

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2005

**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**

1. Sachverhalt¹

Rechtsanwalt A verteidigt B, dem Betrug beim Verkauf von Gebrauchtwagen vorgeworfen wird. Er nimmt Kontakt mit dem Belastungszeugen C auf, gegen den in diesem Zusammenhang ebenfalls ein Betrugsverfahren läuft, und bietet ihm an, ihn unentgeltlich zu verteidigen, wenn er B nicht weiter belaste. Auch B wirkt auf C ein: Bei einem Zusammentreffen in einem Bowlingcenter kündigt er an, es werde die letzte Aussage des C sein, wenn dieser ihn auch vor Gericht belaste. Auf diese Drohung des B nimmt A Bezug bei einem nochmaligen Gespräch mit C, in dem er ihn auffordert, in der Hauptverhandlung gegen B vorzugeben, dass er sich nicht mehr erinnere, oder andere Personen zu belasten. C sagt gleichwohl in der Hauptverhandlung wahrheitsgemäß gegen B aus. Auch berichtet er von dem Verhalten des A. Daraufhin beantragt die Staatsanwaltschaft, A von der weiteren Mitwirkung in dem Verfahren gegen B auszuschließen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall bestätigt leider verbreitete Vorurteile gegenüber der Zunft der Strafverteidiger. Der Imageschaden ist aber möglicherweise nicht die einzige Folge, die das Verhalten des A nach sich zieht. Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten des staatsanwaltschaft-

Januar 2005

Bowlingcenter-Fall

Ausschließung des Verteidigers / versuchte Strafvereitelung / unmittelbares Ansetzen / versuchte Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage

§ 138 a Abs. 1 Nr. 3 StPO / §§ 258 Abs. 1 und 4, 159, 153, 22, 23, 30 Abs. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Ein Verteidiger begeht noch keinen Versuch der Strafvereitelung, wenn er es erfolglos unternimmt, einen Zeugen zu einer falschen Aussage zugunsten eines Beschuldigten zu beeinflussen.

KG, Beschluss vom 28. Juni 2004 – 4 ARs 27/04; veröffentlicht unter www.kammergericht.de

lichen Antrags. Die dafür maßgebenden Vorschriften verbinden prozessuales und materielles Strafrecht. Das nach § 138 c Abs. 1 Satz 1 StPO für die Ausschließung eines Verteidigers zuständige Oberlandesgericht, in Berlin also das Kammergericht (KG), hat gem. § 138 a Abs. 1 Nr. 3 StPO zu entscheiden, ob A hinreichend verdächtig² ist, eine Handlung begangen zu haben, die im Falle einer Verurteilung des B eine Strafvereitelung nach § 258 Abs. 1 StGB wäre. Dafür würde auch ein bloßer Strafvereitelungsversuch³ ausreichen;⁴ nur dieser kommt hier in Betracht, weil C letztlich wahrheitsgemäß ausgesagt hat.

Die somit vorzunehmende Versuchsprüfung hat auf den ersten Blick ein klares Ergebnis. Die Grenzen zulässiger Verteidigung sind nach allgemei-

¹ Der Sachverhalt wurde auf das für die Problemerkörterung Wesentliche reduziert.

² Das ist der für die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 203 StPO und damit auch für die Erhebung der Anklage nach § 170 Abs. 1 StPO erforderliche Verdachtsgrad; vgl. Volk, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 8 Rn. 3.

³ Strafbar gem. § 258 Abs. 4 StGB.

⁴ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 47. Aufl. 2004, § 138 a Rn. 11.

ner Ansicht eindeutig überschritten, wenn der Anwalt einen Zeugen durch Drohung dazu bringt, die Unwahrheit zu sagen.⁵ Ein entsprechender Tatentschluss scheint bei A ohne weiteres vorgelegen zu haben. Auch führte er die geplanten Einwirkungshandlungen auf C vollständig aus, was auf ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes schließen lässt.

Der stets nötige zweite Blick belehrt eines Besseren. Er deckt zwei Probleme auf. Sie betreffen die im Rahmen des Tatentschlusses zu prüfende Beteiligungsform und den objektiven Versuchsbeginn.

Klärungsbedürftig ist zunächst, ob die erfolglose Aufforderung zur Falschaussage eine gem. § 258 Abs. 4 StGB strafbare versuchte **täterschaftliche Strafvereitelung** oder lediglich eine **versuchte Anstiftung** dazu ist, die nicht bestraft werden könnte, weil nach § 30 Abs. 1 StGB nur die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar ist und § 258 Abs. 1 StGB ein Vergehen darstellt, wie die Strafandrohung in Verbindung mit § 12 Abs. 2 StGB ausweist.

Die Rechtsprechung nimmt in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig und ohne nähere Begründung Täterschaft des Verteidigers (und damit Beihilfe des Zeugen) an.⁶ Unterstützung findet sie in der Literatur mit dem Argument, dass ein Verteidiger auch dann, wenn er lediglich wie ein Teilnehmer auffordernd oder unterstützend tätig werde, als Täter agiere, weil er auf Grund seiner vielfältigen Rechte das Verfahren maßgeblich mitgestalte und als Organ der Rechtspflege eine besondere Verantwortung trage.⁷

Das sieht die überwiegende Ansicht in der Literatur anders. Sie lehnt es ab, aus der Stellung des Strafverteidigers Sonderregeln für die Abgrenzung von

Täterschaft und Teilnahme abzuleiten.⁸ Die Rechtsprechung beruhe auf der überholten **subjektiven Teilnahmelehre**. Mit der **Tatherrschaftslehre** sei sie nicht zu vereinbaren. Da der Zeuge im Verfahren eine selbständige und selbstverantwortliche Rolle innehave, könne von einer Tatherrschaft des Verteidigers nur im Falle mittelbarer Täterschaft die Rede sein. Eine Zeugenbeeinflussung unterhalb dieser Schwelle sei als Anstiftung oder Beihilfe zu bewerten. Nach dieser Ansicht hätte A nur einen straflosen Anstiftungsversuch begangen, denn der Sachverhalt lässt nicht erkennen, dass A glaubte, C in der Hand zu haben und steuern zu können. Damit entfielen auch die Möglichkeit, ihn vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Auf der Grundlage der Rechtsprechung wäre dagegen weiterzuprüfen und als zweites Problem die Frage des Versuchsbeginns zu erörtern. Die Antwort wird üblicherweise folgendermaßen vorbereitet:

Der Täter muss zur Vornahme derjenigen Handlung angesetzt haben, die nach seiner Vorstellung den (Vereitelungs-)Erfolg unmittelbar herbeiführen soll. Allerdings ist nicht erforderlich, dass auch schon mit der Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung begonnen wurde. Es genügen vorangehende Handlungen, sofern sie nach dem Gesamtplan des Täters so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie im ungestörten Fortgang unmittelbar zur vollständigen Tatbestandserfüllung führen sollen oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang damit stehen.⁹

Welches Ergebnis die Umsetzung dieser allgemeinen Grundsätze auf Fälle

⁵ Vgl. BGHSt 10, 393, 394; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 258 Rn. 9.

⁶ Vgl. die Nachweise bei Lackner/Kühl, (Fn. 5), § 258 Rn. 10.

⁷ Beulke, Jura 1986, 642, 649; Krey, Strafrecht BT 1, 12. Aufl. 2002, Rn. 617.

⁸ Lackner/Kühl, (Fn. 5), § 258 Rn. 10; Rengier, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2003, § 21 Rn. 21; Stree, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 258 Rn. 32.

⁹ Vgl. etwa BGHSt 31, 10, 12 f.; 43, 177, 179; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 601.

der vorliegenden Art hat, wird unterschiedlich beurteilt.

Die Rechtsprechung meint, dass die Grenze des unmittelbaren Ansetzens regelmäßig erst mit dem **Beginn der falschen Zeugenaussage** überschritten sei. Aufforderungen, Absprachen und Zusicherungen hätten nur vorbereitenden Charakter.¹⁰ Etwas anderes soll jedoch dann gelten, wenn der Verteidiger den **Antrag auf Vernehmung eines auf die Falschaussage hin präparierten Zeugen** stellt. Damit sei aus seiner Sicht bereits alles geschehen, was erforderlich sei, um die seinen Mandanten entlastende Aussage zu erreichen.¹¹

Die Literatur hat hier wenig Eigenständiges zu bieten. Zumeist belässt sie es bei einer zustimmenden Wiedergabe der Rechtsprechung.

Zwei Einzelmeinungen weichen davon ab. Zum einen wird vertreten, dass das Geschehen ausnahmslos immer erst dann das Versuchsstadium erreiche, wenn der Zeuge mit der falschen Aussage beginne, weil auch erst zu diesem Zeitpunkt eine täuschende Einwirkung auf die Rechtspflege einsetze und damit das geschützte Rechtsgut in Gefahr gerate.¹²

Ganz anders die zweite Auffassung. Ihr zufolge beginnt der Versuch stets schon mit der unzulässigen Einwirkung des Verteidigers auf den Zeugen.¹³ Begründung: Mit der Einflussnahme auf den Zeugen habe der Verteidiger bereits alles aus seiner Sicht zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan, was hier wie auch sonst zur Annahme des unmittelbaren Ansetzens ausreiche.¹⁴

Die erstgenannte Auffassung würde A vor einer Ausschließung bewahren. Nach der zweiten Auffassung müsste er den Aktenkoffer packen und die Robe ausziehen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das KG lehnt die Ausschließung des A ab. Die Begründung ist sehr knapp gehalten. Sie beschränkt sich auf eine Stellungnahme zur Frage des Versuchsbeginns. Auf eine Befassung mit dem Problem der Beteiligungsform verzichtet das Gericht, weil es die Einwirkung des A auf C als bloße Vorbereitungshandlung bewertet, was schon für sich genommen den Antrag der Staatsanwaltschaft scheitern lässt.

Man mag diese Zurückhaltung bedauern. Sie entspricht jedoch der richterlichen Maxime, sich auf das zur Begründung einer Entscheidung Nötige zu beschränken.

Allerdings ist auch der dafür geleistete Begründungsaufwand sehr gering. Es werden im Wesentlichen nur die jüngst vom OLG Köln in einem ähnlichen Fall angeführten Gründe verkürzt und leicht abgewandelt wiedergegeben, die sich ihrerseits in einer zusammenfassenden Darstellung der Position der Rechtsprechung zur Frage des Versuchsbeginns erschöpfen.¹⁵ Letztlich sind es die folgenden drei Sätze, welche die Entscheidung tragen:

„Es begeht noch keinen Versuch der Strafvereitelung nach § 258 StGB, wer es erfolglos unternimmt, einen Zeugen zu einer falschen Aussage zugunsten eines Beschuldigten zu beeinflussen. Die Grenze zum Versuchsbeginn wäre erst durch den Beginn der falschen Zeugenaussage oder dann überschritten, wenn der Verteidiger, der zuvor auf einen Zeugen mit dem Ziel eingewirkt hat, ihn zu einer Falschaussage zu

¹⁰ Vgl. die Nachweise bei *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 258 Rn. 19.

¹¹ BGH NSTZ 1983, 503; BGH StV 1987, 195, 196; OLG Frankfurt StV 1992, 360, 362.

¹² *Otto*, Jura 1987, 329, 331; *Otto*, Grundkurs Strafrecht BT, 6. Aufl. 2002, § 96 Rn. 13.

¹³ *Beulke*, NSTZ 1982, 330, 331; *ders.*, NSTZ 1983, 504; *Wessels/Beulke*, (Fn. 9) Rn. 606.

¹⁴ Damit wird auf eine Begrifflichkeit abgestellt, die ansonsten zur Kennzeichnung des beendeten Versuchs gegenüber dem unbeendeten dient; vgl. *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2005,

§ 38 Rn. 8; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 198.

¹⁵ OLG Köln StV 2003, 15, 16. Immerhin äußert das OLG Köln Zweifel an der Täterschaftslösung. Darauf geht das KG aber nicht ein.

veranlassen, diesen Zeugen, der ihm die Falschaussage zugesichert haben muss, bereits benannt hätte. Dies ist hier nicht der Fall.¹⁶ Bemerkenswert daran ist lediglich die Kompliziertheit des mittleren Satzes.

Ergänzend weist das KG noch darauf hin, dass allenfalls eine Strafbarkeit wegen Versuchs der Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage gemäß §§ 159, 153, 30 Abs. 1 StGB gegeben sei. Darauf könne jedoch eine Ausschließung des A nicht gestützt werden, weil diese Straftat nicht zu den Katalogtaten des § 138 a StPO gehöre. Das sei zwar kriminalpolitisch unbefriedigend. Dem könne aber nur der Gesetzgeber abhelfen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Neuigkeitswert hat die Entscheidung nicht. Was also qualifiziert sie zum Fall des Monats?

Sie eignet sich bestens für Ausbildungs- und Prüfungszwecke; werden doch materiellrechtliche Probleme in verfahrensrechtlicher Verpackung dargeboten, was zumindest für eine prozessuale Zusatzfrage in Klausuren gut ist. Aufgabenstellungen dieser Art liegen im Trend, der durch eine Stärkung des Verfahrensrechts im Ausbildungszusammenhang gekennzeichnet ist.¹⁷

Die Entscheidung ermöglicht es außerdem, prozessrechtliche Wissenslücken zu schließen. Denn das Thema des Verteidigerausschlusses wird bislang in Pflichtveranstaltungen selten und in der Ausbildungsliteratur meist nur knapp behandelt,¹⁸ obwohl es praktisch be-

deutsam ist und die Grundlagen des Strafverfahrensrechts betrifft.

Auch die materiellrechtlichen Aspekte der Entscheidung verdienen Aufmerksamkeit. Sie sind ein Beleg dafür, dass bei der Bearbeitung von Grundproblemen des Allgemeinen Teils Besonderheiten der jeweiligen Strafvorschrift und – in Fällen wie hier – der prozessualen Rolle des Täters zu beachten sind. Das gilt sowohl für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme als auch für die Bestimmung des Versuchsbeginns.

So kann bei der Lösung der **Beteiligungsproblematik** neben dem Meinungsstreit zwischen der subjektiven Theorie und der Tatherrschaftslehre auch die normativ vorgegebene Position des Verteidigers im Prozess berücksichtigt werden. Vertretbar ist es, die Einordnung als Täter mit den weit reichenden Verfahrensrechten des Verteidigers und seiner Funktion als Organ der Rechtspflege zu begründen.¹⁹ Freilich verbindet sich damit eine Distanzierung von den realen Abläufen und Herrschaftsverhältnissen. Wer allein diese maßgeblich sein lassen will, was dem Standpunkt der Tatherrschaftslehre entspricht, der wird eher zur Annahme einer (versuchten) Anstiftung gelangen; beschränkte sich der Beitrag des A doch darauf, bei C den Entschluss zu einer Falschaussage hervorzurufen, auf deren Ob und Wie er selbst keinen weiteren Einfluss hatte.

Auf ähnliche Weise sind Besonderheiten des Tatbestandes und der Verteidigerposition für die **Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch**

¹⁶ KG, Beschluss vom 28. Juni 2004 – 4 ARs 27/04, www.kammergericht.de.

¹⁷ Das gilt in besonderem Maße für die strafrechtliche Schwerpunktausbildung (Schwerpunkt 7 im Ausbildungsprogramm der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin).

¹⁸ Wir geben im Folgenden einige Hinweise. §§ 138 a und b StPO enthalten eine im Wesentlichen abschließende Aufzählung von Gründen, die in jeder Lage des Verfahrens zwingend zur Ausschließung des Verteidigers

und zur Unwirksamkeit seiner weiteren Prozesshandlungen führen. Andere Verfehlungen, mögen sie auch grob standeswidrig oder strafbar sein, rechtfertigen dies nicht. Das Ausschließungsverfahren ist in §§ 138 c und d StPO geregelt. Die Entscheidung trifft nicht das mit der Hauptsache befasste Gericht, sondern auf dessen Vorlage oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft das OLG (in Ausnahmefällen der BGH). – Eine ausführliche Darstellung findet sich bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 19 D.

¹⁹ So *Beulke* und *Krey*; siehe oben 2. mit Fn. 7.

relevant. Eine Literaturansicht sieht in dem Verteidiger schon dann einen Versuchstäter, wenn er auf den Zeugen Einfluss genommen hat, weil er damit im Hinblick auf die weiteren prozessualen Abläufe aus seiner Sicht bereits alles Erforderliche für eine Falschaussage unternommen habe.²⁰ Und auch die Rechtsprechung verlegt den Versuchsbeginn in dem Fall nach vorn, dass der Verteidiger einen präparierten Zeugen in das Verfahren einführt.²¹

Diesen Auffassungen sollte man sich jedoch nicht unkritisch anschließen. Sie sind schwerlich vereinbar mit neueren Tendenzen bei der Bestimmung des Versuchsbegins und beruhen auf einer ungenauen Rezeption einer BGH-Entscheidung.

Zunehmend wird in die Prüfung des unmittelbaren Ansetzens – jedenfalls für bestimmte Fallgruppen – der Gesichtspunkt der **Gefährdung des Rechtsguts** einbezogen.²² Es soll also nicht mehr allein maßgeblich sein, ob der Ausführung der Tathandlung nach der Vorstellung des Täters noch Zwischenakte vorgelagert sind. Auch wenn das nicht der Fall ist, kann es an einem unmittelbaren Ansetzen fehlen, sofern das Rechtsgut aus Tätersicht noch nicht konkret gefährdet ist. Das soll selbst dann gelten, wenn der Täter bereits alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat.

Anerkannt ist die Erweiterung der Prüfung um den Aspekt der Rechtsgutsgefährdung für Fälle, in denen der Taterfolg davon abhängt, dass sich das Opfer in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt.²³ Damit vergleichbar ist die Situation, dass der Eintritt des Taterfolges noch die Mitwirkung einer dritten Person zur Voraussetzung hat. Genau diese Konstellation ist in Fällen

wie hier gegeben. Die von § 258 StGB geschützte Rechtspflege ist regelmäßig erst dann konkret gefährdet, wenn der vom Verteidiger beeinflusste Zeuge sich anschickt, falsch auszusagen. Dafür spricht auch, dass zuvor mit der Belehrung des Zeugen über seine Wahrheitspflicht gem. § 57 StPO noch eine Maßnahme zum Schutz der Rechtspflege getroffen wird, die von einer Falschaussage abschrecken soll.

Im Ergebnis trägt die Rechtsprechung dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung Rechnung, wenn sie grundsätzlich ein unmittelbares Ansetzen des Verteidigers zu einem Strafvereitelungsversuch erst mit dem Beginn der Zeugenaussage annimmt. Was ist jedoch von der Ausnahme zu halten, der zufolge im Fall der Benennung eines auf die Falschaussage hin präparierten Zeugen der Versuchsbeginn früher liegen soll?²⁴ Merkwürdig daran ist, dass dem Akt der Benennung Bedeutung beigemessen wird. Denn Präparieren kann ein Verteidiger doch auch Zeugen, die durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft, das Gericht oder den Nebenkläger in das Verfahren einbezogen wurden. Und unklar ist, was mit dem Begriff des Präparierens gemeint ist: Geht es um anderes als um die Vereinbarung einer Falschaussage?

Aufklärung verschafft eine genaue Analyse des Falles, von dem die Rechtsprechung ihren Ausgang genommen hat.²⁵ Der Sachverhalt weist eine wichtige Besonderheit auf. Der vom Verteidiger benannte Zeuge hatte zuvor auf dessen Drängen eine falsche eidesstattliche Erklärung mit dem Inhalt der geplanten Aussage abgegeben. Damit blieb ihm kaum noch etwas anderes übrig, als falsch auszusagen, denn andernfalls riskierte er, wegen der falschen eidesstattlichen Versicherung belangt zu werden. Der Verteidiger hatte ihn also in der Hand. Mit der Be-

²⁰ So *Beulke*; siehe oben 2. mit Fn. 13.

²¹ Siehe oben 2. mit Fn. 11.

²² Vgl. zum Folgenden *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2001, § 15 Rn. 81–85 d; *Wessels/Beulke*, (Fn. 9), Rn. 600–606.

²³ BGHSt 43, 177 (Giftfallen-Fall); *Marxen*, (Fn. 14), S. 189, sowie FAMOS August 2001 (Stromschlag-Fall).

²⁴ Wiedergegeben u. a. bei *Rengier* (Fn. 8), § 21 Rn. 21); *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 728.

²⁵ BGH NSTZ 1983, 503.

nennung dieses Zeugen nahm er nicht nur alles aus seiner Sicht für die Erfolgsherbeiführung Erforderliche vor; er führte auch bereits eine konkrete Rechtsgutsgefährdung herbei. Denn dieser Zeuge war nicht lediglich präpariert, sondern konditioniert.

Bei der dogmatischen Verarbeitung der BGH-Entscheidung ging diese Besonderheit des Falles verloren. Es wurde allein noch auf den Umstand abgestellt, dass der Verteidiger den „präparierten“ Zeugen in das Verfahren eingeführt hatte.²⁶ Darauf kann es jedoch, wie dargelegt, nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, ob der vom Verteidiger benannte oder sonst wie in das Verfahren gelangte Zeuge durch Einwirkung des Verteidigers so festgelegt ist, dass er praktisch nicht mehr umhin kann, falsch auszusagen. Unter solchen Umständen beginnt der Versuch ausnahmsweise bereits mit der letzten Einwirkungshandlung des Verteidigers, weil schon dann die Rechtspflege konkret gefährdet ist.

Hingewiesen sei noch darauf, dass das Verhalten des A nicht folgenlos bleibt. Er muss, wie das KG zutreffend bemerkt, mit einem Verfahren wegen versuchter Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage gemäß §§ 159, 153, 30 Abs. 1 StGB rechnen.²⁷ Als ein weiterer Tatvorwurf kommt eine Nötigung oder eine Beihilfe zur Nötigung in Betracht, weil A im Gespräch mit C auf die Drohung des B verwies.

Für die Praxis bestätigt die Entscheidung den restriktiven Umgang der Rechtsprechung mit der Verteidigerausschließung. Am jetzigen Zustand wird sich wenig ändern: Ausschließungsanträge werden zwar häufig mit dem Verdacht der Strafvereitelung begründet; zumeist bleiben sie jedoch ohne Erfolg.²⁸

5. Kritik

Im Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen. Die Begründung ist, wie schon unter 4. dargelegt, nicht in jeder Hinsicht überzeugend. Bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bleibt der Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung unberücksichtigt. Auch übernimmt das KG die fehlerhafte Rezeption einer BGH-Entscheidung durch Rechtsprechung und Literatur.

Anerkennung verdient, dass der Senat sich strikt an den Buchstaben des Gesetzes hält und eine Erweiterung der Katalogtaten in § 138 a StPO dem Gesetzgeber überlässt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexander Lambor zugrunde.)

²⁶ Vgl. nochmals *Rengier* (Fn. 8), § 21 Rn. 21.

²⁷ Achtung: gesetzlich angeordneter Ausnahmefall einer Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zu einem Vergehen!

²⁸ Zum Ausschluss des Verteidigers in der Rechtspraxis vgl. *Rieß*, NStZ 1981, 328.

1. Sachverhalt¹

Einige Monate vor der Kommunalwahl, in der auch der Oberbürgermeister gewählt wird, nimmt der bisherige Amtsinhaber A, der sich erneut bewirbt, an einem Abendessen im Hause des B teil. Dieser ist als größter Bauinvestor der Stadt an einer Wiederwahl des A interessiert; denn er schätzt dessen investorenfreundliche Politik und verspricht sich davon Vorteile für seinen Plan, ein Factory Outlet Center am Stadtrand zu bauen. Zwar hat A sich öffentlich gegen dieses Projekt ausgesprochen. Gleichwohl hält B das Vorhaben eher für realisierbar, wenn A wiedergewählt wird, weil dessen Gegenkandidat die wirtschaftlichen Interessen des städtischen Einzelhandels vertritt. Daher bietet B während des Essens an, A im Wahlkampf finanziell zu unterstützen. Dieser ist grundsätzlich einverstanden. Direkte Zahlungen lehnt er jedoch ab. B sollte stattdessen, wie rechtlich vorgesehen, seiner Partei eine Spende zukommen lassen. Dabei ist A sich darüber im Klaren, dass B ihn wegen seiner Wirtschaftspolitik unterstützen will und dass dessen Projekte Gegenstand seiner Amtstätigkeit sein werden, falls er wiedergewählt wird. B zahlt etwa 250.000 Euro an die Partei des A. Von diesem

Februar 2005

Oberbürgermeister-Fall

Vorteilsannahme / Unrechtsvereinbarung / Dienstaussübung / Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger

§ 331 Abs. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Zeigt sich der Inhaber eines kommunalen Wahlamtes, der sich um seine Wiederwahl bewirbt, bereit, als Gegenleistung für eine finanzielle Wahlkampfförderung im Falle seiner Wahl eine konkrete, den Interessen des Spenders förderliche Entscheidung zu treffen oder zu beeinflussen, so macht er sich der Vorteilsannahme schuldig.

BGH, Urt. v. 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03; abgedruckt in NJW 2004, 3569

Geld wird der Wahlkampf des A mit dessen Wissen finanziert. A nimmt an, dass die Zahlung der Spende in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Parteiengesetzes erfolgt, was tatsächlich aber nicht der Fall ist. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

A könnte sich wegen **Vorteilsannahme gem. § 331 Abs. 1 StGB** zu verantworten haben.

Einige der tatbestandlichen Voraussetzungen lassen sich rasch abhaken. Als Oberbürgermeister war A kommunaler Wahlbeamter² und damit **Amtsträger** gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB. Indem er sich mit dem Angebot des B, finanzielle Wahlkampfhilfe zu leisten, einverstanden erklärte, ließ er sich ei-

¹ Die Wiedergabe des Sachverhalts beschränkt sich auf die Umstände, die für die Rechtsprobleme der Wahlkampffinanzierung auf Nehmer-Seite von Bedeutung sind; vgl. zur Geber-Seite den zweiten Teil der BGH-Entscheidung.

² So jedenfalls die Regelung im Bundesland Nordrhein-Westfalen, in dem sich der Oberbürgermeister-Fall ereignet hat; vgl. zu den Rechtsgrundlagen BGH NJW 2004, 3569, 3571.

nen Vorteil versprechen. Als **Vorteil** gilt jede unentgeltliche Leistung, die den Empfänger besser stellt und auf die er keinen Anspruch hat.³ Die Zuwendung sollte es A ermöglichen, seinen Wahlkampf effektiver zu gestalten, und damit seine Aussicht auf Wiederwahl verbessern, war also für ihn vorteilhaft.

Schwierigkeiten bereitet die weitere Voraussetzung, dass der Vorteil in bestimmter Weise mit der Dienstaussübung des A in Verbindung gestanden haben muss.⁴ Zwischen dem Vorteil und der Dienstaussübung muss ein Beziehungsverhältnis in der Form einer **Unrechtsvereinbarung** bestanden haben. Erforderlich ist, dass der Vorteil dem Amtsträger gerade im Hinblick auf seine Dienstaussübung zugute kommen soll. Dabei erfasst der **Begriff der Dienstaussübung die dienstliche Tätigkeit im Allgemeinen**; ein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung ist nicht nötig.⁵ Das zeigt der Vergleich mit § 332 Abs. 1 StGB. Dort wird der erkennbar engere Begriff der Diensthandlung verwendet.

Eine erste Schwierigkeit resultiert daraus, dass die Zahlung des B sich nicht auf die Führung desjenigen Amtes bezog, das A zum Zeitpunkt der Tat handlung innehatte. Dieses Amt, ein zeitlich begrenztes Wahlamt, endete kurz darauf. Das Interesse des B galt dem Amt des A als künftiger Oberbürgermeister.

Ein Hinderungsgrund für eine Anwendung des Tatbestandes ergibt sich daraus letztlich aber nicht. Denn die Handlung des B zielte gerade darauf, die Verbindung zwischen dem Amt und der Person des Inhabers über die zeitliche Begrenzung des derzeitigen Amtes hinaus aufrecht zu erhalten. Mit der Geldzahlung wollte er eine Fortführung

des Amtes durch den jetzigen Inhaber ermöglichen. Die Amtspflichten, die A jetzt schon einzuhalten hatte, galten gleichermaßen für seine Tätigkeit nach einer Wiederwahl. Das tatbestandlich geschützte **Rechtsgut – die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das in die Lauterkeit gesetzte Vertrauen der Allgemeinheit**⁶ – ist auch dann betroffen, wenn mit der Vorteilsgewährung als Zwischenziel die Erhaltung des Amtes und als Endziel die Beeinflussung der künftigen Dienstaussübung verfolgt wird.⁷

Die zweite Schwierigkeit besteht darin, dass der Gesetzgeber über das Ziel hinausgeschossen ist, als er mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 den Gegenstand der Unrechtsvereinbarung bei §§ 331, 333 StGB über konkrete Diensthandlungen hinaus auf die Dienstaussübung überhaupt ausdehnte. Nach allgemeiner Ansicht ist eine **Einschränkung des Tatbestandes erforderlich**.⁸

Die Gesetzesänderung sollte es möglich machen, auch die Anbahnung von Bestechungstaten und schwächere Formen der Korruption zu erfassen.⁹ Gedacht war an Zuwendungen, die als Vorstufe für ein späteres Erkaufen konkreter Diensthandlungen dienen oder deren Zweck darin besteht, das allgemeine Wohlbefinden und die Geneigtheit des Amtsträgers bei der Dienstaussübung herbeizuführen. In der Korruptions-Fachsprache ist in diesem Zusammenhang von „Anfüttern“ und „Klimapflege“ die Rede.

Nicht ausreichend bedacht hat der Gesetzgeber jedoch, dass mit der Ausdehnung des Tatbestandes auch erwünschte Formen der Kooperation zwi-

³ So die Basisdefinition; vgl. Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 242; mit Erläuterungen: Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 407 ff.

⁴ Vgl. zum Folgenden Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2004, § 331 Rn. 10 f.; Rengier, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 60 Rn. 23 f.

⁵ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 331 Rn. 8.

⁶ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 331 Rn. 3.

⁷ So auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung NJW 2004, 3569, 3572.

⁸ Vgl. z. B. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 331 Rn. 6 a f.; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 1112 f.

⁹ Vgl. zum Folgenden Tröndle/Fischer (Fn. 6), § 331 Rn. 24; Wessels/Hettinger (Fn. 8), Rn. 1100, 1109.

schen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in den Anwendungsbereich der Vorschrift geraten, z. B. die Forschungsförderung der Universitäten durch Unternehmen oder das Sponsoring öffentlicher Einrichtungen.

Praktische Bedeutung erlangte das Problem zunächst mit Strafverfahren gegen Hochschulangehörige, die sich Forschungen und Fortbildungsveranstaltungen von der medizintechnischen und pharmazeutischen Industrie finanzieren ließen. Hier entwickelte der BGH einen Lösungsansatz in der Form einer den Tatbestand allgemein einschränkende Auslegung.¹⁰ Danach bleibt die **Einwerbung von Drittmitteln für Lehre und Forschung im Hochschulbereich** straflos, wenn es zur hochschulrechtlich verankerten Dienstaufgabe des Amtsträgers gehört, derartige Mittel einzuwerben, und wenn das dafür rechtlich vorgesehene Verfahren – Anzeige und Einholung einer Genehmigung – eingehalten worden ist. Dafür werden zur Hauptsache zwei Gründe ins Feld geführt. Das Verfahren Sorge für Transparenz und verhindere dadurch eine Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Lauterkeit dienstlichen Handelns. Auch werde auf diese Weise ein Wertungswiderspruch zwischen Strafrecht und Hochschulrecht vermieden.

Im Oberbürgermeister-Fall zeigt sich dasselbe Problem in leicht veränderter Gestalt. Spenden an Parteien sind durchaus erwünscht und sogar verfassungsrechtlich geboten. Die Parteien wirken nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG bei der politischen Willensbildung des Volkes mit und sind in dieser Funktion notwendiger Bestandteil der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Sie sollen unabhängig vom Staat sein,¹¹ wozu auch gehört, dass sie möglichst weitgehend durch Spenden von privater

Seite getragen werden. Dementsprechend dürfen sie nur in begrenztem Umfang staatliche Mittel erhalten.¹²

Diese **Erwünschtheit von Parteispenden** ist aber nur die eine, die verfassungsrechtliche Seite. Auf der anderen – der strafrechtlichen – Seite geraten Spender und Spendenempfänger in die Gefahr, bestraft zu werden. Denn soweit Privatpersonen mit ihrer Spende an eine Partei die Unterstützung von Amtsträgern bezwecken, die sich um ihre Wiederwahl bemühen und deren künftige Dienstaussübung gefördert werden soll, ist der Vorgang von den Tatbeständen der Vorteilsbegünstigung gem. § 333 Abs. 1 StGB bzw. Vorteilsannahme gem. § 331 Abs. 1 StGB erfassbar.

Das ist bedenklich; entspricht es doch der Natur der Sache, dass der Wahlkampf um ein Amt die unterschiedlichen Konzepte für eine künftige Amtsführung zum Gegenstand hat und dass ein Kandidat den Wählern und damit auch seinen Förderern die Umsetzung seines Konzepts in Aussicht stellt.

