

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2002

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

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

F A M O S

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

Januar 2002

Sauna - Fall

*Vorteilsannahme / Schutzrichtung der Bestechungsdelikte / Unrechtsvereinbarung /
Tathandlung des Forderns*

§ 331 Abs. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Die den Kern der Bestechungstatbestände ... bildende Unrechtsvereinbarung erfordert, dass erkennbar der gewährte Vorteil oder die Gefälligkeit in einem Beziehungsverhältnis (Äquivalenzverhältnis) zu der Diensthandlung steht. Der Vorteil muss also der Amtsperson aufgrund einer "vertragsmäßigen" Willensübereinstimmung beider Teile "als Gegenleistung" für die Diensthandlung zufließen.

OLG Hamm, Beschluss vom 24. 8. 2001, abgedruckt in StraFo 2001, S. 393.¹

1. Sachverhalt

Bauamtsleiter A hätte gern Geschlechtsverkehr mit seiner attraktiven Sekretärin B. Um dieses Vorhaben zu verwirklichen, bedrängt er sie wiederholt, mit ihm essen zu gehen. Nach längerem Zögern nimmt B die Einladung schließlich an. Auf eindeutige Angebote des A während des Essens reagiert sie jedoch ablehnend. Auch weitere Angebote dieser Art in den folgenden Tagen lehnt sie ab. Dabei gibt sie vor, dass sie keine Zeit habe, weil sie privat stark in Anspruch genommen sei. A bemerkt, dass B sich widerstrebend verhält. Um ihr die Ausrede zu nehmen, dass sie nach Feierabend keine Zeit habe, schlägt er ihr vor, tagsüber etwas gemeinsam zu unternehmen, nämlich ein Landhotel mit Sauna aufzusuchen und nach einem gemeinsamen Saunagang miteinander geschlechtlich zu verkehren. Er bietet ihr an, dass sie dafür dienstfrei erhält unter Anrechnung ihrer Überstunden. Zu einem Ausgleich von Überstunden durch Gewährung von dienstfrei ist A als Behördenleiter an sich auch befugt. B lehnt auch diesen Vorschlag ab.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Es drängt sich nicht gerade auf, das Verhalten des A als Bestechungstat zu würdigen. Näher liegt es, an ein Sexualdelikt, an Nötigung und an Beleidigung zu denken. Doch wird rasch klar, dass nichts davon hier vorliegt. Ein Annäherungsversuch mit sexuellen Absichten ist zwar eine äußerst unangenehme Belästigung, aber noch keine (versuchte) Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach §§ 174 ff. StGB. § 240 StGB greift nicht ein, weil der Sachverhalt nicht erkennen lässt, dass A konkret mit einem empfindlichen Übel gedroht hat. § 185 StGB scheint noch am ehesten relevant zu sein. Denn wird B nicht dadurch erniedrigt, dass A sie zum Objekt seiner sexuellen Wünsche macht? Allerdings belegen seine Bemü-

¹ Der Abdruck gibt den Sachverhalt nur verkürzt wieder. Eine vollständige Version der Entscheidung ist unter http://www.burhoff.de/rspr/texte/ac_00018.htm erhältlich.

hungen und Vorkehrungen, dass auch er B nicht als eine Frau einschätzt, die sexuell ohne weiteres verfügbar ist. Im Übrigen hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Einschränkung des Sexualstrafrechts im Jahre 1973 durch das 4. Strafrechtsreformgesetz nicht unterlaufen werden sollte durch die Bestrafung schwacher Formen sexueller Übergriffe als Beleidigung.² Das Verhalten des A gegenüber B ist strafrechtlich nicht als Angriff auf individuelle Rechtsgüter erfassbar. Insoweit ermöglichen nur das Disziplinarrecht sowie das Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz³ eine adäquate rechtliche Reaktion.

Auf die Spur zu den Bestechungsdelikten führt erst die Blickwendung von der Auseinandersetzung zwischen den beiden Personen zur Amtsführung des A. Die Dienstzeitregelung, die er B vorschlug, hatte allein zum Ziel, ihm die Verfolgung seiner sexuellen Absichten zu ermöglichen. Darin deutet sich so etwas wie Korruption an: zeitliche Vergünstigung gegen sexuelle Hingabe.

Eine nähere Überprüfung führt zum Tatbestand der **Vorteilsannahme gem. § 331 Abs. 1 StGB**, der Fälle einer **Vorteilszuwendung für eine an sich pflichtgemäße Dienstaussübung** erfasst. Einer Anwendung steht nicht etwa entgegen, dass der Plan des A scheiterte. Als Tathandlung genügt das bloße Fordern des Vorteils. Im Übrigen ist anerkannt, dass auch eine immaterielle Vergünstigung, wie die Gewährung des Geschlechtsverkehrs, einen Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte darstellt.⁴

Gravierender ist der Einwand, dass es sich um einen nur innerbehördlichen Vorgang handle, der das **Schutzgut** des Tatbestandes, nämlich **das öffentliche Vertrauen in die Integrität der Verwaltung**,⁵ nicht berühre. Das hat der Revisionsführer im vorliegenden Verfahren vorgetragen und ist auch in einem insoweit ähnlich gelagerten Verfahren vor dem OLG Frankfurt⁶ geltend gemacht worden. Danach würde sich der Tatbestand auf Fälle des Zusammenwirkens von Amtsträgern mit Nicht-Amtsträgern beschränken. Zwar wird dieser Standpunkt in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht vertreten.⁷ Es ist aber einzuräumen, dass Bestechungsvorgänge im Regelfall tatsächlich durch das Zusammenwirken von Personen innerhalb und außerhalb der Verwaltung gekennzeichnet sind.

Das zweite Problem des Falles hängt mit dem **für alle Bestechungsdelikte zentralen⁸ Merkmal der Unrechtsvereinbarung** zusammen. Es kommt im Gesetz nur andeutungsweise zum Ausdruck. Für § 331 StGB ergibt es sich aus den Worten „... für die Dienstaussübung ...“.⁹ Inhaltlich muss die Unrechtsvereinbarung auf die Gewährung eines Vorteils gerichtet sein, der im Zusammenhang mit der Dienstaussübung steht. Und zwar muss **zwischen der Dienstaussübung und dem gewährten Vorteil ein Äquivalenzverhältnis** bestehen.¹⁰ Amtsträger und Vorteilsgeber – so das Tatbild – kommen ausdrücklich oder konkludent überein, für amtliche Tätigkeit einen Vorteil zu geben und zu nehmen.¹¹

² Vgl. Lackner / Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 185 Rn. 6.

³ Beschäftigtenschutzgesetz v. 24. 6. 1994 (BGBl. I 1406).

⁴ BGH NJW 1989, 914, 915.

⁵ Vgl. nur Tröndle / Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 331 Rn. 3 m. w. N.

⁶ OLG Frankfurt NJW 1989, 847.

⁷ Der in der Entscheidung des OLG Hamm angegebene Beleg für eine entsprechende Auffassung in der Literatur ist ein Fehlzitat. Keineswegs vertritt Rudolphi in SK, StGB, § 331 Rn. 3, die Auffassung, dass die Bestechungsdelikte auf Vorgänge unter Amtsträgern nicht anwendbar seien. Am angegebenen Ort stellt er lediglich unterschiedliche Auffassungen zum Schutzgut von § 331 StGB zusammen, ohne selbst Stellung zu nehmen.

⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, 3. Auflage 2000, § 60 Rn. 22.

⁹ Rengier, aaO., § 60 Rn. 22. – Bei der Reform der Bestechungsdelikte von 1997 wurden die Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung nach § 331 Abs. 1 StGB gesenkt. Zuvor musste sich die Vereinbarung auf einen Vorteil als "Gegenleistung für die Diensthandlung" beziehen. Nunmehr ist eine bloße "Dienstaussübung" als Äquivalent ausreichend.

¹⁰ Rengier, aaO., § 60 Rn. 23.

¹¹ Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Auflage 2001, § 331 Rn. 3; Küper, Strafrecht BT, 4. Auflage 2001, S. 407.

Das gilt ohne weiteres im Falle der Tathandlungen des Sich-Versprechen-Lassens und des Annehmens. Da für die Tathandlung des Forderns irgendwelche Aktivitäten des angesprochenen Vorteilsgebers nicht erforderlich sind,¹² ist dort die Unrechtsvereinbarung nach der Vorstellung des Amtsträgers zu beurteilen. In dem, was er dem anderen vorschlägt, müssen die Wesensmerkmale einer Unrechtsvereinbarung aufzufinden sein. Er muss sich also die angebotene Dienstausbübung als Äquivalent für die verlangte Vorteilsgewährung vorstellen. Genauer: als erwünschtes oder jedenfalls akzeptables Äquivalent. Denn wie sonst sollte es zu einer Vereinbarung kommen?

Man darf sich also durch den Gesetzeswortlaut nicht in die Irre führen lassen: „**Fordern**“ im Sinne der Bestechungsdelikte ist enger zu verstehen als im Alltagssprachgebrauch. Gemeint ist ein bloßes Auffordern. Das Merkmal **umfasst nur solche Erklärungen, die auf eine Willensübereinstimmung abzielen**. Nicht erfasst sind Erklärungen, die dem Gegenüber etwas gegen seinen Willen abverlangen.¹³

Dafür spricht auch die innere Systematik der Tathandlungen, die sich als Schrittfolge darstellt: Fordern, verstanden als das vom Amtsträger ausgehende Angebot, die Unrechtsvereinbarung abzuschließen, bildet die Vorbereitung des Sich-Versprechen-Lassens, das wiederum die Annahme vorbereitet.¹⁴

Auf dieser Grundlage wird das Fallproblem zu einer Sachverhaltsfrage. Es genügt nicht, dass A erwartete, B werde seinem Drängen nachgeben. Vielmehr muss angenommen werden können, dass A ein Einverständnis der B mit seinem Angebot – Gewährung von dienstfrei für die Bereitschaft zum Geschlechtsverkehr – für möglich hielt, weil es auch in ihren Augen vorteilhaft war. Das erscheint zweifelhaft, denn B hatte ihm zuvor mehrfach zu erkennen gegeben, dass ihr nichts an sexuellen Kontakten mit ihm gelegen war.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In seiner Entscheidung weist das OLG Hamm den Einwand des Revisionsführers zurück, dass die Tat des A als innerbehördlicher Vorgang nicht vom Schutzzweck des § 331 Abs. 1 StGB erfasst sei. Dabei schließt es sich der Entscheidung des OLG Frankfurt an.¹⁵ Der Kernsatz der Begründung dafür lautet: „... das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes wird ... auch dann zutiefst erschüttert, wenn Amtsträger untereinander die Vornahme oder Nichtvornahme von Diensthandlungen mit Gegenleistungen verknüpfen und sich bei ihrer Entscheidungsfindung nicht ausschließlich von sachbezogenen Erwägungen leiten lassen.“

Eine Strafbarkeit des A gem. § 331 Abs. 1 StGB lässt das Gericht dann aber am Merkmal der Unrechtsvereinbarung scheitern. Die Dienstausbübung müsse die Motivation für die begünstigte Person sein, nun ihrerseits dem Amtsträger den Vorteil zu gewähren. Der Austausch von Leistung und Gegenleistung müsse **im beiderseitigen Interesse** liegen. Es seien jedoch „nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Zeugin etwa daran gelegen hat, die ihr in Aussicht gestellte dienstfreie Zeit in der von dem Angeklagten angestrebten Art und Weise zu verbringen“. Die Dienstbefreiung sei ihr vielmehr „aufgedrängt“ worden. Dessen sei sich A auch bewusst gewesen.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Der Fall bietet die günstige Gelegenheit, sich mit der Systematik der Bestechungsdelikte und mit dem zentralen Merkmal der Unrechtsvereinbarung vertraut zu machen. Zwar stehen diese Delikte nicht im Mittelpunkt des Prüfungsgeschehens. Doch ist man auch nicht vor ih-

¹² Das vom Fordernden geäußerte Verlangen muss nur zur Kenntnis des Aufgeforderten gelangt sein; Küper, aaO., S. 405.

¹³ Das ist letztlich die Quintessenz des Sauna-Falles; in der Literatur findet sich bislang noch keine gleichermaßen deutliche Ausformulierung.

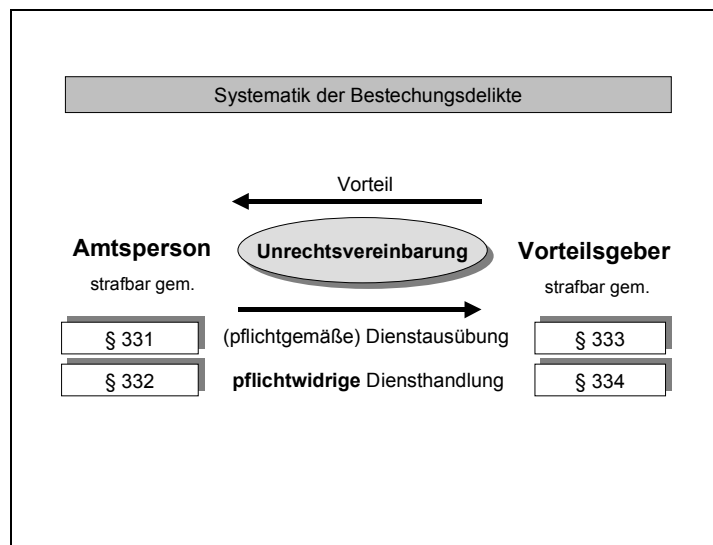
¹⁴ Vgl. Arzt / Weber, Strafrecht BT, 2000, § 49 Rn. 34.

¹⁵ OLG Frankfurt NJW 1989, 847, 848.

nen sicher. Wenn sie thematisiert werden, sind es erfahrungsgemäß gerade die beiden genannten Gesichtspunkte, die zur Sprache kommen.

Die **Systematik der Bestechungsdelikte** lässt sich daraus ableiten, dass die gesetzlichen Tatbestände **in zweifacher Hinsicht spiegelbildlich konstruiert** sind. Erstens: §§ 331, 332 StGB erklären den Amtsträger im Falle der Käuflichkeit für strafbar; §§ 333, 334 StGB bilden insoweit die Kehrseite und erfassen den Vorteilsgeber. Zweitens: §§ 331, 333 StGB stellen die Vorteilsannahme für eine pflichtmäßige Diensthandlung unter Strafe, während §§ 332, 334 StGB eine pflichtwidrige Diensthandlung voraussetzen.

Das Herzstück der Tatbestände bildet die Unrechtsvereinbarung, welche die Übereinkunft über das Beziehungsverhältnis zwischen Diensthandlung und Vorteil zum Gegenstand hat.



Für eine klausurmäßige Bearbeitung ergibt sich die Frage, ob das erste Fallproblem überhaupt zu behandeln ist. Wird doch die Auffassung, dass die Bestechungsdelikte auf das Zusammenwirken von Amtsträgern nicht anwendbar seien, weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur bislang vertreten. Das maßgebliche Kriterium sollte jedoch nicht sein, ob hinter einer Auffassung eine Autorität steht. Gerechtfertigt ist eine Erörterung immer schon dann, wenn es plausible Gründe für eine Meinungsdivergenz gibt. Für den erwähnten Standpunkt spricht immerhin, dass für Korruption das Zusammenwirken von Bürgern mit Amtsträgern typisch ist und dass ein rein behördeninterner Vorgang mangels Außenwirkung das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Verwaltung unberührt lässt.

Überzeugend sind diese Gesichtspunkte allerdings nicht. Darin ist dem OLG Hamm zuzustimmen. Im Vergleich zur „normalen“ Korruption weist das behördeninterne Geben und Nehmen sogar einen erhöhten Unrechtsgrad auf. Denn die Verwaltung ist auf beiden Seiten beteiligt. Auch profitieren die Mitwirkenden von der Abschirmung gegenüber der Öffentlichkeit. Da die Bestechungsdelikte insgesamt abstrakte Gefährdungsdelikte sind,¹⁶ ist für die Strafbarkeit ohne Belang, ob die Bevölkerung von dem Vorgang tatsächlich erfährt und dadurch in ihrem Vertrauen auf die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung erschüttert wird. Im Übrigen ist das Vertrauen besonders stark erschüttert, falls die Öffentlichkeit von einem behördeninternen Vorgang dieser Art Kenntnis erlangt.

¹⁶ Tröndle / Fischer (Fn. 5), § 331 Rn. 3.

5. Kritik

Das OLG Hamm verdient auch darin Zustimmung, dass es das Merkmal des Forderns verneint. Die Tatumstände lassen eine andere Entscheidung kaum zu. A zielte mit seinem Angebot darauf ab, B mögliche Ausreden abzuschneiden. Angesichts ihres vorangegangenen Verhaltens war ihm klar, dass ihre Interessen mit seinen nicht übereinstimmten. Sein Vorschlag hatte nichts Verlockendes für B. Man stelle sich nur einmal ihre Reaktion vor, falls A seinem Angebot eine negative Fassung gegeben hätte: „Wenn Sie nicht am nächsten Donnerstag mit mir die Sauna aufsuchen und anschließend geschlechtlich verkehren, dann erhalten Sie an diesem Tag auch nicht dienstfrei für Ihre Überstunden!“ „Umso besser,“ hätte B gedacht oder auch gesagt.

Wenig konsequent ist es allerdings, wenn das OLG Hamm anschließend noch Überlegungen zu einer Versuchsstrafbarkeit anstellt. Da schon bei der Prüfung eines vollendeten Forderns ganz auf die Sichtweise des Täters abzustellen ist, scheidet nach der Verneinung des Merkmals die Möglichkeit von vornherein aus, dass ein entsprechender Tatentschluss vorliegen könnte.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Daniel Eichenauer und Ulrike Müller zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik angefertigt.)

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Februar 2002

Mülltonnen - Fall

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort: Unfall im Straßenverkehr / Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr: Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

§§ 142 Abs. 1, 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Eine vorsätzliche Schädigung ist dann kein Unfall im Straßenverkehr gem. § 142 Abs. 1 StGB, wenn das Verhalten schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung ist.

2. § 315 b StGB kommt nach Tatbestandsstruktur und Strafgrund nicht zur Anwendung, wenn sich der Eingriff ohne Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs in der konkreten Gefährdung erschöpft.

BGH, Urteil vom 15. November 2001 (BGH 4 StR 233/01), abgedruckt in NJW 2002, 626.

1. Sachverhalt

A und B probieren nachts aus, ob es möglich ist, Mülltonnen aus einem fahrenden PKW heraus zu greifen und nach einer kurzen Strecke wieder abzusetzen. A fährt, während B sich aus dem Seitenfenster lehnt, nacheinander mehrere Mülltonnen ergreift und diese wieder loslässt. Dabei prallt eine der Mülltonnen gegen einen parkenden PKW, der erheblich beschädigt wird. In Kenntnis des angerichteten Schadens, den sie in Kauf genommen haben, fahren A und B sofort davon.

Am nächsten Tag lässt A sich von der C überreden, mit seinem PKW den Wagen ihres früheren Freundes D zu beschädigen, von dem sie sich im Streit getrennt hat. A fährt zum Haus des D, vor dem dessen Wagen abgestellt ist, und drückt die Fahrertür mit der Stoßstange seines Wagens großflächig ein. Es entsteht ein Schaden von etwa 1.000,- €.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Im ersten Handlungsabschnitt hängt eine Strafbarkeit von A und B durch das Wegfahren nach § 142 Abs. 1 StGB maßgeblich davon ab, ob die zuvor bedingt vorsätzlich begangene Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB als **Unfall im Straßenverkehr** angesehen werden kann. Üblicherweise wird darunter ein **plötzliches Ereignis im öffentlichen Verkehr** verstanden, **das mit dessen Gefahren in einem ursächlichen Zusammenhang steht und zu einem nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden führt.**¹ Die **Anwendbarkeit dieser Definition auf Fälle vorsätzlicher Schädigung** erscheint in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft. So ist fraglich, ob das Merkmal der Plötzlichkeit auf eine

¹ Vgl. Lackner / Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 142 Rn. 5.

bewusste Schädigung passt. Auch erscheint es problematisch, eine Vorsatztat noch zu den Gefahren des Straßenverkehrs zu rechnen. Schließlich treten Bedenken ganz plastisch zutage, wenn man sich vor Augen führt, wie A und B sich nach § 142 StGB hätten verhalten müssen. Da auf Grund der Umstände offensichtlich war, dass sie sich wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht hatten, wären sie durch Angaben gegenüber feststellungsbereiten Personen nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder durch Offenbarung z. B. gegenüber der Polizei nach Ablauf der Wartefrist (§ 142 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB) genötigt gewesen, selbst für die Einleitung eines gegen sie gerichteten Strafverfahrens zu sorgen. Der Konflikt zwischen einer Strafbarkeit nach § 142 StGB und dem strafprozessualen Grundsatz, dass niemand zu seiner Überführung beitragen muss (Nemo-tenetur-Prinzip),² spitzt sich bei Vorsatztaten zu.

Diese Bedenken und weitere Argumente veranlassen eine Literaturansicht, eine Bestrafung von Vorsatztätern wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu verneinen.³ So wird noch angeführt, dass dem Sinn des Wortes „Unfall“ etwas Ungewolltes immanent sei. Auch erstrecke sich der Schutzzweck des § 142 StGB nicht auf das allgemeine Lebensrisiko, Opfer einer Straftat zu werden. Außerdem bestehe ein gesteigerter Motivationsdruck des Vorsatztäters, vom Unfallort zu fliehen. Ein Verbleiben sei ihm daher unzumutbar. Das Selbstbegünstigungsinteresse eines Vorsatztäters werde doch z. B. auch bei § 323 c StGB anerkannt. Zumutbarkeitserwägungen dieser Art dürften auch durchaus als Tatbestandsregulativ eingesetzt werden, weil § 142 StGB Unterlassungselemente enthalte. Für Unterlassungsstraftaten sei eine Begrenzung nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten anerkannt.

Die Rechtsprechung nimmt einen gegenteiligen Standpunkt ein.⁴ Danach genügt es, „wenn nur einem anderen ein von ihm ungewollter Schaden entstanden“ ist. Zumindest diesen treffe das Ereignis ungewollt und plötzlich von außen her. Für Vorsatztaten mittels eines Kraftfahrzeugs werden nur solche Fälle ausgenommen, in denen das Fahrzeug **„nicht (auch) als Mittel der Fortbewegung im Straßenverkehr, sondern nur als Werkzeug zur Verwirklichung eines außerhalb des Straßenverkehrs liegenden Erfolges benutzt wird“**. Dazu werden die Tötung eines Nebenbuhlers durch Überfahren und die Zerstörung des Garagentors des feindlichen Nachbarn mittels eines Fahrzeugs gezählt. Dagegen soll von § 142 StGB noch der Fall erfasst sein, dass ein Kraftfahrer ein verfolgendes Polizeifahrzeug vorsätzlich beschädigt. Dieser benutze sein Fahrzeug „stets und in erster Linie seinem Zweck entsprechend als Mittel der Fortbewegung im öffentlichen Verkehrsraum und nicht etwa (ausschließlich) als Tatwaffe“. – Der vorliegende Fall bietet Gelegenheit zu einer Erprobung und eventuellen Präzisierung dieser Formel für das Regel-Ausnahme-Verhältnis.

Auch im zweiten Handlungsabschnitt liegt der Problemschwerpunkt nicht bei der von A begangenen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB, zu der ihn C gem. § 26 StGB angestiftet hat. Wiederum steht ein Straßenverkehrsdelikt im Mittelpunkt, nämlich § 315 b StGB. Bekanntlich hält die Rechtsprechung das Vorliegen eines **„ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB“** für möglich, wenn **„ein Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckwidrig einsetzt und zugleich eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht vorliegt“**.⁵ Zu dem entsprechenden Fallbereich gehören das Zufahren auf einen Polizeibeamten⁶, das Umfahren eines Fußgängers⁷ und auch das Rammen eines am Fahrbahnrand abgestellten Fahrzeugs⁸.

² Vgl. zu diesem Konflikt und der (Schein)Lösung durch die Einstufung als Vermögensdelikt *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 38 Rn. 49 ff.

³ Exemplarisch für die im Folgenden dargestellte Argumentation: *Roxin*, NJW 1969, 2038 ff.; *Hartman-Hilte*, NZV 1995, S. 340 ff.

⁴ Grundlegend: BGHSt 24, 382, 383 ff. Der Entscheidung sind auch die im Text folgenden Zitate entnommen.

⁵ Vgl. dazu: BGHSt 28, 87, 89 f., und Schönke / Schröder - *Cramer / Sternberg-Lieben*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 315 b Rn. 9 m. w. N.

⁶ BGHSt 22, 6, 7 f.; 28, 87, 88 f.

⁷ BGH JZ 1983, 811.

⁸ BGH NSTz 1995, 31; BGH NJW 1995, 1766, 1767.

Da der BGH die Voraussetzung der groben Einwirkung von einigem Gewicht in seiner Entscheidung nicht näher geprüft hat, soll sie auch hier nicht weiter beachtet werden. Dagegen hat sich das Gericht eingehend mit dem tatbestandlichen Umfeld beschäftigt.

Durch die Tathandlung nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB muss der Täter zum einen die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt und zum anderen eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert verursacht haben. An einer konkreten Sachgefahr ist im vorliegenden Fall nicht zu zweifeln.⁹ Doch hat A auch die Sicherheit im Straßenverkehr beeinträchtigt? Wie ist überhaupt mit diesem Merkmal umzugehen, wenn der Täter gezielt ein bestimmtes Objekt angreift?

Generell wird für eine **Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs** eine **Steigerung der im Verkehr vorhandenen normalen „abstrakten“ Betriebsgefahr** gefordert.¹⁰ Diese Definition ist so vage, dass bezweifelt werden kann, ob sich mit dem Merkmal überhaupt eine Ausgrenzungsfunktion verbindet. So wird tatsächlich die Auffassung vertreten, dass das Merkmal bedeutungslos sei, weil jeder der Eingriffe gem. § 315 b StGB zu einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit führe.¹¹ Von seiner Bedeutungslosigkeit scheint auch der BGH in früheren Entscheidungen ausgegangen zu sein. So hat er es in Fällen des Zufahrens auf Personen entweder bei einer Feststellung belassen, die an einen Zirkelschluss grenzt,¹² oder er hat das Merkmal gar nicht erst angesprochen.¹³ Jedenfalls das Bemühen um eine begründete Anwendung des Merkmals zeigt eine Literaturansicht, nach der in Fällen eines „verkehrsfeindlichen Innenangriffs“ angenommen werden kann, dass die hierdurch bewirkte Sicherheitsbeeinträchtigung der Schädigung oder Gefährdung „oftmals nur kurze Zeit“ vorausgeht.¹⁴ Das klingt jedoch verdächtig nach einer Aufforderung, eine Verkehrsbeeinträchtigung zu unterstellen. Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, dass eine Anwendung von § 315 b StGB dann ausscheide, wenn außer dem unmittelbar angegriffenen Objekt niemand in den Gefahrenbereich habe kommen können.¹⁵ Im Merkmal der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs komme zum Ausdruck, dass der Tatbestand Züge eines gemeingefährlichen Delikts trage. Daher müsse die Tathandlung generell geeignet sein, den Straßenverkehr zu gefährden. Schließlich wird auch noch die Auffassung vertreten, dass die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs kein Tatbestandsmerkmal sei, sondern eine bloße Anweisung, die in § 315 b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB aufgeführten Verhaltensweisen einschränkend auszulegen.¹⁶

Hinter diesen Meinungsdivergenzen verbirgt sich das folgende schlichte Problem. Wer als Eingriff im Sinne von § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB auch das bewusst zweckwidrige Verwenden eines Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Absicht ansieht, schießt gewissermaßen über das Ziel hinaus. Denn damit werden auch gezielte Individualangriffe erfasst, die schwerlich als Straftat mit Straßenverkehrsbezug eingestuft werden können, wenn ausschließlich das anvisierte Objekt gefährdet ist. Nötig ist also eine zusätzliche Differenzierung.

⁹ Das Merkmal des bedeutenden Wertes ist erfüllt, auch wenn kein Totalschaden drohte. Bereits der tatsächlich herbeigeführte Schaden übertraf die bei ca. 750,- € liegende Wertgrenze; vgl. *Lackner / Kühl*, a.a.O., § 315 c Rn. 24.

¹⁰ So *Hohmann / Sander*, Strafrecht BT II, 2000, § 37 Rn. 9, mit Verweisen auf die Rechtsprechung zum gleichlautenden Merkmal in § 315 Abs. 1 StGB.

¹¹ Vgl. dazu die Nachweise aus der obergerichtlichen Rechtsprechung und aus der Literatur bei *Cramer* JZ 1983, 812, 814 Fn. 21.

¹² Vgl. etwa BGHSt 22, 6, 8. Eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs setze voraus, dass der Verkehr „in seinem ungestörten, geregelten Ablauf gefährdet“ werde. Das sei der Fall, „wenn infolge der Einwirkung andere Verkehrsteilnehmer nicht ohne Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum am Verkehr teilnehmen können“. Der Polizeibeamte, auf den der Angeklagte gezielt zugefahren sei, habe am öffentlichen Straßenverkehr teilgenommen und werde damit von § 315 b StGB geschützt.

¹³ So in BGH JZ 1983, 811.

¹⁴ LK-König, StGB, § 315 b Rn. 60.

¹⁵ *Cramer*, JZ 1983, 812.

