

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2009

**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 wächst in schwierigen Verhältnissen auf. Seine Eltern trennen sich bald nach seiner Geburt. Ab seinem dritten Lebensjahr wohnt er in staatlichen Kinderheimen und bei verschiedenen Pflegefamilien. Mit sieben Jahren adoptiert ihn eine Pflegefamilie. Er nimmt deren Namen an. Seitdem hat er keinen Kontakt mehr zu seinen Eltern. Daher weiß er über lange Zeit nichts von der Existenz seiner später geborenen Schwester B, die bei der gemeinsamen Mutter aufwächst. Im Alter von 24 Jahren nimmt A über das Jugendamt Kontakt mit seiner Mutter auf und lernt dadurch B kennen. Zwischen A und B entwickelt sich eine enge Beziehung. In deren Folge verkehren A und B mindestens vier Mal geschlechtlich miteinander. Nach dem Tod der Mutter zieht B zu A. Sie bringt vier Kinder zur Welt, deren leiblicher Vater A ist. Strafbarkeit des A?¹

¹ Die Beschränkung auf eine Prüfung der Strafbarkeit des A hängt mit der Entwicklung des Strafverfahrens zusammen. In dem gegen ihn und B geführten Verfahren erging gegen B lediglich eine Weisung nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 JGG. A wurde zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Dieses Urteil war Gegenstand einer Überprüfung durch das Revisionsgericht sowie – nach Verfassungsbeschwerde – durch das Bundesverfassungsgericht. Derzeit ist die Sache beim EGMR anhängig.

Januar 2009

Inzest-Fall

Geschwisterbeischlaf / verfassungsrechtliche Anforderungen an einen Straftatbestand / Rechtsgutslehre

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Leitsatz des Gerichts:

Die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07; veröffentlicht in NJW 2008, 1137.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Einfacher kann eine Subsumtion nicht sein. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB bedroht die Vollziehung des Beischlafs durch leibliche Geschwister mit Strafe. A ist der leibliche Bruder der B und hat mit ihr den Beischlaf vollzogen. Also hat er den Tatbestand dieser Strafvorschrift erfüllt. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Demnach hat A sich gem. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB strafbar gemacht.

Ein rechtliches Problem ist nicht zu entdecken, wenn das übliche strafrechtliche Prüfungsschema mit den Prüfungsstufen „Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld“ zur Anwendung kommt. Das Problem liegt außerhalb dieses Schemas, das Straftatsystem, Straftatlehre oder Straftataufbau genannt wird. Es betrifft die **Vorfrage, ob der Tatbestand überhaupt anwendbar ist**. Die Anwendbarkeit könnte aus verfassungsrechtlichen Gründen zu verneinen sein, die gleich näher zu besprechen sind.

Zuvor gibt die gerade eben getroffene Feststellung Anlass zu einer Zwi-

schenbemerkung.² Die Straftatsystematik kennt die Prüfungsstufe „Anwendbarkeit des Tatbestandes“ nicht. Das erstaunt. Erhebt doch ein System den Anspruch auf Vollständigkeit. Seit Einführung des Grundgesetzes ist die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht nur eine theoretische Kategorie, sondern auch eine praktisch folgenreiche Bewertung, die für jede juristische Berufstätigkeit relevant ist. Strafrechtler, welche die Möglichkeit außer Acht lassen, dass ein anzuwendendes Gesetz verfassungswidrig ist, werden ihrer Aufgabe nicht gerecht.

Der Einwand, dass die Straftatsystematik darauf keine Rücksicht nehmen müsse, weil es zu selten vorkomme, dass ein Gesetz verfassungswidrig sei, geht fehl. Die anerkannte Straftatsystematik enthält durchaus auch sonstige Elemente, die praktisch eher selten relevant werden, wie z. B. die Vorprüfung der Handlungsqualität oder persönliche Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe.³ Außerdem gilt: Ein System soll Vorsorge für alle Fälle treffen. Daher muss das moderne Straftatsystem die Kategorie der verfassungsrechtlichen Anwendbarkeit eines Tatbestandes⁴ einbeziehen. Andernfalls verharrt es in einem vorkonstitutionellen Zustand.

Gedanklich ist diese Vorfrage also stets mitzuführen. Eine inhaltliche Prüfung ist allerdings nur bei entsprechendem Anlass angezeigt. Der ist hier gegeben.

Ein Blick in die Literatur lässt diesen Anlass hervortreten. Darin wird bezweifelt, dass der Tatbestand des Geschwis-

terbeischlafs und auch die anderen in § 173 StGB enthaltenen Tatbestände den Schutz von Rechtsgütern zum Gegenstand hätten. Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass § 173 StGB lediglich ein moralisches Tabu schütze.⁵

Daraus wird teilweise die kriminalpolitische Forderung nach Streichung der Vorschrift abgeleitet.⁶ Einige Autoren gehen weiter. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift schon jetzt **wegen Verfassungswidrigkeit unanwendbar** sei.⁷ Begründung: Eine Strafvorschrift, die kein Rechtsgut schütze, sei „unangemessen und ein übermäßiger Eingriff in die Freiheit des Bürgers“⁸.

Die Annahme der Verfassungswidrigkeit beruht auf dem negativen Ergebnis einer Prüfung von Rechtsgütern, deren Schutz § 173 StGB möglicherweise bezweckt.⁹

Der **Schutz von Ehe und Familie** könne trotz entsprechender Abschnittsüberschrift nicht intendiert sein, weil dann nicht nur der Beischlaf, sondern sämtliche sexuellen Handlungen zwischen leiblichen Verwandten sowie auch diejenigen zwischen nicht blutsverwandten Familienmitgliedern pönalisiert werden müssten und weil das Bestehen einer Familiengemeinschaft nicht vorausgesetzt werde.

Auch könne als geschütztes Rechtsgut nicht die **sexuelle Selbstbestimmung** Beteiligter angeführt werden. Dagegen spreche bereits, dass die Vorschrift nicht in den entsprechenden Abschnitt des StGB eingefügt worden sei. Außerdem bleibe unerklärlich, warum

² Vgl. zum Folgenden Marxen, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, S. 358 ff.

³ Vgl. die Zusammenstellung der Merkmale bei Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 872.

⁴ Dementsprechend bedarf die Merksatzform des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips einer Ergänzung: Keine Strafe ohne verfassungsmäßiges Gesetz (Nulla poena sine lege constitutionali); vgl. dazu Marxen (Fn. 2), S. 364 mit Fn. 44.

⁵ Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei Ritscher in MK, StGB, 2005, Rn. 2 ff.

⁶ Z. B. Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 173 Rn. 2; Hörnle, 2005, S. 452, 457.

⁷ Z. B. Ellbogen, ZRP 2006, 191, 192; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43, 92.