Das mit dem Fall zunächst befasste Landgericht nahm sich zur Lösung des Problems die Drittmittel-Entscheidung des BGH zum Vorbild.¹³ Ebenso wie das Hochschulrecht für den Umgang mit Drittmitteln sehe das Parteienrecht für die Annahme und Verwaltung von Spenden ein bestimmtes Verfahren vor. Werde dieses eingehalten, so sei das Verhalten eines Amtsträgers straflos, der von Privatpersonen Spenden zur Unterstützung seines Wahlkampfes entgegennehme. Zwar seien im vorliegenden Fall die Vorschriften des Parteiengesetzes verletzt worden. Da A jedoch angenommen habe, dass die Spende des B in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Parteiengesetzes gezahlt und verwaltet werden würde, könne ihm keine vorsätzliche Verwirklichung einer Vorteilsannahme angelastet werden.

¹⁰ Vgl. BGHSt 47, 295, 307 ff. und 48, 44, und dazu *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 331 Rn. 6 a f.

¹¹ Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien; vgl. dazu *Brockmeyer* in *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, 10. Aufl. 2004, Art. 21 Rn. 33.

¹² Vgl. BVerfGE 85, 264, 289.

¹³ Vgl. LG Wuppertal NJW 2003, 1405, 1406.

Die Staatsanwaltschaft mochte sich mit dem Freispruch nicht abfinden und legte Revision ein.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nur darin stimmt der BGH dem Landgericht zu, dass der Tatbestand der Vorteilsannahme auch im Hinblick auf die Problematik des vorliegenden Falles einer einschränkenden Auslegung bedarf. Die landgerichtliche Lösung einer Übertragung des Ansatzes aus der Drittmittel-Entscheidung lehnt er mangels Vergleichbarkeit der Fälle ab.

Es bestehe **kein gleich gearteter Konflikt**. Während der beamtete Hochschulangehörige in den Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte gerate, weil es ihm als Dienstaufgabe obliege, Drittmittel einzuwerben, sei der Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewerbe, nicht gleichermaßen verpflichtet, Spenden einzuwerben.

Auch führe die Übertragung des Ansatzes zu einer nicht hinnehmbaren **Ungleichbehandlung von parteizugehörigen und parteilosen Amtsträgern**. Die Parteizugehörigen könnten sich bei einer Spendeneinwerbung darauf berufen, dass die Vorschriften des Parteiengesetzes eingehalten worden seien. Die Parteilosen (z. B. Mitglieder einer kommunalen Wählervereinigung oder Einzelbewerber) seien hingegen davon ausgeschlossen. Sie müssten auf eine Wahlkampffinanzierung durch Dritte verzichten und wären dadurch in ihren Wahlchancen unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz benachteiligt.

Seinen Lösungsansatz entwickelt der BGH aus einem anderen Vergleich. Er **vergleicht den Amtsträger, der wiedergewählt werden will, mit einem Mitbewerber, der (noch) keine Amtsträgerstellung innehat**. Diesem sei es möglich, im Zusammenhang mit der Einwerbung von Wahlkampfmitteln Versprechungen im Hinblick auf die künftige Dienstaussübung zu machen, ja sogar pflichtwidrige Diensthandlungen

in Aussicht zu stellen, ohne ein strafrechtliches Risiko einzugehen, weil er kein Amtsträger sei.¹⁴ Daraus folgt der BGH: „Wäre demgegenüber der sich um die Wiederwahl bewerbende Amtsträger rechtlich völlig davon ausgeschlossen, sich für die Dienstaussübung nach der Wahl im Wahlkampf von Dritten finanziell unterstützen zu lassen, würde sein grundrechtlicher Anspruch auf gleiche Wahlchancen in verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise eingeschränkt, da er gegenüber sonstigen Mitbewerbern generell in den Möglichkeiten der Wahlkampffinanzierung und damit in der Effizienz seines Wahlkampfs benachteiligt wäre.“¹⁵

Allerdings will der BGH den Amtsträger nicht gleichermaßen von strafrechtlichen Bindungen freistellen. Er befinde sich in einer „besonderen Pflichtenstellung, die eine Differenzierung erlaubt und erfordert“¹⁶. Keinesfalls dürfe er pflichtwidrige Diensthandlungen straflos in Aussicht stellen. Auch im Hinblick auf eine rechtmäßige Dienstaussübung und pflichtgemäße Diensthandlungen müsse differenziert werden.

Das Kriterium für eine Differenzierung lasse sich dem **Parteiengesetz** entnehmen. Während Spenden zur allgemeinen Förderung von Parteien nach § 25 Abs. 1 Satz 1 PartG erlaubt seien, bestehe gem. § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG ein Verbot, Spenden entgegenzunehmen, die erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt würden.

Daraus folgt nach Ansicht des BGH, dass der Amtsträger sich nicht wegen Vorteilsannahme strafbar macht, wenn mit der finanziellen Unterstützung nur erreicht werden soll, dass er nach erfolgreicher Wahl das Amt in einer Weise ausübt, die den „allgemeinen wirt-

¹⁴ Unter Hinweis auf *Rudolphi/Stein*, in SK, § 331 Rn. 7.

¹⁵ BGH NJW 2004, 3569, 3574.

¹⁶ BGH NJW 2004, 3569, 3574.

schaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers“¹⁷ entspricht. Umgekehrt: „Zeigt sich der Amtsträger dagegen bereit, als Gegenleistung für die Wahlkampfförderung im Falle seiner Wahl eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu dessen Gunsten zu treffen oder zu beeinflussen, macht er sich der Vorteilsannahme schuldig (...)“¹⁸

Der BGH räumt ein, dass diese Unterscheidung recht vage und im Hinblick auf das Prinzip der Voraussehbarkeit staatlichen Strafansatzes gem. Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich sei. Er legt daher nach. Die aufgezeigte Grenze müsse „eindeutig“¹⁹ überschritten sein. Auch müsse hinzu kommen, dass die vom Amtsträger in Aussicht gestellte Begünstigung „allein dem Zuwendenden nützt oder bestimmten Individualinteressen förderlich ist“²⁰. Es soll also nicht ausreichen, wenn der Vorteilsgeber von einer Maßnahme profitiert, die zugleich und in gleicher Weise andere begünstigt. Mit anderen Worten: Klientelpolitik ist erlaubt.

Der BGH erläutert die Grenzlinie noch an einem Beispiel. Der Amtsträger dürfe im Zusammenhang mit einer Wahlkampfspende versprechen, eine familien- und kinderfreundliche Politik zu betreiben. Strafbar mache er sich hingegen, wenn er als Gegenleistung dem Spender den Bauauftrag für eine Kindertagesstätte in Aussicht stelle.

Im vorliegenden Fall hält der BGH eine erneute tatrichterliche Überprüfung für erforderlich. Angesichts der Höhe der geleisteten Wahlkampfunterstützung müsse geprüft werden, ob sie tatsächlich nur wegen der allgemeinen wirtschaftspolitischen Ausrichtung des A und nicht auch mit Blick auf Entscheidungen im Zusammenhang mit dem geplanten Großprojekt gegeben und akzeptiert worden sei.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zugegeben: Das Problem der tatbestandseinschränkenden Auslegung des § 331 Abs. 1 StGB ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kompliziert. Das hat Anlass zu der Annahme gegeben, es sei „wohl kaum klausurrelevant“²¹. Einmal angenommen, das trifft zu: Könnte nicht auch die allgemeine gesellschaftliche und politische Relevanz des Themas eine Beschäftigung damit rechtfertigen? Auch sollte man nicht die Fähigkeit der Dogmatik unterschätzen, Komplexität zu reduzieren.²² So ist etwa die äußerst komplexe Lederspray-Entscheidung des BGH mittlerweile zum selbstverständlichen Bestandteil des Abschnitts über Kausalität und objektive Zurechnung in der Grundriss-Literatur geworden.²³ Es wird nicht lange dauern, bis der Oberbürgermeister-Fall dogmatisch „klein“ gearbeitet und damit klausurgerecht gemacht worden ist.

Um die Problematik sachgerecht bearbeiten zu können, ist es nötig, mit der Systematik der Bestechungsdelikte vertraut zu sein oder sich damit vertraut zu machen. Auf Hilfestellung können wir an dieser Stelle verzichten, weil wir sie an anderer Stelle bereits geleistet haben.²⁴

Methodisch schwierig ist die **Einordnung der Problematik in den Prüfungsaufbau**. Das Ergebnis der Entscheidung – Einschränkung des Anwendungsbereichs des Merkmals der Dienstaussübung – legt es nahe, direkt

¹⁷ BGH NJW 2004, 3569, 3575.

¹⁸ BGH NJW 2004, 3569, 3575.

¹⁹ BGH NJW 2004, 3569, 3575.

²⁰ BGH NJW 2004, 3569, 3575.

²¹ So Rengier (Fn. 4), § 60 Rn. 12 a, zur Diskussion über die Drittmittel-Entscheidung des BGH.

²² Zum Hintergrund dieser Begrifflichkeit: Sie wurde von Luhmann in seinen Arbeiten zur systemtheoretischen Analyse des Rechts eingeführt; vgl. dazu Büllsach in Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 441 ff.

²³ Vgl. z. B. Kindhäuser, Strafrecht AT, 2004, § 10 Rn. 39 ff. m. Fn. 29; Krey, Strafrecht AT 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 277 f.

²⁴ Sauna-Fall, FAMOS Januar 2002.

bei der Erörterung dieses Merkmals im Rahmen der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit anzusetzen. Nachteilig daran wäre, dass an dieser Stelle noch gar nicht absehbar ist, ob eine Reduzierung des Tatbestandes erforderlich ist, weil noch weitere Merkmale zu prüfen sind. Vorzugswürdig erscheint daher das Prüfungsverfahren, das auch der BGH verwendet. Zunächst wird der Tatbestand objektiv und subjektiv durchgeprüft. Danach wird – noch im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit – die Frage aufgeworfen, ob die festgestellte Anwendbarkeit der Vorschrift mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Nunmehr kann, wie unter 3. dargestellt, durch Vergleich mit dem parteilosen Mitbewerber die einschränkende Auslegung eingeleitet werden, die zu einer Eingrenzung des Merkmals der Dienstaussübung führt.

Praktisch ist die Entscheidung vor allem für die Parteien von ganz erheblicher Bedeutung. „Die Geister, die ich rief, werd’ ich nun nicht los“,²⁵ wird vermutlich in den Parteizentralen geklagt. Die schneidige Reform der Bestechungsdelikte bringt die Wahlkampfstrategen in Bedrängnis. Die Praxis der Spendeneinwerbung muss überprüft werden. Vermutlich wird zurzeit an Anleitungen für Wahlkämpfer gearbeitet: Was darf im Zusammenhang mit Spenden versprochen werden und was nicht?

5. Kritik

Anzuerkennen ist, wie sorgfältig der BGH das Problem aufbereitet. Berücksichtigt werden nicht nur die Bezüge zum Verfassungs- und Parteienrecht. Auch das praktische Spannungsverhältnis, in das um Wiederwahl bemühte Amtsträger geraten, wird gewürdigt: hier die Amtspflichten und dort die Erwartung der Partei, der Kandidat werde das Parteivermögen durch Spenden-

einwerbung vermehren.²⁶ Diese treffende Analyse der Rechts- und Faktenslage lässt eine Einschränkung der Strafbarkeit unvermeidlich erscheinen.

Zu bezweifeln ist jedoch, ob das Ergebnis der Auslegungsbemühungen bestimmt genug ist, um Rechtsanwendungssicherheit für die Rechtspraxis und Verhaltenssicherheit für die Betroffenen zu gewährleisten. Aus gesetzssystematischen Gründen musste eine vollständige Reduktion des Begriffs der Dienstaussübung auf konkrete Diensthandlungen vermieden werden, weil ansonsten der Unterschied im Wortlaut zwischen § 331 Abs. 1 StGB („Dienstaussübung“) und § 332 Abs. 1 StGB („Diensthandlung“) missachtet worden wäre. Für eine Strafbarkeit soll schon ein „Zusammenhang des Vorteils zu konkreten – wenn auch nicht notwendig schon im einzelnen bestimmten – Diensthandlungen“²⁷ ausreichen. Was unter einer solchen konkreten und zugleich unkonkreten Diensthandlung zu verstehen ist, bleibt unerklärt.

Und dann wäre noch etwas einzuwenden, was man sich angesichts der geradezu selbstverständlich gewordenen Praxis, schlechte Gesetze durch Richterspruch nachzubessern, kaum noch traut, vorzubringen: Ist es nicht Sache des Gesetzgebers, die Korrektur vorzunehmen? Der Weg dahin wäre: Verneinung der Anwendbarkeit der Strafvorschrift wegen Verfassungswidrigkeit, Aussetzung des Verfahrens und Vorlage beim Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht, das diesen Weg beschreitet, trägt zur Verbesserung des beklagenswerten Zustandes bei, in dem sich das Gewaltenteilungsprinzip befindet.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Wencke Wallstein zugrunde.)

²⁵ Goethe, Der Zauberlehrling.

²⁶ Vgl. BGH NJW 2004, 3569, 3572.

²⁷ BGH NJW 2004, 3569, 3575.

1. Sachverhalt

A ist vom Landgericht wegen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu je 500 Euro verurteilt worden. In den Urteilsgründen hat das Gericht bei der Strafzumessung ausdrücklich zu Lasten des A berücksichtigt, dass er zusätzlich zum Betrug mit der Beihilfe zur Untreue einen weiteren Straftatbestand erfüllt hat. Gegen das Urteil legt A Revision ein; er rügt die Verletzung sachlichen Rechts und beanstandet das Verfahren. Der zuständige Senat des Bundesgerichtshofs ist der Meinung, dass auf die weitere Verfolgung der Beihilfe zur Untreue verzichtet werden könne, weil dieser Vorwurf neben dem des Betruges nicht ins Gewicht falle. Er will daher die Strafverfolgung gem. § 154 a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf des Betruges beschränken, womit die Staatsanwaltschaft einverstanden ist. Im Hinblick auf diesen verbleibenden Vorwurf ist die Revision nach Ansicht des Senats unbegründet. Den Strafausspruch des Landgerichts bewertet er als sehr milde, weil A einen Schaden in Höhe von 1,5 Millionen Euro verursacht hat. Daher sollte nach seiner Auffassung trotz des Wegfalls des Vorwurfs der Beihilfe zur Untreue an der verhängten Strafe festgehalten werden. – Kann der Senat selbst eine entsprechende Entscheidung treffen oder muss er es dem Landgericht überlassen, über die Auswirkung der Verfolgungsbeschränkung auf den Strafausspruch zu

März 2005

Justizmodernisierungs-Fall

Revision / Schuldspruchänderung auf Grund einer Verfolgungsbeschränkung / eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht / Justizmodernisierungsgesetz

§§ 354 Abs. 1 a, 154 a Abs. 2 StPO

Leitsatz der Verf.:

Auch im Fall einer Änderung des Schuldspruchs auf Grund einer Verfolgungsbeschränkung gem. § 154 a Abs. 2 StPO kann das Revisionsgericht nach § 354 Abs. 1 a StPO auf der Grundlage einer eigenen Bewertung der Angemessenheit der Rechtsfolge von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern nicht die abgeurteilte Straftat als Folge der Schuldspruchänderung ein anderes Gepräge erhält.

BGH, Beschluss vom 02.12.2004 – 3 StR 273/04
abgedruckt in StV 2005, 75

entscheiden, und die Sache dorthin zurückverweisen?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Ein Fall zum Fürchten. Jedenfalls für diejenigen, die bisher einen großen Bogen um das Strafverfahrensrecht und einen besonders großen um das Revisionsrecht gemacht haben. Der Radius wird vielleicht etwas geringer mit Hilfe einiger Grundinformationen zu den Rechtsmitteln des Strafverfahrens.

Die folgende Grafik verschafft einen **Überblick über die strafprozessrechtlichen Rechtsmittel**¹, die zusammen mit dem Einspruch gegen einen Strafbefehl die Kategorie der or-

¹ Eine weiter ausdifferenzierte Grafik findet sich bei Volk, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 34 Rn. 1.

dentlichen Rechtsbehelfe bilden.² Die Darstellung erklärt sich weitgehend selbst. Zur Erfassung des Problems unseres Falles empfiehlt es sich, das Augenmerk auf den Unterschied zwischen Berufung und Revision hinsichtlich des Umfanges der Überprüfung zu richten: Das Rechtsmittel der **Revision** ist **als reine Rechtskontrolle** konzipiert, während im Berufungsverfahren die Sache umfassend, also rechtlich und tatsächlich, überprüft wird.

Rechtsmittel im Strafverfahren, §§ 296 ff. StPO			
	Beschwerde §§ 304-311a StPO	Berufung §§ 312-332 StPO	Revision §§ 333-358 StPO
Gegenstand	Beschlüsse und Verfügungen	erstinstanzliche Urteile	erst- und zweitinstanzliche
Umfang der Überprüfung	in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht		nur in rechtlicher Hinsicht, §§ 337, 338 StPO
Wirkung	Devolutiveffekt (Das Verfahren gelangt in die höhere Instanz.)		
	(vgl. § 307 StPO)		
	Suspensiveffekt (Der Eintritt der Rechtskraft wird gehemmt.)		

Tatsachen werden demnach nur in der ersten Instanz und im Berufungsverfahren festgestellt und überprüft. Das Revisionsgericht hat damit grundsätzlich nichts zu tun. Der Revisionsrichter ist kein Tatrichter.³

Das gilt natürlich auch für den hier relevanten Bereich der Rechtsfolgenbestimmung. Was der Tatrichter an Tatsachen mit Rechtsfolgenbezug festgestellt hat, bindet den Revisionsrichter.

Im Bereich der Rechtsfolgenzumessung ist diese Begrenzung der revisi-

onsgerichtlichen Prüfungskompetenz mit einer weiteren verknüpft. Die **Zumessung der Rechtsfolgen** gilt als „**Domäne des Tatgerichts**“⁴ auch deswegen, weil Entscheidungen in diesem Bereich Ermessenscharakter haben.⁵ Die Zahl der Gesichtspunkte, die für die Rechtsfolgenzumessung relevant sein können, ist fast unübersehbar groß.⁶ Wie sie – für sich und im Verhältnis zueinander – zu gewichten sind, lässt sich nicht exakt berechnen. Vielmehr ist eine Bewertung erforderlich. Sie hängt weitgehend von dem Eindruck ab, den das Gericht in der Hauptverhandlung von der Tat und vom Angeklagten gewinnt.

Das alles hat der Revisionsrichter zu respektieren, wenn er den Rechtsfolgenausspruch überprüft. Keinesfalls darf er sich an die Stelle des Tatrichters setzen und eine eigene Rechtsfolgenzumessung vornehmen. Auch muss er sich darüber im Klaren sein, dass eine vollständige Richtigkeitskontrolle nicht möglich ist. Be-
anstanden darf er nur solche Fehler, die einem Ermessensfehler gleichkommen. „Bis zur Grenze des Vertretbaren“⁷ hat er die Rechtsfolgenbestimmung des Tatrichters hinzunehmen.

Diese Tatsachenfeststellungs- und Strafzumessungskompetenz des Tatgerichts hat Konsequenzen für das weitere Verfahren, falls sich die Revision, sei es auch nur teilweise, als begründet erweist. Die Entscheidung in der Sache

² Als außerordentliche Rechtsbehelfe gelten die Wiedereinsetzung (§§ 44 ff. StPO), die Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO) und die Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVerfGG). Sie können zu einer Durchbrechung der Rechtskraft führen.

³ Vgl. Volk (Fn. 1), § 36 Rn. 1.

⁴ Vgl. Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 6. Aufl. 2001, Rn. 437.

⁵ Vgl. Dahs/Dahs (Fn. 4), Rn. 437 ff.; Krause, Die Revision im Strafverfahren, 5. Aufl. 2001, Rn. 13.

⁶ Einen Eindruck davon vermitteln die Kommentierungen zu § 46 StGB, der zentralen Norm für die Strafzumessung; vgl. z. B. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 22 ff.

⁷ BGH NJW 1977, 639.

bleibt in aller Regel dem Tatgericht vorbehalten. Die Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts beschränkt sich grundsätzlich darauf, das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.⁸

Dieses Modell der Kompetenzverteilung kann bei **striktter Durchführung** für beide Seiten frustrierend sein. Man stelle sich vor, eine Revision ist allein deswegen begründet, weil das Tatgericht bei der Strafzumessung 30 Vorverurteilungen des Angeklagten strafscharfend berücksichtigt hat, unter denen sich eine befindet, die nicht hätte verwertet werden dürfen, weil das Urteil erst nach der nunmehr abzuurteilenden Tat ergangen ist. Obwohl es sich aufdrängt, den Strafausspruch aufrechtzuerhalten, weil angesichts der Gesamtzahl der Vorverurteilungen diese eine kaum ins Gewicht fällt, muss das Revisionsgericht darauf verzichten, die Sache selbst zu entscheiden. Und das Tatgericht muss eine Verhandlung durchführen, auch wenn alles dafür spricht, dass es bei der bisherigen Strafe bleibt.

Es entsteht also justizieller Leerlauf, den man vermeiden könnte, wenn man das Revisionsgericht „durchentscheiden“⁹ lassen würde. Doch gilt es zu bedenken, dass eine Kompetenzerweiterung auf Seiten des Revisionsgerichts das System ins Wanken bringen kann, auf dem die Verteilung der Kompetenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht beruht.

Was sagt der Gesetzgeber zu diesem Problem? Bis vor etwa einem halben Jahr erlaubte er den Revisionsgerichten **nur in wenigen Ausnahmefällen** eine eigene Sachentscheidung.

Diese haben nach § 354 Abs. 1 StPO zur Voraussetzung, dass das Urteil allein deswegen aufzuheben ist, weil das Tatgericht bei der Anwendung des Rechts auf den festgestellten Sachverhalt ein Gesetz verletzt hat. Sofern keine zusätzlichen Tatsachen festgestellt werden müssen, kann das Revisionsgericht eine eigene Entscheidung treffen, wenn lediglich ein Freispruch oder eine Einstellung oder eine absolut bestimmte Strafe in Betracht kommt oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe oder das Absehen von Strafe für angemessen erachtet.

In der zuletzt genannten Variante deutet sich eine **Grenzverschiebung** an. Während die anderen Varianten noch Situationen betreffen, in denen kein Entscheidungsspielraum besteht, wird dem Revisionsrichter hier – gleich einem Tatrichter – eine sanktionsbezogene Prüfung der Angemessenheit übertragen.

Noch weiter verschiebt ein Gesetz vom Herbst vergangenen Jahres die Kompetenzgrenze zwischen Revisions- und Tatgericht.¹⁰ Eingefügt wurde in § 354 StPO ein Absatz 1 a mit folgendem Wortlaut: „Wegen einer Gesetzesverletzung nur bei Zumessung der Rechtsfolgen kann das Revisionsgericht von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern die verhängte Rechtsfolge angemessen ist. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft kann es die Rechtsfolgen angemessen herabsetzen.“ Dadurch wird dem Revisionsgericht allgemein gestattet, mit dem Ergebnis einer Aufrechterhaltung des Urteils durchzuentscheiden, wenn es die verhängte Rechtsfolge für angemessen erklärt oder wenn es eine angemessene geringere Rechtsfolge verhängt; dass die Revision an sich begründet ist, soll unbeachtet bleiben können. Allerdings soll das nur gelten, wenn die Gesetzesverletzung **lediglich die Zumessung der Rechtsfolgen** betrifft. Sonstige Fälle, etwa der Fall einer den Schuld-

⁸ Auf die praktisch wichtigen Fragen, in welcher Form (Urteil oder Beschluss) und mit welchem Begründungsaufwand zu entscheiden ist, können wir hier nicht näher eingehen; vgl. dazu *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 27. Aufl. 2002, Rn. 690 ff.

⁹ Eine in der Praxis geläufige Formulierung für abschließende revisionsgerichtliche Entscheidungen.

¹⁰ BGBl 2004 I, 2198.

spruch betreffenden Gesetzesverletzung, sind vom Wortlaut der Regelung nicht erfasst.

Die neue Vorschrift ist glatt anwendbar auf das oben gebildete Beispiel der fehlerhaften Verwertung einer Vorverurteilung unter vielen. Doch kann der BGH von dieser Vorschrift auch im vorliegenden Fall Gebrauch machen? Das erscheint sehr zweifelhaft. Denn der Bestand des Urteils ist nicht etwa durch eine Gesetzesverletzung des Landgerichts gefährdet. Vielmehr will der BGH durch eine eigene Maßnahme, nämlich durch eine Verfolgungsbeschränkung, eine Veränderung des Urteils herbeiführen. Und diese betrifft den Schuldspruch. Sollte es ihm gleichwohl möglich sein, am Rechtsfolgenausspruch festzuhalten, weil er ihn für angemessen erachtet?

Bevor wir diese Frage beantworten, muss noch klargestellt werden, dass im vorliegenden Fall ein Ausweg versperrt ist, den Revisionsgerichte gern nutzen, wenn ihnen eine Zurückverweisung unnötig erscheint. Er hängt mit einer Grundvoraussetzung für den Erfolg der Revision zusammen: Nach § 337 Abs. 1 StPO muss das Urteil auf dem Rechtsfehler **beruhen**. Das bedeutet, dass zwischen Rechtsfehler und Urteil ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muss.¹¹ Daraus wird abgeleitet, dass ein Urteil aufrechterhalten werden kann, wenn nach Einschätzung des Revisionsgerichts das Tatgericht auch bei korrekter Rechtsanwendung dieselbe Rechtsfolge verhängt hätte.¹²

Überträgt man diesen Lösungsansatz auf den hier gegebenen Fall der Schuldspruchänderung durch Teilein-

stellung, so könnte erwogen werden, der Revision den Erfolg mit der Begründung zu versagen, dass der weggefallene Vorwurf für die Strafzumessung bedeutungslos gewesen sei. Gerade das kann hier jedoch nicht behauptet werden. Denn das Landgericht hatte die zusätzliche Verwirklichung einer Beihilfe zur Untreue ausdrücklich als straferschwerend bewertet. Es bleibt dem BGH, will er die Zurückverweisung vermeiden, also nur die Möglichkeit, unter Anwendung von § 354 Abs. 1 a StPO die verhängte Strafe selbst für angemessen zu erklären.

Mit einer letzten Vorbemerkung wollen wir noch das Geheimnis des Fallnamens lösen. Die Einführung von § 354 Abs. 1 a StPO ist Bestandteil eines Gesetzes mit der Bezeichnung **„Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz“** gewesen. Modern ist eine Gestaltung von Gerichtsverfahren nach ökonomischen Gesichtspunkten, z. B. durch Verkürzung. Die Erweiterung der revisionsrichterlichen Kompetenz zum Durchentscheiden verkürzt das Strafverfahren, weil das Tatgericht nicht nochmals tätig werden muss. Mit einer Anwendung der Vorschrift würde der BGH also den Gesetzgebungstrend zu einer Modernisierung der Justiz fördern.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das zuletzt Gesagte ist auch die maßgebliche Begründung des BGH dafür, dass er im vorliegenden Fall § 354 Abs. 1 a StPO für anwendbar erklärt und somit das Urteil des Landgerichts – unter Änderung des Schuldspruchs – aufrechterhält. Er beruft sich darauf, dass „erklärtes Ziel der gesetzlichen Neuregelung“ sei, „zum Zwecke der Ressourcenschonung und der Verfahrensbeschleunigung“ Urteile auch dann rechtskräftig werden zu lassen, „wenn das Revisionsgericht die verhängte Strafe trotz des Rechtsfehlers bei ihrer Zumessung im Ergebnis für angemessen erachtet, selbst wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Tatrichter

¹¹ Die Rechtspraxis lässt sogar einen nur möglichen Ursachenzusammenhang genügen; vgl. BGHSt 1, 346, 350. – Das Erfordernis des Beruhens gilt nicht für die absoluten Revisionsgründe in § 338 StPO.

¹² Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 47. Aufl. 2004, § 337 Rn. 36 ff. – Damit hängt z. T. auch der Problembereich der sog. Schuldspruchberichtigung zusammen, auf den hier nicht näher eingegangen werden kann; vgl. dazu Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 53 Rn. 66 ff.

ohne den Fehler auf dieselbe Strafe erkannt hätte".¹³ Dann gelangt er schrittweise durch zwei Fallvergleiche zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift.

Erstens: Ob der Rechtsfehler allein die Strafzumessung berühre oder sich auch auf den Schuldspruch auswirke, sei angesichts der gesetzgeberischen Ziele irrelevant. Die Auswirkung auf den Rechtsfolgenausspruch könne im zweiten Fall sogar geringer sein als im ersten Fall.¹⁴

Zweitens: Es könne – wiederum vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke – auch keinen Unterschied machen, ob die Schuldspruchänderung durch eine rechtsfehlerhafte Gesetzesanwendung des Tatrichters oder durch eine Verfolgungsbeschränkung nach § 154 a Abs. 2 StPO veranlasst sei.

Und was ist mit dem Gesetzeswortlaut, der lediglich Gesetzesverletzungen „nur bei Zumessung der Rechtsfolgen“ anspricht? Die nahe liegende Annahme, dass nur solche Fälle erfasst sind, in denen der Schuldspruch unberührt bleibt, hält der BGH für „vom Wortlaut der Vorschrift nicht geboten“, weil sie „ihren Anwendungsbereich den Intentionen des Gesetzes zuwider beschränken“ würde.¹⁵

Damit könnte eigentlich schon ein Schlusspunkt gesetzt sein. Doch fügt der BGH eine Passage an, in der er seinen eigenen Umgang mit dem Gesetz kommentiert. Sie ist offensichtlich durch die Einsicht veranlasst, dass das schlichte Ignorieren des Gesetzeswortlauts erklärungsbedürftig ist. Der Senat meint: „Gegen diese Auslegung des § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO kann nicht überzeugend eingewendet werden, dass sie die – nach wie vor – in erster Linie dem Tatrichter anvertraute Aufgabe der Rechtsfolgenbestimmung, insbesondere der Strafzumessung, in unvertretbarem

Umfang auf das Revisionsgericht überträgt.“¹⁶ Zum einen werde sich bei gravierenden Schuldspruchänderungen die Rechtsfolge als nicht mehr angemessen erweisen. Zum anderen sei das Revisionsgericht ja auch nicht gezwungen, durchzuentscheiden. Vielmehr bestehe ein Ermessen, von dem in der Weise Gebrauch zu machen sei, dass das Gericht von einer eigenen Entscheidung absehen solle, wenn die Straftat durch die Schuldspruchänderung „ein anderes Gepräge“¹⁷ erhalte.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir haben diesen Fall nicht allein deswegen ausgewählt, weil er auf besonderes Interesse bei Referendaren und Praktikern stoßen wird, die einen durchaus beachtlichen Teil unserer Leser ausmachen. Hat man einmal die komplizierten Zusammenhänge durchschaut, wird erkennbar, dass ein strafprozessrechtliches Grundproblem angesprochen wird: Kann die Festlegung von Rechtsfolgen verantwortungsvoll auch vom Revisionsgericht vorgenommen werden, das im Wesentlichen nur auf der Grundlage der Verfahrensakten entscheidet? Die traditionelle Kompetenzverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht beruhte auf der Ansicht, dass das grundsätzlich nicht der Fall sei. Die neuere Entwicklung, wie sie sich in Gesetzen und deren Handhabung abzeichnet, verläuft in entgegen gesetzter Richtung. Wir haben es mit einer **grundlegenden Veränderung im Kompetenzgefüge des Strafverfahrensrechts** zu tun. Damit sollten sich auch Studierende vertraut machen, denen die Kenntnis strafprozessrechtlicher Grundzüge abverlangt wird.

Die **praktische Bedeutung der Entscheidung** kann gar nicht hoch genug veranschlagt werden. Der BGH hat ein Schleusentor geöffnet, durch das sich eine wachsende Flut von Fällen

¹³ BGH StV 2005, 75.

¹⁴ Vgl. dazu die nähere Begründung in der Entscheidung BGH StV 2005, 75.

¹⁵ BGH StV 2005, 75.

¹⁶ BGH StV 2005, 75.

¹⁷ BGH StV 2005, 75.

ergießen wird. So hat nur sechs Tage, nachdem die hier vorgestellte Entscheidung ergangen ist, ein anderer Senat des BGH § 354 Abs. 1 a StPO auch dann für anwendbar erklärt, wenn der Schuldspruch geändert werden muss, weil eine Einzeltat verjährt ist, und die entsprechende Einzelstrafe bei der Gesamtstrafenbildung nicht mehr berücksichtigt werden darf.¹⁸

5. Kritik

Der BGH verfährt nach der Heimwerker-Devise: Was nicht passt, wird passend gemacht. Von Gesetzesauslegung zu reden, wäre verfehlt, weil das, was im Gesetz steht, schlicht unbeachtet gelassen wird. Alleiniges Richtmaß für den Umgang mit dem Gesetz ist der allgemeine Gesetzeszweck: Ressourcenschonung durch Verfahrensverkürzung.

Ausgeblendet werden selbst eindeutige Äußerungen des Gesetzgebers zur Reichweite des speziellen Gesetzes. In der Gesetzesbegründung heißt es nämlich, dass die Möglichkeit, von einer Aufhebung des Urteils abzusehen, „durch den neuen Absatz 1 a Satz 1 in Bezug auf den Rechtsfolgenausspruch behutsam erweitert“ werden soll.¹⁹ Das Gegenteil von Behutsamkeit kennzeichnet die BGH-Entscheidung.

Es mag Gründe dafür geben, die Kompetenzverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht grundlegend zu ändern. Doch ist es nicht Sache der davon betroffenen Gerichte, diese Änderung selbst vorzunehmen. Legitimiert dazu ist allein der Gesetzgeber.