¹⁶ SK-Horn, StGB, § 315 b Rn. 3.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nach Ansicht des BGH scheidet im ersten Handlungsabschnitt eine Verurteilung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort aus, weil kein Unfall im Straßenverkehr vorgelegen habe. Maßgeblich dafür sei nicht etwa der Umstand, dass die Täter vorsätzlich gehandelt hätten. Insofern bleibe es bei der bisherigen Rechtsprechung, deren Unfallbegriff auch Fälle vorsätzlicher Schädigung umfasse. Jedoch sei der **Schutzzweck der Norm** zu beachten, der darauf gerichtet sei, **typischen Gefahren des Straßenverkehrs** entgegenzuwirken. „Dass sich in dem Schadensereignis ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert hat“, kann nach Auffassung des BGH „jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn ein Verhalten schon **nach seinem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung** ist“. So ordnet der BGH das Geschehen im vorliegenden Fall ein. Er sichert das Ergebnis dann noch mit negativen Formulierungen ab. Allein der Umstand, dass aus einem fahrenden Fahrzeug heraus gehandelt worden sei, vermöge den notwendigen Zusammenhang mit den typischen Gefahren des Straßenverkehrs noch nicht herzustellen. Auch genüge es nicht, auf das sicherlich vorhandene Interesse des Geschädigten an der Ermittlung des Schadenverursachers abzustellen, das unabhängig davon bestehe, wo, auf welche Weise und mit welchen Mitteln der Schaden entstanden sei; denn dieser Gesichtspunkt taue für sich nicht zur inhaltlichen Bestimmung des Begriffs „Unfall im Straßenverkehr“.

Auch für den zweiten Handlungsabschnitt schließt der BGH ein Straßenverkehrsdelikt aus. § 315 b StGB komme nicht zum Zuge, weil die Vorschrift „**schon nach ihrer Tatbestandsstruktur und ihrem Strafgrund**“ nicht anwendbar sei. Das Vorliegen eines Eingriffs in den Straßenverkehr genüge, für sich genommen, noch nicht zur Erfüllung des Tatbestandes. Wenn sich der Eingriff **in der konkreten Gefährdung erschöpfe**, fehle es an dem zurechtzulegenden Erfordernis der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs. So liege die Sache hier.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Das Straßenverkehrsstrafrecht spielt im Prüfungszusammenhang eine größere Rolle, als Examenskandidatinnen und -kandidaten gemeinhin glauben. Gerade die hier relevanten §§ 142 und 315 b StGB werden häufig thematisiert. Das hat seinen Grund in der Rechtsprechungsentwicklung. Mit der grundsätzlichen Einbeziehung von Vorsatztaten in den Unfallbegriff (§ 142 StGB) sowie mit der Erstreckung des Begriffs des Eingriffs auf bestimmte verkehrsinterne Vorgänge (§ 315 b StGB) ist die Frage noch interessanter geworden, wie zwischen Straftaten mit und ohne Verkehrsbezug unterschieden werden kann.

Jeweils ist ein **dreistufiges Prüfungsverfahren** zu durchlaufen. Anzusetzen ist bei der Grunddefinition des Unfalls oder des Eingriffs (von außen). Auf der zweiten Stufe ist die Einbeziehung des Ausnahmefalls vorsätzlicher Schädigung oder verkehrsinternen Handelns zu diskutieren. Schließlich gilt es auf der dritten Stufe, diesen Bereich wieder einzugrenzen, also bestimmte Vorsatztaten vom Unfallbegriff auszunehmen oder bestimmten Eingriffen den Verkehrsbezug abzuspochen.

Welches Merkmal den geeigneten **Prüfungsanlass** bietet, ist bei § 142 StGB klar: Dort geht es allein um den Unfallbegriff. Bei § 315 b StGB verteilt sich die Prüfung auf zwei Merkmale: auf den ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff und auf die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs. Klärungsbedürftig ist, welchen Platz das letztgenannte Merkmal in der Tatbestandsprüfung einnehmen sollte. In der Ausbildungsliteratur wird Unterschiedliches vorgeschlagen. Empfohlen wird, das Merkmal gleich zu Beginn¹⁷ oder vor der Untersuchung der konkreten Gefährdung¹⁸ zu prüfen. Beides verträgt sich schlecht mit der vorliegenden Entscheidung. Hängt die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs davon ab, ob sich der Eingriff in der konkreten Gefährdung erschöpft, so muss diese zunächst untersucht werden, bevor zum Merkmal der Sicherheitsbeeinträchtigung Stellung ge-

¹⁷ Gössel, Strafrecht, 8. Aufl. 2001, S. 255 f.

¹⁸ Joecks, StGB, 3. Aufl. 2001, § 315 b Rn. 2; Hohmann / Sander, a. a. O., § 37 Rn. 9 f.

nommen werden kann. Im Übrigen sei betont, dass dieses Merkmal lediglich bei Fällen der vorliegenden Art näherer Prüfung bedarf. In normalen Fällen des § 315 b StGB genügt ein knapper Hinweis darauf, dass das Merkmal (selbstverständlich) erfüllt ist.

Was die **praktische Bedeutung** der Entscheidung betrifft, so verdient insbesondere der zweite Teil Interesse. Fälle des gezielten Zufahrens auf einzelne Personen oder isolierte Sachobjekte im Verkehrsbereich hat der BGH bisher regelmäßig als strafbar (auch) nach § 315 b StGB angesehen. Möglicherweise zeichnet sich mit der vorliegenden Entscheidung eine Rechtsprechungsänderung ab. Denn so außergewöhnlich waren die Umstände nicht, dass von einem absoluten Ausnahmefall gesprochen werden könnte. Der Schädigungsakt richtete sich gegen ein geparktes Auto, also gegen ein Objekt des ruhenden Verkehrs. Fälle des Rammens fremder Fahrzeuge galten bislang ohne weiteres als von § 315 b StGB erfasst.¹⁹

5. Kritik

Beifall verdient die Tendenz der Entscheidung, die Auswucherungen bei §§ 142 und 315 b StGB zurückzuschneiden. Jedoch geht der BGH dabei allzu zögerlich vor. Die Leitlinien dieser Entscheidung führen eher in eine weiter verzweigte Kasuistik hinein als zu klaren Lösungsmustern.

Nehmen wir die Ausgrenzung solcher Verhaltensweisen aus dem Unfallbegriff des § 142 StGB, die „schon nach ihrem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung“ sind. Ist das äußere Erscheinungsbild maßgebend oder die deliktische Planung? Was ist, wenn die deliktische Planung nicht äußerlich in Erscheinung tritt? Und umgekehrt: Wie ist zu urteilen, wenn das äußere Erscheinungsbild auf eine deliktische verkehrsfremde Planung deutet, die tatsächlich so aber nicht vorhanden ist? Zur zuletzt genannte Möglichkeit passt eine Entscheidung des OLG Hamm²⁰, auf die sich der BGH in seiner Entscheidung beruft. Das OLG Hamm hatte, wie der BGH meint „zu Recht“, den Fahrer eines LKW, aus dem heraus ein vorausfahrender PKW mit Flaschen beworfen und dadurch beschädigt worden war, vom Vorwurf des § 142 StGB freigesprochen. In der Tat erweckt dieser Fall zunächst den Eindruck, dass hier eine Straftat ohne Verkehrsbezug verübt worden ist. Wie *Geppert* in seiner Kommentierung des Falles²¹ gezeigt hat, kann der Fall aber auch durchaus anders gewertet werden, weil die Flaschenwürfe zum Ziel hatten, den PKW-Fahrer zu veranlassen, die Überholspur freizugeben. – Klare Ergebnisse garantiert nur eine Lösung, die Vorsatztaten generell aus dem Unfallbegriff ausschließt.

Bemerkenswert ist übrigens, dass der BGH die kritische Kommentierung der Entscheidung des OLG Hamm durch *Geppert* unerwähnt lässt. Was hätte wohl der Korrektor einer juristischen Hausarbeit bei einer solchen „Unterschlagung“ an den Rand geschrieben?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Holger Karitzky zugrunde)

¹⁹ Z. B. BGH JZ 1983, 811.

²⁰ OLG Hamm NJW 1982, 2456.

²¹ LK-Geppert, StGB, 12. Aufl., § 142 Rn. 126.

F A M O S

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

März 2002

Kofferraum - Fall

Mehraktiges Tötungsgeschehen / verfrühter Erfolgseintritt / Irrtum über den Kausalverlauf / wesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf / Versuchsbeginn

§§ 15, 16, 22, 23, 212, 222 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere, so kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn er bereits vor der Handlung, die den Erfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet.

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2001 (BGH 3 StR 303/01), abgedruckt in NJW 2002, 1057ff

1. Sachverhalt

A möchte seine Frau B töten und die Leiche verschwinden lassen. Folgenden Plan hat er. Er will sie in der gemeinsamen Wohnung mit Äther betäuben, fesseln und knebeln. Anschließend beabsichtigt er, sie in den Kofferraum seines Autos zu laden und zu seiner etwa 100 km entfernten, einsam gelegenen Jagdhütte zu bringen. Weiter hat er vor, dort zu warten, bis sie erwacht. Dann will er sie zwingen, eine auf ihn lautende Bankvollmacht zu unterschreiben. Schließlich will er sie erschießen und ihre Leiche in einem nahe gelegenen See versenken. Nach diesem Plan handelt A zunächst auch. Als er an der Jagdhütte ankommt und den Kofferraum öffnet, muss er jedoch zu seiner eigenen Überraschung feststellen, dass B auf der Fahrt erstickt ist.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Kein Zweifel: Die objektiven Voraussetzungen für eine Strafbarkeit des A wegen vollendeten Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB liegen vor. Der ausgeführte erste Teilakt seines Planes – Betäuben, Fesseln, Knebeln und Verladen der B in den Pkw – war ursächlich für deren Tod. Auch ist ihm dieser Erfolg objektiv zurechenbar. Denn durch diesen Akt hat er eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen, die sich in dem tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat. Keineswegs war der verfrühte Erfolgseintritt so ungewöhnlich, dass damit nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht zu rechnen war.²

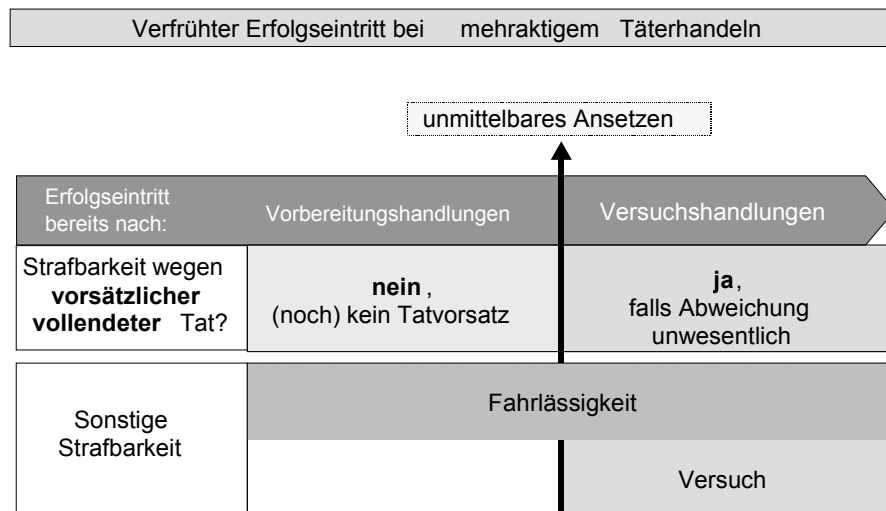
¹ Der Sachverhalt wurde vereinfacht, damit die Hauptprobleme klarer hervortreten.

² Vgl. zur Lehre von der objektiven Zurechnung und zum Ausschluss der Zurechenbarkeit bei atypischen Kausalverläufen *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2001, Rn. 176 ff., 196 f.

Das Problem des Falles lauert beim **Vorsatz**. Zwar war A bereits zum Zeitpunkt der erfolgsverursachenden Handlungen entschlossen, die B zu töten. Nach seiner Vorstellung sollte aber erst der zweite, nicht mehr vollzogene Teilakt – das Erschießen – den Tod herbeiführen.

Es drängt sich auf, diesen Fall in Beziehung zu setzen zum geradezu klassischen **Jauchegruben-Fall**³. Das Grundproblem ist identisch; nur tritt es in einer **umgekehrten Sachverhaltskonstellation** auf. Im Jauchegruben-Fall verstarb das Opfer eines zweiaktigen Tötungsgeschehens unerwartet erst durch den zweiten Teilakt, nämlich durch das Beseitigen der „Leiche“.

Ob der Erfolg nun verspätet oder verfrüht eintritt, jeweils ergibt sich die Frage: Kann dem Täter ein vollendeter Totschlag angelastet werden oder scheidet eine solche Strafbarkeit mangels Vorsatzes aus? Bekanntlich hat der BGH im Jauchegruben-Fall bei der Beantwortung dieser Frage die Rechtsfigur von der wesentlichen Abweichung im Kausalverlauf herangezogen und gemeint, dass die Verspätung des Erfolgsintritts unwesentlich gewesen sei.⁴ Auf die Konstellation des verfrühten Erfolgsintritts lässt sich diese Rechtsfigur aber nicht ohne weiteres übertragen. Es bedarf einer Vorprüfung. Ihre Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass **bloße Vorbereitungshandlungen grundsätzlich straflos** sind. Das bedeutet: Anknüpfungspunkt für eine etwaige Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB kann die Ersthandlung nur sein, **soweit mit ihr bereits das Versuchsstadium erreicht wurde**. Denn frühestens in diesem Stadium kann ein Vorsatz vorliegen, der sich als Grundlage für eine Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts eignet. Führt indes schon eine Vorbereitungshandlung den Erfolg herbei, kommt nur eine fahrlässige Tötung in Betracht. „Denn der Vorsatz im Vorbereitungsstadium ist als solcher noch nicht strafbar. Da man nie wissen kann, ob der Täter wirklich ins Ausführungsstadium eingetreten wäre, würde es der gesetzlichen Wertung widersprechen, wenn man ihn schon bei der Erfolgsverwirklichung im Vorbereitungsstadium wegen vorsätzlicher Vollendung zur Verantwortung ziehen wollte.“⁵ Es reicht also nicht aus, dass der Täter bereits bei den Vorbereitungshandlungen den Erfolg als solchen wollte. Neben dem (Todes-)Erfolg muss der Vorsatz die ihn herbeiführende (Tötungs-)Handlung umfassen. Die bloße Vorbereitung einer Tötung ist aber noch keine Tötungshandlung. Dementsprechend hat der die Tötung erst vorbereitende Täter auch noch keinen Tötungsvorsatz. Ihm fehlt es an einem **auf den Erfolg zielenden Verwirklichungswillen**.



³ BGHSt 14, 193.

⁴ Darstellung und Kommentierung der Entscheidung bei *Roxin*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1998, S. 17 f., 163.

⁵ *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 12 Rn. 80 f.

An dieser Stelle sind somit fundierte Kenntnisse über die **Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch** gefragt. Ausgangspunkt ist **§ 22 StGB**. Danach versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Keine Schwierigkeiten treten auf, wenn mit der Ausführung der tatbestandlichen Handlung bereits begonnen wurde. Dann steht das Vorliegen eines Versuchs außer Frage. Eine Feinabgrenzung ist dort nötig, wo sich die Handlung noch im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung befindet. Einigkeit besteht darüber, dass der konkrete Tatplan die Beurteilungsgrundlage bildet. Dieser soll mit einem objektiven Bewertungsmaßstab daraufhin untersucht werden, ob er schon soweit in die Tat umgesetzt worden ist, dass von einem **unmittelbaren Ansetzen** zur Tatbestandsverwirklichung gesprochen werden kann.⁶

Beim unmittelbaren Ansetzen scheiden sich sodann die Geister: Teilweise wird es bejaht, wenn zwischen der schon entwickelten Tätigkeit „und der eigentlichen Tatbestandshandlung keine wesentlichen **Teilakte** liegen“.⁷ Andere wiederum fragen danach, „ob nach dem Täterplan bereits ein Stadium erreicht ist, in dem aus seiner Sicht das betroffene Rechtsgut bereits **unmittelbar gefährdet** erscheint“⁸. **BGH** und **h.L.** verfolgen einen „**Kombinationsansatz**“: Danach begeht einen Versuch, wer „subjektiv die Schwelle zum 'Jetzt geht es los' überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.“⁹ Dabei soll es genügen, wenn die Handlung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelegt ist oder in unmittelbar räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Tatbestandserfüllung steht.¹⁰ Diese abstrakten Maßstäbe bedürften angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Dichte des Tatplans und des Grades der Rechtsgutsgefährdung.¹¹

Hat der erfolgsverursachende Erstakt das Versuchsstadium erreicht, bejahen Rechtsprechung und h. L. den Vorsatz, soweit der tatsächliche vom vorgestellten Kausalverlauf nur unerheblich abweicht.¹² Bei einem versuchsbegründenden Erstakt wird die Unerheblichkeit im Regelfall angenommen.¹³ Dazu gibt es eine Gegenauffassung, die danach unterscheiden will, ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch vorliegt. Nur ein erfolgsverursachender beendeter Versuch soll eine Bestrafung wegen vollendeter Vorsatztat ermöglichen. Im Falle des unbeendeten Versuchs kenne der Täter die konkrete Erfolgseignung seines Verhaltens noch nicht. Ein auf Vollendung gerichteter Vorsatz liege daher nicht vor. Es könne nur wegen Versuchs (gegebenenfalls in Tateinheit mit fahrlässiger Erfolgsherbeiführung) bestraft werden.¹⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH arbeitet als Ausgangspunkt klar heraus: Eine Bestrafung des A wegen vollendeten Totschlags hat die Überschreitung der Schwelle zum Versuch durch die ausgeführten Handlungen zur Voraussetzung. „Denn Handlungen im Vorbereitungsstadium mögen zwar der Umsetzung des Tatplans dienen, setzen nach der Vorstellung und dem Willen des Täters aber noch nicht den unmittelbar in die Tatvollendung einmündenden Kausalverlauf in Gang,

⁶ BGH NSTz 1997, 83; *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Auflage 2000, § 15 Rn. 45.

⁷ *SK-Rudolphi*, StGB, 6. Auflage (Stand April 1993), § 22 Rn. 13.

⁸ Schönke/Schröder-Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 22 Rn. 42.

⁹ BGHSt 40, 257, 268; BGH NSTz 1997, 83; *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 601.

¹⁰ BGHSt 40, 257, 268; 43, 177, 179; *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 601.

¹¹ *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 601 mwN.

¹² BGH GA 1955, 123, 125; *Roxin*, aaO., § 12 Rdnr. 170; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, aaO. § 16, Rn. 58.

¹³ Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, aaO.; *Hoyer*, Strafrecht AT I, 1996, S. 64 f.

¹⁴ *LK-Schroeder*, StGB, 11. Aufl. 1994, § 16 Rn. 34; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage 1991, 8. Abschn. Rn. 76.

so dass sich mangels rechtlich relevanten Vorsatzes die Frage einer (wesentlichen oder unwesentlichen) Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nicht stellt.“

Bei der Konkretisierung der Abgrenzungsformel des § 22 StGB knüpft der BGH an den oben dargestellten Kombinationsansatz an. Vor dem Hintergrund des Tatplans könne im Fesseln, Knebeln oder Betäuben noch keine tatbestandliche Handlung im Sinne von §§ 211, 212 StGB gesehen werden. Für ein unmittelbares Ansetzen könne zwar sprechen, „dass der Angeklagte die weiteren Handlungsschritte bis zum eigentlichen Tötungsakt vorausgeplant hat und mit dem ersten Angriff im Haus bereits die Verteidigungsmöglichkeiten seiner Ehefrau gegen die spätere eigentliche Tötungshandlung beseitigen wollte“. Außerdem lasse sich dafür anführen, „dass er beabsichtigte, bis zur Tatvollendung stets die Möglichkeit unmittelbaren Zugriffs auf seine Ehefrau zu haben, und dass er ab dem ersten Angriff nicht mehr von seinem Vorhaben Abstand nehmen konnte, ohne sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, womit das Geschehen eine Eigendynamik entwickeln konnte, die zur vollständigen Verwirklichung des Tatplans drängte.“ Der Annahme, die Schwelle zum Tötungsversuch sei mit dem ersten Angriff überschritten gewesen, stünden jedoch wesentliche Umstände entgegen. So sprechen nach Ansicht des BGH bereits der zeitliche Abstand zur geplanten Tötung und die Entfernung des Tatortes von 100 km gegen ein unmittelbares Ansetzen. Entscheidend sei jedoch das zusätzliche Vorhaben des Täters, dem Opfer vor der Erschießung noch eine Unterschrift abzunötigen. Darin sei ein relevanter Zwischenschritt zu sehen, welcher „nach dem Tatplan keinen notwendigen Teil des zum Tod des Opfers führenden Handlungsablaufs darstellte“.

Die Rechtsfigur der Abweichung vom Kausalverlauf kommt somit gar nicht erst zur Anwendung. Der Tod der B kann A nur unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit angelastet werden.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Entscheidung hat im Wesentlichen nur eine bestätigende Funktion. Gleichwohl verdient sie im Ausbildungszusammenhang größte Aufmerksamkeit; erweitert sie doch die Szenerie klassischer Entscheidungen durch einen Zweiakter, der zusammen mit dem Jauchegruben-Fall jetzt ein Paar bildet. Hier Verspätung, dort Verfrühung des Erfolgseintritts.

Bei aller Ähnlichkeit sollte aber ein Unterschied unbedingt beachtet werden. Die Rechtsfigur der Abweichung im Kausalverlauf darf bei verfrühtem Erfolgseintritt nicht unbesehen, sondern erst nach Klärung der Vorfrage verwendet werden, ob mit dem verwirklichten Teilakt denn schon das Versuchsstadium erreicht wurde. **Merke: Prüfung der Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur vor deren Anwendung!**

Im Einzelnen ist folgender **Prüfungsablauf** einzuhalten. Zunächst sind in objektiver Hinsicht Handlung, Erfolg, Kausalität und objektive Zurechenbarkeit festzustellen. Das kann in aller Kürze geschehen, weil das Problem erst am subjektiven Merkmal des Vorsatzes entfaltet wird. Bejahen lässt sich der Vorsatz noch im Hinblick auf den Erfolg „an sich“. Aufzuzeigen ist dann aber die Differenz zwischen Tätervorstellung und Realität hinsichtlich der für den Erfolg ursächlichen Handlung. Der Unterschied bietet Anlass, die Rechtsfigur der Abweichung im Kausalverlauf ins Spiel zu bringen. Jetzt kommt der für das Gelingen der Lösung entscheidende Zwischenschritt: die Prüfung, ob die Rechtsfigur überhaupt anwendbar ist. Dabei muss in die Vorsatzprüfung die Untersuchung eines objektiven Versuchsmerkmals (unmittelbares Ansetzen) integriert werden. Das mag zunächst irritieren, ist aber eine unvermeidliche Konsequenz daraus, dass der Vorsatz sich auch auf die erfolgsverursachende Handlung beziehen muss und insoweit nur Versuchs-Handlungen in Betracht kommen.

Im Umgang mit dem Merkmal des unmittelbaren Ansetzens ist genaue Arbeit am Sachverhalt gefragt. Oftmals sind es Details, die das Ergebnis beeinflussen können. Nehmen wir an, A hätte geplant, B in der Jagdhütte sofort zu erschießen, also ohne ihr die Bankvollmacht abzapfen. Dann hätte nach seiner Vorstellung ein Zwischenakt gefehlt, der allem Anschein nach für den BGH der entscheidende Grund war, ein unmittelbares Ansetzen zu verneinen. Das kann allerdings wegen des zeitlichen Abstandes zur geplanten Tötung und wegen der Entfernung zum Tatort auch anders gesehen werden. Wandelt man den Fall ein

weiteres Mal in der Weise ab, dass A seine Frau nach nur kurzem Transport in der Nähe der Wohnung erschießen wollte, bestehen jedoch am Erreichen des Versuchsstadiums keine Zweifel mehr.

Wird das unmittelbare Ansetzen bejaht, so ist der Weg frei für eine Anwendung der Rechtsfigur der Abweichung vom Kausalverlauf. Wer die Problematik in ihrer Gesamtheit beherrscht, kann allerdings noch den vereinzelt vertretenen Standpunkt¹⁵ erörtern, dass es nicht auf die Wesentlichkeit der Abweichung, sondern auf die erreichte Versuchsphase – unbeendet oder beendet – ankomme. Diese Auffassung möchte dem Täter die Rücktrittsmöglichkeit offen halten, was sich jedoch mit der rigorosen gesetzlichen Rücktrittskonzeption schlecht verträgt.¹⁶ Nach § 24 Abs. 1 StGB gilt ja: Rücktritt nur, wenn der Erfolg ausgeblieben ist, sei es dadurch, dass der Täter aufgibt oder die Vollendung verhindert, oder dadurch, dass die Vollendung ohne sein Zutun verhindert wird.¹⁷

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall die Verneinung einer Strafbarkeit des A wegen vollendeten Totschlags natürlich nicht das letzte Wort wäre. Es sind weitere Tatbestände eingehend zu prüfen. Gedacht werden muss insbesondere an §§ 222, 224, 227, 239 (Abs. 4), 239 a StGB.

5. Kritik

Unbehagen bereitet, dass sich mit dem Lösungsansatz der Entscheidung die oft beklagte Vagheit der Abgrenzungsformel des unmittelbaren Ansetzens¹⁸ auch auf die Abgrenzung von Versuch und Vollendung auswirkt. Ein „vollendeter“ Tötungsvorsatz lässt sich bejahen oder verneinen, je nachdem wie die Formel gehandhabt wird. Der Vorsatz wird dabei nicht so sehr als Willenssubstrat erforscht, sondern mit Hilfe der Ansatzformel konstruiert. Der Anwendungsbereich von Strafen wegen eines vorsätzlichen vollendeten Delikts lässt sich ausdehnen durch großzügige Erstreckung des unmittelbaren Ansetzens auf vortatbestandliche Handlungen.

Die Vagheit passt schlecht zu der Schroffheit der Alternativen. Geht es um Mord, so kann es bei einem nur teilweise ausgeführten Handlungsgeschehen einerseits zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen vollendeten Mordes oder andererseits (insoweit) zu einer Straflosigkeit kommen, weil bloße Vorbereitung angenommen wird. Jedenfalls das sollte als Lehre daraus gezogen werden: Es gibt einen weiteren Grund, sich intensiv um eine Präzisierung der Formel vom unmittelbaren Ansetzen zu bemühen.

6. Nachtrag

Eine neuere Entscheidung des BGH bestätigt die Entscheidung im Kofferraum-Fall. Der BGH gelangt hier zur Anwendbarkeit der Rechtsfigur der Abweichung im Kausalverlauf, weil das Versuchsstadium bereits erreicht war. (BGH Urteil v. 10. April 2002, 5 StR 613/01, veröffentlicht im Internet unter www.caselaw.de)

(Dem Text liegt ein Entwurf von Stefan-Alexander Doernberg und Christine Elsner zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik angefertigt.)

¹⁵ Wie Fn. 14.

¹⁶ Vgl. *Kühl*, aaO., § 16 Rn. 80 f.

¹⁷ Ausnahmsweise ist ein Rücktritt auch im Fall des Erfolgeintritts möglich, wenn dieser dem Täter nicht objektiv zurechenbar ist; vgl. *Kühl*, aaO., § 16 Rn. 82. Die objektive Zurechenbarkeit dürfte aber in Fällen der vorliegenden Art zumeist gegeben sein; siehe oben 2.

¹⁸ Vgl. nur *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT 2, 7. Auflage 1989, § 40 Rn. 49.

F A M O S

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

April 2002

Brechmittel- Fall

Körperliche Untersuchung im Strafverfahren / Nemo-tenetur-Prinzip / Menschenwürdegarantie / Verhältnismäßigkeit

§§ 81 a, 102 StPO

Leitsatz der Verf.:

Die durch einen Brechmitteleinsatz gewonnenen Sachbeweise sind nicht deshalb unverwertbar, weil der anordnende Polizeibeamte den Beschuldigten zur Einnahme des Mittels mit der Drohung veranlasst hat, dass es ihm zwangsweise verabreicht werde, wenn er die Einnahme verweigere.

KG Berlin, Urteil vom 8.5.2001 – (4) 1 Ss 180/99, abgedruckt in StV 2002, 122

1. Sachverhalt

Polizist P beobachtet Drogendealer D beim Verkauf von Heroin an einen Kunden. Als er D festnehmen will, steckt dieser sich die sechs noch verbliebenen, in Plastik verpackten Heroinkügelchen in den Mund und verschluckt sie. Zum Zweck der Beweissicherung fährt P mit D in ein nahe gelegenes Krankenhaus. Dort erklärt er ihm, er solle nunmehr ein gesundheitlich harmloses Brechmittel einnehmen, um die verschluckten Gegenstände zu erbrechen. Als D sich weigert, droht P ihm die zwangsweise Vergabe an, falls er das Mittel nicht freiwillig einnehme. D gibt nach und nimmt nach einer körperlichen Untersuchung durch einen Arzt in dessen Beisein das Brechmittel ein. Er erbricht sich, was die Heroinkügelchen zutage fördert.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall hat ein praktisch sehr bedeutsames und rechtspolitisch höchst brisantes Problem zum Gegenstand. Ein wichtiger Indikator dafür ist der Umstand, dass das Stichwort „Brechmittel“ mittlerweile in den Registern fast aller strafprozessrechtlichen Lehrbücher auftaucht. Und seit Mitte der neunziger Jahre muss sich die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder mit dem Problem der Zwangsvergabe von Brechmitteln zur Beweisgewinnung beschäftigen.¹ Auch diskutiert die Literatur äußerst kontrovers und heftig.² Ganz offensichtlich geht es um mehr als nur um einen juristischen Meinungsstreit. Das Problem zwingt zur Überprüfung der Grundlagen des Strafverfahrensrechts. Bildlich gesprochen: Es berührt den Zentralnerv des Strafprozesses.