⁸ Roxin (Fn. 6), § 2 Rn. 92.

⁹ Vgl. zum Folgenden Ellbogen, ZRP 2005, S. 191 f.; Fischer (Fn. 5), § 173 Rn. 2; Ritscher in MK, StGB, 2005, Rn. 2 ff.; Roxin (Fn. 6), § 2 Rn. 43.

lediglich der Beischlaf und nicht auch sonstige sexuelle Handlungen unter Strafe gestellt worden seien. Im Übrigen sei der erforderliche Schutz durch §§ 174, 176 ff. StGB ausreichend gewährleistet.

Schließlich lasse sich das Gesetz auch nicht mit dem Zweck begründen, den Nachwuchs aus einer Inzestbeziehung **vor Erbschäden zu schützen**. Nur in seltenen Ausnahmefällen gingen Kinder aus einem Verwandtenbeischlaf hervor. Gesicherte Erkenntnisse darüber, dass es zwangsläufig zu Erbschäden komme, gebe es nicht. Zudem sei es, auch mit Rücksicht auf die jüngere deutsche Geschichte, unvertretbar, erbkranken Nachwuchs mit strafrechtlichen Mitteln verhindern zu wollen.

Diese Kritik an § 173 StGB führt zu **drei Fragen**. Erstens: Trifft es tatsächlich zu, dass die Vorschrift keinerlei Rechtsgut schützt? Zweitens: Zwingt die Verfassung den Gesetzgeber dazu, ausschließlich Strafvorschriften zu schaffen, die ein Rechtsgut schützen? Drittens: Welche verfassungsrechtlichen Bindungen gelten, wenn die verfassungsrechtliche Legitimität einer Strafvorschrift nicht vom Konzept des Rechtsgüterschutzes abhängt und ist § 173 StGB mit diesen Bindungen vereinbar?

Da die verfassungsrechtliche Problematik im vorliegenden Fall weder das Amtsgericht noch – nach Sprungrevisi- on – das Oberlandesgericht veranlasst hat, die Sache nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen, führte erst die Verfassungsbeschwerde des A zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht erklärt die Verfassungsbeschwerde für unbegründet.

Der Senat sieht den Strafgesetzgeber nur durch die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen gebunden. Dem Konzept des Rechtsgüterschutzes spricht er eine verfassungs-

rechtliche Relevanz ab. Es sei mit der der grundgesetzlichen Ordnung nicht zu vereinbaren, wenn die Rechtssetzungskompetenz des demokratisch gewählten Gesetzgebers durch einen „überpositiven Rechtsgutsbegriff“¹⁰ beschränkt werde. Die Gesetzgebungsbefugnis finde ihre Grenze auch im Strafrecht nur „in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt“.¹¹

In den nachfolgenden Ausführungen wird dargelegt, dass die Pönalisierung des Verwandtenbeischlafs verfassungsrechtlich legitimierte Zwecke verfolge und den Anforderungen des Verfassungsgebots des Verhältnismäßigkeitsprinzips genüge.

Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass die Bestrafung des Geschwisterbeischlafs in den **Intim- und Sexualbereich** eingreift, der **als Teil der Privatsphäre** durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist, und dass der Einzelne nur solche Eingriffe hinnehmen muss, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter vorgenommen werden.

Bei der Untersuchung entsprechender gesetzgeberischer Zwecke hat das Gericht mit dem Problem zu kämpfen, dass es an klaren und widerspruchsfreien Äußerungen des Gesetzgebers fehlt. Es erweitert daher seine Prüfung auf **alle denkbaren Zwecke**, die dem Gesetz zugrunde liegen könnten.

Zunächst greift es Zwecke auf, die in der strafrechtlichen Literatur als Rechtsgüter diskutiert werden. Konzediert wird, dass eine in jeder Hinsicht überzeugende Begründung auf Zwecke dieser Art nicht gestützt werden kann. Jedoch meint das Gericht, dass sie zumindest teilweise hinter dieser Vorschrift stünden.

So gewährleiste § 173 StGB den verfassungsrechtlich geforderten

¹⁰ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138, Rn. 39.

¹¹ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138, Rn. 39.

Schutz von Ehe und Familie, weil eine gewisse „Plausibilität“¹² dafür spreche, dass inzestuöse Beziehungen das Familiengefüge durch Rollenüberschneidungen stören würden und Persönlichkeitsschäden bei den Beteiligten hervorrufen könnten.

Die Vorschrift schütze in spezifischer Weise auch die **sexuelle Selbstbestimmung**. Es werde Vorsorge getroffen gegen Abhängigkeiten auf Grund familiärer Beziehungen, die auch nach Eintritt der Volljährigkeit fort dauern könnten. Von §§ 174, 176 ff. StGB werde diese Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung nicht oder jedenfalls nicht ausreichend erfasst.

Lediglich ergänzend führt der Senat noch **eugenische Gesichtspunkte** an. Die Gefahr einer Entstehung von Erbschäden sei nach Äußerungen im medizinischen Schrifttum nicht auszuschließen. „Vor diesem Hintergrund kann das strafbewehrte Inzestverbot auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Erbschäden nicht als irrational angesehen werden.“¹³

Dann erweitert das Gericht den Begründungszusammenhang, indem es die „gesellschaftliche Tabuisierung des Inzests“ zwar nicht als unmittelbare Grundlage, wohl aber als „Rückhalt“ für die zuvor dargelegten Zwecke einbezieht.¹⁴ Es gesteht dem Gesetzgeber zu, mit den Mitteln des Strafrechts auch „ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein“¹⁵ aufgreifen zu dürfen. Der Vorwurf, dass damit – verfassungswidrig – bloße Moralvorstellungen pönalisiert würden, treffe im vorliegenden Fall schon deswegen nicht zu, weil hier zugleich rechtliche Schutzzwecke verfolgt würden.

Das verdeutlicht noch einmal eine **Ergebnisformulierung**: Die Strafvorschrift rechtfertige sich „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kul-

turhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzests“¹⁶.

Dieses Konglomerat an Zwecken und deren kulturhistorischer Einrahmung bildet nun die Basis für eine Überprüfung der Vorschrift daraufhin, ob sie mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist. Auf keiner der drei Prüfungsstufen ergeben sich aus der Sicht des Gerichts Gründe für die Annahme einer Verfassungswidrigkeit.

Das Merkmal der **Eignung** hat in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung generell und so auch hier eine nur schwach ausgeprägte Begrenzungsfunktion und bietet daher kein ernsthaftes Hindernis.

Bei der Prüfung der **Erforderlichkeit** zieht das Gericht als Alternativen vormundschaftsgerichtliche und jugendwohlfahrtspflegerische Maßnahmen in Betracht. Mildere und gleichermaßen wirksame Eingriffe vermag es darin jedoch nicht zu sehen, weil es an einer „generalpräventiven und normstabilisierenden Wirkung“¹⁷ fehle.

