierten Zahlungsverkehr verwenden will. Das sollte jedoch nicht dazu veranlassen, diese Frage erst im subjektiven Tatbestand zu erörtern. Dadurch würde die Prüfung des Merkmals der Zahlungskarte höchst unzweckmäßig zweigeteilt.

Im Übrigen erweisen sich im Umgang mit § 152 a StGB gute Kenntnisse zum Urkundenstrafrecht als nützlich. Man trifft auf zwei alte Bekannte: auf das objektive Tatbestandsmerkmal des Verfälschens und auf das subjektive Tatbestandsmerkmal des Handelns zur Täuschung im Rechtsverkehr. Jeweils passen die aus dem Urkundenstrafrecht bekannten Erläuterungen. Eine Zahlungskarte verfälscht, wer den Inhalt einer echten Karte verändert, so dass er nicht mehr von dem aus der Karte ersichtlichen Aussteller herrührt. Das Ergebnis besteht also in einer unechten Karte.[17] (Die Tatbestandsvariante des Nachmachens entspricht dem Herstellen einer unechten Urkunde in § 267 Abs. 1 StGB). „Zur Täuschung im Rechtsverkehr“ bezeichnet wie bei § 267 StGB den Willen, einen anderen über die Echtheit zu täuschen und damit zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen.[18]

Zur großen praktischen Bedeutung der Entscheidung muss nicht viel gesagt werden. Sie erschließt sich jedem, der mit offenen Augen durch Geschäfte geht. Ganz überwiegend wird bargeldlos gezahlt, meistens per Lastschrift. Die Geschäfte bieten immer seltener die Zahlung durch Eingabe der Geheimnummer an. Das hat zwei Gründe. Sie sparen Gebühren und Kosten für die technische Einrichtung. Auch lassen sich die Zahlungsvorgänge schneller abwickeln. Dafür wird das Risiko in Kauf genommen, dass die Lastschrift fehlschlägt. In gewisser Weise mindert die

---

14 Vgl. *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 152 a Rn. 9.

15 Für Tatmehrheit: *Lackner / Kühl*, aaO.

16 BGH, StV 2000, 664, 666; so auch Tröndle / Fischer, aaO., § 152 a Rn. 10.

17 Vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 152 a Rn. 3 mit Hinweis auf die Kommentierung zu § 267 Rn. 20.

18 Vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 152 a Rn. 7 mit Hinweis auf die Kommentierung zu § 267 Rn. 25.

BGH-Entscheidung dieses Risiko, indem sie dafür sorgt, dass die Manipulation des Lastschriftverfahrens durch die Verwendung verfälschter oder nachgemachter EC-Karten hart bestraft wird.

5. Kritik

Ist es wirklich die Aufgabe der Rechtsprechung, so lässt sich an die zuletzt gemachte Bemerkung anknüpfen, die Entwicklung im Geschäftsverkehr sogleich strafrechtlich abzusichern, auch wenn die vorhandenen Gesetze darauf nicht angelegt sind? Gleichermaßen eilfertig hat seinerzeit der BGH die Verkaufsmethode der Selbstbedienung abgesichert, indem er Kleidung und Taschen zur Gewahrsamsenklave erklärte, was eine Bestrafung von Ladendieben, die sich noch im Verkaufsbereich befinden, wegen vollendeten Diebstahls ermöglicht.[19] Die Alternative, nämlich den Gesetzgeber über die angemessene strafrechtliche Reaktion auf neuere Entwicklungen entscheiden zu lassen, wird nicht mehr ernsthaft erwogen. Eher belächelt wird das historische Beispiel dafür: die Weigerung des Reichsgerichts, auf die Entziehung elektrischer Energie den Diebstahlstatbestand anzuwenden,[20] was den Gesetzgeber zur Schaffung eines neuen Tatbestandes (heute § 248 c StGB) veranlasste.

