

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2006

**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. Sachverhalt

A bedroht B mit einem Messer und nimmt ihr fünf Gramm Heroin ab, die sie illegal erworben hat und in einer Filmdose aufbewahrt. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Dieser einfache Fall scheint auch einfach lösbar zu sein: schwerer Raub gem. §§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 249 StGB (sowie unerlaubtes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 BtMG, was uns hier aber nicht näher beschäftigen soll). Jedenfalls ist kein Problem auffindbar, wenn man die Tatbestandsmerkmale des schweren Raubes einschließlich ihrer gängigen Definitionen auf das Geschehen anwendet. Unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben sowie unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs und auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung hat A der B fünf Gramm Heroin weggenommen, eine bewegliche Sache, die zudem fremd war. Letzteres ergibt eine Anwendung der verbreiteten Formel, derzufolge eine Sache fremd ist, die nicht im Alleineigentum des Täters steht und auch nicht herrenlos ist:¹ Weder gehörte das Heroin ausschließlich A, noch war eine Dereliktion nach § 959 BGB erfolgt.

Zum Auffinden des Problems ist zweierlei erforderlich. Zum einen muss eine **erweiterte Definition des**

¹ Vgl. z. B. *Hauf*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2002, S. 5; *Hohmann/Sander*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2000, § 1 Rn. 14. *Sonnen*, Strafrecht BT, 2005, S. 100.

Januar 2006 Film Dosen-Fall

Schwerer Raub / Fremdheit der Sache / Eigentumsfähigkeit illegal erworbener Drogen

§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, 134 BGB

Leitsatz des Gerichts:

Illegal erworbene Drogen können tauglicher Gegenstand eines Eigentumsdeliktes sein.

BGH, Beschluss vom 20. September 2005 – Az 3 StR 295/05, veröffentlicht in: NJW 2006, 72

Merkmals der Fremdheit einer Sache herangezogen werden. Diese lautet: Fremd ist eine Sache, die **verkehrsfähig** und nicht herrenlos ist und die nicht im Alleineigentum des Täters steht.² Zum anderen muss man sich bei der Interpretation des hinzugekommenen Merkmals der Verkehrsfähigkeit auf eine Mindermeinung einlassen.

Die demgegenüber herrschende Meinung hat bislang mangelnde Verkehrsfähigkeit nur bei Sachen angenommen, die nach ihrer Beschaffenheit, also **aus tatsächlichen Gründen**, nicht im Eigentum eines anderen stehen können, wie etwa die Luft der Atmosphäre und das frei fließende Wasser.³ Da Abgrenzungen in dieser Hinsicht nur selten erforderlich sind, verzichtet man zumeist darauf, das Merkmal der Verkehrsfähigkeit in der Definition der Fremdheit mitzuführen. Es wird nur dann herangezogen, wenn der

² Z. B. *Kindhäuser*, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2004, § 2 Rn. 20; *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 253.

³ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2005, § 242 Rn. 7; *Ruß* in LK, StGB, 11. Aufl., § 242 Rn. 8. – Teilweise wird darin nicht eine Frage der Fremdheit, sondern der Körperlichkeit der Sache gesehen; vgl. *Wesels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 28. Aufl. 2005, Rn. 15.

Sachverhalt einen Anlass für eine Erörterung bietet.

Die Mindermeinung⁴ dagegen will auch Fälle mangelnder Verkehrsfähigkeit **aus rechtlichen Gründen** bei der Bestimmung der Fremdheit berücksichtigt wissen. Damit würde sich der Anwendungsbereich erheblich erweitern, denn aus Rechtsgründen sind z. B. Betäubungsmittel nicht verkehrsfähig, wie gleich noch zu zeigen sein wird. Es wäre allerdings von ganz erheblicher praktischer Bedeutung, wenn Betäubungsmittel nicht Gegenstand eines Eigentumsdelikts sein könnten.

Welche Gründe führt die Mindermeinung an? Wir konzentrieren uns auf die Wesentlichen.

Sie beruft sich zur Hauptsache darauf, dass § 29 Abs. 1 BtMG den Umgang mit Betäubungsmitteln in nahezu jeder Hinsicht mit Strafe bedroht.⁵ Daraus leitet sie Folgendes ab. Die Vorschrift ist ein **Verbotsgesetz** im Sinne von § 134 BGB. Demnach sind jegliche Rechtsgeschäfte mit Betäubungsmitteln, einschließlich der Verfügungsgeschäfte, nichtig. Ein wirksamer Eigentumserwerb nach §§ 929 ff. BGB ist folglich nicht möglich. So zahlreich die Hände sind, durch die Betäubungsmittel regelmäßig gehen: niemand in dieser Kette kommt als Eigentümer in Betracht, dessen Recht durch ein Eigentumsdelikt betroffen sein könnte. Ein Grund für eigentumserschützende Sanktionierung ist also nicht gegeben.

Diese Argumentation erweitert die Mindermeinung durch die Verarbeitung von zwei nahe liegenden Einwänden.

Der erste Einwand betrifft die Möglichkeit, dass am Anfang der Übertragungskette ein **Eigentumserwerb** gestanden hat, der **auf Grund einer Erlaubnis rechtsgültig** gewesen ist, etwa der Erwerb durch einen Arzt oder Apotheker. Wenn das Betäubungsmittel

anschließend in den illegalen Drogenverkehr gelangt ist, sei es durch rechtswidrige Veräußerung oder durch Diebstahl, bleibt die Eigentümerposition wegen der Nichtigkeit aller Übertragungsgeschäfte erhalten. Es gäbe also einen Eigentümer, dessen Rechtsposition von einem Eigentumsdelikt betroffen wäre.

Dazu die Mindermeinung:⁶ Bei einem solchen Sachverhalt, wenn man ihn denn sicher feststellen kann, ist zwar der objektive Tatbestand erfüllt; eine Bestrafung des Täters ist jedoch in aller Regel mangels Vorsatzes ausgeschlossen. Da illegal konsumierte Drogen nur äußerst selten eine legale Vorgeschichte hätten, müsse angenommen werden, dass der Täter vom Regelfall, also von der Verkehrsunfähigkeit der Sache, ausgegangen sei und sie daher nicht als fremd angesehen habe.

Der zweite Einwand verfolgt das Schicksal des Betäubungsmittels noch weiter zurück. Irgendwann einmal wurde es produziert. Auch wenn das illegal geschah, **erlangte der Produzent Eigentum**, weil das Verbot solche Erwerbsformen, die allein auf reale Vorgänge abstellen, nicht tangiert: Erwerb des Grundstückseigentümers oder eines sonst Berechtigten durch Anpflanzung und Ernte gem. §§ 93, 94 Abs. 1 Satz 2, 99 Abs. 1 und 953 ff. BGB sowie Erwerb durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung gem. §§ 947, 948 und 950 BGB.⁷ Also: Als Anfangsglied in der Kette haben wir doch stets einen Eigentümer, dessen Rechtsposition wegen der Nichtigkeit der anschließenden Übertragungsgeschäfte erhalten bleibt und damit zur Begründung der Fremdheit geeignet ist!

Die Antwort der Mindermeinung lautet: ja – aber.⁸ Rein formal treffe diese Bewertung der Rechtslage zu. Das so erworbene Eigentum sei aber

⁴ Vertreten von Engel, NSTz 1991, 520 ff., und Schmitz in MüKo, StGB, 2005, § 242 Rn. 14.

⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden Engel, NSTz 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

⁶ Vgl. Engel, NSTz 1991, 520, 521.

⁷ Vgl. zu diesen Entstehungsgründen für Eigentum an Betäubungsmitteln Marcelli, NSTz 1992, 220; Vitt, NSTz 1992, 221.

⁸ Vgl. Engel, NSTz 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

lediglich eine „leere Begriffshölse“⁹, denn der Inhaber dieses Rechts könne mit ihm nichts anfangen. Er sei von Verboten umstellt. Jede Form der Nutzung und selbst der bloße Besitz seien untersagt und mit Strafe bedroht. Vom absoluten Schutz des Eigentums nach § 903 BGB, nämlich dem Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, sei praktisch nichts mehr übrig. Inhaltlich sei das Eigentum „auf Null reduziert“¹⁰. Ein solches Eigentum, dem die Rechtsordnung den Schutz versage, sei ungeeignet, die Bestrafung wegen eines Eigentumsdelikts zu begründen.

Die Mindermeinung hält ihr Ergebnis – Unanwendbarkeit der Eigentumsdelikte auf Betäubungsmittel als Tatobjekte – auch **kriminalpolitisch** für vertretbar.¹¹ Eine Strafbarkeitslücke entstehe nicht. Stets anwendbar seien die Tatbestände des Betäubungsmittelstrafrechts. Der „Drogendieb“ werde dadurch hinreichend sanktioniert. Eine Bestrafung auf dieser Grundlage entspreche auch dem Verhaltensunwert einer Drogenentwendung. Dass durch die Tat einem anderen der illegale Besitz entzogen werde, entspreche ja dem von der Rechtsordnung gewünschten Zustand. Strafe verdiene der Täter, weil er sich den Besitz verschafft und den Stoff seinerseits verwertet habe. Genau das bringe eine Bestrafung nach dem Betäubungsmittelstrafrecht zum Ausdruck.

Demgegenüber behandelt die Literatur mehrheitlich Betäubungsmittel als taugliche Objekte von Eigentumsdelikten.¹² Die Auseinandersetzung mit der Mindermeinung ist bislang nicht sonderlich intensiv gewesen.¹³ Zur Haupt-

sache wird darauf verwiesen, dass das Strafrecht bei der Beurteilung der Fremdheit an das Zivilrecht gebunden sei und zivilrechtliches Eigentum jedenfalls durch die Herstellung begründet werde. Für eine Differenzierung nach dem Umfang rechtlich gewährter Verwertungsmöglichkeiten gebe es keine Rechtsgrundlage. Auch ein nur formales Eigentum sei Eigentum im Sinne des Zivilrechts.

Die Rechtsprechung hat bisher, ohne auf den Meinungsstreit einzugehen, Betäubungsmittel als taugliche Objekte von Eigentumsdelikten angesehen.¹⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält an dieser Auffassung fest und setzt der Mindermeinung hauptsächlich vier Argumente entgegen.

Das erste knüpft daran, dass Eigentum jedenfalls durch die Produktion von Rauschgift begründet wird, und wendet sich gegen eine inhaltliche Differenzierung des Eigentums nach der rechtlichen Verfügbarkeit der Sache. Eine solche Differenzierung sei unvereinbar mit einer ansonsten allseits akzeptierten Praxis, die sich allein an der **formalen Eigentumsposition** orientiere.¹⁵ Danach sei auch derjenige Eigentümer strafrechtlich uneingeschränkt geschützt, der rechtlichen Verfügungsbeschränkungen, etwa in Folge von Beschlagnahme, Insolvenz oder Verpfändung, unterliege.

Zweitens beanstandet der BGH die Annahme, dass die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes vom Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB), nichts mehr übrig ließen.¹⁶ Unberührt bleibe das **Recht auf Eigentumsaufgabe und Vernichtung**. Auch werde der **Verbrauch** durch das BtMG nicht verboten; strafbar sei nur der vorausgehende Besitz.

⁹ Engel, NStZ 1991, 520, 521; Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 14.

¹⁰ Engel, NStZ 1991, 520, 521.

¹¹ Vgl. Engel, NStZ 1991, 520, 521 f.

¹² Z. B. Eser in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 242 Rn. 19; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2005, § 242 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 62.

¹³ Mit den Argumenten der Mindermeinung haben sich bisher lediglich zwei kurze Aufsätze näher auseinandergesetzt: Marcelli, NStZ 1992, 220; Vitt, NStZ 1992, 221.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1982, 708 und 1337.

¹⁵ BGH NJW 2006, 72.

¹⁶ BGH NJW 2006, 72.

An dritter Stelle deutet der BGH ein **Gleichheitsargument** an. Er macht darauf aufmerksam, dass bei einem nur geringfügig anderen Tatverlauf die Entziehung der Drogen zweifelsfrei strafbar gewesen wäre. Hätte A die Filmdose „sich von der durch ein Messer bedrohten Geschädigten herausgeben lassen, wäre deren Vermögen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Nachteil zugefügt worden, was die Annahme eines Verbrechens der schweren räuberischen Erpressung gerechtfertigt hätte“¹⁷.

In sehr verkürzter Form wird hier angesprochen, dass für die Beurteilung eines Vermögensnachteils ein wirtschaftlicher Maßstab den Ausschlag gibt und rechtliche Einschränkungen des Umgangs mit Betäubungsmitteln außer Betracht bleiben. Damit, so scheint der BGH sagen zu wollen, wäre es nicht zu vereinbaren, beim vorliegenden, nicht wesentlich anderen Tatgeschehen den strafrechtlichen Eigentumsschutz trotz der Identität des Tatobjekts zu versagen und auf eine Bestrafung wegen schweren Raubes zu verzichten.

Schließlich bestreitet der BGH, dass, wie die Gegenansicht meint, die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes eine ausreichende Ahndung ermöglichen. Übersehen werde, „dass damit der Täter eines Drogendiebstahls oder gar eines Drogenraubes mit einem Käufer, der sich seinen Bedarf aus eigenen Geldmitteln kauft, auf eine Stufe gestellt wird, obgleich der Schuldgehalt nicht vergleichbar ist“¹⁸. Auch verweist das Gericht auf den **erheblichen Unterschied in der Strafandrohung** zwischen § 250 Abs. 2 StGB mit einem Strafraum von fünf bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe und § 29 Abs. 1 BtMG mit der Androhung einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Bislang galt: Wer bei der Bearbeitung eines Falles, in dem Betäubungsmittel entwendet worden sind, das Problem der Verkehrsfähigkeit von Drogen im Zusammenhang mit einer Diebstahl- oder Raubprüfung übersehen hatte, musste nicht unbedingt mit einem Punktabzug rechnen. Die Fragestellung gehörte noch nicht zum Pflichtprogramm zu prüfender Probleme. Das ändert sich mit dieser Entscheidung. Sie bescheinigt einer bisher nur schwach vertretenen Meinung höchstrichterlich, dass sie es wert ist, diskutiert zu werden. Dadurch ist ein Randproblem zum **Standardproblem** befördert worden.

Das bedeutet allerdings nicht, dass es angemessen wäre, dem Problem drei oder noch mehr wertvolle Klausurseiten zu widmen. In einer Fünf-Sterne-Wertung strafrechtlicher Probleme hat es nicht mehr als zwei oder drei Sterne verdient. Denn mit der vorliegenden Entscheidung hat die bisher bereits deutlich herrschende Meinung nochmals an Gewicht gewonnen. Auch hat der BGH recht überzeugend die Schwachstellen der Mindermeinung aufgezeigt. Es ist nicht zu erwarten, dass sie jetzt noch Verstärkung erhält.

Daraus folgt zweierlei. Man sollte sich mit dem Problem vertraut machen. Und man sollte sich auf den Ernstfall mit einer aus einigen wenigen Sätzen bestehenden Erledigung im Sinne der herrschenden Meinung vorbereiten.

Bevor wir dazu einen Vorschlag machen, ist eine **begriffliche Klarstellung** nötig. Es ist unzweckmäßig, wenn zur allgemeinen Kennzeichnung des Problems der Begriff der Verkehrsfähigkeit verwendet wird, wie das vielfach – so auch teilweise in der BGH-Entscheidung – geschieht. Der Begriff spricht allein den Eigentumserwerb durch Übertragung im Rechtsverkehr an. Unberücksichtigt bleiben Formen des originären Eigentumserwerbs, etwa

¹⁷ BGH NJW 2006, 72, 73.

¹⁸ BGH NJW 2006, 72, 73.

durch Produktion oder Verarbeitung. Gerade sie sind aber, wie sich gezeigt hat, für die Problemlösung von ausschlaggebender Bedeutung. Daher sollte, wenn das Problem allgemein begrifflich gekennzeichnet wird, auf den Begriff der Verkehrsfähigkeit verzichtet und statt dessen der Begriff der **Eigentumsfähigkeit** verwendet werden.¹⁹

Nun zu unserem **Vorschlag** für eine angemessen (un)aufwändige Bearbeitung des Problems. Den Ausgangspunkt bildet die Prüfung des schweren Raubes in unserem Fall. Gleich zu Beginn der Prüfung des objektiven Tatbestandes ist die Fremdheit des Heroins zu erörtern. Das könnte etwa so geschehen:²⁰

„Fremd ist eine Sache dann, wenn sie weder herrenlos ist, noch im Alleineigentum des Täters steht und überhaupt eigentumsfähig ist. Fraglich ist allein die Eigentumsfähigkeit des Heroins. Sie könnte zu verneinen sein, weil ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an illegalen Betäubungsmitteln nicht möglich ist, § 134 BGB i. V. m. § 29 Abs. 1 BtMG, und das originär, z. B. durch Herstellung oder Verarbeitung erworbene Eigentum mangels Verwertungsmöglichkeiten (§ 29 Abs. 1 BtMG) praktisch nichts wert ist. Dage-

gen spricht jedoch Folgendes. Da überhaupt nur die Eigentümerposition eines anderen gegeben sein muss, genügt auch das originär, also nicht rechtsgeschäftlich erworbene Eigentum. Dieses ist auch nicht substanzlos, denn die Verbote des Betäubungsmittelrechts lassen etwa das Recht zur Eigentumsaufgabe und zur Vernichtung der Sache unberührt. Im übrigen wird strafrechtlich auch ein bloß formales Eigentum geschützt, etwa dasjenige, über das der Eigentümer wegen Beschlagnahme, Verpfändung oder Insolvenz nicht mehr verfügen kann. Somit sind auch illegale Betäubungsmittel als eigentumsfähig anzusehen. Für A war das Heroin daher fremd.“

Damit ist das Problem an dieser Stelle gelöst. An zwei anderen Stellen lässt es sich in veränderter Form nochmals aufgreifen. Die rechtliche Unverwertbarkeit, die entgegen der Mindermeinung die Eigentumsfähigkeit von Betäubungsmitteln unberührt lässt, könnte immerhin die Annahme begründen, die Sache sei **geringwertig**. Von diesem Merkmal hängt es bei einem Diebstahl und bei einer Unterschlagung in der Regel ab, ob ein Strafantrag erforderlich ist (§ 248 a StGB). Auch ist die Annahme eines besonderen schweren Falles des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–6 StGB ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht (§ 243 Abs. 2 StGB).

Die Lehrbuchliteratur setzt sich damit kaum einmal auseinander. Lediglich ein Autor nimmt dazu mit einer Begründung Stellung.²¹ Danach sollen bei der Bestimmung des Wertes einer Sache zur Vermeidung eines innerrechtlichen Wertungswiderspruchs allein legale Verwertungsmöglichkeiten Berücksichtigung finden, was zur Folge hat, dass illegale Drogen unabhängig von Art und Menge als geringwertig einzustufen sind.

¹⁹ Begriffsverwendung wie hier z. B. bei *Haft*, Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2004, S. 4; *Jäger*, Strafrecht BT, 2005, § 5 Rn. 188. – Der Verzicht auf den Begriff der Verkehrsfähigkeit in diesem Zusammenhang hat auch den Vorteil, dass ein mögliches Missverständnis vermieden wird. Auch die Anlagen zum Betäubungsmittelgesetz verwenden ihn, und zwar zur Klassifizierung von Betäubungsmitteln. Wenn dort nicht verkehrsfähige von verkehrsfähigen Betäubungsmitteln unterschieden werden, so besteht keinerlei Zusammenhang mit Eigentumsfragen. Die Einordnung hat lediglich Bedeutung dafür, ob und in welchem Umfang der Umgang mit Betäubungsmitteln erlaubt werden kann. Vgl. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2001, § 1 Rn. 7–9.

²⁰ Der Text greift die wesentlichen dogmatischen Argumente aus der Entscheidung des BGH auf. Die eher kriminalpolitischen Argumente bleiben unberücksichtigt.

²¹ *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 215.

Uns erscheint auch die gegenteilige Position gut vertretbar. Dabei sind unterschiedliche Begründungen denkbar.

Einmal kann die Ansicht vertreten werden, dass illegale Drogen mangels rechtlich anerkannter Verwertungsmöglichkeit überhaupt keinen Verkehrswert haben und somit wie sonstige **Sachen ohne Verkehrswert** zu behandeln sind: Auf diese werden die strafbegrenzenden Regelungen der §§ 248 a, 243 Abs. 2 StGB nicht angewendet.²²

Zum anderen kann in **rein wirtschaftlicher Betrachtung** und ohne Rücksicht auf rechtliche Verbote auf den real erzielbaren Preis in der Drogenszene abgestellt werden.²³ Dafür lässt sich mit einer Parallele zu den Vermögensdelikten argumentieren. Auch in Fällen der betrügerischen Entziehung unrechtmäßigen Besitzes wird die Auffassung vertreten, dass der Vermögensschaden rein wirtschaftlich zu ermitteln sei.²⁴ Zur Begründung wird unter anderem angeführt, dass nur so das Entstehen eines strafrechtsfreien Raumes im kriminellen Milieu vermeidbar sei. Gleichermaßen sollte es vermieden werden, dass die Entwendung illegaler Drogen stets nur als Bagatelle bestraft wird, auch wenn taterschwerende Umstände nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 StGB vorgelegen haben.

Zur Relevanz des Problems ist schließlich noch das Folgende anzumerken. Es tritt nicht allein im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln auf. Vielmehr betrifft es sämtliche Gegenstände, die man auf Grund von Verbotsvorschriften nicht erwerben, besitzen oder in den Verkehr bringen darf. Das betrifft etwa Waffen, Falschgeld und illegal eingeführte Güter.²⁵

²² Vgl. *Mitsch* (Fn. 21), Rn. 216, 273.

²³ Das würde im Übrigen den polizeilichen Erfolgsmeldungen über die Beschlagnahme von Rauschgift entsprechen, die regelmäßig derartige Summen enthalten.

²⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Rengier*, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2005, § 13 Rn. 59, 96; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 531.

²⁵ Vgl. *Marcelli*, NSTZ 1992, 220.

5. Kritik

Die Entscheidung setzt sich eingehend mit der Gegenansicht auseinander. Das Ergebnis wird überzeugend begründet. Einzuwenden ist lediglich, dass nicht klar zwischen den Begriffen der Eigentumsfähigkeit und der Verkehrsfähigkeit unterschieden wird.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Conny Schmalfuß zugrunde.)

1. Sachverhalt¹

Nach harter Auseinandersetzung verständigen sich die Vertreter der Mannesmann AG (M) und der britischen Gesellschaft Vodafone (V) auf eine Übernahme der M durch V. Das günstige Umtauschangebot der V für M-Aktien nehmen bis zum 4. Februar 2000 21 % der M-Aktionäre und bis etwa Mitte April 2000 98,66 % an. Die restlichen M-Aktionäre werden im Jahre 2002 abgefunden. Das Präsidium der M, ein Ausschuss des Aufsichtsrats, der aus vier Aufsichtsratsmitgliedern besteht und u. a. für die Festsetzung der Bezüge der Vorstandsmitglieder zuständig ist, beschließt am 4. Februar 2000 Folgendes: Dem Vorstandsvorsitzenden Esser (E), dessen Tätigkeit mit der Übernahme endet, soll als Anerkennung für seinen Einsatz in der Auseinandersetzung mit V eine dienstvertraglich nicht vorgesehene Prämie von 16 Millionen Euro gewährt werden. E selbst hat die Beschlussvorlage im Auftrag des Präsidiums ausgearbeitet. An der Beschlussfassung beteiligen sich drei der vier Präsidiumsmitglieder, was zur Beschlussfähigkeit ausreicht. Auch genügt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dem Beschluss stimmen die Präsidiumsmitglieder Ackermann (A) und Funk (F) zu.

¹ Die Angaben beschränken sich auf das für die Erörterung der Rechtsprobleme Wesentliche.

Februar 2006

Mannesmann-Fall

Untreue / Vermögensbetreuungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer AG / Zurechnung von Kollektiventscheidungen / Beihilfe und berufstypisches Verhalten / Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

§§ 266 Abs. 1, 27 Abs. 1, 17 StGB; 87 Abs. 1 Satz 1 AktG

Leitsätze des Gerichts:

1. Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.
2. Die zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss auch bei unternehmerischen Entscheidungen eines Gesellschaftsorgans nicht zusätzlich „gravierend“ sein (Klarstellung zu BGHSt 47, 148 und 187).

BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – Az 3 StR 470/04; veröffentlicht in NJW 2006, 522

Der Arbeitnehmervertreter Zwickel (Z) betrachtet die Prämienzahlung nicht als eine Angelegenheit der Arbeitnehmer, will aber einer Beschlussfassung nicht im Wege stehen. Daher wirkt er durch Stimmenthaltung mit. Nunmehr möchte auch F, der früher als Vorstandsmitglied der M tätig gewesen, aber schon vor der Übernahmeauseinandersetzung ausgeschieden ist, in den Genuss einer Prämie kommen. Auf seine Bitte beschließt das Präsidium, dem er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr angehört, am 17. April 2000, ihm für seine früheren Verdienste eine Sonderzahlung in Höhe von 3 Millionen Euro zukommen zu lassen. Der Beschluss wird wiederum von

drei Präsidiumsmitgliedern gefasst. Ihm stimmt A neben einem anderen Mitglied zu, während Z sich abermals der Stimme enthält. Hier wie auch bei dem zuvor gefassten Beschluss nehmen die Beteiligten an, dass ihr Handeln noch die Grenzen unternehmerischen Ermessens wahre und daher erlaubt sei. Die Geschäftsleitung der V ist jeweils mit den Prämienzahlungen einverstanden.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall hat wegen der Prominenz der Beteiligten und der Höhe der Geldzahlungen großes Aufsehen erregt. Seine politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Implikationen sind in der Öffentlichkeit intensiv diskutiert worden. Wir wollen uns hier auf den strafrechtlichen Kern des Falles konzentrieren.

Das ist schwierig genug, weil insgesamt **vier Probleme** zu behandeln sind. Wir wollen sie, um Übersichtlichkeit zu erreichen, vorab kurz benennen. Alle Probleme stehen im Zusammenhang mit einer möglichen Strafbarkeit der Beteiligten wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB.

Das Hauptproblem betrifft die Frage, ob Aufsichtsratsmitglieder einer AG ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzen, wenn sie Vorstandsmitgliedern dienstvertraglich nicht vorgesehene Anerkennungsprämien gewähren. Wir wollen es – abkürzend – **Pflichtverletzungs-Problem** nennen.

Weiter ist zu erörtern, ob ein Aufsichtsratsmitglied, hier Z, auch dann für einen pflichtwidrigen Beschluss strafrechtlich verantwortlich ist, wenn er diesem nicht zugestimmt, sondern sich der Stimme enthalten hat (**Abstimmungs-Problem**).

Außerdem muss geprüft werden, ob einem Vorstandsmitglied, hier E, die Vorbereitung eines pflichtwidrigen Beschlusses als strafbare Beihilfe angelastet werden kann, selbst wenn seine

Tätigkeit berufstypischen Charakter hat (**Beihilfe-Problem**).

Schließlich bedarf der Klärung, ob die Beteiligten dadurch entlastet werden, dass sie ihr Vorgehen für erlaubt hielten (**Irrtums-Problem**).

Zunächst also zum **Pflichtverletzungs-Problem**. Es hat Folgendes zur Voraussetzung.

Für beide tatbestandlichen Varianten des § 266 Abs. 1 StGB, also nicht nur für den Treubruchstatbestand, sondern auch für den Missbrauchstatbestand, ist nach ganz überwiegender Ansicht erforderlich, dass der Täter eine ihm obliegende Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens verletzt hat.² Im vorliegenden Fall muss daher nicht unbedingt eine Zuordnung entweder zum Missbrauchstatbestand oder zum Treubruchstatbestand vorgenommen werden,³ um zum Problem der Vermögensbetreuungspflicht zu gelangen.

Für Aufsichtsratsmitglieder einer AG gilt, dass sie die Stellung eines Verwalters des für sie fremden Vermögens der Gesellschaft haben. Sie sind verpflichtet, die Vermögensinteressen der Gesellschaft bei allen Entscheidungen zu wahren. So auch die Mitglieder des Präsidiums der M bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, über die Bezüge und über sonstige Zahlungen an Vorstandsmitglieder zu entscheiden. Dazu gehört die Verpflichtung, alle Maßnahmen zu unterlassen, die der Gesellschaft einen Vermögensschaden zufügen. Gesetzlich sind diese Pflichten durch §§ 93 Abs. 1 Satz 1, 116 Satz 1 AktG abgesichert.⁴

Allerdings muss berücksichtigt werden, dass unternehmerische Entscheidungen in der Regel zukunftsbezogen und daher unvermeidlich risikobehaftet sind. Es wäre daher falsch, die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht damit zu begründen, dass sich eine Entscheidung später als nachteilig er-

² Vgl. z. B. *Rengier*, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2005, § 18 Rn. 2, 8; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 28. Aufl. 2005, Rn. 750.

³ Vgl. dazu unten 4.

⁴ Vgl. BGHSt 47, 187, 201 m. w. N.

wiesen hat. Vielmehr sind die Pflichten ex ante und unter Zuerkennung eines **erheblichen Entscheidungsspielraums** zu bestimmen, sofern sie ein unternehmerisches Handeln zum Gegenstand haben.⁵

Daraus wird für den vorliegenden Fall abgeleitet, dass die im Präsidium tätigen Aufsichtsratsmitglieder mit den beiden Beschlüssen ihre Vermögensbetreuungspflicht nicht verletzt hätten.⁶ Die Annahme eines weit reichenden Entscheidungsspielraums wird zusätzlich darauf gestützt, dass § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG als Maßstab für die Festlegung der Bezüge von Vorstandsmitgliedern den äußerst vagen Begriff der Angemessenheit verwende. Teilweise wird die Vermögensbetreuungspflicht sogar erst im Falle einer Gefährdung von Bestand und Rentabilität des Unternehmens als verletzt angesehen.⁷

Der Gesichtspunkt unternehmerischer Freiheit bildet auch die Grundlage für die Auffassung, dass es in Fällen der vorliegenden Art einer **gravierenden Pflichtverletzung** bedürfe, um zu einer Strafbarkeit wegen Untreue zu gelangen. Damit hat das LG Düsseldorf, dessen Urteil der BGH hier zu überprüfen hatte, dann auch seinen Freispruch für A, F und Z wegen des Beschlusses vom 4. Februar 2000 begründet: Es habe zwar eine Pflichtverletzung vorgelegen, diese sei aber nicht gravierend gewesen.⁸

Zugunsten der Präsidiumsmitglieder wird noch angeführt, sie hätten mit der Bewilligung von Sonderzahlungen den Dienstvertrag nachträglich geändert, was zulässig sein müsse, weil Leistungen im Nachhinein besser beurteilt werden könnten.⁹ Letztlich liegt auch diesem Argument der Gesichtspunkt

unternehmerischer (Vertragsgestaltung-)Freiheit zugrunde.

Soweit die Literatur einen gegenteiligen Standpunkt einnimmt, betont sie den Umstand, dass den nachträglichen Sonderzahlungen kein Vorteil für die M gegenüber gestanden habe.¹⁰

Im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung ist noch die **Frage eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses** zu erörtern, denn von einer Verletzung kann keine Rede sein, wenn der Inhaber des geschützten Rechtsguts bereit ist, die Einbuße hinzunehmen.¹¹ Hier hatte die Geschäftsleitung der V sich mit den Zahlungen einverstanden erklärt. Doch ist fraglich, ob V bereits in der Position des geschützten Rechtsgutsinhabers war. Zum Zeitpunkt der ersten Entscheidung sicherlich nicht, denn V verfügte erst über etwa ein Fünftel der Aktien der M. Deutlich anders war die Lage zum Zeitpunkt des zweiten Beschlusses. Doch hatte V auch dann noch nicht alle Aktien der M-AG in der Hand. Genügen 98,66 % der Aktien, um über das Vermögen einer AG frei disponieren zu können?

Das **Abstimmungs-Problem** ist in der vorliegenden Form sowie in zahlreichen Varianten in jüngster Zeit intensiv diskutiert worden.¹² Die Lösungen setzen teils bei der Kausalität, teils bei der Zurechnung im Wege der Mittäterschaft an. Viel hängt von der jeweiligen Sachverhaltskonstellation ab.

Empfehlenswert ist eine zweistufige Prüfung. Zunächst sollte die Stimmabgabe als solche untersucht werden, bevor das Votum selbst und hypothetische Alternativen thematisiert werden. Konnte eine Pflichtverletzung schon durch die Verweigerung einer Mitwir-

⁵ Vgl. BGHSt 47, 187, 192; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2005, § 266 Rn. 42 ff.

⁶ So etwa Hüffer, Beilage 7 zu BB 2003, 18 ff.; Kort, NJW 2005, 333 ff.

⁷ So Hüffer, Beilage 7 zu BB 2003, 20 ff.

⁸ LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275, 3281; ferner Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 266 Rn. 44.

⁹ Lieber/Hoefs, ZIP 2004, 97, 98.

¹⁰ Rönnau/Hohn, NStZ 2004, 113, 120 ff.; Fastrich in Festschrift für Heldrich 2005, S. 143, 157 ff.

¹¹ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 266 Rn. 20.

¹² Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 4 Rn. 20b; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 30 f.; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 19.

kung vermieden werden, weil das Gremium dadurch beschlussunfähig geworden wäre, und war ein solches Verhalten zumutbar, so kommt es nicht mehr darauf an, wie abgestimmt wurde. Dementsprechend sind die Aussichten des Z gering, mit den Einwänden durchzudringen, dass er sich doch der Stimme enthalten habe und dass er auch durch eine Nein-Stimme den Beschluss nicht hätte verhindern können.

Auch das **Beihilfe-Problem** ist nicht neu. Die Begriffe, mit denen das Problemfeld erfasst wird, variieren. Erörtert wird, ob eine Beihilfestrafbarkeit auch dann gegeben ist, wenn das Verhalten „alltäglich“, „neutral“, „sozialadäquat“ oder „berufstypisch“ ist.¹³ Die Diskussion ist im Fluss.

Die Rechtsprechung unterscheidet rein subjektiv: „Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten.“¹⁴ Die Tat verliere dann ihren Alltagscharakter. Dagegen soll eine Beihilfestrafbarkeit ausscheiden, wenn der Hilfeleistende dieses Wissen nicht hat, sondern es nur für möglich hält, dass sein Beitrag zur Tatbegehung genutzt wird. Danach hängt im vorliegenden Fall, falls die Beschlüsse sich als vorsätzlich begangene rechtswidrige Untreuehandlungen herausstellen, eine Strafbarkeit des E davon ab, welches Wissen er bei der Anfertigung der Vorlage für das Präsidium gehabt hat.