Auch die **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** sieht der Senat gewahrt. Berührt sei nur ein „schmaler Bereich der persönlichen Lebensführung“¹⁸. Es spreche viel dafür, dass nur wenige Personen betroffen seien. Auch sei die Strafandrohung moderat.

Die oben¹⁹ formulierten Fragen beantwortet das Gericht also (ausgesprochen oder unausgesprochen) folgendermaßen. Erstens: Das Gesetz schützt teilweise Zwecke, die auch als Rechtsgüter bezeichnet werden könnten. Zweitens: Die verfassungsrechtliche Legitimität einer Strafnorm hängt aber nicht vom Konzept des Rechtsgüterschutzes ab. Drittens: Maßgeblich für eine verfassungsrechtliche Überprüfung ist, ob sich von der Verfassung gedeck-

¹² BVerfG NJW 2008, 1137, 1139, Rn. 44.

¹³ BVerfG NJW 2008, 1137, 1140, Rn. 49.

¹⁴ BVerfG NJW 2008, 1137, 1140, Rn. 50.

¹⁵ BVerfG NJW 2008, 1137, 1140, Rn. 50.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 1137, 1140, Rn. 50.

¹⁷ BVerfG NJW 2008, 1137, 1141, Rn. 59.

¹⁸ BVerfG NJW 2008, 1137, 1141, Rn. 60.

¹⁹ 2. am Ende.

te Zwecke feststellen lassen und ob deren Umsetzung in eine Strafnorm den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt; das ist bei der Strafbarkeit des Geschwisterinzestes der Fall.

Eine **abweichende Meinung** vertritt der Senatsvorsitzende *Hassemer*. Zur Hauptsache wirft er der Senatsmehrheit vor, dass sie das Gesetz mit Zwecken rechtfertige, die der Gesetzgeber gar nicht verfolgt habe, und dass diese Zwecke bei genauer Betrachtung entweder schon für sich genommen verfassungsrechtlich illegitim oder in der Tatbestandsfassung nicht klar und widerspruchsfrei auffindbar seien.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall und die bisher dazu ergangenen Entscheidungen haben große öffentliche Aufmerksamkeit erregt. Die demnächst zu erwartende Entscheidung des EGMR in dieser Sache wird erneut für Diskussionen in der allgemeinen und in der juristischen Öffentlichkeit sorgen. Mit der üblichen Verzögerung wird auch die **juristische Prüfungspraxis** die Thematik aufgreifen, zumal sie für zwei Prüfungsfächer – Verfassungsrecht und Strafrecht – von Interesse ist.

Für eine angemessene Erfassung des Grundproblems bedarf es einer Beschäftigung mit dem **Begriff des Rechtsguts**. Er wird in unterschiedlicher Bedeutung verwendet.²⁰

Als **methodisches Instrument** leitet er die Auslegung eines Gesetzes an. Gefragt wird danach, welches Gut durch das Gesetz geschützt werden soll. Zur Ermittlung dieses Rechtsguts werden der gesetzgeberische Wille und der objektive Sinn des Gesetzes untersucht.

Anders, nämlich in **gesetzgebungskritischer Funktion**, wird der Rechtsgutsbegriff verwendet, indem vorhandene Strafgesetze daraufhin ü-

berprüft werden, ob sie überhaupt den Schutz eines Rechtsguts bezwecken. Ziel der Kritik ist es, solche Strafvorschriften ausfindig zu machen und als illegitim auszuweisen, die lediglich die Bestrafung von moralwidrigen Verhaltensweisen, von Tabubrüchen oder von Zuwiderhandlungen gegen völlig abstrakte Zwecksetzungen zum Gegenstand haben.

Ein verbreiteter Sprachgebrauch unterscheidet zwischen einem systemimmanenten und einem systemkritischen Rechtsgutsbegriff.²¹ Im vorliegenden Fall geht es allein um den systemkritischen Rechtsgutsbegriff. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob, wie teilweise angenommen wird,²² dieser Rechtsgutsbegriff auch in der Verfassung verankert ist und somit den Gesetzgeber bindet.

Wie gezeigt, hat das Gericht diese Frage verneint. Dabei konnte es auch auf den vielfach erhobenen Einwand zurückgreifen, dass der systemkritische Rechtsgutsbegriff keine klaren Konturen habe.

Tatsächlich hat es die Strafrechtslehre bisher nicht vermocht, eine allseits anerkannte und anwendungsfähige Definition zu entwickeln.²³ Die Schwierigkeiten verdeutlicht der Vorschlag von *Roxin*. Danach sind unter Rechtsgütern „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“²⁴. Die Vielzahl der darin enthaltenen Generalklauseln lassen Zweifel aufkommen, ob damit eine Bindung der Gesetzgebungspraxis

²⁰ Vgl. zum Folgenden: *Lenckner / Eisele* in Schönke / Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, vor § 13 Rn. 9 f.; *Roxin* (Fn. 6), § 2 Rn. 2-12;

²¹ Vgl. *Lenckner / Eisele* (Fn. 20), vor § 13 Rn. 10.

²² Z. B. *Roxin* (Fn. 6), § 2 Rn. 92.

²³ Vgl. den Überblick über den Diskussionsstand bei *Lenckner / Eisele* (Fn. 20), vor § 13 Rn. 10.

²⁴ *Roxin* (Fn. 6), § 2 Rn. 7.

erreichbar ist, die es erlaubt, Grenzverletzungen klar zu identifizieren.

Für die **Rechtspraxis** haben sich mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Aussichten verringert, dass die Kritik an § 173 StGB eine Abschaffung der Norm durch den Gesetzgeber veranlassen könnte.

Lediglich die bevorstehende Entscheidung des EGMR könnte etwas bewirken. Doch wird man auch insoweit skeptisch sein müssen. Denn die EMRK ist recht großzügig in der Bestimmung der Gründe für eine Einschränkung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Nach Art. 8 Abs. 2 dürfen Eingriffe auch zum Schutz der Moral vorgenommen werden.