Ein zweiter Einwand ist inhaltlicher Art. Abgesichert durch staatliche Strafgewalt wird diejenige Variante des Zahlungsverkehrs, die für den Gläubiger risikoreicher ist. Ob dieser wegen des größeren Risikos auch, wie der BGH meint, besonders schutzwürdig ist, lässt sich bezweifeln; hat er doch die Möglichkeit, den weniger riskanten, durch Garantie abgesicherten Zahlungsverkehr zu wählen. Gegen diese Variante entscheiden sich die Unternehmen allein aus Kostengründen. Sollte es tatsächlich Sache des Strafrechts sein, eine solche rein ökonomisch motivierte Risikoentscheidung abzusichern?

Wenden wir uns abschließend noch einmal der Begründung der Entscheidung zu. Sie schöpft die Argumentationsmöglichkeiten nicht aus. Für die Position des BGH, hält man sie grundsätzlich für richtig, lassen sich weitere Argumente finden.

Diese Position bewahrt bei der Lösung des Verwendungs-Problems vor praktisch kaum lösbaren Folgeproblemen. Würde auf die konkrete Verwendung abgestellt, so müsste diese nach den Vorstellungen des Täters zum Zeitpunkt der Fälschung ermittelt werden. Doch es ist durchaus möglich, dass sich der Täter zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Gedanken über die konkrete Verwendungsart gemacht hat. Auch könnte er eine ursprüngliche Verwendungsabsicht noch ändern, – mit Folgen für eine Strafbarkeit nach § 152 a StGB?

Die Stellungnahme des BGH zum Plural-Problem lässt sich mit einem systematischen Argument verstärken. Hätte der Gesetzgeber nur die serienweise Fälschung von Zahlungskarten erfassen wollen, so hätte nichts näher gelegen als die Verwendung des Begriffs der „großen Zahl“, der seit einiger Zeit in vielen Tatbeständen anzutreffen ist.[21]

6. Nachtrag (April 2007)

Seit der Entscheidung des BGH[22] haben sich zwei **Änderungen** ergeben. Zum einen wurde zum 31.12.2001 die eurocheque-Garantie und mit ihr die EC-Karte in ihrer ursprünglichen Bedeutung abgeschafft. Zum anderen wurde § 152a StGB durch das 35. StrÄndG vom 22.12.2003 neu gere-

---

19 BGHSt 16, 271; vgl. dazu *H. Mayer*, JZ 1962, 617, 623.

20 RGSt 29, 112; 32, 172.

21 Z. B. §§ 267 Abs. 3 Nr. 3, 306 b Abs. 1, 308 Abs. 2, 309 Abs. 3, 312 Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

22 Das Urteil ist jetzt auch in BGHSt 46, 146 veröffentlicht worden.

gelt. Trotz dieser Änderungen ist die besprochene BGH-Entscheidung aber **nach wie vor von Bedeutung**.

Die **Abschaffung der eurocheque-Karte** wirkt sich nicht weiter aus, weil auch die Nachfolgekarte (Maestro) sowohl mit als auch ohne Garantiefunktion als Zahlungsmittel genutzt werden kann. Das in der besprochenen Fallgestaltung auftretende Problem stellt sich deshalb in gleicher Weise auch bei dieser Karte.

Auswirkungen hat dagegen die **neue gesetzliche Regelung** im Zusammenhang mit **§ 152a StGB**. Sie lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die Fälschung von Zahlungskarten nunmehr in zwei Vorschriften geregelt ist. Der neu eingefügte § 152b StGB umfasst die Zahlungskarten mit Garantiefunktion und entspricht seinem Regelungsgehalt nach weitestgehend dem bisherigen § 152a StGB. Der neue § 152a StGB erfasst alle übrigen Zahlungskarten, die von einem Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut herausgegeben wurden.

Das erste Problem des Falles – die Frage, wie mit Zahlungskarten zu umzugehen ist, die zwar mit einer **Garantiefunktion** versehen sind, konkret jedoch in einem Zahlungsverfahren ohne Garantiefunktion verwendet werden – ist nunmehr in § 152b Abs. 4 StGB angesiedelt. Die in dieser Vorschrift verwendete Definition entspricht dem Wortlaut des früheren § 152a Abs. 4 StGB.[23] Neu ist aber, dass eine Entscheidung gegen die Anwendbarkeit auf die Zahlungskarten mit Garantiefunktion nicht mehr zur Straflosigkeit führt, sondern § 152a StGB – mit einer geringeren Strafandrohung – angewendet werden kann.