Das **Irrtums-Problem** musste das LG Düsseldorf nur im Hinblick auf den zweiten Beschluss erörtern, weil nach seiner Ansicht allein dieser eine gravierende Pflichtverletzung darstellte. Die Vorstellung der Angeklagten, den Handlungsspielraum unternehmerischen Ermessens nicht überschritten zu haben, bewertete das Gericht als Verbotsirrtum. Diesen sah es mit der Begründung

als unvermeidbar an, dass zum Zeitpunkt der Tat Rechtsunklarheit in der Frage der Zulässigkeit von Anerkennungsprämien geherrscht habe.¹⁵ Dementsprechend gelangte es auch insoweit zu einem Freispruch.

Der Einordnung als Verbotsirrtum wird in der Literatur widersprochen. Da die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ein Bestandteil des objektiven Tatbestandes sei, müsse ein darauf bezogener Irrtum nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Verneinung des Vorsatzes führen.¹⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zum **Pflichtverletzungs-Problem** nimmt der BGH klar Stellung. Nach seiner Ansicht verletzen beide Beschlüsse die Vermögensbetreuungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern.

Die entscheidende Weichenstellung nimmt das Gericht mit der Kennzeichnung der Sonderzahlungen als „**kompensationslose Anerkennungsprämien**“¹⁷ vor. Aus ihr folgert es, dass den Angeklagten keinerlei Handlungsspielraum unter dem Gesichtspunkt unternehmerischer Freiheit zugestanden habe. Vielmehr habe ihre Vermögensbetreuungspflicht nur eine Entscheidung zugelassen: Verweigerung von Anerkennungsprämien.

Eine nähere Begründung nimmt der BGH in zwei Schritten vor.

Schritt 1: Selbstverständlich dürfen Anerkennungsprämien gezahlt werden, wenn sie im Dienstvertrag vorgesehen sind. Das war hier aber nicht der Fall.

Schritt 2: Fehlt es an einer vertraglichen Grundlage, so ist gegen Anerkennungsprämien dann nichts einzuwenden, wenn sie unternehmerisch sinnvoll sind. Ihr Sinn kann darin bestehen, den Zuwendungsempfänger an das Unternehmen zu binden, ihn zu weiteren guten Leistungen anzuspornen und anderen Unternehmensangehörigen

¹³ Vgl. die Darstellung bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, S. 181 ff.

¹⁴ BGHSt 46, 107, 112.

¹⁵ LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275, 3285.

¹⁶ Z. B. *Jakobs*, NSTZ 2005, 276, 277 f.

¹⁷ BGH, NJW 2006, 522, 524.

gen deutlich zu machen, dass sich außergewöhnlicher Einsatz für das Unternehmen lohnt. Ein unternehmerischer Nutzen dieser Art ist im vorliegenden Fall aber nicht ersichtlich, weil das Unternehmen unmittelbar vor der Übernahme stand und die bedachten Vorstandsmitglieder ausschieden. Der Hingabe des Geldes entsprach keinerlei Vorteil für das Unternehmen. Daher lässt sich die Gewährung der Prämien auch nicht als nachträgliche Änderung des Dienstvertrages legitimieren.

In der Frage eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses nimmt der BGH ebenfalls einen sehr klaren Standpunkt ein: Es bedarf der Zustimmung **sämtlicher Anteilseigner**. Damit erweist sich die Zustimmung der V auch im Hinblick auf den zweiten Beschluss als bedeutungslos.

Schließlich stellt der BGH noch klar, dass die Annahme tatbestandsmäßiger Untreue im Bereich risikoreicher unternehmerischer Entscheidungen nicht vom Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung abhängt. Zu Unrecht sei diese Ansicht aus zwei BGH-Entscheidungen abgeleitet worden.¹⁸

Das **Abstimmungs-Problem** erledigt der BGH mit einigen knappen Hinweisen zum Sachverhalt. Die Mehrheitsentscheidungen müsse Z sich zurechnen lassen, weil er gewusst habe, dass die Beschlüsse mit seiner Stimmabgabe wirksam zustande kommen würden, und weil er das auch habe erreichen wollen. Er könne sich nicht darauf berufen, dass die Beschlüsse auch wirksam geworden wären, wenn er mit „Nein“ gestimmt hätte. Tatsächlich habe er den Beschlüssen zugestimmt. Das habe lediglich mit Rücksicht auf seine Stellung als Arbeitnehmervertreter nicht nach außen erkennbar werden sollen.

Ähnlich knapp fällt die Stellungnahme zum **Beihilfe-Problem** aus. Die Handlungen des E zur Vorbereitung der Präsidiumsbeschlüsse seien kein berufstypisches Verhalten mit Alltagscharakter

gewesen, weil dadurch gezielt die Zuwendung der Sonderzahlungen gefördert worden sei und E alle Umstände gekannt habe, welche die objektive Pflichtverletzung begründeten.

Was das **Irrtums-Problem** angeht, so muss der BGH teilweise auf eine abschließende Stellungnahme verzichten. Da das LG Düsseldorf A, F und Z hinsichtlich des ersten Beschlusses schon aus objektiven Gründen, nämlich mangels einer gravierenden Pflichtverletzung freigesprochen hat, finden sich in dem Urteil keine näheren Feststellungen zur subjektiven Tatseite. Diese müssen nach der Zurückverweisung erst noch durch die dann zuständige Strafkammer getroffen werden.

Dagegen äußert sich der BGH eindeutig und zwar ablehnend zur Zuerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums durch das Landgericht im Zusammenhang mit dem zweiten Beschluss. A und Z hätten ihren Irrtum vermeiden können. „Bei Einholung eines Rechtsrats durch eine sachkundige, neutrale Person hätte richtigerweise die Frage gestellt werden müssen, ob eine ausschließlich durch den Wunsch des Begünstigten motivierte, dem Unternehmen keinen Vorteil bringende Prämienengewährung zulässig ist. Dies wäre mit Sicherheit verneint worden.“¹⁹

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die zahlreichen und schwierigen Probleme des Falles werden dafür sorgen, dass er sehr bald in der Ausbildung und im Examen Beachtung finden wird. Hinzu kommt, dass wirtschaftsstrafrechtliche Probleme Konjunktur haben.²⁰

Die Lösung setzt fortgeschrittene Kenntnisse des Untreuetatbestandes und Grundkenntnisse über das Recht

¹⁸ Dabei geht es um BGHSt 47, 148 und 187.

¹⁹ BGH, NJW 2006, 522, 529.

²⁰ Das belegen Neuerscheinungen im Bereich der Lehrbuchliteratur: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2004; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 2004.

der Aktiengesellschaft voraus. Beides lässt sich beschaffen.²¹

Bei der gutachtlichen Bearbeitung des vorliegenden Sachverhalts ergibt sich die Schwierigkeit, dass nicht klar gesagt werden kann, ob der Missbrauchstatbestand erfüllt ist oder auf den Treubruchstatbestand zurückgegriffen werden muss. Das hängt nämlich davon ab, ob die Präsidiumsentscheidungen **zivilrechtlich wirksam** gewesen sind.²² Für eine Beurteilung dieser Frage müssen auch die speziellen unternehmensbezogenen Rechtsgrundlagen für die Tätigkeit des Aufsichtsrats bekannt sein. Man wird erwarten dürfen, dass Aufgabensteller insoweit für Klarheit sorgen. Ist das nicht der Fall, so sollte der allgemeinere Treubruchstatbestand herangezogen werden.

Empfohlen sei, das weitere Schicksal des Falles insbesondere im Hinblick auf Irrtumsfragen zu verfolgen. Nach wie vor ist höchst unklar, wie Fehlvorstellungen über die Vermögensbetreuungspflicht und deren Verletzung zu behandeln sind, also: wann § 16 StGB und wann § 17 StGB zum Zuge kommt.²³ Die vorliegende Entscheidung enthält dazu nur einige vage Hinweise. Die nunmehr zuständige Kammer des LG Düsseldorf wird dazu Stellung nehmen müssen. Denkbar ist, dass auch der BGH sich nochmals damit befassen muss.

Eine **praktische Konsequenz** der Entscheidung wird vermutlich darin bestehen, dass in die Verträge von Vorstandsmitgliedern künftig die Möglichkeit einer Zahlung nachträglicher Anerkennungsprämien aufgenommen wird. Das freut die Vorstandsmitglieder und

mindert das Risiko von Aufsichtsratsmitgliedern, strafrechtlich verfolgt zu werden.

5. Kritik

Der BGH entwickelt einen klaren Maßstab und wendet ihn konsequent an. Das Ergebnis ist eine strafrechtlich schlüssige Entscheidung.

Ihr lässt sich eine wirtschaftliche Überlegung entgegensetzen. Keiner der Beteiligten hat sich bei dem Geschehen benachteiligt gefühlt. Auch nicht die Aktionäre der M. Sie haben vielmehr von einem ganz erheblichen Wertzuwachs ihrer Aktie profitiert. Was spricht dann gegen diese Zahlungen? Und welchem Zweck soll eine Bestrafung dienen?

Auf diese Sicht der Dinge, die offenbar auch für die Angeklagten handlungsleitend gewesen ist, hat der Vorsitzende des BGH-Senats in der mündlichen Urteilsbegründung mit einer Bemerkung reagiert, die wohl als Beitrag zur Wirtschaftsethik zu verstehen ist: Die Angeklagten hätten sich wie Gutsherren aufgeführt, statt so zu handeln, wie es ihrer Stellung als bloße Gutsverwalter entsprochen hätte.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Jörg Balz zugrunde.)

Aktueller Hinweis: Das LG Düsseldorf hat das Verfahren mit Beschluss vom 29.11.2006 vorläufig eingestellt (siehe dazu die Pressemitteilung des Gerichts Nr. 09/2006; abrufbar unter <http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/>).

²¹ Zu § 266 StGB: z. B. *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 8; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 376 ff.; Zum Recht der Aktiengesellschaft: z. B. *Klunzinger*, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 13. Aufl. 2004, S. 147 ff.; *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2005, Rn. 476 ff.

²² Vgl. *Lenckner/Perron* in Schönke/Schröder, 26. Aufl. 2001, § 266 Rn. 17.

²³ Vgl. dazu die unterschiedliche Einordnung bei *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2001, § 22 Rn. 69, und *Roxin* (Fn. 12), § 21 Rn. 23 f.

1. Sachverhalt

Journalist A hält die Sicherheitskontrollen auf deutschen Flughäfen für unzureichend. Durch eine Aktion will er medienwirksam auf die Mängel aufmerksam machen. Er stimmt sein Vorhaben mit dem Fernsehsender ProSieben ab, der den gesamten Vorgang von einem Kamerateam aufnehmen lässt. Zu insgesamt vier Inlandsflügen, die A an einem Tag durchführt, nimmt er ein Butterflymesser mit. Er versteckt es jeweils vor der Sicherheitsschleuse des Flughafens in einem Brillenetui, das er auf die Kamera in seinem Handgepäck legt. Wie geplant, bleibt das Messer unentdeckt, weil das Personal den ausgelösten Alarm auf die Kamera zurückführt. A behält das Etui mit dem Messer auch im Wartebereich, im Flugzeug und in der Sicherheitszone des Zielflughafens bei sich. In erster Linie handelt er aus Sorge um die Sicherheit des zivilen Luftverkehrs. Daneben interessiert ihn aber auch die Bezahlung durch den Fernsehsender ProSieben, der die Filmaufnahmen ausstrahlt. Die Sendung hat zur Folge, dass die Sicherheitskontrollen verschärft werden. Auch wird der Film bei der Schulung des Sicherheitspersonals eingesetzt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall ist von allgemeiner Bedeutung, auch wenn die tatbestandliche Prüfungsgrundlage sehr speziell ist. In Be-

März 2006 ProSieben-Fall

Unerlaubtes Mitführen einer Waffe in Luftfahrzeugen und nicht allgemein zugänglichen Bereichen auf Flugplätzen / Notstand beim Dauerdelikt / Wahrnehmung berechtigter Interessen / Rechtfertigung durch Grundrechte / Grenzen des investigativen Journalismus

§§ 11 Abs. 1 Nr. 1, 19 Abs. 1 Luftsicherheitsgesetz; 34, 193 StGB; Art. 5 GG

Leitsatz der Verf.:

Ein zunächst gerechtfertigtes Dauerdelikt wird rechtswidrig, wenn und sobald der rechtfertigende Grund wegfällt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – Az III-5 Ss 63/05 – 33/05 I; veröffentlicht in: NJW 2006, 630

tracht kommt eine Strafbarkeit des A wegen **unerlaubten Mitführens von verbotenen Gegenständen in Luftfahrzeugen und in nicht allgemein zugänglichen Bereichen auf Flugplätzen** gem. §§ 11 Abs. 1 Nr. 1, 19 Abs. 1 Luftsicherheitsgesetz¹ in vier Fällen. Die Probleme betreffen zur Hauptsache die Frage, ob Rechtfertigungsgründe zugunsten des A eingreifen.

¹ Der Gesetzestext kann abgerufen werden unter www.gesetze-im-internet.de. Diese Internetseite bietet das Bundesjustizministerium in Kooperation mit juris an. Wir empfehlen sie nachdrücklich. Sie macht Gesetze zugänglich, die in den gängigen gedruckten Sammlungen nicht enthalten sind, und sie informiert tagesaktuell über die Gesetzeslage. – Im vorliegenden Fall musste das OLG Düsseldorf teilweise noch altes Recht (§§ 27 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 60 Abs. 1 Nr. 8 Luftverkehrsgesetz) anwenden. Wir stellen auf die neue Gesetzeslage ab, weil die Änderungen für die Probleme des Falles ohne Bedeutung sind.

Auf **tatbestandlicher Ebene** ist allenfalls diskutierbar, ob es A entlastet, dass er zu keinem Zeitpunkt das Messer für gefährliche Zwecke verwenden wollte. Das ändert allerdings nichts daran, dass dem Wortlaut nach die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Es genügt das schlichte Mitführen im Handgepäck oder Ansiehtragen von Hieb- und Stoßwaffen, zu denen ein Butterflymesser zählt,² im Sicherheitsbereich des Flughafens und im Flugzeug. Grund der Bestrafung ist die damit verbundene abstrakte Gefahr.

Allerdings wird für abstrakte Gefährungsdelikte diskutiert, ob in Fällen einer sicher auszuschließenden Gefährdung die Tatbestandsmäßigkeit verneint werden kann. Der Meinungsstreit betrifft zur Hauptsache den Tatbestand der schweren Brandstiftung gem. § 306 a StGB.³ Für eine **teleologische Reduktion** wird vor allem die Höhe der Strafandrohung (Verbrechen!) angeführt.

Schon das spricht gegen eine Übertragung auf das hier zu prüfende Vergehen mit verhältnismäßig geringer Strafandrohung. Im Übrigen wird man den „Gegenbeweis der Ungefährlichkeit“⁴ nicht allein mit der guten Absicht führen können. Es müssen objektive Vorkehrungen getroffen worden sein, die Gefährdungen jeder Art ausschließen.⁵ Daran fehlt es hier. Das Messer hätte – durch wen und wie auch immer – im Sicherheitsbereich gefährlich verwendet werden können.

Im Bereich der Rechtswidrigkeit kommt in erster Linie eine **Rechtfertigung wegen Notstandes** gem. § 34 StGB in Betracht. Eine vollständige Erfassung der Probleme setzt voraus,

dass die Prüfungssystematik beherrscht wird:⁶

- a) Notstandslage
 - Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut
 - Gegenwärtigkeit
- b) Notstandshandlung
 - Erforderlichkeit⁷
 - Wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses
 - Angemessenheit
- c) Notstandswille

Bereits an der Eingangsvoraussetzung könnte es fehlen, weil A nicht zugunsten konkret gefährdeter Personen, sondern zum Schutz der **allgemeinen Luftsicherheit** tätig werden wollte. Notstand und Notstandshilfe scheinen aber nur zugunsten individueller Rechtsgüter möglich zu sein, weil das Gesetz in der Aufzählung konkreter Rechtsgüter lediglich Individualgüter nennt und weil es von der Abwendung einer Gefahr „von sich oder einem anderen“ spricht. Tatsächlich wird mit diesem und weiteren Argumenten die Auffassung vertreten, dass Handlungen zum Schutz allgemeiner Rechtsgüter nicht von § 34 StGB erfasst würden.⁸ Die h. M. sieht das anders und beruft sich dabei ebenfalls auf ein Wortlautargument: Die Aufzählung der notstandsfähigen Rechtsgüter in § 34 StGB

² Vgl. die Liste verbotener Waffen in Anl. 2 zum Waffengesetz Nr. 1.4.3. (Faltmesser mit zweigeteilten, schwenkbaren Griffen).

³ Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 40 Rn. 29 ff.; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 220 f.

⁴ Vgl. zu diesem Begriff *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 264 Fn. 45.

⁵ Vgl. BGHSt 26, 121, 124 f.; *Joecks*, StGB, 6. Aufl. 2005, § 306 a Rn. 15 f.

⁶ So oder ähnlich wird ganz überwiegend aufgebaut; vgl. z. B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 35. Aufl. 2006, Rn. 323; *Schlüchter/Herzog*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2004, S. 54.

⁷ Das Merkmal steht so nicht im Gesetz, ist aber abzuleiten aus dem gesetzlichen Erfordernis einer nicht anders abwendbaren Gefahr. Die Antwort auf die Frage, ob die Gefahr anders abwendbar gewesen ist, setzt die Untersuchung etwaiger Handlungsalternativen voraus. Das geschieht sachgerecht im Zusammenhang mit der Prüfung der Notstandshandlung durch die Erörterung milderer, aber gleichermaßen effektiver Mittel. Inhaltlich stimmt die Prüfung mit der Untersuchung der Erforderlichkeit bei der Notwehr überein. Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 8 Rn. 19.

⁸ So z. B. *Günther* in SK, StGB, § 34 Rn. 23.

ende mit der denkbar weiten Formulierung „oder ein anderes Rechtsgut“, die allgemeine Rechtsgüter einschließt.⁹

Wer auch allgemeine Rechtsgüter für notstandsfähig hält, wird die Prüfung mit der Untersuchung einer **gegenwärtigen Gefahr** fortsetzen. Aus dem Umstand, dass A einen Sicherheitsmangel nachgewiesen hat, kann geschlossen werden, dass zum Zeitpunkt seines Handelns eine bedrohliche Situation vorgelegen hat, die jederzeit in einen Schaden umschlagen konnte, so dass unverzüglich reagiert werden musste. Das bedeutet, dass eine den Anforderungen des § 34 StGB genügende gegenwärtige Dauergefahr vorhanden war.¹⁰

Das Merkmal der **Erforderlichkeit** verlangt ein Denken in Alternativen und Varianten.

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob A die allgemeine Luftsicherheit gleichermaßen effektiv durch Maßnahmen hätte schützen können, die weniger intensiv oder gar nicht in Rechtsgüter eingegriffen hätten.¹¹ Es liegt nahe, die ausgeführte Handlung durch Handlungsalternativen zu ersetzen. Hier kommt vieles in Betracht: z. B. die Unterrichtung der zuständigen Behörde, das Verfassen von Zeitungsartikeln über mutmaßliche Sicherheitslücken und auch demonstratives Handeln, etwa durch Verteilen von Warnzetteln an Fluggäste oder durch Boykottaufruf. Doch lässt sich der Nachweis nur schwer führen, dass diese Handlungsalternativen gleichermaßen effektiv gewesen wären wie die Tat selbst, weil Fakten mit Hypothesen zu vergleichen sind. Fakten sind sicher, Hypothesen sind es nicht. Und Zweifel wirken sich im Strafrecht günstig für den Täter aus (in dubio pro reo). Es wird daher

schwer fallen, A vorzuhalten, dass er den gleichen Erfolg auch durch alternatives Handeln erreichen können.

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn statt etwaiger Alternativen bloße Varianten des tatsächlichen Verhaltens in Betracht gezogen werden und in diesem Zusammenhang Berücksichtigung findet, dass das Delikt eine **Dauerstraftat**¹² ist. Tatsächlich war die Tathandlung des Mitführens der Waffe erst nach dem Flug mit dem Verlassen des Sicherheitsbereiches am Zielflughafen beendet. A könnte anzulasten sein, dass er seine Aktion nicht bereits nach dem Passieren der Zugangskontrolle abgebrochen hat, etwa indem er sich den Sicherheitskräften gegenüber offenbarte oder sich heimlich des Messers entledigte. Wollte man annehmen, dass trotzdem der gleiche Erfolg erreichbar gewesen wäre, so würde die Rechtfertigung für die Fortsetzung der Aktion entfallen, was eine Bestrafung jedenfalls dieses Teiles der Tat ermöglichen würde.

Soweit die Erforderlichkeit (teilweise oder ganz) bejaht wird, bedarf es anschließend einer **Interessenabwägung**. Sie weist die Besonderheit auf, dass auf beiden Seiten das Interesse am Schutz der Luftsicherheit steht und lediglich nach dem Grad der Gefährdung – Gefährdung durch die Sicherheitsmängel versus Gefährdung durch die konkrete Tat – abzuwägen ist.¹³

Im Falle einer für A günstigen Abwägung ist noch auf das Korrektiv der **Angemessenheit** einzugehen.¹⁴ Es verdient besondere Aufmerksamkeit, wenn, wie hier, die Notstandshandlung zugunsten eines allgemeinen Rechtsguts begangen und dessen Notstandsfähigkeit mit der h. M. bejaht wurde. Ein wichtiges Argument der Gegenmei-

⁹ Vgl. z. B. *Lenckner/Perron* in *Schönke/Schröder, StGB*, 26. Aufl. 2001, § 34 Rn. 10; *Heinrich, Strafrecht AT I*, 2005, Rn. 410.

¹⁰ Näher zur gegenwärtigen Dauergefahr bei § 34 StGB *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 306.

¹¹ Vgl. oben Fn. 7.

¹² Vgl. zur Kategorie der Dauerstraftat und der Unterscheidung zwischen ihrer Vollendung und Beendigung *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 32.

¹³ Vgl. die Übersicht über die Notstandsfälle bei *Ebert, Strafrecht AT*, 3. Aufl. 2001, S. 81 f.

¹⁴ Vgl. zu diesem Merkmal *Joecks* (Fn. 5), § 34 Rn. 29.

nung muss hier nochmals aufgegriffen werden. Sie befürchtet, dass die Einräumung von Notstandsbefugnissen den Bürger dazu animiert, Schutz- und Kontrollfunktionen zu übernehmen, die besser staatlichen Stellen vorbehalten bleiben sollten.¹⁵ Das Merkmal der Angemessenheit ermöglicht es, diesem Bedenken nach Lage des Einzelfalles Rechnung zu tragen.

Glatt zu bejahen ist das abschließende Merkmal des **Notstandswillens**. Dieser war nach den gerichtlichen Feststellungen gegeben. Dass A zusätzlich an Einnahmen interessiert war, schadet nicht.¹⁶

Falls A eine Rechtfertigung nach § 34 StGB (teilweise oder ganz) versagt wird, ist noch an Rechtfertigungsgründe zu denken, die mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängen.

Für journalistisches Handeln kommt einmal eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der **Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB** in Frage. Das Gesetz sieht zwar eine Anwendung nur im Zusammenhang mit Beleidigungsdelikten vor. In der Literatur wird jedoch teilweise eine analoge Anwendung in Verbindung mit sonstigen Tatbeständen diskutiert.¹⁷ Die h. M. lehnt sie mit dem Hinweis darauf ab, dass der Gesetzgeber eindeutig einen engen Zusammenhang mit §§ 185 ff. StGB hergestellt habe.¹⁸

Ferner kann noch eine **rechtfertigende Wirkung von Grundrechten** – hier der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG oder der Presse- und Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – in Betracht gezogen werden. Dabei sollte aber der Diskussionsstand zu der Frage berücksichtigt werden, ob Grundrechte überhaupt unmittelbar rechtfertigend

wirken können.¹⁹ Die Auffassungen dazu sind mehr oder weniger restriktiv. Teilweise wird die Frage wegen der Unbestimmtheit der Grundrechte verneint.²⁰ Ansonsten wird nur für wenige, hier nicht einschlägige Konstellationen die Möglichkeit einer unmittelbaren grundrechtlichen Rechtfertigung anerkannt.²¹

Sollten Rechtfertigungsgründe nicht zum Zuge kommen, so kann auch der entschuldigende Notstand gem. § 35 StGB A nicht mehr vor Strafe bewahren. Denn diese Vorschrift greift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur für Notstandshandlungen zugunsten hochrangiger individueller Rechtsgüter ein.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf bestätigt die Verurteilung des A durch die Vorinstanz gem. §§ 11 Abs. 1 Nr. 1, 19 Abs. 1 Luftsicherheitsgesetz. Das Gericht lässt viele der hier angesprochenen allgemeinen Rechtsprobleme ungeklärt, weil es nach seiner Ansicht auf sie im Ergebnis nicht ankommt. Das entspricht revisionsgerichtlicher Praxis.

So enthält sich das Gericht einer Stellungnahme zu der Frage, ob abstrakte Gefährdungsdelikte einer teleologischen Reduktion unter dem Gesichtspunkt konkreter Ungefährlichkeit zugänglich sind. Es führt dazu lediglich aus, dass „eine solche atypische Situation“ nicht vorgelegen habe.²²

Bei der Prüfung des rechtfertigenden Notstandes lässt das Gericht den Streit über die Notstandsfähigkeit allgemeiner Rechtsgüter unberücksichtigt. Es erkennt die Sicherheit des Luftverkehrs als „anderes“ Rechtsgut im Sinne von § 34 StGB an.

Auch unterbleibt eine nähere Untersuchung der Notstandslage. Dazu heißt es lediglich: „Die aufgedeckten Sicher-

¹⁵ Vgl. *Günter* (Fn. 8), § 34 Rn. 23.

¹⁶ Vgl. *Lenckner/Perron* (Fn. 9), § 34 Rn. 48.

¹⁷ Vgl. die Darstellung des Meinungsstreits bei *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 193 Rn. 4 m. w. N.

¹⁸ So etwa *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 193 Rn. 1.

¹⁹ Gründlich zu diesem ansonsten wenig erörterten Thema *Kühl* (Fn. 7), § 9 Rn. 112 ff.

²⁰ So *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 36.

²¹ Näher dazu *Kühl* (Fn. 7), § 9 Rn. 114.

²² OLG Düsseldorf NJW 2006, 630.

heitsmängel mögen ... eine gegenwärtige Dauergefahr für die Sicherheit des Lufttransports gewesen sein.“²³

Ferner verzichtet das Gericht darauf, die Erforderlichkeit umfassend zu untersuchen. Das von A gewählte Mittel wird der Art nach als erforderlich akzeptiert. Nicht hingenommen wird aber die **Intensität der Ausführung**. Zur Begründung wird auf die Kontrollpraxis an Flughäfen verwiesen. Sicherheitskontrollen würden nur beim Zutritt zu dem nicht allgemein zugänglichen Bereich des Flughafens durchgeführt. Vor oder im Flugzeug werde nicht noch einmal kontrolliert. Daher habe A den Sicherheitsmangel bereits mit dem Passieren der Sicherheitskontrolle am Eingang aufgedeckt. „An dieser Stelle (zu diesem Zeitpunkt) hätte der Angekl. die Aktion abbrechen können und müssen.“²⁴

Dem steht nach Ansicht des Gerichts nicht entgegen, dass die Durchführung der Flüge mit dem Messer die öffentliche Wirkung der späteren Fernsehsendung möglicherweise erhöht hat. Zur Aufdeckung der Sicherheitsmängel sei dieser Teil der Aktion nicht mehr notwendig gewesen.

Daraus könnte zu folgern sein, dass die rechtfertigende Wirkung von § 34 StGB bereits mit dem Passieren der Sicherheitsschleuse beim ersten Flug ein Ende gefunden hat. Aus Überlegungen des Gerichts zur Strafzumessung ergibt sich jedoch, dass auch noch die gleichen Teilhandlungen bei den anderen Flügen miterfasst sind. A habe nicht lediglich menschliches Versagen im Einzelfall, sondern eine Lücke im System aufzeigen wollen, was nur durch Wiederholungen möglich gewesen sei. Es bleibt aber dabei, dass jeweils das weitere Mitführen des Messers als nicht mehr erforderlich beurteilt wird.

Eine Rechtfertigung nach **§ 193 StGB** verneint das OLG aus zwei Gründen. Die Vorschrift sei auf andere Tatbestände als die Beleidigungsdelikte

nicht entsprechend anwendbar. Auch „ergäbe eine Abwägung der betroffenen Interessen – hier die Sicherheit des Lufttransports, dort die Informationsbeschaffung – ein deutliches Übergewicht zugunsten der die Allgemeinheit besonders betreffenden Luftsicherheit“.²⁵

Auch eine grundrechtliche Rechtfertigung lehnt das Gericht (mit einer zirkulären Argumentation) ab. Eine **Beschaffung von Informationen**, die, wie hier festgestellt, **rechtswidrig** erfolgt sei, werde weder durch die Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG noch durch die Presse- und Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Clou des Falles besteht zweifellos in der Zerlegung einer Dauerstraftat im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung. War die Vollendung der Tat auch gerechtfertigt, so kann gleichwohl deren Fortführung bis zur Beendigung rechtswidrig gewesen sein. Den Anlass für eine derartige Differenzierung gibt das Merkmal der Erforderlichkeit, das sowohl beim Notstand als auch bei der Notwehr zu prüfen ist. Diese Konstellation sollte man sich insbesondere für die klassische Dauerstraftat, die Freiheitsberaubung, merken.

Unangenehme Folgen hat diese Differenzierung für die Fortsetzung der **gutachtlichen Fallprüfung**. Für keine der beiden Teilhandlungen kann bereits im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit ein abschließendes Ergebnis festgestellt werden. Teilhandlung 1 – das Durchschleusen des Messers – muss nach der Feststellung der Erforderlichkeit noch den weiteren Voraussetzungen des § 34 StGB (überwiegendes Interesse, Angemessenheit) genügen, um als gerechtfertigt zu gelten. Für die Teilhandlung 2 – den weiteren Aufenthalt in der Sicherheitszone und

²³ OLG Düsseldorf NJW 2006, 630.

²⁴ OLG Düsseldorf NJW 2006, 630, 631.

²⁵ OLG Düsseldorf NJW 2006, 630, 631.

im Flugzeug – scheidet zwar nach der Ablehnung der Erforderlichkeit eine Rechtfertigung nach § 34 StGB aus; im Anschluss daran sind aber noch sonstige Rechtfertigungsgründe sowie Entschuldigungsgründe zu prüfen. Es ist schwierig, eine solche gespaltene Prüfung übersichtlich zu gestalten.

Als Aufbaualternative kommt in Betracht, dass die Aufteilung bereits zu Beginn durch zwei Prüfungsansätze vorgenommen wird. Dem Vorteil der Übersichtlichkeit steht allerdings der wohl größere Nachteil gegenüber, dass für den Leser an dieser Stelle noch nicht nachvollziehbar ist, warum das Gesamtgeschehen aufgeteilt wird.

Für die Fallbehandlung insgesamt ist ein **Hintergrundproblem** allgemeiner Art von Bedeutung. Es betrifft das moderne Phänomen des **investigativen Journalismus**. Damit sind journalistische Aktivitäten gemeint, die unter Verwendung rechtlich zweifelhafter Praktiken darauf zielen, tatsächliche oder vermeintliche Missstände aufzudecken. Gelegentlich wird von Journalisten geradezu ausgetestet, was die Rechtsordnung dafür an Spielräumen hergibt. Das hat zu Auswüchsen in der Form einer inakzeptablen Skandalisierung geführt. Andererseits hat es aber auch Fälle gegeben, in denen allein offensive journalistische Arbeit eine Aufdeckung von Missständen möglich gemacht hat.

Der Frage nach den rechtlichen Grenzen investigativer journalistischer Tätigkeit²⁶ begegnet man bei der Prüfung des Falles an mehreren Stellen. Die persönliche Einstellung dazu wird sich bemerkbar machen, wenn bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Notstandshandlung Alternativen, wie z. B. die Information der zuständigen Behörde oder eine Publikation über vermutete Sicherheitsmängel, in Betracht gezogen werden. Auch dort, wo zwischen den beteiligten Interessen abzuwägen

ist, also sowohl bei § 34 StGB als auch bei § 193 StGB, sowie bei der Untersuchung der Angemessenheit der Handlung gem. § 34 StGB wird über diese Frage entschieden. Es spricht für die Qualität einer Bearbeitung, wenn das erkannt und offen angesprochen wird.

Auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist daher ein Beitrag zur Bestimmung der rechtlichen Grenzen journalistischer Tätigkeit. Das Gericht bemüht sich erkennbar um eine mittlere Position. Danach dürfen Journalisten investigativ recherchieren; ihnen ist es jedoch verwehrt, zwecks größerer Medienwirkung mehr zu tun, als zum Schutz allgemeiner Interessen unbedingt nötig ist.

5. Kritik

Die Entscheidung ist in sich nicht stimmig. Einerseits wird A vorgehalten, dass er die Aktion nicht nach dem Passieren der Sicherheitsschleuse abgebrochen hat. Andererseits wird ihm attestiert, dass er zum Nachweis systematischer Sicherheitsmängel die Aktion mehrfach und an unterschiedlichen Orten durchführen durfte. Das tat A, indem er vier Flüge an einem Tag absolvierte. Das wäre schwierig zu bewerkstelligen gewesen, wenn er die erste Aktion schon vor Flugantritt abgebrochen hätte.

Wenig überzeugend ist ferner die Annahme des Gerichts, dass die verkürzte Aktion gleichermaßen effektiv gewesen wäre. Das ist nicht mehr als eine Behauptung. Folgendes könnte dem entgegengehalten werden. Die besondere Brisanz erhielt der Fernsehbericht erst dadurch, dass das Publikum die Präsenz des Messers im Flugzeug vorgeführt bekam. Denkbar ist, dass die Sicherheitskräfte allein deswegen reagierten. Lässt sich diese Möglichkeit nicht ausschließen, so müsste – in dubio pro reo – die gesamte Aktion als erforderlich beurteilt werden.

(Dem Text liegen Entwürfe von Susanne Henck und Florian Knauer zugrunde.)

²⁶ Ausführlich dazu Rose, Grenzen der journalistischen Recherche im Strafrecht und im Strafverfahrensrecht, 2001.

