

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2001

**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**

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Januar 2001

12 Millionen - Fall

Betrug / Verfügung über versehentliche Kontogutschrift / Unterscheidung von Fehlüberweisung und Fehlbuchung / Aufklärungspflicht von Bankkunden

§§ 263, 13 StGB

Leitsätze der Verf.:

Ein Überweisungsauftrag enthält nicht die tatsächliche Behauptung ausreichender Kontodeckung.

Eine Kontogutschrift begründet einen Anspruch des Bankkunden aus einem abstrakten Schuldversprechen der Bank auch dann, wenn sie auf einer versehentlichen bankinternen Buchung beruht und durch Stornierung rückgängig gemacht werden kann.

Der Girovertrag verpflichtet den Bankkunden nicht, der Bank eine fehlerhafte Gutschrift anzuzeigen.

BGH, Beschluss vom 08. 11. 2000, abgedruckt in NJW 2001, S.453

1. Sachverhalt

Der Tippfehler einer Bankangestellten führt dazu, dass bei einem bankinternen Vorgang 12 Millionen DM auf ein gleichlautendes Konto bei einer anderen Filiale gebucht werden. Als dessen Inhaber A den Betrag auf einem Kontoauszug entdeckt, reicht er sogleich und an den folgenden Tagen insgesamt 25 Überweisungsaufträge ein, die auch ausgeführt werden. Damit tilgt A Schulden und zahlt Geld auf ein Konto ein, das er bei einer anderen Bank hat.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Strafrechtlich interessiert der Sachverhalt allein unter dem Gesichtspunkt des Betruges. Die Überweisung eines auf dem eigenen Konto gebuchten Geldbetrages ist nicht nach § 246 Abs. 1 StGB als Zueignung einer fremden Sache erfassbar.¹ Auch fehlt es für den Tatbestand der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB an einer Vermögensbetreuungspflicht des Kontoinhabers gegenüber der Bank.²

Nur bei genauer Lektüre des Sachverhalts gelingt es, die Betrugsprobleme richtig zu erfassen. Wichtig ist, wie die Bereicherung des A zustande kam: durch ein bankinternes Buchungsversehen. Dafür hat sich der Begriff der **Fehlbuchung** eingebürgert. Diese ist von der **Fehlüberweisung** zu unterscheiden. Darunter wird ein fehlerhafter Guthabentransfer von Bank zu Bank verstanden.³

Zu der Frage, ob das Ausnutzen einer Fehlüberweisung durch Abhebung oder Überweisung als Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar ist, hat sich eine feste Meinung herausgebildet. Das Verhalten gilt als straflos.⁴ Maßgeblich ist die zivilrechtliche Bewertung der Kontogutschrift. Der Kontoinhaber hat einen Anspruch auf den irrtümlichen überwiesenen Betrag. Denn aus dem Girovertrag (Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB) ist die Bank verpflichtet, Überweisungen dem Konto gutzuschreiben und anzuerkennen, dass sie den Betrag (**abstrakt**) schuldet. Die **Wirksamkeit** der Gutschrift im Verhältnis zwischen Kontoinhaber und kontoführender Bank bleibt **unberührt von Anfechtungsrechten und Bereicherungsansprüchen** des Dritten, von dessen Konto der Betrag versehentlich überwiesen wurde. Der Empfänger macht mit der Überweisung also einen ihm zustehenden Anspruch geltend und betrügt nicht.

Jedenfalls nicht durch positives Tun. Dem Kontoinhaber könnte allenfalls als Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB angelastet werden, dass er nicht die rechtliche Anfälligkeit seines Anspruchs offenbart hat. Doch wird die für eine solche Offenbarungspflicht erforderliche Garantenstellung verneint, sofern sie nicht ausdrücklich vereinbart wurde. **Der übliche Girovertrag, ein normales gegenseitiges Rechtsgeschäft, verpflichtet den Bankkunden nicht zur Aufklärung.**

Betrugsstrafe drohte Bankkunden bislang jedoch in Fällen des Ausnutzens einer Fehlbuchung. Unisono bestrafte die Oberlandesgerichte in derartigen Fällen wegen Betruges.⁵ Die Literatur stimmte weitgehend zu.⁶ Die zivilrechtliche Lage wurde hier anders ein-

¹ BGH bei Dallinger MDR 1975, 22.

² Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

³ Einführung dieser Unterscheidung durch OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; vgl. *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 498.

⁴ Vgl. zum Folgenden insbesondere BGHSt 39, 392; *Wessels / Hillenkamp*, aaO.; *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 2000, § 263 Rn. 9; *Naucke* NJW 1994, 2809.

⁵ OLG Köln JR 1961, 433; OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart JR 1979, 471; OLG Celle Strafverteidiger 1994, 188.

⁶ *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 Rn. 9; *Schönke / Schröder – Cramer*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 263 Rn. 16 c; *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 263 Rn. 7; *Tiedemann* in LK, StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 41; *Wessels / Hillenkamp*, aaO.

geschätzt. Der Vorgang betreffe nur das Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank. Diese könne ihren Irrtum leicht wieder rückgängig machen, weil ein entsprechendes **Stornierungsrecht in den Geschäftsbedingungen** vereinbart sei. Daher habe der Kontoinhaber keinen Anspruch auf den fehlgebuchten Betrag.

Diese andere zivilrechtliche Sicht begründet allerdings noch nicht ohne Weiteres eine Betrugsstrafbarkeit. Worin liegt die Täuschung? Sie erscheint nur als positives Tun begründbar. Denn gegen eine Strafbarkeit durch Unterlassen sprechen dieselben Gründe wie bei der Fehlüberweisung. Tatsächlich haben die Oberlandesgerichte eine Täuschung durch positives Tun angenommen. Sie soll darin bestehen, dass der Kunde durch Erteilung des Überweisungsauftrages die Auszahlung eines ihm nicht zustehenden Guthabens verlangt. Auch darin ist die Literatur den Gerichten zumeist gefolgt.

Das Fehlen entschiedenen Widerspruchs überrascht. Beruht doch die Annahme eines „Fehlbuchungs-Betruges“ auf einer reichlich künstlichen Unterscheidung von Bankvorgängen, die – jedenfalls für den Nichtjuristen – nur schwer nachvollziehbar ist. Dementsprechend hatte die Rechtsprechung auch mit Irrtumsproblemen zu tun.⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

„Der BGH räumt auf!“ So könnte eine Überschrift zu dieser Entscheidung lauten. Mit ihr wird nicht nur die Unterscheidung zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung obsolet. Der BGH verwirft auch die bisherige Handhabung des Täuschungsmerkmals mit dem Ergebnis, dass in diesen Fällen die Betrugsprüfung eigentlich sehr frühzeitig abgebrochen werden kann.

Die Ausführungen zur Täuschung beginnen mit einem Satz, den man sich am Besten wortwörtlich merkt: „**Behauptungen über Rechte können nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich Tatsachenbehauptungen enthalten.**“⁸ Das heißt: Wer nur unzutreffend behauptet, einen Anspruch zu haben, täuscht nicht. Also: Keine Täuschung begeht, wer durch Überweisungs- oder Auszahlungsauftrag behauptet, eine Forderung gegenüber der Bank zu haben. Er könnte allenfalls dadurch täuschen, dass der Auftrag die Tatsachenbehauptung enthält, für die zu überweisende oder auszuzahlende Summe bestehe eine ausreichende Kontodeckung. Doch kann man diese Behauptung tatsächlich dem Auftrag entnehmen? Nein, sagt der BGH und begründet seine Ansicht mit der „vielgestaltigen Bankpraxis“⁹. Abbuchungen ohne entsprechende Kontodeckung seien an der Tagesordnung. Üblich und aus wirtschaftlichen Gründen oft auch sinnvoll seien die Inanspruchnahme von Dispositionskrediten und die Duldung von Überziehungen. Die Ausführung des Auftrags hänge dementsprechend vom Ergebnis einer Überprüfung durch die Bank ab. Das wisse auch jeder Bankkunde. Er müsse sich somit auch nicht vorher vergewissern, ob die nötige Deckung vorhanden sei. Das **Ausfüh-**

⁷ Das LG Berlin hatte in dem Verfahren, das der Entscheidung BGHSt 39, 392 zugrunde lag, zugunsten des Angeklagten angenommen, dass er das Vorliegen einer Fehlbuchung verkannt habe und von einer Fehlüberweisung ausgegangen sei; vgl. BGH NJW 1994, 950 (insoweit nicht in BGHSt 39, 392 mitgeteilt).

⁸ BGH NJW 2001, S. 453.

⁹ BGH aaO.

rungsrisiko liege bei der Bank. Ergo: Der Erklärungswert eines Überweisungsauftrages erschöpft sich „in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion“¹⁰.

Damit hätte die Entscheidung enden können. Doch, wie gesagt, der BGH wollte aufklären. Daher schiebt er einen weiteren Grund für die Verneinung eines Betruges nach. „Überdies“¹¹ sei die etwaige Behauptung eines Guthabens auch nicht unwahr, weil **durch die Fehlbuchung – jedenfalls zunächst – ein Anspruch des Kontoinhabers entstanden** sei. Nicht nur die Fehlüberweisung, sondern auch die Fehlbuchung löse einen Anspruch aus, der auf dem **abstrakten Schuldanerkenntnis** der Bank beruhe.¹² Das Stornierungsrecht in Fällen des Versehens stehe nicht entgegen, sondern spreche gerade für diese rechtliche Bewertung. Die Stornierung sei keine schlicht faktische Fehlerbeseitigung. Vielmehr werde durch die Ausübung des Stornierungsrechts die materielle Rechtslage verändert, indem der Anspruch des Kunden aus der Gutschrift beseitigt werde. Daraus folgt: Vor dem Vollzug der Stornierung besteht ein Anspruch des Kunden aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis.

Der Schlussteil der Entscheidung ist ohne Neuigkeitswert. Wie schon in der Leitescheidung zu Fehlüberweisungen¹³ geht der BGH die denkbaren Begründungen für eine Strafbarkeit durch Unterlassen durch und gelangt zu einem negativen Ergebnis. **Ingerenz** scheide aus, weil die Gefahr allein durch die Fehlbuchung, nicht aber durch ein Verhalten des Kunden entstanden sei. Auch die **Höhe des drohenden Schadens** könne – für sich genommen – keine Offenbarungspflicht begründen. Maßgeblich sei die zugrundeliegende **Rechtsbeziehung**, die nur im Falle eines **besonderen Vertrauensverhältnisses** eine Pflicht zur Aufklärung begründen könne. Aus dem normalen Girovertrag ergebe sich keine derartige Vertrauensbeziehung. Zur Begründung einer **speziellen Aufklärungspflicht** genüge es nicht, Bankkunden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verpflichten, auf fehlerhafte Buchungen aufmerksam zu machen. Vielmehr bedürfe es einer **konkreten einzelvertraglichen Abmachung**.

Ganz am Ende verabreicht der BGH den Banken noch ein Trostpflaster. Strafrechtlicher Schutz könne ihnen zuteil werden, wenn der **Gesetzgeber** dem Vorbild der Schweiz folgen und einen Tatbestand der unrechtmäßigen Verwendung von Vermögenswerten einführen würde.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Thematik ist bereits im Examenszusammenhang verwertet worden. Das wird kein einmaliger Vorgang bleiben. Die Entscheidung bereichert das beliebte **Themenfeld „Betrug durch Ausnutzen versehentlich erlangter Vermögenspositionen“**, dessen Grundfall im Einbehalten zuviel ausgezahlten Wechselgeldes¹⁴ besteht.

¹⁰ BGH aaO.

¹¹ BGH aaO.

¹² Damit gibt der BGH die Unterscheidung zwischen Fehlüberweisung und Fehlbuchung auf, die er in BGHSt 39, 392 noch mitvollzogen hatte.

¹³ BGHSt 39, 392.

¹⁴ Vgl. dazu *Rengier*, Strafrecht BT 1, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 7 mit Beispielen.

Dieses Themenfeld stellt bestimmte Anforderungen an Kandidatinnen und Kandidaten. Sie müssen gut vertraut sein mit dem Inhalt des Täuschungsbegriffs¹⁵ und der Differenzierung der Täuschungshandlungen nach positivem Tun durch ausdrückliches oder konkludentes Vorspiegeln und Unterlassen¹⁶. Auch müssen ihnen die speziellen Anforderungen bekannt sein, die sich im Falle des Unterlassens aus § 13 StGB für eine betrugsrelevante Aufklärungspflicht ergeben.¹⁷

Die Umsetzung der Entscheidung in die gutachtliche Fallbearbeitung beschert ein **Darstellungsproblem**. Hält man sich strikt an die Regeln der Prüfungstechnik, so ist jedes Wort über das Bestehen eines Anspruchs des Kontoinhabers entbehrlich, wenn bereits mangels Tatsachenbehauptung eine Täuschung verneint worden ist. Andernfalls begibt man sich in die **Gefahr**, wegen **überflüssiger Hilferwägungen** gerügt zu werden.¹⁸ Nun hat aber auch der BGH in der Entscheidung einen Regelverstoß begangen. Denn gleichermaßen gilt es als richterlicher Kunstfehler, ein einmal gefundenes Ergebnis durch zusätzliche Gründe abzusichern, die erst nachfolgende Prüfungspunkte betreffen. Ein Urteil soll das zur Begründung Notwendige enthalten – mehr nicht. Doch zeigt das BGH-Urteil: Ganz so konsequent wird die Regel nicht eingehalten.¹⁹ Gleichermaßen werden im Prüfungszusammenhang **Zusatzerwägungen** akzeptiert²⁰, wenn sie nicht gerade im Gewande einer ausdrücklichen „Hilfsbegründung“ oder eines „Hilfsgutachtens“ daherkommen. Man sollte einen unauffälligen Übergang herstellen durch Formulierungen wie „im Übrigen“ oder „ohnehin“ und sich auf knappe Darlegungen beschränken. Dann kann dieser doppelte Boden geradezu den Eindruck juristischer Eleganz vermitteln. So ließen sich hier also knappe Ausführungen zum Anspruch des Kontoinhabers in Fällen der Fehlbuchung hinzufügen, nachdem eine Täuschung bereits mangels Sachangehalts abgelehnt wurde.

Die **praktischen Konsequenzen** der Entscheidung reichen weit. Auf die Möglichkeit der Einführung eines lückenschließenden Tatbestandes hat der BGH selbst hingewiesen. Zu vermuten ist, dass sich die Banken darauf allein nicht verlassen werden. Die Entscheidung wird im Bankenbereich heftiges Nachdenken darüber auslösen, wie sich die vom BGH geforderte einzelvertragliche Regelung einer Aufklärungspflicht rasch, unaufwendig und ohne größeres Aufsehen umsetzen lässt. Es wäre keine Überraschung, wenn demnächst Millionen von Bankkunden Post von ihrer Bank erhielten.

5. Kritik

Die Entscheidung verdient **Zustimmung**. Zu Recht tritt sie der Auffassung entgegen, dass im Erteilen von Aufträgen an eine Bank eine täuschungsrelevante Behauptung eines Anspruchs zu sehen sei. Wer nicht das kriminalpolitisch erwünschte Ergebnis, sondern die

¹⁵ Zusammenfassend: *Küper*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 265 ff.

¹⁶ Vgl. *Rengier*, aaO., § 13 Rn. 4 ff.

¹⁷ Vgl. *Wessels / Hillenkamp*, aaO., Rn. 503 ff.

¹⁸ Vgl. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 5. Aufl. 1996, S. 197 ff.

¹⁹ Ganz offensichtlich wollte der BGH sich durch die Regel nicht binden lassen, weil er beabsichtigte, mit einer Leitentscheidung Klarheit für den gesamten Bereich versehentlich erlangter Kontogutschriften zu schaffen.

²⁰ Vgl. *Arzt*, aaO., S. 194 f.

Realität der Bankenpraxis und die vertraglichen Beziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden vor Augen hat, wird derartige Aufträge als Anträge bewerten, die auf bankinterne Prüfung und anschließende Vornahme des Geldtransfers zielen. Der Kunde, der eine versehentliche Gutschrift ausnutzt, ist moralisch zu tadeln; bestraft werden kann er nicht. Die Auseinandersetzung mit ihm ist zivilrechtlich zu führen. Die Folgen dürften für ihn – auch ohne Strafe – gravierend sein.²¹

Von der Zustimmung auszunehmen ist der Wink mit dem schweizerischen Zaunpfahl. Im Gesamtzusammenhang der Entscheidung ist der Hinweis auf eine gesetzgeberische Lösung wenig konsequent. Die Ablehnung der Betrugsstrafbarkeit nach geltendem Recht beruht wesentlich auf dem Gedanken, dass es in den von den Banken selbst zu verantwortenden Risikobereich fällt, wenn es zu Vermögensgefährdungen durch Buchungsfehler kommt. Die Schaffung einer Strafvorschrift würde das Risiko auf die Kunden verlagern und damit die Banken von der Aufgabe entlasten, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.

Anzumerken ist noch, dass die **fortschreitende Automatisierung** von Überweisungsvorgängen – man denke insbesondere an PC-Banking – die rechtliche Prüfungsgrundlage verändert. Übernimmt der Computer die Prüfung des Auftrags, so fehlt es am Betrugsmerkmal eines menschlichen Irrtums. Zum Zuge kommt stattdessen § 263 a StGB in der Variante der unbefugten Verwendung von Daten, deren Reichweite außerordentlich umstritten ist²².

²¹ Zu den zivilrechtlichen Folgen kommen noch die ganz erheblichen wirtschaftlichen Nachteile hinzu, die sich aus der Meldung des Vorgangs bei der SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung von Unternehmen und Kreditinstituten in Deutschland) ergeben. Dem Betroffenen ist eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr praktisch nicht mehr möglich, weil Unternehmen und Banken stets Auskünfte von der SCHUFA einholen.

²² Vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 a Rn. 11 ff.

F A M O S

(Der *Fall* des *Monats* im *Strafrecht*)

Februar 2001

Auschwitzlüge - Fall

Strafanwendungsrecht / Volksverhetzung per Internet / Erfolgsort / abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt

§§ 3, 9, 130 StGB

Leitsätze der Verf.:

Der Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB setzt eine konkrete Eignung des Verhaltens zur Friedensstörung voraus und ist daher als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt anzusehen. Bei Delikten dieser Art ist ein Erfolg im Sinne von § 9 Abs. 1 StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.

BGH, Urteil vom 12.12.2000, abgedruckt in NJW 2001, S. 624

1. Sachverhalt

Der Australier T betreibt über einen australischen Server eine Homepage, auf der unter anderem zu lesen ist: „Die Deutschen haben niemals europäische Juden in todbringenden Gaskammern im Konzentrationslager Auschwitz oder an anderen Orten vernichtet. Daher können alle Deutschen und Deutschstämmigen ohne den aufgezwungenen Schuldkomplex leben, mit dem sie eine böartige Denkweise ein halbes Jahrhundert verklavt hat.“ Der Text kann problemlos durch Internet-Benutzer in Deutschland gelesen werden. Als T sich auf einer Vortragsreise in Deutschland befindet, wird er festgenommen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der von T verbreitete Text erfüllt zweifelsfrei die tatbestandlichen Voraussetzungen der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 1, Abs. 3 StGB.¹ Sehr zweifelhaft ist dagegen, ob die Handlung des T – die Veröffentlichung des Textes von Australien aus über Internet – einer Bewertung durch deutsche Strafvorschriften unterliegt und T somit in Deutschland bestraft werden darf. Es wird sich zeigen, dass zur Klärung eine nähere Befassung mit der Lehre von den Gefährdungsdelikten nötig ist.

Über die Reichweite des deutschen Strafrechts informiert das allgemeine **Strafanwendungsrecht**.² Gesetzlich ist es in §§ 3 ff. StGB geregelt. Maßgeblich ist das **Territorialitätsprinzip in § 3 StGB**. Danach erstreckt sich das deutsche Strafrecht auf im Inland begangene Taten. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs in den unmittelbar folgenden Vorschriften gewinnt für die Praxis ständig an Bedeutung; für den vorliegenden Fall ergeben sich aber keine Anknüpfungspunkte. Höchst entscheidungsrelevant ist dagegen die erläuternde Vorschrift des § 9 StGB. Sie bestimmt in Abs. 1 als **Begehungsort** „jeden Ort, an dem der Täter gehandelt hat (...) oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist ...“. In unserem Fall gilt das Hauptinteresse dem Erfolgsort, weil T, jedenfalls rein körperlich, nicht im Inland gehandelt hat.

Der **Erfolgort** kann problemlos bei Delikten bestimmt werden, deren Tatbestände neben der Handlung einen gesonderten Verletzungserfolg vorsehen, wie etwa Totschlag, Körperverletzung oder Betrug. Zu den Erfolgsdelikten³ gehören auch die konkreten Gefährdungsdelikte, wie z. B. §§ 315 b und c StGB, bei denen eben die konkrete Gefahr den Erfolg darstellt. Wie ist aber in diesem Zusammenhang mit **abstrakten Gefährnungsdelikten** umzugehen? Auch diese hat der Gesetzgeber geschaffen, um Gefährdungen zu verhindern. Doch hat er die Strafbarkeit nicht davon abhängig gemacht, dass es tatsächlich zu einer Gefährdung kommt. Es genügt ein – als generell gefährlich unterstelltes – Handeln.⁴ So wird die Trunkenheitsfahrt nach § 316 StGB bestraft, auch wenn niemand gefährdet wurde. Die Gefährlichkeit ist gar nicht zu prüfen. Daher wird ein Angeklagter auch nicht mit dem Einwand gehört, dass er niemanden gefährdet habe. Die Konsequenz daraus scheint zu sein: Bei abstrakten Gefährnungsdelikten gibt es keinen Erfolgort, an den die Anwendung des deutschen Strafrechts nach § 9 Abs. 1 StGB anknüpfen könnte.⁵ Damit wäre allerdings der Zugriff auf Taten versperrt, die vom Ausland durch Verbreitung über das Internet verübt werden und die nach deutschem Strafrecht nur als abstrakte Gefährnungsdelikte erfassbar sind. Regelmäßig sind aber Delikte, die die Äußerung und Verbreitung verbotener Inhalte zum Gegenstand haben, als abstrakte Gefährnungsdelikte

¹ Vgl. zur Strafbarkeit der sog. Auschwitzlüge nach § 130 StGB *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 130 Rn. 4, 8 a.

² Zusammenfassende Darstellung bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 62 ff.; Grundfälle bei *Werle / Jeßberger*, JuS 2001, 35 ff., 141 ff.

³ Vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 21 ff.

⁴ Vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 29; *Krey*, Deutsches Strafrecht AT, 2001, Rn. 190.

⁵ So z. B. *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 9 Rn. 3; *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 9 Rn. 6.

ausgestaltet.⁶ Bislang wurde auch der Tatbestand der Volksverhetzung in § 130 StGB zu-
meist als abstraktes Gefährdungsdelikt eingestuft.⁷

Wer das nicht akzeptieren will, hat – ausgehend von § 9 Abs. 1 StGB – zwei Mög-
lichkeiten, um zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Erstens: Veränderung des Er-
folgsbegriffs bei abstrakten Gefährdungsdelikten. Zweitens: Wechsel zur Alternative des
Handlungsortes und Ausdehnung des Handlungsbegriffs. Beide Wege sind beschränkt
worden.

So ist – Weg 1 – vorgeschlagen worden, als Erfolgsorte abstrakter Gefährnungsde-
likte alle diejenigen Orte zu begreifen, an denen sich die abstrakte Gefahr **hätte verwirkli-
chen können**.⁸ Andererseits – Weg 2 – wurde der Handlungsbegriff an die Erweiterung
menschlicher Kommunikationsformen durch die modernen Medien angepasst.⁹ Für Kund-
gabeldelikte wurde die Beschränkung auf die nur körperliche Handlung verworfen. Der
Täter handle im gesamten unmittelbaren Wirkungsbereich seiner Äußerung, möglicher-
weise also auch grenzüberschreitend.

Die Diskussion offenbart ein **Dilemma**. Die deutsche Strafjustiz soll einer Überflu-
tung der Bundesrepublik mit Hass und Menschenverachtung per Internet vom Ausland her
nicht tatenlos zusehen müssen. Doch wäre eine Lösung nicht zu akzeptieren, die alle in
Deutschland irgendwie zugänglichen Internet-Inhalte deutscher Strafgewalt unterstellen
würde, weil sie praktisch nicht umsetzbar wäre und weil sie die fatale Losung wiederbele-
ben würde, dass am deutschen Wesen die Welt genesen möge.

Verstärkt wird daher in jüngster Zeit nach **differenzierenden Lösungen** gesucht,
die eine Strafverfolgung ermöglichen, ihr aber zugleich vernünftige Grenzen ziehen. So
soll ein Erfolgsort¹⁰ oder ein Handlungsort¹¹ nach § 9 Abs. 1 StGB nur dann vorliegen,
wenn der im Ausland befindliche Täter den verbotenen Inhalt über einen deutschen Server
in das Internet stellt oder wenn die Tat einen besonderen subjektiven Bezug zu Deutsch-
land aufweist¹².

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Lösung des BGH überrascht. Sie setzt bei der Erfolgsvariante in § 9 Abs. 1
StGB an, vermeidet aber ein „Alles-Oder-Nichts“ in der Beurteilung des Erfolgsbezuges
von abstrakten Gefährdungsdelikten. Das geschieht durch eine genaue Analyse von § 130
StGB mit dem Ergebnis, dass die Vorschrift nicht als rein abstraktes, sondern als **abs-
trakt-konkretes Gefährdungsdelikt** eingestuft wird.¹³ Für derartige Delikte sei kenn-
zeichnend, dass zwar keine konkrete Gefahr, wohl aber eine konkrete Eignung zur Her-

⁶ Z.B. §§ 74 d, 80 a, 86, 86 a, 90 – 90 b, 103, 111, 131, 140, 166, 184, 186 – 188, 194, 200, 219 a StGB.

⁷ Joecks, StGB, 2. Aufl. 2000, § 130 Rn. 1; Otto, Grundkurs Strafrecht BT, 5. Aufl. 2000, § 63 Rn. 28.

⁸ Beisel / Heinrich JR 1996, 95 ff.; auch BGHSt 42, 235, 242 in einem obiter dictum.

⁹ So KG NJW 1999, 3500, für den Fall direkter Fernsehübertragung; vgl. auch für Äußerungen per Internet
Cornils JZ 1999, 394 ff..

¹⁰ Sieber NJW 1999, 2065, 2068 ff.

¹¹ Cornils JZ 1999, 394 ff.

¹² Hilgendorf NJW 1997, 1873, 1876 f..

¹³ BGH NJW 2001, 624, 626.

beiführung einer Gefahr festgestellt werden müsse. Dieses Erfordernis leitet der BGH für § 130 StGB aus dem Merkmal „geeignet ..., den öffentlichen Frieden zu stören“ ab.

Was damit gemeint ist, erschließt sich leichter, wenn man auf das Vorzeichen der Prüfung achtet. Der BGH verlangt zunächst vom Tatrichter die Prüfung, ob die Handlung bei genereller Betrachtung gefahrengeeignet gewesen sei. Die anschließende Konkretisierung hat ein negatives Vorzeichen: Im Einzelfall sei der „Gegenbeweis der nicht gegebenen Eignung zur Friedensstörung“ möglich.¹⁴

Wegen dieser Konkretisierung behandelt der BGH das **abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt wie ein konkretes Gefährdungsdelikt, was den Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 StGB betrifft**. Als Erfolg eines solchen Delikts sei die zu vermeidende Gefährdung zu begreifen. Eine Formulierung, so schießt es einem durch den Kopf, die doch sehr dem hypothetischen Ansatz der extensiven Ansicht zum Erfolg bei abstrakten Gefährdungsdelikten gleicht. Und tatsächlich gelangt der BGH zu einer gleichartigen Ergebnisformulierung: "Bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten ist ein Erfolg im Sinne des § 9 StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann."¹⁵ Wohlgemerkt: „**kann**“! Die für § 130 StGB erforderliche konkrete Eignung zur Friedensstörung in der Bundesrepublik ergibt sich nach der Ansicht des BGH daraus, dass die Texte des T jedem Internet-Nutzer in Deutschland ohne weiteres zugänglich waren und im Inland weiter verbreitet werden konnten.

Seinen Standpunkt sichert der BGH noch mit einigen Argumenten ab. Dieses Verständnis vom Erfolgsort entspreche der gesetzgeberischen Intention, mittels abstrakt-konkreter Gefährdungsdelikte einen besonders effektiven Rechtsgutschutz durch Vorverlagerung der Strafbarkeit zu erreichen. So diene § 130 StGB dem Zweck, möglichst frühzeitig einer Vergiftung des politischen Klimas entgegenzuwirken. Eine derartige **tatbestandsnahe Lösung** werde auch den gesetzlichen Vorgaben in § 9 Abs. 1 StGB gerecht; stelle die Vorschrift doch auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ ab. Eine Bindung an allgemeine Lehren zu den Erfolgsdelikten bestehe daher nicht. Überdies sei die Lösung auch völkerrechtlich legitim, weil die Handlungen des T sowohl objektiv als auch subjektiv einen besonderen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufwiesen.

4. Konsequenzen für Studium, Prüfung und Praxis

Die beiden juristischen Themen der Entscheidung – Strafanwendungsrecht und Dogmatik der Gefährdungsdelikte – sind von erheblicher Bedeutung für die juristische Ausbildung und das Examen.

Zunächst zum Strafanwendungsrecht. Es findet zunehmend Beachtung in der Ausbildungsliteratur.¹⁶ Auch waren Probleme aus diesem Bereich kürzlich Gegenstand einer Examensklausur in Berlin. Man sollte sich darauf einrichten, dass zumindest ein präziser Umgang mit dem Gesetzestext und die Kenntnis der maßgeblichen Prinzipien erwartet werden.

¹⁴ BGH aaO.

¹⁵ BGH NJW 2001, 624, 627.

¹⁶ Zuletzt *Werle/Jeßberger* JuS 2001, 35 ff., 141 ff.