Mit der Aufrechterhaltung der Vorschrift bliebe es auch bei einem für die Betroffenen schwerwiegenden **Folgeproblem**. Erfolgt die Inzesthandlung im Rahmen einer festen Beziehung, für die sich die Beteiligten entschieden haben, so droht die ständige Wiederholung von Bestrafungen mit ansteigender Strafhöhe. Denn der verfassungsrechtliche Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 103 Abs. 3 GG) bewahrt davor nicht, weil nicht die Beziehung, sondern jeweils die einzelne Beischlafhandlung bestraft wird.²⁵ Es kann eine Situation entstehen, in der ein Übermaß an Machtausübung Recht zu Unrecht werden lässt. Das ist verfassungsrechtlich inakzeptabel. Es bietet sich an, dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts zu folgen und das Problem mit Hilfe von § 153 StPO zu lösen.²⁶

5. Kritik

Wir können uns kurz fassen, weil *Hassemer* in seinem Sondervotum mit wünschenswerter Klarheit die Mängel der Entscheidung aufgezeigt hat. Hervorgehoben sei jedoch noch seine Kritik an der Meinung der Senatsmehrheit, dass eine Verletzung des Übermaßverbots nicht festzustellen sei, weil lediglich ein „schmaler Bereich der Lebensführung“²⁷ berührt sei und nur wenige Personen vom Verbot erfasst würden. In der Tat ist diese Argumentation geradezu „zynisch“²⁸. Denn wer vom Inzestverbot betroffen ist, muss einen tief greifenden und langfristigen Eingriff in einen zentralen Bereich seiner Lebensführung hinnehmen. Daran ändert nichts, dass die Zahl der Betroffenen gering sein mag. Grundrechte sind Rechte des Individuums.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Jann Reinhardt)

²⁵ Die Struktur des Tatbestandes dürfte es daher ausschließen, auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur mehrfachen Nichtbefolgung der Einberufung zum zivilen Ersatzdienst zurückzugreifen, in der ein Verstoß gegen das Verbot mehrfacher Bestrafung dann angenommen wird, wenn die Verweigerung auf einer einmal getroffenen und fortwirkenden Gewissensentscheidung beruht (BVerfGE 23, 191).

²⁶ Vgl. die Cannabis-Entscheidung (BVerfGE 90, 145, 189) und die Entscheidung zur

DDR-Spionage (BVerfGE 92, 277, 334 f.).

²⁷ BVerfG NJW 2008, 1137, 1141, Rn. 60.

²⁸ BVerfG NJW 2008, 1137, 1146, Rn. 128 (Abweichende Meinung des Richters *Hassemer*).

1. Sachverhalt¹

A leitet kaufmännisch einen Geschäftsbereich der Siemens AG. Er ist berechtigt, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. In seine Zuständigkeit fällt auch die Umsetzung der Compliance²-Vorschriften des Unternehmens, die jegliche Form der Bestechung im geschäftlichen Verkehr untersagen. Ohne Wissen der Unternehmensleitung setzt A Millionenbeträge ein, um die Vergabe lukrativer Aufträge eines italienischen Energieunternehmens mit staatlicher Beteiligung über die Lieferung von Gasturbinen zugunsten der Siemens AG zu beeinflussen. Die Zahlungen leistet er aus „schwarzen Kassen“ in der Form von Konten, die er von Vorgängern übernommen und weitergeführt hat. Die Unternehmensleitung weiß nichts von der Existenz dieser Konten. Sie werden auch nicht in der Buchführung ausgewiesen, für die A verantwortlich ist. Zwar hält A es für möglich, dass Gewinne aus dem Geschäft durch zivil- oder strafrechtliche Maßnahmen wieder verloren gehen. Nach seiner Einschätzung ist das Entdeckungsrisiko aber

Februar 2009 Siemens-Fall

Führen verdeckter Kassen / schadensgleiche Vermögensgefährdung und Vermögensschaden / Schädigungsabsicht

§ 266 Abs. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem endgültigen Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treuhandgebers zu verwenden, kommt es nicht an.

BGH, Urteil vom 28. August 2008 – 2 StR 587/07; veröffentlicht in NJW 2009, 89.

sehr gering. Er vertraut darauf, dass die Siemens AG im Ergebnis wirtschaftlichen Nutzen aus dem Geschäft zieht. Tatsächlich erzielt das Unternehmen, nachdem es die Aufträge erhalten hat, einen beträchtlichen Gewinn.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Für eine strafrechtliche Würdigung kommen neben der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB noch Bestechungsstraftaten gem. §§ 299, 334 StGB in Betracht. Sie bleiben hier aber ausgeklammert, weil sie sich wegen des Auslandsbezuges und damit zusammenhängender Rechtsprobleme auf das Ergebnis der Entscheidung nicht ausgewirkt haben.

Den Ausgangspunkt einer Prüfung der Strafbarkeit des A wegen Untreue bildet der **Treubruchstatbestand**.³

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlich hervortreten.

² Ein Modewort, das etwa Folgendes bedeutet: eine Unternehmenskultur, die gewährleistet, dass Leitung und Mitarbeiter gesetzliche Ge- und Verbote sowie grundlegende gesellschaftliche Wertvorstellungen beachten.

³ Vgl. zur Struktur des Untreuetatbestandes sowie zum Unterschied zwischen

Die Anforderungen des Merkmals der **Vermögensbetreuungspflicht** sind erfüllt:⁴ A war zentral mit der Aufgabe der Betreuung des Unternehmensvermögens betraut (Hauptpflicht) und konnte eigenverantwortlich darüber verfügen (Dispositionsfreiheit).

Mit der nun zu klärenden Frage nach der **Pflichtverletzung** ergibt sich eine Weichenstellung für die gesamte weitere Prüfung. Denn es kann an zweierlei angeknüpft werden.

Es liegt nahe, als Pflichtverletzung die Zahlung von Schmiergeldern unter Verstoß gegen die Compliance-Vorschriften zu betrachten. Möglich ist aber auch die Wahl eines früheren Zeitpunktes. Schon das Führen von Kassen, deren Existenz der Vermögensinhaber nicht kennt und auf die er deswegen auch nicht zugreifen kann, ist als Untreue erfassbar, wie das so genannte Kanther-Verfahren⁵ gezeigt hat.

Wird an die **Führung verdeckter Kassen** angeknüpft, so besteht der strafrechtliche Vorwurf im Wesentlichen in einem **Unterlassen**: A wird angelastet, die von ihm übernommenen Konten nicht aufgedeckt und in die Buchführung eingestellt zu haben. Das könnte es nötig machen, den rechtlichen Prüfungsmaßstab um § 13 StGB zu erweitern.⁶ Geschieht das, so kommt im Bereich der Strafzumessung die Möglichkeit der Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB zum Zug.

Freilich gibt es Bedenken gegen eine Einbeziehung von § 13 StGB.⁷ Die Unterlassung kann auch als vom Tatbestand unmittelbar erfasstes Element der Pflichtverletzung angesehen werden. Für eine Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB besteht dann kein Anlass.