1. Sachverhalt¹

Richterin A gerät in den Verdacht, Informationen aus einem Ermittlungsverfahren wegen terroristischer Straftaten an einen befreundeten Journalisten weitergegeben zu haben, der über das Verfahren berichtet hat. Gegen sie wird ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verletzung von Dienstgeheimnissen eingeleitet. Nach etwa fünf Monaten ordnet das Landgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Durchsuchung der Wohnung und des Dienstzimmers der A und die Beschlagnahme ihrer Computer und ihres Mobiltelefons an. Die Maßnahme hat zum Ziel, durch Sicherstellung von gespeicherten Verbindungsdaten den Nachweis zu ermöglichen, dass A im zeitlichen Zusammenhang mit der Veröffentlichung zu dem Journalisten Kontakt gehabt hat. Entsprechende Daten werden aber nicht gefunden. Das Verfahren gegen A wird eingestellt. Sie will nunmehr die Rechtswidrigkeit der Maßnahme feststellen lassen. Das Landgericht lehnt ihren Antrag ab. Daraufhin erhebt sie Verfassungsbeschwerde.

¹ Der im Folgenden wiedergegebene Sachverhalt beschränkt sich auf die Angaben, die zur Erörterung der Fallprobleme notwendig sind.

April 2006

Verbindungsdaten-Fall

Sicherstellung von gespeicherten Telekommunikationsdaten im Herrschaftsbereich des Teilnehmers / verfassungsrechtliche Anforderungen an Durchsuchung und Beschlagnahme zum Zweck der Datensicherstellung / Verhältnismäßigkeit

§§ 94 ff., 102 ff. StPO, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, 10, 13 GG

Leitsätze des Gerichts (Auszug): Die nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Verbindungsdaten werden nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG, sondern durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt. §§ 94 ff. und §§ 102 ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den hierauf gespeicherten Daten. Beim Zugriff auf die bei dem Betroffenen gespeicherten Verbindungsdaten ist auf deren erhöhte Schutzwürdigkeit Rücksicht zu nehmen.

BVerfG, Urteil vom 2. März 2006 – Az 2 BvR 2099/04; veröffentlicht in NJW 2006, 976

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Auf dem Weg zum Hauptproblem muss eine Hürde prozessualer Art genommen werden. Es könnte am **Rechtsschutzbedürfnis** fehlen, weil sich die Sache erledigt hat. Und zwar genau genommen schon dadurch, dass die beanstandete Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung ausgeführt wurde, also nicht mehr aufgehoben werden kann, falls sie sich als rechtswidrig erweist. Nun ist aber genau das – nämlich die sofortige Ausführung, welche die Wahrnehmung eines Rechtsbehelfs ausschließt, – typisch für strafprozessuale Zwangsmaßnahmen.

Ein Rechtsstaat muss auch in diesen Fällen Rechtsschutz gewähren. Also nachträglich.² Das ist jedenfalls für tief greifende Grundrechtseingriffe anerkannt, insbesondere für solche, die grundgesetzlich unter Richtervorbehalt stehen.³ Das prozessual richtige Mittel ist der – hier auch gestellte – Feststellungsantrag, der darauf zielt, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme bestätigt zu erhalten.

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen erfüllt, weil auf jeden Fall das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung betroffen ist, dessen Beeinträchtigung im Wege der Durchsuchung in der Regel eine richterliche Anordnung erfordert (Art. 13 Abs. 2 GG).

Für die weitere Fallbearbeitung, die sich mit der Frage einer etwaigen Rechtswidrigkeit der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung befasst, tritt Art. 13 GG zunächst in den Hintergrund. Denn es gibt eine Möglichkeit, mit Hilfe eines anderen Grundrechts zu einer raschen Lösung zu gelangen, indem die Rechtswidrigkeit mit einer allgemeinen Erwägung begründet wird, die nicht von den jeweiligen Fallumständen abhängt. Gemeint ist das **Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG**. Dieses Grundrecht kann hier tangiert sein, weil die landgerichtliche Anordnung die Erlangung von Kommunikationsdaten bezweckte.

Strafprozessrechtliche Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG sind gesetzlich eng begrenzt, was den **hohen verfassungsrechtlichen Rang** des Grundrechts deutlich macht. Im Hinblick auf die hier relevante Telekommunikation regelt die StPO deren Überwachung und Aufzeichnung (§§ 100 a und b StPO) sowie die Erlangung von Auskünften der Telekommunikationsdiensteanbieter (§§ 100 g und h StPO). Jeweils ist die

² Das Erfordernis eines auch nachträglich zu gewährenden Rechtsschutzes gegen prozessualen Zwang wird aus § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG abgeleitet; vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 327.

³ Vgl. BVerfGE 96, 27, 38 ff.; 104, 220, 233; *Beulke* (Fn. 2), Rn. 327.

Anordnung nur zulässig, wenn sich der Verdacht auf eine der gesetzlich ausdrücklich genannten, erheblichen Straftaten bezieht.⁴ Auch ist der Kreis der Anordnungsbefugten auf Richter und (bei Gefahr im Verzug) Staatsanwälte beschränkt. Eine Anordnung durch Polizeibeamte ist damit ausgeschlossen.

Diese Regelungen erfassen den hier vorliegenden Fall einer Erlangung von Telekommunikationsdaten beim Teilnehmer allerdings nicht unmittelbar. Denn der Kommunikationsvorgang war bereits abgeschlossen; auch wurden keine Daten von einem Diensteanbieter abgefragt. Die in den genannten Vorschriften vorgesehenen Grenzen könnten aber auf unseren Fall zu übertragen sein. Argument: In vergleichbarer Weise ist die Telekommunikation betroffen; also müssen gleichermaßen die aus dem Fernmeldegeheimnis abgeleiteten Grenzen gelten. Folge: Rechtswidrig sind alle Maßnahmen dieser Art sowie darauf zielende Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse, die sich nicht auf den Verdacht einer Katalogtat beziehen. Nicht zu den Katalogtaten gehört die hier in Betracht kommende Verletzung eines Dienstgeheimnisses nach § 353 b Abs. 1 StGB.

Soll diese Gleichsetzung überzeugen, so bedarf sie näherer Begründung. Diese könnte so aussehen:⁵

Art. 10 Abs. 1 GG schützt die Vertraulichkeit der Telekommunikation. Sie ist auch beeinträchtigt, wenn auf gespeicherte Verbindungsdaten zugegriffen werden kann, welche Rückschlüsse auf die Art, die Häufigkeit, die Dauer, die Zeitpunkte und die Beteiligten zulassen. Dementsprechend wird ja auch gesetzlich durch §§ 100 g und h StPO

⁴ Der Katalog dieser Straftaten findet sich in § 100 a Satz 1 StPO. Auf ihn verweist § 100 g Abs. 1 Satz 1 StPO.

⁵ Die hier angeführten Argumente finden sich u. a. in dem am Ende von 2. erwähnten Kammerbeschluss des BVerfG NStZ 2005, 237, sowie in der Stellungnahme des Anwaltsvereins zum vorliegenden Verfahren, veröffentlicht unter www.anwaltsverein.de (Stellungnahme Nr. 45/2005).

der Zugriff auf solche Daten eingeschränkt, die sich im Herrschaftsbereich von Telekommunikationsdiensteanbietern befinden. Es sollte den Strafverfolgungsorganen nicht ermöglicht werden, diese Schranken zu umgehen, indem sie ohne Rücksicht darauf entsprechende Daten im Herrschaftsbereich der Teilnehmer sicherstellen dürfen. Im Übrigen spricht § 88 Abs. 1 TKG für eine Erstreckung des Fernmeldegeheimnisses auf Verbindungsdaten im Teilnehmerbereich. Danach unterliegen dem Fernmeldegeheimnis auch die näheren Umstände der Telekommunikation, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Die Vorschrift enthält keine Einschränkung auf Daten, die sich im Herrschaftsbereich von Telekommunikationsdiensten befinden.

Diesen Argumenten steht als Haupteinwand gegenüber, dass nach gängiger Lesart Art. 10 Abs. 1 GG die Kommunikation selbst schützt, woraus abgeleitet wird, dass mit dem Übertragungsvorgang auch der grundrechtliche Schutz endet.⁶ Damit stimmt zwar nicht überein, dass §§ 100 g und h StPO mit ihren erhöhten Anforderungen eine Erweiterung dieses Schutzes auf gespeicherte Verbindungsdaten bei den Telekommunikationsdiensten vorsehen. Doch lässt sich diese Ausdehnung des Schutzes damit erklären, dass Zugriffe auf diese „geronnene“ Kommunikation gleichermaßen wie diejenigen auf die unmittelbare Kommunikation dem Teilnehmer verborgen bleiben, was nicht für Zugriffe auf Verbindungsdaten in seinem Herrschaftsbereich gilt.⁷

Wird der zuletzt dargestellte Standpunkt eingenommen, so begründet nicht schon das Fehlen einer Katalogtat die Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Außerdem scheidet Art. 10 Abs. 1 GG für die weitere verfassungs-

rechtliche Prüfung aus. Zu untersuchen sind Grundrechtsverletzungen sonstiger Art. Dabei ist an die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und an das verfassungsgerichtlich entwickelte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG)⁸ zu denken. Eine gleichermaßen generelle Lösung wie beim Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses kommt nicht in Betracht. Jeweils wird es – insbesondere im Hinblick auf die Frage der Verhältnismäßigkeit – auf die Umstände des Einzelfalles ankommen.

Zu erwarten war im vorliegenden Fall aber eher eine gegenläufige Entscheidung. Denn in einem Kammerbeschluss in anderer Sache hatte das Bundesverfassungsgericht den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses auch auf die Sicherstellung von Verbindungsdaten beim Beschuldigten erstreckt und dementsprechend die Rechtmäßigkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen von der Einhaltung der Anforderungen der §§ 100 g und h StPO abhängig gemacht.⁹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Überraschend entscheidet sich der Senat in der Grundsatzfrage – Reichweite des Fernmeldegeheimnisses – jedoch anders als die Kammer.¹⁰ §§ 93 a bis c BVerfGG ist zu entnehmen, dass Grundsatzfragen im Zusammenhang mit Verfassungsbeschwerden von den Senaten zu entscheiden sind. Daher ist die Senatsentscheidung als verbindlich zu betrachten.

Die Verfassungsbeschwerde der A hat gleichwohl Erfolg. Der Senat gibt ihr

⁶ Vgl. z. B. *Gusy* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 10 Rn. 24; *Bär*, MMR 2005, 523 f.

⁷ So z. B. *Hauschild* NStZ 2005, 539 f.; *Bär*, MMR 2005, 523 f.

⁸ BverfGE 65, 1 ff. (Volkszählungsurteil); vgl. dazu *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl. 2005, Rn. 294 ff.

⁹ BVerfG NStZ 2005, 337.

¹⁰ Wer mit dem Aufbau des Bundesverfassungsgerichts nach Senaten und Kammern nicht vertraut ist, kann sich Grundinformationen über die Internetseite des Gerichts (www.bundesverfassungsgericht.de) verschaffen.

mit der Begründung statt, dass die landgerichtliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung unverhältnismäßig gewesen sei.

Die Entscheidungsbegründung folgt einer Drei-Schritte-Struktur: Ja – aber – aber.

Ja: Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG erstreckt sich über den Kommunikationsvorgang hinaus auch auf datenmäßig fixierte Umstände der Kommunikation. Aber: Der Schutz besteht nicht für Daten, die vom Teilnehmer beherrschbar sind. Aber: Solche im Herrschaftsbereich des Teilnehmers befindliche Daten werden grundrechtlich nicht allein durch das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG), sondern zusätzlich durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt, dem hier erhebliches Gewicht zukommt, weil es insoweit eine „Ergänzungsfunktion zu Art. 10 GG“¹¹ hat.

Auf dieser Grundlage wird den gesetzlichen Regelungen der StPO über die Durchsuchung und die Beschlagnahme attestiert, dass sie auch im Hinblick auf die Sicherstellung von Telekommunikationsdaten beim Teilnehmer verfassungsrechtlich unbedenklich seien, weil sich insoweit keine erhöhten Anforderungen aus Art. 10 Abs. 1 GG ergäben.

Bei der Überprüfung der konkreten Maßnahme am Maßstab des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung wird ein Verstoß gegen die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips festgestellt: Dem geringgewichtigen Verdacht einer nicht sonderlich schweren Straftat habe ein schwerwiegender Eingriff gegenübergestanden, der zudem angesichts des verstrichenen Zeitraums von fünf Monaten nur wenig aussichtsreich gewesen sei.

Für die Entscheidung des Grundsatzproblems ist die **unterschiedliche**

¹¹ BVerfG NJW 2006, 976, 979.

Behandlung der Verbindungsdaten je nach dem Ort der Speicherung

von zentraler Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht sieht sich hier genötigt, das Argument, mit dem es Daten im Herrschaftsbereich des Teilnehmers dem Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG entzieht, gegen Einwände abzusichern. Es ist nämlich sehr zweifelhaft, ob es tatsächlich in der Hand des Teilnehmers liegt, die bei ihm befindlichen Daten vor dem Zugriff Dritter, z. B. durch Löschung, zu sichern. Die Sachverständigenanhörung vor dem Bundesverfassungsgericht hat ergeben, dass ein zuverlässiger Schutz für den durchschnittlichen Teilnehmer technisch kaum zu bewerkstelligen ist. Die bloße Betätigung der Lösch Taste genügt jedenfalls nicht.

Diesem Einwand begegnet das Gericht – wenig überzeugend – mit einem Brachial-Argument: Jedenfalls die „physische Zerstörung des Datenträgers“¹² sei möglich. Ferner führt es einen Vergleich an, der das Problem der Beherrschbarkeit aber ungelöst lässt. Maßgeblich sei eine Vergleichbarkeit mit den sonst in der Privatsphäre des Nutzers gespeicherten Daten, etwa dem selbst angelegten Rufnummernverzeichnis in einem Telefongerät oder den auf einer Computerfestplatte abgelegten Informationen. Wie für diese so seien auch für die gespeicherten Verbindungsdaten die „spezifischen Risiken eines der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Teilnehmers entzogenen Übertragungsvorgangs“¹³ nicht mehr gegeben.

Erwähnenswert ist schließlich noch die **kriminalpolitische Argumentation** in der Entscheidung, die den Ausschlag dafür gegeben haben dürfte, dass der Senat anders als die Kammer entschieden hat. Der Senat hat sich überzeugen lassen von „in der Ermittlungspraxis erfahrenen Auskunftspersonen“¹⁴, die davor gewarnt haben, die

¹² BVerfG NJW 2006, 976, 979.

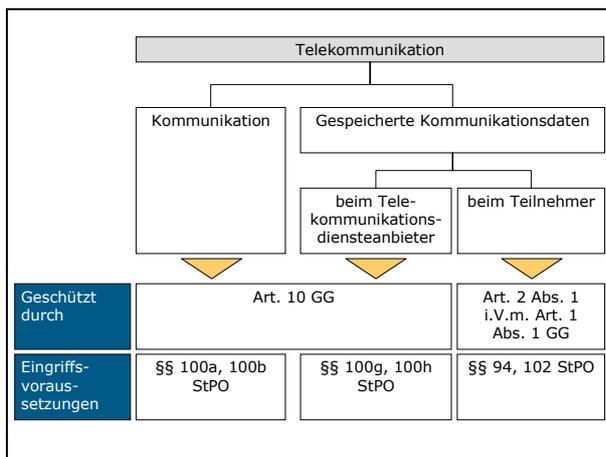
¹³ BVerfG NJW 2006, 976, 979.

¹⁴ BVerfG NJW 2006, 976, 981.

Sicherstellung von Verbindungsdaten bei Teilnehmern auf Fälle des Verdachts erheblicher Straftaten zu begrenzen. Ein Zugriff müsse auch unabhängig vom Straftatenkatalog in § 100 a Abs. 1 Satz 1 StPO möglich sein, etwa in Fällen der Pornografie oder der Wirtschaftskriminalität. Nur so sei ein „Schritthalten der Strafverfolgungsbehörden mit dem technischen Fortschritt“¹⁵ zu gewährleisten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall verbindet Verfassungsrecht und Strafprozessrecht. Dementsprechend sollte auch eine systematische Erfassung des Hauptproblems die beiden Rechtsgebiete zusammenführen. Wir versuchen es mit der folgenden Übersicht, welche bereits das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung verarbeitet.



Die Rechtsprobleme des Falles können im Prüfungszusammenhang als verfassungsrechtliche oder als strafprozessrechtliche Aufgabenstellung auftreten. Wir wollen uns hier etwas näher mit den Anforderungen an eine strafprozessrechtliche Bearbeitung befassen.

Zu erwarten ist, dass die Aufgabe eine Beurteilung der Rechtslage schon in einem früheren Verfahrensstadium verlangt, etwa durch die Aufforderung, die Rechtmäßigkeit der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung oder die

Möglichkeiten und Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen die Anordnung (vor oder nach der Ausführung der Maßnahme) zu prüfen.

Das ändert allerdings nichts an der Relevanz des Verfassungsrechts, das schon bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs, etwa bei der Untersuchung des Rechtsschutzinteresses,¹⁶ auf jeden Fall aber bei der Prüfung der Begründetheit zu berücksichtigen ist.

Für eine erfolgreiche Bearbeitung sind Grundkenntnisse über das **System der Rechtsbehelfe** gegenüber strafprozessrechtlichen Zwangseingriffen im Ermittlungsverfahren nötig.¹⁷ Liegt eine noch nicht erledigte richterliche Anordnung vor und will sich der Betroffene gegen ihren Erlass wehren,¹⁸ so sollte er Beschwerde gem. § 304 StPO einlegen. Bei Anordnungen durch die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen kann gem. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden, die dann wiederum mit der Beschwerde angefochten werden kann. Gleiches gilt nach Erledigung der Maßnahme; allerdings bedarf es im Hinblick auf § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO der Analogie.

Häufig wird auch die Frage auftreten, welche Folgen die festgestellte Rechtswidrigkeit des Eingriffs für die Verwertung der erlangten Beweise hat. Ob ein **Beweisverwendungsverbot** eingreift, muss gesondert geprüft werden.¹⁹ Soweit die Verwertung nicht ausdrücklich gesetzlich verboten ist, hängt die Verwertbarkeit nach h. M. von einer Einzelfallprüfung ab, in der abzuwägen ist zwischen dem Interesse

¹⁶ Siehe oben 2.

¹⁷ Vgl. zum Folgenden die Darstellung mit Übersicht bei *Beulke* (Fn. 2), Rn. 321 ff.

¹⁸ Daneben sind Rechtsbehelfe möglich, die sich gegen die Art und Weise der Durchführung wenden; vgl. auch dazu *Beulke* (Fn. 2), Rn. 321 ff.

¹⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden *Volk*, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 28, sowie die folgenden FAMOS-Fälle: Brechmittel-Fall (April 2002), Folter-Fall (September 2003) und Selbstgesprächs-Fall (Oktober 2005).

¹⁵ BVerG NJW 2006, 976, 981.

an der Wahrheitsfindung und an einer effektiven Strafverfolgung einerseits und der (auch verfassungsrechtlichen!) Bedeutung des verletzten Interesses. Ein Verwertungsverbot wird in der Regel bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verstößen gegen Verfahrensvorschriften angenommen, die dem Schutz der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten dienen.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, dass schwer vorherzusagen ist, wie die Sicherstellung von Verbindungsdaten bei Telekommunikationsteilnehmern von den Gerichten beurteilt wird. Da die Einschränkungen der §§ 100 g und h StPO nicht zum Zuge kommen, hängt alles von der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall ab.

5. Kritik

Die unmittelbar am Verfahren Beteiligten und von ihm Betroffenen werden mit dessen Ausgang zufrieden gewesen sein. Die Beschwerdeführerin hat im Ergebnis Recht bekommen. Die staatlichen Strafverfolgungsorgane sind von den Fesseln befreit worden, die ihnen die vorangegangenen Kammerentscheidung angelegt hatte.

Ob auch von einem allgemeinen Rechtsstandpunkt aus Zufriedenheit angebracht ist, erscheint uns zweifelhaft. Auf den Gesichtspunkt mangelnder Vorhersehbarkeit künftiger Gerichtsentscheidungen haben wir bereits hingewiesen. Hinzu kommt, dass das Kernargument – Beherrschbarkeit der Daten für den Teilnehmer – realitätsfremd ist, weil der durchschnittliche Teilnehmer nicht den technischen Sachverstand besitzt, um die Herrschaft über die gespeicherten Daten tatsächlich uneingeschränkt ausüben zu können.

Ein Schlusswort zur Hypertrophie bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungsbegründungen. Wie die Bürger dieses Landes, so werden auch die Entscheidungen seines höchsten Ge-

richts immer dicker. Die vorliegende Entscheidung mit einem Umfang von mehr als 80.000 Zeichen treibt eine Entwicklung weiter voran, die auf die Dimension einer Monografie mittleren Umfangs zusteuert. Da die Fähigkeit, sich kurz und prägnant auszudrücken, offenbar nicht zu den Kriterien der Personalauswahl gehört und das Bundesverfassungsgericht über kein Lektorat verfügt, muss der Verbraucher sich selbst schützen. Zwei Ratschläge dazu von unserer Seite. Es empfiehlt sich, zunächst, wenn vorhanden, die Pressemitteilung des Gerichts über die Entscheidung zu lesen. Sie gibt zumeist in prägnanter Kürze den wesentlichen Inhalt wieder. Auch kann man bei der Lektüre der Entscheidung häufig die berichtenden Passagen, die vielfach die Hälfte des Gesamtumfangs ausmachen, überspringen, ohne dass sich Verständnisprobleme ergeben.

(Dem Text liegen Entwürfe von Christopher Jones und Julia Schubert zugrunde. Die Grafik hat Nicola Pridik angefertigt.)

1. Sachverhalt¹

Nach einem Bundesligaspiel verprügelt Fußballfan A gemeinsam mit anderen einen Anhänger der gegnerischen Mannschaft. Unmittelbar darauf nimmt ihn der Polizeibeamte B fest. A wird wegen gefährlicher Körperverletzung angeklagt. In der Hauptverhandlung behauptet er, dass die Festnahme eine „Willküraktion“ des B gewesen sei. Dieser habe ihn wider besseres Wissen festgenommen, um ihn zu Unrecht einer Straftat zu bezichtigen. Auch legt A ein Foto vom Tatgeschehen vor. Es soll beweisen, dass B ihn nicht erkennen konnte, weil die Sichtverhältnisse ungünstig waren. Das Foto enthält einen handschriftlichen Zusatz des A, der ihn entlasten soll. Darin wird eine schwer erkennbare Person fälschlicherweise als „meine Person“ gekennzeichnet. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft warnt A: Er laste B wider besseres Wissen eine Verfolgung Unschuldiger an und mache sich dadurch wegen falscher Verdächtigung strafbar. A bleibt jedoch bei seiner Behauptung. Er wird wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Das Urteil wird rechtskräftig. Nunmehr erhebt die

Mai 2006

Foto-Fall

Falsche Verdächtigung / Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten / Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Strafverfahrens / Verfolgung Unschuldiger

§§ 164 Abs. 1, 344 Abs. 1 Satz 1 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Ein wahrheitswidrig leugnender Beschuldigter macht sich nicht wegen falscher Verdächtigung strafbar, wenn er in einer Lage, in der nur er oder ein anderer als Täter einer Straftat in Betracht kommt, den anderen ausdrücklich der Tat bezichtigt. Eine Strafbarkeit ist jedoch dann gegeben, wenn er darüber hinaus auf die Beweislage zum Nachteil des anderen einwirkt.

2. Ist es nach der Einlassung eines Beschuldigten offenkundig ausgeschlossen, dass die darin enthaltene Verdächtigung eines anderen zu einem Strafverfahren führt, so scheidet eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung aus. Eine solche Offenkundigkeit liegt nicht vor, wenn die Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens von der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten oder der Glaubhaftigkeit seiner Aussage abhängt, denn deren Beurteilung ist nicht jedem möglich, sondern nur demjenigen, der den Beschuldigten mit seiner Einlassung erlebt hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 11. Januar 2006 – Az 2 Ws 319/05, teilweise veröffentlicht in RÜ 2006, 249, vollständig abrufbar unter www.burhoff.de.

Staatsanwaltschaft Anklage wegen falscher Verdächtigung gegen ihn.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das angerufene Gericht muss darüber entscheiden, ob das Hauptverfahren eröffnet werden soll, was vom Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts abhängt (§§ 199, 203 StPO). Die Tatsachen sind hinreichend geklärt. Näher zu prüfen ist allein die **Rechtsfrage**, ob

¹ Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

die Behauptung des A und deren Absicherung durch das Foto die Voraussetzungen einer falschen Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB erfüllen.

Eine Prüfung, die sich ausschließlich an den **Wortlaut der Vorschrift** hält, lässt nicht erkennen, dass die Strafbarkeit zweifelhaft sein könnte. Objektiv hat A gegen einen anderen, nämlich B, bei einer Behörde, wozu nach § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB auch ein Gericht zählt, den Verdacht begründet, dieser habe eine rechtswidrige Tat nach § 344 Abs. 1 Satz 1 StGB begangen, indem er als zuständiger Amtsträger wissentlich eine Strafverfolgungsmaßnahme gegen einen Unschuldigen ergriffen habe. Auch in subjektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen gegeben. Im Hinblick auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes handelte A vorsätzlich. Für die zusätzlich erforderliche Absicht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen, genügt nach ganz überwiegender Meinung der direkte Vorsatz, also das bewusste Handeln im Wissen darum, dass die Verdächtigung ein Verfahren nach sich ziehen kann.² Dieses Wissen wird man bei A annehmen können. Dass er hauptsächlich bezweckte, sich vor Strafe zu schützen, ist demnach kein Grund, eine Absicht im Sinne von § 164 Abs. 1 StGB zu verneinen.³

Den Wegweiser zu den Problemen liefert die **prozessuale Einrahmung der Tathandlung**. A agierte als Angeklagter in einer Hauptverhandlung. Die Rolle ist mit einer Rechtsstellung verbunden, die den Betroffenen davor bewahrt, der staatlichen Strafgewalt ungeschützt ausgeliefert zu sein. Das Prozessrecht erkennt ihn als Verfahrenssubjekt an, das sich umfassend gegen den Strafvorwurf zur Wehr setzen kann

² Vgl. BGHSt 13, 219, 222; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2005, Rn. 13.

³ Zu einem anderen Ergebnis gelangt man auf der Grundlage der Mindermeinung von Vormbaum in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 164 Rn. 64; danach ist unter „Absicht“ in § 164 Abs. 1 StGB der „zielgerichtete Wille“ zur Herbeiführung eines Verfahrens zu verstehen.

und von jeglicher Verpflichtung befreit ist, zur Förderung des Verfahrens und zur eigenen Überführung beizutragen.⁴ Das kommt in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck, die dem Beschuldigten ein Schweigerecht garantieren und den Strafverfolgungsorganen entsprechende Belehrungspflichten auferlegen,⁵ sowie in dem Nemo-tenetur-Grundsatz, der verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG abgesichert ist⁶.

Daraus wird abgeleitet, dass der Beschuldigte⁷, wenn er aussagt, nicht zur Wahrheit verpflichtet ist. Grundsätzlich dürfe er straflos lügen. Ihn schütze sein „**Selbstbegünstigungsprivileg**“⁸. Eine Grenze soll sich aus den Vorschriften des materiellen Strafrechts ergeben. Der Beschuldigte dürfe nicht gegen §§ 145 d, 164, 185 StGB und andere Tatbestände verstoßen.⁹

Damit, so scheint es, entsteht ein gedanklicher Zirkel. Nachdem wir uns, ausgehend vom Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB, dem Prozessrecht zugewendet haben, werden wir auf den Tatbestand zurückverwiesen. Diesen Zirkel lösen Rechtsprechung und Literatur

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, § 7 Rn. 432–441.

⁵ Z. B. §§ 136, 163 a, 243 Abs. 4 StPO.

⁶ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 125.

⁷ Wir ändern nunmehr die Begrifflichkeit. Bisher haben wir vom Angeklagten A gesprochen. In dieser Rolle befand er sich, nachdem er zuvor Beschuldigter (im Ermittlungsverfahren) und dann Angeschuldigter (im Zwischenverfahren) gewesen war; vgl. § 157 StPO. Der Begriff des Beschuldigten dient zugleich als Oberbegriff; das ergibt sich ebenfalls aus § 157 StPO. Die folgenden Ausführungen gelten für sämtliche Verfahrensrollen desjenigen, der von einem Strafverfahren betroffen ist. Daher verwenden wir den Begriff des Beschuldigten in seiner Funktion als Oberbegriff, der den Begriff des Angeklagten einschließt. Vgl. zu diesen Begriffsfragen Beulke (Fn. 6), Rn. 110.

⁸ Beulke (Fn. 6), Rn. 125.

⁹ Vgl. Beulke (Fn. 6), Rn. 125; Hellmann (Fn. 4), § 7 Rn. 449.

durch **Differenzierung** auf. Sie unterscheiden Fälle einer unwahren Einlassung des Beschuldigten danach, wie stark die Rechte anderer und das Rechtsgut der staatlichen Strafrechtspflege tangiert sind. Daraus wird abgeleitet, wo die Grenzlinie zwischen dem Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten und seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit verläuft.

Als **Anknüpfungspunkt** für die Problemerkörterung dient, soweit eine Strafbarkeit nach § 164 Abs. 1 StGB in Betracht kommt, das objektive Tatbestandsmerkmal des Verdächtigen. Die gängige Definition lautet: **Verdächtigen** ist das Hervorrufen eines Verdachts oder das Verstärken eines bestehenden Verdachts gegen einen anderen durch eine falsche Tatsachenbehauptung oder die Herbeiführung einer verdächtigenden Beweislage.¹⁰ Davon werden Fälle wie der vorliegende ohne weiteres erfasst. Unter Hinweis auf das strafprozessuale Selbstbegünstigungsprivileg wird nunmehr schrittweise eine Einschränkung vorgenommen. Dabei wird vom straflosen zum strafbaren Bereich vorangeschritten.¹¹

Als **Standardbeispiel** wird zumeist die Verdächtigung eines Belastungszeugen durch den Beschuldigten, falsch ausgesagt zu haben, verwendet. Wir übernehmen zunächst dieses Beispiel. Für den hier vorliegenden Fall der Verdächtigung eines Polizeibeamten, einen Unschuldigen verfolgt zu haben, gilt grundsätzlich nichts anderes.

Nach allgemeiner Ansicht macht sich der Beschuldigte nicht wegen falscher Verdächtigung strafbar, wenn sein unwahres Bestreiten der Tat konkludent die Behauptung enthält, der Belastungszeuge habe falsch ausge-

sagt.¹² Das gilt als geradezu selbstverständlich angesichts des Rechts des Beschuldigten, sich verteidigen zu dürfen, ohne einer Wahrheitspflicht zu unterliegen. Zusätzlich wird noch auf die Tendenz dieser Einlassung abgestellt: Sie richte sich gegen den Anklagevorwurf, nicht gegen den Zeugen.¹³

Ferner wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Beschuldigte auch dann straflos bleibe, wenn er über das bloße Leugnen hinausgehe und den Zeugen ausdrücklich einer Falschaussage bezichtige.¹⁴ Bemüht wird dafür die Logik. Der Beschuldigte spreche nur die logische Konsequenz des bloßen Bestreitens gegenüber einer belastenden Zeugenaussage aus. Was er konkludent äußern dürfe, müsse er auch ausdrücklich sagen dürfen.¹⁵

Die Grenze zur Strafbarkeit soll aber dann überschritten sein, wenn der Beschuldigte den Verdacht durch zusätzliche Tatsachenbehauptungen verstärkt oder die Beweislage sonst zum Nachteil des Zeugen verändert.¹⁶ Dazu soll auch das Stellen einer Strafanzeige zählen. Dem Beschuldigten wird angelastet, dass er sich nicht nur selbst schütze, sondern auch Individualinteressen des Verdächtigten und die staatliche Strafrechtspflege angreife.¹⁷

Diesem gedanklichen Schema entspricht ein begriffliches. Unterschieden wird zwischen dem **straflosen**

¹² Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 164 Rn. 4.

¹³ *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 26.

¹⁴ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 12), § 164 Rn. 4; *Küper* (Fn. 10), S. 332 f.

¹⁵ Mit der Straflosigkeit des modifizierten Leugnens sind nicht alle einverstanden. Dagegen wird vorgebracht, dass der positive Vorwurf der Falschaussage ein für die Verteidigung unnötiges und deshalb unzulässiges „Mehr“ an Rechtsgutsverletzung sei; vgl. z. B. *Ruß* in LK, 11. Aufl., § 164 Rn. 6.

¹⁶ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 12), § 164 Rn. 4; *Küper* (Fn. 10), S. 333.

¹⁷ Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass umstritten ist, ob § 164 StGB die Rechtspflege und / oder den Verdächtigten schützt; vgl. *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 1–3. Auf die hier zu erörternden Probleme wirkt sich der Streit nicht aus.

¹⁰ Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 331; *Rengier*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 50 Rn. 6 f.

¹¹ Vgl. zum Folgenden die Darstellungen bei *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 16–20; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 29. Aufl. 2005, Rn. 696 f.

schlichten Leugnen (konkludente Verdächtigung), dem auch noch **straflosen „modifizierten Leugnen“**¹⁸ (ausdrückliche Verdächtigung) und dem **strafbaren „qualifizierten Leugnen“**¹⁹ (verstärkende ausdrückliche Verdächtigung).

In unserem Fall scheint recht eindeutig bereits ein qualifiziertes Leugnen vorzuliegen, weil A durch die Vorlage des Fotos mit dem handschriftlichen Zusatz auf die Beweislage eingewirkt hat. Man könnte ihm allenfalls zugute halten, dass er das Foto selbst nicht manipuliert hat, sondern nur zur Absicherung seiner Verteidigungsposition bemüht war, das Gericht zu einer für ihn günstigen Verwertung des Fotos zu veranlassen.

Wird gleichwohl ein Verdächtigen gem. § 164 Abs. 1 StGB angenommen, so ist noch eine weitere Möglichkeit in Betracht zu ziehen, zu einer Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit zu gelangen. Auch sie erschließt sich nur, wenn man nicht an den Buchstaben des Gesetzes kleben bleibt.

