

# *famos*

**Der Fall des Monats im Strafrecht**

**Online-Zeitschrift**

**[www.fall-des-monats.de](http://www.fall-des-monats.de)**

**Jahresband 2007**

**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 ist unzufrieden mit seinem neu gekauften PKW. Erfolglos macht er Mängel gegenüber dem Verkäufer geltend. Schließlich klagt er auf Rückabwicklung des Vertrages. Das Gericht beauftragt einen Sachverständigen mit der Überprüfung der behaupteten Mängel. A befürchtet, dass die Feststellungen des Sachverständigen zu den vorhandenen Mängeln für einen Erfolg der Klage nicht ausreichen. Daher nimmt er kurz vor dem vereinbarten Besichtigungstermin eine Veränderung am Fahrzeug vor, die dem Sachverständigen den Eindruck eines weiteren Mangels vermitteln soll: Er lockert die Verschraubung der Bremsleitung zur rechten hinteren Radbremse an der Hydraulik-Steuereinheit. Wie A weiß, bewirkt diese Manipulation ein Austreten von Bremsflüssigkeit mit der Folge, dass der Bremsdruck nicht in vollem Umfang auf die Räder übertragen wird. Erst beim weiteren Durchtreten des Bremspedals kommt der aus Sicherheitsgründen vorhandene zweite Bremskreis zur Wirkung. Gleich zu Beginn der Besichtigungsfahrt nähert sich der Sachverständige mit geringer Geschwindigkeit einer roten Ampel. Beim Abbremsen bemerkt er, dass sich das Bremspedal fast bis zum Boden durchtreten lässt. Er kann jedoch das Fahrzeug mit dem zweiten Bremskreis problemlos ohne Gefährdung anderer zum

Januar 2007

## Bremsleitungs-Fall

*Prozessbetrug: Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft und Rechtswidrigkeit des angestrebten Vermögensvorteils / gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr: bedingter Gefährdungsvorsatz und Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat*

§§ 22, 23, 25 Abs. 1 Alt. 2, 263, 315, 315 b StGB

**Leitsätze der Verf.:** In Fällen der mittelbaren Täterschaft beginnt der Versuch der Tat, wenn der mittelbare Täter aus seiner Sicht das zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat, indem er die erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen und das Geschehen aus der Hand gegeben hat, und wenn darüber hinaus zu diesem Zeitpunkt aus seiner Sicht das betroffene Rechtsgut bereits unmittelbar konkret gefährdet ist. Im Falle eines Prozessbetruges sind diese Voraussetzungen erfüllt, wenn der Täter nach Erhebung einer Klage auf Rückabwicklung eines Vertrages über den Kauf eines PKW dem vom Gericht mit der Mängelfeststellung beauftragten Sachverständigen das Fahrzeug übergibt, nachdem er selbst zuvor einen Mangel an der Bremsanlage herbeigeführt hat.

OLG München, Urteil vom 8. August 2006 – 4 St RR 135/06; veröffentlicht in NJW 2006, 3364.

Stehen bringen. Danach fährt er zu einer nahe gelegenen Tankstelle. Dort stellt er die von A vorgenommene Manipulation fest.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die rechtlichen Themen dieses Falles lassen sich leicht identifizieren. Aus dem Besonderen Teil des Strafrechts sind die Vorschriften zum Betrug (§ 263 StGB) und zum gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315 b StGB) heranzuziehen. Der Allgemeine Teil ist mit der Versuchsstrafbarkeit (§§ 22, 23 StGB) und der Figur der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB)

beteiligt. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus der Verknüpfung dieser Themen.

Die Manipulation der Bremsleitung könnte als **versuchter Prozessbetrug** zu bewerten sein. Zur Hauptsache wird zu klären sein, ob die **Schwelle von der Vorbereitung zum unmittelbaren Ansetzen** gem. § 22 StGB bereits überschritten war. Denn bis zur Vollendung des geplanten Prozessbetruges war noch ein weiter Weg, weil erst das richterliche Urteil die schadensbegründende Verfügung darstellt.<sup>1</sup> Zuvor sollte der Sachverständige ein unzutreffendes Gutachten erstatten. Dieses sollte dem Gericht vorgelegt werden. Das Gericht sollte sich von der Richtigkeit des Gutachtens überzeugen und erst daraufhin eine für A günstige Entscheidung treffen.

Eine weitere Komplikation ergibt sich daraus, dass A auf das Gericht nicht selbst, sondern über den Sachverständigen einwirken wollte, von dem er annahm, dass er gutgläubig sein werde. Bei der Anwendung des Merkmals des unmittelbaren Ansetzens sind also die Besonderheiten einer Tatbegehung im Wege mittelbarer Täterschaft zu bedenken.

In der Frage, wie im Falle **mittelbarer Täterschaft die Grenzlinie zwischen Vorbereitung und Versuchsbeginn** zu ziehen ist, gehen die Meinungen auseinander.<sup>2</sup>

Man kann zunächst grob unterscheiden zwischen der **Gesamtlösung** und der **Einzellösung**.<sup>3</sup> Die Gesamtlö-

sung meint: Erst wenn der Tatmittler sich an die Verwirklichung des Tatbestandes macht, ist ein unmittelbares Ansetzen gegeben.<sup>4</sup> Dagegen die Einzellösung: Es genügt, wenn der mittelbare Täter mit der Einwirkung auf den Tatmittler beginnt.<sup>5</sup>

Auf der Seite der Einzellösung ist weiter zu unterscheiden. Die „**modifizierte Einzellösung**“<sup>6</sup> fügt ein Kriterium hinzu, das allgemein<sup>7</sup> bei der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch Verwendung findet: Es muss aus der Sicht des mittelbaren Täters bereits eine unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts eingetreten sein.

Der zuletzt genannte Standpunkt wird von der Rechtsprechung und der h. M. eingenommen.<sup>8</sup> Danach genügt es also für einen Versuchsbeginn, wenn der mittelbare Täter die Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen und damit das Tatgeschehen aus der Hand gegeben hat, sofern nach seiner Vorstellung das betroffene Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist.<sup>9</sup>

Wer der Gesamtlösung folgt, wird im vorliegenden Fall einen Versuchsbeginn verneinen. Die Einzellösung führt dagegen zu einer Bejahung. Nach der modifizierten Einzellösung hängt das Ergebnis davon ab, ob aus Tätersicht bereits eine unmittelbare Gefährdung des Vermögens des Beklagten eingetreten ist.

Letzteres verlangt ein Nachdenken über die Prozesssituation, von der auf die Tätersicht zurückgeschlossen werden kann. Gegen eine unmittelbare Gefährdung spricht, dass noch die Erstel-

<sup>1</sup> Wir müssen aus Platzgründen darauf verzichten, die Konstruktion des Prozessbetruges zu erläutern. Wer Informationsbedarf hat, sei verwiesen auf: *Rengier*, Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2006, § 13 Rn. 49, 88; *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 76 f.

<sup>2</sup> Darstellung des Meinungsstandes bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2006, S. 89–97; *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 90–97.

<sup>3</sup> Vgl. zur Benennung: *Kühl* (Fn. 2), § 20 Rn. 91 f.

<sup>4</sup> So z. B. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 22 Rn. 9.

<sup>5</sup> So z. B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 155.

<sup>6</sup> So die treffende Bezeichnung von *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2005, § 39 Rn. 50.

<sup>7</sup> Dementsprechend wird diese Ansicht auch „allgemeine Theorie“ genannt, so bei *Hillenkamp* (Fn. 2), S. 92.

<sup>8</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 22 Rn. 9.

<sup>9</sup> Zusammenfassend: *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 22 Rn. 27.

lung des Gutachtens, dessen Vorlage bei Gericht und die gerichtliche Entscheidungsfindung ausstanden, bevor es zu einem Vermögensschaden kommen konnte. Andererseits ist zu bedenken, dass dieses Geschehen außerhalb der Einflussphäre des A lag. Da der Sachverständige gerichtlich bestellt war, bedurfte es – anders als bei einem Privatgutachten – keiner Einreichung des Gutachtens durch eine Partei. Mit der Manipulation der Bremsleitung hätte das Schicksal des Prozesses seinen rechtlich vorgesehenen Lauf genommen, wenn der Sachverständige die Manipulation nicht bemerkt hätte.

Möglicherweise hängt die Entscheidung zum Prozessbetrug aber gar nicht von der Lösung des bisher erörterten Problems ab. Es ist auf ein Nebenproblem des Falles aufmerksam zu machen, das bereits bei der Prüfung des Tatenschlusses, im straftatsystematischen Prüfungsgang also vor der Untersuchung des unmittelbaren Ansetzens,<sup>10</sup> auftritt.

Dieser Prüfungspunkt umfasst beim Betrug auch die Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. An der **Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung** würde es hier fehlen, wenn das Klagebegehren des A berechtigt gewesen wäre. Hätte er auf Grund der tatsächlich vorhandenen Mängel des Fahrzeugs einen Anspruch auf Rückabwicklung gehabt, so könnte ihm nicht angelastet werden, einen unberechtigten Vermögensvorteil erstrebt zu haben. Der Umstand, dass er zur Verstärkung seiner Rechtsposition manipuliert hat, würde daran nichts ändern. Es gilt: Entspricht das von einem Täter verfolgte Ziel der Rechtsordnung, so wird es nicht dadurch, dass rechtswidrige Mittel zu seiner Verwirklichung angewandt werden, selbst rechtswidrig.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Vgl. die Übersicht zum Versuchsaufbau bei *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 874.

<sup>11</sup> Vgl. BGHSt 42, 268, 271; *Kindhäuser* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn. 373.

Der Sachverhalt gibt keinen Aufschluss über die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung. Nehmen wir einmal an, dass – auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ – A einen Anspruch auf die Rückabwicklung des Vertrages hatte, so wäre die Prüfung damit noch nicht beendet. Das Handeln des A lässt nämlich vermuten, dass er sich seiner Sache nicht sicher war und mit der Möglichkeit rechnete, über einen solchen Anspruch nicht zu verfügen. Sollte das der Fall sein, so wäre die Konstellation eines „umgekehrten Tatumstandsirrtums“ gegeben: Der Täter nimmt abweichend von der objektiven Rechtslage an, dass der von ihm erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist. Ein solcher Irrtum wirkt sich belastend aus; der Täter ist wegen (untauglichen) Versuchs zu bestrafen.<sup>12</sup> Das gilt auch im Falle eines nur bedingten Vorsatzes.<sup>13</sup> Allerdings lässt der Sachverhalt nicht klar erkennen, was A sich vorstellte.

Die Manipulation einer Bremsleitung ist ferner straßenverkehrsstrafrechtlich relevant. Die Tat erfüllt die Voraussetzungen der gesetzlichen Tathandlung in § 315 b Abs. 1 Nr. 1 StGB: **Beschädigung eines Fahrzeugs**.<sup>14</sup> Gleichwohl scheidet eine Bestrafung nach dieser Vorschrift wegen vollendeter Tat aus, weil die weiterhin erforderliche konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für Sachen von bedeutendem Wert nicht vorgelegen hat. Wiederum ist also eine **Versuchsstrafbarkeit** zu untersuchen.

Bei der Prüfung des Tatenschlusses ist erneut ein Sachverhaltsproblem zu lösen. Zusätzlich zum zweifellos vorhandenen Vorsatz zur Begehung der Tathandlung müsste A zumindest bedingt vorsätzlich im Hinblick auf die

<sup>12</sup> Vgl. BGHSt 42, 268, 272 f.; *Tröndle/Fischer* (Fn. 9), § 263 Rn. 112 a.

<sup>13</sup> Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 9), § 263 Rn. 112 a.

<sup>14</sup> Vgl. *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 315 b Rn. 5.

Herbeiführung einer konkreten Gefahr gehandelt haben. Da nicht bekannt ist, was A sich vorstellte, müssen Indizien herangezogen werden.<sup>15</sup> Für bedingt vorsätzliches Handeln spricht, dass die Beeinträchtigung der Funktionstüchtigkeit der Bremsanlage generell höchst unfallträchtig ist. Andererseits wusste A vom Eingreifen eines zweiten Bremskreises. Möglicherweise hat er deswegen darauf vertraut, dass es zu keiner Gefährdung kommen werde.

Wird der Tatentschluss bejaht, so steht der Annahme einer Strafbarkeit wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 22, 23 StGB nichts mehr im Wege. Denn mit der Manipulation der Bremsleitung hat A auch bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt, weil der Sachverständige kurz darauf die Besichtigungsfahrt durchführen sollte.

Nunmehr muss noch eine nicht leicht aufzufindende Qualifikation in Betracht gezogen werden. Über § 315 b Abs. 3 StGB führt der Weg zu § 315 Abs. 3 Nr. 1 b Alt. 1 StGB: Schwere bestraft wird, wer in der **Absicht** gehandelt hat, **eine andere Straftat zu ermöglichen**. Hier könnte A angelastet werden, dass er den gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr zur Ermöglichung eines Prozessbetruges versucht hat. Zweifel an der Anwendbarkeit dieses Qualifikationstatbestandes löst das Merkmal der „**anderen**“ **Straftat** aus. Wird dafür eine gesonderte nachfolgende Tathandlung verlangt, so steht einer Anwendung im vorliegenden Fall entgegen, dass die Veränderung der Bremsleitung auch schon als ein unmittelbares Ansetzen zum Prozessbetrug angesehen werden kann und A im Hinblick auf den Prozessbetrug nichts Weiteres veranlassen musste. Demgegenüber könnte eine funktionale Betrachtung für die Annahme der Andersartigkeit spre-

chen: Der Eingriff in den Straßenverkehr war nur Mittel zum Zweck des Prozessbetruges.<sup>16</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Frage, ob A bereits unmittelbar zu einem Betrugsversuch in mittelbarer Täterschaft angesetzt hatte, beantwortet das OLG München anders als die Vorinstanz, die lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung angenommen hatte. Es beruft sich dabei auf die herrschende modifizierte Einzellösung, derzufolge die Einwirkung auf den Tatmittler genügt, wenn nach der Vorstellung des mittelbaren Täters eine unmittelbare Gefährdung damit verbunden ist. Dafür soll maßgeblich sein, ob „der Tatmittler im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Einwirkung durch den mittelbaren Täter nach dessen Erwartung die Tathandlung begehen wird“<sup>17</sup>.

Das Gericht hält es für bedeutungslos, dass es noch der Erstellung des Gutachtens und der Übersendung bedurfte, bevor es zu einer täuschenden Beeinflussung des Richters kommen konnte. Auch misst es dem Umstand keine Bedeutung bei, dass A sich noch nicht auf den Mangel berufen hatte. Maßgeblich sei, dass die Klage bereits erhoben worden und damit die Berufung auf den inszenierten neuen Mangel nach dem Tatplan eine „Selbstverständlichkeit“<sup>18</sup> gewesen sei.

Ein Fallvergleich soll diese Argumentation unterstützen. Der vorliegende Fall sei mit demjenigen vergleichbar, in dem ein gutgläubiger Rechtsanwalt unter Vorlage einer gefälschten Urkunde mit der Durchsetzung rechtlicher Ansprüche beauftragt werde. Hier sei anerkannt, dass der Täter bereits un-

<sup>15</sup> Vgl. zur Ermittlung des Willenssachverhalts bei der Prüfung des bedingten Vorsatzes *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 45.

<sup>16</sup> Für beide Betrachtungsweisen finden sich Anhaltspunkte bei *König* in LK, StGB, 11. Aufl., § 315 Rn. 116.

<sup>17</sup> OLG München NJW 2006, 3364.

<sup>18</sup> OLG München NJW 2006, 3364, 3365.

mittelbar zur Verwirklichung eines Prozessbetruges angesetzt habe.<sup>19</sup>

Das OLG erörtert dann noch das Problem der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung. Das LG war darauf nicht eingegangen, weil es in seiner Entscheidung maßgeblich darauf abgestellt hatte, dass A noch nicht unmittelbar zur Verwirklichung des Prozessbetruges angesetzt habe. Das OLG belässt es jedoch bei einem Problem-aufriss, weil es der Ansicht ist, dass für eine abschließende Stellungnahme eine weitere Aufklärung des Sachverhalts nötig sei.

Mit gleicher Begründung sieht das OLG davon ab, eine Entscheidung hinsichtlich eines versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zu treffen. Das LG, das auch insoweit zur Annahme von Straflosigkeit gelangt war, hat nach Ansicht des OLG nahe liegende Aufklärungsbemühungen unterlassen. Zur Ermittlung eines etwaigen bedingten Gefährdungsvorsatzes reiche es nicht aus, allein auf den objektiven Umstand abzustellen, dass der Sachverständige das Fahrzeug mit der verbliebenen Bremskraft gefahrlos habe zum Stillstand bringen können. Für Rückschlüsse auf die Vorstellung des Angeklagten seien auch Feststellungen dazu nötig, wie sich die mangelhafte Bremsleistung auf plötzlich auftretende Verkehrssituationen, etwa ein plötzlich auf die Straße laufendes Kind, hätte auswirken können. Ferner müssten die dem Angeklagten bekannten Straßen- und Verkehrsverhältnisse geklärt werden. So sei etwa von Bedeutung, ob der Sachverständige eine wenig benutzte oder stark frequentierte, eine gerade verlaufende oder abfallende Straße zu befahren gehabt habe.

Abschließend äußert sich das OLG zum Qualifikationstatbestand des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zur Ermöglichung einer anderen Straftat. Diesen hält das Gericht nur

dann für unanwendbar, wenn die weitere Straftat mit dem Eingriff vollständig zusammenfällt.<sup>20</sup> Anders sei ein Geschehen zu beurteilen, in dem der Eingriff als Mittel der weiteren Straftat gedient habe.<sup>21</sup> So liege der Fall hier.

Auf Grund des Fehlens von Feststellungen hat das OLG das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall drängt sich auf für eine Verwertung als Examensklausur. **Zwei Standardprobleme des Allgemeinen Teils** (Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft sowie Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit) sind unter Berücksichtigung von **tatbestandlichen Besonderheiten** (Betrug und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr) zu prüfen. Hinzu kommen spezifische Probleme dieser Tatbestände. Ein fairer Aufgabensteller wird die Bearbeitung durch nähere Angaben zur subjektiven Tatseite erleichtern.

Wer die Bearbeitungszeit optimal einzuteilen versteht, könnte zusätzlich zu den hier erörterten Problemen noch ein weiteres ansprechen. Es betrifft die Frage, ob sich die nahezu einhellig akzeptierte **Konstruktion des Prozessbetruges** tatsächlich mit den Anforderungen von § 263 StGB verträgt.

Da der Prozessbetrug ein Fall des Dreiecksbetruges ist, müsste eigentlich auch hier ein **Näheverhältnis des Verfügenden zum geschädigten Drittvermögen** verlangt werden.<sup>22</sup> Man wird jedoch schwerlich davon sprechen können, dass der Richter dem Vermögen der benachteiligten Partei besonders nahe steht. Denn seine Position soll sich gerade durch Unparteilichkeit, also Distanz, auszeichnen.

<sup>19</sup> OLG München NJW 2006, 3364, 3365, unter Berufung auf *Tröndle/Fischer* (Fn. 9), § 22 Rn. 26.

<sup>20</sup> Unter Berufung auf BGH NZV 1995, 285.

<sup>21</sup> Unter Berufung auf *König* in LK (Fn. 16), § 315 Rn. 116.

<sup>22</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 49.

Sehr vereinzelt wird daher in der Literatur auch eine Anwendung von § 263 StGB abgelehnt.<sup>23</sup> Die Vorschrift erfasse nicht den eigentlichen Unrechtsgehalt einer solchen Tat, der im Missbrauch eines Rechtspflegeorgans bestehe. Nötig sei die Einführung einer entsprechenden Strafvorschrift.

Die ganz h. M. lässt sich von dieser Kritik nicht beeindrucken. Sie meint, dass die Nähe zum geschädigten Drittvermögen von Rechts wegen durch die richterliche Befugnis hergestellt werde, verbindliche Entscheidungen mit Auswirkungen auf das Vermögen der Prozessparteien zu treffen.<sup>24</sup>

Zum **Aufbau**: Die Prüfung sollte unbedingt mit der Untersuchung des Prozessbetruges begonnen werden. Nur so lässt sich eine Verschachtelung vermeiden. Wird nämlich zunächst der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr geprüft, dann müsste dort auch schon bei der Erörterung des Qualifikationstatbestandes – Ermöglichung einer anderen Straftat – auf den Prozessbetrug eingegangen werden.

Zur **Argumentation**: Empfohlen sei, sich insbesondere zu dem häufig geprüften Problem des Versuchsbeginns bei mittelbarer Täterschaft einen Vorrat an Argumenten anzulegen, um für den Ernstfall gerüstet zu sein.<sup>25</sup> Viel spricht dafür, sich gegen die Gesamtlösung zu entscheiden.<sup>26</sup> Denn anders als bei der Mittäterschaft ist der Personenverbund der mittelbaren Täterschaft gerade nicht durch Gemeinsamkeit, sondern durch ein Stufenverhältnis zwischen den Beteiligten gekennzeichnet, so dass es gerechtfertigt ist, maßgeblich auf

denjenigen abzustellen, der das Geschehen in der Hand hat. Die Einzellösung tendiert allerdings zu einer Vorverlagerung des Versuchsbeginns. Dem tritt die modifizierte Einzellösung mit dem zusätzlichen Kriterium der unmittelbaren Gefährdung entgegen.

Im Umgang mit der **straßenverkehrsstrafrechtlichen Seite** des Falles ist schon viel gewonnen, wenn erkannt wird, dass mangels objektiver Gefährdung nur ein versuchter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr in Betracht kommt, und wenn die Verbindung zum Qualifikationstatbestand in § 315 Abs. 3 Nr. 1 b Alt. 1 StGB hergestellt wird.

Die **Praxis** wird zu registrieren haben, dass mit der täuschenden Einwirkung einer Partei auf gerichtlich angeordnete Maßnahmen der Beweiserhebung die Schwelle zum versuchten Prozessbetrug bereits überschritten ist, ohne dass es noch erforderlich wäre, dass sich die Partei im Verfahren auf das Ergebnis der Beweiserhebung beruft.

## 5. Kritik

Gewünscht hätte man sich eine inhaltliche Auseinandersetzung des OLG mit dem Meinungsstreit über den Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft. Das Gericht begnügt sich jedoch mit der schlichten Anwendung der h. M.; das ist zu bedauern, entspricht aber der regelmäßigen Praxis der Revisionsgerichte.

Konsequent ist es, wenn das Gericht auf der Grundlage seiner Stellungnahme zum Versuchsbeginn beim Prozessbetrug eine weitere Sachverhaltsaufklärung für nötig hält. Ferner ist es nachvollziehbar, dass es die Verneinung eines bedingten Gefährdungsvorsatzes durch das LG für nicht ausreichend begründet hält und auch insoweit zusätzliche Feststellungen für nötig befindet.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Stephanie Schulze zugrunde.)*

<sup>23</sup> Vgl. die Darstellung bei *Jänicke*, Gerichtliche Entscheidungen als Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestandes, 2001, S. 476–479.

<sup>24</sup> Vgl. *Mitsch* (Fn. 1), § 7 Rn. 76.

<sup>25</sup> Zusammenstellungen der Argumente bei *Hillenkamp* (Fn. 2), S. 89–97 (Hausarbeitsniveau); *Jäger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, Rn. 304 (Klausurniveau).

<sup>26</sup> Vgl. *Marxen* (Fn. 15), S. 185.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der marokkanische Student M schließt sich 1999 einem Kreis von Studenten muslimischen Glaubens an. In der Gruppe wird mit der Zeit zunehmend über die Begehung von Selbstmordattentaten gegen „Ungläubige“, insbesondere „die Amerikaner und Juden“, diskutiert.

Spätestens ab November 1999 beschließt die Gruppe, Anschläge größeren Ausmaßes zu begehen. Einige Gruppenmitglieder reisen daher Ende 1999 nach Afghanistan, um sich entsprechend ausbilden zu lassen. M verschleiert derweil in Deutschland abredegemäß die Abwesenheit der Gruppenmitglieder sowie Ziel und Zweck ihrer Reisen. Unter anderem kümmert er sich mithilfe einer Generalvollmacht um die Mietzahlungen und später um die Kündigung des Mietvertrages eines Gruppenmitglieds. Als die Freundin eines Mitglieds Nachforschungen nach dessen Verbleib anstellt, versucht M sie davon abzubringen. Diese Tätigkeiten dienen auch dem Ziel der Gruppe, im Falle eines Fehlgehens des

## Februar 2007 Motassadeq-Fall

*Beihilfe / Beihilfehandlung / Gehilfenvorsatz*

§§ 27 Abs. 1, 211 StGB

### Leitsätze der Verf.:

1. Hilfeleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB ist grundsätzlich jede Handlung, welche die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich.
2. Der Beihilfenvorsatz setzt keine Kenntnis der „Unrechtsdimension“ der Haupttat voraus.

BGH, Urteil vom 16. November 2006 – 3 StR 139/06; veröffentlicht in NJW 2007, 384.

geplanten Anschlages weitere Taten begehen zu können.

Nach der Rückkehr der Gruppe Anfang 2000 erfährt M, dass einige Gruppenmitglieder Flugzeuge unbekannter Art und Größe in ihre Gewalt und zum Absturz bringen wollen, um Menschen zu töten. Auch in der Folgezeit bis mindestens Anfang 2001 verschleiert M die Tätigkeiten der Gruppe, indem er sich für andere Gruppenmitglieder um deren Post und eine Wohnungsräumung kümmert sowie nachforschende Verwandte beschwichtigt. Ferner wirkt M – teilweise in Zusammenarbeit mit anderen Personen – an der Bereitstellung von Geldmitteln mit.

Am 11. September 2001 steuern Gruppenmitglieder in den USA drei besetzte Passagierflugzeuge in öffentliche Gebäude; ein weiteres entführtes Flugzeug wird auf freiem Feld zum Absturz gebracht, als Passagiere die Entführer überwältigen wollen. Bei den Anschlägen sterben über 3000 Personen, dar-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt beschränkt sich auf die Angaben, die zur Erörterung der examensrelevanten Beihilfeprobleme nötig sind. Der BGH hält diejenigen Urteilspassagen für bedeutsamer, die sich mit den hier unberücksichtigt gelassenen Verfahrensrügen befassen; nur sie sind Gegenstand der gerichtlichen Leitsätze und für eine Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen.

unter die 246 Flugzeuginsassen. – Strafbarkeit des M?