Weitere Probleme ergeben sich im Hinblick auf das **Merkmal des Vermögensnachteils**.⁸ Liegt tatsächlich eine Vermögenseinbuße vor, wenn das Geld auf den Konten ungeschmälert vorhanden ist und vom Betreuungspflichtigen auch zugunsten des Vermögensinhabers verwaltet wird? Es drängt sich der Einwand auf, dass dem Inhaber lediglich die Dispositionsmöglichkeit verwehrt sei, die jedoch als solche nicht von § 266 StGB geschützt werde.⁹

Darauf ließe sich erwidern, dass ein tatsächlicher Vermögensverlust auch nicht erforderlich sei, weil, wie bei § 263 StGB, bereits eine **konkrete Vermögensgefährdung** als Schaden anerkannt sei;¹⁰ eine solche Gefährdung sei darin zu sehen, dass mangels

dem Missbrauchs- und dem Treubruchstatbestand *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 18 Rn. 1 ff.

⁴ Vgl. *Rengier* (Fn. 3), § 14 Rn. 9.

⁵ BGHSt 51, 100. Das Verfahren richtete sich u. a. gegen den ehemaligen Generalsekretär und Vorsitzenden der hessischen CDU und späteren Bundesinnenminister Kanther, dem vorgeworfen wurde, dass er Parteivermögen verdeckt auf Konten in der Schweiz und in Liechtenstein verwaltet und daraus nach eigenem Gutdünken Zahlungen für Parteizwecke vorgenommen habe.

⁶ So die Rechtsprechung: z. B. BGHSt 36, 227.

⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 3), § 18 Rn. 20 a und b; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 765.

⁸ Bei der folgenden Problemerkörterung verzichten wir auf eine Behandlung der Frage, ob sich die Maßstäbe für die Schadensbeurteilung in Fällen der Führung verdeckter Kassen, die bisher im Zusammenhang mit Fällen der Haushaltsuntreue und des rechtswidrigen Umgangs mit Parteispenden entwickelt worden sind, ohne weiteres auf den Bereich der Privatwirtschaft übertragen lassen. Es mag insoweit durchaus relevante Unterschiede geben. Diese betreffen zur Hauptsache jedoch nur die wirtschaftlichen Zwecke, nicht hingegen die hier entscheidende Frage, ob überhaupt ein Schaden oder eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vorliegt. Vgl. aber auch die etwas andere Sichtweise bei *Saliger/Gaede* in HRRS 2008, 57, 70 f.

⁹ Vgl. zum Schutzgut des § 266 StGB *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 747.

¹⁰ Vgl. zur Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne von § 266 StGB *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 17 a.

hinreichender Kontrolle Vermögensnachteile drohten.

Bei der Fortführung dieses Lösungsansatzes wäre dann aber noch zu beachten, dass der BGH in der Kanther-Entscheidung der Ausdehnung des Schadensbegriffs der Untreue durch die Anerkennung eines Gefährdungsschadens ein **subjektives Korrektiv** hinzugefügt hat. Für den Vorsatz soll es nicht ausreichen, dass sich Wissen und Wollen auf die mit der Führung verdeckter Kassen verbundene Vermögensgefährdung beziehen. Vielmehr bedarf es eines weitergehenden Schädigungsvorsatzes. Der BGH wollte dadurch ein Gegengewicht schaffen zur Vorverlagerung der Strafbarkeit mittels Erweiterung des Schadensbegriffs auf die Vermögensgefährdung.¹¹ Ob A jedoch ein solcher Schädigungsvorsatz angelastet werden kann, lässt sich bezweifeln; plante er doch einen Einsatz der Mittel zur Vergrößerung des Unternehmensvermögens.

Die Verlagerung der Prüfung auf den späteren **Zeitpunkt der Schmiergeldzahlung** vereinfacht die Lösung keineswegs.

Zwar ist eine Pflichtverletzung ohne weiteres feststellbar. Sie besteht im positiven Tun der Geldüberweisung entgegen der Pflicht, mit dem Vermögen im Sinne des Inhabers und somit in Übereinstimmung mit den Compliance-Vorschriften umzugehen. Die Absicht des A, dem Unternehmen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ändert daran nichts. Er hat ohne Absprache eigene Zwecke verfolgt, was ihm seine

Rechtspflichten aus dem Treueverhältnis gerade verbieten.¹²

Probleme bereitet auch hier die Feststellung eines Vermögensnachteils. Zwar war mit der Verringerung des Kassenbestandes eine Vermögensminderung eingetreten. Der Vorgang hatte aber auch eine positive Kehrseite, nämlich die Aussicht auf eine erhebliche Vermögensmehrung durch lukrative Aufträge. Und auch darin gleicht der Schadensbegriff bei § 266 StGB dem Betrugsschaden: Der **Gesamtwert des Vermögens** ist in Betracht zu ziehen, so dass eine wirtschaftlich relevante Gewinnaussicht einen Vermögensabfluss kompensieren kann.¹³

Allerdings besteht bei Schmiergeldzahlungen ein **Risiko**. Der zunächst eingestrichene Gewinn kann wieder verloren gehen, wenn der Vorgang aufgedeckt wird und das Unternehmen in Straf- oder Zivilverfahren zu Geldzahlungen verurteilt wird. Mit dem Hinweis auf dieses Risiko ließe sich jedenfalls ein Gefährdungsschaden begründen.

Eine Lösung, die hier oder auch schon im Zusammenhang mit dem Führen verdeckter Konten auf den Gesichtspunkt „schadensgleicher Vermögensgefährdung“¹⁴ abstellt, ist der in der Literatur geäußerten Kritik an der Gleichsetzung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden ausgesetzt.¹⁵ Ein Einwand, der insbesondere für den Untreuetatbestand von Bedeutung ist, lautet, dass durch diese Konstruktion die Strafbarkeit vorverlagert werde. Das sei gerade bei der Untreue abzulehnen, weil sich der Gesetzgeber hier durch den Verzicht auf eine Ver-

¹¹ BGHSt 51, 100, 120 ff. Die Begründung ist recht kompliziert. Verglichen werden Betrug und Untreue. Während bei § 263 StGB ein gewisser Ausgleich durch erhöhte subjektive Anforderungen (Bereicherungsabsicht) erfolge, fehle es daran bei der Untreue, die subjektiv allein Vorsatz erfordere. Die Verschärfung der Anforderungen an den Untreuevorsatz führe eine Angleichung herbei.

¹² So die ganz h. M.; vgl. OLG Frankfurt NJW 2004, 2030; Fischer, StGB, 56. Aufl. 2007, § 266 Rn. 46 a.

¹³ Vgl. Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 21, § 13 Rn. 67 ff.

¹⁴ So ein verbreiteter Sprachgebrauch; kritisch dazu Fischer (Fn. 12), § 263 Rn. 94.

¹⁵ Z. B. Kindhäuser in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn. 301 ff.; Naucke Strafverteidiger 1985, 187.

suchsstrafbarkeit für ein spätes Eingreifen entschieden habe.¹⁶

Es zeigt sich: Ob das Führen verdeckter Kassen und daraus vorgenommene Schmiergeldzahlungen als Untreue bestraft werden können, ist in vielfacher Hinsicht zweifelhaft. Der Schwerpunkt der Probleme liegt beim Merkmal des Vermögensschadens. Unklar ist, ob überhaupt ein Schaden vorliegt und, wenn ja, ob dieser in einer bloßen Vermögensgefährdung oder in einer tatsächlichen Vermögenseinbuße besteht.