Ein Vergleich mit Abs. 2 der Vorschrift liefert den Anlass für eine Erweiterung des Gesetzes um ein ungeschriebenes Merkmal. Die Strafbarkeit des Aufstellens tatsächlicher Behauptungen wird dort davon abhängig gemacht, dass diese geeignet sind, ein behördliches Verfahren oder behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen. Für eine **Einbeziehung dieses Eignungsmerkmals in Abs. 1** spricht, dass eine Verdächtigung, die ungeeignet ist, Strafverfolgungsorgane tätig werden zu lassen, die von der Vorschrift geschützten Rechtsgüter²⁰ – die staatliche Strafrechtspflege und das Individualinteresse des Verdächtigten – nicht berührt.²¹

Damit reiht sich § 164 Abs. 1 StGB ein in die Gruppe der Eignungsdelikte,

die zwischen den abstrakten und den konkreten Gefährdungsdelikten stehen und daher zu den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten gezählt werden.²² Daraus ergeben sich die folgenden Konsequenzen. Eine Verdächtigung muss nicht unbedingt Strafverfolgungsmaßnahmen ausgelöst oder auch nur die konkrete Gefahr begründet haben, dass es dazu kommt. Das zeigt schon der Gesetzeswortlaut, der solche Anforderungen nicht enthält. Nötig ist jedoch, dass die Verdächtigung genügend Substanz für ein Tätigwerden der Strafverfolgungsorgane enthält. Fehlt es daran, so ist der Tatbestand nicht erfüllt.

Wonach bemisst sich dieser Schwellenwert der Eignung? Darauf gibt wiederum das Prozessrecht die Antwort.²³ Damit es zur Einleitung eines Strafverfahrens kommt, muss zumindest ein **Anfangsverdacht** vorliegen. Dieser erfordert Tatsachen, die es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde.²⁴ Ob diese Anforderungen erfüllt sind, wenn ein Angeklagter in der ihn bedrängenden Situation einer Hauptverhandlung den Belastungszeugen seinerseits zu belasten versucht, indem er wenig aussagekräftiges Beweismaterial vorlegt und zu seinen Gunsten interpretiert, lässt sich bezweifeln. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wird ein Staatsanwalt oder ein Polizeibeamter das Verhalten des Angeklagten wohl kaum zum Anlass nehmen, ein Verfahren gegen den Zeugen einzuleiten.

So hat es im vorliegenden Fall auch das Landgericht gesehen, das über die Zulassung der Anklage zu entscheiden hatte. Es hat zudem gemeint, dass A die Grenze zum qualifizierten Leugnen nicht überschritten habe. Gegen die

¹⁸ Rengier (Fn. 10), § 50 Rn. 19.

¹⁹ Küper (Fn. 10), S. 333.

²⁰ Vgl. dazu Fn. 17.

²¹ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 12), § 164 Rn. 4; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 164 Rn. 5.

²² Vgl. zu den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten Schmidt, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2005, Rn. 108; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 12, sowie FAMOS Februar 2001 (Auschwitzlüge-Fall).

²³ Vgl. Lenckner (Fn. 19), § 164 Rn. 5.

²⁴ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. 2005, § 152 Rn. 4.

Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens hat die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingelegt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Hamm gibt der sofortigen Beschwerde statt. Es lässt die Anklage gegen A zu und eröffnet das Hauptverfahren vor dem Landgericht.

In Übereinstimmung mit der h. M. orientiert sich das Gericht an der Unterscheidung zwischen dem modifizierten und qualifizierten Leugnen. Eine Strafbarkeit soll dann gegeben sein, wenn der Beschuldigte „für seine positive Behauptung zusätzliche Tatsachen liefert, Beweismittel vorlegt, auf die Beweisaufnahme so einwirkt, dass der Verdacht zum Nachteil der anderen Person verstärkt wird, oder gar eine förmliche Strafanzeige erstattet“²⁵. Als eine nicht mehr vom Verteidigungsrecht gedeckte Einwirkung auf die Beweisaufnahme bewertet das Gericht die Vorlage des Fotos mit dem handschriftlichen Zusatz. Eine nähere Würdigung dieses Umstandes enthält der Beschluss nicht.

Das Gericht hält auch eine Einschränkung des Tatbestandes durch das Merkmal der Eignung für geboten. Für die Konkretisierung des Merkmals wählt es aber eine negative Fassung. An der Eignung soll es fehlen, „wenn nach der Einlassung des Täters offenkundig ausgeschlossen ist, dass die Verdächtigung zu einem Verfahren führt“²⁶. Eine solche Offenkundigkeit verneint es für Fälle, in denen es „um die Glaubwürdigkeit einer Person oder die Glaubhaftigkeit der Aussage geht“²⁷. Begründung: „Denn die Beurteilung dieser Frage ist nicht jedem möglich, sondern nur demjenigen, der den Angeklagten mit seiner Einlassung erlebt hat.“²⁸ Bei dieser allgemein gehaltenen Argumentation bleibt es. Weitergehende, den

Fall betreffende Ausführungen finden sich dazu nicht.

Schließlich bejaht das Gericht auch die Absicht der Herbeiführung eines Verfahrens, indem es mit der h. M. den direkten Vorsatz ausreichen lässt und dessen Vorliegen annimmt. A habe in dem Bewusstsein gehandelt, dass ein Strafverfahren gegen B „notwendige Folge seiner Einlassung“²⁹ sein werde.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Eine **Prüfung des Tatbestandes von § 164 Abs. 1 StGB**, welche die hier erörterten Probleme einbezieht, könnte folgendermaßen aussehen:

1. Objektiver Tatbestand

- a) **Tatobjekt:** ein anderer (lebender) Mensch
- b) **Tathandlung**
 - Verdächtigen
 - einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht
 - Falschheit der Verdächtigung
 - Grenze: Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten
- c) **Handlungsadressat:** Behörde oder ein zur Entgegennahme von Anzeigen zuständiger Amtsträger oder militärischer Vorgesetzter oder die Öffentlichkeit
- d) **Eignung** der falschen Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens oder einer anderen behördlichen Maßnahme

2. Subjektiver Tatbestand

- a) **Vorsatz** bezüglich des objektiven Tatbestandes
- b) **Absicht**, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen

Im Zusammenhang mit der Selbstbegünstigungsproblematik sollte man sich noch eine weitere Fallkonstellation merken. Das Privileg des Beschuldigten wirkt auf die Anwendung von § 164 StGB nicht nur in Fällen ein, in denen ein Straftäter, gegen den bereits ein Verfahren läuft, zur Abwehr des gegen ihn erhobenen Vorwurfs einen anderen Verfahrensbeteiligten einer Straftat mit Verfahrensbezug bezichtigt. Es kommt in gleicher Weise zum Zuge, wenn der Täter zur Vermeidung der Entstehung eines Verdachts gegen ihn selbst einen anderen in den Verdacht bringt, Täter derselben Tat zu sein. Beispiel: Nach einem auf strafbare Weise herbeige-

²⁵ OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

²⁶ OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

²⁷ OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

²⁸ OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

²⁹ OLG Hamm 2 Ws 319/05, www.burhoff.de.

fürten Unfall leugnet der Fahrer, das Fahrzeug geführt zu haben, und bringt dadurch den Beifahrer in den Verdacht, gefahren zu sein.³⁰

In praktischer Hinsicht ist kaum vorstellbar, dass sich die Entscheidung des OLG Hamm durchsetzt. Verdachtsäußerungen des Beschuldigten gegen polizeiliche und andere Zeugen sowie Versuche, auf die gerichtliche Beweiswürdigung in verschiedenster Form zum Nachteil dieser Zeugen einzuwirken, gehören zum Alltag in deutschen Gerichtssälen. Würde stets nach den Leitlinien des OLG Hamm ein Strafverfahren wegen falscher Verdächtigung eingeleitet werden, so würden sich nicht mehr zu besteigende Aktenberge auftürmen. Tatgerichte und Staatsanwaltschaften sind gegenwärtig vernünftig genug, davon Abstand zu nehmen und allenfalls in Fällen ernstzunehmender Tatsachenbehauptungen und wirklicher Beweismanipulation die Strafverfolgung in Gang zu setzen.

Die materiellrechtliche Problemlage bietet zwei Möglichkeiten, diese Vernunft zur Geltung kommen zu lassen.

Zum einen kann als ein noch hinnehmbares modifiziertes Leugnen angesehen werden, wenn der Beschuldigte es bei Formen der Einwirkung auf die Beweislage belässt, die mit keinem objektiven Beweiswert verbunden sind, wie hier die Vorlage eines Fotos, das den Beweiswert, den A ihm beilegt, erkennbar nicht hat. Man bedenke, dass ein Beschuldigter oft gar nicht umhin kann, sich zur Beweislage zu erklären, wenn seine Verteidigungsposition schlüssig bleiben soll.³¹

Zum anderen kann das ungeschriebene Merkmal der Eignung der Verdächtigung zur Herbeiführung eines Verfahrens genutzt werden, um eine Strafbarkeit zu verneinen.³² Wer mit „kriminalistischer Erfahrung“ über das

Vorliegen eines Anfangsverdachts entscheidet,³³ berücksichtigt die Verfahrenssituation des Beschuldigten. Sieht man von Fällen der Verstärkung der Verdächtigung durch plausible Tatsachenbehauptungen und durch die Einführung von Beweisen mit objektivem Beweiswert ab, so wird der erfahrene Kriminalist keinen Anlass zur Verfahrenseinleitung sehen.

5. Kritik

Aus den eben genannten Gründen hat aus unserer Sicht nicht das OLG Hamm, sondern die Vorinstanz richtig entschieden.

Wir wollen einen Einwand hinzufügen, der bisher noch nicht zur Sprache gekommen ist. Das OLG Hamm wendet bei der Prüfung der Eignung mit folgender Begründung einen objektiven, von der konkreten Verfahrenssituation abstrahierenden Maßstab an und grenzt damit bestimmte Gegenstände aus. Wenn es um die Glaubwürdigkeit einer Person und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage gehe, sei eine Beurteilung nur den unmittelbar am Verfahren Beteiligten möglich; sie müsse aber jedem möglich sein. Das verkennt die Struktur von § 164 Abs. 1 StGB, in die das Merkmal der Eignung eingefügt werden muss. Die Vorschrift spricht von einer Verdächtigung „bei einer Behörde ...“. Dementsprechend muss es der Horizont dieses Adressaten sein, der über die Eignung entscheidet. Für unseren Fall heißt das: Maßgeblich ist gerade die Perspektive der unmittelbar an der Hauptverhandlung beteiligten Richter und Staatsanwälte und nicht etwa die Sicht irgendeines Strafverfolgungsorgans, das auf Grund einer Anzeige tätig wird.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Kathleen Wolter zugrunde.)

³⁰ Vgl. zu einem solchen Fall *Rengier* (Fn. 10), § 50 Rn. 18 f. (zu Fall 2 a und b).

³¹ Vgl. die Ausführungen zur Verfahrenssituation bei *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 15, 27.

³² Vgl. auch dazu *Vormbaum* (Fn. 3), § 164 Rn. 15, 27.

³³ Vgl. o. 2. am Ende.

1. Sachverhalt

A ist mit der Pflege ihres Säuglings beschäftigt, als die vierjährige B, die aus einer anderen Beziehung des Lebenspartners der A stammt, in der Küche einen Becher mit Schokoladenpudding aus dem Kühlschrank nimmt. B will die Speise versüßen, rührt aber statt Zucker irrtümlich 32 Gramm Kochsalz hinein. Beim Probieren bemerkt sie, dass der Pudding ungenießbar ist, und lässt ihn stehen. A kommt hinzu. Sie zwingt unter Drohungen das sich heftig sträubende Kind, den widerlich schmeckenden Pudding vollständig aufzuessen, um es zu bestrafen. Der Verzehr der Kochsalzmenge ist mit Todesgefahr für B verbunden, weil in der Regel die Aufnahme von 0,5 bis 1 Gramm Kochsalz pro Kilogramm Körpergewicht zum Tode führt und B nur 15 Kilogramm wiegt. A weiß nicht genau, wie viel Salz sich im Pudding befindet. Auch ist ihr nicht bekannt, dass bereits geringe Mengen an Kochsalz für kleine Kinder tödlich sein können. B klagt bald darauf über Übelkeit, erbricht und zeigt schließlich kaum mehr Reaktionen. A bringt sie ins Krankenhaus. Die dort eingeleitete Notfallbehandlung kann aber nicht mehr verhindern, dass B stirbt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Tod des Kindes könnte zum Anlass genommen werden, die strafrechtliche Prüfung mit Tötungsdelikten zu beginnen. Bei genauerer Betrachtung emp-

Juni 2006

Kochsalz-Fall

Gefährliche Körperverletzung / Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen

§ 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Leitsatz der Verf.: § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst auch Stoffe des täglichen Bedarfs, wenn die beigebrachte Substanz nach ihrer Art und dem konkreten Einsatz zur erheblichen Gesundheitsschädigung geeignet ist.

BGH, Urteil vom 16. März 2006 – 4 StR 536/05; veröffentlicht in NJW 2006, 1822.

fiehlt sich ein solches Vorgehen aber nicht. Vorsätzliche Tötungsdelikte scheiden aus, weil es keinerlei Anhaltspunkte für einen Tötungsvorsatz der A gibt.¹ Die Prüfung einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung kann zurückgestellt werden. Denn die ansonsten noch zu prüfenden Körperverlet-

¹ Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass wir uns bereits in einem sehr späten Verfahrensstadium befinden. Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens wurde die Sachlage noch anders beurteilt: Die Staatsanwaltschaft erhob im vorliegenden Fall Anklage wegen Mordes! – Eine Reduktion des Tatvorwurfs während des Verfahrens ist in Todesfällen durchaus typisch, wie kriminologische Untersuchungen zeigen; vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 45 Rn. 15. Im frühen Verfahrensstadium besteht die Tendenz, die Tat als ein schwereres Delikt einzustufen. Das scheint nicht nur mit dem zunächst noch beschränkten Wissen über die Tat zusammenzuhängen, sondern auch auf der Neigung der Strafverfolgungsorgane, insbesondere der polizeilichen Behörden, zu beruhen, die eigene Tätigkeit als wichtig auszuweisen. Die kriminologischen Erkenntnisse sollten dazu genutzt werden, sich der Größe des Spielraums für juristische Zuordnungen in der Verfahrenspraxis bewusst zu werden und berufspraktische Konsequenzen zu ziehen.

zungsstraftaten geben mit § 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge) Gelegenheit, eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Herbeiführung des Todes im Rahmen eines speziellen Tatbestandes² in Betracht zu ziehen.

Der **Grundtatbestand der Körperverletzung** ist in beiden Varianten von § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.³ Das Erzwingen des Verzehrs einer übel schmeckenden, Widerwillen und körperliche Abwehr hervorrufenden Speise stellt eine körperliche Misshandlung dar, nämlich eine üble unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁴ Das Herbeiführen von Übelkeit ist als eine nachteilige Veränderung des Körperzustandes mit Krankheitswert, also als Gesundheitsschädigung⁵ anzusehen. Im Hinblick auf beide Varianten ist auch der erforderliche Vorsatz gegeben.

Als Schwerpunktproblem ist zu klären, ob A auch den **Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB** verwirklicht hat. Eine genaue Betrachtung des Wortlauts der Vorschrift lässt die zentrale Frage deutlich hervortreten:

Das Tatmittel des Giftes ist nur ein hervorgehobenes Beispiel für **andere gesundheitsschädliche Stoffe**. Das charakteristische Merkmal des Tatmit-

tels besteht also in der Gesundheitsschädlichkeit. Wurde aber bereits bei der Prüfung des Grundtatbestandes eine Gesundheitsschädigung festgestellt, so ist der Nachweis der Gesundheitsschädlichkeit bereits geführt. Es verbleibt als qualifizierender Umstand lediglich noch die Beibringung eines Stoffes. Warum das allein schon zu der massiven Erhöhung des Strafrahmens führen soll, ist nicht recht verständlich. Es wird daher darüber diskutiert, ob und wie das Merkmal der Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes eingeschränkt werden sollte.

Bevor wir auf den Streit in der Literatur eingehen, wollen wir einen Ansatz erörtern, der dort zu Recht nicht vertreten wird, aber in einer klausurmäßigen Bearbeitung durchaus angesprochen werden könnte, weil er es ermöglicht, die Problemlage zu präzisieren.

Denkbar erscheint, die Gesundheitsschädlichkeit von Stoffen abstrakt nach ihrer generellen Beurteilung in der Gesellschaft oder nach ihrer gewöhnlichen Verwendung zu bestimmen und dementsprechend „an sich“ unschädliche Stoffe auszunehmen. Danach wäre Salzsäure gesundheitsschädlich, Wasser dagegen nicht. Überzeugende Ergebnisse lassen sich damit aber nicht erzielen. Das im Allgemeinen unschädliche Wasser kann im konkreten Fall, etwa durch Beibringung in übermäßig großer Menge, durchaus erhebliche Gesundheitsschäden verursachen. Letztlich eignet sich wohl jeder Stoff dazu, die Gesundheit zu beeinträchtigen. Es kommt allein auf die konkrete Art der Verwendung an. Das darf bei der Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht unberücksichtigt bleiben. Eine rein abstrakte Bestimmung der Gesundheitsschädlichkeit von Stoffen scheidet also aus.

Die überwiegende Meinung in der Literatur vertritt eine einschränkende Auslegung, derzufolge der Stoff die **Eignung** aufweisen muss, **erhebliche**

² Vgl. zum Verhältnis von § 222 StGB zu § 227 StGB *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 227 Rn. 5.

³ Teilweise wird in der Literatur für Fälle der vorliegenden Art, in denen das Opfer zur Selbstschädigung veranlasst wird, noch die Regelung der mittelbaren Täterschaft in § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB als Prüfungsgrundlage herangezogen; vgl. z. B. *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 3. Aufl. 2005, Rn. 318. Ob das auch dann nötig ist, wenn, wie hier, die Situation vollständig durch den vom Täter gesetzten Zwang beherrscht wird, ist zu bezweifeln. Passender erscheint die Figur der unmittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB. Entscheidungsrelevant ist diese Zuordnungsfrage allerdings nicht. Täterschaft ist – so oder so – gegeben. Daher wäre eine Problematisierung verfehlt.

⁴ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 223 Rn. 4.

⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 223 Rn. 5.

Gesundheitsschäden hervorzu- heben.⁶

Dafür wird zur Hauptsache der Regelungszusammenhang angeführt. Verwiesen wird auf den Begriff der gefährlichen Körperverletzung in der Gesetzesüberschrift und auf das Gefährdungselement, das dem Tatmittel des Giftes innewohnt, welches im Gesetz als Beispiel hervorgehoben wird. Auch wird argumentiert, dass für alle anderen Tatvarianten in § 224 Abs. 1 StGB die Gefahr einer erheblichen Verletzung kennzeichnend sei. Dieses systematische Argument gelte insbesondere für das Verhältnis zur benachbarten Tatvariante der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs in Nr. 2. Die dort anerkannte Einschränkung auf erhebliche Verletzungsgefahren müsse auch für Nr. 1 gelten, ansonsten würden vergleichbare Fälle ungleich behandelt. Schließlich wird noch die Schwere der angedrohten Rechtsfolge angeführt. Es sei nicht akzeptabel, dass Handlungen mit nur geringen gesundheitsschädlichen Auswirkungen, wie z. B. das heimliche Verabreichen von Alkohol mit der Folge leichter Kopfschmerzen, mit einer mindestens sechsmonatigen Freiheitsstrafe geahndet werden müssten.⁷

Die Gegenauffassung hält die schlichte Gesundheitsschädlichkeit des

Stoffes für ausreichend.⁸ Das Erfordernis einer weitergehenden Gefährlichkeit des Stoffes lehnt sie zur Hauptsache mit zwei Argumenten ab. Zum einen beruft sie sich auf den Gesetzeswortlaut: Dieser enthalte ein solches Merkmal nicht. Zum anderen führt sie die Gesetzgebungsgeschichte an.⁹ Zunächst sei im Entwurf des 6. Strafrechtsreformgesetzes noch das einschränkende Erfordernis der Herbeiführung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung vorgesehen gewesen. Davon habe der Gesetzgeber ausdrücklich Abstand genommen, um der Vorschrift einen weiten Anwendungsbereich zu sichern. Dieser gesetzgeberische Wille dürfe nicht durch eine einschränkende Auslegung beiseite gesetzt werden.

Der Unterschied der beiden Auffassungen lässt sich mit Kategorien aus der Tatbestandslehre verdeutlichen. Die zuletzt genannte Ansicht sieht in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein reines **Verletzungsdelikt**, dessen Verletzungselement schon durch den Grundtatbestand erfüllt ist.¹⁰ Dagegen macht die h. M. den Tatbestand zu einem **Gefährdungsdelikt**, indem sie dem Verletzungselement des Grundtatbestandes ein Gefährdungselement hinzufügt, das die Eignung zur Herbeiführung erheblicher Gesundheitsschäden zum Inhalt hat.

Eine Zuordnung zur Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Gefährungsdelikten ergibt, dass der so verstandene Tatbestand dazwischen liegt. Wie die Tatbestände, die das Eignungsmerkmal ausdrücklich enthalten,¹¹ ist er als **abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt** einzuordnen.¹²

⁶ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 224 Rn. 1a; Lilie in LK, StGB, 11. Aufl. § 224 Rn. 11; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 224 Rn. 5; noch weiter gehend: Horn/Wolter in SK, StGB, § 224 Rn. 8 a (Gefahr schwerer Körperschäden gem. § 226 StGB). – Auch die von Schumacher in Schlüchter (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, § 224 Rn. 5 f., vertretene Ansicht zum Anwendungsbereich von Nr. 1 läuft letztlich auf diesen Standpunkt hinaus. Nach seiner Auffassung werden nur Stoffe erfasst, die im Körperinneren wirken. Diese Wirkungsweise sei schwerer zu kontrollieren, woraus sich ein erhöhter Unrechtsgehalt ergebe. Damit dürfte gemeint sein, dass die Reduzierung der Kontrolle die Gesundheitsgefahr vergrößert.

⁷ Das Argument verliert an Gewicht, wenn man die Absenkung des Strafrahmens für minder schwere Fälle in § 224 Abs. 1 StGB berücksichtigt.

⁸ Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 6 Rn. 52; Struensee in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, II. Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit, Rn. 69 ff.

⁹ Vgl. Struensee (Fn. 8), Rn. 71.

¹⁰ Vgl. Arzt/Weber (Fn. 8), § 6 Rn. 52.

¹¹ Z. B. §§ 130, 130 a, 324 a, 325 StGB.

¹² Vgl. zu diesem Deliktstypus Heinrich, Strafrecht AT I, 2005, Rn. 165.

Das bedeutet, dass die Gefahr erheblicher Gesundheitsschäden nicht konkret vorgelegen haben muss; es genügt, dass die Tathandlung so angelegt war, dass eine konkrete Gefahr eintreten konnte.

Der Bundesgerichtshof hatte im vorliegenden Fall erstmals die Gelegenheit, zu dem Meinungsstreit Stellung zu nehmen. Einer Entscheidung bedurfte es allerdings noch nicht auf der Ebene des objektiven Tatbestandes. Dieser ist nach beiden Ansichten erfüllt. Relevant wird der Streit erst im Vorsatzbereich. Die Vorinstanz hatte einen Vorsatz der A im Hinblick auf besondere Anforderungen an die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB verneint, was mit der Gegenansicht nicht zu vereinbaren wäre, derzufolge insoweit der Vorsatz der Gesundheitsschädigung gem. § 223 Abs. 1 StGB ausreicht.

Als weiteres Körperverletzungsdelikt ist die Misshandlung Schutzbefohlener gem. § 225 Abs. 1 StGB in Betracht zu ziehen. Einer abschließenden Klärung steht jedoch entgegen, dass es an Angaben im Sachverhalt fehlt, die für die Feststellung einer besonderen Schutzpflicht sowie für die Prüfung der Gesinnungsmerkmale¹³ nötig sind, welche in den Tathandlungen des Quälens und der rohen Misshandlung enthalten sind.

Schließlich ist noch eine Strafbarkeit der A wegen **Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB** zu prüfen. Dabei sollte das Augenmerk der Frage gelten, ob A hinsichtlich der Todesfolge Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 18 StGB). Da das Vorliegen einer objektiven Pflichtwidrigkeit sich ohne weiteres aus der festgestellten vorsätzlichen Körperverletzung ergibt,¹⁴ muss nur noch zum Fahrlässigkeitsselement der objektiven Vorhersehbarkeit Stellung genommen werden.

Der Maßstab dafür lautet: Konnte der eingetretene Erfolg nach allgemeiner Lebenserfahrung, sei es auch nicht als regelmäßige, so doch als nicht ungewöhnliche Folge erwartet werden?¹⁵ Hier wird man A zugute halten müssen, dass in der Gesellschaft wenig bekannt ist, wie gefährlich der Verzehr auch nur geringer Mengen von Kochsalz für kleine Kinder ist. Stuft man die Kenntnis als medizinisches Spezialwissen ein, so ist die objektive Vorhersehbarkeit und damit eine Strafbarkeit nach § 227 StGB zu verneinen.

Auch eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB scheidet folglich aus.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH befasst sich zunächst mit der Frage einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Er bestätigt die Ansicht der Vorinstanz, dass A der Tod der B mangels Vorhersehbarkeit nicht zugerechnet werden könne. Begründung: Das Wissen um die Gefährlichkeit von Kochsalz für kleine Kinder gehöre nicht zu den medizinischen Kenntnissen, die sich „fast jede Mutter über kurz oder lang“ aneigne.¹⁶

Zum Hauptproblem der Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB gibt der BGH eine Stellungnahme ab, die wohl auf eine Übernahme der h. M. in der Literatur hinausläuft.

Zunächst geht das Gericht kurz auf die Gesetzgebungsgeschichte ein. Der

¹⁵ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 15 Rn. 46.

¹⁶ Mit dieser Formulierung zitiert der BGH (NJW 2006, 1822, 1823) zustimmend das Landgericht. Erkennbar wird hier ein objektiver Maßstab („fast jede Mutter“) herangezogen. Damit ist nicht recht vereinbar, dass der BGH im nachfolgenden Satz von einer zutreffenden Würdigung der „individuellen Vorhersehbarkeit“ durch das Tatgericht spricht. Auf die Frage, ob A nach ihren persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten dem allgemeinen Maßstab gerecht werden konnte, kommt es bei dieser Begründung gar nicht mehr an. – In einer Klausurbearbeitung sollte man klar zwischen objektiver und subjektiver Vorhersehbarkeit trennen und auf das Fehlen der objektiven Vorhersehbarkeit abstellen.

¹³ Näher dazu Paeffgen in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 225 Rn. 13, 16.

¹⁴ Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT, 29. Aufl. 2005, Rn. 306.

Gesetzgeber habe seine ursprüngliche Absicht fallen gelassen, die Strafverschärfung davon abhängig zu machen, dass die Stoffbeibringung die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung herbeigeführt habe. Dann heißt es weiter:

„Vielmehr genügt danach für den objektiven Tatbestand bereits die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes, dessen Beibringung das Opfer im Sinne des § 223 StGB an der Gesundheit schädigt. Dafür erforderlich, aber auch genügend ist, dass die Substanz nach ihrer Art und dem konkreten Einsatz zur erheblichen Gesundheitsschädigung *geeignet*¹⁷ ist. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Nachweise bei Tröndle/Fischer StGB 53. Aufl. § 224 Rdn. 5) werden danach – im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Sinne der Nr. 2 des § 224 Abs. 1 – auch an sich unschädliche Stoffe des täglichen Bedarfs erfasst, wenn ihre Beibringung nach der Art ihrer Anwendung oder Zuführung des Stoffes, seiner Menge oder Konzentration, ebenso aber auch nach dem Alter und der Konstitution des Opfers mit der konkreten Gefahr einer erheblichen Schädigung im Einzelfall verbunden ist.“¹⁸

Diese Begründung ist, vorsichtig formuliert, eigenartig. Zunächst scheint der BGH mit der Mindermeinung aus der Gesetzgebungsgeschichte den Schluss zu ziehen, dass es allein auf die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes ankomme und eine Einschränkung nicht geboten sei. Im zweiten Satz wird jedoch – begründungslos – das einschränkende Merkmal der Eignung zur erheblichen Gesundheitsschädigung eingeführt. Dann wird gegen eine Literaturansicht Stellung bezogen, die es gar nicht gibt und daher bei *Tröndle/Fischer* auch nicht nachgewiesen wird. Niemand vertritt die Ansicht, dass „an sich unschädliche Stoffe des täglich-

chen Bedarfs“ auszunehmen seien. Schließlich wird auf die „konkrete Gefahr einer Gesundheitsschädigung“ abgestellt, was mit dem von der h. M. vertretenen Merkmal der Eignung nicht übereinstimmt.¹⁹ Die einzig brauchbare Begründung, die nachgeliefert wird, besteht im Vergleich mit der Tatbestandsvariante der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs.

Die Unklarheit setzt sich fort, wenn sich der BGH der subjektiven Tatseite zuwendet. Einen Vorsatz der A hinsichtlich einer Tat nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB bejaht er mit folgender Begründung:

„Auch wenn die Angeklagte die konkrete Menge des von dem Mädchen aufgenommenen Salzes und das Ausmaß der durch den Verzehr der versalzten Speise begründeten Gesundheitsgefahr nicht erkannt hat ..., so nahm sie bei ihrer Tathandlung nicht nur eine erhebliche Beeinträchtigung des physischen Wohlbefindens des Mädchens in Kauf, sondern auch weitergehende gesundheitliche Schädigungen in Gestalt von Bauchschmerzen und Übelkeit. Ein solcher Zustand kann, zumal bei einem kleinen Kind, auch pathologischer Art sein und damit dem Begriff der Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB entsprechen.“²⁰

Das ist nicht zu vereinbaren mit der Interpretation des Tatbestandes nach der h. M. in der Literatur. Danach setzt sich der auf eine Tat nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB bezogene Vorsatz aus einem Gesundheitsschädigungsvorsatz gem. § 223 Abs. 1 StGB und dem Wissen und Wollen im Hinblick auf die Eignung des beigebrachten Stoffes zur Herbeiführung einer erheblichen Gesundheitschädi-

¹⁷ Hervorhebung auch im Originaltext.

¹⁸ BGH NJW 2006, 1822, 1823.

¹⁹ Vgl. oben 2. – Wir haben daher darauf verzichtet, den Leitsatz des BGH zu übernehmen, in dem ebenfalls eine konkrete Gefahr als Erfordernis für § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB angeführt wird, und statt dessen eine nach unserer Meinung korrekte Fassung gewählt, welche die Eignung zur Gesundheitsschädigung für maßgeblich erklärt.

²⁰ BGH NJW 2006, 1822, 1823 f.

gung zusammen. Das zweite Element kommt in der Begründung des BGH nicht zur Geltung. Es wird sogar der Eindruck erweckt, dass es auf das Wissen der A über eine die Gesundheits-schädlichkeit nach § 223 Abs. 1 StGB übersteigende Gesundheitsgefährlichkeit nicht ankomme.

Der Annahme des BGH, A habe sich gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, liegt also eine denkbar schwache Begründung zugrunde.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wegen seiner ungewöhnlichen, menschlich stark berührenden und rechtlich vielfach problematischen Umstände wird der Fall große Beachtung in der Lehre und im Prüfungswesen finden.

Die BGH-Entscheidung hat die Herrschaft der h. M. verstärkt. In der Sache stiftet sie allerdings eher Verwirrung. Neue Argumente sind ihr jedenfalls nicht zu entnehmen.

Bei einer gutachtlichen Bearbeitung treten **zwei Abgrenzungsprobleme** auf, die bisher noch nicht angesprochen wurden.

Erstens: Welches sind die speziellen Kennzeichen eines Giftes? Die Abgrenzung zu den anderen gesundheits-schädlichen Stoffen muss im Gutachten durchgeführt werden, auch wenn sie „müßig“²¹ ist, weil im Kernelement der Gesundheitsschädlichkeit Übereinstimmung besteht. Als Gifte gelten Stoffe, die ihre gesundheitsschädigende Wirkung chemisch oder chemisch-physikalisch entfalten. Für den Begriff der anderen gesundheitsschädlichen Stoffe verbleibt der Bereich thermischer und mechanischer Wirkung.²²

Zweitens: Wie unterscheiden sich die Anwendungsbereiche von § 224 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB? Man kann bezweifeln, ob sie überhaupt noch unter-

scheidbar sind, wenn man mit der h. M. für beide Varianten die Eignung zur erheblichen Gesundheitsschädigung für erforderlich hält.²³ Eine Unterscheidung lässt sich dann nur mit Hilfe des Merkmals des Beibringens herbeiführen. Das ist in der Weise möglich, dass Nr. 1 auf die innere Anwendung von Stoffen beschränkt wird und Nr. 2 dementsprechend die verbleibenden äußeren Einwirkungen auf den Körper erfasst.²⁴

5. Kritik

Es war nicht zu vermeiden, bereits bei der Wiedergabe der Entscheidung deutliche Kritik zu üben, weil ihre Schwächen offen zutage liegen. Hinzufügen wollen wir nur noch einen Einwand, der den Gesamtzusammenhang der Entscheidung betrifft.

Die Stellungnahmen einerseits zur Vorhersehbarkeit des Todes bei § 227 StGB und andererseits zum Vorsatz im Hinblick auf die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB passen nicht recht zusammen. Wenn A zugestanden wird, dass die Todesfolge für sie unvorhersehbar gewesen sei, weil sie die Gesundheitsgefahren des Salzverzehr durch kleine Kinder nicht habe kennen müssen, dann leuchtet es nicht ein, dass gleichwohl die Eignung des Salzes zur Herbeiführung einer erheblichen Gesundheitsgefährdung von ihrem Vorsatz umfasst gewesen sein soll.²⁵

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

²¹ *Hardtung* in MüKo, StGB, 2003, § 224 Rn. 4.

²² Vgl. zu dieser Abgrenzung *Kindhäuser*, LPK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 224 Rn. 2 f.

²³ *Rengier*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 14 Rn. 8, hält Nr. 1 für „letztlich überflüssig“.

²⁴ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 40.

²⁵ Wir setzen hier allerdings eine konsequente Umsetzung der objektiven Kriterien der Gesundheitsschädlichkeit in den Vorsatzbereich voraus; in der Entscheidungspassage, die sich mit dem Vorsatz befasst, ist diese Konsequenz nicht anzutreffen (vgl. oben 3. am Ende).