Aufgaben aus diesem Bereich stellen die Bearbeiter vor ein **Aufbauproblem**, nach dessen Lösung er in der Anleitungsliteratur vergeblich sucht. Es wird sichtbar, wenn der vorliegende Fall klausurmäßig gelöst werden soll. Wie ist die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts mit dem gewohnten strafatsystematischen Prüfungsaufbau zu verbinden? Grundsätzlich gilt natürlich: Die Klärung der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts geht dessen Anwendung auf ein bestimmtes Geschehen vor. Doch so einfach liegen die Dinge manchmal nicht, wie unser Fall zeigt. Die Prüfung, ob deutsches Strafrecht wegen eines in Deutschland liegenden Erfolgsortes gem. § 9 Abs. 1 StGB angewendet werden kann, verlangt, wie gesehen, bereits eine nähere Befassung mit dem Tatbestand. Eine trennscharfe Abgrenzung der Prüfung, ob das deutsche Strafrecht anwendbar ist, von der Untersuchung des Tatbestandes ist daher nicht möglich.¹⁷ Da aber die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts die logisch vorrangige ist, muss ein Aufbau entwickelt werden, der den nötigen Vorgriff zulässt, aber auch begrenzt. Unser **Vorschlag**:

Die Untersuchung der Strafbarkeit sollte mit einer **Vorprüfung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts** beginnen. Als Anknüpfungspunkt für eine Anwendung deutschen Strafrechts ist § 3 StGB in Verbindung mit § 9 Abs. 1 StGB zu nennen. Sodann ist klarzustellen, daß die Prüfung des zum Tatbestand gehörenden Erfolges die Festlegung auf einen bestimmten Tatbestand erfordert. Nunmehr sollte der objektive Tatbestand des in Betracht kommenden Delikts geprüft und die Frage der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Hinblick auf den Ort des tatbestandsspezifischen Erfolgs beantwortet werden. Fällt diese Antwort positiv aus, kann zur üblichen Prüfung der Strafbarkeit übergegangen werden, wobei hinsichtlich des objektiven Tatbestandes nach oben verwiesen werden kann.

Wenden wir uns der **Bedeutung der Entscheidung für die Dogmatik der Gefährdungsdelikte** zu. Die Studierenden wird die Frage beunruhigen, ob als gesichert gelten darf, dass aus der Zweiteilung der Welt der Gefährdungsdelikte eine Dreiteilung geworden ist: abstrakt, konkret und abstrakt-konkret? Wir raten zur Vorsicht. Zwar ist weitgehend anerkannt, dass die traditionelle Dogmatik der Gefährdungsdelikte unzulänglich ist und Differenzierungen nötig sind.¹⁸ Die Diskussion über eine etwaige dritte Kategorie ist aber noch in vollem Gang – unter Verwendung unterschiedlicher Bezeichnungen, etwa: „Eignungsdelikte“, „potentielle Gefährdungsdelikte“, „Gefährlichkeitsdelikte“¹⁹. Mit der BGH-Entscheidung ist in dieser Sache sicher nicht das letzte Wort gesprochen. Immerhin kann ihr entnommen werden, dass **Tatbestände mit dem Merkmal einer Gefährdungseignung sich von rein abstrakten Gefährdungsdelikten unterscheiden**.²⁰ Neben § 130 StGB sind als Beispiele für derartige Eignungsdelikte noch zu nennen: §§ 166 (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen), 186 (üble Nachrede), 309 und 311 StGB (Missbrauch und Freisetzung ionisierender Strahlen).

¹⁷ Daher ist die bei *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 73 am Ende mitgeteilte Aufbauregel zu pauschal, nach der die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts stets vor Eintritt in die eigentliche Tatbestandsprüfung zu erörtern ist.

¹⁸ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 127.

¹⁹ Vgl. *Roxin*, aaO., § 11 Rn. 128 ff.; *Lackner / Kühl*, aaO., vor § 13 Rn. 32; *Tröndle / Fischer*, aaO., vor § 13 Rn. 13 a.

²⁰ Vgl. zu den Eignungsdelikten auch *Roxin*, aaO., § 11 Rn. 135 f., der § 130 StGB sogar als konkretes Gefährdungsdelikt auffasst.

Bei der Prüfung solcher Delikte sollte zunächst die tatbestandsspezifische Eignung aufgrund generalisierender Betrachtung untersucht wird. Dann ist – negativ – zu fragen, ob aufgrund konkreter Umstände im Einzelfall eine Eignung ausscheidet.

Über die **praktische Bedeutung der Entscheidung** lassen sich nur Vermutungen anstellen. Wahrscheinlich wird sie eingehen in die Geschichte der Strafrechtsprechung als erste große Leitentscheidung zum Internet-Strafrecht. Sie ist gewissermaßen der Startschuss. Doch wohin der Lauf führt, ist nicht abzusehen. Die Entscheidung löst zahlreiche Fragen aus. Sie reichen von praktischen Details bis zu globalen Problemen. Antworten werden sich erst allmählich im Umgang mit der Entscheidung abzeichnen. Wir nennen im Folgenden einige dieser **Fragen**.

Verpflichtet das Legalitätsprinzip Staatsanwaltschaft und Polizei zur permanenten Internet-Kontrolle? Woher sollen die Strafverfolgungsorgane die herkulischen Kräfte nehmen, die nötig wären, um den Augias-Stall auszumisten? Wer ist örtlich und sachlich zuständig? Entsteht nicht auch international ein unüberschaubares Wirrwarr von Strafverfolgungsansprüchen? Müssen die Länder, in denen erlaubtermaßen bei uns verbotene Inhalte ins Netz gestellt werden, den Eingriff in ihre Rechtsordnung hinnehmen? Besteht nicht die Gefahr, dass sich andere Länder auf das deutsche Beispiel berufen und deutsche Staatsbürger für kritische Äußerungen per Internet – z. B. über Folter, Unterdrückung von Frauen oder Kinderarbeit – bestrafen, wenn sie ihrer habhaft werden? Droht letztlich eine Beschränkung der Reisefreiheit oder der Meinungsfreiheit, wenn Meinungsäußerungen über das Internet ein internationales Strafverfolgungsrisiko begründen?

5. Kritik

Verwunderlich ist es schon, dass der BGH auf keine dieser Fragen auch nur andeutungsweise eingeht. Es fällt aber auch schwer, ganz konkret die Stellen im Begründungsablauf der Entscheidung zu benennen, an denen er diese Fragen hätte erörtern müssen. Die Argumentation des BGH ist – am Maßstab herkömmlicher deutscher Strafrechtsdogmatik gemessen – in sich geschlossen. Das Defizit könnte mit diesem Maßstab zusammenhängen. Er könnte sich für Rechtsfragen von internationaler Bedeutung als unzulänglich erweisen. Notwendig erscheint eine Überprüfung der auf nationalrechtlicher Grundlage gewonnenen Ergebnisse an einem internationalrechtlichen Maßstab. Dieser müsste allerdings erst noch entwickelt werden.²¹

Wünschenswert wäre natürlich eine internationale Verständigung über die Strafwürdigkeit von Äußerungen per Internet. In absehbarer Zeit ist damit nicht zu rechnen. Erprobt man diese Idee als Gedankenexperiment, so wird deutlich, dass der BGH jedenfalls im Ergebnis das Richtige getroffen hat. In einem internationalen Verständigungsprozess über strafbare Internet-Inhalte müsste Deutschland darauf bestehen, dass menschenverachtende Äußerungen, einschließlich der Leugnung des Holocaust, bestraft werden. Dazu verpflichtet die deutsche Vergangenheit.

(Dem Text liegen Entwürfe von B. Burghardt, T. Prüfer und C. Brauner zugrunde.)

²¹ Die Anforderungen reichen erheblich weiter als die völkerrechtliche Prüfung, mit der der BGH seine Argumentation abschließt (siehe oben 3. am Ende). Diese thematisiert lediglich Mindestbedingungen im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte für eine Strafverfolgung nach nationalem Recht. Die hier angesprochenen Fragen betreffen die inhaltliche Vereinbarkeit mit einem Recht, das den unaufhaltsamen Vorgang der Globalisierung einfängt.

FAMOS

(Der **Fall** des **Monats** im **Strafrecht**)

März 2001

Schrotflinten - Fall

Notwehr-Provokation / Unmittelbarkeitszusammenhang bei § 227 StGB / Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei § 222 StGB / actio illicita in causa

§§ 32, 222, 227 StGB

Leitsatz:

Wer durch ein rechtswidriges Vorverhalten die Gefahr einer tätlichen Auseinandersetzung mit tödlichem Ausgang herbeigeführt hat, kann auch dann wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden, wenn er den zum Tode führenden Schuss in Notwehr abgibt.

BGH (3 StR 331/00) Urteil vom 22. 11. 2000; veröffentlicht in NSTZ 2001, 143

1. Sachverhalt

A will an B Rache dafür nehmen, dass dieser seinen Freund C bei einer Schlägerei an einem Bein schwer verletzt hat. C ist seither gehbehindert. A beabsichtigt, B mit einer abgesehenen Schrotflinte ins Knie zu schießen. Das Knie soll dadurch dauerhaft steif werden. Da B ein gefährlicher Gegner ist, lockt A ihn in eine Falle. Er bietet ihm ein illegales Zigarettengeschäft an, das in einem Waldstück ausgeführt werden soll. Von einem Treffpunkt am Waldrand aus führt A ihn zum angeblichen Übergabeort. Dabei geht er voran und hält die Schrotflinte unter der Jacke versteckt. Er plant, aus einer schnellen Drehung heraus B mit der Faust zu Boden zu schlagen und ihm dann ins Knie zu schießen. Als er zum Faustschlag ausholt, erkennt B, was A vorhat, und kommt ihm zuvor mit einem ausziehbaren metallenen Schlagstock („Totschläger“), den er versteckt bei sich führt. Durch einen wuchtigen Schlag auf den Kopf streckt B den A nieder. Danach holt B erneut aus und stürzt sich auf den liegenden A mit den Worten: „Du Schwein, dich bring ich um“. In Todesangst zieht A die Schrotflinte. B versucht vergeblich, die Waffe wegzutreten. A drückt ab und trifft aus einem Abstand von nur noch 30 cm den angreifenden B tödlich.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Wir haben es mit einem Notwehrfall zu tun, der es in sich hat. Das **Kernproblem der Notwehr-Provokation** zeigt **Auswirkungen weit über die Notwehrprüfung** hinaus. Kon-

¹ Der Sachverhalt gibt nur den Geschehenskern wieder. Ausgeschlossen wurden Tatbeiträge des C und einer weiteren Person, die in der Entscheidung als mittäterschaftliche Tatbeteiligung bewertet werden.

sequenzen ergeben sich für Fragen des Zusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg bei der (versuchten) Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB und bei der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB.

Die Notwehr-Provokation gehört zu den Fallgruppen, für die anerkannt ist, dass die **Verteidigungsbefugnisse aus sozialetischen Gründen eingeschränkt** oder, wie für Fälle absichtlicher Provokation teilweise angenommen wird, sogar ganz ausgeschlossen sind.² Ein geeigneter gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Prüfung ist das Merkmal der **Gebotenheit** in § 32 Abs. 1 StGB.³

Das Sprachgefühl tut sich schwer, im vorliegenden Fall den Begriff der Notwehr-Provokation zu akzeptieren. Hat A doch nicht mit Absicht seine Notwehrlage herbeigeführt. Die strafrechtliche Lehre ist aber wenig sprachempfindlich. Sie erstreckt den Begriff über den Bereich echter Provokation hinaus auch auf Fälle, in denen die Notwehrlage sonstwie schuldhaft herbeigeführt wurde.⁴ In diesem Sinne, also durch vorwerfbares Vorverhalten, hat A die Notwehrsituation provoziert, in die er nach seinem Angriff auf B geriet.

Für die sonst schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage gilt ein **dreistufiges Schrankenschema**.⁵ 1. Stufe: Nach Möglichkeit muss der Angegriffene ausweichen. 2. Stufe: Im Übrigen muss er sich auf schonende defensive Maßnahmen (Schutzwehr) beschränken. 3. Stufe: Lässt sich die Situation so nicht bewältigen und drohen dem Angegriffenen erhebliche Verletzungen, so darf auch er – trotz seines Vorverhaltens – den Angriff zurückschlagen (Trutzwehr). Wendet man dieses Schema auf das Verhalten des A an, so drängt sich als Ergebnis auf: Der tödliche Schuss war gerechtfertigt, weil A sich des Angriffs auf sein Leben nicht mehr anders erwehren konnte.

Was folgt daraus für die strafrechtliche Bewertung seines Vorverhaltens? Zunächst einmal nichts, soweit sich die Prüfung auf dieses Verhalten beschränkt, die real eingetretenen Folgen unberücksichtigt lässt und nur auf die vom Täter erwarteten Folgen abstellt. A wollte durch einen Schuss ins Bein erreichen, dass B eine Versteifung des Knies und damit eine dauerhafte Gehbehinderung erlitt. Sein Tatentschluss war somit auf eine schwere Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB gerichtet.⁶ Sofern im Ausholen zum Schlag bereits ein unmittelbares Ansetzen gesehen wird,⁷ steht einer Bestrafung wegen versuchter schwerer Körperverletzung nichts im Wege.

² Vgl. *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 346 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 7 Rn. 207 ff.

³ Nähere Angaben zu Form und Inhalt der Prüfung im Schinkenmesser-Fall: FAMOS April 2000, S. 2.

⁴ Ungünstig ist die oft anzutreffende Unterteilung nach Absichts- und Fahrlässigkeitsprovokation, weil sie die Fälle schlicht vorsätzlichen provozierenden Verhaltens nicht erfasst. Für den zur Absichtsprovokation hinzukommenden Bereich empfiehlt sich eine weiter gefasste, notgedrungen etwas umständliche Bezeichnung, z. B. „sonst vorwerfbare Notwehr-Provokation“ oder „sonst schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage“.

⁵ BGHSt 24, 356; 42, 97, 100; *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 348.

⁶ Die beabsichtigte Knieversteifung erfüllt das neu in § 226 StGB eingeführte Tatbestandsmerkmal der dauernden Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körpergliedes. Der Streit, ob darin auch der Verlust eines Gliedes gesehen werden kann, hat sich erledigt; vgl. *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 226 Rn. 3.

⁷ Allzu glatt fällt die Begründung des BGH für ein unmittelbares Ansetzen aus. Im Übrigen wird dabei auch nicht deutlich zwischen diesem Merkmal und dem Tatentschluss getrennt: „Dieser Schlag sollte nach der Vorstellung des Angekl. unmittelbar dazu führen, dass B niederstürzte, und in ungestörtem Fortgang wollte der Angekl. dann B ins Knie schießen, so dass sein Vorsatz im Zeitpunkt des Beginns des Faustschlags bereits auf die Herbeiführung der schweren Folge gerichtet war“ (NSTZ 2001, 143, 144). Immerhin war ein zweiaktiges Geschehen geplant, in dem erst eine neue Handlung die schwere Verletzung herbeiführen sollte. Es erscheint nicht unvertretbar, anzu-

Anders sieht es aus bei Prüfungsansätzen, die den Todeserfolg einbeziehen. Zu erwägen ist eine Strafbarkeit des A durch die Ausholbewegung – in Verbindung mit dem Arrangieren der sonstigen Tatumstände – wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227, 22, 23 StGB und wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB.

Die Prüfung einer versuchten Körperverletzung mit Todesfolge muss allerdings zunächst noch zwei Hürden überspringen, bevor sie das Hauptproblem angehen kann.⁸ Zum einen ist **§ 227 StGB als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination** nicht ohne Weiteres zugänglich für die auf Vorsatzdelikte gemünzten Versuchsvorschriften. Die Bewertung als Vorsatzdelikt in **§ 11 Abs. 2 StGB** macht die Anwendung aber formell möglich. Zum anderen kann § 227 StGB so interpretiert werden, dass der Tod aus einem Körperverletzungserfolg hervorgegangen sein muss. Eine im Versuch steckengebliebene Körperverletzungshandlung würde danach für eine Bestrafung aus dieser Vorschrift nicht ausreichen.⁹ Bekanntlich sieht die Rechtsprechung das anders.¹⁰ Nach ihrer Ansicht umfasst der Gesetzesbegriff der Körperverletzung die Körperverletzungshandlung. Zudem macht sie geltend, dass tödliche Gefahren auch schon von Handlungen ausgehen könnten, die auf eine Körperverletzung zielten. Daraus folgt: § 227 StGB kann auch in der Form eines **erfolgsqualifizierten Versuchs** verwirklicht werden.

Damit rückt der Todeserfolg ins Blickfeld, der im Zusammenhang mit der Schussabgabe als gerechtfertigt bewertet wurde. Ist eine andere Bewertung möglich, wenn jetzt die Schlagbewegung als Handlung geprüft wird? Das Gesetz selbst verlangt nur zweierlei: Der Tod muss durch die Handlung verursacht und er muss zumindest fahrlässig (§ 18 StGB) herbeigeführt worden sein. Darüber hinaus wird in Rechtsprechung und Lehre ein **Unmittelbarkeitszusammenhang** für nötig gehalten.¹¹ Das soll bedeuten: Im tödlichen Erfolg muss sich gerade die der Körperverletzungshandlung eigentümliche Gefahr niedergeschlagen haben. Dieser Unmittelbarkeitszusammenhang füllt so manche Lehrbuchseite, ohne dass die ausgedehnten Erörterungen bislang zu anwendungsfähigen Leitlinien geführt hätten. Herausgebildet hat sich lediglich eine schwer zu überblickende Ansammlung von Fallgruppen. Ein dem vorliegenden Fall vergleichbarer Fall ist bisher noch nicht entschieden worden. Im Hinblick auf das Unmittelbarkeitskriterium stellt sich die **Frage, ob der Zusammenhang auch dann gewahrt ist, wenn es der von der Körperverletzungshandlung Bedrohte nicht bei der Abwehr belässt, sondern selbst zum Angriff übergeht und dadurch Opfer einer gerechtfertigten Tötungshandlung wird.**

Die Frage könnte auch schon in Verbindung mit dem Merkmal der Fahrlässigkeit gestellt werden. Denn wenn der Erfolg nach § 18 StGB **durch Fahrlässigkeit** herbeigeführt worden sein muss, dann bedarf es eines **Pflichtwidrigkeitszusammenhanges**¹², an dem es etwa wegen eines eigenverantwortlichen Opferverhaltens fehlen kann. Spätestens bei der Prüfung einer fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB wird darauf einzugehen sein.

nehmen, dass das Niederschlagen lediglich die Ausführung einer schweren Körperverletzung vorbereiten sollte. Zweifelsfrei hatte A allerdings mit dem Ausholen zum Schlag zu einer einfachen Körperverletzung angesetzt, so dass insoweit auf jeden Fall eine Versuchsstrafbarkeit gegeben ist.

⁸ Vgl. zum Folgenden *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 617; *Schlüchter*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, S. 190 f.

⁹ Z. B. *Rengier*, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 13.

¹⁰ BGHSt 31, 96 (Hochsitz-Fall).

¹¹ Näher dazu *Rengier*, aaO., § 16 Rn. 2 ff.; *Sowada*, Jura 1994, 643 ff.

¹² Dieser Begriff soll hier für den Fahrlässigkeitsbereich insgesamt die Probleme der objektiven Zurechenbarkeit bezeichnen; vgl. dazu *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 197 ff., 673 ff.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Bei der Prüfung des tödlichen Schusses **bestätigt der BGH ausführlich seine bisherige Rechtsprechung zur Notwehrprovokation** einschließlich der Drei-Stufen-Theorie¹³ und gelangt zu dem Ergebnis, das zu erwarten war. Da A sich der Todesgefahr nicht durch Ausweichen oder den Einsatz eines milderen Mittels habe entziehen können, sei er zur Abgabe des Schusses berechtigt gewesen. Ihm kommt somit zustatten, dass in einer dermaßen zugespitzten Situation **die sozialetische Begrenzung der Notwehr wiederum an eine Grenze stößt**.

Mit überraschend knapper Begründung **lehnt der BGH dann eine Strafbarkeit des A wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge ab**. Er braucht dafür nur einen Satz: Der Tod sei nicht unmittelbar durch die versuchte Körperverletzung herbeigeführt worden.¹⁴

Etwas größer ist der Begründungsaufwand für die **Bejahung einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung**.¹⁵ Hier überraschen Inhalt und Ergebnis der Prüfung.

Zunächst zum Inhalt. Näher befasst sich der BGH mit zwei Prüfungsmerkmalen, deren Anwendung eigentlich nicht besonders problematisch ist. Zur **Kausalität** stellt er in konsequenter Anwendung der Äquivalenz-Theorie fest: Der Kausalzusammenhang wurde nicht dadurch unterbrochen, dass B nach dem Angriffsversuch des A seinerseits zum Angriff überging, weil auch darin noch die Handlung des A fortwirkte. Ferner bejaht er die **objektive Vorhersehbarkeit** des Todes. Wegen der Gefährlichkeit des B sei mit einer kämpferischen Auseinandersetzung und mit dem Entstehen einer Notwehrlage zu rechnen gewesen. Nicht erörtert wird dagegen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg. Dabei drängt sich doch die Frage auf, ob dieser nicht aus dem gleichen Grund zu verneinen ist, aus dem der Unmittelbarkeitszusammenhang bei § 227 StGB abgelehnt wurde.

Was das Ergebnis angeht, so fällt eine gewisse Diskrepanz zu einer Bemerkung auf, die der BGH im Zusammenhang mit der Erörterung der Notwehrprovokation fallen lässt. Dort heißt es, dass eine „Haftung nach der **Rechtsfigur der actio illicita in causa**“ abzulehnen sei.¹⁶ Wörtlich übersetzt, bedeutet die Rechtsfigur: die im Ursprung unerlaubte Handlung. Gemeint ist damit ein Ansatz, der der bekannten actio libera in causa gleicht: Ein Zurechnungshindernis (hier die Schuldunfähigkeit, dort die Rechtmäßigkeit) wird durch Rückgriff auf ein vorangegangenes (hier schuldhaftes, dort unrechtmäßiges) Verhalten überwunden. Das aber lehnt der BGH ab: die Versagung der Notwehr wegen eines vorherigen unrechtmäßigen Verhaltens.¹⁷ In abgeschwächter Form scheint die abgelehnte Haftung wegen einer actio illicita in causa aber in der Bestrafung des A wegen fahrlässiger Tötung wiederzukehren. Dazu verliert der BGH jedoch kein Wort.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Diese Entscheidung hat gute Chancen, nicht nur zum Examensfall, sondern sogar zum Klassiker heranzureifen. Sie verbindet **zwei strafrechtliche Schwerpunktthemen**. Zunächst geht es um **Notwehr** – ein Evergreen in Lehre und Examen. Der spezielle Bereich der Notwehr-Provokation eignet sich besonders gut, um Studierenden juristische Genauigkeit bei

¹³ BGH NSTz 2001, 143, 144.

¹⁴ BGH NSTz 2001, 143, 144.

¹⁵ BGH NSTz 2001, 143, 144 f.

¹⁶ BGH NSTz 2001, 143, 144.

¹⁷ Die vom BGH abgelehnte Auffassung wird – allerdings zumeist nur für Fälle der Absichtsprovokation – z. B. vertreten von *Ebert*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1994, S. 73; *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 82.

der Einordnung von Fällen und bei der Entwicklung von Grenzkriterien abzuverlangen. Der Schrotflinten-Fall zwingt ferner zu einer Erweiterung des Prüfungsrahmens. Wird dem Provokateur Trutzwehr gestattet, so stellt sich die Frage, ob er für die Verletzung oder Tötung des Angreifers nicht doch wegen seines Vorverhaltens unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit haften muss. Damit kommt als zweites Schwerpunktthema der **Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten** auf den Tisch. Klar ist, dass bloße Kausalität nicht ausreicht. Es wird eine kaum noch überschaubare Zahl an Begriffen für die Bezeichnung zusätzlicher Zusammenhangserfordernisse angeboten, etwa objektive Zurechenbarkeit, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, Schutzzweck der Norm, Gefahrverwirklichungszusammenhang. Kommt dann noch § 227 StGB ins Spiel, so ist die Mixtur für einen höchst anspruchsvollen Strafrechtsfall perfekt.

In zweierlei Beziehung schafft die Entscheidung Klarheit, in einer dritten nicht. **Klare Aussagen**, die die bisherige Rechtsprechung bestätigen, finden sich darin **zur Notwehr-Provokation**. Ferner stellt die Entscheidung klar, dass nach der Auffassung des BGH **das Kriterium der Unmittelbarkeit bei § 227 StGB weitergehende Anforderungen stellt als das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei § 222 StGB**. Nur so ist der Unterschied im Ergebnis – hier Strafbarkeit, dort Straflosigkeit – erklärbar. Das lässt sich folgendermaßen in eine bildhafte Darstellung der Prüfung des Zusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg bei § 222 StGB und bei § 227 StGB umsetzen.



Unklar bleibt dagegen, was inhaltlich den Unterschied zwischen dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang und dem Unmittelbarkeitserfordernis ausmacht.

In einer Gesamtbetrachtung erweist sich die Entscheidung als **Verfeinerung der Notwehrdogmatik**. Den sozialetischen Grenzen der Notwehr in Provokationsfällen wird eine **Grenzlinie mit präventivem Charakter** hinzugefügt. Dem Provokateur, der in der Notwehrsituation sich zu Recht zur Wehr setzt, droht Fahrlässigkeitsstrafe wegen seines Vorverhaltens. Daraus ergibt sich als Verhaltensanforderung: Vermeide die Konfrontation mit Menschen, die dazu neigen, ihrerseits zum Angriff überzugehen! (Du kannst nämlich, auch wenn Du Dich rechtmäßig zur Wehr gesetzt hast, als Fahrlässigkeitstäter haftbar gemacht werden.)

5. Kritik

Zu wiederholen ist das zuvor schon geäußerte Bedauern: Das Geheimnis um das ominöse Unmittelbarkeitserfordernis bei § 227 StGB (und um den Unterschied zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang) bleibt leider ungelüftet.

Ein zweiter Einwand ist grundsätzlicher Natur: Ist die Bestrafung des A wegen fahrlässiger Tötung – zusätzlich zur Bestrafung wegen versuchter schwerer Körperverletzung – mit dem Eigenverantwortlichkeitsprinzip vereinbar, das letztlich für die Strafrechtsordnung insgesamt konstitutiv ist?¹⁸ Es ist doch B, der die Regie übernimmt, nachdem er den Angriff des A zurückgeschlagen hat! Er vollzieht eigenverantwortlich den Rollentausch vom Opfer zum Täter. Im Falle seines Überlebens wäre er zweifelsfrei wegen versuchten Totschlags zu bestrafen gewesen. Seine Tat wurde durch das Vorverhalten des A nur ausgelöst. Wird dieser gleichwohl wegen fahrlässiger Tötung bestraft, so verbirgt sich dahinter eine problematische Bestimmung des Verhältnisses der Bürger untereinander. Nicht nur Klugheit, sondern auch eine strafbewehrte rechtliche Pflicht würde es gebieten, aggressiven Personen keinen Anlass für einen Angriff zu geben.

(Dem Text liegen Entwürfe von St.-A. Doernberg und M. Hahme zugrunde.)

¹⁸ Vgl. zum Eigenverantwortlichkeitsprinzip und seiner Herleitung *Kühl*, aaO., § 4 Rn. 83 f.; *Otto*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2000, § 6 Rn. 48 f.

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

April 2001

Nebenfrau-Fall

Rücktritt vom Totschlagsversuch / Strafbarkeit wegen vollendeter vorsätzlicher schwerer Körperverletzung

§§ 24, 212, 226 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 226 Abs. 2 StGB reicht es aus, dass der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht. Die Vorschrift ist – etwa nach strafbefreiendem Rücktritt vom Tötungsversuch – auch bei direktem Tötungsvorsatz anwendbar; die entgegenstehende frühere Rechtsprechung (BGH NStZ 1997, 233, 234) ist überholt.

BGH, Urteil vom 14. 12. 2000, abgedruckt in Strafverteidiger 2001, 162.

1. Sachverhalt

A beschließt, B, die „Nebenfrau“ seines Bruders C, zu töten, weil sie nach Auffassung aller Familienangehörigen den Familienfrieden stört und der Familienehre schadet. Mit einem geladenen Revolver sucht er B in ihrer Wohnung auf. Sofort, nachdem sie geöffnet hat, richtet er die Waffe gegen ihren Körper und drückt ab. Für A unerwartet, bricht B jedoch nicht sterbend zusammen. Trotz des Körpertreffers bleibt sie stehen und blickt ihn verwundert an. Daraufhin ergreift er ihre Haare, zieht den Kopf seitlich nach hinten, setzt die Waffe zwischen dem rechten Augenrand und der Schläfe auf, sieht ihr in die Augen und drückt erneut ab. B erleidet schwere Hirnverletzungen, ist sofort halbseitig gelähmt und stürzt zu Boden. A erkennt, dass sie noch lebt. Ihre hilflose Lage erweckt Mitleid in ihm. Er ruft bei der Polizei an, um sich zu stellen und Rettungsmaßnahmen zu veranlassen. Durch eine sofortige Notoperation kann B gerettet werden. Sie bleibt jedoch infolge der Hirnverletzung für immer halbseitig gelähmt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der BGH konzentriert sich in seiner Entscheidung auf Fragen, die mit Körperverletzungstatbeständen zusammenhängen. Eine gutachtliche Fallprüfung muss je-

doch zunächst der Frage nachgehen, ob der zweifelsfrei vorliegende Totschlagsversuch wegen Rücktritts straflos bleibt. Die Strafbefreiung könnte wegen Fehlschlags zu versagen sein. Denn A hatte angenommen, B mit einem Schuss töten zu können, und er hatte diesen Schuss abgegeben, ohne sein Ziel damit zu erreichen. Andererseits erkannte er nach Abgabe des ersten und auch des zweiten Schusses, dass er die Tötung noch durch weitere Schüsse erreichen konnte, was gegen einen Fehlschlag spricht. Damit ist die **typische Konstellation für den Meinungsstreit über den richtigen Bewertungsansatz beim fehlgeschlagenen Versuch**¹ gegeben.