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Unproblematisch zu bejahen ist die Strafbarkeit des M wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung gem. § 129 a Abs. 1 Nr. 1 StGB.<sup>2</sup> Die hier interessierenden Fragen der Entscheidung ergeben sich bei der Prüfung der Strafbarkeit des M wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 27 Abs. 1 StGB.

Im objektiven Tatbestand bereitet die Frage nach der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen **Haupttat** keine großen Schwierigkeiten. In Betracht kommt neben dem Totschlag auch Mord. Zu prüfen sind die Mordmerkmale der niedrigen Beweggründe, der heimtückischen Begehung und der Verwendung gemeingefährlicher Mittel.

Das erste Problem des Falles tritt auf bei der Frage nach dem erforderlichen **Zusammenhang** zwischen der **Beihilfehandlung** und der **Haupttat**. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, welche Anforderungen an die Beihilfehandlung zu stellen sind. Insbesondere nach Ansicht des BGH genügt als Beihilfehandlung jede Handlung, die die Haupttat in irgendeiner Weise fördert.<sup>3</sup> Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, dass der Gehilfenbeitrag die Haupttat mitverursachen muss.<sup>4</sup> Andere Autoren fordern, dass die Beihilfehandlung das

Risiko für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut erhöht haben muss.<sup>5</sup>

Das zweite Fallproblem betrifft den **Vorsatz** des M bezüglich der **Haupttat**. Der BGH äußerte in einer früheren Entscheidung<sup>6</sup>, dass der Beihilfevorsatz den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfassen müsse; in einem späteren Urteil<sup>7</sup> wertete er die Kenntnis der "Dimension des Unrechts der ins Auge gefassten Tat" als Indiz für einen Gehilfenvorsatz. Die Literatur stimmt dem BGH überwiegend zu.<sup>8</sup> Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung hat das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall einen Beihilfevorsatz des M verneint. M habe weder die genaue Art der Attentate, die Anzahl der Einzelschläge und ihren jeweiligen Ort und Zeitpunkt noch das ungeheure Ausmaß der geplanten und durchgeführten Anschläge, insbesondere die Dimension der Vernichtung von Menschenleben, gekannt.<sup>9</sup>

## 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bejaht im Hinblick auf die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ohne weiteres die **Mordmerkmale** des niedrigen Beweggrundes und der heimtückischen Begehung. Zur Heimtücke wird ausgeführt, dass die Passagiere und Besatzungsmitglieder in dem Zeitpunkt, als die Attentäter die Flugzeuge in ihre Gewalt gebracht und damit die ersten gegen deren Leben gerichteten Angriffshandlungen vorgenommen hätten, arg- und wehrlos gewesen seien. Sie hätten auch danach keine realistische Möglichkeit mehr gehabt, sich gegen die Attentäter erfolgreich zu verteidigen und ihr Leben zu retten.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> Allenfalls könnte kurz das Problem angesprochen werden, dass die Begehung einer einzelnen Katalogtat für eine terroristische Vereinigung nicht ausreicht; vgl. etwa *Lenckner/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2007, § 129 a Rn. 2. Jedoch spielt diese Frage hier letztlich keine entscheidende Rolle, weil die Gruppenmitglieder im Falle des Fehlgehens ihres Anschlags weitere Katalogtaten begehen wollten.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 2409, 2410 m.w.N.

<sup>4</sup> *Cramer/Heine*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 27 Rn. 10.

<sup>5</sup> *Murmann*, JuS 1999, 548, 550 ff.

<sup>6</sup> BGH NSTZ 1990, 501.

<sup>7</sup> BGHSt 42, 135, 139.

<sup>8</sup> *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 242; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 584.

<sup>9</sup> Zitiert in BGH NJW 2007, 384, 388.

<sup>10</sup> BGH NJW 2007, 384, 390; zu dem ebenfalls eindeutig gegebenen Mordmerkmal

Zu den Anforderungen an eine Beihilfehandlung bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung, nach der jede **objektive Förderung** der Haupttat genügt; Kausalität sei nicht erforderlich.<sup>11</sup> Die Handlungen des M seien danach als Beihilfehandlungen anzusehen. Seine Verschleierungshandlungen hätten den zur Tatvollendung führenden Geschehensablauf bis in die Ausführungsphase hinein mitgeprägt.<sup>12</sup>

Die Ansicht der Verteidigung, dass die Beiträge des M von völlig untergeordnetem Gewicht gewesen seien, geht nach Auffassung des BGH fehl. Zum einen komme es grundsätzlich nicht auf das Gewicht des tatfördernden Beitrages für dessen Einstufung als Hilfeleistung an. Zum anderen müsse sich der M Hilfeleistungen anderer Gruppenmitglieder für die Attentäter im Rahmen der mittäterschaftlichen Beihilfe zurechnen lassen.<sup>13</sup>

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts sei auch nicht erheblich, dass der Angeklagte seine Unterstützungshandlungen schon längere Zeit vor der Begehung der Haupttaten in deren Vorbereitungsphase vorgenommen habe.<sup>14</sup>

Der BGH äußert sich ferner grundsätzlich zu dem Meinungsstreit über die Anforderungen an die Beihilfehandlung. Er ist der Auffassung, dass die abweichenden Positionen im Schrifttum bei näherer Betrachtung kaum einmal zu Unterschieden im Ergebnis führen würden. Es handele sich weitgehend um einen **Streit über dogmatische Begrifflichkeiten**, der sich allenfalls bei außergewöhnlichen Sachverhaltsgestaltungen auf das Ergebnis auswirke.<sup>15</sup>

Zur Frage des Vorsatzes bezüglich der Haupttat stellt der BGH klar, dass der Gehilfe **keine Kenntnis der „Un-**

**rechtsdimension**“ der Haupttat haben muss. Sofern in früheren Entscheidungen die „Unrechtsdimension“ der Tat angesprochen worden sei, lasse sich daraus nichts Abweichendes herleiten, weil die Äußerungen nur beiläufig erfolgt und für das jeweilige Ergebnis nicht tragend gewesen seien. Zudem seien die behandelten Sachverhalte nicht vergleichbar. Wenn wie hier das höchstpersönliche Rechtsgut des menschlichen Lebens betroffen sei, verbiete sich jede Betrachtung, die dessen Schutz dadurch relativieren könnte, dass das einzelne Menschenleben als unbedeutender Einzelposten gegenüber einem allein maßgeblichen „Gesamtunrechtsgehalt“ oder einer „Gesamtunrechtsdimension“ nicht mehr ins Gewicht fielen. Dies wäre aber der Fall, wenn ein Gehilfe, der durch seine Tatbeiträge bewusst die Tötung einer Vielzahl von Menschen gefördert habe, nur deshalb nicht wegen Beihilfe zum vielfachen Totschlag oder Mord bestraft werden könnte, weil die von ihm unterstützten Haupttäter ihre Taten in eine Dimension getrieben hätten, die von den Vorstellungen des Gehilfen nicht mehr erfasst gewesen seien.<sup>16</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung des BGH ist aus zwei Gründen besonders examensrelevant. Zum einen hat sie mit den Anschlägen vom 11. September 2001 eine die Öffentlichkeit besonders beschäftigende Straftat zum Gegenstand. Zum anderen behandelt sie Fragen der Beihilfe, die in strafrechtlichen Prüfungszusammenhängen häufig wiederkehren.

Bei der Bearbeitung von Fällen zur Beihilfe sollte zukünftig berücksichtigt werden, dass die verschiedenen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zur Beihilfehandlung nach Ansicht des BGH regelmäßig zu dem gleichen Ergebnis führen, womit er wohl Recht hat. Studierende sollten

---

der Verwendung gemeingefährlicher Mittel äußert sich der BGH nicht.

<sup>11</sup> BGH NJW 2007, 384, 388.

<sup>12</sup> BGH NJW 2007, 384, 388.

<sup>13</sup> BGH NJW 2007, 384, 389.

<sup>14</sup> BGH NJW 2007, 384, 389.

<sup>15</sup> BGH NJW 2007, 384, 389.

---

<sup>16</sup> BGH NJW 2007, 384, 389 f.

verstärkt darauf achten, diesen **Meinungsstreit** nur dann ausführlich auszubreiten, **wenn** die Ansichten ausnahmsweise tatsächlich zu **unterschiedlichen Ergebnissen** führen.

Zurückhaltung erscheint geboten im Umgang mit der vom BGH angesprochenen Figur der **mittäterschaftlichen Beihilfe**. In der Regel können auch mehrere Gehilfen jeweils für ihre eigenen Beihilfehandlungen bestraft werden, ohne dass dafür auf eine wechselseitige Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB zurückgegriffen werden muss. Man sollte sich nicht in die Gefahr begeben, sich in einer unnötigen Anhäufung von Figuren des Allgemeinen Teils zu verzetteln.

Für die **Praxis** ist insbesondere die Klarstellung wichtig, dass dem vom BGH in früheren Entscheidungen verwendeten Kriterium der **Unrechtsdimension** für den Beihilfevorsatz künftig keine Bedeutung mehr zukommt.

## 5. Kritik

Zunächst einmal ist der BGH in methodischer Hinsicht dafür zu loben, dass er die Voraussetzungen der Beihilfe geradezu schulmäßig durchprüft.

Auch inhaltlich ist der Verurteilung des M wegen Beihilfe zum Mord jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings hätte das Merkmal der Unrechtsdimension dafür nicht vollständig aufgegeben werden müssen. Die Möglichkeit einer Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit mithilfe dieses Merkmals war grundsätzlich zu begrüßen. Dem gewichtigen Argument des **absoluten Lebensschutzes** hätte der BGH auch auf andere Weise Rechnung tragen können. Das Gericht hätte beispielsweise klarstellen können, dass Straftaten gegen das Leben unabhängig von der Zahl der Opfer stets die gleiche Unrechtsdimension haben. Auf diese Weise hätte der BGH seine Rechtsprechung zum Merkmal der Unrechtsdimension fortführen und weiter konkretisieren können. Dadurch wären zwei Nachteile vermieden worden.

Erstens droht durch die vollständige Aufgabe des Merkmals der Unrechtsdimension eine weitere Ausweitung der Beihilfestrafbarkeit. Wenn in objektiver Hinsicht jedes Fördern der Haupttat genügt und subjektiv nicht einmal eine Kenntnis ihrer Unrechtsdimension zu fordern ist, werden die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit sehr weit gezogen. Kurz gesagt: **Man muss nicht viel tun und noch weniger wissen, um sich wegen Beihilfe strafbar zu machen.** Ob diese Entwicklung noch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die Beihilfe nur in engen Grenzen zu bestrafen – der Versuch der Beihilfe ist ja beispielsweise bewusst von der Strafbarkeit ausgenommen –, darf durchaus bezweifelt werden.

Zweitens hätte sich der BGH nicht auf die fragwürdige Position zurückziehen müssen, seine früheren Ausführungen zum Merkmal der Unrechtsdimension seien nur „beiläufig und für das jeweilige Ergebnis nicht tragend“<sup>17</sup> gewesen. Damit ist ein allgemeines Problem angesprochen. In obergerichtlichen Entscheidungen ist seit längerem die Tendenz zu beobachten, nicht allein entscheidungserhebliche Fragen zu behandeln, sondern den Instanzgerichten darüber hinausgehende Anregungen und Hinweise zu geben (sog. **obiter dicta**). Bedenklich ist diese Entwicklung aus zwei Gründen. Zum einen besteht die Gefahr, dass sich die Obergerichte Kompetenzen anmaßen, die ihnen nicht zustehen. Ihre Aufgabe ist lediglich die Entscheidung des konkreten Falles. Zum anderen müssen die Obergerichte bisweilen in neuen Fallgestaltungen erkennen, dass ihre früheren beiläufigen Überlegungen zu kurz gedacht waren und nicht in jeder Konstellation tragfähig sind. Nun ist eine als notwendig erkannte Rechtsprechungsänderung, für sich genommen, nicht bedenklich. Es ist jedoch der Rechtssicherheit abträglich, wenn Obergerichte einerseits gezielt versuchen, die Rechtsprechung der Untergerichte mittels obiter dicta zu be-

<sup>17</sup> BGH NJW 2007, 384, 389 f.

einflussen, andererseits aber den Eindruck vermitteln, dass diese eigentlich doch nicht so richtig ernst zu nehmen sind.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Jessica Luongo zugrunde.)*

## 1. Sachverhalt

Die Generalbundesanwältin führt gegen A und weitere Personen ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung und anderer Straftaten. Nach dem Stand der Ermittlungen liegt es nahe, dass auf dem Computer des A verfahrensrelevante Informationen abgespeichert sind. Aus verfahrenstaktischen Gründen will die Generalbundesanwältin keinen Gebrauch von der Möglichkeit machen, die richterliche Anordnung einer offen durchgeführten Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme des Computers mit anschließender Durchsicht der Speichermedien zu beantragen. Vielmehr stellt sie einen Antrag auf Anordnung einer heimlichen Durchsuchung und Beschlagnahme. Den Ermittlungsbehörden soll der Einsatz eines hierfür konzipierten Computerprogramms gestattet werden. Das Programm nutzt Sicherheitslücken der Computersysteme in gleicher Weise aus wie „Trojaner“<sup>1</sup> und wird daher innerdienstlich auch als „Bundestrojaner“ bezeichnet<sup>2</sup>. Es soll dem A zugespielt werden, ohne dass er davon etwas bemerkt. Nach seiner Installation kopiert das Programm die auf den Speichermedien abgelegten Dateien und überträgt

<sup>1</sup> Damit werden heimlich installierte schädliche, oft kriminellen Zwecken dienende Programme bezeichnet. Der Begriff knüpft an die griechische Mythologie (trojanisches Pferd) an.

<sup>2</sup> FAZ vom 6. Februar 2007, S. 1 und 14.

März 2007

## Bundestrojaner-Fall

*Durchsuchung / Offenheit der Ausführung / Anwesenheit des Betroffenen und Dritter / Gesetzesvorbehalt / Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen*

§§ 102 ff. StPO

### Leitsatz des Gerichts:

Die „verdeckte Online-Durchsuchung“ ist mangels einer Ermächtigungsgrundlage unzulässig. Sie kann insbesondere nicht auf § 102 StPO gestützt werden. Diese Vorschrift gestattet nicht eine auf heimliche Ausführung angelegte Durchsuchung.

BGH, Beschluss vom 31. Januar 2007 – StB 18/06; veröffentlicht in NJW 2007, 930.

sie zum Zweck der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden. Der zuständige Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs<sup>3</sup> lehnt den Antrag ab.<sup>4</sup> Dagegen wendet sich die Generalbundesanwältin mit der Beschwerde.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der für die Entscheidung über die Beschwerde zuständige Senat des BGH<sup>5</sup> hat im Wesentlichen zu prüfen, ob der Ermittlungsrichter die von der Generalbundesanwältin beantragte Maßnahme anordnen muss. Da diese in Grundrechte, u. a. in das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** eingreift, welches ein Bestandteil des allgemei-

<sup>3</sup> Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO.

<sup>4</sup> Die Entscheidung ist zugänglich über [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) unter BeckRS 2007 00295. In kommentierter Form wird sie wiedergegeben bei *Jahn* JuS 2007, 279.

<sup>5</sup> Rechtsgrundlage: § 304 Abs. 4 StPO in Verbindung mit § 135 Abs. 2 GVG.

nen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist,<sup>6</sup> bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigung. Die Ermächtigung muss speziell einen Eingriff dieser Art gestatten. Der allgemeine gesetzliche Auftrag an die Staatsanwaltschaft und die Polizei, bei einem Tatverdacht zu ermitteln (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO), reicht dafür anerkanntermaßen nicht aus.<sup>7</sup>

Rasch ausscheiden lassen sich die Spezialermächtigungen zur **Überwachung der Telekommunikation** (§ 100 a StPO), zur **Wohnraumüberwachung** (§ 100 c StPO) und zum **Einsatz technischer Mittel für Observationszwecke** (§ 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO).<sup>8</sup> Mit dem Eindringen in den Bereich des Tatverdächtigen über das Internet soll nicht dessen Kommunikation mit einem Dritten überwacht werden; vielmehr soll auf Dateien zugegriffen werden, die der Tatverdächtige abgespeichert hat.<sup>9</sup> Der Zugriff zielt auch nicht auf das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes wie bei der Wohnraumüberwachung. Schließlich gehört die eingesetzte Technik auch nicht zu den im Gesetz genannten technischen Observationsmitteln; damit sind etwa Peilsender und satellitengestützte Ortungssysteme gemeint.

Was bleibt, ist die gesetzliche Ermächtigung zur **Durchsuchung beim Verdächtigen** gem. § 102 StPO. Ergänzend kann noch § 110 StPO herangezogen werden. Die Vorschrift gestattet der Staatsanwaltschaft auch die

Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen. Das Wort „Papiere“ wird großzügig interpretiert: Als erfasst gelten auch elektronische Speichermedien.<sup>10</sup>

Zu der Frage, ob § 102 StPO anwendbar ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die Wiedergabe der Standpunkte ist schwierig, weil eine Vielzahl von Argumenten pro und contra vorgetragen wurden, die sich aufeinander beziehen. Es ist einfacher, dem Wechselspiel der Argumente zu folgen, als die beiden gegensätzlichen Standpunkte jeweils zusammenhängend darzustellen. Wir führen im Folgenden **die wichtigsten Argumente** an.

Pro: Der Begriff der Durchsuchung passt nach Wortbedeutung und Zwecksetzung des Eingriffs auch auf eine verdeckte Maßnahme, die darauf zielt, zu erfassen und zu sichten, was der Verdächtige in seiner Wohnung auf dem Computer abgespeichert hat. Entscheidend für die Qualifizierung einer Maßnahme als Durchsuchung ist die Eignung des gesuchten Objekts als Beweismittel für ein Ermittlungsverfahren.<sup>11</sup>

Contra: Zum gesetzlichen Begriff der Durchsuchung gehört auch, dass die Maßnahme nicht heimlich, sondern offen durchgeführt wird.<sup>12</sup> Aus den Vorschriften über die Ausführung der Durchsuchung ergibt sich, dass der Wohnungsinhaber ein Recht auf Anwesenheit hat (§ 106 Abs. 1 Satz 1 StPO) und dass im Falle seiner Abwesenheit andere Personen hinzuzuziehen sind (§ 106 Abs. 1 Satz 2 StPO). Für das Erfordernis der Offenheit spricht auch, dass bei einer Durchsuchung ohne Beisein des Richters oder des Staatsan-

<sup>6</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 22. Aufl. 2006, Rn. 377 b.

<sup>7</sup> Vgl. zur Reichweite der „Ermittlungsgeneralklausel“ und zum Erfordernis einer gesetzlichen Spezialermächtigung: *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, Rn. 1–5.

<sup>8</sup> Vgl. zum Folgenden *Hofmann* NStZ 2005, 121, 122 (teilweise auf der Grundlage einer danach geänderten Gesetzesfassung).

<sup>9</sup> Das kann sich anders darstellen bei einem heimlichen Zugriff auf eine Mailbox; vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 49. Aufl. 2006, § 100 a Rn. 2.

<sup>10</sup> Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 9), § 110 Rn. 1.

<sup>11</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) *wistra* 2007, 28; *Hofmann* NStZ 2005, 121, 123.

<sup>12</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) BeckRS 2007 00295 (kommentierte Wiedergabe bei *Jahn* JuS 2007, 279).

walts ein Gemeindebeamter oder zwei Gemeindemitglieder hinzuzuziehen sind (§ 105 Abs. 2 StPO).

Pro: Die Anwesenheit anderer Personen ist nicht zwingend erforderlich. In der Regel besteht nur ein Recht, die Anwesenheit verlangen zu können. Ferner gilt für dritte Personen anstelle des Wohnungsinhabers, dass sie nur „wenn möglich“ zuzuziehen sind (§ 106 Abs. 1 Satz 2 StPO). Ein Absehen von der Anwesenheit dieser Personen ist dann möglich, wenn ihre Anwesenheit, wie hier, den Ermittlungserfolg vereiteln würde.<sup>13</sup>

Contra: Diese Interpretation widerspricht der bisher allseits akzeptierten Ansicht, dass eine Beiziehung Dritter nur dann unmöglich ist, wenn die Suche nach bereiten Personen den Ermittlungserfolg gefährden würde.<sup>14</sup> Im Übrigen müssen gesetzliche Anwesenheitsrechte auch durchsetzbar sein, was im Fall der Heimlichkeit verhindert würde.

Pro: Eine etwaige Verletzung von Vorschriften über die Ausführung der Durchsuchung steht der Anordnung der beantragten Maßnahme nicht entgegen, weil es sich um bloße „Ordnungsvorschriften“ handelt, für die anerkannt ist, dass ein Verstoß nicht daran hindert, auf diesem Weg erlangte Beweise zu verwerten.<sup>15</sup>

Contra: Die Kategorie der Ordnungsvorschrift betrifft allein Fragen der Beweisverwertung und der Reichweite von Verwertungsverboten. Sie ist nicht auf die Anordnung von Eingriffen übertragbar.<sup>16</sup> Diese sollte stets den

<sup>13</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) wistra 2007, 28, 29; Hofmann NStZ 2005, 121, 124.

<sup>14</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) www.beckonline.de BeckRS 2007 00295 (kommentierte Wiedergabe bei Jahn JuS 2007, 279 f.).

<sup>15</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) wistra 2007, 28, 29; Hofmann NStZ 2005, 121, 124.

<sup>16</sup> Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) www.beckonline.de BeckRS 2007 00295 (kommen-

gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Ansonsten würde es ins Belieben der Ermittlungsbehörden gestellt, ob sie das Gesetz befolgen.

Verlassen wir das Für und Wider dieses Meinungsstreits und wenden uns noch einem Standpunkt zu, der eine Eingriffsermächtigung aus einer **Zusammenschau** aller dem beantragten Eingriff nahe stehenden Ermächtigungsnormen entwickelt.<sup>17</sup> Es müsse doch ausreichen, so wird gesagt, wenn, abgesehen vom Umstand der Heimlichkeit, alle Durchsuchungsvoraussetzungen erfüllt seien und zusätzlich noch die hohen Eingriffsanforderungen eingehalten würden, die bei den heimlichen Eingriffen der Überwachung der Telekommunikation und des Wohnraums zu beachten seien, etwa: Beschränkung auf den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung sowie Subsidiarität gegenüber weniger belastenden Eingriffen.

Der Haupteinwand gegen diesen Standpunkt liegt nahe: Ex nihilo nihil fit.<sup>18</sup> Ein Mix aus unmittelbar nicht passenden Eingriffsermächtigungen schafft noch keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werdende gesetzliche Spezialermächtigung.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Senat verwirft die Beschwerde und entscheidet in der Sache, dass eine verdeckte Online-Durchsuchung mangels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage unzulässig ist.

Den Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung bildet die **Heimlichkeit** der beantragten Maßnahme. Hauptsächlich dieser Umstand ist es, der den BGH zu

tierte Wiedergabe bei Jahn JuS 2007, 279).

<sup>17</sup> Diese Auffassung vertritt die Generalbundesanwältin, wie in der vorliegenden Entscheidung mitgeteilt wird; BGH NJW 2007, 930, 932.

<sup>18</sup> Aus dem Lateinischen: Aus nichts wird nichts; auch als Alltagsweisheit verwendbar.

der Auffassung gelangen lässt, dass es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.

Keine entscheidungsrelevante Bedeutung misst er demgegenüber dem Umstand bei, dass mit dieser Maßnahme Daten ausspioniert werden, die besonders sensibel und schutzwürdig sein können. Sein Argument: Bei einer offenen Durchsuchung wird die Auswertung von Datenträgern als unbedenklich angesehen.

Die Unzulässigkeit des Eingriffs wegen seiner Heimlichkeit begründet der BGH weitgehend in Übereinstimmung mit der unter 2. dargestellten Contra-Ansicht. Hervorhebung verdient zweierlei.

Zum einen: Mit Entschiedenheit lehnt der BGH eine Argumentation ab, welche die Kategorie der „Ordnungsvorschrift“ bemüht. Zwar sei richtig, dass die Vorschriften zur Ausführung der Durchsuchung im Zusammenhang mit Fragen eines Beweisverwertungsverbots zuweilen als bloße Ordnungsvorschriften bezeichnet würden. Daraus dürfe jedoch nicht geschlossen werden, dass ihre Befolgung zur Disposition der Ermittlungsbehörden stünde. „Dieser Schluss würde die Frage nach den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Durchsuchung mit der nach den Rechtsfolgen einer rechtswidrig durchgeführten Maßnahme vermengen.“<sup>19</sup>

Zum anderen: Gleichermaßen entschieden wendet sich der BGH gegen eine **systematische Argumentation**, mit der aus vorhandenen, dem beantragten Eingriff nahe stehenden Ermächtigungsnormen im Wege der Kombination eine Grundlage für die Online-Durchsuchung konstruiert wird. Darin sieht er einen Widerspruch zum Grundsatz des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in Grundrechte nach Art. 20 Abs. 3 GG sowie zum „Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen“<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> BGH NJW 2007, 930, 931.

<sup>20</sup> BGH NJW 2007, 930, 932.

Die eigene systematische Argumentation des BGH verläuft gerade entgegengesetzt. Da das Gesetz besonders hohe Anforderungen an heimliche Ermittlungsmaßnahmen, wie die Überwachung der Telekommunikation, die Wohnraumüberwachung und den Einsatz technischer Mittel, stelle, verbiete es sich, § 102 StPO angesichts der hier niedrigeren Eingriffsschranken auf heimliche Durchsuchungen auszudehnen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung hat in den allgemeinen Medien und in der Politik große Aufmerksamkeit gefunden. Es gibt Bestrebungen, die vom BGH vermisste gesetzliche Grundlage für eine Online-Durchsuchung zu schaffen.<sup>21</sup> Sollte es zu einer Kodifizierung kommen, wird sicherlich eine Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen.