¹ OLG Frankfurt, StV 1996, 651 ff.; OLG Bremen, NStZ-RR 2000, 270 ff.; KG, NStZ-RR 2001, 204 ff.

² Vgl. nur die Stellungnahmen zum Urteil des OLG Frankfurt: *Weßlau*, StV 1997, 341 ff.; *Schaefer*, NJW 1997, 2437 f.; *Rogall*, NStZ 1998, 66 ff; *Fahl*, JA 1998, 277 ff; *Grüner*, JuS 1999, 122 ff.

Das zeigt das widersprüchliche, hektische und nervöse Agieren des Bundesverfassungsgerichts.³ 1999 nahm es eine Verfassungsbeschwerde gegen die Zwangsvergabe von Brechmitteln aus formellen Gründen nicht zur Entscheidung an. Dabei ließ es, ohne dass dafür irgendein Anlass bestand, einen Satz einfließen, der den Eindruck erweckte, als habe das Gericht sich auch in der Sache bereits eine Meinung gebildet, nämlich: die Maßnahme sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Als gegen Ende des Jahres 2001 ein 19jähriger Beschuldigter aus Kamerun durch „Breachzwang“ zu Tode kam, beeilte sich das Gericht – wiederum ohne verfahrensmäßigen Anlass – den selbst erweckten Eindruck durch eine Presseerklärung abzuschwächen. – Bislang liegt keine Entscheidung oder Stellungnahme des Gerichts zu dem Problem vor, die für die juristische Fachdiskussion verwertbar wäre.

Rechtlich ist von Interesse, ob die durch den Brechmitteleinsatz erlangten Drogen als Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden dürfen. Verwertbar sind sie auf jeden Fall dann, wenn sie rechtmäßig gewonnen wurden.⁴ Allgemein stellt sich also die Frage, ob der Brechmitteleinsatz eine zulässige Methode der Beweisgewinnung ist.

Die Frage muss hier präzisiert werden, weil der Sachverhalt Besonderheiten aufweist. D wurde das Mittel nicht zwangsweise eingeflößt. Er nahm es selbst ein. Doch ging die Drohung des P voraus, dass ihm andernfalls das Mittel gegen seinen Willen verabreicht werde. Diese Drohung könnte prozessrechtlich zu beanstanden sein. Allerdings gilt umgekehrt: Wäre auch die Zwangsverabreichung zulässig gewesen, so ließe sich nichts gegen deren Androhung einwenden.⁵ Damit ist letztlich doch wieder die Kernfrage erreicht: **Ist die zwangsweise Brechmittelvergabe zur Sicherstellung von verschlucktem Rauschgift zulässig?**

In der Praxis wird als Rechtsgrundlage allein noch § 81 a Abs. 1 Satz 2 StPO in Betracht gezogen.⁶ Allerdings **bereitet schon der Wortlaut Anwendungsprobleme**. Gestattet werden „körperliche Eingriffe“ auch gegen den Willen des Beschuldigten „zu Untersuchungszwecken“. Das OLG Frankfurt hat diese Merkmale mit der Begründung verneint, dass der zwangsweise Brechmitteleinsatz nicht die Untersuchung des Körpers zum Ziel habe, sondern dazu diene, Gegenstände sicherzustellen, die im Körper vermutet würden.⁷

Diesem Standpunkt ist Folgendes entgegengehalten worden. Letztlich seien sämtliche strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, und damit auch der Eingriff nach § 81 a Abs. 1 StPO, Wahrheitserforschungseingriffe mit dem Ziel der Beweismittelerlangung.⁸ Außerdem sei mit dem Bestandteil „Untersuchung“ im Merkmal „Untersuchungszweck“ nicht die Untersuchung von Körpermaterial gemeint, sondern die mit dem Verfahren bezweckte Untersuchung (und Feststellung) verfahrenserheblicher Tatsachen, die bereits in § 81 a Abs. 1 Satz 1 StPO angesprochen werde.⁹

Das wiederum hat die folgende Gegenkritik ausgelöst. Rein sprachlich werde auf den in § 81 a Abs. 1 Satz 1 StPO genannten Verfahrenszweck in Satz 2 bereits durch die Formulierung „zu diesem Zweck“ verwiesen. Der Begriff „Untersuchungszweck“ wäre somit überflüssig. Er habe jedoch durchaus eine eigene Funktion. Mit der Formulierung „zu Untersuchungszwecken“ werde das Spezifische einer körperlichen Untersuchung bezeichnet. Nicht jeder invasive Eingriff in den Körper sei schon eine körperliche Untersuchung, sondern nur

³ Vgl. zum Folgenden mit jeweils näheren Angaben *Naucke*, StV 2000, 1 ff.; *Zaczyk* StV 2002, 125 ff.

⁴ War die Beweisgewinnung rechtswidrig, so ergibt sich daraus nicht zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot. Abgesehen von den ausdrücklichen gesetzlichen Beweisverwertungsverböten (insbesondere § 136 a Abs. 3 StPO), sind Schwere und Reichweite der Rechtsverletzung von maßgeblicher Bedeutung; vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 18 ff., sowie unten 4.

⁵ KG, NStZ-RR 2001, 204, 205.

⁶ Zur Frage, ob nicht auch eine Durchsuchung nach § 102 StPO vorliegen könnte, vgl. unten 4.

⁷ OLG Frankfurt, StV 1996, 651, 652.

⁸ *Grüner*, JuS 1999, 122, 124.

⁹ *Rogall*, NStZ 1998, 66, 67, beruft sich zur Begründung seiner Auslegung auch auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

ein solcher, der den Körper als Augenscheinsobjekt betreffe.¹⁰ Solchermaßen werde der Körper aber beim Brechmitteleinsatz nicht untersucht. Vielmehr werde er zum Werkzeug gemacht, um in Umkehrung eines natürlichen Vorgangs ein anderes, ihm fremdes Augenscheinsobjekt herauszuschaffen.¹¹

Diese Beschreibung des Vorgangs als abgenötigte Auslieferung von Beweismaterial führt geradezu zwangsläufig zum Besteigen der nächsten Argumentationsstufe. Die erzwungene Einnahme eines Brechmittels verletze den strafprozessrechtlichen **Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit** („*nemo tenetur se ipsum accusare*“).¹² Der Beschuldigte werde dazu gebracht, aktiv etwas für seine Überführung zu tun, wozu er nicht bereit sei, nämlich sich zu erbrechen.¹³

Auch das trifft auf Widerspruch. Das Erbrechen sei ein geradezu klassischer Fall einer Nichthandlung im Sinne der strafrechtlichen Handlungslehre,¹⁴ weil es durch einen willentlich nicht steuerbaren Reiz ausgelöst werde.¹⁵ Von einer aktiven Handlung könne also nicht die Rede sein.¹⁶ Dem wird wiederum entgegengehalten, dass auch nicht von einem bloß passiven Verhalten des Beschuldigten gesprochen werden könne; immerhin befinde sich der gesamte Organismus beim Erbrechen in heftigster aktiver Tätigkeit.¹⁷ Deutlich wird an dieser Kontroverse, dass es wohl wenig sinnvoll ist, in rein naturalistischer Betrachtung oder unter Anknüpfung an die strafrechtlichen Handlungslehren die Abgrenzung zwischen der (unzulässigen) aktiven Mitwirkungspflicht und der (zulässigen) passiven Duldungspflicht vorzunehmen.¹⁸

Mit der nächsten Argumentationsstufe wird die Ebene der Verfassung erreicht. Vielfach wird die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln als Verstoß gegen die **Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG** bewertet. Der Beschuldigte werde nicht als Subjekt respektiert, sondern wie ein Mechanismus zur Ausgabe von Gegenständen behandelt und damit auf rechtsstaatswidrige Weise funktionalisiert.¹⁹

Das wird allerdings überwiegend unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde anders gesehen.²⁰ Ein Verstoß sei erst dann gegeben, wenn im konkreten Fall „eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen“ im Sinne einer „verächtlichen Behandlung“²¹ vorliege; entscheidend sei demnach das Motiv des Eingriffs.²² Die Inanspruchnahme des Beschuldigten erfolge bei der Brechmittelvergabe aber im Interesse der strafprozessualen Wahrheitserforschung, die ein öffentliches Anliegen mit materiellem Verfassungsrang darstelle. Die Maßnahme ziele nicht darauf, den Beschuldigten bloßzustellen.²³

Sind die drei juristischen Hürden – Wortlaut, Nemo-tenetur-Grundsatz, Menschenwürde – genommen, so kann nur noch der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** den Beschuldigten je nach den Umständen des Falles vor Brechzwang bewahren. Wie jede Maßnahme nach § 81 a Abs. 1 StPO muss auch der Brechmitteleinsatz den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen.²⁴ Bei der Anwendung dieses Grundsatzes müssen auf der einen Seite die Beeinträchtigung der Intimsphäre sowie die physischen und psychischen Belastungen in

¹⁰ Dallmeyer, KritV 2000, 252, 256 f.

¹¹ Zaczek, StV 2002, 125, 126.

¹² Der Grundsatz besagt: Der Beschuldigte ist nicht verpflichtet, bei seiner Überführung aktiv mitzuwirken. Er ist lediglich duldungspflichtig. Vgl. BGHSt 34, 39, 45 f.

¹³ OLG Frankfurt, StV 1996, 651, 652.

¹⁴ Vgl. etwa Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997, § 8 Rn.64.

¹⁵ Fahl, JA 1998, 277, 279; Weßlau, StV 1997, 341, 343.

¹⁶ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 33 Rn.6.

¹⁷ Dallmeyer, StV 1997, 606, 608; Hackethal, JR 2001, 164, 165.

¹⁸ Weßlau, StV 1997, 341, 342.

¹⁹ So etwa OLG Frankfurt, StV 1996, 651, 653; Dallmeyer, KritV 2000, 252, 256 f.

²⁰ Rogall, NSTz 1998, 66, 68; Weßlau, StV 1997, 341, 343.

²¹ BVerfGE 30, 1, 26.

²² Dettmeyer/Musshoff/Madea, MedR 2000, 316, 320.

²³ Grüner, JuS 1999, 122, 123, 125.

²⁴ BVerfG, NJW 1996, 3071, 3072.

Rechnung gestellt werden.²⁵ Auf der anderen Seite sind das grundsätzliche Interesse an einer Sachverhaltsaufklärung sowie insbesondere das Gewicht der aufzuklärenden Straftat in die Abwägung einzubringen.²⁶

Alles in allem bietet sich das Bild einer breiten Ausfächerung an Meinungen und Argumenten. Wer den typischen Ablauf juristischer Diskussionen kennt, weiß, was folgt: Reduzierung der Komplexität durch Dogmatisierung. Dabei spielen höchstrichterliche Entscheidungen eine maßgebliche Rolle. Auf diese ist zu achten, selbst wenn sie in der Argumentation nicht viel Neues zu bieten haben, wie etwa diese Entscheidung des Kammergerichts.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Gericht scheint sich den Befürwortern eines zwangsweisen Brechmitteleinsatzes anzuschließen. Schaut man genauer hin, dann erweisen sich jedoch die beigefügten Einschränkungen als erheblich.

Eingangs verliert es nur wenige Worte zur Anwendbarkeit von § 81 a StPO. Die oben dargelegten Anwendungsprobleme werden nicht behandelt. Die Entscheidung befasst sich vielmehr gleich mit verfassungsrechtlichen Fragen.

Das geschieht etwas sprunghaft. Zunächst wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip mit der Erwägung angesprochen, dass der Eingriff unter diesem Aspekt „schlechthin verboten“²⁷ sein könnte. Abschließendes erfährt man dazu jedoch nicht. Vielmehr wendet sich die Begründung nun der Frage eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Menschenwürde zu. Die Verneinung dieser Frage beruht auf einer Erweiterung der Perspektive über die Objekt-Formel hinaus, die primär auf das Opfer abstellt. Maßgeblich seien Zwecke und Motive auf Täterseite, hier also auf der Seite der „öffentlichen Hand“. Nur wenn der Eingriff „Ausdruck der Verachtung des Wertes“ sei, „der dem Menschen kraft seines Personen-seins zukommt“,²⁸ liege eine Verletzung der Menschenwürde vor. Davon könne keine Rede sein, weil Ziel der Maßnahme die prozessuale Wahrheitsfindung sei. Im letzten Begründungsschritt kehrt die Entscheidung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zurück, das jetzt aber nur noch im Kleinformat abgehandelt wird, also in Bezug auf die konkreten Fallumstände und nicht mehr im Hinblick auf eine etwaige generelle Unzulässigkeit der Maßnahme.

Für die Klärung dieser Verhältnismäßigkeit und dabei insbesondere für eine Abschätzung gesundheitlicher Risiken hat sich das Gericht sachverständig beraten lassen. Das Ergebnis lautet: Die Zwangsverabreichung mittels einer Sonde ist unbedenklich, wenn sich der Beschuldigte passiv-dulidend verhält; dagegen sind die Gesundheitsrisiken beträchtlich, wenn er sich wehrt und körperlichen Widerstand leistet, der gebrochen werden muss. Daraus folgt das KG, dass der Eingriff im ersten Fall zulässig, im zweiten dagegen unverhältnismäßig und damit unzulässig ist.

Wer jetzt erwartet, dass damit eine zwangsweise Androhung für unzulässig erklärt wird, weil „Zwang“ doch wohl auch den Fall der Überwindung körperlichen Widerstandes umfasst, erlebt eine Überraschung. Das KG meint nämlich, dass dem Beschuldigten nicht mit einer

²⁵ So schon der Wortlaut von § 81 a Abs. 1 S. 2 StPO: „... wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist“.

²⁶ *Weßlau*, StV 1997, 341, 343. Nach *Beulke*, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 2001, Rn. 241, 269, ist eine zwangsweise Brechmittelvergabe dann unverhältnismäßig, wenn sie nur dem Nachweis eines Bagatelldelikts, z.B. der Überführung eines Kleinstdealers, dient. Nach OLG Bremen, NSTZ-RR 2000, 270, stellt hingegen das Vergehen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln generell kein Bagatelldelikt dar. Das KG Berlin, NSTZ-RR 2001, 204, 205, berücksichtigt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch den Umstand, dass sich der Beschuldigte durch das Herunterschlucken von Heroinpäckchen selbst in die Gefahr begeben hatte, bei einem Öffnen oder Platzen der Päckchen Schaden an der Gesundheit zu erleiden oder gar zu Tode zu kommen. Die Verabreichung des Brechmittels habe somit auch dazu gedient, gesundheitlichen Schaden vom Beschuldigten abzuwenden. Zu Recht hält *Fahl*, JA 1998, 277, 280, dem entgegen, dass eine solche Überlegung allenfalls präventiv-polizeiliche, nicht aber strafprozessuale Maßnahmen begründen könne.

²⁷ KG StV 2002, 122, 123.

²⁸ KG StV 2002, 122, 123.

„konkret unzulässigen Verfahrensweise“ gedroht worden sei, „da die Androhung ‚zwangsweisen Einflößens‘ nicht den Fall des Legens einer Magensonde bei einem sich dagegen wehrenden und körperlichen Widerstand leistenden Besch. umfasst“²⁹. Die Begründung beruht also auf einer Sachverhaltsinterpretation: Der Polizist soll dem Beschuldigten lediglich in der Weise „gedroht“ haben, dass er ihm für den Fall der Weigerung angekündigt hat, ihm werde, vorausgesetzt er verhalte sich passiv-dulidend, eine Magensonde eingeführt.

Lassen wir einmal die Fragwürdigkeit dieses Umgangs mit dem Sachverhalt beiseite, so kann doch immerhin die folgende **allgemeine Aussage** der Entscheidung festgehalten werden. **Es verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, bei der Verabreichung von Brechmitteln Zwang in der Form der Überwindung körperlichen Widerstandes einzusetzen (und auch damit zu drohen).**

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Der Examenszusammenhang hält hauptsächlich zwei Gelegenheiten für ein Zusammentreffen mit dem Fall bereit: Die – insbesondere im Berliner Justizprüfungsamt beliebte – „prozessuale Zusatzfrage“ bei strafrechtlichen Examensklausuren sowie die mündliche Prüfung im Strafrecht, in der bekanntlich Grundzüge des Strafverfahrensrechts thematisiert werden können. Nicht ausgeschlossen erscheint sogar eine Einbeziehung in den materiellrechtlichen Hauptteil von Examensklausuren: Es könnte nach der Strafbarkeit von Polizisten und Ärzten gefragt werden, die einem Beschuldigten gegen dessen Widerstand ein Brechmittel verabreichen.³⁰

Bei der Behandlung des Falles gilt es angesichts der Vielfalt möglicher Argumente die Übersicht zu bewahren. Zu diesem Zweck sollte man sich die **vier Leitgesichtspunkte** merken, an denen sich die Diskussion orientiert:

- **Interpretation des Gesetzestextes von § 81 a StPO**
- **Nemo-tenetur-Grundsatz**
- **Menschenwürdegarantie**
- **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.**

Allerdings ist es nicht unbedingt zweckmäßig, diese Leitgesichtspunkte in strikter Trennung abzuhandeln. In welche Schwierigkeiten man dabei gerät, zeigt sich insbesondere im Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie. Wird sie gewissermaßen „im luftleeren Raum“ erörtert, so kommen häufig nur Appelle an die Evidenz³¹ ohne argumentative Substanz heraus. Geschickter ist es, bereits bei der Interpretation des Gesetzestextes Erwägungen mit Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG einfließen zu lassen.³²

Eine weitere Empfehlung betrifft den **Einstieg in eine gutachtliche Prüfung**. Vorab sollte der Charakter der Maßnahme geklärt werden. Klärungsbedarf ergibt sich daraus, dass das Vorgehen auch Züge einer Durchsuchung hat, die an § 102 StPO zu messen wäre. Immerhin galt das Interesse nicht dem Körper des Beschuldigten, sondern den darin verborgenen Gegenständen. Eine Anwendung von § 102 StPO kommt aber deswegen nicht in Betracht, weil die Vorschrift nur die Suche nach Gegenständen auf der Körperoberfläche und in den natürlichen Körperöffnungen, nicht aber im Körperinnern gestattet.³³ Durch die Anwendung von § 81 a StPO wird gewährleistet, dass ein Arzt den Eingriff durchführt, was wegen der Gesundheitsrisiken unbedingt erforderlich ist.

Hat die Fallbehandlung die Unzulässigkeit des Brechmitteleinsatzes zum Ergebnis, so muss anschließend die **Frage der Verwertbarkeit der Beweismittel** geklärt werden. Denn,

²⁹ KG StV 2002, 122, 124.

³⁰ § 81 a StPO wäre dann als möglicher Rechtfertigungsgrund für eine Körperverletzung (im Amt) zu prüfen.

³¹ Vgl. die Kritik daran bei Lesch, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2001, 4. Kap. Rn. 74 Fn. 149; Weißlau, StV 1997, 341, 343.

³² Gut vorgeführt bei Dallmeyer, KritV 2000, 252 ff; Zaczyk, StV 2002, 126 f.

³³ HK – Lemke, StPO, 3. Aufl., 2001, § 102 Rn.11.

wie wir oben³⁴ schon erwähnt haben, folgt aus der Rechtswidrigkeit der Maßnahme keineswegs zwangsläufig die Unverwertbarkeit. Vielmehr bedarf es eines besonderen Bewertungsaktes. Dabei kann für die Argumentation verwertet werden, ob eine gewisse sachliche Nähe zum gesetzlichen Verwertungsverbot bei verbotenen Vernehmungsmethoden in § 136 a Abs. 3 StPO besteht und wie schwerwiegend der Rechtsverstoß ist. Wird in der konkreten Maßnahme ein entwürdigender und den Nemo-tenetur-Grundsatz verletzender Eingriff gesehen, so kann ein Verwertungsverbot durchaus bejaht werden.³⁵ Weniger klar ist das Ergebnis, wenn „nur“ Unverhältnismäßigkeit angenommen wird.³⁶ Einerseits ist zu bedenken, dass Verwertungsverbote die Möglichkeit der Wahrheitsforschung beeinträchtigen und der Staat eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat.³⁷ Andererseits darf die Wahrheit auch nicht um jeden Preis erforscht werden.³⁸

Für die Praxis hat die Entscheidung ganz erhebliche Auswirkungen, vorausgesetzt, sie wird richtig gelesen. Wie wir bei der Darstellung der Entscheidung gezeigt haben, enthält sie, auch wenn im konkreten Fall die Maßnahme für zulässig erachtet wird, letztlich ein Verbot des – im echten Sinne – zwangsweisen Einsatzes von Brechmitteln. Das hat hoffentlich zur Folge, dass auf „Breachzwang“ künftig verzichtet wird.

5. Kritik

Beginnen wir mit dem Positiven. Das KG nimmt die Gesundheitsrisiken sehr ernst und zieht daraus bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die richtigen Konsequenzen.³⁹

Weniger Beifall verdient die – bei Richtern beliebte – Strategie, den Sachverhalt so zu interpretieren, dass das Rechtsproblem keiner Entscheidung mehr bedarf oder einfacher zu entscheiden ist.⁴⁰ Dabei entfernt sich das Urteil von der Lebensrealität und von dem, was juristisch üblicherweise unter „Drohung“ verstanden wird. Als Begriff des materiellen Strafrechts wird er stets so gehandhabt, dass auf den äußeren Eindruck abgestellt wird und innere Vorbehalte auf Täterseite keine Bedeutung haben.⁴¹ Für den Dealer, dem die Zwangsverabreichung eines Brechmittels angedroht wird, versteht es sich gewissermaßen von selbst, dass ihm damit auch die Überwindung eines von ihm geleisteten Widerstandes angekündigt wird. Wäre es anders, so würde die Ankündigung den Charakter der Drohung verlieren, wie der folgende Dialog zeigt:

P: „Wenn Sie das Mittel nicht selbst schlucken, zwingen wir Sie zur Einnahme, indem Ihnen eine Magensonde gelegt wird. Dabei erwarten wir, dass Sie sich ruhig verhalten und den Eingriff über sich ergehen lassen.“

D: „Und was ist, wenn ich mich wehre?“

P: „Dann passiert Ihnen nichts. – Also, schlucken Sie jetzt oder sollen wir die Magensonde legen?“

D: „Weder – noch.“

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

³⁴ Fn. 4.

³⁵ Vgl. OLG Frankfurt, StV 1996, 651, 653.

³⁶ Vgl. LR – Dahs, StPO, 24. Aufl. 1988, § 81a Rn. 75.

³⁷ BGHSt 38, 214, 220.

³⁸ BGHSt 14, 358, 365.

³⁹ Das geschieht übrigens in Übereinstimmung mit einer vorangegangenen Entscheidung: KG, NStZ-RR 2001, 204 ff.

⁴⁰ Die Sachverhaltsinterpretation erlaubte es dem KG, auf eine Vorlegung beim BGH nach § 121 Abs. 2 GVG zu verzichten. Wegen der Andersartigkeit des Falles werde nicht von der Entscheidung des OLG Frankfurt, StV 1996, 651, abgewichen.

⁴¹ Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 96 f.

F A M O S

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

Mai 2002

Postbank- Fall

Computerbetrug: unbefugte Verwendung von Daten; Betrugsäquivalenz / Scheckkartenmissbrauch: Verwendung der Karte zum Geldabheben am Automaten; Anwendbarkeit der Vorschrift im Zwei-Partner-System

§§ 263 a, 266 b StGB

Leitsätze des Gerichts:

- 1. Der berechtigte Inhaber einer Scheckkarte, der unter Verwendung der Karte und der PIN-Nummer an einem Geldautomaten Bargeld abhebt, ohne zum Ausgleich des erlangten Betrages willens oder in der Lage zu sein, macht sich nicht nach § 263 a StGB strafbar.**
- 2. § 266 b StGB erfasst auch die missbräuchliche Verwendung einer Scheckkarte als Codekarte zur Abhebung an Geldautomaten durch den berechtigten Karteninhaber; dies gilt jedoch nicht bei Abhebung an Automaten des Kreditinstituts, das die Karte selbst ausgegeben hat.**

BGH, Beschluss vom 21. November 2001 (BGH 2 StR 260 / 01), abgedruckt in StV 2002, 135

1. Sachverhalt

Frau A eröffnet bei der Postbank ein Konto. Dabei täuscht sie über ihre Identität und ihr Einkommen. Ihr wird eine EC-Karte mit PIN-Nummer ausgehändigt. Wie von vornherein beabsichtigt, nutzt sie die Karte, um Geld von Automaten abzuheben, obwohl sie nicht in der Lage ist, die abgehobenen Beträge auszugleichen. Nach zwei Vorgängen, bei denen sie jeweils 500 € erlangt hat, fällt sie auf. Im ersten Fall hat sie das Geld an einem Automaten der B-Bank abgehoben, im zweiten Fall an einem Automaten der Postbank.¹

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Mit der Abfolge der Handlungen – 1. Kontoeröffnung, 2. Abheben bei der B-Bank, 3. Abheben bei der Postbank – vermehren sich die rechtlichen Probleme des Falles.

Kein Zweifel: Die bei der Kontoeröffnung durch Täuschung erreichte Aushändigung der Karte stellt einen vollendeten Betrug gem. § 263 StGB dar. Wer eine EC-Karte besitzt und die PIN-Nummer kennt, hat fast schon Geld in der Hand. Denn er kann problemlos auf den Inhalt von Geldautomaten zugreifen. Das Vermögen der Bank, von der die Karte stammt, ist somit in höchstem Maße, also schadensgleich, gefährdet.²

¹ Der Sachverhalt wurde vereinfacht, damit die Probleme klarer hervortreten.

² BGHSt 33, 244, 246; Cramer in: Schönke / Schröder, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 143; a. A. Ranft, JuS 1988, 673, 680.

Das Abheben bei der B-Bank ist im Hinblick auf einen Scheckkartenmissbrauch gem. § 266 b StGB weniger problematisch, höchst problematisch jedoch, was einen möglichen Computerbetrug gem. § 263 a StGB betrifft. Beginnen wir mit dem größeren Problem.

Als Tatvariante kommt das unbefugte Verwenden von Daten in Betracht. Rätsel gibt das Merkmal „**unbefugt**“ auf.³ Empfohlen sei eine **stufenweise Lösung**.

Stufe 1: Unbefugt handelt nach fast einhelliger Auffassung derjenige, der **in jeder Hinsicht unbefugt** ist, also der generell Nichtberechtigte. Solchermaßen unbefugt ist, wer eine gefälschte, manipulierte oder mittels verbotener Eigenmacht erlangte Karte in Händen hält und verwendet.⁴ (Lediglich die gleich anzusprechende „computerspezifische“ Auffassung sieht das anders.) – War A in diesem Sinne eine nichtberechtigte Karten-Inhaberin? Wohl kaum. Die Karte erhielt sie auf Grund eines rechtlich gültigen Vertrages. Dessen Anfechtbarkeit ändert daran nichts. Das bedeutet: Berechtigter Karten-Inhaber ist auch derjenige, der die Karte von der Bank durch Täuschung erlangt hat.⁵ (Das wiederum ändert nichts an der oben bereits festgestellten Betrugsstrafbarkeit!)

Stufe 2: Zu prüfen bleibt, ob der berechtigte Karten-Inhaber dann unbefugt handelt, wenn er durch Abhebung vertragswidrig das Konto überzieht, ohne über Ausgleichsmittel zu verfügen. Darüber wird heftig gestritten. Dreh- und Angelpunkt des Streits ist die Bestimmung des Deliktscharakters, der in „spezifischen“ Auslegungen zum Ausdruck kommt. Man unterscheidet zwischen einer „computerspezifischen“, einer „vertragsspezifischen“ (oder „subjektivierenden“) und einer „betrugsspezifischen“ Auslegung. Was heißt das?⁶

- **„Computerspezifische“ Auslegung:** Unbefugt handelt der Karten-Inhaber **nur dann**, wenn er Grenzen überschreitet, die das Computerprogramm selbst setzt. Ergebnis: Die Kontoüberschreitung bei ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten wird nicht erfasst.
- **„Vertragsspezifische“ („subjektivierende“) Auslegung:** Unbefugt handelt der Karten-Inhaber **schon dann**, wenn er sich nicht an die vertraglichen Abmachungen hält. Ergebnis: Wer Geld über dem gesetzten Limit am Automaten abhebt, ist nach § 263 a StGB strafbar.
- **„Betrugsspezifische“ Auslegung:** Als betrugsähnliches Delikt verlangt § 263 a StGB ein Verhalten mit Täuschungswert. Ergebnis: unklar. Denn wie die Quasi-Täuschung beschaffen sein muss, wird unterschiedlich bestimmt. Zum Teil (**Variante A**) wird für die Prüfung der Täuschungsäquivalenz der Geldautomat zu einem fiktiven Bankangestellten transformiert, der die Interessen der Bank umfassend wahrnimmt und somit auch auf Kontoüberschreitungen achtet. Die Verwendung der Karte enthält danach die täuschende Aussage, dass das Konto gedeckt sei. Die Variante A führt also – in weitgehender Übereinstimmung mit der „vertragsspezifischen“ Auslegung – zur Strafbarkeit nach § 263 a StGB. Dagegen wird eingewendet (**Variante B**), dass in dem Gedankenexperiment nicht der dumme Automat durch einen schlaunen Angestellten ersetzt werden dürfe. Zur Prüfung der Täuschungsäquivalenz dürfe an die

³ Wir sehen davon ab, zwei Fragen näher zu erörtern, die nach Einführung der Vorschrift diskutiert wurden, mittlerweile aber als erledigt gelten können. So wurde zunächst die Unbestimmtheit des Merkmals „unbefugt“ als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG gerügt. Diesem Einwand meint man durch einschränkende Auslegung entgegen zu können (vgl. *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 263 a Rn. 12). Ferner wurde die Auffassung vertreten, dass es beim Geldautomaten-Missbrauch am zusätzlichen Merkmal der Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorganges fehle, weil ein solcher Vorgang bereits ablaufen müsse, während die Datenverarbeitung durch Einstecken der Karte erst in Gang gesetzt werde. Dem ist mit zwei Argumenten widersprochen worden (vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2002, § 14 Rn. 9). Das In-Gang-Setzen könne als eine besonders intensive Form der Beeinflussung angesehen werden. Im Übrigen sei der Datenverarbeitungsvorgang bereits durch Herstellung der Betriebsbereitschaft in Gang gesetzt worden und daher einer Beeinflussung zugänglich.

