

## 1. Sachverhalt

B und C überfallen am 4. Oktober 2008 ein Geschäft. B ist rechtskräftig wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilt. Der Angeklagte A erfuhr bereits Mitte 2007 vom Tatplan seines Bruders B.

Als A von B in Kenntnis gesetzt wird, dass der Überfall am Abend begangen werden soll, weigert er sich – auch auf wiederholte Anfrage des B – teilzunehmen. Er begleitet B zu einem Treffen mit dem im Geschäft angestellten Z, der zur Tatbegehung erforderliche Interna weitergibt. Nachdem Z gegangen ist, treffen sie den C, der sich spontan zum Überfall bereit erklärt. A hört, wie beide die Mitnahme einer geladenen Schreckschusspistole vereinbaren. Er begleitet B und C bis in die Nähe des Tatorts. B und C erbeuten 40.000 €.

Obwohl am Tatort DNA-Spuren des A sichergestellt werden können und C und Z – wenngleich nicht übereinstimmend – dessen aktive Beteiligung jedenfalls bei der Tatplanung bekunden, vermag das Landgericht unter Anwendung des Zweifelssatzes eine Beteiligung des A an der schweren räuberischen Erpressung nicht festzustellen.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der zu besprechenden Entscheidung des BGH<sup>1</sup> liegt die Frage zu Grunde, ob

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, NJW 2010, 2291.

## Dezember 2010 In dubio pro reo-Fall

*Verhältnis des § 138 StGB zu den Katalogtaten / Anzeigepflicht des Katalogtat-Verdächtigen*

§ 138 StGB

**Leitsatz des Gerichts:** Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 I und II StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht.

BGH, Urteil vom 19. Mai 2010 – 5 StR 464/09; veröffentlicht in NJW 2010, 2291.

eine Verurteilung nach § 138 StGB<sup>2</sup> möglich ist, obwohl der Verdacht der Verwirklichung einer im Katalog des § 138 genannten Tat bestehen bleibt.

Die frühere Rspr. des BGH<sup>3</sup> schloss auch denjenigen von der Anzeigepflicht aus, der sich durch Anzeige in den Verdacht einer Katalogtatbeteiligung bringen konnte. Demnach wäre das Verhalten des A, der sich durch eine Anzeige der geplanten Tat offensichtlich in den Verdacht gebracht hätte, an der Planung der Tat beteiligt gewesen zu sein, straffrei.

Diese Rspr. korrigierte der BGH<sup>4</sup> dahingehend, dass eine Anzeigepflicht nicht deshalb entfalle, weil der zur Anzeige Verpflichtete sich dadurch in den Verdacht der Beteiligung bringe. Von der Strafbarkeit befreit bleibe jedoch, wer auch nach Abschluss der Beweisaufnahme der nicht angezeigten Tat verdächtig ist.

<sup>2</sup> Weitere §§ ohne Nennung sind solche des StGB.

<sup>3</sup> BGH JR 1964, 225, 226.

<sup>4</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167; BGH MDR 1979, 635, 636; BGH NSTZ 1982, 244.

Es stellt sich die Frage, ob eine **echte Wahlfeststellung** in Betracht kommt, was auch in der Rechtsprechung diskutiert wurde.<sup>5</sup> Voraussetzung einer echten Wahlfeststellung ist eine Unsicherheit im Sachverhalt, wobei jede der in Betracht kommenden Varianten ein Strafgesetz verletzt.<sup>6</sup> Sind diese in ihren Verhaltensweisen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar, ist eine Verurteilung wahlweise nach dem einem oder dem anderen Tatbestand angezeigt.<sup>7</sup> Dies drückt sich so auch im Urteilstenor aus. Eine echte Wahlfeststellung zwischen Katalogtatbeteiligung und Nichtanzeige wurde aber stets abgelehnt, da die Verhaltensweisen in rechtsethischer und psychologischer Hinsicht nicht vergleichbar seien.<sup>8</sup> Auf der Basis der älteren Urteile wäre A straffrei ausgegangen.

In der Literatur wurde die Haltung des BGH mehrheitlich - wenn auch in unterschiedlicher Akzentuierung - kritisiert. Die h.L.<sup>9</sup> sieht im Deliktscharakter des § 138 im Verhältnis zur Katalogtat, welche sich lediglich durch eine unterschiedliche Schwere des Handlungswertes unterscheidet, ein **normativ-ethisches Stufenverhältnis**. Deswegen sei eine Verurteilung nach § 138 möglich und geboten.

Ebenfalls zur Strafbarkeit gem. § 138 gelangt eine Minderheitsmeinung,<sup>10</sup> die eine echte Wahlfeststellung unter Ausdehnung der Vergleichbarkeitskriterien für möglich erachtet. A wäre hiernach aus § 138 oder der Katalogtat strafbar.

