

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2004

**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 2004

Klinik - Fall

Fahrlässige Erfolgsdelikte / Pflichtwidrigkeitszusammenhang / Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs für den Fall verkehrsgerechten Verhaltens

§ 222 StGB

Leitsatz der Verf.:

Zur Ermittlung des Zusammenhanges zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg bei fahrlässigen Erfolgsdelikten ist allein der dem Täter vorwerfbare Tatumstand hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen; darüber hinaus darf von der konkreten Tatsituation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden.

BGH 5 StR 327/03 – Urt. v. 13. 11. 2003; abgedruckt in NJW 2004, 237

1. Sachverhalt¹

A hat wegen mehrerer schwerer Sexualstraftaten langjährige Freiheitsstrafen verbüßt. Zur Behandlung seiner Persönlichkeitsstörung wird er in eine psychiatrische Klinik eingewiesen. Als ihm nach einiger Zeit Ausgang gewährt wird, nutzt er ihn zur Begehung von Straftaten, darunter auch Sexualstraftaten. Weiterer Ausgang wird ihm daher verweigert. Daraufhin flieht er zweimal aus der Klinik, indem er Gitterstäbe, die sich vor den Fenstern befinden und lediglich in morschem Holz verankert sind, auseinander drückt. Wiederum begeht er Straftaten. Jeweils wird er nach erfolgreicher Fahndung zurückgebracht. Nach einiger Zeit gewährt der leitende Arzt B dem A wieder Ausgang, obwohl er die Vorgeschichte kennt und selbst die Überweisung in eine andere Anstalt wegen fehlender Therapiefähigkeit angeregt hat und obwohl er von der Stationsärztin auf mögliche Fluchtabsichten des A hingewiesen worden ist. Zum Zeitpunkt der Gewährung des Ausgangs sind die Sicherheitsvorkehrungen der Klinik weiterhin unzulänglich. Unverändert befinden sich vor den Fenstern die ungenügend verankerten Gitterstäbe. A begeht während des Ausgangs mehrere Morde. – Strafbarkeit des B?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Immer wieder kommt es zu heftigen Diskussionen in der Öffentlichkeit und in Fachkreisen über die Verantwortlichkeit von Klinikärzten, die psychiatrisch behandelten Straftätern Ausgang mit fatalen Folgen gewährt haben. Im Mittelpunkt steht die Fra-

¹ Der Sachverhalt wurde auf das für die Problembehandlung Wesentliche verkürzt.

ge: Wo liegt die Grenze zwischen noch vertretbarer Ungefährlichkeitsprognose und pflichtwidriger Fehleinschätzung des Risikos?²

Eine Antwort darauf meinte das erstinstanzliche Gericht im vorliegenden Fall nicht geben zu müssen. Nach seiner Ansicht entfällt der Vorwurf der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB, ohne dass es auf die spezifische Problematik ärztlicher Pflichtwidrigkeit ankommt.³ Herangezogen wird ein generelles Merkmal fahrlässiger Erfolgshaftung, und es wird der Umstand verwertet, dass A wegen der Sicherheitsmängel ohnehin hätte fliehen können. Es fehle deswegen an dem erforderlichen Zusammenhang zwischen einer (etwaigen) Pflichtwidrigkeit durch Gewährung des Ausgangs und dem Tod der Opfer des A. Die Reaktion des BGH darauf verdient Aufmerksamkeit als **Beitrag zur Klärung eines Kernproblems der Dogmatik fahrlässiger Erfolgsdelikte**.

Einigkeit besteht darin, dass der Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten seinen Grund gerade in der Pflichtwidrigkeit haben muss. Im Erfolg muss sich das Gefährliche des fahrlässigen Verhaltens realisieren. Daraus folgt, dass die Strafbarkeit entfällt, wenn ein pflichtgemäßes Verhalten gleichermaßen gefährlich gewesen wäre und zum gleichen Erfolg geführt hätte. Damit kommt in den Prüfungsgang eine hypothetische Komponente. Es muss ermittelt werden, welche Folge ein pflichtgemäßes Verhalten gehabt hätte.

Soweit ist man sich, wie gesagt, einig.⁴ Eine erste Differenz gibt es **in begrifflicher und systematischer Hinsicht**. Die Rechtsprechung bezieht die hypothetische Komponente in die Kausalitätsprüfung ein. Der üblichen Prüfung am Maßstab der Bedingungstheorie wird die Prüfung hinzugefügt, ob der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Kausalität wird erst dann angenommen, wenn dieser zusätzliche Prüfungsschritt ein negatives Ergebnis hat. Die Kausalitätsprüfung erstreckt sich somit nicht nur auf die Handlung, sondern auch auf den Pflichtverstoß.⁵ Dagegen wendet sich die Literatur.⁶ Ihr liegt daran, die Kausalitätsprüfung von hypothetischen und wertenden Erwägungen frei zu halten. Es wird also getrennt zwischen einer reinen Kausalitätsprüfung nach der Bedingungstheorie und einer gesonderten Prüfung des Zusammenhangs zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg. Für die Bezeichnung des zweiten Schrittes wird teils der allgemeine Begriff der objektiven Zurechenbarkeit und teils der spezielle Begriff des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges verwendet.

Die zweite Differenz betrifft die **Stärke des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges**. Soll es für die Annahme dieses Zusammenhanges ausreichen, dass die Pflichtwidrigkeit das Tatobjekt in erhöhte Gefahr gebracht hat, ohne dass sicher gesagt werden kann, der Erfolg wäre bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben?⁷ Ja, meint die Risikoerhöhungslehre. Rechtsprechung und h. M. sehen das anders. Sie wenden auch insoweit den Grundsatz „in dubio pro reo“ an und gelangen schon dann zum

² Vgl. dazu z. B. *Pollähne*, NStZ 1999, 53.

³ LG Potsdam Urte. v. 18.10.2002 (23 Kls 1/02); Darstellung und Kritik der Entscheidung bei *Schatz* NStZ 2003, 581.

⁴ Zusammenfassende Darstellungen des Grundkonsenses und der im Folgenden wiedergegebenen Meinungsdivergenzen bei *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 17 Rn. 45 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 673 ff.; Darstellung an Fällen: *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 35 ff.

⁵ So etwa im klassischen Lastwagen-Radfahrer-Fall BGHSt 11,1.

⁶ Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 46 m. w. N.

⁷ Näher zu diesem Problemkreis *Roxin*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 76 ff.

Freispruch, wenn die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen den Erfolg nur möglicherweise verhindert hätte.

Die dritte Differenz (besser gesagt: Unklarheit) hat praktische **Fragen der Hypothesenbildung**⁸ zum Gegenstand. Dort liegt auch das Kernproblem unseres Falles.

Die gedankliche Operation ist schwierig. Sie hat Ähnlichkeit mit einer filmischen Inszenierung, in der sich reale und fiktive Anteile vermischen. Es muss zugleich hinweggedacht und hinzugedacht werden. Rechtsanwendung wird gewissermaßen zum Kino im Kopf. Hinwegzudenken ist das tatsächliche fahrlässige Verhalten. Hinzugedacht werden muss ein gleiches, nun aber sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten. Auf dieser Basis muss jetzt eine Vorstellung davon entwickelt werden, wie das weitere Geschehen abgelaufen wäre und ob sich auch dann der Erfolg eingestellt hätte.

In zweierlei Hinsicht ergeben sich **besondere Probleme**. Zum einen ist zu bedenken, dass menschliches Handeln zumeist in engem Zusammenhang mit dem Umfeld, insbesondere auch mit dem Verhalten anderer Menschen, steht. Daher fällt eine randscharfe Isolierung des zu ersetzenden Verhaltens schwer. Es ist ja durchaus denkbar oder sogar zwingend, dass sich auch das Verhalten anderer ändert, wenn ein anderes Täterverhalten angenommen wird. Darf das potenzielle Verhalten Dritter berücksichtigt werden? Und darf es auch dann berücksichtigt werden, wenn es pflichtwidrig wäre? Ferner muss die Orientierung am tatsächlich eingetretenen Erfolg in der hypothetischen Alternative gelockert werden. Dann käme es wohl kaum einmal zur Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, wenn gefordert würde, dass bei pflichtgemäßem Verhalten exakt dieser Erfolg zum völlig identischen Zeitpunkt mit genau denselben Beeinträchtigungen eingetreten wäre. Doch wie großzügig darf man insoweit sein?

Recht großzügig verfuhr das erstinstanzliche Gericht in der vorliegenden Sache in beiderlei Hinsicht. Es nahm an, dass, falls B den Ausgang verweigert hätte, A die zuvor schon erprobte Fluchtmöglichkeit genutzt und die Freiheit gleichermaßen zur Begehung der Morde genutzt hätte. Es fehle somit am Zusammenhang zwischen einer (etwaigen) Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Damit ist der BGH nicht einverstanden. Er formuliert in Anlehnung an frühere Rechtsprechung ein **fahrlässigkeitsdogmatisches Reinheitsgebot**: „Hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen ist ... nur der dem Täter vorwerfbare Tatbestand; darüber hinaus darf von der konkreten Tat-situation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden.“⁹ Für die praktische Umsetzung verweist er auf seine Rechtsprechung zu Vorgängen im Straßenverkehr. So wie dort auf die „kritische Verkehrslage“ abgestellt werde, müsse die Prüfung mit dem Eintritt der konkreten Tatsituation einsetzen. Dazu seien nur solche Bedingungen zu zählen, „deren Grund in diesem Tatgeschehen selbst unmittelbar angelegt“ sei, „wie etwa das eigene Verhalten von Verkehrso-pfern“.¹⁰ Welches Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre, sei im Hinblick auf den Pflichtverstoß festzulegen, der als unmittelbare Schadensursache in Betracht komme. Im Übrigen sei allein noch das tatsächliche Geschehen zugrunde zu legen.

Was bedeuten diese recht abstrakten Sätze praktisch? Nach Ansicht des BGH das Folgende: Für den hypothetischen Fall einer pflichtgemäßen Ausgangsverweige-

⁸ Vgl. dazu *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 62 ff.

⁹ BGH NJW 2004, 237, 238.

¹⁰ BGH NJW 2004, 237, 238.

rung darf nicht – gewissermaßen als Anschlusshypothese – ein Ausbruch des A angenommen werden. Das sei aus mehreren Gründen unzulässig. Es bestehe kein Zusammenhang mehr mit dem tatsächlichen Geschehen. Ferner werde damit eine nicht berücksichtigungsfähige autonome Willensentscheidung des A einbezogen, für die es im Übrigen auch keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte gegeben habe. Schließlich sei die Möglichkeit eines Ausbruchs auch deswegen ungeeignet, den Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg zu beseitigen, weil die dafür maßgeblichen Sicherheitsmängel von anderen¹¹ zu verantworten seien. Deren Pflichtwidrigkeit, die im Falle einer tatsächlichen Flucht strafrechtliche Konsequenzen gehabt hätte, könne nicht die Kausalität des von B zu verantwortenden Ausgangs beseitigen.

Wegen dieses Rechtsfehlers musste die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben werden. Der BGH verlangt vom neuen Tatgericht, dass es sich festlegt, ob B pflichtwidrig gehandelt hat. Zu den schwierigen Fragen der Gefährlichkeitsprognose im Zusammenhang mit Entscheidungen über die Lockerung einer Unterbringung werden noch einige Hinweise gegeben. Hervorzuheben ist, dass den Ärzten ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Danach ist eine im Ergebnis falsche Prognose nur dann pflichtwidrig, wenn „auf relevant unvollständiger Tatsachengrundlage oder unter unrichtiger Bewertung der festgestellten Tatsachen“ die Missbrauchsgefahr verneint worden ist.¹²

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wenn die Entscheidung auch keine neuen Wege beschreitet, so hat sie doch eine für die Ausbildung und Praxis wichtige **problemverdeutlichende Funktion**. Der Gegenstandsbereich, den der Begriff des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs am besten kennzeichnet,¹³ ist nach wie vor wenig gesichert.

Was seinen **strafsystematischen Standort** betrifft, so empfiehlt es sich für den Bereich der Ausbildung, den aktuellen Lehrbüchern zu folgen und dafür jenseits der Kausalität und nach der Untersuchung der objektiven Fahrlässigkeit einen eigenständigen Prüfungspunkt zu reservieren. Die Prüfung selbst ist negativ angelegt. Denn im Normalfall ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht zweifelhaft. Es bedarf also eines besonderen Anlasses, um die Frage nach einem etwaigen Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs aufzuwerfen. Wissen muss man noch, dass sich insoweit mehrere Fallgruppen herauskristallisiert haben, die üblicherweise schlagwortartig gekennzeichnet werden.¹⁴ Der vorliegende Fall gehört zur Gruppe des pflichtgemäßen Alternativverhaltens, deren Kerngehalt man sich mit einer saloppen Formulierung merken kann: Ob der Täter sich pflichtgemäß verhält oder nicht, ist gehupft wie gesprungen. Weitere Gruppen sind: Schutzzweck der Norm, eigenver-

¹¹ Der BGH zieht insoweit auch eine Pflichtwidrigkeit des B selbst wegen seiner Leitungsfunktion in Betracht.

¹² BGH NJW 2004, 237, 239.

¹³ Die Begriffsverwendung ist uneinheitlich. Das gilt gleichermaßen für die Benennung der im Folgenden anzusprechenden Fallgruppen. Insbesondere die Begriffe „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ und „Schutzzweck der Norm“ oder „Schutzzweckzusammenhang“ werden unterschiedlich gebraucht. Vielfach wird in diesem Zusammenhang auch mit dem allgemeineren Begriff der „objektiven Zurechnung“ operiert. Das sollte in Fallprüfungen bedacht werden. Das übliche „name-dropping“ zur Bezeichnung dogmatischer Probleme reicht hier nicht. Es muss schon – unabhängig vom verwendeten Begriff – die Sache selbst dargestellt werden.

¹⁴ Vgl. die Darstellung bei *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 167 i. V. m. S. 47 – 52; zur Begriffsverwendung s. o. Fn. 13.

antwortliche Selbstgefährdung und Dazwischentreten Dritter. Für jede Gruppe gibt es eine klassische Leitentscheidung.

Abgeschlossen sind diese Fallgruppenbildung und die Entwicklung der Dogmatik in diesem Bereich noch keineswegs. Gleichwohl wagen wir es, ein Prüfungsschema am Beispiel des § 222 StGB anzubieten:¹⁵

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Handlung
2. Erfolg
3. Kausalität
4. Objektive Fahrlässigkeit
 - a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung
 - b) Objektive Vorhersehbarkeit
5. Pflichtwidrigkeitszusammenhang
 - pflichtgemäßes Alternativverhalten¹⁶
 - Schutzzweck der Norm¹⁷
 - Eigenverantwortliche Selbstgefährdung¹⁸
 - Dazwischentreten Dritter¹⁹

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

1. Schuldfähigkeit
2. Subjektive Fahrlässigkeit
 - a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung
 - b) Subjektive Vorhersehbarkeit
3. Potenzielles Unrechtsbewusstsein
4. Entschuldigungsgründe (auch: Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens)

Die Zugehörigkeit des vorliegenden Falles zur Fallgruppe des pflichtgemäßen Alternativverhaltens nutzt der BGH, um eine Verbindung mit zwei wichtigen Entscheidungen aus dieser Fallgruppe herzustellen. Sie enthalten gewissermaßen **Rückausnahmen zum Ausnahmefall des fehlenden Zusammenhangs**. Einmal bedient er sich des Höchstgeschwindigkeits-Falles, in dem klargestellt wird, dass der Erfolgsbezug des verkehrsgerechten Alternativverhaltens (hier der Einhaltung von Geschwindigkeitsvorschriften) nur im Hinblick auf das unmittelbar vorgelagerte Verkehrsgeschehen zu prüfen ist.²⁰ Zum anderen zieht er den Massenkarambolagen-Fall heran, der eine hypothetische Erfolgsherbeiführung durch die Pflichtwidrigkeit eines Dritten von der Prüfung ausschließt.²¹ Die Verknüpfung wird allerdings nicht argumentativ entwickelt. Vielmehr begnügt sich der BGH mit einem Plausibilitätsappell. So wie bei der Beschränkung auf die verkehrskritische Lage müsse sich die Hypothesenbildung auf die konkrete Tatsituation beschränken (und dürfe nicht um ein herbeiphantasiertes Fluchtgeschehen erweitert werden). Auch könne das pflichtwidrige Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen durch Dritte den Täter nicht von seiner Verantwortung für die Gewährung des

¹⁵ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 875.

¹⁶ Leitentscheidung: Lastwagen-Radfahrer-Fall BGHSt 11, 1.

¹⁷ Leitentscheidung: Radleuchten-Fall RGSt 63, 392.

¹⁸ Leitentscheidung: Heroinspritzen-Fall BGHSt 32, 262.

¹⁹ Leitentscheidung: Trennungs-Fall BGHSt 7, 268.

²⁰ BGHSt 33, 61.

²¹ BGHSt 30, 228.

Ausgangs entlasten. Damit werden für die Hypothesenbildung zwei wichtige Grenzfällen markiert, die man sich merken sollte.

Insbesondere für die Praxis ist noch ein Hinweis des BGH zur **Strafzumessung** von Interesse. An ihm wird sichtbar, dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch dort von erheblicher Bedeutung ist. Der BGH macht darauf aufmerksam, dass B lediglich als fahrlässiger Nebentäter neben dem vorsätzlich handelnden (Haupt-)Täter A in Betracht komme, was sich bei der Bestimmung der Strafe für ihn günstig auswirken müsse.²²

Das wird man folgendermaßen interpretieren müssen. Die vorsätzlichen Tötungshandlungen des A wären schon im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit im Hinblick darauf diskutierbar gewesen, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wegen des vorsätzlichen Dazwischentretens eines Dritten entfällt. Darauf ist der BGH wahrscheinlich deswegen nicht eingegangen, weil es wegen der psychischen Disposition des A und der Betreuungs- und Überwachungspflichten des B von vornherein wenig plausibel ist, die Verantwortung auf A zu verlagern. Auch wenn es unter diesem Gesichtspunkt nicht zu einer Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges kommt, so ist doch eine Abschwächung denkbar, die für die Strafzumessung relevant ist.

5. Kritik

Klarheit schafft die Entscheidung nur für den vorliegenden Fall. „So nicht!“ ist ihr knappes Fazit. Die Frage „Wie dann?“ bleibt weitgehend unbeantwortet. Das gilt auch für alle Folgefragen: Wie ist die konkrete Tatsituation zu definieren? Wann ist eine Bedingung in dieser Situation „unmittelbar angelegt“? Welche Spielräume gibt es für die Erfolgsbestimmung im hypothetischen Fall?

Was der BGH methodisch anbietet, erschöpft sich in der Formulierung von Grenzen des Hinzudenkens. Ungelöst bleibt das methodische Problem, wie die Operation des Hinzudenkens insgesamt auszugestalten ist. Die Hinzudenkverbote des BGH führen zu einer Szenerie mit schwarzen Löchern. Denkt man sich als pflichtgemäß die Ausgangsverweigerung hinzu, so will man natürlich wissen, wie sich unter dieser Voraussetzung A verhalten hätte. So arbeitet die menschliche Vorstellung. Doch eine Vervollständigung der Szenerie unter Einbeziehung von willentlichen Entscheidungen anderer ist offenbar nach der Ansicht des BGH unzulässig. Einen flüchtenden A darf man sich nicht hinzudenken. Andererseits ist aber auch der A obsolet geworden, der Ausgang erhalten hat. Was nun?

Wie heißt es doch so treffend bei *Brecht*: „Der Vorhang zu und alle Fragen offen“.²³

(Dem Text liegt ein Entwurf von Susanne Henck zugrunde)

²² Ein weiterer Hinweis zur Strafzumessung kann als kritischer Kommentar zur derzeitigen Lage in psychiatrischen Anstalten gelesen werden: Zu Gunsten des Angeklagten sei noch zu berücksichtigen, dass die von ihm geleitete Einrichtung „mit der Einweisung von kaum oder nicht therapierbaren Schwerstkriminellen ... ganz erheblichen Anforderungen bis an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit ausgesetzt war“; BGH NJW 2004, 237, 239.

²³ *Shen Te*, Letzte Worte, in *Brecht*: Der gute Mensch von Sezuan.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Februar 2004

Skulpturen - Fall

Rechtsfolgen einer Straftat / Strafen und Maßregeln / Entziehung der Fahrerlaubnis / Ungeeignetheit zum Führen eines Kraftfahrzeugs / Zusammenhang von Tat und Eigenschaftsmangel / Fahrverbot

§§ 69 Abs. 1, 44 Abs. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:¹

Die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt sich nur dann aus der Tat (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB), wenn aus dieser konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen (erforderlicher spezifischer Zusammenhang zwischen Tat und Verkehrssicherheit).

BGH 4 StR 85/03, 4 StR 155/03, 4 StR 175/03 – Beschl. v. 16. 9. 2003, abgedruckt in NSTZ 2004, S. 86

1. Sachverhalt

Um eine wohlhabende Ärztin zu überfallen, fährt A, der im Besitz einer Fahrerlaubnis ist, nachts mit seinem Auto zu deren Haus. Er bedroht sie mit einem geladenen Revolver, nimmt mehrere wertvolle afrikanische Skulpturen an sich und bringt sie mit seinem PKW zu sich nach Haus.²

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Klar ist, dass A wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bestrafen ist. Nicht klar ist, ob gegen ihn wegen der Benutzung eines PKW bei der Tatausführung eine zusätzliche Sanktion verhängt werden kann. Allein diese Frage hat die Entscheidung zum Gegenstand. Die Frage muss präzisiert werden, wenn das eigentliche Problem sichtbar werden soll. Dazu bedarf es vorab einer Grundorientierung im Bereich der strafrechtlichen Rechtsfolgen.

Das strafrechtliche Rechtsfolgensystem ist **zweispurig** angelegt.³ Die eine Spur bilden **Strafen**, die wegen der Tat verhängt werden und sich nach Art (zur Hauptsa-

¹ Der Leitsatz gibt wieder, wie der 4. Senat entscheiden will. Da er damit von früheren Entscheidungen anderer Senate abweicht, fragt er diese, ob sie an ihrer Rechtsprechung festhalten (sog. Anfragebeschluss). Sollte das der Fall sein, so muss der Große Senat in Strafsachen angerufen werden. Die Grundlage für diese Verfahrensschritte findet sich in § 132 GVG.

² Ausgewählt und auf das Wesentliche gekürzt wurde der Sachverhalt eines von drei Fällen, die der 4. Senat zum Anlass für den Anfragebeschluss genommen hat.

³ Vgl. Naucke, Strafrecht – Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 3.

che Geld- und Freiheitsstrafe) und Umfang an der tatbezogenen Schuld des Täters orientieren, was vor allem in § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB zum Ausdruck kommt. Die zweite Spur besteht in den **Maßregeln der Besserung und Sicherung**. Diese knüpfen zwar auch an die Tat an, setzen jedoch keine schuldhaftige Begehung voraus und zielen nach Art (Katalog in § 61 StGB) und Umfang allein darauf, gesellschaftsschützende Vorkehrungen gegenüber gefährlichen Personen zu treffen. Die rechtsstaatlich gebotene Begrenzung, die sich bei den Strafen aus dem Erfordernis der Schuldangemessenheit ergibt, soll hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leisten (§ 62 StGB).⁴ Strafen und Maßregeln können nebeneinander verhängt werden.

Als zusätzliche Sanktion neben der Freiheitsstrafe, die A für den schweren Raub erhalten wird, kommt einmal die **Nebenstrafe des Fahrverbots gem. § 44 StGB** in Betracht. Abs. 1 der Vorschrift setzt dafür die Verurteilung zu einer Freiheits- oder Geldstrafe wegen einer Straftat voraus, die der Täter bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat. Der Tatzusammenhang ist ohne weiteres dann gegeben, wenn die Benutzung eines Kraftfahrzeugs es dem Täter, wie hier dem A, ermöglicht hat, zum Tatort zu gelangen und die Beute abzutransportieren.⁵ Die Verhängung eines Fahrverbots liegt im Ermessen des Gerichts. Entschließt es sich dazu, so hat das zur Folge, dass der Verurteilte für einen Zeitraum zwischen einem und drei Monaten von seiner Fahrerlaubnis keinen Gebrauch machen darf. Allzu schwerwiegend ist diese Sanktion nicht. Als (Neben)Strafe zielt sie auch lediglich auf eine (leichte) Verschärfung des „sozialethischen Tadels“⁶. Ihre Funktion besteht nicht darin, gefährliche Fahrer vom Verkehr auszuschließen. Treffend ist die Bezeichnung als „Denkzettelstrafe“⁷.

Statt⁸ dieser Nebenstrafe könnte als verkehrsbezogene Sanktion aber auch die **Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 StGB** zum Zuge kommen. Der Eingriff ist viel intensiver. Die Fahrerlaubnis verliert ihre Gültigkeit und muss nach Ablauf einer vom Gericht gem. § 69 a StGB festzusetzenden Sperrfrist neu erworben werden. Das Ziel dieser Sanktion besteht darin, gefährliche Kraftfahrzeugfahrer von den Straßen vorübergehend⁹ fernzuhalten und ihr späteres Verkehrsverhalten günstig zu beeinflussen. Die Anordnungsvoraussetzungen entsprechen zum Teil den Voraussetzungen eines Fahrverbots. Der Betroffene muss wegen einer rechtswidrigen Tat verurteilt oder insoweit allein wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen worden sein. Diese Tat muss er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen haben. Zusätzlich – und darin liegt ein wesentlicher Unterschied – muss sich aus der Tat die Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen erge-

⁴ Da Maßregeln durch die Tat nur veranlasst, nicht aber maßgeblich gerechtfertigt sind, braucht das Rückwirkungsverbot hier nicht beachtet zu werden (§ 2 Abs. 6 StGB). Damit kann sogar über bereits abgeurteilte Fälle noch kriminalpolitisch verfügt werden. Selbst bei der schwersten Maßregel, der Sicherungsverwahrung, hat das BVerfG dagegen keine Einwände erhoben, wie seine jüngsten Entscheidungen zur Verlängerung der Höchstdauer und zur nachträglichen Verhängung zeigen (zugänglich über www.bundesverfassungsgericht.de).

⁵ Zur Auslegung des Merkmals und zu Grenzfällen *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 44 Rn. 3.

⁶ So eine gängige Formel zur Bezeichnung dessen, was mit der Strafe zum Ausdruck gebracht werden soll; vgl. z. B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 4.

⁷ *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 44 Rn. 1.

⁸ Vgl. zum Ausschlussverhältnis und zu den seltenen Ausnahmen *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2002, § 44 Rn. 4.

⁹ In Extremfällen kann es auch zu einem „lebenslanglich“ kommen; s. § 69 a Abs. 1 Satz 2 StGB.

ben. Hier tritt das Gefährlichkeitsmoment als tragender Grund für die Anordnung der Maßregel hervor.

Jetzt können wir, wie angekündigt, die Eingangsfrage präzisieren. Man wird bei diesem Fall weniger an ein Fahrverbot denken, sondern eher fragen: Kann A die Fahrerlaubnis mit der Begründung entzogen werden, dass sich aus der Raubtat seine Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt? Keine Hilfe bietet uns § 69 Abs. 2 StGB, in dem Tatbestände aufgezählt sind, bei deren Verwirklichung der Richter im Regelfall die Ungeeignetheit annehmen darf, was bedeutet, dass er sich eine nähere Begründung sparen kann. Es handelt sich ausschließlich um Straßenverkehrsstraftaten. Nötig ist also eine unmittelbare und eingehende Befassung mit den gesetzlichen Anforderungen in § 69 Abs. 1 StGB, welche die Ungeeignetheit betreffen. Über sie wird gestritten.¹⁰ **Zwei Streitfragen** sind zu unterscheiden. Die eine betrifft den **Inhalt des Merkmals der Ungeeignetheit**, die andere den **Ableitungszusammenhang zwischen Tat und Ungeeignetheit**.

Die **Inhaltsfrage** lässt sich am besten in der Weise darstellen, dass der Aspekt der Gefahrenbekämpfung, der für die Maßregel typisch ist, einbezogen wird. Eine enge Auffassung erachtet nur diejenigen für ungeeignet zum Führen eines Kraftfahrzeuges, die **als Fahrer für andere Verkehrsteilnehmer gefährlich** sind. Die Gegenauffassung erweitert den Kreis auf Personen, von denen eine **allgemeine Kriminalitätsgefahr** ausgeht. Daher soll zur Entziehung der Fahrerlaubnis auch ein charakterlicher Eignungsmangel berechtigen, der befürchten lässt, dass der Täter weiterhin Kraftfahrzeuge benutzt, um Straftaten (also nicht nur Verkehrsstraftaten) zu begehen. Dafür wird zur Hauptsache der Wille des Gesetzgebers angeführt. Dieser hat in der Begründung einer früheren, weitgehend inhaltsgleichen Regelung als Anwendungsbeispiel den Fall genannt, dass der Täter zum Tatort fährt und die Beute mit seinem Fahrzeug abtransportiert. Diesem älteren Gesetzgeber hält die enge Auffassung den jüngeren entgegen: Da er in den Katalog der Regelbeispiele in § 69 Abs. 2 StGB nur Verkehrsstraftaten aufgenommen habe, beziehe sich auch der Eignungsmangel ausschließlich auf die Verkehrssicherheit. Im Übrigen wird für diesen Standpunkt geltend gemacht, dass die Maßregel gem. § 69 StGB gleichermaßen wie das Berufsverbot gem. § 70 StGB Gefahren in einem bestimmten Lebensbereich vorbeugen solle und daher nicht für die allgemeine Kriminalitätsbekämpfung eingesetzt werden dürfe.