⁴ BGHSt 38, 120, 121; *Rengier* (Fn. 3), § 14 Rn. 10.

⁵ BGH StV 2002, 135; *Lenckner / Perron* in: Schönke / Schröder (Fn. 2), § 266 b Rn. 7.

⁶ Vgl. die Darstellungen bei *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2002, § 263 a Rn. 25 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, 2001, § 3 Rn. 20 ff.; *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 24. Aufl. 2001, Rn. 609 f.

Stelle des Automaten nur ein Angestellter gesetzt werden, dessen Prüfungskompetenz derjenigen des Computerprogramms entspreche. Die Bonität des berechtigten Karten-Inhabers prüfe der Automat jedoch nicht. Nach der Variante B scheidet also eine Strafbarkeit wegen Computerbetruges aus.

Der Meinungsstreit in der Literatur ist nach wie vor unentschieden. Es ist also von großem Interesse, wie sich die Rechtsprechung festlegt.

Wie bereits erwähnt, ist die Anwendung von § 266 b StGB auf das Geldabheben bei der B-Bank weniger problematisch. Zwar ist kein „klassischer“ Fall des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gegeben. Dieser besteht darin, dass der zahlungsunfähige Karten-Inhaber unter Ausnutzung der Garantiefunktion **Leistungen eines Dritten** in Anspruch nimmt, die vom Kartenaussteller zu bezahlen sind. Es muss aber nur eine **geringfügige Ausweitung in zweierlei Hinsicht** vorgenommen werden, um zu einer Anwendbarkeit in unserem Fall zu gelangen. Zu den Leistungen müssen auch Geldzahlungen gerechnet werden. Und der karteninhärenten Garantie, die im Falle der Geldabhebung nicht zum Zuge kommt, muss die Bindung gleichgesetzt werden, welche die Banken für das EC-Geldautomatensystem verabredet haben.⁷ Danach muss das kartenausgebende Institut den Einzug des abgehobenen Betrages durch das automatenbetreibende Institut akzeptieren. Überwiegend werden diese Ausweitungsschritte für richtig gehalten.⁸ Die Gegenansicht will § 266 b StGB auf Fälle beschränken, in denen die in der Karte selbst verkörperte Garantiefunktion wirksam wird; im Falle des Geldabhebens habe die EC-Karte lediglich die Funktion eines Schlüssels.⁹

Für die dritte Handlung der A – Abheben bei der Postbank – sind zunächst einmal die gerade eben erörterten Probleme in gleicher Weise bedeutsam. Hinzu kommt ein weiteres Problem, das auch noch mit § 266 b StGB zusammenhängt. Es ergibt sich aus der Identität zwischen der kartenausgebenden und der automatenbetreibenden Bank, was zur Folge hat dass nicht mehr drei Parteien (A, B-Bank und Postbank), sondern nur zwei (A und Postbank) beteiligt sind. Der Gesetzeswortlaut scheint aber ein **Drei-Parteien-System** vorauszusetzen. Wenn darauf abgestellt wird, dass der Karten-Inhaber die Möglichkeit ausnutzt, den Aussteller „zu einer Zahlung zu veranlassen“, dann liegt es nahe, anzunehmen, dass eine Zahlung an einen Dritten gemeint ist. Auch hatte der historische Gesetzgeber diese Konstellation vor Augen.¹⁰ Dementsprechend lehnen die Rechtsprechung¹¹ und die herrschende Literaturansicht¹² eine Anwendung auf Zwei-Parteien-Systeme ab. Die Gegenansicht¹³ meint, dass eine Anwendung auch in diesen Fällen noch mit dem Wortlaut vereinbar sei und gleichermaßen ein Schutzbedürfnis bestehe.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Fall verlangte dem BGH also nicht die Entscheidung nur eines Problems, sondern Entscheidungen zu einem ganzen Problemfeld ab. In den wesentlichen Fragen lassen seine Stellungnahmen an Klarheit nichts zu wünschen übrig.

Die unbefugte Datenverwendung nach § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB ist nach seiner Auffassung **betrugsspezifisch im Sinne der Variante B**¹⁴ zu interpretieren, was im vorliegenden Fall also zu einer Verneinung der Strafbarkeit führt. Da der Computer nicht die Bonität des berechtigten Karteninhabers prüfe, fehle es an der erforderlichen täuschungsäquivalenten Handlung. § 263 a StGB müsse zudem zur Vermeidung von „Wertungswidersprüchen“¹⁵ un-

⁷ Vereinbarungen für das Deutsche EC-Geldautomatensystem vom 1.7.1993 sowie Richtlinien und Bedingungen dazu; vgl. *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 23 Rn. 49.

⁸ Z. B. OLG Stuttgart NJW 1988, 981, 982; *Kindhäuser* in NK, StGB, § 263 a Rn. 45; *ders.* (Fn. 6), § 266 b Rn. 21; *Hilgendorf*, JuS 1997, 130, 135 f.

⁹ Z. B. *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 795; *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 266 b Rn. 1. BTDrs. 10/5058, 32.

¹¹ BGHSt 38, 281, 282 ff.; BayObLGSt 1997, 75, 76.

¹² *Kindhäuser* (Fn. 5), § 266 b, Rn. 10; *Rengier* (Fn. 2), § 19 Rn. 4, jeweils m. w. N.

¹³ Z. B. *Ranft*, JuS 1988, 673, 680 f.

¹⁴ Vgl. oben 2.

¹⁵ BGH StV 2002, 135, 136.

berücksichtigt bleiben. Denn mit § 266 b StGB sei ein auf den berechtigten Karteninhaber beschränktes Sonderdelikt geschaffen worden, das die vertragswidrige Bargeldbeschaffung mit einer gegenüber § 263 a StGB geringeren Strafe bedrohe und auch keine Versuchsstrafbarkeit vorsehe.

Was die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen von § 266 b angeht, so nimmt der BGH die oben erläuterten Ausweitungsschritte vor. Zu den „Leistungen“ zählt er auch die Geldbeschaffung. Ferner sieht er die Garantiefunktion ausreichend gewährleistet durch die Zahlungsverpflichtung des kartenausgebenden Instituts auf Grund entsprechender Abkommen der Banken.

Dagegen **lehnt der BGH eine Anwendung von § 266 b StGB auf den speziellen Fall der Abhebung von Automaten derjenigen Bank ab, welche die Karte ausgegeben hat, – also auf den Fall des Geldtransfers im Zwei-Parteien-System.** Das überrascht nicht. Denn in der ähnlichen Konstellation der irregulären Verwendung einer Kundenkarte hatte er bereits zuvor gleichermaßen entschieden: § 266 b StGB erfasst nur Missbrauchshandlungen im Drei-Parteien-Verhältnis.¹⁶

Der Lösungsweg des BGH führt abschließend zu einem verzwickten Konkurrenzproblem: In welchem Verhältnis stehen der Betrug durch Erlangung der Karte und der Kartenmissbrauch beim Geldabheben an Automaten einer dritten Bank? Denkbar sind – und vertreten werden – alle drei Konkurrenzformen:

- Gesetzeseinheit, weil der Kartenmissbrauch nach § 266 b als mitbestrafte Nachtrat zurücktritt,¹⁷
- Tateinheit, weil der Betrug bereits auf den späteren Missbrauch zielt (und daher auch mehrere Missbrauchsfälle verklammert),¹⁸
- Tatmehrheit, weil zwischen Betrug und Missbrauch ein zeitlicher Abstand besteht und die konkrete Verwendung der Karte auf einer neuen Willensbildung beruht.¹⁹

Der BGH entscheidet sich für Tateinheit mit einer nur knappen Begründung, die lediglich die Alternative der Gesetzeseinheit anspricht. Ein Zurücktreten von § 266 b StGB scheide aus, weil die Vorschrift nicht nur das Vermögen, sondern auch die „Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs“²⁰ schütze, die erst mit der Verwendung der Karte tangiert sei.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Entscheidung belegt, dass sich der Nebel um §§ 263 a und 266 b StGB lichtet. Die Vorschriften wurden seinerzeit in aller Eile eingeführt, als sich zeigte, dass die traditionsreichen Tatbestände des Diebstahls, des Betrugs und der Untreue nicht in der Lage waren, neue Formen der Wirtschaftskriminalität adäquat zu erfassen, welche die Ausbreitung des Scheck- und Kreditkartenwesens begleiteten.²¹ Der Gesetzgeber zog das Klotzen dem Kleckern vor und kümmerte sich wenig um eine randscharfe Abgrenzung der neu eingeführten Tatbestände. Es entstand ein breit ausgefächerter Meinungsstreit, den die Rechtsprechung nach und nach abarbeitet. Die vorliegende Entscheidung bringt eine weitere Klärung, die sich allerdings in erheblichem Umfang bereits vorher abgezeichnet hatte. **Festzuhalten bleibt:**

- Die „**betrugsspezifische**“ **Auslegung** hat (in der Variante B)²² eine nachdrückliche Bestätigung erfahren. Für sie sprechen nicht nur gute Sachargumente; sie bildet sich auch in der Gesetzessystematik ab, die in der Abfolge der Vorschriften die Betrugsnähe sichtbar werden lässt. In der Fallbearbeitung sollte sie gegenüber den anderen Auslegungen vorrangig Beachtung finden.

¹⁶ BGHSt 38, 281.

¹⁷ Lenckner / Perron (Fn. 5), § 266 b, Rn. 14.

¹⁸ Tröndle / Fischer (Fn. 9), § 266 b Rn. 9.

¹⁹ Lackner / Kühl (Fn. 2), § 266 b Rn. 9.

²⁰ BGH StV 2002, 135, 136.

²¹ Vgl. Arzt / Weber (Fn. 7), § 21 Rn. 26 ff., § 23 Rn. 34 ff.

²² Vgl. oben 2.

- Für die Rechtsprechungspraxis steht nunmehr fest, dass **§ 266 b StGB in Zwei-Parteien-Verhältnissen nicht zum Zuge kommt**. Abweichende Auffassungen in der Literatur sind damit deutlich zu Meinungen minderer Bedeutung herabgestuft worden.
- Das **Geldabheben unter Limit-Überschreitung von Automaten der kartenausgebenden Bank ist straflos**, sofern nicht § 263 StGB bei der Erlangung der Karte verwirklicht wurde.

5. Kritik

Die Entscheidung überzeugt in fast allen Ergebnissen und deren Begründung. Anerkennung verdient insbesondere die Zurückhaltung im Umgang mit § 266 b StGB. Sicherlich hätte es die Kreditwirtschaft gern gesehen, wenn auch das vertragswidrige Geldabheben an Automaten der kartenausgebenden Bank in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen worden wäre. Doch wäre damit dem Grundsatz zuwider gehandelt worden, dass der Strafrechtsschutz nur **fragmentarischen Charakter** haben soll.²³ Bloße Vertragswidrigkeiten weisen nicht das für eine Bestrafung nötige Unrechtsgewicht auf.

Schwer nachvollziehbar ist allerdings die oben²⁴ bereits angesprochene Konkurrenz-Konstruktion. Die Annahme von Tateinheit zwischen der betrügerischen Erlangung der EC-Karte und (sämtlichen) danach vorgenommenen Abhebevorgängen bei sonstigen Banken ist wenig plausibel, handelt es sich doch um selbständige Handlungen, zwischen denen ganz erhebliche zeitliche und räumliche Abstände bestehen können. Vorzugswürdig erscheint daher die Annahme von Tatmehrheit.²⁵

(Dem Text liegt ein Entwurf von Natalie Bashi, Boris Burghardt und Christine Elsner zugrunde.)

²³ Vgl. Naucke, Strafrecht – Eine Einführung, 9. Aufl. 2000, § 2 Rn. 13, § 6 Rn. 59.

²⁴ Siehe 3.

²⁵ So z. B. auch Kindhäuser (Fn. 6), § 266 b Rn. 31; Gössel, Strafrecht BT 2, 1996, § 26 Rn. 57; Lackner / Kühl, (Fn. 2), § 266 b Rn. 9.

F A M O S

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

Juni 2002

Familienehre - Fall

Mord / niedrige Beweggründe: Maßstab der Bewertung; abweichende Kulturvorstellungen einer Volksgruppe in Deutschland

§ 211 Abs. 2 StGB

Leitsatz der Verf.:

1. Die Beurteilung der Frage, ob Tötungsbeweggründe niedrig sind, also nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen. Dabei ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes allein den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen.
2. Nur ausnahmsweise, wenn dem Täter bei der Tat die Umstände nicht bewusst waren, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, oder wenn es ihm nicht möglich war, seine gefühlsmäßigen Regungen, die sein Handeln bestimmen, gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern, kann anstatt einer Verurteilung wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen lediglich eine Verurteilung wegen Totschlags in Betracht kommen.

BGH, Beschluss vom 20. Februar 2002 (BGH 5 StR 538/01); veröffentlicht im Internet unter: www.hrr-strafrecht.de

1. Sachverhalt¹

Das durch eine Kriegsverletzung an den Rollstuhl gebundene PKK-Mitglied R will die J heiraten. Beide sind kurdischer Abstammung und wohnen in Deutschland. Der ebenfalls in Deutschland wohnhafte V, Vater der J, meint, dass R wegen seiner Behinderung kein geeigneter Lebenspartner für seine Tochter sei, und sieht die Familienehre durch die Beziehung verletzt. Zudem ist er der Auffassung, dass R als PKK-Mitglied nicht heiraten dürfe. Er wendet sich an den Gebietsverantwortlichen der PKK D, den er als verantwortlich für das Verhalten des R betrachtet, um ihn zu veranlassen, auf eine Beendigung der Beziehung hinzuwirken. Folgen treten jedoch zunächst nicht ein, so dass R und J schließlich heiraten. Da das Verhältnis in den kurdischen Kreisen weiterhin für Gesprächsstoff sorgt, befiehlt D dem T, der ebenfalls kurdischer Herkunft ist, R und J zu töten. T ist konsterniert über den Auftrag und versucht den Tötungsbefehl abzuwenden, unterwirft sich ihm aber schließlich. Er lockt die Opfer unter einem Vorwand zu einer abgelegenen Stelle und tötet die beiden, ohne auf ihr Flehen zu reagieren.

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und vereinfacht, um die Hauptprobleme besser zur Geltung zu bringen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

T, über dessen Strafbarkeit der BGH zu entscheiden hatte, hat sich zweifelsfrei wegen Totschlags nach § 212 StGB strafbar gemacht. Die anschließende Prüfung von § 211 StGB führt zum Merkmal der niedrigen Beweggründe. Es drängt sich auf, in knappem, pointierten Urteilsstil zu subsumieren: Wer zwei Menschen allein deshalb tötet, weil sie sich lieben, hat ein Tötungsmotiv, welches nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert ist und auf tiefster Stufe steht,² und handelt deshalb aus niedrigen Beweggründen. Aber ist es wirklich so einfach? Muss nicht berücksichtigt werden, dass der Täter einem anderen Kulturkreis entstammt, andere Wertvorstellungen hat und sich möglicherweise Sanktionen ausgesetzt sah, wenn er die Tatbegehung verweigerte? Es eröffnet sich ein Problemkreis, der nicht nur gesellschaftspolitisch brisant ist. Er zwingt auch dazu, einen genaueren rechtsdogmatischen Blick auf das unbestimmteste der Mordmerkmale zu werfen: auf die niedrigen Beweggründe.

Das LG hatte im vorliegenden Fall niedrige Beweggründe verneint, weil „nach den archaischen Sitten- und Wertvorstellungen aller beteiligten Personen eine Schlichtung nicht mehr möglich war“³ und „Fragen der Ehre und Angst vor der sozialen Ausgrenzung im Vordergrund standen“⁴. Zudem sei T auf Grund seiner Wertvorstellungen nicht bewusst gewesen, dass seine Beweggründe objektiv als besonders verwerflich anzusehen seien. – Damit sind drei zu unterscheidende Probleme angeschnitten:

- Wie sind die für die Niedrigkeit der Beweggründe maßgeblichen sittlichen Wertvorstellungen zu bestimmen?
- Ist auch ein kognitives Element im Zusammenhang mit den niedrigen Beweggründen erforderlich und worauf bezieht es sich?
- Kann eine Anwendung des Mordmerkmals ausgeschlossen sein, weil es dem Täter an Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hinsichtlich der niedrigen Beweggründe fehlt?

Hinsichtlich der **Frage nach dem grundsätzlichen Bewertungsmaßstab** für das Verwerflichkeitsurteil ist die Rechtsprechung bisher nicht ganz einheitlich. Ganz überwiegend wird angenommen, dass für die Bewertung der Beweggründe allein die ethischen Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zugrunde zu legen seien.⁵ Andererseits wird aber auch die Auffassung vertreten, dass abweichende Bewertungen des Täters berücksichtigt werden könnten, auch wenn die für die Beurteilung maßgeblichen Wertvorstellungen allgemeiner Natur seien.⁶ Einige Entscheidungen legen sich nicht ausdrücklich fest; ihnen ist aber zu entnehmen, dass Wertvorstellungen, die von der generellen gesellschaftlichen Bewertung abweichen, jedenfalls nicht unbeachtet bleiben dürfen.⁷

Auch zu den **kognitiven Erfordernissen** sind die Aussagen in der Judikatur nur schwer auf einen Nenner zu bringen. Zusammenfassend lassen sich drei Stellungnahmen angeben, die allerdings teilweise Unterschiedliches betreffen. 1. Der Täter muss die Niedrigkeit seiner Beweggründe als solche erkannt haben. 2. Der Täter muss sich der objektiven Umstände bewusst gewesen sein, auf welche der Tatrichter sein besonderes Verwerflichkeitsurteil stützt. 3. Der Täter muss sich seiner Beweggründe als solcher bewusst gewesen sein.

Wie bereits angedeutet, stellt das LG im vorliegenden Fall u. a. auf die fehlende Kenntnis von der Niedrigkeit der Beweggründe als solcher ab. Die an zweiter Stelle genannte Position entspricht der weitgehend gefestigten Rechtsprechung des BGH.⁸ Die dritte Aussage betrifft schließlich einen etwas anderen Aspekt, weil das Bewusstheitserfordernis sich hier auf das bloße Vorhandensein des maßgeblichen Beweggrundes und nicht auf dessen Niedrigkeit bezieht.⁹ Bei genauerem Hinsehen scheint sich das Erfordernis einer Einsicht in die eigenen

² Zur üblichen Definition vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 211 Rn. 9.

³ Wiedergegeben in der hier kommentierten Entscheidung BGH 5 StR 538/01.

⁴ BGH a.a.O.

⁵ Z. B. BGH NJW 1995, 602.

⁶ BGH NJW 1980, 537.

⁷ BGH StV 1997, 565, 566; BGH GA 1967, 244; BGH MDR 1982, 1032.

⁸ So schon BGH NJW 1967, 1140, 1141; BGH NJW 1995, 602, 603. Zu den Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung dieses Kriteriums ergeben, s. unten 4. und 5.

⁹ BGH NJW 1989, 1739.

Beweggründe auf die oben an dritter Stelle angesprochene Frage nach der **Einsichts- und Steuerungsfähigkeit** des Täters bezüglich seiner Beweggründe zu beziehen. Nach ständiger Rechtsprechung soll trotz „objektiv“ niedriger Beweggründe eine Verurteilung lediglich wegen Totschlags in Betracht kommen, wenn es an dieser Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gefehlt hat.¹⁰ Unklar sind jedoch Bezugspunkt und Bewertungsmaßstab. Abgestellt werden kann (zunächst) auf das Fehlen der tatsächlichen Einsicht oder von vornherein auf das Fehlen der Einsichtsfähigkeit; ferner können sich Einsicht oder Einsichtsfähigkeit auf das Vorliegen der maßgeblichen Beweggründe oder auf das Urteil der Niedrigkeit beziehen. Wird auf die Einsichtsfähigkeit abgestellt, so könnte es genügen, dass sich der Täter seine Tatmotive hätte bewusst machen können. Gefordert wird aber überwiegend eine aktuelle Bewusstheit der eigenen Handlungsantriebe, weil der Täter nur so in der Lage sei, deren Niedrigkeit erkennen zu können.¹¹ Dadurch sollen insbesondere solche Taten aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB herausgenommen werden, die von ausgeprägten Affekten bestimmt sind. Der Täter müsse seiner Persönlichkeit nach zu einer entsprechenden Wertung überhaupt im Stande gewesen sein.¹² Durch eine solche spezielle Berücksichtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Rahmen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe können sich Abgrenzungsprobleme zu §§ 20, 21 StGB ergeben.¹³

3. Kernaussagen der Entscheidung

Neuerungen von grundsätzlicher Bedeutung enthält die Entscheidung des BGH nicht. In ihrem wesentlichen Inhalt verdeutlicht sie aber eine Tendenz, die sich in der Rechtsprechung abzeichnet.

Der BGH stellt zunächst fest, dass eine Gesamtwürdigung aller Handlungsantriebe des Täters vorzunehmen ist und dass der **Bewertungsmaßstab dafür allein die rechtlichen und sittlichen Werte der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland** sind. Damit kann insoweit nunmehr von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden.¹⁴

Gleichzeitig schließt der Senat aber nicht völlig aus, dass ein Kulturkonflikt, in dem sich der Täter befand, bei der Subsumtion unter das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe berücksichtigt werden kann. Trotz „objektiv“ niedriger Beweggründe könne eine Verurteilung lediglich wegen Totschlags in Betracht kommen, **wenn dem Täter Umstände nicht bewusst gewesen seien, welche die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausgemacht hätten.**

Damit tritt der Senat der Sichtweise des LG entgegen, welches gemeint hatte, dass der Täter Kenntnis von der Niedrigkeit seiner Beweggründe gehabt haben müsse. Die Kenntnis, so der Senat, muss sich nur auf die Umstände erstrecken, auf die sich die – allein vom Richter festzustellende – Niedrigkeit der Beweggründe bezieht. Der Täter müsse weder seine Beweggründe selbst als niedrig eingestuft haben, noch müsse er das rechtliche Niedrigkeitsurteil gekannt haben.¹⁵

Schließlich hält der BGH es für möglich, dass im Einzelfall **niedrige Beweggründe mangels entsprechender Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen sein können.** Auf die Frage, ob dem Täter seine Beweggründe im Tatzeitpunkt auch tatsächlich bewusst sein müssen, geht er nicht ein.

¹⁰ BGH a.a.O.

¹¹ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 25. Aufl. 2001, Rn. 100 m.w.N.

¹² Wessels/Hettinger, aaO.

¹³ Siehe dazu unten 5.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1995, 602; Jähnke in: LK, StGB, 10. Aufl. 1989, § 211 Rn. 39; Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 211 Rn.18.

¹⁵ Das wird in der Entscheidung allerdings nicht mit letzter Klarheit ausformuliert. Unklarheiten ergeben sich vielmehr daraus, dass der BGH in seinen weiteren Ausführungen unmittelbar die Kenntnis des Täters vom Verwerflichkeitsurteil anspricht. Er hält dem LG nämlich vor, Umstände nicht bedacht zu haben, „die gegen die Annahme sprechen, dass die Angeklagten nicht erfasst hätten, dass ihre eigenen Wertvorstellungen, die ihnen die Wiederherstellung der Ehre aufgaben, in dieser Form in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland keine Billigung finden“.

Auf der Grundlage seiner rechtlichen Kriterien gelangt der BGH zu der Auffassung, dass im vorliegenden Fall eine Verurteilung wegen Mordes nahe liege. Zum einen gehe aus den Feststellungen des LG hervor, dass T selbst über den ihm gegebenen Tötungsbefehl entsetzt gewesen sei. Zudem habe er im Falle einer Befehlsverweigerung zwar mit einem Ansehens- und Ehrverlust, nicht aber mit weitergehenden Sanktionen rechnen müssen. Daher sei sein Handeln von einem krassen Missverhältnis zwischen persönlichem Tatanlass und Erfolg geprägt gewesen, was für die Bewertung eines Beweggrundes als niedrig spreche. Außerdem sei die Verwerflichkeit seines Beweggrundes abhängig vom Beweggrund des Auftraggebers für den Tötungsbefehl.¹⁶ Da T der als niedrig anzusehende Beweggrund des D bekannt gewesen sei, habe er auch insoweit Kenntnis von den Umständen gehabt, welche die Niedrigkeit seiner eigenen Beweggründe ausmachten.

Der BGH hat deswegen die Entscheidung des LG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe ist bei strafrechtlichen Prüfungsaufgaben, die vorsätzliche Tötungshandlungen zum Gegenstand haben, stets zu beachten. Denn häufig muss es schon wegen seiner weiten und unbestimmten Fassung zumindest angeprüft werden. Wir machen im Folgenden ein Hilfsangebot, indem wir ein an der Rechtsprechung orientiertes Prüfungsschema skizzieren.

Vor einem Einstieg in die Prüfung stellt sich die Frage nach der **Einordnung im straffat-systematischen Prüfungsschema**. Die Rspr. hält weiter daran fest, die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe, somit auch das Merkmal der niedrigen Beweggründe, als Bestandteil des subjektiven Tatbestandes zu prüfen.¹⁷ Demgegenüber treten gewichtige Stimmen in der Literatur für eine Zuordnung zur Schuld ein.¹⁸ An der vorliegenden Entscheidung lässt sich zeigen, dass es gute Sachgründe für diese Auffassung gibt. Denn der BGH bemüht darin mit der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ein Kriterium, das keinen Rechtsgutbezug aufweist, sondern das personenbezogene Straftatmerkmal der Schuld betrifft.¹⁹ Gleichwohl wollen wir uns hier, wie angekündigt, an die Rechtsprechung halten, deren Einordnung des Merkmals der niedrigen Beweggründe als subjektives Tatbestandsmerkmal immerhin den Vorzug hat, dass der Aufbau übersichtlich bleibt und dass Komplikationen in Beteiligungsfällen²⁰ vermieden werden.

Die eigentliche Prüfung beginnt mit der **Definition** des Merkmals der niedrigen Beweggründe, die bekannt sein muss,²¹ und einer anschließenden Herausarbeitung der beim Täter vorliegenden Handlungsantriebe. Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller äußeren Motive und inneren Antriebe vorzunehmen. Soweit im Sachverhalt entsprechende Probleme angelegt sind, ist als **Bewertungsmaßstab** für das Niedrigkeitsurteil die Werteordnung der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland heranzuziehen. Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung bildet ein etwaiges Missverhältnis zwischen persönlichem Tatanlass und Taterfolg.²²

¹⁶ Vgl. auch BGH NJW 1994, 395.

¹⁷ BGHSt 1, 368, 371; vgl. Jähnke in: LK (Fn. 14), vor § 211 Rn. 46 ff.

¹⁸ Z. B. Wessels/Hettinger (Fn. 11), Rn. 92; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn. 74.

¹⁹ Vgl. Roxin, aaO.

²⁰ Eine Zuordnung der täterbezogenen Mordmerkmale zum subjektiven Tatbestand führt zur Anwendung von § 28 StGB, die Gegenansicht gelangt hingegen zu § 29 StGB. Zu beachten ist, dass sich der Streit im Ergebnis nur auswirkt, wenn man mit der Rechtsprechung einen strafbegründenden Charakter der Mordmerkmale annimmt, so dass § 28 Abs. 1 StGB mit der Folge der Strafrahmenschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB maßgeblich wird.

²¹ Beweggründe sind niedrig, wenn sie als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (s. Fn. 2).

²² Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 211, Rn. 11.

Sind die Beweggründe des Täters danach grundsätzlich als niedrig einzustufen, ist auf **Ausnahmen** einzugehen. Zum einen kann es an der Kenntnis der (äußeren) Umstände gefehlt haben, die Anlass für das Niedrigkeitsurteil geben. (Zur Verdeutlichung: Nicht erforderlich ist, dass der Täter das entsprechende Urteil selbst nachvollzogen hat.) Weiterhin können niedrige Beweggründe zu verneinen sein, wenn die entsprechende Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gefehlt hat. Insbesondere ist dabei zu prüfen, ob dem Täter seine eigenen, als niedrig einzustufenden Beweggründe bewusst gewesen sind und nicht etwa bloß unbewusste Gefühlsregungen den Tatentschluss hervorgerufen haben. Dafür dürfte ein „sachgedankliches Mitbewusstsein“ zum Tatzeitpunkt ausreichen. Ein etwaiger Kulturkonflikt wird im Wesentlichen nur in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden können.

Soweit allein das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe geprüft wird, bedarf es keiner Erörterung der generellen Bemühungen um eine Eingrenzung des Mordtatbestandes. Die Gesichtspunkte, die bei der negativen oder positiven Typenkorrektur und im Zusammenhang mit der Rechtsfolgenlösung berücksichtigt werden,²³ sind bereits unmittelbar in die komplexe Wertung einzubeziehen, die das Merkmal der niedrigen Beweggründe erfordert.