Als **Einzelaktstheorie** wird die Auffassung bezeichnet, die jede Ausführungshandlung für sich betrachtet, welche der Täter **bei Tatbeginn** für erfolgsg geeignet gehalten hat.² Scheitert dieser einzelne Akt, so liegt bereits ein fehlgeschlagener Versuch vor. Dagegen wendet sich die **Gesamtbetrachtungslehre**, die den Anwendungsbereich der Rücktrittsvorschriften erweitert.³ Sie stellt auf die Perspektive des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (**Rücktrittshorizont**) ab und behandelt den Versuch als rücktrittsfähig, wenn der Täter glaubt, sein bisheriges Tun noch mit dem bereits eingesetzten Mittel oder einem neuen vollenden zu können. Vorausgesetzt wird dabei, dass ein einheitlicher Lebensvorgang vorliegt.

Die Rechtsprechung folgt der Gesamtbetrachtungslehre.⁴ Davon profitierte A. Da er durch eigene freiwillige Bemühungen den Tod der B abgewendet hatte, wurde ihm der persönliche Strafaufhebungsgrund des Rücktritts vom beendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 zweite Alt. StGB zuerkannt. **Von der Verantwortung für bereits vollendete Taten entlastet diese versuchsbezogene Strafbefreiung natürlich nicht.** Doch bereitet insbesondere die subjektive Zurechnung Probleme, falls der Täter allein den Erfolg der letztlich nur versuchten Tat im Auge hatte. So lag es hier. A wollte B töten und war sich sicher, sie durch die Schüsse töten zu können. Was er tatsächlich erreichte, war eine gravierende Körperverletzung. Subsumiert man die eingetretenen Verletzungen stufenweise – also nach Grundtatbestand und Qualifikation – unter die Körperverletzungstatbestände, so ergibt sich auch eine Stufenfolge der Probleme.

Zunächst ist also zu fragen: Kann der Körperverletzungsvorsatz gem. § 223 Abs. 1 StGB bejaht werden, auch wenn der Täter einzig und allein die Tötung des Opfers herbeiführen wollte? „Nein“ lautet die Antwort einer Auffassung, die **Gegensatztheorie** genannt wird, weil sie den Willen, jemanden zu töten, für unvereinbar hält mit dem Willen, eine weiterlebende Person zu verletzen.⁵ Diese Ansicht wird kaum noch vertreten.⁶ Durchgesetzt hat sich die **Einheitstheorie**, die von der Tatsache ausgeht, dass jeder Tötung als **Durchgangsstadium** eine Körperverletzung vorausgeht.⁷ Dieses objektive Phänomen wird subjektiv gewendet und verallgemeinert:

¹ Zusammenfassend *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 628 ff.

² Z. B. Schönke / Schröder / Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 24 Rn. 20.

³ Z. B. Kühl, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 16 ff.

⁴ BGHSt 39, 221; 40, 75; BGH NSTZ 1998, 614.

⁵ RGSt 61, 375.

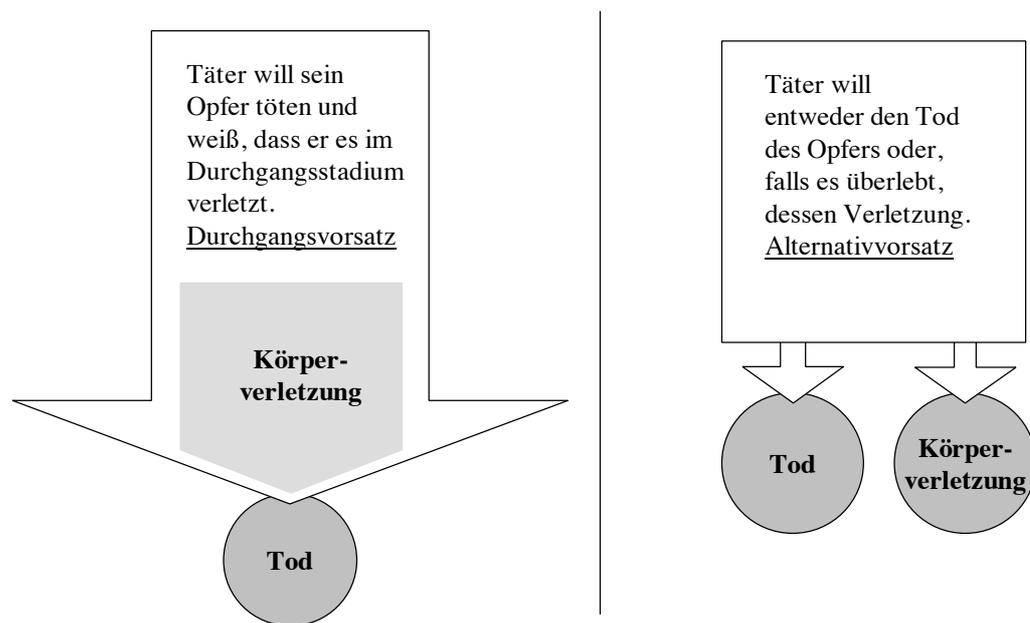
⁶ Bedenkenswerte Argumente dafür aber bei *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 2 Rn. 86 f.

⁷ BGHSt 16, 122, 123; 22, 248.; *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2000, § 211 Rn. 47.

Wer töten wolle, wolle zugleich auch körperlich verletzen. Der Körperverletzungsvorsatz ist – gewissermaßen als „Durchgangsvorsatz“ – notwendiger Bestandteil des Tötungsvorsatzes. Diese Annahme (oder soll man sagen: Unterstellung?) soll verhindern, dass in Fällen des Rücktritts vom versuchten Totschlag lediglich wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt werden könnte, was tatsächlich schwer erträglich wäre.

Die Einheitstheorie benötigt man natürlich nicht, wenn der Täter von vornherein beide Möglichkeiten ins Auge gefasst hat, weil er sich des Tötungserfolges nicht sicher war. Hielt er sowohl eine Tötung als auch eine Körperverletzung für möglich und waren ihm beide Alternativen recht, so lässt sich der Körperverletzungsvorsatz – als **Alternativvorsatz** – glatt bejahen. Einer Begründung, die auf die Körperverletzung als Durchgangsstadium zur Tötung abstellt, bedarf es hier nicht.

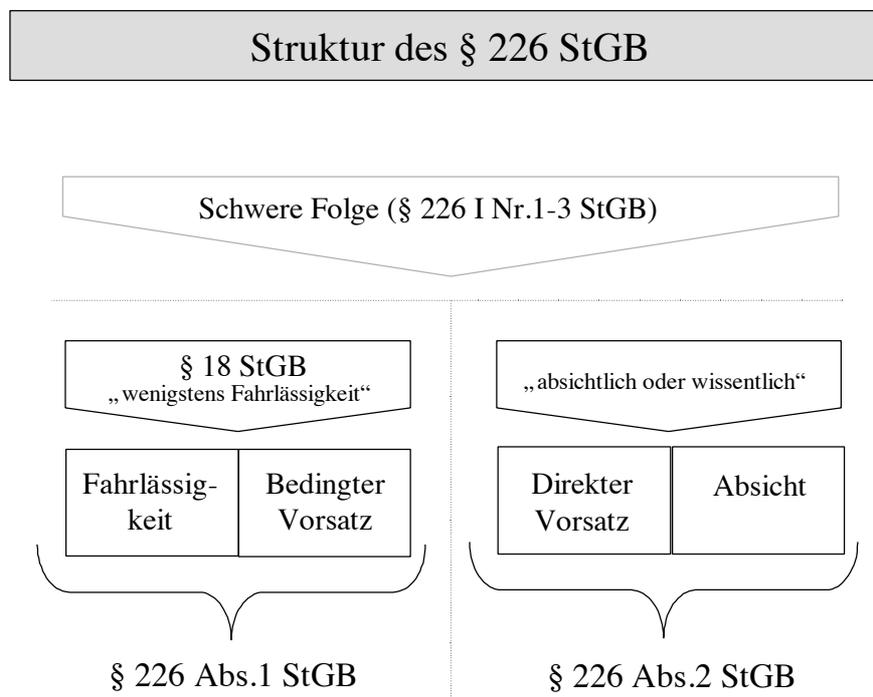
Den Unterschied zwischen dem Körperverletzungsvorsatz als Durchgangsvorsatz und als Alternativvorsatz soll die folgende Grafik verdeutlichen.



Komplizierter wird es, wenn eine schwere Folge gem. § 226 Abs. 1 StGB eingetreten ist, wie hier das Verfallen in Lähmung nach Nr. 3. Die Einheitstheorie stößt an ihre Grenzen. Denn sämtliche in § 226 Abs. 1 StGB genannten schweren Folgen beinhalten einen „besonders tiefen Eingriff in die körperliche Integrität des Tatopfers und sind durch ein gewisses Dauerelement gekennzeichnet“, wie der BGH in einer

früheren Entscheidung⁸ ausgeführt hat. Sie setzen demnach „schon begrifflich ein Weiterleben des Tatopfers voraus“. Mit anderen Worten: Wer in Lähmung verfällt, kann nicht tot sein. Damit würde sich die Annahme eines Durchgangsvorsatzes schwerlich vertragen.⁹ In den Willen, einen anderen zielgerichtet zu töten, müsste die Absicht hineininterpretiert werden, ihn zugleich zum Opfer einer dauerhaften Lähmung zu machen. Allzu nahe liegt der Einwand bloßer Unterstellung.

Eher kommt der Alternativvorsatz in Betracht.¹⁰ Dafür bedarf es jedoch einer näheren Betrachtung rechtlicher und tatsächlicher Bedingungen. Nötig ist zunächst eine klare Erfassung der Struktur von § 226 StGB,¹¹ die in der folgenden Übersicht abgebildet ist:



§ 226 Abs. 1 StGB erfasst – neben der fahrlässigen Erfolgsqualifizierung – die bedingt vorsätzliche Herbeiführung der schweren Folge, während Abs. 2 der Vorschrift entsprechend der höheren Strafandrohung die höheren Vorsatzgrade des direkten Vorsatzes und der Absicht zum Gegenstand hat. Der Tötungsvorsatz nach § 212 Abs. 1 StGB umfasst sämtliche Vorsatzgrade. Einige Kombinationen sind als

⁸ BGH NSTZ 1997, 233, 234.

⁹ Vgl. auch Schönke / Schröder / Eser, aaO., § 212 Rn. 19; Rengier, Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 19.

¹⁰ Diese Möglichkeit bleibt bei Rengier, aaO., unberücksichtigt.

¹¹ Es gilt auch generell: Für die sachgerechte Handhabung dieser Vorschrift in Fallbearbeitungen ist es wichtiger, sich mit dieser Struktur vertraut zu machen, als Detailkenntnisse über die zahlreichen tatbestandlichen Varianten anzuhäufen.

Alternativvorsatz denkbar, andere nicht. Wer die Tötung beabsichtigt, kann nicht zugleich die Herbeiführung einer Lähmung beabsichtigen. Dagegen kann derjenige, der nur mit bedingtem Tötungsvorsatz handelt, durchaus für den Fall des Scheiterns mit bedingtem oder direktem Vorsatz oder auch mit Absicht eine schwere Körperverletzung herbeiführen. In der bereits erwähnten früheren Entscheidung hat der BGH es auch als „nicht ausgeschlossen“ bezeichnet, „dass sich ein – direkter – alternativer Vorsatz des Angekl. sowohl auf den Tod des Geschädigten als auch für den Fall, dass dieser Erfolg nicht eintreten sollte, auf eine dann ernstlich in Betracht gezogene schwere Körperverletzungsfolge ... gerichtet haben kann.“¹²

Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz einen strafbefreienden Rücktritt des A vom Totschlagsversuch angenommen und ihn nach § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB bestraft. § 226 Abs. 2 StGB hatte das Landgericht für nicht anwendbar gehalten. Begründung: Es habe nicht festgestellt werden können, dass die schwere Folge absichtlich herbeigeführt worden sei; auch enthalte der Tötungsvorsatz als Durchgangsstadium nur eine Körperverletzung, nicht aber schwere Schädigungen eines noch lebenden Menschen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt das Landgericht mit knappen Worten in der Annahme eines strafbefreienden Rücktritts auf der Grundlage der Gesamtbetrachtungslehre sowie in der Ablehnung eines im Tötungsvorsatz enthaltenen Vorsatzes zur Herbeiführung einer schweren Körperverletzung. Nicht einverstanden ist der BGH aber mit der Verneinung einer Strafbarkeit nach § 226 Abs. 2 StGB. Wieso nicht – das ist ein Rätsel dieser Entscheidung, dessen Lösung uns nicht gelungen ist. Doch lassen wir zunächst den BGH zu Wort kommen.

Für eine Anwendung von § 226 Abs. 2 StGB kann eigentlich nur noch der Alternativvorsatz in Betracht kommen. Der Vorwurf des BGH an das Landgericht könnte daher lauten, es habe diese Möglichkeit bei der Erforschung des Sachverhalts nicht genügend ausgelotet. Doch nimmt die Sachverhaltsaufklärung erst die zweite Stelle im Begründungszusammenhang ein. Im Vordergrund steht die **Verkündung einer Rechtsprechungsänderung, die mit einer Gesetzesänderung in Zusammenhang gebracht wird**. Die Vorläufervorschrift zu § 226 Abs. 2 StGB knüpfte die Strafschärfung daran, dass die schwere Folge „beabsichtigt und eingetreten war“. Jetzt heißt es „absichtlich oder wissentlich“. Mit der Änderung soll die frühere Rechtsprechung überholt sein, die wir oben bereits zitiert haben und jetzt nochmals zitieren: „Ein – direkter – alternativer Vorsatz des Angekl. (kann sich) sowohl auf den Tod des Geschädigten als auch für den Fall, dass dieser Erfolg nicht eintreten sollte, auf eine dann ernsthaft in Betracht gezogene schwere Körperverletzungsfolge ... gerichtet haben.“ Diese Rechtsprechung will der BGH also aufgeben. Es soll gelten: „Nunmehr reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, dass der Täter – alternativ zur beabsichtigten Tötung – die schwere Folge als sichere Auswirkung seiner Handlung voraussieht“.¹³ Dementsprechend sollten nochmals tatrichterliche Feststellungen zur inneren Tatseite getroffen werden. Der BGH hat die Sache also zurückverwiesen.

¹² BGH NStZ 1997, 233, 234.

¹³ BGH Strafverteidiger 2001, 162, 163.

Was die Entscheidung so rätselhaft macht, ist – erstens – die Interpretation der Gesetzesänderung und – zweitens – das Verhältnis der neuen zur aufgegebenen Rechtsprechung.

Schon die alte Gesetzesfassung wurde einhellig so verstanden, dass der Begriff der Absicht lediglich die Aufgabe hatte, den nur bedingten Vorsatz auszuschließen.¹⁴ Miterfasst war also bereits damals der direkte Vorsatz, so dass das Merkmal der Wissentlichkeit in der neuen Fassung nur der Klarstellung diene.¹⁵ Da der sachliche Anwendungsbereich unberührt blieb,¹⁶ ist nichts zu entdecken, was eine Rechtsprechungsänderung veranlassen könnte.

Aber hat sich die Rechtsprechung denn überhaupt geändert? Beide Entscheidungen betreffen den Alternativvorsatz. Beide Entscheidung sprechen den direkten Körperverletzungsvorsatz an. Im Hinblick auf den alternativen Tötungsvorsatz wird in der früheren Entscheidung auf den direkten Vorsatz abgestellt; in der aktuellen Entscheidung ist von „beabsichtigter Tötung“ die Rede, womit vermutlich auch der direkte Vorsatz – neben der Tötungsabsicht – gemeint ist.

Allerdings wählt die ältere Entscheidung zur inhaltlichen Kennzeichnung des Körperverletzungsvorsatzes eine Begrifflichkeit, die eher auf den bedingten Vorsatz passt (ernsthaft In-Betracht-Ziehen), während die aktuelle Entscheidung die klassische Formulierung für den direkten Vorsatz verwendet (sichere Voraussicht).¹⁷ Insofern mag es eine Differenz geben. Ein gewisser Unterschied besteht auch darin, dass die frühere Entscheidung sich zurückhaltender äußerte hinsichtlich der Möglichkeit der Alternativität von direktem Tötungsvorsatz und direktem Vorsatz hinsichtlich einer schweren Körperverletzung („nicht ausgeschlossen“). Mehr als eine klarstellende Funktion hätte diese „Rechtsprechungsänderung“ aber nicht.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Jetzt müssen wir uns natürlich fragen lassen, was die Wahl einer solchen Entscheidung zum Fall des Monats rechtfertigt. Der Entscheidungsinhalt ist es sicherlich nicht, sondern allein die tatsächliche und rechtliche Konstellation. Der Fall bietet geradezu **idealtypisch die wesentlichen Elemente einer Standardaufgabe** aus Studium und Examen: Totschlagsversuch – Rücktritt – vollendete Körperverletzung – Qualifikation – Vorsatz. Es drängt sich förmlich auf, dass die Neufassung von § 226 StGB in diese Aufgabenstellung einbezogen wird.

In derartigen Fällen sollte man sich zukünftig sorgfältig mit § 226 Abs. 2 StGB auseinandersetzen. Relativ klare Lösungen ermöglichen solche Sachverhalte, die deutliche Hinweise auf einen Alternativvorsatz enthalten oder einen Vorsatz in Bezug auf schwere Folgen der Körperverletzung ausschließen. Schwieriger wird es, wenn

¹⁴ Vgl. etwa Schönke / Schröder / Stree, StGB, 24. Aufl. 1991, § 225 Rn. 2.

¹⁵ Schönke / Schröder / Stree, StGB, 25. Aufl. 1997, § 225 Rn. 2 a.

¹⁶ Geändert hat sich insoweit lediglich die Strafraumenabstufung.

¹⁷ Vgl. Wessels / Beulke, aaO. Rn. 213 f.

dem Sachverhalt keinerlei Hinweise auf einen Vorsatz bezüglich der schweren Folgen zu entnehmen sind. Dann ist es nötig, die Einheitstheorie und ihre Anwendung auf die schwere Körperverletzung zu erörtern. Man sollte wissen, dass die Rechtsprechung es bislang abgelehnt hat, auch die schweren Folgen gem. § 226 StGB als Durchgangsstadium zum Tod zu bewerten und so den Vorsatz zu bejahen. Davon weicht die vorliegende Entscheidung nicht ab, auch wenn sie eine Rechtsprechungsänderung verkündet. Kommt man zu einer Verneinung von § 226 Abs. 2 StGB, wird regelmäßig § 226 Abs. 1 StGB zu bejahen sein. Der objektive Sorgfaltspflichtverstoß ist dabei in der in Tötungsabsicht begangenen Handlung zu sehen.¹⁸

Welche praktische Bedeutung die Entscheidung hat, wird sich erst dann klären, wenn der BGH in nachfolgenden Entscheidungen mitteilt, was er eigentlich gemeint hat.

5. Kritik

Es war nicht zu vermeiden, schon bei der Darstellung der Entscheidung Kritik zu üben. Ihr ist hier nichts mehr hinzuzufügen.

Erwähnt sei lediglich noch ein Lösungsweg, der uns jedenfalls nicht unvertretbar erscheint.¹⁹ Dem Durchgangsvorsatz und dem Alternativvorsatz könnte noch ein **Minusvorsatz** an die Seite gestellt werden. Die schweren Folgen gem. § 226 StGB könnten als graduelle Lebensbeeinträchtigungen angesehen und als solche in ein Stufenverhältnis zum Tod gesetzt werden. Daraus ließe sich ableiten, dass der Vorsatz, das Leben eines Menschen ganz auszulöschen, als Minus den Vorsatz enthalte, ihn dauerhaft wesentlicher Lebensfunktionen zu berauben. Dagegen lässt sich allerdings anführen, dass der Vorsatz, einen Menschen zu töten, nicht nur graduell, sondern qualitativ etwas ganz anderes sei als ein bloßer Verletzungsvorsatz, der die Annahme voraussetze, dass das Opfer weiterlebe.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Ch. Elsner zugrunde. Die Grafiken hat M. Hahme entworfen.)

¹⁸ Bei einer näheren Begründung kann man in eine Argumentationsfalle tappen: siehe BGHSt 22, 248, 249, wonach der Vorwurf keinen Sinn mache, der Täter habe es bei der von ihm beabsichtigten Tötung an der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt fehlen lassen. Dieses Argument beruht jedoch auf der fälschlichen Annahme, der Täter müsse es für einen Fahrlässigkeitsvorwurf *bei* seinem Handeln an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen, so als laute die zugrundeliegende Norm: „Führe dein Tötungshandeln immer sorgfältig aus.“ Das macht in der Tat keinen Sinn. Der Sorgfaltspflichtverstoß ist jedoch schon *in dem* in Tötungsabsicht durchgeführten *Handeln selbst* zu sehen.

¹⁹ In Rechtsprechung und Literatur ist dieser Lösungsweg bislang nicht auffindbar. Wir betrachten uns als Urheber.

FAMOS

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

Mai 2001

Thermarium- Fall

*Diebstahl einer EC-Karte / Computerbetrug / Gesetzeseinheit / mitbestrafte Vortat /
Tatmehrheit*

§§ 53, 242, 243, 263 a StGB

Leitsatz des Gerichts:

**Der Diebstahl einer Scheckkarte kann zu einem Computerbetrug (durch unberechtigtes Bewirken einer Bargeldauszahlung an einem Geldautomaten) in
Tatmehrheit stehen.**

Leitsatz der Verf.:

**Die Strafbarkeit wegen Diebstahls tritt nicht als mitbestrafte Vortat hinter die
Strafbarkeit wegen Computerbetrugs zurück.**

BGH, Beschluss vom 30.01.2001, abgedruckt in NJW 2001, 1508.

1. Sachverhalt

Der Berliner A ist Gast in einem süddeutschen Kurort. Im Umkleideraum eines Thermariums kommt er auf die Idee, Nachschlüssel von mehreren Spindschlüsseln anzufertigen, um Wertsachen zu entwenden. Am nächsten Tag stößt er gleich mit dem ersten Nachschlüssel auf Beute. A findet eine Briefftasche, die eine von der C-Bank ausgestellte EC-Karte des B enthält. Bei näherer Untersuchung der Briefftasche entdeckt er eine Visitenkarte. A kann sein Glück kaum fassen: Auf der Visitenkarte hat B seine persönliche Geheimzahl (PIN) notiert. A merkt sich die Geheimzahl, steckt die EC-Karte ein und legt die Briefftasche zurück in den Spind. Diesen verschließt er in der Hoffnung, dass B den Verlust der Karte nicht sogleich bemerken und deshalb zu spät eine Sperrung veranlassen wird. A reist nach Berlin und hebt dort noch am selben Tag 2000,- DM an einem Geldautomaten der D-Bank ab.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der BGH hat es leicht: Er muss „lediglich“ das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Kartendiebstahl nach § 242 StGB und dem mit der Karte begangenen Computerbetrug (§ 263 a StGB) erörtern.² Die vom Landgericht angenommene Strafbarkeit wird jeweils kommentarlos zugrunde gelegt. In einem Nebensatz findet sich der Hinweis, dass die

¹ Dem Urteil des Landgerichts, das der BGH zu überprüfen hatte, lagen Serienstraftaten des Angeklagten zugrunde. Der hier geschilderte Einzelfall enthält alle für die Überlegungen des BGH maßgeblichen Tatumstände. Allerdings ist im Beschluss des BGH gelegentlich ungenau von einer „Scheckkarte“ die Rede. Tatsächlich geht es um eine EC-Karte mit PIN-Funktion.

² Dazu und zum Folgenden: BGH NJW 2001, 1508.

„Voraussetzungen des besonders schweren Falles des Diebstahls wegen des Überwindens von Schutzvorrichtungen“ vorlägen. Das war es. Subsumtion? Andere Tatbestände? – Fehlanzeige. Diese Konzentration des Revisionsgerichts auf ein Problem ist legitim. Wer jedoch einen solchen Standard-Fall eines Bankautomatenmissbrauchs durch einen nichtberechtigten Dritten gutachtlich bearbeiten muss, hat es schwerer. Wir konzentrieren uns vorerst auf die Konkurrenzproblematik und sprechen sonstige Zusammenhänge nur kurz an. Weitergehende Überlegungen zur Falllösung finden sich unter 4.

Bei der Prüfung von § 242 Abs. 1 StGB (erster Handlungsabschnitt) ist zunächst knapp festzustellen, dass A die EC-Karte, eine fremde³ bewegliche Sache, weggenommen und dabei auch in Zueignungsabsicht gehandelt hat.⁴ Näherer Prüfung bedarf, ob sich der Strafraum nach § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB richtet. A hat zwar mit „Quasi-Vorsatz“ eine Sache gestohlen, die durch ein verschlossenes Behältnis (Beispiel einer Schutzvorrichtung) gegen Wegnahme besonders gesichert war (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB). Ein besonders schwerer Fall wäre aber dann gem. § 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen, wenn es sich bei der EC-Karte objektiv um eine geringwertige Sache handeln würde. Im Schrifttum herrscht Streit. Gegen eine Geringwertigkeit wird angeführt, dass die Bedeutung der EC-Karte, die für sich keinen messbaren objektiven Verkehrswert aufweise, für den Täter in dem mit der Sachherrschaft verknüpften Wert funktioneller Möglichkeiten liege. Eine EC-Karte, so ein Gegenargument, verkörpere jedoch – im Unterschied etwa zu einem Sparbuch – unmittelbar keinen Sachwert; ihre Funktion sei die eines „Schlüssels“, der lediglich den Zugang zum Geldwert des Kontos verschaffe. Der BGH hat sich bislang nur in einer nicht veröffentlichten Entscheidung gegen eine Geringwertigkeit ausgesprochen.⁵ Das Ergebnis zu dieser auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ungeklärten Frage⁶ entscheidet zudem darüber, ob es gem. § 248 a StGB eines Strafantrags bedarf.

Den Schwerpunkt des zweiten Handlungsabschnittes bildet die vom BGH apodiktisch festgestellte Strafbarkeit des A wegen Computerbetrugs. Exakt die hier relevante und zuvor in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstrittene Standardkonstellation sollte nach dem Willen des Gesetzgebers durch die dritte Variante in Abs. 1 des 1986 eingefügten § 263 a StGB erfasst werden.⁷ Danach macht sich strafbar, wer in Bereicherungsabsicht das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unbefugte Verwendung von Daten beeinflusst und dadurch das Vermögen eines anderen beschädigt. Die Subsumtion unter § 263 a Abs. 1 dritte Var. StGB fand aus zwei Gründen Kritik. Hinsichtlich des Merkmals „unbefugt“ wurden wegen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) Bedenken geltend gemacht. Ferner wurde eingewendet, dass die Vorschrift die Existenz eines bereits in Gang gesetzten Datenverarbeitungsvorgangs voraussetze, während der unberechtigte Dritte einen solchen Vorgang doch erst durch das Einschieben der Karte und die PIN-Eingabe initiiere.

³ Ob die Karte im Eigentum der C-Bank oder des B stand, hängt vom zivilrechtlichen Vertragsverhältnis im Einzelfall ab. Die Frage bedarf hier keiner Klärung, weil die Karte jedenfalls nicht dem A gehörte.

⁴ Am Element der dauerhaften Enteignung fehlt es, wenn der Täter von vornherein vorhatte, die EC-Karte nach der Benutzung des Bankautomaten zurückzugeben; vgl. BGHSt 35, 152, 156 ff. Anhaltspunkte für einen solchen Rückgabewillen enthält der Sachverhalt jedoch nicht.

⁵ Zum Meinungsstand: *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 243 Rn. 25 iVm § 248 a Rn. 4; ferner *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 23. Aufl. 2000, Rn. 243, 311.

⁶ Das *BayObLG* (JR 1980, 299) hat lediglich zu einer Konstellation Stellung genommen, in der neben einer Scheckkarte und Scheckformularen auch noch der Personalausweis gestohlen worden war. Es hat einen über der Geringwertigkeitsgrenze liegenden Vermögenswert angenommen, weil mit diesen Gegenständen ohne Weiteres und mit guten Erfolgsaussichten die Begehung von Vermögensstrafataten möglich gewesen sei.

⁷ Zur Gesetzgebungsgeschichte: *LK-Tiedemann*, StGB, 11. Aufl. 1998, § 263 a Rn. 3.

Der BGH wies diese Kritik zurück⁸ und stützte die Strafbarkeit ausschließlich auf die „**Sondervorschrift**“⁹ des § 263 a StGB. Der Großteil der Literatur folgte dem BGH.¹⁰

Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Tatbestand des Diebstahls (bei entsprechendem Lösungsweg Diebstahl in einem besonders schweren Fall) und dem Tatbestand des Computerbetrugs war bislang **noch nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung**. Das **Schrifttum** nimmt ohne Begründung überwiegend an, dass der Diebstahl der EC-Karte eine **mitbestrafte Vortat** sei¹¹ – „auch bei Eingreifen der §§ 243 ff!“¹².

Für diejenigen, die mit dem Begriff der mitbestraften Vortat nichts anfangen können, unternimmt FAMOS einen kurzen Ausflug ins Land der Konkurrenzen. Bekannt sind die Formen der **Gesetzeseinheit** (auch **Gesetzeskonkurrenz** genannt)¹³:

Spezialität (Ein Strafgesetz enthält ein anderes ganz und zumindest noch ein weiteres Merkmal.) / **Subsidiarität** (Ein Strafgesetz kommt nur hilfsweise zur Anwendung, nämlich dann, wenn kein anderes Strafgesetz eingreift.) / **Konsumtion** (Ein Strafgesetz erfasst den Unrechts- und Schuldgehalt eines anderen mit, weil dieses regelmäßig und typischerweise zugleich mit jenem verletzt wird.)

Voraussetzung der Gesetzeseinheit ist **in der Regel Handlungseinheit**. Schwierig wird es, wenn – wie hier – **Handlungsmehrheit** vorliegt. Dann wird die Gesetzeseinheit mit den Oberbegriffen der **mitbestraften Vortat** und der **mitbestraften Nachtat** bezeichnet. Bei allen terminologischen Unklarheiten¹⁴ ist festzuhalten: Die mitbestrafte Vortat wird von der gewichtigeren Folgetat verdrängt; die mitbestrafte Nachtat tritt gegenüber der gewichtigeren Vortat zurück. Die **mitbestrafte Vortat** kann im Wege der **Subsidiarität** oder der **Konsumtion** verdrängt werden. Ein bekanntes, einfaches Beispiel: A unterschlägt den Autoschlüssel des B und stiehlt mit Hilfe dieses Schlüssels einen Tag später das Auto, welches dem B gehört. Die Strafbarkeit wegen Unterschlagung (mitbestrafte Vortat) wird im Wege der Gesetzeseinheit (Konsumtion) von der Strafbarkeit wegen Diebstahls verdrängt.