1. Sachverhalt

Die Verkehrsgesellschaft Frankfurt/M. (VGF), eine auf privatrechtlicher Grundlage tätige GmbH, erteilt A schriftlich ein Hausverbot für die B-Ebene der U- und S-Bahnstation Konstabler Wache. Die B-Ebene liegt unter dem Straßenniveau und ist über Treppen, Rolltreppen und Fahrstühle erreichbar. Nachts kann der Zugang durch Rolltore versperrt werden. Von der B-Ebene aus ist die darunter liegende C-Ebene zugänglich, wo die U- und S-Bahnzüge verkehren. Auf der B-Ebene befinden sich Fahrkarten- und Informationsschalter sowie Fahrkartenautomaten der VGF. Sie dient auch als Fußgängerunterführung und bietet zudem die Möglichkeit, in Ladengeschäften einzukaufen und Telefonzellen zu benutzen. Das Hausverbot wird erteilt, weil A auf der B-Ebene Kontakt mit Rauschgiftdealern gehabt hat und in tätliche Auseinandersetzungen verwickelt gewesen ist. Ausgenommen vom Hausverbot ist der Fall, dass A die Züge auf der C-Ebene benutzen will, zu denen er sich allerdings „auf dem kürzesten Wege“ und „unverzüglich“ begeben soll. Das Sicherheitspersonal der VGF stellt fest, dass A sich an zwei Tagen jeweils 15 bis 20 Minuten in der B-Ebene aufhält, ohne Anstalten zu machen, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen. Die VGF stellt Strafantrag gegen A.

Juli 2006 B-Ebenen-Fall

Hausfriedensbruch / geschützte Räumlichkeiten / Gemeingebrauch / Hausverbot bei allgemein zugänglichen Räumlichkeiten

§ 123 StGB

Leitsätze (der Verf.):

1. Ein Bauwerk wird nicht bereits deshalb zu einem befriedeten Besitztum im Sinne des § 123 StGB, weil es unter dem Straßenniveau liegt und damit naturgemäß über Abgrenzungen verfügt.
2. Einem Reisewilligen, der ein Hausverbot zu beachten hat, ist zu gestatten, sich angemessene Zeit vor der Abfahrt einzufinden, die Wartezeit an einer beliebigen, dem Publikum zugänglichen Stelle zu verbringen und dabei im Rahmen des Üblichen die Einrichtungen (Toiletten, Ladengeschäfte etc.) zu benutzen.

OLG Frankfurt/M., Beschluss v. 16. März 2006 – 1 Ss 189/05, veröffentlicht in NJW 2006, 1746 f.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Als Straftatbestand kommt allein der **Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 StGB** in Betracht. Die Grenzen seines Anwendungsbereichs sind unsicher geworden mit der Zunahme von Bauwerken, die eine Verbindung herstellen zwischen dem frei nutzbaren öffentlichen Raum und konkreten Nutzungsangeboten gewerblicher Art. Dazu zählen Einkaufszentren und -passagen sowie Zuführungen zu Verkehrsanlagen. Diese Einrichtungen sind jedermann zugänglich. Gern halten sich dort auch Personen auf, welche die Betreiber lieber fern halten würden, wie Obdachlose, Alkoholiker und Dealer. Um Druck

auf sie auszuüben, werden Hausverbote erteilt, deren Verletzung dann zu Strafanträgen führt. Die Bestrafung soll von weiteren Aufenthalten abschrecken. Drei Rechtsfragen treten in Fällen dieser Art regelmäßig auf.

Erstens: Ist das Bauwerk unter die im Gesetz genannten **Tatobjekte** subsumierbar?

Zweitens: Scheidet eine Anwendung von § 123 Abs. 1 StGB aus, weil der **Gemeingebrauch** an dem Bauwerk eröffnet ist?

Drittens: Sind bei der Erteilung des Hausverbots die **rechtlichen Grenzen** eingehalten worden, die bei allgemein zugänglichen Räumlichkeiten von privaten Hausrechtsinhabern beachtet werden müssen?

Wir wollen im Folgenden die drei Fragen präzisieren und im Hinblick auf die Umstände des Falles zuschärfen.

Als Tatobjekt kommt zunächst das **befriedete Besitztum** in Betracht. Die gängige Definition lautet: ein in äußerlich erkennbarer Weise gegen Betreten durch zusammenhängende, nicht notwendig lückenlose Schutzwehren gesichertes Grundstück.¹ Es ist nicht nötig, dass die Einfriedung schwer zu überwinden ist. Wesentlich ist, dass die Absperrung den Willen des Berechtigten erkennen lässt, den freien Zutritt zu verwehren. Dafür genügt auch eine niedrige Umwallung oder eine Absperrung mit Flatterband.² Im Zusammenhang mit der B-Ebene sind aber kaum Anhaltspunkte für eine Schutzwehr zu finden. Sie soll ja gerade frei betreten und passiert werden können.

Immerhin könnte man daran anknüpfen, dass sie unter dem Straßenniveau liegt und durch Rolltore abgesperrt werden kann. Andererseits ist für eine reine Fußgängerunterführung anerkannt, dass sie kein befriedetes Besitztum darstellt.³

¹ Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 123 Rn. 3; Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 93.

² Lilie in LK, StGB, 11. Aufl., § 123 Rn. 17.

³ AG Frankfurt/M. NStZ 1982, 334; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 123 Rn. 9.

Noch geringere Anforderungen stellt die h. M. an so genannte **Zubehörsflächen**.⁴ Damit sind Grundstücksflächen gemeint, die an ein von § 123 Abs. 1 StGB erfasstes Tatobjekt angrenzen und funktional mit ihm verbunden sind. Auf sie soll sich der Schutz der Vorschrift auch dann erstrecken, wenn sie nicht eingefriedet sind.

Da es sich um einen abgeleiteten Schutz handelt, muss also zunächst das unmittelbar geschützte Tatobjekt festgestellt werden.⁵ Eine Einordnung der B-Ebene als Zubehörsfläche erscheint denkbar, wenn die darunter liegende C-Ebene als **abgeschlossener Raum, welcher zum öffentlichen Verkehr bestimmt ist**, angesehen werden kann. Mit dem öffentlichen Verkehr ist der Transport von Personen und Gütern gemeint.⁶ In dieser Hinsicht passt das Merkmal also.

Sehr zweifelhaft ist jedoch, ob von einem abgeschlossenen Raum gesprochen werden kann. Denn nötig ist dafür eine bauliche Begrenzung, aus der sich ein Hindernis gegen beliebiges Betreten ergibt.⁷ Die C-Ebene ist über die B-Ebene aber frei zugänglich. Außerdem bietet sie nicht unbedingt das Bild eines abgeschlossenen Raumes, weil Durchlässe für den ein- und ausfahrenden Zugverkehr vorhanden sind.

Sollte trotz der genannten Bedenken eine Zuordnung zu einem gesetzlich genannten Tatobjekt – direkt oder als Zubehörsfläche – möglich sein, so ist in unmittelbarem Zusammenhang

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden: Rengier, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2006, § 30 Rn. 5; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 123 Rn. 6.

⁵ Mit Rengier (Fn. 4), § 30 Rn. 5, sind wir der Meinung, dass methodisch so wie hier vorgegangen werden sollte. Demgegenüber werden offene Zubehörsflächen vielfach als Sonderfall des befriedeten Besitztums angesehen, z. B. von Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 4), § 123 Rn. 6.

⁶ Rengier (Fn. 4), § 30 Rn. 7; daraus folgt, dass die B-Ebene selbst nicht als ein dem Verkehr dienender Raum angesehen werden kann, auch wenn dort Publikumsverkehr stattfindet.

⁷ Lilie (Fn. 2), § 123 Rn. 20.

damit der zweiten Frage nachzugehen: Könnte es am geschützten Rechtsgut des privaten Hausrechts fehlen, weil das Objekt dem **Gemeingebrauch** unterliegt?

Der Gemeingebrauch ist geradezu der Gegenbegriff zum privaten Hausrecht.⁸ Er gewährt jedermann ein subjektiv-öffentliches Recht, eine Sache ohne besondere Zulassung zu nutzen.⁹ Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Auch an privaten Grundstücken ist ein Gemeingebrauch möglich. Dieser entsteht zur Hauptsache durch Widmung¹⁰. Das ist ein Hoheitsakt in der Form eines Verwaltungsaktes, einer Satzung oder eines Gesetzes, der eine Sache zu einer öffentlichen Sache macht. Als Rechtsgrundlagen sind in diesem Zusammenhang von Bedeutung: das Straßengesetz des jeweiligen Landes (in Berlin: § 3 BerlStrG), die Baugesetzgebung und Bebauungspläne. Da der Sachverhalt unseres Falles keine Angaben zu einer etwaigen Widmung macht, wird es schwierig sein, die Frage des Gemeingebrauchs abschließend zu klären.

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die dritte Frage, welche die **rechtliche Gültigkeit des Hausverbots** betrifft, ist das Merkmal des **Eindringens**. Darunter wird das Betreten des geschützten Raumes gegen den Willen des Berechtigten verstanden.¹¹ Besonderheiten ergeben sich, wenn der Berechtigte,

wie hier, geradezu zum Betreten einlädt und nur einzelne Personen fernhalten möchte. Wer eine private Räumlichkeit der Allgemeinheit zugänglich macht, muss rechtliche Schranken beachten, wenn er Zutrittsverbote erteilt.¹² Da es sich um einen Vorgang im privaten Rechtsverkehr handelt, sind zivilrechtliche Vorschriften anwendbar: Es darf kein gesetzliches Verbot entgegenstehen (§ 134 BGB), und das Verbot darf nicht sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Diese Generalklauseln ermöglichen auch die Berücksichtigung grundgesetzlicher Wertungen. Insbesondere das aus Art. 3 GG ableitbare allgemeine Diskriminierungsverbot ist zu beachten. Auch soll die Rechtsgültigkeit des Hausverbots davon abhängen, dass ein berechtigtes Interesse an der Erteilung besteht.

Dient die Fläche dem öffentlichen Verkehr, so muss außerdem berücksichtigt werden, dass gem. § 22 Personenbeförderungsgesetz eine Beförderungspflicht besteht.¹³ Das bedeutet: Das Hausverbot muss so abgefasst sein, dass dem Betroffenen die Nutzung der Verkehrsmittel möglich bleibt.¹⁴

Daraus erwachsen schwierige Abgrenzungsprobleme. Wo endet der Bereich noch zulässiger Nutzung? Noch zulässig dürfte eine angemessene Zeit des Wartens sein. Aber was ist angemessen? Und wie steht es mit dem Einkauf von Reiseproviant in den Geschäften der B-Ebene, mit der Einholung von Reiseinformationen, mit der Benutzung einer Telefonzelle, um Personen zu informieren, die man besuchen möchte? – Ein Hausverbot, das den Bereich zulässiger Nutzung zu eng absteckt, ist

⁸ Vgl. zur Unanwendbarkeit von § 123 StGB in Fällen des Gemeingebrauchs *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 123 Rn. 6; *Schäfer* in *MüKo, StGB*, 2005, § 123 Rn. 42; *BayObLG NVwZ* 1990, 899.

⁹ Eine gute Darstellung hierzu findet sich bei *Schweickhardt*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 1995, Rn. 1294 ff.

¹⁰ Zum Begriff der Widmung vgl. *Schweickhardt* (Fn. 9), Rn. 1286 ff.

¹¹ Vgl. zu dieser Grunddefinition *Küper* (Fn. 1), S. 119; *Marxen*, *Kompaktkurs Strafrecht BT*, 2004, S. 103. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass ein Betreten ohne den Willen des Berechtigten ausreicht (*Stein* in *SK, StGB*, § 123 Rn. 13). Merkwürdig ist noch, dass ein Hineingelangen mit einem Teil des Körpers genügt (*Lackner/Kühl*, Fn. 1, § 123 Rn. 5).

¹² Vgl. dazu und zum Folgenden *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 123 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 8), § 123 Rn. 44.

¹³ Für den Eisenbahnverkehr ergibt sich eine Beförderungspflicht aus § 10 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes.

¹⁴ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 123 Rn. 8; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 123 Rn. 20.

rechtswidrig und damit unbeachtlich.¹⁵ Das könnte der Fall sein bei dem Hausverbot, welches die VFG dem A erteilt hat, denn dort heißt es, A müsse sich „auf dem kürzesten Weg unverzüglich zu den Zügen begeben“. Die Rechtswidrigkeit des Hausverbots hätte zur Folge, dass der Wille der VGF, der einer Nutzung der B-Ebene durch A entgegenstand, unbeachtlich gewesen wäre. Ein Eindringen im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB hätte nicht vorgelegen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Frankfurt/M. hatte die Verurteilung des A wegen Hausfriedensbruchs durch das Landgericht zu überprüfen. Zu einer abschließenden Entscheidung ist es nicht gelangt. Mangels ausreichender Sachverhaltsfeststellungen hat es die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Immerhin lässt sich der Entscheidung eine Tendenz entnehmen. Sie listet eine große Zahl an Einwänden gegen die Annahme einer Strafbarkeit auf und vermittelt damit den Eindruck, dass das Gericht zur Verneinung eines Hausfriedensbruchs tendiert.

Der Senat verwirft den Gedanken des Landgerichts, dass die B-Ebene ein **befriedetes Besitztum** sei, weil sie wegen ihrer Absenkung eine „eindeutige visuelle und taktile Begrenzung“ aufweise. Dem hält das OLG entgegen: „Ein Besitztum wird ... nicht bereits deshalb zu einem befriedeten Besitztum, weil es unter dem Straßenniveau liegt und damit naturgemäß über Abgrenzungen verfügt.“¹⁶ Es fehle an Schutzwehren gegen das Betreten. Allenfalls die Rolltore hält das OLG für geeignet, das Erfordernis einer Einfrie-

dung zu erfüllen. Sogleich fügt es aber einen Einwand hinzu. Zweifelhaft sei, ob die Rolltore zur maßgeblichen Tatzeit, also tagsüber, überhaupt sichtbar seien und ob sie den Eindruck einer Absperrung vermitteln würden.

Dem Gericht fehlt es auch an den nötigen tatsächlichen Feststellungen für die Annahme, dass die B-Ebene als **Zubehörsfläche** zur C-Ebene und diese als zum öffentlichen Verkehr bestimmter, abgeschlossener Raum anzusehen seien. Es rügt, dass keinerlei Feststellungen zu den Baulichkeiten der C-Ebene getroffen worden seien. Auch bezweifelt es, dass die B-Ebene für jedermann erkennbar in einem unmittelbaren räumlichen und funktionalen Zusammenhang mit der C-Ebene steht. Der bloße Umstand, dass die C-Ebene nur über die B-Ebene erreichbar sei, genüge dafür jedenfalls nicht.

Weiterhin beanstandet das OLG, dass sich die Frage eines etwaigen **Gemeingebrauchs** nicht klären lasse, weil das Tatgericht nicht aufgeklärt habe, ob die B-Ebene dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden sei.

Schließlich befasst sich das Gericht noch mit der **Reichweite des Hausverbots**. Seine zweistufige Argumentation führt zu dem Ergebnis, dass die Beschränkung der Zutrittserlaubnis auf das zügige Durchqueren zwecks Nutzung von U- und S-Bahn rechtswidrig ist.

Zunächst leitet das Gericht aus der **Beförderungspflicht** gem. § 22 Personenbeförderungsgesetz ab, dass auch ein Verhalten erlaubt sein müsse, das mit dem Reisen zusammenhänge: „Einem Reisewilligen, der ein Hausverbot zu beachten hat, ist auch zu gestatten, sich angemessene Zeit vor Abfahrt der Züge bzw. U-Bahnen einzufinden, die Wartezeit an einer beliebigen, dem Publikum zugänglichen Stelle zu verbringen und dabei im Rahmen des Üblichen die Einrichtungen (Toiletten, Ladengeschäfte etc.) zu benutzen; er ist für die Dauer einer angemessenen

¹⁵ Etwas anderes kann gelten, wenn die Rechtsgrundlage rein öffentlichrechtlicher Natur ist und das Zutrittsverbot durch Verwaltungsakt erlassen wurde. Es wird darüber gestritten, ob dessen Vollziehbarkeit zur Begründung einer Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 StGB genügt; vgl. dazu *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 123 Rn. 8; *Marxen* (Fn. 11), S. 109 f.

¹⁶ OLG Frankfurt NJW 2006, 1746, 1748.

Wartezeit dann so zu behandeln wie jeder andere Reisende auch.“¹⁷

Noch weiterreichende Konsequenzen zieht der Senat aus der **Benutzungsordnung** der VGF für die unterirdische Verkehrsfläche. Danach dient sie dem Fußgängerverkehr als Straßenunterführung, als Zugang zu den Bahnhöfen der öffentlichen Verkehrsmittel und als Zugang zu den in den Gebäuden befindlichen Geschäftslokalen und sonstigen öffentlichen Einrichtungen. Damit gestattet die VGF nach Ansicht des Gerichts „generell und unter Verzicht auf die Prüfung im Einzelfall allen Personen den Zutritt zu den Verkehrsbauwerken, die sich im Rahmen des Üblichen, den Zweckbestimmungen entsprechenden Verhaltens bewegen“¹⁸. Da auch eine Nutzung generell erlaubt sei, die in keinem Zusammenhang mit dem Zweck des Reisens stehe, müsse das Hausverbot diesen Fall ebenfalls ausnehmen. Sofern die Geschäfte und sonstigen Einrichtungen insoweit im Rahmen des Üblichen genutzt würden, sei eine Versagung des Zutritts grundsätzlich unzulässig.

Erst dann, wenn einer Person eine unberechtigte Nutzung, etwa die Durchführung von Drogengeschäften, konkret vorzuwerfen sei und ein berechtigtes Interesse an der Verhinderung weiterer Aufenthalte bestehe, könne ihr der Zutritt versagt werden. Ein entsprechendes Vorverhalten des A sei jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt worden. Auch könne den Urteilsfeststellungen das berechtigte Interesse nicht entnommen werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zumeist spielt der Tatbestand des Hausfriedensbruchs nur eine Nebenrolle in Prüfungszusammenhängen. Oft ist er sogar nur Komparse in der Weise, dass er bei Konkurrenzprüfungen kurzzeitig

auftritt.¹⁹ Wie der vorliegende Sachverhalt zeigt, hat er aber auch das Zeug zum Hauptdarsteller, weil sich auf seiner Grundlage nicht nur Subsumtionsfragen, sondern auch Probleme der Reichweite des geschützten Rechtsguts und Zusammenhänge mit dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht ergiebig erörtern lassen. Das sind genügend Gründe, um sich einmal näher mit der Vorschrift zu beschäftigen. Sie haben uns veranlasst, den B-Ebenen-Fall zum Fall des Monats zu machen.

Empfehlenswert ist der folgende Prüfungsaufbau. Angemerkt sei, dass das Wort „widerrechtlich“ in § 123 Abs. 1 StGB keine weitergehende Bedeutung hat als die, dass – wie üblich – auf der Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit Rechtfertigungsgründe geprüft werden.²⁰

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a) **Tatobjekt:** geschützte Räumlichkeit (Wohnung, Geschäftsraum usw.; Beschränkung des Schutzes auf das private Hausrecht, daher kein Schutz in Fällen des Gemeingebrauchs)
- b) **Tathandlung**
 - aa) Eindringen (auch: Betreten von Räumen mit genereller Zutrittserteilung entgegen einem rechtmäßigen Hausverbot)
 - bb) Verweilen ohne Befugnis

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Prozessvoraussetzung: Strafantrag gem. § 123 Abs. 2 StGB

In Fällen der vorliegenden Art ist häufig die Rechtmäßigkeit des Hausverbots ein zentraler Prüfungspunkt. Dazu verdient aus unserer Sicht das Folgende festgehalten zu werden. Die Privatisierung des öffentlichen Verkehrs hat keineswegs dazu geführt, dass die Verkehrsbetriebe nach freiem Belieben, wie z. B. Wohnungsinhaber, über ihr Hausrecht verfügen können. Mag auch der Verkehr auf privatrechtlicher Grundlage betrieben werden, so gelten

¹⁷ OLG Frankfurt NJW 2006, 1746, 1749.

¹⁸ OLG Frankfurt NJW 2006, 1746, 1750.

¹⁹ Einen Überblick über die Konkurrenzen bei § 123 StGB gibt LPK-*Kindhäuser*, StGB, 2. Aufl. 2005, § 123 Rn. 29–32.

²⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 123 Rn. 6.

für die Ausübung des Hausrechts über Räumlichkeiten der Infrastruktur weit reichende Bindungen. Sie kommen den Bindungen nahe, die für den Inhaber des Hausrechts einer auf öffentlich-rechtlicher Grundlage betriebenen Einrichtung gelten.²¹ Die Begründung quasi-öffentlichrechtlicher Bindungen erfolgt im Wesentlichen über §§ 134, 138 BGB und über gesetzliche Beförderungspflichten.

5. Kritik

Das OLG Frankfurt/M. ist noch einen Schritt weitergegangen und hat aus der Benutzungsordnung eine rechtliche Bindung abgeleitet, die nur noch einen außerordentlich engen Spielraum für Hausverbote lässt. Das Ergebnis ist kriminalpolitisch zu begrüßen. Den Betreibern öffentlicher Verkehrs- und Einkaufsflächen wird es schwerer gemacht, sich der Strafjustiz zu bedienen. Im Wesentlichen ist es ihre Sache, für Sicherheit und Ordnung zu sorgen.

Rechtlich bleibt jedoch unklar, welchen Rechtscharakter diese Benutzungsordnung hat und warum es einem privaten Betreiber verwehrt sein soll, bereits auf Grund des Verdachts eines Verstoßes gegen die Ordnung ein Hausverbot auszusprechen.

Lässt man einmal die Benutzungsordnung beiseite, so bleibt im Wesentlichen die gesetzliche Beförderungspflicht als Begründung für die Rechtswidrigkeit des Hausverbots. Sie führt jedoch nicht zwingend zu dem vom OLG Frankfurt/M. gefundenen Ergebnis. Das zeigt der Vergleich mit einer neueren Entscheidung des OLG Hamburg.²² Sie räumt – auch unter Berücksichtigung der Beförderungspflicht – einem privaten Verkehrsbetrieb einen deutlich größeren Spielraum für die Erteilung von Hausverboten ein. Er sei keineswegs

verpflichtet, seine Infrastruktur „für die ungehinderte Kommunikation der Bürger verfügbar zu halten oder speziell faktisch als zentralen Treffpunkt für Drogenabhängige bzw. soziale Randgruppen zugänglich zu machen“²³.

Fazit: Die Diskussion über die Anwendbarkeit von § 123 Abs. 1 StGB auf Fälle unerwünschter Benutzung von allgemein zugänglichen Einkaufs- und Verkehrseinrichtungen ist mit der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. noch nicht beendet.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Florian Schärdel zugrunde.)

²¹ Vgl. zum Hausrecht in öffentlichrechtlich betriebenen Einrichtungen *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 123 Rn. 20.

²² OLG Hamburg 1 Ss 216/04 v. 03.12.2004 (juris), NStZ 2005, 276 (Leitsatz); vgl. auch RÜ 2005, 137.

²³ OLG Hamburg (Fn. 22) bei juris, Rn. 25.

1. Sachverhalt

A verlässt spät in der Nacht eine Vereinsfeier voller Wut, weil er verspottet wurde. Um sich abzureagieren, fährt er auf die nahe gelegene Autobahn. Nach einiger Zeit verlässt er sie, kehrt dann aber, entgegen der Fahrtrichtung und mit abgeschalteten Scheinwerfern fahrend, auf sie zurück. Als ihm ein PKW entgegenkommt, steuert er mit 110 km/h auf diesen zu. Er will einen Unfall verursachen, um sich selbst zu töten. Dass durch einen Zusammenstoß auch andere Verkehrsteilnehmer getötet oder schwer verletzt werden könnten, nimmt er billigend in Kauf. Ihm ist zudem bewusst, dass der PKW-Fahrer nicht mit einem unbeleuchteten entgegenkommenden Fahrzeug rechnet und daher keine Möglichkeit haben wird, einen Unfall zu vermeiden. Kurz vor dem Zusammenstoß gibt A seine Selbstmordabsicht auf und schaltet das Licht ein, um den anderen Fahrer auf sich aufmerksam zu machen. Die Fahrzeuge haben sich jedoch bereits so weit genähert, dass eine Kollision durch starkes Abbremsen nicht mehr zu verhindern ist. Der Fahrer des PKW kann aber noch eine ausweichende Lenkbewegung ausführen. Die Fahrzeuge stoßen mit dem jeweils rechten Frontbereich zusammen. In dem entgegenkommenden

August 2006

Falschfahrer-Fall

Mord / Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein / gemeingefährliches Mittel / Rücktritt vom Versuch / Konkurrenzen bei Straßenverkehrsstraftaten

§§ 24 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, 211 Abs. 1 und 2; 315 b Abs. 1 und 3, 315 c Abs. 1 Nr. 2 f StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln kann auch dann erfüllt sein, wenn ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach nicht gemeingefährlich ist, sofern das Mittel in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat.

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

BGH, Urt. v. 16. März 2006 – 4 StR 594/05; abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de; teilweise veröffentlicht in RÜ 2006, 308

Fahrzeug befinden sich sechs Personen. Drei von ihnen erleiden tödliche Verletzungen. Die anderen drei Insassen werden schwer verletzt. Dass sie nicht ebenfalls tödlich verletzt werden, ist auch auf die ausweichende Lenkbewegung des PKW-Fahrers zurückzuführen, die A durch das Einschalten der Scheinwerfer ermöglicht hat. Der Fahrer eines nachfolgenden Fahrzeugs kann nur durch eine Vollbremsung einen Zusammenstoß mit den vor ihm kollidierenden Fahrzeugen vermeiden.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Klar ist: A hat sich in drei Fällen wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB und in drei weiteren Fällen wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5, 223 StGB strafbar gemacht. Klärungsbedürftig ist: Sind auch die Mordmerkmale der Heimtücke und der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels erfüllt? Ist A von dem Mord- oder Totschlagsversuch gegenüber den Unfallopfern, die überlebt haben, mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten? Wie ist sein Verhalten straßenverkehrsstrafrechtlich zu erfassen?

Mit dem Mordmerkmal der **Heimtücke** verbindet sich in unserem Fall zunächst ein **Zeitpunktproblem**. Nach gängiger Definition handelt derjenige heimtückisch, der die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst ausnutzt.¹ Arglos waren die Insassen des PKW nicht mehr, nachdem A die Scheinwerfer eingeschaltet hatte. Denn nunmehr rechneten sie mit einem Angriff auf Leib oder Leben.² Das kann jedoch nicht zur Verneinung des Merkmals führen, weil sie sich dem Angriff nicht mehr entziehen konnten. Maßgeblich in zeitlicher Hinsicht ist vielmehr der Beginn der mit Tötungsvorsatz ausgeführten Angriffshandlung.³ Abzustellen ist darauf, ob das Opfer zu diesem Zeitpunkt arglos war. Daraus folgt: Die PKW-Insassen waren arglos, weil sie, als A mit ausgeschaltetem Licht auf ihr Fahrzeug zu-steuerte, keinen Angriff erwarteten.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Definitionselement des **bewussten Ausnutzens** der Arg- und Wehrlosigkeit. Der Täter muss sich darüber im Klaren sein, dass er einen durch Arglosigkeit schutzlosen Menschen überrascht, und er muss sich gerade diese

Situation für seine Tatausführung zu-nutze machen wollen.⁴ Im vorliegenden Fall könnte es am Ausnutzungsbe-wusstsein gefehlt haben, weil anzunehmen ist, dass A noch wegen des Vorfalls auf der Vereinsfeier und wegen seines Selbstmordentschlusses stark erregt war.

Anerkannt ist, dass heftige Ge-mütsbewegungen, insbesondere der Entschluss, durch die Tat zugleich dem eigenen Leben ein Ende zu setzen, ein Ausnutzungsbe-wusstsein ausschließen können.⁵ Gewarnt wird jedoch vor einer schematischen Rechtsanwendung. Eine starke Erregung hindere den Täter nicht zwangsläufig daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen.⁶ Es bedarf also einer näheren Auseinandersetzung mit den konkreten Umständen des Falles.

Das außerdem in Betracht kom-mende Mordmerkmal der Verwendung eines **gemeingefährlichen Mittels** lässt sich vom Alltagssprachgebrauch her problematisieren. Dieser tendiert zu einer situationsunabhängigen Definiti-on. Als gemeingefährlich gelten im all-gemeinen Sprachgebrauch z. B. Sprengstoff, Handgranaten oder große Giftmengen, nicht hingegen ein Auto, wie es A benutzte.

Die übliche juristische Definition weicht davon ab. Danach sind Mittel gemeingefährlich, deren Wirkung auf Leib und Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkre-ten Umständen nicht in der Hand hat.⁷ Ausschlaggebend ist also nicht eine all-gemeine Bewertung des Mittels, son-dern die konkrete Art der Verwendung.

Eine einzelne Gegenmeinung steht dem Alltagssprachgebrauch nahe. Sie will die Gemeingefährlichkeit nach der „abstrakten Vielgefährlichkeit“ des Mit-

¹ Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 211 Rn. 23.

² Vgl. zur Definition der Arglosigkeit Eser (Fn. 1), § 211 Rn. 24.

³ Eser (Fn. 1), § 211 Rn. 23.

⁴ Rengier, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 4 Rn. 41; BGH NStZ 97, 490, 491.

⁵ Eser (Fn. 1), § 211 Rn. 25; Schneider in Mü-Ko, StGB, 2003, § 211 Rn. 141.

⁶ Eser (Fn. 1), § 211, Rn. 25; BGH NStZ 2006, 167, 169.

⁷ Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., 2004, § 211 Rn. 11; BGH NStZ 2006, 167, 168.

tels bestimmen.⁸ Als Argument wird genannt: Die h. M. habe zum Ergebnis, dass allein schon die Mehrzahl von Tötungen zur Mordbestrafung führe, ohne dass es noch auf Eigenschaften des Tötungsmittels ankomme, was aber nach dem Gesetz erforderlich sei.

Kommen wir zum **Rücktrittsproblem**. Es drängt sich bei einer unjuristischen Bewertung des Sachverhalts geradezu auf. Soll A davon profitieren, dass drei PKW-Insassen nur deswegen – schwer verletzt! – überlebt haben, weil er kurz vor dem Zusammenstoß das Licht eingeschaltet hat, was dem PKW-Fahrer die Möglichkeit zu einer ausweichenden Lenkbewegung gegeben hat?

Die juristische Bewertung orientiert sich zunächst am Gesetzeswortlaut. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 StGB bleibt straflos, wer die Vollendung der Tat verhindert. Darunter lässt sich jede Handlung subsumieren, die ursächlich für das Ausbleiben der Vollendung gewesen ist. Nach den tatrichterlichen Feststellungen im vorliegenden Fall hat das Verhalten des A ursächlich im Sinne der Lehre von der *conditio sine qua non*⁹ dazu beigetragen, dass drei der sechs Fahrzeuginsassen am Leben geblieben sind. Die Orientierung am Wortlaut führt also zur Bejahung eines strafbefreienden Rücktritts.

Rechtsprechung und herrschende Literaturmeinung halten diesen Umgang mit dem Gesetz für richtig.¹⁰ Sie berufen sich nicht nur auf die strafrechtliche Gesetzesbindung, sondern auch auf den Gedanken des Opferschutzes. Es sei besser für das Opfer, wenn der Täter bei Rettungsbemühungen jedweder Art, also nicht nur bei

optimalen Bemühungen, die Aussicht habe, straflos zu bleiben.

Nach der Gegenauffassung in der Literatur muss der Täter die ihm zur Verfügung stehenden bestmöglichen Verhinderungsmöglichkeiten ausgeschöpft haben.¹¹ Wer das Opfer in Gefahr gebracht habe, müsse alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, um den Erfolgseintritt zu verhindern. Genügte auch schon minimale Beiträge zur Erfolgsvermeidung, wenn sie nur irgendwie ursächlich seien, dann werde die Straffreiheit von Zufällen abhängig gemacht. Wie beim Rücktritt vom untauglichen Versuch gem. § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB müsse sich der Täter ernsthaft um die Rettung bemühen, also sein Bestes geben. Das Opferschutz-Argument sei irrelevant: Welcher Täter kenne schon § 24 StGB und die dazu ergangene Rechtsprechung?

Nach dieser Ansicht wäre A auch wegen Mord- oder Totschlagsversuchs in drei Fällen zu bestrafen, weil er mehr zur Rettung der Fahrzeuginsassen hätte tun können. Er hätte die Scheinwerfer früher einschalten und das Steuer herumreißen können.

Einige Worte noch zu den **Straßenverkehrsdelikten**. Durch das vorsätzliche Befahren der Autobahn entgegen der Fahrtrichtung unter Gefährdung anderer hat A § 315 c Abs. 1 Nr. 2 f StGB verwirklicht. Mit dem Zufahren auf das entgegenkommende Fahrzeug kam zu dem Falschfahren ein verkehrsfremder Aspekt hinzu. A benutzte nun das Fahrzeug auch als Angriffsmittel gegen andere Verkehrsteilnehmer. Zwar war auch dieses Verhalten, äußerlich betrachtet, noch ein Vorgang im Rahmen des Verkehrs. A bezweckte damit jedoch keine Teilnahme am Verkehr, sondern pervertierte das Fahren zu einem verkehrsfremden Eingriff. Geschieht das, wie hier, mit Schädigungsvorsatz, so kommt (auch)

⁸ Horn in SK, StGB, 2003, § 211 Rn. 50.

⁹ Vgl. dazu *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 35. Aufl. 2005, Rn. 156.

¹⁰ Nach einigen divergierenden Entscheidungen hat sich der BGH mit BGHSt 48, 147 klar zu dieser Position bekannt (vgl. dazu FAMOS Dezember 2002 „Gashahn-Fall“); aus der Literatur: *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 24 Rn. 19 a; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 202 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 9), Rn. 644.

¹¹ So z. B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 28; *Krey*, Strafrecht AT Bd. 2, 2. Aufl. 2005, Rn. 507.

Rettungsmöglichkeiten die aussichtsreichste gewählt habe.

Das **straßenverkehrsrechtliche Konkurrenzproblem** spricht der BGH nicht an. Der Bestätigung des landgerichtlichen Schuldspruchs ist zu entnehmen, dass er die darin enthaltene Tateinheitliche Verurteilung wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr und vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung für zutreffend hält.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das unersättliche juristische Prüfungswesen, stets auf der Suche nach neuen Fällen, wird für diese Entscheidung dankbar sein, lässt sie sich doch ohne große Veränderungen als Klausuraufgabe verwerten. Das veranlasst uns, einige Lösungshinweise zu geben.