In praktischer Hinsicht verdient die Entscheidung Aufmerksamkeit, weil sie eine allgemein bedeutsame Frage berührt: Können bei der Beurteilung von Tötungsdelikten Motive Berücksichtigung finden, die auf fremden kulturellen und rechtlichen Anschauungen beruhen? In seiner berühmten „Rechtsfolgen-Entscheidung“²⁴ hat der BGH zugunsten eines türkischen Angeklagten berücksichtigt, dass dieser, bedingt durch seine Herkunft, durch das vorherigen Verhalten des Opfers besonders tief in seinem Ehrgefühl verletzt worden war. Es hat den Anschein, dass der BGH sich von dieser Position entfernt, wenn er nun betont, dass für die Beurteilung der Niedrigkeit von Tötungsmotiven allein die rechtlichen und sittlichen Werte der deutschen Rechtsgemeinschaft maßgeblich seien. – Salopp formuliert: weniger Multi-Kulti, mehr Integration!

5. Kritik

Zur Kritik fordert nicht unbedingt das Ergebnis, wohl aber die Begründung heraus. Sie verliert an Plausibilität, wenn man sie genauer analysiert.

Nehmen wir das zunächst einleuchtend erscheinende kognitive Erfordernis, dass sich der Täter derjenigen äußeren Umstände bewusst gewesen sein müsse, welche die Niedrigkeit seines Beweggrundes ausmachen. Wie sollten denn wohl Umstände für eine Bewertung von Motiven verwertet werden dürfen, die mangels Kenntnis gar nicht motivbildend gewesen sein können? Was der BGH hier als anspruchsvolle Anforderung aufstellt, grenzt an eine Banalität – es sei denn, der Tatrichter sollte lediglich beweisrechtlich darauf aufmerksam gemacht werden, dass er Vorsicht walten lassen müsse beim Schluss von äußeren Umständen auf Beweggründe des Täters. Ansonsten versteht es sich geradezu von selbst, dass für die Feststellung von Beweggründen und die daran anknüpfende Bewertung allein auf die Tätervorstellung abzustellen ist. So ist es etwa auch für eine Tötung aus Habgier bedeutungslos, ob der Täter tatsächlich Aussicht auf eine Erbschaft gehabt hat, wenn er nur meinte, durch die Tötung an eine Erbschaft gelangen zu können.

Wenig plausibel ist auch das Kriterium der **Einsichts- und Steuerungsfähigkeit**. Man versuche doch einmal, sich einen Fall vorzustellen, in dem zwar eine schuldhaft Tötung vorliegt, es aber an der vom BGH geforderten, auf die niedrigen Beweggründe bezogenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit fehlt. Das wird kaum gelingen.

Wer im Hinblick auf einen niedrigen Beweggrund nicht einsichts- und steuerungsfähig gewesen ist, dem soll, so der BGH, dieses Tötungsmotiv nicht als schuldhaft angelastet werden können. Richtig! Aber dieses Motiv ist doch der Grund des Tötens überhaupt! Damit wird dem Schuldvorwurf insgesamt die Basis entzogen mit der Wirkung, dass § 20 StGB zum Zuge kommen muss. Man muss sich schon absonderliche Fallkonstellationen ausdenken, um einen Sinn darin zu entdecken, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit speziell im

²³ Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2002, § 4 Rn. 32 ff. m. w. N.

²⁴ BGHSt 30, 105.

Hinblick auf die niedrigen Beweggründe zu prüfen ist. Da wäre der ohnehin zur Tötung entschlossene Täter (omnimodo facturus), bei dem sich ein zusätzliches niedriges Tötungsmotiv einstellt. Oder der aus einem niedrigen Beweggrund handelnde Täter, der sich zwar nicht des übermächtigen Motivs erwehren konnte, wohl aber in der Lage gewesen wäre, den psychischen Druck durch Ersatzhandlungen zu kompensieren. – Welchen Wert hat eine Dogmatik, deren Daseinsberechtigung von solchen Konstruktionen abhängt?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Patrick Mühleisen zugrunde.)

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Juli 2002

Prostitutions - Fall

Erpressung durch unberechtigtes Eintreiben von Forderungen mit Zwangsmitteln / Irrtum über das Bestehen oder die Rechtsgültigkeit der Forderung / rechtliche Anerkennung von Forderungen aus Vereinbarungen über sexuelle Handlungen durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (1. 1. 2002)

§§ 253, 16 Abs. 1 StGB, § 138 Abs. 1 BGB

Leitsatz der Verf.:

Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist ein normatives Tatbestandsmerkmal der Erpressung, auf das sich der Vorsatz des Täters erstrecken muss, so dass dieser in einem Tatumstandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB handelt, wenn er sich für die erstrebte Bereicherung eine Anspruchsgrundlage vorstellt, die in Wirklichkeit nicht besteht oder von der Rechtsordnung nicht geschützt wird.

BGH, Beschluss vom 21. Februar 2002 (4 StR 578/01), abgedruckt in NSZ 2002, 481.

1. Sachverhalt¹

Die Prostituierte A spiegelt ihrem Freund B im Februar 2001 vor, dass C ihr 20.000 DM für sexuelle Leistungen schulde und dass er sich hartnäckig weigere, zu bezahlen. B glaubt ihr und beschließt, das Geld für sie sofort gewaltsam einzutreiben. Er bedroht C mit einem Gummiknüppel. Daraufhin übergibt C ihm 1.500 DM in bar sowie einige Schmuckstücke. Ob B annahm, dass die von A behauptete Forderung auch rechtlich gültig war, lässt sich nicht klären.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Tücke des Sachverhalts liegt im Verschweigen rechtlicher Gegebenheiten. Beklagen dürfen sich Juristinnen und Juristen darüber aber nicht, wird von ihnen doch die Kenntnis des Rechts erwartet – ganz im Sinne des traditionsreichen Spruches: Da mihi facta, dabo tibi ius². Wissen muss man, dass **am 1. Januar 2002 das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) in Kraft getreten** ist. Dessen § 1 Satz 1 lautet: Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.

Es liegt auf der Hand, dass das Gesetz **weitreichende Folgen für das Vermögensstrafrecht** hat. Forderungen auf Grund von Prostitution und sonstigen sexuellen Leistungen können nicht mehr als sittenwidrig und folglich nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB) gelten, was sich bei den Merkmalen des Schadens und der Bereicherungsabsicht auswirkt. Beispielsweise³ so:

¹ Damit das Hauptproblem klar hervortritt, wurde der Sachverhalt gekürzt und vereinfacht.

² Frei übersetzt: Nenne mir die Fakten; von mir hörst du, wie sie rechtlich zu bewerten sind.

³ Systematisch sind die strafrechtlichen Konsequenzen dieser gesetzlichen Neuerung bisher noch nicht aufgearbeitet worden. Vgl. zu den ersten Reaktionen der Literatur unten 4.

Wer eine Prostituierte durch Täuschung um ihren Lohn bringt, fügt ihr – auch in der Perspektive eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs – einen Schaden gem. § 263 StGB zu. Oder: Eine Prostituierte, die eine Forderung aus ihrer Tätigkeit gewaltsam eintreibt, handelt nicht mehr in der Absicht, sich „zu Unrecht“ zu bereichern (§ 253 Abs. 1 StGB).

Der vorliegende Fall eignet sich jedoch nicht allein dazu, sich diese Neuerung einzuprägen. Er enthält zudem zwei Komplikationen, die **ein tieferes Eindringen in die Tatbestandsstruktur von § 253 StGB und eine Befassung mit Vorwirkungen von Gesetzesänderungen** nötig machen. Zum einen ist von Bedeutung, dass eine Forderung der A gegen C – unabhängig von der Frage ihrer Rechtsgültigkeit – gar nicht existierte. Ferner ist zu beachten, dass das ProstG zum Zeitpunkt der Handlung des B noch nicht in Kraft war.

Vor einer näheren Betrachtung dieser Umstände lässt sich allerdings zunächst Folgendes festhalten: Da A – auch in der Vorstellung des B – keinen Anspruch auf Herausgabe der dem C gehörenden Schmuckstücke hatte, ist insoweit an einer Strafbarkeit des B wegen (schwererer räuberischer) Erpressung gem. § 253 Abs. 1 StGB (§§ 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a und b StGB) nicht zu zweifeln. Probleme bereitet allein die erzwungene Herausgabe des Bargeldes in der Annahme, A habe gegen C einen Zahlungsanspruch. Genauer: in der Annahme, A und C hätten die Zahlung eines Entgelts für sexuelle Leistungen vereinbart und diese Vereinbarung sei auch rechtsgültig gewesen. Der erste Teil der Annahme ist unmittelbar festgestellt worden; der zweite Teil folgt aus dem Grundsatz „in dubio pro reo“.

Für das angekündigte tiefere Eindringen wird als Leitfaden die tatbestandliche Prüfungsstruktur von § 253 Abs. 1 StGB benötigt. Folgender Aufbau wird üblicherweise eingehalten:⁴

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Nötigungsmittel: Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel
 - b) Nötigungserfolg: Handlung, Duldung oder Unterlassung
 - c) Vermögensverfügung (str.)
 - d) Vermögensschaden
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Absicht, sich oder einen Dritten (stoffgleich) zu bereichern
 - c) (oder 3.) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

Mit diesem Aufbau hat sich eine bestimmte Auffassung über den **Umgang mit Irrtumsfällen durchgesetzt, welche die Rechtswidrigkeit der Bereicherung betreffen**. Punkt 2 c) schließt es praktisch aus, Fehlvorstellungen über das Unrecht der Bereicherung als Verbotsirrtum zu erfassen und nach § 17 StGB zu bewerten. Aus ihm ergibt sich vielmehr, dass in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung⁵ und der h. L.⁶ solche Irrtümer als Vorsatzproblem zu betrachten sind, so dass die Regelung des **Tatumstandsirrtums in § 16 Abs. 1 StGB** zur Anwendung kommt. Das soll sowohl für Irrtümer gelten, die sich auf das tatsächliche Bestehen einer Forderung beziehen, als auch Fehlvorstellungen betreffen, die deren rechtliche Gültigkeit zum Gegenstand haben. Die Besonderheit unseres Falles besteht darin, dass möglicherweise beides zusammenkommt: die irrige Annahme des Bestehens einer Forderung und die irrige Annahme ihrer Rechtsgültigkeit. Ergeben sich daraus Besonderheiten für die rechtliche Irrtumsbewertung?

Doch vielleicht ist diese Frage vorschnell gestellt. Es könnte sich auch zeigen, dass B im Hinblick auf die Rechtsgültigkeit gar nicht irrte. Zwar trat das ProstG erst zehn Monate nach

⁴ Z. B. Rengier, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2002, § 11 Rn. 3; Kindhäuser, LPK-StGB, 2002, § 253 Rn. 3.

⁵ BGHSt 4, 105, 106 f.; 17, 87, 90 f.; BGH StV 2000, 78, 79.

⁶ Lackner / Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 253 Rn. 8 i. V. m. § 263 Rn. 62; Wessels / Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 24. Aufl. 2001, Rn. 717.

seiner Handlung in Kraft. Es muss aber nicht unbedingt dieses Datum den Ausschlag geben. Das entscheidende Bewertungskriterium steht in § 138 Abs. 1 BGB: Sittenwidrigkeit. Was als sittenwidrig gilt, bestimmt sich – entsprechend der Uralt-Formel – nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden. Die Gesetzgebung muss damit nicht übereinstimmen. Sie kann die gesellschaftliche Bewertung verfehlen, ihr vorauslaufen oder auch nachhinken. Da sich die gesellschaftliche Sexualmoral seit längerer Zeit tiefgreifend wandelt, könnte das ProstG als bloße abschließende Beurkundung zu interpretieren sein, die lediglich einer bereits vollzogenen Änderung der gesellschaftlichen Bewertung Ausdruck verleiht.⁷ Dann hätte B sich insoweit gar nicht geirrt, sondern die rechtliche Gültigkeit der vermeintlichen Forderung richtig beurteilt. Es verbliebe bei einem Irrtum über die Existenz der Forderung, der ohne weiteres als Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln wäre.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH umgeht eine Stellungnahme zur objektiven Rechtslage vor Erlass des ProstG. Zur Hauptsache befasst er sich damit, wie B die rechtliche Durchsetzbarkeit des angeblichen Anspruchs der A einschätzte. Dem Landgericht, das die Sittenwidrigkeit der Forderung für „selbstverständlich“ hielt und daher auch nicht an dem entsprechenden Vorsatz des B zweifelte, hält er Folgendes entgegen. Möglicherweise habe B „auf Grund des Wandels der Moralvorstellungen in weiten Teilen der Bevölkerung“ die von A behauptete Forderung als rechtsgültig angesehen. In diesem Zusammenhang verweist er auf die Vorgeschichte des ProstG. Die Änderung der herrschenden Sexualmoral und deren Konsequenzen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit hätten sich bereits vorher in verschiedenen Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgezeichnet. Daraus folgert er: „Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass sich der Angeklagte in einem Tatbestandsirrtum befand.“⁸

Nimmt man den BGH beim Wort, so müsste man den Singular rügen. Denn zu dem hier angesprochenen Irrtum kommt der Irrtum über das Bestehen einer Forderung hinzu. Für den BGH ist aber selbstverständlich, dass sich damit an der Tatumstandsirrums-Lösung nichts ändert. Allerdings müssen die Irrtümer nicht zusammentreffen. Denkbar ist auch die Konstellation, dass der Täter zu Recht von einer tatsächlich bestehenden Forderung ausgeht, sie jedoch zu Unrecht als rechtsgültig bewertet. Wiederum wäre das Ergebnis: Tatumstandsirrtum. Das „oder“ in dem folgenden Satz aus der Entscheidung ist somit **als „oder / und“ zu lesen**.⁹ „Stellt sich ... der Täter für die erstrebte Bereicherung eine Anspruchsgrundlage vor, die in Wirklichkeit nicht besteht oder von der Rechtsordnung nicht geschützt ist, so handelt er in einem Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB.“

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Beliebt als Prüfungsaufgabe ist – insbesondere in der mündlichen Prüfung – der **Aktualitätstest**: Von den Kandidatinnen und Kandidaten wird erwartet, dass sie sich mit wichtigen Neuerungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung auskennen. Das erst vor kurzem in Kraft getretene ProstG drängt sich förmlich auf als Gegenstand eines strafrechtlichen Aktualitätstests. Die mit ihm vollzogene Umwertung zwingt zur Revision einer ganzen Dogmatik-Abteilung (Stichwort: „Dirnenlohn“).

⁷ Diese Einschätzung ist in mehreren neueren Entscheidungen anzutreffen: BGH NJW 2002, 361 (Telefonsex); AG Berlin-Köpenick NJW 2002, 1885 (Anzeigenaufträge für „Begleitservice“); VG Berlin NJW 2000, 983, 988 (Gaststättenurlaub für ein Bordell mit „Anbahnungsgaststätte“).

⁸ Dem vom BGH verwendeten Begriff des Tatbestandsirrtums ziehen wir den Begriff „Tatumstandsirrtum“ vor. Er entspricht besser dem Gesetz, das in § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB auf die fehlende Kenntnis von „Umständen“ einer Tat abstellt. Vgl. zu dieser Begriffsfrage, die nicht lediglich terminologischer Natur ist, Kühl, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 13 Rn. 9.

⁹ Klar ist, dass die dritte denkbare Konstellation – irrige Annahme des Bestehens einer Forderung, die zu Recht als rechtsungültig angesehen wird – keinen Tatumstandsirrtum zu begründen vermag. Der über die Existenz eines Anspruchs irrende Täter wird nur dann entlastet, wenn er sie zugleich für rechtlich durchsetzbar hält.

Wer zur Vorbereitung auf den Test die Lehrbuchliteratur in dieser Sache befragt, erhält derzeit noch keine erschöpfende Auskunft. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes sind erst zwei Lehrbücher zum Besonderen Teil in Neuauflage erschienen; beide begnügen sich mit Andeutungen und knappen Hinweisen.

Krey / Hellmann äußern sich in einer Fußnote zur Behandlung nichtiger Forderungen durch den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff folgendermaßen: „Das bisher häufig genutzte Beispiel der Prostitution taugt zur Verdeutlichung nicht mehr, weil das ProstG die früher von der h. M. angenommene Sittenwidrigkeit beseitigt hat; die Vereinbarung eines Entgelts für sexuelle Handlungen begründet nunmehr eine rechtswirksame Forderung ..., so dass eine betrügerische Schädigung der Prostituierten um den ‚Dirnenlohn‘ auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff möglich ist.“¹⁰ Gleiches findet sich bei *Rengier*, der zusätzlich darauf aufmerksam macht, dass auch das kostenlose Erschleichen von Telefonsex nunmehr als betrügerische Schädigung nach § 263 StGB zu erfassen sei.¹¹ In beiden Büchern wird das Thema bei der Erörterung der Erpressung nicht noch einmal aufgegriffen, weil dort insgesamt auf die Ausführungen zum Vermögensschaden beim Betrug verwiesen wird.

Es fällt auf, dass jeweils der **Vermögensschaden** und **nicht die Bereicherungsabsicht** zum Anlass für die Mitteilung genommen wird. Das ist – jedenfalls auf der Grundlage des herrschenden juristisch-ökonomischen Schadensbegriffs – auch konsequent.¹² Denn dieser verneint einen Schaden, wenn die Vermögensverschiebung lediglich zur Erfüllung eines fälligen und einredefreien Anspruchs führte. Aus dieser Sicht läuft das Merkmal der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung weitgehend leer. Diese Konsequenz wird nicht immer gezogen. Vielfach wird der Ausgleich erst im Zusammenhang mit der Bereicherungsabsicht erörtert. Das lässt sich eigentlich nur auf der Grundlage eines rein wirtschaftlichen Schadensbegriffs rechtfertigen, der allein schon dem faktischen Innehaben einer Vermögensposition einen Wert beimisst, was zur Folge hat, dass der Verlust auch dann einen Schaden begründet, wenn damit eine rechtsgültige Verbindlichkeit erfüllt wird.¹³

Die dargelegte systematische Konsequenz eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs, den die Rechtsprechung vertritt, lässt auch die BGH-Entscheidung vermissen. Zwar lag objektiv bei C durchaus ein Schaden vor, denn tatsächlich hatte A keine Forderung gegen ihn. Jedoch wäre in der Abfolge des oben dargelegten Aufbaus vor der Bereicherungsabsicht noch der **Schädigungsvorsatz** zu erörtern gewesen. Schon bei diesem Merkmal wäre das Kernproblem zur Sprache gekommen: Da B von einer Verbindlichkeit des C ausging, die er auch für rechtsgültig hielt, fehlte ihm der Schädigungsvorsatz.

Zurück zum Inhaltlichen. Eine vollständige Übersicht über die strafrechtlichen Auswirkungen des ProstG ist, wie bereits gesagt, in der Literatur bislang noch nicht anzutreffen. Diese Lücke können wir hier nicht schließen, weil sich das Format von FAMOS dafür nicht eignet. Wir begnügen uns daher mit einem Hinweis auf zwei noch zu klärende Probleme.

Was folgt für das Vermögensstrafrecht aus **§ 2 Satz 1 ProstG**? Danach kann die Forderung nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Man könnte auf den Gedanken kommen, dass der Ausschluss einer Einziehung durch Dritte dazu führt, dass die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung (bzw. ein Schaden im Sinne des juristisch-ökonomischen Schadensbegriffs) anzunehmen ist, wenn ein Dritter die Forderung zugunsten der Prostituierten durch Täuschung oder Zwang realisiert. Dagegen spricht allerdings der eher nur formale Charakter der Vorschrift. Ein Verstoß ändert nichts daran, dass der Prostituierten das Erlangte letztlich zusteht.¹⁴

¹⁰ *Krey / Hellmann*, Strafrecht BT 2, 13. Aufl. 2002, S. 251 Fn. 196.

¹¹ *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 57; gegen eine Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB auf Telefonsexverträge auch *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 138 Rn. 52 a.

¹² Vgl. dazu und zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 77 f., 363 f.

¹³ So z. B. *Krey / Hellmann* (Fn. 9), Rn. 498 ff.

¹⁴ Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung ist allein das verfolgte Endziel maßgebend; BGHSt 20, 136, 137: „Entspricht es der Rechtsordnung, steht also die Durchsetzung

Wie steht es um die Strafbarkeit desjenigen, der die Wertung des ProstG noch nicht nachvollzogen hat und in der Annahme handelt, die Forderung sei sittenwidrig und somit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig? Führt die irrige Annahme der Rechtsgültigkeit zum Tatumstandsirrtum, so müsste die hier vorhandene **umgekehrte Situation** nach dem üblichen Lösungsschema als **strafbarer (untauglicher) Versuch** zu bewerten sein.¹⁵ Das vermag aber nicht recht zu überzeugen; hat doch die Fehlvorstellung eine rechtliche Überdehnung des vom Strafrecht geschützten Bereichs zur Folge. Das spricht eher für eine Bewertung als strafloses Wahndelikt. Deutlich wird daran, dass die Tatumstandsirrtums-Lösung problematisch ist, sofern sie auch auf Fehlvorstellungen angewendet wird, die nicht das bloß tatsächliche Bestehen der Forderung, sondern dessen Rechtsgültigkeit betreffen.¹⁶

5. Kritik

Die Entscheidung gibt ein Rätsel auf: Warum stellt der BGH auf einen Irrtum des B über die Rechtswidrigkeit der Forderung ab? Wesentliche Teile der Begründung legen die Annahme nahe, dass die zunächst vorzunehmende objektive Bewertung zur Verneinung der Rechtswidrigkeit führt. So weist der BGH darauf hin, dass sich die gesellschaftliche Moral schon vor Inkrafttreten des ProstG gewandelt hat, und benennt zum Beleg dafür einige höchstrichterliche Entscheidungen. Die gleichwohl gewählte Irrtumslösung ist paradox: Danach hat B einen juristisch naheliegenden Schluss gezogen, der aber als Irrtum und damit als falsch bewertet wird.

Des Rätsels Lösung könnte sein, dass der BGH Rechtsunklarheit vermeiden wollte. Eine klare Orientierung ermöglicht das Datum des Inkrafttretens des ProstG: vor dem 1. 1. 2002 kein Rechtsschutz für Forderungen von Prostituierten! Eine Vorverlagerung des Schutzes mit unklaren zeitlichen Grenzen könnte vor allem in zivilrechtlicher Hinsicht erhebliche Probleme bereiten. Aber kann die Rücksichtnahme auf das Zivilrecht eine strafrechtlich falsche Lösung rechtfertigen?

(Dem Text liegen Entwürfe von Natalie Bashi und Friedel Wagner zugrunde.)

oder Abwehr einer Forderung mit dem sachlichen Recht in Einklang, so wird es nicht dadurch rechtswidrig, dass zu seiner Verwirklichung rechtswidrige Mittel eingesetzt werden.“

¹⁵ Klare Ausformulierung dieses Schemas in BGHSt 42, 268, 272 f.; vgl. auch Lackner / Kühl (Fn. 6), § 263 Rn. 62.

¹⁶ Vgl. Behm, NSTZ 1996, 317, 318 f.; Eser in: Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 22 Rn. 84 ff.

F A M O S

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

August 2002

Handtaschen - Fall

Schwerer Raub: Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung / Verhältnis von Raub und räuberischem Diebstahl im Fall des Eingreifens einer dritten Person

§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 c, 252, 240 StGB

Leitsatz des Gerichts:

1. Die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung umfasst außer den Risiken, die generell für jeden Betroffenen von der Raubhandlung ausgehen, auch die konkreten Gefahren, denen das Opfer allein wegen seiner individuellen Schadensdisposition ausgesetzt ist.

Leitsatz der Verf.:

2. Zwischen Raub und räuberischem Diebstahl besteht Gesetzeseinheit in der Weise, dass § 249 StGB grundsätzlich § 252 StGB verdrängt. Beim Einsatz von Nötigungsmitteln gegen einen weiteren, bisher nicht selbst durch den Raub Geschädigten kommt jedoch eine Verurteilung nach §§ 240 (22, 23) StGB oder § 241 StGB in Betracht.

BGH, Urteil vom 18. April 2002 (3 StR 52/02), abgedruckt in NJW 2002, 2043

1. Sachverhalt

A will der 80jährigen Rentnerin B die über die Schulter gehängte Handtasche entwenden. Da sie wider Erwarten die Tasche festhält, reißt er diese mit solchem Kraftaufwand an sich, dass der Trageriemen abreißt. Durch den heftigen Ruck am Arm erleidet B eine schmerzhafte und komplizierte Schulterverletzung und stürzt zu Boden, wobei sie sich eine Platzwunde am Kopf zuzieht. Der sofort flüchtende A bemerkt von alldem nichts. Er hat jedoch die Möglichkeit einer Verletzung seines Opfers erkannt und in Kauf genommen. Das Tatgeschehen wird von C beobachtet, der die Verfolgung des A aufnimmt. Um sich seines Verfolgers zu entledigen, droht A, ihn mit einem angeblich mitgeführten Messer zu erstechen. C lässt A daraufhin entkommen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung beschäftigt sich mit zwei zentralen Vorschriften im Bereich der Eigentumsdelikte: mit dem schweren Raub und dem räuberischen Diebstahl. Zum einen gibt der Sachverhalt Gelegenheit, die **Raubqualifikation in § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB** zu erörtern, die voraussetzt, dass der Täter eine andere Person durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht hat. Einen zweiten Schwerpunkt bildet die **Frage des Verhältnisses von Raub und nachfolgendem räuberischem Diebstahl mit der Besonderheit, dass eine hinzukommende Person Opfer der weiteren Nötigungshandlung wird.**

Wenden wir uns zunächst dem schweren Raub zu. Bei der Sichtung des Schrifttums fällt folgendes auf. Während heftig diskutiert wird über die 1998 reformierte Strafschärfung im Zusammenhang mit dem Bei-Sich-Führen und Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,¹ so wird dem seinerzeit gleichfalls reformierten Qualifikationsmerkmal der Gesundheitsgefährdung deutlich weniger Aufmerksamkeit geschenkt. Das liegt wohl daran, dass die Änderung weniger spektakulär war. Der Strafschärfungsgrund hat die **Rechtsnatur eines konkreten Gefährdungsdelikts beibehalten**. Es wurde lediglich das **Bezugsobjekt der Gefahr durch eine Ausweitung² auf schwere Gesundheitsschädigungen geändert**. Die Anwendungsprobleme, die dieses Merkmal gleichwohl in sich birgt, zeigen sich erst bei einer Detailanalyse.

Unzweifelhaft ist das Merkmal der **schweren Gesundheitsschädigung**, was die Form der davon erfassten Gesundheitsbeeinträchtigungen angeht, **weiter gefasst als der Katalog schwerer Körperverletzungen in § 226 StGB**.³ Der Gesetzgeber verband mit diesem Begriff **ernstliche, einschneidende oder nachhaltige Beeinträchtigungen der Gesundheit**.⁴ Davon sollen z.B. erfasst sein: das Verfallen in langwierige ernste oder qualvolle Krankheiten physischer oder psychischer Natur⁵, lebensbedrohliche Zustände, erhebliche Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit und Arbeitskraft des Opfers und die Notwendigkeit langwieriger Behandlungen⁶. Eine andere Frage ist die, ob die Gesundheitsschäden im **Schweregrad** den in § 226 StGB genannten Fällen entsprechen müssen. Hier scheiden sich die Geister. Unter Berufung auf den Gesichtspunkt der Gesetzesbestimmtheit sowie auf die Entstehungsgeschichte fordert die überwiegend vertretene Auffassung eine derartige Einschränkung und sieht die Differenz zur schweren Körperverletzung gem. § 226 StGB lediglich „im Fehlen eines abschließenden Katalogs“⁷, also im Hinblick auf die oben angesprochene Frage der Weite. Gegenstimmen in der Literatur halten diese Gesetzesinterpretation für zu eng. Der Gesetzgeber habe durch die Aufhebung der früher bestehenden Bindung an § 226 StGB den Schutz der körperlichen Unversehrtheit gerade erweitern und eine in jeder Richtung flexiblere Handhabung ermöglichen wollen.⁸

Der Umgang mit § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB wird weiterhin dadurch erschwert, dass kein Verletzungserfolg eingetreten sein muss, sondern bereits die Herbeiführung der **konkreten Gefahr** einer schweren Gesundheitsschädigung den Tatbestand erfüllt. Der tatbestandliche Erfolg besteht also nicht in der Einbuße, sondern bereits in der konkreten Verunsicherung des geschützten Rechtsguts.⁹ Dabei ist der Begriff der konkreten Gefahr, wie üblich,¹⁰ so zu handhaben, dass die Raubhandlung über die ihr allgemein innewohnende Gefährlichkeit

¹ Vgl. etwa *Geppert*, Jura 1999, 599 ff.; *Kudlich*, JR 1998, 357 ff.; *Mitsch*, JuS 1999, 640 ff.; dazu auch FAMOS Juli 2002: Taschenmesser-Fall.

² In der alten Gesetzesfassung wurde der Raub durch die Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung qualifiziert. In der Neufassung wird zwischen einerseits der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB) und andererseits der Zufügung einer schweren körperlichen Misshandlung oder der Gefahr des Todes (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 a und b StGB) mit erheblichen Unterschieden im Strafmaß differenziert.

³ Der Gesetzgeber hat den in der alten Fassung des § 250 Abs. 1 Nr. 3 StGB enthaltenen Verweis auf die schwere Körperverletzung aufgehoben.

⁴ BTDRs. 13/8587, S. 27 f.

⁵ *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 250 Rn. 3; *Küper*, ZStW 1999, 30, 37 f.

⁶ *Schroth*, NJW 1998, 2861, 2865.