Untauglich ist der Versuch, die Ausdehnung der Sachentscheidungskompetenz einzugrenzen, indem eine Urteilsaufhebung dann verlangt wird, wenn die Straftat durch die Urteilsaufhebung ein „anderes Gepräge“ erhält.²⁰ Es bleibt völlig ungeklärt, was dieser

neu eingeführte Begriff bedeuten soll. Auch hätte ein Überschreiten der darin angedeuteten Grenze keine Folgen, weil es keine übergeordnete Instanz gibt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Bressen zugrunde.)

¹⁸ BGH Beschl. v. 08. 12. 2004 – 1 StR 483/04, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

¹⁹ BT-Drs. 15/3482, S. 22.

²⁰ Vgl. oben 3. am Ende.

1. Sachverhalt

A und seine Ehefrau leben getrennt. Im laufenden Scheidungsverfahren streiten sie um das Sorgerecht für ihre gemeinsame Tochter. Das Kind lebt bei der Mutter. Dieser wird auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht zuerkannt, während A nur ein Umgangsrecht erhält. A will das Kind aber auf keinen Fall seiner Frau überlassen. Er beauftragt daher B, sie gegen Zahlung von 1.000 Euro zu töten. Den Kontakt zu B hat C hergestellt, der mit A familiär verbunden und mit B befreundet ist. B übernimmt den Auftrag nicht allein wegen des Geldes. Er will auch an Ansehen bei C gewinnen, denn er glaubt, diesem durch die Tat imponieren zu können. Wie die Tat ausgeführt wird, bleibt B überlassen. A macht ihm keine Vorgaben. B sucht die Wohnung der Ehefrau des A auf. Als sie auf sein Klingeln hin öffnet, sticht er sofort mit einem Messer auf sie ein und verletzt sie tödlich. Mit dem Geld des A bezahlt B, der sich schon vor der Tat in beengten finanziellen Verhältnisse befunden hat, Schulden aus Drogengeschäften. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Antwort auf die Fallfrage hängt von

April 2005

Auftragsmord-Fall

Anforderungen an den Anstiftungsvorsatz / Mordmerkmale: Habgier und sonstige niedrige Beweggründe / versuchte Anstiftung zum Mord / Täterschaft und Teilnahme bei Mord und Totschlag / Akzessorietätslockerung

§§ 211, 212, 26, 28, 30 StGB

Leitsätze des Gerichts:

1. Für die Anstiftung zum Heimtückemord genügt bedingter Vorsatz des Anstifters, der auch gegeben sein kann, wenn der Anstifter aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit der Tatausführung einverstanden ist.
2. Ist bei dem Täter einer bezahlten Auftragstötung das Handeln aus Habgier neben anderen Motiven nicht bewusstseinsdominant, kommen auch sonstige niedrige Beweggründe als Mordmerkmal in Betracht.
3. Fehlt beim Anstifter der Vorsatz hinsichtlich des tatsächlich vorliegenden Mordmerkmals der Heimtücke, stellt sich der Anstifter jedoch vor, der Täter werde aus Habgier handeln, so ist tateinheitlich zur Anstiftung zum Totschlag eine versuchte Anstiftung zum Mord gegeben.

BGH, Urt. v. 12. Januar 2005 – 2 StR 229/04; abgedruckt in NJW 2005, 996

prozessrechtlichen Rahmenbedingungen ab. Für Fälle, in denen es um Täterschaft und Teilnahme geht, ergibt sich aus dem Gesetz eine bestimmte Prüfungsabfolge: Erst die Haupttat, dann die Teilnahmehandlung!¹ Denn Anstiftung und Beihilfe sind, wie in §§ 26 und 27 StGB nachzulesen ist, von der Existenz einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat (Haupttat) abhängig. Das ist gemeint, wenn von der **akzesorischen Natur der Teilnahme** die Rede ist.

¹ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 884.

Hier hatte sich in der Vorinstanz die Strafkammer des Landgerichts aber nur noch mit A zu befassen, für den lediglich eine Strafbarkeit wegen Anstiftung in Betracht kam. Haupttäter B war in einem gesonderten Verfahren bereits rechtskräftig abgeurteilt worden.

Man könnte nun meinen, dass die Strafkammer sich nach dem Ergebnis dieses Verfahrens – Strafbarkeit wegen Mordes auf Grund heimtückischer Tötung – zu richten gehabt hätte und jetzt ausschließlich noch Konsequenzen für die Strafbarkeit des A hätte ziehen müssen.

So ist es jedoch nicht. Die **Rechtskraftwirkung eines Urteils** gilt nur für den, gegen den es ergangen ist.² Das Landgericht war daher bei der Beurteilung des Verhaltens des A nicht an die gegen B ergangene Entscheidung gebunden. Vielmehr hatte es die Haupttat selbständig zu würdigen. Somit galt auch im Verfahren gegen A die Regel, dass zunächst die Haupttat zu prüfen und anschließend die Strafbarkeit des Beteiligten zu bestimmen ist.

Zweifelsfrei hat B einen Totschlag begangen. Ferner spricht einiges für die Verwirklichung von Mordmerkmalen. Wird, wie hier, ein ahnungsloses Opfer überfallen, so liegt die Annahme von Heimtücke³ nahe. Und es scheint eine Tötung aus Habgier⁴ vorzuliegen, weil B gegen Bezahlung tötete.

Dementsprechend, so sollte man annehmen, gab es genügend Gründe, A wegen Anstiftung zum Mord zu belangen. Anders das Landgericht. Es hat A lediglich wegen Anstiftung zu einem Totschlag verurteilt. Mit welcher Begründung?⁵

Zwar habe B heimtückisch gehandelt. Doch habe sich der Vorsatz des A darauf nicht erstreckt. Er habe sich um die Tatausführung nicht gekümmert und daher keine Vorstellung von den Umständen gehabt, welche die Heimtücke ausgemacht hätten.

Auch sei das Mordmerkmal der Habgier beim Haupttäter nicht festzustellen. B habe nicht habgierig gehandelt, weil das Gewinnstreben die Tat nicht geprägt habe. Mindestens gleichermaßen bedeutsam sei das Motiv gewesen, C zu beeindrucken.

Wer mit den Akzessorietätsproblemen bei Mord und Totschlag vertraut ist,⁶ wird wissen, dass das Landgericht nicht zur Annahme einer Strafbarkeit des A wegen Anstiftung zum Mord gelangen konnte, indem es auf das Vorliegen eines täterbezogenen Mordmerkmals, etwa eines niedrigen Beweggrundes, bei ihm selbst abstellte. Denn die Rechtsprechung vertritt seit jeher die Auffassung, dass § 211 StGB im Verhältnis zu § 212 StGB ein selbständiger Tatbestand sei.⁷ Danach ist eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB wegen eines qualifizierenden täterbezogenen Merkmals beim Anstifter nicht möglich. Der Teilnehmer ist vielmehr akzessorisch nach der Haupttat schuldig zu sprechen. In Betracht kommt lediglich für bestimmte Konstellationen eine Strafraumenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB.

Auf dieser Basis hat dann auch der BGH das Urteil überprüft.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Urteil des Landgerichts ist nach Ansicht des BGH materiellrechtlich fehlerhaft. Der Senat lässt erkennen, dass nach seiner Auffassung A wegen Anstiftung zu einem Mord verurteilt werden sollte. Die Verurteilung konnte er jedoch

² Vgl. Volk, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 32 Rn. 8.

³ Grunddefinition: Bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers; vgl. dazu und zu den Erweiterungen Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 211 Rn. 6–9.

⁴ Grunddefinition: Ungehemmte, überzogene und sittlich anstößige Steigerung des Erwerbsstrebens; vgl. dazu und zu den Erweiterungen Lackner/Kühl, (Fn. 3) § 211 Rn. 4.

⁵ Vgl. die Wiedergabe dieser Begründung in der Entscheidung des BGH NJW 2005, 996, 997 ff.

⁶ Wer nicht, sei auf die übersichtliche Darstellung bei Rengier, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 5, verwiesen.

⁷ Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 1, 368; vgl. die Darstellung bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 211 Rn. 40.

nicht selbst vornehmen, weil es noch einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts bedurfte. Er hat daher das Urteil aufgehoben und die Sache an eine andere Kammer des Landgerichts zurückverwiesen.

In vierfacher Hinsicht hält der BGH das Urteil für fehlerhaft.

Erstens beanstandet er die Verneinung eines auf die heimtückische Tatbegehung bezogenen Vorsatzes bei A. Das Landgericht habe zu hohe Anforderungen an diesen Vorsatz gestellt. Es genüge **bedingter Vorsatz**. Dieser sei schon dann gegeben, wenn der Anstifter aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit der Tatausführung einverstanden sei. Auch sei zu bedenken, dass der Anstiftungsvorsatz die Haupttat „nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren Hauptmerkmalen“⁸ erfassen müsse. Wenn A von Vorgaben an B abgesehen habe, so sei anzunehmen, dass er auch mit der Möglichkeit einer heimtückischen Begehung gerechnet habe, zumal ein solches Vorgehen bei Auftragsmorden dieser Art die Regel sei. Dass das Opfer nicht heimtückisch, sondern in offener Konfrontation getötet werde, sei höchst unwahrscheinlich gewesen, auch wenn es um die Tötung einer – zumeist kräftemäßig unterlegenen⁹ – Frau gegangen sei.

Zweitens hält der BGH dem Landgericht vor, dass es die Ablehnung des Merkmals der Habgier bei B nicht fehlerfrei begründet habe. Zwar treffe es zu, dass im Falle eines Motivbündels Habgier nur dann vorliege, wenn das Gewinnstreben „tatbeherrschend und damit bewusstseinsdominant“¹⁰ sei. In den Feststellungen des Landgerichts spiegle sich jedoch nicht wieder, dass das weitere Motiv des B, seinem Freund C zu imponieren, die Habgier in den Hintergrund gedrängt habe. Eine die Tat **prägende Bedeutung des verwerfli-**

chen Gewinnstrebens zeige sich vielmehr daran, dass B schon vor der Tat finanzielle Probleme gehabt habe und dass er die Bezahlung sogleich für die Tilgung von Drogenschulden verwendet habe.

Drittens kreidet der BGH dem Landgericht als Versäumnis an, dass es nach der Verneinung des Merkmals der Habgier bei B nicht das Vorliegen eines **sonstigen niedrigen Beweggrundes** in Betracht gezogen hat. Dazu bestehe nämlich Anlass in Fällen einer Auftrags-tötung. Wer den Auftrag annehme, eine ihm unbekannte Person für einen anderen, der nicht in Erscheinung treten wolle, zu töten, handle regelmäßig „auf sittlich niedrigster Stufe stehend und verachtenswert“¹¹, also aus einem niedrigen Beweggrund.

Als vierten Fehler moniert der BGH, dass der Schuldspruch des Landgerichts unvollständig sei. Selbst wenn A im Hinblick auf die ausgeführte Haupttat nur Anstiftung zum Totschlag angelastet werden könne, müsse noch Berücksichtigung finden, dass er in Unkenntnis sonstiger Motive des B angenommen habe, dessen Tatmotiv sei allein die Bezahlung gewesen. Somit habe A tateinheitlich eine **versuchte Anstiftung zu einer aus Habgier begangenen Tötung** verwirklicht und sei daher zusätzlich gem. §§ 30 Abs. 1, 211 StGB zu bestrafen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Es wäre nicht sonderlich riskant, darauf zu wetten, dass der Fall Karriere machen wird in Ausbildungs- und Examenzusammenhängen. Vereint er doch eine große Zahl an Problemen, ausgehend von Fragen des Allgemeinen Teils (bedingter Vorsatz, Bestimmtheit des Anstiftungsvorsatzes, versuchte Anstiftung) über spezielle Mordprobleme (Habgier in Fällen eines Motivbündels,

⁸ BGH NJW 2005, 996, 997.

⁹ Nur mit diesem Zusatz ist die entsprechende Passage in der Entscheidung (NJW 2005, 996, 997) verständlich.

¹⁰ BGH NJW 2005, 996, 997.

¹¹ So die Grunddefinition der niedrigen Beweggründe; BGH NJW 2005, 996, 998.

niedrige Beweggründe) bis zum Problem der Akzessorietät bei Mord und Totschlag. Wir gehen nochmals alles in knapper Kommentierung durch.

Was den **Vorsatz des Anstifters A** hinsichtlich derjenigen Tatumstände angeht, die den Heimtückevorwurf gegen B begründen, so macht der BGH zutreffend darauf aufmerksam, dass die Anforderungen an den bedingten Vorsatz – jedenfalls nach h. M. – gering sind. Es genügt auf der Wissensseite ein Fürmöglich-Halten und auf der Wollensseite ein auf Gleichgültigkeit beruhendes Einverständnis mit jeder eintretenden Möglichkeit.¹²

Davon zu trennen ist die Frage, wie bestimmt die Vorstellungen eines Teilnehmers von den Umständen der Haupttat sein müssen. Sie ist bislang vorwiegend im Zusammenhang mit der Beihilfe diskutiert worden.

Üblicherweise wird gesagt, es genüge, wenn dem Gehilfen der wesentliche Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung bekannt seien; eindeutiger tatbestandlicher Zuordnungen bedürfe es nicht.¹³

Zur Begründung wird ein Argument verwendet, das im Hinblick auf unseren Fall von Interesse ist. Die Beihilfe unterscheidet sich von der Anstiftung durch einen geringeren Grad der Mitgestaltung der Haupttat, was auch im Unterschied der Strafandrohungen zum Ausdruck komme. Dementsprechend genüge ein geringeres Maß an Konkretisierung im Vorstellungsbild des Gehilfen.¹⁴

Damit verträgt es sich schlecht, dass der BGH hier eine ausreichend konkrete Vorstellung des Anstifters A von der heimtückischen Tatausführung für nahe liegend hält, obwohl diesem die Tatausführung völlig egal war und er dem B keinerlei Anweisungen erteilt hatte. Wenn in der Entscheidung gesagt wird,

dass für den Anstiftungsvorsatz ein Erfassen der „Hauptmerkmale“¹⁵ der Haupttat ausreiche, so entsteht der Eindruck, dass die Anforderungen denjenigen für den Beihilfevorsatz angeglichen werden. Künftige Fälle werden zeigen, ob dieser Eindruck zutrifft.

Wichtig ist der Hinweis des BGH auf ein Versäumnis des Landgerichts, das auch in der Klausurbearbeitung leicht unterlaufen kann. Wird beim Haupttäter ein tatbezogenes Mordmerkmal verneint, so ist immer noch die Möglichkeit zu bedenken, dass der Anstifter gemeint hat, der Haupttäter verwirkliche ein solches Merkmal. Liegt die Sache so, dann ist eine Strafbarkeit wegen **versuchter Anstiftung** zu einem Mord gem. §§ 30 Abs. 1, 211 StGB zu prüfen.¹⁶

Die Ausführungen des BGH zum Merkmal der **Habgier in Fällen eines Motivbündels** machen deutlich, wie vage die dogmatische Leitlinie dazu ist. Maßgeblich soll sein, ob das Gewinnstreben als tatbeherrschendes und bewusstseinsdominantes Motiv die Tat insgesamt geprägt hat oder ob die sonstigen Motive der Tat das Gesamtgepräge einer aus Habgier begangenen Tötung nehmen.¹⁷ Das ist kein Rechtsatz, unter den problemlos subsumiert werden kann. Die Entscheidung hängt von Bewertungen ab, die wiederum stark beeinflusst sind von subjektiven Eindrücken.

Die intensivsten Eindrücke hat das Tatgericht, das auf der Grundlage der Hauptverhandlung entscheidet. Das Revisionsgericht hat dagegen nur Kenntnisse aus zweiter Hand. Es ist auf das

¹² Vgl. z. B. BGHSt 40, 304, 306; Wessels/Beulke, (Fn. 1) Rn. 225–227.

¹³ Vgl. BGHSt 42, 135, 138; Kühl, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 242. Eingehend zu den Anforderungen an den Gehilfenvorsatz: FAMOS September 2004 (Konto-Fall).

¹⁴ BGHSt 42, 135, 138; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 174.

¹⁵ BGH NJW 2005, 996, 997.

¹⁶ Bei dieser Gelegenheit sei darauf hingewiesen, dass die im Folgenden angesprochene Akzessorietätsproblematik auch für § 30 StGB relevant ist. So kann nach der Auffassung der Literatur zum Verhältnis von §§ 211, 212 StGB der erfolglose Anstifter zu einem Totschlag wegen versuchter Anstiftung zum Mord verurteilt werden, wenn bei ihm ein täterbezogenes Mordmerkmal vorliegt; vgl. Rengier, (Fn. 2) § 5 Rn. 12.

¹⁷ BGH NJW 2005, 996, 997; vgl. auch BGHSt 42, 301, 304; Lackner/Kühl, (Fn. 3) § 211 Rn. 4.

angewiesen, was das Urteil mitteilt. Das spricht dafür, dem Tatgericht insoweit einen erheblichen Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Es ist daher problematisch, wenn der BGH beansprucht, das Gesamtgepräge der Tat besser beurteilen zu können als das mit dem Angeklagten und den Beweismitteln unmittelbar konfrontierte Tatgericht.

Zutreffend macht der BGH allerdings darauf aufmerksam, dass die Prüfung von Mordmerkmalen nicht beendet sein kann, wenn trotz Anhaltspunkten für das Vorliegen von Habgier dieses Merkmal letztlich verneint wird. Da die Habgier – neben der Mordlust und der Befriedigung des Geschlechtstriebes – nur ein gesetzliches Beispiel für einen **niedrigen Beweggrund** bildet,¹⁸ muss auch dieses Auffangmerkmal noch in Betracht gezogen werden.

Kommen wir zur **Akzessorietät bei Mord und Totschlag**, einem Klassiker unter den Problemen des Strafrechts. Wir müssen es hier bei einer fallnahen Erörterung belassen.¹⁹

Bemerkenswert ist, dass das Problem als solches in der Entscheidung gar nicht auftaucht. Der BGH würdigt die gegnerische Literaturauffassung keines Wortes und entscheidet allein auf der Grundlage der althergebrachten Rechtsprechungsansicht. Das ist durchaus typisch für den Umgang der Rechtsprechung mit klassischen Strafrechtsproblemen.

Studierende und Examenskandidaten können sich das nicht leisten. Ihnen wird eine echte Problematisierung abverlangt. Sie müssen erkennen, dass mit der Einbeziehung der Literaturansicht die Zahl der Entscheidungsmöglichkeiten wächst. Und sie müssen mit Gründen zum Meinungsstreit Stellung nehmen, wenn die Ergebnisse im konkreten Fall unterschiedlich sind.

Auf der Grundlage der Auffassung der Literatur, wonach der Mord einen Qualifikationstatbestand im Verhältnis zum Totschlag bildet,²⁰ wird es möglich, A wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen, auch wenn bei B weder Habgier noch ein sonstiges täterbezogenes Mordmerkmal²¹ festgestellt wird und wenn A kein Vorsatz im Hinblick auf die heimtückische Ausführung der Tat durch B nachgewiesen werden kann. Da die täterbezogenen Mordmerkmale (= besondere persönliche Merkmale im Sinne von § 28 StGB)²² nach dieser Ansicht strafscharfende Funktion haben, kann § 28 Abs. 2 StGB mit der Folge zur Anwendung kommen, dass ein bei A vorliegendes Merkmal, etwa ein sonstiger niedriger Beweggrund,²³ zu einer Tatbestandsverschiebung führt. Die Akzessorietät von Haupttat und Anstiftung wird gelockert. Das Fehlen eines täterbezogenen Mordmerkmals bei der Haupttat hindert nicht daran, den Anstifter im Hinblick auf das bei ihm vorliegende täterbezogene Mordmerkmal wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen.

Rechtsprechung und Literatur kommen unter den eben genannten Bedingungen also zu unterschiedlichen Ergebnissen. Das zwingt zu einer Stellungnahme. Wie nimmt man Stellung zu einem klassischen Problem?

Erstens. Klassische Probleme kommen verhältnismäßig häufig in Prüfungszusammenhängen vor. Man bereite sich darauf vor. Zweitens. Es wird nicht gelingen, ein neues Argument zu kreieren. Das Feld ist abgegrast. Man begnüge

¹⁸ Vgl. Lackner/Kühl, (Fn. 3) § 211 Rn. 4.

¹⁹ Wer damit überfordert ist, sollte sich zunächst einen Überblick über das Problemfeld verschaffen. Wir verweisen nochmals auf die Darstellung bei Rengier (Fn. 2).

²⁰ Vgl. neben Rengier (Fn. 2) noch Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 2 Rn. 40 f.; Krey, Strafrecht BT 1, 12. Aufl., 2002, Rn. 19–23.

²¹ Dazu gehören die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe; vgl. Rengier, (Fn. 2) § 4 Rn. 7.

²² Vgl. zur Austauschbarkeit der Begriffe Wesels/Beulke, (Fn. 1) Rn. 555.

²³ Es liegt nahe, einen niedrigen Beweggrund auf Seiten des A anzunehmen, wenn man, wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung, der Ansicht ist, dass aus einem niedrigen Beweggrund handelt, wer einen Auftragsmord ausführt (NJW 2005, 996, 998). Gleiches müsste für die Auftraggeber gelten.

sich damit, aus einigen der wichtigsten alten Argumente eine griffige Stellungnahme zu machen. Drittens. Man merke sich diese Stellungnahme dauerhaft.²⁴

Was die Akzessorietätsproblematik bei den Tötungsdelikten angeht, empfehlen wir, der Literaturansicht zu folgen. Sie ist einfacher zu handhaben und führt zu gerechteren Ergebnissen.²⁵

Eine entsprechende Stellungnahme zum Kern des Problems – Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB – könnte so aussehen:²⁶

Die Rechtsprechung trägt für ihre Auffassung, dass § 211 StGB im Verhältnis zu § 212 StGB ein selbständiger Tatbestand sei, vorwiegend formale Argumente vor. Den Formulierungen „als Mörder“ und „als Totschläger“ sei zu entnehmen, dass § 211 StGB und § 212 StGB sich gegenseitig ausschließen. Auch sei aus der Abfolge der beiden Vorschriften abzuleiten, dass der Gesetzgeber § 212 StGB gerade nicht als Grundtatbestand angesehen habe. Die besseren Argumente sprechen jedoch für die Ansicht der Literatur, derzufolge Mord ein qualifiziertes Tötungsdelikt darstellt. Die von der Rechtsprechung angeführten Formulierungen sind Relikte einer überholten Tätertypenlehre. Durch die Systematik wollte der Gesetzgeber nicht das Verhältnis der Tatbestände regeln, sondern nur das schwerste Delikt seiner Bedeutung entsprechend voranstellen. Auch gelangt die Rechtsprechung zu einer ungerechten Privilegierung im Strafraum für denjenigen, der, ohne selbst ein Mordmerkmal zu verwirklichen, zu einem Mord mit täterbezogenem Merkmal anstiftet, im Verhältnis zum Anstifter zu einem Totschlag. Während diesem nach §§ 212, 26 StGB Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren droht, hat jener nach §§ 211, 26, 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB nur eine

Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu erwarten.

Damit ist der Weg frei zu Lösungen im Wege einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB, wenn hinsichtlich eines täterbezogenen Mordmerkmals Unterschiede zwischen dem Täter und dem Teilnehmer bestehen. A könnte danach, falls bei ihm ein niedriger Beweggrund festgestellt wird,²⁷ wegen Anstiftung zum Mord belangt werden, ohne dass es darauf ankäme, ob B aus Habgier handelte oder ob dessen heimtückische Tatausführung vom Vorsatz des A umfasst war.

5. Kritik

Gewiss verdient die Entscheidung Aufmerksamkeit. Uns hat sich aber nicht erschlossen, warum der BGH sie für so bedeutsam hält, dass sie in der offiziellen Entscheidungssammlung BGHSt erscheinen soll.

Die Detailprobleme geben dazu eigentlich keinen Anlass. Neues wird nicht mitgeteilt. Es werden lediglich dem Landgericht einige Fehler bei der Rechtsanwendung nachgewiesen. Und im Umgang mit dem klassischen Problem der Akzessorietät bei Mord und Totschlag belässt es der BGH bei der schlichten Fortführung einer seit 50 Jahren bestehenden Rechtsprechungs-tradition. Also: keine Rechtsfortbildung, sondern business as usual. Müssen damit die Seiten von BGHSt gefüllt werden?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Mandira Reschke zugrunde.)

²⁴ Am besten: auswendig lernen!

²⁵ Vgl. auch Rengier, (Fn. 2) § 5 Rn. 8 („Überlegenheit der Literaturansicht“); Arzt/Weber, (Fn. 19) § 2 Rn. 40 (Auffassung des BGH: „ungerecht und unpraktisch“).

²⁶ Vgl. zum Folgenden Marxen, (Fn. 14) S. 176 f.

²⁷ Vgl. Fn. 22.

1. Sachverhalt¹

Kaufhausdetektiv A ertappt B bei einem Diebstahl. Als er die Personalien feststellt, fragt B, ob man hinsichtlich der Anzeige nicht „etwas machen“ könne. In gleicher Weise bedrängt er A bei einem Telefonanruf und einem anschließenden Treffen in einer Gastwirtschaft. Stets ist dabei schon von Geld als Gegenleistung die Rede. Allerdings hält B es auch für möglich, dass A ihm allein wegen ihrer gemeinsamen ausländischen Herkunft hilft. Vor dem Treffen in der Gastwirtschaft hat A die Anzeige aus dem Geschäftsgang herausgenommen. Während des Gesprächs nennt er für das „Fallenlassen der Anzeige“ einen Betrag von 1.000 Euro. Nach Verhandlungen reduziert er ihn auf 500 Euro. B zahlt diesen Betrag. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Probleme des Falles betreffen den Tatvorwurf der Erpressung gem. § 253 Abs. 1 und 2 StGB sowie den darin enthaltenen Tatbestand der Nötigung gem. § 240 StGB. Sonstige Strafvorschriften erweisen sich rasch als unanwendbar.

So hat A sich durch die Annahme des Geldes nicht wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299

Mai 2005

Kaufhausdetektiv-Fall

Erpressung / Drohung auf Initiative des Opfers / Empfindlichkeit des Übels / Vermögensschaden im Falle der Vermeidung einer Geldstrafe

§§ 253 Abs. 1 und 2; 240 Abs. 1 und 2 StGB

Leitsatz der Verf.: Ein Kaufhausdetektiv, der auf Drängen eines ergriffenen Ladendiebes die Strafanzeige gegen eine im Verhandlungsweg festgelegte Geldzahlung fallen lässt, macht sich wegen Erpressung strafbar.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.10.2004 – 1 Ss 76/03; veröffentlicht in: NJW 2004, 3724.

Neu: Sie können Famos jetzt auch als Newsletter beziehen. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de.

Abs. 1 StGB strafbar gemacht, weil es an dem gesetzlich geforderten Wettbewerbsbezug der Handlung fehlt.

Auch kommt § 258 StGB (Strafvereitelung) nicht zum Zuge. Insoweit liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit beim Unterlassen der Weiterleitung der Anzeige. Eine entsprechende Handlungspflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB bestand für A jedoch nicht. Diese müsste darauf gerichtet gewesen sein, zugunsten des geschützten Rechtsguts, also der staatlichen Strafrechtspflege,² tätig zu werden. A war jedoch allenfalls dienstvertraglich und damit allein im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber verpflichtet, Strafverfolgungsmaßnahmen einzuleiten. Bloß zivilrechtliche Pflichten reichen zur Begründung einer Unterlassungsstrafbarkeit gem. §§ 258 Abs. 1, 13 StGB aber nicht aus.³

Bei der Prüfung einer Strafbarkeit des A wegen Erpressung gibt es kaum

¹ Unklarheiten und Lücken im Sachverhalt der Entscheidung wurden beseitigt, um die rechtlichen Probleme deutlicher hervortreten zu lassen.

² Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 258 Rn. 1.

³ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 2), § 258 Rn. 7 a.

ein Tatbestandsmerkmal, das kein Problem in sich birgt.⁴

- Hat A überhaupt gedroht? Dagegen spricht, dass B um eine Erledigung gegen Geldzahlung gebeten hat.
- Wurde B ein empfindliches Übel in Aussicht gestellt? Wer stiehlt, so könnte zur Bewertung des Übels gesagt werden, muss hinnehmen, dass es zu einer Strafverfolgung gegen ihn kommt.
- Ist ein Nötigungserfolg eingetreten? B war doch, so scheint es, mit der Geldzahlung einverstanden.
- Hat B einen Vermögensnachteil erlitten? Im Falle einer Geldstrafe hätte er möglicherweise mehr bezahlen müssen.

Ein weiteres Problem ist nur dem ersten Anschein nach gegeben. Das Geschäft hatte zum Gegenstand, dass A es unterlässt, die Strafanzeige weiterzuleiten, wenn B zahlt. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, dass ein **Fall des Drohens mit einem Unterlassen** vorliegt, und dementsprechend die Frage ansprechen, ob die Strafbarkeit von einer Rechtspflicht zum Handeln abhängt.⁵ Das Unterlassen betrifft hier aber die Vermeidung des Übels und nicht dessen Androhung. Diese hat ein Tun zum Gegenstand. Das zeigt die Verbalisierung einer (möglichen) Drohung des A: „Wenn du das Geld nicht zahlst, leite ich die Anzeige weiter.“⁶

Die Antworten auf die oben genannten Fragen hängen zu einem erheblichen Teil davon ab, wie der Sachverhalt aufgefasst wird. Insoweit wollen wir uns zunächst zurückhalten und dem OLG den Vortritt lassen. Daneben sind aber auch rechtliche Aspekte von Bedeutung. Sie sollen im Folgenden präzisiert werden.

Beginnen wir mit dem Merkmal der **Drohung mit einem Übel**. Darunter wird üblicherweise das In-Aussicht-Stellen eines künftigen Nachteils verstanden, auf dessen Verwirklichung der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.⁷ Diese Definition löst eine bestimmte Vorstellung vom Verhältnis zwischen Täter und Opfer aus: Der Täter konfrontiert das Opfer mit einem Übel und setzt es dadurch unter Druck. Davon unterscheidet sich deutlich eine Situation, wie sie hier gegeben war. Jemand befindet sich bereits in einer bedrohlichen Lage und wendet sich an einen anderen, der gegen eine Belohnung helfen soll. Zwar wirkt sich die Gewährung der Belohnung nachteilig für das „Opfer“ aus. Damit findet es sich aber ab, weil ansonsten größeres Unheil droht. Kann dem Angesprochenen, der das Verlangte tut, tatsächlich die Rolle des Täters einer Drohungshandlung zugewiesen werden, obwohl die Initiative vom „Opfer“ ausging und dieses nur das selbst gewählte Schicksal erleidet?

Das ist wohl nur möglich, wenn man nicht den Gesamtvorgang, sondern allein den letzten Akt zum Gegenstand der Prüfung macht, also das Einfordern des vereinbarten Preises für die Rettungsaktion. Die bisherige Rechtsprechung tendiert zu einem solchen Vorgehen. Eine Erpressung werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Initiative vom Opfer ausgegangen sei und der Täter lediglich von dessen Angebot Gebrauch mache.⁸ Dem wird in der Literatur teilweise entgegengehalten, dass eine Erpressung (oder Nötigung) nur demjenigen angelastet werden könne, der einen anderen ungebeten in eine Zwangslage gebracht habe.⁹

Zweifel an der **Empfindlichkeit des angedrohten Übels** lassen sich mit Hilfe des Maßstabs verdeutlichen,

⁴ Vgl. die Zusammenstellung der Merkmale bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 27. Aufl. 2004, Rn. 725.

⁵ Vgl. zu diesem Problem *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 72 f.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 407–416.

⁶ Vgl. zur situationsbezogenen Deutung von Drohungen *Marxen* (Fn. 5), S. 70, 72.

⁷ Vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 240 Rn. 31; *Rengier*, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 23 Rn. 39.

⁸ BGHSt 44, 68, 79; vgl. auch BGH bei *Dallinger*, MDR 1952, 408.

⁹ Vgl. *Horn*, NSTZ 1983, 497, 498.

den der BGH für die Prüfung dieses Merkmals entwickelt hat: Es sei zu fragen, ob vom Opfer habe erwartet werden können, dass es der Drohung in „besonnener Selbstbehauptung“ standhalte.¹⁰ Wird in diesem Zusammenhang das Ausmaß der Pression rein faktisch untersucht, dann ist im Falle drohender Strafverfolgung die Empfindlichkeitsschwelle sicherlich stets überschritten.

Hat man dagegen einen auch in normativer Hinsicht besonnenen Menschen vor Augen, so ist ein anderes Ergebnis jedenfalls dann möglich, wenn der Bedrohte tatsächlich eine Straftat begangen hat. Die Rechtsordnung verlangt von ihm, eine Bestrafung hinzunehmen. Dementsprechend könnte von ihm erwartet werden, der Drohung mit einer Strafanzeige zu widerstehen.¹¹ Eine solchermaßen besonnene Reaktion auf die Drohung mit einer Strafanzeige dürfte allerdings nur selten anzutreffen sein. Das hätte die bedenkliche Folge, dass in aller Regel erfolgreich mit Strafanzeigen gedroht werden könnte, ohne dass eine Bestrafung befürchtet werden müsste.