Während die Literatur das genannte Problem im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht als solches erkannt hatte, wird es nunmehr in fast allen Kommentaren angesprochen. Dabei hat die neue gesetzliche Systematik durchaus Einfluss auf die Meinungsbildung. Überwiegend kommt man zu dem Schluss, dass § 152b StGB Karten nicht erfasse, die zwar mit Garantiefunktion versehen seien, aber im Lastschriftverfahren eingesetzt würden.[24] Als Argument wird zum einen vorgebracht, dass bei der Verwendung im Lastschriftverfahren gerade nicht der Kartenaussteller das Ausfallrisiko trage, sondern derjenige, welcher die Karte als Zahlungsmittel akzeptiere.[25] Dessen Interessen würden nunmehr durch § 152a StGB geschützt.[26] Zum anderen könne mit einer Manipulation an den in dem Magnetstreifen gespeicherten Bankverbindungsdaten der Aussteller gerade nicht zu einer garantierten Zahlung veranlasst werden.[27] Vereinzelte Stimmen schließen sich allerdings – auch unter den Voraussetzungen der neuen Rechtslage – der Meinung des BGH an.[28]

---

23 Die bisherige EC-Karte ist in § 152b Abs. 4 StGB ausdrücklich als Beispiel einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion genannt, die neue Maestro-Karte wäre unter den Begriff der „sonstigen Karten“ zu subsumieren.

24 *Erb* in Müko, StGB, 2005, § 152b Rn. 7; *Puppe* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 152b Rn. 8 (anders noch in JZ 2001, 471, 472). Vorsichtig dagegen *Stree/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 152b Rn. 2, die sich zum POZ-Verfahren nicht ausdrücklich äußern, jedoch schreiben, dass „jedenfalls“ die Nutzung im POS-Verfahren erfasst sei.

25 *Erb* in Müko, StGB, 2005, § 152b Rn. 7.

26 *Puppe* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 152b Rn. 8. Insofern hat sich auch eines der vom BGH vorgebrachten Argumente erledigt.

27 *Joecks*, StGB, 6. Aufl. 2005, § 152b Rn. 3.

28 So (jeweils ohne Begründung) *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 152b Rn. 2 und *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 152 b Rn. 5.

In dem zweiten Problem des Falles, der **Pluralfrage**, folgen die Meinungen in der Literatur dem BGH.[29] Auch bei früheren Gegenstimmen ist eine Kehrtwende zu beobachten.[30]

[29] Vgl. z. B. *Erb* in Müko, StGB, 2005, § 152a Rn. 9; *Joecks*, StGB, 6. Aufl. 2005, § 152a Rn. 4; *Stree/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 152a Rn. 7; *Rengier*, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2007, § 39 Rn. 27.

[30] Vgl. *Puppe* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 152b Rn. 5.

geht strafloses berufstypisches Verhalten in strafbare Beihilfe über?[1] In anderer Verpackung tritt dieser Zusammenhang klarer zutage. Zwei Beispiele aus der Ausbildungsliteratur:

> V verkauft 450 Tonnen afrikanisches Antilopenfleisch unter richtiger Bezeichnung an Großhändler G. V weiß, dass mangels Absatzmöglichkeiten nur ein geringer Teil als Antilopenfleisch, der überwiegende Teil aber unter der Bezeichnung „europäisches Wildbret" und damit unter Begehung eines Betruges seinen Weg zum Verbraucher finden wird. Hat V sich einer Beihilfe zum Betrug schuldig gemacht?[2]

> G beliefert einen Bordellbetrieb mit Getränken und Lebensmitteln. Hiermit ermöglicht er die Fortführung des „Unternehmens". Kann ihm, sofern Haupttaten nach §§ 180 a, 184 a oder b StGB vorliegen und er in Kenntnis der Umstände handelt, Beihilfe angelastet werden?[3]