Zurück zum hier relevanten **Meinungsstand in der Literatur**: Es wird auch **Tatmehrheit** gem. § 53 StGB vertreten. Dieses Ergebnis leuchte besonders ein, „wenn der Diebstahl der Codekarte unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 243 oder gar des § 244 erfolgte“.¹⁵ Nach einer weiteren Ansicht soll **Tateinheit** (§ 52 StGB) vorliegen.¹⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH entscheidet sich für **Tatmehrheit**. Der Tatbestand des Computerbetruges stehe zu dem des Diebstahls „**nicht etwa in Gesetzeskonkurrenz**“¹⁷. Gegen die Annahme einer **mitbestraften Vortat** spreche, dass „eine Verurteilung nur unter dem *einen* rechtlichen Gesichtspunkt des Computerbetrugs den **Unwert des Gesamtgeschehens** nicht abgelden“

⁸ Vgl. BGHSt 38, 120, 121 f.

⁹ Vgl. BGHSt 38, 120, 124.

¹⁰ Exemplarisch zur Exklusivität des § 263 a StGB: *LK-Tiedemann*, aaO, § 263 a Rn. 84.

¹¹ Vgl. etwa *SK-Günther*, StGB, 5. Aufl. (Dezember 1996), § 263 a Rn. 32; *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 21 Rn. 67; ähnlich *Schönke/Schröder-Cramer*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 a Rn. 41 b („Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des § 263 a“).

¹² So *LK-Tiedemann* (aaO, § 263 a Rn. 84), der eine mitbestrafte Vortat jedoch nur dann annimmt, „wenn und soweit der berechnigte Kontoinhaber Karteneigentümer ist und den durch die Abhebung entstehenden Verlust zu tragen hat“.

¹³ Näher zur Terminologie unter 5.

¹⁴ Zur Vertiefung der Gesetzeseinheit bei Handlungsmehrheit und zu Fallbeispielen: *Geppert*, Jura 1992, 418, 427 ff., der von einer „Spielart der ‚unechten‘ Realkonkurrenz“ spricht.

¹⁵ Dazu: *Weber*, JZ 1987, 215, 217.

¹⁶ Vgl. *Schulz / Tschewinka*, JA 1991, 119, 124.

¹⁷ Zur Kritik an der Terminologie des BGH: u. 5.

würde. Denn die Taten richteten sich, so das Hauptargument des BGH, „gegen **verschiedene Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutsträger**“.¹⁸

Eingangs konzidiert der BGH, dass der **Diebstahl** dem Ziel gedient habe, die Voraussetzungen für die Begehung eines Computerbetrugs zu schaffen. Mit dem Diebstahl und der Kenntnis von der Geheimzahl könne bereits eine **Vermögensgefährdung** eintreten, die durch den Gebrauch der Karte weiter konkretisiert und zum Schadenseintritt vertieft werde. Zu einem **Vermögensschaden** komme es jedoch **nicht**. Denn im Unterschied zu einem Sparkassenbuch verkörpere die Scheckkarte den wirtschaftlichen Wert, auf den mit ihrer Nutzung zugegriffen werden könne, nicht selbst; „sie ‚verbrieft‘ keine Forderung“¹⁹. Der Täter verletzt, so der BGH, **zunächst das Eigentum des Karteninhabers**, soweit es diesem im Einzelfall übertragen ist, und bricht jedenfalls dessen **Gewahrsam**. Auch der bloße Gewahrsamsinhaber sei Verletzter im Sinne des Diebstahlstatbestandes. In einem Zusatz wird, wie bereits oben erwähnt, ohne Begründung ein besonders schwerer Fall bejaht.

Mit dem Computerbetrug hingegen greife der Täter **unmittelbar das Vermögen des kontoführenden Kreditinstituts** an, weil das ausgezahlte Bargeld aus dessen Vermögen „ausgefóhrt“ werde. Nachfolgende zivilrechtliche Vorgänge im Verhältnis zwischen Kontoinhaber und Kreditinstitut seien für den Vermögensschaden irrelevant. **Die besonderen Fallumstände** (etwaige Pflichtverletzung durch den Kontoinhaber; Auszahlung durch ein fremdes Geldinstitut) zwingen den BGH dazu, den Eintritt eines unmittelbaren Vermögensschadens näher zu begründen. Die Auszahlung durch ein fremdes Institut wird, so der BGH unter Verweis auf die bankrechtliche Literatur und eine Vereinbarung über das deutsche EC-Geldautomatensystem, dem kartenausgebenden Institut zugerechnet. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Kreditinstituts gegen den pflichtwidrig handelnden Karteninhaber sei „Frage des Einzelfalles“ und ändere nichts an einem **zunächst** unmittelbar eintretenden Vermögensschaden. Überdies komme es überhaupt nicht darauf an, ob ein solcher Anspruch der Bank entstanden sei. Zur Begründung wird die Dogmatik des Vermögensschadens beim Betrug auf eine Tat gem. § 263 a Abs. 1 dritte Var. StGB übertragen. „Ein Schadensersatzanspruch ist unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig eine unsichere Rechtsposition, die den Vermögensverlust durch die Auszahlung nicht zugleich vollends auszugleichen geeignet wäre.“²⁰

Gegen die Konstruktion einer mitbestraften Vortat liefert der BGH noch weitere Argumente. Für eine „**konsumierende Wirkung** der Verurteilung wegen Computerbetrugs“ müsse dieser **regelmäßig und typischerweise** im Zusammenhang mit dem Kartendiebstahl geschehen. Dass davon keine Rede sein könne, zeige die nicht selten vorangehende Fälschung einer Scheckkarte. Ferner komme beiden Schritten in besonderer Weise unrechtsprägender Charakter zu, was im Schuldspruch Ausdruck finden müsse. Der BGH illustriert das mögliche **Gewicht der Ersttat** durch den Hinweis auf denkbare Diebstähle unter den Voraussetzungen des **§ 243 Abs. 1 StGB** oder des **§ 244 StGB**. Im Einzelfall könne das kriminelle Schwergewicht des Gesamtgeschehens sogar auf der Erlangung der Scheckkarte liegen. Die **Verneinung von Gesetzeseinheit**²¹ vermeide schwierige Abgrenzungen. Der richtige Ort, das begangene Unrecht zueinander ins Verhältnis zu setzen und zu gewichten, ist nach Auffassung des BGH die Strafzumessung. „In geeigneten Fällen“ seien auch Einstellungen nach den §§ 154, 154 a StPO möglich.²²

Abschließend wird die Annahme von **Tatmehrheit** im konkreten Fall als rechtlich unbedenklich bewertet. Objektiv würden sich die Ausführungshandlungen nicht überschneiden; vielmehr hätten zum Teil große Entfernungen zwischen den Tatorten der

¹⁸ BGH NJW 2001, 1508, 1509 (Hervorhebungen durch FAMOS).

¹⁹ BGH NJW 2001, 1508.

²⁰ Dazu und zum Folgenden: BGH NJW 2001, 1508, 1509.

²¹ Anders als oben verwendet der BGH in diesem Zusammenhang nicht den Begriff „Gesetzeskonkurrenz“; vgl. zum Sprachgebrauch u. 5.

²² Man denke in diesem Zusammenhang an Serienstrafaten; vgl. Fn. 1

Diebstähle und der folgenden Fälle des Computerbetruges gelegen. Der einheitliche Tatplan begründe für sich gesehen **keine Tateinheit**.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Weshalb sich der Fall als Prüfungsaufgabe geradezu aufdrängt, braucht nicht breit erörtert zu werden. Was bereits für die Auswahl von FAMOS Dezember 2000²³ sprach, gilt auch hier: Die Zeit der strafrechtlichen Bargeld-Dogmatik neigt sich dem Ende zu. Die Justizprüfungsämter reagieren auf moderne Formen der Kriminalität, die zunehmend die Praxis beschäftigen. Ins Blickfeld gerät dabei immer wieder der Tatbestand des Computerbetrugs – eine Vorschrift, die bei Studierenden erfahrungsgemäß nicht gerade zu den Lieblingsthemen gehört. Umso beliebter ist dieser Tatbestand im Examen.

Zusätzlich attraktiv wird dieser Standard-Fall, weil eine Prise Dogmatik aus dem Bereich der **Konkurrenzen** hinzukommt – gleichfalls für viele Studierende ein unsicheres Terrain. Konkurrenzen werden leider in Prüfungsarbeiten oft als lästiges Anhängsel betrachtet und entweder nur oberflächlich oder überhaupt nicht behandelt. Wer so denkt und handelt, übersieht einen Schwerpunkt, wenn diese BGH-Entscheidung mit einer **nicht gängigen Konkurrenzproblematik** als Klausuraufgabe gestellt wird.

Bereits die Prüfung der in Betracht kommenden Tatbestände hat es in sich. Aus deren Quantität resultiert die Gefahr, dass man im Ernstfall aus Zeitmangel nicht mehr zur Konkurrenzproblematik gelangt. Erforderlich ist eine vernünftige Gewichtung. Die zahlreichen Tatbestände können hier nur kurz angesprochen werden.²⁴

Im ersten Handlungsabschnitt ist die Strafbarkeit wegen Diebstahls der EC-Karte eingehend zu prüfen. Der Schwerpunkt liegt auf der Problematik der Geringwertigkeit. Folgende Tatbestände, die bei einem entsprechenden Lösungsweg im Wege der Gesetzesinheit verdrängt werden, sollten nur ganz knapp geprüft werden: Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs.1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB), Datenveränderung (§ 303 a StGB) und Ausspähen von Daten (§ 202 a StGB).²⁵

Bei der Prüfung der Strafbarkeit des A im zweiten Handlungsabschnitt bietet es sich an, mit der **Sondervorschrift des § 263 a StGB** zu beginnen und dem BGH sowie der herrschenden Lehre folgend eine Strafbarkeit zu bejahen. Die vor der Einfügung des Computerbetruges hauptsächlich diskutierten Tatbestände, **Diebstahl und Unterschlagung**,²⁶ können anschließend bei einem geschickten Vorgehen kurz abgelehnt werden. Eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB kann verneint werden, weil es am Merkmal der Wegnahme fehlt. Denn wenn der Geldautomat nach dem äußerlichen Erscheinungsbild ordnungsgemäß und funktionsgerecht bedient wird, liegt kein Bruch des Gewahrsams der Bank an dem Geld vor. Setzt man diese Argumentation bei der Prüfung des § 246 Abs. 1 StGB konsequent fort, ist es gut vertretbar, wegen eines Übereignungswillens der Bank gem. § 929 BGB die Fremdheit des Geldes abzulehnen. Kürze ist auch bei der Prüfung sonstiger Vorschriften angebracht, die sämtlich nicht

²³ Vgl. FAMOS Dezember 2000, S. 3 f.

²⁴ Eine umfangreiche gutachtliche Lösung findet sich bei *Schulz / Tschewinka*, JA 1991, 119 ff.; vgl. auch einen Grundfall bei *Hilgendorf*, Jus 1997, 130, 133 f. (Achtung: hier Entwendung einer EC-Karte mit Rückgabewillen!).

²⁵ Eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung ist gegeben. An der Nachteilszufügungsabsicht fehlt es nur, wenn von Anfang an ein Rückgabewille vorliegt. Hinter diese Strafbarkeit tritt eine Strafbarkeit gem. § 303 a StGB zurück. Bei der Prüfung des § 202 a StGB kann das Merkmal einer besonderen Sicherung verneint werden. Falls dieses aber angenommen wird, wird die Strafbarkeit durch § 274 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB verdrängt. Diese Vorschrift wiederum tritt hinter § 242 Abs. 1 StGB zurück.

²⁶ Vgl. zu den früheren Lösungsversuchen den Überblick bei *Wessels / Hillenkamp*, aaO, Rn. 168 ff., 608. Speziell zu den Problemen der §§ 242, 246 StGB: aaO, Rn. 170 f.

eingreifen: Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB)²⁷, Erschleichen von Leistungen (§ 265 a StGB)²⁸, Missbrauch von Ausweispapieren (§ 281 StGB)²⁹, Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) und Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 Abs. 1 und Abs. 2 StGB)³⁰.

Mit dem Vorziehen des § 263 a StGB im Prüfungsgang bewegt man sich in einem sicheren Fahrwasser. Denn der BGH, der früher noch auf den Notanker des § 246 StGB zurückgegriffen hatte,³¹ verlor nach der Anwendbarkeit des § 263 a StGB nur noch einen Satz zur Unterschlagung.³² Diese büßte ihre Bedeutung im Übrigen 1998 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vollends ein. Denn § 246 Abs. 1 StGB in der neuen Fassung tritt als subsidiär zurück. Auch diese Gesetzesänderung spricht gegen die – gleichwohl sicher noch vertretbare – Technik, zunächst §§ 242, 246 StGB zu prüfen.³³

Der Praxis bringt die Entscheidung zum einen **Rechtssicherheit**. Außerdem offeriert der BGH Leitlinien für einen **flexiblen Umgang** mit der Vortat. Die Praxis kann dem Gewicht der Vortat durch Einstellungen oder durch Strafzumessungserwägungen Rechnung tragen.

5. Kritik

An der ausführlich und überzeugend begründeten Entscheidung gibt es wenig zu kritisieren. Für ein spezielles Rechtsproblem werden Rechtssicherheit und – angesichts der genannten Reaktionsmöglichkeiten bei einer Vortat von geringem kriminellen Gewicht – auch Zweckmäßigkeit garantiert. Und wie steht es mit der Gerechtigkeit? Die Annahme von Tatmehrheit geht wegen der Gesamtstrafenbildung gem. § 54 StGB zu Lasten des Angeklagten, was jedoch bei einer schwerwiegenden Vortat gerechtfertigt ist.

Dass die Argumentation des BGH teilweise gekünstelt erscheint, liegt an der Materie. Die Konkurrenzen sind in vielfacher Hinsicht ein dogmatisches Kunstprodukt. Etwas Künstlicheres als etwa die ergebnisorientierte Begründung der sogenannten natürlichen Handlungseinheit bei zeitlich und räumlich weit auseinanderliegenden Handlungen³⁴ ist kaum denkbar.

Zu kritisieren ist allenfalls, dass der BGH Unsicherheit in der Begrifflichkeit offenbart. Einmal ist von **Gesetzeskonkurrenz** die Rede, einmal von **Gesetzeseinheit**. Den Vorzug verdient der Begriff der Gesetzeseinheit. Der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz“ ist irreführend, weil er eine Anwendung aller konkurrierenden Gesetze suggeriert.³⁵

(Dem Text liegt ein Entwurf von H. Karitzky zugrunde.)

²⁷ Nur ein Mensch kann getäuscht werden, nicht hingegen ein Bankautomat.

²⁸ Es kann offen bleiben, ob der Geldautomaten als Leistungsautomat anzusehen ist. Jedenfalls hat sich A keine Leistung erschlichen, denn er bediente den Automaten ordnungsgemäß.

²⁹ § 281 StGB greift nicht ein, weil die EC-Karte weder ein von einer amtlichen Stelle ausgestelltes Ausweispapier (Abs. 1) noch eine Urkunde, die im Verkehr als Ausweis verwendet wird (Abs. 2), darstellt. Im Übrigen fehlt es an einem Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr. Wieder: Der Bankautomat kann nicht getäuscht werden.

³⁰ Diese Vorschriften (Bezugspunkt: das bei der Abhebung automatisch angefertigte Computerprotokoll) brauchen nicht unbedingt angesprochen zu werden. Sie setzen ebenfalls ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr voraus. In einer Prüfungsarbeit sollte die Ablehnung einer Strafbarkeit sofort mit dem Fehlen dieser Voraussetzung begründet werden.

³¹ In einer zentralen Entscheidung musste der BGH nach Einfügung des § 263 a StGB in einem sog. Altfall die frühere Rechtslage zugrunde legen, weil § 246 StGB a.F. gegenüber § 263 a StGB den milderen Strafrahmen enthielt (§ 2 Abs. 3 StGB). Bejaht wurde eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung; vgl. BGHSt 35, 152, 158 ff.

³² Vgl. BGHSt 38, 120, 124 f. (obiter dictum): „Auch eine Verurteilung wegen Unterschlagung kommt nicht in Betracht.“

³³ So Hilgendorf, JuS 1997, 130, 133; Schulz / Tschewinka, JA 1991, 119, 121.

³⁴ Vgl. Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 17 Rn. 9 ff.

³⁵ Vgl. Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 219.

FAMOS

(Der *Fall* des *Monats* im Strafrecht)

Juni 2001

Taschenmesser- Fall

Diebstahl mit Waffen / gefährliches Werkzeug / gleichlautender Begriff in § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.

§§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 224 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

Leitsatz des Gerichts:

Trägt ein Dieb bei Tatausführung ein zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche, begeht er einen Diebstahl, bei dem er ein gefährliches Werkzeug bei sich führt.

BayObLG, Urteil vom 12.04.2000; abgedruckt in Strafverteidiger 2001, 17.

1. Sachverhalt

A entwendet in einem Geschäft einen Herrenanzug, zwei Paar Schuhe, zwei Lederjacken und sieben Silberringe im Gesamtwert von ca. 1800,- DM. Zur Tatzeit hat er ein kleines, zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Ganz offensichtlich haben wir es mit einem **Ein-Problem-Fall** zu tun: Allein fraglich ist, ob A die taterschwerenden Umstände des Bei-Sich-Führens eines gefährlichen Werkzeugs nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB erfüllte, als er unter Mitführung des Taschenmessers den Diebstahl beging.² Die Frage ist nicht glatt zu beantworten. Der Qualifikationstatbestand wurde erst 1998 neu gefasst. Die Meinungen über seinen Anwendungsbereich gehen weit auseinander. Eine gefestigte Rechtsprechung hat sich noch nicht gebildet.

Nicht nur für Studierende liegt es nahe, zur Lösung die gängige Definition des gefährlichen Werkzeugs nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB heranzuziehen. Auch der Gesetzgeber hat darauf verwiesen³ – und damit nur Verwirrung gestiftet. Die Definition erweist sich nämlich bei genauerem Hinsehen als nicht übertragbar.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung ist auf die materiellrechtlich relevanten Fakten reduziert worden.

² Die Tatvariante des Bei-Sich-Führens einer Waffe lässt sich nach kurzer Prüfung ausscheiden. Als Waffen gelten nur solche im technischen Sinne, also Gegenstände, die nach der Art ihrer Anfertigung oder nach allgemeiner Verkehrsauffassung dazu bestimmt sind, durch ihren üblichen Gebrauch zu verletzen. Als maßgeblich gelten die Klassifizierungen im Waffengesetz (*Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 255). Weder nach der Art der Anfertigung noch nach der Verkehrsauffassung ist ein Taschenmesser dazu bestimmt, Menschen zu verletzen. Auch ist § 37 Abs. 1 Satz 2 Waffengesetz zu entnehmen, dass Taschenmesser nicht als Waffen anzusehen sind.

³ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

Unter einem **gefährlichen Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB** wird jeder bewegliche Gegenstand verstanden, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁴ Unschwer ist die **Zweigliedrigkeit dieser Definition** zu erkennen. Sie enthält eine **Beschaffenheitskomponente** und eine **Handlungskomponente** (Art der Verwendung). **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB** stellt aber lediglich auf das bewusste **Bei-Sich-Führen** eines gefährlichen Werkzeuges ab und gerade nicht auf die Art seiner Verwendung. Belässt man es bei der Übernahme der Beschaffenheitskomponente, so sind geradezu absurde Ergebnisse möglich. Denn fast jeder Gegenstand ist so beschaffen, dass anderen damit erhebliche Verletzungen zugefügt werden können: Der Damenstrumpf kann um den Hals gelegt, das Taschentuch in den Hals gestopft, der Kuli ins Auge gestochen, der Schuh als Schlaginstrument eingesetzt werden. Nur der nackte Dieb könnte hoffen, der härteren Strafandrohung in § 244 Abs. 1 StGB zu entgehen. Allerdings würde auch ihm Übles drohen, wenn er Sachen entwendet, mit denen Menschen irgendwie verletzt werden können. Denn ein Bei-Sich-Führen soll auch dann möglich sein, wenn der Täter einen Gegenstand aus dem Bereich des Opfers an sich nimmt.⁵

Absurde Ergebnisse möchte niemand. Andererseits verlangt die gesetzgeberische Entscheidung Respekt, dass es in § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB nicht auf die konkrete Verwendung ankommen soll. Das folgt im übrigen auch aus dem Vergleich mit der nachfolgenden Tatvariante b; dort bedarf es einer konkreten Verwendungsabsicht, wie die Formulierung „um zu ...“ zeigt. Eine Patentlösung existiert nicht. Die Diskussion darüber, wie das Merkmal des Bei-Sich-Führens eines gefährlichen Werkzeuges sinnvoll eingeschränkt werden kann, ist in vollem Gange.

Wer in dem Stimmengewirr die Übersicht behalten möchte, tut gut daran, **zwischen subjektiven und objektiven Ansätzen zu unterscheiden**.

Die **subjektiven Ansätze**⁶ gehen etwas weniger respektvoll mit der gesetzgeberischen Entscheidung um. Sie versuchen, die gewünschte Einschränkung dadurch zu erreichen, dass sie der Beschaffenheitskomponente eine – **abgeschwächte – subjektive Verwendungskomponente** hinzufügen. Nur dann soll der Täter ein gefährliches Werkzeug bei sich führen, wenn er die Absicht hat, den zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeigneten Gegenstand im Bedarfsfall (eventuell, notfalls) auch als gefährliches Tatmittel zu verwenden.⁷

Die **objektiven Ansätze**⁸ konzentrieren sich – gesetzestreu – ganz auf die Beschaffenheitskomponente. Für eine Restriktion soll die **objektive Verletzungseignung des Gegenstandes in der jeweiligen Situation** maßgeblich sein. Die Formulierungen variieren. In den Variationen treten Unterschiede zutage, die von der Betrachterperspektive abhängen. Teils ist es die Sicht des objektiven Dritten, teils die eines typischen Täters, teil die eines typischen Opfers. So heißt es, dass gefährliche Werkzeuge solche Gegenstände seien, die aus der Sicht eines „objektiven Beobachters“ gefährlich seien.⁹ Ferner wird gesagt, dass nur Gegenstände zu berücksichtigen seien, die „für den Täter / Beteiligten in der konkreten Tatsituation“ keine andere Verwendung haben könnten als diejenige, Verletzungsgefahr für andere zu begründen.¹⁰ Schließlich wird noch eine „(normativierte) Opferperspektive“ für maßgeblich erklärt.¹¹ Vielfach wird zur Argumentation auch der

⁴ Wessels / Hettinger, Strafrecht BT 1, 24. Aufl. 2000, Rn. 275.

⁵ Schönke / Schröder / Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 244 Rn. 7.

⁶ Zusammenfassende Darstellung bei Wessels / Hillenkamp, aaO., Rn. 262 b.

⁷ Nicht einig ist man sich darüber, ob die Absicht ausreicht, das Werkzeug im Bedarfsfall (eventuell, notfalls) als bloßes Drohmittel einzusetzen; vgl. einerseits Wessels / Hillenkamp, aaO., und andererseits Rengier, Strafrecht BT I, 4. Aufl. 2000, § 4 Rn. 25 b.

⁸ Zusammenfassende Darstellung bei Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 432 f.

⁹ Schönke / Schröder / Eser, aaO., Rn. 5.

¹⁰ Schlothauer / Sättele, StV 1998, 505, 508.

¹¹ Kindhäuser, StV 2000, 18, 19.

Vergleich mit der Tatvariante des Bei-Sich-Führens einer Waffe genutzt: Das gefährliche Werkzeug müsse eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Waffe aufweisen.¹²

Der BGH hat sich mit dem Problem bislang im Zusammenhang mit dem gleichlautenden Qualifikationstatbestand in § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB befasst. Zunächst hat er im Anschluss an den Gesetzgeber eine Verbindung zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB hergestellt und ist zu einer weiten Auslegung gelangt.¹³ Danach hat er aber die Kritik der Literatur aufgegriffen und vorgeschlagen, „neben der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes eine generelle, von der Tat losgelöste Bestimmung des Gegenstandes zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters, die noch nicht die konkrete Verwendungsabsicht nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erreicht hat,“ hinzutreten zu lassen.¹⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BayObLG macht sich die Sache einfach. Es verweist kurzerhand auf die eben genannte ältere Entscheidung des BGH zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB und auf eine eigene Entscheidung¹⁵. Danach genügt eine aus der Beschaffenheit sich ergebende Verletzungseignung. Eine Restriktion unter Berücksichtigung besonderer Tatumstände wird ohne näher Begründung abgelehnt. Dass die Übernahme des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs aus § 224 Abs. 2 Nr. 1 StGB mangels Verwendungskomponente problematisch ist, bleibt unerwähnt. Ergebnis: A hat sich nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB strafbar gemacht.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Rein gedanklich muss man sich mit dem Problem in jeder Prüfungsarbeit beschäftigen, in der es um Diebstahl oder Raub geht. Und deren Zahl ist bekanntlich groß. Ob man sich damit auch schriftlich auseinandersetzt, ist eine andere Frage.

Die gedankliche Beschäftigung ist stets nötig, weil eine absurd weite Auslegung möglich ist. Es wäre aber nicht sinnvoll, eine absurd weite Auslegung auch zur Grundlage der schriftlichen Ausarbeitung zu machen. Das wäre sicherlich auch nicht im Sinne des Erfinders (der Aufgabenstellung). In einem **ersten Schritt** muss es also darum gehen, die **Problematisierungsschwelle** festzulegen: Wann besteht Anlass, die vielen Gegenstände, die ein Dieb regelmäßig bei sich führt, im Hinblick auf eine Anwendbarkeit von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB zu prüfen? Wir empfehlen eine **historische Auslegung besonderer Art**, nämlich eine Auslegung, die sich **am Willen des Aufgabenstellers** orientiert. Möchte er das Problem diskutiert sehen, so wird er im Sachverhalt den Gegenstand benennen, der einer Prüfung unterzogen werden soll. Es besteht also regelmäßig kein Anlass, Gegenstände zu untersuchen, von denen lediglich anzunehmen ist, dass der Dieb sie bei sich führt. Eine schriftliche Untersuchung ist nur bei Gegenständen angebracht, die **ausdrücklich im Sachverhalt aufgeführt** sind. Zusätzlich sollte eine Absurditäts-Entscheidung in der Sache getroffen werden. Im Sachverhalt genannte Gegenstände sollten – gedanklich – danach überprüft werden, ob nicht bereits eine schriftliche Untersuchung (also nicht erst deren Ergebnis) dem Einwand der Absurdität ausgesetzt wäre. Anlass zu einer solchen Prüfung gibt insbesondere der Umstand, dass in jedem Diebstahlsachverhalt die Beute genannt ist. Wie wir gezeigt haben, kann nach verbreiteter Auffassung auch die Mitnahme von Diebesgut als ein Bei-Sich-Führen gefährlicher Werkzeuge angesehen werden.¹⁶ Absurd wäre eine Prüfung, wenn weder objektiv noch subjektiv irgendwelche Anhaltspunkte für eine gefährliche Verwendung vorhanden sind. Anders gewendet: Nur mit blühender Phantasie lässt sich eine gefährliche Verwendung ausdenken. Beispiel: Sicherlich kann man – auch

¹² Vgl. die Zusammenstellung bei Küper, aaO., S. 433.

¹³ BGH NSTZ 1998, 567, 568.

¹⁴ BGH NSTZ 1999, 301, 302.

¹⁵ BayObLGSt 1999, 46, 47. In dieser Entscheidung wird allerdings auf das Merkmal der Waffe abgestellt.

¹⁶ Vgl. oben 2.

rein physisch – mit Geld einem anderen das Maul stopfen; ein Gelddieb wird daran zuletzt denken.

Für den verbleibenden Bereich zu prüfender Gegenstände sollte der oben dargelegte Prüfungsweg eingeschlagen werden: Nachweis der Ungeeignetheit der Begriffsdefinition nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB → Erörterung des Meinungsstreits. Beide Ansätze sind gut vertretbar. Ein objektiver Ansatz hat das Argument größerer Gesetzestreue für sich.

Noch ein Aufbauhinweis: Die Prüfung ist insgesamt am objektiven Tatbestandsmerkmal „gefährliches Werkzeug“ durchzuführen. Daran ändert auch die Einbeziehung subjektiver Prüfungskriterien nichts.

Die Folgen der Entscheidung des BayObLG für die Praxis wären immens, wenn sie sich durchsetzen würde. Diebstahl ist die weitaus am häufigsten begangene Straftat. Eine Bestrafung wegen einfachen Diebstahls wäre nur noch ausnahmsweise möglich. Ausnahmslos schwere Strafen wären zu verhängen gegen Herren mit den so beliebten Schweizer Taschenmessern in der Hosentasche und Damen mit Nagelfeilen im Handtäschchen, die im Supermarkt eine Zigarettenschachtel in die Tasche gesteckt haben.

5. Kritik

Mehr als drei kritische Sätze verdient diese Entscheidung nicht. Erstens: Sie verfehlt das entscheidende Auslegungsproblem vollständig. Zweitens: Sie registriert nicht einmal die neuere Diskussion in Rechtsprechung und Literatur. Drittens: Als Klausurlösung wäre sie zweifelsfrei „mangelhaft“.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Ch. Brauner zugrunde.)

6. Nachtrag

Eine neuere Entscheidung des OLG Frankfurt/M. berücksichtigt in einem ähnlich gelagerten Fall (zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche) in Anlehnung an die BGH-Entscheidung (NStZ 99, 301) auch eine subjektive Komponente:

Ob ein Gegenstand, den der Täter eines Diebstahls/Raubes bei Begehung der Tat bei sich führt, als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren ist, hängt neben der objektiven Beschaffenheit, damit erhebliche Verletzungen herbeiführen zu können, davon ab, ob eine generelle Bestimmung des Gegenstands zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters festgestellt werden kann, die noch nicht eine konkrete Verwendungsabsicht erreicht hat.