Was den gesetzlich geforderten **Schluss von der Tat auf den Eignungsmangel** angeht, so hat die weite Auffassung damit – verständlicherweise – kein Problem. Streit darüber herrscht innerhalb der engen Auffassung, die allein Verkehrssicherheitsbelange gelten lässt. Man ist sich uneins darüber, ob für die Gefährlichkeitsprognose, die aus der Tat am Merkmal der Ungeeignetheit zu entwickeln ist, eine abstrakte Betrachtung genügt oder eine konkrete Bedrohung von Verkehrssicherheitsinteressen festgestellt werden muss. Also: Ist es z. B. zulässig, für den motorisierten Drogenhandel generell anzunehmen, dass die Täter eine Verkehrsgefahr darstellen, etwa weil von ihnen befürchtet werden muss, dass sie im Falle der Verfolgung durch ein Polizeifahrzeug gefährliche Fluchtmanöver ausführen? Oder muss in diesem und in ähnlichen Fällen aus der Art der Fahrzeugbenutzung bei der Tat und aus den sonstigen Umständen des Falles ganz konkret ein für die Verkehrssicherheit bedrohlicher Eignungsmangel hergeleitet werden? Die konkrete Betrachtungsweise führt dazu, dass allgemeine Straftaten nur ausnahmsweise Anlass zu einer Entzie-

¹⁰ Vgl. die Darstellungen bei Geppert in: LK, StGB, 11. Aufl., § 69 Rn. 48 ff.; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. 2003, § 69 Rn. 8 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

hung der Fahrerlaubnis geben. Auch macht sie einen erhöhten Begründungsaufwand erforderlich. Diesen spart sich die abstrakte Betrachtungsweise, was sie aus praktischer Sicht attraktiv macht. Problematisch an ihr ist, dass sie letztlich doch dahin tendiert, die Maßregel zum Zweck allgemeiner Kriminalitätsbekämpfung einzusetzen.

Wollte man jetzt der Rechtsprechung des BGH einen bestimmten Platz in unserer Meinungsübersicht zuweisen, so würde man scheitern. Treffend charakterisiert der 4. Senat in der hier vorzustellenden Entscheidung die bisherige Rechtsprechung des BGH als „ausufernd, uneinheitlich und weithin konturenlos“¹¹.

Unser Meinungsbild wäre unvollständig, wenn wir nicht noch auf die **kriminalpolitische Einrahmung** hinweisen würden. Seit einiger Zeit wird über eine Erweiterung des Sanktionssystems diskutiert. Dabei wird auch erwogen, den Anwendungsbereich der straßenverkehrsbezogenen Sanktionen zu erweitern. Deren Verhängung soll unabhängig von der begangenen Straftat möglich gemacht werden. Davon verspricht man sich eine abschreckende Wirkung, weil es in der modernen Gesellschaft so wichtig ist, mobil zu sein. Jüngst hat die Bundesregierung dazu einen Gesetzentwurf beschlossen.¹²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Entgegen dem eben dargelegten kriminalpolitischen Trend nimmt der 4. Senat einen restriktiven Standpunkt ein, von dem er auch erwartet, dass sich ihm die anderen Senate anschließen. Er verwirft einen Einsatz der Maßregel für Zwecke der allgemeinen Verbrechensbekämpfung. Der Eignungsmangel soll also verkehrsspezifisch zu bestimmen sein. Für die Ableitung dieses Mangels aus der Tat fordert der Senat eine konkrete Begründung. Eine Entziehung der Fahrerlaubnis bei Straftaten ohne tatbestandlichen Verkehrsbezug ist aus seiner Sicht nur dann zulässig, „wenn aus der Anlasstat konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen.“¹³ Das bedeutet umgekehrt: Bei allgemeinen Straftaten, die der Täter bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangen hat, darf entgegen einer verbreiteten Praxis nicht mehr regelmäßig die Ungeeignetheit angenommen werden.

In der Begründung werden die Argumente aufgegriffen, die wir unter 2. bereits genannt haben. Besonders wichtig ist es dem Senat, den Unterschied im Prüfungsgang zwischen dem Fahrverbot und der Entziehung der Fahrerlaubnis herauszustellen. Während es beim Fahrverbot gem. § 44 StGB ausreicht, dass eine Straftat bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen worden sei, verlange § 69 StGB darüber hinausgehend einen weiteren Prüfungsschritt, in dem zu klären sei, ob sich aus der Tat die Ungeeignetheit zum Führen eines Kraftfahrzeugs ergebe. Der in der Begehung der allgemeinen Straftat zum Ausdruck kommende allgemeine Charaktermangel könne daher für sich allein die weiter vorausgesetzte fehlende Eignung nicht begründen. Die beiden Prüfungsschritte müssten klar getrennt werden.

Das bedeutet im konkreten Fall, dass der kurze Schluss von der Begehung eines schweren Raubes unter Verwendung eines Kraftfahrzeugs auf einen Eignungsmangel unzulässig ist. Nach Ansicht des Senats muss geprüft werden, ob aus der Tat hervorgeht, „dass sich der Täter gerade in seiner Eigenschaft als Kraftfahrer als un-

¹¹ BGH NSTZ 2004, 86, 87.

¹² Danach soll unter anderem das Fahrverbot gem. § 44 StGB zeitlich ausgedehnt und zur Hauptstrafe aufgewertet werden (Gesetzgebungsvorhaben Nr. 99/03 unter www.bmj.bund.de).

¹³ BGH NSTZ 2004, 86, 87.

zuverlässig erweist“¹⁴. Dazu sei nicht erforderlich, dass er einen Verkehrsverstoß begangen habe. Er müsse aber die „Bereitschaft gezeigt haben, sich über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme hinwegzusetzen“¹⁵. Nötig sei insoweit eine „Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit anhand konkreter Umstände“¹⁶. Damit wird sich das Tatgericht nach einer Zurückverweisung der Sache zu befassen haben.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Thematik ist von enormer praktischer Bedeutung. Sie ist jedoch nur bedingt ausbildungsrelevant. Das beruht auf einem Missstand der strafrechtlichen Ausbildung. In ihr wird der in der Praxis so ungemein wichtige Rechtsfolgenbereich auf geradezu skandalöse Weise vernachlässigt. So verzichten fast alle gängigen Grundrisse zum Allgemeinen Teils auf eine Darstellung.¹⁷ Auch wird in den strafrechtlichen Pflichtveranstaltungen nur selten und dann viel zu kurz darauf eingegangen. Für Studierende wäre es jedoch verhängnisvoll, dementsprechend darauf zu vertrauen, dass sie damit im Prüfungszusammenhang nicht behelligt werden. Teilaspekte sind nämlich durchaus in schriftlichen Arbeiten anzusprechen. Das gilt etwa für die Konkurrenzen, für Regelbeispiele oder für die Rechtsfolgenlösung beim Mord. Diese und ähnliche Prüfungspunkte liegen bereits jenseits der durch die übliche Frage nach der Strafbarkeit gezogenen Grenze (und somit im Rechtsfolgenbereich); gleichwohl sind sie zwingend zu behandeln. Im Übrigen geschieht es immer wieder in mündlichen Prüfungen, dass jedenfalls Grundzüge der Rechtsfolgen angesprochen werden. Darauf sollte man sich frühzeitig einrichten.

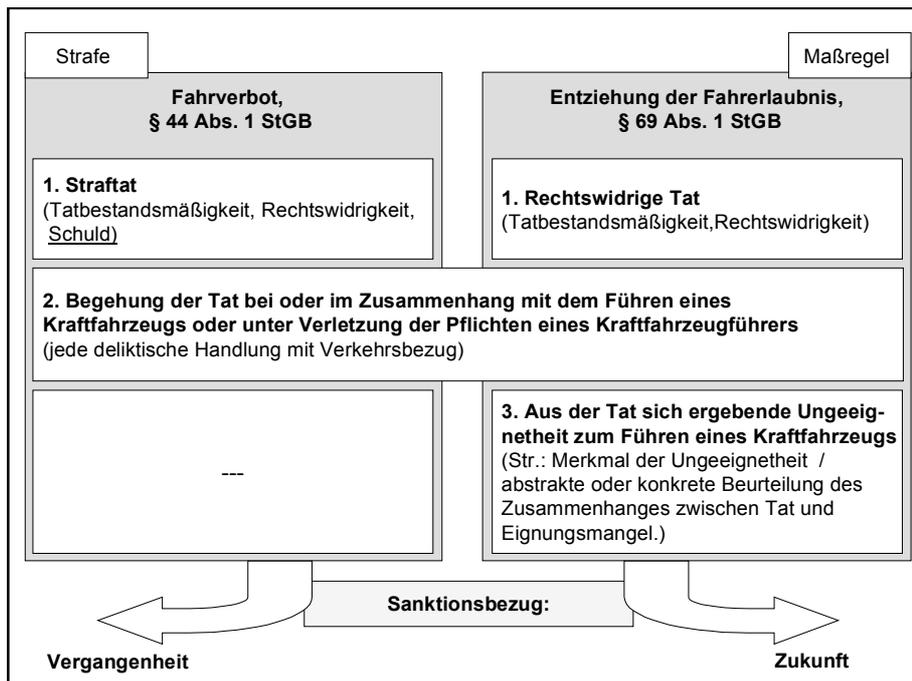
Unsere Hilfe beschränkt sich nicht auf die Präsentation dieser wichtigen Entscheidung. Wir bieten zusätzlich eine grafische Orientierung für die Unterscheidung zwischen der (Neben)Strafe des Fahrverbots und der Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis an:

¹⁴ BGH NSTZ 2004, 86, 88.

¹⁵ BGH NSTZ 2004, 86, 88.

¹⁶ BGH NSTZ 2004, 86, 88.

¹⁷ Ausnahme: *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 230 ff.; s. ferner *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 18 ff.



Noch ein Wort zur praktischen Relevanz der Entscheidung: Sollte sie auf die Zustimmung der anderen Senate stoßen, so wird künftig die Zahl der Fälle einer Anwendung von § 69 StGB im Zusammenhang mit allgemeinen Straftaten drastisch zurückgehen. Allein schon der hohe Begründungsaufwand und die damit verbundene Gefahr einer Aufhebung der Entscheidung im Revisionsverfahren werden die Tatgerichte dazu veranlassen, von einer Verhängung der Maßregel abzusehen.

5. Kritik

Endlich! Es war höchste Zeit für ein klärendes Wort des BGH in dieser Angelegenheit. Schon seit langem war eine klare Linie in seiner Rechtsprechung nicht mehr erkennbar. Das ist vielfach kritisiert worden.¹⁸ Zuletzt hatte das OLG Stuttgart mit deutlichen Worten diesen Zustand beklagt.¹⁹

Die Entscheidung ist auch inhaltlich zu begrüßen. Der Senat hat die gesetzlich vorgegebene Grenze zwischen der (Neben)Strafe des Fahrverbots und der Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis noch einmal klar nachgezogen. Und er hat sich nicht durch die aktuelle kriminalpolitische Diskussion dazu verleiten lassen, in Vorwegnahme gesetzgeberischer Absichten die Entziehung der Fahrerlaubnis zu einem allgemeinen Verbrechensbekämpfungsinstrument umzufunktionieren. Ob der Gesetzgeber gut beraten ist, falls er die Voraussetzungen dafür schafft, steht auf einem anderen, hier nicht mehr aufzuschlagenden Blatt.²⁰

(Dem Text liegt ein Entwurf von Synthia Winter zugrunde. Sie hat auch die Grafik entworfen.)

¹⁸ Vgl. z. B. Geppert NSTz 2003, 288, 289 f.; Winkler NSTz 2003, 247, 251.

¹⁹ StV 2004, 27 mit dem Leitsatz: „Zur Aufhebung der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis im Hinblick auf die divergierenden Auffassungen der Strafsenate des BGH und der Ungewissheit der abschließenden Klärung der Streitfrage ggf. durch den Großen Senat für Strafsachen“.

²⁰ Näher zur Diskussion über die Ausweitung von Fahrverbot und Entziehung der Fahrerlaubnis: Franke, ZRP 2002, 20 ff.; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, S. 789 f. mit weiteren Nachweisen.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

März 2004

Landrover - Fall

Raub / finale Verknüpfung zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme / Ausnutzung einer mit anderer Zielsetzung geschaffenen Zwangslage / Gewaltanwendung durch Unterlassen

§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 13 StGB

Leitsatz der Verf.:¹

Gewalt zur Wegnahme im Sinne von § 249 Abs. 1 StGB wendet an, wer das Tatopfer zunächst mit anderer Zielsetzung gefesselt hat und in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der so bewirkten Wehrlosigkeit des Opfers dessen Sachen entwendet.

BGH 2 StR 283/03 – Urt. v. 15.10. 2003, abgedruckt in NJW 2004, S. 528.

1. Sachverhalt²

Der obdachlose A dringt in die Jagdhütte des B ein und übernachtet dort. Als B am nächsten Morgen erscheint, überwältigt A ihn, um fliehen zu können. Zur Sicherung eines Fluchtvorsprungs fesselt er B mit einem Strick, den er in der Hütte findet. Als er die Jagdhütte verlässt, erblickt er den in der Nähe geparkten Landrover des B. Er beschließt, diesen mitzunehmen, zieht B die Fahrzeugschlüssel aus der Tasche und fährt mit dem Wagen davon.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Ein altes Problem in neuem Gewande, so möchte man meinen. Erinnern wir uns an den Hotel-Fall und BGHSt 32, 88: Zwei Hotelgäste fesseln den Portier und schließen ihn ein, um ohne Bezahlung mit ihrem Gepäck verschwinden zu können. Als sie an der Rezeption vorbeikommen, entschließen sie sich, Geld aus der nun unbewachten Hotelkasse zu nehmen. Die Parallele betrifft den zweiten Akt.³ Hier wie dort wird

¹ Wir haben uns erlaubt, den Leitsatz des Gerichts leicht abzuwandeln. Dort heißt es zu Beginn: „Gewalt zur Wegnahme unter Verwendung eines Mittels im Sinne von 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB wendet an, ...“. Ungünstig daran ist, dass die Aufmerksamkeit auf den Qualifikationstatbestand gelenkt wird, obwohl das Kernproblem den Grundtatbestand betrifft.

² Der Sachverhalt wurde auf das für die Problembehandlung Wesentliche gekürzt.

³ Auch der erste Akt des Hotel-Falles hat strafrechtlich einiges zu bieten; geht es doch um den Dauerstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur über das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung; näher dazu im Zusammenhang mit dem Hotel-Fall: *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 26. Aufl. 2003, Rn. 738.

nach abgeschlossener Gewalthandlung, aber bei noch fortdauernden Auswirkungen der Gewalt eine Diebstahlshandlung vorgenommen. Reichen das Fortbestehen der Gewaltwirkung und deren Ausnutzung aus, um eine Strafbarkeit wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB annehmen zu können? Nein, lautete damals die Antwort des BGH im Hotel-Fall.⁴ Begründung: Da die Gewalthandlung bereits abgeschlossen gewesen sei, bevor die Täter sich zur Wegnahme entschlossen hätten, könne sie nicht mehr, wie tatbestandlich erforderlich, der Ermöglichung der Wegnahme gedient haben. So müsste dann ja wohl auch dieser neue Fall gelöst werden, sollte man denken. – Falsch gedacht! Um zu verstehen, wie der BGH hier zu einer anderen Lösung gelangt, ist es nötig, sich noch einmal die Problemstruktur und das dazu gehörende Fallmaterial vor Augen zu führen.

Beginnen wir mit einem Satz zum Merken: **Raub ist** nicht bloß Diebstahl plus (schwere) Nötigung, sondern **Diebstahl durch (schwere) Nötigung**. Das bedeutet, dass die raubspezifischen Nötigungsmittel zum Zweck des Wegnehmens eingesetzt worden sein müssen. Üblich ist dafür die Formulierung, es müsse eine **finale Ver- bindung** gegeben sein.⁵

Was daraus folgt, sollen Fälle zeigen. Zunächst ein **klarer Fall der Anwendbarkeit von § 249 StGB** und dann ein **klarer Fall der Unanwendbarkeit**, also ein Fall, in dem es an der finalen Verknüpfung zwischen Gewalt und Wegnahme fehlt.

- A schlägt den Geldboten B nieder, um ihm die Geldtasche entreißen zu können, was ihm auch gelingt.⁶
- A versetzt dem Passanten B heftige Schläge, weil dieser seine Bitte um Geld abgewiesen hat. Nachdem er sich zunächst entfernt hat, kehrt A zurück, um den bewusstlosen B nach Geld zu durchsuchen. Tatsächlich findet er etwas und nimmt es an sich.⁷

Auf gesichertem Terrain bewegen wir uns auch noch bei den beiden folgenden Fällen, in denen § 249 StGB nach allgemeiner Ansicht **noch anwendbar** ist. Allerdings ergibt sich die Anwendbarkeit erst aus einer genauen Situationsanalyse. Beide Male geht es um eine Armbanduhr.

- A zieht die B an sich, um sie sittlich zu belästigen. Als sie sich wehrt, hält er sie weiterhin in festem Griff. Dabei bemerkt er an ihrem Handgelenk eine Uhr, die er unter Ausnutzung der Lage an sich nimmt. Hier dient die Gewalt zunächst einem anderen Zweck als dem der Wegnahme. Da der Täter dann aber durch weiteres Festhalten die Gewaltausübung fortsetzt, um jetzt die Sache wegnehmen zu können, entspricht sein Verhalten noch der finalen Struktur des Raubtatbestandes.⁸
- A sticht B aus Rache mit einem Messer nieder. Als B sich am Boden krümmt, entdeckt A an dessen Arm eine goldene Uhr, die er gern für sich hätte. Er beugt sich über B und nimmt ihm mit einer Hand die Uhr ab, während er in der anderen weiterhin das Messer hält, von dem B sich bedroht fühlt, was A bemerkt und was ihm auch recht ist. Hätte A sich hier darauf beschränkt, die durch das Niederstechen geschaffene Lage für die Wegnahmehandlung zu

⁴ BGHSt 32, 88.

⁵ Z. B. *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 249 Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2003, § 7 Rn. 14. Ob darüber hinaus auch ein kausaler Zusammenhang vorliegen muss, ist umstritten; nach h. M. ist das nicht erforderlich; vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 249 Rn. 6. Die Frage ist nur in speziellen Konstellationen von Bedeutung.

⁶ Das ist gewissermaßen der Standard-Raub.

⁷ Fall nach BGHR StGB § 249 Abs. 1, Gewalt 7.

⁸ Fall nach BGHSt 20, 32.

nutzen, so wäre ein Raubvorwurf nicht begründbar. Er hat jedoch eine Nötigungshandlung in anderer Form vorgenommen. Das vorher gewaltsam eingesetzte Mittel dient ihm jetzt als Mittel einer konkludenten Drohung. Und insofern ist wiederum eine finale Verbindung mit der Wegnahme gegeben.⁹

Nun ist es nur noch ein kleiner Schritt zu unserem Fallproblem. Zu überwinden ist die geringe Distanz zwischen konkludentem Verhalten und Unterlassen. Wenn das konkludente Drohen mit einem Mittel ausreicht, das zuvor der Gewaltausübung gedient hat, - warum sollte dann nicht auch eine final verknüpfbare Nötigung darin gesehen werden können, dass der Täter es unterlässt, die von ihm herbeigeführte Gewaltwirkung zu beseitigen?

Tatsächlich wird in der Literatur diese Auffassung vertreten. Sie wertet mit Hilfe des Gesichtspunktes des **Unterlassens** das Ausnutzen einer Gewaltwirkung, etwa in der Form der Fesselung, zu einer fortdauernden Gewaltanwendung auf.¹⁰ Die Grundlage dafür bildet die Annahme, dass die Zurechnung eines Unterlassens gem. § 13 StGB im Besonderen Teil universell verwendbar sei. Die Herleitung einer Verpflichtung zum Tätigwerden ist nicht besonders schwierig; hat doch der Täter rechtswidrig die gewaltbestimmte Situation geschaffen, was ihn aus Gründen der Ingerenz zu deren Beseitigung verpflichtet. Kriminalpolitisch bezieht dieser Standpunkt seine Rechtfertigung daraus, dass im Falle der Verneinung einer Strafbarkeit wegen Raubes (Verbrechen!) nur die Möglichkeit bleibt, wegen Diebstahls (Vergehen!) im besonders schweren Fall (Ausnutzen der Hilflosigkeit gem. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB) und tatmehrheitlich (§ 53 StGB) dazu begangener Nötigung (sowie evtl. Freiheitsberaubung und Körperverletzung) zu bestrafen. Eine Bestrafung auf dieser Grundlage wird als unzureichend angesehen. Es komme dabei nicht zur Geltung, dass der Täter die von ihm ausgenutzte Hilflosigkeit des Opfers selbst herbeigeführt habe.

Diese Auffassung ist bislang überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹¹ Die Kritik setzt an mehreren Stellen an. Argumentiert wird zum einen mit der Wortbedeutung: Der Begriff der Gewalt bezeichne nach allgemeinem Sprachverständnis ein durch Aktivität geprägtes Aggressionsverhalten. Ein gewaltsames Unterlassen sei sprachlich ein Unding.¹² Ferner sei die Konstruktion einer Gewaltanwendung durch Unterlassen nicht mit der finalen Struktur des Raubtatbestandes vereinbar; ihr entspreche allein, wie auch der Wortlaut („mit Gewalt gegen eine Person“) zeige, ein aktives, zielorientiertes Ermöglichen der Wegnahmehandlung.¹³ Schließlich wird noch versucht, den Gegner mit den eigenen Waffen zu schlagen: Wenn auf den Gesichtspunkt des Unterlassens abgestellt werde, dann müsse auch die Entsprechensklausel in § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 StGB berücksichtigt werden. Die bloße Nichtbeseitigung der Gewaltwirkung könne aber nicht mit der aktiven Gewaltausübung auf eine Stufe gestellt werden.¹⁴

Die Mehrheitsmeinung glaubte bislang, den BGH an ihrer Seite zu haben. Seine Entscheidung im Hotel-Fall wurde als Votum gegen die Unterlassungslösung inter-

⁹ Fall in Anlehnung an BGHSt 41, 123.

¹⁰ Vgl. etwa *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 249 Rn. 9; *Lackner/Kühl* (Fn. 5), Rn. 4; *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 28.

¹¹ Vgl. etwa *Sander* in: MüKO, StGB, 2003, § 249 Rn. 32; *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT 2, 13. Aufl. 2002, Rn. 193; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 333, 337.

¹² Vgl. *Herdegen* in: LK, StGB, 11. Aufl., § 249 Rn. 16.

¹³ *Krey/Hellmann* (Fn. 11), Rn. 193; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16.

¹⁴ *Sander* (Fn. 11), § 249 Rn. 32; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16.

pretiert.¹⁵ Allerdings war die Begründung dieser Entscheidung recht knapp ausgefallen. Eine ergiebige Problemerkörterung findet sich darin nicht. So etwas mindert die Bindungswirkung, was der BGH nunmehr für eine Kehrtwende ausnutzt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das zentrale Argument der Entscheidung besteht in einem Naturalismus-Einwand: Wer es ablehne, einen Täter wegen Raubes zu bestrafen, der eine ohne Wegnahmenvorsatz begonnene Freiheitsberaubung zum Zweck der Wegnahme ausnutze, sei in seinem Denken „naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet“¹⁶. Dieser naturalistische Gewaltbegriff, demzufolge nur ein aktives Handeln Gewalt sein könne, sei ein „verkürzter Gewaltbegriff“.¹⁷

Die Erwartung, dass dem nun ein unverkürzter, nicht-naturalistischer Gewaltbegriff entgegengesetzt wird, erfüllt sich allerdings nicht. Der BGH legt sich nicht fest. Er legt sich selbst darin nicht fest, ob auf ein Tun oder ein Unterlassen abzustellen ist. Es gebe insoweit keinen Entscheidungsbedarf. „Auch wenn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen gesehen wird, bestehen gegen die Annahme eines Raubes durch Ausnutzen einer durch Freiheitsberaubung (mit anderer Zielrichtung) geschaffenen Zwangslage keine Bedenken“.¹⁸

Wo genau die Entscheidung verankert ist, lässt sich daher schwer sagen. Im Wesentlichen ist es wohl die Annahme, dass es für ein modernes, nicht-naturalistisches Denken plausibel sei, auch darin noch eine Gewaltausübung zu sehen, dass der Täter eine gewaltsam begründete Zwangslage weiterhin beherrscht. Hinzu kommt eine argumentativ nicht weiter abgesicherte vergleichende Erwägung: Von einem „unterschiedlichen Unrechtsgehalt“ je nachdem, wann sich der Täter zur Wegnahme entschlossen habe, könne „nicht ausgegangen werden“, sofern die Freiheitsberaubung zu anderen Zwecken und das Ausnutzen zur Wegnahme „zeitlich und räumlich dicht beieinander“ gelegen hätten¹⁹. Damit soll der Einwand gegen die Unterlassungslösung entkräftet werden, dass es an der Gleichwertigkeit gem. § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 StGB fehle.

Was ansonsten an Argumenten vorgebracht wird, trifft nicht unbedingt den Kern der Sache. So wird darauf verwiesen, dass nach der herrschenden Meinung zum Nötigungstatbestand Gewalt auch durch Unterlassen begehrbar sei, und zwar dann, wenn körperlich wirkender Zwang aufrechterhalten oder nicht gehindert werde. Ferner wird geltend gemacht, dass die Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt sei, woraus sich ergeben soll, dass der Täter seine Gewalthandlung bis zur Beendigung des Freiheitsentzuges fortsetzt. Dann wird noch angeführt, dass Unterlassen und Finalität durchaus miteinander vereinbar seien: „Der Unterlassungstäter kann die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands wollen, um die Wehrlosigkeit des Opfers zur Wegnahme auszunutzen.“²⁰

Da der BGH den Raubtatbestand als erfüllt ansieht, muss er noch zu etwaigen Qualifikationen Stellung nehmen. Er verwirft eine Anwendung von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Mit der Benutzung des Stricks zur Fesselung habe A in der konkreten Situation kein gefährliches Werkzeug verwendet. Dagegen hält er § 250 Abs. 1 Nr. 1 b

¹⁵ Vgl. Herdegen (Fn. 12), § 249 Rn. 16.

¹⁶ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁷ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁸ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁹ BGH NJW 2004, 528, 530.

²⁰ BGH NJW 2004, 528, 530.

StGB mit der Begründung für anwendbar, dass „gerade durch den Einsatz des Stricks zur Fesselung eine fortdauernde Zwangslage geschaffen wurde“²¹.

Schließlich war noch das Verhältnis dieses Urteils zur Entscheidung im Hotel-Fall zu klären. Hätte der Senat eine Divergenz im rechtlichen Bereich gesehen, so hätte er die Sache nach § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat vorlegen müssen, was er nicht getan hat. Demnach muss er der Auffassung gewesen sein, dass er aus tatsächlichen Gründen durch die Entscheidung im Hotel-Fall nicht gebunden war. Worin liegt der tatsächliche Unterschied? Der Senat behauptet: Im Hotel-Fall habe es an dem erforderlichen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen der Freiheitsberaubung und der Wegnahme gefehlt. Und bei dieser Behauptung belässt er es auch.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Problematik gehört seit jeher zum Standardrepertoire der Ausbildung und des Prüfungswesens. In nächster Zukunft wird sie wegen der hier besprochenen Entscheidung noch größere Bedeutung erlangen. Ein derartiger Rechtsprechungswandel²² zieht immer großes Interesse auf sich. Im Kampf der Meinungen werden die Geschütze neu justiert. Und es wird Überläufer geben. Wo der BGH marschiert, werden die stärkeren Bataillone vermutet, denen man sich gern anschließt. Es ist anzunehmen, dass sich daher die Gewichte zugunsten der Unterlassungslösung verschieben werden.

Schwierig ist die Verarbeitung der Ausführungen des BGH zum „**naturalistischen**“ **Gewaltbegriff**. Fragt man nach dem Gegenbegriff, so muss wohl der „vergeistigte“ Gewaltbegriff wieder hervorgeholt werden, von dem man glaubte, dass er mit den jüngsten Entscheidungen des BVerfG in den Straßenblockade-Fällen zu den Akten gelegt worden sei.²³ Mehr (naturalistische) Körperlichkeit! So lautete doch die Forderung des BVerfG. Und nun der BGH: Weg mit dem naturalistischen Gewaltbegriff! Hier deutet sich eine sehr grundsätzliche Meinungsdivergenz an. In einer klausurmäßigen Bearbeitung wird man sich damit kaum näher auseinandersetzen können. Insoweit erscheint es zweckmäßig, der höheren Rechtsautorität des BVerfG gegenüber dem antinaturalistischen Gewaltbegriff des BGH den Vorzug zu geben.