Das alles gibt Anlass zu der Empfehlung, sich mit der Entscheidung für Studien- und Prüfungszwecke eingehend zu befassen. In Examensklausuren bietet die nicht selten gestellte strafprozessrechtliche Zusatzfrage Gelegenheit für eine Erörterung. In der mündlichen Prüfung muss ohnehin stets damit gerechnet werden, dass aktuelle Fälle – auch solche aus dem Strafrecht – angesprochen werden.

Einrichten sollte man sich auch darauf, dass eine **systematische Gesamtprüfung** des Falles abgefordert wird. Leider bietet die strafprozessrechtliche Ausbildungsliteratur kaum Orientierungshilfen.<sup>22</sup> Empfohlen sei, mit der grundsätzlichen Unterscheidung von formellen und materiellen Voraussetzungen zu arbeiten. In formeller

<sup>21</sup> Vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 22. 12. 2006 auf eine Kleine Anfrage der Opposition; BT-Drs. 16/3973.

<sup>22</sup> Einige Hinweise finden sich bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 612–616; zu nennen ist ferner die von *Hellmann* herausgegebene Fallsammlung zum Strafprozessrecht, 2000.

Hinsicht wäre hier insbesondere die Zuständigkeit (der Generalbundesanwältin als Antragstellerin<sup>23</sup> und des Ermittlungsrichters des BGH als Anordnungsbefugten<sup>24</sup>) anzusprechen. Materiell müssten die gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte Maßnahme einschließlich ihrer verfassungsrechtlichen Bezüge im Einzelnen durchgegangen werden.

Die **praktische Bedeutung** der Entscheidung beschränkt sich nicht auf das Verbot eines verdeckten Online-Zugriffs auf gespeicherte Daten. Da nicht der Datenschutz, sondern die Heimlichkeit der Maßnahme den wesentlichen Grund für die Untersagung der Maßnahme bildet, hat sie auch Folgen für Durchsuchungen mit dem Ziel, körperliche Sachen aufzufinden. Der BGH verlangt generell für die praktische Durchführung von Durchsuchungen, dass das gesetzliche Erfordernis der Offenheit strikt eingehalten wird.<sup>25</sup> Das bedeutet, dass gesetzlich geregelte Anwesenheitsrechte und -pflichten unbedingt einzuhalten und im Gesetz vorgesehene Ausnahmen restriktiv zu handhaben sind.

## 5. Kritik

Die Terroranschläge der letzten Jahre haben eine Entwicklung forciert, die schon seit Jahrzehnten andauert. Die Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsorgane werden ständig ausgedehnt. Was technisch möglich ist, wird auch für nötig befunden. Zugleich sinkt die Bereitschaft, gesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen zu respektieren.

Es wäre übertrieben, zu sagen, dass der BGH sich mit seiner Entscheidung dieser Entwicklung entgegenstemmt. Immerhin bremst er sie aber ab, indem er darauf hinweist, dass der Einsatz des Bundestrojaners sich nicht mit der der-

zeitigen Gesetzeslage verträgt. Schon dafür muss man heutzutage dankbar sein. Denn wer auf Gesetzlichkeit beharrt, muss regelmäßig mit dem Vorwurf rechnen, zugunsten einer Förmlichkeit den Schutz der Gesellschaft zu vernachlässigen.

Die Bremswirkung hätte noch erheblich stärker ausfallen können, wenn der BGH verraten hätte, wie der für ihn zentrale Gesichtspunkt der Heimlichkeit der Maßnahme verfassungsrechtlich einzuordnen ist. Würde das heimliche Eindringen in Computer – jedenfalls auch – als Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG bewertet, so ließe sich die Legitimierung der verdeckten Online-Durchsuchung nur mittels einer Verfassungsänderung nach dem Vorbild der technischen Überwachung zur Strafverfolgung gem. Art. 13 Abs. 3 GG bewerkstelligen.

Freilich wäre auch damit ein weiterer verfassungsrechtlicher Einwand noch nicht erledigt, der die Rechtsstaatlichkeit<sup>26</sup> betrifft. Kann ein Staat noch als Rechtsstaat gelten, der einerseits Datenveränderung und Computersabotage bestraft (§§ 303 a und b StGB) und seine Bürger auffordert, sichernde Maßnahmen zum Schutz ihrer Daten zu ergreifen,<sup>27</sup> und der andererseits gerade diese Schutzlücken nutzt, um an Daten seiner Bürger zu gelangen?

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Charles A. von Denkowski zugrunde.)*

<sup>23</sup> § 142 a GVG in Verbindung mit § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG.

<sup>24</sup> S. Fn. 3.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 930.

<sup>26</sup> Vgl. zum Rechtsstaatsprinzip als Verfassungsgrundsatz *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 28 ff.

<sup>27</sup> So klärt das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik in seinem Faltblatt „Trojanische Pferde“ ([www.bsi.de/literat/faltbl/F33Trojaner.htm](http://www.bsi.de/literat/faltbl/F33Trojaner.htm)) ausführlich über vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Trojanern auf.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A überfällt gemeinsam mit vier anderen Personen eine Spielhalle. Dem Besucher B, der an einem Automaten steht, drückt er von hinten ein dünnes Metallrohr an den Hals, um ihn einzuschüchtern und von Gegenwehr abzuhalten. Das Rohr hat er zu diesem Zweck mitgebracht. Es ist bei objektiver Betrachtung nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich. B fühlt sich aber von einer Schusswaffe bedroht. Er wagt es nicht, sich umzudrehen und Widerstand zu leisten. A schiebt ihn in einen Toilettenraum, wo er ihm Geld und ein Mobiltelefon abnimmt. Danach zieht er dem Mitarbeiter C der Spielhalle, den die anderen zu Boden gestoßen haben und dort festhalten, das T-Shirt so vor das Gesicht, dass er nichts mehr sehen kann. Dann hält er ihm das dünne Metallrohr an den Kopf und droht ihm, man werde "ihm das Licht ausknipsen". Anschließend bricht A mit den anderen die Kasse auf und entnimmt 900 Euro.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Aufspüren des Fallproblems gelingt nicht allein mit den Mitteln, die ansons-

### April 2007 Metallrohr-Fall

*Schwerer Raub / Bei-Sich-Führen eines Werkzeugs oder Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden / offensichtliche Ungefährlichkeit des Gegenstandes nach seinem äußeren Erscheinungsbild / Bei-Sich-Führen im Fall der Besitzerlangung nach Tatvollendung*

§§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 244 Abs. 1 Nr. 1 b, § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Vom Anwendungsbereich des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB in der Variante des Bei-Sich-Führens eines Werkzeugs oder Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, sind solche Gegenstände auszunehmen, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild aus der Sicht eines objektiven Betrachters offensichtlich ungefährlich sind.

BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – 4 StR 394/06; veröffentlicht in: StV 2007, 186.

ten zumeist dafür ausreichen. Üblicherweise genügt strafrechtliches Grundwissen plus verständige Anwendung des Gesetzestextes. Beschränkt man sich darauf, so erscheint das Verhalten des A als ein unproblematischer Anwendungsfall des gemeinschaftlichen schweren Raubes in der Form des Bei-Sich-Führens eines Werkzeugs oder Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern, nach §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 249, 25 Abs. 2 StGB.

Der **Wortlaut des Gesetzes** gibt keinen Anlass, wegen der objektiven Ungefährlichkeit des Metallrohrs an der Anwendbarkeit zu zweifeln. Im Gegenteil: Er scheint gerade darauf angelegt zu sein, den Fall des Bei-Sich-Führens eines ungefährlichen Werkzeugs oder Mittels zu erfassen; wird hier doch im

<sup>1</sup> Zur Erleichterung der Darstellung der Fallprobleme wurde der Sachverhalt der Entscheidung leicht verändert und gekürzt. Ein Teil des tatsächlichen Geschehens wird unter 3. nachgetragen.

Unterschied zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB auf das Attribut „gefährlich“ verzichtet. Auch ist für die Tathandlung der Drohung anerkannt, dass der Anschein der Ernstlichkeit ausreicht, welcher selbst bei objektiv zur Verwirklichung völlig ungeeigneten Mitteln gegeben sein kann.<sup>2</sup>

Das Aufspüren des Problems gelingt nur mit Hilfe **historischer Kenntnisse über die Entwicklung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung** zum schweren Raub. Wir nennen die drei wichtigsten Stationen.<sup>3</sup>

Erstens. Nach der Gesetzesfassung, die vor der aktuellen galt, war für die Qualifizierung des Raubes in Fällen der vorliegenden Art maßgeblich, dass der Täter bei der Tat „eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen ... durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“. Höchst umstritten war, ob darunter auch Scheinwaffen fallen. Die Rechtsprechung bejahte das. Die Literatur protestierte heftig. Insbesondere unter Hinweis auf die hohe Mindeststrafe von fünf Jahren forderte sie, die Straferschwerung von der Gefährlichkeit des Mittels abhängig zu machen.

Zweitens. Der Protest machte Eindruck auf die Rechtsprechung. Zwar schwenkte sie nicht auf die Linie der Literatur ein. Doch gelangte sie zu einer Einschränkung. Nur solche Gegenstände sollten noch erfasst sein, die unter den konkreten Umständen ihrer geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet sind, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und des-

halb gefährlich sein. Umgekehrt formuliert: Es sollten Gegenstände ausgenommen werden, die schon nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet sind, damit auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken. Der BGH wollte dadurch Fälle ausschließen, in denen das Opfer maßgeblich durch sonstige Täuschung und nicht allein durch den Eindruck eingeschüchtert wird, den der mitgeführte Gegenstand vermittelt.

In **zwei bekannten Entscheidungen** ist der BGH auf dieser Grundlage zur Verneinung der Qualifikation gelangt. In dem einen Fall hatte der Täter den Anschein erweckt, über eine einsatzbereite Schusswaffe zu verfügen, indem er seinen Mantel mit einem Plastikrohr ausbeulte.<sup>4</sup> In dem anderen hatte er sich zum gleichen Zweck eines Lippenpflegestifts der Marke Labello bedient, den er dem Opfer in den Rücken gedrückt hatte.<sup>5</sup>

Drittens. Das 6. Strafrechtsreformgesetz führte im Jahre 1998 die derzeit geltende Fassung des Qualifikationstatbestandes ein. Ein wesentliches Ziel bestand in der Klarstellung, dass Scheinwaffen erfasst sind. Der Wortlaut von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB ist insofern eindeutig. Ihm lassen sich aber ohne weiteres auch der Plastikrohr- und der Labello-Fall unterordnen. Das scheint der Gesetzgeber jedoch nicht gewollt zu haben. Denn in den Gesetzesmaterialien findet sich der Hinweis, dass die einschränkende Rechtsprechung zur alten Gesetzesfassung „auch bei der Auslegung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB Beachtung finden wird“<sup>6</sup>.

Was folgt aus dem **Zusammentreffen eines deutlich für die Anwendung sprechenden Wortlauts mit einem undeutlichen Hinweis des Gesetzgebers**? In der vorliegenden Entscheidung hat sich der BGH

<sup>2</sup> Vgl. Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 102; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 240 Rn. 12.

<sup>3</sup> Vgl. zum Folgenden die übersichtliche Darstellung bei Küper (Fn. 2), S. 450–456. Sie enthält für die jeweiligen Stationen der Entwicklung Nachweise, so dass wir auf deren Wiedergabe weitgehend verzichten können.

<sup>4</sup> BGHSt 38, 116.

<sup>5</sup> BGH NSTZ 1997, 184.

<sup>6</sup> Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 13/9064, 18.

erstmal näher mit dieser Frage befasst.<sup>7</sup>

Bevor wir deren Inhalt darstellen, wollen wir noch auf das Echo eingehen, das Plastikrohr und Labello in der **Literatur** ausgelöst haben. Es gibt Zustimmung, verbunden mit dem Rat, diese Entscheidungspraxis fortzuführen.<sup>8</sup> Doch es wird auch deutliche Kritik geübt.<sup>9</sup>

Bemerkenswert ist die klare Ablehnung in dem Kommentar von *Tröndle/Fischer*, der für die Justizpraxis besonders wichtig und in der Regel rechtssprechungsfreundlich ist. Dort ist die Rede von einer „widersprüchlichen Differenzierung“<sup>10</sup> zwischen Scheinwaffen, die von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erfasst sein sollen, und objektiv nach ihrem Erscheinungsbild ungefährlichen Gegenständen, denen die Eignung zu einer Bedrohung im Sinne dieser Vorschrift mit der Begründung abgesprochen wird, dass es einer weitergehenden, vom Gegenstand unabhängigen Täuschung bedarf. Auch die Drohungswirkung der Scheinwaffe beruhe maßgeblich auf einer Täuschung. Daher müsse diese Unterscheidung in eine „Sackgasse“<sup>11</sup> führen. „Dass zwischen der täuschenden Behauptung, eine Spielzeugpistole könne scharf schießen, und der täuschenden Behauptung, der in den Rücken des Opfers gedrückte Bleistift sei ein Stilet, ein Strafrahmensprung von 1 auf 3 Jahre liegen soll, obgleich sich beide Taten weder in der objektiven Gefährlichkeit noch in der Bedrohungswirkung für das Opfer un-

terscheiden, ist sachlich nicht zu rechtfertigen.“<sup>12</sup>

Die daraus abgeleitete Forderung an den Gesetzgeber, er möge nachbessern,<sup>13</sup> hilft nicht weiter, wenn es um den Umgang mit dem Problem in der derzeitigen praktischen Rechtsanwendung geht. Zwei Möglichkeiten bieten sich an, die aber gleichermaßen unbefriedigend sind. Entweder lässt man unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes die einschränkende Rechtsprechung unberücksichtigt und gelangt so zu einer sehr weiten Auslegung des Qualifikationstatbestandes.<sup>14</sup> Oder man verlangt auch für § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB ein gewisses Maß an objektiver Gefährlichkeit.<sup>15</sup> Das verträgt sich allerdings schlecht damit, dass in der Alternative b – anders als in Alternative a – das Attribut „gefährlich“ gerade nicht enthalten ist.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH folgt dem gesetzgeberischen Hinweis. Zwar lege der Gesetzeswortlaut eine einschränkende Auslegung nicht nahe; die vom Gesetzgeber gewollte Restriktion sei jedoch wegen der Höhe der Strafandrohung gerechtfertigt. Wenn die Strafuntergrenze gegenüber dem früheren Rechtszustand auch

<sup>7</sup> Zuvor hat er lediglich unter Verzicht auf eine Begründung angedeutet, dass er beabsichtige, in Befolgung des gesetzgeberischen Hinweises seine bisherige Rechtsprechung fortzuführen: BGH NStZ 1999, 188.

<sup>8</sup> So z. B. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 266.

<sup>9</sup> Vgl. *Küper* (Fn. 2), S. 455 f. m. w. N.

<sup>10</sup> *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 250 Rn. 11.

<sup>11</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 250 Rn. 11.

<sup>12</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 250 Rn. 11.

<sup>13</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 250 Rn. 11.

<sup>14</sup> Soweit ersichtlich, wird dieser Standpunkt derzeit nicht vertreten. Angesichts des Gesetzeswortlauts erscheint er jedoch nicht unvertretbar.

<sup>15</sup> Nach *Kindhäuser* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 244 Rn. 30, kommen als Tatmittel nur Gegenstände in Betracht, „denen zwar nicht schon die abstrakte Gefährlichkeit einer Waffe im technischen Sinne oder eines waffengleichen gefährlichen Werkzeugs (nach Abs. 1 Nr. 1 a) zugeschrieben werden kann, die jedoch auf Grund ihrer vom Täter geplanten Verwendungsweise in gleichem Maße gefährlich sind“. Bei dieser Interpretation soll das Merkmal „sonst“ nur zum Ausdruck bringen, dass der Gegenstand „nicht objektiv (waffengleich) gefährlich zu sein braucht“.

auf drei Jahre abgesenkt worden sei, so liege sie doch immer noch beträchtlich über der Mindeststrafe von einem Jahr beim Grundtatbestand.

Mit einer knappen Begründung wird der Grundgedanke der früheren Rechtsprechung wiederholt. Eine Anwendung des Qualifikationstatbestandes scheidet aus, „wenn die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels eines Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch Täuschung hervorgerufen werden soll“<sup>16</sup>. Das Täuschungselement stehe regelmäßig „bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll)“<sup>17</sup>, im Vordergrund. Daher erscheine es entsprechend dem gesetzgeberischen Willen weiterhin gerechtfertigt, „solche Gegenstände, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sind“<sup>18</sup>, von einer Subsumtion unter § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB auszunehmen.

Die Kritik der Literatur wird en passant erledigt. Natürlich sei es schwierig, die Trennlinie zu ziehen. Vieles hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Es könne gar nicht gelingen „allgemeine Abgrenzungsmaßstäbe“ zu bilden, „die allen denkbaren Fallgestaltungen gerecht werden“<sup>19</sup>. Man dürfe es den Tatrichtern aber zutrauen, dass ihnen die sachgerechte Beurteilung des äußeren Erscheinungsbildes eines Gegenstandes gelinge, zumal sie aus der Sicht eines objektiven Betrachters und nicht etwa aus der Sicht des Opfers vorzunehmen sei.

Schließlich muss der BGH noch eine Flurbereinigung vornehmen, um das Ergebnis widerspruchsfrei begründen zu können. In der Entscheidung des Plastikrohr-Falles hatte er als Beispiel für Fälle, die noch vom Qualifikationstatbestand erfasst werden, das Setzen eines metallischen Gegenstandes, der sich

wie der Lauf einer Schusswaffe anfühlen soll, in das Genick des Opfers genannt.<sup>20</sup> Dieses Beispiel war problematisch, denn aus der Sicht eines objektiven Dritten muss sich mit dem äußeren Erscheinungsbild dieses Gegenstandes keine Gefahr verbinden. Der BGH rückt davon ab, indem er die damaligen Ausführungen als nicht tragende Erwägungen für unverbindlich erklärt.

Ergebnis: Wegen des Bei-Sich-Führens des nach seinem objektiven Erscheinungsbild ungefährlichen Metallrohrs kann A nicht nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB belangt werden.

Nutzen hat A daraus freilich nicht ziehen können. Das hat seinen Grund in einer weiteren Handlung des A, die wir aus der Sachverhaltsschilderung zunächst ausgeklammert haben, um alle Aufmerksamkeit auf das Kernproblem zu lenken. Wir ergänzen nunmehr: Nach dem Leeren der Kasse und vor dem Verlassen des Tatorts fesselte A den Mitarbeiter C an Armen und Beinen mit Paketklebeband, das er in einem Regal in der Spielhalle gefunden hatte.

Darauf wendet der BGH mit einer knapp gehaltenen Begründung § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB an in der Variante des Bei-Sich-Führens eines Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt zu verhindern oder zu unterbinden. Ohne Bedeutung sei, dass A erst nach den eigentlichen Wegnahmehandlungen in den Besitz des zur Fesselung eingesetzten Klebebandes gelangt sei. Es reiche aus, wenn der Täter jedenfalls vor **Beendigung** des Raubes über das Mittel zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand verfüge, was hier der Fall gewesen sei.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Problem verdient in jeder Hinsicht größte Beachtung.

In **Prüfungszusammenhängen** wird es gern herangezogen, weil sich am Umgang mit ihm zeigt, ob methodi-

<sup>16</sup> BGH Strafverteidiger 2007, 186, 187.

<sup>17</sup> BGH Strafverteidiger 2007, 186, 187.

<sup>18</sup> BGH Strafverteidiger 2007, 186, 187.

<sup>19</sup> BGH Strafverteidiger 2007, 186, 187.

<sup>20</sup> BGHSt 38, 116, 118.

sche Sicherheit, historisches Wissen und auch kriminalpolitisches Gespür vorhanden sind.

In der **Praxis** sind Fälle dieser Art häufig, zumal das qualifizierende Merkmal des Bei-Sich-Führens eines Werkzeugs oder Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, nicht nur beim Raub zu einer erheblichen Anhebung des Strafrahmens führt, sondern auch beim Diebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB) und bei der sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB). Beim Raub und bei der sexuellen Nötigung ist mit der Untergrenze einer dreijährigen Freiheitsstrafe die Möglichkeit einer Aussetzung zur Bewährung nach § 56 Abs. 1 und 2 StGB ausgeschlossen.<sup>21</sup>

Für eine gutachtliche Bearbeitung des Falles sollten noch zwei Aspekte beachtet werden, die wir bisher nicht angesprochen haben.

Der erste betrifft den **Sachverhalt**. Dieser bietet Anlass zu Zweifeln. Dort heißt es, dass das dünne Metallrohr „bei objektiver Betrachtung nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich“ gewesen ist. Dem könnte entgegengehalten werden, dass mit einem solchen Gegenstand durchaus erhebliche Verletzungen verursacht werden können: Man denke nur an die Möglichkeit, dass es nicht beim Ansetzen an den Hals bleibt, sondern ein heftiger Stoß gegen den Hals geführt wird.

Doch Vorsicht! Die Aufgabe besteht darin, einen **vorgegebenen** Sachverhalt rechtlich zu würdigen. Dringend ist davon abzuraten, den Sachverhalt zu ändern. Abgesehen von Fällen, in denen sich der Aufgabensteller offensichtlich vertan hat, sollte sich die Bearbeitung strikt an die mitgeteilten Fakten halten.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass eine derartige Sachverhaltsfeststellung auch das Ergebnis einer Anwendung

<sup>21</sup> Allein über den minder schweren Fall (§§ 177 Abs. 5, 250 Abs. 3 StGB) ist eine Aussetzung noch erreichbar.

des Grundsatzes „in dubio pro reo“ sein kann. Das war hier der Fall. Dem Landgericht war es nicht gelungen, die nähere Beschaffenheit des Gegenstandes aufzuklären, was den BGH dazu veranlasst hat, zugunsten des Angeklagten anzunehmen, dass der Gegenstand nach seinem äußeren Erscheinungsbild objektiv ungefährlich war.

Der zweite noch zu erörternde Aspekt hat die abschließende Tathandlung des A zum Gegenstand, die wir erst bei der Wiedergabe der Entscheidung mitgeteilt haben. Das Fesseln des C mit dem am Tatort aufgefundenen Klebeband ist rechtlich keineswegs ein eindeutiger Anwendungsfall von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB. In den äußerst knappen Ausführungen des BGH dazu kommt nicht zur Geltung, dass kontrovers über die Frage diskutiert wird, ob als mitgeführt auch solche Gegenstände anzusehen sind, die der Täter **erst nach Vollendung der Wegnahme** an sich nimmt. In einer gutachtlichen Bearbeitung muss darauf näher eingegangen werden. Wir geben dazu einige Hinweise.<sup>22</sup>

Die Rechtsprechung<sup>23</sup> bezieht diese Fälle mit folgender Begründung ein. Das Merkmal des Bei-Sich-Führens bei der Tatbegehung umfasse den gesamten Zeitraum vom Versuch bis zur Beendigung. Für die Tathandlung der Wegnahme sei anerkannt, dass die Unrechtsverwirklichung mit der Vollendung häufig nicht abgeschlossen sei, weil es noch an einer Sicherung der Beute fehle. Wenn der Täter sich in dieser Phase den Besitz von Mitteln verschaffe, welche den Rechtsgutsangriff absicherten, werde das Unrecht in glei-

<sup>22</sup> Vgl. die Darstellung des Meinungsstreits, der in der Regel im Zusammenhang mit dem Bei-Sich-Führen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB) abgehandelt wird, *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 8), Rn. 256; *Schmidt/Priebe*, *Strafrecht* BT II, 6. Aufl. 2007, Rn. 209 f.

<sup>23</sup> BGHSt 20, 194, 197.

cher Weise gesteigert wie in dem Fall, dass er von vornherein zur Ermöglichung der Wegnahme ein solches Mittel mitführe.

Eine in der Literatur stark vertretene Gegenansicht<sup>24</sup> trägt zur Hauptsache zwei Einwände vor. Der erste betrifft die Unbestimmtheit des Begriffs der Beendigung. Wann die Tat vollendet sei, ergebe sich klar aus dem gesetzlichen Tatbestand, wann eine Beendigung vorliege, dagegen nicht. Mangels einer eindeutigen gesetzlichen Fixierung des Beendigungszeitpunktes müsse darauf verzichtet werden, ein Verhalten nach Vollendung der Tat erschwerend zu berücksichtigen. Außerdem wird angeführt, dass bei Diebstahl und Raub der Einsatz qualifizierender Mittel nach der Vollendung von einem speziellen Tatbestand erfasst werde: § 252 StGB. Diese Vorschrift werde durch eine Ausdehnung des Zeitraums des Diebstahls und des Raubes auf die Phase der Beendigung bei der Anwendung qualifizierender Merkmale unterlaufen.

## 5. Kritik

Im Umgang mit dem Kernproblem dieses Falles ist weder die Gesetzgebung noch die Rechtsprechung der Aufgabe gerecht geworden, für klare Verhältnisse zu sorgen.

Der Gesetzgeber hat seine Pflicht verletzt, dem Bürger gesetzlich klar mitzuteilen, wo die Grenzen des Anwendungsbereichs der straferschwerenden Norm liegen. Er hat ein Gesetz verabschiedet, das er selbst für zu weit erachtet hat. Statt dem Gesetz eine Form zu geben, die sich mit seiner Vorstellung vom Anwendungsbereich deckt, hat er es bei dem vagen Hinweis belassen, die Rechtsprechung möge von der restriktiven Entscheidungspraxis zu der Vorgängervorschrift weiterhin Gebrauch machen. Das Gesetz, das im Bundesgesetzblatt erscheint, unter-

scheidet sich somit von dem Gesetz, wie es nach der Ansicht des Gesetzgebers zur Anwendung kommen soll. Dass dem Bürger dessen Kenntnis vorenthalten wird, ist offenbar ohne Belang. Man darf als *Maxime* vermuten: „Es kann ja nicht schaden, wenn dem Bürger der Knüppel, mit dem der Staat droht, etwas dicker erscheint, als er tatsächlich ist.“

Der Rechtsprechung ist zugute zu halten, dass sie sich – in Ausführung des gesetzgeberischen Auftrags – um eine Einschränkung der zu weit geratenen Vorschrift bemüht. Der in der Plastikrohr- und der Labello-Entscheidung gewählte Ansatz wird jedoch kaum die nötige Klarheit schaffen können. Es ist ein Irrtum, zu glauben, man könne in dem hier relevanten Fallbereich klar danach unterscheiden, ob die Zwangswirkung beim Opfer „mittels eines Gegenstandes“ oder „maßgeblich durch Täuschung“ herbeigeführt werde.<sup>25</sup> Stets wird getäuscht, sei es durch Verwendung einer Scheinwaffe, sei es durch die Erzeugung des Anscheins einer Waffe. Soll gleichwohl der mehr oder minder große Gegenstandsbezug der Täuschung den Ausschlag geben, so ist die Entstehung einer unüberschaubaren Kasuistik nicht zu vermeiden. Auch ist kriminalpolitisch fragwürdig, dass die größere Raffinesse belohnt wird.