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 11. 1. 2002 (1 Ss 244/99), abgedruckt in StV 2002, 145 f.

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

Juli 2001

Todesanzeigen-Fall

Betrug / Täuschung / Angebotsschreiben in Form einer Rechnung

§§ 263 Abs. 1, 15 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Wer Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale (insbesondere durch die hervorgehobene Angabe einer Zahlungsfrist) so abfasst, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht, dem gegenüber die – kleingedruckten – Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, begeht eine (versuchte) Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB.

BGH, Urteil v. 26.04.2001 (BGH 4 StR 439/00), abgedruckt in wistra 2001, 255.

1. Sachverhalt

A gründet mit Sitz in Palma de Mallorca die Firma Inter Media, die sich mit der „Veröffentlichung von Geschäfts-, Familien- und Todesanzeigen im Internet“ beschäftigt. Nach dem Konzept des A und auf seine Veranlassung werden aus Tageszeitungen Todesanzeigen ausgewählt. Den an erster Stelle genannten Angehörigen der verstorbenen Person sendet A zwei bis drei Tage nach dem Erscheinen der Anzeige unverlangt Schreiben zu. Diese enthalten das Angebot, die bereits in der Zeitung erschienene Todesanzeige erneut – nunmehr im Internet – zu veröffentlichen. Zugleich beinhalten die Schreiben aber auch jeweils einen teilweise vorausgefüllten Überweisungsträger. Aufgrund der Verwendung weiterer Merkmale, die bei Rechnungen für bereits erbrachte Leistungen typisch sind (etwa: Fehlen von Anrede und Grußformel und einer näheren Darstellung der angebotenen Leistung),¹ ergibt sich der Angebotscharakter der Schreiben erst bei genauem Hinsehen aus den kleingedruckten AGB. Wie von A gewollt, hält der Empfänger B das Schreiben für eine Rechnung über die zuvor in der Tageszeitung erschienene Todesanzeige und zahlt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB. Bislang verneinte die ganz herrschende Meinung² eine Strafbarkeit unter Berufung auf einen Beschluss des BGH von 1979³.

¹ Außerdem: Hervorheben einer individuellen Registernummer, Aufschlüsselung des zu zahlenden Betrages nach Netto- und Bruttosumme sowie Hervorheben der Zahlungsfrist durch Fettdruck.

² Vgl. etwa OLG Frankfurt / Main NSTZ 1997, 187; LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72 ff.; Lackner / Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, § 263 Rn. 9.

³ BGH NSTZ 1997, 186.

Schwierigkeiten bereitet das **Merkmal der Täuschung**. Täuschung ist jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt.⁴ Die Angaben des A entsprachen jedoch den Tatsachen. Fraglich ist daher, ob bei objektiv wahrheitsgemäßen Aussagen dennoch eine **konkludente Täuschung** vorliegen kann. Nach Rechtsprechung und Literatur kann unter Umständen auch mit wahren Tatsachen getäuscht werden, wenn der Täter es darauf anlegt, gerade hierdurch Missverständnis und Irrtum hervorzurufen.⁵ Es ist allgemein anerkannt, dass die Täuschung auch konkludent erfolgen kann, nämlich wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt.⁶ Entscheidend ist demnach, welcher Erklärungswert dem Verhalten des Täters nach der **objektiven Verkehrsanschauung** zukommt.⁷ Das Problem liegt in der Frage, ob der Empfänger auf den Rechnungseindruck vertrauen durfte oder ob er seine Unachtsamkeit selbst zu verantworten hat.

Die **bisherige Rechtsprechung** lehnt eine Strafbarkeit wegen Betruges mangels Täuschungshandlung ab.⁸ Die Schlüssigkeit eines Verhaltens sei nach einer rein normativen Betrachtungsweise zu ermitteln.⁹ Eben hierauf stellt auch der BGH-Beschluss von 1979 ab. Das Merkmal der Täuschung wird, so der BGH, **nicht ohne weiteres** dadurch erfüllt, dass die Empfänger der Schreiben das Angebot missverstehen können und der Täter sich diesen Umstand planmäßig zunutze gemacht hat.¹⁰ Nur eine allein an den objektiven Gegebenheiten orientierte normative Betrachtung könne dem Grundsatz der Selbstverantwortung Rechnung tragen, wonach in normalen Geschäftsbeziehungen jeder Beteiligte für sich selbst zu sorgen und sich vor Benachteiligung zu schützen habe.¹¹ Denn der Betrugstatbestand schütze nicht sorglose Menschen gegen die Folgen ihrer Sorglosigkeit.¹² Im Fall einer als Rechnung gekennzeichneten Anzeigenofferte wird vor allem auf die kleingedruckten AGB verwiesen, aus denen sich der Angebotscharakter ergebe.¹³ Maßgeblich sei, dass sich das Angebot an im geschäftlichen Verkehr erfahrene Adressaten gerichtet habe. Daher könne „erwartet werden, dass die Empfänger auch die Rückseite des Schreibens lesen und den Angebotscharakter erkennen“¹⁴. Folglich habe der geschäftserfahrene Adressat seine Unachtsamkeit selbst zu verantworten.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH erachtet hier als konkludent „**miterklärt**“, dass es sich bei den unaufgefordert versandten Schreiben um **Rechnungen für die bereits anderweitig erfolgten Veröffentlichungen von Todesanzeigen** gehandelt habe. Heringezogen werden dabei die Grundsätze der Rechtsprechung des 1. Zivilsenats des BGH.¹⁵ Danach sei eine

⁴ Vgl. *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 263 Rn. 6; *Schönke / Schröder / Cramer*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 6; *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 Rn. 6.

⁵ LG Osnabrück MDR 1991, 468; *Tröndle / Fischer*, aaO., § 263 Rn. 6 a mwN.; ähnlich *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 Rn. 8; *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 20 Rn. 39; *Hohmann / Sander*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2001, § 11 Rn. 22; aM Schumann, JZ 1978, 588.

⁶ *Schönke / Schröder / Cramer*, aaO., § 263 Rn. 14.

⁷ BGH NJW 1995, 539; *Schönke / Schröder / Cramer*, aaO., § 263 Rn. 14.

⁸ BGH, NStZ 1997, 186; OLG Frankfurt / Main NStZ 1997, 187; LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72, 74.

⁹ LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72, 73; vgl. auch *LK- Lackner*, StGB, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28, und *Ulsamer*, Lexikon des Rechts, 2. Aufl. 1996, S. 152.

¹⁰ BGH, NStZ 1997, 186; so auch *LK- Lackner*, aaO., § 263 Rn. 29.

¹¹ LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72, 73; vgl. ferner *LK- Lackner*, aaO., § 263 Rn. 29.

¹² BGHSt 3, 99, 101.

¹³ OLG Frankfurt / Main NStZ 1997, 187.

¹⁴ LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72, 73.

¹⁵ Vgl. die Verweise auf BGHZ 123, 330, 334, BGH NJW 1995, 1361, 1362, und BGH WRP 1998, 383, 385.

konkludente Täuschung anzunehmen, wenn der Täter in Täuschungsabsicht systematisch über den Angebotscharakter hinwegtäusche, um den Eindruck zu erwecken, es würden bereits in Auftrag gegebene Leistungen in Rechnung gestellt.

Der BGH stützt die Annahme einer Täuschung zudem auf die typischerweise durch den Trauerfall ausgelöste mangelnde Aufmerksamkeit. Diese habe der Täter für sein Vorhaben ausgenutzt, was insbesondere auch die zeitliche Nähe der Schreiben zum Erscheinen der Todesanzeigen zeige.

Im Ergebnis wird ein Verhalten, so der BGH, dann zur tatbestandlichen Täuschung, wenn der Täter die **Eignung der – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt** und damit unter dem **Anschein „äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens“ gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt**, so dass die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der **Zweck der Handlung** ist.¹⁶

Bedingter Vorsatz genüge allerdings insoweit **nicht**. Bereits aus dem Erfordernis planmäßigen Verhaltens ergebe sich, dass **direkter Vorsatz** vorauszusetzen sei. Dies sei in Fällen inhaltlich richtiger, aber irreführender Erklärungen geboten, um strafloses Verhalten sachgerecht von strafrechtlich relevanten Täuschungshandlungen abzugrenzen.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Das Urteil hat große praktische Bedeutung: Das Geschäft mit derartigen Vertragsofferten ist lukrativ; nach Schätzungen belief sich der volkswirtschaftliche Schaden 1997 auf rund 120 Mio DM.¹⁷ Auf dieses „massenhafte Anschwellen derart dubioser Angebote“¹⁸ muss die strafrechtliche Praxis eine Antwort finden. Die Entwicklungsrichtung ist noch nicht deutlich. Insbesondere bleibt nach der verbraucherfreundlichen BGH-Entscheidung offen, ob an der Verneinung einer strafbaren Täuschungshandlung im Falle von geschäftserfahrenen Adressaten festgehalten wird.¹⁹ Ungeklärt ist auch die Behandlung des Normalfalles: Dient § 263 StGB dem Schutz des durchschnittlich Geschäftserfahrenen, der sich nicht in einer Ausnahmesituation (hier: Trauerfall) befindet?

Da der BGH für die Annahme einer Täuschung ein Verhalten des Täters voraussetzt, das objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten einen Irrtum über die tatsächlichen Umstände hervorzurufen, ergeben sich Konsequenzen für die Fallprüfung. Wenn künftig zu untersuchen ist, ob ein rechnungsähnlich aufgemachtes Angebot eine konkludente Täuschung im Sinne des § 263 StGB darstellt, kommt es auf drei Aspekte an:

Erstens: Die **objektive Eignung des äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens zur Täuschung** ist zu prüfen. Maßgeblich ist die Beurteilung des Gesamteindrucks. Die Aufmerksamkeit muss typischen Rechnungsmerkmalen gelten, die den Gesamteindruck so sehr prägen, dass demgegenüber die – kleingedruckten – Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten. In einem solchen Fall täuscht der Täter den Adressaten nach der objektiven Verkehrsanschauung durch die konkludente Aussage des Schreibens, dass eine Rechnung gestellt werde. Dies ist Tatfrage.

Zweitens: Um über den Täuschungscharakter des Täterverhaltens zu entscheiden, wird der **Empfängerhorizont** unter Berücksichtigung der Intention des Täters herangezogen. Wie durfte, musste und sollte der Adressat das Schreiben verstehen? Zumindest dann, wenn das Opfer geschäftsunerfahren oder – wie hier – in einer besonderen (emotionalen) Verfassung ist, wird es geschützt und darf auf den Rechnungseindruck vertrauen.

¹⁶ Der BGH verweist auf *Tröndle / Fischer*, aaO., § 263 Rn. 7 a, und die BGH-Rechtsprechung zum Hindernisbereiten im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB durch „äußerlich verkehrsgerechtes Verhalten“ im Straßenverkehr. Dazu: FAMOS Mai 2000 (Blinker-Fall).

¹⁷ Der Spiegel, Nr. 51/ 1998.

¹⁸ So LG Frankfurt / Main wistra 2000, 72, 73.

¹⁹ Ob der BGH der einschränkenden Auffassung im Beschluss von 1979 „folgen könnte, kann dahinstehen, weil es sich bei den hier betroffenen Adressaten in den ‚Todesanzeigenfällen‘ nicht um einen gerade durch Erfahrung im geschäftlichen Verkehr ausgewiesenen Personenkreis handelt“.

Drittens: Da der BGH den Täuschungsbegriff subjektiviert, ist äußerlich identisches Verhalten je nach Täterintention rechtlich unterschiedlich zu bewerten. Äußerlich verkehrsgerechtes Verhalten ist nur bei **direktem Täuschungsvorsatz** strafbar. Keinesfalls genügt das bloße Ausnutzen einer irrtumsgeneigten Situation; eine **aktive Irreführung** ist erforderlich.

Die weitere Prüfung einer Strafbarkeit des A wegen Betruges zum Nachteil des B ist unproblematisch. Aufgrund der Täuschung nahm B irrtümlich an, dass es sich um eine Rechnung handelte. Eine etwaige Leichtgläubigkeit des B steht einer Irrtumserregung nicht entgegen. Denn Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung schließt die Schutzbedürftigkeit des Opfers nicht aus.²⁰ Dass sich der Angebotscharakter des Schreibens bei genauem Hinsehen aus den kleingedruckten AGB ergab, beseitigt die – für den Irrtum kausale – Täuschung nicht.²¹ Aufgrund dieses Irrtums verfügt B durch die Überweisung über sein Vermögen. Durch diese Verfügung erleidet B auch einen Vermögensschaden, weil die erhaltene Gegenleistung völlig wertlos ist.²² Folglich ist der objektive Tatbestand erfüllt.

Ebenso steht es mit dem subjektiven Tatbestand: A hatte es nach seinem „Konzept“ gerade darauf angelegt, B zu täuschen. Er handelte mit direktem Täuschungsvorsatz und in der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Auch die übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen liegen vor. A kann sich nicht auf einen schuldausschließenden Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB berufen.²³

5. Kritik

Im Ergebnis ist das Urteil nicht zu beanstanden. Aber es tun sich methodische Probleme auf: Die Tendenz zur Vermischung von objektiven und subjektiven Kriterien ist bedenklich. Durch die weitere Subjektivierung der Täuschung verwischt der BGH die Grenzen im objektiven Tatbestand, indem er bereits dort den **Täuschungsvorsatz als strafbarkeitseingrenzendes Merkmal** heranzieht. Nur so lässt sich nach seiner Ansicht eine übermäßige Ausdehnung der Betrugsstrafbarkeit verhindern.²⁴

Fraglich ist, ob für eine Eingrenzung der Strafbarkeit die Vorstellung des Täters überhaupt notwendig ist. Denn bereits nach der Verkehrsanschauung ist ein tatbestandliches Täuschungsverhalten gegeben. Zudem erweckt die Subjektivierung – wie auch bereits bei der Strafbarkeit nach § 315 b Abs. 1 Nr. 2 StGB trotz objektiv verkehrsgerechten Verhaltens – den Verdacht des Gesinnungsstrafrechts.

(Dem Text liegt ein Entwurf von A. Burghardt zugrunde.)

²⁰ BGHSt 34, 199, 201; Schönke / Schröder / Cramer, aaO., § 263 Rn. 32; Lackner / Kühl, aaO., § 263 Rn. 18, 20; Tröndle / Fischer, aaO., § 263 Rn. 7 a; Müller-Christiansen, JuS 1998, 108, 110 f.; Loos / Krack, NJW 1995, 204, 208.

²¹ So der BGH im vorliegenden Fall unter Verweis auf Tröndle / Fischer, aaO., § 263 Rn. 7 a. Auch zur Begründung der Kausalität beruft er sich auf eine Literaturstelle (Schönke / Schröder / Cramer, aaO., § 263 Rn. 32). Anderer Ansicht, so der BGH knapp, ist Naucke, Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 109, 116 ff.. Naucke will nur die Täuschungen erfassen, die tatbestandlich geeignet sind, allgemein einen Irrtum herbeizuführen. Dabei ersetzt er den Äquivalenz- durch den Adäquanzmaßstab.

²² Zu diesem Ergebnis kommt der BGH im Anschluss an Tatgericht. Die Veröffentlichung der Todesanzeigen im Internet seien nicht nur nach der persönlichen Einschätzung der Adressaten, sondern auch nach der Auffassung eines objektiven Beurteilers praktisch wertlos gewesen. Dies reiche unter den gegebenen Umständen für die Annahme eines Vermögensschadens aus (Verweis auf BGHSt 23, 300, 301).

²³ Denkbar sind Fallkonstellationen, in denen der Täter glaubt, dass die Täuschung nicht verboten sei. Dabei handelt es sich jedoch nur um einen vermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 StGB; näher dazu: Mahnkopf / Sonnberg, NStZ 1997, 187.

²⁴ So auch schon Schröder, Festschrift für Karl Peters, 1974, 153, 161.

FAMOS

(Der **Fall** des **Monats** im **Strafrecht**)

August 2001

Stromschlag - Fall

Bedingter Vorsatz / Ermittlung des Willenssachverhalts / unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes beim Versuch / notwendige Mitwirkung des Opfers

§§ 15, 22, 23, 212 StGB, 244 Abs. 2 StPO

Leitsätze der Verf.:

1. Die offen zutage tretende Lebensgefährlichkeit bestimmter Handlungen ist ein zwar gewichtiges Indiz, nicht aber ein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter.
2. Hat der Täter aus seiner Sicht alles für das Gelingen seines Tatplanes Erforderliche getan, ist auch dann, wenn für die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges noch die unbewusste Mitwirkung des Opfers erforderlich ist, ein unmittelbares Ansetzen gegeben, soweit bei ungestörtem Fortgang der Dinge alsbald und innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes die Herbeiführung des Erfolges wahrscheinlich war und nahe lag.

BGH, Beschluss vom 8. Mai 2001 (BGH 1 StR 137/01), abgedruckt in NSTZ 2001, 475.

1. Sachverhalt

A streitet sich seit längerem heftig mit dem Vermieter V seiner Wohnung. Ein Räumungsurteil zwingt ihn zum Auszug. Er ärgert sich maßlos über V und will sich an ihm rächen, indem er ihn in Verruf bringt. Dazu nutzt er seine Fachkenntnisse als Elektriker. Er verändert beim Auszug die Elektroinstallation, indem er Steckdosen manipuliert und Sicherungen überbrückt. Nachfolgende Mieter sollen, wenn sie die Steckdosen benutzen, einen Stromschlag erleiden. Dadurch soll es zu Konflikten mit V kommen. Noch vor dem Einzug neuer Mieter werden die Veränderungen entdeckt. Die Benutzung der Steckdosen hätte auch tödliche Folgen haben können, was A auf Grund seines Fachwissens bekannt war.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das erste Problem ergibt sich aus einer **Sachverhaltslücke**. Im Hinblick auf den möglichen Tod eines neuen Mieters ist nur bekannt, was A wusste, nicht jedoch, was er wollte. Der Sachverhalt ist daher noch nicht „gebrauchsfertig“, wenn es um die Prüfung eines Totschlagsversuchs gem. §§ 212, 22, 23 StGB geht, weil – jedenfalls nach ganz h. M. – der hier allein in Betracht kommende bedingte Tötungsvorsatz auch von willentlichen Voraussetzungen abhängt.¹ Für die Rechtsprechungspraxis hat der BGH² das Willensmoment des be-

¹ Eine Lücke ist dagegen für diejenigen Ansätze nicht vorhanden, die für die Bestimmung des bedingten Vorsatzes ein Wissenselement (Möglichkeit oder Wahrscheinlich des Erfolgeintritts) ausreichen lassen. Vgl. die zusammenfassende Darstellung des Meinungsstreits bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 214 ff.

dingten Vorsatzes folgendermaßen umschrieben: Nötig ist, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen **wenigstens mit ihm abfindet**. Dagegen handelt nur (bewusst) fahrlässig, wer mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der Erfolg werde nicht eintreten. – Darunter lässt sich nur subsumieren, wenn auch ein Willenssachverhalt bekannt ist.

Wie ist dieser feststellbar, wenn ein Angeklagter dazu schweigt, sich unverständlich äußert oder unglaubliche Angaben macht? Es bleibt nur der Schluss vom Bekannten auf das Unbekannte, also der Schluss vom Wissen des Täters und von sonstigen objektiven Umständen auf seinen Willen. Dabei dient bereits das später anzuwendende rechtliche Merkmal als normative Leitlinie für die Sondierung im Tatsächlichen.³ Es muss also herausgefunden werden, ob A mit einem Willen handelte, der zumindest als ein Sich-Abfinden mit dem Tod eines neuen Mieters interpretierbar ist.

Die Alltagspsychologie ist mit der Lösung des Problems rasch zur Hand: Wer um die Gefährlichkeit seines Tuns weiß, nimmt die Folgen doch wohl auch in Kauf! Das ist aber keine Tatsachenfeststellung, sondern eine Unterstellung. Vor der sollten sich Strafgerichte hüten. Denn ihnen ist **durch § 244 Abs. 2 StPO aufgegeben, die Wahrheit zu erforschen und im Zweifel für den Angeklagten zu entscheiden**. Daher wendet sich der BGH schon seit längerem dagegen, dass kurzerhand vom Gefahrbewusstsein auf den Verwirklichungswillen geschlossen wird.⁴ Zwar liege es nahe, bei gefährlichem Tun auf eine Billigung des Erfolges zu schließen. Der Tatrichter müsse sich jedoch zur Ermittlung des Willenssachverhalts sorgfältig mit allen für das Tatgeschehen bedeutsamen Umständen des einzelnen Falles und mit der Täterpersönlichkeit auseinandersetzen. Zur Anleitung der tatrichterlichen Praxis hat der BGH zusätzlich einen **Katalog von Indizien** entwickelt.⁵ Diese fand er u. a. in dem Umstand „**äußerster Gefährlichkeit**“ der Handlung, welcher für ein Billigen spreche, weil der Täter hier keinesfalls mehr auf einen glücklichen Ausgang vertrauen könne⁶, in der **Risikogewöhnung und den Vorerfahrungen des Täters hinsichtlich eines guten oder schlechten Ausgangs**⁷ sowie darin, dass der Täter das Geschehen **nicht mehr beherrschen** kann und es dem **Zufall überlässt**, ob sich die Gefahr verwirklicht⁸. Bei Tötungsdelikten soll der Tatrichter aber auch den Erfahrungssatz beachten, dass die **Hemmschwelle für die Tötung eines Menschen** wesentlich höher sei als für dessen bloße Verletzung.⁹ Daher sei es möglich, dass ein Täter trotz seines Wissens um das tödliche Risiko auf dessen Nichteintritt vertraut habe. – Dieses Prüfungskonzept muss sich am vorliegenden Fall bewähren.

Das zweite Fallproblem folgt dem ersten im Ablauf einer Versuchsprüfung auf dem Fuße. An die Feststellung eines Tatentschlusses in der Form eines bedingten Tötungsvorsatzes oder lediglich eines Körperverletzungsvorsatzes¹⁰ schließt sich die Prüfung des objektiven Versuchstatbestandes an. Die gebräuchliche Kurzform des Prüfungsmerkmals lautet „unmittelbares Ansetzen“. Man tut gut daran, sich die gesetzliche Langfassung zu vergegenwärtigen.

² Ständige Rspr.; vgl. z. B. BGH NJW 1989, 781, 783.

³ Für methodisch Interessierte: Treffend gibt diesen Zusammenhang das Bild vom „Hin- und Herwandern des Blicks“ zwischen Sachverhalt und Norm wieder (*Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, S. 15).

⁴ Z. B. BGH NSTz 1982, 506 f.; 1983, 365, 407; NJW 1999, 2533.

⁵ Zusammenfassend: Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 12 Rn. 72.

⁶ Z. B. BGH JZ 1981, 35; NSTz 1999, 507, 508.

⁷ Z. B. BGH StV 1982, 509; 1992, 420.

⁸ Z. B. BGHSt 36, 1, 11.

⁹ Z. B. BGH StV 1982, 509; 1993, 307; NSTz 1983, 407.

¹⁰ Zumindest dieser wird zu bejahen sein. Denn auf den Eintritt körperlich nachteiliger Folgen zielte das Verhalten des A ab. Von den Qualifikationstatbeständen ist auf jeden Fall die gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB) heranzuziehen. Auch eine Anwendung des Tatbestandes der (versuchten) schweren Körperverletzung gem. § 225 StGB erscheint nicht ausgeschlossen. Sie hängt davon ab, welche körperliche Folgen A sich im Einzelnen vorstellte.

tigen; denn sie verhilft dazu, das Problem klar zu erfassen. Nach § 22 StGB muss der Täter **nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt** haben. Das Gesetz stellt ganz und gar auf den Täter ab. **Seine Vorstellung** von der Tat ist maßgeblich, und es kommt allein auf **sein Handeln** an. Bleibt es dabei, dann ist die Frage nach dem unmittelbaren Ansetzen in unserem Fall und in ähnlichen Fällen rasch beantwortet, in denen der Täter bereits alles getan hat, was er meinte, zur Verwirklichung des Tatbestandes tun zu müssen. Er hat ja zu seiner Tathandlung nicht erst angesetzt, sondern sie auch schon ausgeführt.¹¹ Dass der Erfolgseintritt zusätzlich noch von einem bestimmten Verhalten des Opfers abhängt, wäre danach bedeutungslos. Tatsächlich wird die Ansicht vertreten, dass immer schon dann ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, wenn der Täter alles nach seiner Ansicht zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat.¹²

Mit diesem Ansatz müsste allerdings auch in Fällen mittelbarer Täterschaft der Versuchsbeginn auf den Zeitpunkt gelegt werden, in dem der Täter seine Einwirkung auf das Werkzeug abgeschlossen hat. Das geschieht jedoch keineswegs.¹³ Vielmehr wird zumindest dann, wenn die Einwirkung erst nach längerer Zeit wirken soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie Wirkung entfaltet, das Verhalten des Tatmittlers in die Betrachtung einbezogen und gefragt, ob dieser seinerseits unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Warum soll das anders sein, wenn das **Opfer als „Tatmittler gegen sich selbst“** eingesetzt wird?¹⁴

Ferner wird eine Erweiterung des Prüfungsrahmens damit begründet, dass eine Versuchsbestrafung nur in Fällen **konkreter Rechtsgutsgefährdung** angebracht sei. Daran fehle es, sofern das Opfer noch nicht in den Wirkungsbereich des Tatmittlers gelangt sei.¹⁵

Dieses Argument ist problematisch, weil es sich mit dem Gesetzeswortlaut zweifach schlecht verträgt. Auf die rein objektive Gefahrensituation dürfte nicht abgestellt werden. Da die Vorstellungen des Täters den Ausschlag geben, müsste geprüft werden, ob sich das Geschehen auf der Grundlage des (subjektiven) Täterplans als konkret gefährlich darstellt. Damit wären Fälle bloß objektiver Ungefährlichkeit ausgeschlossen. Im Übrigen verknüpft das Gesetz den Versuchsbeginn ausschließlich mit der tatbestandlichen Handlung, wie der Begriff des Ansetzens deutlich macht; die Erfolgsseite des Tatbestandes einschließlich der Gefährdung kommt darin an sich nicht zur Geltung.¹⁶

Gleichwohl wird vielfach auf das Kriterium der konkreten Rechtsgutsgefährdung zur Lösung der Fälle mit Opferbeteiligung zurückgegriffen.¹⁷ Auch der BGH verwendet es. Dabei bedient er sich einer komplizierten Begründung, welche die aufgezeigten Probleme gleichwohl nicht verdecken kann. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang zunächst die bekannte **Gifffallen-Entscheidung**¹⁸. Ein Apotheker hatte, nachdem mehrfach in sein Wochenendhaus eingebrochen worden war, eine mit Gift gefüllte Schnapsflasche dort in der Erwartung abgestellt, dass die Täter an den Tatort zurückkehren und den Schnaps, wie vorher auch schon andere Nahrungsmittel, zu sich nehmen würden. Der BGH meint, dass mit dem Abstellen der Flasche bereits ein Ansetzen gegeben sei. Es fehle jedoch an der weiteren gesetzlichen Voraussetzung der **Unmittelbarkeit**. Dafür sei nämlich erforderlich, dass

¹¹ Wäre die Prüfung bereits bis zur Frage des Rücktritts gediehen, so wäre unter der genannten Voraussetzung ein beendeter Versuch anzunehmen (vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 631). Das kann aber nicht bedeuten, dass ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, weil „sogar“ ein beendeter Versuch gegeben wäre. Die Merkmale sind getrennt zu halten. Zunächst müssen die Versuchsvoraussetzungen festgestellt werden, bevor auf den Rücktritt und die Frage der Versuchsbeendigung einzugehen ist.

¹² V. *Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining Strafrecht Bd. 1, 1992, Rn. 527; aus der älteren Lit.: *Busch* in LK, StGB, 9. Aufl., § 43 Rn. 33 a.

¹³ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 20 Rn. 92 ff.

¹⁴ So auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung.

¹⁵ Z. B. *Otto*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2000, § 18 Rn. 27 ff., 43; *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 12 Rn. 106.

¹⁶ Vgl. *Kühl*, aaO., § 15 Rn. 82.

¹⁷ Neben *Otto* und *Stratenwerth* (Fn. 14) z. B. auch *Gössel* JR 1998, 293 ff.

¹⁸ BGHSt 43, 177.

nach dem Tatplan eine konkrete unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts eingetreten sei. Weiter heißt es: „Hält der Täter – wie hier – ein Erscheinen des Opfers im Wirkungskreis des Tatmittels ... für lediglich möglich, aber noch ungewiss oder gar für wenig wahrscheinlich ..., so tritt eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung nach dem Tatplan erst dann ein, wenn das Opfer tatsächlich erscheint, dabei Anstalten trifft, die erwartete selbstschädigende Handlung vorzunehmen, und sich deshalb die Gefahr für das Opfer verdichtet. Dieses Stadium war im vorliegenden Fall noch nicht erreicht.“¹⁹

Diesen Ansatz hat der BGH in der **Sprengfallen-Entscheidung**²⁰ bestätigt. Die Täter hatten unter dem vor dem Haus des Opfers abgestellten Pkw eine Handgranate angebracht, die mit dem Starten des Motors gezündet werden sollte. Hier bejaht der BGH den Versuchsbeginn unter Hinweis darauf, dass es nach der Vorstellung der Täter auf jeden Fall zu einer Benutzung des Fahrzeugs durch das Opfer habe kommen sollen. Anders als in der Giffallen-Entscheidung sei das Erscheinen des Opfers aus der Sicht des Täters nicht ungewiss, sondern wahrscheinlich und naheliegend gewesen. Im Übrigen habe sich der Fahrzeughalter dem Wagen so weit genähert, dass er in den unmittelbaren Wirkungsbereich der Falle gelangt sei.

Beide Entscheidungen weisen eine **systematische Inkonsequenz** auf. Der vom Gesetz vorgegebene subjektive Prüfungsrahmen wird verlassen. Zusätzlich zur Frage, ob der Täter eine konkrete Rechtsgutsgefährdung für möglich oder wahrscheinlich gehalten hat, wird erörtert, ob diese auch objektiv eingetreten ist. Den Konflikt mit dem Gesetz hat *Roxin* auf die prägnante Formel gebracht, dass diese Lösung nicht auf das Ansetzen des Täters, sondern auf das Ansetzen des Opfers abstelle.²¹

Der vorliegende Fall gibt dem BGH Gelegenheit, nunmehr zum dritten Mal in geradezu klassischer Konstellation das Problem des Versuchsbegins bei Opferbeteiligung zu erörtern.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung demonstriert höchstrichterliche Kontinuität. In beiden Problembereichen hält der BGH an seinen bisherigen Lösungsansätzen fest.