Das Problem der zu besprechenden BGH-Entscheidung hat also wenig mit der Abgabenordnung, aber viel mit Grundfragen der Beihilfestrafbarkeit zu tun. Zu klären war, ob der Beitrag des A als strafbare Beihilfe zu bewerten ist, obwohl dieser lediglich einer bei seiner beruflichen Tätigkeit (seinerzeit) üblichen Praxis folgte und obwohl die reinen Zahlungsvorgänge zulässig waren.

Was sagt die Literatur zur **Abgrenzung zwischen erlaubter beruflicher Mitwirkung und strafbarer Beihilfe**? Sie bietet eine „kaum noch überschaubare"[4] Meinungsvielfalt, die sich in der Vielzahl der Schlagworte widerspiegelt: **„professionelle Adäquanz"**, **„neutrales Alltagsverhalten"**, **„neutrale Beihilfe"**, **„sozialadäquate Handlungen", „berufstypisches Verhalten"**[5], um nur einige Beispiele zu nennen.

Schlagen wir eine Schneise durch das Dickicht. Im breiten Meinungsspektrum der Literatur lassen sich **zwei Hauptgruppen** unterscheiden:[6]

Teilweise wird das Problem **allein im objektiven Beihilfetatbestand** aufbereitet und gelöst. Sozialübliches, professionell adäquates Verhalten wird danach vom Begriff des Hilfeleistens nicht erfasst. Gelegentlich wird bei der Begründung auch auf Kriterien der objektiven Zurechnung zurückgegriffen.

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, dass es für eine sachgerechte Abgrenzung **auch oder sogar maßgeblich auf die innere Willensrichtung** ankomme. Dabei werden unterschiedliche Grenzkriterien verwendet. Teils lehnen sie sich an bekannte dogmatische Figuren an, teils werden sie neu erfunden. Eine Strafbarkeit soll vorliegen,

---

1 Vgl. zum Stellenwert in der aktuellen Strafrechtsdiskussion: *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, Vorwort sowie § 20 Rn. 222 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht AT, 6. Aufl. 2000, Vorwort sowie § 22 Rn. 67 f.

2 *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 9. Aufl. 1999, S. 224, unter Verwertung einer Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts.

3 Beispiel bei *Joecks*, StGB, 1999, § 27 Rn. 17.

4 *Joecks*, aaO., § 27 Rn. 15.

5 Jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Spezialliteratur: *Joecks*, aaO., § 27 Rn. 15 ff.; *Kühl*, aaO., § 20 Rn. 222 (zum Begriff „neutrale Handlungen": Fn. 356 b); *Otto*, aaO., § 22 Rn. 67; *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2000, Rn. 160 f.; *Wessels* / *Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 582 a.

6 Im Einzelnen: *Hillenkamp*, aaO., S. 224 ff. Neben den beiden im Folgenden behandelten Hauptgruppen existieren noch zwei weitere Ansätze. Eine Ansicht orientiert sich allein am Wortlaut von § 27 Abs. 1 StGB. Danach gelten für ein Alltagsverhalten, sofern es eine vorsätzliche Hilfeleistung zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat darstellt, keine die Strafbarkeit einschränkenden Besonderheiten. Einer „Sozialadäquanz" sei durch eine großzügige Einstellungspraxis oder bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen. Nach einer anderen Auffassung ist das Problem erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu lösen; abweichende sachliche Kriterien werden aber nicht vorgetragen.