Der zuletzt angesprochene Aspekt ist von erheblicher praktischer Bedeutung für die Strafzumessung. Ein besonders schwerer Fall der Untreue besteht nach § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Nr. 2 erste Var. StGB in der Herbeiführung eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes, als dessen untere Grenze 50.000 Euro angenommen werden.¹⁷ Nach einer Grundsatz-Entscheidung des BGH ist dieses Regelbeispiel nur im Fall eines tatsächlich eingetretenen Schadens, nicht hingegen bei einer bloßen Vermögensgefährdung anwendbar.¹⁸

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung zielt erkennbar darauf, die Verknotung der Probleme zu durchschlagen. Der BGH wählt einen Lösungsweg, der zahlreiche der eben angesprochenen Fragen bedeutungslos werden lässt. Dabei scheut sich der Senat nicht, einen Standpunkt zu revidieren, den er selbst knapp zwei Jahre zuvor in der Sache Kanther eingenommen hat.

Als maßgeblich für den Vorwurf der Untreue erachtet der BGH das Fortführen der Konten durch A. Dieses Verhalten bewertet er als Pflichtverletzung durch Unterlassen der Aufdeckung. Dadurch habe A dem Unternehmen Ver-

mögenswerte entzogen, um sie nach Maßgabe eigener Zwecksetzung unter Verletzung der Compliance-Vorschriften einzusetzen. In Fortführung bisheriger Rechtsprechung verwendet der BGH als Rechtsgrundlage auch § 13 StGB.

Die Abkehr von der Kanther-Entscheidung vollzieht der Senat bei der Bestimmung des Vermögensschadens. Während dort noch der Schaden mit der „Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts“¹⁹, also mit einer Vermögensgefährdung begründet worden war, heißt es jetzt, dass mit dem Führen der verdeckten Kassen „kein Gefährdungsschaden, sondern ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten ist“²⁰. Den Einwand, dass dem Vermögensinhaber doch nur die Dispositionsmöglichkeit genommen worden sei, lässt der Senat nicht gelten. Seine zentrale Aussage lautet: „Die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.“²¹

Damit hat sich vieles erledigt. Zur Begründung des Untreuevorwurfs muss nicht (auch noch) auf die Verwendung der Geldmittel für Schmiergeldzahlungen zurückgegriffen werden. Denn darin ist „nur eine Schadensvertiefung“²² zu sehen. Die damit verbundenen Vermögensvorteile können den bereits durch die Kontenführung eingetretenen Schaden nicht ausgleichen. Sie stellen „allenfalls eine Schadenswiedergutmachung“²³ dar.

Ausgedient hat auch die komplizierte Vorsatzkonstruktion der Kanther-Entscheidung, mit deren Hilfe derselbe Senat der Vorverlagerung der Strafbarkeit entgegengetreten wollte, die sich durch die Ausdehnung des Schadensbegriffs auf Vermögensgefährdungen ergibt.²⁴ Wird angenommen, dass mit

¹⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 12), § 266 Rn. 63 a; *Rengier* (Fn. 3), § 18 Rn. 23 a.

¹⁷ Vgl. *Fischer* (Fn. 12), § 263 Rn. 122.

¹⁸ BGHSt 48, 354, 356 ff.; dazu *Famos* 5/2004 (Bauland-Fall).

¹⁹ BGHSt 51, 100, 113.

²⁰ BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 42.

²¹ BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 47.

²² BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 46.

²³ BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 46.

²⁴ Vgl. oben 2. mit Fn. 10.

der Kontenführung nicht lediglich eine Vermögensgefährdung, sondern bereits ein effektiver Schaden vorliegt, dann ist der Anlass für eine Erhöhung der Anforderungen an den Vorsatz eliminiert. Die Vorsatzprüfung kann sich auf die Feststellung beschränken, dass der Täter die Umstände der (nunmehr als schädigend bewerteten) Kontenführung kannte und sie verwirklichen wollte. Dass A das Unternehmensvermögen letztlich nicht mindern, sondern mehrten wollte, hilft ihm nicht.

Zu den Folgen der Entscheidung für die Anwendbarkeit des Regelbeispiels eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes gem. § 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Nr. 2 erste Var. StGB äußert sich der Senat nicht. Seine Formulierung, dass durch die Kontenführung keine bloße Vermögensgefährdung, sondern ein „endgültiger Vermögensverlust“²⁵ eingetreten sei, lässt aber darauf schließen, dass nach seiner Ansicht die Voraussetzungen für eine Anwendung des Regelbeispiels erfüllt sind.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Studierende und Referendare dürfen einigermaßen sicher sein, dass sie nicht mit Aufgaben behelligt werden, die hochkomplexe Sachverhalte aus der Wirtschaft zum Gegenstand haben. Lassen sich diese Sachverhalte jedoch in einem einfachen Geschehen zusammenfassen, mit dessen Hilfe Grundprobleme zentraler Strafvorschriften sichtbar gemacht werden können, dann ist Aufmerksamkeit geboten. Zumindest in mündlichen Prüfungen muss man sich auf eine solche Offerte gefasst machen. Der Siemens-Fall ist dafür ein heißer Kandidat.

Was verdient festgehalten zu werden?

Erstens: Der Umgang der Rechtsprechung mit der Untreuestrafbarkeit hinsichtlich der Führung verdeckter Kassen gleicht einem Zick-Zack-Kurs.

Die Kanther-Entscheidung ist Schnee von gestern. Nunmehr gilt: Ein effektiver Vermögensschaden und nicht ein bloßer Gefährdungsschaden liegt vor, wenn der Vermögensbetreuungspflichtige es unterlässt, Vermögensbestandteile, die er zugunsten des Inhabers verwenden will, zu offenbaren.

Zweitens: Vorsicht mit dem beliebten Argument, dass § 266 Abs. 1 StGB nicht die bloße Dispositionsfreiheit schütze! Der BGH erklärt in der Siemens-Entscheidung gerade die Möglichkeit der Disposition zum „Kern“²⁶ der geschützten Rechtsposition. Diese starke Formulierung wird vermutlich Anlass geben zu einer Diskussion darüber, ob der Gesichtspunkt der Dispositionsfreiheit überhaupt noch für Grenzziehungen taugt und wie zwischen geschützter und nicht geschützter Dispositionsfreiheit unterschieden werden kann.

Drittens: Das Umetikettieren der Vermögensgefährdung zu einem effektiven Schaden macht komplizierte Vorsatzüberlegungen überflüssig, wie sie in der Kanther-Entscheidung noch angestellt worden sind. Zugleich wird dadurch eine Strafschärfung mittels des Regelbeispiels eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes ermöglicht.