Ein Wort noch zu **Aufbaufragen**. Schwierigkeiten bereitet die Frage, wohin das **Merkmal der finalen Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme** beim Raub „gehört“. Der Umstand, dass es zwei objektive Tatbestandselemente verbindet, spricht dafür, es bei der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit zu erörtern. Demgegenüber könnte der stark subjektiv ausgerichtete Inhalt Anlass für eine Zuordnung zum subjektiven Tatbestand geben. Letzteres wäre jedoch irreführend. Eine ausschließlich subjektive Finalität genügt nämlich nicht. Vielmehr muss die subjektive Zwecksetzung objektiv darin zutage treten, dass die Nötigungshandlung in die

²¹ BGH NJW 2004, 528, 530.

²² Der Begriff des Wandels trifft jedenfalls dann zu, wenn zugrundegelegt wird, wie BGHSt 32, 88 bisher allgemein bewertet wurde (s. dazu oben 2.). Nach der immanenten Logik der hier zu besprechenden Entscheidung erfolgt dagegen lediglich eine Differenzierung der Rechtsprechung.

²³ Vgl. dazu die zusammenfassenden Darstellungen bei *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2003, S. 161-168; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 27. Aufl. 2003, Rn. 383-393

Wegnahmehandlung „einmündet“²⁴. Daher empfiehlt sich eine Erörterung bereits auf der Prüfungsebene des objektiven Tatbestandes.²⁵

Praktisch wird die Entscheidung dazu führen, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Fällen einer anderen Gewichtsklasse zugeordnet wird. Es passiert nämlich nicht selten, dass verbalen und körperlichen Auseinandersetzungen Vermögensstraftaten folgen, bei deren Begehung die zuvor entstandene Zwangslage des Opfers ausgenutzt wird. Durch die BGH-Entscheidung werden diese Fälle – um es boxsportlich auszudrücken – vom Halbschwergewicht ins Schwergewicht verschoben. Statt einer Bestrafung wegen Diebstahls im besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB sowie wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 und 2 StGB (und evtl. noch Freiheitsberaubung und Körperverletzung) müssen die Täter jetzt mit einer deutlich schwereren Bestrafung wegen zumeist schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 oder 2 StGB (und evtl. noch Freiheitsberaubung und Körperverletzung) rechnen.

5. Kritik

Weder in der Form noch in der Sache vermag die Entscheidung zu überzeugen. Formal ist zu beanstanden, dass auf eine ergiebige Auseinandersetzung mit der Entscheidung im Hotel-Fall verzichtet wird. Angesichts der weitgehenden Übereinstimmung der Fälle ist die Ein-Satz-Behauptung, dort habe es an dem erforderlichen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang gefehlt, höchst unzulänglich, ja ärgerlich. Dieses für die künftige Entscheidungspraxis so wichtige Kriterium wird ohne jede präzisierende Erläuterung gelassen. Nach wie vielen Schritten und wie vielen Sekunden oder Minuten haben die Täter im Hotel-Fall den Bereich des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs verlassen? Der Verzicht auf eine Antwort in der Entscheidung lässt den Verdacht entstehen, dass der Senat sich lediglich die Mühen des Vorlegungsverfahrens ersparen wollte.

Ohne jeden argumentativen Wert ist die Kritik an der Gegenansicht, sie sei „naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet“²⁶. Denn es handelt sich um eine bloße subjektive Zuschreibung, auf die nicht anders als durch Bestreiten reagiert werden kann. Ein taugliches Sachargument hätte daraus nur werden können, wenn dargelegt worden wäre, was ein „naturalistischer“ Gewaltbegriff ist und warum er im konkreten Zusammenhang ungeeignet ist. Auch dazu findet sich nichts in der Entscheidung.

Schließlich ist noch auf einen Wertungswiderspruch aufmerksam zu machen, zu dem die Entscheidung führt: Wer das Opfer nur gefesselt oder eingeschlossen hat und anschließend Sachen wegnimmt, würde härter bestraft als derjenige, der brutaler gegen das Opfer vorgegangen ist, indem er es bewusstlos geschlagen hat; denn diesem Täter könnte kein Unterlassungsvorwurf gemacht werden, weil er nicht die Möglichkeit gehabt hat, die Zwangslage zu beseitigen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Mario Piel zugrunde.)

²⁴ So die treffende Formulierung von *Rengier* (Fn. 3), § 7 Rn. 14 a; insofern äußert sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung missverständlich, wenn er im Zusammenhang mit der Finalität rein subjektiv formuliert (s. oben 3.).

²⁵ So auch *Rengier* (Fn. 3), § 7 Rn. 2; *Schmidt/Priebe*, Strafrecht BT II, 2. Aufl. 2003, S. 98 f.

²⁶ BGH NJW 2004, 528, 530.

1. Sachverhalt

Bei einem zufälligen Zusammentreffen vereinbart A mit B, gemeinsam in dessen Wohnung ein Gramm Heroin zu konsumieren, wie sie es zuvor schon zwei Mal getan haben. Der alkoholranke und auch sonst körperlich stark geschwächte B hat bereits erhebliche Mengen Bier getrunken, was aber nicht weiter auffällt, weil er Alkohol gewöhnt ist. In der Wohnung bereitet A alles vor und injiziert sich das Rauschgift. Dessen Wirkung empfindet er als normal. Als nun B die für ihn vorgesehene Spritze ansetzt, zeigt sich, dass seine Hand zu stark zittert. Auf seine Bitte nimmt A die Injektion vor. Kurze Zeit später stirbt B an einer Lähmung des Atemzentrums. Maßgebliche Ursache dafür ist die Wirkung des Rauschgifts, die durch die erhebliche Alkoholisierung noch verstärkt worden ist.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Wichtig ist, zu erkennen, dass der Fall vom gewohnten Grundmuster der Rauschgift-Fälle abweicht. Ein typischer Sachverhalt sieht etwa so aus: Ein Drogenlieferant überlässt das Rauschgift einem Kunden, der es im Wissen um die Gefahr selbst konsumiert und daran stirbt.¹ Der zentrale Begriff für die rechtliche Verarbeitung lautet: **freiver-**

¹ Entsprechende Beispiele bei *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 92, und *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 186.

April 2004

Injektions-Fall

Einwilligung in eine Körperverletzung / Verstoß der Tat gegen die guten Sitten / freiverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung

§§ 227, 228, 16, 17 StGB

Leitsatz der Verf.: In Fällen des Verabreichens von Betäubungsmitteln ist die Grenze moralischer Verwerflichkeit dann überschritten und ein Sittenverstoß nach § 228 StGB gegeben, wenn der Betroffene bei vorausschauender Betrachtung aller maßgeblichen Umstände in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

BGH, Urt. v. 11. 12. 2003 – 3 StR 120/03; abgedruckt in NJW 2004, S. 1054.

antwortliche Selbstgefährdung. Mit seiner Hilfe wird die Zurechnung so gesteuert, dass der Drogenlieferant lediglich als „Teilnehmer“² am selbstgefährdenden Verhalten des anderen gilt und deswegen nicht als Täter einer fahrlässigen Tötung bestraft werden kann.³ Der auf diese Weise abgegrenzte Bereich der Straflosigkeit wird verlassen, wenn der Mitwirkende kraft überlegenen Sachwissens die Situation besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.⁴ Diesem in der Literatur entwickelten Ansatz hat sich die Rechtsprechung mit der grundlegenden Entscheidung im Heroin-Fall⁵ angeschlossen.⁶

² Die Anführungsstriche sollen auf eine begriffliche Ungenauigkeit aufmerksam machen. Der fachlich-juristische Terminus des Teilnehmers passt hier nicht, weil er auf strafbare Formen der Beteiligung gemünzt ist. Auch findet er keine Anwendung, wenn es, wie im Beispielfall, um eine Fahrlässigkeitstatakt geht.

³ *Rengier*, Strafrecht BT II, 5. Aufl. 2003, § 20 Rn. 3; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 94; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 186.

⁴ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, S. 42; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 187.

⁵ BGHSt 32, 262.

Im vorliegenden Fall liegt die Sache anders.⁷ B gefährdet sich nicht selbst, sondern lässt sich im Bewusstsein des Risikos von A gefährden, der ihm die Spritze setzt. Die Tatherrschaft liegt bei A. Er ist also kein bloßer Teilnehmer einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung, sondern Täter einer **einverständlichen Fremdgefährdung**.⁸

Über den Unterschied ist man sich in der Sache und in der Begrifflichkeit im Wesentlichen einig.⁹ Doch wie mit der Rechtsfigur der einverständlichen Fremdgefährdung umgegangen werden soll, gilt als „weitgehend ungeklärt“¹⁰. Teilweise wird eine vergleichende Bewertung vorgeschlagen: Die Tat soll mit der Begründung mangelnder Zurechenbarkeit straflos bleiben, wenn der Vorgang einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung „gleichsteht“¹¹. Auch wird die Lösung beim Merkmal der Pflichtverletzung gesucht: An ihr soll es in diesen Fällen fehlen, sofern nicht gegen ein rechtliches Verbot verstoßen wurde.¹²

Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur lösen das Problem anders. Sie sprechen es erst auf der Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit an. Geprüft wird, ob die Tat unter dem Gesichtspunkt der **Einwilli-**

gung als gerechtfertigt angesehen werden kann.¹³

Der Ansatz wird mit einem aus § 216 StGB abgeleiteten Argument bekämpft.¹⁴ Es sei mit dem Verbot, sich durch fremde Hand töten zu lassen, unvereinbar, in fremdgesetzte tödliche Risiken einwilligen zu können. Der h. M. geht dieser Schluss zu weit. Sie sieht durch § 216 StGB nur die Befugnis ausgeschlossen, seinem Leben durch andere definitiv ein Ende setzen zu lassen.¹⁵ Für sie spricht, dass die heutige technikgeprägte Welt die Inkaufnahme auch tödlicher Risiken geradezu voraussetzt.¹⁶

Nach dem Einstieg in die Prüfung einer rechtfertigenden Einwilligung liegt der Schwerpunkt regelmäßig bei der Frage, ob die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben war und der Betroffene das Risiko in seiner ganzen Tragweite richtig eingeschätzt hat.

War die Fremdgefährdung mit einer vorsätzlichen Körperverletzung verbunden, so ist noch das **Korrektiv in § 228 StGB** zu beachten: Eine Rechtfertigung ist ausgeschlossen, wenn **die Tat gegen die guten Sitten verstößt**. Damit sind wir beim Kernproblem unseres Falles. Mit der Injektion des Heroins verletzte A den B körperlich, so dass der gegen ihn erhobene Tatvorwurf auf Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB lautet. Ihm entgeht A, wenn B rechtfertigend eingewilligt hat. Es bleibt jedoch bei dem Vorwurf, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstieß, weil sie dann nicht durch die Einwilligung des B gerechtfertigt werden konnte.

Was aber ist sittenwidrig? Die geläufige Antwort – der Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und ge-

⁶ Gleichwohl kommt die Rechtsprechung in Rauschgift-Fällen gelegentlich mit besonderer Begründung zur Strafbarkeit; BGH NStZ 1984, 452 f.: Garantenpflicht des Drogenlieferanten; BGHSt 37, 179: spezifischer Schutzzweck von §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 b, 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.

⁷ Vgl. auch das Beispiel bei *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

⁸ *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 105 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

⁹ Die Umsetzung der Abgrenzung kann sich jedoch praktisch als sehr schwierig erweisen; vgl. etwa die umstrittene Entscheidung des BayObLG zu einem AIDS-Fall in JR 1990, 473 f.

¹⁰ *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

¹¹ *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 107.

¹² *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, S. 118 ff.

¹³ *Eser*, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 216 Rn. 11 a; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 191.

¹⁴ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 590 f.

¹⁵ *Z. B. Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 17 Rn. 87; *Rengier*, (Fn. 3) § 20 Rn. 12.

¹⁶ Um so mehr gilt das Wort Erich Kästners: Leben ist immer lebensgefährlich.

recht Denkenden¹⁷ – ist eigentlich keine, weil sie nur einen unscharfen Begriff durch eine unscharfe Formel ersetzt.

Es ist daher gut verständlich, dass die Anwendbarkeit von § 228 StGB mit dem Einwand der Verfassungswidrigkeit bezweifelt wird.¹⁸ Die Vorschrift wirke strafbegründend, weil sie einen Rechtfertigungsgrund einschränke, und sei daher am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Der völlig unbestimmte Begriff des Sittenverstoßes beeinträchtigt die Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens.

Durchgesetzt hat sich diese Auffassung zwar nicht. Sie hat aber Spuren in der Anwendung der Vorschrift hinterlassen. Einig ist man sich darin, dass sie restriktiv ausgelegt werden muss und dafür feste Bezugspunkte nötig sind. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf das Gewicht des Rechtsguttsangriffs abgestellt.¹⁹ Zusätzlich soll der mit der Tat verfolgte Zweck berücksichtigt werden, was freilich umstritten ist.²⁰ Meinungsunterschiede bestehen auch darüber, ob ein Sittenverstoß allein daraus abgeleitet werden kann, dass die Tat Rechtsvorschriften verletzt. Teilweise wird ein solcher Schluss abgelehnt.²¹ Gerade im Zusammenhang mit dem Konsum von Rauschgift wird aber auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Danach soll sich unmittelbar aus dem Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz die Sittenwidrigkeit ergeben.²²

Dieser disparate, schwer überschaubare Meinungsstand lässt den Wunsch aufkommen, dass die Rechtsprechung Klarheit schaffen möge.

¹⁷ So die im Zusammenhang mit § 138 BGB vom Reichsgericht entwickelte Formel.

¹⁸ Z. B. NK-Paeffgen, StGB, § 228 Rn. 43, 50.

¹⁹ Z. B. Hirsch in LK, StGB, 11. Aufl., § 228 Rn. 9; Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 9 Rn. 20.

²⁰ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 228 Rn. 10; LPK-Kindhäuser, StGB, 2002, § 228 Rn. 10 f.

²¹ Stree, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 228 Rn. 11.

²² Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 6 Rn. 33.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nach Klärung einer Vorfrage zu den Konkurrenzen²³ gelangt die Entscheidung sehr zügig zur Annahme täterschaftlichen Handelns des A, zur Bejahung einer vorsätzlichen Körperverletzung durch Herbeiführung eines Rauschzustandes und zu der Feststellung, dass der Tod des B, wie nach § 227 StGB erforderlich, aus der spezifischen, durch die Körperverletzung hervorgerufenen Gefahr resultierte. Danach befasst sie sich mit der Frage einer Rechtfertigung durch Einwilligung, insbesondere mit dem Merkmal der Sittenwidrigkeit in § 228 StGB und damit zusammenhängenden Irrtumsproblemen.

In einigen der umstrittenen Fragen zur Sittenwidrigkeit **legt der BGH sich fest:**

- Wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken muss der Begriff der Sittenwidrigkeit auf seinen Kern beschränkt werden. Das Anstandsgefühl aller²⁴ billig und gerecht Denken, also nicht nur das einzelner Gruppen oder des Strafgerichts, muss verletzt sein, und zwar zweifelsfrei.
- Die Verletzung gesetzlicher Verbote begründet, für sich genommen, noch keine Sittenwidrigkeit. Das gilt vor allem dann, wenn die Verbote vorwiegend Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen, wie die Strafvor-

²³ Die Frage lautet: Wird § 227 StGB durch § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG (Verabreichen von Betäubungsmitteln mit Todesfolge) im Wege privilegierender Spezialität verdrängt, weil diese Regelung höhere Anforderungen an die Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit) stellt und eine niedrigere Strafraumenuntergrenze aufweist? Nein, sagt der BGH und führt dafür an, dass eine Tat nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG nicht zwingend mit einer Körperverletzung verbunden sei (NJW 2004, 1054).

²⁴ Die Unterstreichung ist so auch in der Entscheidung enthalten (Urteil v. 11. 12. 2003 – 3 StR 120/03, S. 10, veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de).

schriften des Betäubungsmittelrechts.²⁵

- Da die Sittenwidrigkeit der Tat zu beurteilen ist, sollte maßgeblich darauf abgestellt werden, „ob die Körperverletzung wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsangriffs, namentlich des Umfangs der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und des Grades der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr, als unvereinbar mit den guten Sitten erscheint“²⁶.

Dagegen meint der BGH sich nicht festlegen zu müssen in der Frage, ob für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auch mit der Tat verfolgte weitergehende Zwecke zu berücksichtigen sind. Solche lägen hier nicht vor, weil die Beteiligten nicht mehr als den Körperverletzungserfolg, nämlich den Rauschzustand, bezweckt hätten.²⁷

Bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben auf den Fall gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Tat des A wegen der **Schwere des Rechtsgutsangriffs** sittenwidrig gewesen sei, denn der körperlich stark geschwächte und alkoholisierte B sei durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr geraten.

In der anschließenden Erörterung möglicher Irrtümer macht das Gericht darauf aufmerksam, dass es Hinblick auf die Schwere des Rechtsgutsangriffs zur Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB kommen kann. Habe der Täter das Ausmaß der Gefahr verkannt, etwa weil er nicht gewusst habe, wie stark B kör-

perlich geschwächt und alkoholisiert gewesen sei und weil er die Wirkung des Heroins als normal empfunden habe, so sei er einem **Erlaubnistatstandsirrtum** erlegen gewesen. Unter Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB müsse dies zur Verneinung einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge führen. A könne dann nur wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB bestraft werden.

Auf einen methodischen Aspekt der Entscheidung ist noch hinzuweisen. Der BGH meint, die Sittenwidrigkeit sei weniger normativ-wertend als vielmehr **empirisch** zu ermitteln, weil außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien anzuwenden seien. Wer nun erwartet, auf soziologische Untersuchungen zu Moralvorstellungen in der Gesellschaft zu treffen, wird enttäuscht. Die Empirie erschöpft sich in dem Satz: „Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass der Konsum illegaler Drogen nach heute allgemein anerkannten, nicht anzweifelbaren Wertvorstellungen generell noch als unvereinbar mit den guten Sitten angesehen wird.“²⁸

Dieser – durchaus bemerkenswerte – Satz ist in der Sache allerdings nicht das letzte Wort, weil der BGH, wie dargelegt, maßgeblich auf die Schwere der Rechtsgutsverletzung abstellt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Empfohlen sei, sich als **Tendenz** der Entscheidung zu merken: **Weniger Moral, mehr Rechtsgutsbezug!** Der BGH verstärkt damit eine Position, die auch in der Literatur vorherrscht.

Danach müssen in der Fallbearbeitung sorgfältig die Gefahrenmomente analysiert werden, die mit der Körperverletzung verbunden sind. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist stets dann überschritten, wenn sich aus den Fallumständen eine konkrete Todesgefahr ergibt.

²⁵ Als primäres Schutzgut des Betäubungsmittelstrafrechts gilt die Volksgesundheit; vgl. *Körner*, BtMG, 5. Aufl. 2001, § 29 Rn. 209.

²⁶ BGH NJW 2004, 1054, 1056.

²⁷ Überzeugend ist das nicht. Eine Körperverletzungshandlung, auf die sogar § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anwendbar ist, liegt bereits mit dem Einstich in den Arm vor. Mit ihr wurde der weitergehende Zweck des Konsums illegaler Drogen angestrebt.

²⁸ BGH NJW 2004, 1054, 1056.

Haben damit die „**billig und gerecht Denkenden**“ ausgedient? Wohl nicht. Einmal deswegen nicht, weil offen geblieben ist, ob auch weitergehende Zwecke die Sittenwidrigkeit begründen können. Diese lassen sich kaum ohne Rückgriff auf allgemeine ethisch-normative Erwägungen bewerten. Zum anderen ist auch die Rechtsgutbetrachtung ethisch-normativ fundiert. Denn auch dafür bildet das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden die Grundlage. Wenn der BGH auf die Herbeiführung einer konkreten Todesgefahr abstellt, so beruft er sich dabei auf das „allgemeine sittliche Empfinden“²⁹. Also: Die Argumentationsfigur des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ ist weiterhin für die Prüfung der Sittenwidrigkeit verwendbar. Man sollte auch von ihr Gebrauch machen, weil viele Prüfer sie erwarten. Mehr als ein Prüfungseinstieg ist mit ihr aber nicht zu bewerkstelligen. Danach sollten sofort Konkretisierungsbemühungen einsetzen. Nimmt man die BGH-Entscheidung zum Vorbild, dann müssten sie hauptsächlich eine rechtsgutsbezogene Gefahrenanalyse zum Gegenstand haben.

Was die offen gebliebene Frage nach der **Bedeutung von Zwecken** angeht, so gilt Folgendes. Es ist durchaus vertretbar, zusätzlich zu rechtsgutsbezogenen Erwägungen auch mit der Tat verfolgte weitergehende Zwecke zu berücksichtigen. Dagegen sollte die Sittenwidrigkeit nicht allein mit derartigen Zwecken begründet werden.³⁰ Das verbietet schon der Gesetzeswortlaut, der die „Tat“ zum Bezugspunkt der Sittenwidrigkeitsbeurteilung macht.

Die Entscheidung gibt noch Anlass zu **zwei Hinweisen für die Fallbearbeitung**, die nicht mehr das Kernproblem betreffen.

Bei der Abgrenzung zwischen der Teilnahme an einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung und der täterschaftli-

chen einverständlichen Fremdgefährdung sollte die subjektive Theorie der (älteren) Rechtsprechung³¹ auch deswegen nicht zugrunde gelegt werden, weil der BGH sie selbst in diesem Zusammenhang nicht benutzt. Wie schon in früheren Entscheidungen³² verwendet er das Kriterium der Tatherrschaft. Ohnehin wird eine Konvergenz der Theorien konstatiert.³³ Daher gilt auch generell: Bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme sollte die rein subjektive Theorie lediglich noch als abzulehnende Meinung verarbeitet werden; ernsthaft vertreten lässt sie sich nicht mehr.³⁴

Wie unter 2. gezeigt, kann das Problem der einverständlichen Fremdgefährdung auch schon auf der Tatbestandsebene angesprochen werden. Das ist allemal vertretbar. Dabei kann es allerdings zu einem Verbrauch der Argumente kommen. Wird etwa schon bei der objektiven Zurechenbarkeit und / oder bei der Pflichtwidrigkeit ausgiebig das Ausmaß der Gefährdung behandelt, so kann die nochmalige Erörterung im Rahmen der Einwilligung zu gebetsmühlenartigen Wiederholungen führen. Das lässt es zweckmäßig erscheinen, die Problematik erstmals im Zusammenhang mit der Einwilligung anzusprechen.

Ein abschließendes Wort noch zur Bedeutung der Entscheidung für die **Verfahrenspraxis**. Der Hinweis auf die Notwendigkeit empirischer Feststellungen zu gesellschaftlichen Überzeugungen könnte Verteidiger dazu anregen, entsprechende Beweisanträge zu stellen. Sie dürften jedoch erfolglos bleiben. Den Ablehnungsgrund gibt der BGH vor, wenn er die „allgemein gültigen, vernünftigerweise nicht anzweifelbaren sittlichen Maßstäbe“ als „allge-

²⁹ BGH NJW 2004, 1054, 1056.

³⁰ Vgl. *Stree*, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 228 Rn. 11.

³¹ Darstellung bei *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 515.

³² Vgl. *Eser*, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 216 Rn. 11.

³³ *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 516.

³⁴ So z. B. auch *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 189.

meinkundig³⁵ bezeichnet.³⁶ Merkwürdig daran ist jedoch, dass er gleichwohl mehrere Seiten benötigt, um diese all-gemeinkundigen Wertmaßstäbe heraus-zuarbeiten.

5. Kritik

Lob verdient, dass der BGH die verfas-sungsrechtlichen Bedenken gegen § 228 StGB ernst nimmt und um eine restriktive Auslegung bemüht ist. Ob mit der vom Einzelfall abhängigen Ori-entierung an der Gefahrenlage viel an Rechtssicherheit gewonnen ist, kann bezweifelt werden. Es ändert sich nichts am Grundproblem des § 228 StGB: Das Merkmal der Sittenwidrigkeit ist ein **Fremdkörper** im Strafrecht (und mög-licherweise im Recht überhaupt). Das zeigt ein kurzer Blick auf Rechtsge-schichte und Rechtsphilosophie.

In der Philosophie der Aufklärung vollzieht sich die begriffliche Trennung von positivem Recht und moralischen Wertvorstellungen.³⁷ Danach kann und darf die Einhaltung des Rechts, welches das äußere Zusammenleben der Men-schen regelt, erzwungen werden (bei-spielsweise durch Strafe); dagegen ist die Ausrichtung an moralischen Anfor-derungen der freien Entscheidung des Einzelnen zu überlassen, die er nach seiner inneren Überzeugung zu treffen hat.³⁸

Es hat immer wieder Einwände ge-gen eine strikte Trennung von Recht und Moral gegeben. Die Gegenpositio-nen führen jedoch geradewegs zu den

Problemen, die für den Umgang mit § 228 StGB kennzeichnend sind.

Als Beispiel sei Georg Jellinek (1851–1911) genannt. Er sah im Recht das „ethische Minimum“³⁹, also so et-was wie den moralischen Mindeststan-dard der Gesellschaft. Was moralisch richtig sei, könne aus dem jeweiligen Zustand der Gesellschaft unter Verwen-dung empirisch-wissenschaftlicher Me-thoden⁴⁰ leicht abgeleitet werden.⁴¹

Damit wird aus der Moral ein Pro-dukt von Umfragen. Und der Einzelne muss sich, soweit die Moral mit Rechts-zwang verbunden ist, der Mehrheits-moral fügen. Das ist unvereinbar mit dem Leitbild menschlicher Freiheit, an dem sich das moderne Recht orientiert. Auch methodisch ist ein solcher Ansatz nicht hinnehmbar. Verkannt wird der fundamentale Unterschied zwischen Sein und Sollen; aus Tatsachen, seien sie naturwissenschaftlich oder soziolo-gisch ermittelt, lassen sich keine mora-lischen Wertentscheidungen ableiten.⁴²

Was folgt daraus? Man streiche die Sittenwidrigkeitsklausel! Soweit es un-umgänglich ist, die Einwilligung in Kör-perverletzungen zu begrenzen, sollte eine gesetzliche Regelung gefunden werden, die den Rückgriff auf die Moral vermeidet und den verfassungsrechtli-chen Bestimmtheitsanforderungen ge-recht wird. Mit der Orientierung an der Rechtsgutsgefährdung weist der BGH immerhin einen gangbaren Weg. Der Gesetzgeber sollte handeln.⁴³

(Dem Text liegt ein Entwurf von Stefan Zimmermann zugrunde.)

³⁵ BGH NJW 2004, 1054, 1056.

³⁶ Die Allgemeinkundigkeit ist ein Unterfall der Offenkundigkeit (vgl. *Volk*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2002, § 23 Rn. 11), auf die die Ab-lehnung eines Beweisantrags gem. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützt werden kann.

³⁷ *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 8

³⁸ Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, Tugend-lehre, Werkausgabe Bd. 8, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1997, S. 512: „Die Tugendpflicht ist von der Rechtspflicht wesentlich darin zu unterscheiden, daß zu dieser ein äußerer Zwang moralisch möglich ist, jene aber auf dem freien Selbstzwang allein beruht.“

³⁹ *G. Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42.

⁴⁰ Vgl. *Kersten*, Georg Jellinek und die klassi-sche Staatslehre, 2000, S. 332 ff.

⁴¹ *G. Jellinek* (Fn. 39), S. 19.

⁴² *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 1992, S. 69 ff.; vgl. auch *Hof-mann* (Fn. 37), S. 10.

⁴³ Vgl. auch *Mosbacher*, Strafrecht und Selbst-schädigung, 2001, S. 188.

1. Sachverhalt

A ist vormundschaftsgerichtlich bestellter Betreuer der 85jährigen B, die an einer schweren hirnrorganischen Erkrankung leidet. Da für ihre Versorgung Geld beschafft werden muss, plant er den Verkauf eines ihrer Grundstücke. Es ist im Grundbuch als landwirtschaftliche Fläche ausgewiesen. Tatsächlich handelt es sich aber, wie A weiß, um hochwertiges Bauland. Um das Grundstück mit Gewinn für sich selbst verwerten zu können, schaltet er C als Strohmännlein ein. In Vertretung der B schließt A mit C einen notariellen Kaufvertrag ab. Darin ist ein Kaufpreis von 6.000 Euro vorgesehen, während das Grundstück tatsächlich 170.000 Euro wert ist. Das Vormundschaftsgericht genehmigt in Unkenntnis der Grundstücksqualität den Vertrag. Auf Grund eines Hinweises des Vermessungsamtes unterbleibt jedoch die Eintragung des C in das Grundbuch. Es kommt zur Rückabwicklung des Kaufvertrages. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall verlangt die Klärung von Fragen, die das Merkmal des Vermögensnachteils bei der Untreue betreffen. Sie haben Bedeutung für das Ob und das Wie der Bestrafung.