- wenn der Hilfeleistende im Hinblick auf die Haupttat mehr als nur bedingt vorsätzlich handelt, also mit direktem Vorsatz oder Absicht,
  oder
- wenn der Beitrag einen eindeutigen deliktischen Sinnbezug hat und der Beitragende dies auch weiß,
  oder
- wenn Bewusstsein und Wille darauf gerichtet sind, die Tat eines anderen zu fördern; fehlt dieser Förderungswille, kann auch (sicheres) Wissen von einer deliktischen Verwertung eine Beihilfestrafbarkeit nicht begründen

Der BGH hatte seine Grundposition in dieser Frage bereits in einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung zu erkennen gegeben. Sie hatte eine anwaltliche Tätigkeit zugunsten eines Unternehmens zum Gegenstand, dessen Zweck in der betrügerischen Erlangung von Anlagegeldern bestand. Folgende „**allgemein für berufstypische ‚neutrale' Handlungen geltende Grundsätze**" stellte er auf:[7]

> *„Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfeleistung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter'; es ist als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als ‚sozialadäquat' anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung ‚die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein' ließ."*

Neugierig durfte man sein, ob der BGH diese Linie fortführen, vielleicht gar präzisieren würde, oder ob der ausgedehnte literarische Meinungsstreit ihn zu einer Änderung veranlassen könnte. Auch war von Interesse, ob die Unterschiede der Fallumstände sich auswirken würden. In der vorangegangenen Entscheidung bestand die (Beihilfe-)Tat in **einer** fördernden Handlung eines freiberuflich Tätigen zugunsten **eines** kriminell agierenden Unternehmens. Nunmehr war das Verhalten eines „Rädchens" in dem Räderwerk der systematisch betriebenen Förderung von Steuerhinterziehungen zu beurteilen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zu Beginn stellt der BGH klar: Nicht jede Mitwirkung eines Bankangestellten an einem Kapitaltransfer ins Ausland zu Gunsten von Bankkunden, die ihre Kapitalerträge gegenüber dem Finanzamt verheimlichen, ist als Beihilfe strafbar.[8] Dann mustert er die im Schrifttum angebotenen Abgrenzungskriterien durch. Sein Ergebnis: „Für sich allein" seien sie „nicht geeignet, strafbare Beihilfe von erlaubtem Handeln eindeutig abzugrenzen".[9] Insbesondere wendet sich der BGH gegen eine generelle Straflosigkeit von neutralen, berufstypischen oder professionell adäquaten Handlungen. „Fast jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden."[10]

---

7 Vgl. BGH, NStZ 2000, 34. Bei den in Anführungszeichen gesetzten Begriffen bezieht sich der BGH auf Stimmen in der Literatur (Nachweise aaO.).

8 BGH, NJW 2000, 3010.

9 BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

10 BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

Bei einer rein äußeren Betrachtung des Tatbeitrags kann es aus der Sicht des BGH nicht bleiben. Einzubeziehen sei die innere Tatseite. Genauer: Wusste der Beteiligte von den Motiven des Haupttäters und wollte er sie fördern? Damit knüpft der BGH an die Grundsätze der vorangegangenen Entscheidung an und überträgt sie auf den Vorgang der Steuerhinterziehung. Einige Formulierungen kehren wieder, andere sind neu. Wiederholt werden zwei pauschale Bezeichnungen für das innere Verhältnis des Beteiligten zur Haupttat. Obgleich der Angeklagte die Ziele der Kunden nicht mit Sicherheit gekannt und keine persönlichen Vorteile aus der Hilfeleistung gezogen habe, „ließ er sich dennoch die Förderung tatgeneigter Bankkunden bei deren geplanten Steuerhinterziehungen ‚**angelegen sein**'; er ‚**solidarisierte**' sich mit den Tätern"[11]. Neu und, wie noch zu zeigen sein wird, auch hilfreich ist die Formulierung, es komme darauf an, ob der Angeklagte **von der kriminellen Absicht der Kunden gewusst oder diese „zumindest für überaus wahrscheinlich"** gehalten habe.[12] Mit Hilfe dieser Kriterien gelangt der BGH zur Bejahung einer Strafbarkeit des Sparkassen-Mitarbeiters wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Insoweit erklärt er den Umstand für bedeutungslos, dass der Mitarbeiter sich eines eingeführten Verschleierungssys- tems bedient habe. Diese Tatsache könne sich nur bei der Strafzumessung auswirken und habe ansonsten noch für die Frage einer möglichen **strafrechtlichen Verantwortung der Initiatoren** des Systems Bedeutung.[13]