Von einem chronologischen Aufbau – erster Handlungsabschnitt: Befahren der Autobahn in falscher Richtung; zweiter Handlungsabschnitt: Zufahren auf den PKW – ist abzuraten. Die Prüfung von § 315 c StGB im ersten Handlungsabschnitt erhalte zu viel Gewicht. Günstiger ist die Aufbaualternative nach der **Schwere der Delikte**: Tötungsdelikte einschließlich des Versuchs / Körperverletzungsdelikte / Straßenverkehrsdelikte. Sie bringt auch zur Geltung, dass die meisten Probleme die Tötungsdelikte betreffen. Dass ein Straßenverkehrsvergehen vorausgegangen ist, kann angemessen bei der Erörterung der Konkurrenzen berücksichtigt werden.

Beim **Aufbau der Heimtücke-Prüfung** erweist sich als problematisch, dass die Definition mit dem Ausnutzungsbewusstsein ein subjektives Element enthält.¹⁹ Konsequenter wäre es, die entsprechende Prüfung erst im sub-

jektiven Tatbestand vorzunehmen. Die Aufbauvorschläge in der Literatur sehen dagegen zumeist eine geschlossene Prüfung unter Einbeziehung des subjektiven Elements im objektiven Tatbestand vor.²⁰ Man vermeidet auf diese Weise Darstellungsschwierigkeiten, die sich ergeben, wenn bei der Prüfung der Heimtücke im objektiven Tatbestand die vollständige Definition zugrunde gelegt, aber nur teilweise geprüft wird. Auch lässt sich dafür anführen, dass das Merkmal trotz des subjektiven Elements ganz überwiegend objektiver Natur ist. Aufbaualternativen sind der Verzicht auf die Unterteilung nach objektivem und subjektivem Tatbestand²¹ und eine Unterteilung in der Weise, dass zunächst der Tatbestand des Totschlags – getrennt nach objektiven und subjektiven Merkmalen – geprüft und anschließend ohne Trennung das Mordmerkmal der Heimtücke untersucht wird²².

In der Frage, ob A tatsächlich mit dem erforderlichen **Ausnutzungsbewusstsein** gehandelt hat, ist auch eine von der BGH-Entscheidung abweichende Lösung gut vertretbar. Zu beantworten ist keine Rechtsfrage, sondern eine Tatsachenfrage. Aus den Angaben im Sachverhalt muss auf den Täterwillen geschlossen werden. In der Praxis ist dieser Schluss eine Angelegenheit des Tatrichters, dem insoweit von den Revisionsgerichten ein großes Maß an Entscheidungsfreiheit zuerkannt wird. Dementsprechend müssen auch Korrektoren den Klausurbearbeitern einen erheblichen Entscheidungsspielraum zubilligen. Maßgeblich ist allein die Qualität der Begründung.

Die Rechtsfrage, ob es beim Mordmerkmal der **Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels** auf die konkreten Umstände ankommt oder eine abstrakte Definition vorzuziehen

¹⁹ Die im Folgenden erörterte Frage betrifft auch die Erweiterung der Definition der Heimtücke durch das Merkmal „in feindseliger Willensrichtung“ (vgl. dazu Rengier, Fn. 4, § 4 Rn. 37).

²⁰ So z. B. Rengier (Fn. 4), § 4 Rn. 8; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 13.

²¹ Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 2004, Rn. 93.

²² Schmidt/Priebe, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2006, S. 22 f.

ist, sollte aus unserer Sicht eher im Sinne der ganz h. M. beantwortet werden. Die Gegenansicht steht auf schwachen Füßen. Ihr Begriff der „abstrakten Vielgefährlichkeit“²³ ist außerordentlich unbestimmt. Er hat auch keineswegs nur eine Einschränkung der Strafbarkeit zur Folge. Eine Tötung mit Sprengstoff, einem nach dieser Ansicht stets gemeingefährlichen Mittel, kann bei fachkundiger Ausführung durchaus so arrangiert werden, dass keine weiteren Personen gefährdet werden. Schließlich geht auch das von dieser Ansicht vortragene Argument fehl, dass die Tötung vieler Menschen noch keinen Mord ausmache. Nicht auf den tatsächlichen Tod mehrerer kommt es an. Entscheidend ist der dem Täter zu machende Vorwurf, dass er es nicht in der Hand hatte, wie viele Menschen getötet oder verletzt wurden.

Zum **Rücktrittsproblem** sollte ausgiebig Stellung genommen werden. Es gehört zu den Standardproblemen des Allgemeinen Teils. Da wir uns bereits an anderer Stelle intensiv damit auseinandergesetzt haben, verweisen wir hier lediglich auf diese Ausführungen.²⁴ Die Auffassung des BGH verdient aus unserer Sicht den Vorzug. Die Gegenansicht disqualifiziert sich dadurch, dass sie die Gesetzeslage zum Nachteil des Täters verändert, was Art. 103 Abs. 2 GG verbietet.

Die Anwendbarkeit von § 315 b StGB auf Fälle der Pervertierung der Verkehrsteilnahme sollte bekannt sein. Das Konkurrenzverhältnis zu § 315 c StGB haben wir ebenfalls schon einmal behandelt.²⁵ Die Literaturansicht, die, abgesehen von Fällen des Fahrens im Zustand der Fahruntüchtigkeit, Gesetzeskonkurrenz annimmt, erscheint uns vorzugswürdig.

5. Kritik

An den Ergebnissen der BGH-Entscheidung gibt es wenig zu kritisieren. Die Begründungen fallen allerdings recht knapp aus.

Wenn das Vorhandensein eines Ausnutzungsbewusstseins damit begründet wird, dass A planmäßig einen Unfall habe herbeiführen wollen, dann wird gerade das vorausgesetzt, was zu prüfen ist: Kann einem aus verletzter Ehre und Wut handelnden Selbstmörder tatsächlich ein planmäßiges Handeln unterstellt werden oder muss nicht eher angenommen werden, dass er spontan und impulsiv handelte?

Eine nähere Begründung lässt auch die Bewertung der konkreten Umstände unter dem Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit vermissen. Zu bedenken ist, dass der Vorfall sich spät in der Nacht ereignete und A gezielt auf ein bestimmtes Auto zufuhr. Es erscheint durchaus möglich, dass eine Verkehrslage gegeben war, die keine unberechenbare Gefahr für viele andere entstehen ließ, oder dass A jedenfalls nicht mit einem entsprechenden Vorsatz gehandelt hat. Darauf geht der BGH jedoch nicht ein.

Bedauerlich ist schließlich, dass das Gericht auf eine begründete Stellungnahme zum straßenverkehrsrechtlichen Konkurrenzproblem verzichtet.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Kristina Kühl zugrunde.)

²³ Horn (Fn. 8), § 211 Rn. 50.

²⁴ FAMOS Dezember 2002 „Gashahn-Fall“.

²⁵ FAMOS Juli 2003 „Polizeiflucht-Fall“.

1. Sachverhalt

A verbüßt eine Jugendstrafe in einer Jugendstrafanstalt. Er wendet sich an die Anstaltsleitung mit zwei Anträgen. Zum einen verlangt er, dass die allgemeine Kontrolle seiner Post eingestellt wird. Zum anderen beanstandet er Disziplinarmaßnahmen, welche die Anstalt gegen ihn wegen seiner Beteiligung an einer tätlichen Auseinandersetzung verhängt und auch schon vollzogen hat. Sie hat seinen Einkauf für einen Monat um 50 % gemindert, ihn für 14 Tage von Gemeinschaftsveranstaltungen ausgeschlossen und ihm in diesem Zeitraum das Fernsehen untersagt.

Die Anstaltsleitung lehnt beide Anträge ab. Die Postkontrolle stehe in Einklang mit Nr. 24 Abs. 3 der bundeseinheitlichen Verwaltungsvorschriften zum Jugendstrafvollzug (VVJug) und sei angesichts der Auffälligkeiten des A geboten. Die Disziplinarmaßnahmen beruhen auf Nr. 87 Abs. 1 Ziff. 2, 3 und 4 VVJug. Gegen sie könne A schon deswegen nicht mehr vorgehen, weil sie bereits vollstreckt worden seien, so dass er durch sie jetzt nicht mehr beschwert sei.

A erhebt gegen diesen Bescheid Widerspruch, der aber erfolglos bleibt. Daraufhin stellt er gem. §§ 23 ff. EGGVG einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim zuständigen OLG und begründet diesen insbesondere damit, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für die mit der Postkontrolle

September 2006 Jugendstrafvollzugs-Fall

Jugendstrafvollzug / Verfassungsmäßigkeit / Gesetzesvorbehalt / Anforderungen an ein Jugendstrafvollzugsgesetz / Übergangsfrist

Leitsätze der Verf.:

1. Maßnahmen, die in die Grundrechte von Gefangenen eingreifen, bedürfen auch im Jugendstrafvollzug einer gesetzlichen Grundlage; daran fehlt es gegenwärtig.
2. Für eine bis Ende 2007 begrenzte Übergangszeit müssen eingreifende Maßnahmen hingenommen werden, soweit sie zur Aufrechterhaltung eines ansonsten verfassungsgemäß geordneten Jugendstrafvollzuges unerlässlich sind.

BVerfG vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04 und 2 BvR 2402/04, abgedruckt in NJW 2006, 2093.

und den Disziplinarmaßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffe fehle. Das OLG lehnt seinen Antrag als unbegründet ab. A legt Verfassungsbeschwerde ein.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Zwischen dem Erwachsenenstrafvollzug und dem Jugendstrafvollzug besteht im Hinblick auf die Rechtsgrundlage ein wesentlicher Unterschied: Der eine ist gesetzlich umfassend geregelt, der andere nicht.

Für den Vollzug der Freiheitsstrafe an Erwachsenen hatte das BVerfG bereits 1972 eine gesetzliche Grundlage gefordert. Der Gesetzgeber schuf sie mit dem Strafvollzugsgesetz (StVollzG) von 1977.

Danach hat die Literatur immer wieder eine gesetzliche Regelung auch

für den Vollzug der Jugendstrafe gefordert. Entsprechende Entwürfe aus Politik, Wissenschaft und Praxis wurden jedoch nie Gesetz.¹ Ein erheblicher Teil der Literatur² hält diesen Zustand für verfassungswidrig. Versuche einiger Jugendgerichte, im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens eine Entscheidung des BVerfG herbeizuführen, blieben jedoch erfolglos.³ Die Bundesregierung legte schließlich 2004 einen Entwurf für ein Jugendstrafvollzugsgesetz vor.⁴ Dieser fand in der Literatur neben Kritik⁵ auch Zustimmung⁶. Gesetzeskraft erlangte er aber nicht.

Im Einzelnen nennen die **Kritiker** des jetzigen Zustandes folgende **Gründe**:⁷

Die wenigen gesetzlichen Regelungen, die es in diesem Bereich gibt, reichen als Ermächtigungsgrundlage für die mit dem Vollzug von Jugendstrafe verbundenen Grundrechtseingriffe nicht aus. Die insoweit in Betracht kommenden §§ 91, 92, 115 JGG und §§ 176, 178 StVollzG sind zwar Gesetze im formellen Sinne. Sie behandeln aber nur Allgemeines und einige spezielle Aspekte des Jugendstrafvollzugs.⁸ We-

sentliche Bereiche des Vollzugsalltags, wie Post- und Besuchsverkehr, Vollzugslockerungen und Disziplinarmaßnahmen, sind lediglich in den VVJug geregelt, die keinen Gesetzescharakter haben. Die Regelungen im StVollzG über den Erwachsenenstrafvollzug sind nicht entsprechend anwendbar. Zwar besteht eine Regelungslücke, jedoch sind der Vollzug der Freiheitsstrafe für Erwachsene und der Jugendstrafvollzug ihrem Wesen nach und in der Zielsetzung nicht vergleichbar. Auch ist eine gesetzliche Regelung längst überfällig. Der Gesetzgeber kann keine Übergangsfrist mehr beanspruchen, wie sie das BVerfG in seiner Entscheidung von 1972 für den Erwachsenenstrafvollzug gewährt hat.

Die **Gegenauffassung**⁹ hält die derzeitige rechtliche Regelung für verfassungsrechtlich gerade noch ausreichend und führt dafür Folgendes an:

Die den Jugendstrafvollzug betreffenden gesetzlichen Regelungen im JGG und StVollzG enthalten eine breitere Rechtsgrundlage als die Regelungen zum Vollzug der Erwachsenenfreiheitsstrafe im StGB vor dem Erlass des StVollzG. Die Entscheidung des BVerfG von 1972 zur Verfassungswidrigkeit des Erwachsenenstrafvollzuges ist daher nicht ohne weiteres auf den Jugendstrafvollzug übertragbar. Auch ergeben die vorhandenen untergesetzlichen Regelungen zum Jugendstrafvollzug jedenfalls dann eine hinreichende Rechtsgrundlage, wenn sie unter Orientierung am StVollzG verfassungskonform ausgelegt werden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG¹⁰ gibt den Kritikern Recht. Es verlangt für den Jugendstrafvollzug eine gesetzliche Grundlage und beanstandet, dass es daran sowohl für die

¹ Nachweise bei *Ostendorf*, JGG, 6. Aufl. 2003, Grdl. z. §§ 91–92 Rn. 7.

² Nachweise bei *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2004, S. 250 Fn. 182; ausführlich *Pollähne/Bammann/Feest* (Hrsg.), Wege aus der Gesetzlosigkeit, 2004.

³ Nachweise bei *Böhm/Feuerhelm* (Fn. 2), S. 250 Fn. 181.

⁴ Abrufbar im Internet unter www.dvjj.de („Themenschwerpunkte“).

⁵ Vgl. *Eisenberg*, MSchrKrim 2004, 353 ff.

⁶ Vgl. *Walter*, ZfJ 2004, 397 ff.

⁷ Vgl. *Wölfl*, ZRP 2000, 511 ff.; *Mertin*, ZRP 2002, 18 ff.; *Binder*, StV 2002, 452 ff.; *AG Herford*, StV 2002, 455 ff.

⁸ § 91 JGG regelt die Aufgabe des Jugendstrafvollzugs. § 92 JGG besagt, dass die Jugendstrafe in Jugendstrafanstalten vollzogen wird. § 115 JGG ist eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung zum Jugendstrafvollzug, von der bislang aber nicht gebraucht gemacht wurde. § 176 StVollzG enthält Regelungen zum Arbeitsentgelt, und § 178 Abs. 1 StVollzG erklärt die Vorschriften über den unmittelbaren Zwang

gem. §§ 94 bis 101 StVollzG auch im Jugendstrafvollzug für anwendbar.

⁹ *Walter/Neubacher*, ZfJ 2003, 1 ff.; *Sonnen*, DVJJ-Journal 2003, 61 ff.

¹⁰ BVerfG, NJW 2006, 2093 ff.

Postkontrolle als auch für Disziplinarmaßnahmen fehlt. Für eine Übergangszeit bis Ende 2007 wird dem Gesetzgeber jedoch eine Frist zur Nachholung des Versäumten eingeräumt.

Zu diesem Ergebnis gelangt das Gericht mit einer Begründung, welche die Verfassungsbeschwerde für zulässig, aber wegen der Übergangsfrist für unbegründet erklärt.

Der Vollzug der Disziplinarmaßnahmen steht nach Ansicht des BVerfG der Zulässigkeit nicht entgegen. Es beruft sich dabei auf seine ständige Rechtsprechung. Danach besteht ein **Rechtsschutzinteresse auch nach der Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzzieles** u. a. dann fort, wenn nachteilige Folgen auftreten können. Diesen Gedanken wendet das Gericht auf den Fall folgendermaßen an: „Die Rechtmäßigkeit der gegen den Beschwerdeführer verhängten Disziplinarmaßnahmen kann bei zukünftigen Prognoseentscheidungen und bei der Festsetzung weiterer Disziplinarmaßnahmen von Bedeutung sein. Die gerichtliche Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen ist daher geeignet, den Beschwerdeführer weiterhin zu beeinträchtigen; zudem besteht Wiederholungsgefahr.“¹¹

Die Beurteilung der Begründetheit entwickelt das BVerfG in vier Schritten.

Erstens. **Eingriffe in Grundrechte** bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**. Das gilt, wie die Entscheidung aus dem Jahr 1972 klar gestellt hat, auch für Eingriffe in die Grundrechte von Strafgefangenen.¹² Es gibt keinen Grund, jugendliche Strafgefangene davon auszunehmen.

Zweitens. **Die vorhandenen rechtlichen Regelungen zum Jugendstrafvollzug reichen nicht aus**. Das JGG und das StVollzG enthalten nur wenige Einzelvorschriften. Die

Postkontrolle und die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen sind allein in den VVJug geregelt, die als bloße Verwaltungsvorschriften keine Grundrechtseingriffe legitimieren können.

Drittens. **Eine analoge Anwendung des StVollzG kommt nicht in Betracht**. Einer entsprechenden Anwendung des StVollzG auf Disziplinarmaßnahmen steht bereits das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG entgegen, das auch für Disziplinarstrafen gilt. Ob ansonsten eine entsprechende Anwendung von gesetzlichen Eingriffsermächtigungen eine ausreichende Grundlage bieten kann, muss nicht geklärt werden. „Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehalts scheidet eine Schließung von Regelungslücken im Wege der Analogie jedenfalls dann aus, wenn für eine ganze Rechtsmaterie mit vielfältigem Grundrechtsbezug der Gesetzgeber die Entscheidung über deren Ausgestaltung nicht getroffen und die dazu erforderlichen grundrechtsrelevanten Abwägungen nicht vorgenommen hat. So liegt es hier.“¹³

Außerdem sind die Voraussetzungen für eine analoge Gesetzesanwendung nicht gegeben.¹⁴

Die Regelungslücke ist nicht planwidrig; planwidrig ist allenfalls, dass sie trotz zahlreicher Anläufe bis heute nicht geschlossen wurde.

Ferner fehlt es an der für eine Analogie erforderlichen Gleichartigkeit der zu regelnden Sachverhalte. Erwachsenen- und Jugendstrafvollzug haben es mit völlig unterschiedlichen Sachverhalten zu tun. Der Jugendstrafvollzug bedarf gesetzlicher Grundlagen, die besonderen Anforderungen gerecht werden. Sie müssen darauf Rücksicht nehmen, dass Jugendliche sich biologisch, psychisch und sozial in einem Stadium des Übergangs befinden und dass nicht nur sie selbst, sondern auch andere für ihre Entwicklung verantwortlich sind.

¹¹ BVerfG NJW 2006, 2093.

¹² Mit dieser Entscheidung (BVerfGE 33, 1) wurde die Auffassung aufgegeben, dass Strafgefangene einem „besonderen Gewaltverhältnis“ unterworfen seien; näher dazu Böhm, Strafvollzug, 3. Aufl. 2003, Rn. 5.

¹³ BVerfG NJW 2006, 2093, 2094.

¹⁴ Vgl. allgemein zu den Anforderungen an eine analoge Gesetzesanwendung: Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, § 77.

Das auch im Erwachsenenvollzug geltende und verfassungsrechtlich abgesicherte Ziel der „sozialen Integration“¹⁵ hat für den Jugendstrafvollzug „besonders hohes Gewicht“¹⁶. Da der Jugendliche sich noch in der Entwicklung befindet, trägt der Staat besondere Verantwortung, wenn er mit Freiheitsentzug eingreift, zumal die Lebensspanne nach Verbüßung der Haft bei Jugendlichen typischerweise besonders lang ist.

Viertens. **Trotz des Fehlens gesetzlicher Grundlagen bleibt die Verfassungsbeschwerde des A erfolglos.** Das BVerfG macht von einem **Lösungsansatz** Gebrauch, der **nach dem Muster „ja, aber...“** konstruiert ist. Ja: Verfassungswidrig ist der Umstand, dass für die Eingriffe und die sie bestätigenden Gerichtsentscheidungen keine gesetzliche Grundlage vorhanden war. Aber: Falls im Übrigen, also abgesehen vom Fehlen einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung, Verfassungskonformität gegeben ist, sollten diese Maßnahmen und – für eine Übergangsfrist – weitere Maßnahmen dieser Art hingenommen werden, wenn nur so ein Zustand vermieden werden kann, der mit der verfassungsmäßigen Ordnung noch weniger vereinbar wäre.

Die Voraussetzungen für eine solche „vorübergehende Aussetzung der regulären Rechtsfolgen des Fehlens verfassungsrechtlich notwendiger gesetzlicher Vorschriften“¹⁷ sind nach Ansicht des BVerfG hier deswegen gegeben, weil die Anstalten ansonsten nicht in der Lage wären, Inhaftierte untereinander und das Personal vor Übergriffen zu schützen und Ausbrüche zu verhindern. Jugendliche Gefangene müssen daher verfassungsrechtlich unerlässliche

Grundrechtseingriffe hinnehmen, bis ein Jugendstrafvollzugsgesetz in Kraft tritt, was spätestens Ende 2007 geschehen muss. Zu den duldpflichtigen Maßnahmen zählen nach Ansicht des BVerfG die gegen A getroffenen.

Eine weitere Urteils Passage gehört nicht mehr zu diesem Begründungszusammenhang. Sie ist nicht für die Entscheidung selbst, wohl aber für die **künftige Gesetzgebung** relevant. Das Gericht engt darin den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers durch verschiedene Hinweise ein.

So leitet es aus den Besonderheiten jugendlicher Straftäter einige **spezielle Anforderungen an ein Jugendstrafvollzugsgesetz** ab. Insbesondere Kontakte¹⁸, körperliche Bewegung und disziplinarische Maßnahmen seien jugendspezifisch zu regeln. Die Besuchsmöglichkeiten für familiäre Kontakte müssten – auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG – um ein Mehrfaches über denen im Erwachsenenvollzug liegen. Auch sei der Wohngruppenvollzug für die Bedürfnisse des Jugendstrafvollzugs besonders geeignet. Ferner sei bei der Regelung des Rechtsschutzes zu berücksichtigen, dass junge Gefangene im Umgang mit Behörden und schriftlicher Kommunikation unerfahren seien.

Zwei weitere Hinweise betreffen Rahmenbedingungen, die das Gericht mit „dem besonderen verfassungsrechtlichen Gewicht, das dem Ziel der Vorbereitung auf eine künftige straffreie Lebensführung im Jugendstrafvollzug zukommt,“¹⁹ begründet.

¹⁵ BVerfG NJW 2006, 2093, 2095; zu Recht zieht das BVerfG diesen Begriff dem häufiger verwendeten Begriff der Resozialisierung vor. Von Re-Sozialisierung kann bei den meisten Strafgefangenen nicht die Rede sein, weil sie zuvor nicht sozial integriert gewesen sind. Das gilt in besonderem Maße für jugendliche Strafgefangene.

¹⁶ BVerfG NJW 2006, 2093, 2095.

¹⁷ BVerfG NJW 2006, 2093, 2097.

¹⁸ Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber der Veränderung der Kommunikationstechniken Rechnung tragen sollte. Die moderne Gesellschaft kommuniziert in wachsendem Maße über das Internet. Demgegenüber erfasst die strafvollzugsrechtliche Rechtssetzung nur die herkömmlichen Kommunikationsformen. Hier besteht Anpassungsbedarf, insbesondere für den Jugendstrafvollzug, damit Strafgefangene nicht in eine ihnen unbekanntere Kommunikationswelt entlassen werden. Vgl. zu diesem Problem *Knauer*, Strafvollzug und Internet, 2006.

¹⁹ BVerfG NJW 2006, 2093, 2096.

Der Staat muss den Vollzug personell und finanziell so ausstatten, wie es zur Realisierung des Vollzugszieles erforderlich ist.

Außerdem muss sich der Gesetzgeber permanent um eine **Überprüfung der Wirksamkeit des Vollzuges** bemühen, indem er das Erfahrungswissen der Vollzugsbehörden und wissenschaftliche Erkenntnisse nutzt. Empfohlen wird „die Erhebung aussagefähiger, auf Vergleichbarkeit angelegter Daten, die bis hinunter auf die Ebene der einzelnen Anstalten eine Feststellung und Bewertung der Erfolge und Misserfolge des Vollzugs – insbesondere der Rückfallhäufigkeiten – sowie die gezielte Erforschung der hierfür verantwortlichen Faktoren ermöglichen“²⁰. Die „Beobachtungsergebnisse“ können den Gesetzgeber zur „Nachbesserung“ verpflichten.²¹

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Beschäftigung mit dem Urteil lohnt sich nicht nur für Studierende, deren Wahlfach oder Schwerpunktbereich das Jugendstrafrecht und das Strafvollzugsrecht umfasst. Die Entscheidung behandelt einen Ausschnitt aus dem großen Thema der Gesetzlichkeit staatlichen Strafens und eignet sich daher durchaus auch zum strafrechtlichen Prüfungsgegenstand. Außerdem wird die Prüfungspraxis des öffentlichen Rechts von dem Urteil Gebrauch machen, weil es die Behandlung allgemeiner Fragen des Gesetzesvorbehalts ermöglicht.

Auch für die **Vollzugspraxis** und die **Rechtsprechung** ist die Entscheidung von großer Bedeutung. Die Vollzugsanstalten und die Gerichte werden genau prüfen müssen, welche der Eingriffe, die in den VVJug vorgesehen sind, zur Aufrechterhaltung eines ansonsten verfassungsgemäß geordneten Vollzuges unerlässlich sind. Es gilt, eine

quasigesetzliche Grundlage aus der Verfassung zu destillieren. Angesichts der Offenheit verfassungsrechtlicher Normen ist mit einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit zu rechnen.

Umso wichtiger wäre ein rasches Handeln des Gesetzgebers. Doch lässt die jüngst in Kraft gesetzte Föderalismus-Reform daran zweifeln. Mit ihr ist die **Gesetzgebungskompetenz** für den Strafvollzug auf die Länder übergegangen. Diese müssen sich nun einigen, ob sie eine einheitliche Regelung anstreben oder ob sie jeweils eigene Gesetze zum Jugendstrafvollzug erlassen. Das Bundesjustizministerium hatte noch vor dem Inkrafttreten der Föderalismusreform einen Gesetzentwurf zum Jugendstrafvollzug vorgelegt.²² Die Länder Baden-Württemberg²³ und Bayern²⁴ haben nunmehr eigene, in nicht wenigen Punkten abweichende Entwürfe veröffentlicht.

5. Kritik

Zuzustimmen ist dem klaren Diktum, dass die derzeitige Regelung des Jugendstrafvollzugs mangels gesetzlicher Grundlage verfassungswidrig ist. Ferner ist die Forderung nach einem Strafvollzug, der sich am Ziel der sozialen Integration orientiert und die Besonderheiten junger Gefangener achtet, mit Nachdruck zu unterstützen.

Anerkennung verdient auch das Bemühen des Gerichts, den Jugendstrafvollzug davor zu bewahren, zum Gegenstand parteipolitischer Taktik zu werden. Dieses Bemühen tritt in den beiden Rahmenbedingungen zutage, die aus der Verfassung abgeleitet werden. Der Staat müsse dem Jugendstrafvollzug die Mittel zur Verfügung stellen, die

²⁰ BVerfG NJW 2006, 2093, 2097.

²¹ BVerfG NJW 2006, 2093, 2097.

²² Abrufbar auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums unter www.bmj.de/media/archive/1237.pdf.

²³ Abrufbar im Internet unter www.jum.baden-wuerttemberg.de („Gesetze und Verordnungen“).

²⁴ Abrufbar im Internet unter <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/> („Gesetzgebung“).

er für eine erfolgreiche soziale Integration der Gefangenen brauche. Und der Gesetzgeber sei zu rationalem Handeln verpflichtet: Er solle praktische und wissenschaftliche Erkenntnisse für eine ständige Effizienzkontrolle nutzen.

Bedenken erweckt demgegenüber die Gewährung einer Übergangsfrist und die daraus resultierende Folge für den Beschwerdeführer: **A hat Recht** (mit seiner Beanstandung der Maßnahmen als verfassungswidrig mangels gesetzlicher Grundlage), **bekommt aber kein Recht**; vielmehr wird seine Verfassungsbeschwerde als unbegründet abgewiesen. Der Urteilstenor zeigt die Widersprüchlichkeit der Entscheidung auf: „Die Verfassungsbeschwerden werden zurückgewiesen. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.“²⁵ Das bedeutet: In der Hauptsache hat der Beschwerdeführer zwar verloren; er bekommt aber seine Auslagen erstattet, weil er aufgezeigt hat, dass der jetzige Zustand eigentlich verfassungswidrig ist.

Diese Entscheidungsform soll an sich nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen.²⁶ Mittlerweile begegnet man ihr aber recht häufig. Daher sei einmal kritisch nachgefragt: Was wäre denn passiert, wenn das BVerfG die Maßnahmen gegen A und damit insgesamt Eingriffe im Jugendstrafvollzug mangels gesetzlicher Grundlage für verfassungswidrig erklärt hätte?

Ob tatsächlich ein unhaltbarer Zustand eingetreten wäre, lässt sich bezweifeln. Die Freiheitsentziehung hätte weiterhin durchgeführt werden können, weil dafür mit den Normen des JGG und des StGB eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Zur Verhinderung von internen Übergriffen und Ausbrüchen hätte auf Notrechte, wie §§ 32 und 34 StGB, sowie auf gesetzliche Regelungen zur Gefahrenabwehr

zurückgegriffen werden können. Sicherlich wäre dieser Zustand höchst unbefriedigend gewesen. Aber gerade damit wäre die Gesetzgebung einem weitaus stärkeren Druck ausgesetzt worden als durch die Gewährung einer großzügigen Übergangsfrist. Hat doch der Gesetzesgeber in anderen Zusammenhängen gezeigt, dass er innerhalb kürzester Zeit reagieren kann. „Florida-Rolf“ ist dafür das beste Beispiel.²⁷

Auch das Verhalten des BVerfG vor dieser Entscheidung gibt Anlass zur Kritik. Die Versuche einiger Jugendgerichte, im Wege eines Normenkontrollverfahrens den gesetzlosen Zustand zu beenden, hat es ungenutzt gelassen. Nun mag es so gewesen sein, dass eine Entscheidung in der Sache aus formellen Gründen nicht möglich war. Hätte dann nicht aber einer der Richter zur Feder greifen können, um mit einem Aufsatz den Gesetzgeber auf Trab zu bringen? Das Gebot richterlicher Zurückhaltung muss zurücktreten, wenn ein Verfassungsverstoß so offensichtlich ist wie dieser.

Hoffen wir auf Besserung. Im Bereich des Vollzuges freiheitsentziehender Maßnahmen gibt es durchaus noch einiges zu tun. So ist der **Vollzug der Untersuchungshaft** bislang gesetzlich nur rudimentär in § 119 StPO und ansonsten lediglich durch Verwaltungsvorschriften geregelt. In der Literatur herrscht über die Verfassungswidrigkeit des Untersuchungshaftvollzugs schon länger weitgehend Einigkeit.²⁸ Demgegenüber trägt die Rechtsprechung einschließlich der des BVerfG die gegenwärtige Praxis nach wie vor mit. Wie lange noch?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Dr. Florian Knauer zugrunde.)

²⁵ In NJW 2006, 2093 ist der Tenor nicht abgedruckt; das vollständige Urteil ist unter www.bundesverfassungsgericht.de abrufbar.

²⁶ Vgl. BVerfG NJW 2006, 2093, 2097 m. w. N.

²⁷ „Florida-Rolf“ ließ sich – legal – seine Sozialhilfe nach Miami Beach überweisen. Davon berichtete die Bild-Zeitung. Einige Wochen danach war das entsprechende Gesetz geändert. Vgl. www.wikipedia.de: „Florida-Rolf“.

²⁸ Nachweise bei Hilger, in Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 1996, § 119 Rn. 9.

1. Sachverhalt¹

A schließt in großem Umfang Sportwetten mit hohen Einsätzen ab. Um seine Gewinnaussichten zu verbessern, vereinbart er mit dem Fußballschiedsrichter B die Manipulation von Spielen. Gegen die Zahlung von Geld verspricht B, Spielresultate auch unter Verletzung der Spielregeln, z. B. durch die Verhängung unberechtigter Elfmeter oder die Aberkennung regelgerecht erzielter Tore, so zu beeinflussen, dass A Wettgewinne erzielen kann. A schließt auf die Spiele, die manipuliert werden sollen, Wetten ab, indem er ausgefüllte Spielscheine in einem Wettbüro dem Angestellten C des Inhabers D übergibt. Die Teilnahmebedingungen sehen vor, dass ein Wettangebot bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abgelehnt werden kann, etwa wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung besteht oder wenn eine ordnungsgemäße Abwicklung des Spielgeschäfts nicht möglich ist. C gibt die Spielscheine in die Datenverarbeitungsanlage ein und händigt A gegen Zah-

¹ Der Sachverhalt beschränkt sich auf die Angaben, die zur Erörterung der Hauptprobleme nötig sind. Das tatsächliche Geschehen umfasste weitere Personen und Taten. Die damit zusammenhängenden Probleme der banden- und gewerbsmäßigen Begehung bleiben hier ausgespart. Insoweit wird auf die Entscheidung verwiesen.

Oktober 2006 Wettskandal-Fall

Betrug / Täuschung: Abgrenzung zwischen konkludenter Erklärung und Täuschung durch Unterlassen / Irrtum: Abgrenzung zum Nichtwissen / konkrete Vermögensgefährdung als Vermögensschaden / Mittäterschaft: Abgrenzung zur Beihilfe

§§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Leitsatz der Verf.:

Wer in einem Wettbüro einen Spielschein über ein Fußballspiel vorlegt, erklärt konkludent, die Wette entspreche den allgemein gültigen Voraussetzungen eines Wettvertrages, nämlich dass das Wettisiko für beide Parteien gleich sei, weil der Ausgang des Spieles für beide Seiten gleichermaßen ungewiss sei; daher liegt eine konkludente Täuschung vor, wenn der Wettende, nachdem er die Manipulation des Spieles mit dem Schiedsrichter vereinbart hat, bei der Abgabe des Scheines keinerlei Andeutung über die Manipulationsabrede macht.

LG Berlin, Urteil vom 17.11.2005 – Az: (512) 68 Js 451/05 Kls (42/05); abrufbar im Volltext nur unter www.beck.de als BeckRS 2006, 05289

lung des Wetteinsatzes die Wettscheine aus. Soweit B die Manipulation von Spielen gelingt, erhält A hohe Gewinne ausgezahlt. Bei einigen Spielen bemüht B sich jedoch vergeblich, das Ergebnis zu beeinflussen, so dass A mit seiner Wette erfolglos bleibt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Für die Medien war es der Fall des Schiedsrichters Hoyzer (hier B), weil das öffentliche Interesse zur Hauptsache der Spielmanipulation galt. Im Mittelpunkt der noch nicht abgeschlosse-

nen Strafverfolgung² steht dagegen A, von dem die Initiative ausging.