Für die Frage eines **tatbestandsausschließenden Einverständnisses**, die im Zusammenhang mit dem Merkmal des Nötigungserfolges angesprochen werden kann,¹² gilt, was oben bereits zum Merkmal der Drohung ausgeführt wurde. Bei einer Gesamtbetrachtung fügt sich das Täterhandeln in den Plan des Opfers ein; danach war es von dessen Einverständnis gedeckt. Bei einer Betrachtung allein des letzten Aktes – Abfordern des vereinbarten Betrages – erscheint es dagegen denkbar, dass eine Zwangswirkung beim Opfer festgestellt wird.

Das Merkmal des **Vermögensnachteils** gibt Anlass, zu erwägen, ob

der zahlungsbedingte Vermögensverlust kompensiert wurde durch die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen einer Strafverfolgung. Dabei ist insbesondere an die Verhängung einer Geldstrafe zu denken.

Diese aus Opfersicht nahe liegende Kompensation ist bedenklich, weil das Vermögen im Strafrecht wirtschaftlich bestimmt wird und der Begriff des Vermögensschadens nur Nachteile im wirtschaftlichen Verkehr erfasst.¹³ Durch die Sanktionierung von Fehlverhalten beteiligt sich der Staat aber nicht am Wirtschaftsverkehr. Daher wird ganz überwiegend eine Berücksichtigung finanzieller Nachteile auf Grund staatlicher Sanktionen bei der Ermittlung eines Vermögensschadens abgelehnt.¹⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Über sämtliche der dargelegten Bedenken setzt sich das OLG Karlsruhe hinweg. Es bestätigt die Verurteilung des A wegen Erpressung durch die Vorinstanz.

Die maßgeblichen Erwägungen sind nicht leicht zu erkennen, weil die Entscheidung knapp gehalten ist und eine klar durchstrukturierte Begründung vermissen lässt.

In tatsächlicher Hinsicht stellt das OLG auf den letzten Akt ab. Merkwürdig ist in diesem Zusammenhang allerdings der Sprachgebrauch. Es heißt, dass A die Grenze zur Strafbarkeit „spätestens“ dann überschritten habe, als er bei den Verhandlungen in der Gastwirtschaft zunächst 1.000 Euro und schließlich 500 Euro von B verlangt habe. Das bedeutet, dass A möglicherweise schon im Zeitraum davor eine Er-

¹⁰ BGHSt 31, 195, 201; vgl. auch Rengier (Fn. 7), § 23 Rn. 44.

¹¹ So Horn, NStZ 1983, 497, 499.

¹² Eine Erörterung ist auch bereits im Zusammenhang mit der Tathandlung des Drohens möglich. Vgl. zur tatbestandsausschließenden Wirkung des Einverständnisses bei der Nötigung Lackner/Kühl (Fn. 2), § 240 Rn. 4.

¹³ Diese Festlegung gilt generell und hat noch nichts mit etwaigen normativen Einschränkungen des (wirtschaftlichen) Vermögensbegriffs zu tun; vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2005, § 13 Rn. 53; Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 353 f.

¹⁴ Z. B. BGHSt 38, 345, 351 f.; Kindhäuser, LPK-StGB, 2. Aufl. 2004, § 263 Rn. 132; a. A. Mitsch, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 88.

pressungshandlung begangen hat. Diese Annahme entbehrt jeder Grundlage. Denn zuvor war noch ungeklärt, ob und unter welchen Bedingungen das Geschäft zustande kommt.

Auch noch in anderer Hinsicht beruht die Entscheidung auf einer recht einseitigen Bewertung des Sachverhalts. Betroffen ist der Umstand der gemeinsamen ausländischen Herkunft von A und B. Eine Erpressung wäre zweifellos gegeben, wenn B allein schon auf Grund dieser Verbundenheit fest auf Hilfe von A vertraut und daher das Geldangebot nicht ernst gemeint oder erst nach einer entsprechenden Forderung des A gemacht hätte.

Feststellungen dieser Art hat das Tatgericht aber nicht getroffen. Es hat lediglich festgestellt, dass B davon ausgegangen sei, „ein Absehen von einer Strafanzeige käme schon wegen der landsmannschaftlichen Verbundenheit ... in Betracht“¹⁵.

Daraus schließt das OLG, dass A gegen den Willen des B gehandelt hat, als er diesem den ausgehandelten Betrag von 500 Euro abverlangt hat. Dabei soll er konkludent angekündigt haben, die Anzeige weiterzuleiten, falls B nicht zahle.

Diese Sicht der Dinge erscheint reichlich lebensfremd. Mag B auch eine für ihn kostenlose Erledigung erhofft haben, so konnte er realistischerweise nicht davon ausgehen. Denn es war für A riskant, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu verletzen. Ein Kaufhausdetektiv, der Diebe laufen lässt, muss mit nachteiligen Konsequenzen rechnen. Dessen war sich B auch bewusst, wie seine intensiven Bemühungen um eine Regelung der Angelegenheit auf finanzieller Basis belegen.

Mit seiner Interpretation des Sachverhalts haben sich für das OLG alle Bedenken hinsichtlich des Merkmals der Drohung und hinsichtlich eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses erledigt.

Es spricht dann noch die Frage der Empfindlichkeit des angedrohten Übels an. Das geschieht lediglich im Wege knapper Feststellung: Der Geldforderung des A habe B nicht in besonnener Selbstbehauptung standhalten können, weil die Weiterleitung der Anzeige seine Situation erheblich verschlechtert hätte.

Gleichermaßen knapp sind die Ausführungen zum Vermögensnachteil: Einsparungen wegen einer ansonsten drohenden Geldstrafe seien nicht kompensationsfähig, „da staatliche Sanktionen nicht vermögensrechtlicher Natur sind“¹⁶.

Im Übrigen äußert sich das Gericht noch zur Verwerflichkeit gem. § 253 Abs. 2 StGB, was offenbar dadurch veranlasst ist, dass es eine Bewertung des Geschehens als eine Drohung mit einem Unterlassen für möglich hält. Bekanntlich ist nach der Ansicht des BGH in Fällen dieser Art die Grenzlinie zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit hier und nicht auf Tatbestandsebene (unter Berücksichtigung einer etwaigen Handlungspflicht) zu ziehen. Es wird jedoch nicht klar, wieso es das OLG Karlsruhe für denkbar hält, dass A mit einem Unterlassen gedroht hat. Inhaltlich wird zur Verwerflichkeit folgerichtig ausgeführt, dass die Verknüpfung der Geldforderung mit der Androhung der Anzeige sozial inakzeptabel gewesen sei.¹⁷

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Dieser **Fall einer „erbetenen Erpressung“** bereichert ein in der Lehre viel diskutiertes Problemfeld, in dessen Mittelpunkt eine BGH-Entscheidung steht, die gleichfalls das Verhalten eines Kaufhausdetektivs zum Gegenstand hat. BGHSt 31, 195 betrifft die Frage der Strafbarkeit eines Detektivs wegen Nötigung, der den Geschlechtsverkehr

¹⁵ OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724.

¹⁶ OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724.

¹⁷ Vgl. zur Verwerflichkeit der Drohung mit einer Strafanzeige Gössel/Dölling, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, § 18 Rn. 39.

mit einer jugendlichen Ladendiebin erzwingen will, indem er ankündigt, von der Möglichkeit, die Strafverfolgung zu verhindern, keinen Gebrauch zu machen, falls sie sich weigert. Eingehend wird auf der Grundlage dieses Falles die Nötigungsstrafbarkeit bei einem Drohen mit einem Unterlassen erörtert.¹⁸

Der Sachverhalt unseres Falles lässt sich leicht so abwandeln, dass diese Problemkonstellation gegeben ist: Die Strafanzeige befindet sich noch im Geschäftsgang; A hat die Möglichkeit, sie herauszunehmen.

In der Diskussion über die Drohung mit einem Unterlassen wird darauf aufmerksam gemacht, dass in Fällen dieser Art das Täterverhalten oft gar nicht darauf gerichtet ist, die andere Seite unter Druck zu setzen.¹⁹ Angeführt werden Fälle, in denen der Täter dem Opfer, das sich bereits in einer Zwangslage befindet, lediglich seine Hilfe gegen Zahlung einer Vergütung anbietet. In einer solchen Situation, so wird gesagt, fehle es bereits an einer tatbestandlichen Nötigung. Unser Fall zeigt nun, dass sich das Problem auch in Fällen des Drohens mit einem positiven Tun ergeben kann.

Eine genauere Verortung des Problems wird möglich, wenn man einmal rechtliche Einzelheiten beiseite lässt und zweckbezogen fragt, was hier eigentlich bestraft wird. Die Bestrafung dient der **Bekämpfung der Korruption im Bereich privater Sicherheitsdienste**. Da die Bestechungstatbestände nicht herangezogen werden können, weil sie auf Nehmerseite lediglich Amtsträger betreffen, bleibt nur die Möglichkeit, den Vorgang unter den Tatbestand der Erpressung zu subsumieren.

Damit handelt man sich freilich ein Problem ein, das vom OLG Karlsruhe nicht gesehen wurde. Konsequenter-

weise müsste man nun korrupte Amtsträger nicht allein nach §§ 331, 332 StGB, sondern auch wegen Erpressung bestrafen, sofern der Geber wirtschaftlich auf die für ihn günstige Dienstausbübung oder –handlung angewiesen ist, was regelmäßig der Fall sein wird.

Diese Verdoppelung der Pönalisierung lässt sich nur vermeiden, wenn zwischen den Tathandlungen der §§ 331, 332 StGB und der erpresserischen Drohung klar unterschieden und das Eingehen auf ein finanzielles Angebot allein den Bestechungsdelikten zugewiesen wird.²⁰

Das hat freilich im privaten Bereich Straflosigkeit zur Folge. Ist das hinnehmbar? Damit ist auch schon die praktische Seite des Problems angesprochen.

Dass eine Bestrafung aus Gründen des Opferschutzes nötig sei, wird man kaum behaupten können. Ist es doch das Opfer selbst, das den Täter zu seiner Handlung drängt. Und was die Bekämpfung der Korruption im Bereich privater Sicherheitsdienste betrifft, so haben die Arbeitgeber die nötigen Mittel in der Hand. Anders als die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes können sie sich des korrupten Personals rasch entledigen.

5. Kritik

Bereits die Vorstellung der Entscheidung gab vielfach Anlass zu kritischen Bemerkungen. Wir können uns daher auf eine Zusammenfassung beschränken. Der Beschluss des OLG Karlsruhe beruht auf einer lebensfremden Würdigung des Sachverhalts. Es fehlt an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Rechtsproblemen. Das Ergebnis ist eine nicht hinnehmbare Überdehnung staatlicher Strafgewalt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Aleksandr Aleksin zugrunde.)

¹⁸ Vgl. dazu mit umfangreichen Nachweisen Hillenkamp, 40 Probleme Strafrecht BT, 10. Aufl. 2004, S. 30–35, und Küper (Fn. 13), S. 107–110, sowie bereits oben 2.

¹⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden Wessels/Hettinger (Fn. 5), Rn. 414 f.

²⁰ So auch Wessels/Hettinger (Fn. 5), Rn. 414.

1. Sachverhalt¹

A ist wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln angeklagt. Gleich zu Beginn der Hauptverhandlung regt der Vorsitzende der Strafkammer gegenüber dem Verteidiger und der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft eine Verständigung über das Verfahrensergebnis an. Die Verhandlung wird für eine Stunde unterbrochen. Anschließend wird im Protokoll festgehalten: „Die Kammer sichert eine Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren und neun Monaten bei Rechtsmittelverzicht zu.“ A und sein Verteidiger sowie die Staatsanwältin erklären sich mit dieser Zusage einverstanden. Nunmehr wird der Anklagesatz verlesen. Nachdem A über seine Aussagefreiheit belehrt worden ist, gesteht er die Anklagevorwürfe als richtig zu. Daraufhin wird auf die Vernehmung von Zeugen verzichtet. Nach übereinstimmenden Schlussanträgen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung und dem letzten Wort des Angeklagten verkündet die Kammer das Urteil: A wird zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Unmittelbar

¹ Der Entscheidung lagen zwei Fälle mit teilweise unterschiedlichen Sachverhalten zugrunde. Wir haben Umstände aus beiden Fällen zu einem Sachverhalt zusammengeführt, der das Problem möglichst deutlich hervortreten lässt.

Juni 2005
Deal-Fall

Urteilsabsprache / Rechtsmittelverzicht / qualifizierte Belehrung

§§ 302 Abs. 1 Satz 1, 44, 45 StPO

Leitsätze des Gerichts:

1. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken.
2. Nach jedem Urteil, dem eine Urteilsabsprache zugrunde liegt, ist der Rechtsmittelberechtigte, der nach § 35 a Satz 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, stets auch darüber zu informieren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung). Dies gilt auch dann, wenn die Absprache einen Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand hat.
3. Der nach einer Urteilsabsprache erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist unwirksam, wenn der ihn erklärende Rechtsmittelberechtigte nicht qualifiziert belehrt worden ist.

BGH, Beschluss vom 03. März 2005 – GSSt 1/04; abgedruckt in NJW 2005, 1440

darauf verzichten er und sein Verteidiger sowie die Staatsanwaltschaft auf Rechtsmittel. Drei Tage später legt A, der in der Zwischenzeit einen anderen Rechtsanwalt mit seiner Verteidigung beauftragt hat, Revision ein.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Im Ausbildungszusammenhang würde der Sachverhalt mit der Frage verbunden werden, welche Erfolgsaussichten die Revision hat.² Gleich die ersten

² Vgl. *Russack*, Die Revision in der strafrechtlichen Assessorklausur, 2005, Rn. 3–6.

Prüfungsschritte führen zum Kernproblem des Falles.

Zunächst ist die **Zulässigkeit einer Revision** zu prüfen. Zwar hat A die Wochenfrist eingehalten, die für die Einlegung der Revision gem. § 341 Abs. 1 StPO zu beachten ist. Die Revision könnte jedoch wegen des zuvor erklärten Rechtsmittelverzichts unzulässig sein.

Allgemein gilt, dass auf die Einlegung eines Rechtsmittels wirksam verzichtet werden kann. Das ergibt sich aus § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO. Eine solche Verzichtserklärung ist in aller Regel bindend. Sie kann grundsätzlich nicht widerrufen, angefochten oder sonst zurückgenommen werden.³

Das hängt mit der Folge des Verzichts zusammen. Er führt unmittelbar die Rechtskraft herbei. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss über den Eintritt der Rechtskraft Klarheit bestehen. Denn sie verändert die Rechtsstellung des Verurteilten, weil das Urteil nunmehr vollstreckt werden kann.

Daher ist ein **Rechtsmittelverzicht** auch **grundsätzlich wirksam**. Nur ausnahmsweise – etwa bei einem schwer wiegenden Willensmangel – wird Unwirksamkeit angenommen.⁴ Zu den Ausnahmefällen könnte der im Zusammenhang mit einer Absprache vereinbarte und erklärte Rechtsmittelverzicht gehören.

Bei genauer Betrachtung lässt sich das Problem in **zwei Stufen** abhandeln. Zunächst kann gefragt werden, ob ein Rechtsmittelverzicht überhaupt Gegenstand einer Absprache sein darf. Falls das verneint wird, stellt sich die weitere Frage, wie es zu bewerten ist, wenn gleichwohl ein Verzicht vereinbart und anschließend auch erklärt, nunmehr aber dennoch ein Rechtsmittel eingelegt wird. Die (etwaige) Unwirksamkeit der Verzichtsabsprache legt es zwar nahe, zwingt aber nicht dazu, das Rechtsmittel als zulässig anzusehen.

Denkbar ist auch eine gespaltene Lösung. Wegen der weit reichenden Bedeutung der durch den Verzicht ausgelösten Rechtskraftwirkung könnte die Wirksamkeit der Verzichtserklärung trotz Unwirksamkeit der Verzichtsvereinbarung angenommen werden. Möglich wäre eine solche Lösung, weil die Vereinbarung und die Erklärung des Verzichts unterschiedliche Verfahrenshandlungen in getrennten Verfahrensabschnitten darstellen.

Wenden wir uns zunächst dem **Grundproblem der Zulässigkeit einer Verzichtsvereinbarung** zu. Dazu lassen sich drei Ansichten vertreten:

Ansicht 1: Absprachen im Strafverfahren sind insgesamt unzulässig. Schon deswegen ist ein vereinbarter Rechtsmittelverzicht unwirksam.

Ansicht 2: Bei Einhaltung bestimmter Bedingungen dürfen im Strafverfahren Absprachen getroffen werden. Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts ist jedoch unzulässig.

Ansicht 3: Absprachen im Strafverfahren – auch über einen Rechtsmittelverzicht – sind zulässig, sofern dabei bestimmte Bedingungen eingehalten werden.

Zum gegenwärtigen Meinungsstand muss man Folgendes wissen. Ansicht 1 scheint stark vertreten zu sein. Denn Absprachen im Strafverfahren werden in der Literatur teilweise heftig kritisiert.⁵ Das erweckt den Eindruck, als sei die Zulässigkeit von Absprachen eine offene Frage.

Für die Praxis gilt das jedoch nicht. Absprachen sind dort längst selbstverständlich. Man spricht von einem „eigenständigen Institut des Strafverfahrensrechts“, das aus der Praxis „nicht mehr wegzudenken“ sei.⁶ Für die Praxis ist daher allein noch der Meinungsstreit zwischen Ansicht 2 und 3 relevant.

³ Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 51 Rn. 26 f.

⁴ Vgl. *Roxin* (Fn. 3).

⁵ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 394 f. mit umfangreichen Nachweisen.

⁶ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 394.

Zu einem festen Bestandteil der Praxis sind Absprachen geworden, weil sie für alle Verfahrensbeteiligten Vorteile haben. Sie kürzen das Verfahren ab, was Staatsanwaltschaft und Gericht Arbeit erspart, und sie vereinfachen die Urteilsbegründung,⁷ was das Gericht entlastet. Der Angeklagte kann mit dem Angebot eines Geständnisses einen Strafnachlass erreichen. Für den Verteidiger schließlich erweitern sich die Verhandlungsspielräume.

Wenden wir uns dem Meinungsstreit zu. Die Entscheidung des 4. Strafsenats im Jahr 1997 – **BGHSt 43, 195** – beendete für die Praxis den Grundsatzstreit über die Zulässigkeit von Absprachen.

Dort werden Bedingungen aufgelistet, bei deren Einhaltung Verfahrensabsprachen zulässig sind. Die anderen Senate haben dieser Entscheidung grundsätzlich zugestimmt.

Zurückgewiesen wurde damit die Fundamentalkritik in der Literatur. Deren Hauptargument betrifft die Gesetzeslage.⁸ Für Absprachen gebe es keine gesetzliche Grundlage. Schlimmer noch: Sie seien unvereinbar mit den zentralen gesetzlichen Regelungen des Strafverfahrensrechts. Diese seien geprägt von einem Verfahrenstyp, der den staatlichen Organen aufgabe, die Wahrheit zu ermitteln und dem Schuldprinzip Geltung zu verschaffen. Absprachen seien kennzeichnend für den gegensätzlichen Verfahrenstyp des Parteiverfahrens, der dem deutschen Strafverfahrensrecht fremd sei.

Demgegenüber meinte der Bundesgerichtshof in BGHSt 43, 195, dass ein Verständigungsverfahren mit dem geltenden Verfahrensrecht vereinbar sei, wenn dessen wichtigste Grundsätze beachtet würden. Daraus entwickelte er eine kleine **Absprachen-StPO**. Sie enthält im Wesentlichen die folgenden Anforderungen:⁹

- Alle Verfahrensbeteiligten müssen in das Verständigungsverfahren einbezogen werden.
- Das Ergebnis und der wesentliche Inhalt der Absprache müssen in der Hauptverhandlung offen gelegt und protokolliert werden.
- Das Gericht darf kein konkretes Strafmaß zusagen; zulässig ist es aber, für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze anzugeben. Die auf der Grundlage einer Absprache verhängte Strafe muss (noch) schuldangemessen sein.
- Der Angeklagte darf nicht – etwa durch Drohung mit überhöhter Strafe oder durch das Versprechen von Vorteilen ohne sachlichen Zusammenhang (In-Aussicht-Stellen bestimmter Haftentscheidungen, Zusage einer Strafaussetzung) – gedrängt werden, zu gestehen. Das Geständnis muss auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden.

In der genannten Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof ferner zu der Frage geäußert, ob auch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels Gegenstand einer Absprache sein darf. Das hat er verneint.¹⁰ Der Grund liegt auf der Hand: Wenn auch ein Rechtsmittelverzicht verbindlich vereinbart werden darf, besteht die Gefahr, dass die Absprachenpraxis sich vollends der Kontrolle durch die Revisionsgerichte entzieht.

In dem Fall, über den seinerzeit zu entscheiden war, kam es auf diese Frage aber nicht an. Da die Stellungnahme des Senats nicht entscheidungserheblich war, musste sie auch nicht als verbindlich betrachtet werden. Insoweit bestand also weiterhin Klärungsbedarf.

Die anderen Senate äußerten sich unterschiedlich. Teilweise wurde, weil in einer Absprache der Rechtsmittelverzicht „inzident angelegt“ sei, eine „vage Übereinkunft im Sinne einer Inaussichtstellung eines Rechtsmittelver-

⁷ Die Begründung kann gem. § 267 Abs. 4 StPO abgekürzt werden.

⁸ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 395.

⁹ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 396.

¹⁰ BGHSt 43, 195, 204 f.

zichts“ für zulässig erachtet.¹¹ Die Mehrheit der Senate sprach sich aber gegen jede Einbeziehung eines Rechtsmittelverzichts in eine Absprache aus.¹²

Damit wäre allerdings noch nicht das **Problem auf der zweiten Stufe** gelöst. Was hat zu geschehen, wenn eine – nach der Mehrheitsmeinung unzulässige – Verichtsvereinbarung getroffen, der Verzicht erklärt und gleichwohl ein Rechtsmittel eingelegt wird? Es liegt, wie schon gesagt, nahe, aus der Unzulässigkeit der Verichtsabsprache zu schließen, dass der Rechtsmittelverzicht unwirksam und das Rechtsmittel somit zulässig ist. Diese Lösung kollidiert aber mit dem oben erläuterten Grundsatz, dass ein einmal erklärter Rechtsmittelverzicht bindend ist. Ob davon zur Absicherung der Unzulässigkeit einer Verichtsabsprache eine Ausnahme gemacht werden sollte, wurde von den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs bislang unterschiedlich beurteilt.¹³ Das gab Anlass, den Großen Senat für Strafsachen anzurufen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Aufbau, Inhalt und Diktion zeugen davon, dass hier eine **Grundsatzentscheidung von weit reichender Bedeutung** gefällt wurde.

Der Große Senat für Strafsachen begnügt sich nicht damit, an BGHSt 43, 195 anzuknüpfen und lediglich die Probleme des Rechtsmittelverzichts zu erörtern. Vielmehr prüft er im ersten Teil der Entscheidung generell und grundsätzlich, ob Urteilsabsprachen überhaupt zulässig sind.

Zunächst werden Einwände zusammengestellt. Das Verständigungsverfahren passe nicht zum streng formalisierten Strafverfahren. Die Bindung an Zusagen über die Strafhöhe sei unvereinbar mit der Maxime in § 261 StPO, derzufolge der Richter allein nach

seiner Überzeugung zu entscheiden habe. Durch Absprachen werde die Pflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO, von Amts wegen für die Aufklärung der Wahrheit zu sorgen, unterlaufen. Zahlreiche Einzelfragen des Verständigungsverfahrens seien ungeklärt und könnten auch nicht mit Hilfe der Strafverfahrensgesetze geklärt werden, weil diese ein geradezu gegensätzliches Verfahren zum Gegenstand hätten.

Die einzelnen Einwände werden zu einem **Haupteinwand** zusammengefasst: Mit der Anerkennung von Absprachen im Strafverfahren werde durch die Rechtsprechung contra legem ein neuer Verfahrenstyp geschaffen. Dazu sei aber nach der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung allein der Gesetzgeber befugt.

Zwar weist der Große Senat diese Kritik anschließend zurück. Doch keineswegs mit Entschiedenheit. Vielmehr lässt er erkennen, dass nach seiner Ansicht die Einführung eines Verständigungsverfahrens tatsächlich besser durch den Gesetzgeber erfolgen sollte. So erklärt er, dass er sich an seiner Entscheidung gehindert gesehen hätte, wenn eine einschlägige Regelung des Gesetzgebers zu erwarten gewesen wäre. Und er ruft in einem geradezu dramatischen Schlussappell den Gesetzgeber auf, angesichts eines „drängenden Regelungsbedarfs“ doch endlich tätig zu werden. Denn es sei „primär“ dessen Aufgabe, Rechtsregeln für Absprachen festzulegen.¹⁴

Diese Wortwahl macht deutlich, dass nach Ansicht des Großen Senats jedenfalls sekundär auch die Rechtsprechung dazu befugt ist. Die Grenzen richterlicher Rechtsprechung würden dadurch nicht überschritten.

Die näheren Ausführungen verdienen auch in methodischer Hinsicht größte Aufmerksamkeit:

Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“) zeige, dass das Grundgesetz einen „engen Gesetzespositivismus“ ablehne. Dem

¹¹ BGH NStZ 2002, 496.

¹² Z. B. BGH NJW 2003, 3426; BGH StV 2004, 4.

¹³ Vgl. die Darstellung in der Entscheidung des Großen Senats: NJW 2005, 1440, 1441.

¹⁴ BGH NJW 2005, 1440, 1447.

Richter sei eine „schöpferische Rechtsfindung, der auch willentliche Elemente eigen sind“, nicht verwehrt.¹⁵ Sie stehe insbesondere dem Großen Senat zu, dem gem. § 132 Abs. 4 GVG die Fortbildung des Rechts aufgegeben sei. Vom geschriebenen Gesetz müsse sich der Richter lösen können, wenn der Wandel der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftspolitischen Anschauungen das gebiete.

Es folgt ein Satz von bemerkenswerter Radikalität: „Ändern sich die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, so folgt aus dem Gesagten die Zulässigkeit einer richterlichen Anpassung des Rechts an diese Bedürfnisse.“¹⁶

Welches ist das Bedürfnis, das die Anerkennung eines Verständigungsverfahrens legitimiert? Hier kommt der vom Bundesverfassungsgericht kreierte Begriff der **„Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“**¹⁷ ins Spiel. Nach Ansicht des Großen Senats wäre sie gefährdet, wenn den Gerichten verwehrt würde, mittels Absprachen den Verfahrensaufwand zu reduzieren. „Unter den gegebenen – rechtlichen wie tatsächlichen – Bedingungen der Strafrechtspflege“ sei ohne Urteilsabsprachen eine rechtsstaatliche Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nicht mehr zu gewährleisten. Mit diesen Bedingungen sind vor allem die „knappen Ressourcen der Justiz“ gemeint.¹⁸

Als weitere Gründe für eine Anerkennung von Absprachen nennt der Große Senat noch den prozessualen Beschleunigungsgrundsatz und den Grundsatz der Prozessökonomie. Ferner verweist er darauf, dass durch Absprachen Opfer-Zeugen eine belastende Vernehmung erspart werden könne.

Absprachen sind also nach Auffassung des Großen Senats zulässig. Allerdings nur in dem durch BGHSt 43, 195 abgesteckten Rahmen.

Im Folgenden präzisiert der Große Senat diesen Rahmen im Hinblick auf den Rechtsmittelverzicht. Dabei schließt er sich der Mehrheit der Senate an. Ein Rechtsmittelverzicht dürfe nicht zum Gegenstand einer Absprache gemacht werden. Das Gericht dürfe auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken, ja ihn nicht einmal ansprechen. Dem Angeklagten müsse auch in einem Verständigungsverfahren uneingeschränkt die Möglichkeit zur Verfügung stehen, das Urteil überprüfen zu lassen. Nur so sei zu verhindern, dass sich Verständigungsverfahren jeglicher revisionsgerichtlichen Kontrolle entzögen.

Die Folge: Verzichtsabsprachen sind unwirksam. Sind es aber auch daraufhin vorgenommene Verzichtserklärungen mit der Konsequenz, dass gleichwohl Rechtsmittel eingelegt werden können?

Insoweit war der Große Senat in der schwierigen Situation, einen Entscheidungsweg zwischen Szylla und Charybdis finden zu müssen. Hier die Gefahr, dass das Verbot von Verzichtsabsprachen unbeachtet bleibt, wenn die Verzichtserklärung den Angeklagten bindet. Dort die Gefahr, dass die Rechtskraft Schaden nimmt, wenn trotz Verzichtserklärung das Urteil uneingeschränkt angefochten werden kann.

Der Große Senat entwickelt eine überraschende Lösung, die den Umstand ausnutzt, dass nach der Urteilsverkündung und vor einem etwaigen Rechtsmittelverzicht gem. § 35 a StPO eine Rechtsmittelbelehrung erfolgt. Sie soll in **qualifizierter Form** vorgenommen werden, wenn dem Urteil eine Absprache zugrunde gelegen hat. Der Angeklagte ist darüber zu belehren, dass er trotz der Absprache völlig frei darin ist, ein Rechtsmittel einzulegen. Die Pflicht zu qualifizierter Belehrung hängt nicht davon ab, dass die Absprache einen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand gehabt hat. Ist eine solche Rechtsmittelbelehrung erfolgt, so ist der Angeklagte an einen anschließenden Rechtsmittelverzicht gebunden. Andernfalls ist

¹⁵ BGH NJW 2005, 1440, 1443.

¹⁶ BGH NJW 2005, 1440, 1443.

¹⁷ BGH NJW 2005, 1440, 1444; vgl. dazu *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, 10. Aufl. 2004, Art. 20 Rn. 25.

¹⁸ BGH NJW 2005, 1440, 1443.

die Verzichtserklärung unwirksam. Das Urteil bleibt für den Angeklagten anfechtbar, wenn auch nicht uneingeschränkt. Der Große Senat will verhindern, dass die Rechtskraft lange in der Schwebe bleibt. Der Angeklagte muss das Rechtsmittel innerhalb der Rechtsmittelfrist einlegen. Auch wird die Möglichkeit erschwert, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, nachdem die Frist verstrichen ist. Die Regelung in § 44 Satz 2 StPO, die dem Antragsteller die Begründung erleichtert, weil für den Fall einer unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung vermutet wird, dass die Rechtsmittelfrist unverschuldet versäumt wurde, soll nicht für die qualifizierte Belehrung gelten. Der Antragsteller muss also gem. § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO glaubhaft machen, dass er ohne Verschulden annahm, an den Verzicht gebunden zu sein, und daher das Rechtsmittel nicht fristgerecht eingelegt hat.

Für unseren Sachverhalt ergibt sich aus der Entscheidung Folgendes: Da A nicht qualifiziert belehrt wurde und er die Rechtsmittelfrist eingehalten hat, ist seine Revision zulässig.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung ist eminent wichtig, verschafft sie doch der höchst problematischen Absprachenpraxis den Status eines anerkannten Rechtsinstituts. Wer sich in Ausbildung oder Praxis mit Strafrecht und Strafverfahrensrecht befasst, muss die Entscheidung kennen.

Die Praxis wird sich in Spiegelfechterei üben müssen. Absprachen dürfen, soweit das Gericht beteiligt ist, einen ausdrücklichen Rechtsmittelverzicht nicht mehr enthalten. Das ändert aber nichts daran, dass in ihnen ein Rechtsmittelverzicht oder jedenfalls ein Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist angelegt ist. Bei der Rechtsmittelbelehrung muss das Gericht dann jedoch so tun, als ob das nicht der Fall sei.

Dass die vom Bundesgerichtshof erhoffte Wirkung der qualifizierten Belehrung eintritt, ist äußerst unwahrscheinlich. Denn ein Verteidiger, der nach einer Urteilsabsprache ein Rechtsmittel einlegt, wird in künftigen Verfahren auf taube Ohren stoßen, wenn er eine Absprache anregt.

5. Kritik

Der Bundesgerichtshof befördert ein Schattenverfahren, das keinerlei gesetzliche Grundlage hat, zu einem regulären Verfahrenstyp. Was berechtigt ihn dazu, anstelle des Gesetzgebers die Strafprozessordnung so grundlegend umzugestalten? Nach unserer Meinung: nichts.

Als verhängnisvoll kann sich noch erweisen, dass die Anerkennung der Absprachenpraxis mit dem Hinweis auf die „knappen Ressourcen der Justiz“ legitimiert wird.¹⁹ Ist es doch eigentlich die Pflicht des Staates, die Justiz mit den Mitteln auszustatten, die sie benötigt, um Strafverfahren so durchzuführen, wie es das Gesetz vorschreibt! Angesichts dieser Begründung kann der Staat darauf setzen, dass die Justiz bei einer weiteren Verknappung der Ressourcen schon den dazu passenden Verfahrenstyp entwickeln wird.

Hätte der Große Senat doch den Mut gehabt, die Skrupel, die ihn offensichtlich geplagt haben, in ein klares Votum gegen die Absprachenpraxis umzusetzen! So befördert er eine Entwicklung, die u. a. dazu geführt hat, dass der ursprünglich abschätzig gemeinte Begriff „Deal“ mittlerweile in Gerichtskantinen salonfähig geworden ist und auch Eingang in die Wissenschaftssprache gefunden hat.²⁰

(Dem Text liegt ein Entwurf von Jan Voigt zugrunde.)

¹⁹ BGH NJW 2005, 1440, 1443.

²⁰ Beulke (Fn. 5) gibt dem Begriff des Deals den Vorzug vor dem Begriff der Absprache, s. Sachverzeichnis „Absprachen“, S. 361.