Als Tathandlung gem. § 266 Abs. 1 StGB liegt der **Missbrauch einer gesetzlich eingeräumten Befugnis** vor,

Mai 2004 Bauland-Fall

Untreue / Betrug / Vermögensgefährdung als Vermögensschaden / Regelbeispiele für besonders schwere Fälle / Vermögensverlust großen Ausmaßes

§§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1, 266 Abs. 2 StGB

Leitsatz des Gerichts: Wird bereits durch den Abschluss eines Austauschvertrages ein Nachteil im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bewirkt, so ist ein „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall einer Untreue wie auch eines Betruges erst dann herbeigeführt, wenn der Geschädigte seine vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat.

BGH, Urt. v. 7. 10. 2003 – 1 StR 212/03; veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de (abgekürzt wiedergegeben in NStZ 2004, 95.)

über fremdes Vermögen zu verfügen.¹ Denn A machte durch den Abschluss des Kaufvertrages im Außenverhältnis von seiner gesetzlichen Vertretungsmacht als Betreuer Gebrauch und überschritt dabei die für das Innenverhältnis geltende Grenze, keine für die betreute Person nachteiligen Rechtsgeschäfte zu tätigen. Auch bestand für ihn als Betreuer im Verhältnis zu B eine Vermögensbetreuungspflicht.

Weniger glatt als die bisherige Prüfung verläuft die Untersuchung des Merkmals des **Vermögensnachteils**, das dem Merkmal des Vermögensschadens beim Betrug entspricht². Vor einer tatsächlichen Vermögenseinbuße blieb B bewahrt. Das könnte Anlass geben, eine vollendete Untreue zu verneinen

¹ Näher zur Tatbestandsprüfung bei § 266 Abs. 1 StGB unten 4.

² Vgl. zum Verhältnis von Nachteil und Schaden *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 266 Rn. 17 mit Hinweisen auch zur abweichenden Mindermeinung.

und mit der Prüfung einer versuchten Untreue fortzufahren. Was aus zwei Gründen fatal wäre. Erstens: Der Versuch einer Untreue ist gar nicht strafbar.³ (Es geht also um Strafbarkeit oder Straflosigkeit.) Zweitens: Es zeigt sich ein bedauerlicher Mangel an Kenntnissen über das Merkmal des Schadens.

Die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre erstreckt den Anwendungsbereich des Schadensmerkmals auf bestimmte Fälle der **Vermögensgefährdung**.⁴ Bei wirtschaftlicher Betrachtung, so wird gesagt, ist ein Vermögen auch schon dann geschädigt, wenn es konkret gefährdet ist. Das soll insbesondere für den Abschluss nachteiliger Verträge⁵ gelten, weil mit einer Durchsetzung des Anspruchs im Rechtswege gerechnet werden müsse. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“⁶. Ein verunglückter Sprachgebrauch, denn das Analogieverbot verbietet es, unter das Merkmal des Schadens auch den Fall der Schadensgleichheit zu subsumieren. Besser wäre: schadensbegründende Vermögensgefährdung.⁷

Die Gegenauffassung⁸, die einen Grund für eine Bestrafung nicht zu erkennen vermag, wenn letztlich nichts passiert ist, findet wenig Gehör. Ihre Warnung vor einer Überdehnung der Strafgewalt, die von der h. M. gewis-

sermaßen durch die Vordertür hinausgewiesen worden ist, kommt aber durch die Hintertür wieder herein. Nämlich dann, wenn besonders hart bestraft werden soll, weil besonders Schlimmes passiert ist. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB stuft als besonders schweren Fall die **Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes** ein. Über § 266 Abs. 2 StGB ist die Vorschrift auch im Untreuebereich anzuwenden. Sollte die Erweiterung des Schadensbegriffs auf Vermögensgefährdungen auch für das Merkmal des Vermögensverlustes gelten, so würde ein Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe zur Verfügung stehen, ohne dass es zu einer realen Minderung des Vermögens gekommen sein muss.

Die h. M. hat Mühe dieser Konsequenz auszuweichen. Wer die Vermögensgefährdung als wirtschaftlich messbares Minus einstuft, gerät in Verlegenheit, wenn er begründen soll, dass dieses Minus kein Verlust ist. Im Übrigen sprechen auch Praktikabilitätsgründe für die Gleichung Verlust = Schaden (unter Einschluss der Vermögensgefährdung): Die Übertragung der Schadensdogmatik auf den Begriff des Verlustes würde die Rechtsanwendung vereinfachen.

Kommen wir zurück zu unserem Fall. Die durch den Abschluss des Kaufvertrages und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts herbeigeführte Vermögensgefährdung⁹ begründet nach h. M. einen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. A könnte dadurch auch das Regelbeispiel der Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes verwirklicht haben. Die Differenz zwischen dem ver-

³ Da Untreue ein Vergehen ist (s. § 12 Abs. 2 StGB), hängt die Versuchsstrafbarkeit gem. § 23 Abs. 1 StGB von einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ab. Sie fehlt bei § 266 StGB.

⁴ Zusammenfassende Darstellungen bei *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 361 – 364; *Rengier*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2003, § 13 Rn. 83 – 91.

⁵ Beim Betrug geht es um Fälle des sog. Eingehungsbetruges; vgl. dazu *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 26. Aufl. 2003, Rn. 539.

⁶ Ein stets wiederkehrender Begriff, den auch der BGH im Leitsatz der hier besprochenen Entscheidung verwendet.

⁷ So auch *Küper* (Fn. 4), S. 361.

⁸ *Naucke*, StV 1985, 187; mit Einschränkungen auch *Otto*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2002, § 51 Rn. 70.

⁹ Der BGH macht in der Entscheidung darauf aufmerksam, dass nicht schon, wie das Landgericht meinte, mit dem Vertragsschluss, sondern wegen des Zustimmungserfordernisses erst mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eine ausreichend konkrete Vermögensgefährdung eingetreten ist; s. S. 8 des Urteils vom 7. 10. 2003, Az: 1 StR 212/03.

einbarten Preis und dem tatsächlichen Grundstückswert war dafür groß genug: Die Wertgrenze, die zumeist bei 50.000 Euro angesetzt wird,¹⁰ war mit 164.000 Euro deutlich überschritten. Da es aber nur zu einer Vermögensgefährdung kam, hängt die Anwendbarkeit des Regelbeispiels davon ab, ob auch darin ein Verlust gesehen werden kann.

Der Meinungsstand dazu ist disparat. Überwiegend wird unter Berufung auf den Unterschied der Wörter auch ein Unterschied in der Sache angenommen.¹¹ Eine Vermögensgefährdung könne zwar einen Schaden, nicht aber einen Verlust begründen. Dieser müsse tatsächlich eingetreten sein. Teilweise wird sogar eine endgültige Vermögens-einbuße verlangt; eine Wiedergutmachung oder Regressansprüche müssten ausgeschlossen sein.¹² Demgegenüber tritt eine nicht unbedeutende Mindermeinung vor allem aus praktischen Erwägungen für eine Gleichsetzung von Verlust und Schaden ein.¹³

Der BGH konnte sich in vorangegangenen Entscheidungen einer Stellungnahme enthalten.¹⁴ Nun musste er Farbe bekennen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Anders als die Vorinstanz verneint der BGH einen besonders schweren Fall der Untreue gem. § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Das Ergebnis begründet er mit Argumenten, die sich zur Hauptsache der **grammatikalischen und der systematischen Auslegungsmethode** bedienen.

¹⁰ Z. B. BGH, NStZ 2004, 155; Cramer in Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 188 c; Kindhäuser, LPK-StGB, § 263 Rn. 227; Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 119; anders Tröndle / Fischer, StGB, 51. Aufl. 2003, § 263 Rn. 122: 10.000 Euro.

¹¹ Z. B. Cramer (Fn. 10), § 263 Rn. 188 c; Tröndle / Fischer (Fn. 10), § 263 Rn. 122.

¹² Joecks, StGB, 4. Aufl. 2003, § 263 Rn. 126.

¹³ Tiedemann in LK, StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 298; Peglau, wistra 2004, 7, 8.

¹⁴ Zuletzt BGH NStZ 2002, 547.

Zunächst also Wortlaut und Sprachgebrauch: „Verlust“ sei enger als „Schaden“ zu verstehen; der Begriff habe die „Bedeutung einer gewissen Endgültigkeit“¹⁵.

Dann zur Systematik. Für eine enge Auslegung des Verlustbegriffes spreche, dass das Gesetz in derselben Vorschrift an unmittelbar nachfolgender Stelle zwischen Verlust und Gefahr unterscheide. (Das zweite in § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB genannte Regelbeispiel betrifft den Fall, dass der Täter in der Absicht gehandelt hat, die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für eine große Zahl von Menschen herbeizuführen.)

Kurz geht der BGH noch auf die historische Auslegung ein. Die Sichtung der Gesetzesmaterialien ergebe ein Patt. Zwar sei eine Absicht des Gesetzgebers, das Regelbeispiel enger zu fassen, nicht hervorgetreten. Es gebe aber auch keine Hinweise darauf, dass trotz des Unterschiedes in der Bezeichnung eine Gleichbehandlung von Verlust und Schaden beabsichtigt gewesen sei.

Die Überlegung, dass es doch praktischer sei, Verlust und Schaden einheitlich auszulegen, verwirft der BGH unter Hinweis auf sein Wortlautargument und die Gesetzesbindung im Strafrecht gem. Art. 103 Abs. 2 GG, die auch für den Rechtsfolgenbereich gelte.

Das Resultat wird folgendermaßen auf den Fall umgesetzt. „Liegen ... Verpflichtungen zugrunde, muss auf Seiten des Geschädigten Erfüllung eingetreten sein, wenn das Merkmal des ‚herbeigeführten Vermögensverlustes‘ gegeben sein soll. Beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ist die Erbringung der ausbedungenen Leistung, hier also die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch erforderlich.“¹⁶

Nachdem der BGH die Voraussetzungen des Regelbeispiels verneint hat, macht er noch darauf aufmerksam,

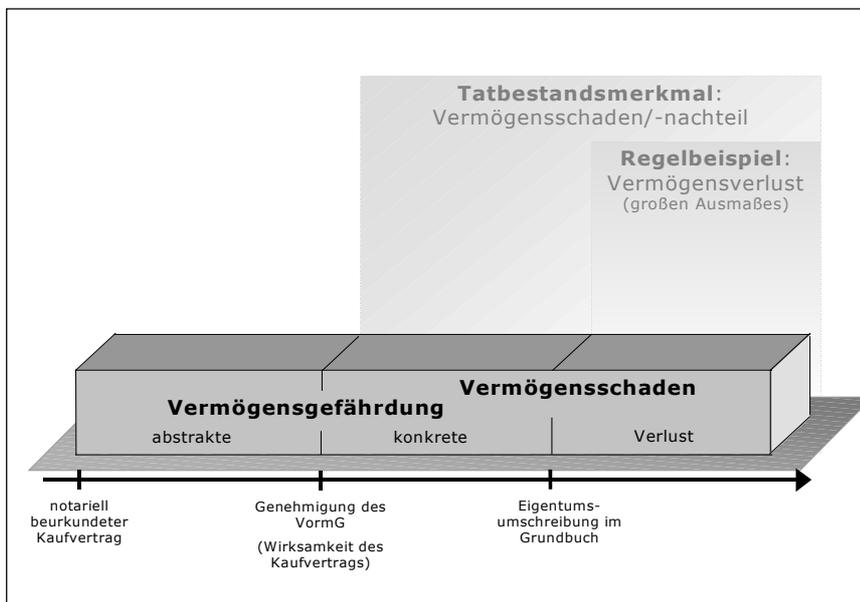
¹⁵ S. 11 des Urteils v. 7. 10. 2003, Az.: 1 StR 212/03.

¹⁶ S. 13 des Urteils v. 7. 10. 2003, Az.: 1 StR 212/03.

dass wegen der besonderen Tatumstände, insbesondere wegen des Betreuungsverhältnisses, ein unbenannter besonders schwerer Fall anzunehmen sein könnte. Darüber wird nach Zurückverweisung der Sache eine andere landgerichtliche Kammer zu entscheiden haben.

Übrigens: Dass eine Vermögensgefährdung jedenfalls ein Schaden sein kann, ist für den BGH so selbstverständlich, dass er darüber kein Wort verliert. Wir haben es also mittlerweile mit einem Dogma¹⁷ zu tun.

Abschließend soll eine Grafik den wesentlichen Inhalt der Entscheidung festhalten.



4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall bietet juristischen Azubis mehrfach Gelegenheit zum Üben und zum Lernen.

Geübt werden sollte an ihm der Umgang mit dem schwierigen, aus zwei Alternativen bestehenden **Untreuetatbestand**. Stets ist zunächst der Missbrauchstatbestand in Betracht zu ziehen, der nach ganz h. M. einen speziellen Anwendungsfall des Treu-

bruchstatbestandes darstellt.¹⁸ Dieser Sichtweise entspricht es, das Gesetz so zu lesen, dass nicht nur für den Treubruch, sondern auch für den Missbrauch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht verlangt wird.¹⁹ Vom Missbrauchstatbestand sollte zumindest die für seine Struktur kennzeichnende Kurzformel bekannt sein: Ausnutzen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis unter Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis.²⁰ Auf den vorliegenden Fall passt sie geradezu perfekt, wie wir bereits gezeigt haben.²¹

Gut geeignet ist der Fall auch, um sich in **vermögensstrafrechtlicher Begrifflichkeit** zu üben.²² Dafür sollte bekannt sein, dass der Vermögensnachteil bei § 266 StGB dem Vermögensschaden bei § 263 StGB entspricht. Der wirtschaftliche Prüfungsansatz bahnt den Weg zu einer Einbeziehung bloßer – allerdings konkreter – Vermögensgefährdungen in den Schadensbegriff. Das Hauptanwendungsfeld bilden nicht ausgeführte Vertragsschlüsse. Auch in dieser Beziehung hat unser Fall etwas Typisches.

Hinzu tritt jetzt die **Differenzierung zwischen Schaden und Verlust**, die nach der Entscheidung des BGH daraus hervorgeht, dass konkrete Vermögensgefährdungen zwar einen Schaden, nicht aber einen Verlust begründen können.

¹⁷ Nach dem Fremdwörterduden ein „starrer Lehrsatz“.

¹⁸ Vgl. zum Tatbestandsaufbau aus der Sicht der h. M. *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 749 f.

¹⁹ Anders eine Mindermeinung, die daher die Tatbestände als echte Alternativen behandelt; vgl. etwa *Otto* (Fn. 8), § 54 Rn. 7 – 11.

²⁰ Näher dazu *Küper* (Fn. 4), S. 338 f.

²¹ Oben 2.

²² Vgl. auch dazu schon oben 2.

Diese Problematik sollte an der richtigen Stelle eingearbeitet werden: Regelbeispiele sind jenseits von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld unter der Rubrik „Strafzumessung“ zu erörtern!²³

Zwei Unterschiede zur BGH-Entscheidung ergeben sich, wenn man sich den Fall als Klausuraufgabe denkt. Anders als in der Praxis muss nach einer Verneinung des Regelbeispiels nicht noch der Frage nachgegangen werden, ob vielleicht ein unbenannter besonders schwerer Fall vorliegt.²⁴ Für eine Antwort werden vielfältige Informationen benötigt, die ein dürrer Klausurfall nicht zu bieten vermag. Andererseits könnte die Frage aufgeworfen werden, ob A wegen eines Versuchs im Hinblick auf den besonders schweren Fall gem. § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB zu bestrafen ist. In der besonderen Fallkonstellation kann man sich kurz fassen. Da der Versuch der Untreue nicht mit Strafe bedroht ist, kann auch nicht wegen versuchter Untreue im besonders schweren Fall bestraft werden. Die Untersuchung endet also in einem frühen Stadium der Vorprüfung. Eine eingehendere Prüfung wäre in einem vergleichbaren Betrugsfall angebracht, weil § 263 Abs. 2 StGB den Versuch für strafbar erklärt. Das beliebte Thema „Versuch als besonders schwerer Fall“²⁵ sollte hier vertieft erörtert werden. Gut vertretbar ist ein grundsätzlich ablehnender Standpunkt, der darauf verweist, dass die Versuchsvorschriften ihrem Wortlaut nach allein auf Tatbestände, nicht aber auf Strafzumessungsvorschriften anwendbar sind.²⁶ Ein spezieller Ablehnungsgrund lässt sich systematisch herleiten. Der Unterschied zur zweiten Alternative in §

263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB, die Absicht genügen lässt, würde eingeebnet werden, wenn die Anwendung des erhöhten Strafrahmens auch möglich wäre, falls der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführen wollte, ohne dass ihm das gelungen ist.

Die Praxis wird dankbar dafür sein, dass die Entscheidung im Grundsätzlichen für Klarheit sorgt. Es ist aber nicht zu erwarten, dass damit sämtliche Probleme erledigt sind. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die allseits für die Schadens- und Verlustermittlung als maßgeblich gilt, verhindert scharfe Grenzziehungen. Eignet sie sich einerseits dazu, die Gefährdung zum Schaden zu deklarieren, so kann sie andererseits das Gewicht einer erbrachten Leistung, die nach Ansicht des BGH einen Verlust begründet, so mindern, dass gefragt werden kann, ob wirklich ein Verlust vorliegt. Nehmen wir den Fall eines uneingeschränkt realisierbaren vertraglichen Rücktrittsrechts. Oder denken wir an die Situation, dass ein betrügerischer Vorgang vollständig unter polizeilicher Beobachtung und Kontrolle abläuft, so dass für den Täter keine Aussicht besteht, die Leistung zu behalten. Ein letztes Wort ist mit der Entscheidung also nicht gesprochen.

5. Kritik

Der BGH hat gut daran getan, jedenfalls beim Merkmal des Vermögensverlustes die Bremse zu ziehen. Wenn schon die Erstreckung des Schadens auf die Vermögensgefährdung zu einem kaum noch angreifbaren Dogma geworden ist, so sollte jedenfalls das Regelbeispiel der Herbeiführung eines Verlustes großen Ausmaßes freigehalten werden von einer Überspannung der Strafgewalt mittels des Gefährdungsgedankens.

Die Argumentation des BGH erscheint uns aber noch unvollständig. Ein wichtiger Einwand gegen die Anerkennung einer bloßen Vermögensgefährdung als Vermögensverlust fehlt. Er ergibt sich daraus, dass nach allgemei-

²³ Vgl. zu Prüfungsfragen im Zusammenhang mit Regelbeispielen *Rengier* (Fn. 4), § 3 Rn. 3.

²⁴ So auch *Rengier* (Fn. 4), § 3 Rn. 3.

²⁵ Eingehend dazu im Zusammenhang mit § 243 StGB *Wessels / Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 201 – 209.

²⁶ So z. B. *Marxen*, *Kompaktkurs Strafrecht AT*, 2003, S. 193 f.; *Rengier* (Fn. 4), Rn. 28.

ner Ansicht ein bestimmter Geldbetrag – zumeist werden 50.000 Euro genannt²⁷ – die Grenze zum Verlust großen Ausmaßes markiert. Bei Vermögensgefährdungen lässt sich aber nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit feststellen, ob diese Grenze überschritten ist. Nehmen wir den vorliegenden Fall. Wäre das Grundstück unwiederbringlich verloren gewesen, so hätte B eine Vermögenseinbuße von 164.000 Euro erlitten. Welcher Fehlbetrag soll dafür angesetzt werden, dass die Einbuße nur drohte? Die Hälfte, ein Viertel, ein Zehntel? Gefahren haben es an sich, dass sie schwer kalkulierbar sind. Feste Wertgrenzen machen jedoch eine klare Kalkulation nötig.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Tessmann zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik entworfen.)

Der „Bauland-Fall“ ist der **50. Fall des Monats**. Wie wär's mit einem Glückwunsch über unser Feedback-Formular? Wir würden uns freuen!

²⁷ S. oben 2. mit Fn. 10.

1. Sachverhalt¹

A macht seinen Freund B mit C bekannt. B beauftragt C, für 5.000 Euro D zu töten. Um die Verbindung zwischen B und C zu verschleiern, soll A die Kontakte zwischen ihnen vermitteln, was auch mehrfach geschieht. A ist zudem anwesend, als B dem C das Opfer eine Woche vor der Tat zeigt. Ferner leitet A die Mitteilung des C an B weiter, dass der Auftrag erledigt sei, und übergibt C im Auftrag des B einen ersten Teilbetrag. Fest steht, dass A, wenn auch nicht von vornherein, so doch recht bald, nachdem er B mit C bekannt gemacht hatte, von dem Tötungsvorhaben wusste. Dagegen bleibt ungeklärt, ob die von ihm vermittelten Gespräche zwischen B und C tatsächlich der Tatvorbereitung dienten oder einen anderen Inhalt hatten.– Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Identifizierung des Problems setzt zweierlei strafrechtliches Wissen voraus. Erstens muss man wissen, dass für ein Hilfeleisten gem. § 27 StGB wenn

¹ Der Sachverhalt wurde so gekürzt und umgestaltet, dass das im Mittelpunkt dieser Besprechung stehende Problem deutlich sichtbar wird. Dadurch treten die sonstigen vom BGH noch erörterten Aspekte des Falles zurück. Sie betreffen insbesondere die Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen Beihilfe (auch Kettenbeihilfe). Wer sich damit näher beschäftigen möchte, sollte sich unmittelbar an Hand der Entscheidung informieren.

Juni 2004

Kontaktvermittlungs-Fall

Beihilfe zum Totschlag / Nichtanzeige einer geplanten Straftat / in dubio pro reo / Bestrafung auf unsicherer Tatsachengrundlage / Wahlfeststellung / normatives Stufenverhältnis / Post- und Präpendenz

§§ 138 Abs. 1 Nr. 6 ; 212, 27 Abs. 1 StGB

Leitsatz der Verf.: Kann nicht geklärt werden, ob ein Nichtanzeigender auch an der Vortat beteiligt war, so hat jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen.

BGH, Urt. v. 18. März 2004 – 4 StR 533/03; veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de

nicht Kausalität im Hinblick auf die Haupttat, so doch zumindest deren Förderung nötig ist.² Zweitens muss gewusst sein, dass Beteiligte an einer Straftat nicht nach § 138 StGB zu deren Anzeige verpflichtet sind.³ Daraus ergibt sich für unseren Fall ein **Paradoxon**, also ein innerer Widerspruch. Einer Bestrafung des A wegen Beihilfe zum Totschlag steht im Wege, dass nicht sicher ist, ob sein Handeln die Ausführung der Tat gefördert hat. Als Hilfeleistung kommt nur die Gesprächsvermittlung in Betracht;⁴ die Gespräche

² So jedenfalls die Rechtsprechung, während in der Literatur teilweise Kausalität für erforderlich gehalten wird; vgl. die Wiedergabe des Meinungsstandes bei *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 214 – 220.

³ Vgl. *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 138 Rn. 20 m. w. N. Das Hauptargument lautet: Der Tatbeteiligte würde sich durch die Anzeige selbst belasten; dazu kann er wegen des Verbots eines Zwanges zur Selbstbelastung (Nemo-tenetur-Grundsatz) nicht verpflichtet sein.

⁴ Ohne Auswirkungen auf die Tat des C blieb der Umstand, dass A anwesend war, als B dem C das Opfer zeigte. Auch das Verhalten des A nach der Tat (Weiterleiten der Mel-

zwischen B und C hatten jedoch möglicherweise keinen Tatbezug. Zu seinen Gunsten greift somit der Grundsatz „in dubio pro reo“ ein. Wendet man sich jetzt einer möglichen Strafbarkeit des A wegen Nichtanzeige der geplanten Tötung gem. § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB zu, dann ist wiederum „in dubio pro reo“ zu beachten, nunmehr mit alternativer Tatsachenbewertung: Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gespräche der Tatvorbereitung dienten und A somit Hilfe geleistet hat, kann ihm das Unterlassen einer Anzeige nicht angelastet werden. Der Widerspruch besteht darin, dass A freigesprochen werden muss, obwohl feststeht, dass er sich – in dieser oder in jener Form – strafbar gemacht hat.

Wie lässt sich das Paradoxon auflösen? Die Rechtsprechung hat es bisher in Fällen dieser Art mit der Kategorie der Wahlfeststellung versucht, was aber letztlich am Ergebnis der Straflosigkeit nichts geändert hat.⁵ Eine wahlweise Verurteilung scheitert an der Voraussetzung, dass die in Betracht kommenden Straftaten – jedenfalls nach h. M. – **rechtsethisch und psychologisch vergleichbar** sein müssen.⁶ Das lässt sich jedoch für die Beihilfe zu einer Straftat und deren Nichtanzeige nicht behaupten. Der Vorwurf, an einer Straftat mitgewirkt zu haben, wiegt ungleich schwerer als der Vorwurf, durch Nichtanzeige einen möglichen Beitrag zum Schutz eines gefährdeten Rechtsguts unterlassen zu haben. Auch greift der Gehilfe die Rechtsordnung intensiver an als der Nichtanzeigende.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall das Landgericht zu einem Freispruch gelangt.

Die Literatur meint, dass die Rechtsprechung die Möglichkeiten, zu einer

Strafbarkeit zu gelangen, nicht ausschöpfe. Zwei Lösungsansätze werden genannt. Die entsprechenden Schlagwörter lauten: normatives Stufenverhältnis sowie Prä- und Postpendenz.

Mit dem Begriff des Stufenverhältnisses ist die Situation gemeint, dass strafrechtliche Verhaltensweisen im Verhältnis von „Mehr“ und „Weniger“ stehen, wie etwa im klassischen Fall die Verwirklichung von Grundtatbestand und Qualifikation.⁷ Ist das „Weniger“ gewiss, das „Mehr“ aber zweifelhaft, so kann anerkanntermaßen jedenfalls das „Weniger“ bestraft werden. Ein Stufenverhältnis soll nicht allein, wie beim Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation, aus begrifflich-logischen, sondern auch aus normativen Gründen angenommen werden können. Ein solches **normatives Stufenverhältnis** besteht nach einer Literaturansicht zwischen der Nichtanzeige und der Teilnahme an einer Katalogtat des § 138 StGB.⁸ Die Übereinstimmung wird darin gesehen, dass jeweils dasselbe Rechtsgut geschützt werde. Der Unterschied bestehe nur im Handlungsunwert. Die Teilnahme sei das „Mehr“ im Verhältnis zum „Weniger“ der Nichtanzeige. Sei ungewiss, ob der Täter sich beteiligt habe, so könne er jedenfalls aus dem milderen Gesetz, also aus § 138 StGB bestraft werden, weil feststehe, dass er keine Anzeige erstattet habe.

Diese Lösung hat ein Konstruktionsproblem. Anders als im klassischen Fall des Verhältnisses von Grundtatbestand und Qualifikation wird hier die Figur des Stufenverhältnisses nicht auf ein und dieselbe Tat, sondern auf zeitlich-räumlich unterschiedliche Taten angewendet. Das Gemeinsame besteht eigentlich nur darin, dass dasselbe Rechtsgut angegriffen wird.

dung, Übergabe eines Teilbetrages) scheidet als Beihilfehandlung aus.

⁵ Vgl. zum Folgenden BGHSt 39, 164, 167; 36, 167, 174.

⁶ Vgl. zu dieser Voraussetzung einer Wahlfeststellung *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 806, sowie unten 4.

⁷ Vgl. allgemein zur Figur des Stufenverhältnisses *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 10 Rn. 4 – 18; *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2002, vor § 52 Rn. 40.

⁸ So etwa *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 138 Rn. 29; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 138 Rn. 6.