Diesen Literaturmeinungen liegt die Prämisse zu Grunde, dass **Schutzgut**

**des § 138** nur die durch die anzeigepflichtigen Straftatbestände geschützten Rechtsgüter sind.

Von dieser Linie weicht eine weitere Ansicht<sup>11</sup> ab, indem sie zumindest auch die Rechtspflege als Schutzgut des § 138 erachtet. In Ermangelung eines Stufenverhältnisses zwischen § 138 und Katalogtat und unter doppelter Anwendung des „**in dubio pro reo**“ Grundsatzes gelangt sie daher zur Straffreiheit.

Eine a.A.<sup>12</sup> begründet die Strafbarkeit im Wege einer sog. **Präpendenzfeststellung**. Dies meint die Situation, bei der von zwei Sachverhalten nur der zeitlich frühere sicher feststeht, dessen rechtliche Beurteilung jedoch von dem nachfolgenden, unaufklärbaren Sachverhalt abhängt.<sup>13</sup>

Der BGH<sup>14</sup> hat schon vor einigen Jahren die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zu Gunsten der h.L. signalisiert.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Andeutung einer Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung<sup>15</sup> realisiert der erkennende Senat nun, nachdem er die Rechtsfrage zum Gegenstand eines Anfrageverfahrens gem. § 132 II GVG gemacht hat. Die anderen Senate stimmen der Rechtsansicht des erkennenden Senats zu oder geben an, ihre eigene Rechtsprechung stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen.<sup>16</sup>

Der BGH sieht eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes im vorliegenden Fall als rechtlich nicht geboten

<sup>5</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167.

<sup>6</sup> BGHSt 12, 386, 388.

<sup>7</sup> BGHSt 9, 390, 394; 21, 152, 153.

<sup>8</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167.

<sup>9</sup> *Rudolphi/Stein*, in SK, 8. Aufl. 2006, § 138 Rn. 35; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2010, § 138 Rn. 6; *Hanack*, in LK, 12. Aufl. 2008, § 138 Rn. 75; *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 29.

<sup>10</sup> *Hilgendorf*, in Arzt/Weber/Heinrich, BT, 2. Aufl. 2009, § 46 Rn. 23.

<sup>11</sup> *Eisele*, BT I, 2007, Rn. 1202; *Rengier*, BT II, 11. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1.

<sup>12</sup> Vgl. *Joerden*, Jura 1990, 633, 640f. Dieser entwickelt seine Ansicht konkret zur Postpendenz, welche lediglich der umgekehrte Fall der Präpendenz ist.

<sup>13</sup> *Wessels/Beulke*, AT 39. Aufl. 2009, Rn. 809.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2004, 499, 500 (obiter dictum).

<sup>15</sup> BGH NStZ 2004, 499, 500.

<sup>16</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

an. Zwischen Katalogtat und § 138 bestehe ein normativ-ethisches Stufenverhältnis. Beide hätten als identische Schutzgüter die von den Katalogstrafatbeständen des § 138 geschützten Rechtsgüter, denen § 138 mittelbaren Schutz verleihe. Ein Stufenverhältnis bestehe, da sie eine abgestufte Intensität bzgl. des Angriffs aufwiesen. Der Anwendung einer Wahlfeststellung bedürfe es somit nicht.<sup>17</sup>

Bleibt der Angeklagte der Katalogtatbeteiligung nach abgeschlossener Beweisaufnahme verdächtig, sei er in dubio pro reo zu Gunsten der minderen Zurechnungsform aus § 138 zu bestrafen. Nach Abschluss der Beweisaufnahme ist allein die Intensität der Zurechnung des Unrechtserfolgs zweifelhaft geblieben. Einer Verurteilung aus § 138 stünden somit keine rechtlichen Bedenken entgegen.<sup>18</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Ausbildung ergibt sich aus dem Urteil nur eine bedingt veränderte Lage, da § 138 nicht in allen Bundesländern zum Pflichtfachstoff der universitären Ausbildung gehört.<sup>19</sup> Interessant sind jedoch die Ausführungen über das normativ-ethische Stufenverhältnis, welches beispielsweise in Konstellationen von Täterschaft zu Teilnahme ebenfalls Anwendung findet.

In der Praxis spielt § 138 nur eine untergeordnete Rolle.<sup>20</sup> Nichtsdestotrotz ist aus der Sicht der Strafverfolgung von Interesse, dass das Urteil die frühere Rspr. des BGH aufhebt und der

h.L. angleicht. Dies führt zur Schließung der von Vielen als unangemessen empfundenen Strafbarkeitslücken.

#### 5. Kritik

Unsere Kritik des Urteils wird sowohl auf die Argumente des BGH eingehen als auch weitere Lösungsansätze erörtern. Einzugehen ist auf die Wahlfeststellung, die Annahme eines normativ-ethischen Stufenverhältnisses und die Präpondenzfeststellung.