Viertens: Die Rechtsprechung bleibt bei ihrer Linie, § 13 StGB heranzuziehen, wenn dem Täter als Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ein Unterlassen angelastet wird.

Im Hinblick auf die **wirtschaftliche Praxis** dürfte die Entscheidung als Appell zu interpretieren sein, auf eine konsequente Umsetzung von Compliance-Vorschriften zu achten.²⁷

Für die **justizielle Praxis** erweitern sich die Möglichkeiten einer strafrechtlichen Verfolgung und Ahndung von Korruptionstaten. Neben den Bestechungsdelikten kann auch der Tatbestand der Untreue effektiv eingesetzt werden. Mit ihm lassen sich bestimmte frühe Formen der Bereitstellung von Vermögen

²⁵ BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 46.

²⁶ BGH NJW 2009, 89, 92, Rn. 47.

²⁷ So auch Wybitul, BB 2009, 111, 112.

für Bestechungszwecke erfassen. Die Entlastung von Vorsatzfeststellungen, wie sie noch in der Kanther-Entscheidung gefordert wurden, vereinfacht die Strafverfolgung.

5. Kritik

Die Entscheidung ist inakzeptabel. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die heute so und morgen so entscheidet, verliert nicht nur ihre Glaubwürdigkeit, sondern verletzt auch ihre Pflicht, der tatrichterlichen Praxis eine verlässliche Entscheidungsgrundlage zur Verfügung zu stellen.²⁸

In der Sache wird hier ein Etikettenschwindel betrieben. Was bisher als schadensgleiche Vermögensgefährdung galt, soll nunmehr „Schaden“ heißen, auch wenn das Vermögen ungeschmälert vorhanden ist. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass die Verfügungsmacht des Vermögensinhabers durch die Verdeckung der Konten beeinträchtigt ist und dass die Möglichkeit eines treuwidrigen Mitteleinsatzes besteht. Doch ist damit allenfalls das Vorstadium eines Schadens erreicht. Genau das besagt der Begriff der Vermögensgefährdung.

Freilich lässt sich auf diese Weise eine dogmatisch glatte Lösung erreichen. Zum einen beugt man den allgemeinen Einwänden gegen die Ausdehnung des Schadensbegriffs auf die Vermögensgefährdung vor. Zum anderen entledigt man sich der Vorsatzkonstruktion der Kanther-Entscheidung sowie der dagegen erhobenen Einwände²⁹.

Ein Fortschritt an Sachgerechtigkeit ist damit aber nicht erreicht. Die Kritik an der Vermögensgefährdung muss jetzt der Fiktion gelten, dass ein Schaden vorliegt. Und verbaut ist die in der Kanther-Entscheidung eröffnete Möglichkeit einer angemessenen Würdigung der inneren Tatseite.

Wie wenig überzeugend die jetzt gefundene Lösung ist, sei nochmals an den Konsequenzen für den Bereich der Rechtsfolgen aufgezeigt. Anwendbar wird ein Regelbeispiel, das einen „Verlust“ des Vermögens voraussetzt. Der Verwalter eines verdeckten Kontos kann danach zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren verurteilt werden, auch wenn dieses Konto frühzeitig entdeckt und keinerlei Geld abgeflossen ist. Für welchen „Vermögensverlust“ wird er (so hart) bestraft?

Getragen ist die Entscheidung von dem kriminalpolitischen Ziel, Korruption jeder Art mit allen Mitteln zu bekämpfen. Sie beschleunigt einen schon seit langem angebahnten Vorgang: die Umrüstung des Vermögensdelikts der Untreue zu einer Allzweckwaffe gegen jedwedes unerwünschte Verhalten im Wirtschaftsleben.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Nils Andrzejewski / Juliane Tegtmeier)

²⁸ Möglicherweise sollte mit der Kehrtwende die Klärung eines Meinungsstreits zwischen zwei Senaten durch den Großen Senat für Strafsachen vermieden werden; vgl. *Jahn*, JuS 2009, 173, 175. Ein Grund, den Vorgang günstiger zu bewerten, ergibt sich daraus nicht; handelt es sich doch um die Umgehung eines gerichtsverfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens.

²⁹ BGH (1. Senat) NJW 2008, 2451, 2452 Rn. 17; *Saliger*, NSTZ 2007, 545, 549 ff.

1. Sachverhalt

Während der Fahrt mit einem Range Rover durch ein Waldgebiet beschließt A, seinen Beifahrer B zu töten. Er hält auf dem Randstreifen der Landstraße an und steigt unter einem Vorwand aus. Kurz darauf kehrt er zum Auto zurück, öffnet die Fahrertür und schießt auf B mit einer Pistole, die insgesamt sechs Patronen enthält. Das Projektil durchdringt dessen Muskulatur oberhalb des linken Schlüsselbeins. B springt aus dem Fahrzeug und rennt im Zickzack in den Wald. A feuert drei weitere Schüsse hinterher, ohne jedoch B zu treffen. Danach bleibt er im Fahrzeug sitzen. Bald darauf kommt B aus dem Wald heraus. Etwa 40 m vor dem Wagen des A hält er ein Fahrzeug an und bittet den Fahrer, ihn mitzunehmen. A beugt sich aus dem Seitenfenster und schießt erneut auf B. Dieser läuft weg. A folgt ihm mit seinem Wagen. Als er ihn erreicht hat, hält er an und ruft durch das geöffnete Fenster: „Was hab ich getan, was hab ich getan, steig ein!“ Er kommt der Aufforderung des B nach, die Pistole wegzuworfen, und verspricht, ihn ins Krankenhaus zu fahren. Während der Fahrt telefoniert B mit seinem Bruder. A befürchtet, dass B diesem mitteilt, was passiert ist. Er beschleunigt den Range Rover auf etwa 100 km/h und lenkt ihn gezielt mit der Beifahrerfront gegen einen Baum am Straßenrand. B erleidet Verletzungen, überlebt aber erneut.

März 2009 Beifahrer-Fall

Versuch / Fehlschlag / mehraktiges Tatgeschehen / Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug

§§ 24 Abs. 1 Satz 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Leitsatz der Verf.:

Bei einem mehraktigen Geschehen ist nach einem Teilabschnitt von einem nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuch nur dann auszugehen, wenn der Täter nach Misslingen des vorgestellten Tatablaufs zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen.

BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2008 – 4 StR 233/08, veröffentlicht in www.hrr-strafrecht.de – Januar 2009, S. 5.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Mehrfach hat A vergeblich versucht, B zu töten. Strafrechtlich wird er sich auf jeden Fall wegen des letzten Versuchs verantworten müssen. Das Lenken des Fahrzeugs gegen den Baum ist als Mordversuch gem. §§ 211 Abs. 2, 22, 23 StGB zu werten. Erfüllt sind die Mordmerkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht.