Diesem Konstruktionsmangel versucht eine andere Literaturansicht⁹ mit einer neueren Rechtsfigur abzuwehren, die entwickelt wurde, um Unsicherheiten in zeitlich gestreckten Beziehungen zwischen Straftaten zu bewältigen.¹⁰ Mit der Bezeichnung „**Postpendenz**“, bzw. „**Präpendenz**“ werden Fälle mit zeitlich aufeinander folgenden Sachverhalten erfasst, bei denen die rechtliche Bewertung des späteren Sachverhalts vom früheren (und umgekehrt) in der Weise abhängt, dass nur wegen einer der beiden Taten bestraft werden kann.¹¹ Steht der spätere Sachverhalt fest und ist der frühere, der an sich eine Bestrafung aus dem späteren ausschließt, ungewiss (sog. **einseitige Sachverhaltsungewissheit**), so soll gleichwohl wegen der späteren Tat bestraft werden können (und umgekehrt). Hauptargument: Dem Täter geschehe kein Unrecht, wenn er wegen der sicher feststehenden Tat bestraft werde, weil dieser Rechtsgutsangriff zweifelsfrei erfolgt sei, woran Zweifel im Hinblick auf die Vor- bzw. Nachtat nichts ändern.¹²

Zwei Beispiele zum besseren Verständnis. Ist sicher, dass sich der Täter eine fremde Sache im Sinne des Hehlereitattbestandes verschafft hat, und unsicher, ob er auch bereits am zuvor begangenen Diebstahl beteiligt war, was eine Hehlereistrafbare ausschließen würde,¹³ so ändert diese Unsicherheit nichts daran, dass der Täter wegen Hehlerei bestraft wird (Postpendenz).¹⁴ Kann dem Täter nachgewiesen werden, dass er mit anderen die Begehung eines Raubes gem. § 30 Abs. 2 StGB verabredet hat, während unklar bleibt, ob er

an der späteren Ausführung der Tat beteiligt war, was die Strafbarkeit wegen der Verabredung zurücktreten lassen würde,¹⁵ so ist er wegen der Verbrechensverabredung zu verurteilen (Präpendenz).¹⁶

Im vorliegenden Fall müsste die Figur der Postpendenz zur Anwendung kommen. Fest steht die spätere Tat. A hat es unterlassen, das geplante Verbrechen anzuzeigen. Die Anzeigepflicht erstreckte sich auf den Zeitraum von der Kenntnisnahme bis zum letzten Zeitpunkt für eine mögliche Verhinderung der Tat.¹⁷ Unsicher ist die frühere Tat. A hat sich möglicherweise durch die Kontaktvermittlung wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar gemacht (und könnte als Beteiligter nicht wegen unterlassener Anzeige bestraft werden). Der zweifelhafte frühere Sachverhalt hindert, legt man diese Literaturansicht¹⁸ zugrunde, nicht an einer Bestrafung des A gem. § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH reagiert auf die Kritik in der Literatur. Er kündigt eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung an. Das bedeutet, dass es nicht mehr zu Freisprüchen kommen soll, die sich darauf stützen, dass eine Wahlfeststellung nicht möglich sei. Wörtlich: „An dieser Rechtsprechung beabsichtigt der Senat, gegebenenfalls unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung, nicht länger festzuhalten. Vielmehr neigt er der in der Literatur mit beachtlichen Argumenten vertretenen Auffassung zu, dass in den Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, ob der Nichtanzeigende auch an der Vortat beteiligt war, jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen hat.“¹⁹

⁹ Zur Hauptsache *Joerden*, JURA 1990, 633, 640 f.

¹⁰ Grundlegend *Hruschka* JZ 1970, 637.

¹¹ Vgl. allgemein zu Post- und Präpendenz *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 25 – 30; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 809.

¹² Weitere Argumente hängen mit Konkurrenzüberlegungen zusammen; vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 28 f.

¹³ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 259 Rn. 18.

¹⁴ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 6), § 10 Rn. 26 f.

¹⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 30 Rn. 10.

¹⁶ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 30.

¹⁷ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 138 Rn. 5.

¹⁸ *Joerden*, JURA 1990, 633, 640 f.

¹⁹ BGH Urteil vom 18. März 2004 – 4 StR 533/03

Nähere Ausführungen hat die Entscheidung leider nicht zu bieten, so dass ungesagt bleibt, was den BGH zur Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung veranlasst hat und welche der beiden Literaturansichten er favorisiert.

Die Zurückhaltung hängt vermutlich damit zusammen, dass der Senat die Sache zurückverweist in der Annahme, bei erneuter tatrichterlicher Prüfung werde sich eine Beteiligung des A am Totschlag mit der nötigen Gewissheit nachweisen lassen. Damit hätte sich das Problem allerdings erledigt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Problem verhält sich wie scheues Wild. Es zeigt sich selten. Das gilt nicht unbedingt für die Praxis, wohl aber für die Lehrbuchliteratur. Die Leitbegriffe (Wahlfeststellung, normatives Stufenverhältnis, Post- und Präpondenz) sucht man in vielen Stichwortregistern vergeblich. Und werden sie einmal behandelt, so sind die Äußerungen in der Regel denkbar knapp gehalten.²⁰

Der Grund dürfte darin bestehen, dass wir uns in einem Bereich bewegen, in dem sich materielles und prozessuales Strafrecht überschneiden. Materiellrechtlich sind z. B. das Gesetzmäßigkeitsprinzip und Konkurrenzfragen betroffen; prozessrechtlicher Natur sind etwa der Zweifelsgrundsatz und die Form wahldeutiger Verurteilung. Der Autor eines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil kann sich also sagen: „Soll sich doch der Kollege vom Strafprozessrecht darum kümmern.“ Dieser wiederum kann die Sache zurückverweisen. Gleiches gilt für Hochschullehrer, die Vorlesungen zum materiellen bzw. zum pro-

zessualen Strafrecht abhalten. Und so kann es geschehen, dass Studierende erstmals im Examen mit Problemen aus diesem Bereich zu tun haben – und daran scheitern. Das wollen wir verhindern. Daher ein kurzer Überblick über das Gebiet, das am besten mit „**Bestrafung auf unsicherer Tatsachengrundlage**“ bezeichnet ist.²¹

Die Bezeichnung macht bereits deutlich, dass es um einen Ausnahmebereich geht. Denn normalerweise darf auf unsicherer Tatsachengrundlage nicht bestraft werden. Das verbietet der Grundsatz „in dubio pro reo“.

Nimmt man es sprachlich genau, so gehört die Figur des (logisch-begrifflichen oder normativen) **Stufenverhältnisses** gar nicht zum Ausnahmebereich. Ist das „Mehr“ zweifelhaft, das „Weniger“ aber gewiss, so erfolgt unter Anwendung des Zweifelssatzes eine Bestrafung nach dem „Weniger“, also auf sicherer Tatsachengrundlage.

Anderes gilt für die Fälle der Wahlfeststellung. Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden. Die **unechte Wahlfeststellung** betrifft den Fall bloßer **Tatsachenalternativität**. Hier steht rechtlich fest, dass der Täter einen Straftatbestand verwirklicht hat. Ungewiss ist nur, durch welche von zwei oder mehreren Handlungen er die Strafvorschrift verletzt hat. Beispiel: A macht als Zeuge zum selben Sachverhalt in zwei unterschiedlichen gerichtlichen Verfahren gegensätzliche Angaben. Sicher ist, dass A sich durch eine der beiden Aussagen nach § 153 StGB strafbar gemacht hat, unsicher dagegen, durch welche. Hier bestehen nach allgemeiner Auffassung keine Bedenken, A wegen Falschaussage zu bestrafen, sofern nicht eine der beiden Taten, z. B. auf Grund von Verjährung, als Bestrafungsgrundlage ausscheidet.

²⁰ Es ist unaufwändiger, die lobenswerten Ausnahmen als die Regelfälle nachzuweisen: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10 Rn. 25 – 30; *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 55 – 59; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 143 – 150; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1992, § 10 Rn. 24 – 37; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 800 – 810.

²¹ Eine Vertiefung der überblicksartigen Darstellung bieten die folgenden Literaturstellen: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 7), § 10; *von Heintschel/Heinegg*, Prüfungstraining Strafrecht, Bd. 1 1992, Rn. 69 – 79.

Der Fall **echter Wahlfeststellung** ist neben tatsächlicher Unsicherheit durch eine **Tatbestandsalternativität** gekennzeichnet. Es liegt eine Sachverhaltsunklarheit vor, die sich auch im rechtlichen Ergebnis ausprägt. Zwar weiß man, dass der Täter, wie er sich auch verhalten haben mag, einen Straftatbestand verletzt hat; man weiß nur nicht, welchen. Beispiel: A ist im Besitz von Diebesgut; es lässt sich aber nicht aufklären, ob er durch Diebstahl oder durch Hehlerei an die Beute gelangt ist. Unter bestimmten Voraussetzungen soll in einem derartigen Fall eine wahlweise Verurteilung erfolgen können. Erstens müssen die **prozessualen Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft** sein. Zweitens muss **ausgeschlossen** werden können, dass auch ein **strafloses Verhalten** des Täters vorliegen könnte. Drittens ist eine **Vergleichbarkeit** der tatbestandlichen Alternativen erforderlich. Die Rechtsprechung verwendet hier die bereits erwähnte Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit. In der Literatur wird teilweise stattdessen eine „Identität im Unrechtskern“ verlangt.²² Nach beiden Auffassungen weisen Diebstahl und Hehlerei die nötige Übereinstimmung auf.²³ Viertens ist für die Strafzumessung zu beachten, dass sie auf der Grundlage der **milderen Strafandrohung** erfolgt.

Die oben bereits erklärte Figur der **Post-, bzw. Präpondenz**²⁴ unterscheidet sich von der echten Wahlfeststellung in dreierlei Hinsicht. Die **Sachverhaltensungewissheit** besteht nur **einseitig**. Auch ist eine Vergleichbarkeit der Tatbestände nicht erforderlich. Schließlich erfolgt keine wahlweise Verurteilung; vielmehr wird der Täter auf

der Grundlage des feststehenden (zeitlich früheren oder späteren) Sachverhalts eindeutig verurteilt.

Insgesamt verbirgt sich hinter diesen dogmatischen Figuren ein **Sachproblem von grundsätzlicher Bedeutung**.²⁵ Es wird sichtbar, wenn man die schlichte Frage stellt: Wie lassen sich Ausnahmen vom Grundsatz „in dubio pro reo“ überhaupt rechtfertigen? Dafür braucht man schon sehr starke Gründe. Denn der Zweifelssatz steht in enger Verbindung mit anderen Rechtsgrundsätzen. So sichert er die Unschuldsumutung ab, indem er Verurteilungen auf unsicherer Tatsachengrundlage verbietet. Ferner gewährleistet er die Beachtung des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG im Prozess: Dem Angeklagten muss konkret seine Schuld im Hinblick auf einen bestimmten Gesetzesverstoß nachgewiesen werden. Der Zweifelssatz, so lässt sich zusammenfassen, garantiert Rechtssicherheit demjenigen, der von staatlicher Strafgewalt betroffen ist. Starke Gründe für Ausnahmen vom Zweifelssatz meint man dem Grundsatz entnehmen zu können, dass das Strafrecht auch für materiell gerechte Entscheidungen sorgen müsse. Es sei ungerecht, wenn jemand straflos bleibe, obwohl feststehe, dass er sich – so oder so – strafbar gemacht habe.

Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit betrifft zur Hauptsache die Figur der echten Wahlfeststellung. Die h. M. hat historisch begründete Bedenken²⁶ gegen diese Form einer Verurteilung verdrängt und sich damit beruhigt, dass die Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit einen

²² Lackner/Kühl (Fn. 8), § 1 Rn. 19 m. w. N.

²³ Anderes würde z. B. für das Zusammentreffen von Betrug und Urkundenfälschung gelten; vgl. den Überblick über die Fälle, in denen eine Vergleichbarkeit bejaht oder verneint wird, bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 1 Rn. 27 – 29.

²⁴ Oben 2.

²⁵ Vgl. dazu Eser in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 1 Rn. 65 ff.

²⁶ Der NS-Staat führte eine gesetzliche Grundlage für die Wahlfeststellung ein. Das Gesetz wurde von den Alliierten als rechtsstaatswidrig aufgehoben. Das wurde (zunächst) als Verbot jeglicher Wahlfeststellung gewertet. Vgl. zur Geschichte der Wahlfeststellung Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 7), § 10 Rn. 34 – 36; Köhler, Strafrecht AT, 1997, S. 96.

tragfähigen Kompromiss zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit biete. Da verdient es schon Aufmerksamkeit, wenn der BGH diese Fesseln bei der Lösung eines Falles abstreift, der bisher mangels Vergleichbarkeit der Tatbestände Straflosigkeit zum Ergebnis hatte. – Wir kommen darauf unter 5. zurück.

Zunächst sollen noch zwei praktische Hinweise die Furcht vor den als schwierig geltenden Problemen mindern. Wer der Empfehlung folgt, Sachverhalte von Aufgabenstellungen mindestens dreimal zu lesen, läuft keine Gefahr, das hier erörterte und ähnliche Probleme zu übersehen. Diese machen sich bemerkbar durch Formulierungen wie „Es konnte nicht festgestellt werden, dass...“ oder „Ungeklärt blieb, ob...“. Ferner ist es nicht nötig, bei der Lösung des Problems unseres Falles auch noch auf die Unterschiede zwischen den beiden Literaturansichten einzugehen (hier: normatives Stufenverhältnis – dort: Postpendenz), weil sie im Ergebnis übereinstimmen.²⁷

Ein Wort noch zur praktischen Bedeutung: Die Zahl der Fälle, in denen es künftig zu einer Verurteilung kommen wird, ist groß, denn in der Strafverfolgungspraxis kommt es häufig vor, dass zwar Mitwisserschaft nachgewiesen werden kann, aber unklar bleibt, ob auch Hilfe geleistet wurde.

5. Kritik

Für die Änderung der Rechtsprechung lassen sich gute Gründe anführen. Man braucht nur in die kritischen Stellungnahmen zur bisherigen Rechtsprechung zu schauen. Was überrascht, ist der Umstand, dass der BGH darauf verzichtet, diese Gründe zu nennen. Immerhin wird, was bisher straflos gelassen wurde, künftig bestraft. Auch geht es um eine verfassungsrechtlich sensible Materie: Der Grundsatz „in dubio

pro reo“ ist ein wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips.

Dass die geänderte Rechtsprechung im vorliegenden Fall nach Einschätzung des BGH nicht zum Tragen kommen wird, bietet keine zufriedenstellende Erklärung. Für künftige Fälle ist ein deutliches Signal gesetzt worden, das die Untergerichte sicherlich beachten werden.

Es ist schon ein merkwürdiges Verfahren, dessen sich der BGH seit einiger Zeit bedient.²⁸ Da wird gewissermaßen en passant eine gravierende Rechtsänderung vorgenommen, indem verkündet wird, dass der Senat nunmehr dieser oder jener Meinung zuneige. Da es sich nicht um einen tragenden Teil der Entscheidungsgründe handelt, verzichtet man auf eine Begründung oder belässt es bei Andeutungen. Damit wird Entscheidungsmacht genutzt, ohne dass man sich der Begründungslast aussetzt. Das ist, genau besehen, ein Rückfall in vormodernes Rechtsdenken.

(Dem Text liegen Entwürfe von Marko Malaschewski, Katharina Schmid und Luise Zwilling zugrunde.)

²⁷ Vgl. auch die Lösung des Asylbewerberheimfalles in *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, Fall 12e (erscheint demnächst).

²⁸ Vgl. die FAMOS-Fälle November 2001 und August 2002 (jeweils unter 5.).

1. Sachverhalt¹

A ist zweimal als Sexualstraftäter verurteilt worden. Die zuletzt verhängte Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren erging wegen Vergewaltigung der 12 und 15 Jahre alten Töchter seiner Freundin. Die Anordnung einer Sicherungsverwahrung unterblieb, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht gegeben waren.² A verbüßt die Strafe in einer bayerischen Justizvollzugsanstalt. Eine Therapie lehnt er ab, weil er sich für unschuldig hält. Seine Entlassung soll in wenigen Tagen erfolgen. Nunmehr ordnet das Strafvollstreckungsgericht an, dass A nach Verbüßung der Strafe auf Grund des erst wenige Monate zuvor in Kraft getretenen Bayerischen Straftäterunterbringungsgesetzes (StrUBG)³ in der Justizvollzugsanstalt bleibt. Das Gesetz ermöglicht eine solche Maßnahme u. a. dann, „wenn auf Grund von Tatsachen, die nach der Verurteilung eingetreten sind, davon auszugehen ist, dass von

Juli 2004

Sexualtäter-Fall

Sicherungsverwahrung / nachträgliche Anordnung / Unterbringung nach Landesrecht / Gesetzgebungskompetenz / Begriff des Strafrechts

§§ 66, 66 a, 66 b StGB; Art. 70, 72, 74 GG

Leitsätze des Gerichts:

1. Zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört die Regelung aller staatlichen Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen.
2. Da der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich abschließend Gebrauch gemacht hat, sind die Länder nicht befugt, die Straftäterunterbringung zu regeln.

BVerfG, Ur. v. 10.02.2004 – 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02; abgedruckt in NJW 2004, 750

dem Betroffenen eine erhebliche gegenwärtige Gefahr für das Leben, die körperlich Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht, insbesondere weil er im Vollzug der Freiheitsstrafe beharrlich die Mitwirkung an der Erreichung des Vollzugsziels (§ 2 Strafvollzugsgesetz) verweigert, namentlich eine rückfallvermeidende Psycho- oder Sozialtherapie ablehnt oder abbricht.“ Der Anordnung liegen zwei Gutachten zugrunde. Danach hat das Verhalten des A im Vollzug ein erhebliches Rückfallrisiko offenbart. Es sei zu befürchten, dass der 69-Jährige krankheits- und altersbedingt weiterhin Sexualstraftaten an Kindern begehe. Nachdem A erfolglos Rechtsmittel gegen die Unterbringung einlegt hat, wendet er sich mit der Verfassungsbeschwerde an das BVerfG.

¹ Wir haben einen der beiden Fälle herausgegriffen, über die das BVerfG zu entscheiden hatte. Der zweite Fall betraf einen ähnlichen Vorgang in Sachsen-Anhalt und das dortige Unterbringungsgesetz.

² Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998 wurde durch § 66 Abs. 3 StGB die Möglichkeit geschaffen, Sicherungsverwahrung auch dann anzuordnen, wenn nur eine Vortat vorliegt.

³ Gesetz vom 24. 12. 2001 (BayGVBl S. 978), in Kraft getreten am 1. 1. 2002.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall wirft zwei verfassungsrechtliche Fragen auf, die nacheinander zu klären sind. Erstens: Durfte das Bundesland ein Gesetz dieser Art erlassen? Zweitens: Entspricht der Gesetzesinhalt verfassungsrechtlichen Anforderungen? Beide Fragen führen zu Grundlagensproblemen des Strafrechts.

Die erste Frage betrifft die **Gesetzgebungskompetenz**.⁴ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zählt das Strafrecht und den Strafvollzug zum Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Das bedeutet: In diesem Bereich darf ein Land nicht gesetzgeberisch tätig werden, wenn der Bund bereits eine gesetzliche Regelung vorgenommen hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Gehört das Bayerische StrUBG also zum Strafrecht oder zum Strafvollzug, für die es Bundesgesetze gibt, so ist es verfassungswidrig, weil sich der Landesgesetzgeber eine ihm nicht zustehende Gesetzgebungskompetenz angemaßt hat.

Ja, es ist der Sache nach Strafrecht, meinen Kritiker dieses Gesetzes und ähnlicher Gesetze anderer Länder. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen Folgendes an.⁵ Geregelt werde eine **nachträgliche Sicherungsverwahrung**. Die unmittelbar nach § 66 StGB angeordnete Sicherungsverwahrung sei anerkanntermaßen eine strafrechtliche Sanktion. Wenn nunmehr die Möglichkeit geschaffen werde, einen Straftäter nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe weiterhin in einer Justizvollzugsvollzugsanstalt unterzubringen, um die Gesellschaft vor ihm zu schützen, so werde das Spektrum strafrechtlicher Reaktionen erweitert. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung, die das erkennende Gericht unterlassen habe, weil es das Ausmaß der vom Täter ausgehenden Gefahr noch nicht in vollem Um-

fang habe überblicken können, werde nachgeholt. Zwar würden dabei auch zusätzlich die im Vollzug gewonnenen Erkenntnisse verwertet; von maßgeblicher Bedeutung sei aber doch auch weiterhin die abgeurteilte Tat als Indiz für die Tätergefährlichkeit. Die Tat werde zudem als feste Größe benötigt, um die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung beurteilen zu können.

Einige Bundesländer, darunter Bayern, haben das anders gesehen und wurden darin von Stimmen in der Literatur⁶ und sogar vom Bundesjustizministerium⁷ bestärkt. Vertretbar ist dieser Standpunkt nur, wenn der Akzent verlagert wird. Die Betonung muss auf der **Gefahrenabwehr** liegen, denn sie gilt nach Art. 70 Abs. 1 GG grundsätzlich als Ländersache, weil die dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen sich darauf nicht erstrecken.⁸ Die Straftat muss demgegenüber zurücktreten. Dementsprechend wird auch argumentiert, dass ausschlaggebend für die Unterbringung die erst später im Vollzug der Freiheitsstrafe eingetretenen Umstände seien. Zwar werde eine bestimmte strafrechtliche Verurteilung vorausgesetzt; dieses Erfordernis diene aber lediglich der Begrenzung des Kreises der Betroffenen und nicht der Begründung der Maßnahme.⁹

Für eine **inhaltliche Überprüfung** des StrUBG und ähnlicher Landesgesetze kommt eine Vielzahl an verfassungsrechtlichen Kriterien in Betracht. Wir greifen hier nur die wichtigsten heraus. An erster Stelle ist wegen der Schwere des Eingriffs das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu nennen.¹⁰ Denn

⁴ Wem es dazu noch an Grundkenntnissen fehlt, der sei verwiesen auf: *Degenhart*, Staatsrecht I, 19. Aufl. 2003, Rn. 109 ff.

⁵ Vgl. z. B. *Kinzig*, NJW 2001, 1455 f.; *Ullrich*, NStZ 2002, 466 f.

⁶ Z. B. *Peglau*, NJW 2001, 2436 f.; *Würtenberger/Sydow*, NVwZ 2001, 1201 ff.

⁷ Vgl. die Äußerung des Vertreters des Bundesjustizministeriums im Bundesrat (Plenarprotokoll, Stenographischer Bericht der 749. Sitzung vom 17. 3. 2000, S. 131).

⁸ Vgl. *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 70 Rn. 21; *Maurer*, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2003, § 17 Rn. 45.

⁹ Vgl. *Peglau*, ZRP 2000, S. 147, 149.

¹⁰ Vgl. *Kinzig*, NJW 2001, 1456, 1457; *Ullrich*, NStZ 2001, 292, 294 ff.

möglich ist sogar ein lebenslanger Freiheitsverlust. Ferner ist zu bedenken, ob nicht das **Verbot der Doppelbestrafung** verletzt wird, wenn aus Anlass ein und derselben Straftat nochmals eine Sanktion verhängt wird.¹¹ Auch ist fraglich, ob es sich mit dem **Rückwirkungsverbot** verträgt, dass die Maßnahme gegen bereits abgeurteilte Personen zur Anwendung kommen soll.¹²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zu den inhaltlichen Fragen kommt das BVerfG gar nicht erst, weil es dem Land die Kompetenz zum Erlass eines solchen Gesetzes abspricht und daher das Gesetz für verfassungswidrig erklärt.

Die Begründung befasst sich zunächst mit dem **Begriff „Strafrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**, der zur Hauptsache nach Wortlaut, Gesetzesgeschichte und Systematik ausgelegt wird. Dabei gerät das Gericht zu Beginn etwas in Verlegenheit. Denn es muss einräumen, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein enges Verständnis nahe liegt. Danach wäre unter Strafe eine „missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten“ zu verstehen, die auf Repression abzielt.¹³ Dann, so das Gericht, würde aber schon die Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB nicht mehr zum Strafrecht zählen. Das kann nicht sein – so lautet der ungesagte gedankliche Zwischenschritt, nach dem es folgendermaßen weitergeht: „Der Begriff des Strafrechts wird ... weiter verstanden. Unter ihn lassen

sich über repressive vergeltende Sanktionen hinaus all diejenigen Regelungen fassen, durch die strafwürdiges Verhalten in seinen Voraussetzungen gekennzeichnet und mit staatlicher Sanktion bedroht wird.“ Strafrecht ist danach „die Gesamtheit der Normen ..., in denen staatliche Reaktionen anlässlich und auf Grund einer Straftat geregelt sind.“¹⁴ Somit lassen sich dem Strafrecht auch präventive Maßnahmen zurechnen, die an strafbares oder auch nur tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten anknüpfen.

Zur Absicherung der weiten Auslegung beruft sich das BVerfG auf die über 100-jährige Geschichte der so genannten **Zweispurigkeit** von Strafen und Maßregeln im Strafrecht.¹⁵ Systematisch befasst es sich dann mit der Grenze zwischen Strafrecht und dem Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.¹⁶ Letzteres sei keineswegs ausschließlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder zugewiesen. Soweit ein notwendiger Zusammenhang mit einem Sachbereich der Bundesgesetzgebung bestehe, erstrecke sich diese im Sinne einer **Annexkompetenz** auch auf präventive Regelungen. Im Strafrecht sei der Sachzusammenhang zwischen Strafe und präventiver Sanktion dadurch gegeben, dass sie gleichermaßen durch eine strafrechtlich relevante Tat veranlasst seien. Die „Anlasstat“ bilde für die präventiven Sanktionen des Strafrechts einen „wesentlichen Prognosefaktor“.¹⁷

Daraus ergibt sich allerdings ein Problem für die Anwendung dieses Strafrechtsbegriffs auf das bayerische StrUBG. Denn darin wird maßgeblich auf „Tatsachen, die nach der Verurteilung eingetreten sind“,¹⁸ und nicht auf die Anlasstat abgestellt. Das BVerfG entlarvt diese Formulierung als plum-

¹¹ Vgl. *Kinzig*, NJW 2001, 1455, 1457.

¹² Vgl. *Kinzig*, NJW 2001, 1455, 1456 f. – Im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot ist bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung die Besonderheit zu beachten, dass § 2 Abs. 6 StGB eine Rückwirkung ausdrücklich anordnet: Das Gericht soll nach dem Gesetz entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung (also nicht zur Zeit der Tat) gilt. Es ist allerdings umstritten, ob die Vorschrift auch auf eine ausschließlich sichernde, weit in Freiheitsgrundrechte eingreifende Maßregel wie die der Sicherungsverwahrung anzuwenden ist; vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2004, § 3 Rn. 12 m. w. N.

¹³ BVerfG, NJW 2004, 750, 751.

¹⁴ BVerfG, NJW 2004, 750, 751.

¹⁵ BVerfG, NJW 2004, 750, 751; vgl. auch zur Zweispurigkeit FAMOS Februar 2004 (Skulpturen-Fall).

¹⁶ BVerfG, NJW 2004, 750, 751 f.

¹⁷ BVerfG, NJW 2004, 750, 752.

¹⁸ Oben 1.

pen Trick: „Die äußerliche Beschränkung der Prognosebasis ... erweist sich als misslungener Kunstgriff des Gesetzgebers“,¹⁹ der den strafrechtlichen Bezug abgeschwächt habe, um die Gesetzgebungskompetenz beanspruchen zu können. Bei umfassender Analyse dieses Gesetzes und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein solches Gesetz zeige sich, dass der Anlasstat erhebliches Gewicht zukomme.²⁰ Das Gesetz beziehe sich nur auf Straftäter. In der Gesetzesbegründung sei neben dem Vollzugsverhalten auch die strafrechtliche Vergangenheit des Gefangenen als Prognoseelement genannt worden. Die Verfassung gebiete eine Berücksichtigung der Anlasstat, weil nur eine die Tat einbeziehende Gesamtwürdigung eine sachgerechte Prüfung der Verhältnismäßigkeit ermögliche. Fazit: „Im Ergebnis handelt es sich bei der Straftäterunterbringung um eine Ersatzmaßnahme, die das Maßregelinstrumentarium des Strafgesetzbuchs vervollständigen soll.“²¹

Zum Schluss wartet das BVerfG noch mit einer Überraschung auf. Es erklärt das StrUB zwar für verfassungswidrig, nicht aber für nichtig.²² Damit will es eine vorübergehende Weitergeltung ermöglichen, bis der Bund entschieden hat, ob er von seiner Kompetenz in diesem Bereich Gebrauch macht. Es soll verhindert werden, dass Personen wie A frei gelassen werden, was bei Annahme der Nichtigkeit des Gesetzes geschehen müsste.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir schulden unseren (monatlich ca. 4.000) Lesern Rechenschaft für die Auswahl dieses Falles. Denn in der

strafrechtlichen Ausbildungsliteratur²³ finden sie fast nichts und in den Vorlesungen hören sie fast nichts von der Sicherungsverwahrung.

Die Entscheidung wird auf jeden Fall im verfassungsrechtlichen Ausbildungszusammenhang Beachtung finden, weil sie wichtige Aussagen zur Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen dem Bund und den Ländern enthält. Ferner sollte damit gerechnet werden, dass die Entscheidung zumindest in mündlichen Strafrechtsprüfungen zur Sprache kommt, weil sich daran strafrechtliches Grundlagenwissen examinieren lässt. Zudem bereitet die Beschäftigung mit der Thematik auf die spätere strafrechtliche Praxis vor, in der die Sicherungsverwahrung und die sonstigen strafrechtlichen Maßregeln erhebliche Bedeutung haben. Schließlich sollte man sich aufgerufen fühlen, fachlich-juristisch einzuwirken auf die öffentliche Diskussion über **„Wegsperrern – und zwar für immer“**²⁴. Darin weist sich ja bereits derjenige als Experte aus, der nicht, wie vielfach üblich von „Sicherungsverwahrung“, sondern korrekt von „Sicherungsverwahrung“ spricht.

Zum Mindestwissen, das man in diesem Bereich braucht, gehört seit kurzem auch die Kenntnis von einem neuen Bundesgesetz. Der Bundestag hat auf die Entscheidung des BVerfG reagiert und am 18. 6. 2004 ein **„Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung“** verabschiedet.²⁵ Neu in das StGB aufgenommen wird **§ 66 b StGB**. Die Vorschrift ermöglicht die nachträgliche An-

¹⁹ BVerfG, NJW 2004, 750, 753.