Wir meinen: Ehe sich die Rechtsprechung noch weiter verknotet, sollte der Gesetzgeber den Knoten durchschlagen, indem er aus dem Qualifikationsstatbestand die Variante des Bei-Sich-Führens eines Werkzeugs oder Mittels, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, streicht. Jedenfalls beim Raub reicht der Strafrahmen des Grundtatbestandes für eine angemessene Berücksichtigung bei der Strafzumessung aus.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Josua Rösing zugrunde.)*

<sup>24</sup> Z. B. *Kindhäuser* in NK (Fn. 15), § 244 Rn. 21; *Rengier*, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 17.

<sup>25</sup> BGH Strafverteidiger 2007, 186, 187.

## 1. Sachverhalt

In einem Baustellenbereich überholt A mit seinem PKW das Fahrzeug des B. Sein Wagen wirbelt, von ihm unbemerkt, Rollsplitt auf, der das Fahrzeug des B erheblich beschädigt. Als A 500 m weiter auf eine Tankstelle fährt, folgt B ihm und teilt ihm mit, was passiert ist. A hält es für möglich, dass die Darstellung des B zutrifft. Gleichwohl bestreitet er den Überholvorgang und setzt seine Fahrt fort, ohne B die Möglichkeit zu geben, weitere Feststellungen zu treffen.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Sachverhalt serviert uns das Hauptproblem des Falles auf einem silbernen Tablett. Alles spricht dafür, sich mit der Frage zu befassen, ob ein Unfallbeteiligter, der den Unfallbereich unvorsätzlich verlässt, danach vom Unfall in Kenntnis gesetzt wird und gleichwohl weiterfährt, wegen Verletzung der Nachholpflicht gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft werden kann. Die Vorschrift ist nicht glatt anwendbar, weil sie voraussetzt, dass sich der Täter „berechtigt oder entschuldigt“ vom Unfallort entfernt hat. Geklärt werden muss also, ob darunter auch das unvorsätzliche Sich-Entfernen fällt.

Auf dem Tablett liegt ein klassisches Problem des Besonderen Teils, das in keinem Lehrbuch und keiner Fallsammlung fehlt<sup>1</sup> und das regelmä-

<sup>1</sup> Wir begnügen uns mit drei Beispielen aus derjenigen Literatur, in der die wich-

## Mai 2007 Rollsplitt-Fall

*Unvorsätzliches Sich-Entfernen vom Unfallort / Nachholpflicht / Analogieverbot*

§ 142 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**Leitsatz der Verf.:** Die Auslegung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche Sich-Entfernen vom Unfallort unter die Norm subsumiert, überschreitet die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ und verstößt daher gegen das Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG.

BVerfG, Beschluss vom 19. März 2007 – 2 BvR 2273/06; abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

Big in schriftlichen und mündlichen Prüfungen gastiert.

Klassiker dieser Art können dazu verleiten, schematisch zu prüfen und Lösungsmöglichkeiten außer Acht zu lassen, die den ausgetretenen Weg verlassen. Die Gefahr besteht auch hier. Dazu später mehr. Zunächst wollen wir uns mit einigen Voraussetzungen und Details der herkömmlichen Erfassung und Lösung des Problems beschäftigen.

Von zentraler Bedeutung für alle Tatvarianten des § 142 StGB ist der Begriff des **Unfalls im Straßenverkehr**. Ob darunter auch das Beschädigen eines anderen Fahrzeugs durch Aufwirbeln von Rollsplitt beim Überholen fällt, ist nicht auf Anhieb erkennbar. Die anerkannte Definition des Merkmals sorgt jedoch für Klarheit. Als Verkehrsunfall gilt jedes plötzliche Ereignis, das

tigsten strafrechtlichen Probleme zusammengestellt werden: *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 10. Aufl. 2004, S. 80; *Kühl*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum BT des Strafrechts, 2002, S. 17; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 208.

mit den Gefahren des öffentlichen Straßenverkehrs ursächlich zusammenhängt und einen nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat.<sup>2</sup> Diese Definition umfasst mehr als den typischen Zusammenstoß, der den Verkehr zum Erliegen bringt. Auch das Beschädigen anderer Fahrzeuge im fließenden Verkehr passt darunter.

Nur nimmt in einem solchen Fall der **Unfallort**, der ein weiteres allgemeines gesetzliches Merkmal bildet, eine etwas andere Gestalt an. Er ist weniger eng umgrenzt. Man könnte eher von einem Unfallbereich oder von einer Unfallzone sprechen. An der Anwendbarkeit des Begriffs des Unfallortes auf derartige Situationen ändert sich dadurch freilich nichts. Dafür reicht es aus, dass sich das Geschehen örtlich abgrenzen lässt, was bei einem Überholvorgang der Fall ist.

Nimmt man als Grenze des Unfallortes den Abschluss des Überholvorgangs an, so hat sich A durch die anschließende Weiterfahrt vom Unfallort entfernt. Das kann ihm allerdings nicht als Straftat nach § 142 Abs. 1 angelastet werden, weil ihm der dafür erforderliche Vorsatz fehlte. Da er die Beschädigung nicht wahrgenommen hatte, wusste er nicht, dass er sich als Unfallbeteiligter von einem Unfallort entfernte.

Damit sind wir bei § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB als möglicher Bestrafungsgrundlage und dem Problem angelangt, ob das unvorsätzliche Sich-Entfernen als ein Fall des berechtigten oder entschuldigenden Sich-Entfernens angesehen werden kann. Seit ca. 30 Jahren gibt es dazu ein festes Meinungsbild.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung und eine Mindermeinung in der Literatur sagen „ja“; die in

der Literatur deutlich vorherrschende Meinung sagt „nein“.

Den Mittelpunkt der Diskussion bildet die dazu ergangene **Grundsatzentscheidung des BGH** aus dem Jahr 1978.<sup>4</sup> Darin werden für eine Anwendung von § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB im Wesentlichen die folgenden drei Gründe angeführt.

Der erste ist ein sprachlicher. Die Worte „berechtigt oder entschuldigt“ dürften nicht „formal-dogmatisch“<sup>5</sup> verstanden und allein auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe bezogen werden. Vielmehr sei der „natürliche Wortsinn“<sup>6</sup> zugrunde zu legen, was die Anwendbarkeit auch auf den Fall der Unvorsätzlichkeit zur Folge habe.

An zweiter Stelle nimmt der BGH die Gesetzgebungsgeschichte für seinen Standpunkt in Anspruch. Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung von § 142 StGB im Jahr 1975<sup>7</sup> an der Rechtsprechung zur alten Fassung festhalten wollen. Diese habe unter dem damals maßgeblichen Aspekt der „Unfallflucht“ auch die Weiterfahrt nach späterer Kenntnisaufnahme von der eigenen Unfallbeteiligung für strafbar erachtet. In den Gesetzesberatungen sei eine gesonderte Regelung dieses Falles für entbehrlich gehalten worden; man habe darin einen Unterfall des entschuldigenden Sich-Entfernens gesehen.

Schließlich beruft sich der BGH auf den Gesetzeszweck. § 142 StGB diene insgesamt der Sicherung der zivilrechtlichen Ansprüche anderer Unfallbeteiligter gegen Beweisverlust. Angesichts dieses Zweckes sei es sachwidrig, die Ermöglichung nachträglicher Feststellungen allein von denjenigen zu verlangen, deren Sich-Entfernen von einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gedeckt gewesen sei, nicht aber von denjenigen, die sich unvorsätzlich entfernt hätten.

<sup>2</sup> Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 293. Die Bagatellgrenze liegt sehr niedrig, nämlich bei ca. 20 Euro; vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 142 Rn. 7.

<sup>3</sup> Wiedergegeben bei *Hillenkamp* (Fn. 1), S. 80 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 28, 129.

<sup>5</sup> BGHSt 28, 129, 132.

<sup>6</sup> BGHSt 28, 129, 132.

<sup>7</sup> 13. Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl I 1975, S. 1349.

Wichtig ist noch, dass der BGH die Strafbarkeit von einer **zusätzlichen Voraussetzung** abhängig macht: Zwischen der nachträglichen Kenntniserlangung und dem Unfallgeschehen muss ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen.<sup>8</sup> In dem seinerzeit zu entscheidenden Fall, in dem der Angeklagte unmittelbar nach dem Unfall und einer Fahrstrecke von 300 m informiert wurde, sieht der BGH diesen Zusammenhang als gewahrt an. Als dogmatische Grundlage für dieses Erfordernis benennt er das allgemeine Merkmal der Zumutbarkeit, dessen Anwendung er damit begründet, dass § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB eine Unterlassungstat zum Gegenstand habe.<sup>9</sup>

Das zentrale Gegenargument der überwiegenden Ansicht in der Literatur<sup>10</sup> lautet: Dieser Standpunkt verletzt das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG), weil er die vom gesetzlichen Wortlaut gesetzte Grenze überschreitet. Wer das unvorsätzliche Sich-Entfernen mit dem berechtigten oder entschuldigenden Sich-Entfernen gleichsetze, vollziehe eine im Strafrecht **verbotene Analogie**.

Diesem Fundamental-Einwand wird zur Hauptsache noch die folgende Begründung hinzugefügt. Für die Straflosigkeit desjenigen, der sich unvorsätzlich entfernt habe, spreche der Umstand, dass er nicht durch das Unfallgeschehen selbst mit seinen Pflichten konfrontiert worden sei. Dagegen müssten Unfallbeteiligte, deren Sich-Entfernen durch einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gedeckt gewesen sei, den von der Tatbestands-erfüllung ausgehenden Appell gegen sich gelten lassen.

Den verfassungsrechtlichen Bezug des Meinungsstreits hat A im vorliegen-

<sup>8</sup> BGHSt 28, 129, 135.

<sup>9</sup> Vgl. zur (Un)Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als Merkmal der Unterlassungstat *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 251.

<sup>10</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Nachweise bei *Hillenkamp* (Fn. 1), S. 82 f.

den Fall genutzt, um seine rechtskräftige Verurteilung mit der Verfassungsbeschwerde anzufechten. Damit ergab sich für das BVerfG die Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die seit Jahrzehnten geübte Rechtsprechungspraxis das Gesetzlichkeitsprinzip verletzt.

Bevor wir auf die Entscheidung eingehen, wollen wir noch eine zu Beginn gemachte Andeutung ausführen. Eine unkonventionelle Lösung könnte darin bestehen, am **Begriff des Unfallortes** anzusetzen und zu prüfen, ob dieser so großzügig bestimmt werden kann, dass er den Ort nachträglicher Kenntnisnahme mit umfasst. Damit würde sich der Tatvorwurf verändern. Ein extensiv ausgelegter Begriff des Unfallortes würde eine Bestrafung nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ermöglichen. Dem Unfallbeteiligten, der noch im Bereich dieses Unfallortes Kenntnis vom Unfall erlangt und gleichwohl weiterfährt, würde vorgeworfen werden, sich unter Vernachlässigung seiner Anwesenheits- und Vorstellungspflicht entfernt zu haben.

Ein solcher Interpretationsansatz wäre nicht aus der Luft gegriffen. Er könnte anknüpfen an Begriffsbestimmungen in Rechtsprechung und Literatur, die den Unfallort über den Ort des Schadensereignisses hinaus erweitern. Einbezogen werden ein sich daran anschließender Umkreis sowie ein „gewisser Nähebereich, in dem der Unfallbeteiligte noch uneingeschränkt für Feststellungen an Ort und Stelle zur Verfügung steht, weil ein Zusammenhang seines Aufenthalts mit dem Unfall ohne weiteres erkennbar ist und feststellungsbereite Personen ihn dort typischerweise vermuten“<sup>11</sup>.

Die Größe dieses Nähebereichs soll von den Umständen des Unfalls abhängen. So wird z. B. für den Verkehr auf der Autobahn ein größerer Radius angenommen, weil dort höhere Ge-

<sup>11</sup> *Küper* (Fn. 2), S. 297; vgl. auch *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 142 Rn. 42 m. w. N.

schwindigkeit gefahren werden.<sup>12</sup> Dementsprechend könnte der Unfallort auch dann sehr großzügig bestimmt werden, wenn die Schädigung, wie hier, im fließenden Verkehr bei höherer Geschwindigkeit und über eine längere Strecke erfolgt.

Ob dieser Lösungsweg dem über § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB vorzuziehen ist oder ob gegen ihn noch mehr einzuwenden ist als gegen die Lösung des BGH, sei dahingestellt. Es sollte nur aufgezeigt werden, dass es eine Alternative zu dem Lösungsansatz gibt, der dem viel diskutierten Problem-Klassiker zugrunde liegt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG beerdigt ein Problem und setzt ein neues in die juristische Welt.

Beerdigt wird das mit der Rechtsprechungspraxis verbundene Problem. Das Gericht gibt dem Beschwerdeführer Recht. Die Verurteilung nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB verletze dessen Grundrecht<sup>13</sup> aus Art. 103 Abs. 2 GG. Die Anwendung der Vorschrift auf den Fall des unvorsätzlichen Sich-Entfernens überschreite die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“.

Dazu trägt das BVerfG Philologisches vor, das offenbar allein richterlicher Einsicht entstammt; denn Belege werden nicht angeführt. „Schon die Umgangssprache unterscheidet zwischen unvorsätzlichen im Sinne nicht absichtlicher und berechtigten oder entschuldigenden Verhaltensweisen, die ‚das Recht auf ihrer Seite haben‘ bzw. deren Konsequenzen aus höherrangigen Gründen hinzunehmen sind.“<sup>14</sup> Das unvorsätzliche Sich-Entfernen bezeichne eine bloß empirische Tatsache.

Demgegenüber hätten die Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ einen normativen Gehalt, der es verbiete sie in einem nicht-normativen Sinne auszulegen. „Wer sich ‚berechtigt oder entschuldigt‘ vom Unfallort entfernt, handelt objektiv und subjektiv unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenige, der das mangels Kenntnis des Unfallgeschehens tut.“<sup>15</sup>

Damit ist das Wesentliche zur Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips gesagt. Es schließen sich einige Ausführungen zur historischen, systematischen und teleologischen Auslegung an. Sie sollen darlegen, dass die Anwendung der Vorschrift nicht nur verfassungswidrig, sondern auch in der Sache verfehlt ist. Im Wesentlichen werden Argumente wiederholt, die bereits die h. M. in der Literatur vorgetragen hat.

Spätestens danach hätte der Schlusspunkt gesetzt werden können. Das geschieht jedoch nicht. Angefügt wird ein Absatz, welcher der Frage nachgeht, ob die Tat strafrechtlich anderweitig erfassbar ist. Das Gericht greift die oben dargelegte Möglichkeit auf, über § 142 Abs. 1 StGB und eine erweiternde Auslegung des Begriffs des Unfallortes zu einer Strafbarkeit zu gelangen. Es scheint eine solche Lösung für verfassungsrechtlich weniger bedenklich zu halten. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 Abs. 1 StGB sei denkbar, „die Fälle erfasst, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich gleichwohl – weiter – von der Unfallstelle entfernt“.<sup>16</sup>

Das letzte Wort bleibt jedoch der Strafjustiz überlassen. Deren Aufgabe sei es, den Begriff des Unfallortes auszulegen.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NStZ 1988, 409, m. Anm. *Janiszewski*.

<sup>13</sup> Vgl. zum Grundrechtscharakter des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips *Kunig* in von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art 103 Rn. 1.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. März 2007 – 2 BvR 2273/06, Rn. 20.

<sup>15</sup> BVerfG (Fn. 14), Rn. 20.

<sup>16</sup> BVerfG (Fn. 14), Rn. 26.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

„Roma locuta, causa finita.“<sup>17</sup> Was für Rom gegolten hat,<sup>18</sup> gilt nicht ohne weiteres auch für Karlsruhe. Jedenfalls in der vorliegenden Sache ist trotz des Karlsruher Richterspruchs noch keineswegs ein Schlussstrich gezogen. Zwar dürfte die bisherige Rechtsprechung zu § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB nunmehr – jedenfalls für die Praxis – zu einer „causa finita“ geworden sein. Für die strafrechtliche Bewertung des Vorgangs geht damit aber nur eine Etappe zu Ende. Die Entscheidung gibt zugleich den Startschuss für eine neue Etappe. Nunmehr ist strafjuristisch zu klären, ob in Fällen der vorliegenden Art nicht doch eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 StGB eingreift.

Das hat Konsequenzen für den Aufbau einer gutachtlichen Prüfung. Die Bearbeitung sollte nicht mehr direkt oder nach einer nur kurzen Erörterung von § 142 Abs. 1 StGB, die auf der Grundlage eines engen Begriffs des Unfallortes den Vorsatz verneint, auf § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB zusteuern. Vielmehr bedarf es nunmehr einer eingehenden Untersuchung der Anwendbarkeit von § 142 Abs. 1 StGB, in deren Mittelpunkt die Auslegung des Merkmals des Unfallortes steht. Nur wenn man hier zu einem negativen Ergebnis kommt, ist in einem weiteren Schritt eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu erörtern.

Diese Prüfung wird zunächst die verfassungsrechtliche Frage zu klären haben, ob die Wortlautgrenze überschritten ist, wenn das unvorsätzliche Sich-Entfernen als ein Fall des berechtigten oder entschuldigten Sich-Entfernens angesehen wird. Sofern das verneint wird, sind sonstige Argumente pro und contra abzuhandeln.

<sup>17</sup> Rom hat gesprochen, die Sache ist entschieden.

<sup>18</sup> Mit diesen Worten berief sich Augustinus im Jahr 417 auf eine päpstliche Entscheidung.

In einem Gutachten ist es ein durchaus vertretbarer Standpunkt, die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Auslegung abzulehnen. Die Praxis wird sich dagegen mit ihr abfinden müssen.

#### 5. Kritik

Die Entscheidung macht ratlos. In mehrfacher Hinsicht.

Worauf will das Bundesverfassungsgericht hinaus? Zunächst weist es die Rechtsprechung in verfassungsrechtliche Schranken, was den Eindruck erweckt, hier werde im Zeichen enger rechtsstaatlicher Gesetzesbindung für eine Einschränkung der Strafbarkeit gesorgt. Und dann wird der Strafjustiz ein Weg gewiesen, wie sie mittels extensiver Auslegung an der Strafbarkeit des Vorgangs festhalten kann.

Aufgegeben wird damit übrigens eine rechtsstaatlich begrüßenswerte Präzisierung durch die viel kritisierte Grundsatzentscheidung des BGH. Darin hatte sich der BGH unter Berufung auf den seinerzeit neu gefassten Gesetzestext von früheren Entscheidungen distanziert, die eine Strafbarkeit wegen Verkehrsunfallflucht, wie es seinerzeit geheißen hatte, auch dann angenommen hatten, wenn ein nachträglich informierter Unfallbeteiligter sich (noch weiter) von der Unfallstelle entfernt hatte.<sup>19</sup> Die Beantwortung der Frage, welche zeitlichen und räumlichen Grenzen dafür galten, blieb nach der früheren Rechtsprechung den Tatgerichten überlassen.<sup>20</sup> Selbst nach einem Abstand von drei Kilometern sollte sich der Fahrer durch die Weiterfahrt noch wegen Unfallflucht strafbar machen können.<sup>21</sup> Demgegenüber sorgte der BGH mit seiner Grundsatzentscheidung von vornherein für eine enge Bestimmung der Grenzen des Unfallortes bei

<sup>19</sup> BGHSt 14, 89; 18, 114, 118.

<sup>20</sup> BGHSt 14, 89, 96.

<sup>21</sup> BGHSt 14, 89, 96, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

der Anwendung von § 142 Abs. 1 StGB.<sup>22</sup>

Ratlosigkeit rufen auch die methodischen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts hervor. Mit der Umgangssprache soll es unverträglich sein, ein unvorsätzliches Sich-Entfernen als berechtigt oder entschuldigt zu bezeichnen. Machen wir den Alltagstest! Worum bittet ein Fahrgast im Bus einen anderen, dem er versehentlich (also unvorsätzlich) auf den Fuß getreten ist? Richtig: um Entschuldigung. Darum wird auch ein gutwilliger Unfallbeteiligter bitten, wenn er nach dem von ihm nicht bemerkten Unfall vom Geschädigten angesprochen wird. – Offenbar ist die Umgangssprache unter Bundesverfassungsrichtern eine andere als die alltägliche.

Methodisch inkonsequent ist zudem der Versuch der Absicherung des Ergebnisses mit fachlich-strafrechtlichen Argumenten. Nach der Feststellung einer Überschreitung der Wortlautgrenze war die verfassungsgerichtliche Arbeit getan. Jeder weitere Satz war entbehrlich.

Ratlosigkeit wird auch diejenigen befallen, die in der Vergangenheit auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung gemäß § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB rechtskräftig verurteilt worden sind und jetzt hoffen, über § 79 Abs. 1 BVerfGG die Wiederaufnahme ihres Verfahrens betreiben zu können. Die Vorschrift ermöglicht eine Wiederaufnahme u. a. dann, wenn das Strafurteil auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist. Diese Bedingungen sind an sich erfüllt. Unsicher ist jedoch, ob über die Wiederaufnahme ein Freispruch erreichbar ist, weil nunmehr eine Verurteilung nach § 142 Abs. 1 StGB in Betracht kommt. Die Wiederaufnahme nach § 79 Abs. 1 BVerfGG setzt klare verfassungsgerichtliche Entscheidungen

voraus. Diese Klarheit bietet die vorliegende Entscheidung nicht.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Anneke Petzsche zugrunde.)*

---

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 28, 129, 131.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A, ein selbständiger Berufsimker, bekämpft den Anbau von genveränderten Pflanzen, weil damit nach seiner Ansicht unbeherrschbare Gefahren für die Umwelt und für die menschliche Gesundheit verbunden sind. Auch fürchtet er um seine berufliche Existenz, weil ihm sein Honig in Bio-Läden nur dann abgenommen wird, wenn er garantieren kann, dass keine Pollen von genveränderten Pflanzen enthalten sind. Über eine Internetseite verbreitet er Texte, in denen er kritisch Stellung nimmt und zu Aktionen aufruft. In einem dieser Texte berichtet er über eine „Feldbefreiung“ in Brandenburg, bei der Gegner der Gentechnik Maispflanzen aus genmanipulierter Saat auf einer Fläche von 600 qm herausgerissen haben. Das Ereignis hat in den Medien große Aufmerksamkeit gefunden. Um dem Thema weitere öffentliche Beachtung zu verschaffen, ruft A zu einer erneuten „Feldbefreiung“ auf. Er kündigt folgendes Vorgehen an. Zunächst sollen sich über Internet Personen bei ihm melden, die zur Teilnahme bereit sind. Wenn eine Zahl von 250 Teilnehmern erreicht ist, sollen Ort und Zeitpunkt der Aktion über Zeitungsanzeigen und E-Mail-Rundbriefe bekannt gegeben werden. A betrachtet das Vorgehen als einen Akt

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

Juni 2007

## Genmais-Fall

*Öffentliche Aufforderung zu Straftaten / Konkretisierung der Taten / ziviler Ungehorsam / rechtfertigender Notstand*

§§ 111 Abs. 1, 34 StGB

**Leitsatz des Gerichts:** Bei öffentlichen Aufrufen, welche die Ankündigung einer Meinungskundgebung mit Demonstrationscharakter mit einem Aufruf zur Begehung bestimmter Straftaten verbinden, liegt eine Aufforderung im Sinne des § 111 StGB nur dann vor, wenn zeitgleich mindestens die Mitteilung eines bestimmten Tatortes und einer bestimmten Tatzeit erfolgt.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 26. Februar 2007 – 4 Ss 42/07; abrufbar unter [www.olg-stuttgart.de](http://www.olg-stuttgart.de).

„zivilen Ungehorsams“ und beruft sich auf eine Rechtfertigung durch Notstand.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Durch den Internet-Aufruf zu einer „Feldbefreiung“ könnte A sich wegen öffentlicher Aufforderung zu Straftaten nach § 111 Abs. 1 StGB, nämlich zu Sachbeschädigungen gem. § 303 Abs. 1 StGB, strafbar gemacht haben.

Die nähere Befassung mit diesem strafrechtlichen Vorwurf führt zu zwei Fragen, die sich rasch klären lassen, und zu zwei Problemen.

Rasch klärbar ist, dass der Tatbestand von § 111 StGB auch im Internet verbreitete Aufforderungen umfasst. Das hier in Betracht kommende gesetzliche Merkmal der Verbreitung von Schriften bezieht elektronische Darstellungsformen ein. Das ergibt sich aus dem Verweis in § 111 Abs. 1 StGB auf § 11 Abs. 3 StGB.

Was die Sachbeschädigung als Gegenstand der Aufforderung angeht, so zeigt genaue Gesetzeslektüre, dass die Strafvorschrift generell Sachen vor Beschädigungen schützt. Somit werden bewegliche und unbewegliche Sachen erfasst. Das bedeutet, dass auch landwirtschaftliche Flächen und darauf wachsende Pflanzen geeignete Tatobjekte sind.<sup>2</sup>

Das **erste Fallproblem** betrifft die Anforderungen an die **Konkretisierung der Straftat**, zu deren Begehung öffentlich aufgefordert wird. Das Gesetz enthält sich einer unmittelbaren Regelung. Das Objekt der Aufforderung wird lediglich als „eine rechtswidrige Tat“ bezeichnet. Daraus folgt lediglich, dass es zur Tatbestandserfüllung nicht ausreicht, ganz allgemein zur Begehung überhaupt nur von rechtswidrigen Taten aufzufordern.