1. Sachverhalt¹

A hat sexuelle kannibalistische Neigungen. Ihn erregt die Vorstellung, einen Mann zu schlachten und sich einzuverleiben. Eine Ausführung kommt für ihn aber nur in Betracht, wenn der andere einverstanden ist. Über das Internet sucht er nach einer solchen Person. Es entsteht ein Kontakt zu B. Dieser glaubt, dass ihm eine Amputation seines Penis einen nicht mehr zu überbietenden sexuellen Höhepunkt verschaffen würde. Er ist für den Fall, dass A die Amputation vornimmt, damit einverstanden, dass dieser ihn anschließend tötet, schlachtet und verspeist. Im Haus des A kommt es zur Ausführung. Durch die Penisamputation treten bei B erhebliche Blutungen auf. Das Angebot des A, einen Notarzt zu holen, lehnt B ab. Er versichert, dass A ihn töten könne, sobald er auf Grund des Blutverlustes bewusstlos geworden sei. Nach Eintritt der Bewusstlosigkeit des B versetzt A ihm zwei tödliche Stiche in den Hals. Anschließend zerteilt er den Körper, wobei er abfällige Bemerkungen über die Konsistenz des Fleisches macht. Später will er das Fleisch in gebratener Form zu sich nehmen. Das gesamte Geschehen nimmt A mit einer Videokamera auf. Die erstrebte sexuelle Erregung erwartet er vom späteren Be-

Juli 2005 Kannibalen-Fall

Mord / Befriedigung des Geschlechtstrieb / Ermöglichung einer anderen Straftat / Tötung auf Verlangen / Störung der Totenruhe

§§ 211, 212, 216, 168 StGB

Leitsätze des Gerichts:

1. Das Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstrieb“ liegt auch dann vor, wenn der Täter diese Befriedigung erst bei der späteren Betrachtung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Video) vom Tötungsakt und dem Umgang mit der Leiche finden will.

2. Rechtsgut des § 168 Abs. 1 StGB ist nicht nur der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten, sondern auch das Pietätsgefühl der Allgemeinheit. Das Einverständnis des Tatopfers in beschimpfenden Unfug an seiner Leiche ist deshalb nicht geeignet, die Strafbarkeit entfallen zu lassen.

BGH, Urteil vom 22. April 2005 – 2 StR 310/04; veröffentlicht in NJW 2005, 1876

trachten der Aufnahme. – Im Strafverfahren gegen A erklärt ein psychiatrischer Sachverständiger ihn für uneingeschränkt schuldfähig.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der „Kannibale von Rothenburg“ hat über viele Monate die Schlagzeilen beherrscht. Mit Entsetzen und Ekel reagierte die Gesellschaft auf die Berichte über Sex-Kannibalismus; und mit der Erwartung, dass die Justiz diese Tat mit der höchstmöglichen Strafe ahndet. Die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes erschien geradezu selbstverständlich.

Bei einer näheren Betrachtung, wie sie ein Strafverfahren verlangt, zeigt sich jedoch, dass keineswegs nur diese eine Entscheidung möglich ist, sondern

¹ Der Sachverhalt stimmt nur teilweise mit den Feststellungen des Landgerichts überein. Einbezogen wurden Abweichungen, die nach Ansicht des BGH wahrscheinlicher sind.

ein ganzes Spektrum von Entscheidungsmöglichkeiten besteht: vom Mord gem. § 211 StGB über den Totschlag gem. § 212 StGB bis zur Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB.

Das Landgericht entschied sich für die mittlere Lösung und verurteilte A wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch A griffen dieses Urteil an. Die Staatsanwaltschaft erstrebte eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes. A wollte eine mildere Bestrafung nach § 216 StGB erreichen. Jeweils ergeben sich gewichtige rechtliche und tatsächliche Probleme.

Als Mordmerkmal kommt einmal die **Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes** in Betracht. Aber: A wollte zwar im Zusammenhang mit einem Tötungsgeschehen seinen Geschlechtstrieb befriedigen, jedoch nicht sofort und unmittelbar durch die Tötung, sondern erst später durch das Anschauen der angefertigten Videoaufnahme. Wird auch ein solches Vorhaben von diesem Mordmerkmal erfasst?

Rechtsprechung und Literatur sind wenig ergiebig. Einen auch nur annähernd ähnlichen Fall hat es bislang nicht gegeben. Feststellen lässt sich nur, dass der Abstand zu den anerkannten „klassischen“ Fällen groß ist. Das sind:² erstens der Lustmord, bei dem der Täter die geschlechtliche Befriedigung durch die Tötung selbst erreichen will, zweitens das In-Kauf-Nehmen des Todes bei sexuellen Übergriffen und drittens die Tötung in der Absicht, sich an der Leiche sexuell zu vergehen.

Allenfalls könnte auf die in der Literatur anzutreffende Forderung nach einem „unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Zweck der Triebbefriedigung und der Tötung“³ zurückgegriffen werden. Sie wird in Verbindung mit einer anderen Fallkonstellation erhoben.

Diese betrifft die Tötung einer Person, durch die sich der Täter gehindert sieht, sexuelle Befriedigung bei einer anderen Person zu erlangen. Beispiel: die Tötung des Beschützers einer Frau, um sie anschließend ungehindert vergewaltigen zu können. Teilweise wird mit dem genannten Kriterium die Anwendbarkeit des Mordmerkmals in solchen Fällen verneint.⁴ Dabei dürfte aber der Hauptgrund in der Personendifferenz zwischen dem Tötungsoffer und dem Befriedigungsobjekt bestehen. Das wiederum lässt zweifeln an einer Übertragbarkeit des Kriteriums auf unseren Fall. Denn hier sind Tötungsoffer und Befriedigungsobjekt identisch.

Ansonsten sind es allgemeine Erwägungen, mit denen sich bezweifeln lässt, dass das Mordmerkmal der Absicht geschlechtlicher Befriedigung erfüllt ist. So könnte das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) durch eine Auslegung verletzt sein, die eine lediglich mediale und zeitversetzte Nutzung der Tötung für sexuelle Zwecke in den Anwendungsbereich des Merkmals einbezieht.⁵ Gegen eine solche Auslegung könnte auch die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe angeführt werden, die den Rechtsanwender zu einer restriktiven Anwendung der Mordmerkmale auffordert.⁶

Auf der Suche nach weiteren Mordmerkmalen kommt das Merkmal der sonstigen **niedrigen Beweggründe** in den Blick. Dessen Anwendung bereitet Schwierigkeiten, die in der üblichen Definition deutlich zutage treten. Als niedrig werden Beweggründe eingestuft, „die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja ver-

² Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 211 Rn. 7.

³ Jähnke in LK, StGB, 11. Aufl., § 211 Rn. 7.

⁴ So Jähnke (Fn. 3), § 211 Rn. 7.

⁵ Dass das Bestimmtheitsgebot durch extensive Auslegung verletzt werden kann, zeigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Gewaltbegriff bei der Nötigung: BVerfGE 92, 1.

⁶ BVerfGE 45, 187, 267, 269.

ächtlich sind⁷. Die Anwendung hängt von schwer überprüfbaren außerrechtlichen Wertungen ab. Auf das Merkmal sollte daher erst dann zurückgegriffen werden, wenn sich die anderen Mordmerkmale als unanwendbar erweisen.

Tatsächlich sind die Möglichkeiten, im vorliegenden Fall zu einer Bestrafung wegen Mordes zu gelangen, noch nicht erschöpft. Es bedarf allerdings einer gewissen Rechtsfindungsphantasie, um zu erkennen, dass auch noch das Merkmal der **Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen**, in Betracht kommt. Man muss auf den Gedanken kommen, dass das Schlachten und Verspeisen einer Leiche als **Störung der Totenruhe in der Form der Verübung beschimpfenden Unfugs** gemäß § 168 Abs. 1 Var. 2 StGB bewertet werden kann. A könnte dementsprechend angelastet werden, B getötet zu haben, um eine solche Straftat begehen zu können.

Zu bedenken ist jedoch, dass B zuvor und bei der Tatausführung zugestimmt hatte. Das könnte mit der folgenden Begründung als tatbestandsausschließendes Einverständnis bewertet werden: Eine Handlung verliert ihren beschimpfenden Charakter, wenn sich der Betroffene einverstanden erklärt hat. Im Übrigen kommt auch eine Einstufung der Zustimmungserklärung als rechtfertigende Einwilligung in Betracht.

Unabhängig von der straftatsystematischen Einordnung – (tatbestandsausschließendes) Einverständnis oder (rechtfertigende) Einwilligung⁸ – muss jedoch die Voraussetzung erfüllt sein, dass der Betroffene überhaupt über das tatbestandlich geschützte Rechtsgut verfügen kann. Was also schützt § 168 Abs. 1 Var. 2 StGB?

Wird lediglich das individuelle Recht auf postmortale Achtung der Persön-

lichkeit geschützt, so kann der Betroffene darüber disponieren. Das kann er nicht, wenn der von § 168 Abs. 1 Var. 2 StGB gewährte Schutz auch ein Rechtsgut der Allgemeinheit umfasst. Letzteres entspricht der nahezu einhellig vertretenen Ansicht in Rechtsprechung und Literatur. Danach schützt die Vorschrift (auch) das Pietätsgefühl der Allgemeinheit.⁹

Eine Gegenansicht deutet sich an in einer Literaturstelle, in welcher der Begriff des Pietätsgefühls kritisiert wird.¹⁰ Er sei zu vage und führe zu abstrakten Mutmaßungen. Maßgeblich sollten statt dessen die Nachwirkungen des Schutzes des Individuums zu Lebzeiten sein. Das klingt nach einer rein individuellen Bestimmung des geschützten Rechtsguts, was wohl eine Verfügbarkeit zur Folge hätte.¹¹

Statt der harten Bestrafung wegen Mordes kommt auch eine milde Bestrafung wegen **Tötung auf Verlangen** in Betracht.¹² Sie käme selbst dann zum Zuge, wenn Mordmerkmale erfüllt wären. Denn § 216 StGB übt im Verhältnis zu § 211 StGB eine Sperrwirkung aus.¹³

Die Anwendbarkeit von § 216 StGB hängt im vorliegenden Fall zur Hauptsache von zwei Fragen ab.

Zur Beantwortung der ersten bedarf es mehr als nur juristischer, nämlich auch psychiatrischer Fähigkeiten: War das Tötungsverlangen des B ernstlich? Das wäre zu verneinen, wenn B nicht frei verantwortlich¹⁴ gehandelt hätte. Ohne die Hilfe eines Sachverständigen lässt sich diese Frage im vorliegenden Fall nicht beantworten.

⁷ Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 211, Rn. 5.

⁸ Siehe zu dieser Unterscheidung Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 366.

⁹ Vgl. Dippel in LK, StGB, 11. Aufl., § 168 Rn. 2; Lackner/Kühl (Fn. 7), § 168 Rn. 1.

¹⁰ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 1999, § 62 Rn. 2 f.

¹¹ Insoweit aber zurückhaltend: Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 10), § 62 Rn. 4.

¹² Hier zwingend lebenslange Freiheitsstrafe, dort Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

¹³ Vgl. Tröndle/Fischer (Fn. 10), § 216 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. zu dieser Voraussetzung Lackner/Kühl (Fn. 7), § 216 Rn. 2.

Eine Klärung könnte sich aber angesichts der zweiten Frage erübrigen. Möglicherweise scheidet eine Anwendung von § 216 StGB schon deswegen aus, weil der konkrete Handlungsablauf vom gesetzlich geforderten abweicht.

Das Gesetz sieht vor, dass der Täter **durch das Verlangen des Opfers zur Tötung bestimmt** worden sein muss. Das könnte bedeuten: Die Initiative muss vom Opfer ausgegangen sein und sein Verlangen muss den Täter bei seinem Handeln geleitet haben. Nicht erfasst wären Fälle der hier vorliegenden Art, welche die folgenden Kennzeichen aufweisen. Der Täter ist von vornherein auf die Tötung eines anderen aus. Damit verbundene Ziele sind für ihn maßgeblich. Lediglich die Umsetzung macht er davon abhängig, dass sich ein Opfer findet, das in die Tötung einwilligt. Eine bloße Einwilligung des Opfers in ein vom Täter geplantes Tötungsgeschehen würde danach also den Anforderungen des § 216 StGB nicht genügen. Die ganz h. M. sieht das tatsächlich so.¹⁵ Sie interpretiert das Bestimmtheit durch das Tötungsverlangen nach den Regeln der Anstiftung und schließt dementsprechend Fälle eines bereits vorher bestehenden und für das Handeln maßgeblichen Tatentschlusses aus.

Die Gegenansicht¹⁶ lässt eine bloße Einwilligung genügen. Sie nimmt an, dass der Grund der Privilegierung in der „Unrechtsabschwächung“¹⁷ liege, die sich aus der Preisgabe des eigenen Lebens durch das Opfer ergebe. Der abweichende Sprachgebrauch – „Verlangen“ statt „Einwilligung“ – wird mit praktischen Beweisproblemen begründet.¹⁸

¹⁵ Vgl. *Schneider* in MüKo, StGB, 2003, § 216 Rn. 13, 26; *Jähnke* (Fn. 3), § 216 Rn. 4; *Horn* in SK, StGB, § 216 Rn. 5, 8.

¹⁶ *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 3 Rn. 12 f.

¹⁷ *Arzt/Weber* (Fn. 16), § 3 Rn. 12.

¹⁸ Da das Opfer dem Täter, der sich auf eine Einwilligung berufe, nicht mehr widersprechen könne, sei diesem mit dem Begriff des Verlangens die Berufung auf eine Einwilligung erschwert worden, damit weniger häufig un-

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH tendiert recht eindeutig zu einer Bestrafung wegen Mordes. Abschließend entscheiden konnte er aber nicht, weil der Sachverhalt weiterer Klärung bedurfte.

Gescheitert ist A mit seinem Versuch, eine mildere Bestrafung nach § 216 StGB zu erreichen. Der Senat bekräftigt die Position der h. M.: Der Todeswunsch des Opfers müsse beim Täter den Tatentschluss hervorgerufen haben und „**handlungsleitend**“¹⁹ gewesen sein. Davon weiche das Tatgeschehen ab. A habe aus eigenem Antrieb Opfer gesucht, die bereit sind, sich töten zu lassen. B sei darauf nur eingegangen, um das eigentlich erstrebte Ziel der Penisamputation zu erreichen, und habe nicht etwa die Tötung verlangt. Zurückgewiesen wird die Gegenansicht, die eine Einwilligung genügen lässt.

Eine Verurteilung wegen Mordes hält der BGH im Hinblick auf alle drei oben erwähnten Merkmale für möglich. Nähere Ausführungen macht er zu den Merkmalen der Absicht sexueller Befriedigung und der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen.

Die gesetzliche Fassung des Mordmerkmals der **Absicht geschlechtlicher Befriedigung** zwingt nach der Ansicht des BGH nicht zu einer Beschränkung auf die „klassischen“ Fälle²⁰. Das Gesetz verlange lediglich eine Zweck-Mittel-Relation. Sie sei auch dann gegeben, wenn die Tötung erfolge, um sich später beim Betrachten einer Videoaufzeichnung davon sexuell stimulieren zu lassen.

Den in der Literatur vertretenen Standpunkt, dass ein unmittelbarer zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen Tötung und Triebbefriedigung gegeben sein müsse, lehnt der BGH

ter Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ § 216 StGB angewendet werden müsse; so *Arzt/Weber* (Fn. 16), Rn. 12.

¹⁹ BGH NJW 2005, 1876, 1879.

²⁰ Siehe die Darstellung dieser Fälle unter 2.

jedenfalls für den hier gegebenen Fall der Personenidentität ab. Es reiche aus, dass der Getötete zugleich auch Bezugsobjekt der Triebbefriedigung sei und dass die Tötung zur Erreichung der sexuellen Befriedigung notwendig sei. Das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG verlange keine weitergehende Einschränkung.

Als Straftat, deren **Ermöglichung** die Tötung gedient haben könnte, zieht der BGH in erster Linie § 168 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht. Ferner erwähnt er in diesem Zusammenhang noch die verherrlichende oder verharmlosende Gewaltdarstellung gemäß § 131 StGB und die Verbreitung gewaltpornographischer Schriften gemäß § 184 a StGB.

Nach Ansicht des BGH liegt es auf der Hand, dass A durch das Schlachten der Leiche vor laufender Kamera unter herabsetzenden Kommentierungen **Unfug** verübt, nämlich eine grob ungehörige, rohe Gesinnung zeigende Handlung ausgeführt hat.

Das zusätzliche Erfordernis, dass der Unfug „beschimpfend“ gewesen sein müsse, bestimme sich danach, welches Rechtsgut die Vorschrift schütze. Mit der h. M. nimmt der BGH zwei Schutzgüter an: das Pietätsgefühl der Allgemeinheit und den postmortalen Persönlichkeitsschutz des Toten. Den weiteren Ausführungen ist zu entnehmen, dass nicht stets beide Rechtsgüter verletzt sein müssen, sondern die Verletzung eines dieser beiden Rechtsgüter genügt.

In der Annahme, dass der Schutz sich nicht auf das Individualrechtsgut beschränkt, sieht sich der BGH durch die **gesetzliche Systematik** bestätigt. Die Vorschrift gehöre zu einem Regelungskomplex, der dem Schutz des öffentlichen Friedens diene. Dort, so meint er, wäre sie falsch platziert, wenn lediglich ein individueller Persönlichkeitsschutz beabsichtigt wäre; passend wäre dann eine Regelung bei den Beleidigungsdelikten im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener gewesen.

Das generelle Schutzgut des Rechtsgefühls der Allgemeinheit bestimmt der BGH näher durch einen Rückgriff auf den Schutz der Menschenwürde: „Die Würde des Menschen verbietet es, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen.“²¹ Daran gemessen, sei das Verhalten des A beschimpfend gewesen. Das Schlachten eines Menschen vor laufender Kamera, das zudem noch dem Ziel diene, Material für spätere sexuelle Handlungen zu gewinnen, missachte „im Bewusstsein der Allgemeinheit“²² die Würde des Menschen als Gattungswesen.

Ob auch das individuelle Schutzgut verletzt wurde oder auf Grund eines Einverständnisses des Opfers unverletzt geblieben ist, lässt der BGH dahinstehen. Die festgestellte Verletzung des allgemeinen Rechtsguts bleibe davon unberührt, weil das Opfer darüber nicht habe verfügen können.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Tötungsdelikte nehmen, gemessen an ihrer durchschnittlichen Bedeutung für die (straf-)juristische Berufspraxis, einen viel zu großen Raum im Ausbildungszusammenhang ein. Das kann man beklagen. Am Faktum ihrer überproportionalen Beachtung ändert sich dadurch nichts. Wer vor einer strafrechtlichen Prüfung steht, muss sich darauf einrichten.

Wir leisten Hilfe. Nachdem wir schon in der Vergangenheit vielfach

²¹ BGH NJW 2005, 1876, 1878.

²² BGH NJW 2005, 1876, 1878. – Diese Einfügung irritiert. Soll das bedeuten, dass es an einer Verletzung der Menschenwürde fehlt, wenn die Allgemeinheit sich ihrer nicht bewusst ist? Vermutlich würde sich der BGH durch diese denkbare empirische Interpretation falsch verstanden fühlen.

Tötungsdelikte behandelt haben,²³ stellen wir mit dem Kannibalen-Fall eine weitere prüfungsrelevante BGH-Entscheidung zu den Straftaten gegen das Leben vor. Ihre Bedeutung besteht insbesondere darin, dass sie Material für die Prüfung solcher Mordmerkmale liefert, die bislang weniger beachtet worden sind als andere.

Das Merkmal der **Absicht sexueller Befriedigung** erfährt durch die BGH-Entscheidung eine **Erweiterung**, die mit den Möglichkeiten moderner Aufzeichnungstechnik zusammenhängt. Danach muss sich die Absicht geschlechtlicher Befriedigung nicht auf das reale Opfer beziehen, sondern kann auch dessen virtuelle Erscheinung in einer Bild-Ton-Wiedergabe betreffen. Das heißt zugleich, dass die beabsichtigte Realisierung zeitlich und räumlich außerhalb des Tötungsgeschehens liegen kann.

Was das Mordmerkmal der **Absicht zur Ermöglichung einer Straftat** und die Anwendung von § 168 Abs. 1 Satz 2 StGB betrifft, so drängt sich als Kommentar auf: Darauf muss man erst einmal kommen! Das bedeutet umgekehrt, dass man gut daran tut, sich diese Verbindung zu merken, weil sie nicht gerade nahe liegt.

Im Hinblick auf **§ 216 StGB** behandelt die Entscheidung mit der Frage des Zusammenhanges zwischen dem Verlangen des Opfers und der Willensbildung beim Täter ein Problem, das auch im Bereich der **Sterbehilfe** von Bedeutung ist. Insofern ist eine gewisse Unklarheit der Entscheidung zu beklagen. Deutlich wird, dass das Verlangen des Opfers der bestimmende Tatantrieb gewesen sein muss.²⁴ Weitergehende Anforderungen könnten sich daraus ergeben, dass das Verlangen im Täter den Entschluss zur Tat „hervorgerufen“²⁵ haben muss. Sollen damit alle

Fälle ausgeschieden werden, in denen der Gedanke an eine Tötung schon zuvor beim Täter vorhanden war und dieser auch initiativ geworden ist? Das hätte bedenkliche Folgen für Fälle der Sterbehilfe, in denen der Tötung ein vom Täter angestoßener Kommunikationsprozess vorausgegangen ist. Die Versagung der Privilegierung erscheint zumindest dann nicht angemessen, wenn der Täter aus Mitleid mit dem Opfer den Anstoß gegeben hat. Zustimmung verdient daher die Auffassung, nach der es unschädlich ist, dass der Täter die Initiative ergriffen hat.²⁶

5. Kritik

Die Stellungnahme des BGH zum Mordmerkmal der Absicht sexueller Befriedigung spart mit Argumenten. Jedenfalls eines wollen wir nachliefern. Folgendermaßen hätte die Anwendung des Merkmals abgesichert werden können. Das Merkmal bedarf einer besonderen Rechtfertigung, weil der Triebbezug einer Handlung auch die Schuld mindern kann.²⁷ Die Ahndung als Mord hat daher generalpräventive Gründe: Die harte Strafe soll ein Gegengewicht zur sexuellen Erregung bilden und potenzielle Täter in einer triebbestimmten Situation von einer Tötung abhalten. **Erst recht** muss diese Strafe den Täter treffen, der beim Tötungsgeschehen nicht sexuell erregt ist, sondern kaltblütig tötet, um sich ein Stimulans für eine spätere Triebbefriedigung zu schaffen.

(Dem Text liegen Entwürfe von Ulrike Gleinig und Aline Salgado Neutschmann zugrunde.)

²³ Aufrufen lassen sich diese Fälle in unserer FAMOS-Systematik.

²⁴ Vgl. auch Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 158.

²⁵ BGH NJW 2005, 1876, 1879.

²⁶ Gössel/Dölling, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, § 6 Rn. 10.

²⁷ Vgl. Arzt/Weber (Fn. 16), § 2 Rn. 54 a. E.

1. Sachverhalt

A hat ein Hochschulstudium begonnen und möchte Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) in Anspruch nehmen. In dem Antrag, den er bei der dafür zuständigen Behörde stellt, gibt er als sein Vermögen ein Guthaben auf seinem Girokonto und ein Bausparguthaben an. Die Summe liegt unterhalb der Freibetragsgrenze von 5.200 Euro. Er teilt nicht mit, dass ihm außerdem Wertpapiere im Wert von 17.000 Euro gehören. Sachbearbeiter B bewilligt monatliche Zahlungen in Höhe von 500 Euro, auf die A keinen Anspruch hat. Auf Nachfrage beim Bundesamt für Finanzen erfährt die Behörde ein Jahr später, in welcher Höhe A Freistellungsbeträge aus Kapitalanlagen geltend gemacht hat. Daraus schließt sie, dass A über erhebliches Vermögen verfügt. Die Zahlungen an ihn werden eingestellt. Bis dahin hat er einen Gesamtbetrag von 6.000 Euro erhalten.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall wird bei unseren Leserinnen und Lesern nicht nur auf ein fachlich-juristisches Interesse stoßen, denn er betrifft viele. Berichtet wird von **63.731 Fällen**, in denen in jüngster Zeit aufgedeckt wurde, dass Leistungen nach dem BAföG durch falsche Angaben über die Vermögensverhältnisse erlangt

August 2005 BAföG-Fall

Betrug / Ordnungswidrigkeit / Konkurrenzen / Spezialität

§§ 263 StGB, 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG, 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG

Leitsatz des Gerichts:

Wer Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz durch unrichtige Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen erlangt, macht sich wegen Betruges strafbar. § 263 StGB wird nicht durch § 58 Abs. 1 Nr. 1 BAföG verdrängt.

BayObLG, Urteil vom 23. November 2004 – 1 St RR 129/04; veröffentlicht in: NSTz 2005, 172

wurden.¹ Das entspricht etwa sieben Prozent aller BAföG-Empfänger.²

Der Aufklärungserfolg hängt mit einer neueren steuerrechtlichen Regelung zusammen. Nach § 45 d Abs. 2 Satz 1 EStG darf das Bundesamt für Finanzen den BAföG-Ämtern personenbezogene Auskünfte über die Inanspruchnahme von Freibeträgen aus Kapitaleinkünften erteilen. Satz 2 der Vorschrift bildet die Grundlage für eine Art Rasterfahndung: Das Bundesamt für Finanzen darf seine Daten auch automatisiert mit denen der Sozialleistungsträger abgleichen und ihnen die daraus gewonnenen Ergebnisse mitteilen.³

Mit welchen **Folgen** müssen Betroffene rechnen? Zunächst natürlich mit einer Rückzahlungsforderung. Dabei bleibt es aber vielfach nicht. Es kom-

¹ „Massenbetrug beim Bafög“, FOCUS-Bericht vom 7. März 2005. Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zu diesem Thema, BT-Drs. 15/5807.

² BT-Drs. 15/5807, S. 2.

³ Zur Rechtmäßigkeit des Datenabgleichs kritisch Krapp, ZRP 2004, 261 ff.

men auch Sanktionen in Betracht: eine leichte und eine schwere.

Falsche oder unvollständige Angaben in einem BAföG-Antrag können nach § 58 Abs. 1 und 2 BAföG⁴ als **Ordnungswidrigkeit** mit einem Bußgeld bis zu 2.500 Euro geahndet werden. Denkbar ist aber auch eine **strafrechtliche Sanktionierung als Betrug** gem. § 263 StGB. Das hängt allerdings von zusätzlichen Voraussetzungen ab. Im Unterschied zu § 58 Abs. 1 BAföG genügt nicht die fahrlässige Begehung. Ferner muss es zu einer Vermögensverfügung und einem Vermögensschaden gekommen sein. Und der Täter muss in der Absicht gehandelt haben, sich rechtswidrig zu bereichern. Diese zusätzlichen Voraussetzungen werden aber vielfach erfüllt sein.

Das gilt auch für unseren Fall. Dabei bedarf es nicht etwa einer Erweiterung der Rechtsgrundlage durch § 13 StGB. Zwar hat A es unterlassen, wesentliche Teile seines Vermögens anzugeben. Maßgeblich ist jedoch die Erklärung, die er insgesamt abgegeben hat: Er hat ausdrückliche Auskunft gegeben über seine Vermögensverhältnisse und diese Auskunft war unzutreffend.

Was ist die Folge des Umstandes, dass § 58 BAföG und zugleich § 263 StGB erfüllt sind? Unterschiedliches ist denkbar. So könnte allein § 263 StGB angewendet werden oder auch allein eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit erfolgen. In Betracht kommt ferner eine gemischte Lösung in der Weise, dass bei der Sanktionierung als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit die Rechtsfolge unter Berücksichtigung des Umstandes bemessen wird, dass eine weitere Gesetzesverletzung vorliegt.

Zu klären sind somit Fragen des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen. Das Problemfeld wird üblicherweise mit „**Konkurrenzen**“ über-

schrieben. Hier haben wir es mit der Besonderheit zu tun, dass eine Handlung zugleich Straftat und Ordnungswidrigkeit ist.

Konkurrenzprobleme sind schrittweise zu bearbeiten.⁵ Zunächst ist zu prüfen, ob Formen der Gesetzeseinheit zum Zuge kommen. Sie lassen eine Gesetzesverletzung hinter der anderen zurücktreten. Insoweit scheint das OWiG eine klare Lösung vorzugeben. Nach **§ 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG** wird im Falle des Zusammentreffens von Straftat und Ordnungswidrigkeit **nur das Strafgesetz** angewendet. Danach wäre A wegen Betruges gem. § 263 StGB zu bestrafen.

Dem wird in der Literatur widersprochen. Die gegenteilige Lösung wird für richtig gehalten. Der Betrug soll hinter der Ordnungswidrigkeit zurücktreten.⁶

Nach dieser Auffassung enthält § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG eine nicht ausnahmslos geltende Regelung. Ausnahmsweise soll die Ordnungswidrigkeit die Straftat dann verdrängen, „wenn der Gesetzgeber deutlich gemacht hat, dass ein bestimmtes Verhalten speziell (nur) als Ordnungswidrigkeit angesehen werden soll“.⁷ Der Begriff der Spezialität wird hier nicht im konkurrenzrechtlichen Sinne verwendet. Gemeint ist nicht eine Einbeziehung des Straftatbestandes in den der Ordnungswidrigkeit. Vielmehr soll der Begriff hier zum Ausdruck bringen, dass **eine spezielle Regelungsintention des Gesetzgebers im Hinblick auf einen bestimmten Lebenssachverhalt** zum Ausschluss einer strafrechtlichen Ahndung führen kann.

Eine derartige Exklusivität wird für die Sanktionierung von Falschangaben in einem BAföG-Antrag als Ordnungswidrigkeit nach § 58 BAföG angenommen. Das wird aus dem Gesetzeszweck abgeleitet. Die Ausbildungsförderung

⁴ Die Vorschrift beinhaltete in ihrer alten Fassung die Formulierung „auf Verlangen“, was als gesonderte Aufforderung der Behörde zu Angaben verstanden werden konnte. Die insoweit klarstellende Neufassung beinhaltet das Merkmal nicht mehr.

⁵ Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, 249 ff.

⁶ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

⁷ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3612.

verfolge Ziele außerhalb des Vermögensschutzes. Zwar gewähre die öffentliche Hand Vermögenswerte. Diese Beziehung sei jedoch „wegen der Einseitigkeit der Gewährung nicht primär“.⁸

Zur Unterstützung wird ein **Vergleich** vorgenommen. Ähnlich wie der Subventionsbetrug gem. § 264 StGB vorrangig das Allgemeininteresse an einer wirksamen Wirtschaftsförderung schütze, diene § 58 BAföG zur Hauptsache dem Ziel, die staatliche Ausbildungsförderung zu sichern. Da anerkanntermaßen **§ 263 StGB hinter § 264 StGB zurücktrete**, müsse auch die Ordnungswidrigkeit nach § 58 BAföG den Betrug verdrängen.⁹

Hinzugefügt wird ein Argument, das die **praktische Relevanz** des § 58 BAföG betrifft. Da Fälle der vorsätzlichen Begehung stets als Betrug oder zumindest als Betrugsversuch geahndet werden könnten, mache eine strikte Anwendung der Vorrangregel des § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG die Norm überflüssig. Das sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Der Gesetzgeber, der eine Norm schaffe, wolle auch, dass sie angewendet werde.¹⁰

Diese Lösung der Konkurrenzproblematik ist überwiegend auf Widerspruch gestoßen.¹¹ Der Vergleich mit dem Verhältnis von § 263 und § 264 StGB wird zurückgewiesen. Denn anders als § 58 Abs. 1 BAföG umfasse § 264 Abs. 1 StGB auch die erfolgreiche Erschleichung der Leistung.¹² Zu Strafbarkeitslücken komme es daher nicht, zumal die Strafandrohung mit der des Betruges übereinstimme.¹³ Und schließlich sei **§ 264 StGB** vom Gesetzgeber

ausdrücklich als Sondertatbestand zum Betrug geschaffen worden.¹⁴ Für § 58 Abs. 1 BAföG wird ein solcher besonders geregelter Lebenssachverhalt dagegen nicht anerkannt.¹⁵

Auch das Argument, eine Norm ohne Anwendungsbereich zu schaffen, könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, wird angegriffen. Der Gesetzgeber habe die Ordnungswidrigkeit eingeführt, **um mögliche Sanktionslücken zu schließen**.¹⁶ Die Behauptung, dass solche Lücken tatsächlich gar nicht bestünden, könne aber schwerlich eine Verdrängung von Strafvorschriften begründen.¹⁷ Und es treffe nicht einmal zu, dass die Ordnungswidrigkeit keinen Anwendungsbereich habe. Als Beispiel wird eine falsche Angabe des Wohnsitzes genannt, die leistungserheblich im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I sei. § 263 StGB sei dadurch aber nicht erfüllt, wenn der Anspruch auf Leistungen nach dem BAföG unabhängig vom Wohnsitz bestehe.

Gleichwohl haben in der Vergangenheit viele BAföG-Ämter darauf verzichtet, eine Strafanzeige zu erstatten, und es bei einem Bußgeld belassen.¹⁸ Das dürfte sich ändern im Falle einer höchstrichterlichen Entscheidung zugunsten einer strafrechtlichen Lösung.

⁸ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

⁹ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613. Verwiesen wird auch auf das Verhältnis von Betrug und Steuerhinterziehung. § 370 AO verdränge sowohl für die Abgabe falscher Steuererklärungen als auch für die Erschleichung von Steuerrückerstattungen den gleichzeitig erfüllten Betrug.