Die Argumentation des BGH, die Annahme einer **Wahlfeststellung** hätte die Bemakelung des Angeklagten mit einer zweifelhaft gebliebenen, schwereren Straftat zur Folge und sei daher abzulehnen, ist nicht zu beanstanden. Darüber hinaus besteht auch keine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit zwischen § 138 und der Katalogtat.

Der BGH stützt sein Urteil auf die Annahme, dass ein **normativ-ethisches Stufenverhältnis** vorliege.<sup>21</sup> Voraussetzung hierfür ist die Identität der geschützten Rechtsgüter.

Dies bejaht der BGH unter Verweis auf den **Wortlaut** des § 138, wonach zur Straflosigkeit die Anzeige an den Bedrohten genügt.<sup>22</sup> Es gehe also in erster Linie um die Abwehr der Gefahr der Rechtsgutsbeeinträchtigung für den Bedrohten. In der Literatur wird zudem der **Telos** des § 138 angeführt, wonach Normzweck die Verhütung verbrecherischer Erfolge und nicht die Bestrafung einer gemeinschaftswidrigen Gesinnung sei.<sup>23</sup> Dies äußert sich in § 139 IV 1, wonach zur Straffreiheit ausreicht, die Ausführung oder den Taterfolg durch andere Handlungen als durch Anzeige abzuwenden.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>18</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>19</sup> § 138 ist Pflichtstoff in: Bayern, Bremen, Hessen, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen, Rheinland-Pfalz (Stand 2007).

<sup>20</sup> Die jährlichen Verurteilungszahlen liegen (bezogen auf die Anzahl erwachsener Straftäter) selten über zehn Personen; Nachweise bei *Ostendorf*, in NK 3. Aufl. 2010, §§ 138/139 Rn. 4.

<sup>21</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>22</sup> Mit der Ausnahme des § 138 II, wonach in Fällen ohne konkrete Individualbedrohung nur die Anzeige an die Behörde strafbefreiend wirkt.

<sup>23</sup> *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 2.

<sup>24</sup> *Ostendorf*, in NK, 3. Aufl. 2010, §§ 138, 139 Rn. 3.

**Gegen** die Annahme eines normativ-ethischen Stufenverhältnisses spräche die Annahme, dass **auch die Rechtsordnung Schutzgut** des § 138 ist.<sup>25</sup>

Dafür ist aus **systematischen** Erwägungen die Einordnung des § 138 in den Abschnitt der Straftaten gegen die öffentliche Ordnung anzuführen.

Auch das obige Wortlautargument spricht bei wertender Betrachtung und lebensnaher Auslegung nicht zwingend gegen diese Ansicht. Der Bedrohte wird sich regelmäßig an die (Polizei-)Behörden wenden, wenn er sich – nach erfolgter Anzeige an ihn – der drohenden Rechtsgutsverletzung erwehren will. Dafür sprechen das Gewaltmonopol des Staates und das Bedürfnis nach effektivem Schutz. Selbst wenn der Bedrohte sich anderer, nicht staatlicher Mittel bedient, um kurzfristig die drohende Rechtsgutsverletzung abzuwenden, so wird er doch spätestens zur dauerhaften Abwehr auf die (Polizei-)Behörde zurückgreifen.

Der Telos des § 138 erschöpft sich entgegen der Annahme der h.L. nicht im Schutz von Individualrechtsgütern. Den Normzweck aus rechtspolitischen Gründen in das gewünschte Argumentationsschema einzubinden mag zwar der Vermeidung von unerwünschten Strafbarkeitslücken dienen, jedoch stellt dies eine unzulässige, auf die Rechtsfolge fokussierte Argumentation dar.

Zudem darf § 139 IV 1 nicht ohne Satz 2 gelesen werden. Dieser nimmt auch denjenigen von der Strafbarkeit aus, ohne dessen Zutun die Ausführung oder der Erfolg der Tat ausgeblieben ist, sofern er sich ernsthaft bemühte, den Erfolg abzuwenden. Dies bedeutet aber **e contrario**, dass derjenige strafbar bleibt, der sich nicht ernsthaft um die Erfolgsabwendung bemüht hat, obwohl eine Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsguts ausgeblieben ist. Wäre der Tresor im vorliegen-

den Fall von Anfang an leer gewesen, dann würde die Tat des B und C einen untauglichen (strafbaren) Versuch darstellen. A wäre – wenn er sich nicht ernsthaft bemüht hätte, den Erfolg abzuwenden – strafbar, obwohl eine konkrete Rechtsgutsgefährdung zu keiner Zeit bestanden hätte. Dieses Ergebnis kann nur bedeuten, dass § 138 – liest man ihn in Verbindung mit **§ 139 IV 2** – auch die Rechtsordnung schützt.