Zur Ermittlung des erforderlichen Konkretisierungsgrades steht zunächst der weitere Gesetzeswortlaut zur Verfügung, der den Begriff der rechtswidrigen Tat mit der Handlung des Aufforderns verbindet. Dieses Merkmal wird üblicherweise so ausgelegt, dass das bloße Befürworten einer Straftat sowie das Anreizen zur Begehung einer Straftat nicht ausreichen.<sup>3</sup> Vielmehr wird eine Einwirkung auf andere Personen für erforderlich gehalten, die zum Ziel hat, in ihnen den Entschluss hervorzurufen, strafbare Handlungen zu begehen. Diese müssten zumindest ihrer Art und ihrem rechtlichen Wesen nach bestimmt sein.

Weitergehende Anforderungen, wie sie für das Merkmal des Bestimmens in § 26 StGB gelten, werden nicht gestellt.

Die Tat brauche nicht in gleichem Umfang wie bei der Anstiftung nach Zeit, Ort und Objekt konkretisiert zu sein.<sup>4</sup>

Zur Begründung wird auf den Unterschied im geschützten Rechtsgut hingewiesen. Während die Bestrafung der Anstiftung auf eine Beteiligung am Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut reagiere, zielt § 111 StGB vorwiegend darauf, eine Gefährdung des Gemeinschaftsfriedens zu unterbinden, die sich daraus ergeben könne, dass ein unbestimmter Personenkreis zu Straftaten aufgefordert werde.<sup>5</sup>

Auf dieser Grundlage hat sich eine h. M. entwickelt, derzufolge eine Bestimmung der Tat in groben Konturen – Art und rechtliches Wesen – genügt. Weitergehende Festlegungen sollen entbehrlich sein.<sup>6</sup> Ausreichend ist danach z. B. die Aufforderung, Kaufhäuser anzuzünden oder Ausländer zu verprügeln.<sup>7</sup>

Bei der Anwendung dieser Leitlinie ist allerdings noch zu beachten, dass der Tatbestand eine öffentliche Äußerung zum Gegenstand hat. Wer sich öffentlich äußert, kann den grundrechtlichen **Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG** für sich in Anspruch nehmen.

Bekanntlich erkennt das Bundesverfassungsgericht diesem Grundrecht eine außerordentlich große Bedeutung zu, die sich strafrechtlich insbesondere bei den Straftaten gegen die Ehre auswirkt.<sup>8</sup> Das Grundrecht sei schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Staatsordnung. Seine Grenzen müssten daher mit großer Zurückhaltung bestimmt werden. Auch

<sup>2</sup> Vgl. LG Karlsruhe NStZ 1993, 543, 544: Sachbeschädigung eines Weidegrundstücks durch einen Schäfer, der unbefugt seine Herde darauf hat weiden lassen, die das Grundstück abgefressen, zertreten und verkotet zurückgelassen hat.

<sup>3</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 111 Rn. 3–5; Gössel/Dölling, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, § 48 Rn. 19.

<sup>4</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 3), § 111 Rn. 1.

<sup>5</sup> Vgl. Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 44 Rn. 38 f.

<sup>6</sup> Vgl. noch zusätzlich zu der in Fn. 3 genannten Literatur Bosch in MüKo, StGB, § 111 Rn. 13.

<sup>7</sup> Vgl. Paeffgen in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 111 Rn. 16.

<sup>8</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden BVerfGE 93, 266, 292 ff.; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 81 ff.; Famos September 2002 (Wahlkampf-Fall).

sei es nötig, schon bei der Auslegung von Meinungsäußerungen dem hohen Rang des Grundrechts Rechnung zu tragen. Es müssten auch solche Deutungen Berücksichtigung finden, durch die sich entgegen dem ersten Anschein, dass ein strafbarer Inhalt vorliege, die Äußerung als ein noch zulässiger Beitrag zum Meinungskampf erweise.

Daraus ergeben sich für § 111 StGB – gleichermaßen wie bei den Beleidigungsdelikten – bestimmte Auslegungsregeln.<sup>9</sup> Es darf nicht allein auf den Wortlaut der Äußerung abgestellt werden. Auch ist die isolierte Betrachtung nur eines Teils der Gesamtäußerung regelmäßig unzulässig. Vielmehr ist der gesamte Kontext zu berücksichtigen, in dem die Äußerungen steht. Dazu gehört der Hintergrund des gesellschaftlichen, sozialen und politischen Geschehens, in dem sie gefallen ist. Ferner ist zu bedenken, dass es in der Flut der Nachrichten schwierig ist, Aufmerksamkeit zu erregen; daher sind auch überpointierte Formulierungen hinzunehmen. Das gilt insbesondere dann, wenn mit der Äußerung keine eigennützigen Ziele verfolgt werden, sondern ein Beitrag zu einem öffentlichen Diskurs in einer die Öffentlichkeit besonders berührenden Frage geleistet werden soll.

Demnach erfüllt eine Aufforderung, die ihrem Wortlaut nach ausreichend konkret ist, gleichwohl nicht die tatbestandlichen Anforderungen, wenn sie eine Deutung zulässt, derzufolge die Äußerung als dringender Appell an die Öffentlichkeit, nicht aber als rechtsfeindliche Aufforderung zu kriminellen Verhalten zu verstehen ist. So sind z. B. Aufrufe an Soldaten der Bundeswehr, sich nicht am Jugoslawien-Krieg zu beteiligen, sondern sich von ihrer Einheit zu entfernen, als zugespitzte Formen der Ablehnung militärischer Konfliktlösungen und nicht als strafbare Aufforderungen zum Entfernen von der Truppe interpretiert worden.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Vgl. KG NJW 2001, 2896 f.

<sup>10</sup> KG NJW 2001, 2896.

Nur wenn sich auch unter Berücksichtigung dieses verfassungsrechtlichen Bezuges die Äußerung des A als Aufforderung im Sinne des § 111 StGB erweist, muss auf das **zweite Fallproblem** eingegangen werden. Es betrifft die rechtliche Bewertung der Tat, zu der aufgefordert wurde. Da die Rechtswidrigkeit dieser Tat hier ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ist, handelt es sich um ein Problem, das bereits im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit anzusprechen ist.<sup>11</sup>

Eine nähere Prüfung verdient allein der Rechtfertigungsgrund des **Notstandes bzw. der Notstandshilfe gem. § 34 StGB**. Der von A auch noch ins Spiel gebrachte „zivile Ungehorsam“ führt nicht weiter. Die Auffassung, dass sich damit ein eigenständiger Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund verbinde, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>12</sup>

Im Zusammenhang mit dem Notstandsmerkmal der Gefahr ist von Veränderungen in der Diskussion über den Genmais-Anbau zu berichten. Die Risiken werden zunehmend kritischer beurteilt, was auch schon zu rechtlichen Konsequenzen geführt hat.

So hat das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit dem marktführenden Produzenten von Genmais-Saatgut den weiteren Verkauf des Produkts vorerst untersagt.<sup>13</sup> Das Unternehmen wird aufgefordert, einen verbesserten Plan für eine Überwachung der Umweltrisiken vorzulegen. Zur Begründung heißt es: Es gebe berechtigten Grund zu der Annahme, dass der Anbau von Genmais eine Gefahr für die Umwelt darstelle.

<sup>11</sup> Davon ist die Prüfung der Rechtswidrigkeit der Aufforderung zu unterscheiden.

<sup>12</sup> Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 9 Rn. 108 ff.

<sup>13</sup> Bescheid vom 3. Mai 2007 zur Beschränkung des Inverkehrbringens gentechnisch veränderter Organismen nach dem Gentechnikgesetz; abrufbar über die Internetseite des Bundesamtes: [www.bvl.bund.de](http://www.bvl.bund.de)

Ferner hat jüngst das Verwaltungsgericht Augsburg in einer Eilentscheidung zugunsten eines Imkers entschieden, dass den Freistaat Bayern die Verpflichtung trifft, Betroffene vor schädlichen Auswirkungen des Genmais-Anbaus zu schützen.<sup>14</sup> Danach müssen die Behörden dafür sorgen, dass genveränderter Mais vor der Blüte geerntet wird oder die Pollenfahnen während der Blütezeit mehrfach abgeschnitten werden, so dass keine Maispollen von den Bienen aufgenommen werden können.

Es ist also keineswegs abwegig, eine auch ausreichend konkrete Gefahr zumindest für Rechtspositionen betroffener Imker anzunehmen: Vermögen, Gewerbebetrieb, Berufsfreiheit. Steht die Blütezeit unmittelbar bevor, so kann die Gefahr auch als gegenwärtig bezeichnet werden.

Ob diese Gefahr anderweitig abwendbar, mithin: das Mittel der „Feldbefreiung“ erforderlich ist,<sup>15</sup> hängt maßgeblich davon ab, inwieweit Rechtsschutz zur Verfügung steht und ob er rechtzeitig zu erlangen ist.

Im Falle einer Fortsetzung der Prüfung sind Schutz- und Eingriffsgut gegeneinander abzuwägen. Denkbar erscheint auch insoweit ein für die betroffenen Imker günstiges Ergebnis, weil der Verlust der beruflichen Existenz schwerer wiegt als die Beeinträchtigung eines verhältnismäßig kleinen Teils der Anbaufläche eines Bauernhofs.

Scheitern muss eine Rechtfertigung jedoch an dem Merkmal der Angemessenheit in § 34 Satz 2 StGB. Eine derartige Selbsthilfe kann die Rechtsordnung nicht hinnehmen.<sup>16</sup> Das zeigen die rechtlichen Konsequenzen. Wären

„Feldbefreiungen“ erlaubt, dann wäre der betroffene Landwirt zur Duldung verpflichtet, obwohl der Staat den kontrollierten Anbau von Genmais zugelassen hat. Der Landwirt und auch die zum Schutz herbeigerufene Polizei würden zu rechtswidrig handelnden Angreifern, wenn sie die Genmais-Gegner an ihrem Tun hindern würden.

Der Rechtfertigungsgrund des Notstandes bzw. der Notstandshilfe wird also nicht dazu führen können, dass mangels Rechtswidrigkeit der Tat, zu der aufgefordert wurde, bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt. Auch kann die Aufforderungshandlung des A damit nicht gerechtfertigt werden. Denkbar erscheint allenfalls, dass zugunsten des A eine Entschuldigung nach § 17 StGB eingreift. Dafür müsste sich sein Erlaubnisirrtum<sup>17</sup> als unvermeidbar erweisen. Angesichts der oben dargelegten Veränderungen in der Beurteilung der Risiken des Genmais-Anbaus erscheint eine solche Bewertung nicht völlig ausgeschlossen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich nur mit dem ersten Fallproblem. Auf das zweite musste das OLG Stuttgart nicht eingehen, weil es zu der Ansicht gelangte, dass A nicht hinreichend konkret zur Begehung einer rechtswidrigen Tat aufgefordert hat.

In der Begründung legt das Gericht zunächst in ähnlicher Weise, wie das hier unter 2. geschehen ist, die allgemeinen Anforderungen an ein Auffordern im Sinne des § 111 StGB fest. Hervorgehoben wird die Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundrecht der freien Meinungsäußerung.

Bei der Umsetzung auf den konkreten Fall stellt der Senat darauf ab, „dass zunächst ein allgemeiner Aufruf ergeht und Zeit und Ort der konkreten

<sup>14</sup> VG Augsburg Beschluss vom 4. Mai 2007 – Au 7 E 07.259; zusammenfassende Darstellung unter [www.anwalt.de/redaktion/news/item.php?id=722](http://www.anwalt.de/redaktion/news/item.php?id=722).

<sup>15</sup> Vgl. zur Interpretation der anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr als Erforderlichkeit der Notstandshandlung *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 308.

<sup>16</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 12), § 8 Rn. 177.

<sup>17</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit von § 17 StGB auf Fälle des Erlaubnisirrtums *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 483.

Aktion erst später bekannt gegeben werden, wenn eine bestimmte Mindestzahl von Teilnehmern intern ihre Bereitschaft zur Durchführung der Aktion bekundet hat<sup>18</sup>. Erst zum letztgenannten Zeitpunkt erfolge eine „unmittelbare Motivierung der Adressaten zu einem strafbaren Verhalten“. Zuvor fehle es an der erforderlichen „realisierbaren Handlungsanweisung“. Es liege nicht mehr als ein Anreizen zur Fassung eines künftigen Tatentschlusses vor. Ein derartiger Aufruf stelle eine „zwar drastische und überpointierte, im Lichte der Meinungsfreiheit aber noch hinzunehmende Äußerung zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung“ dar.

Der Senat hält als Ergebnis fest: „Hieraus folgt, dass bei öffentlichen Aufrufen, welche die Ankündigung einer Meinungskundgebung mit Demonstroscharakter mit dem Aufruf zur Begehung bestimmter Straftaten verbinden, eine Aufforderung im Sinne des § 111 StGB nur dann vorliegt, wenn zeitgleich mindestens die Mitteilung eines bestimmten Tatortes und einer bestimmten Tatzeit erfolgt.“ Damit stimmt auch der vom Gericht verfasste Leitsatz überein.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Beachtung verdient der Fall, weil er ein höchst aktuelles und brisantes Thema betrifft. Ob der Anbau genveränderter Pflanzen zugelassen werden soll, ist gesellschaftlich und politisch außerordentlich umstritten. Die Rechtslage ist unsicher. Zwar ist der Anbau in Deutschland in begrenztem Umfang zugelassen. Jedoch wird bestritten, dass eine ausreichende Rechtsgrundlage dafür vorhanden ist.<sup>19</sup> Außerdem

gibt es mittlerweile, wie oben unter 2. gezeigt, Rechtsakte mit gegenläufiger Tendenz, die darauf reagieren, dass das Gefahrenpotenzial schwer abschätzbar ist.

Rechtsfragen, die sich daraus ergeben, sind primär öffentlichrechtlicher Natur. Aber auch das Strafrecht kann betroffen sein. Das haben unsere Überlegungen zum rechtfertigenden Notstand gezeigt. Die Probleme lassen sich am klarsten im Zusammenhang mit der Prüfung der „Feldbefreiung“ als Sachbeschädigung erörtern. Eine dafür gut geeignete Gelegenheit bietet vor allem die mündliche Examensprüfung.

Etwas weniger examensträchtig ist § 111 StGB. Gehört diese Vorschrift doch in einigen Bundesländern nicht zum Examenstoff.<sup>20</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass der Tatbestand der Anstiftung benachbart ist, so dass insoweit Abgrenzungsfragen thematisiert werden können. Im Übrigen lässt sich an der Vorschrift gut die allgemeine Frage erörtern, welche Auswirkungen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung auf die Auslegung strafrechtlicher Tatbestände hat.

Für die Praxis scheint der Fall eine geradezu richtungsändernde Bedeutung zu haben. Dieser Eindruck entsteht jedenfalls dann, wenn man sich allein an die Formulierungen hält, mit denen der Senat die Entscheidung zusammengefasst hat. Danach bedürfte es – entgegen der bislang h. M. – für eine Strafbarkeit nach § 111 StGB bestimmter Angaben zu Tatort und Tatzeit in der Aufforderung. Nimmt man jedoch die Entscheidung insgesamt in den Blick, so zeigt sich, dass die Zusammenfassung und auch der Leitsatz in die Irre führen, weil ein anderes Kriterium die Entscheidung trägt. – Damit sind wir bereits bei unserer

<sup>18</sup> Dieses Zitat und die folgenden sind zugänglich über [www.olg-stuttgart.de](http://www.olg-stuttgart.de)

<sup>19</sup> Nähere Informationen bietet die Internetseite der Anwaltskanzlei Gaßner, Groth, Sieder & Kollegen in Berlin, die sich in einem Rechtsgutachten für die Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen zur

rechtlichen Wirksamkeit der Genehmigung geäußert hat ([www.ggsc.de](http://www.ggsc.de)).

<sup>20</sup> Vgl. die Übersicht bei Joecks, Studienkommentar StGB, 7. Auflage 2007, § 111 vor Rn. 1.

## 5. Kritik

Die Besonderheit des Falles besteht darin, dass die Durchführung der Aktion von einer Bedingung abhängig gemacht wurde. Das Startzeichen sollte erst dann gegeben werden, wenn sich eine Mindestzahl von Teilnehmern meldete. Durch das Vorgehen in zwei Schritten sollte abgesichert werden, dass die Aktion wegen der Vielzahl der Teilnehmer die gewünschte Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit findet.

Daraus, dass lediglich der erste Teil des Plans verwirklicht wurde, lassen sich überzeugende Argumente gegen eine Strafbarkeit nach § 111 StGB entwickeln. Das geschützte Rechtsgut des Gemeinschaftsfriedens war noch nicht gefährdet, weil der Initiator A den Aufruf mit einem Vorbehalt versehen hatte und weil die Adressaten sich darüber im Klaren waren, dass ein zweiter Teil der Aufforderung noch ausstand. Der realisierte erste Teil erschöpfte sich in der Bitte, die Bereitschaft zum Mitmachen zu bekunden. Ein Entschluss, die Tat nunmehr zu begehen, sollte noch nicht gefasst werden. Genau das macht aber die Gefährlichkeit der strafbaren Aufforderung aus: Sie zielt darauf, in einer Vielzahl von Personen unmittelbar den Tatentschluss entstehen zu lassen.

In einigen Passagen der Entscheidung deutet sich an, dass darin der maßgebliche Grund für die Verneinung der Strafbarkeit im vorliegenden Fall besteht. In der Zusammenfassung und im Leitsatz kommt er dagegen nicht zum Ausdruck. Vielmehr können sie so verstanden werden, dass die Strafbarkeit nach § 111 Abs. 1 StGB von bestimmten Angaben zur Tatzeit und zum Tatort abhängt. Sollte der Senat das tatsächlich gemeint haben, so wird er damit wohl kaum Gefolgschaft finden.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Nikola Thiel zugrunde.)*

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A mietet eine Wohnung von B und überweist an ihn eine Kautions in Höhe von 700 Euro. Der Mietvertrag sieht vor, dass B das Geld entsprechend der Regelung in § 551 Abs. 3 BGB getrennt von seinem Vermögen als Spareinlage mit dem üblichen Zinssatz anlegt und nach Beendigung des Mietverhältnisses bei ordnungsgemäßer Rückgabe der Räume einschließlich der Zinsen zurückzahlt. Als das Mietverhältnis nach einigen Jahren beendet wird, fordert A vergeblich die Rückzahlung. B versichert eidesstattlich, keine Vermögensgegenstände zu besitzen. A erstattet Strafanzeige. Die Ermittlungen ergeben, dass B seinerzeit die Kautionssumme nicht auf ein separates Konto eingezahlt, sondern für eigene Zwecke verwendet hat. Die Staatsanwaltschaft erhebt gleichwohl keine Anklage, weil sie die Ansicht vertritt, dass der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sei. Die vertraglichen und gesetzlichen Pflichten des Vermieters hinsichtlich der Mietkaution genügten nicht den Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne dieser Vorschrift. Dagegen legt A Beschwerde bei der Generalstaatsanwaltschaft ein.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht verändert und gekürzt, um die Probleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

Juli 2007

## Mietkautions-Fall

*Legalitätsgrundsatz / Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung bei fester höchstrichterlicher Rechtsprechung / Untreue / Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht / vertrags- und gesetzeswidrige Verwendung der Mietkaution durch den Vermieter*

§ 152 Abs. 2 StPO, § 266 Abs. 1 StGB

### Leitsatz der Verf.:

Kommt bei unterschiedlicher rechtlicher Bewertung einer Rechtsfrage eine Strafbarkeit nach ernstzunehmender Meinung in der Weise in Betracht, dass eine Verurteilung eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, so folgt aus dem Legalitätsgrundsatz eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. März 2007 – Az 1 Ws 47/07; veröffentlicht in: WUM (Wohnungswirtschaft und Mietrecht) 2007, 281, und abrufbar bei juris.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung hat ein materiellrechtliches und ein prozessrechtliches Problem zum Gegenstand. Das materiellrechtliche Problem liegt offen zutage. Im Sachverhalt ist es bereits angesprochen: **Verletzt der Vermieter eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, wenn er eine Mietkaution vertrags- und gesetzeswidrig für sich verwendet?**

Das prozessrechtliche Problem erschließt sich nur demjenigen, der mit dem Meinungsstand zu dem materiellrechtlichen Problem vertraut ist. Man muss wissen, dass der BGH in einem Fall wie dem vorliegenden eine Strafbarkeit wegen Untreue angenommen

hat,<sup>2</sup> nachdem zuvor zwei Oberlandesgerichte anders entschieden hatten,<sup>3</sup> und dass die Literatur überwiegend eine Strafbarkeit verneint<sup>4</sup>. Für die Generalstaatsanwaltschaft stellt sich damit die Frage, ob sie verpflichtet ist, dem BGH zu folgen und Anklage erheben zu lassen, oder ob sie berechtigt ist, danach zu entscheiden, wie sie selbst das Rechtsproblem beurteilt. In allgemeiner Fassung lautet das prozessrechtliche Problem also: **Ist die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden?**

Aus praktischer Sicht liegt es nahe, die beiden Probleme in bestimmter Abfolge zu behandeln. Zunächst wird sich die Generalstaatsanwaltschaft eine Meinung zur Frage ihrer Bindung bilden. Mit dem materiellrechtlichen Problem muss sie sich erst dann befassen, wenn eine Bindung zu verneinen ist. In dieser Reihenfolge wollen auch wir die Probleme behandeln.

Das Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zählt zu den „großen“ Problemen der Strafprozessrechtslehre, weil mit ihm mehr angesprochen ist als nur das Verhältnis zweier Organe der Strafjustiz. Es weist Bezüge zum materiellen Strafrecht und zum Verfassungsrecht auf und es betrifft das berufliche Selbstverständnis der beteiligten Personen.

Diskutiert wird im Wesentlichen allerdings nur über Fälle der vorliegenden Art, also über die Bindung an eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die ein bestimmtes Verhalten für strafbar erklärt. Im entgegen gesetzten Fall einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, die das Verhalten als straflos ansieht, wird nahezu einhellig eine Bindung der

Staatsanwaltschaft verneint.<sup>5</sup> Die Begründung lautet: Wäre die Staatsanwaltschaft daran gehindert, Anklage zu erheben, so würde den Gerichten die Möglichkeit genommen, ihre Rechtsprechung zu ändern, weil sie wegen des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft nur über Fälle entscheiden können, welche diese ihnen vorlegt.

Im Mittelpunkt der Diskussion über die hier vorliegende Konstellation steht eine Entscheidung des BGH, die sich entschieden für eine Bindung ausspricht.<sup>6</sup> Danach ist im Falle einer **„festen höchstrichterlichen Rechtsprechung“**<sup>7</sup> die Staatsanwaltschaft verpflichtet, Anklage zu erheben, sofern nicht auf Grund gesetzlicher Ausnahmen vom Legalitätsgrundsatz eine Verfahrenseinstellung in Betracht kommt (§§ 153 ff. StPO). Eine abweichende Meinung könne die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zur Geltung bringen.

Der BGH führt für seinen Standpunkt die Grundsätze der **Gleichheit vor dem Gesetz**, der **Einheit der Rechtsanwendung** und des **richterlichen Entscheidungsmonopols** an.<sup>8</sup> Es müsse verhindert werden, dass die Strafverfolgung in Abhängigkeit von der Rechtsansicht der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft gerate und dass es der Exekutive ermöglicht werde, über die weisungsabhängige Staatsanwaltschaft auf die Gesetzesanwendung einzuwirken. Andernfalls liege die rechtssprechende Gewalt entgegen Art. 92 GG nicht mehr ausschließlich in den Händen der Gerichte, weil die Staatsanwaltschaft auf Grund ihres Anklagemonopols die Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer dann blockieren könne, wenn sie anderer Meinung sei.

<sup>2</sup> BGHSt 41, 224.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf wistra 1994, 33, und NJW 1989, 1171; OLG Schleswig, SchlHA 1990, 111.

<sup>4</sup> Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 771.

<sup>5</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 89.

<sup>6</sup> BGHSt 15, 155.

<sup>7</sup> BGHSt 15, 155, 158.

<sup>8</sup> Siehe dazu und zum Folgenden BGHSt 155, 158 ff.

Mit diesem Standpunkt ist der BGH in der Literatur auf Zustimmung<sup>9</sup> und – überwiegend – auf Kritik<sup>10</sup> gestoßen. Die Kritik trägt zur Hauptsache Folgendes vor.<sup>11</sup>

Eine Bindung ist mit **§ 150 GVG** nicht zu vereinbaren; danach üben Staatsanwälte ihr Amt unabhängig von den Gerichten aus. Auch kann von einem Staatsanwalt nicht verlangt werden, eine Person anzuklagen, die er für unschuldig hält, zumal die Verfolgung Unschuldiger nach **§ 344 StGB** mit Strafe bedroht ist. Zudem wird ihm ein **widersprüchliches Verhalten** mit befremdlicher Außenwirkung abverlangt: Er soll einerseits Anklage erheben und andererseits seine entgegen gesetzte Rechtsansicht in der Hauptverhandlung durch Beantragung eines Freispruchs zum Ausdruck bringen. Schließlich ist unklar, wann überhaupt ein Fall der Bindung vorliegt, weil der **Begriff der festen Rechtsprechung** viel zu **diffus** ist.

Der zuletzt genannte Einwand zeigt, dass in praktischen Fällen Entscheidungen mit unterschiedlicher Reichweite möglich sind. Es kann grundsätzlich eine Bindung abgelehnt werden. Es kann aber auch – unter Verzicht auf eine Stellungnahme zur Grundsatzfrage – im konkreten Fall eine Bindung mangels ausreichend fester Rechtsprechung verneint werden. Im vorliegenden Fall könnte im letztgenannten Sinne entschieden werden, weil der BGH-Entscheidung zur Mietkaution entgegengesetzte Entscheidungen von Oberlandesgerichten vorgegangen sind.

Dieser Hinweis ermöglicht uns den Übergang zum materiellrechtlichen Problem. Man muss dieses Problem nicht „gelernt“ haben. Es erschließt sich

mit Grundwissen über die Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Nicht jede Verpflichtung, die einen Bezug zu fremdem Vermögen aufweist, bildet eine geeignete Grundlage für eine Bestrafung wegen Untreue.<sup>12</sup> Zur Vermeidung einer Ausuferung des Tatbestandes wird der Kreis relevanter Pflichten auf solche beschränkt, die typischerweise und wesentlich eine fremdnützige Vermögensfürsorge zum Inhalt haben. Außerdem muss der Verpflichtete einen gewissen Spielraum für selbständige Entscheidungen haben. Kurzfassung: Es muss sich um eine **Hauptpflicht, verbunden mit Dispositionsfreiheit**, handeln.