¹⁰ Bohnert, NJW 2003, 3611, 3613.

¹¹ Rau/Zschieschack, StV 2004, 669, 674; König, JA 2004, 497, 499.

¹² König, JA 2004, 497, 499.

¹³ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁴ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁵ Mit ähnlichen Argumenten wird auch die Bezugnahme auf § 370 AO angegriffen. Die Strafandrohung stehe auch hier auf einer Stufe mit der des § 263 StGB. Ferner handele es sich ausdrücklich um ein speziell geregeltes, abgegrenztes Sonderstrafrecht sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Dazu König, JA 2004, 497, 499.

¹⁶ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁷ König, JA 2004, 497, 499.

¹⁸ So hat beispielsweise das BAföG-Amt des Studentenwerks Berlin für die Jahre 2000 und 2001 von einem Strafverfahren abgesehen. „Berlin fordert 12 Mio. Euro Bafög zurück“, Bericht der Berliner Morgenpost vom 19. August 2003.

Nachweise zur unterschiedlichen Behandlung der Fälle in den verschiedenen Bundesländern finden sich unter

<http://www.sueddeutsche.de/jobkarriere/berufstudium/artikel/869/44825/>.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Eine solche Entscheidung liegt nunmehr vor. Unter Anknüpfung an eine eigene frühere Entscheidung erklärt das BayObLG die Konkurrenzregelung in **§ 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG für uneingeschränkt anwendbar**.¹⁹ A ist nach seiner Ansicht somit wegen Betruges zu bestrafen.

In der Auseinandersetzung mit der Gegenansicht greift das Gericht den Begriff der Spezialität auf, verwendet ihn aber in einer anderen, nämlich in seiner spezifisch konkurrenzrechtlichen Bedeutung. Danach verdrängt ein Tatbestand einen anderen, wenn er diesen vollständig umfasst und zusätzliche (qualifizierende oder privilegierende) Merkmale enthält. Es bereitet dem BayObLG keine Mühe nachzuweisen, dass ein **Verhältnis der Spezialität in der Form der Privilegierung** zwischen § 58 BAföG und § 263 StGB **nicht besteht**.²⁰ Es verhält sich gerade umgekehrt: Die von § 58 BAföG lediglich erfasste Tätigkeit der wahrheitswidrigen Antragstellung wird im Rahmen des § 263 StGB in mehrfacher Hinsicht erweitert.

Ferner greift das Gericht auf eine **allgemeine Konkurrenzregel** zurück. Die Ordnungswidrigkeit nach § 58 StGB stelle lediglich ein **Tätigkeits- und Gefährdungsdelikt** dar. Dieses **werde stets von einem dasselbe Rechtsgut schützenden Erfolgsdelikt verdrängt**.²¹ Die Regel soll auch für das Verhältnis zu § 263 StGB gelten.

Damit ist das nun folgende Argument nicht ohne weiteres vereinbar. Es stellt gerade auf die Unterschiedlichkeit der geschützten Rechtsgüter ab. Der Bußgeldtatbestand solle die Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten durchsetzen. Das „eigentliche“ Schutzgut bestehe im „ordnungsgemäßen Vollzug der Ausbildungsförderung“. Der Schutz des Vermögens des Leis-

tungsträgers habe „demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung“.²² Bußgeld- und Straftatbestand schützten daher „in ihrem Kernbereich“ unterschiedliche Rechtsgüter. In einem solchen Fall komme ein Vorrang der Bußgeldnorm gegenüber der Strafnorm „ohnehin“ nicht in Betracht.²³

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Betroffene werden vor allem besorgt an Konsequenzen für ihre eigene Ausbildung denken. Welche Folgen hat eine Bestrafung wegen Betruges für die juristische Ausbildung?

Für das **Studium**: keine. Eine Vorstrafe rechtfertigt keine Exmatrikulation.²⁴

Anders sieht es aus für den juristischen **Vorbereitungsdienst**. In Berlin haben wir die folgende Rechtslage.²⁵

Zunächst einmal kann es beim Eintritt in den Vorbereitungsdienst eine Verzögerung geben. Nach § 20 Abs. 3 Nr. 1 der Berliner Juristenausbildungsordnung (JAO) vom 4. August 2003 kann die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst versagt werden, solange ein Ermittlungsverfahren oder ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer vorsätzlichen Straftat anhängig ist.

Der Zugang kann sogar ganz verwehrt werden, und zwar dann, wenn die Bewerberin oder der Bewerber wegen einer vorsätzlichen Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden ist (§ 20 Abs. 3 Nr. 1 JAO). Zu einer so hohen Strafe wird es in Fällen des BAföG-Betruges aber kaum einmal kommen. Vorstellbar erscheint sie etwa unter der Voraussetzung, dass jemand

¹⁹ BayObLG NStZ 2005, 172, 173.

²⁰ BayObLG NStZ 2005, 172, 173.

²¹ BayObLG NStZ 2005, 172, 173.

²² BayObLG NStZ 2005, 172, 174.

²³ BayObLG NStZ 2005, 172, 174.

²⁴ So hat auch Markus Gäfgen nach seiner Verurteilung wegen Mordes an dem Frankfurter Bankierssohn Jacob von Metzler noch das erste Staatsexamen abgelegt.

²⁵ Die Rechtslage in den anderen Bundesländern stimmt damit im Wesentlichen überein.

bereits vorbestraft ist und die Voraussetzungen des Regelbeispiels nach § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Vermögensverlust großen Ausmaßes: mindestens 50.000 Euro) erfüllt hat.²⁶

Die Möglichkeit einer Entlassung aus dem Vorbereitungsdienst sieht § 15 Abs. 2 Nr. 1 des Berliner Juristenausbildungsgesetzes vom 23. Juni 2004 in Verbindung mit § 83 Nr. 1 des Berliner Landesbeamtengesetzes für den Fall einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat vor.

Zu bedenken sind auch unangenehme Folgen einer Vorstrafe für den späteren Eintritt ins **Berufsleben**. Vielfach muss ein polizeiliches Führungszeugnis vorgelegt werden, das nach den Regelungen des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) Vorstrafen ausweist. Immerhin sind einige Einschränkungen vorgesehen. So hinsichtlich der Strafhöhe: Nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG bleiben eine Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen sowie eine Freiheitsstrafe oder ein Strafarrest von nicht mehr als drei Monaten unberücksichtigt. Auch erfolgt nach Ablauf bestimmter Fristen eine Tilgung. Für Verurteilungen wegen eines BAföG-Betruges dürfte im Regelfall die Frist von drei Jahren nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 a BZRG eingreifen.

Insgesamt sollte die Rechtslage Anlass geben, sich intensiv um eine Einstellung des Verfahrens nach §§ 153 oder 153 a StPO zu bemühen, damit eine Verurteilung vermieden wird.

Das alles gilt unter zwei Voraussetzungen. Erstens: Die Rechtsansicht des BayObLG setzt sich durch. Und zweitens: Die BAföG-Ämter belassen es nicht bei einem Bußgeldbescheid, son-

dern erstatten Strafanzeige. Mit beidem wird man rechnen müssen.²⁷

Ein Wort noch zur Bedeutung des Problems als Gegenstand der Ausbildung. Es lohnt sich aus zwei Gründen sich damit zu befassen. Zum einen lässt sich erproben, ob die Grundbegriffe und das Argumentationsvermögen vorhanden sind, die man für die Lösung von Konkurrenzfragen benötigt. Zum anderen wird die Aufmerksamkeit auf das Ordnungswidrigkeitenrecht gelenkt, das in der Ausbildung leider nicht in dem Umfang berücksichtigt wird, der seiner praktischen Bedeutung angemessen wäre.

5. Kritik

Die Entscheidung weist Defizite in der juristischen Argumentation auf. Auch hätte man sich gewünscht, dass kriminologische und kriminalpolitische Zusammenhänge reflektiert worden wären. Das Ergebnis wird man allerdings als gut vertretbar bezeichnen müssen; es wird getragen von einer im Wortlaut klaren Regelung in § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG.

An der juristischen Argumentation ist zu kritisieren, dass die Gegenansicht (bewusst?) missverstanden wird. Soweit diese den Begriff der Spezialität verwendet, ist eine Lebenssachverhalts-Spezialität gemeint, nicht aber die formale Spezialität der Konkurrenzlehre. Der Einwand fehlerhafter Handhabung des Begriffs der Spezialität geht daher fehl.

Umgekehrt finden sich an anderer Stelle der Entscheidungsbegründung Sachargumente, welche die Gegenansicht für sich in Anspruch nimmt, ohne dass darauf eingegangen würde. Das

²⁶ Rau/Zschieschack sehen das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit (§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB) als regelmäßig erfüllt an; die dadurch indizierte besondere Schwere bestehe aber in den meisten Fällen tatsächlich nicht, weshalb es für die Strafzumessung bei dem Rahmen des § 261 Abs. 1 StGB bleibe. Rau/Zschieschack, StV 2004, 669, 672 f.

²⁷ Wenn ein Anfangsverdacht für das Vorliegen einer Straftat besteht, muss die Behörde die Akten bei der Staatsanwaltschaft vorlegen, § 41 Abs. 1 OWiG. Andernfalls könnte sogar eine Strafvereitelung durch Unterlassen gem. § 258, 13 StGB gegeben sein, weil § 41 Abs. 1 OWiG eine Garantenstellung begründen soll. Rau/Zschieschack, StV 2004, 669, 674; König, JA 2004, 497, 499 f.

Gericht begründet die eigene Lösung damit, dass § 58 BAFöG primär nicht dem Schutz des Vermögens, sondern der Sicherung des ordnungsgemäßen Vollzugs der Ausbildungsförderung diene. Gerade darauf stützt aber die Gegenansicht ihre Lösung.

Im Übrigen ist, wie bereits unter 3. gezeigt, diese Unterscheidung der Schutzgüter in der Entscheidung nicht mit der Anwendung der Konkurrenzregel vereinbar, dass das Gefährdungsdelikt regelmäßig hinter das gegen dasselbe Rechtsgut gerichtete Erfolgsdelikt zurücktritt.

Die Entscheidung führt **faktisch zu einer massenhaften Kriminalisierung**. Denn wie oben bereits dargestellt wurde, sind Taten dieser Art in einigen Bundesländern bisher lediglich mit Bußgeldern geahndet worden.

Das ist sicherlich nicht aus Nachlässigkeit im Umgang mit staatlichem Vermögen geschehen. Verschiedene Erwägungen dürften eine Rolle gespielt haben. Das Bewußtsein um die doch schwerwiegenden Konsequenzen für die weitere Berufsausbildung der Betroffenen mahnt zur Zurückhaltung. Häufig wird es sich bei den Vorfällen zudem um solche minder schwerer Art handeln. Insbesondere mag die Einschätzung zu Grunde liegen, dass die Taten häufig weniger schwer wiegen als gezielte Angriffe gegen individuelles Vermögen. Entsprechend ist auch das Unrechtsbewusstsein in der Gesellschaft insgesamt, soweit es um Taten gegen überindividuelles Vermögen geht, weniger stark ausgeprägt. Das mag man bedauern. Und es mag Anlass geben, dem mit vermehrtem Einsatz des Strafrechts entgegenzutreten. Doch sollte diese Einschätzung offen gelegt werden. Es würde rechtsstaatlicher Fairness entsprechen, ein klares Signal zu setzen: „Von nun an werden diese Taten strafrechtlich verfolgt!“ Darauf könnte sich jedermann einrichten. Im Hinblick auf Altfälle wäre eine Lösung zu finden, die den Bewertungswandel berücksichtigt. Es würde sich anbieten, von den Möglichkeiten einer Einstellung

nach §§ 153, 153 a StPO Gebrauch zu machen.

In der Entscheidung findet sich dazu leider nichts. Hoffen wir, dass diese Zusammenhänge jedenfalls im praktischen Umgang mit ihr zur Geltung kommen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Lars Winckler zugrunde.)

1. Sachverhalt

A, Betreiber einer Internetseite mit politischen Inhalten, ruft im Internet und mit Flugblättern zu einer Blockade der Lufthansa-Homepage auf. Damit soll gegen die Mitwirkung des Unternehmens an der Abschiebung von Ausländern protestiert werden. Auch soll die Lufthansa veranlasst werden, keine Abschiebehäftlinge mehr auszufliegen. Geplant ist, durch massenhaften Zugriff auf das Internetangebot der Lufthansa für zwei Stunden zu verhindern, dass Online-Buchungen vorgenommen werden können. Teilnehmern bietet A auf seiner Internetseite eine Software zum kostenlosen Herunterladen an, die in winzigen zeitlichen Abständen Zugriffe ermöglicht.

A betrachtet die Aktion als eine neue Form des Demonstrierens. Bei einem Rechtsanwalt erkundigt er sich, ob mit Sanktionen zu rechnen sei. Nach dessen Auskunft, auf die A sich verlässt, ist eine Strafbarkeit wegen Nötigung nicht gegeben; allenfalls liege ein Verstoß gegen § 118 OWiG (Belästigung der Allgemeinheit) oder § 116 OWiG (Aufforderung zu einer Ordnungswidrigkeit, also zu einer Belästigung der Allgemeinheit) vor. Auf den Rat des Anwalts meldet A die Aktion als „Online-Demonstration“ beim Ordnungsamt an. Er erhält zur Antwort, dass die Anmeldung einer solchen Demonstration nicht vorgesehen sei. Außerdem kündigt A das Vorhaben per E-

September 2005 Online-Demo-Fall

Nötigung / Gewalt / Versammlungsfreiheit / Datenveränderung / Öffentliche Aufforderung zu Straftaten

§§ 111, 240, 303 a StGB; Art. 8 GG

Leitsätze der Verf.:

1. Wer dazu aufruft, eine gewerblich genutzte Internetseite durch massenhaften Zugriff für andere zu sperren oder den Zugang zu erschweren, macht sich wegen öffentlicher Aufforderung zu einer Straftat, nämlich zu einer Nötigung mittels Gewalt, strafbar.
2. Eine solche „Online-Demonstration“ steht nicht unter dem Schutz des Grundrechts der Versammlungsfreiheit.

AG Frankfurt/M., Urt. v. 1. Juli 2005 – Az. 991 Ds 6100 Js 226314/01; abrufbar unter www.ag-frankfurt.justiz.hessen.de, dort „Pressemitteilungen“, Mitteilung vom 22. 07. 2005.

Mail gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden der Lufthansa an.

Die Lufthansa erweitert vorsorglich ihre Leistungskapazitäten für Datenübertragungen. Gleichwohl kommt es zu erheblichen Störungen. Durch 1,2 Millionen Zugriffe von 13.600 Internetadressen verzögert sich während der zweistündigen Aktion der Aufbau der Seite für Lufthansa-Kunden um drei bis zehn Minuten. Teilweise kommt es zum Totalausfall. Dem Unternehmen entsteht ein Schaden von etwa 50.000 Euro. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das Internet ist im Strafrecht angekommen. Ein Vorbote war der Auschwitzlüge-Fall¹, der die Folgen der weltweiten Internet-Kommunikation für das

¹ FAMOS Februar 2001.

Strafanwendungsrecht betraf. Die Fragen, die der Online-Demo-Fall aufwirft, haben unmittelbar die Anwendung des Strafrechts zum Gegenstand. Sie sind zahlreich und schwierig. Vorarbeiten sind kaum vorhanden.²

Zwei Handlungen des A kommen als Anknüpfungspunkte für eine Strafbarkeit in Betracht: der Aufruf zur Blockade und deren Ankündigung gegenüber dem Lufthansa-Chef.³

Die zweite Handlung ist leichter erfassbar. Durch sie könnte A sich wegen **versuchter Nötigung in der Form des Drohens mit einem empfindlichen Übel** gem. §§ 240 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben. Dann müsste die E-Mail allerdings **mehr als eine bloße Ankündigung** zum Inhalt gehabt haben. Das In-Aussicht-Stellen der Blockade müsste mit der Aufforderung verknüpft worden sein, künftig keine Abschiebebehäftlinge mehr auszufliegen. Denn „nötigen“ bedeutet, einem anderen ein bestimmtes Verhalten gegen seinen Willen aufzuzwingen.⁴

Die Umstände sprechen dafür, dass der Nachricht an den Lufthansa-Chef zumindest konkludent eine solche Aussage zu entnehmen war. Andererseits ist denkbar, dass A auf anwaltlichen Rat Formulierungen gewählt hat, die eine Strafbarkeit wegen Nötigung ausschließen. Daher ist fraglich, ob eine hinreichend sichere Grundlage für eine Bestrafung wegen Nötigungsversuchs vorhanden ist.

² Lediglich ein Aufsatz behandelt unmittelbar die fallrelevanten Probleme: *Kraft/Meister*, MMR (MultiMedia und Recht) 2003, 366.

³ Wer es ganz genau nimmt, der wird noch eine dritte Handlung in Betracht ziehen. Es ist zu vermuten, dass A bei der Blockade mitgewirkt hat. Feststellungen dazu hat das Gericht aber nicht getroffen. Daher verzichten wir auf eine Erörterung. Rechtsprobleme entgehen uns dadurch nicht. Denn die Frage, wie die Blockade strafrechtlich zu bewerten ist, wird mitbehandelt bei der Untersuchung der Aufforderung dazu.

⁴ Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 236.

Die **strafrechtliche Bewertung des Blockadeaufrufs** ist kompliziert, denn A agiert gewissermaßen als Vortäter. Diese Rolle des Initiators einer Straftat wird teilweise von der Beteiligungsform der Anstiftung erfasst. § 26 StGB ist jedoch nur dann anwendbar, wenn ein konkreter Bezug zu einem bestimmten Täter und dessen Tat vorhanden ist. Daran fehlt es hier. Wir haben es mit einer generellen, an jedermann adressierten Anstiftung zu tun. Diese Beteiligungsform ist im Besonderen Teil des StGB geregelt: **Öffentliche Aufforderung zu Straftaten gem. § 111 StGB**. Gegenüber der Anstiftung sind die Anforderungen auch deshalb geringer, weil die Einwirkung auf andere keinen Erfolg gehabt haben muss. Das bloße Auffordern genügt.⁵

Eine Aufforderungshandlung ist mit dem Internetaufruf und der Flugblattaktion des A zweifelsfrei gegeben. Sie erfolgte, wie der Tatbestand in seiner zweiten Variante weiter verlangt, auch öffentlich durch die Verbreitung von Schriften. Das gilt nicht nur für das Verteilen der Flugblätter. Nach § 11 Abs. 3 StGB **erfasst der Begriff der Schrift auch Dateien**, die im Internet verbreitet werden.⁶

Probleme bereitet allein die Frage, ob A zu einer rechtswidrigen Tat aufgefordert hat. Das setzt nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraus, dass die Aufforderung die Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes zum Gegenstand gehabt hat.

Es liegt nahe, die Suche nach passenden Tatbeständen bei den Strafvorschriften zu beginnen, mit denen der Gesetzgeber auf Entwicklungen der Informationstechnologie reagiert hat. In Betracht kommen die **Datenveränderung** gem. § 303 a Abs. 1 StGB und die **Computersabotage** gem. § 303 b Abs. 1 StGB.

⁵ Vgl. zum Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 44 Rn. 37–41.

⁶ Die in der Vorschrift genannte Darstellungsform des Datenspeichers bezieht auch die Speicherung auf einem Internetserver ein.

Die gezielte Blockade einer Homepage könnte eine **Datenveränderung in der Form des Unterdrückens von Daten** darstellen, weil Nutzungswilligen der Zugriff verwehrt wird. Unbeeinträchtigt bleibt allerdings in der Regel die Möglichkeit des Zugriffs für denjenigen, der die Daten erzeugt hat und über sie verfügen kann und darf. Das ist im vorliegenden Fall die Lufthansa. Eine Anwendung von § 303 a Abs. 1 StGB würde also voraussetzen, dass die Vorschrift nicht nur diese Rechtsposition schützt, sondern auch Dritten die Aussicht auf Nutzung sichern soll.⁷ Die h. M. wendet sich dagegen, weil sie darin kein Interesse sieht, das strafrechtlich geschützt werden müsste.⁸ Danach scheidet hier eine Strafbarkeit gem. § 303 a Abs. 1 StGB aus.⁹ Und es entfällt auch eine Strafbarkeit wegen Computersabotage, weil die Variante, die hier allein relevant ist, nämlich § 303 b Abs. 1 Nr. 1 StGB, an eine Tat nach § 303 a Abs. 1 StGB anknüpft.

Denkbar ist noch, dass das Verhalten, zu dem A aufgefordert hat, den Tatbestand der **Nötigung** gem. § 240 Abs. 1 und 2 StGB erfüllt. Immerhin zielte die Aktion darauf ab, Nutzer der Lufthansa-Homepage an Online-Buchungen zu hindern und Druck auf die Lufthansa auszuüben. Doch verlangt das Gesetz weitaus mehr als die Einwirkung auf andere.

Zunächst müsste eine bestimmte Begehungsform festgestellt werden. Hier kommt in Betracht, dass durch den

störenden Zugriff auf die Internetseite **Gewalt** ausgeübt werden sollte.

Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht der „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Ende bereitet.¹⁰ Eine bloß psychische Zwangswirkung genügt nicht mehr. Vielmehr bedarf es eines **körperlich wirkenden Zwanges**.¹¹ Als Wirkung der Zugriffe sollte bei den Nutzern aber nur der Effekt eintreten, dass sie keine erfolgreiche Buchung durchführen konnten. Ansonsten sollten ihre Handlungsmöglichkeiten, darunter die Möglichkeit, auf anderem Weg zu buchen, unbeeinträchtigt bleiben.

Daraus ergeben sich Zweifel nicht nur hinsichtlich des Körperbezuges, der für die Annahme von Gewalt nötig ist. Zusätzlich erfordert der Tatbestand ein **Nötigen** (hier zu einem Unterlassen), was so verstanden werden kann, dass das Verhalten des Opfers durch eine Beugung des Willens herbeigeführt worden sein muss.¹² Im vorliegenden Fall sollte das Abstandnehmen von der Buchung aber nicht auf einer erzwungenen Willensentscheidung, sondern auf schlichter Unmöglichkeit beruhen.

Schließlich gilt auch für die Annahme von Gewalt eine **Bagatellgrenze**. Gewalt wird verneint, wenn sich die Einwirkung auf eine vorübergehende Belästigung beschränkt.¹³ So ließe sich die Beeinträchtigung der Nutzung einer Homepage für zwei Stunden durchaus einstufen, zumal Störungen dieser Art häufig auch aus rein technischen Gründen eintreten.

Weitere Bedenken ergeben sich, wenn als **Nötigungsoffer** durch Ge-

⁷ Näher dazu *Faßbender*, Angriffe auf Datenangebote im Internet und deren strafrechtliche Relevanz, 2003, S. 55 ff.

⁸ *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 197; *Vetter*, Gesetzeslücken bei der Internetkriminalität, 2003, S. 66 f.

⁹ Dagegen würde auch die h. M. eine Strafbarkeit bejahen, wenn infolge der Zugriffe das gesamte System zusammengebrochen wäre, so dass auch der Verfügungsberechtigte keinen Zugang mehr zu den Daten gehabt hätte; vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 303 a Rn. 3. Feststellungen dieser Art hat das Gericht jedoch nicht getroffen.

¹⁰ BVerfGE 92, 1; vgl. dazu *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 381, 392.

¹¹ Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 23 Rn. 23; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 74 f.

¹² So eine mittlerweile gewichtige Mindermeinung, die den Fall der vis absoluta für gewaltsam begangene Nötigungen ausschließt: vgl. *Toepel* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 240 Rn. 49 mit Nachweisen.

¹³ Vgl. *Toepel* (Fn. 12), § 240 Rn. 56.

walt nicht die Lufthansa-Kunden, sondern das **Unternehmen** in Betracht gezogen wird. Denkbar ist einmal die Annahme einer **Dreiecks-Nötigung**: Nötigung des Lufthansa-Personals durch Einwirkung auf die Kunden. Der Eintritt einer Zwangswirkung hängt bei dieser Konstruktion regelmäßig davon ab, dass ein Näheverhältnis zwischen dem Nötigungsoffer und den dritten Personen besteht.¹⁴ Ob dafür die Beziehung zu potenziellen Kunden ausreicht, lässt sich bezweifeln. Im Übrigen erscheint auch insoweit fraglich, ob das Kriterium körperlicher Einwirkung erfüllt ist.¹⁵ Das gilt gleichermaßen für die Annahme, die Lufthansa sei unmittelbar ein Nötigungsoffer, weil sie daran habe gehindert werden sollen, Buchungen entgegenzunehmen.

Bisher haben wir nur Tatbestandsfragen erörtert. Eine Vielzahl an Problemen kommt hinzu, wenn die Rechtswidrigkeit thematisiert wird, die bei der Nötigung gem. § 240 Abs. 2 StGB positiv als **Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation** festgestellt werden muss. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang vor allem **grundrechtliche Bezüge**.

Die von A initiierte Online-Demonstration könnte von der **Versammlungsfreiheit** gem. Art. 8 Abs. 1 GG gedeckt gewesen sein. Bedenken ergeben sich aus der **herkömmlichen Interpretation des Begriffs der Versammlung**. Danach sind Versammlungen „örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zwecks gemeinschaftlicher Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung“¹⁶. Die Teilnehmer an

einer Online-Demonstration kommen aber nicht an einem gemeinsamen Ort zusammen. Auch können sie sich nicht bei der Ausführung des Demonstrationsaktes verständigen. Andererseits könnte der Fall dazu genutzt werden, den Begriff der Versammlung zu erweitern, um neue Formen demonstrationsähnlicher kollektiver Meinungsäußerungen im Internet in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG einzubeziehen.¹⁷

Im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung ist ferner das Grundrecht der **Meinungsfreiheit** gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG zu beachten. Allerdings ist auch die Einschränkung nach Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze, zu denen Strafgesetze gehören, zu bedenken. Und es ist fraglich, ob bei der vorzunehmenden Abwägung¹⁸ dieser Grundrechtswahrnehmung Vorrang zukommt im Verhältnis zur Informationsfreiheit der Internetnutzer gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG und zum Recht der Lufthansa am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Schließlich könnte in die Verwerflichkeitsprüfung noch das weitergehende politische Ziel der Aktion einbezogen werden, das darin bestand, die als illegal betrachtete Abschiebep Praxis zu bekämpfen. Doch ist umstritten, ob derartige **Fernziele** einer Nötigung beachtlich sind.¹⁹

Wird trotz aller Zweifel und Bedenken eine rechtswidrige Nötigung als Gegenstand des Aufrufs angenommen und wird ferner festgestellt, dass die Aufforderung befolgt wurde,²⁰ so ist damit erst der objektive Tatbestand des § 111 Abs. 1 StGB bejaht. In subjektiver Hinsicht bedarf es des **Vorsatzes**. Daran könnte es fehlen, weil A auf die gegenteilige Auskunft seines Anwalts

¹⁴ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 9), § 240 Rn. 11.

¹⁵ Allerdings ist umstritten, ob dieses Kriterium bei einem durch Gewalt gegen einen Dritten vermittelten Zwang erfüllt sein muss; vgl. Lackner/Kühl (Fn. 9), § 240 Rn. 11.

¹⁶ BVerfG Beschl. v. 12. 6. 2001, Az. 1 BvQ 28/01 und 30/01, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de; vgl. zu dem ansonsten in Einzelheiten umstrittenen Versammlungsbegriff Kunig in v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 8 Rn. 12–21.

¹⁷ Vgl. dazu Kraft/Meister, MMR 2003, 366, 368, mit letztlich ablehnender Stellungnahme.

¹⁸ Vgl. Kraft/Meister, MMR 2003, 366, 369.

¹⁹ Vgl. Rengier (Fn. 11), § 23 Rn. 65; Marxen (Fn. 11), S. 77 f.

²⁰ Ist die Aufforderung ohne Erfolg geblieben, so kommt § 111 Abs. 2 StGB zur Anwendung.

vertraute. Möglicherweise genügt jedoch hier wie ansonsten bei rechtlichen Bezügen des Vorsatzes eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“.²¹ Dann würde es ausreichen, dass A den Nötigungsgehalt der Tat nach Laienart sachgerecht erfasst hat.²² Die Fehlvorstellung würde lediglich noch als **Verbotsirrtum** berücksichtigt werden können. Viel darf A sich davon aber nicht erhoffen. Denn § 17 Satz 1 StGB setzt das Fehlen der Einsicht, Unrecht zu tun, voraus. A war jedoch darüber informiert, dass jedenfalls ein Rechtsverstoß in der Form einer Ordnungswidrigkeit vorliegen könnte.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Nach Auffassung des Amtsgerichts Frankfurt/M. **hat A sich wegen öffentlicher Aufforderung zu einer Nötigung nach § 111 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.** In den Gründen geht es nur auf einen Teil der hier angesprochenen Fragen ein.

In erster Linie nimmt es eine **Aufforderung zu einer gewaltsamen Nötigung der Nutzer** an. Die Zugriffe hätten eine körperliche Zwangswirkung bei ihnen auslösen sollen. Ihnen habe die Möglichkeit genommen werden sollen, zum gewünschten Zeitpunkt bei der Lufthansa zu buchen.

Als weiteres Nötigungsoffer sieht das Gericht die Lufthansa an. Zwischen ihr und den potenziellen Kunden habe ein Näheverhältnis bestanden, so dass die Einwirkung auf die Nutzer zugleich bei der Lufthansa eine Zwangswirkung ausgelöst habe. Einen Körperbezug hält das Gericht in Fällen der Dreiecks-Nötigung nicht für erforderlich.

Durch die Zugriffe sieht das Gericht zugleich eine Drohung mit einem empfindlichen Übel verwirklicht. Von vorn-

herein sei eine nachhaltige Wirkung angestrebt worden. Daher habe in der Gewaltausübung konkludent ein In-Aussicht-Stellen weiterer Aktionen dieser Art gelegen, was ebenfalls Gegenstand der Aufforderung gewesen sei. Dagegen spricht das Gericht nicht die Frage an, ob A unmittelbar durch die E-Mail an den Lufthansa-Chef gedroht hat.

Den grundrechtlichen Schutz durch Art. 8 Abs. 1 GG verweigert das Gericht dem A, indem es den Versammlungsbegriff in herkömmlicher Weise auslegt. Auch greift nach seiner Ansicht das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht zu dessen Gunsten ein. Verwiesen wird auf die Einschränkung durch allgemeine Gesetze, auf die grundrechtlichen Positionen der Betroffenen und auf die Möglichkeit, den Protest in einer anderen, weniger schädlichen Form zum Ausdruck zu bringen.

In allgemeinen Erwägungen zur Verwerflichkeit berücksichtigt das Gericht zwar das politische Fernziel der Aktion. Eine rechtfertigende Wirkung lehnt es jedoch ab. Abgestellt wird darauf, dass die Blockade keine bloße Nebenfolge, sondern bewusst bezweckt gewesen sei. Außerdem wird die Aktion als unverhältnismäßig eingestuft, weil sie weder zur Zweckerreichung geeignet gewesen sei, noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck gestanden habe. Erneut verweist das Gericht auf die Möglichkeit, legal zu protestieren. Auch hebt es hervor, dass die Internet-Nutzer keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten gehabt hätten, dass die Dauer der Blockade erheblich gewesen sei und dass der Lufthansa ein nicht unbeträchtlicher Schaden entstanden sei.

Zum Vorsatzerfordernis äußert sich das Gericht nicht. Einen Verbotsirrtum lehnt es mit dem Hinweis darauf ab, dass A es für möglich gehalten habe, eine Ordnungswidrigkeit zu begehen.

Zu den Problemen, die im Urteil nicht angesprochen werden, gehört

²¹ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 243.

²² Anders *Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 111 Rn. 16, nach dessen Ansicht der Vorsatz sich auf eine bestimmte Straftat und deren Strafbarkeit beziehen muss.

auch die Frage, ob die Blockade strafrechtlich als Datenveränderung oder Computersabotage erfasst werden kann.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall hat alles, was ein Fall braucht, um prominent zu werden. Er erschließt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht neue Themenfelder. Und es sind **alle Rechtsgebiete betroffen**: neben dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht, beide unmittelbar für die Lösung dieses Falles relevant, auch das Zivilrecht, das unter anderem etwaige Schadensersatzansprüche gegen Online-Demonstranten zu klären haben wird.²³

Ob auch die Entscheidung prominent werden wird, hängt von ihrem weiteren Schicksal ab. Es liegt in den Händen des OLG Frankfurt/M., das A mit der Sprungrevision nach § 335 StPO angerufen hat.

Dass die Entscheidung große Bedeutung für die Ausbildung hat, liegt auf der Hand. Sie wird nicht dadurch gemindert, dass § 111 StGB in einigen Bundesländern, so auch in Berlin²⁴, nicht zu den prüfungsrelevanten Vorschriften des Besonderen Teils gehört. Gleichwohl muss man in der Lage sein, mit diesem Tatbestand umzugehen. Denn er ist, wie wir oben gezeigt haben,²⁵ eng mit den Beteiligungsregeln des Allgemeinen Teils verzahnt.

Für die Praxis des Internetrechts wird der Fall spätestens nach der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. wegweisende Bedeutung erlangen.

5. Kritik

Ein Lob vorweg: Wer die Arbeitsbelastung von Richtern am Amtsgericht kennt, wird den Hut ziehen angesichts

des Umfangs der Entscheidung und der Differenziertheit der Argumentation.