Rechtlich ist von zentraler Bedeutung, ob A sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Die Anwendung folgender Betrugsmerkmale erweist sich bei genauer Betrachtung als problematisch: Täuschung, Irrtum und Vermögensschaden. Das werden wir gleich aufzeigen. Anschließend besprechen wir ein Rechtsproblem, das die Rolle des B betrifft: Mittäterschaft oder Beihilfe? Einige weniger wichtige Rechtsfragen werden erst unter 4. zur Sprache kommen.

Für die Betrugshandlung der Täuschung ist ein Adressat nötig. Also wird das Verhalten des A erst in dem Augenblick betrugsrelevant, in dem er das Wettbüro betritt und C seinen Spielschein aushändigt. Hat er dadurch getäuscht?

Als **Täuschung** wird jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen, d. h. dem Beweis zugängliche Vorgänge oder Zustände, angesehen.³

Täuschungsgegenstand kann im vorliegenden Fall nicht der Spielausgang sein, weil er als seinerzeit zukünftiges Ereignis nicht dem Beweis zugänglich war. A könnte aber vorgegeben haben, eine Wette auf ein vom ihm völlig unbeeinflusstes Spiel abgegeben zu haben, was nicht der Wahrheit entsprach, und dadurch getäuscht haben.

Doch hat A keine ausdrückliche Erklärung mit diesem Inhalt abgegeben. Damit bleiben nur die Möglichkeiten einer Täuschung durch konkludentes Verhalten und einer Täuschung durch Unterlassen.

Vorrangig ist eine **konkludente Täuschung** zu prüfen.⁴ Dabei ist zu

bedenken, dass A ein Standardverhalten an den Tag legte: kommentarloses Abgeben eines Wettscheines. Will man herausfinden, ob eine konkludente Täuschung vorliegt, so ist es nicht sinnvoll, zu fragen: Was wollte *diese* Person mit *diesem* Verhalten zum Ausdruck bringen? Die Frage muss vielmehr lauten: Was wird üblicherweise, also nach den Regeln des Verkehrskreises, durch ein solches Verhalten zum Ausdruck gebracht?

Diese Frage musste der BGH bereits in zwei ähnlichen Fällen beantworten. Die Antworten fielen unterschiedlich aus.

In der „Spätwetten-Entscheidung“⁵ von 1961 war zu klären, ob ein Spieler beim Eingehen einer Wette über ein bereits begonnenes Pferderennen konkludent erklärt, das Ergebnis noch nicht zu kennen. In dem zugrunde liegenden Fall war der Wettende bereits telefonisch über den Ausgang des Rennens informiert, was der Betreiber des Wettbüros für ausgeschlossen hielt, weil ihm erst einige Minuten später das amtliche Ergebnis übermittelt wurde. Der BGH lehnte die Annahme einer solchen Erklärung ab; sie sei eine „willkürliche Konstruktion“⁶.

1979 hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob derjenige konkludent täuscht, der eine Wette über ein Pferderennen abschließt, auf dessen Ergebnis er durch Geldzahlungen an Reiter Einfluss genommen hat.⁷ Das Gericht bejahte das mit der Begründung, der Wettende erkläre mit seinem Angebot zum Abschluss eines Wettvertrages stillschweigend, er habe die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch Manipulationen verändert.

Gleichermaßen könnte in unserem Fall entschieden werden, weil der Sachverhalt stärker damit übereinstimmt als mit dem Sachverhalt der Spätwetten-Entscheidung. Doch betrifft der Unterschied zum Spätwetten-Fall nur das

² Der BGH wird am 28. November 2006 über die Revision der Angeklagten gegen das hier besprochene Urteil des LG Berlin entscheiden.

³ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 334 f.; *Rengier*, Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2006, § 13 Rn. 5.

⁴ Vgl. zur Prüfungsabfolge *Rengier* (Fn. 3), § 13 Rn. 15.

⁵ BGHSt 16, 120.

⁶ BGHSt 16, 120, 121.

⁷ BGHSt 29, 165.

Vortatverhalten. Beim Abschluss der Wette ist ein Unterschied im Verhalten nicht erkennbar.⁸ Beantwortet werden muss also die Frage: Ist es eine „willkürliche Konstruktion“ oder eine sachgerechte Interpretation, wenn dem Angebot zum Abschluss eines Wettvertrages die stillschweigende Erklärung entnommen wird, man habe sich keinen regelwidrigen Vorteil gegenüber dem Wettanbieter verschafft, weder durch unzulässige Informationsbeschaffung noch durch Manipulation.

Wird eine konkludente Täuschung verneint, bleibt nur die Möglichkeit, eine **Täuschung durch Unterlassen** zur Grundlage einer Betrugsstrafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB zu machen. Eine (Garanten-)Pflicht des A zur Offenlegung der Chancenungleichheit wird sich kaum aus der **Vertragsbeziehung** mit D herleiten lassen. Dafür ist nämlich ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erforderlich,⁹ das bei bestimmten Vertragstypen, z. B. Vermögensbetreuungsverträgen, oder bei bestimmten Fallumständen, z. B. langjährigen Geschäftsbeziehungen oder fachlicher Unterlegenheit einer Partei, gegeben sein kann. Hier haben wir es jedoch mit einem normalen Schuldvertrag zu tun,¹⁰ und es sind auch keine vertrauensbegründenden Umstände ersichtlich.

Eine Garantenstellung könnte allenfalls aus der Manipulation als **pflichtwidrigem gefährdendem Vorverhalten** (Ingerenz) abgeleitet werden. Problematisch daran ist aber, dass die Verhaltenspflicht, keine Fußballspiele zu manipulieren, dem Schutz des Sports, nicht jedoch dem Schutz des Vermögens von Wettanbietern dient.¹¹ A mag verpflichtet gewesen sein, die durch die Manipulation geschaffene Gefahr für

einen regelgerechten Spielverlauf zu beseitigen. Eine Garantenpflicht zur Beseitigung der zugleich eingetretenen Gefahr für das Vermögen des Wettanbieters ist auf diese Weise aber nicht begründbar. Das mag anders sein, wenn man mit einer Mindermeinung¹² für die Garantenstellung aus Ingerenz auf die Pflichtwidrigkeit des gefährdenden Vorverhaltens verzichtet.

Die oben festgestellte Unsicherheit bei der Ermittlung einer konkludenten Täuschung setzt sich fort bei der Prüfung eines **Irrtums**, also einer Fehlvorstellung über Tatsachen,¹³ auf Seiten des Täuschungsadressaten. Das ist unvermeidbar, weil die beiden Merkmale eng verbunden sind. Sie behandeln denselben Gegenstand aus unterschiedlicher Perspektive. Warum sollte also das, was als Äußerung unklar ist, beim Empfänger klar ankommen?

Das Problem wird rechtlich folgendermaßen verarbeitet. Kein Irrtum liegt vor, wenn sich der Adressat überhaupt keine Vorstellung von der maßgeblichen Tatsache macht. **Nichtwissen ist kein Irrtum.**¹⁴ Ein Irrtum ist aber nicht nur im Falle bewusster Fehlvorstellung gegeben. Es genügen schwächere Bewusstseinsformen.¹⁵ Auch die allgemeine Vorstellung, dass alles in Ordnung sei, kann einen Irrtum begründen. Allerdings bedarf es eines Anlasses für die Ausbildung einer solchen Vorstellung. Welchen Anlass sollte C aber gehabt haben, um zu der Vorstellung zu gelangen, er habe es mit einem in jeder Hinsicht ordnungsgemäßen Wettangebot zu tun, zumal er gar nicht in der Lage war, zu überprüfen, ob die Gefahr einer Spielmanipulation bestand?

Man könnte antworten: Anlass war, dass A so tat, als sei alles in Ordnung.

⁸ So auch *Schlösser*, NStZ 2005, 423, 425.

⁹ Vgl. *Cramer/Perron* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 22 m. w. N.

¹⁰ Auch der BGH verneint in der Spätwetten-Entscheidung die Eignung des Spielvertrages, eine Aufklärungspflicht zu erzeugen, BGHSt 16, 120, 122.

¹¹ Vgl. *Schlösser*, NStZ 2005, 423, 427.

¹² Z. B. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 46 Rn. 98 ff.; *Freund* in MK, StGB, 2003, § 13 Rn. 124 ff.

¹³ Vgl. *Marxen* (Fn. 3), S. 336.

¹⁴ Lateinisch: *ignorantia facti*; vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 28. Aufl. 2005, Rn. 508.

¹⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden *Rengier* (Fn. 3), § 13 Rn. 18 ff.

Das wäre jedoch zirkulär. Immerhin wird dadurch eines deutlich: Der Schlüssel zur Lösung liegt beim Täuschungsmerkmal. Wer eine konkludente Täuschung annimmt wird konsequenterweise auch zur Annahme eines Irrtums sowie einer **Kausalitätsbeziehung zwischen Täuschung und Irrtum** gelangen.

Bei der Prüfung des Merkmals des **Vermögensschadens** darf man sich nicht verleiten lassen, darauf abzustellen, ob A einen Gewinn einstreichen konnte, was zur Annahme eines bloßen Versuchs führen würde, soweit die Spielmanipulation misslang. Übersehen würde dabei, dass A schon durch den Vertragsschluss in eine günstige Position gelangte. Das gilt auch im Falle späteren Scheiterns. Denn die Vorbereitung der Spielmanipulation erhöhte seine Gewinnaussichten. Umgekehrt verschlechterte der Vertragsabschluss die Vermögensposition des D. Die Risiken waren im Unterschied zum ordnungsgemäßen Wettgeschäft zu seinen Lasten verschoben. Damit war sein Vermögen konkret gefährdet, was zur Bejahung eines Vermögensschadens ausreicht.¹⁶

Das bedeutet in dogmatische Kategorien übersetzt: Wir haben es mit einem Eingehungsbetrug zu tun.¹⁷ Soweit A einen Gewinn erzielte, ist darin lediglich eine Schadensvertiefung zu sehen: Der zunächst in der Form konkreter Vermögensgefährdung vorliegende Schaden wandelte sich zum Vermögensverlust.

Will man den Schaden genau berechnen, was etwa für die Strafzumessung relevant sein kann, so müssen Wetteinsatz und möglicher Gewinn in ein Verhältnis gesetzt werden. Der (Eingehungs-)Schaden ergibt sich aus der Differenz zwischen der konkreten

manipulationsbedingten Gewinnaussicht abzüglich des Wetteinsatzes und der Gewinnquote abzüglich des Wetteinsatzes im Falle regelgerechten Wettens.

Wenden wir uns abschließend Schiedsrichter B zu. Die Aufgabe, seine Beteiligungsrolle rechtlich zu qualifizieren, sollte so gelöst werden, dass zunächst die **Mittäterschaft** gem. § 25 Abs. 2 StGB als die weitergehende Form strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Betracht gezogen wird. **Die Abgrenzung zur Beihilfe** gem. § 27 StGB ist auf der Basis der hauptsächlich noch vertretenen Theorien, der subjektiven Theorie und der Tatherrschaftslehre, vorzunehmen.¹⁸ Man sollte wissen, dass sich die Standpunkte heute weitgehend angenähert haben. Die Rechtsprechung prüft nicht mehr rein subjektiv und die Tatherrschaftslehre konzidiert, dass auch subjektive Faktoren bei der Bestimmung der Tatherrschaft von Bedeutung sein können. Zu empfehlen ist daher eine komplexe Prüfung, die den Sachverhalt sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht möglichst umfassend auswertet.

Hier spricht mehr für eine bloße Gehilfenstellung des B. Sein Beitrag beschränkte sich auf vorbereitende Hilfestellung. Da er nach Vorgaben des A handelte, kam diesem Beitrag auch keine steuernde Funktion zu. Zudem partizipierte B nicht unmittelbar am Gewinn. Vielmehr wurde er von A gesondert bezahlt. Lediglich der Umstand, dass A auf die Mitwirkung des B angewiesen war, verleiht dessen Rolle ein etwas stärkeres Gewicht.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Wenn man die Entscheidung liest, könnte man meinen, dass die hier breit ausgeführten Probleme gar nicht existieren.

¹⁶ Vgl. zur Schadensbegründung durch konkrete Vermögensgefährdung *Cramer/Perron* (Fn. 9), § 263 Rn. 143 ff.

¹⁷ Vgl. zum Eingehungsbetrug (und zur Abgrenzung zum Erfüllungsbetrug) *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 373 ff.; sowie *Famos* Oktober 2004 (Rabatt-Fall).

¹⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2006, S. 115 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 35. Aufl. 2005, Rn. 510 ff.

Das Landgericht „löst“ die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit den Merkmalen der Täuschung und des Irrtums stellen, durch Behauptungen in der Form tatsächlicher Feststellungen.

Es sieht eine **konkludente Täuschung** darin, dass A die Spielscheine vorgelegt hat, „ohne hierbei trotz teilweise sehr hoher Wetteinsätze auch nur eine Andeutung über die vorgenommenen Manipulationsabreden zu tätigen“¹⁹. A habe über die Verschiebung des Wetttrisikos zu seinen Gunsten getäuscht, indem er „durch die Vorlage der Spielscheine erklärte, die angekreuzten Wetten entsprächen den allgemein gültigen Voraussetzungen eines Wettvertrages, nämlich dass das Wettisiko für beide Parteien gleich, der Ausgang der jeweils wettgegenständlichen Fußballspiele für beide Seiten gleichermaßen ungewiss ist.“²⁰

Aufgrund dieser Täuschung sei bei C **kausal der Irrtum** entstanden, „es handele sich bei dem jeweils vorgelegten Spielschein um einen solchen, der zum Abschluss eines Wettvertrages zugelassen werden dürfe“.²¹

Was den Vermögensschaden betrifft, so orientiert sich das Gericht zwar an den erzielten Gewinnen, soweit die Manipulation erfolgreich war. Es vermeidet jedoch den Fehler, in den anderen Fällen bloßen Versuch anzunehmen. Hier stellt es zutreffend auf die durch den Vertragsschluss eingetretene konkrete Vermögensgefährdung ab.

Im Ergebnis nimmt das Landgericht eine Strafbarkeit des A wegen Betruges an. Eine **Mittäterschaft** des B dazu lehnt es ab. Sie scheide aus, weil B die Tat nicht als eigene verstanden habe und diese „außer in Hinsicht auf die Manipulation des jeweiligen Fußballspiels auch nicht beeinflussen kann-

te“²². An den Wettabschlüssen sei er nicht beteiligt gewesen. Deswegen habe er sich nur wegen Beihilfe zum Betrug strafbar gemacht.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Seine mediale Prominenz verschafft dem Fall auch juristische Aufmerksamkeit. Die Ausbildungszeitschriften haben sich seiner bereits angenommen.²³ Die demnächst²⁴ anstehende Revisionsentscheidung könnte den Fall zum „Klassiker“ werden lassen, weil der BGH den hier aufgezeigten Widerspruch zwischen zwei divergierenden Vorentscheidungen klären muss.

Um eine vollständige Fallbearbeitung zu ermöglichen, müssen wir unsere Problemerkörterung um einige Hinweise ergänzen.

Als **erster Tatkomplex** sollte in gebotener Kürze die Geldzahlung des A an B angesprochen werden. Eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit bzw. Bestechung gem. §§ 332, 334 StGB ist zu verneinen, weil es an der Amtsträgereigenschaft des Geldempfängers fehlt. Auch kommt § 299 Abs. 1 und 2 StGB nicht zum Zuge. Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr liegen nicht vor, weil die Ergebnisse von Fußballspielen nicht in einem Wettbewerbszusammenhang stehen, der den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen betrifft.²⁵

Den **zweiten Tatkomplex** bildet der oben²⁶ breit erörterte Abschluss der Sportwette. Die Prüfung kann bereits beim Merkmal der Täuschung enden. Das ist der Fall, wenn eine konkludente Täuschung verneint und auch eine Täuschung durch Unterlassen abgelehnt wird. Gelangt die Prüfung bis zum Merkmal der Vermögensverfügung, soll-

¹⁹ LG Berlin, Urteilsgründe IV., BeckRS 2006 05289.

²⁰ LG Berlin, Urteilsgründe IV., BeckRS 2006 05289.

²¹ LG Berlin, Urteilsgründe IV., BeckRS 2006 05289.

²² LG Berlin, Urteilsgründe IV., BeckRS 2006 05289.

²³ Fallbesprechungen von *Jahn*, JuS 2006, 567, und *Fasten/Oppermann*, JA 2006, 69.

²⁴ Siehe Fn. 2.

²⁵ Vgl. *Schlösser*, NStZ 2005, 423, 424.

²⁶ S. 2.

te herausgearbeitet werden, dass die Situation eines **Dreiecksbetruges** gegeben ist, weil Verfügender (C) und Geschädigter (D) nicht identisch sind. Das Angestelltenverhältnis begründet die erforderliche Nähebeziehung.²⁷ Besondere Sorgfalt ist bei der Prüfung des Vermögensschadens geboten, weil die Konstellation eines Eingehungsbetruges gegeben ist.

An die Bejahung einer Betrugsstrafbarkeit des A sollte sich die Erörterung des Beitrages des B dazu (Mittäterschaft oder Beihilfe?) anschließen.

Schließlich ist noch an **weitere Betrugskonstellationen** zu denken, die mit der Spielmanipulation durch B zusammenhängen.²⁸ Ohne nähere Sachverhaltsangaben werden sie sich allerdings kaum ergiebig prüfen lassen. In Betracht kommt Betrug zum Nachteil des betroffenen Vereins, der Zuschauer, anderer Wettteilnehmer und des Deutschen Fußballbundes (DFB). Die Hauptschwierigkeit besteht darin, eine Täuschungshandlung des B festzustellen. Am aussichtsreichsten ist noch die Prüfung eines Betruges gegenüber und zum Nachteil des DFB durch Anfertigung und Abgabe des Spielberichts. Er gibt den Angestellten des DFB Anlass zu glauben, dass B das Spiel ordnungsgemäß geleitet und dafür die übliche Bezahlung verdient habe. A könnte sich insoweit wegen Anstiftung strafbar gemacht haben.

5. Kritik

Das Landgericht umgeht das rechtliche Kernproblem – welchen Erklärungswert hat die Abgabe eines Spielscheins in einem Wettbüro? – durch die Feststellung, A habe durch diese Handlung etwas Bestimmtes erklärt, nämlich dass er auf ein von ihm unbeeinflusstes Spiel wette. Das wird der BGH in seiner Entscheidung über die Revision²⁹ so nicht

hinnehmen können. Die Rechtsfrage nach dem Erklärungswert eines Standardverhaltens kann nicht mit einer individualisierenden Tatsachenbehauptung beantwortet werden. Aber möglicherweise hat das Landgericht ja Glück (und darauf spekuliert). Vielleicht gelangt der BGH zu der Rechtsauffassung, dass ein Wettspieler durch die Abgabe des Scheines konkludent erklärt, keine Spielmanipulation vorbereitet zu haben, und dass der Empfänger das auch glaubt. Dann wäre der Weg frei für die Bejahung einer Betrugsstrafbarkeit und das landgerichtliche Urteil hätte im Ergebnis Bestand.

Dazu könnte es auch aus einem Grund kommen, der mit der Rechtslage nichts zu tun hat: Es wäre gesellschaftlich schwer vermittelbar, dass ein solcher Skandal ohne strafrechtliche Folgen bleibt. Ob der BGH sich davon beeinflussen lässt?

Wir nehmen Wetten zum Ausgang des Verfahrens entgegen. (Die Mitglieder des 5. BGH-Senats sind von der Teilnahme ausgeschlossen.)

(Dem Text liegt ein Entwurf von Madeleine Heduschka zugrunde.)

Aktueller Hinweis: Der BGH hat das Urteil des Landgerichts am 15.12.2006 bestätigt (NJW 2007, 782 m. Anm. Feinendegen).

²⁷ Näher dazu *Rengier* (Fn. 3), § 13 Rn. 40 ff.

²⁸ Vgl. dazu auch *Schlösser*, NStZ 2005, 423, 429.

²⁹ Siehe oben Fn. 2.

1. Sachverhalt

A wird von der Polizei mit einer Schreckschusspistole angetroffen, die mit Reizgaspatronen geladen ist. Für das Mitführen einer solchen Waffe ist eine Erlaubnis erforderlich,¹ über die A nicht verfügt. Wer Waffen dieser Art ohne Erlaubnis vorsätzlich führt, macht sich nach § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG strafbar. A wendet ein, dass er von dem Erfordernis einer Erlaubnis keine Kenntnis gehabt habe. Das kann ihm nicht widerlegt werden.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Dieser kurze Sachverhalt wirft ein zentrales Problem aus der strafrechtlichen Irrtumslehre auf: Wie ist zwischen den Irrtumskategorien des Tatumstandsirrtums (§ 16 Abs. 1 StGB) und des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) zu unterscheiden? Für eine Erfassung des Problems ist es zweckmäßig, sich die Grundlagen dieser Zweiteilung zu vergegenwärtigen.

§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB regelt den Irrtum desjenigen, der bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Die Bezeichnung dieses Irrtums sollte sich am Gesetzeswortlaut orientieren:

¹ § 2 Abs. 2 WaffG i. V. m. Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 Satz 1 und Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 2.7 und 2.8 WaffG.

November 2006 Waffenschein-Fall

Tatumstandsirrtum / Verbotsirrtum

§§ 16 Abs. 1, 17 StGB, § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG

Leitsatz der Verf.: Wer eine Schreckschusswaffe ohne Erlaubnis und in Unkenntnis der Erlaubnispflicht bei sich führt, kann nicht wegen vorsätzlicher Tatbegehung gem. § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG bestraft werden, weil ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vorliegt und die Unkenntnis daher als ein Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zu bewerten ist.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Oktober 2005 – Az 1 Ss 220/05; teilweise abgedruckt in StV 2006, 191; vollständig abrufbar unter www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de

Tatumstandsirrtum.² Der häufiger verwendete Begriff des Tatbestandsirrtums ist nicht nur Gesetzesfern, sondern auch missverständlich. Man könnte meinen, dass davon auch Irrtümer über die Existenz, die rechtliche Geltung oder die rechtlichen Grenzen eines Tatbestandes erfasst würden. Das ist jedoch nicht der Fall. Gegenstand eines Irrtums nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ist der unter den Tatbestand zu subsumierende Sachverhalt: Der Täter weiß nicht, was er tut.³

Das wird noch deutlicher durch den Vergleich mit § 17 StGB. Der dort geregelte **Verbotsirrtum** betrifft das Fehlen der Einsicht, Unrecht zu tun. Bezugspunkt ist also die Verbotsnorm selbst. Ein Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB liegt vor, wenn der Täter die seine Tat betreffende Verbotsnorm nicht kennt, sie für ungültig hält oder infolge unrichtiger Auslegung zu Fehl-

² So auch *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 143 („allein korrekte Bezeichnung“); *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 13 Rn. 9.

³ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 244.

vorstellungen über ihren Geltungsbe-
reich kommt und sein Verhalten des-
halb als rechtlich zulässig betrachtet.⁴

Als Folge eines festgestellten Tat-
umstandsirrtums legt § 16 Abs. 1
Satz 1 StGB fest, dass es am Tatvor-
satz fehlt. Somit kann der Täter nicht
wegen vorsätzlichen Handelns, sondern
allenfalls wegen einer Fahrlässigkeitstat
(§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB) bestraft wer-
den. Der Fahrlässigkeitsvorwurf knüpft
in der Regel an den Wahrnehmungsfeh-
ler an, der zum Tatumstandsirrtum ge-
führt hat.

Über diese rechtlichen Folgen eines
Tatumstandsirrtums besteht seit jeher
Einigkeit. Lange Zeit umstritten war
dagegen, ob der Verbotsirrtum glei-
chermaßen oder anders behandelt wer-
den sollte. Mit der Einführung des heu-
tigen § 17 StGB hat der Gesetzgeber
den Streit zugunsten der so genannten
Schuldtheorie⁵ entschieden, die sich
für eine abweichende Lösung einsetzte.
Danach lässt die Fehleinschätzung der
Rechtsslage den (rein tatbestandsbezo-
gen verstandenen) Vorsatz und auch
die Rechtswidrigkeit des Handelns un-
berührt; der Irrtum wird erst auf der
Ebene der Schuld berücksichtigt. Ist die
zusätzliche Voraussetzung der Unver-
meidbarkeit des Irrtums erfüllt, so ent-
fällt der Schuldvorwurf (§ 17 Satz 1
StGB) und der Täter kann nicht wegen
der Vorsatztat bestraft werden. Im Falle
der Vermeidbarkeit des Irrtums bleibt
es bei einer Bestrafung wegen vorsätz-
lichen Handelns; die Strafe kann aber
gemildert werden (§ 17 Satz 2 StGB).

Als **unvermeidbar** gilt ein Verbots-
irrtum dann, wenn der Täter auch bei
Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte
und sittlichen Wertvorstellungen nicht
zur Unrechtseinsicht hätte kommen

können.⁶ In der Praxis kommt es nur
selten dazu, dass dem Täter die Un-
vermeidbarkeit seines Irrtums zugebil-
ligt wird. Die Rechtsprechung geht hier
strenger vor als bei der Prüfung der
Sorgfaltspflichtverletzung eines Fahr-
lässigkeitstäters.⁷

Für den Täter ist es somit günsti-
ger, wenn seine Fehlvorstellung als
Tatumstandsirrtum eingestuft wird. Ei-
ne Bestrafung wegen vorsätzlichen
Handelns scheidet aus, ohne dass es
auf die Vermeidbarkeit des Irrtums an-
kommt. Sofern das fahrlässige Handeln
überhaupt strafbar ist, liegt dessen
Strafraum deutlich unter dem der
entsprechenden vorsätzlichen Tat.

Die ungünstigere Regelung des
Verbotsirrtums erklärt sich aus der Sor-
ge, dass die Geltungskraft der Rechts-
ordnung leidet, wenn allein schon das
Fehlen der Unrechtskenntnis genügt,
um für objektives Unrecht nicht straf-
rechtlich eintreten zu müssen.⁸ Ge-
rechtfertigt wird die strenge Regelung
damit, dass das Unrechtmäßige eines
Verhaltens zumeist auf der Hand liege.

Das wird teilweise als zu pauschal
kritisiert.⁹ Dass Unrechtseinsicht selbst-
verständlich sei, möge für den Kernbe-
reich des Strafrechts richtig sein, weil
das dort erfasste Unrecht die elementa-
ren Bedingungen gesellschaftlichen Zu-
sammenlebens betreffe. Anderes müsse
aber für das Nebenstrafrecht gelten. Es
beziehe sich auf Taten von geringerer
Sozialschädlichkeit, deren Unrechtsge-
halt nicht gleichermaßen evident sei.¹⁰

Damit ist ein erster Kontakt zum
Problem des Falles hergestellt. Das

⁴ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 461.

⁵ Die Gegenauffassung wurde „Vorsatztheorie“
genannt, was zum Ausdruck bringen sollte,
dass nach ihr auch das Unrechtsbewusstsein
zum Vorsatz gehört; vgl. *Roxin*, *Strafrecht AT*
I, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 6.

⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, *StGB*, 25. Aufl. 2004, § 17
Rn. 7; *Marxen*, *Kompaktkurs Strafrecht AT*,
2003, S. 122.

⁷ Vgl. *BGHSt* 4, 236, 242 f.; 21, 18, 20.

⁸ Vgl. *Neumann* in *NK*, *StGB*, 2. Aufl. 2005,
§ 17 Rn. 54; *Roxin* (Fn. 6), § 21 Rn. 9.

⁹ Vgl. zum Folgenden *Neumann* (Fn. 9), § 17
Rn. 90; *Roxin* (Fn. 6), § 21 Rn. 10.

¹⁰ Daraus wird teilweise die Konsequenz gezo-
gen, dass für Verbotsirrtümer in diesem Be-
reich die Vorsatztheorie heranzuziehen sei;
so *Weber*, *ZStW* Bd. 92, 313, 340. Das wi-
derspricht jedoch dem geltenden Recht; vgl.
Neumann (Fn. 9), § 17 Rn. 94.

Waffengesetz wird zum Nebenstrafrecht gezählt. Es könnte als eine unangebrachte Härte erscheinen, die mangelnde Kenntnis des A vom Erfordernis einer Erlaubnis als Verbotsirrtum zu bewerten und § 17 StGB heranzuziehen.

Für eine präzisere Erfassung des Problems bedarf es einer **genaueren Betrachtung der Bezugspunkte** der beiden Irrtümer: hier die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (§ 16 StGB) – dort das Unrecht der Tat (§ 17 StGB). Nun gehören zum gesetzlichen Tatbestand nicht nur Umstände, deren Kenntnis allein eine Sache der Wahrnehmung ist. Neben solchen deskriptiven Merkmalen finden sich auch normative, also solche, zu deren sachgerechter Erfassung neben einer zutreffenden Wahrnehmung auch eine richtige Bewertung nötig ist.¹¹ Nehmen wir als Beispiel das Merkmal der Fremdheit der Sache in § 242 StGB. Es verlangt, dass der Täter die zu diesem Merkmal gehörenden Tatumstände nicht nur sinnlich wahrnimmt, sondern auch einer rechtlichen Bewertung unterzieht. Bedeutet das, dass bei fehlerhafter rechtlicher Beurteilung¹² ein Verbotsirrtum vorliegt? Allgemeiner gefragt: Ist jeder

irgendwie rechtsbezogene Irrtum als Verbotsirrtum zu behandeln?

Die Frage ist zu verneinen. § 17 StGB spricht vom Fehlen der Einsicht, Unrecht zu tun. Die Formulierung passt nicht auf Fälle fehlerhafter rechtlicher Bewertung einzelner Tatumstände. Außerdem ist die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen wenig geeignet als Leitlinie für die Irrtumslehre. Denn, genau gesehen, gibt es gar keine rein deskriptiven Merkmale. Jedes gesetzliche Merkmal, auch das zunächst deskriptiv erscheinende, kann im Rahmen der Auslegung eine normative Komponente erhalten, indem seine Reichweite nach dem Schutzzweck der Vorschrift bestimmt wird.¹³

Die Aufteilung der Irrtumskategorien auf rechtliche Fehlvorstellungen muss also anders vorgenommen werden. Ob ein Tatumstands- oder ein Verbotsirrtum vorliegt, hängt nach gängiger Auffassung von der **Reichweite des Bewertungsfehlers** ab.¹⁴ Beschränkt sich der Irrtum auf ein Teilelement der Tat – anders gesagt: bezieht er sich nicht auf das Unrecht der Gesamttat, – so erfolgt eine Einordnung als Tatumstandsirrtum, andernfalls als Verbotsirrtum.

Bleiben wir beim Beispiel der Fremdheit der Sache gem. § 242 StGB: Eine unrichtige Erfassung des rechtlichsozialen Bedeutungsgehalts von Tatumständen, die für dieses Merkmal relevant sind, führt zum Vorsatzausschluss gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, weil nicht das Unrecht des Diebstahls als solches verkannt wurde, sondern lediglich ein Bewertungsfehler im Hinblick auf ein bestimmtes Diebstahlsmerkmal vorliegt.

Damit können wir jetzt wieder eine Verbindung zu unserem Fall herstellen. Das Merkmal „ohne Erlaubnis“ in § 53 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG müsste daraufhin untersucht werden, ob es das Unrecht der Tat insgesamt kennzeichnet oder

¹¹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 131 f.

¹² Eine wichtige Vorfrage wollen wir jedenfalls in einer Fußnote ansprechen: Wann liegt überhaupt eine fehlerhafte rechtliche Beurteilung vor? Korrektes juristisches Subsumieren kann dafür nicht der Maßstab sein, weil nicht verlangt werden kann, dass der Bürger über juristisches Fachwissen verfügt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Täter seine Handlung und die Umstände in ihrem sozialen Sinngehalt so auffasst, wie es der Bewertung durch die Rechtsordnung entspricht. Das soll für den Bereich des Tatumstandsirrtums die Formel von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ (z. B. *Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 1085) zum Ausdruck bringen. Für den Bereich des Verbotsirrtums ist anerkannt, dass es am Unrechtsbewusstsein nicht schon dann fehlt, wenn der Täter die verletzte Rechtsnorm nicht kennt; es genügt die Annahme eines Verstoßes gegen die Wertordnung des Rechts (vgl. *Lackner/Kühl*, Fn. 7, § 17 Rn. 2).

¹³ Näher dazu *Roxin* (Fn. 6), § 10 Rn. 59.

¹⁴ Vgl. *Roxin* (Fn. 6), § 12 Rn. 105 f.

nur ein normativ geprägtes Teilelement der Tat darstellt. Es liegt nahe, sich für die erstgenannte Alternative zu entscheiden. Waffen mit oder ohne Erlaubnis zu besitzen – das macht doch offensichtlich den Unterschied zwischen Recht und Unrecht aus!

Bei dieser Sicht kommt § 17 StGB zum Zuge, wenn der Täter die Erlaubnispflicht nicht kannte. Das müsste für alle Tatbestände gelten, welche die Strafbarkeit mit dieser oder ähnlichen Formulierungen davon abhängig machen, dass der Täter ohne die rechtlich erforderliche Genehmigung gehandelt hat.

Einer Bestrafung wegen vorsätzlichen Handelns entgeht der Täter nur dann, wenn ihm zugebilligt wird, dass seine Unkenntnis unvermeidbar war. Durch eine **flexible Handhabung des Merkmals der Unvermeidbarkeit** kann berücksichtigt werden, dass es Unterschiede bei diesen Tatbeständen gibt.¹⁵ Teilweise versteht es sich geradezu von selbst, dass die Rechtmäßigkeit des Handelns vom Vorliegen einer Erlaubnis abhängt; teilweise ist es aber auch nachvollziehbar, wenn ein Bürger das Erfordernis einer Genehmigung nicht kennt.