In der Vorsatzfrage rügt er das Tatgericht. Es habe zu Unrecht allein von der objektiven Lebensgefährlichkeit der Handlung und vom Wissen des Täters darum auf einen Täterwillen im Sinne des bedingten Vorsatzes geschlossen. Ein solcher Schluss dürfe nur nach **umfassender Einzelfallprüfung** getätigt werden. Dabei seien „namentlich das Ziel und der Beweggrund für die Tat, die Art der Ausführung, die von der Tat ausgehende Gefährlichkeit, der Kenntnisstand des Täters, aber auch seine psychische Verfassung“²² zu berücksichtigen. Sorgfältig seien auch alle für den Angeklagten sprechenden Indizien zu würdigen. Im vorliegenden Fall verdiene insbesondere Beachtung, dass A sich in einer verzweifelten Lage befunden habe und in erster Linie von dem Gedanken beherrscht gewesen sei, V zu schaden, indem er Konflikte mit dem Nachmieter auslöste.²³

Hinsichtlich des Versuchsbegins sieht der BGH dieselbe Konstellation gegeben wie im Sprengfallen-Fall. Es sei nicht etwa ungewiss geblieben, ob und wann die Manipulationen Wirkung entfalten würden. Vielmehr sei es aus der Sicht des Täters wahrscheinlich und naheliegend gewesen, dass ein nachfolgender Mieter oder auch ein Handwerker die Steckdosen alsbald nutzen würde.²⁴ Somit sei ein unmittelbares Ansetzen zur Begehung der Tat

¹⁹ BGHSt 43, 177, 181.

²⁰ BGH NSTZ 1998, 294.

²¹ *Roxin* JuS 1979, 1, 10.

²² BGH NSTZ 2001, 475, 476.

²³ Im Übrigen weist der BGH das Tatgericht noch an, bei der Prüfung eines bedingten Tötungsvorsatzes mögliche Folgen einer Gehirnoperation des A zu berücksichtigen.

²⁴ Die Frage der objektiven Gefährlichkeit spricht der BGH gar nicht erst an. Das ist auch konsequent, wenn bereits die entsprechende Wahrscheinlichkeitsannahme genügen soll. In der Sprengfallen-

gem. § 22 StGB zu bejahen. Auf Einwände gegen diesen Lösungsansatz geht der BGH nicht ein.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Was macht einen Fall, der letztlich ohne echten juristischen Neuigkeitswert ist, zum „Fall des Monats“? Einmal ist es die absonderliche Fallgeschichte, die ihm seinen Platz in der Ausbildungsliteratur und im Examen sichert. Zum anderen bringt der Fall äußerst prägnant zwei strafrechtliche Standardprobleme zur Geltung, die sich in Prüfungszusammenhängen größter Beliebtheit erfreuen. Drittens verdient die Versuchsproblematik besondere Aufmerksamkeit, weil hier noch zahlreiche Fragen offen sind und die Diskussion sehr kontrovers geführt wird.²⁵

Die Behauptung, das Vorsatzproblem sei ausbildungs- und prüfungsrelevant, mag zunächst überraschen. Besteht doch die zu lösende Aufgabe darin, einen Sachverhalt zu ermitteln, was als tatrichterliche Tätigkeit, nicht aber als Problem für Studierende gilt, denen feststehende, vollständige, subsumierbare Sachverhalte serviert werden. Tatsächlich handelt es sich um eine Ausnahme vom Regelfall. Im Problembereich des bedingten Vorsatzes wird nicht selten auch von Studierenden verlangt, offene Sachverhalte wie ein Trichter überhaupt erst subsumtionsfähig zu machen. Das beste Beispiel ist dafür der Aids-Fall, der im Anschluss an eine BGH-Entscheidung²⁶ in der Übungs-Literatur vielfach abgehandelt worden ist.²⁷ Dort muss zunächst das objektive Tatgeschehen – die Ausübung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs durch eine HIV-infizierte Person – daraufhin überprüft werden, wie der Wille dieser wissentlich handelnden Person beschaffen war.

Daraus folgt: Im Zusammenhang mit dem bedingten Vorsatz treten **zwei Aufgabentypen** auf. **Typ 1** ist konventionell und beschränkt sich auf die **Rechtsanwendungsproblematik**. Er ist daran erkennbar, dass der Sachverhalt – auch der Willenssachverhalt – vollständig ausformuliert ist. Der Leser stößt auf bekannte Begriffe, wie „gleichgültig“, „hält für möglich“, „hat sich abgefunden mit“, „nimmt billigend in Kauf“, „sieht als wahrscheinlich an“. Die Aufgabe erschöpft sich darin, auf der Grundlage des feststehenden, vollständigen Sachverhalts das Vorliegen des bedingten Vorsatzes zu prüfen und sich dabei mit dem Theorienstreit über die Abgrenzungskriterien auseinander zu setzen. **Typ 2** ist unkonventionell und verlangt ein **zweistufiges Vorgehen**. Zunächst müssen Sachverhaltslücken, die den Willen des Täters betreffen, geschlossen werden. Danach ist zu klären, ob auf diesen Sachverhalt die Kriterien des bedingten Vorsatzes anwendbar sind. **Der Rechtsprüfung geht also eine Sachverhaltsprüfung voraus.**

Der vorliegende Fall repräsentiert auf geradezu klassische Weise den Typ 2. Die Anforderungen an die Lösung derartiger Fälle können, was die Ermittlung des Willenssachverhalts angeht, nicht allzu hoch sein, weil studentische Bearbeiter nicht über die Möglichkeiten des Trichters verfügen, einen Sachverhalt beweiskräftig festzustellen. Man sollte allerdings darauf achten, dass die **Indizien im Sachverhalt ausgeschöpft** werden, die einen Schluss auf den Täterwillen zulassen. Auch müssen verbleibende Zweifel sich zugunsten des Täters auswirken. Ansonsten darf erwartet werden, dass jede einigermaßen plausible Argumentation von Prüfern akzeptiert wird.

Beim Problem des Versuchsbeginns ist es bereits schwierig, den richtigen **Einstieg** zu finden. Zwar liegt es nahe, sogleich die übliche Definition für das unmittelbare Ansetzen zu präsentieren, nämlich: subjektives Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ und objektives Ansetzen zur tatbestandlichen Angriffshandlung, die ohne weitere Zwischenakte

Entscheidung (BGH NSTz 1998, 294) hatte der Hinweis auf die objektive Gefährlichkeit auch nur eine unterstützende Funktion für ein bereits gefundenes Ergebnis.

²⁵ Das kommt gut zur Geltung in der Darstellung von *Kühl*, aaO., § 15 Rn. 85 a ff.

²⁶ BGHSt 36, 1.

²⁷ Z. B. *Gössel*, Strafrecht, 8. Aufl. 2001, S. 124 ff.; v. *Heintschel-Heinegg*, Prüfungsstraining Strafrecht Bd. 2, 1992, S. 92 ff.; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 9. Aufl. 1999, S. 14 f.; *H.-W. Mayer* JuS 1990, 784.

in die Tatbestandserfüllung einmünden soll²⁸. Doch damit ist nicht viel erreicht, denn diese Formel ist ersichtlich zugeschnitten auf frühe versuchsbezogene Handlungen. Sie eignet sich nur wenig zur Problematisierung der Fälle, in denen der Täter die geplante Tathandlung bereits begangen hat. Dass ein Täter angesetzt hat, der seine Tathandlung bereits ausgeführt hat, ist schwerlich zu bestreiten. Daher ist eine **Akzentverlagerung**, wie sie der BGH vornimmt, durchaus geschickt. Er bejaht das Ansetzen, bezweifelt aber dessen Unmittelbarkeit und verbindet alle weiteren Überlegungen mit diesem Merkmal.²⁹

In der Sache kommt man schon recht weit, wenn man gesetzliche Zusammenhänge berücksichtigt. Der subjektive Prüfungsrahmen, den das Gesetz („nach seiner Vorstellung von der Tat“) vorgibt, beansprucht an sich Geltung auch für das Merkmal der Unmittelbarkeit. Hält man also das Verhalten des Opfers und dessen Gefährdung überhaupt für berücksichtigungswert, so wäre auch insoweit allein auf die Tätervorstellungen abzustellen. Versuch müsste stets schon dann angenommen werden, wenn der Täter eine konkrete Opfergefährdung zumindest für möglich hielt. Das führt allerdings auch in den Fällen zur Annahme eines Versuchsbeginns, in denen tatsächlich noch keinerlei Gefahr für das Opfer bestand. Will man dieses Ergebnis vermeiden, so ist ein **Rückgriff auf die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit** nötig.³⁰ Eine rein subjektive Versuchstheorie birgt die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts in sich. Erforderlich ist daher eine Eingrenzung der subjektiven gesetzlichen Versuchsformel. Dafür eignet sich der Gesichtspunkt objektiver Gefährlichkeit als Grenzkriterium zumindest für Ausnahmefälle, in denen noch keinerlei Gefahr für ein Opfer besteht, obwohl der Täter bereits alles seinerseits Erforderlich getan hat. Da das Merkmal hier nur strafeinschränkend wirkt, liegt auch kein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) vor.³¹ Im Übrigen kann darauf verwiesen werden, dass das Gesetz selbst an anderer Stelle den Gesichtspunkt objektiver Ungefährlichkeit verwendet, um eine Überdehnung der subjektiv ausgerichteten Versuchsstrafbarkeit zu vermeiden, nämlich bei der Einschränkung der Bestrafung des untauglichen Versuchs in Fällen groben Unverstandes (§ 23 Abs. 3 StGB).³²

5. Kritik

Die Entscheidung verstärkt das Unbehagen an der BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn in Fällen notwendiger Mitwirkung des Opfers. Unklar bleibt der Umgang mit dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung. Offenbar soll das Merkmal grundsätzlich rein subjektiv geprüft werden, es sei denn, dass der Täter, wie im Giftfallen-Fall, eine solche Gefährdung nur für möglich hält. Eine überzeugende Begründung für diese Differenzierung fehlt. Wenn der objektiven Gefährdung in diesem Bereich überhaupt Bedeutung zukommen soll – warum dann nicht auch in den Fällen, in denen der Täter eine Gefährdung für wahrscheinlich hielt? Wäre es wirklich unerlässlich zu strafen, wenn z. B. im vorliegenden Fall eine objektive Gefährdung gar nicht eintreten konnte, weil das Haus, was A nicht wusste, zum Abbruch bestimmt war?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nicola Pridik zugrunde)

²⁸ Wessels / Beulke, aaO., Rn. 601.

²⁹ BGHSt 43, 177, 180 f.

³⁰ Vgl. Kühl, aaO., § 15 Rn. 38 ff.

³¹ So auch Kühl, aaO., § 15 Rn. 85 d.

³² Vgl. Eser in: Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 23 Rn. 15.

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

September 2001

Eisenstangen- Fall

Mord / Verdeckungsabsicht / enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Vortat und Verdeckungstötung / Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ beim Verdeckungsmord

§ 211 Abs. 2 StGB

Leitsätze der Verf.:

Greift der Täter das Opfer von vornherein mit Tötungsvorsatz an und tötet er es dann in einem einheitlichen Geschehensablauf mit Verdeckungsabsicht, so scheidet eine Bestrafung wegen Verdeckungsmordes aus, weil es an einer zu verdeckenden anderen Straftat fehlt. Dagegen liegt ein Verdeckungsmord vor, wenn zwischen einer (erfolglosen) Tötungshandlung und der mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen weiteren Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt.

BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 (BGH 5 StR 432/00), abgedruckt in StraFo 2001, 350.

1. Sachverhalt

Nach einem gemeinsamen Kneipenbesuch geraten A und B in einen Streit mit C. Sie schlagen mehrfach mit einer Eisenstange auf dessen Kopf ein. Im Zuge der Gewalttätigkeiten entschließen sie sich, C zu töten, weil sie befürchten, dass er sie wegen der Misshandlung bei der Polizei anzeigen wird. Sie drosseln den am Boden liegenden C mit einem Gürtel zu Tode. – Es kann nicht geklärt werden, ob A und B schon mit bedingtem Tötungsvorsatz handelten, als sie mit der Eisenstange auf C einschlugen.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Zu klären ist, ob A und B sich wegen gemeinschaftlichen Verdeckungsmordes gem. §§ 211 Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. Der Fall gehört zu einer bestimmten Kategorie von Fällen, für die eine Begrenzung der Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes diskutiert wird. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht klar der Struktur des gesetzlichen Tatbestandes zuordnen lassen. Vortat und Verdeckungstötung folgen nicht wie ein Schritt dem anderen, sondern gehen ineinander über. Das betrifft die Angriffsrichtung, das angegriffene Rechtsgut und die Handlungsabfolge. Aus der Vortat, die sich bereits gegen Leib oder Leben des Opfers richtet, entwickelt sich ohne klar erkennbare äußere Zäsur die Verdeckungstötung.

Bei rein formaler Betrachtung lässt sich auch in diesen Fällen eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes bejahen. Als Vortat kann das Geschehen bezeichnet werden, das noch

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier leicht verändert und verkürzt wiedergegeben, damit das Kernproblem besser zur Geltung kommt. Auf den tatsächlichen Geschehensablauf wird am Ende von 3. eingegangen.

nicht von einer Verdeckungsabsicht getragen war. Doch hätte eine rein formale Betrachtung die Verfassung gegen sich. Die gesetzliche Regelung des Verdeckungsmordes steht in einem **Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, weil sie die lebenslange Freiheitsstrafe mit einem Tatmotiv schuld mindernder Art verknüpft.² Der Täter handelt aus nachvollziehbarer Angst vor Strafe. In anderen Zusammenhängen – z. B. §§ 157, 258 Abs. 5 StGB – entlastet ihn dieses Motiv. Das BVerfG hatte daher zu prüfen, ob die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe für den Verdeckungsmord überhaupt mit der Verfassung vereinbar ist.³ Letztlich hat es die Vereinbarkeit mit der Begründung bejaht, dass sich die hohe Strafandrohung mit Gründen generalpräventiver Art rechtfertigen lasse. Zum Schutz des Opfers müsse der Täter eindringlich davor gewarnt werden, das Geschehen aus Furcht vor Entdeckung weiter eskalieren zu lassen. Zugleich hat das BVerfG der strafrechtlichen Rechtsprechung aber aufgegeben, durch eine **verfassungskonforme Handhabung der Vorschrift** diejenigen Fälle auszuschneiden, in denen die Höchststrafe unangemessen wäre. Dafür kommen zur Hauptsache Fälle der vorliegenden Art in Betracht, in denen sich körperliche Attacken übergangslos zu einer Verdeckungstötung steigern.

Das Ziel ist also bekannt: Restriktion des Verdeckungsmordes! Der Weg dahin jedoch nicht. Die BGH-Rechtsprechung hat mit verschiedenen Lösungen experimentiert. Das Schrifttum hat das Spektrum noch um eine Vielzahl von Lösungsvorschlägen erweitert.⁴ Methodisch werden **zwei Richtungen** eingeschlagen. Erstens: **Verallgemeinerung**. Zweitens: **spezielle Auslegungsarbeit an den gesetzlichen Merkmalen**. Das Folgende ist aus der windungsreichen Rechtsentwicklung noch aktuell bedeutsam.

Mit einer Generalklausel operiert die Lehre von der **negativen Typenkorrektur**.⁵ Danach sollen alle Mordmerkmale, also auch die Verdeckungsabsicht, zweistufig geprüft werden. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so soll zusätzlich nach der besonderen Verwerflichkeit der Tat gefragt werden. Daran wird zweierlei kritisiert.⁶ Das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit vertrage sich nicht mit den Bestimmtheitsanforderungen des Strafrechts. Auch sei es mit der strafrechtlichen Gesetzesbindung unvereinbar, dass der Tatbestand zu einem bloßen Indiz für die besondere Verwerflichkeit herabgestuft werde.

Auf ähnliche Kritik stößt der generalisierende Vorschlag, das Merkmal der Verdeckungsabsicht als **besondere Ausformung des Merkmals der niedrigen Beweggründe** zu interpretieren und daher nach Bejahung der Verdeckungsabsicht im Wege einer Gesamtwürdigung noch zu prüfen, ob das Handlungsmotiv tatsächlich nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist.⁷ Kritisiert wird, dass ohne gesetzgeberische Legitimation das Tatbestandsmerkmal der Verdeckungsabsicht in ein bloßes Regelbeispiel für niedrige Beweggründe umgewandelt werde.⁸

Generalklauselartigen Charakter hat schließlich noch die sog. **Rechtsfolgenlösung** des BGH.⁹ Danach soll in Fällen außergewöhnlicher Umstände von schuld mindernder Bedeutung, welche die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen, eine Strafrahmenreduzierung nach § 49 StGB möglich sein. Vom Ansatz her wäre diese Lösung auch auf den Verdeckungsmord anwendbar. Praktisch hat sie aber nur Bedeutung für den Heimtückemord. An dieser Tatbestandsvariante ist sie entwickelt worden. Auch hat die massive Kritik an dieser Lösung dazu geführt, dass die Rechtsprechung sie nur noch sehr zurückhaltend einsetzt und eine Anwendung über den Bereich des

² Vgl. Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 324 f.; Rengier, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2000, § 4 Rn. 3 ff., 52, 66 f.

³ BVerfGE 45, 187, 264 ff.

⁴ Zusammenfassend: Küper, aaO.; Tröndle / Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 211 Rn. 30.

⁵ Z. B. Schönke / Schröder / Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 211 Rn. 10.

⁶ Vgl. Wessels / Hettinger, Strafrecht BT 1, 24. Aufl. 2000, Rn. 133.

⁷ Der Lösungsansatz findet sich z. B. in BGHSt 35, 116, 126 f.

⁸ Vgl. Lackner / Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, § 211 Rn. 13; Timpe NSTZ 1989, 70 f.

⁹ BGHSt 30, 105.

Heimtückemordes hinaus vermeidet. Vorgeworfen wird dem BGH zur Hauptsache, dass er sich mit der „Erfindung“ dieser Lösung gesetzgeberische Befugnisse angemäht habe.¹⁰

Für die speziellen Lösungsversuche, die unmittelbar an den tatbestandlichen Voraussetzungen ansetzen, ist kennzeichnend, dass sie sich gewissermaßen vorantasten. In einem ersten kühnen Entwurf hatte ein BGH-Senat gemeint, sog. **Spontantötungen** von einer Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes ausnehmen zu können.¹¹ Davon wurden spontane und konfliktbedingte Auseinandersetzungen erfasst, in denen sich an Angriffe gegen Leib oder Leben praktisch nahtlos die Verdeckungstötung anschließt. Hier sollte dem Täter zugute kommen, dass eine bereits begonnene Verletzungs- oder Tötungsaktion seine Hemmungsfähigkeit mindern und zur „jähren Eingebung“ führen kann, das Opfer zum Zweck der Verdeckung zu töten.

Massive Kritik an diesem Lösungsweg¹² veranlasste den Senat zum teilweisen Rückzug¹³. Er räumte ein, dass der geeignete Ansatzpunkt für derartige Überlegungen nicht der Tatbestand, sondern das Merkmal der (verminderten) Schuldfähigkeit sei und dass diese Restriktion zu einem Wertungswiderspruch führe, weil eine Einschränkung dieser Art beim Merkmal der niedrigen Beweggründe nicht vorgenommen werde. Daraus ergab sich, dass jedenfalls dann, wenn sich die Vortat in einer Körperverletzung erschöpft, der spontane Übergang zu einer Verdeckungstötung den Täter nicht entlasten kann. Soweit sich jedoch schon die Vortat – wenn auch nur bedingt vorsätzlich – gegen das Leben des Opfers richtet, hält der BGH an der Überlegung fest, dass im Falle des nahtlosen Übergangs zu einer Verdeckungstötung eine Verurteilung wegen Mordes ausscheidet.¹⁴ Den tatbestandlichen Anknüpfungspunkt dafür bildet das Merkmal der **anderen Straftat**. Es liege nur **eine Tötungshandlung** vor, weil die abschließende Tötungshandlung lediglich eine bereits begonnene Tötung vollende. Einen wichtigen Sachgrund bildet für den BGH der Vergleich mit dem Fall, dass ein kühl kalkulierender Tötungstäter von vornherein auch in der Absicht handelt, mit der Tötung seine Entdeckung zu verhindern. Da dieser nicht wegen Verdeckungsmordes belangt werden könne, solle auch derjenige verschont werden, bei dem sich die Verdeckungsabsicht erst im Zuge eines einheitlichen Tötungsgeschehens herausbilde.

Die Einschränkung, wie der BGH sie nunmehr vornimmt, hat eine etwas verblüffende Konsequenz. Wer von vornherein einen anderen zumindest mit bedingtem Tötungsvorsatz attackiert, kommt günstiger weg als derjenige, der das Opfer zunächst nur körperlich verletzen will und dann zu einer Verdeckungstötung übergeht. Das bedeutet zugleich, dass in dubio pro reo Tötungsvorsatz anzunehmen ist, falls nicht aufgeklärt werden kann, ob der Angriff Leib oder Leben des Opfers galt.

An dem vorliegenden Fall musste sich der spezielle Lösungsansatz der Rechtsprechung bewähren.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bleibt konsequent bei dem zuletzt eingeschlagenen Weg. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht dürfe nur dann bejaht werden, wenn die zunächst ausgeführten Schläge mit der Eisenstange gegen den Kopf des C nicht bereits mit Tötungsvorsatz erfolgt seien. Anderenfalls hätten A und B lediglich das Tötungsdelikt verdeckt, das sie gerade begingen. Ein von Anfang an bestehender Tötungsvorsatz könne zwar nicht festgestellt werden. Bei Schlägen mit der Eisenstange gegen den Kopf des Opfers liege er aber nahe. Insofern müsse jedenfalls in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ davon ausgegangen werden, dass bereits bei Beginn der Gewalttätigkeiten ein Tötungsvorsatz vorhanden gewesen sei.

¹⁰ Z. B. Krey, Strafrecht BT 1, 11. Aufl. 1998, Rn. 67 ff.

¹¹ BGHSt 27, 346.

¹² Z. B. Arzt JR 1979, 11; Köhler GA 1980, 128 f.

¹³ BGHSt 35, 116, 118 f.

¹⁴ BGHR StGB § 211 Abs. 2 – Verdeckung 5; BGH NStE Nr. 44 zu § 211 StGB; BGH NStZ 1990, 385; 1992, 127; 2000, 498.

Die Täter seien unmittelbar vom Schlagen zum Drosseln des C übergegangen, so dass das Schlagen nicht als abgeschlossene, mithin „andere“ Tat bewertet werden könne.

Besonderheiten im Sachverhalt, die hier zunächst unberücksichtigt geblieben sind,¹⁵ gaben dem BGH dann noch Gelegenheit, aufzuzeigen, wann eine versuchte Tötung sich zur Vortat eines Verdeckungsmordes eignet. Tatsächlich überlebte C die Drosselung. A und B meinten jedoch, dass er bereits tot sei, und ließen ihn am Tatort zurück. In seiner Wohnung angekommen, berichtete A seiner Freundin, er habe zusammen mit B jemanden umgebracht. Als diese ihm nicht glaubte, fuhr er mit ihr zum Ort des Geschehens zurück. Dort bemerkte er, dass C noch lebte. Um ihn endgültig zu töten und eine Strafanzeige zu verhindern, sprang er mehrfach mit großer Wucht auf den Kopf des C, der kurze Zeit später verstarb.

Für den ersten Handlungsabschnitt – Schläge und Drosselung – können A und B nach Ansicht des BGH aus den genannten Gründen nur wegen versuchten Totschlags, nicht also wegen versuchten Mordes, zur Rechenschaft gezogen werden. Durch sein späteres Verhalten hat sich A, so der BGH, zusätzlich wegen vollendeten Verdeckungsmordes strafbar gemacht, weil zwischen den beiden Tötungshandlungen eine „**deutliche zeitliche Zäsur**“ gelegen habe. Dieses Merkmal sieht der BGH als maßgeblich an. Fasse der Täter nach einer solchen Zäsur den Entschluss, das Opfer zum Zweck der Verdeckung zu töten, so erfülle er den Tatbestand des Verdeckungsmordes, weil sich die spätere Tötungshandlung dann auf eine „zunächst abgeschlossene Tat, mithin auf eine andere Tat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB“ beziehe.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Wenn im Examenszusammenhang Mord zu prüfen ist, dann geht es fast stets um die Merkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht. Das hat – anders als bei vielen anderen Examensproblemen – durchaus mit Praxis zu tun. Denn diese Tatvarianten beschäftigen auch die Rechtsprechung am intensivsten. Der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit richtet sich zur Hauptsache gegen diese beiden Varianten.¹⁶ Bislang ist es nicht gelungen, ihn durch klare und sachgerechte Eingrenzung der Anwendungsbereiche zu entkräften. Wir können nur dringend empfehlen, sich mit den zahlreichen Einzelproblemen und den verschiedenen Lösungsansätzen eingehend zu beschäftigen.

Auch dieser Fall behandelt nur eines der vielen Probleme, die sich mit dem Merkmal der Verdeckungsabsicht verbinden.¹⁷ Geben wir dem Problem einen Namen: **Eskalations-Problem**. Es tritt auf bei Fällen, in denen eine körperliche Auseinandersetzung, die (möglicherweise) schon mit bedingtem Tötungsvorsatz geführt wird, zu einer Verdeckungstötung eskaliert. Die folgenden drei Ratschläge sollen den Umgang mit dem Problem erleichtern:

- Die generellen Lösungsansätze (zusätzliche Prüfung der besonderen Verwerflichkeit, Verdeckungsabsicht als „Regelbeispiel“ der niedrigen Beweggründe)¹⁸ sollte man parat haben und sich Argumente für eine Ablehnung zurechtlegen. Mit gutem Grund stoßen sie ganz überwiegend auf Kritik. Sie sind mit dem Gesetz nicht vereinbar. Als Tatbestandsmerkmal enthält die Verdeckungsabsicht eine abschließende und zwingende Regelung.
- Es entspricht dem aktuellen Entwicklungsstand der BGH-Rechtsprechung, wenn das Eskalations-Problem am Merkmal der anderen Straftat diskutiert wird, auf deren Verdeckung die Tötung zielte. Damit wird nachvollzogen, dass der BGH seine Rechtsprechung aufgegeben hat, die auch Körperverletzungshandlungen als Vortaten für

¹⁵ Siehe Fn. 1.

¹⁶ Vgl. *Wessels / Hettinger*, aaO., Rn. 87.

¹⁷ Weitere examensrelevante Fragen im Zusammenhang mit dem Verdeckungsmord behandelt z. B. *Mitsch JuS* 1996, 216 ff.

¹⁸ Auch die Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) ist beim Verdeckungsmord diskutierbar (vgl. oben 2.). Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass sie erst nach der Prüfung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als Strafzumessungsfrage erörtert wird.

eine Restriktion in Eskalations-Fällen anerkannte. Die Problemerkörterung sollte sich von vornherein auf die Fälle konzentrieren, in denen ein Tötungsgeschehen zu einer Verdeckungs-tötung eskaliert.

- Generell liegt es nahe, vorab die „andere“ Straftat zu prüfen, damit vermieden wird, dass sie inzident beim Verdeckungsmord erörtert werden muss. Davon sollte bei den hier behandelten Eskalations-Fällen abgewichen werden. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass Unklarheit über die Abtrennbarkeit einer anderen Straftat besteht. Die Prüfung des Verdeckungsmordes ist der allein richtige Rahmen für eine Klärung, weil diesem Rahmen die Sachgründe für eine restriktive Gesetzesanwendung zu entnehmen sind.

Gern hätten wir noch das Rätsel aufgelöst, was man unter einer „deutlichen zeitlichen Zäsur“ verstehen soll, die nach der Auffassung des BGH über Sein oder Nicht-Sein einer anderen Straftat entscheidet. Ob in Sekunden, Minuten oder Stunden zu messen ist, darüber haben sich unsere höchsten Richterinnen und Richter bislang ausgesprochen. Der vorliegende Fall enthielt insofern kein Abgrenzungsproblem. Wir fragen uns jedoch, ob überhaupt der zeitliche Abstand (allein) maßgeblich sein soll. Doch damit sind wir bereits bei:

5. Kritik

Der folgende Fall enthält das angesprochene Abgrenzungsproblem. A sticht mit bedingtem Tötungsvorsatz in der Dunkelheit auf B ein. Er hält ihn für seinen Feind C, an dem er sich rächen will. Als er beim Ausholen zu einem weiteren Stich seinen Irrtum bemerkt, entschließt er sich sofort, weiter auf B einzustechen, um ihn als Zeugen auszuschalten. Er führt den Stich aus. C stirbt. – Da es an einer „deutlichen zeitlichen Zäsur“ fehlt, müsste ein Verdeckungsmord verneint werden. Das ist nicht einzusehen. Denn es liegt eine Zäsur anderer Art vor, wie sie nicht deutlicher sein könnte. Das Rache-Motiv entfällt; an seine Stelle tritt das Verdeckungs-Motiv. Auch wenn sich der Motivwechsel in Sekundenbruchteilen vollzieht, bildet er eine eindeutige Zäsur. Da beim Verdeckungsmord das qualifizierende Merkmal subjektiver Natur ist und den Beweggrund des Handelns betrifft, sollte auch maßgeblich auf eine Motivations-Zäsur abgestellt werden. Die „deutliche zeitliche Zäsur“ kann keine weitergehende Funktion haben als die eines Indizes für eine Motivations-Zäsur.