⁷ *Stein* in: *Dencker* u.a., Einführung in das 6. StrRG, 1998, S. 103; *Eser* in: *Schönke / Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 250 Rn. 21; *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 24. Aufl. 2001, Rn. 347; *Wolters*, JuS 1998, 582, 584.

⁸ *Renzikowski*, NSTZ, 1999, 377, 383; *Mitsch*, ZStW 1999, 102.

⁹ Vgl. *Schünemann*, JA 1975, 793 ff.

¹⁰ Vgl. *Schünemann*, JA 1975, 793; *Küper*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 142 ff.

hinaus zu einer **kritischen Situation** für die körperlichen Integrität geführt und nur der **Zufall** eine Rechtsgutsverletzung verhindert haben muss.¹¹

Wichtig ist dabei die **Einhaltung der richtigen zeitlichen Perspektive**. Es ist konsequent auf den **Zeitpunkt der Handlung** abzustellen. Somit kann ein etwa danach **eingetretener Verletzungserfolg nur einen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Gefährlichkeit der Handlung** bieten, denn die Gefährlichkeit muss sich nicht darauf beschränkt haben, dass das Risiko gerade dieses Erfolgseintritts bestand. Das bedeutet wiederum in subjektiver Hinsicht, dass der hier erforderliche Gefährdungsvorsatz¹² noch keineswegs ausgeschlossen ist, wenn der Täter den Verletzungserfolg nicht (auch nicht bedingt) vorsätzlich herbeigeführt hat. Also: Sollte der Täter diesen Schadenseintritt gar nicht für möglich gehalten oder auf sein Ausbleiben vertraut haben, so kann er gleichwohl durchaus (bedingt) vorsätzlich im Hinblick auf eine konkrete Gefahr gehandelt haben.¹³

Die Beurteilung der Gefährlichkeit beinhaltet somit ein gewisses Maß an Generalisierung. Aber Vorsicht! Die Generalisierung erfasst nicht die Opferseite. Zu ermitteln ist die **Gefährlichkeit der Handlung** nicht etwa für ein fiktives Durchschnittsopfer, sondern **für das konkrete Tatopfer mit seinen individuellen Besonderheiten**.¹⁴ Die Gefährlichkeit ist ja, wie gesagt, konkret zu bestimmen. Eine spezielle Anfälligkeit für schwere Gesundheitsschäden ist also durchaus zu berücksichtigen. Diese gehört allerdings dann auch zu den Tatumständen, von denen der Täter Kenntnis gehabt haben muss (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB).

Es liegt auf der Hand, dass die Anwendung dieses Prüfungsmaßstabes im vorliegenden Fall einige Schwierigkeiten bereitet.

Begeben wir uns auf den zweiten Schauplatz des Falles: Wie ist ein Täter zu verurteilen, der unmittelbar nach Begehung eines Raubes zwecks Sicherung der Beute noch einmal Gewalt angewendet hat? Neben § 249 StGB kommt nunmehr noch § 252 StGB in Betracht.¹⁵ Wir erinnern uns: Der Anwendungsbereich von § 249 StGB reicht vom Beginn des Versuchs bis zur Vollendung der Wegnahme; § 252 StGB erstreckt sich auf die Zeitspanne von der Vollendung bis zur Beendigung.¹⁶ Daraus könnte gefolgert werden, dass bei einer aufeinanderfolgenden Verwirklichung beider Delikte auch eine Bestrafung nach beiden Vorschriften möglich ist. So einfach ist das aber nicht. Zu bedenken ist, dass dann der Diebstahl, der Bestandteil beider Straftaten ist, zweimal erfasst werden würde.¹⁷ Aus diesem Grunde lässt die

¹¹ Günther in: SK-StGB, § 250 Rn. 30; Schroth, NJW 1998, 2861, 2866; Jähnke in: LK, StGB, 11. Aufl., § 221 Rn. 6; Eser (Fn. 7), § 250 Rn. 21.

¹² Da der schwere Raub gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB kein bloßes erfolgsqualifiziertes Delikt (§ 18 StGB) ist, muss zumindest ein bedingter Gefährdungsvorsatz vorliegen; vgl. Günther (Fn. 11), § 250 Rn. 27; Hauf, Vermögensdelikte, 2002, S. 56.

¹³ Tröndle / Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 15 Rn. 11 h.

¹⁴ Vgl. Schroth, NJW 1998, 2861, 2865, der daraus die Konsequenz zieht, dass für die Beurteilung einer Gesundheitsschädigung nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB auch Leistungsbeeinträchtigungen im Hinblick auf den speziellen Beruf des Opfers zu berücksichtigen seien.

¹⁵ Ein kleineres Anwendungsproblem, dass der Gesetzeswortlaut bereitet, ist überwindbar. Das Merkmal „bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen“ passt nicht glatt auf den Fall, dass die Beute durch Raub erlangt wurde. Es verstößt jedoch nicht gegen das Analogieverbot, § 252 StGB auch auf den „räuberischen Raub“ anzuwenden, weil mit dem Raub zugleich der Tatbestand des Diebstahls erfüllt ist (Geppert, Jura 1990, 554, 555; Schünemann, JA 1980, 393, 397). Daher ist es seit BGHSt 21, 377 ständige und unumstrittene Rechtsprechung, dass Vortat eines räuberischen Diebstahls auch ein Raub sein kann.

¹⁶ So die h. L. (Herdegen, in: LK [Fn. 11], § 252 Rn. 7; Rengier, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2002, § 10 Rn. 3f; Tröndle / Fischer (Fn. 13), § 252 Rn. 4; a.A. Dreher, MDR 1976, 529, 533). Unpräzise ist hingegen die Rechtsprechung. Grundsätzlich verfolgt sie zwar die Linie der h. L. (BGHSt 28, 224, 225f; BGH, NSTZ 1987, 453). Allerdings bringt sie die §§ 250, 251 StGB über § 249 StGB auch dann in Ansatz, wenn die erschwerenden Umstände erst nach der Vollendung, aber vor Beendigung des Raubes hinzugekommen sind (BGHSt 20, 194; 38, 295; krit. hierzu Wessels / Hillenkamp [Fn. 7], Rn. 355, 377; Rengier, a.a.O., § 9 Rn. 11).

¹⁷ BGH, GA 1969, 347, 348; zust. Wessels / Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 377.

überwiegende Meinung § 252 StGB grundsätzlich hinter § 249 StGB zurücktreten.¹⁸ Die Strafschärfungskomponente des § 252 StGB sei schon durch den Raub als Vortat abgegolten.¹⁹ **§ 252 StGB** sei insofern nur noch **mitbestrafte Nachtat**.²⁰ Etwas anderes gelte aber dann, wenn der räuberische Diebstahl im Unterschied zum Raub unter den erschwerenden Voraussetzungen der §§ 250, 251 StGB begangen worden sei.²¹ In einem solchen Fall werde der Raub als minder schweres Delikt vom qualifizierten räuberischen Diebstahl aufgezehrt.²²

Die Gegenansicht kritisiert an diesem Lösungsweg, dass die zweimalige Anwendung von Gewalt durch den Täter verdeckt werde.²³ Das hat wiederum zu dem Vorschlag geführt, die im zurücktretenden Verbrechen enthaltene Zwangsausübung selbständig als (versuchte oder vollendete) **Nötigung** in Ansatz zu bringen.²⁴ Das subsidiär verdrängte Verbrechen soll dabei als Klammer fungieren, die Tateinheit begründet.²⁵ Dazu findet sich im Schrifttum der Kommentar, dass eine solche Bestrafung „zu schwach“ sei.²⁶ Die Rechtsprechung hatte bisher noch keinen Anlass, sich zu diesem Problem zu äußern.²⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zunächst beschäftigt sich der BGH mit dem Merkmal der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung. Er übernimmt die oben erwähnte Definition des Gesetzgebers. Zur Frage des Schweregrades der Gesundheitsschädigung lässt er es bei dem einen Satz bewenden, dass in Anbetracht der Absenkung der unteren Strafrahmengrenze von fünf auf drei Jahre die von § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB erfassten **Gesundheitsschäden in ihrer Schwere nicht mit den in § 226 StGB beschriebenen Folgen vergleichbar** sein müssten.²⁸ Der in der Literatur vorherrschende Gegenstandspunkt kommt inhaltlich auch nicht ansatzweise zur Geltung.

Sehr ausführlich geht der BGH dagegen auf das Problem der Berücksichtigung opferbezogener Kriterien ein.²⁹ Er betont, dass bei der Prüfung des Strafschärfungsgrundes in § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB sowohl die „individuelle körperliche und gegebenenfalls auch seelische Verfassung“ des Opfers als auch „die Auswirkungen ... für seine Berufsfähigkeit“³⁰ einzubeziehen seien.

Fehler im zugrundeliegenden landgerichtlichen Urteil nimmt der BGH zum Anlass, vor einem zu engen Verständnis des Gefährdungsvorsatzes zu warnen. So hatte sich das LG in diesem Zusammenhang nur mit der Schulterverletzung des Opfers und den entsprechenden Wahrnehmungen des Angeklagten befasst und auf dieser Grundlage den Gefährdungsvorsatz verneint. Bei Schlussfolgerungen vom objektiven Geschehen auf den Vorsatz darf, so betont der BGH, nicht nur vom tatsächlich eingetretenen Schaden ausgegangen werden. Vielmehr müssten **alle dem Opfer auf Grund seiner individuellen Konstitution objektiv drohenden Gesundheitsgefahren** – sei ein entsprechender Schaden auch ausgeblieben – bei der Prüfung der inneren Tatseite Berücksichtigung finden. Habe der Täter die individuelle

¹⁸ Eser (Fn. 7), § 252 Rn. 13; Lackner / Kühl (Fn. 5), § 252 Rn. 8; Geilen, Jura 1980, 43, 46.

¹⁹ Schünemann, JA 1980, 393, 399.

²⁰ Rengier (Fn. 16), § 10 Rn. 16.

²¹ § 252 StGB enthält eine Pauschalverweisung auf §§ 249 bis 251 StGB („ist gleich einem Räuber zu bestrafen“), so dass auf den räuberischen Diebstahl auch die Qualifikationen der §§ 250, 251 StGB anwendbar sind.

²² BGH, GA 1969, 347, 348; Herdegen (Fn. 16), § 252 Rn. 22;

²³ Weber, JZ 1965, 418, 419 Fn. 5; Dreher, MDR 1976, 529, 532.

²⁴ Günther (Fn. 11), § 252 Rn. 29; Kindhäuser, in: NK, StGB, 2. Aufl. 1999, § 252 Rn. 39; Eser (Fn. 7), § 252 Rn. 13.

²⁵ Geppert, Jura 1990, 554, 559.

²⁶ Dreher, MDR 1976, 529, 532 f.

²⁷ Vgl. BGH, GA 1969, 347.

²⁸ BGH, NJW 2002, 2043.

²⁹ Vgl. auch den Leitsatz des Gerichts.

³⁰ BGH, NJW 2002, 2043.

Schadensdisposition des Opfers sowie etwaige daraus resultierende Gefahren schwerer Gesundheitsschädigungen erkannt und billigend in Kauf genommen, so handle er bereits mit bedingtem Gefährdungsvorsatz. Im vorliegenden Fall werde der Täter durch den Umstand belastet, dass er ein Opfer ausgewählt habe, das wegen seines Alters erkennbar besonders gefährdet gewesen sei.

Schließlich wendet sich der BGH mit dem kurzen Hinweis, dass Vortat eines räuberischen Diebstahls auch ein Raub sein könne, dem Verhältnis von § 249 StGB und § 252 StGB zu. Eine selbständige Bestrafung gem. § 252 StGB sei neben § 249 StGB nicht möglich. Dem erneuten Angriff auf das Vermögen durch den räuberischen Diebstahl komme keine eigenständige Bedeutung mehr zu, weil dieses Rechtsgut bereits durch die Raubtat geschädigt worden sei. Zu berücksichtigen sei jedoch, dass sich das qualifizierte Nötigungsmittel nach Vollendung der Wegnahme der Beute gegen eine andere Person gerichtet habe. Das könne dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass eine mit dem Raub tateinheitlich verbundene Strafbarkeit nach §(§) 240 (22, 23) StGB bzw. § 241 StGB angenommen werde. Zu einer verbindlichen Entscheidung kommt es aber nicht, weil insofern eine Teileinstellung nach § 154 a Abs. 2 StPO erfolgt ist. Der BGH belässt es daher bei dem Hinweis, dass er der genannten Auffassung „zuneigt“.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Wem dieser Handtaschen-Fall in Klausurverpackung begegnet, der sollte sich durch das Tatobjekt nicht in die Irre führen lassen. Es geht hier nicht, wie in der klassischen Konstellation,³¹ um die Abgrenzung zwischen listiger Diebstahlshandlung und räuberischer Gewalt, die dann nötig ist, wenn der Täter überraschend auf die Handtasche zugreift und dadurch einer Gegenwehr des Opfers zuvorkommt. Hier wurden eindeutig räuberische Mittel eingesetzt, und es ist schwerpunktmäßig zu prüfen, ob nicht sogar eine Raubqualifikation vorliegt. Dabei steht das Merkmal der schweren Gesundheitsschädigung im Mittelpunkt, das im Ausbildungszusammenhang größte Aufmerksamkeit verdient; hat es doch mit der letzten großen Strafrechtsreform Eingang in verschiedene – zu einem erheblichen Teil auch examensrelevante – Vorschriften des Strafgesetzbuches gefunden.³² Insofern bietet die vorliegende Entscheidung eine erste bedeutsame höchstrichterliche Stellungnahme zur Auslegung dieses bisher in Einzelheiten noch umstrittenen Begriffs.

Ferner sollten sich auch Studierende die Hinweise des BGH an die Tatrichter zu Herzen nehmen. Bei der Prüfung eines konkreten Gefährdungsdelikts ist eine Verengung des Blicks auf den am Rechtsgut eingetretenen Schaden unbedingt zu vermeiden. Nötig ist eine **Gesamtschau aller Tatumstände³³, aus denen Erkenntnisse über die zum Zeitpunkt der Handlung bestehende Gefährdung des Opfers zu gewinnen sind.**

Ist die Prüfung des schweren Raubes bewältigt und sind die sonstigen in Betracht kommenden Straftatbestände, insbesondere §§ 252, 240 StGB, abgehandelt, so sollte das Schreibgerät noch nicht aus der Hand gelegt werden. Es gilt:

Willst du mit der Lösung glänzen,
Denk' auch an die Konkurrenzen!

Folgende Fragestellungen sind klausur-, aber auch praxisrelevant, geht es doch um die Bemessung der Strafe. (1.) Sollte zusätzlich zur Verurteilung wegen Raubes auch wegen

³¹ Vgl. hierzu *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 314, 320, 332.

³² Das Kriterium der schweren Gesundheitsschädigung ist in vielen Straftatbeständen zu finden, wobei die Deliktsnatur zwischen vorsatzbezogenem Gefährdungsdelikt (z.B. §§ 113 Abs. 2 Nr. 2; 121 Abs. 3 S. 2, 3; 125 a S. 2 Nr. 3; 176a Abs. 1 Nr. 3; 221 Abs. 1) und Erfolgsqualifikation (z.B. §§ 218 Abs. 2 Nr. 2; 221 Abs. 2 Nr. 2; 225 Abs. 3 Nr. 2; 239 Abs. 3 Nr. 2; 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB) differiert.

³³ Indizien sind z.B.: die Art und Weise der Raubausführung, die eingetretenen und die gefährlich naheliegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie Alter, Gesundheitszustand und allgemeine Konstitution des Opfers.

räuberischen Diebstahls verurteilt werden? (2.) Falls nicht: Wie lässt sich die Zwangsausübung gegen einen weiteren, bisher durch den Raub noch nicht Geschädigten strafzumessungsrechtlich zu erfassen?

Studierenden sei dringend abgeraten, den BGH nachzuahmen und lediglich ihre „Neigung“ kundzutun. In der Klausur bedarf es einer definitiven Beantwortung dieser Fragen. Dabei kommt es allerdings nicht so sehr auf das Ergebnis (wohl aber auf die Begründung!) an. Dagegen werden sich die Tatgerichte, sollen ihre Urteile revisionssicher sein, wohl der Auffassung anschließen müssen, welcher der BGH zuneigt.

5. Kritik

Die Stellungnahme des BGH zum Begriff der schweren Gesundheitsschädigung ist alles andere als ein Beitrag zur Stärkung von Rechtsklarheit und Gesetzesbestimmtheit. Sie führt zu einer verwirrenden Doppelung des Begriffs der Schwere. Die schwere Gesundheitsschädigung kann leichter als die schwere Körperverletzung sein; sie ist aber gleich dieser schwerer als die leichte (einfache) Körperverletzung. Beim Auswiegen von Körperverletzungsschäden stehen nunmehr also drei Gewichte zur Verfügung: leicht, schwer und ganz schwer. Das erste und das dritte Gewicht sind noch einigermaßen zuverlässig bestimmbar, nämlich mit Hilfe von §§ 223 und 226 StGB. Für das zweite fehlt dagegen das feste Maß. Hier wird alles von der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung abhängen. Das wäre zu vermeiden gewesen, wenn der BGH sich der Meinung angeschlossen hätte, die in der Literatur vorwiegend vertreten wird. Die dort vorgeschlagene Orientierung am Schweregrad von § 226 StGB hätte für eine gesetzlich abgesicherte Klarheit gesorgt.

(Gedämpfter) Beifall ist angebracht für die Lösung des Konkurrenzproblems. Sie eröffnet die sachgerechte Möglichkeit, gesondert wegen (versuchter) Nötigung gegenüber einem zweiten, durch die Vortat bisher noch nicht Geschädigten zu bestrafen. Kritik verdient dagegen die Präsentation dieser Lösung. Wie schon im Tankautomatenfall (FAMOS November 2001) verwendet der BGH eine höchst merkwürdige Form des obiter dictum: Vom Thron höchstrichterlicher Rechtsprechung wird verkündet, dass der Senat einer bestimmten Auffassung zuneige. Diese Form obrigkeitlicher Meinungsäußerung wird gewählt, weil an sich wegen einer Teileinstellung gar nichts mehr zu entscheiden war. Doch das ist nicht die Sache eines Gerichts: sich zu Fragen ohne Entscheidungsrelevanz zu äußern. Der Richter, der meint, dazu eine mitteilenswerte Meinung zu haben, möge sich der üblichen juristischen Äußerungsform bedienen und einen Aufsatz schreiben. (Offenbar hat der BGH unsere kritischen Anmerkungen zum Tankautomaten-Fall³⁴ nicht zur Kenntnis genommen. Es bleibt also noch einiges zu tun für die Verbreitung von FAMOS!)

(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra von Berg und Ulrike Müller zugrunde)

³⁴ FAMOS November 2001, 5 (Kritik).

F A M O S

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

September 2002

Wahlkampf - Fall

Beleidigung / politischer Meinungskampf / Wahrnehmung berechtigter Interessen

Art. 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 2 GG §§ 185, 193 StGB

Leitsatz der Verf.:

Ist eine Ehrverletzung im Rahmen einer öffentlichen politischen Auseinandersetzung erfolgt, so ist im Rahmen der gebotenen Abwägung zwischen dem Recht auf Meinungsfreiheit und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Verletzten auch das Anliegen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, jedem Wiederaufleben nationalsozialistischen Gedankenguts zu begegnen.

BayObLG Urteil vom 15.02.2002 (1 St RR 173/01); abgedruckt in NSTZ-RR 2002, 210 ff.

1. Sachverhalt

Der Kreisvorsitzende A der „Republikaner“ fühlt sich im Wahlkampf herausgefordert durch vielfache öffentliche Kritik anderer Parteien an der rechtsextremen Ausrichtung seiner Partei. Zu den Kritikern gehört der Vizepräsident des Zentralrates der Juden in Deutschland F. In einer Pressemitteilung holt A aus zu einem Rundumschlag. Er bezeichnet darin die Grünen als „Schwuchtelpartei“, spricht von den Mitgliedern der CSU als „Schwarzfaschisten“ und suggeriert ein Bündnis zwischen SPD und „PDS/SED“, indem er beide mit einem Bindestrich zusammenfügt. Außerdem nennt er F „Zigeunerjude“. F stellt einen Strafantrag.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Befassen wollen wir uns lediglich mit einer Strafbarkeit des A wegen Beleidigung des F. Was A über die Parteien geäußert hat, soll ungeprüft bleiben, weil die Beleidigung nur auf Antrag verfolgt wird (absolutes Antragsdelikt gem. § 194 Abs. 1 Satz 1 StGB) und sonstige Anträge nicht gestellt wurden.¹

Es spricht zunächst alles dafür, dass A den F beleidigt hat, als er ihn „Zigeunerjude“ nannte. Hat A nicht eindeutig dadurch die Ehre des F, also dessen sittlichen und sozialen Geltungsanspruch, verletzt und seine Missachtung ihm gegenüber kundgetan?² Der für herabsetzende Werturteile dieser Art zuständige § 185 StGB scheint glatt anwendbar zu sein.

¹ So verfährt jedenfalls die Praxis. In Klausuren und Hausarbeiten wird dagegen erwartet, dass straf-tatsystematisch bis zur Antragsvoraussetzung durchgeprüft wird; vgl. *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 2001, Rn. 289.

² Vgl. zur Definition der Beleidigung *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage 2001, § 185 Rn.1.

Offenbar kann man das aber auch anders sehen. Die Vorinstanz hat A unter Zubilligung eines „Rechts auf Gegenschlag“ freigesprochen.³ Darin deutet sich an, was noch zu berücksichtigen ist: Die Äußerung fiel im Rahmen einer öffentlichen politischen Auseinandersetzung. Damit ist der Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG betreten. Das hat zur Folge, dass es nicht mehr genügen kann, § 185 StGB in aller strafrechtlichen Schlichtheit anzuwenden. Vielmehr muss eine **komplizierte Spezialdogmatik** herangezogen werden, die sich aus strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Elementen zusammensetzt. Sie trägt die Handschrift des BVerfG.

Ihre Grundlage bildet die **Wechselwirkungslehre**. Sie besagt: § 185 StGB muss in seiner die Meinungsfreiheit begrenzenden Wirkung selbst wieder unter angemessener Berücksichtigung der Meinungsfreiheit eingeschränkt werden.⁴ Das soll auf zwei Ebenen geschehen, und zwar

- erstens bei der vorab zu klärenden Frage, wie die Äußerung zu verstehen ist (sog. **Deutungsebene**) und
- zweitens bei der Anwendung der gesetzlichen Merkmale auf die solchermaßen festgestellte Äußerung (**Anwendungsebene**).

Bei der Deutung der Äußerung ist die Meinungsfreiheit in folgender Weise zur Geltung zu bringen. Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Äußerung. Er legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Zu beachten sind auch die Begleitumstände und der Gesamtzusammenhang.⁵ Lässt sich eine öffentliche Äußerung auf unterschiedliche Weise interpretieren, so ist sie grundsätzlich in der Deutung zugrunde zu legen, in der sie dem Äußernden zurechenbar ist.⁶ Von mehreren Deutungsmöglichkeiten darf die zur Strafbarkeit führende nur dann herangezogen werden, wenn zuvor die anderen möglichen Deutungen mit triftiger Begründung ausgeschlossen worden sind.⁷

Auf der Anwendungsebene ist eine einzelfallbezogene Gewichtung der Beeinträchtigungen vorzunehmen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen.⁸ Es bedarf eines schonenden Ausgleichs zwischen beiden Verfassungsgütern im Sinne „praktischer Konkordanz“.⁹

Wie sind die Ebenen im **strafatsystematischen Prüfungsgang** zu verorten? Der Standort der Deutungsebene ist noch einigermaßen klar zu bestimmen: Sie betrifft den ersten Schritt der Tatbestandsprüfung. Viel schwieriger ist es dagegen, den Einsatzort der Meinungsfreiheit im Anwendungsbereich präzise zu benennen. Zwei Möglichkeiten gibt es: die Prüfung des objektiven Tatbestandes und die Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB. Gerichtsentscheidungen – so auch die hier zu besprechende – halten sich in dieser Frage zumeist bedeckt. Auch die Lehrbuchliteratur verweigert dem Leser zumeist die erwünschte Klarheit.

Uns erscheint eine Prüfung erst im Zusammenhang mit § 193 StGB vorzugswürdig. Denn mit der Meinungsäußerungsfreiheit kommen Interessen ins Spiel, deren Darstellung leichter fällt, wenn sich die Tatbestandsprüfung – abgesehen von der Deutungsebene – auf die tatbestandlich geschützten Interessen beschränkt. Es ist eine klare Gegenüberstellung möglich. Die Prüfung behält den Charakter einer fachlich präzisen Durchmusterung einzelner, getrennter Merkmale. Vermieden wird eine frühzeitige Vermengung. Sagen wir es einmal etwas salopp: Die Tatbestandsprüfung sollte um der Klarheit willen vom Abwägungs-Singsang frei-

³ Vgl. BayObLG NSTZ-RR 2002, 210 unter Hinweis auf das Berufungsurteil des Landgerichts. Zuvor hatte das Amtsgericht A zu einer Geldstrafe verurteilt.

⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198, 208 f.; BVerfG NJW 1999, 2262, 2263.

⁵ Dazu gehören etwa die Anschauungen der beteiligten Kreise, die örtlichen und zeitlichen Verhältnisse, das sprachliche Niveau und das gesellschaftliche Umfeld; vgl. BVerfGE 93, 266, 295; Küpper, Strafrecht BT, 2. Auflage 2001, I. § 4 Rn. 15; Lenckner (Fn. 2), Rn. 8 f.

⁶ BVerfG, NJW 2001, 3613, 3614.

⁷ BVerfGE 43, 130, 136 f.; 82, 43, 52; BVerfG NJW, 2001, 3613, 3614.

⁸ Vgl. BVerfGE 93, 266, 293.

⁹ Küpper (Fn. 5), I. § 4 Rn. 31.

gehalten werden; erst die Rechtswidrigkeitsprüfung, die ja generell dazu dient, Gegeninteressen zur Geltung zu bringen, bietet den rechten Anlass, ihn anzustimmen.

Die Prüfung von § 193 StGB ist nochmals in sich **stufig** angelegt. Es gibt nämlich Äußerungsformen und Äußerungsinhalte, deren ehrverletzendes Gewicht so groß ist, dass ein Überwiegen der Meinungsfreiheit von vornherein ausgeschlossen ist.¹⁰ Es handelt sich gewissermaßen um Tiefschläge, die zur Disqualifikation führen. So kann sich derjenige nicht auf seine Meinungsfreiheit berufen, der durch seine Äußerung die **Menschenwürde** eines anderen antastet, indem er dessen Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.¹¹ Auch kommt es nicht zu einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, wenn die Äußerung als eine **Formalbeleidigung** einzustufen ist, also wenn sich die Kränkung bereits aus der Form der Äußerung ohne Rücksicht auf ihren Inhalt ergibt.¹² Gleiches gilt für die **Schmähung**, bei der nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.¹³

Auf der nachfolgenden Stufe ist dann in die Abwägung einzutreten. Auch dafür hat das BVerfG Vorgaben formuliert. Danach kann das Recht auf freie Meinungsäußerung in öffentlichen politischen Auseinandersetzungen grundsätzlich Vorrang beanspruchen, weil damit ein wesentlicher Beitrag zur Funktionstüchtigkeit der Demokratie geleistet wird. Das BVerfG spricht von einer „**Vermutung für die Freiheit der Rede**“¹⁴. Im politischen Machtkampf müsse auch Kritik hingenommen werden, die in überspitzter polemischer Form geäußert werde, weil andernfalls die „Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses“ drohe.¹⁵ Auch sei in Zeiten des Wahlkampfes zwischen politischen Parteien Art 21 Abs. 1 Satz 1 GG zu beachten. Dieser „verstärkt die Vermutung für die Zulässigkeit der Freiheit der Rede mit der Folge, dass gegen das Äußern einer Meinung nur in äußersten Fällen eingeschritten werden darf“.¹⁶ Im Übrigen soll noch von Bedeutung sein, ob die Äußerung ein Erst- oder ein **Gegenschlag** war. Ein „Recht zum Gegenschlag“ hat, wer zu seiner Äußerung von dem Verletzten herausgefordert wurde. Ihm sind auch herabsetzende Äußerungen erlaubt, wenn sie, gemessen an den von der Gegenseite aufgestellten Behauptungen, nicht unverhältnismäßig erscheinen.¹⁷

Das Resultat dieser Dogmatik lässt sich kurz und knapp so formulieren: Wer sich auf öffentlichem Schauplatz in die Gefahr der Ehrverletzung begibt, den lässt das BVerfG regelmäßig darin umkommen. Das ist vielfach auf Kritik gestoßen,¹⁸ mit der wir uns hier aber nicht näher auseinandersetzen wollen. Praktisch bedeutsamer ist, dass diese verfassungsgerichtliche Bevorzugung der freien Rede problematisch werden kann, wenn es zu einer Kollision mit einer anderen gleichermaßen fundamentalen Wertentscheidung kommt, nämlich derjenigen gegen ein Wiederaufleben nationalsozialistischen Gedankenguts in modernem Gewande. Da sich die Priorität der freien Rede, wie hier dargelegt, dogmatisch verfestigt hat, bereitet es den Gerichten Mühe, einen Ausstieg zu finden, um auf rechtsradikale Tiraden angemessen reagieren zu können. Die Vorinstanz hat diesen Ausstieg nicht gefunden (vielleicht auch nicht finden wollen) und ist so zu einem schwerlich akzeptablen Freispruch gelangt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BayObLG hebt den landgerichtlichen Freispruch mit einer Begründung auf, die – ungewöhnlich für eine Gerichtsentscheidung – Züge eines strafrechtlichen Gutachtens trägt.