Detailkritik können wir hier nicht leisten. Zu groß ist die Zahl der Probleme. Werfen wir stattdessen einen Blick auf das **zentrale Ergebnis**: Wegen gewaltsam begangener Nötigung soll derjenige strafbar sein, der durch störende Zugriffe auf eine Internetseite Online-Buchungen verhindert. Diese Verwendung des Gewaltbegriffs hat nicht nur den Einwand gegen sich, dass sie unvereinbar ist mit dem, was in der Gesellschaft unter Gewalt verstanden wird. Sie widerspricht auch der Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach einer Eingrenzung des Gewaltbegriffs mit Hilfe des Kriteriums des Körperbezuges. Eine grenzziehende Funktion dieses Kriteriums ist nicht mehr erkennbar, wenn dafür ausreicht, dass eine gewünschte Buchung nicht vorgenommen werden kann.

Betrachten wir die Sache einmal **rechtspolitisch**: Ist es wirklich nötig, Taten dieser Art und Aufrufe dazu durch Überdehnung des Nötigungstatbestandes zu kriminalisieren? Wehrlos sind Staat und Gesellschaft nicht; immerhin stehen Sanktionen nach dem OWiG zur Verfügung.²⁶ Und sollte man tatsächlich glauben, nicht ohne Strafe auskommen zu können, so würde es einem Rechtsstaat gut anstehen, mit einem klaren gesetzgeberischen Akt Handlungen dieser Art für strafbar zu erklären. Empfohlen sei für diesen Fall eine Reform von §§ 303 a und b StGB. § 240 StGB hat mit dem Sachproblem nichts zu tun.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Ulrike Stavorinus und Nina Metz zugrunde.)

Aktueller Hinweis: Das OLG Frankfurt am Main hat mit Beschluss vom 22.05.2006 das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben und den Angeklagten freigesprochen (MMR 2006, 547; JuS 2006, 943).

²³ Vgl. dazu Kraft/Meister, MMR 2003, 366, 373 f.

²⁴ Siehe § 3 Abs. 4 Nr. 2 b aa JAO, abrufbar über die Homepage der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

²⁵ Siehe 2.

²⁶ In Betracht kommen §§ 116, 118 OWiG; siehe 1.

1. Sachverhalt¹

A wird verdächtigt, B erschlagen zu haben. Die Polizei findet in seiner Wohnung einen Schlagstock, der als Tatwaffe in Betracht kommt. Als A sich nach einem Arbeitsunfall in einer Klinik aufhält, wird zur Erlangung weiterer Beweise sein Einzelzimmer auf Grund richterlicher Anordnung mit technischen Mitteln abgehört. Sämtliche Geräusche werden aufgezeichnet. Festgehalten wird auch der folgende Vorgang. Eine Arbeitskollegin ruft A an und berichtet von ihrer polizeilichen Vernehmung. Dabei erwähnt sie, dass sie gefragt worden ist, ob A aggressiv sei. Nach dem Telefongespräch ist A sehr erregt und spricht vor sich hin: „Sehr aggressiv, sehr aggressiv! In Kopf hätt i eam schießen sollen, in Kopf hätt i eam schießen sollen, selber umgebracht.“ Es kommt zur Anklage gegen A wegen Mordes. In der Hauptverhandlung vor dem Landgericht wird die Tonaufnahme abgespielt. Gemeinsam mit anderen Beweisen lässt sie die Kammer zu dem Schluss gelangen, dass A die Tat begangen hat. Seine Äußerung wird so interpretiert, dass er sich Vorhaltungen gemacht habe, B nicht auf andere Weise getötet zu haben. Gegen seine Verurteilung wegen Mordes legt A Revision ein. Zur Begründung trägt er unter an-

Oktober 2005

Selbstgesprächs-Fall

Akustische Wohnraumüberwachung / Unverletzlichkeit der Wohnung / Verwertungsverbot / Kernbereich privater Lebensgestaltung

§§ 100 c, 100 f StPO; Art. 13 GG

Leitsatz des Gerichts:

Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzurechnen ist.

BGH, Urt. v. 10. August 2005 – Az 1 StR 140/05, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de

derem vor, dass die Verwertung der Tonaufnahme unzulässig gewesen sei.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Wer zur Lösung der Verwertungsproblematik seinen StPO-Text aufschlägt, begeht möglicherweise schon den ersten Fehler. Wahrscheinlich gibt der Text die hier maßgeblichen Vorschriften – §§ 100 c bis f StPO – noch nicht in der seit 1. Juli 2005 geltenden Fassung wieder. Folgendes muss man aber wissen, um den Fall sachgerecht behandeln zu können.²

¹ Um die Hauptprobleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen, haben wir den Sachverhalt – auch im Hinblick auf das prozessuale Geschehen – vereinfacht und verändert.

² Dringend sei angeraten, sich nicht nur die Neufassung dieser Vorschriften zu besorgen, sondern sich auch auf weitere Aktivität des Gesetzgebers diesbezüglich einzurichten. Zu empfehlen sind Dienste, die das Bundesjustizministerium über seine Internetseite (www.bmj.bund.de) anbietet: Aktualitätendienst, Gesetzessammlung (über „Service“) und Newsletter-Abo. – In der Lehrbuchliteratur wird die neue strafprozessrechtliche Gesetzeslage bislang allein von Hellmann,

Die hier verwendete Ermittlungsmaßnahme wird üblicherweise als **Lauschangriff** bezeichnet.³ Unterschieden wird zwischen dem kleinen und dem großen Lauschangriff. Als klein gilt ein Lauschangriff, der außerhalb von Wohnungen erfolgt, als groß die akustische Wohnraumüberwachung. Der große Lauschangriff ist der problematischere, weil er in das **Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung** gem. Art. 13 GG eingreift. Seine Einführung wurde möglich durch eine Einschränkung dieses Grundrechtes in Abs. 3. Die anschließend vorgenommene Regelung in § 100 c StPO a. F. hat das Bundesverfassungsgericht beanstandet.⁴ Zur Hauptsache rügte es, dass der unantastbare Privatbereich nicht ausreichend geschützt sei. Darauf hat der Gesetzgeber mit der Neufassung dieser Vorschrift reagiert.⁵ Der kleine Lauschangriff ist seit der jüngsten Gesetzesreform in § 100 f StPO geregelt.

Damit ist als erstes zu klären, welche der beiden Vorschriften heranzuziehen ist. Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass auch ein **Krankenhauszimmer als grundrechtlich geschützter Wohnbereich** anzusehen sei.⁶ Die Möglichkeit ungehinderten Betretens durch das Krankenhauspersonal ändere nichts daran, dass das Zimmer ganz überwiegend einen Rückzugsbereich privater Lebensgestaltung für den Patienten bilde. Dem wird entgegengehalten, dass das Krankenhauszimmer keine selbständige Unterkunft, sondern nur ein Hilfsmittel zur Behandlung und Pflege sei.⁷ Folgt man der erstgenann-

ten Ansicht, so ist § 100 c StPO hier maßgeblich.

Die Vorschrift enthält, was in der StPO selten ist, ein **ausdrückliches Beweisverwertungsverbot**. Nach § 100 c Abs. 5 Satz 3 StPO dürfen Erkenntnisse über Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht verwertet werden.

Das Gesetz erläutert diesen Begriff nicht. Es erleichtert seine Anwendung aber durch Ausgrenzung zweier Bereiche. Nach § 100 c Abs. 4 Satz 2 StPO sind Gespräche in Betriebs- oder Geschäftsräumen und nach Satz 3 **Gespräche über begangene Straftaten** und Äußerungen, mittels derer Straftaten begangen werden, in der Regel nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen.

A hat über eine begangene Straftat gesprochen. Das wäre ein Grund, diese negative Begriffsbestimmung anzuwenden. Aber er hat nicht zu anderen, sondern zu sich selbst gesprochen. Ist auch das ein Gespräch im Sinne dieser Regelung?

Für eine Antwort wird es nicht ausreichen, mit dem Wortlaut zu argumentieren. Richtig ist zwar, dass das Reden mit sich selbst als Gespräch, nämlich als **Selbstgespräch**, bezeichnet wird. Doch unterscheidet sich ein Selbstgespräch von einem Zwiegespräch durch einen Umstand, der Anlass geben könnte, ein Gespräch dieser Art doch dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen: Man ist mit sich selbst allein und damit gewissermaßen privatissime⁸.

Andererseits weist der Gegenstand des Selbstgesprächs, die Straftat, einen **Bezug zu anderen** auf, und zwar zu einem konkreten Opfer und zur Allgemeinheit, die der ungeklärte Verdacht eines schweren Verbrechens beunruhigt.

Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 349 ff., berücksichtigt.

³ Vgl. dazu und zum Folgenden *Hellmann* (Fn. 2), 358-369; *Volk*, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 10 Rn. 50-53.

⁴ BVerfGE 109, 279.

⁵ BT-Drs. 15/4533.

⁶ So z. B. *Herdegen* in Bonner Kommentar zum GG, Art. 13 Rn. 29.

⁷ So etwa *Kunig* in v. Münch, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 13 Rn. 10, unter Berufung auf LSG Schleswig-Holstein, NJW 1987, 2958.

⁸ Notiz zur Universitätsgeschichte: So wurden früher Veranstaltungen mit einem kleinen, ausgewählten Zuhörerkreis bezeichnet.

Unter Hinweis auf diesen Sozialbezug hat das Bundesverfassungsgericht die **Verwertung von tagebuchartigen Aufzeichnungen** zugelassen.⁹ Zusätzlich hat es dabei allerdings auch den Umstand verwertet, dass der Betroffene seine Gedanken aufgeschrieben hat. Dadurch habe er sie aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr des Zugriffs preisgegeben. Sie seien daher nicht mehr dem absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen.

Darin unterscheidet sich aber unser Fall vom Tagebuch-Fall: A hat seine Gedanken nur ausgesprochen, nicht jedoch selbst aufgezeichnet.

Ein weiterer Grund kann an der Leitfunktion der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zweifeln lassen. Hinter ihr steht **keine Mehrheit**. Vier Richter waren dafür, vier dagegen. Da die Sache in solchen Fällen nicht unentschieden bleiben kann, ist gesetzlich geregelt, dass bei Stimmengleichheit ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG). Das bedeutet nicht nur, dass die Entscheidung auf schwachen Füßen steht. Es kommt auch dem Votum der vier abweichenden Richter erhebliches Gewicht zu.

Die haben in der Tagebuch-Entscheidung klare Worte gefunden: „So gewiss es ist, dass die Gedanken frei sind – und deshalb frei bleiben müssen von staatlichem Zwang und Zugriff, wenn nicht der Mensch im Kernbereich seiner Persönlichkeit getroffen werden soll –, so gewiss muss gleicher Schutz für das schriftlich mit sich selbst geführte Gespräch gelten, bei dem das andere Ich durch die Niederschrift zum Sprechen gebracht und damit als Gegenüber besser verstanden wird.“¹⁰ Die Konsequenz für den Fall des Selbstgesprächs liegt auf der Hand: Erst recht müsste hier ein Verwertungsverbot gelten.

3. Kernaussagen der Entscheidung

A hat mit seiner Verfahrensrüge Erfolg. Der BGH hebt das Urteil auf und verweist die Sache zurück.

Im Meinungsstreit über die Einordnung von Krankenzimmern schließt sich der BGH der Ansicht an, dass sie als ein durch Art. 13 GG geschützter Wohnbereich und damit als Wohnung im Sinne von § 100 c StPO anzusehen sind. Bedeutungslos ist nach seiner Ansicht, dass niemand ein Krankenzimmer als Wohnung bezeichnet. Der **Begriff der Wohnung** in Art. 13 GG „ist ... nicht im engen Sinne der Umgangssprache zu verstehen, vielmehr ist er weit auszulegen“¹¹. Maßgeblich sei, ob durch eine gewisse räumliche Abschottung eine private Lebensgestaltung ermöglicht werde. Das sei auch in Krankenzimmern der Fall. Das Zutrittsrecht von Ärzten und Pflegepersonal hebe den Privatcharakter des Zimmers nicht auf, zumal diese Personen beruflich zur Geheimhaltung verpflichtet seien und ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 53, 53 a StPO hätten.

Die Unverwertbarkeit der Aufzeichnung des Selbstgesprächs begründet der BGH hauptsächlich im Wege einer **Auseinandersetzung mit der Tagebuch-Entscheidung** des Bundesverfassungsgerichts. Da für die Verneinung eines Grundrechtsverstoßes die schriftliche Fixierung der Gedanken den Ausschlag gegeben habe, müsse gegenteilig entschieden werden, wenn es, wie hier, beim gesprochenen Wort geblieben sei.

Ferner sei allein – und hier übernimmt der BGH die Position der vier abweichenden Richter – auf den ursprünglichen Gehalt der Äußerung als Selbstgespräch abzustellen; ein im Nachhinein herangetragener Allgemeinbezug dürfe keine Berücksichtigung fin-

⁹ BVerfGE 80, 367, 374 f.

¹⁰ BVerfGE 80, 367, 381.

¹¹ BGH, Urt. V. 10. August 2005 – Az 1 StR 140/05, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 10, unter Berufung auf BGHSt 42, 372, 375 f.

den. Das Selbstgespräch sei durch „unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte“ gekennzeichnet und habe „persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche Gefühle und Befindlichkeiten“¹² zum Inhalt. Dieses Wissen bezieht der BGH aus einem Psychologie-Lexikon.¹³ Und er folgert daraus: „Das Selbstgespräch hat somit ausschließlich höchstpersönlichen Charakter und berührt aus sich heraus nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft.“¹⁴

Seinen Standpunkt sichert der BGH durch zwei Argumente mit Gesetzesbezug ab. Aus dem Umstand, dass § 100 c Abs. 4 Satz 3 StPO zwischen „Gesprächen“ über begangene Straftaten und „Äußerungen“, mittels derer Straftaten begangen werden, unterscheidet, sei der „Gegenschluss“ zu ziehen, dass mit „Gespräch“ nur solche Äußerungen gemeint seien, „die dazu bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden“¹⁵. Auch sieht sich der BGH durch Äußerungen des Gesetzgebers¹⁶ in seiner Auffassung bestätigt, dass Selbstgespräche dem Kernbereich privater Lebensgestaltung angehören.

Die Entscheidung liefert ein klares Ergebnis in der vorliegenden Sache: Die Aufzeichnung über das Selbstgespräch des A darf nicht für Zwecke der Strafverfolgung verwertet werden. Wie weit dieses Ergebnis verallgemeinert werden kann, bleibt hingegen unklar. Der Senat legt sich nicht fest in der Frage, ob

Selbstgespräche, die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen, ausnahmslos unverwertbar sind und daher ein **absolutes Verwertungsverbot** besteht. Vielmehr deutet er an, dass er eine Verwertung ausnahmsweise für zulässig hält, wenn sie die Abwehr von Gefahren bezweckt oder wenn sie den Angeklagten entlastet.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Selbstgesprächs-Fall wird zum Ausbildungs-Klassiker werden, weil der Tagebuch-Fall bereits einer ist¹⁷ und der BGH sich in der Begründung und im Ergebnis von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Tagebuch-Fall absetzt.

Da der Fall **straßprozessrechtliche und verfassungsrechtliche Bezüge** aufweist, müssen Studierende damit rechnen, ihm in beiden Rechtsgebieten zu begegnen.

Es erleichtert die Behandlung des Falles, wenn ein **Kategoriensystem** benutzt wird, das im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verwertungsproblematik entwickelt wurde.¹⁸ Es unterscheidet drei **Sphären der Persönlichkeit**: den Sozialbereich, die schlichte Privatsphäre und die Intimsphäre. Äußerungen im Sozialbereich sind uneingeschränkt verwertbar, während Äußerungen im Intimbereich uneingeschränkt unverwertbar sind. Die Verwertbarkeit von Äußerungen in der schlichten Privatsphäre ist eine Sache der Abwägung der betroffenen Interessen.

¹² BGH (Fn. 11), S. 13.

¹³ *Wenninger* (Hrsg.), *Lexikon der Psychologie*, Stichwort „Selbstkommunikation“, Bd. 4, S. 133.

¹⁴ BGH (Fn. 11) S. 13.

¹⁵ BGH (Fn. 11), S. 14.

¹⁶ In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/4533, S. 14) heißt es, dass „in der Regel auch Äußerungen eines Beschuldigten, die dieser tätigt, wenn er sich alleine in der überwachten Wohnung aufhält, oder Äußerungen, die nicht dazu bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden, dem absolut geschützten Kernbereich unterfallen“.

¹⁷ Genau genommen gibt es nicht **den** Tagebuch-Fall, sondern eine Reihe von Tagebuch-Fällen, in denen zunächst der BGH und dann das BVerfG Stellung bezogen haben; vgl. *Beulke*, *Straßprozessrecht*, 8. Aufl. 2005, Rn. 473; *Schlüchter*, *Straßprozessrecht*, 3. Aufl. 1999, S. 11.

¹⁸ Vgl. zum Folgenden *Beulke* (Fn. 17), Rn. 471 f.; *Volk* (Fn. 3), § 28 Rn. 38.

Drei-Sphären-Theorie

1.	Sozialsphäre	kein Verwertungsverbot
2.	Privatsphäre	Abwägung Schutz der Privatsphäre / Strafverfolgungsinteresse
3.	Intimsphäre	Absolutes Verwertungsverbot

Das System ordnet die Probleme, löst sie aber nicht. Die entscheidende Grenze verläuft zwischen der schlichten Privatsphäre und der Intimsphäre. Und die entscheidende Frage lautet: Was gehört zum abwägungsfesten Intimbereich? Klare Antworten darauf gibt es nicht.¹⁹

Der **Gesetzesbegriff des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung**, der im Zentrum der vorliegenden Entscheidung steht, fügt sich nicht glatt in dieses Kategoriensystem. Das zeigt sich daran, dass der BGH die Äußerung des A diesem Bereich zuordnet und gleichwohl eine Verwertbarkeit nicht völlig ausschließt. Dagegen trennt die Grenze zwischen der Intimsphäre und der schlichten Privatsphäre absolute Verwertungsverbote von relativen (also: abwägungsabhängigen).

In **praktischer Hinsicht** schränkt die Entscheidung nicht nur die Möglichkeiten einer prozessualen Verwertung von Äußerungen ein, die im Wege akustischer Wohnraumüberwachung gewonnen wurden. Derselbe Begriff – Kernbereich privater Lebensgestaltung – ist auch dafür maßgeblich, ob eine Wohnraumüberwachung überhaupt angeordnet werden darf (§ 100 c Abs. 4 Satz 1 StPO) und wann die Aufzeichnung unterbrochen werden muss (§ 100 c Abs. 5 Satz 1 StPO).²⁰

¹⁹ Vgl. auch die kritische Bewertung bei Volk (Fn. 3), § 28 Rn. 38.

²⁰ Bei einer vollständigen strafprozessrechtlichen Begutachtung des vorliegenden Falles müsste auch geklärt werden, ob nicht schon durch die Anordnung der Überwachung und durch den Verzicht auf eine Unterbrechung ein Rechtsverstoß begangen wurde. Der BGH musste auf diese Fragen nicht eingehen, weil sein Ergebnis – Verneinung der Verwertbarkeit – davon nicht abhing.

Als praktische Folge ist zu erwarten, dass die Zahl angeordneter und durchgeführter großer Lauschangriffe zurückgeht. Einigermmaßen unproblematisch ist letztlich nur die Überwachung von Betriebs- oder Geschäftsräumen, weil das Gesetz hier für den Regelfall ausschließt, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist (§ 100 c Abs. 4 Satz 3 StPO).²¹

Der grundrechtsfreundliche Betrachter wird diese Entwicklung begrüßen. Dagegen klagten Vertreter der Strafverfolgungspraxis schon vor der BGH-Entscheidung darüber, dass überhöhte Anforderungen an den Schutz der Privatsphäre das Mittel der akustischen Wohnraumüberwachung praktisch wertlos machen würden.²²

5. Kritik

Der Fall stellt Staat, Gesellschaft und den Einzelnen auf die Probe: Soll es hingenommen werden, dass die Strafverfolgung gegen einen hochgradig Verdächtigen misslingt, weil einem Grundrecht der Vorrang eingeräumt wird, vor dessen Verletzung der Bürger sich in der Regel nicht fürchten muss? Für **freiheitlich-rechtsstaatliches Denken** ist die Antwort klar: Ja, das muss hingenommen werden. Denn eine Relativierung des Grundrechtsschutzes stellt die Grundlagen des Zusammenlebens in Staat und Gesellschaft in Frage. Daher ist die Entscheidung im Ergebnis uneingeschränkt zu begrüßen.

Zustimmung verdient auch die Begründung, soweit sie unmittelbar darauf abstellt, dass der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung für jeden, also auch für einen Tatverdächtigen, gewährleistet sein muss.

²¹ Vgl. Hellmann (Fn. 2), Rn. 364: „Privatwohnungen dürften ... in aller Regel von einer akustischen Überwachung ausgeschlossen sein, so dass faktisch allein die Überwachung von Betriebs- und Geschäftsräumen in Betracht kommt.“

²² So der Präsident der Deutschen Polizeigewerkschaft Speck in der Welt vom 4. März 2004, S. 2.

Weniger überzeugend ist der Versuch, der Wortwahl des Gesetzgebers ein Argument abzugewinnen. Er könnte nur gelingen, wenn der Gesetzgeber seine Worte nach rationalen Gesichtspunkten gewählt hätte. Das ist zu bezweifeln, denn der Gesetzestext wechselt ohne erkennbares System zwischen „Wort“, „Äußerung“ und Gespräch“. ²³

Eigenartig mutet es an, wenn der BGH den **Begriff des Selbstgesprächs** mit Hilfe eines Psychologie-Lexikons definiert, zumal das Zitat einen anderen Begriff, nämlich den der „Selbstkommunikation“ betrifft. ²⁴ Die Definition ist erkennbar zu eng. Denn wir wissen alle, dass unsere Selbstgespräche nicht nur „persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche Gefühle und Befindlichkeiten“ zum Inhalt haben. Vorzunehmen ist eine normative Einschränkung des weiter reichenden Begriffs des Selbstgesprächs auf solche Gespräche mit sich selbst, die höchstpersönlichen Charakter haben. Dabei hilft kein Psychologie-Lexikon. Das muss entschieden werden.

Ein Wort noch zu einem Wort in der Entscheidung. Der BGH spricht von der „Menschenwürderelevanz“ ²⁵ der überwachten Äußerung. Man wünscht sich im Gebäude des Bundesgerichtshofs Alarmglocken, die ohrenbetäubend schrillen, wenn ein so abscheuliches Wortungetüm auftaucht.

Unsere Schlussbemerkung gilt den **Konsequenzen** der Entscheidung. Zwei sind es, die aus unserer Sicht gezogen werden müssen.

Erstens: Da der BGH sich recht eindeutig auf die Seite der vier Richter des Bundesverfassungsgerichts stellt, welche die Tagebuch-Entscheidung nicht mitgetragen haben, müsste künftig für die strafrechtliche Rechtsprechung gelten, dass tagebuchartige Aufzeichnungen einem absoluten Verwertungsverbot unterliegen.

Zweitens: Da der BGH wesentlich auf die Höchstpersönlichkeit des Selbstgesprächs abstellt, kann das Verwertungsverbot sich nicht auf den Wohnbereich und damit auf den großen Lauschangriff beschränken, sondern muss auch für Fälle des kleinen Lauschangriffs gelten.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sarah Kress zugrunde.)

²³ Ein Beispiel: Es ist unverständlich, warum in Abs. 4 Satz 1 bei der so genannten negativen Kernbereichsprognose von „Äußerungen“ die Rede ist, während der nachfolgende Satz „Gespräche“ in Betriebs- oder Geschäftsräumen betrifft. Offenbar sollen Äußerungen, die nicht gesprächsweise fallen, ausgeschlossen werden. Was für Äußerungen sind damit gemeint? Warum sollen sie in dieser Regelung unberücksichtigt bleiben?

²⁴ Siehe oben 3. mit Fn. 13.

²⁵ BGH (Fn. 11), S. 12.

1. Sachverhalt¹

A, B und C importieren in größeren Mengen Marihuana nach Deutschland. C beschafft das Rauschgift und koordiniert die Geschäfte. A und B führen die Transporte durch. Dabei werden zwei Fahrzeuge eingesetzt. In einem befindet sich das Rauschgift. Der Fahrer des zweiten Wagens sichert den Transport ab. Nach einiger Zeit verdächtigt C den A, ihn an eine konkurrierende Gruppe von Rauschgifthändlern verraten zu haben. Er lässt A daraufhin zusammenschlagen. Danach haben C und A keinen Kontakt mehr. C vereinbart mit B die Fortführung der Geschäfte. Für die Durchführung der Transporte soll B eine weitere Person hinzuziehen. Die Auswahl bleibt ihm überlassen. B kommt mit A überein, dass dieser weiterhin mitwirkt. Bei mehreren Transporten betätigt sich A als Sicherungsfahrer, ohne dass C davon weiß. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Darin gleicht das kriminelle Leben dem alltäglichen: Dreier-Beziehungen sind komplizierter als Zweier-Beziehungen.

¹ Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung zusammengefasst und leicht verändert, um die Probleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

November 2005 Sicherungsfahrer-Fall

Bande / Bandenabrede / Kenntnis der Mitglieder untereinander / sukzessive Bildung einer Bande

§ 30 a Abs. 1 BtMG

Leitsatz des Gerichts:

Für die Annahme einer Bandenabrede ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen, wenn nur jeder den Willen hat, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit (mindestens) zwei anderen zu verbinden.

Leitsatz der Verf.:

Eine Bandenabrede kann auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen und der Dritte sich der deliktischen Vereinbarung anschließt.

BGH, Urteil v. 16. Juni 2005 – Az 3 StR 492/04, veröffentlicht in: NJW 2005, 2629

Daher überrascht es nicht, dass es zu Komplikationen in der Rechtsanwendung kommt, nachdem die Rechtsprechung für das strafscharfende Merkmal der Bande nicht mehr den Zusammenschluss von zwei Personen genügen lässt, sondern mindestens drei Beteiligte verlangt.² Verwunderlich ist allenfalls, dass die Literatur die Probleme bislang noch nicht wahrgenommen hat.³ Es ist die kriminelle Praxis, die sie

² BGHSt 46, 321; vgl. dazu und zur Kritik daran Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 43–46.

³ Das erklärt zugleich, warum wir dieses Mal mit noch weniger Fußnoten als sonst auskommen.

uns mit diesem Fall erstmals präsentiert.

Das hier zu prüfende Bandendelikt findet sich in § 30 a Abs. 1 BtMG: bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Probleme bereitet allein der **Bandenbegriff**. Daher hat die Lösung Bedeutung für alle anderen Bandenstraftaten, so z. B. für den Bandendiebstahl (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB), für den Bandenraub (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und für die Bandenhehlerei (§§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB).

Zweifellos hat A sich wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 30 a Abs. 1, 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht, als er an den Transporten mitwirkte, bevor es zur Auseinandersetzung mit C kam. Unklar ist hingegen, ob Gleiches für seine danach ausgeübte Tätigkeit als Sicherungsfahrer gilt oder ob insoweit allein eine Strafbarkeit wegen gemeinschaftlicher Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 a Abs. 1 Nr. 2, 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG, 25 Abs. 2 StGB vorliegt.

Zwei Ansätze gibt es für die Annahme einer bandenmäßigen Begehung der Sicherungsfahrten. Denkbar ist, dass die von A, B und C gebildete Bande trotz der Auseinandersetzung zwischen A und C **fortbestanden** hat. Sollte das nicht der Fall gewesen sein, so kommt noch in Betracht, dass den nachfolgenden Taten eine **neue Bandenabrede** zwischen den drei Personen zugrunde lag.

Welche Kriterien stehen für eine Prüfung zur Verfügung? Das Gesetz hilft nicht weiter. Es verwendet den Begriff der Bande an vielen Stellen, erläutert ihn aber nicht.

Die Praxis orientiert sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine **Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen** hat vor kurzem die bisherige Rechtsprechung zusammengefasst und durch die schon er-

wähnte Erhöhung der Mindestzahl der Bandenmitglieder verändert: „Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.“⁴ Die Probleme unseres Falles stecken in den Wörtern „Zusammenschluss“ und „verbunden“.

Eine Verbindung von Menschen besteht aus objektiven und subjektiven Elementen. Man findet sich zusammen und will das auch. Dementsprechend endet eine Verbindung dadurch, dass man sich trennt und nichts mehr miteinander zu tun haben will.

Wenden wir diese recht einfachen Erkenntnisse auf unseren Fall an. Rein äußerlich betrachtet bestand die aus A, B und C bestehende Bande auch nach der Auseinandersetzung zwischen A und C weiter. Die drei Mitglieder wirkten in gleicher Weise zusammen. Geändert hat sich aber der Bindungswille des C. Aus seinem Vorgehen gegen A ist zu schließen, dass er die Zusammenarbeit mit ihm beenden wollte.

Allerdings wollte er damit nicht die Bande als solche auflösen. Sie sollte als Zusammenschluss mit B und einer noch zu findenden dritten Person fortbestehen. Insoweit hatte C weiterhin einen Bindungswillen. Lässt man einen solchen **allgemeinen Bindungswillen** genügen, so blieb die Bande bestehen.

Wird dagegen ein **personenbezogener Bindungswille** vorausgesetzt, dann kompliziert sich die Lage. Mit der Aktion des C gegen A wäre die mit diesem bestehende Bande aufgelöst worden. Die danach getroffene Abrede zwischen B und C könnte als Vorstufe einer neuen Bande angesehen werden. Ob der Beitritt des A diese Bande dann zum Entstehen gebracht hat, erscheint fraglich, weil C mit ihm, wie man zumindest vermuten muss, nicht mehr zusammenarbeiten wollte.

⁴ BGHSt 46, 321, 325.

Auf Grund der besonderen Fallumstände könnte jedoch von dem Erfordernis eines personenbezogenen Bindungswillens abzusehen sein. C überließ die Personalauswahl vollständig dem B. Daraus könnte abzuleiten sein, dass C mit jedem beliebigen Dritten eine Bindung eingehen wollte und seine Abneigung gegen A demgegenüber zurücktrat.

Im Übrigen ergibt sich noch ein Problem, das die **Form der Bandenbildung** betrifft: Kann eine Bande auch **sukzessiv** entstehen, also durch zwei aufeinander folgende Akte, an denen jeweils nur zwei Beteiligte mitwirken (Akt 1: Absprache zwischen B und C, Akt 2: Absprache zwischen B und A)?

Der Fall bietet daher in mehrfacher Hinsicht Anlass für ein klärendes Wort zum Begriff der Bande.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zunächst lässt der BGH aber etwas ungeklärt, nämlich die Frage, ob die ursprüngliche Bande die Auseinandersetzung zwischen C und A überdauert hat oder dadurch aufgelöst wurde. Darauf komme es letztlich nicht an, weil den neuen Taten jedenfalls eine weitere Bandenabrede zugrunde gelegen habe.

Gleichwohl macht der BGH einige Andeutungen zur Frage der **Bandenauflösung**. Diese könne gleichermaßen erfolgen wie die Eingehung einer Bandenabrede. Eine ausdrückliche Vereinbarung sei nicht erforderlich; es genüge eine stillschweigende Übereinkunft.

Zur Lage im konkreten Fall äußert sich das Gericht kryptisch:⁵ Die ursprüngliche Bandenabsprache sei möglicherweise durch die Strafaktion des C gegen A beendet worden, „was sich allerdings angesichts der besonderen Verhältnisse in einer kriminellen Bande generell und hier jedenfalls nach dem

Verhalten des Angeklagten nach dem Vorfall nicht von selbst versteht“.⁶

Wie ist aus der Sicht des BGH die neue Bandenabrede zustande gekommen?

Zunächst nimmt das Gericht zur Form und damit zur Frage einer **sukzessiven Bandenbildung** Stellung. Diese sei möglich. Es müssten sich nicht alle Beteiligten gleichzeitig absprechen. Eine Bande könne auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, sei es dadurch, dass eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande erweitert werde, oder dadurch, dass sich zwei Personen einig würden, künftig Straftaten mit einem weiteren Beteiligten zu begehen und sich dementsprechend ein Dritter anschließe, auch wenn dieser nur mit einem der beiden anderen eine Absprache treffe.

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob ein personenbezogener Bindungswille erforderlich ist. Der BGH verneint sie. Es sei nicht erforderlich, „dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen“⁷.

Die wesentlichen Argumente bezieht er aus dem Zweck der Strafschärfung für Bandendelikte, der erhöhten Gefährlichkeit dieser Taten entgegenzuwirken. Dabei knüpft er an eine Gefahrenanalyse aus früheren Entscheidungen an.⁸ Die Bandenabrede begründe einmal eine besondere **Organisationsgefahr**, weil die enge Bindung der Bandenmitglieder einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit schaffe. Zum anderen bestehe wegen des Zusammenwirkens mehrerer eine erhöhte **Ausführungsgefahr** im Vergleich zur Tatbegehung durch Einzel- oder Mittäter. Beide Gefahrenmomente sind nach der Ansicht

⁵ Daher sei schon hier Kritik geübt. Vage Hinweise dieser Art taugen zu nichts. Für das Urteil sind sie bedeutungslos und für die künftige Entscheidungspraxis geben sie nichts her. Am Rand einer Klausur würde zu Recht stehen: Weglassen!

⁶ BGH NJW 2005, 2629, 2630.