Die BGH-Entscheidung kann daher nach unserer Auffassung noch nicht das letzte Wort in dieser Angelegenheit sein. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch noch einmal die befremdliche Konsequenz, dass bei einem einheitlichen Angriffsgeschehen derjenige mit einer Bestrafung wegen Verdeckungsmordes rechnen muss, der das Opfer zunächst nur körperlich verletzen wollte, während andererseits demjenigen lediglich eine Bestrafung wegen Totschlags droht, der von vornherein mit Tötungsvorsatz handelte.¹⁹ Dem Erstgenannten müsste ein Verteidiger nahe legen, einen Tötungsvorsatz zu „gestehen“.²⁰

Lob verdient allerdings, dass der BGH mit dieser Entscheidung seine Bemühungen um eine spezielle Lösung des Problems der Einschränkung des Verdeckungsmordes fortsetzt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra von Berg zugrunde)

¹⁹ Vgl. oben 2.

²⁰ Dabei muss sich der Verteidiger allerdings zurückhalten (vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 19 Rn. 59). Er darf den Angeklagten nicht unmittelbar auffordern, die Unwahrheit zu sagen. Die – erlaubte – Information über die Rechtslage wird aber ihre Wirkung tun.

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

Oktober 2001

Schwarzfahrer - Fall

Schwarzfahren / Erschleichen der Beförderungsleistung / betrugsähnliches Verhalten

§ 265 a StGB

Leitsatz des Gerichts:

Der Tatbestand des Erschleichens von Leistungen i. S. des § 265 a StGB setzt voraus, dass der Täter sich bei der Inanspruchnahme der Beförderungsleistung mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt, beispielsweise durch unauffälligen Aufenthalt in der Bahn. Nicht erforderlich ist es, dass die hierin liegende konkludente Erklärung, der Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise nachgekommen zu sein, gegenüber einem zu ihrer Entgegennahme bereiten Empfänger erfolgt und dass regelmäßige Kontrollen oder vorhandene Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden.

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 16. 1. 2001 (2 Ss 365/00), abgedruckt in NSTZ-RR 2001, 269

1. Sachverhalt

A fährt im Rhein-Main-Verkehrsverbund mehrfach ohne Fahrschein mit der S-Bahn. Er weiß, dass er keinen Fahrschein besitzt und dass er deswegen nicht berechtigt ist, die Beförderungsleistung in Anspruch zu nehmen. Im Bereich des Verkehrsverbundes können die S-Bahnen von jedermann betreten und benutzt werden, ohne dass irgendwelche Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen umgangen werden müssen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall widerlegt, was in einem führenden Lehrbuch der Kriminologie zu lesen ist: „Faktisch wird heute das Schwarzfahren, nach einer in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht eine Straftat nach § 265 a StGB, nicht mehr strafrechtlich verfolgt, sondern durch eine Vertragsstrafe, also zivilrechtlich geahndet (erhöhtes Beförderungsgeld).“¹ A ist angeklagt worden. Seinen Freispruch durch das Amtsgericht hebt das OLG Frankfurt/M. mit dieser Entscheidung auf. Es wird zu einer Verurteilung des A kommen. Damit liegt nicht etwa ein zu vernachlässigender Ausnahmefall vor. 1998 wurden 159.463 Fälle gem. § 265 a StGB polizeilich registriert.² Den weitaus größten

¹ Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl. 1997, S. 620.

² Vgl. dazu und zum Folgenden Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 21 Rn. 8.

Anteil daran haben Fälle des Schwarzfahrens. Von etwa 25.000 Verurteilungen pro Jahr kann ausgegangen werden. Zu Strafverfahren kommt es dann, wenn die Verkehrsbetriebe eine Anzeige erstatten, was regelmäßig geschieht, falls sich der Schwarzfahrer – wie A – auf Grund interner Registrierung als Wiederholungstäter erweist. Mit der strafrechtlichen Sanktion trifft den Täter ein Übel von ganz anderer Qualität als im Falle der Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts. Eine Geldstrafe kann bei entsprechendem Einkommen sehr hart ausfallen.³ Ist sie uneinbringlich, so kann es zur Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe kommen.⁴ Die Verhängung einer Freiheitsstrafe ist auch von vornherein möglich.⁵ In jedem Fall ist der Täter vorbestraft. Die Verurteilung führt zudem häufig zum Widerruf einer Straf- oder Strafrestaussetzung.⁶ – Es besteht also keinerlei Grund, dem Massenphänomen des Schwarzfahrens die **strafrechtlich-praktische Relevanz** abzuspochen.

Die damit verbundene **rechtliche Problematik** lässt sich, wie so häufig, am besten sichtbar machen durch schlichte Konfrontation des regelmäßigen Sachverhalts mit den gesetzlichen Tatmerkmalen. Hier betritt jemand zwar weniger fromm, dafür aber frisch, fröhlich und frei eine S-Bahn ohne Fahrschein. Dort hält das Gesetz als Tatbild das **Erschleichen der Beförderungsleistung** bereit. Die Diskrepanz ist mit den Händen zu greifen.

Die Rechtsprechung meint, sie mit folgender Argumentation überwinden zu können.⁷ Das Erschleichen setze voraus, dass sich der Täter mit dem „Anschein der Ordnungsmäßigkeit“ umgebe. Dafür sei bereits ausreichend, dass er unauffällig das Verkehrsmittel betrete und dadurch den Eindruck erwecke, er sei im Besitz eines Fahrausweises. Eine Umgehung oder ein Ausschalten von Kontrollmaßnahmen sei nicht erforderlich.⁸

Gegen diese Lösung sperrt sich das Sprachempfinden. Ein äußerlich völlig sozialadäquates Verhalten soll ein Erschleichen sein? Vielfach wird in der Literatur darin ein **Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip** (Art. 103 Abs. 2 GG) gesehen.⁹ Nach allgemeinem Sprachgebrauch erschleiche nur derjenige etwas, der Sicherungsvorkehrungen überwinde.

Die Literatur belässt es nicht bei der Rüge der Verfassungswidrigkeit. Gegen die justizielle Praxis der Bestrafung von Schwarzfahrern schießt sie seit Jahren¹⁰ aus allen Rohren juristischer Argumentation.¹¹

³ Verhängt werden können bis zu 360 Tagessätze, deren Höhe bis zu 10.000 DM betragen kann (§ 40 Abs. 1 und 2 StGB).

⁴ Gem. § 43 Satz 2 StGB ist für einen Tagessatz ein Tag Freiheitsstrafe zu verbüßen.

⁵ § 265 a StGB droht neben Geldstrafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr an.

⁶ Rechtsgrundlagen: §§ 56 f., 57 Abs. 3 Satz 1 StGB.

⁷ Z. B. OLG Düsseldorf NStZ 1992, 84; NJW 2000, 2120; HansOLG Hamburg NStZ 1988, 221; NStZ 1991, 587; OLG Stuttgart NJW 1990, 924. Bisher haben sich zu dieser Frage nur Oberlandesgerichte geäußert; vgl. S. 5.

⁸ Das Merkmal des Erschleichens grenzt danach nur diejenigen Fälle aus, in denen der Täter sich offen und demonstrativ, z. B. durch ein Schild, dazu bekennt, ohne Fahrschein zu fahren, vgl. BayObLG NJW 1969, 1042. Hier greift aber eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB ein.

⁹ Etwa Alwart, NStZ 1991, 588, 589; Fischer, NStZ 1991, 41, 42; Hinrichs, NJW 2001, 932, 933, 935; Schall, JR 1992, 1, 7. Das BVerfG hat diesen Einwand entsprechend seiner sehr großzügigen Entscheidungspraxis zurückgewiesen: NJW 1998, 1135.

¹⁰ Um im Bild zu bleiben: Den Startschuss hat Alwart 1986 mit seinem Aufsatz „Über die Hypertrophie eines Unikums (§ 265 a StGB)“ gegeben (JZ 1986, 563).

¹¹ Zusammenfassende Darstellung der im Folgenden wiedergegebenen Kritik bei Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 47; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 265 a Rn. 3; ausführlich: Schall, JR 1992, 1 ff.

Mit der **Entstehungsgeschichte** sei diese Praxis nicht zu vereinbaren, weil es zur Zeit der Einführung der Vorschrift im Jahre 1935 noch regelmäßig Zugangskontrollen gegeben habe, die seinerzeit hätten überwunden werden müssen. Auch mit Überlegungen zum **Schutzzweck** sei die Ausdehnung der Strafbarkeit nicht zu rechtfertigen, weil die Verkehrsbetriebe selbst aus rein ökonomischen Gründen durch den Abbau von Kontrollen die unauffällige Nutzung der Verkehrsmittel ohne Entgelt ermöglicht hätten. Auch würden die Einnahmen durch das erhöhte Beförderungsentgelt den Schaden ausgleichen, der von unentdeckten Schwarzfahrern verursacht werde.

Das weitaus größte Gewicht in der Kritik der Literatur haben jedoch **systematische Überlegungen**.

Sie bestehen zunächst in einem **Vergleich der verschiedenen Begehungsweisen des § 265 a Abs. 1 StGB**. Bei allen anderen Tatvarianten sei anerkannt, dass die Manipulation oder Umgehung von Kontrollen oder Sicherungsmechanismen notwendig sei, um das Erschleichen einer Leistung bejahen zu können. So liege nicht schon dann ein Automatenmissbrauch vor, wenn jemand einen bereits vorhandenen technischen Defekt des Automaten zu einer ansonsten unauffälligen Inanspruchnahme der Leistung ausnutze. Dementsprechend dürfe auch für die Beförderungerschleichung die bloße unberechtigte Inanspruchnahme der Leistung nicht ausreichen.

Insgesamt, so eine weitere systematische Überlegung, muss das **Erfordernis der Betrugsähnlichkeit** bei allen Tatvarianten des § 265 a Abs. 1 StGB und somit auch bei der Beförderungerschleichung berücksichtigt werden. Die Vorschrift sei geschaffen worden, um bei automatisierten Vorgängen einer Vermögensverschiebung die Unanwendbarkeit der Betrugsstrafbarkeit zu kompensieren, welche die Täuschung einer Person voraussetze. Das Äquivalent bestehe in einer manipulativen, täuschungsähnlichen Einwirkung auf Vorgänge, die den Zugang zur Leistung ermöglichen. Dafür sei eine Überwindung von Kontrollen und Sicherungen unverzichtbar. Ein Fahrgast, der sich äußerlich in nichts von den anderen Fahrgästen unterscheide, verhalte sich nicht betrugsähnlich.

Den Schlussstein der Argumentation bildet die ganz allgemeine systematische Überlegung, dass für Vermögensstraftaten jedweder Art die bloße Herbeiführung eines Vermögensschadens nicht genüge. Entsprechend seinem **fragmentarischen Charakter** gewährleiste das Strafrecht keinen umfassenden Schutz des Vermögens. Zum **Erfolgsunrecht des Vermögensschadens** müsse das Unrecht einer Schädigungshandlung hinzutreten. Nicht die Gratis-Fahrt allein könne daher eine Strafbarkeit nach § 265 a StGB begründen; zusätzlich müsse als **spezifisches Handlungsunrecht** ein Verhalten gegeben sein, das mit einer Täuschung vergleichbar sei.

Bemerkenswert an der Literaturkritik ist noch, dass sie sich von einer Solostimme¹² zu einem Chor mit anschwellender Lautstärke¹³ entwickelt hat. Das erzeugt für die Rechtsprechung einen wachsenden Legitimationsdruck. So erklärt es sich, dass die vorliegende Entscheidung es nicht bei der Wiederholung altbekannter Formeln belässt, sondern bemüht ist, auf die Literatur-Kritik einzugehen.

¹² Alwart, JZ 1986, 563.

¹³ Um das zu demonstrieren, werden wir ausnahmsweise unserem Motto „Lieber kleckern statt klotzen“ untreu: Albrecht, NStZ 1988, 222; Fischer, NStZ 1991, 41; ders., NJW 1988, 1828; Hinrichs, NJW 2001, 932; Schall, JR 1992, 1; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, § 265 a Rn. 6 f.; Tröndle/Fischer, a.a.O. § 265 a Rn. 3; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, 26. Aufl. 2001, § 265 a Rn. 1, 11; SK-Günther, § 265 a Rn. 18; Mitsch, Strafrecht BT 2, 2001, § 3 Rn. 162; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 672.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Gericht schenkt zwei Aspekten besondere Beachtung. Zum einen erörtert es ausführlich, wie das Verhalten des A zivilrechtlich zu werten ist. Zum anderen befasst es sich näher mit dem Vergleich der verschiedenen Varianten des § 265 a Abs. 1 StGB.

Die zivilrechtlichen Ausführungen sollen nachweisen, dass A nicht nur etwas unterlassen hat, nämlich einen Fahrschein zu lösen, sondern **konkludent eine wahrheitswidrige positive Erklärung abgegeben** hat, nämlich seiner Zahlungspflicht in vertragsgemäßer Weise vor Betreten der Bahn nachgekommen zu sein. Diese Ausführungen betreffen Schuldverhältnissen über Massenleistungen. Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass die zur Vertragsannahme führenden Erklärungen nicht gegenüber dem Anbieter abgegeben werden und ihm auch nicht zugehen müssen. Damit soll letztlich der Kritik, die der Rechtsprechung den Verzicht auf jedes Handlungselement und das Abstellen auf das bloße Unterlassen der Fahrpreiszahlung vorhält,¹⁴ der Wind aus den Segeln genommen werden. Schwarzfahrer, so lautet die Botschaft, lassen sich nicht nur kostenlos fahren, sondern tun auch etwas, wie uns das Zivilrecht lehrt: Sie erklären konkludent, gezahlt zu haben.

Beim Vergleich der Tatvarianten von § 265 a StGB räumt das Gericht ein, dass bei der Beförderungerschleichung der Begriff des Erschleichens anders gebraucht wird als sonst. Diesen Unterschied hält es aber für gerechtfertigt. Da Automaten- und Telekommunikationsleistungen nur auf eine positive Anforderung hin erbracht würden, setze das Erschleichen dieser Leistungen in der Regel eine aktive Manipulation oder Umgehung von Sicherungsmechanismen voraus. Eine vergleichbare aktive Umgehung von Kontrollmaßnahmen sei dagegen bei der Erlangung einer Beförderungsleistung durch öffentliche Verkehrsmittel nicht erforderlich. Diesem Unterschied in der Sachlage entspreche ein Unterschied in der Schutzbedürftigkeit. Durch den Verzicht auf Kontrollen seien die **Verkehrsbetriebe in erhöhtem Maße schutzbedürftig**. Daher dürfe man auch keine allzu strengen Anforderungen an die Begehungsform stellen. Das besondere **Handlungsunrecht** liege bei der Beförderungerschleichung nicht in der Überwindung von Sicherungsmaßnahmen, sondern im **Missbrauch des Vertrauens**, das der Betreiber den Nutzern entgegenbringe.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Dieser Fall enthält sicherlich kein Schwerpunktproblem der juristischen Prüfungspraxis. Es handelt sich eher um das sprichwörtliche Kleinvieh, welches bekanntlich aber auch Mist zu machen versteht. Daher sollte man sich schon darauf einrichten, dass ein Fall wie der vorliegende als Nebenproblem in der strafrechtlichen Klausur oder als Gegenstand der mündlichen Prüfung auftauchen kann. Zwei weitere Gründe sprechen für seine **Examensrelevanz**. Er eignet sich auf geradezu ideale Weise für turnerische Übungen im Bereich der Auslegungsmethodik. Auch ist der zentrale Gesichtspunkt des betrugsähnlichen Handlungsunrechts weit über § 265 a StGB hinaus von Bedeutung: Mit ihm wird bei fast allen Delikten gearbeitet, die im Strafgesetzbuch § 263 StGB folgen.¹⁵

Eine Veränderung der gegenwärtigen Rechtslage hat die Entscheidung nicht bewirkt. Vielmehr hat sich das OLG Frankfurt in die **Phalanx der Oberlandesgerichte**

¹⁴ Z. B. *Albrecht*, NSTZ 1988, 222, 223.

¹⁵ Vgl. etwa den Aufbau der Lehrdarstellung von *Mitsch*, a.a.O., § 3: Für alle betrugsähnlichen Delikte wird jeweils in einem gesonderten Abschnitt die Betrugsähnlichkeit als Leitkriterium der Auslegung erarbeitet.

eingereicht. Doch ist am Begründungsaufwand die Begründungsnot ablesbar. Das Anwachsen der Kritik in der Literatur – man lese nur die deutlichen Worte im neuen Tröndle/Fischer¹⁶ – zeigt Wirkung. Sollte sich ein OLG der Kritik anschließen, müsste es die Sache gem. § 121 Abs. 2 GVG dem BGH zur Entscheidung vorlegen. Ein Rechtsprechungswandel erscheint nicht mehr ausgeschlossen.

5. Kritik

Für die eben geäußerte Prognose spricht, dass der Versuch des OLG Frankfurt fehlschlägt, die Rechtsprechung durch neue Argumente abzusichern.

Die rein **zivilrechtliche Konstruktion** rechtsgeschäftlicher Einigung bei Massenleistungen ist **ungeeignet, strafbegründend** in der Weise **zu wirken**, dass aus ihr ein Handlungsunrecht abgeleitet wird, welches im Täterverhalten gerade nicht aufzufinden ist. Und die Ausführungen zu den Besonderheiten des Erschleichens bei Beförderungsleistungen enthalten eine geradezu klassische **petitio principii**, nämlich die Verwendung eines erst noch zu beweisenden Satzes als Beweisgrund. Es ist Sache des Gesetzgebers, zu bestimmen, welche Rechtsgüter unter welchen Bedingungen geschützt werden sollen. Ordnet er eine Strafbarkeit der unberechtigten Inanspruchnahme von Beförderungsleistungen nur unter der Bedingung an, dass Kontrollmaßnahmen überwunden werden, so sagt er damit zugleich, dass Verkehrsunternehmen nur dann schutzbedürftig sind, wenn solche Maßnahmen getroffen werden. Falls die Betriebe darauf verzichten, so können die Leistungen zwar leichter missbräuchlich in Anspruch genommen werden; dass sie aber auch unter diesen Bedingungen strafrechtlichen Schutz genießen, bleibt eine bloße Behauptung.¹⁷ Das Gericht lässt zudem außer acht, dass die Herbeiführung einer Rechtsgutsverletzung im Bereich des strafrechtlichen Vermögensschutzes allein nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit zu begründen. Erforderlich ist vielmehr ein hinreichend gewichtiges Handlungsunrecht, wie z. B. ein Verhalten, das sich eindeutig als Erschleichen qualifizieren lässt.

Ein anderes Thema ist angesprochen, wenn es um die Frage geht, ob eine Bestrafung von Schwarzfahrern **kriminalpolitisch** wünschenswert ist oder eine Sanktionierung ausreicht, die sich auf die Erhebung des erhöhten Beförderungsentgelts oder eines (zusätzlichen) Bußgeldes beschränkt.¹⁸ Das hat der Gesetzgeber zu entscheiden. Derzeit sollte jedoch gelten, dass nur derjenige bestraft werden darf, der die Beförderung tatsächlich erschleicht.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Anna Bartels zugrunde.)

¹⁶ Tröndle/Fischer, aaO., § 265 a Rn. 3.

¹⁷ So auch Fischer, NSTZ 1991, 41, 42.

¹⁸ Vgl. zur kriminalpolitischen Bewertung: Arzt/Weber, aaO., § 21 Rn. 21; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, aaO., § 265 a Rn. 1, 11.

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

November 2001

Tankautomaten - Fall

Diebstahl im besonders schweren Fall / Verhältnis zur Sachbeschädigung / Gesetzeseinheit (Konsumtion) / Tateinheit

§§ 52, 242, 243, 303 StGB

Leitsätze des Gerichts:

- 1. Gesetzeseinheit zwischen Diebstahl – im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB – und Sachbeschädigung scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB) abweicht, von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist und sich deshalb nicht als sog. typische Begleitatt erweist.**
- 2. Der Senat neigt überdies aus grundsätzlichen Erwägungen der Auffassung zu, dass das Vorliegen des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles des Diebstahls (hier nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB) beim rechtlichen Zusammentreffen des Diebstahls mit einer Sachbeschädigung schon von vornherein nicht zur Konsumtion des Unrechts der Sachbeschädigung und damit zur Annahme von Gesetzeseinheit führen kann. Vielmehr besteht Tateinheit.**

BGH, Urteil vom 7. 8. 2001 (1 StR 470/00), abgedruckt in NStZ 2001, 642.

1. Sachverhalt

A stemmt einen Tankautomaten auf und erbeutet 8.000 DM. Der Sachschaden am Tankautomaten beträgt 22.000 DM.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Auch Zweizeiler können schwierige Probleme in sich bergen, und zwar selbst dann, wenn auf den ersten Blick alles klar zu sein scheint. An einer Strafbarkeit wegen Diebstahls im besonders schweren Fall nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB sowie wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB dürfte niemand zweifeln.² Doch Vorsicht! Der Teufel steckt bekanntlich im Detail und hier in einem

¹ Der sehr viel umfangreichere Sachverhalt des Urteils wurde auf das hier Wesentliche reduziert.

² Mangels entsprechender Sachverhaltsangaben muss dagegen offen bleiben, ob darüber hinaus die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB vorliegt.

bei Studierenden recht unbeliebten, den Konkurrenzen. Er zeigt seinen Pferdefuß, wenn in üblicher Prüfungsroutine als Gesamtergebnis festgehalten wird, dass der Diebstahl durch Aufbrechen eines Behältnisses – gleichermaßen wie der Einbruchsdiebstahl – die mitverwirklichte Sachbeschädigung im Wege der Konsumtion³ verdränge, weil sie eine typische Begleitart sei. Das ist so oder ähnlich auch vielerorts zu lesen.⁴ Und doch ist eine begründungslose Feststellung dieser Art nicht mehr zu halten. Die Annahme von Gesetzeseinheit⁵ begegnet so gewichtigen Bedenken, dass eine Auseinandersetzung damit in einer Fallprüfung unumgänglich ist. Das ist die Quintessenz der hier vorzustellenden Entscheidung.

Als Alternative zur Gesetzeseinheit kommt die Annahme in Betracht, dass zwischen dem Diebstahl im besonders schweren Fall nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB – aus Gründen der Vereinfachung im Folgenden „Aufbruchsdiebstahl“ genannt – und der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB Tateinheit gem. § 52 StGB besteht. Was ist der praktische Unterschied?

Die **Tateinheits-Lösung** bedeutet, dass der Schuldspruch beides ausweist: den Aufbruchsdiebstahl und die Sachbeschädigung.⁶ Nach § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB wird der Strafzumessung der Strafraumen des Diebstahls im besonders schweren Fall zugrunde gelegt. Der Umstand, dass ein weiterer Tatbestand verwirklicht wurde, führt regelmäßig zu einer Straferhöhung.⁷

Bei der **Konsumtions-Lösung** kommt der Täter günstiger weg. Die Verurteilung erfolgt allein wegen Diebstahls im besonders schweren Fall. Die Sachbeschädigung taucht im Schuldspruch nicht auf. Auch kann eine Strafschärfung nicht damit begründet werden, dass ein weiterer Tatbestand verwirklicht worden sei. Allerdings können „Merkmale und Tatmodalitäten des verdrängten Gesetzes“ in die Strafzumessung einfließen.⁸

³ Zur Erinnerung: Von Konsumtion spricht man, wenn ein Straftatbestand zwar nicht notwendig in einem anderen enthalten ist, die eine Tat aber regelmäßig und typischerweise mit der Begehung einer anderen zusammentrifft, so dass ihr Unrechts- und Schuldgehalt durch die schwerere Deliktsform mit erfasst und aufgezehrt wird, vgl. z. B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. 2001, Rn. 791.

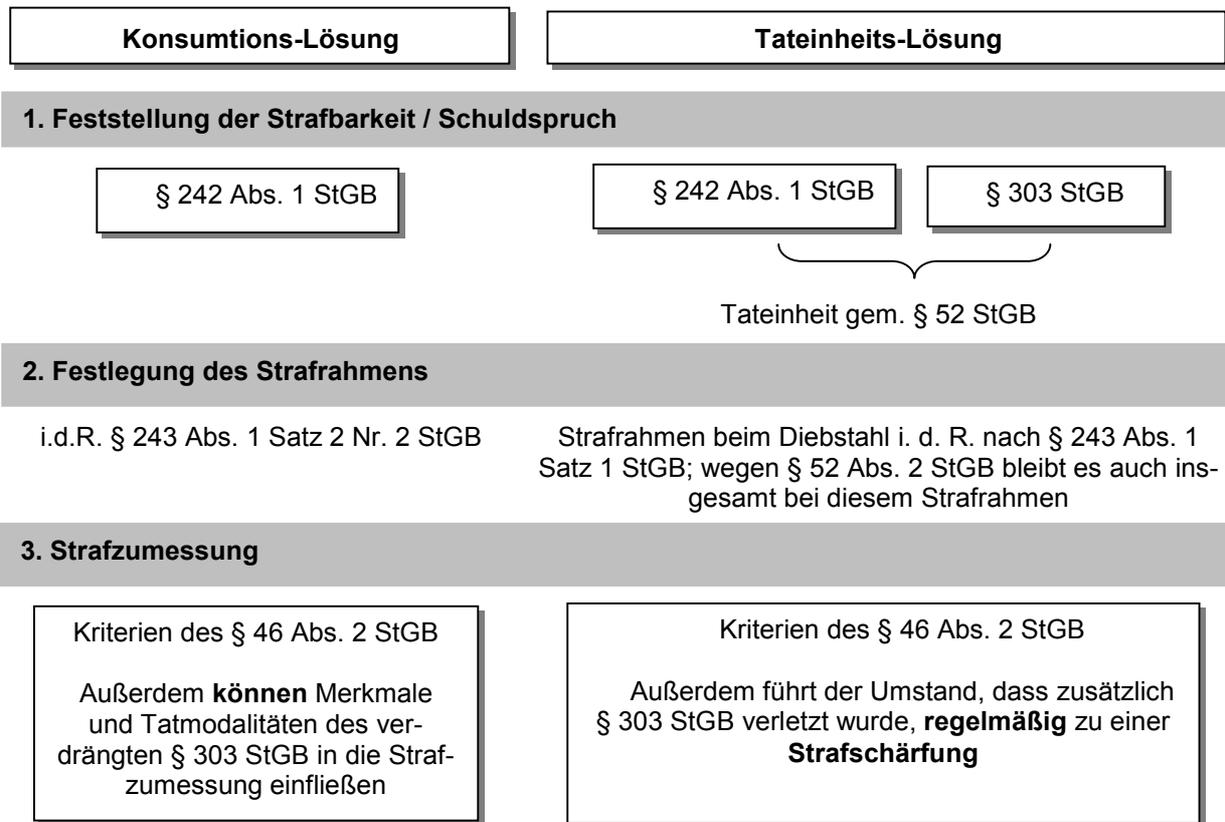
⁴ Z. B. *Joecks*, StGB, 2. Aufl. 2000, § 243 Rn. 49; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 243 Rn. 24; *Krey*, Strafrecht BT 2, 12. Aufl. 1999, Rn. 106; *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 243 Rn. 59; *Schönke/Schröder-Stree*, aaO., § 303 Rn. 16; *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 791; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 24. Aufl. 2001, Rn. 236

⁵ Wie z. B. *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 220, 224, ziehen wir diesen Begriff dem der Gesetzeskonkurrenz vor, weil eine wirkliche Konkurrenz von Strafgesetzen jedenfalls im Ergebnis gerade nicht besteht.

⁶ Fraglich ist, wie die Diebstahlsstrafbarkeit im Schuldspruch auszuweisen ist. Soll nur wegen Diebstahls oder wegen Diebstahls im besonders schweren Fall schuldig gesprochen werden? Die Praxis verfährt hier uneinheitlich. Da die Regelbeispiele als Strafzumessungsvorschriften gelten, wäre es konsequent, deren Verwirklichung im Schuldspruch nicht zu erwähnen; vgl. *Kroschel/Meyer-Goßner*, Die Urteile in Strafsachen, 26. Aufl. 1994, S. 18.

⁷ Vgl. *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 498.

⁸ Vgl. *Schäfer*, aaO., Rn. 504 a.



Die Alternativen unterscheiden sich somit in der Fassung des Schuldspruchs und in den Rahmenbedingungen der Strafzumessung, eventuell auch in deren Ergebnis. Was gibt nun **Anlass zu Zweifeln am gewohnten Lösungsmodell der Konsumtion?**

Zunächst einmal ist es die schlichte Frage danach, was in den Konkurrenzen denn konkurriert. Legt man die gesetzlich ausformulierten Konkurrenzregeln in §§ 52 ff. StGB zugrunde, so lautet die Antwort: die Verletzung von Strafgesetzen. Strafzumessungsvorschriften wird man darunter nicht fassen können. Denn wie sollte ein Straftäter eine Vorschrift verletzen, die den Richter bei der Strafzumessung anleitet? Nun gelten Regelbeispiele wie die in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 StGB aber als Strafzumessungsvorschriften, weil sie nicht, wie Tatbestände, zwingend und abschließend formuliert sind.⁹ Also kann ein Regelbeispiel auch nicht im Wege der Gesetzesinheit eine tatbestandliche Gesetzesverletzung verdrängen.¹⁰

Ein zweiter Einwand ist inhaltlicher Art, der sich gut am Sachverhalt der vorliegenden Entscheidung demonstrieren lässt. Würde der Aufbruchdiebstahl die Sachbeschädigung verdrängen, so müsste der größere Schaden hinter dem geringeren zurücktreten. Ein paradoxes Ergebnis, das sich aber kaum vermeiden lässt, wenn die Konkurrenzregel der Konsumtion zum Zuge kommt. Denn für sie, wie für die anderen Formen der Gesetzesinheit (Spezialität und Subsidiarität), gilt an sich: Sie erfasst generell – also ohne Ansehen des Falles – das Verhältnis von Strafgesetzen zuein-

⁹ So die ganz überwiegende Ansicht; vgl. nur *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 112.

¹⁰ Vgl. etwa *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 8. Aufl. 1995, § 33 Rn. 109.

ander. Man müsste also, um das paradoxe Ergebnis zu vermeiden, eine Ausnahme machen, die systemwidrig wäre.

Tatsächlich wird von einigen das Lösungsmodell der Konsumtion mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen.¹¹ Ausgenommen werden Fälle, in denen die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung (!) von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 StGB abweicht und von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist.

Die genannten Einwände haben zweifellos Gewicht, so dass man sich fragt, ob es denn überhaupt noch **Gründe für ein Festhalten am Lösungsmodell der Konsumtion** gibt.