Wendet man diese Merkmale auf die Verpflichtung des Vermieters an, in bestimmter Weise mit der Mietkaution umzugehen, so drängen sich Einwände gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geradezu auf.<sup>13</sup> In erster Linie dient die Zahlung doch dazu, Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter zu sichern, was gegen eine Hauptpflicht des Vermieters spricht, sich um die Vermögensbelange des Mieters zu kümmern. Auch verfügt der Vermieter nur über einen geringen Entscheidungsspielraum, weil vertraglich und gesetzlich genau festgelegt ist, was mit der Kautionszahlung geschehen hat.

Mit diesen Einwänden spricht sich die Literatur überwiegend gegen eine Untreuestrafbarkeit in Fällen der vorliegenden Art aus.<sup>14</sup> In diesem Sinne haben auch einige Gerichte entschieden,<sup>15</sup> bevor der BGH zur Hauptsache mit den

<sup>9</sup> Z. B. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 90.

<sup>10</sup> Z. B. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 66; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10 Rn. 12.

<sup>11</sup> Vgl. die Darstellungen bei *Hellmann* und *Roxin* (Fn. 10).

<sup>12</sup> Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 360–366; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 769–773.

<sup>13</sup> Vgl. *Dierlamm* in MüKo, StGB, § 266 Rn. 110; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 12.

<sup>14</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 266 Rn. 12.

<sup>15</sup> S. o. Fn. 3.

folgenden Argumenten den Gegenstandspunkt einnahm.<sup>16</sup>

Neben dem Sicherungsinteresse des Vermieters besteht ein Interesse des Mieters, das mit der Kautionshingebene Vermögen gesichert zu sehen. Dieses Interesse ist gleichermaßen bedeutsam und begründet daher eine (Haupt-)Pflicht des Vermieters, das Vermögen des Mieters treuhänderisch zu verwalten. Zwar sind seine Entscheidungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. Das Ausmaß der Bindung bleibt jedoch hinter den Fällen von „Diensten der Handreichung“<sup>17</sup> zurück, die mit dem Kriterium der Dispositionsfreiheit ausgegrenzt werden sollen: z. B. die Tätigkeit von Kellnern, Boten und Chauffeuren.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Darstellung der Entscheidung müssen wir eine Bemerkung zum Verfahren voranstellen. Wie kam es zur Entscheidung des Oberlandesgerichts?

Die Generalstaatsanwaltschaft wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass nach ihrer Bewertung das Verhalten des B nicht den Tatbestand der Untreue erfülle und eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung, die Gegenteiliges annehme, nicht vorhanden sei. Daraufhin machte A von der in § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, dass Verletzte einer Straftat eine gerichtliche Entscheidung über die Klageerhebung beantragen können. Zuständig für die Entscheidung über derartige Klageerzeugungsanträge sind die Oberlandesgerichte. Halten sie den Antrag für begründet, dann verweisen sie die Sache nicht etwa zurück an die Staatsanwaltschaft; vielmehr beschließen sie selbst die Erhebung der Klage (§ 175 StPO). Das ist im vorliegenden Fall geschehen.

Da das Gericht anstelle der Staatsanwaltschaft handeln konnte, hätte es einer Stellungnahme zum prozessrechtlichen Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft nicht unbedingt bedurft. Es ist jedoch gut verständlich, dass der Senat sich mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Der Fall bot Gelegenheit für grundsätzliche Ausführungen, mit denen Klarheit für das vom Gericht erwartete künftige Verhalten der Staatsanwaltschaft geschaffen wird. Die Gelegenheit ergibt sich nur dann, wenn es zu einem Klageerzwingungsverfahren kommt. Das setzt voraus, dass durch die Straftat eine Person verletzt worden ist, was bei so genannten opferlosen Delikten<sup>18</sup> nicht der Fall ist, und dass die verletzte Person einen Antrag nach § 172 Abs. 1 StPO stellt.

Das OLG Zweibrücken knüpft an die oben dargestellte Entscheidung des BGH an und erweitert sogar noch den Bereich der Fälle, für die eine Bindung der Staatsanwaltschaft angenommen wird. Vorausgesetzt wird nicht mehr eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung. Ausreichen soll eine Konstellation „unterschiedlicher rechtlicher Bewertung einer Rechtsfrage, wobei Strafbarkeit nach **ernstzunehmender Meinung** in Betracht kommt“<sup>19</sup>. Liege sie vor, dann folge aus dem Legalitätsgrundsatz eine „Obliegenheit zur Anklageerhebung“<sup>20</sup>. Eine nähere Begründung enthält die Entscheidung nicht.

Zwei Fragen drängen sich auf. Was ist unter einer „ernstzunehmenden Mei-

<sup>18</sup> Z. B. abstrakte Gefährungsdelikte oder Rauschgiftstraftaten.

<sup>19</sup> OLG Zweibrücken – 1 Ws 47/07 –, abrufbar bei juris, Rn. 5 (Fettdruck von uns eingefügt).

<sup>20</sup> OLG Zweibrücken (Fn. 19), Rn. 5. (Der Senat leistet sich hier einen begrifflichen Lapsus. Unter „Obliegenheit“ wird eine „im eigenen Interesse zu beachtende Verhaltensanordnung“ verstanden, „deren Missachtung nachteilige Folgen für die belastete Partei hat“; Alpmann Brockhaus Fachlexikon Recht, 2. Aufl. 2005, S. 967. Gemeint hat der Senat jedoch eine echte Verpflichtung.)

<sup>16</sup> Vgl. zum Folgenden BGHSt 41, 224 ff. – Zustimmend: Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 386 f.

<sup>17</sup> BGHSt 41, 224, 229.

nung“ zu verstehen? Wann kommt eine Anklageerhebung „in Betracht“?

Die Entscheidung gibt darüber nur recht knapp Auskunft, indem sie Bezug nimmt auf die Entscheidung des BGH zur missbräuchlichen Verwendung der Mietkaution durch den Vermieter: „Auf Grund der Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage erscheint eine Verurteilung **eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich**.“<sup>21</sup>

Der Satz legt die Annahme nahe, dass sich die vorzunehmende Prognose an der Praxis der Obergerichte orientieren soll und dass der Meinungsstand in der Literatur weniger wichtig, wenn nicht gar bedeutungslos ist.

Ferner wird mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit eine Verbindung zum gesetzlichen Merkmal des hinreichenden Tatverdacht hergestellt, der die gesetzliche Voraussetzung für die Erhebung der Anklage bildet: Nach gängiger Definition setzt dieser Verdacht die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung voraus.<sup>22</sup> Demnach verpflichtet das Legalitätsprinzip nicht nur dann zur Anklageerhebung, wenn sich ein bestimmter Sachverhalt in der Hauptverhandlung wahrscheinlich beweisen lassen wird und der Staatsanwalt rechtlich davon überzeugt ist, dass für diesen Sachverhalt die Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt sind. Zur Erhebung der Anklage soll der Staatsanwalt auch gezwungen sein, falls er diese rechtliche Überzeugung nicht hat, aber gerichtliche Entscheidungen vorliegen, nach denen auch in rechtlicher Hinsicht eine Verurteilung wahrscheinlich ist.

Schließlich wird man der Grenzziehung mit dem Begriffspaar wahrscheinlich/unwahrscheinlich entnehmen müssen, dass Wahrscheinlichkeit immer schon dann vorliegt, wenn die 50-Prozent-Marke der Unentschiedenheit überschritten ist.

<sup>21</sup> OLG Zweibrücken (Fn. 19), Rn. 5 (Fett-  
druck von uns eingefügt).

<sup>22</sup> Vgl. *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl.  
2006, § 8 Rn. 3.

Seine Stellungnahme zum prozessrechtlichen Problem machte es für den Senat entbehrlich, sich selbst auch noch mit dem materiellrechtlichen Problem auseinanderzusetzen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung dringt allmählich ins Bewusstsein der juristischen Öffentlichkeit. Hatte sich zunächst die RÜ<sup>23</sup> mit ihr befasst, so wird sie nun in der JuS kommentiert<sup>24</sup>. Wir hatten sie schon seit einiger Zeit im Visier und sehen jetzt den richtigen Zeitpunkt für eine Famos-Besprechung gekommen.

Bemerkenswert ist die Entscheidung als solche, nicht die Begründung. Denn diese beschränkt sich letztlich auf die bloße Behauptung, dass aus dem Legalitätsgrundsatz die Pflicht der Staatsanwaltschaft folge, anzuklagen, wenn nach „ernstzunehmender Meinung“ eine Strafbarkeit in Betracht komme.

Trotz der Dürftigkeit der Begründung wird die Entscheidung die Diskussion über die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung neu entfachen, weil das OLG Zweibrücken eine **noch weitergehende Bindung** als der BGH in seiner viel kritisierten Entscheidung<sup>25</sup> annimmt. Es wird (oder sollte) Aufsehen erregen, dass in einer Zeit, in der die Staatsanwaltschaft an Macht gewonnen und das Legalitätsprinzip an Bedeutung verloren hat,<sup>26</sup> die richterliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklagenpraxis verstärkt wird. Zwar sind Zweifel angebracht, ob der

<sup>23</sup> RÜ 2007, S. 261.

<sup>24</sup> JuS 2007, 691 (*Jahn*).

<sup>25</sup> BGHSt 15, 155.

<sup>26</sup> Erwähnt sei der Ausbau der Möglichkeiten einer Einstellung des Verfahrens aus Gründen der Opportunität gemäß §§ 153 ff. StPO, welche die Staatsanwaltschaft teilweise ohne gerichtliche Mitwirkung wahrnehmen kann. Auch die immer häufiger vorkommenden Verfahrensabsprachen haben die Position der Staatsanwaltschaft gestärkt.

obergerichtliche Herrschaftsanspruch durchsetzbar ist, der in dieser Entscheidung anklingt. Denn für seine Durchsetzung steht allein das Instrument der Strafverfolgung wegen Strafvereitelung im Amt nach § 258 a StGB zur Verfügung, das wiederum in der Hand der Staatsanwaltschaft liegt. Immerhin wird aber das Thema der innerjustiziellen Gewaltenteilung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft wieder auf die Tagesordnung gesetzt.

Dieses Thema ist gleichermaßen für die Praxis wie für die juristische Ausbildung von großem Interesse. Für Ausbildungs- und Prüfungszwecke ist die Entscheidung auch dadurch attraktiv, dass sie es ermöglicht, das Problem der Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 Abs. 1 StGB an einem höchst umstrittenen Fall zu erörtern.

## 5. Kritik

Das Fehlen einer näheren Begründung könnte damit zu erklären sein, dass dem Senat nicht bewusst geworden ist, wie sehr seine zentralen Formulierungen die Bindung der Staatsanwaltschaft ausdehnen. Denkbar ist auch, dass er diese Ausdehnung möglichst unauffällig einführen wollte. Keine der beiden Erklärungen schmeichelt dem Senat. Eine aus nur zwei Sätzen bestehende Begründung steht in einem eklatanten Missverhältnis zur Bedeutung des Problems der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Auch uns wird eine angemessene Würdigung im Rahmen dieser Besprechung nicht gelingen.<sup>27</sup> Wir beschränken uns auf drei Bemerkungen.

Für eine Bindung mag sprechen, dass der Verlust der Rechtseinheit zu besorgen ist, wenn es dem Gusto der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft

<sup>27</sup> Für den bisherigen Meinungsstand sei nochmals auf *Hellmann* und *Roxin* (Fn. 10) und die dortigen weiteren Nachweise verwiesen.

überlassen bliebe, ob es zur Anklage kommt. Allerdings zeigt die Praxis der modernen Staatsanwaltschaft, dass die Gefahr durchaus zu beherrschen ist, indem die Weisungsabhängigkeit und die Verständigungsmöglichkeiten moderner Kommunikationsmittel genutzt werden, um ein einheitliches Vorgehen zu sichern.

Gegen eine Bindung spricht eine Entwicklung, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des BGH (1960) noch nicht absehbar war. Seither hat die Bedeutung der Verfassung für die Strafrechtsanwendung enorm zugenommen,<sup>28</sup> wie auch die Vielzahl der zum Strafrecht ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts belegt. Da die Staatsanwaltschaft unabhängig davon, ob sie der Exekutive oder der Judikative zugerechnet wird,<sup>29</sup> unmittelbar der Verfassung verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG), muss es ihr möglich sein, einer höchstrichterlichen Rechtsprechung jedenfalls dann die Gefolgschaft zu verweigern, wenn sie sie für verfassungswidrig hält.<sup>30</sup>

Schließlich: Die Bindung verwehrt Staatsanwälten ein eigenes Urteil über Rechtsfragen. Ihre Aufgabe erschöpft sich in bloßer Analyse des vorhandenen Meinungsstandes. Das verträgt sich schlecht mit einer juristischen Ausbildung, die selbständig denkende und verantwortungsbewusst agierende Juristen hervorbringen soll und daher das begründungslose Befolgen einer herrschenden Meinung als fehlerhaft bewertet.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Tobias Stauß zugrunde.)*

<sup>28</sup> Vgl. zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht *Krey*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2004, Rn. 44–117.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 10), Rn. 8.

<sup>30</sup> Man denke an den jüngst von uns besprochenen Fall, in dem das BVerfG die Rechtsprechung des BGH zu § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB für verfassungswidrig erklärt hat (Rollsplitt-Fall, Famos Mai 2007).

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A setzt das Wohnhaus seiner Familie in Brand. Das Haus gehört seiner Ehefrau B. Sie hat Versicherungen für das Gebäude und den Hausrat abgeschlossen, der ihr ebenfalls allein gehört. A handelt in der Absicht, seiner Frau Leistungen aus den Versicherungen zukommen zu lassen. Damit sollen ein Neubau sowie die Neubeschaffung des Inventars finanziert werden. B ist nicht in das Vorhaben eingeweiht. Das Feuer vernichtet zunächst das Gebäude und dann den Hausrat. B macht gegenüber den Versicherungen Zahlungsansprüche geltend.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zunächst sei der ungewöhnliche Fallname erklärt. Mit einem „warmen Abriss“ versuchen Gebäudeeigentümer, Geldzahlungen aus ihrer Feuerversicherung zu erlangen. Von dieser umgangssprachlichen Bezeichnung machen auch Polizei und Versicherungen gelegentlich Gebrauch.

Im Normalfall ist das Geltendmachen des Versicherungsanspruchs als Betrug erfassbar, weil der Versicherungsnehmer, der selbst den Brand

## August 2007 Warmer-Abriss-Fall

*Besonders schwere Brandstiftung / Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat / Versicherungsmissbrauch / Sachbeschädigung*

§§ 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1, 265 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB

### Leitsätze des Gerichts:

1. Der mit der schweren Brandstiftung nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB gleichzeitig verwirklichte Versicherungsmissbrauch gegenüber der Gebäudeversicherung ist keine andere Straftat im Sinne des § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, die der Täter durch die Brandlegung zu ermöglichen beabsichtigt.

2. Dieser Qualifikationstatbestand ist auch dann nicht verwirklicht, wenn der Täter durch das Feuer in dem Wohngebäude befindliches Inventar eines Dritten zerstören und damit eine Sachbeschädigung begehen will, um dem Dritten Leistungen aus dessen Hausratversicherung zu verschaffen.

BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – 3 StR 454/06; veröffentlicht in: NJW 2007, 2130.

legt, natürlich keine Zahlung beanspruchen kann. Gleiches gilt nach § 61 Versicherungsvertragsgesetz, wenn an seiner Stelle ein **Repräsentant** die Brandstiftung begeht. Damit sind Personen gemeint, die befugtermaßen in dem Bereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, selbständig für den Versicherungsnehmer handeln, wie z. B. Geschäftsführer.<sup>2</sup>

Hier liegt indes ein Ausnahmefall vor. Eine Betrugsstrafbarkeit ist nicht gegeben, denn B konnte die Versicherungssumme beanspruchen. Sie war nicht an der Brandstiftung beteiligt; sie wusste nicht einmal davon. Auch

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

<sup>2</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 15 Rn 9.

agierte A nicht als ihr Repräsentant. Mit dem Ausschluss der Betrugsstrafbarkeit verbindet sich ein zentrales Fallproblem, zu dem wir schrittweise hinführen wollen.

In erster Linie kommt eine Strafbarkeit des A wegen Brandstiftung in Betracht. Erfüllt ist der Tatbestand der Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Er erfasst eine spezielle Form der Beschädigung einer fremden Sache.<sup>3</sup> Mangels Einwilligung der B war die Tat auch rechtswidrig.<sup>4</sup> Ferner hat A eine schwere Brandstiftung gemäß § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB begangen. Für diese Strafvorschrift sind die Eigentumsverhältnisse bedeutungslos. Sie schützt die Allgemeinheit.<sup>5</sup> Da das Gebäude der Familie zur Wohnung diente, greift der Qualifikationstatbestand ein.<sup>6</sup>

Eine weitere Steigerung der Strafbarkeit ist möglich. A könnte sich wegen besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB in der Alternative des Handelns in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, strafbar gemacht haben.

Zwar hat er nicht in der Absicht gehandelt, einen Betrug zu ermöglichen. Wie oben festgestellt, standen seiner

<sup>3</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 306 Rn. 1.

<sup>4</sup> Daran würde sich nichts ändern, falls B im Nachhinein einverstanden war. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung setzt voraus, dass sie vor der Tat erklärt worden ist; vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 378.

<sup>5</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2007, § 40 Rn. 18.

<sup>6</sup> Vermutlich hat A die Tat so ausgeführt, dass kein Hausbewohner konkret gefährdet wurde. Das hindert freilich nicht an einer Bestrafung gem. § 306 a StGB, weil die von dieser Vorschrift erfasste Tat ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist. Lediglich für seltene Ausnahmefälle, in denen der Täter absolut zuverlässige Schutzvorkehrungen getroffen hat, wird eine Strafbarkeit verneint (vgl. *Lackner/Kühl* [Fn. 3], § 306 a, Rn. 1). Eine Erörterung dieses Problems ist hier nicht angebracht, weil es an Anhaltspunkten im Sachverhalt fehlt.

Ehefrau die Leistungen aus den beiden Versicherungen zu, um die es ihm ging.<sup>7</sup> Als Straftat, deren Ermöglichung er beabsichtigte, kommt jedoch ein Versicherungsmissbrauch gemäß § 265 Abs. 1 StGB in Betracht. Die Voraussetzungen dieser Strafvorschrift sind sogar vollständig erfüllt. Mit dem Niederbrennen des Gebäudes und des Hausrats hat A versicherte Sachen zerstört, um einem Dritten, der B, Leistungen aus den Versicherungen zu verschaffen.

Auf den ersten Blick erscheint der Qualifikationstatbestand glatt anwendbar: Als A das Feuer legte, handelte er in der Absicht, einen Versicherungsmissbrauch zu begehen. Wer auf sprachliche Genauigkeit achtet, wird aber zu bedenken geben, dass mit der Ermöglichung einer Straftat ein **künftiges Geschehen** angesprochen ist. Es wäre doch unpassend, zu sagen, A habe einen künftigen Versicherungsmissbrauch beabsichtigt. Denn **zugleich** mit dem Inbrandsetzen des Gebäudes verwirklichte er die Zerstörung versicherter Sachen als Tathandlung eines Versicherungsmissbrauchs.

Ein weiteres gesetzliches Merkmal verstärkt das Bedenken. Die Absicht muss sich auf die Ermöglichung einer **anderen** Straftat beziehen. Wenn man es für nötig hält, dass für eine andere Straftat auch eine andere Handlung vorliegen muss, dann scheidet eine Anwendung im vorliegenden Fall. Wie gezeigt, beging A die Brandstiftung und den Versicherungsmissbrauch durch ein und dieselbe Handlung.

Freilich ist auch eine andere Sicht möglich. Man könnte „andere Straftat“ als „andere Strafbarkeit“ lesen und auf die Verschiedenartigkeit der geschützten Rechtsgüter abstellen: die Allgemeinheit bei der schweren Brandstif-

<sup>7</sup> Sollte A die Rechtslage anders bewertet und gemeint haben, das Geltendmachen der Ansprüche aus den Versicherungen stelle einen Betrug dar, so läge insoweit ein strafloses Wahndelikt vor; vgl. allgemein zur Kategorie des Wahndelikts *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 621–623.

tion<sup>8</sup> und das Vermögen der Versicherung und die Leistungsfähigkeit des Versicherungswesens beim Versicherungsmissbrauch<sup>9</sup>.

Denkbar ist auch, den Erfolgseintritt maßgeblich sein zu lassen. Da die Brandstiftung bereits mit dem Inbrandsetzen vollendet ist, die Tathandlung des Zerstörens einer versicherten Sache jedoch erst mit deren vollständiger Vernichtung, besteht eine zeitliche Divergenz, an die für das Merkmal des Ermöglichens einer anderen Straftat angeknüpft werden könnte.

Der zuletzt genannte Ansatz lässt sich noch verstärken, indem eine weitere Strafvorschrift herangezogen wird, die A verwirklicht hat. Da mit dem Gebäude auch der im Eigentum der B stehende Hausrat verbrannt wurde, beging A daran außerdem eine Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Zeitpunkte des Erfolgseintritts besonders deutlich. Zunächst fing das Gebäude Feuer, dann erst der Hausrat.

Was sagen Rechtsprechung und Literatur zu diesem Problem, das wir hier mit Hilfe des Gesetzeswortlauts entwickelt haben? Die Suche hat ein etwas überraschendes Ergebnis. Das Problem wird kaum einmal direkt angesprochen. Zumeist kommt es nur dadurch zur Geltung, dass auf Ausführungen zum Merkmal der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, bei anderen Tatbeständen verwiesen wird, nämlich beim Mord gemäß § 211 Abs. 2 StGB und beim gefährlichen Eingriff in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr gemäß § 315 Abs. 3 Nr. 1 a StGB.<sup>10</sup> Dort wird dann näher diskutiert, was unter einer anderen Straftat zu verstehen ist. Ganz überwiegend wird verlangt, dass die beabsichtigte Tat auf einer neuen

Handlung oder jedenfalls auf einem neuen Teilakt beruht und dass zwischen ihnen und der ausgeführten Handlung eine Zäsur liegt.<sup>11</sup>

Das Fehlen einer eingehenden Erörterung des Problems als ein Brandstiftungsproblem beruht wohl darauf, dass eine andere Frage die Diskussion über das Qualifikationsmerkmal der Brandstiftung zur Ermöglichung einer anderen Straftat beherrscht. Die Frage ergibt sich aus einer **Akzentverlagerung** vom Wort „andere“ zum Wort „Straftat“. Ihre Beantwortung kann sich auch auf die Lösung unseres Falles auswirken.

Diskutiert wird, ob jede beliebige oder nur eine solche Straftat die Strafschärfung herbeiführen kann, mit der die Gefahren eines Brandes ausgenutzt werden sollen. Die Einschränkung soll den Anwendungsbereich des Merkmals auf Taten beschränken, die in einem **spezifischen Zusammenhang mit der gemeingefährlichen Situation einer Brandstiftung** stehen.<sup>12</sup> Erwähnt werden als Beispiele das Ausnutzen von Panik und Verwirrung und die Verwendung des Brandes als Tötungsmittel. Als Prüfungskriterium wird angeführt, dass zwischen dem Brand und der Tat, die durch ihn ermöglicht werden soll, ein unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestanden haben muss.

Ausgeschlossen ist damit eine Strafschärfung in Fällen einer Brandstiftung, die auf eine Schädigung der Versicherung abzielt. Genau das soll auch erreicht werden. Zur Begründung der restriktiven Position wird angeführt,

<sup>8</sup> S. Fn. 5.

<sup>9</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 652.

<sup>10</sup> Vorwiegend wird auf § 211 Abs. 2 StGB verwiesen, vgl. z. B. *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 306 b Rn. 4, und *Kindhäuser*, StGB, 3. Aufl. 2006, § 306 b Rn. 4.

<sup>11</sup> Die Diskussion konzentriert sich auf das Merkmal der Verdeckungsabsicht; für die Ermöglichungsabsicht gilt grundsätzlich aber nichts anderes; vgl. *Eser* in *Schönke/Schröder*, 27. Aufl. 2006, § 211 Rn. 32 a.

<sup>12</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 306 b Rn. 4; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 227 f.; *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn. 52.

dass viel zu häufig viel zu hohe Strafen verhängt werden müssten, wenn § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB und die dort vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe auf Brandstiftungstaten, die mit einem Versicherungsbetrug gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB<sup>13</sup> oder mit einem Versicherungsmissbrauch gemäß § 265 Abs. 1 StGB verbunden seien, angewendet würden, weil damit der praktische Regelfall erfasst würde.<sup>14</sup>

Ferner wird die restriktive Auslegung mit einem systematischen Argument begründet:<sup>15</sup> Für § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB müsse gleichermaßen wie für die insoweit eindeutig formulierten Qualifikationsmerkmale in Nr. 1 (Begründung einer Todesgefahr für einen anderen Menschen) und Nr. 3 (Verhinderung oder Erschwerung der Löschung) gelten, dass (nur) eine Erhöhung des objektiven Gefährdungsunrecht die hohe Mindeststrafe rechtfertige.

Nach dieser Ansicht könnte eine Strafbarkeit des A nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB allein schon mit der Begründung verneint werden, dass der Versicherungsmissbrauch in keinem Zusammenhang mit den Brandgefahren gestanden habe. Auf die oben erörterte Frage, ob eine **andere** Straftat ermöglicht werden sollte, müsste nicht eingegangen werden.