Ein anderer Weg der Differenzierung wird beschrieben mit einer Lösung, die an eine verwaltungsrechtliche Unterscheidung anknüpft.¹⁶ Es wird differenziert zwischen **präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt** und **repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt**. Die komplizierte Begrifflichkeit soll darauf aufmerksam machen, dass Genehmigungserfordernisse unterschiedlich einsichtig sind. Will der

Staat lediglich ein an sich sozialadäquates Verhalten durch eine Genehmigungspflicht wegen potenzieller Gefahren kontrollierbar machen, so spricht man von einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Liegt hingegen ein grundsätzlich wertwidriges und daher verbotenes Verhalten vor, bei dem aber im Einzelfall eine Genehmigung vertretbar erscheint, so ist das Verbot repressiver Natur; das Genehmigungserfordernis ist Ausdruck eines Befreiungsvorbehalts. Im Fall des weniger einsichtigen Genehmigungserfordernisses bei einem präventiven Verbot soll die Unkenntnis als Tatumstandsirrtum behandelt werden. Dagegen sollen die Regeln des Verbotsirrtums zur Anwendung kommen, wenn der Täter gegen ein repressives Verbot verstoßen hat, bei dem es eher einsichtig ist, dass die Tat von Rechts wegen einer Genehmigung bedarf.

Dieser Lösungsansatz findet sich in einigen neueren Gerichtsentscheidungen.¹⁷ Am klarsten ist er in einer Entscheidung des BGH ausformuliert, die einen Verstoß gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz betrifft und die darin enthaltenen Verbote als repressiv einstuft.¹⁸ Es ist aber keineswegs so, dass sich die Rechtsprechung durchgängig dieses Ansatzes bedient.¹⁹ Das Echo in der Literatur ist unterschiedlich.²⁰

Sofern man diesen Lösungsansatz heranzieht, muss geklärt werden, welchen Charakter das Verbot aufweist, Schreckschusspistolen mit sich zu führen: präventiv oder repressiv?

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Amtsgericht Frankfurt am Main hatte die Unkenntnis des A von der Erlaubnispflicht als (vermeidbaren) Verbotsirrtum bewertet und ihn wegen

¹⁵ Vgl. zum Umgang mit dem Merkmal der Unvermeidbarkeit im Nebenstrafrecht *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 124 f.; *Neumann* (Fn. 9), § 17 Rn. 90; *Roxin* (Fn. 6), § 21 Rn. 10, 40 f.; aus der Rechtsprechung: OLG Oldenburg NSTZ-RR 1999, 122.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden *Cramer/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 17 Rn. 12 a.; *Neumann* (Fn. 9), § 17 Rn. 95; aus dem Verwaltungsrecht: *Maurer*, Verwaltungsrecht AT, 16. Aufl. 2006, § 9 Rn. 51–53.

¹⁷ BGH NSTZ 1993, 594, 595; BayObLG wistra 1992, 273; BayObLG NJW 1997, 1319, 1320.

¹⁸ BGH NSTZ 1993, 594.

¹⁹ Vgl. die Nachweise bei *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 16), Rn. 12 a.

²⁰ Vgl. zum Meinungsstand *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 16), Rn. 12 a.

vorsätzlichen unerlaubten Führens einer Schusswaffe zu einer Geldstrafe verurteilt. Das OLG Frankfurt am Main hob das Urteil mit der Begründung auf, dass ein Tatumstandsirrtum gegeben sei und daher lediglich eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung in Frage komme.

In seiner Begründung knüpft das Gericht unmittelbar an die eben erwähnte Entscheidung des BGH zum Kriegswaffenkontrollgesetz²¹ an und grenzt davon den vorliegenden Fall ab. Während das dort statuierte Verbot repressiver Natur sei, enthalte die hier relevante Vorschrift des Waffengesetzes ein präventives Verbot. Der Genehmigungsvorbehalt diene lediglich der „Durchsetzung des staatlichen Kontrollanspruchs“²². Das Unrecht erschöpfe sich in der Missachtung dieses Anspruchs. Vorsätzliches Handeln könne dem Täter nur angelastet werden, wenn er – jedenfalls im Wege einer Parallelwertung in der Laiensphäre – von einem solchen Kontrollanspruch des Staates ausgehe. Bleibe ihm der Erlaubnisvorbehalt in seiner sozialen Bedeutung verborgen, so bewerte er sein eigenes Tun als „unrechtsneutrales, sozialadäquates Verhalten“²³. Ihm könne allenfalls der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Bedeutung des Falles geht über das Nebenstrafrecht hinaus. Auch das **Hauptstrafrecht** enthält zahlreiche Vorschriften, welche die Strafbarkeit vom Fehlen einer Erlaubnis abhängig machen. Als Beispiele seien genannt: unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB: ohne behördliche Erlaubnis), Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB: unbefugt), unerlaubtes Betreiben von Anlagen (§ 327 StGB: ohne die erforderliche Genehmigung).

Im Übrigen ist der Fall gut geeignet, sich (nochmals) mit den Grundlagen

der strafrechtlichen Irrtumslehre vertraut zu machen. Auch sollte man an ihm den **prüfungstechnischen Umgang mit Irrtumsproblemen** üben. Immer wieder zeigt sich in Klausuren das Phänomen, dass die Übersichtlichkeit der Prüfung verloren geht, wenn Irrtümer zu behandeln sind. Der straf-tatsystematische Prüfungsaufbau wird verlassen. Dargeboten wird ein essay-artiger Text über den Irrtum im Strafrecht und dessen rechtliche Folgen. Erst nach längeren Ausführungen klärt sich allmählich, welche Konsequenzen sich auf welcher Prüfungsebene für die Entscheidung des Falles ergeben.

Demgegenüber sei dringend empfohlen, strikt am straf-tatsystematischen Prüfungsaufbau festzuhalten.²⁴ Die Fehlvorstellung des Täters sollte an der ersten sachlich gebotenen Stelle angesprochen werden (z. B. im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestandes beim Merkmal des Vorsatzes). Zeigt sich, dass sich die Fehlvorstellung an dieser Stelle nicht auswirkt, so ist die straf-tatsystematische Prüfung fortzusetzen bis dahin, wo die Fehlvorstellung erneut aufgegriffen werden kann (etwa auf der Ebene der Schuld bei der Prüfung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums).

Der vom OLG Frankfurt am Main aufgegriffene Lösungsansatz sollte in Fallprüfungen bei entsprechendem Anlass herangezogen werden, denn es zeichnet sich eine **Verstetigung der Rechtsprechung** ab.

Der Vorteil dieses Ansatzes besteht darin, dass man nicht bei einer ganz allgemeinen Abgrenzung zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum stehen bleiben muss, sondern mit einer speziellen Begrifflichkeit arbeiten kann. Eine Spezifizierung der Dogmatik für einen bestimmten Bereich (hier: Tatbestände, deren Erfüllung vom Fehlen einer Genehmigung durch die Verwaltung ab-

²¹ BGH NSTz 1993, 594.

²² OLG Frankfurt am Main StV 2006, 191.

²³ OLG Frankfurt am Main StV 2006, 191.

²⁴ Hilfreich für eine straf-tatsystematische Einordnung der verschiedenen Irrtümer: *Heinrich* (Fn. 13), Rn. 1171.

hängt,) kann die Lösung schwieriger Probleme erleichtern.

Ob dieser Ansatz allerdings auch in der Sache den Vorzug verdient, ist zu bezweifeln. Doch damit sind wir bereits bei unserer

5. Kritik

Der Ansatz erleichtert die Handhabung der Irrtumskategorien nicht. Er führt lediglich zu einer **Problemverlagerung**. Auf seiner Grundlage müssen tatbestandlich eingebundene Erlaubnisvorbehalte daraufhin geprüft werden, ob ihnen ein präventives oder repressives Verbot zugrunde liegt. Das mag in eindeutigen Fällen noch leicht zu beurteilen sein. So wird man sicherlich zustimmen können, wenn die im Kriegswaffenkontrollgesetz enthaltenen Verbote als repressiv bezeichnet werden. In weniger eindeutigen Fällen bedürfte es jedoch einer aufwändigen Analyse der Gesetzgebung und einer Bewertung mit sehr vagen Kriterien: Ist „schweres Unrecht“²⁵ mit einem Befreiungsvorbehalt versehen worden oder „unrechtsneutrales, sozialadäquates Verhalten“²⁶ zwecks Ausübung staatlicher Kontrolle von der Einholung einer Genehmigung abhängig gemacht worden?

Auch im vorliegenden Fall ist das Ergebnis der Prüfung keineswegs so klar, wie das OLG vorgibt. Der Einordnung des Führens von Schreckschusswaffen als bloßes präventives Verbot ist entgegenzuhalten, dass der Große Senat des BGH in einer wichtigen Entscheidung zum schweren Raub²⁷ hervorgehoben hat, wie gefährlich mit Platzpatronen geladene Schreckschusswaffen für das Leben und die Gesundheit anderer sein können. Die Entscheidung hat zu einer deutlichen Erschwerung der Strafandrohung bei Raubtaten unter Verwendung solcher Waffen geführt. Das ist schwerlich zu vereinbaren mit einer Kennzeichnung

des Führens solcher Waffen als „unrechtsneutrales, sozialadäquates Verhalten“²⁸.

Wir wollen nicht bestreiten, dass es nötig ist, in Fällen fehlender Kenntnis von einer Erlaubnispflicht bei der Heranziehung strafrechtlicher Irrtumskategorien zu differenzieren und dabei auch die Plausibilität des Verbots zu berücksichtigen. Das dafür geeignete Kriterium ist aus unserer Sicht das Merkmal der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums.²⁹ Es ermöglicht eine flexible Lösung, die nicht nur die Überzeugungskraft des Verbots, sondern auch individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters einbezieht.

Die Lösung des OLG Frankfurt am Main führt dagegen zu Irritationen im Umgang mit den Irrtumskategorien, indem sie ein normatives Merkmal, das sich auf die Gesamttat bezieht, wie ein normatives Teilelement einer Straftat nach den Regeln des Tatumstandsirrtums behandelt. Auch ist die Lösung allzu schematisch. Sie verwendet für eine Differenzierung allein eine ganz allgemeine Einordnung von Verboten und lässt keinen Spielraum für eine Prüfung des individuellen Vermögens, Unrechtseinsicht zu erlangen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Jakob Braeuer zugrunde.)

²⁵ OLG Frankfurt am Main StV 2006, 191.

²⁶ OLG Frankfurt am Main StV 2006, 191.

²⁷ BGHSt 48, 197; vgl. dazu Famos Juni 2003 (Schreckschusswaffen-Fall).

²⁸ OLG Frankfurt am Main StV 2006, 191.

²⁹ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 16.

1. Sachverhalt

A betreibt einen Internet-Versandhandel. Zu den Artikeln, die man sich im Internet ansehen kann, gehören runde Aufnäher mit einem schwarzen Hakenkreuz auf weißem Grund. Das Zeichen ist rot umrandet und von einem roten Balken schräg von links oben nach rechts unten durchgezogen.¹ Die rote Markierung gleicht derjenigen von Verbotsschildern im Straßenverkehr. A hält mehrere tausend Stück dieser Aufnäher vorrätig. Sie werden von Gegnern rechtsradikaler Gruppierungen gekauft. Auch A engagiert sich gegen den Rechtsradikalismus. In erster Linie vertreibt er die Aufnäher aber, um damit seinen Lebensunterhalt zu verdienen.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall hat Schlagzeilen und politisch Furore gemacht. Genauer gesagt: Die Verurteilung des A durch das LG Stuttgart.² In der Kritik an dem Urteil ist jedoch oft übersehen worden, dass eine Entscheidung des OLG Stuttgart vorangegangen ist, die für das weitere Ver-

¹ Wir belassen es bei einer Befassung mit diesem Artikel, weil sich an ihm die Kernprobleme beispielhaft aufzeigen lassen. Die Entscheidung betrifft noch weitere Artikel aus dem Versandhandel des A. Mit ihnen verbinden sich teilweise spezielle Probleme, auf die wir in einigen Fußnoten hinweisen.

² Urteil vom 29. 9. 2006 – Az. 18 KLs 4 Js 63331/05; vgl. dazu z. B. FAZ.NET vom 29. 9. 2006; taz vom 30. 9. 2006, S. 6.

Dezember 2006 Hakenkreuz-Fall

Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen / Begriff des Kennzeichens / Schutzzweck der Norm / Sozialadäquanzklausel

§§ 86 a, 86 Abs. 3 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Ein Hakenkreuz ist auch dann ein verbotenes Kennzeichen, wenn es auf einem Aufnäher dargestellt ist, der rot umrandet und von einem roten Balken von links oben nach rechts unten durchgezogen ist.
2. Der gewerbliche Vertrieb des Aufnehmers läuft dem Schutzzweck des § 86 a StGB zuwider, verbotene Kennzeichen aus dem öffentlichen Bild zu verbannen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 18. Mai 2006 – 1 Ws 120/06; abrufbar unter <http://razzia.nix-gut.de/?module=blog|show|&id=78>

fahren von maßgeblicher Bedeutung gewesen ist.³ Die Aufmerksamkeit sollte dieser OLG-Entscheidung gelten. Wir wollen den Blick auf sie lenken.

Das macht allerdings Probleme, weil die Entscheidung bislang nicht veröffentlicht ist. Wir müssen uns daher einer entlegenen Internet-Quelle bedienen.

Die Rechtsprobleme des Falles sind nach wie vor höchst aktuell: Nach der Revision des A gegen die Verurteilung durch das LG Stuttgart wird demnächst der BGH über die Sache entscheiden.

Alles dreht sich in diesem Fall um eine Strafbarkeit wegen des **Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gem. § 86 a StGB**. Den Anlass, die Anwend-

³ Durch Beschluss vom 18. 5. 2006 – Az. 1 Ws 120/06 – hat das OLG Stuttgart auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen eine Entscheidung des LG Stuttgart die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen.

barkeit der Vorschrift in Betracht zu ziehen, gibt das Hakenkreuz auf dem Aufnäher. Es ist ein geradezu klassisches Kennzeichen gem. § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB, weil es von der NSDAP und anderen nationalsozialistischen Organisationen verwendet wurde.⁴

Allerdings spricht die Verfremdung durch das grafische Verbotselement gegen die Annahme eines Kennzeichens im Sinne dieser Vorschrift. Hinzu kommt, dass diese Darstellung häufig auf Plakaten, Aufklebern, Ansteckern und Flugblättern zu sehen ist. Man sollte meinen, dass längst juristisch verbindlich die Straflosigkeit ihrer Verwendung festgestellt worden ist.

Das ist jedoch nicht der Fall. Zwar gibt es eine umfangreiche Kasuistik in Rechtsprechung und Literatur zu § 86 a StGB. Fälle der vorliegenden Art sind darin aber nicht aufzufinden. Offenbar hat bislang niemand ernsthaft eine Strafbarkeit in Betracht gezogen. Daher sind Überraschung und Verlegenheit groß, wenn eine Staatsanwaltschaft, wie die des LG Stuttgart, die Sache zur Anklage bringt.

Einzuräumen ist, dass das Hakenkreuz seine Eigenschaft als Kennzeichen der NSDAP nicht stets schon dadurch verliert, dass ihm Elemente hinzugefügt werden oder dass es in einen bestimmten Zusammenhang gestellt wird. Es ist aber durchaus möglich, dass ein Kennzeichen seine Bedeutung durch den grafischen Zusammenhang ändert oder eine neue Bedeutung annimmt. Denn es bedarf immer auch einer die Zusammenhänge berücksichtigende Interpretation, um zu verstehen, worauf ein Kennzeichen verweist.⁵ Daraus ergeben sich erhebliche Anwendungsspielräume und dementsprechend Meinungsverschiedenheiten.

⁴ Vgl. BGHSt 23, 267, 269; *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, § 86 a Rn. 5.

⁵ Vgl. *Steinmetz* in MüKo, StGB, 2005, § 86 a Rn. 11.

So besteht Streit darüber, ob das Hakenkreuz auch dann als Kennzeichen einer nationalsozialistischen Organisation angesehen werden kann, wenn es als rein staatliches Hoheitszeichen, beispielsweise in einem Kriegsorden, verwendet worden ist.⁶ Unterschiedlich wird auch das Symbol der weltanschaulich-religiösen Rael-Gemeinschaft beurteilt, das Davidstern und Hakenkreuz miteinander verknüpft.⁷

Was folgt daraus? Nichts Abschließendes. Denkbar ist eine Interpretation, wonach das Hakenkreuz in der Verbindung mit der Verbotssymbolik seine Bedeutung verloren und vielleicht sogar eine neue Bedeutung als Kennzeichen des Widerstandes gegen eine Wiederbelebung des Nationalsozialismus angenommen hat. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, darauf abzustellen, dass das Hakenkreuz nach wie vor als solches erkennbar und sein Symbolcharakter erhalten geblieben ist, weil, wenn auch in Gegnerschaft, auf politische Bestrebungen verwiesen wird, die an den Nationalsozialismus anknüpfen.

Wer den Aufnäher wegen der Bedeutung der Einrahmung nicht als Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation ansieht, muss noch die Erweiterung des Tatbestandes durch **§ 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB** berücksichtigen. Es könnte sich um eine Darstellung handeln, die einem Kennzeichen **zum Verwechseln ähnlich** ist.⁸ Dafür ist ausreichend, dass ein unbe-

⁶ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 5; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2005, § 86 a Rn. 2 jeweils m. w. Nachw. und Beispielen.

⁷ Vgl. *Reuter*, Verbotene Symbole, 2005, S. 137 Fn. 845, sowie S. 204 m. w. Nachw.

⁸ Die Formulierung „ähnlich“ sollte hellhörig machen. Sie klingt nach Analogie und Unbestimmtheit. Beides verbietet das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG). Nach ganz überwiegender Meinung liegt jedoch kein Verfassungsverstoß vor, wenn, wie hier, die Bildung einer „inertatbestandlichen“ Analogie vorgesehen ist (weiteres Beispiel: § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB).

fangener Betrachter, der nicht genau prüft, das Zeichen für ein solches der verbotenen Organisation halten kann und dass es den Symbolgehalt eines tatsächlichen Kennzeichens vermittelt.⁹

Somit muss, wenn ein ablehnender grafischer Zusammenhang dazu führt, dass das Hakenkreuz seine Eigenschaft als Kennzeichen verliert, noch gefragt werden, ob ein unbefangener Betrachter es für ein Kennzeichen ohne ablehnenden Kontext halten kann. Eine Ähnlichkeit zu einem verfassungswidrigen Kennzeichen kann unter diesen Umständen eigentlich nur gegeben sein, wenn die hinzugefügten grafischen Elemente missverständlich sind, so dass die Gefahr besteht, dass ein nicht genau prüfender Betrachter das Kennzeichen gleichwohl in seiner verfassungswidrigen Bedeutung wahrnimmt. Das liegt bei der hier beschriebenen Darstellung ziemlich fern.¹⁰

Doch nehmen wir einmal an, der Aufnäher ließe sich entweder direkt oder über die Ähnlichkeitsklausel als verbotenes Kennzeichen erfassen. Dann ist als nächstes die **Tathandlung** zu prüfen. Im vorliegenden Fall kann daran angeknüpft werden, dass A die Darstellung der Aufnäher im Internet zugänglich machte. Das lässt sich vom äußeren Ablauf her als ein Verwenden in von ihm verbreiteten Schriften¹¹ einordnen. Ob es jedoch ausreicht, allein auf den äußeren Vorgang abzustellen, ist umstritten.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, Verwenden sei nur ein

⁹ Vgl. BGHSt 47, 354, 357; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 8.

¹⁰ Andere Darstellungen, mit denen sich die Entscheidung befasst, sind weniger eindeutig. So verwenden Anhänger nationalsozialistischer Bestrebungen das „Recycling-Symbol“, das ein Hakenkreuz über einem Mülleimer zeigt, mit einer gegenläufigen Interpretation: Das Hakenkreuz werde wieder hervorgeholt.

¹¹ Die Verwendung in verbreiteten Schriften gem. § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB umfasst nach § 11 Abs. 3 StGB auch das Zugänglichmachen über Datenspeicher.

Zeigen oder Benutzen, das den Umständen nach als **Bekanntnis zu den Zielen der verbotenen Organisation** aufgefasst werden könne, weil nur dann eine Gefährdung des Schutzgutes nahe liege.¹²

Dem widersprechen die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur. Verwenden bedeute vielmehr **irgendeinen Gebrauch machen** und sei im weitesten Sinne auszulegen.¹³ Das ergebe nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Deliktscharakter der Vorschrift als **abstraktes Gefährdungsdelikt**.¹⁴ Auf eine mit der Verwendung im Einzelfall verbundene verfassungsfeindliche Absicht komme es nicht an.¹⁵

Das praktische Ziel dieser weiten Auslegung besteht zum einen darin, eine gewerbsmäßige, auf Gewinn abzielende Verbreitung von Kennzeichen auch dann erfassen zu können, wenn der Händler den verfassungswidrigen Bestrebungen, auf welche die Kennzeichen verweisen, gleichgültig oder sogar ablehnend gegenübersteht.¹⁶ Ferner sollen Beweisschwierigkeiten vermieden werden, die sich bei der Ermittlung politischer Absichten ergeben.¹⁷

Der Standpunkt der h. M. beruht letztlich auf einer denkbar weiten Bestimmung des Schutzzwecks der Vorschrift. Sie geht aus einer zweistufigen Argumentation hervor.

Die erste Stufe betrifft die Erfassung des von der Vorschrift **geschützten Rechtsguts**. Als geschützt gelten der demokratische Rechtsstaat, wofür sich die Titelüberschrift der §§ 84 ff. StGB anführen lässt, und der politische

¹² *Stree/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 86 a Rn. 4, *Rudolphi* in SK, StGB, § 86 a Rn. 6.

¹³ BGHSt 23, 267, 269; OLG Frankfurt am Main NSTz 1999, 356, 357; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 14; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 86 a Rn. 4.

¹⁴ BGHSt 23, 267, 269.

¹⁵ BGHSt 25, 30, 31.

¹⁶ BGHSt 25, 30, 31.

¹⁷ BGHSt 25, 30, 31; vgl. auch *Steinmetz* (Fn. 5), § 86 a Rn. 19.

Frieden.¹⁸ Auch das Ansehen der Bundesrepublik im Ausland wird als Schutzgut genannt.¹⁹

Daraus leitet der BGH in seiner maßgeblichen Entscheidung die folgenden **drei Schutzaufgaben** ab.²⁰ Zum einen soll eine Wiederbelebung verbotener Organisationen oder der von ihnen verfolgten verfassungsfeindlichen Bestrebungen unterbunden werden. Ferner dient die Vorschrift der Wahrung des politischen Friedens auch dadurch, dass der Eindruck vermieden wird, verfassungsfeindliche Bestrebungen würden geduldet. § 86 a StGB hat außerdem noch das Ziel, verfassungswidrige Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens in der Bundesrepublik grundsätzlich zu verbannen. Dadurch soll von vornherein ein Gewöhnungseffekt verhindert werden, der dazu führen kann, dass sie schließlich von den Verfechtern der damit verbundenen politischen Ziele wieder gefahrlos gebraucht werden können.

Diese Bestimmung der Schutzaufgaben klingt nach einer umfassenden Pönalisierung. Doch hat der BGH auch eine einschränkende Verwendung für möglich gehalten: Es seien Ausnahmefälle denkbar, in denen die Kennzeichenverwendung dem genannten Schutzzweck ersichtlich nicht zuwiderlaufe.²¹

Was folgt daraus für die Anwendung der gesetzlichen Tathandlung im konkreten Fall? Die Schutzzweckbestimmung der h. M. gibt keinen Anlass, die Anwendbarkeit des Merkmals zu ver-

neinen. Die Handlung des A läuft insbesondere dem Zweck zuwider, verfassungswidrige Kennzeichen aus dem öffentlichen Leben zu verbannen. Lediglich die Mindermeinung, die eine Schutzgutgefährdung nur im Falle bekenntnishafter Verwendung annimmt, würde bei der Prüfung der Tathandlung zur Verneinung der Strafbarkeit gelangen.

Strafbarkeitseinschränkend wirkt schließlich noch die sog. **Sozialadäquanzklausel** in § 86 Abs. 3, auf die § 86 a Abs. 3 StGB verweist. Die Benennung der Vorschrift hängt mit der allgemeinen Lehre von der Sozialadäquanz zusammen.²² Danach sind solche Handlungen nicht als tatbestandsmäßig anzusehen, die zwar dem Wortlaut nach einem Tatbestand unterfallen, aber sozial üblich sind und kein rechtlich missbilligtes Risiko schaffen.²³ Die Sozialadäquanzklausel wird daher auch ganz überwiegend als eine Regelung angesehen, die bereits auf Tatbestandsebene zur Straflosigkeit führt.²⁴

Zwei Varianten in dieser Klausel kommen im vorliegenden Fall in Betracht. Einmal könnte ein Handeln zum Zweck staatsbürgerlicher Aufklärung vorgelegen haben. Dafür wird jedoch üblicherweise die Vermittlung von Wissen vorausgesetzt.²⁵ Daran dürfte es hier fehlen. Zum anderen könnte A die **Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen** bezweckt haben. Nach gängiger Lesart fällt jedoch das Handeln von Privatpersonen regelmäßig

¹⁸ *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 86 a Rn. 1; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 2; *Steinmetz* in *MüKo, StGB*, § 86 a Rn. 1: „Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung“; BGHSt 25, 30: „Schutz vor Störungen des politischen Friedens in der Bundesrepublik Deutschland“.

¹⁹ *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 86 a Rn. 1; vgl. auch *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 2.

²⁰ Siehe zum folgenden BGHSt 25, 30, 33, sowie die Darstellung bei *Reuter* (Fn. 7), S. 82 ff.

²¹ BGHSt 25, 30, 32 ff.

²² Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 a Rn. 20; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 86 Rn. 6.

²³ Vgl. *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 33.

²⁴ BGHSt 46, 36; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 12); zweifelnd *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 Rn. 17.

²⁵ *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 86 Rn. 17: „Handlung, die zur Anregung der politischen Willensbildung und Verantwortungsbereitschaft des Staatsbürgers und damit zur Förderung seiner politischen Mündigkeit Wissen vermittelt.“; vgl. auch BGHSt 23, 226, 227; *Tröndle/Fischer* (Fn. 4), § 86 Rn. 19.

nicht darunter.²⁶ Insgesamt ist für eine Anwendung der Sozialadäquanzklausel von Nachteil, dass A vorwiegend einen individuellen Zweck verfolgte: Er vertrieb die Artikel zur Sicherung seines Lebensunterhalts.²⁷

Fassen wir zusammen. Drei Fragen stellen für die Entscheidung im vorliegenden Fall die Weichen. Erstens: Verliert ein für sich genommen verfassungswidriges Symbol seine Eigenschaft als Kennzeichen durch eine Umgestaltung, die zwar die Erkennbarkeit des Symbols unberührt lässt, jedoch den Geltungsanspruch des Symbols negiert? Zweitens: Widerspricht auch die Verwendung einer solchen Darstellung dem Schutzzweck der Vorschrift? Drittens: Kommt demjenigen, der eine solche Darstellung verwendet, nicht jedenfalls die tatbestandseinschränkende Wirkung der Sozialadäquanzklausel zugute?

3. Kernaussagen der Entscheidung

Im Umgang mit dem Tatbestandsmerkmal des Kennzeichens verfassungswidriger Organisationen macht das OLG Stuttgart nicht viel Federlesens. Die Darstellung auf dem Aufnäher enthalte mit dem Hakenkreuz das Kennzeichen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation. Daran änderten die Umrandung und der schräge Balken nichts.²⁸ Kein Wort verliert das Gericht zu der Frage, ob die grafische Distanzierung dem Hakenkreuz seine Eigenschaft als Kennzeichen nimmt.

Zur Hauptsache befasst sich die Entscheidung mit dem Merkmal des Verwendens. In diesem Zusammenhang erwägt das Gericht eine Einschränkung der Strafbarkeit unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der

Vorschrift. Das Ergebnis ist jedoch negativ: Die besonderen Umstände des Falles änderten nichts daran, dass § 86 a StGB erfüllt sei.

Abgelehnt wird die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass nur ein solches Verwenden tatbestandsmäßig sei, das den Umständen nach als Bekenntnis zu den Zielen der verbotenen Organisation aufzufassen sei. Das Hauptargument bei der Zurückweisung dieses Arguments besteht in der Berufung auf die weite Schutzzweckdefinition des BGH. Danach ziele die Vorschrift auch darauf, bestimmte Kennzeichen „aus dem öffentlichen Bild zu verbannen“²⁹. Es müsse verhindert werden, „dass NS-Embleme, namentlich das Hakenkreuz, sich wieder zunehmend einen Platz im öffentlichen Erscheinungsbild und damit schließlich auch im öffentlichen Bild des politischen Alltags erobern könnten“³⁰. Daher sei es ohne Bedeutung, mit welchem Beweggrund die Verwendung erfolge.

Das OLG meint ferner, dass auch keiner derjenigen Ausnahmefälle gegeben sei, die der BGH im Blick gehabt habe, als er Straflosigkeit angenommen habe, sofern die Verwendung dem Schutzzweck der Norm ersichtlich nicht zuwiderlaufe. Damit seien Fälle einer einmaligen Verwendung angesprochen, bei denen das Kennzeichen nur kurz und ohne Nachwirkungen in Erscheinung getreten sei. Ein massenhafter öffentlicher Verkauf werde davon nicht erfasst.

Schließlich wird noch mit knappen Worten die Anwendbarkeit der Sozialadäquanzklausel gem. § 86 Abs. 3 StGB abgelehnt. Die Klausel könne nicht eingreifen, wenn der Schutzzweck der Vorschrift, wie hier, verletzt sei. Soweit sie auch dazu diene, Grundrechten Geltung zu verschaffen, komme sie A schon deswegen nicht zugute, weil er

²⁶ Tröndle/Fischer (Fn. 4), § 86 Rn 20.

²⁷ Vgl. dazu Lackner/Kühl (Fn. 5) § 86 a Rn. 7; Tröndle/Fischer (Fn. 4), § 86 Rn. 18; Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 86 Rn. 10.

²⁸ OLG Stuttgart, Internetveröffentlichung (s. o. S. 1), S. 3, II. 2 a). – Der Aufnäher wird als Ziffer 4 der Anklage geführt.

²⁹ OLG Stuttgart, Internetveröffentlichung (s. o. S. 1), S. 8, II. 4.

³⁰ OLG Stuttgart, Internetveröffentlichung (s. o. S. 1), S. 6, II. 3, unter Hinweis auf BGHSt 28, 394, 397.

den Artikel nicht zum Zweck der Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG, sondern zwecks Gewinnerzielung vertrieben habe.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

§ 86 a StGB und die ihn umgebenden Vorschriften führen zwar ein Schatten-dasein in der juristischen Ausbildung. Gleichwohl werden sie in Prüfungszusammenhängen gelegentlich angesprochen, sofern an ihnen allgemeine Fragen diskutierbar sind. Das ist hier der Fall. Geradezu exemplarisch lässt sich die **Bedeutung von Schutzzwecküberlegungen für die Bestimmung des Anwendungsbereichs** einer Vorschrift erörtern.

Die Prüfungsrelevanz steigt, wenn Fälle aus diesem Bereich große öffentliche Aufmerksamkeit erregen. Der vorliegende Fall hat geradezu einen Aufbruch in den Medien und in der Politik verursacht. Jedenfalls in mündlichen Prüfungen sollte man daher damit rechnen, ihm zu begegnen.

Für die Praxis sind der Fall und sein weiteres Schicksal, also seine Behandlung durch den BGH, von ganz erheblicher Bedeutung. Der politische Meinungskampf wird zunehmend von markanten symbolhaften Darstellungen bestimmt, welche die Nähe zu verbotenen Kennzeichen suchen. Anhänger rechtsradikaler Bestrebungen testen mit immer neuen Variationen die Grenzen der Strafbarkeit aus. Die Gegenseite nutzt die gegenwärtige unklare Rechtslage für eine offensive Verwendung antinationalsozialistischer Symbole, um Aufmerksamkeit zu erregen. Die Staatsanwaltschaften sind verunsichert, zumal sich die Politik mit der Ankündigung einmischt, im Falle einer unerwünschten BGH-Entscheidung per Gesetz für künftige Straflosigkeit zu sorgen³¹.

³¹ So Bundesjustizministerin Zypries in einer Presseerklärung vom 1. 10. 2006 (www.123recht.net/article.asp?a=18253).

5. Kritik

Uns überzeugt die Entscheidung des OLG Stuttgart nicht. Sie verkennt, dass es bereits an einem geeigneten Tatobjekt fehlt. **Das durchgestrichene Hakenkreuz ist kein Kennzeichen einer nationalsozialistischen Organisation.**

Wer erkennen will, worauf ein Symbol verweist, darf seinen Blick nicht bloß auf einen Ausschnitt richten. Nötig ist eine Erfassung, welche die Darstellung insgesamt würdigt. Die dem Hakenkreuz hinzugefügte Verbotssymbolik bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Geltungsanspruch des Kennzeichnens zurückgewiesen wird. Die Darstellung als Gesamtheit entspricht der Rede eines Politikers, der gegen rechtsradikale Bestrebungen Stellung nimmt und dabei nationalsozialistische Parolen zitiert.

Es mag sein, dass das Gericht dem Missbrauch durch eine weniger eindeutige grafische Einrahmung vorbeugen wollte. Doch hätte es dafür einer so weit reichenden Lösung nicht bedurft. Fälle dieser Art lassen sich mit der Ähnlichkeitsklausel in § 86 a Abs. 2 StGB bewältigen.

Ein Wort noch zur Schutzzweckbestimmung und der Ausnahme ersichtlich nicht zuwider laufender Betätigung. Wie der BGH will auch das OLG Stuttgart den Ausnahmehereich auf Fälle einmaliger, nur kurzzeitig sichtbarer Verwendung beschränken. Der massenhafte und kommerzielle Vertrieb soll dagegen dem Schutzzweck der Vorschrift zuwider laufen. Müssen jetzt auch Verleger von Schulbüchern, in denen Hakenkreuze abgebildet sind, eine Strafverfolgung fürchten? Einige von ihnen sollen tatsächlich in der Absicht handeln, Gewinn zu erzielen. Die Sozialadäquanzklausel würde ihnen nicht zur Seite stehen, weil sie nicht zum Zuge kommen kann, wenn der Schutzzweck verletzt ist. So steht es jedenfalls in der Entscheidung.

(Dem Text liegen Entwürfe von J. Baumann und S. Zimmermann zugrunde.)

Aktueller Hinweis: Der BGH hat mit Urteil vom 15.03.2007 das Urteil des Landgerichts Stuttgart aufgehoben und den Angeklagten freigesprochen (siehe dazu die Pressemitteilung des Gerichts Nr. 36/2007; abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de/>)