²⁰ BVerfG, NJW 2004, 750, 753.

²¹ BVerfG, NJW 2004, 750, 754.

²² BVerfG, NJW 2004, 750, 757; Das Gericht nimmt die Differenzierung unter Berufung auf § 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG vor.

²³ In der Grundrissliteratur zum AT des Strafrechts wird die Sicherungsverwahrung nur bei *Ebert*, 3. Aufl. 2001, S. 249, kurz angesprochen. Die „große“ Lehrbuchliteratur ist teilweise etwas ergiebiger. Eine Darstellung, die der grundlegenden Bedeutung des Themas und zugleich den Anforderungen der Ausbildung gerecht wird, bietet allein *Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 3.

²⁴ Bundeskanzler *Schröder* in der Bild am Sonntag vom 8. 7. 2001.

²⁵ BT-Drs. 15/2887.

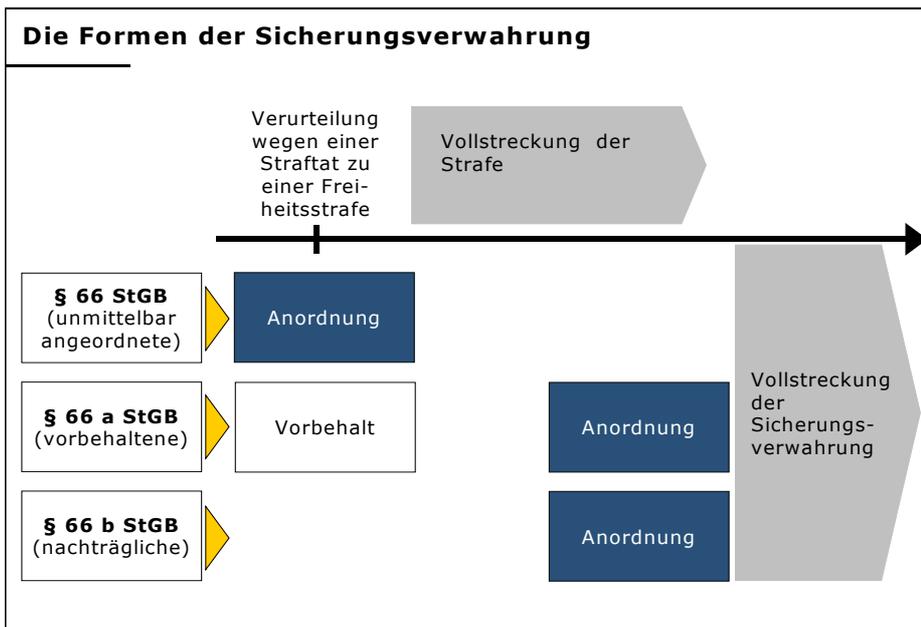
ordnung der Sicherungsverwahrung nach einer Verurteilung wegen bestimmter schwerer Verbrechen u. a. dann, „wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“ Der Vergleich mit der oben²⁶ zitierten Formulierung aus dem StrUBG lässt erkennen, dass bei der Gewichtung der Prognoseelemente eine deutliche Verlagerung vom Vollzugsverhalten zur Anlasstat vorgenommen wurde.

Mit der Einführung von § 66 b StGB entsteht ein **geschlossenes System der Sicherungsverwahrung**, das darauf angelegt ist, der Gesellschaft einen lückenlosen Schutz vor gefährlichen Straftätern zu gewähren. Das Gericht kann die Sicherungsverwahrung unmittelbar mit der Verurteilung anordnen (§ 66 StGB). Ist es sich seiner Sache nicht sicher, so kann es sich die spätere Anordnung vorbehalten (§ 66 a StGB). Hat es zunächst keinen Anlass gesehen oder diesen übersehen, so kann die Anordnung noch nachträglich erfolgen (§ 66 b StGB).

Das neue Gesetz zur nachträglichen Sicherungsverwahrung wird sicherlich ebenfalls einer Überprüfung durch das BVerfG unterzogen werden, das nunmehr eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen haben wird. Vermutlich werden dabei die folgenden Aspekte besondere Beachtung finden.

Im Hinblick auf den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** bedarf der Prüfung, ob die Einführung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung erforderlich ist.²⁷ Es könnte ausreichen, durch eine Verbesserung resozialisierender Vollzugsmaßnahmen, durch Betreuungsangebote für den Zeitraum nach der Entlassung und durch eine intensivere Nutzung der Maßregel der Führungsaufsicht gem. § 68 StGB gegen Gefahren vorzugehen, die von entlassenen Straftätern drohen. Unverhältnismäßig könnte es insbesondere sein, dass der Gesetzgeber die nachträgliche Sicherungsverwahrung sogar für Ersttäter, für Heranwachsende und für Personen ermöglicht, die nach § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind.²⁸ Schließlich ist zweifelhaft, ob das Vollzugsverhalten ein geeignetes Prognosekriterium ist.²⁹ Ein unauffälliges Verhalten kann bedenklich sein, weil es sich in einer äußerlichen Anpassung an die Vollzugsbedingungen erschöpft, während sich in einem renitenten Verhalten möglicherweise ein Überlebenswille ausdrückt, der positiv zu bewerten sein kann.

Das Gesetz mindert die in **Art. 103**



Das Gesetz mindert die in **Art. 103**

²⁷ Vgl. zum Folgenden *Kinzig*, NJW 2001, 1456 f.

²⁸ Vgl. Stellungnahme der ASJ (Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen) vom 12. 7. 2004 (www.asj.spd.de).

²⁹ Vgl. *Kinzig*, NJW 2002, 3204, 3206 f., mit Hinweis auf *Rasch*, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl., 1999, S. 375 ff.

²⁶ Siehe 1.

Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende verfassungsrechtliche Gewährleistung. Danach soll sich ein Verurteilter der dauerhaften Gültigkeit der Entscheidung sicher sein können. Nunmehr können jedoch abgeurteilte Straftaten im Rahmen der Gesamtwürdigung erneut verwertet werden und Anlass zu einer weiteren Sanktionierung geben.³⁰

Die Entscheidung und die jüngste gesetzgeberische Reaktion darauf geben auch Anlass, über die **Entwicklung des Strafrechts** nachzudenken.³¹ Die präventive Ausrichtung wird weiter forciert. Eine klare Grenze zwischen Strafrecht und Polizeirecht lässt sich nicht mehr ziehen. Aufgegeben wird ein Strafrechtskonzept, das Rechtssicherheit gewährleistet durch eine am Schuldprinzip ausgerichtete Reaktion auf die Begehung gesetzlich klar als Unrecht ausgewiesener Taten.

5. Kritik

Das BVerfG fügt sich mit seiner Entscheidung in eine Entwicklung ein, die unaufhaltsam zu sein scheint. Die Maßregel der Sicherungsverwahrung wird permanent ausgeweitet.³² 1998 wurden die Anwendungsvoraussetzungen abgesenkt und die Höchstgrenze von 10 Jahren beseitigt. Es folgte die Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung im Jahre 2002. Danach erließen mehrere Bundesländer Unterbringungsgesetze, die eine verkappte nachträgliche Sicherungsverwahrung enthielten. Das BVerfG weist

diesem Vorhaben mit seiner Entscheidung lediglich einen anderen Weg, den nunmehr der Bundesgesetzgeber auch beschritten hat. Im gesetzgeberischen Aktionismus spiegelt sich ein Denken, das der Sicherheit im Zweifelsfall den Vorzug vor der Freiheit gibt.

Leider befördert das BVerfG die Sicherungsverwahrungs-Hysterie noch dadurch, dass es den Unterbringungsgesetzen der Länder trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit für eine Übergangszeit die Fortgeltung ermöglicht.³³ Es verstärkt damit den falschen Eindruck, dass die Gesellschaft von einer Vielzahl hochgefährlicher Straftäter bedroht ist, die kurz vor der Entlassung stehen, und maßt sich im Übrigen eine Quasi-Gesetzgebungskompetenz an, die mit der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren ist. Das lässt wenig Raum für die Hoffnung, dass das BVerfG jedenfalls bei der Überprüfung des neuen Bundesgesetzes dafür sorgt, dass kriminalpolitische Vernunft und Rechtssicherheit in das Recht der Sicherungsverwahrung zurückkehren.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Aline Krüger zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik entworfen.)

³⁰ Müller-Metz, NJW 2003, 3173, weist darauf hin, dass die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Verurteilten gem. § 362 StPO, die aus verfassungsrechtlichen Gründen auf einen sehr engen Ausnahmebereich beschränkt ist, durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung in verdeckter Form und ohne ausreichende verfahrensrechtliche Sicherungen erweitert wird.

³¹ Vgl. insgesamt zur Bedeutung der Maßregeln für die Entwicklung des Strafrechts Naucke (Fn. 23), § 3.

³² Vgl. zu der im Folgenden angesprochenen Entwicklung BVerfG Urteil v. 10.2.2004, veröffentlicht unter www.bverfg.de, Rn. 2ff (nicht abgedruckt in NJW 2004, 750).

³³ Vgl. die harsche Kritik im Minderheitsvotum der hier vorgestellten Entscheidung: BVerfG, NJW 2004, 750, 759 ff.

1. Sachverhalt

A wird von seinem Bekannten B gebeten, sein Konto für eine Transaktion zur Verfügung zu stellen. Es werde demnächst ein Betrag von 2.000 Euro eingehen. 1.500 Euro solle A abheben und ihm geben. Die restlichen 500 Euro könne er behalten. Obwohl A ein „krummes Geschäft“ vermutet, erklärt er sich einverstanden. Tatsächlich trifft kurze Zeit später die Überweisung ein. A verhält sich so, wie er es mit B abgesprochen hat. Das Geld stammt von C, der damit eine Anzahlung auf einen Autokauf leisten wollte. Auf eine Anzeige im Internet, in der ein Audi für 16.500 Euro angeboten worden war, hatte er Kontakt mit dem Verkäufer aufgenommen, sich telefonisch mit ihm – auch über die Anzahlung von 2.000 Euro – geeinigt und ein ausgefülltes Vertragsformular per Fax erhalten. Der Verkauf des Fahrzeugs über das Internet war von B inszeniert worden, um an den Zahlungsbetrag zu gelangen. Das angebotene Fahrzeug existierte gar nicht. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Zugang zum Problem ist einfach, dessen Lösung schwierig. Im Wesentlichen kommt für A eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB in Betracht.¹ Die Haupttat des B ist leicht

¹ Zu denken ist noch an eine täterschaftlich begangene Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 und 2 StGB. Der hier zuvor von B verübte

September 2004

Konto-Fall

Beihilfe / Gehilfenvorsatz / Bestimmtheit der Haupttat
§§ 263, 27, 16 StGB

Leitsatz der Verf.: Für die Annahme strafbarer Beihilfe reicht es aus, wenn der Gehilfe jedenfalls mit der Wissensintensität des *dolus eventualis* davon ausgeht, dass sich die Haupttat in einem bestimmten Spektrum wahrscheinlicher Tatbestandsverwirklichungen bewegt und die ausgeführte Haupttat tatsächlich in diesem Spektrum liegt.

OLG Hamm, Beschluss vom 24. Februar 2004 - 3 Ss 48/04; abrufbar unter www.burhoff.de

festzustellen: Er hat einen Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB begangen. Die objektive Hilfeleistung des A bestand darin, dass er sein Konto zur Verfügung stellte. Dass sein Beitrag das erforderliche Maß an Wirksamkeit aufwies, ist nicht zu bezweifeln. Als Glied in einer Kette war er nötig, damit B, der nicht selbst in Erscheinung treten wollte, an das Geld gelangte. Seine Unterstützungshandlung war also kausal für den Erfolg der Haupttat.² Die Hilfeleistung erbrachte A auch vorsätzlich. Doch hatte er außerdem den erforderlichen **Vorsatz im Hinblick auf die Haupttat?**

Legt man die gesetzlichen Vorsatzanforderungen zugrunde, die sich aus § 16 Abs. 1 StGB für die Wissensseite

Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB eignet sich jedoch nicht als Vortat, weil es keine Hinweise auf eine nach § 261 Abs. 1 Nr. 4 a StGB erforderliche gewerbs- oder bandenmäßige Begehung gibt.

² Vgl. zu der hier nicht relevant werdenden Frage, ob weniger ausreicht, nämlich ein die Haupttat nur irgendwie fördernder Beitrag oder eine Risikoerhöhung für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut, *Joecks*, StGB, 5. Aufl. 2003, § 27 StGB Rn. 7.

ergeben, dann müsste A alle „Umstände“ gekannt haben, „die zum gesetzlichen Tatbestand gehören“. Der gesetzliche Beihilfe-Tatbestand umfasst neben der Hilfeleistung die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen.³ Von dem konkreten Betrug, den B begehen wollte und begangen hat, wusste A aber nichts. Sein Wissen hinsichtlich der Haupttat beschränkte sich auf die dunkle Ahnung, es gehe um ein „krummes Geschäft“. Bei strikter Gesetzesanwendung wäre ein auf die Haupttat bezogener Vorsatz zu verneinen.

Von einer strikten Gesetzesanwendung sehen Rechtsprechung und Lehre bei der **Bestimmung der Anforderungen an den Gehilfenvorsatz** jedoch ab.⁴ Dabei argumentieren sie gewissermaßen mit der „Natur der Sache“. Anders als der Täter habe der Teilnehmer meistens nicht in der Hand, ob, wann und wie die Straftat verübt werde. Und der Gehilfe stehe der Tat noch ferner als der Anstifter, der eine bestimmte Tat und einen bestimmten Erfolg vor Augen habe. Dieser Unterschied zeige sich auch in der Absenkung der Strafandrohung gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB, wonach der Gehilfe zwingend milder zu bestrafen sei. Dementsprechend seien an die Konkretetheit des Gehilfenvorsatzes auch geringere Anforderungen zu stellen. Den genauen Tathergang sowie Ort, Zeit und Opfer der Tat müsse der Gehilfe nicht kennen. Ausreichend sei vielmehr, dass das Vorstellungsbild des Gehilfen den **wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der von ihm unterstützten Tat** erfasse.⁵ Kurz und salopp gesagt: Im Falle der Beihilfe genügt ein **Vorsatz light**.

³ Vgl. zu den Bestandteilen des Beihilfe-Tatbestandes *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 887.

⁴ Vgl. für das Folgende die Darstellung bei *Joecks* in *MüKo*, StGB, 2003, § 27 Rn. 75; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 27 Rn. 8 – 8b.

⁵ *Cramer/Heine* in *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 27 Rn. 19.

Diese Absenkung der Vorsatzanforderungen ruft Bedenken hervor. Denn eine klare Grenze zwischen Noch-Vorsatz und Nicht-mehr-Vorsatz ist kaum noch erkennbar. Sie wird man aber wegen des **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes**⁶ fordern müssen. Dessen Auswirkungen reichen weiter, als gemeinhin angenommen wird. Art. 103 Abs. 2 GG wendet sich nicht nur an den Gesetzgeber mit der Forderung, auf Bestimmtheit bei der Abfassung gesetzlicher Tatbestände zu achten. Bestimmt formulierte Tatbestände sind nutzlos, wenn nicht auch der Rechtsanwender dem Bestimmtheitsgebot Rechnung trägt. Das betrifft etwa die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen,⁷ aber auch die Festlegung der Anforderungen, welche die Beziehung zwischen der Tätervorstellung und dem objektiven Tatgeschehen betreffen. Scharf umrissene Tatbestände können die erwünschte Rechtssicherheit nur gewährleisten, wenn ein darauf bezogener bestimmter Tatvorsatz verlangt wird.

Wie lässt sich das zusammenbringen: hier Absenkung der Anforderungen wegen der „Natur der Sache“ und dort das Bestimmtheitsgebot? In der Rechtsprechung wurde meistens die übliche juristische Verlegenheitslösung gewählt. Es sei eine „Frage des Einzelfalls“⁸, welche Tatumstände als die jeweils wesentlichen Merkmale der Haupttat für den Vorsatz maßgeblich seien. Eine sicherlich unbefriedigende Auskunft!

Die Kritik hat den BGH schließlich im **Edelstein-Fall**⁹ veranlasst, den

⁶ Vgl. zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 5 Rn. 67 ff.

⁷ Vgl. zum Zusammenhang von Bestimmtheitsgebot und Auslegung *Roxin* (Fn. 6), Rn. 75.

⁸ *Joecks* (Fn. 4), § 27 Rn. 75, mit Rechtsprechungsnachweisen.

⁹ BGHSt 42, 135; umfangreicher abgedruckt in *JZ* 1997, 209, worauf im Folgenden auch zurückgegriffen wird; vgl. zu dieser Entscheidung *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, 173; *Roxin*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum AT des Strafrechts, 1998, S. 128, 207.

Versuch einer Klärung zu unternehmen. Dabei ging es um den folgenden Sachverhalt.

Der Sachverständige A erstellt ein zehnfach überhöhtes Wertgutachten über Edelsteine des Juwelenhändlers B. Zwischen beiden besteht – unausgesprochen – Einigkeit darüber, dass B das Gutachten dafür nutzen werde, sich unrechtmäßig zu bereichern. Näheres weiß A nicht. Einige Monate später verwendet B das Gutachten, um bei seiner Bank einen Kredit zu beantragen, den diese ihm im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens gewährt. B kann den Kredit nicht zurückzahlen. Die Edelsteine erweisen sich als praktisch unverkäuflich.

Das Ergebnis seiner Überlegungen zu den Anforderungen an den Gehilfenversatz fasst der BGH im Edelstein-Fall mit folgendem Leitsatz zusammen: „Beihilfe zum Betrug kann schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel (hier: ein inhaltlich falsches Wertgutachten) willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass durch den Einsatz gerade dieses Mittels eine mittels Täuschung gegen fremdes Vermögen gerichtete Haupttat verübt wird. Opfer, Tatzeit und nähere Details der konkreten Begehungsweise müssen dem Gehilfen nicht bekannt sein.“¹⁰ Das wird man wohl so verstehen müssen, dass der Vorsatz sich nicht auf den konkret begangenen Betrug, ja nicht einmal auf den Tatbestand des Betruges beziehen muss, sondern schon dann ausreichend konkretisiert ist, wenn er eine „mittels Täuschung gegen fremdes Vermögen verübte Haupttat“ zum Gegenstand hat, was auch auf Verhaltensvarianten wie den Kreditbetrug oder die illegale Vorsteuererstattung zutreffen würde.¹¹ Es genügt demnach ein **vages Tatbild mit ungefähigem Tatbestandsbezug**.

Das ist auf Kritik gestoßen. Sie gilt weniger der Reduzierung der Anforderungen hinsichtlich des tatsächlichen

Geschehens. Die Bedenken gelten der Lockerung des Tatbestandsbezuges. So meint *Roxin*, „dass es für den Gehilfenversatz nicht ausreicht, wenn der Unterstützende nicht einmal weiß, welchen Tatbestand der Täter erfüllen will.“¹²

Im Vergleich zum Edelstein-Fall bedarf es für unseren Konto-Fall eines gesteigerten Maßes an Großzügigkeit, um noch einen, wenn nicht bestimmten, so doch bestimmbareren Tatbestandsbezug festzustellen. Die Vorstellung eines „krummen Geschäfts“ lässt sich mit Tatbeständen sehr unterschiedlicher Art verbinden: Neben dem Betrug und betrugsähnlichen Straftaten kommen noch Geldwäsche, Erpressung, Konkursdelikte sowie Steuer- und Devisenvergehen in Betracht. Kann das die Basis für die Annahme eines Gehilfenversatzes sein?

3. Kernaussagen der Entscheidung

Ja, meint das OLG Hamm. In seiner Begründung taucht ein neuer Begriff auf, der des Spektrums. Als Tatbestandsbezug soll ausreichen: „ein bestimmtes Spektrum wahrscheinlicher Tatbestandsverwirklichungen“.¹³ In der Umsetzung auf den Fall zeigt sich, dass dieses „bestimmte Spektrum“ ungeheuer weit ist. „Dem Angeklagten war hier ... bewusst, dass ein Vermögensdelikt unter Einsatz seines Kontos begangen werden sollte“.¹⁴ Das Spektrum umfasst also **Vermögensdelikte aller Art**.

Zur näheren Ausführung bezieht der Senat sich auf die Vorstellung des A, dass es um ein „krummes Geschäft“ gehe. „Als ‚krummes‘ Geschäft wird im allgemeinen Sprachgebrauch regelmäßig ein Geschäft bezeichnet, bei dem der eine Geschäftspartner durch den anderen übervorteilt wird. Die Zurverfügung-Stellung des eigenen Kontos für einen Dritten zur Abwicklung eines

¹⁰ BGH JZ 1997, 209.

¹¹ So der BGH selbst in JZ 1997, 209, 210.

¹² *Roxin* (Fn. 9), 208.

¹³ OLG Hamm, Beschluss vom 24. Februar 2004 - 3 Ss 48/04; abrufbar unter www.burhoff.de.

¹⁴ OLG Hamm (Fn. 13).

solchen Geschäftes stellt sich für denjenigen, der sein Konto zur Verfügung stellt, so dar, dass der Erlös aus dem von dem Dritten geplanten Geschäft zum Zwecke der Verschleierung der Geldwege über dieses Konto laufen soll. Diese Vorstellung reicht damit zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes aus, wenn es anschließend tatsächlich zur Begehung einer Betrugstat unter Verwendung des fraglichen Kontos ... kommt.¹⁵

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Bereits der Edelstein-Fall hat in Lehrbüchern und Kommentaren starke Beachtung gefunden. Noch größere verdient der Konto-Fall,¹⁶ wird mit ihm doch die Beihilfestrafbarkeit durch **Minimierung der Anforderungen an den Gehilfenvorsatz** nochmals beträchtlich ausgedehnt.

Für die **Identifizierung des Problems** bei Fallbearbeitungen muss der Aufbau einer Beihilfe-Prüfung sicher beherrscht werden.¹⁷ Wissen muss man, dass der Vorsatz des Gehilfen sich auf die beiden Elemente des objektiven Tatbestandes beziehen muss, also auf die Haupttat und die Hilfeleistung. Das ist eigentlich selbstverständlich, denn der Vorsatz muss sich stets auf den gesamten objektiven Tatbestand erstrecken. Wegen der Komplexität des objektiven Beihilfe-Tatbestandes hält die Lehrbuchliteratur aber eine Merkhilfe für nötig. Sie spricht von einem „doppelten“ Vorsatz.¹⁸ Was unsinnig ist, denn es geht nicht um eine Verdoppelung subjektiver Anforderungen. Treffender wäre es, von einem „Zwei-

Elemente-Vorsatz“ zu sprechen. Das Benennungsproblem ist allerdings für die Fallprüfung unwichtig. Denn eine Erklärung der Prüfungsschritte gilt als fehlerhaft. Anders, als es vielfach in Arbeiten zu lesen ist, sollte man also auf die Mitteilung verzichten, jetzt werde der doppelte Gehilfenvorsatz geprüft. Vielmehr ist im Anschluss an die Feststellung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit schlicht zur Prüfung des darauf bezogenen Vorsatzes überzugehen.

Das inhaltliche Problem besteht in der vielfach anzutreffenden Unschärfe der Gehilfenvorstellung im Hinblick auf die tatbestandliche Zuordnung der Haupttat. Dagegen ist außer Streit, dass Unschärfen hinsichtlich der tatsächlichen Ausführung der Haupttat (z. B. Zeit, Ort, konkretes Opfer) der Annahme eines Gehilfenvorsatzes nicht entgegenstehen.¹⁹

Abzugrenzen ist das Problem von der Konstellation, dass der Gehilfe eine **konkrete, aber falsche Vorstellung von der Haupttat** hat.²⁰ Beispiel: A verschafft B eine Brechstange in der Vorstellung, dieser werde damit einen Einbruch begehen; tatsächlich verwendet B sie jedoch für eine Körperverletzung oder für eine Sachbeschädigung.

Bei den Lösungsvorschlägen zu Fällen dieser Art zeigt sich allerdings ein erhebliches Maß an Übereinstimmung mit den Lösungen, die für unser Unschärfe-Problem angeboten werden. So soll z. B. eine „tatbestandliche Verwandtschaft“²¹ ausreichen können, um trotz der Divergenz eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum ausgeführten Delikt annehmen zu können. Auch wird mit der Figur der Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf gearbeitet, um dann mit dem Kriterium der Unwesentlichkeit der Abweichung den zurechenbaren Deliktsbereich zu

¹⁵ OLG Hamm (Fn. 13).

¹⁶ Vielleicht dürfen wir das Verdienst in Anspruch nehmen, den Fall bekannt gemacht zu haben. Eine anderweitige Veröffentlichung ist jedenfalls bislang nicht erfolgt.

¹⁷ Hinweise bei *Schmidt*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2003, S. 406.

¹⁸ So z. B. *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 214; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 695; *Schmidt* (Fn. 17), S. 406.

¹⁹ Vgl. etwa *Cramer/Heine* in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 27 Rn. 19.

²⁰ Guter Überblick dazu bei *Joecks* in MüKo (Fn. 4), § 27 Rn. 77 – 79.

²¹ *Cramer/Heine* in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 27 Rn. 23/24.

erweitern.²² In gleicher Funktion werden die bei der Wahlfeststellung benutzten Kriterien der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit herangezogen.²³ Jeweils soll vermieden werden, dass in jedem Fall der Fehlvorstellung eine bloß versuchte und darum straflose Beihilfe angenommen werden muss. Das wird jedenfalls dann nicht für angemessen gehalten, wenn die Haupttat sich nicht allzu weit von der Vorstellung des Gehilfen entfernt. Die Grundlage bildet auch dafür die oben dargelegte „Natur der Sache“. Überschriften ist die (unklare) Grenze, wenn der Täter ein „aliud“ begeht, also ein völlig anderes Delikt verwirklicht als dasjenige, welches der Gehilfe sich vorgestellt hat,²⁴ wie in unserem Brechstangen-Beispiel, sofern B eine Körperverletzung begeht.²⁵

Also: Sowohl bei unscharfer als auch bei konkreter, aber unzutreffender Vorstellung wird der Tatbestandsbezug gelockert, um eine Erweiterung der strafrechtlichen Zurechnung im Bereich der Beihilfe zu ermöglichen. Die Entwicklung ist im Fluss. In der Entscheidung des OLG Hamm zeichnet sich die praktisch bedeutsame Tendenz ab, den zurechenbaren tatbestandlichen Bereich sehr großzügig zu bestimmen.

5. Kritik

Machen wir einmal ein Experiment. Unsere Leserinnen und Leser werden gebeten, das juristische Drumherum zu vergessen und spontan zu sagen, ob und warum sie eine Bestrafung des A wegen Beihilfe zum Betrug richtig finden. – Könnte es sein, dass eine der

folgende Antworten das trifft, was Sie denken?

- Es geschieht A ganz recht; denn es ist nicht in Ordnung, solche krummen Geschäfte zu unterstützen.
- Es ist wenig glaubhaft, dass A nur ein krummes Geschäft vermutet hat; wahrscheinlich hat er mehr gewusst, und deswegen trifft ihn die Strafe zu Recht.
- Wer sich in die Gefahr begibt, in kriminelle Transaktionen verwickelt zu werden, kommt darin um. A muss daher die Folgen tragen.

Diese Spontan-Argumente verlieren ihre Überzeugungskraft, wenn man sie einmal näher analysiert. Das erste stellt auf ein moralisches Fehlverhalten ab; Strafe ist damit nicht begründbar. Das zweite Argument ist prozessrechtlich unzulässig: Was der Tatrichter auf der Grundlage der Hauptverhandlung festgestellt hat, ist bindend; darüber hinaus gehende Vermutungen müssen unberücksichtigt bleiben. An dritter Stelle findet sich eine Argumentation, die einen so nicht vorhandenen Tatbestand verwendet: Nicht die Begründung der Gefahr, durch eigenes Tun eine strafbare Handlung zu unterstützen, ist als Beihilfe strafbar, sondern allein die tatsächliche (und vom Vorsatz getragene) Unterstützung.

Nimmt man auf diese Weise strafrechtliche Grundsätze ernst (keine Strafbarkeit von Moralverstößen; Bindung an tatrichterliche Feststellungen; strikte Orientierung am Gesetz), dann erweist sich die Entscheidung des OLG Hamm als falsch. Zum letztgenannten Prinzip der Orientierung am Gesetz gehört die Beachtung des Bestimmtheitsgebotes. Mit ihm ist es nicht zu vereinbaren, als Vorsatz eine Vorstellung zu bezeichnen, die noch völlig diffus ist und die sich mit einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Tatbestände²⁶ (sowie mit straflosen Geschehensabläufen) verbinden lässt.

Das zeigt auch der Vergleich mit der Problemkonstellation der konkreten,

²² Weber in Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 31 Rn. 29.

²³ Joecks in MüKo (Fn. 4), § 27 Rn. 79.

²⁴ Cramer/Heine in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 27 Rn. 22.