Einmal ist an den Grundgedanken der Konsumtion zu erinnern.¹² Umgesetzt auf das Verhältnis von Aufbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung besagt er: Wenn der Gesetzgeber die Diebstahlsstrafe für den Fall des Aufbruchsdiebstahls erhöht hat, so veranlasste ihn dazu gerade der Umstand, dass fast stets beim Aufbrechen zugleich eine Sachbeschädigung begangen wird. Dieser Umstand ist daher im Falle der Verurteilung zu einem Diebstahl im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB verbraucht. Es besteht kein Anlass mehr, die Sachbeschädigung im Schuldspruch auszuweisen und bei der Strafzumessung gesondert zu berücksichtigen.

Zum anderen kann der Rechtsprechung vorgehalten werden: Wer A sagt, muss auch B sagen. Also: Wer Regelbeispielen Tatbestandsähnlichkeit attestiert, um wegen Versuchs bestrafen zu können,¹³ muss ihnen auch die Fähigkeit zuerkennen, als Strafgesetze andere Strafgesetze zu verdrängen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Erstmals äußert sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführlich zum Problem der Konkurrenz von Regelbeispiel und Straftatbestand. Dabei geht er sogar über das für die Entscheidung des Falles Notwendige hinaus. Der zweite Leitsatz belegt, dass das Gericht eine grundlegende Änderung der bisherigen Rechtspraxis herbeiführen möchte. Wir haben es also mit einer **Grundsatz-Entscheidung** zu tun.

Hätte sich der BGH auf das für die Entscheidung Notwendige beschränken wollen, so hätte er es dabei belassen können, atypische Konstellationen, in denen der Sachbeschädigung ein unverbrauchtes Eigengewicht zukommt, von der Konsumtions-Lösung auszunehmen. Denn im vorliegenden Fall überwog der Aufbruchsschaden klar den Diebstahlsschaden. Doch ist das nur der erste, für den BGH offensichtlich weniger wichtige Schritt in der Begründung der Entscheidung. In ihrem Zentrum steht eine **Fundamentalkritik**, die darauf abzielt, die Konsumtions-Lösung für Fälle des Einbruchs- und Aufbruchsdiebstahls vollständig zu verwerfen.

Den hier unter 2. bereits angeführten Einwänden fügt der BGH mehrere hinzu. Die „kleine“ Lösung einer Beschränkung der Konsumtion auf den Regelfall erscheint ihm problematisch, weil es keine klaren Kriterien für die Abgrenzung zwischen typischen und atypischen Fällen gebe. Auch weist er auf einen Wertungswiderspruch hin. Es sei nicht einzusehen, dass bei Anwendung des Regelbeispiels die Sachbeschädi-

¹¹ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 737; *Fahl* GA 1996, 476, 483.

¹² Vgl. z. B. *Ebert*, aaO., S. 225 f.; *Wessels/Beulke*, aaO. Rn. 791 ff.

¹³ BGHSt 33, 370.

gung verdrängt werde, während sie erhalten bleibe, falls der Richter auf Grund besonderer unrechtsmindernder Umstände von der Anwendung des erhöhten Strafrahmens absehe und nur wegen einfachen Diebstahls verurteile. Ferner spricht aus der Sicht des BGH gegen die Konsumtions-Lösung, dass sie mit der Möglichkeit einer unterschiedlichen Rechtsgutsträgerschaft nicht vereinbar sei; der Inhaber des Gewahrsams an der weggenommenen Sache müsse nicht zugleich der Eigentümer der beschädigten Sache sein. Schließlich äußert der BGH in tatsächlicher Hinsicht Zweifel an der die Konsumtions-Lösung tragenden Annahme, dass Einbruchs- und Aufbruchsdiebstähle typischerweise von Sachbeschädigungen begleitet seien. Mit den Fortschritten in der Sicherungstechnik gingen Veränderungen im Tatbild einher. Oft werde Eigentum heutzutage durch elektronische Sicherungen geschützt, die durch technisches Geschick ohne Substanzverletzungen überwunden würden.

Den Einwand, dass Regelbeispiele bei der Versuchsbestrafung wie Tatbestände behandelt würden und folglich im Rahmen der Konkurrenzen auch so behandelt werden müssten, wischt der BGH mit knapper Bemerkung beiseite. Das sind, so wird man ihn verstehen müssen, zwei Paar Schuhe. Beim Versuch richte sich der Strafrahmen nach dem Tatentschluss. (Das soll wohl heißen: Demnach muss auch höher bestraft werden, wer ein Regelbeispiel verwirklichen will.)

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Wer sich künftig in Prüfungen mit Aufbruchs- und Einbruchsdiebstählen konfrontiert sieht, wird gut daran tun, die mitverwirklichte Sachbeschädigung nicht mehr nur in einer kurzen Bemerkung zur Konsumtion zu verstecken. Nach dieser BGH-Entscheidung ist Problembewusstsein gefragt.

Genau genommen sind es **drei Lösungsmöglichkeiten**, die zu bedenken sind:

- ausnahmslos Konsumtion,
- ausnahmsweise keine Konsumtion,
- nie Konsumtion.

Dabei hängt nur die mittlere von den konkreten Fallumständen ab, nämlich davon, ob der Sachbeschädigung auf Grund untypischer Umstände eine eigenständige Bedeutung zukommt.

Allgemein gilt: Eine solchermaßen vertiefte Beschäftigung mit den Konkurrenzen wird bei Prüfungsarbeiten Pluspunkte einbringen, weil dieser Bereich in der Regel – meistens aus Zeitgründen, wie wir einmal zugunsten der Studierenden unterstellen wollen – unzulänglich behandelt wird. Besondere Anerkennung ist von Prüfern zu erwarten, die in der Strafrechtspraxis tätig sind. Denn die Konkurrenzen gehören schon zur Strafzumessung, die in der Praxis eminent bedeutsam ist (und an der Universität leider vernachlässigt wird).

Allerdings muss auch davon abgeraten werden, es dem BGH gleich zu tun und das Problem in Klausuren lang und breit zu erörtern. Das ginge zu Lasten der Behandlung anderer Probleme, denen im Rahmen der gesamten Aufgabenstellung regelmäßig größeres Gewicht zukommt. Angebracht ist eine **eher knappe Problemerkörterung**, die aber doch noch die wesentlichen Argumente zur Geltung bringt. Schon gar nicht sollte der BGH zum Vorbild darin genommen werden, dass Alternativen ohne Entscheidungsrelevanz erörtert werden. (Nach der Entscheidung für die mittlere Lösung stand das Ergebnis im vorliegenden Fall eigentlich fest; gleichwohl befasste der BGH sich noch mit der Frage, ob die Konsumtions-Lösung nicht grundsätzlich abzulehnen sei.)

Auch die Praxis ist nach dieser Entscheidung gezwungen, die Konkurrenzfrage bei Aufbruchs- und Einbruchsdiebstählen genauer zu prüfen. Der Wink des BGH wird vermutlich seine Wirkung tun. Es ist zu erwarten, dass sich in der Praxis die Tateinheit-Lösung durchsetzt. Dafür sorgt schon der Wunsch der Tatrichter, die Urteilsbegründung revisionssicher zu machen.

Man wird abwarten müssen, ob auch der Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB von der Rechtsprechungsänderung betroffen sein wird. Nicht übertragbar ist die Argumentation der vorliegenden Entscheidung, soweit sie darauf abstellt, dass Regelbeispiele keine konsumierende Wirkung haben können. Denn der Wohnungseinbruchsdiebstahl ist 1998 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz gerade von einem Regelbeispiel zu einem Qualifikationstatbestand aufgewertet worden. Die übrigen Argumente gegen eine Konsumtion (z. B. Notwendigkeit der Berücksichtigung atypischer Umstände, Möglichkeit unterschiedlicher Rechtsgutsträgerschaft) sind dagegen auch hier verwendbar. Hinzu kommt als Argument gegen eine Konsumtion, dass der Gesetzgeber als maßgeblichen Grund für die Strafverschärfung beim Wohnungseinbruchsdiebstahl das Eindringen in die Intimsphäre des Opfers genannt hat.¹⁴ Der höhere Strafrahmen erklärt sich also nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie aus dem Umstand, dass zumeist auch eine Sachbeschädigung vorliegt.

Im Übrigen ist damit zu rechnen, dass die Entscheidung die Diskussion über den Rechtscharakter von Regelbeispielen wieder in Gang bringen wird; nicht zuletzt deshalb, weil sie zahlreiche Autoren dazu zwingt, sich in dieser Frage ausführlicher als bisher zu äußern. Auch der Gesetzgeber hätte Anlass, erneut zu überlegen, ob die fortschreitende Ersetzung von Qualifikationstatbeständen durch Regelbeispiele sinnvoll ist. Wie sich nunmehr auch im Bereich der Konkurrenzen gezeigt hat, führt die Regelbeispielstechnik zu massiven dogmatischen Irritationen.

5. Kritik

Lob verdient der BGH dafür, dass er einem Problem die gebührende Aufmerksamkeit verschafft, das bislang zumeist übersehen wurde. Auch ist es zu begrüßen, dass die Entscheidung den Unterschied zwischen Regelbeispielen und Tatbeständen sowie die daraus zu ziehenden Konsequenzen klarstellt. Diese Stellungnahme verträgt sich allerdings schlecht mit der Handhabung der Regelbeispiele beim Versuch in der Rechtsprechung. Die knappe Äußerung des BGH dazu kann nicht überzeugen.

Was die Entscheidung ins Zwielflicht rückt, wurde oben bereits angesprochen: Der BGH überschreitet das Maß des Notwendigen. Im konkreten Fall war es nicht notwendig, die Grundsatzfrage zu entscheiden. Das ist keine Kleinigkeit. Denn die Aufgabe der Rechtsprechung ist es, über vorliegende Fälle zu entscheiden, nicht aber, Rechtsmeinungen über künftige Fälle zu äußern. Nur das entspricht der ihr zugeteilten Aufgabe im Gewaltenteilungssystem. Das daraus abzuleitende Gebot richterlicher Zurückhaltung hat der BGH verletzt. Offensichtlich war der Wille, künftige Rechtsentwicklungen zu steuern, stärker als die Bereitschaft, sich mit den Schranken richterlicher Macht abzufinden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nicola Pridik zugrunde.)

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 13/164, S. 43.

FAMOS

(Der *Fall* des *Monats* im *Strafrecht*)

Dezember 2001

Parkschein - Fall

Urkundenfälschung: automatisch erstellte Schriftstücke als Urkunden / Verwarnungsgeld als Schutzobjekt des Betrugstatbestandes

§§ 267, 263, 22, 23 StGB

Leitsätze der Verfasser:

1. Ein Parkschein enthält die urkundenstrafrechtlich relevante Erklärung des Automatenbetreibers, dass eine Parkgebühr entrichtet und damit die Berechtigung zur Benutzung von Parkfläche in einem bestimmten Bereich für eine bestimmte Zeitspanne erworben worden ist.
2. Die Vermeidung eines Verwarnungsgeldes durch Täuschung erfüllt mangels eines Vermögensschadens nicht den Betrugstatbestand, weil das Verwarnungsgeld als präventiv-polizeiliche Maßnahme nicht dem Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs zugerechnet werden kann.

OLG Köln, Beschluss vom 10. 8. 2001 (Ss 264/01), abgedruckt in Strafverteidiger Forum (StraFo) 2001, S. 252.

1. Sachverhalt

A plant umfangreiche Weihnachtseinkäufe und parkt ihren Wagen in der S-Straße der Stadt B, wo das Parken nur gegen Entrichtung einer Parkgebühr gestattet ist. Ein Automat gibt nach Zahlung von 5 DM einen Parkschein aus, dessen Aufdruck erkennen lässt, dass er aus dem Parkscheinautomat der S-Straße stammt und für einen bestimmten Tag gilt. A möchte Geld für Geschenke sparen. Sie verwendet daher einen abgelaufenen Parkschein, den sie manipuliert. Dazu klebt sie einen vorher zurecht geschnittenen Zettel mit einer Ziffer über eine Ziffer des Datums, so dass nunmehr das aktuelle Datum erscheint. Den Schein legt sie sodann hinter die Windschutzscheibe ihres Fahrzeugs. Eine kontrollierende Politesse erkennt indes den Schwindel und lässt den Parkschein sicherstellen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Als nachträgliches Weihnachtsgeschenk bietet der Fall eine gute Gelegenheit, sich mit Kernproblemen der Urkundenfälschung und des Betrugs (wieder) vertraut zu machen.

Im Mittelpunkt der Prüfung von § 267 Abs. 1 StGB steht das Tatobjekt der Urkunde. Nach der geläufigen Grunddefinition handelt es sich dabei um eine **verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.**¹ Ob die Anwendung dieser Definition gelingt, hängt hier – wie so häufig – davon ab, dass die Gedankenerklärung richtig erfasst wird. Ein Fehlgriff ist leicht möglich,

¹ Tröndle/Fischer, StGB, 50. Auflage 2001, § 267 Rn. 2; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 25. Aufl. 2001, Rn. 790.

wie die Entscheidung der Vorinstanz und die ihr zustimmende Revisionsklärung der Generalstaatsanwaltschaft zeigen. Nach deren Auffassung verkörpert der Parkschein die Gedankenerklärung des jeweiligen Autofahrers, er habe an dem durch den Ausdruck ausgewiesenen Tag einen gültigen Parkschein erworben.² Der jeweilige Autofahrer erklärt mit dem Parkschein jedoch allenfalls dann etwas, wenn er ihn durch Auslage im Auto verwendet. Urkundenstrafrechtlich ist diese Erklärung aber ohne Bedeutung.³ Für eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung ist nämlich der Beweiswert maßgeblich, der sich mit der Person des Ausstellers verknüpft.⁴ Über die Person des Ausstellers „Autofahrer“ wird aber nicht getäuscht, wenn dieser selbst einen manipulierten Schein verwendet. Was er behauptet, ist eine bloße **schriftliche Lüge**, die bekanntlich von § 267 Abs. 1 StGB nicht erfasst wird.⁵

Eine Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB kommt somit nur in Betracht, wenn der Parkschein nicht eine Erklärung der A, sondern der Stadt B als Betreiberin des Parkautomaten und Nutzungsberechtigte des Parkraums beinhaltet. Dann nämlich erlangt die Manipulation urkundenstrafrechtliche Relevanz, weil **die scheinbare und die wirkliche Ausstellerin nicht identisch** sind. Der manipulierte Schein erweckt den Eindruck, dass die in ihm enthaltene Aussage von der Stadt B stammt; in Wahrheit hat A sie abgegeben.

Welche Erklärung der Stadt B ist im Parkschein verkörpert? Bescheinigt wird, dass eine Parkgebühr entrichtet wurde und dementsprechend die Berechtigung zur Parkraumnutzung besteht. Doch lassen die Umstände daran zweifeln, dass diese mit dem Schein verknüpfte Aussage den Wert einer Gedankenerklärung mit Ausstellerbezug hat. Es gilt – nachweislich gesprochen – zwei Nüsse zu knacken. Zum einen erweckt Bedenken, dass der ausgegebene Schein das schlichte Produkt einer Datenverarbeitungsanlage ist. Wo steckt der menschliche Gedanke, dessen Erklärung urkundenstrafrechtlich geschützt wird? Ferner enthält der Schein nicht mehr als die Bezeichnung des Standortes des Automaten. Wie soll daran die Stadt B als Ausstellerin erkennbar sein?

Zur ersten Frage. Sie spricht ein weit über diesen Fall hinaus reichendes Problem an. Insgesamt hat die **Automatisierung des Schriftverkehrs** früher nie geahnte Ausmaße angenommen. Wir werden überflutet von maschinell gefertigten Schriftstücken. Einige Beispiele: Steuer- und Rentenbescheide, Kontoauszüge der Banken, Strom- und Wasserrechnungen. Wollte man darin bloße technische Aufzeichnungen sehen,⁶ so würde verkannt, dass die Gesellschaft mit Schriftstücken dieser Art gleichermaßen umgeht wie mit vollständig von einem Menschen angefertigten schriftlichen Äußerungen. Das Urkundenstrafrecht verarbeitet daher diese Entwicklung durch Großzügigkeit im Umgang mit den Urkundenmerkmalen der Gedankenerklärung und der Erkennbarkeit des Ausstellers. Es wird nicht als erforderlich angesehen, dass der menschliche Gedanke, der in der Urkunde verkörpert ist, ein unmittelbares geistiges Produkt des Erklärenden ist. Vielmehr **genügt eine potentielle Aussageherrschaft**, um einer Person einen Text als ihre Erklärung zuzurechnen.⁷ Diese potentielle Aussageherrschaft ist auch dann gewahrt, wenn der Erklärende seine Erklärung **antizipiert autorisiert** hat.⁸ Für unseren Fall bedeutet dies: Indem die Stadt B den Parkscheinautomaten aufstellte und mit den nötigen Eingabeinformationen ausstatten ließ, autorisierte sie im Voraus die mit dem Parkschein verbundene Erklärung, insbesondere die zeitliche Begrenzung der Parkberechtigung.

Die zweite Nuss knackt, wer bei der Erforschung der **Identität des Ausstellers** folgende **Grundsätze** beachtet. Maßgeblich ist die Sicht Beteiligten oder Eingeweihter. Der Aussteller der urkundlichen Erklärung muss sich **aus der Urkunde selbst** ergeben; es dürfen nicht erst

² Wiedergegeben in der Entscheidung des OLG Köln, StraFo 2001, 352, 353.

³ In anderen strafrechtlichen Zusammenhängen, so etwa unter dem Gesichtspunkt des Betruges, kann die mit der Auslage verbundene Erklärung dagegen durchaus von Bedeutung sein.

⁴ Vgl. LK-Gribbohm, StGB, 11. Aufl. § 267 Rn. 44.

⁵ Vgl. Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 310.

⁶ So noch Samson, JuS 1970, 369, 371.

⁷ NK-Puppe, StGB, § 267 Rn. 30.

⁸ LK-Gribbohm, aaO., § 267 Rn. 136; NK-Puppe, aaO., § 267 Rn. 30.

noch Beweiserhebungen erforderlich sein.⁹ Andererseits reicht es aus, wenn der Aussteller **aus den begleitenden Umständen bestimmbar** ist.¹⁰ Zu diesen „Umständen“ gehören auch gesetzliche Regelungen.¹¹ Im vorliegenden Fall hilft das Straßenverkehrsgesetz weiter. § 6 a Abs. 6 Satz 2 StVG ist zu entnehmen, dass im Bereich von Ortsdurchfahrten der jeweiligen Gemeinde die erhobenen Parkgebühren zustehen. Folglich war aus der Standortangabe auf dem Parkschein die Stadt B den Umständen nach als Ausstellerin der Erklärung erkennbar.¹²

Den zweiten Schauplatz dieses Falles bildet die Betrugsstrafbarkeit mit dem Begriff des Vermögens als Hauptdarsteller. Eine Strafbarkeit der A durch das Auslegen des manipulierten Scheines wegen versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB hängt wesentlich davon ab, ob Verwarnungsgelder zu dem von § 263 StGB geschützten Vermögen des Staates gerechnet werden. Ganz überwiegend wird das verneint.¹³ **Verwarnungsgelder und Bußgelder auf Grund von Ordnungswidrigkeiten sowie Geldstrafen seien keine Gegenstände des Wirtschaftsverkehrs** und würden deshalb nicht unter den Schutz des Betrugstatbestandes fallen. Zwar bedeute eine entsprechende Sanktionierung für den Täter durchaus ein wirtschaftliches Opfer; auch werde aus haushaltsrechtlicher und wirtschaftlicher Sicht das Vermögen des Staates vermehrt.¹⁴ Jedoch seien diese Vorgänge wegen ihrer besonderen staatlichen Funktion nicht vermögensrechtlicher Natur. Die Sanktionierung durch Geldstrafen und -bußen stelle eine Vergeltung für begangenes Unrecht und einen „Pflichtappell“¹⁵ an den Betroffenen dar. Sie erfolge „um ihrer selbst willen“.¹⁶ Betroffen sei somit ein **„Rechtsgut eigener Art“**¹⁷, dessen strafrechtlicher Schutz von speziellen Vorschriften abhänge, wie z. B. § 258 StGB.

Der Gegenstandspunkt¹⁸ zählt jedenfalls das Verwarnungsgeld zum Vermögen im Sinne des § 263 StGB. Zur Begründung wird angeführt, dass der ethische Unwertgehalt nur sehr gering sei. Dem Verwarnungsgeld würden das mit der Kriminalstrafe verbundene Unwerturteil und der Ernst staatlichen Strafens fehlen.¹⁹ Auf Nehmer- und Geberseite dominiere der Aspekt der Vermögenstransaktion. Das Verwarnungsgeld sei geradezu ein „geldwertes Gut par excellence“²⁰.

Das wiederum wird bestritten. Das Verwarnungsgeld verleihe der mit der Verwarnung ausgesprochenen Rüge Nachdruck; als „präventiv-polizeiliche Maßnahme“ ziele es darauf ab, den Betroffenen für die Zukunft zu einem gesetzestreuen Verhalten zu veranlassen.²¹

Soweit dieser Meinungsstreit. Scharfsinnige werden noch auf den Gedanken kommen, unter dem Gesichtspunkt des Betruges außerdem die von A erstrebte **Einsparung der Parkgebühr** zu prüfen. An der Vermögensrelevanz dieser Gebühr ist nicht zu zweifeln. Denkbar sind zwei Ansätze.

⁹ BGHSt 13, 382, 384 f.; *Tröndle/Fischer*, aaO., § 267 Rn. 7; *Wessels/Hettinger*, aaO., Rn. 801.

¹⁰ BGHSt 13, 382, 385; *LK-Gribbohm*, aaO., Rn. 49; *Schönke/Schröder-Cramer*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 267 Rn. 17.

¹¹ RGSt 76, 205, 206; BayObLG, NJW 1980, 1057; *LK-Gribbohm*, aaO., § 267 Rn. 50; *Tröndle/Fischer*, aaO., § 267 Rn. 7.

¹² Kein Problem ist es, dass von B als Gebietskörperschaft keine persönliche Erklärung erwartet werden kann. Denn die im Namen der juristischen Person des öffentlichen Rechts durch ihre Organe und sonstigen Vertreter abgegebenen Erklärungen werden dieser im Rechtsverkehr zugerechnet. *Schönke/Schröder-Cramer*, aaO., § 267 Rn. 17 a.

¹³ Vgl. insbesondere *LK-Tiedemann*, aaO., § 263, Rn. 145 m.w.N.

¹⁴ OLG Karlsruhe, NSTz 1990, 282.

¹⁵ BayObLG, JR 1991, 433.

¹⁶ OLG Stuttgart, MDR 1981, 422.

¹⁷ BayObLG, JR 1991, 433, 434.

¹⁸ *Wenzel*, DAR 1989, 455; *Graul*, JR 1991, 435.

¹⁹ *Wenzel*, DAR 1989 455, 456.

²⁰ *Graul*, JR 1991, 433, 435. Letztlich verneint *Graul* aber eine Betrugsstrafbarkeit mit dem Argument, dass auch insoweit der in § 258 StGB enthaltene Grundsatz strafloser Selbstbegünstigung durchgreife.

²¹ BayObLG, JR 1991, 433, 434.

Zum einen könnte im Verwarnungsgeld die Parkgebühr enthalten sein. Die Vermeidung des Verwarnungsgeldes durch Täuschung würde dann zugleich darauf abzielen, den Staat um die Parkgebühr zu prellen. Doch sieht die Praxis der Parkraumbewirtschaftung so nicht aus. Die nicht gezahlte Parkgebühr wird nicht in das Verwarnungsgeld eingerechnet. Auch wird sie nicht in einem separaten Verfahren nachträglich erhoben, sondern gilt durch das Verwarnungsgeld als erledigt.²²

Zum anderen könnte daran angeknüpft werden, dass es A insgesamt darauf ankam, die Zahlung der Parkgebühr zu vermeiden, sich also auf diese Weise zu bereichern. Doch kann diese Bereicherungsabsicht für eine Betrugsstrafbarkeit nur im Zusammenhang mit einer Täuschung, einem Irrtum, einer Vermögensverfügung, einem Vermögensschaden und zudem nur als dessen Kehrseite relevant werden. Die Täuschungshandlung der A hatte aber allein zum Ziel, die Erhebung eines Verwarnungsgeldes durch eine kontrollierende Politesse zu vermeiden. Das Gleiche nochmals aus anderer Sicht: Aus der Nichtzahlung der Parkgebühr entstand der Stadt B ein Vermögensschaden; dieser stand jedoch in keinerlei ursächlichem Zusammenhang mit der Täuschungshandlung der A.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Neues hat der Beschluss des OLG Köln zwar nicht zu bieten; immerhin präsentiert er aber bekannte Probleme in ungewohnter Einkleidung.

Durchweg schließt sich das Gericht der h. M. an. Es bejaht eine Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB unter Verwendung der oben bereits genannten Denkfiguren. Der Parkschein enthalte die Erklärung der Stadt, dass die Parkgebühr entrichtet worden sei und der Schein zum Parken in dem ausgewiesenen Bereich für eine bestimmte Zeit berechtige. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Schein das Produkt einer automatischen Datenverarbeitung sei. Die so entstandene Erklärung könne sich die Stadt im Voraus zueigen machen. Sie sei im Parkschein auch als Ausstellerin hinreichend bezeichnet. Es genüge eine Erkennbarkeit, die sich aus den begleitenden Umständen und auch aus gesetzlichen Vorschriften – § 6 a Abs. 6 Satz 2 StVG – ergebe.

Im zweiten Teil der Entscheidung lehnt das OLG eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs mit der gängigen Begründung ab, dass Verwarnungs- und Bußgelder nicht zu dem von § 263 StGB geschützten Vermögen des Staates gehören würden. Weder bemüht es sich um neue Argumente, noch ist ihm die Gegenansicht eine nähere Auseinandersetzung wert.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Was die Entscheidung zum Fall des Monats hat werden lassen, ist die – aus der Sicht von Prüfern – so glückliche Verbindung von Problemen zweier als schwierig geltender Tatbestände. Die Wahrscheinlichkeit einer Verwertung in Prüfungen ist also groß. Für Studierende eröffnet sich die Möglichkeit, ihr Problembewusstsein zu schärfen.

Im Zusammenhang mit der Urkundenfälschung verdient die Frage der Urkundenqualität automatisch erstellter Schriftstücke besondere Beachtung. Die Reduzierung der Anforderungen an die Erkennbarkeit des Ausstellers sollte bekannt sein.

Der richtige Umgang mit den Betrugsproblemen setzt Sicherheit bei der Behandlung staatlichen Vermögens voraus. Zwei Bereiche sind zu unterscheiden. Nimmt der Staat am Wirtschaftsverkehr teil, indem er zum Beispiel Wohnungen vermietet oder Grundstücke verkauft, ist sein Vermögen von § 263 Abs. 1 StGB geschützt. Zahlungsansprüche auf Grund

²² So – nach unseren Recherchen – die Praxis des Landes Berlin, das bekanntlich auf die sog. private Parkraumbewirtschaftung setzt. Das bedeutet Folgendes. Das Land Berlin schließt mit Privatunternehmen Wartungsverträge zur Aufstellung von Automaten und zur Überwachung der Parkräume ab. Die Unternehmen erhalten dafür jedoch nicht die Einnahmen aus den Automaten. Diese fließen vielmehr dem Land Berlin zu. Die Kontrolleure der Parkräume sind Privatangestellte der Polizei. Sie verhängen die Verwarnungsgelder für das Land Berlin.

staatlicher Sanktionierung unterfallen dagegen nach ganz überwiegender Auffassung nicht dem Schutz des Betrugstatbestandes. Durchaus vertretbar ist aber auch der Standpunkt, dass eine „ethisch farblose“ Sanktionierung – wie das Verwarnungsgeld – Vermögen im Sinne von § 263 StGB darstellt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings das aus § 258 Abs. 1 und 5 StGB abzuleitende Prinzip strafloser Selbstbegünstigung. Es sollte demjenigen zugute kommen, der durch Täuschung nur der Sanktionierung entgehen will.²³

5. Kritik

Im urkundenstrafrechtlichen Teil der Entscheidung steht ein Satz, der es verdient, wortwörtlich wiedergegeben zu werden: „Die Angeklagte hat jeweils von einer unechten Urkunde im Rechtsverkehr Gebrauch gemacht, die sie zuvor durch verfälschenden Eingriff in den Erklärungsgehalt hergestellt hatte, als sie einen Parkschein in ihrem Fahrzeug auslegte, an dem sie die Angabe des Parkzeitendes verändert hatte.“²⁴ Verwirrender geht’s nicht! Was stellt nun das Auslegen des Scheines dar – das Herstellen einer unechten Urkunde, das Verfälschen einer echten Urkunde oder das Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde? Rein sprachlich ist alles möglich. Dem Gesamtzusammenhang der Entscheidung wird man entnehmen können, dass das Gericht in der Auslage des Scheines ein Gebrauchmachen und in der vorherigen Manipulation ein Verfälschen gesehen hat. (Die erneute Verfälschung eines bereits verfälschten Scheines würde übrigens, wie das Gericht richtig bemerkt, das Herstellen einer unechten Urkunde bedeuten.²⁵)

Das Festhalten an der Auffassung, dass Verwarnungsgelder kein Wirtschaftsgut seien, wirkt – jedenfalls aus Berliner Sicht – reichlich wirklichkeitsfremd. Was der Bürger tagtäglich erfährt und gelegentlich Politiker sogar aussprechen, sollte auch die Justiz zur Kenntnis nehmen. Die Parkraumbewirtschaftung einschließlich der Verwarnungsgelder zielt wesentlich darauf ab, Haushaltslöcher zu stopfen. Und es ist wohl mehr als ein Gerücht, dass von Kontrollpersonen sogar bestimmte Beitreibungsquoten erwartet werden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Maike Hahme und Stefan-Alexander Doernberg zugrunde)

²³ Vgl. *Graul*, JR 1991, 435, 436.

²⁴ OLG Köln, StraFo 2001, 352, 353.

²⁵ OLG Köln, StraFo 2001, 352, 353, unter Hinweis auf Schönke/Schröder/Cramer, aaO., § 267 Rn. 66.