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Kein großes Risiko würde eingehen, wer darauf wettet, dass das Problem demnächst verstärkt in Prüfungszusammenhängen behandelt wird. Diese Entwicklung entspricht dem Konjunkturverlauf strafrechtlicher Probleme. Ein Thema gilt – irgendwie – als aktuell und modern. (Jung-)Akademiker stürzen sich in Veröffentlichungen darauf, um Ruhm und Anerkennung zu ernten. Wenn dann noch der BGH sich in einer oder zwei Entscheidungen damit befasst, müssen sich sehr bald auch Prüfungskandidatinnen und –kandidaten mündlich oder schriftlich dazu äußern – natürlich nicht in steuerstrafrechtlichen Zusammenhängen, sondern in Verbindung mit Standardvorschriften aus dem StGB.

Darauf sollte man sich vorbereiten. Wichtig ist, die **Entwicklungstendenz** zu registrieren, die sich mit der BGH-Entscheidung abzeichnet. Versuche einer rein objektiven Grenzziehung verlieren an Bedeutung. Zu Recht kritisiert der BGH, dass die bislang dafür angebotenen Kriterien viel zu unscharf sind und strafwürdige Fälle von Strafe ausnehmen. Soll der Apotheker, der den Verkauf einer giftigen Substanz wie üblich abwickelt, tatsächlich nicht als Gehilfe bestraft werden können, wenn er weiß, das der Kunde damit einen Mord begehen wird? Eine Einbeziehung subjektiver Aspekte ist schwerlich vermeidbar. Daraus ergeben sich zwei Fragen: Welche Kriterien sollen dafür maßgebend sein? Wie sind sie in den straftatsystematischen Prüfungsgang einzufügen?

Für die Antwort auf die erste Frage sollte die **Wahrscheinlichkeits-Formel des BGH** Beachtung finden. Dem Bereich strafbarer Beihilfe ordnet der BGH, wie dargelegt, diejenigen Fälle zu, in denen der Beteiligte um die kriminellen Absichten des Haupttäters weiß oder diese „zumindest für überaus wahrscheinlich"[14] hält. Stellt man eine Verbindung zur üblichen Definition des bedingten Vorsatzes her, so lässt sich daraus ableiten: Berufstypisches Verhalten bleibt straflos, falls der Beteiligte die Haupttat nur für möglich hielt. Damit ist für die Fallbearbeitung ein gut fassbarer Orientierungspunkt vorgegeben.

---

[11] BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

[12] BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

[13] BGH, NJW 2000, 3010, 3012.

[14] BGH, NJW 2000, 3010, 3011.

Schwierigkeiten bereitet allerdings die **Übernahme in den straftatsystematischen Prüfungsgang**, bei dem zwischen objektiven und subjektiven Merkmalen der Beihilfestrafbarkeit unterschieden wird.[15] Eine Aufweichung dieser Grenzlinie ist nicht zu umgehen. Folgendes Vorgehen bietet sich an. Im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit wird zuerst die objektive Voraussetzung einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat („Haupttat") festgestellt. Als zweite objektive Voraussetzung wird dann das Hilfeleisten geprüft. Dabei wären zunächst Überlegungen zu einer Restriktion mit Hilfe rein objektiver Kriterien anzustellen. Wird – in Übereinstimmung mit dem BGH – die Auffassung vertreten, dass diese zu keiner klaren und befriedigenden Lösung führen, so muss zu subjektiven Kriterien übergeleitet werden, etwa so: „Nicht allein das äußere Verhalten ist maßgeblich für die rechtliche Beurteilung. Das Verhalten des die Tat Fördernden wird unzulänglich erfasst, wenn es losgelöst von der inneren Tatseite betrachtet wird. Erst diese lässt eine Abgrenzung zwischen Hilfeleistung im Sinne von § 27 Abs. 1 StGB und straflosem Verhalten zu." Nunmehr können die angesprochenen **subjektiven Kriterien** des BGH und des Schrifttums verwertet werden. Wird das Merkmal des Hilfeleistens bejaht, so ist die Prüfung mit dem subjektiven Tatbestand (sogenannter doppelter Beihilfe-Vorsatz) fortzusetzen. Dabei kann auf vorsatzbezogene Feststellungen verwiesen werden, die zuvor bereits bei der Prüfung der Hilfeleistung getroffen wurden.