¹⁰ Vgl. zum Folgenden BVerfGE 93, 266, 294; BVerfG NJW 1994, 1779, 1780.

¹¹ Vgl. zur Inhaltsbestimmung der in Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde BVerfGE 87, 209, 228.

¹² Vgl. zum Begriff der Formalbeleidigung Kindhäuser LPK-StGB, § 193 Rn. 17.

¹³ Näher zur Schmähkritik BVerfGE 93, 266, 294.

¹⁴ BVerfGE 7, 198, 208 u. 212; 82, 43, 52; 93, 266, 294.

¹⁵ BVerfGE 54, 129, 139; 60, 234, 241; 82, 272, 282;

¹⁶ BVerfGE 61, 1, 12.

¹⁷ BVerfGE 24, 278, 286.

¹⁸ Näher dazu Otto, Jura 1997, 139, sowie Strafrecht BT, 6. Aufl. 2002, § 32 Rn. 42 f.

Das hat seinen Grund darin, dass das Landgericht meinte, ohne weiteres auf das Recht zum Gegenschlag abstellen zu können, und die davor liegenden Prüfungsmerkmale allzu rasch und oberflächlich durchgegangen ist. Geradezu schulmeisterlich hält das BayObLG dem Landgericht Punkt für Punkt Versäumnisse vor und zeigt auf, wo die Weiche anders hätte gestellt werden können. Da weitere tatrichterliche Feststellungen nötig sind, verweist es die Sache zurück.

Der erste Vorhalt besteht darin, dass der ehrverletzende Charakter der Äußerung nicht präzise dargelegt worden sei. Bei einer Würdigung aller Umstände dränge sich der Eindruck auf, „dass mit der Bezeichnung als ‚Zigeunerjude‘ auf Bewertungsmaßstäbe aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückgegriffen werden und der Verletzte damit als sozial oder rassistisch minderwertig und ächtenswert ausgegrenzt werden soll“.¹⁹ Dann aber sei zu bedenken, dass ein Angriff auf die Menschenwürde vorliegen könne, was eine Rechtfertigung von vornherein ausschließe. Die Menschenwürde des F sei verletzt, wenn der Äußerung des A zu entnehmen sei, dass F „ebenso wie Juden oder Sinti und Roma in der Zeit des Nationalsozialismus das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft abgesprochen werden sollte“.²⁰ Auch eine nicht zu rechtfertigende Schmähkritik zieht das Gericht in Betracht.

Schließlich nennt es noch Argumente, die gegen die Annahme eines Rechts auf Gegenschlag sprechen. Von besonderer Bedeutung ist ein Aspekt, den das Gericht selbst als „entscheidend“ bezeichnet.²¹ Er verdient es, wörtlich mitgeteilt zu werden. „Das Recht auf Gegenschlag ist gerade im Hinblick auf die ‚demokratische Komponente‘ des Art. 5 GG, die die politische Auseinandersetzung in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gewährleisten soll, anerkannt worden. Der Gewährleistung des demokratischen Diskurses steht aber nicht nur das Persönlichkeitsrecht des Geschädigten gegenüber; vielmehr sind auch diejenigen Gefahren im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, die der Gesamtheit durch die Ausübung des Grundrechts drohen. Das ist hier die Gefahr der Wiederbelebung nationalsozialistischer Gedankenguts. Nicht unberücksichtigt bleiben kann daher im Rahmen der Abwägung das vom Gesetzgeber vielfach zum Ausdruck gebrachte Anliegen, dem Wiederaufleben nationalsozialistischer, insbesondere antisemitischer Gedankengutes zu begegnen (vgl. u. a. §§ 86, 86 a, 130, 194 I 2, II 2 StGB).“²² Da haben wir also einen weiteren Ausstieg aus einer verfassungsgerichtlich entwickelten Dogmatik, welche die Meinungsfreiheit begünstigt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zwei Gründe sind es, die der Entscheidung für Ausbildung und Praxis Bedeutung verleihen.

Einmal verändert sie für Fälle der vorliegenden Art die **Verteilung der Gewichte** bei der Interessenabwägung. Vermindert wird das Gewicht der Freiheit der Rede, soweit mit ihr die Gefahr einer Wiederbelebung nationalsozialistischer Gedankenguts verbunden ist. Dadurch nimmt das Gewicht der persönlichen Ehre auf der gegenüberliegenden Wagschale zu. Man darf gespannt darauf sein, ob das BVerfG diesen Eingriff in seine Grundentscheidung hin- nimmt.

Zum anderen enthält die Entscheidung eine Mahnung, die in Ausbildung und Praxis unbedingt beachtet werden sollte. Bei der Verarbeitung ehrverletzender Äußerungen im politischen Meinungskampf ist ein **Höchstmaß an Präzision** geboten, damit alle Aspekte in dem komplizierten Zusammenwirken von Strafrecht und Verfassungsrecht die nötige Beachtung finden. Da wir uns bereits unter 1. um eine Erläuterung der Merkmale und des Prüfungsablaufs bemüht haben, begnügen wir uns an dieser Stelle mit einer schematischen Übersicht.

¹⁹ BayObLG, NStZ-RR 2002, 210, 211 f.

²⁰ BayObLG, NStZ-RR 2002, 210, 212.

²¹ BayObLG, NStZ-RR 2002, 210, 213.

²² BayObLG, NStZ-RR 2002, 210, 213.

Ehrverletzende Werturteile im Rahmen öffentlicher politischer Meinungsäußerungen

Aufbau einer Prüfung von § 185 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a. Deutung der Äußerung unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 GG
- b. Prüfung, ob damit ein ehrverletzendes Werturteil vorliegt

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

2. Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB

- a. Prüfung eines etwaigen Ausschlusses (Verletzung der Menschenwürde, Formelbeleidigung, Schmähkritik)
- b. Prüfung der Voraussetzungen von § 193 StGB unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 GG, insbesondere:
 - Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Interessenwahrnehmung
 - Vermutung für die Freiheit der Rede (BVerfG)
 - Recht auf Gegenschlag
 - Einschränkung des Rechts auf Gegenschlag im Falle der Gefahr des Wiederauflebens nationalsozialistischen Gedankenguts (BayObLG)

III. Schuld

IV. Strafantrag

5. Kritik

Der Tendenz der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Es liegt nahe, dass eine Rechtfertigung versagt wird, weil die Äußerung des A die Menschenwürde des F angreift und eine bloße Schmähkritik darstellt.

Das BayObLG hätte gut daran getan, es bei den entsprechenden Hinweisen zu belassen. Denn die nachfolgenden Äußerungen zum Recht auf Gegenschlag und dessen Einschränkung sind äußerst problematisch. Sie führen einen **systemfremden Gesichtspunkt** ein. Bei Beleidigungstaten stehen sich die Interessen der beteiligten Individuen gegenüber. Jetzt wird mit der Bekämpfung der Wiederbelebung nationalsozialistischen Gedankenguts ein Interesse hinzugefügt, dessen Schutz andere Strafvorschriften, etwa §§ 86, 86 a und 130 StGB, zu leisten haben. § 185 StGB erhält eine zusätzliche staats- und gesellschaftsschützende Ausrichtung, die sich nicht damit verträgt, dass die Beleidigung als Individualdelikt die Ehre des einzelnen schützen soll. Die Vorschrift wird damit ihrem eigentlichen Zweck entfremdet.²³

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

²³ Diese Zweckentfremdung hat ein ungutes historisches Vorbild. Eine ältere Rechtsprechung hat den Beleidigungsdelikten den Zweck des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung beigemengt. Sie kann mittlerweile als überwunden gelten; vgl. *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 25. Aufl. 2001, Rn. 477 f.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Oktober 2002

Rentner - Fall

Fahrlässige Tötung / eigenverantwortliche Selbstgefährdung / Adäquanz

§ 222 StGB

Leitsatz der Verf.:

Lehnt das verletzte Tatopfer einen wahrscheinlich lebensrettenden ärztlichen Eingriff ab, so entfällt die Zurechenbarkeit des danach eingetretenen Todes für den Täter unter dem Gesichtspunkt eigenverantwortlicher Selbstgefährdung nur bei offenkundiger Unvernünftigkeit der Weigerung.

OLG Celle, Urteil vom 14. November 2000 (32 Ss 78/00); abgedruckt in StV 2002, 366 mit Anm. Walther

1. Sachverhalt¹

A nimmt Rentner R die Vorfahrt und kollidiert mit dessen PKW. R erleidet dadurch eine operationsbedürftige Verletzung an der Hauptschlagader, was allerdings auch auf seiner besonderen Verletzungsanfälligkeit beruht. Die medizinisch indizierte Operation verweigert R, weil er das damit verbundene Risiko eines tödlichen Ausgangs von 5 bis 15 % fürchtet. Daraufhin verstirbt er einige Monate später – verletzungsbedingt – an Herzinsuffizienz.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

A hat sich durch das Einfahren in die vorfahrtsberechtigten Straße ohne Zweifel wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht. Zweifel bestehen jedoch an einer Strafbarkeit auch wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB. Zwar hat A durch seine Fahrweise letztlich den Tod des R verursacht und dabei auch gegen Sorgfaltspflichten verstoßen; doch erweckt Bedenken, dass der Tod des R sehr wahrscheinlich nicht eingetreten wäre, wenn dieser sich der medizinisch indizierten Operation unterzogen hätte.

Bedenken dieser Art werden heutzutage üblicherweise als Zurechnungsproblem eingeordnet.² Gefragt wird: Kann dem Täter der Erfolg auch dann zugerechnet werden, wenn dieser – wie hier – auch auf der Handlung eines anderen beruht? Mit der Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne ist diese Frage nicht abschließend zu beantworten. Benötigt wird ein Werturteil. Das soll der Begriff der Zurechnung zum Ausdruck bringen, der als ein Ver-

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und vereinfacht, um das Kernproblem besser zur Geltung zu bringen.

² Kaum noch vertreten wird die Einordnung als Kausalitätsproblem mit der Lehre von der Unterbrechung des Kausalverlaufs; vgl. Puppe, JURA 1998, 21, 26; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 31. Aufl. 2001, Rn. 166 m.w.N.).

antwortlich-Machen zu verstehen ist. Doch ein allseits anerkanntes, inhaltlich präzises Konzept für eine solche Bewertung gibt es bislang nicht.³

Dem weit ausgreifenden Meinungsstreit ist lediglich zu entnehmen, dass bei der Suche nach einem solchen Konzept Überlegungen zum Schutzzweck der Norm, zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang und zur Adäquanz eine dominierende Rolle spielen.⁴ Zusätzlich wird in neuerer Zeit immer häufiger das **Eigenverantwortlichkeitsprinzip** mit der Begründung herangezogen, dass im Falle des Zusammenwirkens mehrerer Personen eine isolierte Betrachtung des Täterverhaltens unangebracht sei; vielmehr müsse eine wechselseitige Abgrenzung der Verantwortungsbereiche vorgenommen werden.⁵ Daran könnte im vorliegenden Fall folgendermaßen angeknüpft werden. Durch die Verweigerung der Operation habe R sich eigenverantwortlich in eine erhöhte Gefahr gebracht, die sich dann auch verwirklicht habe. Das müsse A entlasten, denn die bloße Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung einer Selbstgefährdung könne keine Strafbarkeit begründen.⁶ – Die Vorinstanz hatte dementsprechend A vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen.

Allerdings hat der eben genannte Grundsatz auch Grenzen, die zur Hauptsache an Fällen diskutiert werden, in denen eine Person zu Schaden kommt, die sich in die Gefahr begeben hat, um zu retten. Wird durch eine Ersthilfe des Täters ohne Mitwirkung und ohne Einverständnis dieses Opfers eine erhebliche Rechtsgutsgefahr begründet und damit ein einsichtiges Motiv für gefährliche Rettungshandlungen geschaffen, so soll es bei einer Erfolgszurechnung bleiben.⁷ Begründung: Der Schutzzweck der Norm erfasse auch eine solchermaßen sachgerechte Selbstgefährdung des Retters.⁸ Sinnlose und unverhältnismäßige Rettungsaktionen sollen dagegen den Zurechnungszusammenhang entfallen lassen.⁹

Eine Übertragung dieser Überlegungen auf unseren Fall bereitet zunächst begriffliche Probleme. Kann hier überhaupt von einer (aktiven) „Selbstgefährdung“ die Rede sein? R hat doch lediglich durch ein **Unterlassen** die Chance auf Eindämmung der Gefahr vertan. Wer diese Frage gleichwohl bejaht, muss danach weiter fragen, ob das Operationsrisiko nicht ein einsichtiges Motiv für die selbstgefährdende Weigerung des R war.

Die Probleme des Falles könnten aber auch ganz anders, also nicht über das Eigenverantwortlichkeitsprinzip, angepackt werden. Fragen wir doch einmal nach dem **Adäquanzzusammenhang** zwischen dem Verhalten des A und dem tödlichen Ausgang. Ein zunächst relativ glimpflich verlaufener Unfall führt wegen einer besonderen Schadensdisposition und eines doch recht ungewöhnlichen Verhaltens des Opfers zu dessen Tod. Zwar ist es nicht weit her mit der Ausgrenzungsleistung des Adäquanzurteils. Nur dasjenige, was so sehr außerhalb der Lebenserfahrung liegt, dass vernünftigerweise damit nicht gerechnet zu werden braucht, wird ausgeschieden.¹⁰ Wie heißt es doch so schön: Unverhofft kommt oft! Aber muss man wirklich damit rechnen, dass beides zusammentrifft: ein anfälliges Opfer, das sich auch noch ärztlichem Rat verschließt?

3. Kernaussagen der Entscheidung

Anders als die Vorinstanz gelangt das OLG Celle zu einer Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Tötung. Die Entscheidung fußt im Wesentlichen auf Überlegungen zum Prinzip eigenverantwortlicher Selbstgefährdung. Dabei schenkt der Senat dem Umstand keine Beachtung, dass die selbstgefährdende Verhaltensweise hier in einem Unterlassen bestand. Die Entscheidung operiert vielmehr mit einer einfachen Regel-Ausnahme-Argumentation im Anschluss an das vom BGH an einem Fall gemeinsamen Rauschgiftkonsums entwickelte

³ Vgl. Walther, StV 2002, 367, 368.

⁴ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 673 ff.; Cramer/Sternberg-Lieben in: Schönke-Schröder, 26. Aufl. 2001, § 15 Rn. 154 ff.

⁵ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 185 ff., 684; Walther, StV 2002, 367, 368.

⁶ So BGHSt 32, 262, 265.

⁷ BGHSt 39, 322, 325.

⁸ Puppe, JURA 1998, 21, 29.

⁹ BGHSt 39, 322, 325.

¹⁰ Vgl. Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 48.

Eigenverantwortlichkeits-Prinzip. Dieses dürfe nicht schematisch auf alle Fälle angewendet werden, in denen deliktisches Verhalten einen Dritten zu selbstgefährdenden Handlungen veranlasst habe. Eine Einschränkung sei dann erforderlich, wenn der Täter „die nahe liegende Möglichkeit einer bewussten Selbstgefährdung dadurch schafft, dass er ohne Mitwirkung und ohne Einverständnis des Opfers eine erhebliche Gefahr für ein Rechtsgut des Opfers begründet und damit ein einsichtiges Motiv für anschließende gefährliche Maßnahmen des Opfer schafft“¹¹. Damit zieht der Senat also die vom BGH an sich für Rettungssituationen entwickelte Einschränkung der Straflosigkeit in Selbstgefährdungsfällen heran, die oben bereits zitiert wurden. Als „einsichtiges Motiv“ genügt ihm das mit der Operation verbundene Mortalitätsrisiko. Dazu führt er aus: Die Verweigerung der Operation sei jedenfalls nicht als „offenkundig unvernünftig“¹² anzusehen.

Die Frage der Adäquanz handelt das OLG mit nur knappen Ausführungen ab. Der Geschehensablauf einschließlich der Besonderheiten der ärztlichen Behandlung habe nicht außerhalb des gesetzten Risikos und der Lebenserfahrung gelegen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Es ist nicht leicht, dem Problem einen eindeutigen **Standort im systematischen Prüfungsablauf** für fahrlässige Erfolgsdelikte¹³ (auch für erfolgsqualifizierte Delikte: § 18 StGB) zuzuweisen. Das weitgehend akzeptierte Grundscheema bietet nämlich mehrere Gelegenheiten für eine Erörterung. Eine erste ist erreicht, wenn Handlung, Erfolg und Kausalität geprüft sind und nun die objektive Fahrlässigkeit zu thematisieren ist. Als Teilelement neben der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung ist die objektive Vorhersehbarkeit – also die Adäquanz – zu erörtern, die, wie gezeigt, eine Verarbeitungsmöglichkeit bietet. Danach ist der Zusammenhang zwischen der festgestellten Fahrlässigkeit und dem Erfolg zu prüfen, was zumeist als Pflichtwidrigkeitszusammenhang oder objektive Zurechenbarkeit bezeichnet wird. Hier zeichnet sich eine Ausformung selbständiger Rechtsfiguren ab, zu denen die bereits erwähnten, nämlich der Schutzzweck der Norm und das Eigenverantwortlichkeitsprinzip, gehören. Schließlich lässt sich das Problem auch noch nach Verlassen der Tatbestandsebene unter dem Gesichtspunkt rechtfertigender Einwilligung in die Gefährdung abhandeln. Ratschlag: Man wähle den Anknüpfungspunkt, welcher der Struktur des Problems am besten gerecht wird. Dazu gleich mehr unter 5.

Die Entscheidung bereichert die Diskussion über das Eigenverantwortlichkeitsprinzip. Das geläufige **Fallrepertoire wird erweitert**. Bisher wurde unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit (auf Opferseite) diskutiert über die Verantwortlichkeit des Drogendealers für den Tod des Konsumenten, des Brandstifters für die Rauchvergiftung des Feuerwehrmannes, des Autofahrers für die Unfallverletzung des Beifahrers und ähnliche Konstellationen. Das OLG Celle ist der Meinung, dass der Fall der Operationsverweigerung durch das Opfer hinzugenommen werden sollte. Überprüfen wir – kritisch – diese Meinung.

5. Kritik

Eine fachlich-juristische Bewertung unterscheidet zwischen der Entscheidung und ihrer Begründung. Die Entscheidung kann richtig und zugleich die Begründung falsch sein. So liegt es hier.

Auf die Mängel seiner Begründung hätte das OLG bei kritischer Überprüfung des eigenen Sprachgebrauchs aufmerksam werden können. Es passt nämlich nicht zusammen, wenn aus den Rettungsfällen das „einsichtige Motiv“ des Retters als maßgeblicher Orientierungspunkt abgeleitet wird und dann im konkreten Fall dafür die Formulierung „nicht offenkundig unvernünftig“ eingesetzt wird. Damit verschiebt sich der Maßstab. Die Operationsverweigerung muss danach weniger einsichtig sein, damit es bei der Zurechnung bleibt, als das Motiv

¹¹ OLG Celle, StV 2002, 366.

¹² OLG Celle, StV 2002, 366, 367.

¹³ Vgl. die Aufbauhinweise bei *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 875.

des Retters. Dem ist in der Sache zuzustimmen. Es bleibt nur im Dunklen, welches der Grund dafür ist. Fiat lux!¹⁴

Die jeweilige Opfersituation ist eine andere. Der Drogenkonsument, der Feuerwehrmann, der Beifahrer – sie alle geraten erst in Gefahr durch eigenes positives Tun, nämlich das Setzen der Nadel, das Eindringen in das brennende Haus, das Besteigen des Fahrzeugs. Sie könnten durch schlichtes Unterlassen die Gefahr vermeiden. Anders dagegen der Unfallverletzte: Er befindet sich bereits in Gefahr und muss etwas tun, um ihr zu entgehen.

Dem entspricht ein **struktureller Unterschied in der Tätersituation**. Der Drogendealer, der Brandstifter, der betrunkene Fahrer – sie alle begründen eine Gefahr, in die sich das Opfer begeben kann, aber nicht muss. Der Unfallfahrer hat dagegen das Opfer schon in Gefahr und damit in eine Zwangslage gebracht; befreien kann es sich daraus nur durch ein Tätigwerden, indem es den ärztlichen Eingriff veranlasst.

Der aufgezeigte Unterschied ist wesentlich. Der Eingriff des Täters in die Freiheit des Opfers ist im zweiten Fall ungleich schwerer als im ersten. Deswegen kann sich der Täter auch weniger leicht unter Hinweis auf die Eigenverantwortung des Opfers entlasten. Dieses muss schon „offenkundig unvernünftig“ handeln, damit es zu einer Verlagerung der Verantwortlichkeit kommt.

Der Unterschied wird noch klarer, wenn wir die beiden Konstellationen fortbilden in Richtung auf eine Unterlassungsstrafbarkeit. Stellen wir uns vor, dass der Täter die ihm selbst mögliche Rettung des Opfers unterlässt und es dadurch zu dessen Tod kommt. Hat sich das Opfer durch positives Tun in die Gefahr begeben hat, kann schon bezweifelt werden, ob der Täter überhaupt Garant unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz ist. Auch wenn man die Garantenstellung bejaht, kommt ihr doch geringeres Gewicht zu im Vergleich zu der Garantenstellung, die der Täter zweifelsfrei im Falle der bereits eingetretenen Verletzung des Opfers inne hat, weil er hier bereits in das Schicksal des Opfers eingegriffen hat. Dieser Unterschied wird sich zumindest im Bereich der Strafzumessung bemerkbar machen.

Angesichts dieser strukturellen Differenz kann man fragen, ob es denn richtig ist, diese so unterschiedlichen Konstellationen begrifflich als Fälle eigenverantwortlicher Selbstgefährdung zusammenzufassen. Es wirkt doch recht gequält, den hier vorliegenden Fall des Verzichts des Opfers auf Verringerung eines fremdgesetzten Risikos als eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu diskutieren. Andererseits ermöglicht es der Vergleich mit dem klaren Anwendungsbereich dieser Figur (Begründung eines Risikos durch das Opfer selbst im Wege positiven Tuns), den Prüfungsmaßstab sachgerecht abzuwandeln.

Als **alternativer Lösungsweg** bietet sich eine Prüfung im Rahmen der objektiven Vorhersehbarkeit (Adäquanz) an.¹⁵ Die zu klärende Frage lautet dann: Inwieweit darf ein Täter, der das Opfer bereits verletzt hat, darauf vertrauen, dass dieses in angemessene Rettungsmaßnahmen einwilligt? In der Sache ändert sich nichts. Auf Grund der oben entwickelten Struktur der Täter-Opfer-Situation kommt es zu einer Verneinung des Adäquanzzusammenhanges erst dann, wenn die Weigerung des Opfers offenkundig unvernünftig ist. Dem Opfer wird also ein großer Spielraum für eigen-willige, von einer objektiven Vernunft abweichende Entscheidungen zugestanden.

Die Anwendung dieses Maßstabs ist alles andere als einfach. Zu beantworten ist die schwierige Bewertungsfrage: Was kann auch einem unverschuldet in Gefahr geratenen Tatopfer noch an Eigenschutz abverlangt werden, so dass der Täter ein entsprechendes Verhalten erwarten darf? Unumgänglich ist ein Rückgriff auf die das gesellschaftliche Zusammenleben regulierende Werteordnung. Das lässt sich hier nicht vertiefen. Sicherlich hat das OLG Celle Recht mit der Auffassung, dass eine Entscheidung des Opfers gegen eine medizinisch indizierte Operation aus Furcht vor einem tatsächlich bestehenden Sterblichkeitsrisiko hinzunehmen ist und daher den Täter nicht entlastet. Die Grenze zur offenkundigen Un-

¹⁴ Es werde Licht! (1. Mose 1,3)

¹⁵ Diesen Weg hat z. B. der BGH in NStZ 1994, 394, beschränkt (Weigerung einer verletzten alkoholkranken Person, sich einer medizinischen Behandlung zu unterziehen).

vernünftigkeit könnte z.B. aber dann überschritten sein, wenn das Opfer einer Sekte angehört und die Operation allein aus religiösen Gründen ablehnt.

Fazit: Das OLG Celle hat die Chance vertan, dogmatischen Lorbeer zu erwerben, den wir jetzt einheimen. Immerhin hat es eine für die Lösung des Kernproblems hilfreiche Formulierung (offenkundig unvernünftig) gefunden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Patrick Mühleisen zugrunde)

F A M O S

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

November 2002

Paket - Fall

Bandendiebstahl / Bandenabrede / Gehilfe als Bandenmitglied

§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1, 27 StGB

Leitsatz der Verf.:¹

Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen, sofern die in Aussicht genommenen Tatbeiträge nicht gänzlich untergeordneter Natur sind.

BGH, Urteil vom 15. Januar 2002 – 4 StR 499/ 01, abgedruckt in StV 2002, 191.

1. Sachverhalt

A und B vereinbaren, Wohnungseinbrüche in Villenvierteln zu begehen. Die Beute soll per Paketpost ins Ausland geschickt und dort verkauft werden. Die beiden gewinnen die C für ihre Pläne. Sie soll gegen Aufwandsentschädigung und Entgelt lohnende Einbruchsobjekte ausfindig machen und beim Verpacken und Versenden der Beute helfen. Mehrfach kommt es zu Taten in der abgesprochenen Form.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall greift erneut den strafrechtlichen Bandenbegriff auf. Er hat in den letzten Jahren zu vielen Kontroversen auch in der Rechtsprechung geführt,² die schließlich eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen³ nötig machten. Ruhe ist damit jedoch nicht eingeleitet; vielmehr sind neue Fragen entstanden, wie die vorliegende Entscheidung zeigt. Sie knüpft an eine Kernaussage der Entscheidung des Großen Senats an. Danach setzt der **Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.**

Wir wollen uns dem Fall-Problem durch eine Prüfung in Stufen nähern. Zunächst ist festzustellen, dass A und B mehrere Wohnungseinbruchsdiebstähle in Mittäterschaft gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Was die Tatbeteiligung der C betrifft, so ist das Ergebnis gleichermaßen klar. Denn egal, ob man der subjektiven Ansicht

¹ Bis auf den angehängten Sofern-Nebensatz entspricht der Leitsatz der Fassung des Gerichts. Der Nebensatz wurde den Entscheidungsgründen entnommen (StV 2002, 191, 192).

² Siehe FAMOS August 2000.

³ BGHSt 46, 321.

der Rechtsprechung oder der Tatherrschaftslehre der Literatur folgt:⁴ Ihr Beitrag besteht in bloßer Beihilfe zu den Wohnungseinbruchsdiebstählen gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 242 Abs. 1, 27 StGB.

Wie verhält es sich nun mit einer Strafbarkeit der Beteiligten wegen **Bandendiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB** und **schweren Bandendiebstahls gem. § 244 a Abs. 1 StGB**? Das gesetzliche Mitwirkungserfordernis, das auch nach der Entscheidung des Großen Senats immer noch umstritten ist,⁵ bereitet hier keine Probleme. A und B führten die Diebstähle vor Ort in mittäterschaftlichem Zusammenwirken aus. Das ist nach allen Ansichten ausreichend. Auch ergibt ein rasches Durchzählen der am Geschehen Beteiligten, dass die Mindestzahl von drei Personen gegeben ist. Also: Strafbarkeit von A und B gem. §§ 244 a Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB und Strafbarkeit der C gem. §§ 244 a Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 27 StGB?

Das wäre voreilig. Zweifel ergeben sich im Hinblick auf den Beitrag der C, der von erheblich geringerem Gewicht war als die Beiträge von A und B. Die Rolle der C beschränkte sich nicht nur in der Ausführung, sondern auch bereits nach der Absprache auf bloße Gehilfenschaft. Auf die Absprache ist bei der Prüfung des Merkmals der Bande abzustellen, wie aus der eingangs genannten Definition hervorgeht.

Die Zweifel wachsen, wenn man sich mit den dogmatischen Grundlagen der Bandendelikte befasst. Bandendelikte sind – unabhängig davon, ob sie ein Mitwirkungserfordernis aufweisen⁶ oder nicht⁷ – von einer gegenüber dem Grundtatbestand gesteigerten **Organisationsgefahr**⁸ gekennzeichnet, die **durch die Bandenabrede begründet** wird. Diese stellt eine enge Bindung zwischen den Bandenmitgliedern her, woraus sich ein ständiger Anreiz zur Begehung weiterer Straftaten ergibt.⁹ Der Begriff der Organisationsgefahr umschreibt ein von konkreten Taten der Bande losgelöstes Gefährdungspotential: Arbeitsteilung, Spezialisierung, Zusammengehörigkeitsgefühl und Gruppendynamik lassen einen Personenverband entstehen, von dem die Gefahr serienmäßiger Straftaten ausgeht.¹⁰

Nach Auffassung des Großen Senats begründet nicht bereits das Gangsterpärchen eine solche Organisationsgefahr; ein Trio muss es schon sein. Doch gilt das auch, wenn der (oder die) Dritte im Bund (hier C) gewissermaßen nur eine „halbe Portion“ ist? (Nochmals: nicht deswegen, weil sie an den konkret begangenen Taten nur als Gehilfin beteiligt war, sondern weil sich schon aufgrund der Bandenabrede ihre Tätigkeit bei allen zukünftigen Taten immer nur auf eine Beihilfetätigkeit beschränken sollte.) Der BGH hatte also die Frage zu beantworten: **Kann Bandenmitglied auch derjenige sein, dessen Beitrag innerhalb der Gruppe von vornherein nur auf eine Gehilfetätigkeit beschränkt ist?** Kürzer gefasst: 2 ½ = 3? Oder bedarf es der Verabredung zu gemeinsamer mittäterschaftlicher Begehung, damit die strafehöhende Organisationsgefahr angenommen werden kann?