Der BGH ist dieser Ansicht entgegengetreten.<sup>16</sup> Der Gesetzeswortlaut sehe eine solche Einschränkung nicht vor. Auch zeige sich in der Bereitschaft des Täters, Unrecht mit weiterem Unrecht zu verknüpfen, ein erhöhtes Maß an Verwerflichkeit, das auch dann schwerere Strafe verdiene, wenn die

Begehung von Vermögensstraftaten ermöglicht werden solle. Die Absicht der Ermöglichung eines Versicherungsbetruges oder eines Versicherungsmissbrauchs schließt, so der BGH, eine Anwendung von § 306 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB nicht aus. – Wir ergänzen: Nötig ist aber, dass es sich um eine **andere** Straftat handelt, was im vorliegenden Fall zweifelhaft erscheint.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bleibt mit knappen Worten bei seiner Ablehnung der restriktiven Auslegung. Die Entscheidung konzentriert sich ganz auf die Frage, ob der Versicherungsmissbrauch und die Sachbeschädigung am Hausrat als andere Straftaten in Betracht kommen, deren Ermöglichung A beabsichtigte. Die Antwort lautet: nein.

Für die Unterscheidung zwischen Andersartigkeit und Identität der Straftaten stellt der BGH **allein auf die Handlung** ab. Unterschiede im geschützten Rechtsgut oder im Zeitpunkt des Erfolgseintritts erklärt er insoweit für bedeutungslos. – Die Begründung verläuft dreistufig.

Zunächst beruft sich der BGH darauf, dass eine „wortsinngerechte Auslegung“<sup>17</sup> zu diesem Ergebnis führe.

Danach verweist er auf den Umgang mit dem Merkmal der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, bei anderen Tatbeständen. Näher befasst er sich mit § 315 b Abs. 3 Nr. 1 b StGB, indem er zwei Beispiele aus der Rechtsprechung anführt, in denen ebenfalls allein auf die Handlung abgestellt worden ist.

Das erste betrifft den Fall eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, der zugleich die Voraussetzungen eines Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte erfüllte.<sup>18</sup> Der Unterschied in den geschützten Rechtsgütern – hier Leib und Leben anderer im öffentlichen Straßenverkehr, dort das All-

<sup>13</sup> Achtung: Der „Versicherungsbetrug“ gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB ist kein qualifizierter Betrug, sondern das Regelbeispiel eines besonders schweren Betrugsfalles.

<sup>14</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn. 52.

<sup>15</sup> Vgl. *Marxen* (Fn. 12), S. 228.

<sup>16</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden BGHSt 45, 211, 216 ff.; BGH NSTZ-RR 2004, 366.

<sup>17</sup> BGH NJW 2007, 2130, 2131.

<sup>18</sup> BGH NZV 1995, 285.

gemeininteresse an der Durchsetzung staatlicher Vollzugsakte – änderte nichts daran, dass wegen der Einheitlichkeit der Handlung die Ermöglichungsabsicht und damit eine Qualifizierung nach §§ 315 b Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 StGB verneint wurde.

Auch der zweite Fall hat einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr zum Gegenstand. Der Täter bezweckte damit eine nötigende Einwirkung auf einen anderen Verkehrsteilnehmer, der zum Anhalten gezwungen werden sollte.<sup>19</sup> Trotz des zeitlichen Unterschiedes im Erfolgseintritt wurde eine Strafschärfung abgelehnt; wiederum gab die Identität der Tathandlung den Ausschlag.

Die dritte Stufe der Begründung besteht in einem Einwand gegen den gegenteiligen Standpunkt. Dieser würde die Höhe der Strafandrohung von „Zufälligkeiten im Tatgeschehen“<sup>20</sup> abhängig machen. Das lasse sich am vorliegenden Sachverhalt belegen. „Hätte der Angeklagte zunächst Inventargegenstände seiner Ehefrau angezündet, damit das Feuer von diesen auf das Gebäude übergreift, hätte er sich allein der Sachbeschädigung (die keinen dem § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB entsprechenden Qualifikationstatbestand kennt) in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung schuldig gemacht, so dass ihm – lediglich – Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, 52 Abs. 2 Satz 1 StGB) ... gedroht hätte. Bei Ausbringung eines Brandbeschleunigers auf wesentliche Bestandteile des Gebäudes in der Absicht, dass die Flammen von dort auf das Inventar übergreifen, wäre dagegen eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren verwirkt gewesen.“<sup>21</sup>

<sup>19</sup> BGH NSTZ-RR 2001, 298.

<sup>20</sup> BGH NJW 2007, 2130, 2132.

<sup>21</sup> BGH NJW 2007, 2130, 2132. – Schon hier sei Folgendes kritisch angemerkt. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Argumentation der Versicherungsmissbrauch. Wird zunächst das Inventar angezündet,

Ergebnis: Der BGH hob die Verurteilung des A durch die Vorinstanz wegen besonders schwerer Brandstiftung auf.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung hat mehr als spezielle Brandstiftungsprobleme zu bieten. Sie demonstriert auch den **Wert juristischen Denkens in Zusammenhängen**. Das in ihrem Mittelpunkt stehende Qualifikationsmerkmal der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, wird, wie gezeigt,<sup>22</sup> auch im Zusammenhang mit anderen Tatbeständen verwendet.<sup>23</sup> Im Regelfall gilt für die Auslegung gesetzlicher Merkmale, dass gleiche Begriffe Gleiches bedeuten sollen. Deswegen sind, wie der BGH vorführt,<sup>24</sup> Schlüsse vom Gebrauch des Merkmals in einem bestimmten Zusammenhang auf seine Verwendung in einem anderen Zusammenhang möglich.

Hingewiesen sei noch auf ein **Aufbauproblem**, das sich regelmäßig bei der Prüfung des Merkmals ergibt. Es droht die Gefahr einer unübersichtlichen Inzidentprüfung der beabsichtigten anderen Straftat. Vermeiden lässt sie sich jedenfalls dann, wenn es nicht bei der Absicht geblieben und zumin-

---

damit das Feuer dann auf das Gebäude überspringt, kann gleichwohl eine Strafbarkeit wegen besonders schwerer Brandstiftung angenommen werden, wenn man den Versicherungsmissbrauch als mögliche andere Straftat ansieht und eine neue Handlung nicht für erforderlich hält. Nach dem Entzünden der Sachen wird das Gebäude in Brand gesetzt, worauf dann erst dessen Zerstörung als Taterfolg des Versicherungsmissbrauchs eintritt.

<sup>22</sup> S. o. 2.

<sup>23</sup> Was die Anwendungshäufigkeit betrifft, so ist für die Praxis besonders bedeutsam, dass der Qualifikationstatbestand in § 315 Abs. 3 Nr. 1 b StGB über den Verweis in § 315 b Abs. 3 StGB auch auf Fälle des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr anwendbar ist

<sup>24</sup> S. o. 3.

dest zu einem Versuch gekommen ist. Wird die Prüfung dieses Vorgangs vorgezogen, so vereinfacht das die anschließende Untersuchung des Qualifikationsmerkmals, weil verwiesen werden kann.<sup>25</sup>

Praktisch bedeutsam ist: Der BGH bestätigt nachdrücklich seine Ablehnung der Ansicht, die den Qualifikationstatbestand in der Weise beschränken will, dass als andere Straftaten nur solche in Betracht kommen, die in einem spezifischen Zusammenhang mit Brandgefahren stehen. Es bleibt somit bei der Anwendung des Qualifikationstatbestandes auf den Normalfall, in dem die Brandstiftung der Ermöglichung eines (Versicherungs-)Betruges dient.

## 5. Kritik

Der zentralen Aussage der Entscheidung zur Interpretation des Merkmals der anderen Straftat wird man unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit zustimmen können. Es sorgt für Klarheit, wenn nur solche Straftaten dafür in Betracht kommen, die auf einer neuen Handlung beruhen.

Leider führt die Entscheidung jedoch keine abschließende Klärung herbei. Vielmehr bleibt ein **ungeklärter Rest**. Er betrifft Fälle der Brandstiftung, die mit der Absicht begangen werden, einen anderen zu töten.

Konsequent wäre es, auch insoweit die Strafschärfung vom Erfordernis einer neuen Handlung abhängig zu machen, also den Qualifikationstatbestand anzuwenden, wenn unter Ausnutzung der Umstände der Brandstiftung ein Totschlag begangen werden soll, dagegen ihn zu verneinen, wenn das Opfer in den Flammen umkommen soll.

Zu einer klaren Aussage dieser Art konnte sich der BGH jedoch nicht durchringen, weil er dann mit seiner bisherigen Rechtsprechung hätte brechen müssen. In mehreren Entscheidungen zu einer älteren Gesetzesfas-

sung war die Absicht der Tötung mittels der Brandstiftung als Strafschärfungsgrund mit dem Argument anerkannt worden, dass der Fall gleichermaßen strafwürdig sei.<sup>26</sup> Daran hatte eine neuere Entscheidung für § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB in der jetzt gültigen Fassung festgehalten.<sup>27</sup>

In der vorliegenden Entscheidung erwähnt der BGH diese Rechtsprechung, verzichtet aber auf ein klärendes Wort dazu. Vielmehr belässt er es dabei, den „Grundsatz“, dass für den Qualifikationstatbestand des Ermöglichens einer anderen Straftat die Herbeiführung eines über das Grunddelikt hinausgehenden Erfolges durch dieselbe Handlung nicht ausreicht, „jedenfalls dann“ für anwendbar zu erklären, „wenn der Täter durch den von ihm gelegten Brand des Wohngebäudes zugleich darin befindliche Sachen zerstören will“.<sup>28</sup>

Der Verzicht auf Klarstellung ist auch deswegen bedauerlich, weil in der Literatur der Fall einer Brandstiftung mit dem Ziel, unmittelbar dadurch einen anderen Menschen zu töten, häufig als Beispiel dafür dient, was erfasst bleibt, wenn im Wege einer restriktiven Auslegung die Anwendung von einem spezifischen Zusammenhang zwischen dem Brand und der anderen Straftat abhängig gemacht wird.<sup>29</sup>

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra Thürkow zugrunde)*

<sup>25</sup> Vgl. Rengier (Fn. 5), § 40 Rn. 54.

<sup>26</sup> BGHSt 20, 246, 247; 20, 106, 107; BGH NJW 1985, 1477, 1478.

<sup>27</sup> BGH Beschluss vom 10.6.1999 – 4 StR 60/99 (nicht veröffentlicht).

<sup>28</sup> BGH NJW 2007, 2130, 2132.

<sup>29</sup> Z. B. Rengier (Fn. 5), § 40 Rn. 48.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der Polizeibeamte A, der als vergesslich bekannt ist und wegen einer ernsthaften ehelichen Auseinandersetzung unter Anspannung steht, durchsucht mit Kollegen eine Wohnung. Dabei trägt er vorschriftsgemäß seine geladene und gesicherte Dienstwaffe bei sich. Als er sich allein in einem Zimmer befindet, nimmt er kurz entschlossen vier dort vorgefundene Armbanduhren mit einem Gesamtwert von 42,95 Euro an sich. Danach geht er zum Dienstwagen und steckt die Uhren in seine private Tasche.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat sich wegen vollendeten Diebstahls strafbar gemacht. Daran ändern auch seine Vergesslichkeit und der ehelich Stress nichts. Der subjektive Diebstahlstatbestand – Wegnahmevorsatz und Absicht der rechtswidrigen Zueignung – ist gleichwohl erfüllt. Auch die Schuldfähigkeit des A wird von diesen Umständen nicht in Frage gestellt.

Näher liegt es, die Umstände in die Prüfung der subjektiven Tatseite des Diebstahls mit Waffen nach § 244 Abs. 1

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

## September 2007 Armbanduhren-Fall

*Diebstahl mit Waffen / Begehung durch berufsmäßige Waffenträger / teleologische Reduktion des Tatbestandes / Anforderungen an den Vorsatz*

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

### Leitsätze der Verf.:

1. Eine teleologische Reduktion des Tatbestandes des Diebstahls mit Waffen in Fällen der Begehung durch beruflich zum Waffentragen verpflichtete Personen scheidet aus, weil die vom Tatbestand erfasste Gefahr nicht an einem zweckgerichteten Bei-Sich-Führen ansetzt.

2. Das Bewusstsein des Bei-Sich-Führens einer Waffe kann bei berufsmäßigen Waffenträgern aus dem objektiven Umstand des nicht zufällig erscheinenden Mitführens der Waffe geschlossen werden, sofern nicht besondere Tatumstände nahe legen, dass dem Täter im Moment der Tatbegehung das aktuelle Bewusstsein der Bewaffnung fehlte.

OLG Hamm, Beschluss vom 2. Januar 2007 – 2 Ss 459/07, veröffentlicht in: NSTZ 2007, 473.

Nr. 1 a StGB einzubeziehen. Hat A, der objektiv bei der Begehung des Diebstahls eine Waffe bei sich trug, insoweit auch vorsätzlich gehandelt?

Eine **eingehende Vorsatzprüfung** ist allerdings nicht nur wegen der Vergesslichkeit des A und seiner seelischen Belastung durch die Ehekrise angebracht. Auch wenn man sich diese Umstände wegdenkt, bleibt fraglich, ob vorsätzliches Handeln im Hinblick auf das Bei-Sich-Führen einer Waffe gegeben ist. Diese Frage stellt sich regelmäßig bei Personen, die einen Diebstahl in einer Situation begehen, in der sie aus beruflichen Gründen zum Waffentragen verpflichtet sind.

Die Beantwortung der Frage fällt leicht, wenn eindeutige Feststellungen zu den Vorstellungen des Täters bei

Begehung der Tat getroffen werden können. Das ist jedoch sehr selten der Fall. Zumeist bestreitet der Angeklagte, sich des Mitführens der Waffe bewusst gewesen zu sein, oder er äußert sich dazu nicht. Dann bleibt nur die Möglichkeit, aus den objektiven Tatumständen auf die Tätervorstellung zu schließen. Ob jedoch vom objektiven Mitführen einer Waffe auf ein entsprechendes Bewusstsein geschlossen werden kann, erscheint bei berufsmäßigen Waffenträgern zweifelhaft. Gehört doch das Bei-Sich-Führen der Waffe bei ihnen zu den unreflektierten Selbstverständlichkeiten des Alltags, so wie es für jeden selbstverständlich ist, Kleidung zu tragen.

Will man gleichwohl diesen Schluss ziehen, so müssen für eine begriffliche Erfassung Formulierungen herangezogen werden, die einen Vorsatz mit nur schwach ausgeprägtem Bewusstseinsinhalt kennzeichnen. Die juristische Dogmatik bietet dafür die Begriffe des „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ und des „Begleitwissens“ an.<sup>2</sup>

Auf dieser Grundlage wird im Normalfall das Vorsatzerfordernis bei Berufswaffenträgern bejaht.<sup>3</sup> Man sollte sich allerdings darüber im Klaren sein, dass es sich um eine Vorsatzfeststellung im Grenzbereich handelt. Daher verdienen besondere Umstände Aufmerksamkeit, die eine weitere Abschwächung des Bewusstseins bewirken können.

Das sind im vorliegenden Fall die Vergesslichkeit des A und seine psychische Anspannung auf Grund der ehelichen Auseinandersetzungen. Wenn schon im Normalfall Bedenken bestehen, dann, so könnte man argumentieren, wird es wohl am Bewusstsein des Bei-Sich-Führens einer Waffe fehlen, falls die Wahrnehmungsfähigkeit

durch derartige Umstände weiter reduziert ist.

Dem lässt sich entgegenhalten: Vergesslichkeit und Ehestress führen noch keinen Realitätsverlust herbei. A dürfte bewusst gewesen sein, dass er sich im Dienst befand und dementsprechend eine Waffe mitführte.

Wir wollen eine Bemerkung einschieben, um einem Irrtum vorzubeugen, der bei Studierenden an dieser Stelle eintreten könnte. Sie könnten meinen, das Problem gehe sie nichts an, weil es um richterlich zu klärende Tatfragen gehe, während an der Universität und im ersten Staatsexamen nur Fälle mit geklärten Sachverhalten zu prüfen seien.

Letzteres gilt nicht ausnahmslos. Zu den Ausnahmen gehören Fälle, die Probleme des bedingten Vorsatzes betreffen und in denen die Aufgabe (auch) darin besteht, aus objektiven Umständen darauf zu schließen, ob ein **Willenssachverhalt** vorliegt, der den Anforderungen des bedingten Vorsatzes genügt.<sup>4</sup>

Kehren wir zur Fallprüfung zurück. Wir haben gesehen, dass die Tatumstände es nahe legen, den Vorsatz zu problematisieren. Ein weiteres Problem drängt sich nicht gleichermaßen auf. Aufspüren lässt es sich mit Hilfe der Formulierung im Sachverhalt, wonach A „vorschriftsgemäß“ seine Dienstwaffe bei sich trug. In dieser Hinsicht verhielt A sich also rechtskonform, wenn er auch durch den Diebstahl einen Rechtsbruch beging. Gerade das Einhalten der Vorschrift soll ihm nun aber durch eine besonders schwere Bestrafung zum Nachteil gereichen. Liegt darin nicht ein Wertungswiderspruch?

Eine Literaturmeinung sieht das so und verlangt eine **teleologische Reduktion** des Tatbestandes.<sup>5</sup> Der Quali-

<sup>2</sup> Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 240.

<sup>3</sup> Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 49; allgemein: *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 5 Rn. 100.

<sup>4</sup> Näher dazu Famos August 2001 (Stromschlag-Fall); *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 31–34.

<sup>5</sup> Zusammenfassende Darstellung dieser Ansicht mit umfangreichen Nachweisen

fikationsgrund des Bei-Sich-Führens einer Waffe soll nur eingeschränkt für Personen gelten, die berufsmäßig zum Waffentragen verpflichtet sind.

Teleologische Reduktion bedeutet: Da der vom Tatbestand verfolgte Zweck auf diese Fälle nicht passt, soll eine Gesetzesanwendung unterbleiben, auch wenn der Wortlaut des Tatbestandes die Fälle erfasst.<sup>6</sup>

Die Auffassung wird näher damit begründet, dass die besondere Gefährlichkeitsvermutung, die der Grund für die Strafschärfung sei, auf Fälle dieser Art nicht zutrefte, sofern der Täter sich nicht gerade zum Zweck der Tatausführung bewaffnet habe oder in dem Bewusstsein handle, über die Möglichkeit des Waffeneinsatzes zur Absicherung der Tat zu verfügen.

Daraus wird für die Anwendung des Tatbestandes in diesen Fällen gefolgert, dass es einer subjektiven Beziehung zwischen Waffe und Tat bedürfe. Durch Hinzufügen dieses Merkmals kommt es also zur teleologischen Reduktion.

Der Standpunkt wird noch mit einem **verfassungsrechtlichen Argument** untermauert:<sup>7</sup> Eine Bestrafung, die in diesen Fällen dem Schuldprinzip gerecht werde, sei anders nicht erreichbar, weil § 244 Abs. 1 StGB eine unangemessen hohe Mindeststrafe vorsehe und keine Regelung für minder schwere Fälle enthalte.

Diese Auffassung hat sich nicht durchsetzen können. Die Rechtsprechung lehnt sie ab.<sup>8</sup> Auch in der Literatur überwiegt der Gegenstandspunkt.<sup>9</sup>

---

bei Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 430 f.

<sup>6</sup> Vgl. Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005, S. 126.

<sup>7</sup> Eser in Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl. 2006, § 244 Rn. 6.

<sup>8</sup> Maßgeblich: BGHSt 30, 44.

<sup>9</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 76. Aufl. 2007, § 244 Rn. 3 a; Tröndle/Fischer, StGB, 75. Aufl. 2007, § 244 Rn. 5, jeweils m. w. N.

Das Hauptargument lautet:<sup>10</sup> § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB enthält ein abstraktes Gefährdungsdelikt; das mehr oder minder große Ausmaß der Gefahr im konkreten Fall ist daher für die Anwendbarkeit des Tatbestandes ohne Bedeutung. Im Übrigen wird bezweifelt, dass die Gefahrenanalyse zutrifft. Die Gefahr, dass ein Polizeibeamter, der bei einem Diebstahl ertappt werde, zur Waffe greife, sei sogar besonders groß, weil ihm neben der Bestrafung noch dienstrechtliche Konsequenzen drohten.

Außerdem wird ein systematischer Einwand geltend gemacht. Mit dem Merkmal der subjektiven Beziehung zwischen Bewaffnung und Tat werde praktisch eine Verwendungsabsicht gefordert. Diese sei aber nur in § 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB, nicht hingegen in Nr. 1 a vorgesehen.

Der Behauptung eines Wertungswiderspruchs wird entgegengehalten, dass der unrechtserhöhenden Wirkung des pflichtgemäßen Waffentragens eine freie Entscheidung gegen das Recht durch die Verwirklichung des Diebstahls in Kenntnis aller Umstände zugrunde liege.

Der Meinungsstreit ist von erheblicher **praktischer Bedeutung**. Im Falle der Anwendung von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB liegen die Mindesthöhe und die obere Grenze einer Freiheitsstrafe deutlich über der Strafandrohung in § 242 Abs. 1 StGB. Auch scheidet die Verhängung einer bloßen Geldstrafe aus. Selbst wenn, wie hier, die Bagatellgrenze, die nach der neueren Rechtsprechung bei 50 Euro liegt,<sup>11</sup> nicht überschritten ist, greift das Antragsfordernis nach § 248 a StGB nicht ein. Angesichts dieser Gewichtung durch den Gesetzgeber ist zudem kaum mit einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153 a StPO zu rechnen.

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu und zu den im Folgenden genannten Argumenten Küper (Fn. 5), S. 431; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 258.

<sup>11</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 9), § 248 a Rn. 3.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Unter Berufung auf den Standpunkt der Rechtsprechung lehnt das OLG eine teleologische Reduktion des Tatbestandes ab. Neue Argumente hat die Entscheidung insoweit nicht zu bieten.

Im Mittelpunkt steht die Vorsatzfrage. Zum Prüfungsmaßstab führt der Senat Folgendes aus: „Auch der Polizeibeamte im Dienst muss sich ... bewusst sein, dass er eine objektiv gefährliche Waffe gerade während der Tat trägt. Dieses Bewusstsein kann nur im Regelfall allein aus dem objektiven Umstand des nicht zufällig erscheinenden Mitführens der Waffe ... geschlossen werden. Legen die festgestellten Tatumstände aber nahe, dass dem Angekl. im Moment der Tatbegehung das aktuelle Bewusstsein der Bewaffnung fehlte, ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass an die Feststellung des bewussten Bei-Sich-Führens strengere Anforderungen zu stellen sind. Besondere Zweifel am aktuellen Bewusstsein, eine Waffe zu tragen, können sich insoweit auch aus dem berufsmäßigen Tragen der Waffe ergeben.“<sup>12</sup>

Diese vier Sätze verdienen eine nähere Betrachtung. Lässt man den letzten Satz zunächst einmal weg, so ergibt sich ein abgeschlossener gedanklicher Zusammenhang. Wir haben ihn bereits unter 2. angesprochen.

Er setzt bei der gängigen Rechtsprechungspraxis an: In der Regel kann vom objektiven Bei-Sich-Führen der Waffe auf ein entsprechendes Bewusstsein geschlossen werden. Das OLG zitiert insoweit die aussagekräftige Passage einer BGH-Entscheidung. Danach sind in diesem Regelfall nähere Ausführungen des Tatgerichts zum Bewusstsein des Bei-Sich-Führens entbehrlich.<sup>13</sup> Das OLG fährt fort: Liegen jedoch besondere Umstände vor, die Zweifel am Vorhandensein eines solchen Bewusstseins hervorrufen, so bedarf es einer näheren Begründung,

wenn gleichwohl das Bewusstsein bejaht wird.

Der angefügte vierte Satz irritiert. Dass sich nun auch aus dem Umstand berufsmäßigen Waffentragens Zweifel an diesem Bewusstsein ergeben sollen, erscheint widersprüchlich; handelt es sich dabei doch gerade um den Regelfall.

Sollte der Satz so gemeint sein, wie er dort steht, dann hätte er erhebliche Konsequenzen für die Rechtsprechungspraxis. Er würde es verbieten, im Normalfall, in dem als Anhaltspunkt nur der objektive Umstand vorhanden ist, dass der Täter berufsmäßig eine Waffe bei sich trug, auf ein entsprechendes Bewusstsein zu schließen. Da gerade dieser Umstand Zweifel begründen soll, müsste – in dubio pro reo – der Vorsatz verneint werden.

Möglicherweise ist dem OLG aber auch nur ein kleiner sprachlicher Fehlgrieff unterlaufen. Würde man im vierten Satz das Wort „aus“ durch „bei“ ersetzen, dann wäre der Widerspruch zu den vorangegangenen Sätzen beseitigt. Mitgeteilt würde, dass auch bei dem berufsmäßigen Waffentragen (sonstige) besondere Umstände Zweifel an einem entsprechenden Bewusstsein begründen können. Diese Aussage würde sich mit der Entscheidung des BayObLG decken, die das OLG an dieser Stelle zitiert.<sup>14</sup>

Das Ergebnis der Entscheidung spricht dafür, dass das OLG so, wie hier zuletzt dargelegt, zu verstehen ist. Der Senat hebt die Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen mit der Begründung auf, das Landgericht habe die Annahme eines bewussten Bei-Sich-Führens zu Unrecht allein darauf gestützt, dass der Angeklagte die Waffe mitgeführt habe. Wegen der Vergesslichkeit des Angeklagten, seiner besonderen persönlichen Anspannungssituation und der Spontaneität des Tatent schlusses habe eine Konstellation vorgelegen, die eine nähere Prüfung des Täterbewusstseins erforderlich mache.

<sup>12</sup> OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474.

<sup>13</sup> BGHSt 43, 8, 14.

<sup>14</sup> BayObLG StV 1999, 383.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Schon seit längerem gehört die Grundkonstellation des Falles – Begehung eines Diebstahls durch einen bewaffneten Polizeibeamten – zum **Standardrepertoire** strafrechtlicher Aufgabenstellungen. Die fachgerechte Behandlung besteht, wie gezeigt, in der näheren Erörterung der Vorsatzfrage und des Problems einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes. Denkbar erscheint, dass bei künftigen Aufgabenstellungen die Sachverhalte um besondere Umstände erweitert werden, wie sie im vorliegenden Fall gegeben waren. In der Bearbeitung sollte darauf durch eine noch intensivere Auseinandersetzung mit der Vorsatzproblematik reagiert werden.

In welcher **Reihenfolge** sollte man die Fallprobleme abhandeln? Beide der in Betracht kommenden Möglichkeiten lassen sich begründen.

Für eine Erörterung der tatbestandlichen Reduktion nach der Prüfung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmäßigkeit kann angeführt werden, dass zunächst einmal festgestellt werden müsste, dass der Tatbestand an sich erfüllt ist, bevor über eine Einschränkung nachgedacht wird.