²⁵ Verübt er hingegen eine Sachbeschädigung, so könnte A wegen Beihilfe dazu bestraft werden, weil ein Einbruch, von dem er ausging, in aller Regel mit einer Sachbeschädigung verbunden ist.

²⁶ Siehe o. 2. a. E.

aber falschen Vorstellung des Gehilfen von der Haupttat. Was dort an Erweiterungen der Zurechnung diskutiert wird,²⁷ ist weitaus enger abgesteckt als die „Spektralanalyse“ des OLG Hamm, die dem Unterstützer „krummer Geschäfte“ eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für vermögensbezogene Delikte aller Art aufbürdet.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Elvira Schwarz zugrunde.)

²⁷ Siehe o. 4.

1. Sachverhalt¹

Händler A erwirbt 1.800 hochwertige Neuwagen vom Unternehmen B, das diese Fahrzeuge produziert. Wegen der großen Stückzahl und weil A sich verpflichtet, die Autos erst nach frühestens sechs Monaten weiterzuverkaufen, gewährt B einen besonders günstigen Rabatt. Er liegt um 5 % über dem Rabatt, den das Unternehmen ansonsten einräumt. Wie von vornherein geplant, verkauft A die Fahrzeuge ohne Einhaltung der Wartezeit weiter. Hätte B die Fahrzeuge nicht an A, sondern anderweitig verkauft, so hätte als Abnehmer dafür kein Großkunde gleicher Art zur Verfügung gestanden. Der Verkauf hätte über den Einzelhandel erfolgen müssen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Man kann sich gut vorstellen, warum das Unternehmen B Strafanzeige gegen A wegen Betruges erstattet hat. Wer einen Rabatt, also einen Preisnachlass, gewährt, verfolgt damit geschäftliche Zwecke. Zur Erreichung dieser Zwecke wird die Rabattgewährung vielfach an Bedingungen geknüpft. Hier wollte B zum einen Lagerbestände abbauen und zum anderen verhindern, dass A mit den günstig erworbenen Fahrzeugen sofort auf den Markt kommt, was zum Absinken der Preise bei den laufenden Geschäften geführt hätte. Daher die

¹ Wiedergegeben werden nur die für die Problembehandlung wesentlichen Teile des Sachverhalts der Entscheidung.

Oktober 2004 Rabatt-Fall

Betrug / Rabatterschleichung / Eingehungsbetrug / Vermögensschaden / Erwerbssaussicht (Exspektanz) als Vermögenswert

§ 263 StGB

Leitsatz des Gerichts: Erschleicht sich der Käufer einer Ware einen Rabatt, liegt ein Betrug nur dann vor, wenn festgestellt werden kann, dass die Ware zu einem höheren Preis anderweitig ohne einen gleichzeitig höheren Kostenaufwand hätte verkauft werden können.

BGH, Beschl. vom 09. 06. 2004 - 5 StR 136/04; abgedruckt in NStZ 2004, 557.

Vereinbarung einer Wartefrist für den Weiterverkauf.

B sieht sich betrogen, weil A über seine Bereitschaft getäuscht hat, die Frist einzuhalten, und weil er den Rabatt nicht erhalten hätte, wenn B die wahre Sachlage gekannt hätte. Das Vorliegen eines Schadens scheint nicht weiter zweifelhaft zu sein. Muss B doch ein Defizit verbuchen, nämlich die Differenz zwischen der rabattgeminderten und der ungeminderten Einnahme.

So die geschäftliche Perspektive. Sie entspricht nicht der juristischen Perspektive. Aus dieser ergeben sich Zweifel am Vorliegen eines Vermögensschadens.

Doch prüfen wir der Reihe nach.² Außer Zweifel steht, dass die sonstigen Voraussetzungen des objektiven Betrugstatbestandes erfüllt sind. A hat über die (subjektive) Tatsache³ ge-

² Vgl. zum Aufbau einer Betrugsprüfung *Wesels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 27. Aufl. 2004, Rn. 597.

³ Vgl. zur Eignung auch subjektiver Tatsachen als Gegenstand einer Täuschung *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 27 f.

täuscht, dass er von vornherein nicht willens war, die Wartefrist einzuhalten. Dadurch trat bei den Geschäftspartnern des Unternehmens B ein entsprechender Irrtum ein, der bereits durch den Vertragsschluss zu einer Vermögensverfügung führte.

Die Schadensproblematik⁴ kommt zum Vorschein, wenn beim Einstieg in die Prüfung des Merkmals des Vermögensschadens eine Differenzierung vorgenommen wird, die bei gegenseitigen Geschäften unbedingt erforderlich ist. Es ist danach zu fragen, ob das betrügerische Vorgehen die Herbeiführung des Vertrages oder dessen Erfüllung betraf. **Eingehungs- und Erfüllungsbetrug** unterscheiden sich deutlich in der Art der **Schadensberechnung**.

Beim Eingehungsbetrug sind die beiderseitigen Vertragspflichten zu vergleichen. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn das betrügerisch Versprochene gegenüber der Leistungsverpflichtung des Getäuschten weniger wert ist, so dass sich dessen Vermögen durch den Vertragsschluss verschlechtert hat.

Dagegen ist im Falle eines Erfüllungsbetruges, in dem ein Vertragspartner sich nach Vertragsschluss entschließt, vertragswidrig zu leisten und darüber zu täuschen, ein Wertvergleich zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlichen Leistung vorzunehmen.⁵

Auf unseren Fall trifft die Konstellation des Eingehungsbetruges zu. In den Blick zu nehmen ist also die Situation von B vor und nach dem Vertragsschluss im Hinblick darauf, ob das Unternehmen betrügerisch zum Abschluss eines „schlechten“ Geschäfts veranlasst wurde. Ob das Geschäft tatsächlich schlecht war und sich das Vermögen von B dadurch verringert hat, ist noch nicht abschließend damit beantwortet,

⁴ Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 362 – 366.

⁵ Das bezieht sich auf den sog. echten Erfüllungsbetrug. Die speziellen Probleme des unechten Erfüllungsbetruges sind hier nicht von Belang; näher dazu *Küper* (Fn. 4), S. 366 f.

dass auf die rabattbedingte Mindereinnahme hingewiesen wird. Denn um eine Mindereinnahme handelt es sich nur, wenn die „Mehr“-Einnahme ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Dasselbe in anderer Formulierung: B würde nur dann schlechter dastehen, wenn die 1.800 Fahrzeuge zum ungeminderten oder jedenfalls zu einem höheren als dem mit A vereinbarten Preis hätten verkauft werden können. Durch den Vertragsschluss mit A wäre B dann geschädigt, weil dieser dazu geführt hat, dass die anderweitige Erwerbssaussicht nicht realisiert wurde.

Damit verlagert sich die Prüfung in den Bereich der Hypothesen oder gar der Spekulationen. Und es zeigt sich, dass die Fälle der Rabatterschleichung einem größeren Problemfeld zuzuordnen sind, nämlich der Erfassung von **Erwerbssaussichten (Exspektanzen)** als Vermögensbestandteil.⁶ Hier gilt grundsätzlich: Nicht jede, sondern **nur die gesicherte Erwerbssaussicht** wird als Vermögen von § 263 StGB geschützt. Die Aussicht muss so weit konkretisiert sein, dass sie eine **reale Vermögensposition** darstellt, weil ihr die Verkehrsanschauung bereits jetzt einen wirtschaftlichen Wert zuerkennt.

Für die Fälle der Rabatterschleichung hat das folgende Konsequenzen.⁷ Der hypothetische anderweitige Verkauf ist in der Regel ein Verkauf am Markt. Unter den Bedingungen eines freien Marktes stellt es **eher eine Ausnahme** dar, dass eine bestimmte Erwerbssaussicht als gesichert gelten kann. Es müssen **stabile, wenn nicht gar starre Marktverhältnisse** herrschen. Sie sind im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet, dass für das Produkt ein konstan-

⁶ Vgl. dazu *Tiedemann* in LK, 11. Aufl. § 263 Rn. 134 ff. (ausführlich) und *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 263 Rn. 34 (zusammenfassend).

⁷ Vgl. zum Folgenden BGH MDR 1981, 100; BGH NStZ 1991, 488; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 263 Rn. 57; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 251 f.

ter Bedarf besteht und dass ein festes Preisgefüge vorhanden ist.

Feststellungen dazu setzen eine genaue Marktanalyse voraus. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich der Markt jener Umsatzstufe zu betrachten ist, die im konkreten Fall betroffen ist (Groß-, Zwischen- oder Einzelhandel).

Diese Prüfungsleitlinien sind weitgehend anerkannt. Auf ihrer Grundlage ist der BGH in zwei vorangegangenen Entscheidungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.

Die erste Entscheidung⁸ betraf den Arzneimittelmarkt. Der Angeklagte hatte vom Hersteller einen Rabatt von 50 % erhalten, weil er zugesagt hatte, die Ware zu exportieren. Abredewidrig hatte er, wie von vornherein beabsichtigt, die Ware im Inland verkauft. Der BGH erkannte hier auf Betrug, weil nach seiner Ansicht auf Grund einer starren, nämlich durch Preisbindung und konstanten Bedarf geprägten, Marktlage eine gesicherte Erwerbssausicht bestanden hatte.

Im zweiten Fall⁹ ging es um einen Rabatt für den Kauf von großen Mengen an Autoreifen, die ebenfalls angeblich exportiert, in Wahrheit aber auf dem Inlandsmarkt abgesetzt werden sollten. Hier verneinte der BGH einen Vermögensschaden. Da der Autoreifenmarkt zur Tatzeit übersättigt gewesen sei und ein harter Wettbewerb mit schwankenden Preisen geherrscht habe, sei nicht feststellbar, dass für die Herstellerfirma die gesicherte Aussicht bestanden habe, die Ware anderweitig zu einem höheren Preis zu verkaufen.

Im vorliegenden Fall war der Markt für neue, hochwertige Automobile zu beurteilen. Als Besonderheit kam hinzu, dass ein Vergleich unterschiedlicher Umsatzstufen vorgenommen werden musste, weil für einen anderweitigen Verkauf keine Großkunden, sondern nur Einzelkunden zur Verfügung standen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechungslinie fort und entwickelt eine Verfeinerung des Prüfungsmaßstabs.

Als Ausgangspunkt wird zunächst festgehalten: Die Erwerbssausicht müsse sich so „verdichtet“ haben, „dass ihr der Geschäftsverkehr deswegen bereits wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt.“¹⁰

Der Umstand, dass die Fahrzeuge anderweitig nur in kleineren Mengen oder als Einzelstücke auf der nachgelagerten Umsatzstufe zu verkaufen gewesen wären, hat aus der Sicht des BGH zwei Konsequenzen. Zum einen müsse „eine Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass eine entsprechende Anzahl von Einzelkäufern tatsächlich die Autos zu einem höheren Preis abnehmen.“¹¹ Zum anderen müsse wegen des Prinzips der Gesamtsaldierung, das für die Bestimmung des Vermögensschadens maßgeblich sei,¹² „auch der zusätzliche Kostenaufwand mit berücksichtigt werden, der durch den Vertrieb in der nachgelagerten Handelsstufe entsteht (Inseratskosten, erhöhte Vorhaltekosten im Ladenlokal, Vertriebskosten)“.¹³ Das habe das Landgericht nicht bedacht, als es einen Vermögensschaden bejaht habe.

In einem solchen Fall, in dem das Tatgericht einen unzutreffenden Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt hat, kommt es zumeist zu einer Zurückverweisung der Sache gem. § 354 Abs. 2 StPO. Davon sieht der BGH hier ab. Er hält die Sache für entscheidungsreif und entscheidet selbst nach § 354 Abs. 1 StPO.

Nach seiner Ansicht „ist nicht ersichtlich, wie ein neuer Tatrichter unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes

⁸ BGH MDR 1981, 100.

⁹ BGH NSTz 1991, 488.

¹⁰ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹¹ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹² Unter Hinweis auf *Cramer* in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 99 f.

¹³ BGH NSTz 2004, 557, 558.

wird feststellen können, dass für die ... Fahrzeuge zusätzliche Kunden hätten gefunden werden können, die diese Autos auch zu dem für andere Kunden üblichen Preis abgenommen hätten. Der neue Tatrichter müsste sich dabei in einem völlig spekulativen Umfeld bewegen, weil diese ‚Kunden‘ in ihrer Individualität überhaupt nicht feststellbar sind und auch die Marktverhältnisse nicht ohne weiteres den Schluss zulassen, die Autos hätten anderweitig verkauft werden können.¹⁴ Der Markt für hochwertige Automobile sei wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass der Kundenkreis begrenzt sei.

Fazit: „Eine nur annähernd sichere Prognose dahingehend, es hätten sich noch weitere Kunden finden lassen, die solche Autos zu den sonst üblichen Rabattkonditionen erworben hätten, wird sich deshalb nicht treffen lassen.“¹⁵ Das bedeutet: keine gesicherte Erwerbssausicht; und das bedeutet: kein Vermögensschaden; folglich: Freispruch.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Ausbildungswert der Entscheidung besteht darin, dass sie **Klarheit über das Betrugsmerkmal des Vermögensschadens** verschafft.

Ein Betrug liegt nicht schon dann vor, wenn das Opfer getäuscht wurde, wenn es sich dadurch geirrt hat, wenn es daraufhin eine Vermögensdisposition getroffen hat und wenn es danach bilanzieren muss, dass sein Vermögen geringer ist, als es sein könnte, wenn es den hingegebenen Vermögenswert anders verwendet hätte. § 263 StGB schützt das Opfer grundsätzlich nicht vor einer täuschungsbedingten Investition, die es möglicherweise anderweitig gewinnbringend hätte einsetzen können. Allein der reale Vermögensverlust, der objektiv zu bestimmen ist, erfüllt das Kriterium des Vermögensschadens. Eine entgangene Erwerbsschance ist nur

ausnahmsweise real, nämlich dann, wenn sie sich wirtschaftlich zu einem echten Vermögenswert verfestigt hat. Das heißt praktisch: Es muss eine Situation gegeben sein, in der das Opfer zu einer Fehlinvestition verleitet wurde und dadurch eine gesicherte Gewinnaussicht eingebüßt hat.

Die Entscheidung verschafft eine weitere ausbildungsrelevante Erkenntnis: Strafrichterinnen und Strafrichter benötigen **betriebswirtschaftliches Basiswissen**, um Fälle aus dem Bereich der Wirtschaft angemessen lösen zu können.¹⁶ Für die Lösung des Rabatt-Falles muss man z. B. mit der Unterscheidung von Handelsstufen vertraut sein und wissen, dass der Vertrieb auf der jeweils niedrigeren Stufe einen erhöhten Kostenaufwand verursacht.

Für die Praxis hat die Entscheidung ganz erhebliche Bedeutung, nachdem die gesetzlichen Restriktionen für Rabatte beseitigt worden sind und geradezu ein Rabatt-Boom herrscht. Allerdings sind für den Normalverbraucher die (angeblichen) Rabatte in der Regel bedingungsfrei. Anders sieht es im Handel aus, insbesondere im Bereich des Groß- und Zwischenhandels. Dieser muss sich darauf einstellen, dass § 263 StGB in aller Regel nicht davor schützt, dass an Bedingungen geknüpfte Rabatte erschwindelt werden. Schadensansprüche werden sich also kaum einmal aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB herleiten lassen. Es empfiehlt sich, der Erschleichung von Rabatten durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen vorzubeugen.

5. Kritik

Die Entscheidung überzeugt. Sie hält konsequent an der bisherigen Linie der Rechtsprechung fest und macht zutreffend darauf aufmerksam, dass der Kostenaufwand in Rechnung zu stellen

¹⁴ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹⁵ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹⁶ Wie verschafft man sich dieses Wissen? Wir schlagen vor: V. Schultz, Basiswissen Betriebswirtschaft, 2003; Gabler Kompakt-Lexikon Wirtschaft, 8. Aufl. 2001.

ist, wenn der erwartete Gewinn eine niedrigere Umsatzstufe betrifft.

Bei der Erörterung wirtschaftlicher Zusammenhänge schießt die Entscheidung allerdings etwas über das Ziel hinaus. Näher erörtert wird noch der Umstand, dass durch die Geschäftspraktiken des A das Vertriebssystem des B Schaden genommen hat.¹⁷ Das mag zutreffen. Es liegt aber auf der Hand, dass dieser Umstand nicht betrugsrelevant ist, weil kein Zusammenhang mit der von A angestrebten Bereicherung besteht. Diese bezog sich vielmehr eindeutig auf die Rabattgewährung. Offenbar sollten hier betriebswirtschaftliche Lesefrüchte (eines Mitarbeiters?) geerntet werden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nadja Bernhardt zugrunde.)

¹⁷ BGH NSTZ 2004, 557, 558.

1. Sachverhalt

A schlägt und tritt B, dessen linker Augapfel dabei schwer verletzt wird. Das Sehvermögen auf diesem Auge beträgt danach nur noch 5 %. Nach drei Operationen kann die Sehfähigkeit auf dem linken Auge mit einer Kontaktlinse und einer Prismenbrille auf 50 % gesteigert werden. Als operative Maßnahme kommt noch das Einsetzen einer Linse in Betracht. Ein Bedarf dafür besteht derzeit aber nicht.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB sieht einen erhöhten Strafraum für eine vorsätzliche Körperverletzung vor, wenn sie zur Folge hat, dass die verletzte Person das Sehvermögen auf einem Auge verliert. Der Sachverhalt macht eine **Prüfung** dieser Vorschrift **in zwei Schritten** erforderlich.

Zunächst ist zu fragen, ob B als unmittelbare Folge der Tat sein Sehvermögen auf dem linken Auge eingebüßt hat. Immerhin war eine Sehfähigkeit von 5 % erhalten geblieben. Wäre darin ein noch ausreichendes Sehvermögen zu erblicken, so müsste auf die weitere Entwicklung nicht mehr eingegangen werden. Denn sie hat nur zu einer Verbesserung des Zustandes geführt. Ein Verlust des Sehvermögens wäre zu verneinen, wie auch immer diese Entwicklung zu bewerten sein mag.

Wird hingegen auch bei einem restlichen Sehvermögen von 5 % eine

November 2004

Augapfel-Fall

Schwere Körperverletzung / Verlust des Sehvermögens / Wiederherstellung der Sehfähigkeit durch Operation oder Hilfsmittel / Körperbezug des Hilfsmittels

§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Der Verlust des Sehvermögens auf einem Auge im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird nicht dadurch beseitigt, dass nur vorübergehend mit dem Körper verbundene Hilfsmittel, wie Kontaktlinsen oder Brillen, die Auswirkung abmildern.

BayObLG, Urteil vom 20.04.2004 – St RR 965/03; abgedruckt in NStZ-RR 2004, 264.

Funktionsuntauglichkeit des Auges angenommen, so muss in einem zweiten Schritt gefragt werden: War die Einbuße des Sehvermögens nur vorübergehend, also kein wirklicher Verlust, weil nach den drei Operationen die Sehfähigkeit unter Verwendung von Hilfsmitteln 50 % beträgt?

Für beide Prüfungsschritte kann auf Materialien aus Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden.¹

Nach allgemeiner Ansicht setzt die Erfolgsqualifikation **keinen Totalverlust** des Sehvermögens voraus. Eine Verständigung darauf, bis zu welcher Quote an restlichem Sehvermögen noch von einem Verlust gesprochen werden kann, ist bislang aber nicht erfolgt.

Nach Ansicht des Reichsgerichts² liegt jedenfalls bei einer restlichen Sehstärke von 2 % ein Verlust vor. Das OLG Hamm³ setzt die Schwelle bei 5 bis

¹ Vgl. insgesamt zum Folgenden *Hardtung* in MüKo, StGB, 2004, § 226 Rn. 6-22.

² RGSt 72, 321.

³ OLG Hamm GA 1976, 304, 306.

10 % an. Die Kommentare belassen es bei vagen Angaben, die sich so zusammenfassen lassen: Bei einem restlichen Sehvermögen von unter 10 % liegt es nahe oder ist es zumindest möglich, einen Verlust anzunehmen.⁴

Bezweifeln kann man, ob es Sinn macht, sich an solchen Zahlen zu orientieren. Ein gewisser Vorteil mag darin bestehen, dass der Praxis die Rechtsanwendung erleichtert wird, wenn ihr bestimmte Zahlenwerte vorgegeben werden, wie z. B. für die Feststellung der Fahruntüchtigkeit nach Promillewerten des Blutalkohols. Nachteilig ist dagegen, dass der **Sachgrund** verdeckt wird, der die Erstreckung des Begriffs des Verlustes auf Fälle eines restlichen Sehvermögens veranlasst hat: Es soll berücksichtigt werden, dass der Betroffene gleichermaßen wie ein Blinder bei der Bewältigung alltäglicher Lebenssituationen auf das Organ verzichten muss. Das ist etwa dann der Fall, wenn lediglich noch große und konturenscharfe Gegenstände im Nahbereich wahrgenommen werden. Daher sollte weniger auf Prozentwerte und mehr auf die praktischen Folgen der Sehbeeinträchtigung geachtet werden.⁵

In unserem Fall wurden dazu keine Feststellungen getroffen. Es steht lediglich fest, dass B zunächst nur noch über ein Sehvermögen von 5 % verfügte. Nach der dargestellten h. M. zu den Prozentwerten ist es sehr wahrscheinlich, dass dadurch ein Verlust eingetreten wäre, falls es bei diesem Zustand geblieben wäre.

Der soeben formulierte, etwas komplizierte Satz sollte darauf vorbereiten, dass wir uns nunmehr begrifflich

festlegen wollen: **Verlust** ist nur das **dauerhafte Defizit**.

Dazu zwingt nicht der Alltagssprachgebrauch. Denn danach kann Verlorenes wieder gefunden oder erworben werden. Nötig ist die begriffliche Festlegung aber aus Gründen der gesetzlichen Systematik und des Gesetzeszwecks.⁶ Dass ein „Verlust“ Dauerhaftigkeit erfordert, zeigt der **Vergleich mit anderen Tatbestandsvarianten** in § 226 Abs. 1 StGB. Danach hängt die Straferschwerung von der „dauernden“ Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körpergliedes (Nr. 2) oder der „dauernden“ Entstellung (Nr. 3) ab. Wegen der Gleichheit in der Rechtsfolge muss auch der Ausfall eines Organs nach Nr. 1 von Dauer sein. Nur die Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung rechtfertigt zudem die Hochstufung zu einem Verbrechen.

Hinzuzufügen sind **weitere Begriffselemente**. Die Beurteilung der Dauerhaftigkeit erfordert eine zum Zeitpunkt der Entscheidung zu treffende Prognose. Gewissheit kann es also nicht geben. Auch steigt das Maß an unvermeidlicher Unsicherheit, je weiter in die Zukunft vorgegriffen wird. Da trotz dieser Schwierigkeiten eine Entscheidung getroffen werden muss, behilft man sich mit weichen Formulierungen. Danach ist eine organbezogene Fähigkeit verloren, wenn der Verletzte sie **für einen längeren Zeitraum einbüßt, dessen Ende nicht absehbar ist**.⁷

Damit verfügen wir über die nötige Basis für den angekündigten zweiten Prüfungsschritt. Eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung scheidet aus, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung das Organ wieder funktionstüchtig ist oder wenn zu erwarten ist, dass es in absehbarer Zeit seine Funktionstüchtigkeit wiedererlangt.

⁴ Vgl. z. B. *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 226 Rn. 2; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 226 Rn. 2 a. – Dementsprechend hat das AG Köln, MDR 1981, 780, bei einer verbliebenen Sehfähigkeit von 20 % einen Verlust verneint; siehe auch *Stree* in *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 226 Rn. 1 b.

⁵ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 40.

⁶ Vgl. *Hardtung* in *Müko* (Fn. 1), § 226 Rn. 7.

⁷ So oder ähnlich z. B. *Stree* in *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 226 Rn. 1 b; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 226, Rn. 2; *Hirsch* in *LK*, StGB, 11. Aufl., § 226 Rn. 8.

Das gilt uneingeschränkt für den Fall der auf natürlichem Wege eingetretenen Heilung. Was soll aber gelten, wenn eine Zustandsverbesserung durch Medikamente, Operationen oder Hilfsmittel herbeigeführt wurde oder künftig möglich ist? Wäre deren Berücksichtigung nicht eine unverdiente Privilegierung des Täters? Und müsste nicht jedenfalls unterschieden werden zwischen Maßnahmen und Ersatzsubstanzen, die den Zustand des Organs selbst verbessern, und körperfremden Hilfsmitteln, die lediglich ein besseres Funktionieren des Organs ermöglichen?

Bedenken wegen einer unverdienten Privilegierung des Täters greifen letztlich nicht durch. Auch in anderen strafrechtlichen Zusammenhängen profitieren Täter von Entwicklungen, auf die sie keinen Einfluss haben, so z. B. von rettenden Eingriffen Dritter, welche die Tatvollendung verhindern.⁸ Das Schuldprinzip lässt sich also nicht in der Weise umkehren, dass den Täter nur eine ihm als Verdienst zurechenbare Beseitigung oder Abmilderung des Schadens entlastet.⁹

In der Anerkennung künstlich herbeigeführter Heilerfolge hat die Rechtsprechung ursprünglich einen restriktiven Standpunkt eingenommen. Das Reichsgericht wandte sich gegen eine Berücksichtigung operativer Eingriffe¹⁰ und hielt – im Zusammenhang mit der dauernden Entstellung gem. § 226

Abs. 1 Nr. 3 StGB – grundsätzlich auch prothetische Hilfsmittel für unbeachtlich.¹¹ Der Bundesgerichtshof verschob diese Grenzlinie mit einer Entscheidung, die wiederum die dauernde Entstellung betraf.¹² Diese ist nach seiner Ansicht zu verneinen, wenn der Schaden durch eine Prothese, hier durch eine Zahnprothese, verdeckt wird. Auch ist mittlerweile in der Rechtsprechung sowohl für den Organverlust als auch für die dauernde Entstellung anerkannt, dass eine Verbesserung des Zustandes im Wege der Operation zugunsten des Täters zu berücksichtigen ist; das gilt für die bereits durchgeführte sowie für die mögliche und dem Opfer zumutbare Operation.¹³

Die Literatur stimmt dieser Rechtsprechung zu und überträgt sie teilweise auf die Fälle der Beeinträchtigung organbezogener Fähigkeiten. Danach ist kein Verlust gegeben, wenn das Opfer operativ geheilt worden ist oder durch eine ihm zumutbare Operation geheilt werden kann.¹⁴ Was den Einsatz von Prothesen betrifft, so wird unterschieden. Im Hinblick auf die Folge der dauerhaften Entstellung könnten sie – je nach den Umständen – berücksichtigt werden, weil es hier allein auf das äußere Erscheinungsbild ankomme.¹⁵ Dagegen könnten sie den Verlust von Gliedmaßen nicht beseitigen, so dass § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB anwendbar bleibe.¹⁶

Kein Konsens wurde bislang darüber erzielt, ob **Funktionsverbesserungen durch Prothesen, Surrogate und sonstige Hilfsmittel** den Verlust eines organbezogenen Vermögens nach

⁸ Das Eingreifen Dritter bewahrt den Täter vor einer Bestrafung wegen vollendeter Tat. Es kann sogar zur Straflosigkeit wegen Rücktritts führen. Im Falle eines beendeten Versuchs genügt es, wenn der Täter freiwillig eine Ursache für die Rettung durch Dritte setzt. Eine Pflicht zu bestmöglichen Rettungsmaßnahmen erlegt ihm das Gesetz nicht auf, so dass er (nach h. M.) auch von einem eher zufälligen Eingreifen anderer profitiert. Vgl. dazu *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 16 Rn. 67-77; *Marxen*, Strafrecht Kompaktkurs AT, 2003, S. 202 f.

⁹ Darin kann man eine überholte Orientierung am Erfolg sehen. Doch sollte auch bedacht werden, dass auf diese Weise ein übermäßig häufiger Gebrauch der Strafgewalt verhindert wird.

¹⁰ RGSt 27, 80.

¹¹ RGSt 14, 344; auch BGHSt 17, 161, 163 ff.

¹² BGHSt 24, 315, 317 f.

¹³ OLG Hamm GA 1976, 304, 306; auch LG Berlin NStZ 1993, 286 (mit Einschränkungen hinsichtlich etwaiger Kosten).

¹⁴ Vgl. z. B. *Stree* in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 1 b; *Paeffgen* in NK-StGB, § 226 Rn. 17; *Hirsch* in LK (Fn. 7), Rn. 9.

¹⁵ Vgl. *Hirsch* in LK (Fn. 7), Rn. 21; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 226 Rn. 4.

¹⁶ Vgl. *Stree* in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 2; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 226 Rn. 8.

§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausschließen können.