§ 138 schützt die in den Katalogstrafatbeständen aufgeführten Rechtsgüter **und** die Rechtsordnung. Mangels Identität der geschützten Rechtsgüter ist ein normativ-ethisches Stufenverhältnis nicht gegeben.

Eine weitere Möglichkeit, die Strafbarkeit des A zu bejahen, könnte in der Anwendung des **Präpendenzgedankens** liegen. Dieser führt in Fällen der mitbestraften Vortat – unter einfacher Anwendung des Zweifelssatzes – bei konkurrenzrelevanten Verhaltensweisen zu einer eindeutigen Bestrafung.<sup>26</sup> Grund ist, dass eine mitbestrafte Vortat lediglich auf Konkurrenzebene durch die nachfolgende Haupttat verdrängt wird. Kann die Haupttat mangels Beweisen nicht festgestellt werden, so bestimmt die Strafbarkeit der Vortat das Ergebnis.

§ 138 setzt nach ganz h.M. die Fremdheit der Katalogtat als Tatbestandsmerkmal voraus, sodass tauglicher Täter nur ein anderer als der Katalogtattäter sein kann.<sup>27</sup> Daher handelt es sich beim Verhältnis von § 138 und den Katalogstrafatbeständen nicht um eine konkurrenzrelevante, sondern um ein **tatbestandsrelevante** Frage. Das Nachverhalten schließt die Strafbarkeit des feststehenden Vorverhaltens tatbestandlich aus. Strukturell ist die tatbestandsrelevante Präpendenzfeststel-

<sup>25</sup> Eisele, BT I, 2007, Rn. 1202; Rengier, BT II, 11. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1.

<sup>26</sup> Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 91; Joerden, JZ 1988, 847, 853.

<sup>27</sup> BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; Haack, in LK, 12. Aufl. 2008, § 138 Rn. 42; Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 20/21 m.w.N.

lung somit mit der echten Wahlfeststellung verwandt. Die h.M. behandelt solche Fälle daher auch nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung.<sup>28</sup> Nur eine Minderheitsmeinung, welche das Erfordernis der Fremdheit der Katalogtat verneint, kommt zu einem konkurrenzrelevanten Verhältnis zwischen § 138 und den Katalogtaten.<sup>29</sup> Dies verstößt allerdings zum einen gegen den *nemo tenetur* Grundsatz. Zum anderen spricht der Wortlaut des § 138 gegen diese Meinung, da der Beteiligte nicht vom Vorhaben oder der Ausführung „erfährt“, sondern infolge seiner Mitwirkung informiert ist.<sup>30</sup> Darüber hinaus kann es kriminalpolitisch nicht sinnvoll sein, dem Beteiligten einen Rücktritt durch eine Anzeigepflicht zu erschweren.<sup>31</sup>

Zusammenfassend ist zum Urteil des BGH anzumerken:

1. Eine Wahlfeststellung wird zutreffender Weise abgelehnt.
2. Ein normativ-ethisches Stufenverhältnis besteht zwischen einer Tat nach § 138 und einer Katalogtat mangels Identität der geschützten Rechtsgüter entgegen dem BGH nicht.
3. Eine Präpendenzfeststellung scheidet auf Grund des tatbestandsrelevanten Verhältnisses zwischen § 138 und den Katalogstraftatbeständen.

A wäre somit unter doppelter Anwendung des **in dubio pro reo** Grundsatzes freizusprechen.

Es bleibt kritisch zu hinterfragen, ob es einer in § 138 normierten Strafbarkeit überhaupt bedarf. Der Bürger ist bereits bei einer Verbrechensbeobachtung durch die unechten Unterlassungsdelikte sowie durch die unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c zu zivilcouragiertem Verhalten verpflichtet. Es ist aber fragwürdig, schon im Vorfeld eines möglicherweise zu erwartenden Geschehens die Nichtanzeige einer Straftat mit einer zu fünf jährigen Freiheitsstrafe zu bedrohen, zumal im Katalog auch Vergehen, Fahrlässigkeitsdelikte und Straftaten gegen wiederherstellbare Rechtsgüter enthalten sind.

*(Stephan Nitsios und Stephan Rauch)*

<sup>28</sup> Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 91; Satzger, in Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 1 Rn. 67; Joerden, JZ 1988, 847, 853.

<sup>29</sup> Rudolphi/Stein, in SK, 8. Aufl. 2006, § 138 Rn. 5; Wachsmuth/Waterkamp, JA 2005, 509, 511.

<sup>30</sup> Jeßberger, in Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 138 Rn. 22; Hohmann, in MK, 2003, § 138 Rn. 22 m.w.N.

<sup>31</sup> Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 20; Fischer, StGB, 57. Aufl. 2009, § 138 Rn. 19.