Andererseits lässt sich eine Untersuchung der teleologischen Reduktion schon im Rahmen der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit damit rechtfertigen, dass sie wesentlich durch einen objektiven Wertungswiderspruch – Strafschärfung trotz Pflichtmäßigkeit des Waffentragens – veranlasst wird.

Da beide Aufbauvarianten vertretbar sind, besteht ein Spielraum für **prüfungstaktische Überlegungen**. Wer die Anwendbarkeit des Qualifikationsstatbestandes verneinen will, kann die für ihn maßgebliche Begründung (teleologische Reduktion oder Verneinung des Vorsatzes) an die zweite Stelle setzen, damit auch das andere Problem zur Geltung kommt.

In **praktischer Hinsicht** wird die Entscheidung Einfluss auf das Verteidi-

gungsverhalten berufsmäßiger Waffenträger haben, die wegen Diebstahls angeklagt sind. Es wird die Zahl der Angeklagten zunehmen, die gewissermaßen eine Waffen-Amnesie bei der Dienstausbübung auf Grund einer allgemeinen Disposition oder konkreter psychischer Belastungen geltend machen. Damit vermehren sich die Beweisprobleme für die Gerichte. Das gilt jedenfalls dann, wenn sie die Ansicht des OLG Hamm übernehmen, dass Vergesslichkeit und psychischer Stress einen Polizeibeamten an der Wahrnehmung der gewöhnlichen Umstände einer Dienstausbübung hindern können.

#### 5. Kritik

Über den Widerspruch in den zentralen Sätzen der Entscheidung müssen wir kein Wort mehr verlieren. Das Nötige ist schon unter 3. gesagt worden.

Insgesamt erweckt die Entscheidung den Eindruck, dass es dem Gericht vor allem auf das Ergebnis ankam. Offensichtlich erschien dem Senat die Verurteilung durch die Vorinstanz zu einer siebenmonatigen Freiheitsstrafe angesichts der Tatumstände unangemessen hoch. Da der Diebstahl mit Waffen mit einer Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten bedroht ist, kann nur die Rückführung auf einen einfachen Diebstahl zu einer spürbaren Verringerung führen. Mit seiner Begründung hat der Senat den Weg dahin geebnet.

Überzeugend ist diese Begründung freilich nicht. Es mutet schon etwas seltsam an, wenn einem Polizeibeamten attestiert wird, er habe bei der Ausführung einer Diensthandlung auf Grund seiner Vergesslichkeit und psychischer Belastungen nicht realisiert, dass er eine Waffe mitgeführt habe.

Dem OLG stand freilich kaum eine andere Begründung zur Verfügung. Mit einer Lösung über die teleologische Tatbestandsreduktion hätte es sich im Widerspruch zur Rechtsprechung des

BGH<sup>15</sup> befunden. Auch ist dieser Ansatz gewichtigen Einwänden ausgesetzt.<sup>16</sup>

Damit wird ein Dilemma deutlich, das nicht die Justiz, sondern der Gesetzgeber zu vertreten hat. Es gibt Fälle des Diebstahls mit Waffen, in denen der Mindeststrafrahmen von sechs Monaten überhöht ist. Sachgerecht wäre die Einführung eines niedrigeren Strafrahmens für minder schwere Fälle. § 224 Abs. 1 StGB könnte insoweit als Vorbild dienen. Damit würde den Gerichten erspart, Umwege beschreiten zu müssen, um zu einem angemessenen Rechtsfolgenausspruch zu gelangen.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Nils Andrzejewski zugrunde)*

---

<sup>15</sup> BGHSt 30, 44.

<sup>16</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 23; Marxen (Fn. 3), S. 50.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

In einem Ermittlungsverfahren wegen der Tötung einer 15-Jährigen richtet sich der Verdacht gegen A. Er befindet sich wegen einer anderen Sache in Strafhaft. Gegenüber Kriminalbeamten bestreitet er die Tat und macht auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch. Trotz umfangreicher sonstiger Ermittlungen lässt sich der Verdacht gegen A nicht erhärten. Nach Einschätzung der Strafverfolgungsbehörden ist allein noch durch den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers eine Aufklärung möglich. Das zuständige Gericht genehmigt diese Maßnahme.

Der als Verdeckter Ermittler eingesetzte B nimmt bei einem Gefangenentransport, der zu diesem Zweck arrangiert wurde, Kontakt mit A auf. Es gelingt ihm, ein näheres Verhältnis zu A aufzubauen, der ansonsten über keine Verbindungen zu Personen außerhalb der Anstalt verfügt. B besucht A regelmäßig in der Justizvollzugsanstalt. Auch begleitet er ihn bei Ausgängen, die auf Initiative der Strafverfolgungsorgane bewilligt werden. Um B eine weitere Vertiefung des Vertrauensverhältnisses zu ermöglichen, wird A ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. Er verbringt den

## Oktober 2007 Hafturlaubs-Fall

*Verdeckter Ermittler / vernehmungähnliche Befragung / Nemo-tenetur-Grundsatz / Beweisverwertungsverbot*  
§§ 110 a, 136 Abs. 1, 136 a Abs. 1 StPO,  
Art. 6 Abs. 1 MRK

**Leitsatz des Gerichts:** Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07, veröffentlicht in:  
NJW 2007, 3138.

Urlaub in einer Wohnung, die B ihm zur Verfügung stellt. Mit richterlicher Genehmigung ist dort eine Abhörvorrichtung eingebaut worden. Während des Aufenthalts spricht B den Tatvorwurf an und bedrängt A unter Hinweis auf das Vertrauensverhältnis, die Wahrheit zu sagen. Da A sich das Vertrauen des B erhalten möchte, weil er den Kontakt für künftige Hafterleichterungen benötigt und weil er sich nach der Entlassung an dem von B in Aussicht gestellten gemeinsamen Geschäft beteiligen möchte, räumt A schließlich ein, die Tat begangen zu haben.

Kurz darauf wird A festgenommen. Vor seiner Vernehmung wird er über den Einsatz des Verdeckten Ermittlers und die Gesprächsaufzeichnung informiert. Der Vernehmungsbeamte bezeichnet das Vorgehen des B als rechtlich einwandfrei und die dadurch erlangte Aussage als gerichtsverwertbar. Nach Belehrung des A über seine

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier etwas verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

Rechte als Beschuldigter macht dieser dieselben Angaben wie gegenüber B.

In der Hauptverhandlung widerspricht der Verteidiger einer Verwertung der Aussagen des A gegenüber B und gegenüber dem Vernehmungsbeamten. Das Landgericht weist diesen Widerspruch zurück und verurteilt A unter Verwertung der Aussagen. Hiergegen wendet sich die Revision des A mit der Verfahrensrüge.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Revision hat Erfolg, wenn der beanstandete Verfahrensvorgang gegen eine Rechtsnorm über das Verfahren verstieß und das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruht (§§ 337 Abs. 1, 344 Abs. 2 Satz 1 StPO).

Es bietet sich an, die Suche nach Verfahrensverstößen bei den Vorschriften zu beginnen, die sich mit der Tätigkeit von Verdeckten Ermittlern befassen, also von Polizeibeamten, die unter einer auf Dauer angelegten veränderten Identität ermitteln<sup>2</sup>. Diese Vorschriften – §§ 110 a ff. StPO – helfen jedoch nicht weiter. Sie regeln größtenteils nur die **Voraussetzungen für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern**. Hier interessiert aber zur Hauptsache, ob B bei der **Ausübung seiner Tätigkeit als Verdeckter Ermittler** Befugnisse überschritten hat. Zu den Befugnissen des Verdeckten Ermittlers sagt das Gesetz aber nur wenig. Im Wesentlichen verweist es auf die sonstigen Bestimmungen der StPO und allgemein auf andere Rechtsvorschriften (§ 110 c Satz 3 StPO).

Daraus ergibt sich für die weitere Prüfung Folgendes. Sie wird sich zum einen mit speziellen strafverfahrensrechtlichen Regelungen befassen, bei denen jeweils die Frage auftreten wird, ob sie auf den Bereich der verdeckten Ermittlungen anwendbar sind. Zum an-

deren wird auf allgemeine Prozessgrundsätze zurückgegriffen werden.

Als **sonstige strafverfahrensrechtliche Regelungen** kommen die Vorschriften über die Vernehmung in Betracht, weil B gewissermaßen im Wege einer verdeckten Vernehmung A dazu brachte, die Tat zu gestehen. Sollten diese Vorschriften anwendbar sein, so könnte B gegen die Pflicht verstoßen haben, zu Beginn der Vernehmung den Beschuldigten über den Tatvorwurf zu unterrichten und ihn darüber zu belehren, dass es ihm freisteht, sich zu äußern, dass er zuvor einen Verteidiger befragen kann und dass er Beweiserhebungen zu seiner Entlastung beantragen kann (§§ 136 Abs. 1, 163 a Abs. 4 StPO). Auch könnte er das Verbot verletzt haben, durch Nötigung oder Täuschung die Willensfreiheit des Beschuldigten zu beeinträchtigen (§§ 136 a Abs. 1, 163 a Abs. 4 StPO).

Unter den **Prozessgrundsätzen**<sup>3</sup> könnte das Prinzip verletzt sein, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten („**nemo tenetur** se ipsum accusare“). Es wird aus verschiedenen Vorschriften der Strafprozessordnung abgeleitet, gilt als verankert in Art. 1, 2 Abs. 1 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip und gehört nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Kernbereich des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK).<sup>4</sup>

Der Nemo-tenetur-Grundsatz, auch Selbstbelastungsfreiheit genannt, wird

<sup>3</sup> Überblick bei *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 18.

<sup>4</sup> Als Rechtsgrundlagen in der StPO werden genannt: §§ 55, 136 Abs. 1, 136 a Abs. 1 und 3, 163 a Abs. 3, 243 Abs. 4 Satz 1; vgl. zu Art. 6 Abs. 1 MRK: EGMR StV 2003, 257, 259, sowie insgesamt zu den Rechtsgrundlagen des Nemo-tenetur-Grundsatzes: *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 103; *Schroeder*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 372.

<sup>2</sup> Näher zum Verdeckten Ermittler und zu anderen Ermittlungsgehilfen: *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 267, 423 ff.

üblicherweise so verstanden, dass es den staatlichen Strafverfolgungsorganen verboten ist, den Beschuldigten zur Mitwirkung an der eigenen Überführung zu zwingen.<sup>5</sup> Dagegen könnte B verstoßen haben, indem er A durch Täuschung und psychischen Zwang dazu brachte, die Tat zu gestehen.

In der bisherigen Rechtsprechung sind bereits **ähnliche Fälle** aufgetreten. Besonders große Aufmerksamkeit hat ein Fall gefunden, in dem auf Veranlassung der Polizei ein Bekannter des Beschuldigten mit diesem telefoniert und ihm eine selbstbelastende Äußerung entlockt hat, die von der Polizei heimlich mitgehört wurde. Der Große Senat für Strafsachen hat in dieser Sache eine Verletzung der oben genannten Rechtsvorschriften verneint.<sup>6</sup> Nach seiner Ansicht sind die durch eine solche **Hörfälle** gewonnenen Beweise jedenfalls dann als rechtmäßig erlangt und verwertbar anzuerkennen, wenn die Straftat erhebliches Gewicht hat und eine Sachverhaltsaufklärung auf anderem Wege deutlich weniger aussichtsreich gewesen wäre. In der Literatur ist die Entscheidung kontrovers diskutiert worden.<sup>7</sup>

Eine nähere Betrachtung der Argumente lohnt, weil sie auch in der vorliegenden Sache zur Anwendung kommen könnten. Beide Fälle verbindet der Umstand, dass **durch staatliche Initiative der Beschuldigte zu einer irrtumsbedingten Selbstbelastung veranlasst wurde**.

Die Verneinung von Rechtsverstößen hat der BGH in der Hörfallen-Entscheidung im Wesentlichen folgendermaßen begründet.

§ 136 Abs. 1 StPO verlange nur für die **offene und förmliche Vernehmung**, in welcher der Vernehmende

dem Beschuldigten **in amtlicher Funktion** gegenüberrete und gerade in dieser Eigenschaft zu einer Aussage auffordere, dass der Beschuldigte informiert und belehrt werde. Auf eine verdeckte Befragung beziehe sich die Vorschrift nicht.<sup>8</sup> Auch verbiete der von ihr verfolgte Zweck eine extensive Auslegung oder eine Analogie. Mit den Informations- und Belehrungspflichten werde lediglich der Gefahr begegnet, dass der Beschuldigte wegen des amtlichen Charakters der Vernehmung irrtümlich annehme, Angaben machen zu müssen.<sup>9</sup>

Ein Verstoß gegen § 136 a Abs. 1 StPO scheidet ebenfalls aus.<sup>10</sup> Verdeckte Ermittlungen seien legitim, wie sich aus §§ 110 a ff. StPO ergebe. § 136 a Abs. 1 StPO müsse daher so ausgelegt werden, dass sie durchführbar seien. Mit der bloßen Verschleierung des amtlichen Charakters einer Befragung werde nicht im Sinne dieser Vorschrift getäuscht. Die Einwirkung auf die Willensfreiheit sei deutlich **weniger intensiv** als in den von § 136 a Abs. 1 StPO sonst noch genannten verbotenen Mitteln, wie etwa die körperliche Misshandlung oder die Verabreichung von Mitteln. Auch könne von Täuschung im Sinne dieser Vorschrift nicht die Rede sein, wenn sich für den Beschuldigten nur das allgemeine Risiko verwirkliche, sich einer Person anvertraut zu haben und erleben zu müssen, dass sich diese wider Erwarten nicht als verschwiegen erweise.

Der **Nemo-tenetur-Grundsatz** komme gleichfalls nicht zum Zuge, weil er nur vor Freiheitsbeeinträchtigungen durch **Zwang** zur Aussage oder sonstiger Mitwirkung, nicht aber vor irrtumsbedingten Freiheitsverlusten schütze.<sup>11</sup>

Der Gegenstandspunkt argumentiert zur Hauptsache folgendermaßen.

**Nicht die Form, sondern die Funktion** der von staatlichen Organen

<sup>5</sup> Vgl. *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2006, § 6 Rn. 23; *Volk* (Fn. 3), § 9 Rn. 9.

<sup>6</sup> BGHSt 42, 139.

<sup>7</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Beulke* (Fn. 2), § 23 Rn. 481 g; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 30.

<sup>8</sup> BGHSt 42, 139, 145.

<sup>9</sup> BGHSt 42, 139, 146 ff.

<sup>10</sup> BGHSt 42, 139, 149 ff.

<sup>11</sup> BGHSt 42, 139, 153.

geschaffenen Situation **sei maßgebend für die Annahme einer Vernehmung** nach § 136 Abs. 1 StPO. Denn die Vorschrift bezwecke generell, den Beschuldigten davor zu bewahren, mangels Kenntnis des Tatvorwurfs und seiner Rechte Äußerungen zu tun, durch die er sich selbst überführe oder belaste. Ob der Staat die Aussage des Beschuldigten direkt und offen oder indirekt und verborgen herbeiführe, mache insofern keinen Unterschied.<sup>12</sup>

Auch zeige der **Vergleich mit der Figur der mittelbaren Täterschaft**, dass es nicht zu rechtfertigen sei, die Aussagegewinnung durch Täuschung anders zu behandeln als diejenige durch Zwang. Für sie sei anerkannt, dass Zwang und Täuschung gleichermaßen geeignet seien, einen anderen zum Werkzeug zu machen.<sup>13</sup>

Ein enges Verständnis vom Anwendungsbereich der §§ 136, 136 a StPO schaffe zudem für die Strafverfolgungsorgane einen Anreiz, sich ihrer Informations- und Belehrungspflichten durch die Entwicklung von Umgehungspraktiken zu entledigen.<sup>14</sup>

Beachtung verdient noch der Umstand, dass der **EGMR** in einer neueren Entscheidung – anders als der BGH in der Hörfallen-Entscheidung – den Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes nicht auf Fälle einer Zwangseinwirkung auf den Beschuldigten beschränkt hat. Der Grundsatz diene „prinzipiell der Freiheit einer verdächtigten Person, zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will“. Er werde unterlaufen, „wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Aussagen zu entlocken.“<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Vgl. *Hanack* in LR, StPO, 25. Aufl., § 136 Rn. 9, 64; § 136 a Rn. 13.

<sup>13</sup> *Roxin* NStZ 1997, 18.

<sup>14</sup> *Roxin* NStZ 1997, 18, 19.

<sup>15</sup> EGMR StV 2003, 257, 259.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH ist bemüht, sowohl die Kontinuität zur Hörfallen-Entscheidung zu wahren als auch der Entscheidung des EGMR gerecht zu werden.

Wie schon in der Hörfallen-Entscheidung und im Wesentlichen mit denselben Argumenten erklärt er §§ 136 Abs. 1 und 136 a Abs. 1 StPO für nicht betroffen.

Anders als in der Hörfallen-Entscheidung nimmt er hier aber eine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes an. Dabei verwertet er die Entscheidung des EGMR, ohne sich ihr jedoch in vollem Umfang anzuschließen. Vielmehr vermeidet er eine klare Aussage dazu, ob der Nemo-tenetur-Grundsatz neben Zwang auch Täuschung als Mittel zur Herbeiführung einer Selbstbelastung verbietet.

Der BGH rezipiert die Entscheidung des EGMR, indem er einen anderen darin verwendeten Begriff in den Vordergrund rückt. Die Annahme einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit hat der EGMR auch darauf gestützt, dass ein Informant der Polizei den Beschuldigten, nachdem dieser von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hatte, eine Aussage in einem Gespräch entlockt hatte, das ein „**funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung**“<sup>16</sup> darstellte. Eine solche funktionale Äquivalenz sieht der BGH auch im vorliegenden Fall als gegeben an. Die Befragung des A durch B sei äußerst intensiv gewesen. Durch beharrliche Fragen und unter Hinweis auf das Vertrauensverhältnis habe B dem A selbstbelastende Äußerungen entlockt, zu denen er bei einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre.

Nach dieser Konzession an den EGMR sichert der BGH die Entscheidung durch Argumente ab, die wiederum den Zwang als Kriterium für die Annahme einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit betonen. Die Strafverfolgungsbehörden hätten gezielt die „besonde-

<sup>16</sup> EGMR StV 2003, 257, 259.

ren Belastungen der Haftsituation<sup>17</sup> ausgenutzt. Für Hafterleichterungen sei A auf die Hilfe des B angewiesen gewesen. Seine Entscheidungsfreiheit sei dadurch so stark eingeschränkt gewesen, „dass seine Situation der besonderen Zwangssituation eines Untersuchungshäftlings nahe kam, dem ein Polizeispitzel in die Zelle gelegt wird“<sup>18</sup>, was anerkanntermaßen unzulässig sei.

Warum der BGH klare Worte zur Täuschung als Mittel zur Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit vermeidet, wird deutlich, wenn er den Bereich noch zulässiger Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf den Beschuldigten absteckt.

Der Verdeckte Ermittler müsse sich darauf beschränken, ein geschaffenes Vertrauensverhältnis dafür zu nutzen, Informationen aufzunehmen, die der Beschuldigte von sich aus liefere. „Gegen eine Verwertung solcher Erkenntnisse werden in der Regel auch dann keine Bedenken bestehen, wenn der Beschuldigte sich vorher ausdrücklich für das Schweigen entschieden und dies erklärt hat. Da ein solches Vorgehen von den gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gedeckt ist, berührt die mit ihr verbundene Täuschung das nemo-tenetur-Prinzip nicht in relevanter Weise.“<sup>19</sup>

Dem ist Folgendes zu entnehmen. Das Mittel der Täuschung ist nicht per se unzulässig. Ob die Selbstbelastungsfreiheit verletzt ist, hängt von der Intensität der täuschenden Einwirkung ab. Dafür sind die Umstände des Einzelfalles von maßgeblicher Bedeutung.

Aus dem hier vorliegenden Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz folgert der BGH ein Beweisverwertungsverbot, das er konsequenterweise auch auf die Aussage des A in der anschließenden förmlichen Vernehmung erstreckt. In ihr war die Entscheidungsfreiheit des A beeinträchtigt, weil er auf Grund der unzutreffenden Infor-

mation annehmen musste, dass seine Äußerungen gegenüber B verwertbar waren und daher gegen ihn verwendet werden konnten.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall und insgesamt die Fallgruppe staatlich veranlasster irrtumsbedingter Selbstbelastungen drängen sich für eine Verwertung im Ausbildungs- und Prüfungszusammenhang auf, weil Grundfragen des Strafverfahrensrechts angesprochen werden, welche die Prozessgrundsätze, das Verfassungsrecht und nunmehr auch das europäische Recht betreffen.

Halten wir als **Ergebnis** der vorliegenden Entscheidung fest: Das Grundmuster der Hörfallen-Entscheidung wird übernommen und für den Bereich des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers in Annäherung an die Rechtsprechung des EGMR modifiziert.

Man sollte damit rechnen, dass bei der Behandlung des Falles im Rahmen von Prüfungen ein **Folgeproblem** thematisiert wird: Erstreckt sich das Beweisverwertungsverbot auch auf Beweise, die zwar als solche rechtsfehlerfrei, jedoch unter Verwendung der rechtswidrig erlangten Beweise gewonnenen wurden? Zu diesem Problem möglicher **Fernwirkungen** eines Beweisverwertungsverbots gibt es eine weit ausgreifende Diskussion.<sup>20</sup> In Anlehnung an die amerikanische „fruit of the poisonous tree doctrine“ wird in der Literatur eine generelle Unverwertbarkeit gefordert. Die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur wenden sich gegen eine pauschale Lösung. Die Reichweite des Verwertungsverbots wird u. a. in Abhängigkeit vom Gewicht des Verfahrensverstößes, von der Schwere der verfolgten Tat und vom

<sup>17</sup> BGH NJW 2007, 3138, 3141.

<sup>18</sup> BGH NJW 2007, 3138, 3142.

<sup>19</sup> BGH NJW 2007, 3138, 3141.

<sup>20</sup> Einen Überblick über den Diskussionsstand geben *Krey*, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd. 2, 2007, Rn. 1119 ff.; *Rössner*, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003, S. 96 ff; *famos*, September 2003 (Folter-Fall).

Schutzbereich der verletzten Strafverfahrensnorm bestimmt.

Zu erwarten ist, dass die Hafturlaubs-Entscheidung zu einer **Diskussion mit drei Schwerpunkten** führen wird. Zum einen wird diskutiert werden, ob überhaupt ein Verdeckter Ermittler auf eine Person angesetzt werden darf, die ausdrücklich von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Zweitens wird erörtert werden, ob der Staat von ihm beherrschte Zwangslagen, wie Untersuchungshaft oder Strafvollzug, die anderen Zwecken dienen, für Zwecke verdeckter Ermittlungen ausnutzen darf. Und drittens wird die vom BGH gezogene Grenze zulässiger Aussageprovokation durch Verdeckte Ermittler thematisiert werden. Danach darf der Verdeckte Ermittler alles tun, um den Beschuldigten aussagebereit zu machen. Nur in der letzten Phase der Einwirkung soll er sich aufs Zuhören beschränken.

Insbesondere der zuletzt genannte Gesichtspunkt wird die Praxis beschäftigen. Die Strafverfolgungsorgane werden im Anschluss an die Entscheidung einen Verhaltenskodex für Verdeckte Ermittler entwickeln müssen, der die höchst unklare Grenze zwischen dem zulässigen Aushorchen und dem unzulässigen Entlocken von Äußerungen praktikabel macht.

## 5. Kritik

Der Sachverhalt der Entscheidung führt drastisch vor Augen, wohin es führen kann, wenn den Strafverfolgungsbehörden gestattet wird, geheimdienstliche Mittel einzusetzen. Sollte darin die Zukunft des Strafverfahrens bestehen, dann wäre den Verantwortlichen anzuraten, das pensionierte Führungspersonal des MfS, soweit noch am Leben, zu reaktivieren, um dessen Sachverstand auf diesem Gebiet zu nutzen.

Man muss wohl dankbar sein für eine Entscheidung, die sich jedenfalls gegen die Auswüchse einer Fehlentwicklung wendet. Ob damit viel erreicht ist, erscheint jedoch zweifelhaft. Ein

Beschuldigter, der förmlich von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, soll gleichwohl mit Mitteln der Tarnung, der Täuschung und des Vertrauensmissbrauchs zu Äußerungen gedrängt werden dürfen. Verwehrt ist dem Verdeckten Ermittler nur ein allzu intensives Nachfragen. Er muss sich künftig ganz darauf konzentrieren, die psychische Einwirkung auf den Beschuldigten so zu steigern, dass die Quelle von allein fließt.

Das ändert jedoch nichts daran, dass der Beschuldigte zum Objekt staatlicher Strafverfolgung gemacht wird. Der Sinn des Nemo-tenetur-Grundsatzes besteht aber gerade darin, dem Beschuldigten den Subjektstatus im Verfahren durch das Recht zur Mitwirkungsverweigerung zu sichern.<sup>21</sup>

Unbeanstandet bleibt in der Entscheidung auch das Verhalten der Strafvollzugsorgane, die dabei mitgewirkt haben, den Beschuldigten aussagebereit zu machen. Eine Rechtsgrundlage ist dafür nicht ersichtlich. Der Strafvollzug hat gesetzlich in §§ 2 und 3 StVollzG klar definierte Aufgaben; die Beteiligung an Ermittlungsmaßnahmen gehört nicht dazu. Die Ausgestaltung des Vollzuges nach den Wünschen der Strafverfolgungsbehörden ist gesetzeswidrig.

Wenig überzeugend ist es schließlich, wenn der BGH das Vorgehen des Verdeckten Ermittlers als „funktionales Äquivalent“<sup>22</sup> einer Vernehmung einstuft und gleichwohl die Regelungen über die Vernehmung in § 136 Abs. 1 StPO für unanwendbar erklärt. Was der Sache nach eine Vernehmung ist, sollte auch rechtlich als Vernehmung behandelt werden.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexander Bekier zugrunde.)*

<sup>21</sup> Vgl. Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 433.

<sup>22</sup> BGH NJW 2007, 3138, 3141.