Noch ein Wort zur praktischen Bedeutung der Entscheidung: Man darf gespannt sein. An sich müssten weitreichende Konsequenzen gezogen werden. Ob das tatsächlich geschieht? Wir haben es mit einem echten **Test der Funktionstüchtigkeit unserer Strafrechtspflege** zu tun.

Das sei näher erklärt. Abgeurteilt wurde ein „kleiner" Sparkassen-Mitarbeiter in einem Pilotverfahren. Viele andere Fälle gleicher Art wurden vorerst zurückgestellt, um den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten.[16] Nun müsste es zu massenhaften Anklagen kommen – nicht nur gegen „kleine" Sparkassen-Mitarbeiter, sondern auch gegen deren Chefs auf der mittleren und oberen Etage. Denn nur von dort aus konnte ein solches Verschleierungssystem initiiert werden. Oder wird man nur die Kleinen hängen und die Großen laufen lassen?

5. Kritik

Zur Kritik fordert heraus, dass der Lösungsansatz des BGH objektive und subjektive Merkmale vermengt. Auch ist problematisch, dass subjektive Kriterien den Ausschlag für die Grenzziehung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten geben. Denn damit fehlt den Ermittlungen im Frühstadium des Verfahrens eine klare Leitlinie. Es drohen ungezielte Strafverfolgungsmaßnahmen in bloßer Ausforschungsabsicht gegen tatsächlich neutrale Vorgänge mit erheblichen Belastungen für die Betroffenen.[17] Es muss allerdings sogleich hinzugefügt werden, dass derzeit keine dogmatisch und praktisch bessere Lösungsalternative in Sicht ist.

Bemerkenswert ist der Umgang unserer höchsten Richterinnen und Richter mit der deutschen Sprache. Wenn es schwierig wird und die Worte fehlen, um klar auszudrücken, was gemeint ist, treten sie die Flucht in die **Sprache des 19. Jahrhunderts** an. Was soll man darunter verstehen, wenn die Strafbarkeit davon abhängig gemacht wird, dass der Beteiligte sich die Förderung der

---

15 Vgl. z. B. die Aufbauempfehlung bei *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 887.

16 Nicht geklärt ist die strafprozessrechtliche Frage, ob dieses Vorgehen überhaupt zulässig ist. An sich verpflichtet das Legalitätsprinzip (§§ 152 Abs. 2, 160, 170 Abs. 1 StPO) die Staatsanwaltschaft, anklagereife Sachen auch wirklich anzuklagen (vgl. *Beulke*, Strafprozeßrecht, 4. Aufl. 2000, Rn. 17). Ob prozessökonomische Gründe die Staatsanwaltschaft davon entbinden, erscheint sehr zweifelhaft. Aus der Sicht des Angeklagten im Pilotverfahren stellt sich diese strafprozessrechtliche Frage als Gleichheitsproblem dar.

17 Vgl. *Marxen / Karitzky*, EWiR 2000, S. 353, 354, in einer Anmerkung zum erstinstanzlichen Urteil des LG Wuppertal (veröffentlicht in wistra 1999, 473).

Haupttat „angelegen sein“ ließ? Das ist die Sprache von Gustav Freytag, Adalbert Stifter und Wilhelm Raabe. Sie hat ihren historisch-literarischen Wert, aber taugt nicht, um Klarheit in einem aktuellen Strafrechtsfall zu schaffen. Wie wird wohl ein Angeklagter in der Hauptverhandlung reagieren, den der Vorsitzende fragt, ob er sich die Unterstützung der Tat eines anderen habe „angelegen sein“ lassen? Er wird nicht wissen, was gemeint ist. Wissen es die Richterinnen und Richter am BGH?