⁷ BGH NJW 2005, 2629, 2630.

⁸ BGHSt 46, 321, 334 f.; BGH GA 1974, 308; vgl. auch FAMOS August 2000 (Autoradio-Fall) und November 2002 (Paket-Fall).

des BGH auch in solchen Fällen gegeben, in denen sich die Beteiligten nicht persönlich verabredet haben und sich auch nicht untereinander kennen.

Zur Organisationsgefahr führt er aus, dass auch in einer solchen Konstellation eine „gewisse Selbstbindung der Beteiligten an das Zugesagte“ und „aus gruppenspezifischen Gründen eine vom Willen jedes einzelnen unabhängige Eigendynamik“ entstehe⁹, was ein Ausscheiden einzelner gegen den Willen der übrigen Beteiligten erschwere.

Gleichfalls ist nach der Ansicht des BGH eine erhöhte Ausführungsgefahr gegeben. Das soll auch für solche Bandendelikte wie die bandenmäßige Einführung von Betäubungsmitteln gelten, deren Tatbestand nicht das Merkmal der Mitwirkung enthält, so dass bereits die Ausführung durch ein Bandenmitglied genügt.¹⁰ Die Abrede stelle, auch wenn sie nicht auf einer engen persönlichen Bindung beruhe, eine Verbindung mit anderen Personen her, „die oft abrufbereit zur Verfügung stehen und erforderlichenfalls die Tatausführung unterstützend oder sichernd begleiten oder bei einem Ausscheren des Handelnden aus der Planung eingreifen können“¹¹.

Ein letztes Argument betrifft einen speziellen Bandentäter, nämlich den „abgeschotteten und aus der Anonymität heraus agierenden Bandenchef“¹². Verlange man eine persönliche Bindung, so werde dieser Täter, der zu meist in hierarchisch organisierten Strukturen besonders wirksam und mit geringerem Entdeckungsrisiko agiere, ungerechtfertigt privilegiert.

Aus alledem folgt für den vorliegenden Fall: Da ein nur allgemeiner Bindungswille ausreicht und ein solcher bei C vorhanden war, kann A auch wegen seiner Beteiligung nach der Auseinan-

dersetzung mit C unter dem Gesichtspunkt bandenmäßigen Handelns belangt werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Mit dieser Entscheidung verlängert sich die Liste der ausbildungs- und praxisrelevanten Bandenprobleme. Sie betreffen¹³

- die Mindestzahl an Bandenmitgliedern (zwei oder drei),
- das Mindestmaß an Beteiligung (Mittäterschaft oder auch bloße Beihilfe),
- die Anforderungen an die Tatausführung („als Mitglied einer Bande“ und „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“)
- und nunmehr: die Form der Bandenbildung (sukzessive Entstehung) und den Personenbezug des Bindungswillens.

Da das Gesetz an vielen Stellen und gerade auch in Kernbereichen der Kriminalität (Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betäubungsmittelstraftaten)¹⁴ eine Strafschärfung für die bandenmäßige Begehung vorsieht, verdienen diese Probleme allergrößte Aufmerksamkeit.

Es ist zu erwarten, dass sich auf dem Problemfeld, das der BGH mit dieser Entscheidung eröffnet hat, weitere Abgrenzungsfragen ergeben werden. Man braucht nur den vorliegenden Fall leicht abzuwandeln. Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn C dem B ausdrücklich untersagt hätte, A als dritte Person hinzuzuziehen oder wenn C sich eine persönliche Prüfung von Kandidaten vorbehalten und B sich nicht daran gehalten hätte?

Dem Leitgedanken der BGH-Entscheidung würde es entsprechen, in der ersten Fallabwandlung wegen des gleichwohl vorhandenen allgemeinen

⁹ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹⁰ Vgl. zu den Unterschieden bei Bandendelikten, die sich daraus ergeben, dass teils ein Mitwirkungserfordernis besteht und teils nicht: Küper (Fn. 2), S. 47–50.

¹¹ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹² BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹³ Vgl. zu den ersten drei Punkten Rengier, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2005, § 4 Rn. 44–53; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT, 28. Aufl. 2005, Rn. 270–272 b (jeweils zum Bandendiebstahl).

¹⁴ Vgl. oben 2.

Bindungswillens des C eine bandenmäßige Begehung zu bejahen. Anders wäre aus unserer Sicht in der zweiten Fallabwandlung zu entscheiden, weil der Annahme eines Bindungswillens der ausdrückliche Vorbehalt entgegensteht, dass der Dritte überprüft werden soll, bevor er mitwirken darf.

5. Kritik

Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechung zu den Bandendelikten konsequent fort. Für sie ist, sieht man von der Erhöhung der Mindestzahl der Beteiligten ab, eine **Ausdehnung des Anwendungsbereichs** kennzeichnend. Getragen ist diese Tendenz von der Auffassung, dass die Bandenkriminalität bedrohlich zunehme und dass es nötig sei, auch neuere Konstellationen der Bandenbildung und Bandentätigkeit zu erfassen.¹⁵ Begründet wird deren Einbeziehung stets mit einer gleichermaßen vorhandenen Organisations- und Ausführungsgefahr. Dieser Standpunkt mag berechtigt sein. Problematisch ist daran allerdings, dass kaum noch zu erkennen ist, wo die Grenzen der Ausdehnung des Merkmals liegen.

Bezeichnend ist insoweit, dass der BGH in der Entscheidung zwar die Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung erwähnt,¹⁶ dafür aber kein einziges inhaltliches Argument anführt. Wir wollen dazu ein Angebot machen.

Anzuknüpfen wäre an die **Wortbedeutung des Merkmals der Bande**. Das Merkmal muss abgrenzbar sein von Begriffen, die zwar teilweise äquivalent sind, denen aber spezifische Elemente des Bandenbegriffs fehlen. Das sind Begriffe wie Gruppe, Organisation, Verband, Vereinigung.

Ein Unterschied besteht darin, dass sie keine negative Bewertung enthalten. Ein weiterer Unterschied könnte in der Kennzeichnung der **Intensität des Zusammenschlusses** bestehen.

Die genannten Begriffe erfordern keine engen persönlichen Beziehungen. Demgegenüber verbindet sich jedenfalls im herkömmlichen Verständnis eine Bande mit der Vorstellung, dass sich hier Menschen in überschaubarer Zahl zusammengeschlossen haben, die bei der Verfolgung ihrer kriminellen Ziele zusammenstehen. Das macht ja die besondere Gefährlichkeit einer solchen Bande aus: Ihre Mitglieder halten zusammen, weil sie sich kennen und füreinander eintreten. Und das ist die Grundlage für den bandentypischen „Korpsgeist“¹⁷.

Es trifft wohl zu, dass sich die Formen krimineller Gruppierungen in neuerer Zeit erheblich gewandelt haben. Das lässt sich auch an der Begriffsgeschichte ablesen. In der Kriminalitätserfassung ist der Begriff der Bande in den Hintergrund getreten. Zum Leitbegriff hat sich der Begriff der Organisierten Kriminalität entwickelt.¹⁸

Es mag gute Gründe dafür geben, diese Entwicklung auch in der Strafrechtsanwendung dadurch nachzuvollziehen, dass der Straferschwerungsgrund der bandenmäßigen Begehung ausgedehnt wird. Doch ist die Ausübung staatlicher Strafgewalt in besonderer Weise dem Wortlaut des Gesetzes verpflichtet (Art. 103 Abs. 2 GG). Die aufgezeigte Bedeutung des Begriffs der Bande verträgt keine Ausweitung auf Zusammenschlüsse von Personen, die sich gar nicht kennen. Mag der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, indem er den Begriff der Bande ersetzt.

Dabei sollte er allerdings auch bedenken, dass mit der Lockerung der persönlichen Bindungen die Organisationsgefahr und die Ausführungsgefahr abnehmen, so dass eine Grenze zu bestimmen ist, jenseits derer ein Grund für die Straferschwerung nicht mehr besteht.

Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Anerkennung der Möglich-

¹⁵ Vgl. BGH NStZ 2000, 255, 258.

¹⁶ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹⁷ Dreher, NJW 1970, 1802, 1804.

¹⁸ Vgl. Bock, Kriminologie, 2. Aufl. 2000, Rn. 1076–1078.

keit einer **sukzessiven Bandenbildung** durch den BGH. Das ist nur konsequent, weil ja auch eine bereits bestehende Bande durch das Hinzukommen von Personen erweitert werden kann.¹⁹

(Dem Text liegt ein Entwurf von Theresa Brauer zugrunde.)

¹⁹ So z. B. BGH NJW 2000, 2034 (noch zur Zwei-Personen-Bande).

1. Sachverhalt¹

Nachdem A an B Rauschgift verkauft hat, wird er zu einer polizeilichen Vernehmung vorgeladen. Er nimmt an, dass B ihn verraten hat. Daraufhin beschließt er, B zu bestrafen und ihn zu veranlassen, seine Angaben bei der Polizei zu widerrufen. Das soll so geschehen, dass er B in ein entlegenes Waldstück verbringt, ihn dort zusammenschlägt, in seine Brust mit einem Messer das Wort „Verräter“ ritzt und ihn auffordert, seine Äußerungen gegenüber der Polizei zurückzunehmen. Bei einem Zusammentreffen überredet er B unter Verdeckung seiner wahren Absichten, zu einem Gespräch in sein Auto zu steigen. Als dieser im Wagen sitzt, fährt A sofort los, so dass der überraschte B das Fahrzeug nicht mehr verlassen kann. Im Wald angekommen, schlägt A ihm mit der Faust ins Gesicht und versetzt ihm, nachdem er zu Boden gegangen ist, Tritte in den Bauch und gegen den Kopf. Dann schneidet A mit einem Messer den Buchstaben V mit einer Schenkellänge von 10 cm etwa 5 mm tief in die Brust des B. Schließlich fordert er B auf, seine Aussage bei der Polizei zurückzuziehen. Wegen seiner schweren Verletzungen wird B in einem Krankenhaus behandelt. Die Schnittwunde muss

Dezember 2005 Verräter-Fall

Geiselnahme / Zwei-Personen-Verhältnis / Zusammenhang zwischen Entführung und beabsichtigter Nötigung / schwere Körperverletzung

§§ 226 Abs. 1 Nr. 3, 239 b StGB

Leitsatz der Verf.:

Der Tatbestand der Geiselnahme setzt einen funktionalen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Entführung eines Opfers und der beabsichtigten Nötigung derart voraus, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll, wobei die Vorstellung eines Teilerfolges, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirken soll, ausreichen kann.

BGH, Urteil v. 20 September 2005 – Az 1 StR 86/05 – veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de

mit 30 Stichen genäht werden. Einige Monate danach ist noch eine 10 cm große V-förmige Narbe mit einem etwa 1 cm hohen dunkelrot gefärbten Narbenwulst deutlich zu erkennen. Ob die Narbe operativ entfernt werden kann, steht noch nicht fest.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Zur Hauptsache muss geklärt werden, ob A sich wegen Geiselnahme nach § 239 b Abs. 1 StGB und wegen schwerer Körperverletzung in der Form der dauerhaften Entstellung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht hat.²

¹ Aus mehreren ähnlichen Tatkomplexen haben wir einen ausgewählt und leicht verändert, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

² Im Übrigen hat A die folgenden Straftaten begangen: Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB durch die Autofahrt, vollendete

Wir wollen uns zunächst mit § 239 b StGB näher befassen. Der Umgang mit der Vorschrift ist schwierig, weil sie kompliziert aufgebaut ist. Sie enthält **zwei tatbestandliche Hauptalternativen**:³ Zum einen das Entführen oder Sich-Bemächtigen zum Zweck einer Nötigung und zum anderen das Ausnutzen einer Entführungs- oder Bemächtigungslage zu einer Nötigung. In unserem Fall ist die erste Alternative zu prüfen.

Deren **objektiver Tatbestand** besteht allein in der Handlung des Entführens oder des Sich-Bemächtigens. Das Sich-Bemächtigen setzt die Erlangung physischer Herrschaft über einen anderen voraus.⁴ Das Entführen erfordert zusätzlich, dass der Täter den Aufenthaltsort des Opfers verändert hat.⁵ Hier hat A den B entführt, indem er ihn gegen seinen Willen in den Wald verbracht hat, wo er seiner Herrschaftsgewalt ausgesetzt war.

In **subjektiver Hinsicht** muss neben dem Entführungsvorsatz die Absicht gegeben sein, das Opfer durch eine Drohung mit dem Tod, mit einer schweren Körperverletzung oder mit einer längeren Freiheitsentziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen. Im vorliegenden Fall könnte A beabsichtigt haben, B mit

dem Tod oder einer schweren Körperverletzung zu drohen.

Es wäre ein Fehler, in diesem Zusammenhang auf die tatsächlich ausgeführte, möglicherweise schwere Körperverletzung abzustellen. Zwei Gründe sind es, die das verbieten. Das Gesetz führt die schwere Körperverletzung als Gegenstand einer Drohung, also einer Ankündigung, an. Außerdem ist die subjektive Einrahmung zu beachten: Festzustellen ist demnach, ob der Täter zum Zeitpunkt der Entführung die **Absicht** gehabt hat, mit einer schweren Körperverletzung oder mit dem Tod zu drohen.

Der Sachverhalt ist in dieser Hinsicht unklar. Sicherlich hatte das geplante (und dann auch durchgeführte) Gesamtverhalten des A drohenden Charakter gehabt. B sollte ja eingeschüchtert werden, damit er seine angeblichen Äußerungen bei der Polizei zurücknahm. Zweifelhaft ist jedoch, ob auch die erhöhten Anforderungen einer Drohung mit dem Tod oder einer schweren Körperverletzung erfüllt waren. Man könnte darauf abstellen, dass A den B körperlich schwer verletzen und damit konkludent Gleiches oder sogar noch Schlimmeres für die Zukunft ankündigen wollte. Andererseits diene diese Aktion wohl im Wesentlichen der Bestrafung.

Halten wir fest: In tatsächlicher Hinsicht ist zweifelhaft, ob A in der Absicht handelte, B mit dem Tod oder einer schweren Körperverletzung zu bedrohen. Die eigentlichen Rechtsprobleme sind damit aber noch nicht angesprochen. Zu ihnen gelangen wir nur, wenn wir die Prüfung gleichwohl fortsetzen.

Es ist zu untersuchen, ob A den im Gesetz vorgesehenen **Nötigungszweck** erstrebte. Dieser ist denkbar weit gefasst mit der Formulierung „Handlung, Duldung oder Unterlassung“.

Eine Einschränkung ergibt sich von Gesetzes wegen lediglich aus dem **Zusammenhang mit dem Nötigungsmittel der Drohung**. Wer droht, will

Nötigung gem. § 240 Abs. 1 und 2 StGB durch die gewaltsame Einwirkung auf B mit dem Ziel der Erduldung der Verletzung, versuchte Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, 2 und 3, 22, 23 StGB, durch die drohende Einwirkung auf B mit dem Ziel, ihn zur Rücknahme angeblicher Äußerungen gegenüber der Polizei zu veranlassen, einfache Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB durch die Schläge und Tritte und gefährliche Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 223 Abs. 1 StGB durch das Herbeiführen der Schnittverletzung. Das mehraktige Geschehen wird durch die Freiheitsberaubung (gegebenenfalls durch die Geiselnahme) verklammert, so dass Tateinheit gem. § 52 StGB anzunehmen ist.

³ Vgl. die grafische Darstellung unter 4. sowie die Übersichten bei *Rengier*, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 24 Rn. 1 b und c.

⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 239 a Rn. 3.

⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 239 a Rn. 3.

ein bestimmtes willentliches Verhalten des Opfers erreichen, sei es ein Tun oder ein Unterlassen. Eine Einwirkung, welcher das Opfer nicht zu widerstehen vermag, kann nicht das Ziel einer Drohung sein.⁶ Daher scheidet im vorliegenden Fall die Hinnahe der Schläge und der Schnittverletzung als Bezugspunkt für die (beabsichtigte) Drohung aus. In diesem Zusammenhang ist allein von Bedeutung, dass B seine Angaben vor der Polizei widerrufen sollte. Insoweit ist das Gesetz seinem Wortlaut nach allerdings problemlos anwendbar.

Probleme ergeben sich aus Anwendungsregeln, die für § 239 b StGB (und gleichermaßen für § 239 a StGB) entwickelt worden sind. Sie betreffen zur Hauptsache die Anwendung der Vorschrift auf **Zwei-Personen-Verhältnisse**, also auf Konstellationen, in denen das Entführungs- oder Bemächtigungsoffer selbst und nicht eine dritte Person genötigt werden soll.

Es besteht Einigkeit darüber, dass der Tatbestand in diesen Fällen eingeschränkt werden muss.⁷ Hauptargument: Andernfalls würden §§ 239 a und b StGB mit ihren hohen Strafandrohungen eine Vielzahl von klassischen bereichsspezifischen Tatbeständen bedeutungslos werden lassen, wie z. B. Vergewaltigung gem. § 177 StGB oder räuberische Erpressung gem. §§ 255, 253 StGB.

Wie der Tatbestand eingeschränkt werden soll, war lange Zeit äußerst umstritten. Die aktuelle Diskussion wird maßgeblich durch eine **Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen**⁸ bestimmt. Danach gilt Folgendes. § 239 b StGB ist in allen Alternativen als ein zweiaktiges Delikt zu verstehen. In der ersten Hauptalternative des Entführens oder Sich-Bemächtigens ist der

zweite Akt ins Subjektive vorverlagert. Die beiden Akte müssen **funktional und damit auch zeitlich zusammenhängen**. Mit dem ersten Akt muss der Täter bezwecken, die so geschaffene Zwangslage für die Verwirklichung einer weitergehenden Nötigung mittels qualifizierter Drohung auszunutzen.

Diese Tatbestandsanalyse dient auf folgende Weise dem Opferschutz: Das Opfer soll davor geschützt werden, dass es in einer bereits durch Zwang bestimmten Situation, in der der Täter seine Drohung jederzeit wahr machen kann, noch weitergehend genötigt wird. Das bedeutet umgekehrt: Der Tatbestand greift nicht ein, wenn mit der Drohung eine Handlung des Opfers erzwungen werden soll, die erst **nach Beendigung der Entführungs- oder Bemächtigungslage** vorzunehmen ist, zu einem Zeitpunkt also, in dem das Opfer sich nicht mehr in der Gewalt des Täters befindet.⁹

Damit scheint festzustehen, wie unser Fall zu lösen ist: Da B erst freigelassen und dann zur Polizei gehen sollte, fehlt es im Hinblick auf das Nötigungsziel des Widerrufs an dem erforderlichen Zusammenhang.

Es ist jedoch noch eine Differenzierung zu beachten, die in Fällen dieser Art vorgenommen wird.¹⁰ Danach ist auch zu berücksichtigen, ob der Täter zusätzlich beabsichtigt, das außerhalb der Entführungs- oder Bemächtigungssituation liegende Ziel durch ein Opferverhalten abzusichern oder zu fördern, das diesem noch im Rahmen der Zwangslage abgenötigt werden soll. Wenn diesem **Teil- oder Zwischenziel** eine selbständige Bedeutung zukommt, soll § 239 b StGB anwendbar sein. Das soll insbesondere für Fälle gelten, in denen das Opfer gezwungenermaßen

⁶ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 239 b Rn. 2.

⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden: Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 263–266; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT, 29. Aufl. 2005, Rn. 458.

⁸ BGHSt 40, 350; vgl. zur Leitfunktion dieser Entscheidung Rengier (Fn. 3), § 24 Rn. 12.

⁹ Vgl. zu dieser zeitlichen Grenze: BGH NStZ 1996, 277; BGH StV 1997, 303; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 239 a Rn. 4 a; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 64 f.

¹⁰ Vgl. zum Folgenden BGH NJW 1997, 1082 f.; Küper (Fn. 7), S. 265; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 239 a Rn. 4 a.

zusichert, sich später so zu verhalten, wie der Täter es von ihm verlangt, z. B. durch ein „Ehrenwort“¹¹.

Allerdings müsste dieser Ansatz ausgeweitet werden, wenn man damit im vorliegenden Fall zu einer Anwendung von § 239 b StGB gelangen wollte.¹² Denn es lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass B die Zusage, sei es als ausdrückliche Erklärung oder als konkludentes Verhaltens, abgefordert werden sollte, seine Äußerungen vor der Polizei zurückzunehmen. Die Ausweitung könnte so erfolgen, dass auf eine Erklärung des Opfers verzichtet wird, wenn sie angesichts der Fallumstände nicht zu erwarten ist, die Beteiligten jedoch mit Selbstverständlichkeit davon ausgehen, dass das Opfer bereit wäre, eine Zusage zu machen.

Bedenklich daran wäre, dass es sich mit dem Wortlaut der Vorschrift schlecht verträgt, auch die Beabsichtigung eines nur **potentiellen Nötigungseffekts** ausreichen zu lassen. Für eine solche Ansicht spräche dagegen ihre Realitätsnähe. Denn im kriminellen Milieu werden bei Einschüchterungsaktionen in der Regel keine förmlichen Erklärungen ausgetauscht. Zumeist ist die Einwirkung so massiv, dass der Täter sich seiner Sache sicher ist und eine Zusage des Opfers gar nicht für erforderlich hält. Und je drastischer die Mittel der Einschüchterung sind, desto eher hält der Täter es für entbehrlich, dass das Opfer auch noch zusagt, der Aufforderung nachzukommen. Wollte man gleichwohl an dem Erfordernis einer Zusage festhalten, so würde mit der Steigerung der Einschüchterungsmittel die Möglichkeit abnehmen, § 239 b StGB anzuwenden.

Wenden wir uns noch der Frage zu, ob A sich durch das Einschneiden des Buchstaben V in die Brust des B wegen **schwerer Körperverletzung** strafbar

gemacht hat. Er könnte B in erheblicher Weise dauernd entstellt haben und demnach gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen fahrlässiger oder bedingt vorsätzlicher Begehung oder nach Abs. 2 dieser Vorschrift wegen absichtlicher oder wissentlicher Begehung zu bestrafen sein.

Ein erstes Problem ergibt sich aus dem Umstand, dass die dem B zugefügte erhebliche Verletzung von anderen in der Regel nicht wahrgenommen wird, weil sie **durch Kleidung verdeckt** ist. Es könnte daher eine Entstellung zu verneinen sein. Der Meinungsstand in dieser Frage ist durch eine Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes gekennzeichnet.¹³ Dabei wird ein Zusammenhang mit der Veränderung der Lebensformen insbesondere im Freizeitbereich hergestellt.¹⁴ Da mit dem nackten Körper freizügiger umgegangen werde, sei ein umfassender Schutz geboten. Im Übrigen wird angeführt, dass eine Verdeckung durch Kleidung nicht den Ausschlag geben könne, weil die körperliche Verunstaltung jedenfalls in intimen Situationen sichtbar werde; auch darauf müsse sich der strafrechtliche Schutz erstrecken.¹⁵

Das zweite Problem betrifft die gesetzlich geforderte **Dauerhaftigkeit** der Entstellung. Im Grundsatz besteht Einigkeit darüber, dass eine Entstellung nicht von Dauer ist, wenn sie in absehbarer Zeit höchstwahrscheinlich behoben werden kann und dem Opfer die Behandlung zumutbar ist.¹⁶ Insoweit enthält der Sachverhalt nur die knappe Mitteilung, dass noch nicht feststehe, ob die Narbe operativ entfernt werden

¹¹ So in der Entscheidung BGH NJW 1997, 1082.

¹² Die folgenden Überlegungen, die aus unserer Sicht nahe liegen, sind bisher noch nicht in Rechtsprechung oder Literatur anzutreffen.

¹³ Vgl. zum Folgenden Hirsch in LK, StGB, 11. Aufl., § 226 Rn. 18; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 226 Rn. 9.

¹⁴ BGHSt 17, 161, 163.

¹⁵ So schon Blei, Strafrecht II, 12. Aufl. 1983, S. 52, mit dem bemerkenswerten Hinweis, „daß die Formen des ehelichen (!) Zusammenlebens nicht mehr durchweg in den Pensionaten für Töchter aus gehobenen Schichten geprägt werden“.

¹⁶ Vgl. Rengier (Fn. 3), § 15 Rn. 11; Wessels/Hettinger (Fn. 7), Rn. 293; Paeffgen in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 226 Rn. 20.

könne. Wie ist mit dieser Ungewissheit umzugehen?

Denkbar ist, unter Anwendung des Grundsatzes „**in dubio pro reo**“ zugunsten des A anzunehmen, dass eine Beseitigung möglich ist.¹⁷ Die h. M. sieht das jedoch anders.¹⁸ Sie verweist darauf, dass keine in der Vergangenheit liegenden Tatsachen festzustellen sind, sondern eine Prognose getroffen werden muss. Auf prognostische Urteile sei der Zweifelssatz nicht anwendbar. Zweifel daran, dass die Entstellung mit hoher Wahrscheinlichkeit behoben werden könnten, gingen zu Lasten des Täters.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH lässt vieles ungeklärt. Er spricht nicht die Frage an, ob A eine schwere Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen hat.¹⁹ Auch werden die Sachverhaltsprobleme nicht erörtert, die im Zusammenhang mit dem Merkmal der Drohungsabsicht in § 239 b Abs. 1 StGB auftreten. Im Wesentlichen befasst sich die Entscheidung nur mit der Frage, ob der erforderliche Zusammenhang zwischen der Entfüh-

rung und der beabsichtigten Nötigung gewahrt ist.

Auch dazu enthält die Entscheidung nichts Weiterführendes. Unter Berufung auf vorangegangene Entscheidungen bezeichnet der BGH es als erforderlich, dass die abgenötigte Handlung „während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll“.²⁰ Ausreichend seien zwar auch „solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutungsvolle Vorstufe des gewollten Enderfolges darstellen“²¹. Im vorliegenden Fall gebe es jedoch keine Anzeichen dafür, dass B im Hinblick auf das Endziel, nämlich die Rücknahme der Äußerungen vor der Polizei, eine „entsprechende zusagende oder zustimmende Erklärung noch während der andauernden Bemächtigungssituation“²² habe abgegeben sollen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir haben Anlass, zu betonen: Ausgewählt wird von uns der Fall des Monats, nicht die Entscheidung des Monats. Wenn auch die Entscheidung im Verräter-Fall wenig ergiebig ist, so verdienen doch die Fallprobleme größte Aufmerksamkeit.

Um die Probleme der Geiselnahme gem. § 239 b StGB zu erkennen, muss zunächst die Struktur der Vorschrift verstanden sein. Bereits unsere umfangreiche Einführung unter 2. hat zum Ziel gehabt, den komplizierten Aufbau zu erläutern. Die folgende Grafik bietet eine zusätzliche Verständnis- und Merkhilfe.

Die Bedeutung der §§ 239 a und b StGB im Ausbildungs- und Prüfungszusammenhang ist groß, weil sich der mögliche Anwendungsbereich, insbesondere bei Zwei-Personen-Verhältnissen, mit dem Anwendungsbereich an-

¹⁷ *Hardtung* in MüKo, StGB, § 226 Rn. 12.

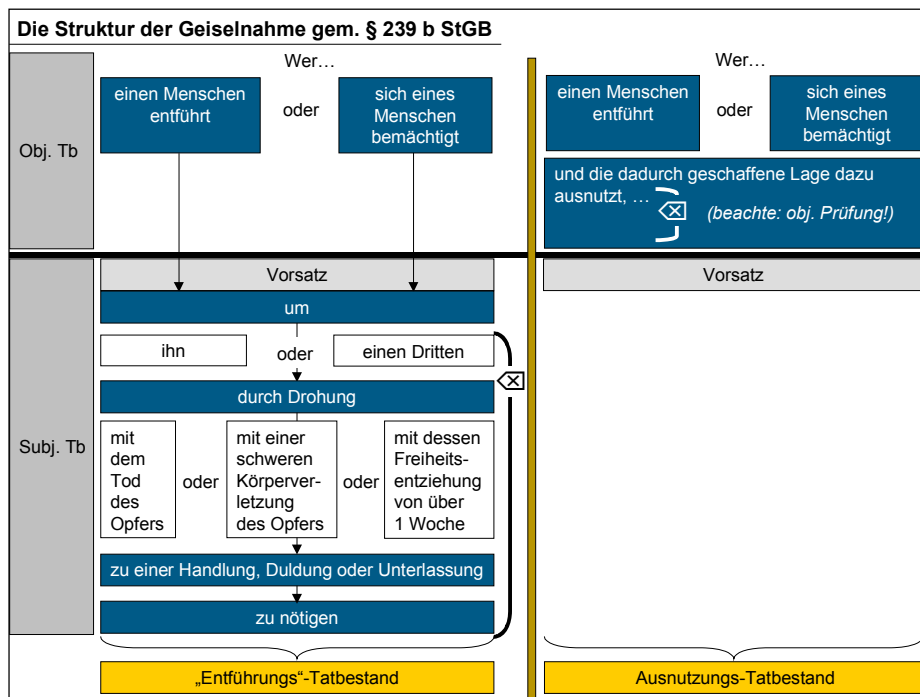
¹⁸ Vgl. *Paeffgen* (Fn. 16), § 226 Rn. 20; *Horn/Wolters* in SK, StGB, § 226 Rn. 4.

¹⁹ Der BGH geht auf § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB lediglich in einem anderen Zusammenhang ein. Nachdem er eine Anwendung von § 239 b Abs. 1 StGB mit Ausführungen zum Verhältnis der beiden Teilakte abgelehnt hat, heißt es: „Darauf, dass das Landgericht nicht feststellen konnte, dass die dem Zeugen zugefügte schwere Entstellung infolge der V-förmigen roten und wülstigen Narbe eine dauerhafte Entstellung (§ 239 b iVm. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sei, kommt es daher nicht an.“ (BGH Urt. v. 20. 09. 2005 – Az. 1 StR 86/05, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.) Das trifft so nicht zu. Ob tatsächlich eine schwere Körperverletzung vorgelegen hat, ist für die Anwendung von § 239 b Abs. 1 StGB in der hier relevanten ersten Hauptalternative ohnehin bedeutungslos. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Täter damit drohen wollte. Daher wäre auch hinsichtlich der Dauerhaftigkeit der Entstellung auf die Vorstellungen des Täters abzustellen.

²⁰ BGH (Fn. 19).

²¹ BGH (Fn. 19).

²² BGH (Fn. 19).



derer Strafvorschriften überschneidet.²³ Es kommt daher häufig vor, dass die Tatbestände angesprochen werden müssen. Wer mit der oben²⁴ dargelegten restriktiven Interpretation gut vertraut ist, wird diese Aufgabe sicher bewältigen.

Neben der hier relevanten zeitlichen Einschränkung des Tatbestandes ist **noch eine weitere Grenze** zu beachten, die sich daraus ergibt, dass der Tatbestand als ein unvollkommen zweiaktiges Delikt interpretiert wird, dessen Teile funktional aufeinander bezogen sind. An der Zweiaktigkeit fehlt es, wenn der Bemächtigungsakt und der (beabsichtigte) Nötigungsakt zusammenfallen. Eine Anwendung des Tatbestandes hat demgegenüber zur Voraussetzung, dass die Bemächtigungslage sich verfestigt hat und dass diese **„stabile Zwischenlage“** als Basis für eine weitere Nötigung dienen soll.²⁵

Hinzuweisen ist noch auf **Formulierungsprobleme**, die sich aus der subjektiven Fassung des zweiten Teilaktes ergeben, sofern der Täter seine Absicht ganz oder teilweise umgesetzt hat. Es

passiert allzu leicht, dass unzutreffend auf das tatsächliche Geschehen abgestellt wird.²⁶ Dieses kann aber lediglich in der Weise verwertet werden, dass von dort auf die Absicht des Täters zum Zeitpunkt der Entführung oder Bemächtigung zurückgeschlossen wird.

Als **praktisch wichtiges Ergebnis** der Entscheidung ist festzuhalten: In Fällen der Entführung mit dem Ziel, den Widerruf belastender Aus-

sagen zu einem späteren Zeitpunkt zu erzwingen, kommt § 239 b Abs. 1 StGB nur zur Anwendung, wenn dem Opfer noch in der Zwangslage eine Erklärung abverlangt werden soll. Von einem zustimmenden Kopfnicken kann es abhängen, ob die Vorschrift anwendbar ist.²⁷

5. Kritik

Enttäuschend ist, dass der BGH auf einige Fallprobleme überhaupt nicht eingeht. Die Stellungnahme zu § 239 b Abs. 1 StGB setzt konsequent die bisherige Rechtsprechung fort. Auch hier hätte man sich etwas mehr Problembewusstsein gewünscht.

(Dem Text liegen Entwürfe von Stephanie Schaal, Sandra Djunovic und Antigon-Maria Spyropoulou zugrunde.)

²³ Vgl. oben 2. zur Konkurrenz mit anderen Tatbeständen.

²⁴ 2.

²⁵ Näher dazu Rengier (Fn. 3), § 24 Rn. 14–18; Marxen (Fn. 9), S. 59–63.

²⁶ Dieser Fehler unterläuft auch dem BGH mehrfach in der hier vorgestellten Entscheidung.

²⁷ Sofern man das Kopfnicken als selbständiges Teil- oder Zwischenziel gelten lassen will. Der vorangegangenen Entscheidung (BGH NJW 1997, 1082) könnte entnommen werden, dass eine stärkere Bindung des Opfers, etwa durch ein „Ehrenwort“, nötig ist. Die vorliegende Entscheidung enthält dazu nichts Weiterführendes.