⁴ Zusammenfassende Darstellung des Meinungsstreits zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 189-191.

⁵ Die gegensätzlichen Standpunkte können anhand von *Rengier*, Strafrecht BT 1, 5. Auflage 2002, § 4 Rn. 50 (der Rspr. zustimmend) und *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 25. Auflage 2002, Rn. 272, 272 a (die Rspr. ablehnend) nachvollzogen werden. Vertiefend: *Altenhain* ZStW 113 (2001), 143; *Engländer* JR 2001, 73.

⁶ Die gesetzliche Formulierung lautet dann „als Mitglied einer Bande ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“; so z.B. in §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁷ So z.B. §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

⁸ In Rspr. und Lit. finden sich auch die synonym verwendeten Begriffe „Organisationsgefährlichkeit“ und „Bandengefahr“; vgl. *Joerden* JuS 2002, 329; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5) aaO. Davon ist die tatbezogene, nur bei Bandendelikten mit Mitwirkungserfordernis (Fn. 6) angenommene Ausführungs- oder Aktionsgefahr zu unterscheiden.

⁹ Vgl. BGH StV 2002, 191, 192; *Rengier* (Fn. 5) aaO.

¹⁰ Vgl. *Rengier* (Fn. 5) aaO.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Antwort des BGH: „Dass sich aufgrund der Bandenabrede der Beitrag der Mitangeklagten innerhalb der kriminellen Betätigung der Gruppe von vornherein nur auf eine Gehilfentätigkeit beschränken sollte, steht der Annahme einer ‚Dreierbande‘ nicht entgegen.“¹¹ Seine Argumente lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Die Bandenmitgliedschaft bestimmt sich allein nach der Bandenabrede und nicht nach der Tatbeteiligung selbst. Die Bandenabrede begründet die „erhöhte abstrakte Gefährlichkeit der Bande“, die in dem engen Zusammenschluss und dem daraus resultierenden „ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit“ liegt.¹² Mittäterschaft und Gehilfentätigkeit bezeichnen hingegen eine Wertung der konkreten Tatbeteiligung. Hinsichtlich ihres abstrakten, in die Zukunft gerichteten Gefährdungspotentials sind sie bei der Beurteilung, ob eine Bande vorliegt, gleich zu bewerten. Auch die dauerhafte Gehilfenzusage fördert den kriminellen Zusammenschluss der Mitglieder und begründet daher in gleicher Weise die gesteigerte Organisationsgefahr.¹³

Weiter heißt es: „Die Beteiligungsformen der §§ 25 ff. StGB bieten insgesamt keine geeigneten Maßstäbe für den Bandenbegriff.“ Insbesondere sei „die **Mitgliedschaft in einer Bande ... keine intensivere Form der Mittäterschaft**“, sondern ihr gegenüber ein **aliud**“.¹⁴ Andernfalls liefe es darauf hinaus, nur solche Zusammenschlüsse als Bande zu bezeichnen, deren Mitglieder nach der Bandenabrede gleichrangig in die geplante Bandenstruktur eingegliedert seien. Das aber widerspräche einerseits der Neubestimmung des Mitwirkungserfordernisses, das eben auch dann erfüllt sei, „wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen *in irgendeiner Weise, etwa als Hilfe*, zusammenwirkt“¹⁵, andererseits der kriminellen Realität, nach der „sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur“ auszeichne.¹⁶

Die für die Begründung wichtige Unterscheidung von Bandenabrede und Bandentat unterstreicht der BGH mit einem Hinweis auf § 28 Abs. 2 StGB. Nach gefestigter Rechtsprechung sei das Tatbestandsmerkmal „als Mitglied einer Bande“ – im Unterschied zum tatbezogenen Mitwirkungserfordernis – ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne dieser Vorschrift.¹⁷

Dann wehrt der BGH noch einen Einwand ab, der aus § 30 Abs. 2 StGB abgeleitet werden kann. Dort wird nämlich angenommen, dass eine Verabredung zu täterschaftlicher Begehung nötig sei.¹⁸ Dieses Erfordernis ist nach Ansicht des BGH darin begründet, dass § 30 Abs. 2 StGB allein schon die Verabredung zu einem bestimmten geplanten Verbrechen unter Strafe stellt, während die Bandenabrede als solche straflos bleibt.¹⁹

Die Entscheidung schließt mit einem gewichtigen praktischen Argument. Da die Bandenabrede sich auf zukünftige, im einzelnen noch nicht präzise geplante Taten beziehe, sei regelmäßig kaum ermittelbar, welche Beteiligung des einzelnen Bandenmitgliedes die Bandenabrede vorsehe. Werde gleichwohl ein mittäterschaftlicher Beteiligungsumfang gefordert, so scheitere der Nachweis einer Bandenabrede vielfach am Zweifelsgrundsatz.²⁰ Aus Grün-

¹¹ BGH StV 2002, 191, 192.

¹² BGH StV 2002, 191, 192.

¹³ Wir verwenden hier den Begriff der Organisationsgefahr, weil der BGH diese zweifellos gemeint hat. Leider unterläuft ihm ein schwerer begrifflicher Fehler. Er verwendet in der Entscheidung den Begriff der „Ausführungsgefahr“, der ansonsten nur benutzt wird, um das mit dem Mitwirkungserfordernis verbundene Gefahrenmoment zu kennzeichnen (vgl. *Rengier*, Fn. 5, § 4 Rn. 44).

¹⁴ BGH StV 2002, 191, 192.

¹⁵ BGHSt 46, 321, Hervorhebung durch BGH StV 2002, 191, 192.

¹⁶ BGH StV 2002, 191, 193.

¹⁷ BGH StV 2002, 191, 192; so auch *Roxin* in: LK, 11. Auflage 1994, § 28 Rn. 73; *Toepel* StV 2002, 540, 541.

¹⁸ So etwa *Schild* GA 1982, 55, 78 f.

¹⁹ BGH StV 2002, 191, 192; zustimmend *Erb* JR 2002, 338, 339; *Toepel* (Fn. 17) aaO.

²⁰ BGH StV 2002, 191, 193.

den der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit müsse daher von einer Differenzierung nach dem Umfang der Beteiligung abgesehen werden.

Damit ist allerdings nicht das letzte Wort gesprochen. An etwas versteckte Stelle und eher beiläufig hat der BGH einen Vorbehalt eingefügt. Danach gibt es offenbar doch eine Beteiligung minderer Qualität, die für eine Bandenabrede nicht ausreicht. Wenn auch die Zusage künftiger Gehilfentätigkeit grundsätzlich gleichermaßen wie die Mittäterschaft die bandenmäßige Organisationsgefahr begründe, so gelte das jedoch nicht für in Aussicht genommene Tatbeiträge von „**gänzlich untergeordneter Natur**“.²¹

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die neuere Rechtsprechung zu den Bandendelikten verdient größte Aufmerksamkeit bei Studierenden und Praktikern. Sie hat zu weitreichenden Veränderungen geführt. Und die Zahl der Vorschriften des Haupt- und Nebenstrafrechts, die den Begriff der Bande enthalten, ist groß.²²

Für die Bewältigung juristischer Prüfungsaufgaben genügt es nicht, von dem hier vorgestellten Problem und den anderen Banden-Problemen Kenntnis zu nehmen. Es kommt das **Bearbeitungsproblem** hinzu: Wie gelange ich im Rahmen einer Fallprüfung am zweckmäßigsten zu diesen Problemen? Wir raten, nach der militärstrategischen Devise vorzugehen: Getrennt marschieren – vereint schlagen! Das soll heißen: Bevor die Bandenproblematik angepackt wird, sollten – getrennt für die einzelnen Beteiligten – der Grundtatbestand und sonstige Qualifikationen durchgeprüft werden.²³

Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgender Ablauf. Zunächst befasst sich die Prüfung mit A und B, die gemeinsam geprüft werden können, weil keine Unterschiede im Verhalten bekannt sind. Erörtert werden unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft die Diebstahlsstrafbarkeit gem. § 242 StGB und die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Es schließt sich eine Untersuchung der Strafbarkeit der C an, deren Beitrag als Beihilfe gewürdigt wird. Nunmehr sind die Voraussetzungen beisammen, um (zunächst für A und B) den Bandendiebstahl zu prüfen. Das Problem der Bandenmitgliedschaft eines Gehilfen lässt sich ohne Schwierigkeiten unter Rückgriff auf die durchgeführten Prüfungen entwickeln.

Dagegen bereitet die mögliche Aufbaualternative erhebliche Schwierigkeiten. Beginnt man mit der Prüfung der Strafbarkeit von A und B und will man sie auch gleich vollständig, also einschließlich des Bandendiebstahls, zu Ende führen, so muss innerhalb der Prüfung vorgegriffen werden auf die bis dahin noch nicht angesprochene Strafbarkeit der C. Derartige Prüfungsverschachtelungen verwirren oft nicht nur den Leser, sondern auch den Autor selbst, der leicht die Übersicht verliert. Die Gefahr nimmt zu, wenn die Konstellationen komplizierter werden. Man denke an den Zusammenschluss eines Täters mit zwei Gehilfen. Mit unserem Aufbauvorschlag ist auch diese Konstellation leicht zu bewältigen.

Hingewiesen sei auch noch auf die **Akzessorietätsproblematik**, die dann zu erörtern ist, wenn sich an der Bandentat eine Person beteiligt, die der Bande nicht angehört. Die Lockerung der Akzessorietät über § 28 Abs. 2 StGB wird zweckmäßig im Anschluss an die Feststellung tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens dieser Person angesprochen.

Für die Praxis stellt sich im Anschluss an die Entscheidung die höchst bedeutsame Fragen nach der **Bagatellgrenze**. Wann sind verabredete Beiträge „gänzlich untergeordneter Natur“ und damit ungeeignet, eine Bande entstehen zu lassen? Verteidiger werden darauf sicherlich ihr Augenmerk richten; führt doch das Vorliegen des Bandenmerkmals zu einem erheblichen Anstieg der Mindeststrafe²⁴ und geht es doch bei der Anwendung von § 244 a

²¹ BGH StV 2002, 191, 192.

²² Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

²³ So auch schon FAMOS August 2000.

²⁴ Die einmonatige Mindeststrafe in § 242 Abs. 1 StGB (§ 38 Abs. 2 StGB) steigt in § 244 StGB auf sechs Monate und in § 244 a StGB auf ein Jahr.

StGB (Verbrechen) zugleich um die Frage, ob noch eine Einstellung nach § 153 a StPO möglich ist.

5. Kritik

Es fällt schwer, das Ergebnis der Entscheidung zu akzeptieren. Schon rein sprachlich bereitet es Mühe, hinzunehmen, dass ein Zusammenschluss von drei Personen „Bande“ heißen soll, wenn einer oder gar zwei Beteiligte lediglich assistieren. Hinzu kommt, dass die Organisationsgefahr sicherlich in diesen Fällen deutlich geringer ist, weil der oder die Gehilfen sich regelmäßig in einer abhängigen Position befinden. Letztlich ist aber einzuräumen, dass die Gleichsetzung von Mittäterschaft und Helferschaft **aus praktischen Gründen unvermeidbar** ist. Bandenabreden sind meistens nicht so präzise, dass eine klare Rollenzuordnung nach §§ 25 ff. StGB möglich ist. Würde bloße Beihilfe nicht ausreichen, so müsste zumeist unter Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ das Bandenmerkmal verneint werden, was einen gravierenden Bedeutungsverlust der Bandendelikte zur Folge hätte.

Die Begründung der Entscheidung fordert in zweierlei Hinsicht zur Kritik heraus. Zu rügen ist zunächst einmal ein begrifflicher Fehler, der Studierenden eine deutliche Korrekturbemerkung eintragen würde. Eigentlich hat sich seit der Entscheidung des großen Senats der Begriff der Organisationsgefahr durchgesetzt für das mit der Bandenabrede verbundene Gefahrenmoment. Ganz unverständlich ist es daher, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung in diesem Zusammenhang von „Ausführungsgefahr“ spricht. Dieser Begriff kennzeichnet anerkanntermaßen ein anderes Gefahrenmoment, nämlich die Gefahr, die bei der Tatverwirklichung durch das Zusammenwirken mehrerer entsteht.²⁵ Vor einer Nachahmung dieser Begriffsvertauschung sei dringend gewarnt!

Die zweite kritische Anmerkung gilt dem schon mehrfach erwähnten Bagatell-Vorbehalt. Das Kriterium – „gänzlich untergeordnete Natur“ – ist äußerst vage²⁶ und stellt damit den Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wieder in Frage, den der BGH meint durch Gleichsetzung von Beihilfe und Mittäterschaft erzielt zu haben.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Boris Burghardt und Synthia Winter zugrunde.)

²⁵ Vgl. Fn. 13.

²⁶ Bedenken äußert auch *Erb JR* 2002, 338, 339.

F A M O S

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

Dezember 2002

Gashahn – Fall

Unechtes Unterlassungsdelikt / beendeter Versuch / Rücktritt / Verhinderung der Vollendung

§§ 13, 22, 23, 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Ein gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB straffbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts setzt nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder „optimale“ gewählt hat.

BGH, Beschluss vom 14. August 2002 – 2 StR 251/02; abgedruckt in NJW 2002, 3719

BGH, Beschluss vom 26. September 2002 – 1 ARs 36/02

BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2002 – 5 ARs 33/02

1. Sachverhalt¹

A öffnet in Selbsttötungsabsicht zwei Gashähne in seiner im Erdgeschoss eines Zwölf-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Erst anschließend wird ihm bewusst, dass er dadurch eine Explosion erzeugen und so andere Hausbewohner verletzen oder töten könnte. Dies nimmt er zunächst billigend in Kauf, ändert dann jedoch seinen Willen und alarmiert telefonisch Polizei und Feuerwehr. Er macht alle für eine Rettung der Hausbewohner erforderlichen Angaben, weigert sich aber, selbst das Gas abzdrehen, weil er sich nach wie vor das Leben nehmen will. Die Rettungskräfte erreichen das Haus rechtzeitig und können alle Menschen unverletzt in Sicherheit bringen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das Fallproblem betrifft die **Anforderungen an einen Rücktritt vom beendeten Versuch** – also die Frage: Was muss der Täter zur Verhinderung der Vollendung beitragen, um nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB straffrei auszugehen? Für den konkreten Fall lässt sich die Frage zuspitzen: Reicht es aus, dass A Rettungskräfte alarmierte, die dann erfolgreich tätig wurden, oder hätte er mehr tun müssen, nämlich selbst das Gas sofort abdrehen?

Das Problem hängt nicht von der Art des Versuchs ab. Es tritt gleichermaßen bei einem Begehungsversuch wie bei einem Unterlassungsversuch auf, der hier vorliegt. Die Auseinandersetzung mit dem Problem im Schrifttum hat im wesentlichen zu drei Meinungen geführt.²

Herrschend ist die Auffassung, welche die **bloße Kausalität des Täterhandelns** für die

¹ Der Sachverhalt beschränkt sich auf die Wiedergabe der Fallumstände, die für die Problemerkörterung wesentlich sind.

² Vgl. den Überblick bei Kühl Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 16 Rn. 63 – 78.

Erfolgsverhinderung genügen lässt.³ Sie beruft sich auf den Wortlaut der gesetzlichen Regelung: Verhinderung der Vollendung bedeute Ursächlichkeit für das Ausbleiben des Erfolges. Danach genügt es also, dass der Täter bewusst und gewollt eine Kausalreihe in Gang setzt,⁴ die für die Nichtvollendung der Tat zumindest mitursächlich ist.⁵ Ein rettender Anruf, wie ihn hier A tätigte, reicht dafür aus, vorausgesetzt, der Täter handelte mit Rettungswillen.⁶ Ob ihm noch andere Maßnahmen zur Verfügung standen, welche die Vollendung der Tat aus seiner Perspektive mit größerer Sicherheit verhindert hätten, ist ohne Bedeutung. Es kommt allein darauf an, dass sein vom Rettungswillen getragenes Verhalten erfolgreich war. Frei nach dem Motto: „Ende gut, alles gut“.⁷

Eine deutliche Gegenposition bezieht eine Auffassung, die als „Bestleistungstheorie“ bezeichnet wird.⁸ Ihr zufolge muss der Täter alle ihm zur Verfügung stehenden **Möglichkeiten voll ausschöpfen** und darf dem **Zufall keinen Raum** lassen.⁹ Lässt er ein Restrisiko bestehen, welches er eigentlich beseitigen könnte, so soll ihm der Rücktritt selbst dann nicht zugute kommen, wenn sich dieses Risiko in keiner Weise auswirkt. Ihr Kernargument bezieht diese Auffassung aus dem Vergleich mit der Rücktrittsregelung beim untauglichen Versuch in § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB. Wenn schon dort verlangt werde, dass der Täter das Optimum (freiwilliges und ernsthaftes Bemühen) leiste, so müsse das erst recht beim tauglichen Versuch gelten. Ansonsten entstehe ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch.¹⁰ Ein zusätzliches Argument liefert der Vergleich mit den Anforderungen an das Verhalten des Garanten beim unechten Unterlassungsdelikt. Vom Garanten werde verlangt, dass er sein Bestes gebe. Gleiches müsse für den Täter eines beendeten Versuchs gelten, weil er ebenfalls eine Garantenstellung aus Ingerenz inne habe.¹¹ – Auf der Grundlage der Bestleistungstheorie müsste A eine rücktrittsbedingte Straflosigkeit versagt werden, weil er das Risiko für die Hausbewohner nicht durch sofortiges Zudrehen der Gashähne beseitigte.

Ungünstig stellt sich die Lage für ihn auch dar, wenn man der sogenannten Differenzierungstheorie folgt.¹² Sie unterscheidet danach, ob der Täter allein rettend tätig wird oder sich der Hilfe Dritter bedient. Schaltet er **Dritte** ein, so soll es nicht genügen, auf diese Weise lediglich eine Rettungschance zu eröffnen.¹³ Das durch den Dritten bewirkte Ausbleiben des Erfolgs müsse noch als **Werk des Täters** erscheinen,¹⁴ ihm also **objektiv zurechenbar** sein.¹⁵ Wer das „Ob“ und „Wie“ der Tätigkeit des Dritten dem Zufall überlasse und zugleich eigene, sicherere Rettungsaktionen unterlasse, könne den glücklichen Ausgang nicht als Verhinderungsleistung für sich in Anspruch nehmen.¹⁶ Dieser differenzierende Ansatz lässt sich erweitern, indem **generell die Kriterien der objektiven Zurechenbarkeit** herangezogen werden.¹⁷ Zusätzlich zur Kausalität wäre also nicht nur im Hinblick auf das Einschalten Dritter zu prüfen, ob die Verhinderung der Vollendung auch als Werk des Täters angesehen werden kann. Eine Prüfung mit ungewissem Ausgang, weil die Kriterien der objektiven Zure-

³ BGHSt 33, 295, 301; BGH NSTZ-RR 2000, 41, 42 f.; BGH NSTZ 1999, 128 u. 300; Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage 2001, § 24 Rn. 59; Tröndle/Fischer StGB, 51. Auflage 2002, § 24 Rn. 31; Lackner/Kühl StGB, 24. Auflage 2001, § 24 Rn. 20.

⁴ Eser (Fn. 3) § 24 Rn. 59.

⁵ Wessels/Beulke Strafrecht AT, 32. Auflage 2002, Rn. 644.

⁶ BGH, NSTZ 1989, 525.

⁷ Kühl (Fn. 2) § 16 Rn. 70.

⁸ Die Bezeichnung stammt von Roxin, Festschrift für Hirsch, 1999, 327, 330, der selbst diese Theorie aber nicht vertritt. Ihr Hauptvertreter ist Herzberg.

⁹ Herzberg NJW 89, 864, 867.

¹⁰ Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 26. Abschn. Rn. 21.

¹¹ Vgl. die Darstellung bei Roxin (Fn. 8) 327, 335.

¹² Vertreten von Roxin (Fn. 8) 327.

¹³ Roxin (Fn. 8) 327, 336.

¹⁴ Vgl. die Darstellung bei Kühl (Fn. 2), § 16 Rn. 72.

¹⁵ Rudolphi NSTZ 1989, 511.

¹⁶ Roxin (Fn. 8), 327, 335.

¹⁷ Vgl. Kühl (Fn. 2), § 16 Rn. 72 – 78.

chenbarkeit äußerst unklar und umstritten sind.¹⁸

Wenden wir uns der **bisherigen Rechtsprechung** zu. Sie war für den 2. Senat des BGH, der in der vorliegenden Sache zu entscheiden hatte, das eigentliche Problem. Denn sie ist alles andere als klar. An sich war der BGH bisher mit der herrschenden Literatursicht einer Meinung.¹⁹ Einige Entscheidungen lassen jedoch daran zweifeln, ob er tatsächlich das bloße Kausalitätserfordernis als ausreichend angesehen hat.²⁰

Das gilt in besonderer Weise für die Entscheidung BGHSt 31, 46. Darin verlangt der 1. Senat des BGH, dass der Täter seinen Rücktrittswillen durch Handlungen manifestiere, die objektiv oder wenigstens aus seiner Sicht zur Erfolgsverhinderung ausreichen würden. Er dürfe sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die möglicherweise unzureichend seien, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden und er davon wisse. In der Entscheidung wird dem Angeklagten der Rücktritt versagt, weil sein Verhalten diesen Anforderungen nicht entsprach. Er hatte seine Ehefrau mit Tötungsvorsatz durch Schläge schwer verletzt und anschließend in Rettungsabsicht zu einem Krankenhaus gefahren. Dort hatte er sie jedoch nicht selbst eingeliefert; vielmehr hatte er sie 95 m vor einem Nebeneingang abgesetzt und sich selbst überlassen. Passanten hatten sie aufgefunden und ins Krankenhaus gebracht, wo sie vor dem drohenden Tod bewahrt wurde.

Angesichts dieser Entscheidung befand sich der 2. Senat im vorliegenden Fall in einem Dilemma. An sich wollte er ihn im Sinne der herrschenden Lehre lösen. Daran wäre er aber gehindert, wenn er damit abweichen würde von dem Standpunkt, den der 1. Senat in BGHSt 31, 46 eingenommen hat. Im Falle einer derartigen Meinungsverschiedenheit zwischen den Senaten muss der Große Senat gem. § 132 Abs. 2 GVG angerufen werden. Der 2. Senat war sich aber nicht sicher, ob der 1. Senat tatsächlich einen gegenteiligen Standpunkt vertreten hat. Deswegen wählte er ein Verfahren, dass der Klärung der Frage dient, ob eine Vorlage an den Großen Senat erfolgen muss. Im Wege eines sog. Anfragebeschlusses teilte er den anderen Senaten mit, wie er zu entscheiden beabsichtige, und fragte an, ob die dortige Rechtsprechung entgegenstehe und ob gegebenenfalls an ihr festgehalten werde.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Absicht des 2. Senats, den Fall im Sinne der herrschenden Meinung zu entscheiden, bedeutet: Da A durch die Alarmierung von Polizei und Feuerwehr eine Explosion verhindert hat, ist er nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB strafbefreiend zurückgetreten. Zur Begründung führt der Senat nur wenig, nämlich das Folgende aus. Ein Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindere und dies auch anstrebe, müsse **nicht die sicherste oder optimale Möglichkeit zur Erfolgsverhinderung** wählen. Erforderlich sei allein, dass er den weiterhin als möglich erkannten Taterfolg nicht mehr billige und dass er erfolgreich eine solche Rettungsmöglichkeit wähle, die er für geeignet halte, die Vollendung zu verhindern. Die Anforderungen an ein „ernsthaftes Bemühen“ im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB seien auf diesen Fall nicht übertragbar. Dem stehe der gesetzliche Wortlaut entgegen. Die Ungleichbehandlung der beiden Rücktrittsfälle müsse hingenommen werden. Der Senat sieht vom seinem Standpunkt aus auch keine Notwendigkeit, zwischen eigenhändiger Verhinderung und der Zuziehung Dritter zu differenzieren.

Vermutlich wird der 2. Senat letztlich auch so entscheiden können, wie er beabsichtigt. Denn der 1. und auch der 5. Senat haben auf die Anfrage bereits mitgeteilt, dass die Entscheidung nicht von ihrer Rechtsprechung abweiche.²¹ Von Interesse ist natürlich in erster Linie die Äußerung des 1. Senats. Er meint, dass sich der Sachverhalt des vorliegenden Falles in wesentlichen Punkten vom Sachverhalt der Entscheidung BGHSt 31, 46 unterscheide. Der Täter in dieser Entscheidung habe weder die objektiv gebotenen noch die aus seiner Sicht ausreichenden Bemühungen zur Erfolgsabwendung entfaltet; dagegen habe

¹⁸ Vgl. den Überblick bei Wessels/Beulke (Fn. 5) Rn. 176 ff.

¹⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 3.

²⁰ Vgl. Kühl (Fn. 2) § 16 Rn. 69.

²¹ BGH 1 ARs 36/02 und BGH 5 ARs 33/02.

sich der Täter im vorliegenden Fall zwar für einen möglicherweise zunächst weniger aussichtsreichen, aber unter den Umständen des Einzelfalls wohl dennoch geeigneten Weg der Rettung entschieden.²²

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Eine Wende in der Diskussion bringt die hier vorgestellte BGH-Rechtsprechung nicht. **Das alte Problem ist auch das neue.** In der Fallbearbeitung ist es in gleicher Weise wie bisher unter Entfaltung des Meinungsstreits zu diskutieren. Lediglich in der Gewichtung der Meinungen hat sich eine leichte Veränderung ergeben. Die herrschende Meinung ist noch gewichtiger geworden, nachdem sich der BGH jetzt (nochmals) zu ihr bekannt hat.

Der Standort der Problemerkörterung ergibt sich aus dem folgenden Überblick über die zu prüfenden Merkmale eines Rücktritts vom beendeten Versuch:²³

1. Objektive Voraussetzungen
 - a) Ausbleiben der Vollendung
 - b) Rettungshandlung des Täters
 - c) Kausalität der Rettungshandlung für das Ausbleiben der Vollendung
 - d) Weitergehende Anforderungen an das Täterverhalten?**
2. Subjektive Voraussetzungen
 - a) Vorsatz im Hinblick auf 1. a) bis c) oder d)
 - b) Freiwilligkeit

Die dargelegten Auffassungen konzentrieren sich auf die objektive Anforderungen. Man sollte jedoch nicht übersehen, dass das Problem auch eine **subjektive Seite** hat. Der Rücktritt hat ein Abstandnehmen vom Tatentschluss zur Voraussetzung. Das ist gewissermaßen die Kehrseite des Rücktrittsvorsatzes (2. a)). Wie sieht es aber im Inneren eines Täters aus, der bewusst auf effektivere Rettungsmaßnahmen verzichtet? Muss man nicht annehmen, dass zumindest ein bedingter Tatvorsatz noch vorhanden ist, wenn der Täter das weiterhin bestehende Risiko kennt und gleichwohl nichts zu seiner Vermeidung tut? Damit wird eine Frage angesprochen, die den konkreten Willenssachverhalt betrifft. Immerhin können sich bei einer insoweit eindeutigen Sachlage langwierige Auseinandersetzungen mit den dargelegten Meinungen erübrigen.

Für den vorliegenden Fall seien in diesem Zusammenhang zumindest Zweifel daran angemeldet, dass A den (bedingten) Tötungsvorsatz tatsächlich vollständig aufgegeben hat. Immerhin war ihm bewusst, dass die übrigen Hausbewohner bis zum Eintreffen der Rettungskräfte wegen des weiterhin ausströmenden Gases in höchster Gefahr schwebten. Wie heißt es doch? Vorsätzlich handelt, wer die Tatbestandsverwirklichung als möglich erkennt und sich mit ihr abfindet.²⁴ Also?

5. Kritik

Rätselhaft bleibt, worin der maßgebliche Unterschied zwischen der (beabsichtigten) Entscheidung des 2. Senats im vorliegenden Fall und der Entscheidung des 1. Senats in BGHSt 31, 46 liegen soll. Wendet man den Leitsatz des 2. Senats auf den Sachverhalt in BGHSt 31, 46 an, so ergibt sich das Gegenteil dessen, was der 1. Senat entschieden hat. Hätte der Täter dort seine Frau nicht in der Nähe des Krankenhauses abgesetzt, wäre sie nicht gefunden und demzufolge auch nicht gerettet worden. Somit war das Handeln des Täters durchaus kausal für die Erfolgsverhinderung, und es spricht nichts gegen einen strafbefreienden Rücktritt. Es sei denn, man stellt zusätzliche Anforderungen. Diese hat die Literatur

²² BGH 1 ARs 36/02.

²³ Joecks StGB, 3 Auflage 2001, § 24 Rn. 24.

²⁴ Vgl. Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 60, zur insoweit h. M.

auch aus BGHSt 31, 46 herausgelesen.²⁵ Der Stellungnahme des 1. Senats ist zu entnehmen, dass das eine Fehlinterpretation war. Oder wird hier eine Differenz verschleiert, nur um Geschlossenheit zu demonstrieren?

Argumentativ hat der BGH nichts Neues zu bieten. Das ist nicht unbedingt ein Vorwurf. Denn tatsächlich ist das Hauptargument der von ihm vertretenen Auffassung recht stark: Weitergehende Anforderungen an das Täterverhalten, insbesondere die Übernahme der Anforderungen an den Rücktritt vom untauglichen Versuch, sind mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht vereinbar, weil sie durch Einengung des Rücktritts den Strafbarkeitsbereich erweitern. Das aber ist allein Sache des Gesetzgebers.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Marc Pollert und Oliver Vögtlin zugrunde)

²⁵ Z. B. Kühl (Fn. 2) § 16 Rn. 69; Roxin, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1998, S. 94 f. 196.