Moderner ist der Begriff der **Solidarisierung**, den der BGH dem des „Angelegen-Seins“ an die Seite stellt. An ihm ist kein Fehlgriff in der Sprache, wohl aber in der Sache zu rügen. Die **Situation** wird **unzutreffend analysiert**, wenn dem Sparkassen-Mitarbeiter angelastet wird, er habe sich mit den Tätern solidarisiert. Die Täter waren seine Kunden, zu denen eine Geschäftsbeziehung bestand. Das bedeutet, dass ihm nicht lediglich ein Unterlassen strafbaren Verhaltens, sondern eine Entsolidarisierung abverlangt wird. Die Verweigerung der Unterstützung wäre zugleich ein Akt der Distanzierung gewesen. Die Anforderungen reichen also über die Beachtung eines strafrechtlichen Verbots hinaus. Sie haben Gebotscharakter und gleichen darin den Anforderungen der Unterlassungsstrafbarkeit. Erwägenswert erscheint, diese weitergehenden Verhaltenspflichten von der Schwere der intendierten Haupttat abhängig zu machen, wie ja auch die generelle Pflicht, sich von Straftätern durch Anzeige zu distanzieren, von der Schwere des Delikts abhängt (§ 138 StGB).

Ein abschließender Kommentar gilt der Strafzumessung. Es überrascht, dass der BGH im Rahmen seiner rechtlichen Erwägungen den **Systembezug der Tat** für strafzumessungsrelevant erklärt, letztlich aber die Strafe sogar verschärft, indem er die Geldstrafe verhängt, die zuvor das Landgericht nur unter Vorbehalt (§ 59 StGB) ausgesprochen hat. Zu erwarten war Gegenteiliges. Denn innerhalb des bereits etablierten Verschleierungssystems war der Angeklagte nur ein Rädchen. Auch ging von der Existenz des Systems ein nicht unerheblicher Druck auf ihn aus. Sich zu verweigern, hätte ihm vermutlich berufliche Nachteile eingebracht. Vielleicht wollte der BGH mit der Verschärfung aber auch ein Signal setzen für die Verfahren gegen die Vorgesetzten. Dann müsste sich geradezu eine Verfahrenslawine in Gang setzen. Wie gesagt: Man darf gespannt sein.

6. Nachtrag (April 2007)

Die Entscheidung[18] ist in der Literatur überwiegend zustimmend besprochen worden.[19] Der BGH hat die in dem Urteil entwickelten Grundsätze in seiner weiteren Rechtsprechung bestätigt.[20] Dennoch ist der Streit um die Beihilfestrafbarkeit von neutralen oder berufstypischen Handlungen noch **nicht** vollständig **erledigt**. In der Lehrbuchliteratur werden die in der Literatur vertretenen Ansichten auch weiterhin ausführlich der Auffassung der Rechtsprechung gegenüber gestellt.[21] Zudem herrscht weiterhin keine Einigkeit in der Frage, wo das Problem in einer Klausurbearbeitung straftatsystematisch zu verorten ist[22]; wir bleiben daher bei unserer bisherigen Aufbauempfehlung[23].

---

18 Das Urteil wurde mittlerweile auch in BGHSt 46, 107, veröffentlicht.

19 *Marx*, DStR 2001, 96; *Rolletschke*, DStZ 2000, 787; *Jahn*, EWiR 2000, 895; im Ergebnis zustimmend auch *Kudlich*, JZ 2000, 1178; *Lesch*, JR 2001, 383; kritisch hingegen *Samson / Schilthorn*, wistra 2001, 1; *Behr*, BB 2000, 2240.

20 BGH, NJW 2006, 522, 528; NStZ 2004, 41, 43.

21 *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 582 a; *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 222 ff.

22 Vgl. etwa *Ambos*, JA 2000, 721, 722 und 724; *Rotsch*, Jura 2004, 14, 19 ff.

23 Vgl. oben unter 4.