In der Literatur wird dazu der Standpunkt vertreten, dass körperfremde Hilfsmittel, wie Brillen und Kontaktlinsen, ungeeignet seien, die Funktionseinbuße zu kompensieren. Derartige Mittel würden lediglich die Auswirkungen der eingetretenen schweren Folge abmildern. Die Tauglichkeit des Organs selbst werde nicht wiederhergestellt.¹⁷

Ein gegenläufiger Standpunkt lässt sich einer Entscheidung des OLG Hamm¹⁸ entnehmen. Danach ist ein Verlust des Sehvermögens zu verneinen, wenn das Opfer mit Surrogaten, im Fall des OLG Hamm mit Brille und Kontaktlinsen, wieder ausreichend sehen kann. An dieser Entscheidung orientierte sich im vorliegenden Fall das Landgericht und gelangte somit zu der Annahme, dass § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht anwendbar sei.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BayObLG widerspricht dem OLG Hamm.¹⁹ Ein Verlust des Sehvermögens sei auch dann gegeben, wenn die Beeinträchtigung der Sehfähigkeit mit Hilfsmitteln reduziert werden könne. Das gelte jedenfalls für „nur vorübergehend mit dem Körper verbundene Hilfsmittel“²⁰, wie Kontaktlinsen und Brillen.

Das Gericht schließt sich damit der dargelegten Literaturauffassung an. Aufgegriffen wird das Argument, dass sich der Verletzte laufend um solche Hilfsmittel kümmern müsse, woraus sich ergebe, dass sie das körperliche Organ nicht ersetzen.

Zusätzliche Gründe werden nicht angeführt. Im Übrigen betont das Gericht den Unterschied zur schweren Folge der dauernden Entstellung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Da dieses Merkmal nur das äußere Erscheinungsbild betreffe, könnten ästhetisch ausgleichende Hilfsmittel berücksichtigt werden. Das sei nicht auf die Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit von Organen übertragbar.

Da das Landgericht anders entschieden hatte, musste das Urteil aufgehoben werden. In der Sache selbst konnte das BayObLG nicht entscheiden, weil das Landgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – darauf verzichtet hatte, der Frage nachzugehen, ob ein Verlust des Sehvermögens anzunehmen ist, wenn die Hilfsmittel unberücksichtigt bleiben. Darüber wird nunmehr eine andere Kammer des Landgerichts befinden müssen.

Ihr gibt das BayObLG auf, festzustellen, „in welchem Umfang die Sehfähigkeit des Verletzten zum Urteilszeitpunkt durch die erfolgten Operationen ohne Verwendung von Surrogaten (Kontaktlinse und Prismenbrille) wiederhergestellt wurde oder durch weitere zumutbare Operationen wiederhergestellt werden kann“²¹. Offensichtlich soll insoweit mehr ermittelt werden als ein bloßer Prozentwert.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

§ 226 StGB bietet sich in vielfacher Hinsicht für Ausbildungs- und Prüfungszwecke an. Als Regelung einer **Erfolgsqualifikation** (Abs. 1) eignet sich die Vorschrift für die Erörterung der zahlreichen damit zusammenhängenden Probleme.²² Ferner lassen sich mit ihr strafprozessuale Fragestellungen ansprechen, welche die **Rechtskraft**

¹⁷ *Hardtung* in MüKo (Fn. 1), § 226 Rn. 18.

¹⁸ OLG Hamm GA 1976, 304, 306.

¹⁹ Da die Rechtsauffassung des OLG Hamm für das seinerzeitige Urteil nicht entscheidungserheblich gewesen war, bestand für das BayObLG nicht die Pflicht, wegen der beabsichtigten Abweichung die Sache dem BGH gem. § 121 Abs. 2 GVG vorzulegen.

²⁰ BayObLG NStZ-RR 2004, 264, 265.

²¹ BayObLG NStZ-RR 2004, 264, 265.

²² Stark zusammenfassende Darstellung bei *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2004, § 34 Rn. 6-12; ausführlicher: *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 17 a.

betreffen.²³ Und schließlich hat sie eine Vielzahl an Auslegungsproblemen zu bieten, unter denen das hier relevante der Dauerhaftigkeit der Folge besondere Aufmerksamkeit verdient, weil es bei allen Tatbestandsvarianten auftritt.

In der Regel bereitet es keine Mühe, die „Verlust-Problematik“ aufzuspüren. Denn der Aufgabensteller kann nicht umhin, eine Spur zu legen, indem er im Sachverhalt Angaben zu den Folgen der Körperverletzung, zu medizinischen Maßnahmen und zur weiteren Entwicklung macht. Für die Qualität der Bearbeitung ist daher von entscheidender Bedeutung, wie intensiv diese Umstände ausgewertet werden. Man sollte die eigene Lösung sorgfältig daraufhin überprüfen, ob sie alle Sachverhaltsangaben dieser Art verarbeitet.

Verwertbar ist die Entscheidung darüber hinaus für einen allgemeinen Erkenntnisgewinn. An ihr lässt sich studieren, welche Probleme der rasante **(medizinisch-)technische Fortschritt** einer Strafrechtsanwendung bereitet, die auf Eindeutigkeit und Beständigkeit ihrer Ergebnisse bedacht sein muss und daher Mühe hat, der Entwicklung zu folgen.

Anknüpfen lässt sich an die eher beiläufige Mitteilung in der Entscheidung, dass auch noch ein operativer Eingriff möglich sei, durch den eine Linse in das beschädigte Auge eingesetzt werde. Diese künstliche Linse wäre zwar ein Fremdkörper; die Verbindung mit dem Körper wäre jedoch nicht nur vorübergehender Natur. Soll die Art und die Dauerhaftigkeit der Verbindung mit dem Körper den Ausschlag geben, was doch wohl der vom BayObLG ausgegebenen Leitlinie entspricht, dann müsste sich diese mögliche medizinische Maßnahme zugunsten des A auswirken, sofern dadurch eine Verbesserung der Sehfähigkeit zu erwarten ist und der Eingriff dem B zugemutet werden kann. Das BayObLG belässt es bei

dem vagen Hinweis, dass insoweit derzeit kein Bedarf bestehe.²⁴ Die nunmehr zuständige Landgerichtskammer wird sich damit näher befassen müssen.

Allgemein wird es – auf der Grundlage der Entscheidung – nötig sein, zu unterscheiden zwischen unbeachtlichen Hilfsmitteln, die nur vorübergehend mit dem Körper verbunden sind, und solchen Hilfsmitteln, die dauerhaft in den Körper integriert sind. Passend für Letztere wäre wohl die Bezeichnung „Implantate“.

Angesichts der medizinisch-technischen Entwicklung ist es aber sehr zweifelhaft, ob sich eine solche Abgrenzung sinnvoll durchführen lässt. Die Hilfsmittel werden immer kleiner, so dass sie implantiert werden können. Eine Implantation ist teilweise auch erforderlich, weil das Funktionieren von der direkten Verbindung mit Körperteilen abhängt. Im Übrigen entspricht das Implantieren auch dem Wunsch der Patienten, denen daran gelegen ist, nicht durch äußerlich sichtbare Hilfsmittel aufzufallen. Die hochkomplexen technischen Systeme bedürfen regelmäßiger Kontrolle. Gelegentlich müssen sie auch ausgetauscht werden.

Ein Beispiel dafür sind implantierbare Hörhilfen.²⁵ Sie haben die Funktion eines künstlichen Innenohrs. Die Implantate müssen in bestimmten Zeitabständen justiert werden. Dazu bedarf es keiner Entnahme. Die Justierung kann sogar im Wege der Fernübertragung von Daten (Internet, ISDN-Telefonleitung) durchgeführt werden. Die Geräte können also wie körperexterne technische Hilfsmittel überprüft und gewartet werden. – Ist es tatsächlich sinnvoll, im Falle ihres Einsatzes den Verlust des Gehörs gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verneinen, weil es sich um Implantate handelt, und bei der Verwendung von Miniatur-

²³ Vgl. *Rössner*, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2004, S. 111 f. (zur Körperverletzung mit Todesfolge).

²⁴ BayObLG NStZ-RR 2004, 264, 265.

²⁵ Vgl. dazu die Informationen im ZDF-Ratgeber (www.zdf.de/ZDFde/inhalt/12/0,1872,2058060,FF.html).

Hörgeräten, die ins Ohr gesteckt werden, gegenläufig zu entscheiden?²⁶

Mit dieser Frage sind auch bereits die **praktischen Konsequenzen** der Entscheidung angesprochen. Zu erwarten ist, dass sie vorerst als Leitentscheidung akzeptiert werden wird, weil sie mit der Unterscheidung von inkorporierten und körperexternen Hilfsmitteln eine für die derzeitige medizinische Alltagspraxis plausible Differenzierung trifft. Vermutlich wird sich aber bald zeigen, dass der medizinisch-technische Fortschritt zu einer Überprüfung nötigt.

Welche Richtung die künftige Rechtsanwendung einschlägt, kann nur vermutet werden. Denkbar ist, dass in Fortsetzung der bisherigen Entwicklung die Unterscheidung zwischen körperinternen und -externen Hilfsmitteln aufgegeben und dem Grundsatz Geltung verschafft wird: „Alles, was dem Opfer nützt, nützt auch dem Täter.“ Möglich erscheint aber auch, dass sich die gegenläufige Devise durchsetzt: „Zurück zum Reichsgericht!“²⁷ Das könnte bedeuten, dass der Täter für die unmittelbaren körperlichen Defizite uneingeschränkt einstehen müsste, die er durch seine Handlung herbeigeführt hat; nachfolgende ärztliche Eingriffe, die den eingetretenen Körperschaden beheben, sowie die Möglichkeit einer Kompensation durch Hilfsmittel welcher Art auch immer würden ihm nicht zugute kommen. Ungerecht wäre es nicht, den Täter auf diese Weise für die körperlichen Folgen seines Handelns verantwortlich zu machen.

5. Kritik

Das Urteil des BayObLG weist die Vorzüge und die Nachteile einer strikt fallbezogenen Entscheidung auf. Das Gericht gelangt, indem es sich auf das

spezielle Fallproblem (Wiederherstellung des Sehvermögens durch Kontaktlinsen oder Brillen?) konzentriert, mit übersichtlicher, knapper und in sich schlüssiger Begründung zu einer klaren Entscheidungsmaxime. Andererseits bleiben wichtige Zusammenhänge unberücksichtigt, weil verwandte Phänomene und die technische Entwicklung nicht in den Blick genommen werden. – Wie gut, dass es dafür FAMOS gibt!

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sebastian Sabellek zugrunde.)

²⁶ Die Sache wird noch komplizierter dadurch, dass bei Hörimplantaten zumeist zusätzlich ein äußerlich am Ohr anzubringendes Empfangsgerät verwendet werden muss (vgl. Fn. 25). Das Gesamtsystem besteht also aus körperinternen und -externen Komponenten.

²⁷ Vgl. oben 2.

1. Sachverhalt

A und B überfallen eine Grillstube. Sie treten gegenüber der Angestellten C dadurch bedrohlich auf, dass sie verummumt sind und laut „Geld“ von ihr fordern. Auch ergreift A, wie vereinbart, die C und hält ihr einen 28 cm langen, spitz zulaufenden Schraubenzieher, den er mit seiner Jacke verdeckt, gegen die Hüfte. Es soll der Eindruck erweckt werden, er habe eine Pistole. C bemerkt jedoch den mit dem Schraubenzieher ausgeübten Druck nicht. Bereits die sonstigen Umstände veranlassen sie aber, die Kasse zu öffnen. A und B entnehmen 315 Euro und fliehen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Klar ist, dass A und B gemeinschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) einen Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB begangen haben.¹ Dafür reicht es aus, dass sie durch ihr Auftreten – Vermummung, Ruf nach „Geld“, Ergreifen der C – konkludent mit gegenwärtiger Leibesgefahr drohten und sich dadurch die Möglichkeit verschafften, Geld aus der Kasse zu nehmen. Der von C nicht bemerkte Einsatz des Schraubenziehers kann insoweit außer Betracht bleiben.

Klar ist auch, dass die Täter sich wegen **schweren Raubes gem. §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 249 StGB** in der Form des Bei-sich-Führens eines

¹ Zur Abgrenzung gegenüber der räuberischen Erpressung siehe unten 4.

Dezember 2004

Schraubenzieher-Fall

Raub / schwerer Raub / Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs als Drohmittel / Erfordernis der Wahrnehmung durch das Opfer

§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges als Drohmittel bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass die Drohung von dem Bedrohten wahrgenommen wird.

BGH, Beschl. v. 1. 9. 2004 – 2 StR 313/04; abgedruckt in NJW 2004, 3437

gefährlichen Werkzeugs strafbar gemacht haben. Ohne Bedeutung ist hier der Meinungsstreit um die Auslegung dieses Merkmals.² Denn nach allen hierzu vertretenen Auffassungen sind die Voraussetzungen gegeben. Objektiv gesehen eignete sich der Schraubenzieher nach Größe und Form allgemein und auch auf Grund der konkreten Tatumstände zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen. Zudem war er einer Stichwaffe durchaus ähnlich. In subjektiver Hinsicht bestand nicht nur der Vorbehalt, sondern sogar die Absicht, ihn in einer Weise einzusetzen, die das Opfer in die Gefahr brachte, erheblich verletzt zu werden. Zwar war nur ein Einsatz als Drohmittel geplant. Aber

² Zusammenfassende Darstellung bei *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 433–438; *Rengier*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2004, § 4 Rn. 24–25 d, sowie FAMOS Juni 2001 (Taschenmesser-Fall); argumentative Aufbereitung im Rahmen einer Falllösung bei *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 286–288.

allein schon der Umstand, dass der Schraubenzieher dabei gegen den Körper des Opfers gedrückt wurde, war verletzungssträftig.

Unklar ist jedoch, ob auch die höhere Qualifikationsstufe eines **schweren Raubes nach §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 249 StGB** erreicht ist. Haben A und B ein gefährliches Werkzeug bei der Tat verwendet, obwohl C den Schraubenzieher gar nicht bemerkte? Für eine Antwort darauf bedarf es einiger Vorüberlegungen.

Der Wortlaut („bei der Tat“) würde es erlauben, jedwede Verwendung im Zusammenhang mit dem Raub zu erfassen. Der Gesetzeszweck macht jedoch Einschränkungen erforderlich. Die Höherbestrafung hat ihren Grund darin, dass das Opfer durch das Tatmittel in erhöhte Gefahr gerät.³ Das ist nicht der Fall, wenn dieses ausschließlich zur Ausführung der Wegnahmehandlung verwendet wird, z. B. zum Aufbrechen des Safes.⁴ Daher wird allgemein angenommen, dass die **Verwendung im Zusammenhang mit der räuberischen Nötigungshandlung** erfolgt sein muss.⁵

Denkbar ist eine noch weitergehende Beschränkung auf das Nötigungsmittel der Gewalt.⁶ Man könnte folgendermaßen argumentieren: Soll es von vornherein bei einer bloßen Drohung bleiben, so gerät das Opfer nicht in die Gefahr, verletzt oder getötet zu werden.

Das wäre jedoch eine arg verkürzte Gefahrenanalyse. Denn wird mit einem in gefährlicher Weise einsetzbaren Mittel gedroht, so lassen sich Verletzungen des Opfers nicht ausschließen. So kann

eine körpernah ausgeführte Drohung, wie sie in unserem Fall erfolgte, eine Verletzungsgefahr hervorrufen. Ferner ist zu bedenken, dass das Geschehen eskalieren kann, wenn das Opfer sich wehrt oder der Täter eine Erhöhung des Nötigungsdrucks für erforderlich hält. Auch im Zusammenhang mit einer **Nötigung durch Drohung** ist somit die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs möglich.⁷ Das hat auch der Gesetzgeber so gesehen.⁸

Sehr umstritten ist, wie die Gefahr beschaffen sein muss, ob abstrakt oder konkret. Einigkeit besteht aber darin, dass objektiv ungefährliche Gegenstände, wie z. B. Scheinwaffen, nicht erfasst werden.⁹

In unserem Fall wäre es allerdings voreilig, sogleich in eine nähere Betrachtung der Gefahrenlage einzutreten. Damit würde die Vorfrage übersprungen, ob denn die Täter den Schraubenzieher überhaupt als Drohmittel verwendet haben.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick unnötig, darauf noch näher einzugehen. Schließlich haben A und B es nicht dabei belassen, das Werkzeug bei sich zu führen; vielmehr haben sie in vollem Umfang das verwirklicht, was sie zur Ausführung der Drohung tun wollten. Zu einer anderen Bewertung kann es aber kommen, wenn die Verwendung als Drohmittel auch von der **Opferperspektive** abhängt. Für ein Verwenden könnte noch erforderlich sein, dass das Opfer die Drohung wahrgenommen hat, die durch das Werkzeug hervorgerufen werden sollte.

Zu diesem Problem sind bisher nur wenige Autoren vorgedrungen. Auch ist der Diskussionsstand unterentwickelt. Er beschränkt sich auf eine Konfrontation der Meinungen. Einerseits heißt es, dass für eine Verwendung zur Drohung

³ Z. B. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 27. Aufl. 2004, Rn. 349. – Vgl. noch zum Gesetzeszweck unten 4. Fn. 16.

⁴ Vgl. *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 79 f.

⁵ Vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 250 Rn. 7 m. w. N.

⁶ Überlegungen dazu (mit negativem Ergebnis) bei *Dencker* in: *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, 1. Teil Rn. 26.

⁷ So die ganz h. M., z. B. BGHSt 45, 92; *Küper* (Fn. 2), S. 436 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 250 Rn. 4; krit. *Lesch*, JA 1999, 30, 31 f.

⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 45.

⁹ Näher zu diesen Fragen *Wessels/Hillenkamp*, (Fn. 3), Rn. 350 a.

die Wahrnehmung des Betroffenen erforderlich sei.¹⁰ Andererseits wird es für ausreichend gehalten, wenn das Opfer die Möglichkeit zur Wahrnehmung gehabt hat.¹¹

Der Meinungsunterschied ist hier entscheidungserheblich. Wer die Wahrnehmung für notwendig hält, gelangt zur Annahme eines bloßen Versuchs des schweren Raubes gem. §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 249, 22, 23 StGB; dieser tritt hinter dem vollendeten schweren Raub gem. §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 249 StGB zurück. Die Auswirkungen auf das Strafmaß sind beträchtlich: Die Mindeststrafe beträgt drei statt fünf Jahre Freiheitsstrafe.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH entscheidet tätergünstig. Der Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs zum Zweck der Drohung soll nur dann ein Verwenden im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB darstellen, wenn das Opfer diese Bedrohung wahrgenommen hat.

Die Begründung fällt so knapp aus, dass sie hier wörtlich wiedergegeben werden kann: „... eine Verwendung als Drohmittel setzt voraus, dass die Drohung das Opfer erreicht. Drohung ist das ausdrückliche oder schlüssige In-Aussicht-Stellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, dass der Bedrohte sich nicht dem Willen des Drohenden beugt. Drohung erfordert daher, dass der Bedrohte in diese Zwangslage versetzt wird, mithin Kenntnis von der Drohung erlangt. Da das Opfer im vorliegenden Fall den Schraubenzieher überhaupt nicht bemerkt hat und deshalb eine entsprechende qualifizierte Einwirkung auf den Willen der Zeugin gar nicht eingetreten ist, wurde der Schraubenzieher nicht

bei der Tat als Mittel zur Drohung verwendet.“¹²

Ergebnis: A und B haben sich nur wegen schweren Raubes gem. §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 249 StGB strafbar gemacht.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Fallproblem ergibt sich aus einer sehr speziellen Sachverhaltskonstellation. Sie muss richtig erfasst werden, damit man bei der Lösung nicht auf den Holzweg gerät. Das macht den Fall prüfungsverdächtig.

Die Besonderheit besteht darin, dass sich die **Drohkulisse aufspalten** lässt. Für die Drohung im Hinblick auf den Grundtatbestand des Raubes reichte das sonstige Auftreten der Täter; der Einsatz des Schraubenziehers kann insoweit unberücksichtigt bleiben.

Hätten die Täter allein auf den Schraubenzieher gesetzt und wären sie auch dabei geblieben, so hätte das Geschehen einen anderen Verlauf genommen. Mangels Wahrnehmung wäre das Opfer unbeeindruckt geblieben und die Täter hätten unverrichteter Dinge wieder abziehen müssen. Sie hätten sich lediglich wegen versuchten (schweren) Raubes strafbar gemacht.

Der Fall, so wie er sich tatsächlich ereignet hat, kann zu der Prüfung der Frage verleiten, ob für den Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme beim Raub eine subjektiv-finale Verbindung genügt oder Kausalität erforderlich ist.¹³ Die Verführung geht von dem Umstand aus, dass der Schraubenzieher eingesetzt wurde, aber wirkungslos blieb. Dabei würde übersehen, dass das sonstige bedrohliche und vom Opfer auch wahrgenommene Auftreten eine sogar kausale Wirkung für die anschließende Wegnahmehandlung ent-

¹⁰ So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 350 a.

¹¹ *Becker* in: *Schlüchter* (Hrsg.), *Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz*, 1998, S. 79.

¹² BGH NJW 2004, 3437.

¹³ Zusammenfassend zu diesem Problem *Krey/Hellmann*, *Strafrecht BT 2*, 13. Aufl. 2002, § 3 Rn. 191 f.; *Rengier* (Fn. 2), § 7 Rn. 14.

faltete. Auf den Einsatz des Schraubenziehers kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Er ist ausschließlich im Hinblick darauf zu würdigen, ob damit ein gefährliches Werkzeug gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendet wurde oder lediglich ein Bei-sich-Führen gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB gegeben ist.

Wer das Fallproblem richtig erfasst, hat schon einiges geleistet. Was noch fehlt, ist eine ergiebige Auseinandersetzung mit **Pro- und Contra-Argumenten**. Insofern hat leider auch die Entscheidung nur wenig zu bieten. Der BGH belässt es bei einem einzigen Argument, das auch keineswegs zwingend ist. Dem lässt sich einiges entgegenhalten.

Das Merkmal des Verwendens erlaubt seinem Wortlaut nach durchaus eine Anwendung schon dann, wenn der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche für einen wirksamen Einsatz als Drohmittel getan hat.

Für eine weite Auslegung spricht auch, dass ein Verwenden „bei der Tat“ genügt. Dieser Formulierung lässt sich nicht entnehmen, dass eine intensive Verknüpfung mit dem Tatgeschehen unter Einschluss der Opferperspektive gegeben sein muss. Dafür hätten sich andere Formulierungen angeboten, z. B. „... zur Ausführung der Tat“¹⁴ oder „... die Tat mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begeht“¹⁵.

Zudem passt es nicht zum Gesetzeszweck, wenn die Anwendung von der Wahrnehmung der Bedrohung durch das Opfer abhängig gemacht wird. Als Grund für die Strafschärfung gilt die erhöhte Gefahr, die von dem Tatmittel ausgeht.¹⁶ Auch das vom Op-

fer nicht wahrgenommene Tatmittel ist gefährlich. Ja, es kann sich sogar gefahrerhöhend auswirken, wenn das Opfer das Tatmittel nicht bemerkt. Denn das kann den Täter dazu bringen, es nunmehr mit größerem Nachdruck einzusetzen oder zu einer gewaltsamen Verwendung überzugehen.

Außerdem ruft eine genaue Analyse der Begründung des BGH Zweifel an ihrer Schlüssigkeit hervor. Nehmen wir uns noch einmal die Kernsätze vor: „Drohung ist ... das In-Aussicht-Stellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, dass der Bedrohte sich nicht dem Willen des Drohenden beugt. Drohung erfordert daher, dass der Bedrohte in diese Zwangslage versetzt wird, mithin Kenntnis von der Drohung hat.“ Was rechtfertigt den Gebrauch der Wörter „daher“ und „mithin“? Das In-Aussicht-Stellen eines Übels, womit ein Akt des Täters bezeichnet ist, bedeutet nicht notwendigerweise, dass das Opfer tatsächlich in eine Zwangslage gerät oder auch nur Kenntnis von der Drohung erlangt. Der Täterbezug wird noch durch das Wort „soll“ im ersten Satz unterstrichen. Es bedarf also schon einer sehr „wohlwollenden Auslegung“¹⁷, um sich von dieser Begründung überzeugen zu lassen.

Für die Lösung des BGH mag sprechen, dass der für das Opfer glimpfliche Ausgang eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe als zu hoch erscheinen lässt. Doch handelt es sich dabei um eine Strafzumessungserwägung, die anderweitig zu verwerfen ist, nämlich durch eine Einstufung des Falles als minder schwer gem. § 250 Abs. 3 StGB.

¹⁴ Siehe §§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

¹⁵ Siehe § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

¹⁶ Vgl. oben 2. – Die Entscheidung des BGH unterstellt dem Gesetz einen anderen oder jedenfalls einen zusätzlichen Zweck. Die Erhöhung des Strafrahmens hätte danach zum Ziel, (auch) die Verschärfung der Zwangslage des Opfers zu erfassen. Damit lässt es sich

jedoch nicht vereinbaren, dass eine Anwendung von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf Scheinwaffen verneint wird, bei deren Verwendung das Opfer gleichfalls einem erhöhten Nötigungsdruck ausgesetzt ist (BGH NSTz 1999, 135 f. und NSTz 2004, 263).

¹⁷ Petitum der modernen Sprachphilosophie (*Donald Davidson*), das die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht für sich in Anspruch nehmen sollte.

Wenden wir uns noch kurz einem anderen ausbildungsrelevanten Aspekt des Falles zu. Es ist zu befürchten, dass viele Seiten mit Ausführungen zur **Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung**¹⁸ gefüllt werden, wenn der Fall als Klausuraufgabe gestellt wird. Wie so oft, würde damit dieses ach so beliebte Problem völlig inadäquat abgehandelt.¹⁹ Das gilt schon deswegen, weil es für die zentrale Problematik unseres Falles egal ist, ob der Weg zu § 250 StGB über § 249 StGB oder über §§ 255, 253 StGB führt. Hinzu kommt, dass hier fast alles für eine Wegnahmehandlung und gegen eine Vermögensverfügung spricht. Allenfalls die Öffnung der Kasse durch C könnte als Akt des Gebens bewertet werden. Doch wurde damit noch kein Vermögenstransfer vollzogen. Vielmehr erlangten die Täter lediglich die Möglichkeit des Zugriffs, die sie dann auch durch Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams, also durch Wegnahme, nutzten.

Der Praxis legt die Entscheidung nahe, **Konsequenzen** für den Umgang mit dem Merkmal der Drohung zu ziehen. Setzt eine Drohung voraus, „dass der Bedrohte in diese Zwangslage versetzt wird“²⁰, so muss das Opfer nicht nur Kenntnis von der Drohung erlangt, sondern diese auch ernst genommen haben. Hätte in unserem Fall C die Bedrohung mit dem Schraubenzieher zwar wahrgenommen, sich jedoch nicht dadurch, sondern allein durch die sonstigen Umstände beeindrucken lassen, so müsste konsequenterweise gleichermaßen ein Verwenden gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verneint werden.

Das hat wiederum Auswirkungen auf das allgemeine Verständnis des im Besonderen Teil vielfach verwendeten Merkmals der Drohung. Es müsste so interpretiert werden, dass zum Hand-

lungselement stets ein Erfolgsmoment hinzukommen muss. Das würde bedeuten: Eine vollendete Drohung liegt nur dann vor, wenn der Adressat die Ankündigung des Übels wahrgenommen hat und beeindruckt ist. Seine Motivationsfreiheit müsste tatsächlich beeinträchtigt sein.

Ob das zutrifft, ist sehr umstritten.²¹ Die Rechtsprechung hat sich bislang unterschiedlich dazu geäußert.²² Die vorliegende Entscheidung hat, konsequent weitergeführt, die aufgezeigte Festlegung zur Folge. Im Rahmen der Nötigung müsste bereits für das Tatbestandsmerkmal der Drohung ein Erfolgseintritt gefordert werden. Dem Beschluss lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass der Senat sich dieses Zusammenhangs bewusst war.

5. Kritik

Die Entscheidung ist erstaunlich argumentationsarm und kurzschlüssig. Auch lässt sie eine Auseinandersetzung mit den Konsequenzen vermissen. Das alles haben wir bereits unter 4. aufgezeigt.

Während wir bei anderen Entscheidungen oft überflüssige Ausführungen und unangebrachte obiter dicta gerügt haben, müssen wir dieses Mal feststellen: Eine kurze Entscheidung ist nicht schon deswegen auch eine gute Entscheidung.

(Dem Text liegen Entwürfe von Eva Steffens und Anja Stender zugrunde.)

¹⁸ Ausführliche Darstellung dieses Problems bei Mitsch (Fn. 4), § 6 Rn. 33–40; vgl. ferner Marxen (Fn. 2), S. 321–325.

¹⁹ Beherzigenswerte Hinweise dazu finden sich auch bei Rengier (Fn. 2), § 11 Rn. 12.

²⁰ BGH NJW 2004, 3437.

²¹ Eingehende Darstellung bei Küper (Fn. 2), S. 100–102, der zutreffend darauf hinweist, dass der Meinungsstreit nur für Fälle der hier vorliegenden Art praktisch relevant ist.

²² Für die Maßgeblichkeit der Täterperspektive z. B. BGHSt 16, 386, 387; 26, 309, 310; dagegen auf die Opferperspektive abstellend z. B. BGHSt 7, 197, 198; 23, 294, 295 f.