Schwieriger ist es, das vorangegangene Geschehen unter dem Gesichtspunkt der Versuchsstrafbarkeit zu beurteilen. Es besteht aus drei Teilakten: aus dem Schuss in die Schulter des B, aus den drei Schüssen auf den fliehenden B und aus dem Schuss auf B nach dessen Rückkehr. Prüft man jeden Teilakt für sich, so sind jeweils die Voraussetzungen für einen tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Mordversuch erfüllt. Im ersten und zweiten Akt bezieht sich der Tatentschluss auf eine heimtückische Tötung,

für den dritten Akt wird man Verdeckungsabsicht annehmen können.

Probleme bereitet die Anwendung des persönlichen Strafaufhebungsgrundes des **Rücktritts** gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB. Zwei Handlungen bieten sich für eine Subsumtion unter diese Vorschrift an: der Verzicht auf eine Verfolgung des B nach den ersten vier Schüssen und das Wegwerfen der Pistole nach dem fünften Schuss.

Eine Strafaufhebung durch Rücktritt kommt nach ganz h. M. aber von vornherein nicht in Betracht, wenn ein **Fehlschlag** vorliegt.¹ Vor der Prüfung der Anforderungen an einen Rücktritt muss also festgestellt werden, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Von einem Fehlschlag spricht man in erster Linie dann, **wenn das konkrete Handlungsziel aus der Sicht des Täters nicht mehr erreichbar ist.**²

Aus dieser Definition ergeben sich für die Fallprüfung zwei Probleme. Das erste betrifft die konkreten Tatumstände. Was der Täter sich jeweils vorgestellt hat, wissen wir nicht. Wir könnten lediglich versuchen, aus den äußeren Umständen auf die Tätersicht zu schließen.

Das zweite Problem ist ein allgemeines. Wo soll angesetzt werden mit der Prüfung eines Fehlschlags, wenn, wie hier, im Rahmen eines zusammenhängenden Geschehens mehrere Teilakte vorliegen? Der von einem möglichen Fehlschlag betroffene Versuch kann eng oder weit bestimmt werden.

Ein **enger Ansatz** würde jede einzelne natürliche Handlung untersuchen und darauf abstellen, welches Ziel der Täter verfolgt hat, als er sich an die Ausführung dieser Handlung machte. Im vorliegenden Fall könnte dementsprechend die Situation beim ersten

Schuss, bei den drei folgenden und beim fünften Schuss daraufhin geprüft werden, ob ein Fehlschlag vorgelegen hat.

Dabei könnte Folgendes herauskommen. Allein schon der erste Schuss würde einen fehlgeschlagenen Versuch darstellen, wenn A fest davon überzeugt gewesen wäre, bereits mit diesem einen Schuss B zu töten. Nochmals ein fehlgeschlagener Versuch läge vor, sofern A geglaubt hätte, mit den drei folgenden Schüssen B sicher zu töten. Schließlich könnte auch der fünfte Schuss als fehlgeschlagener Versuch gewertet werden, sofern A wiederum gemeint hätte, jedenfalls mit diesem Schuss B tödlich zu treffen. Das anschließende Wegwerfen der Pistole wäre dann nicht mehr als strafbefreiender Rücktritt verwertbar.

Ein **weiter Ansatz** würde demgegenüber berücksichtigen, dass menschliches Handeln sich den Umständen anpasst, und er würde die Auftrennung eines zeitlich und räumlich zusammenhängenden Geschehens vermeiden. Dem Täter würde zugebilligt werden, dass er während oder unmittelbar nach der Ausführung einer Handlung seinen Plan noch verändern kann, falls er die Möglichkeit sieht, den angestrebten Erfolg auf andere Weise zu erreichen.

Mit diesem Ansatz ließe sich im vorliegenden Fall die Annahme eines Fehlschlags vermeiden. Es könnte angenommen werden, dass A meinte, sein Tötungsvorhaben nach den ersten beiden Teilakten durch Verfolgung des B in den Wald hinein noch erfolgreich fortsetzen zu können. Der Verzicht darauf könnte ihm dann als Rücktritt zugute kommen. Gleichermaßen ließe sich das Wegwerfen der Pistole für den dritten Teilakt als Rücktritt werten. Denkbar wäre sogar, im Wegwerfen der Pistole einen Rücktritt zu sehen, der sich das gesamte vorherige Geschehen bezieht.

Die beiden dargestellten Standpunkte werden als Theorien vertreten:

¹ Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei *Heinrich*, Strafrecht AT I, 2005, Rn. 770-776 mit einer Formulierungshilfe für den Prüfungseinstieg.

² Z. B. *Haft*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2004, S. 241; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 24 Rn. 10.

Einzelaktstheorie versus Gesamtbetrachtungslehre.³

Die **Einzelaktstheorie**⁴ betrachtet unter dem Gesichtspunkt eines Fehlschlags jeden Ausführungsakt gesondert, von dem der Täter bei Tatbeginn meinte, er werde erfolgreich sein. Sie gelangt im Falle des Scheiterns jeweils zur Annahme eines fehlgeschlagenen, also nicht mehr rücktrittsfähigen Versuchs. Für diesen Standpunkt wird im Wesentlichen angeführt, dass die Strafbarkeit des Versuchs nicht davon abhängen könne, ob sich nach abgeschlossener Tat für den Täter noch eine – häufig zufallsbedingte – Möglichkeit des Weiterhandelns ergebe. Seine Gefährlichkeit habe sich bereits ausreichend manifestiert.

Nach der ganz überwiegend vertretenen **Gesamtbetrachtungslehre**⁵ kann ein strafbefreiender Rücktritt so lange erfolgen, wie es dem Täter aus seiner Sicht mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln noch möglich ist, den Erfolg in unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang zu erreichen. Ein Fehlschlag wird erst dann angenommen, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung zu der Erkenntnis gelangt, dass er mit den verfügbaren Mitteln die Tat nicht mehr vollenden kann.

Einer Verdeutlichung der Sichtweise der Gesamtbetrachtungslehre dient der Begriff des **Rücktrittshorizontes**. Er stellt klar, dass bei der Ermittlung der Tätervorstellung auf den Abschluss der letzten Ausführungshandlung und nicht

etwa auf den Tatbeginn (sog. Tatplanperspektive) abzustellen ist.⁶

Zur Hauptsache wird zugunsten der Gesamtbetrachtungslehre angeführt, dass sie das Opfer besser schütze. Für das Opfer sei es günstiger, wenn dem Täter möglichst lange die Chance erhalten bleibe, durch Rücktritt Strafbefreiung zu erlangen. Ferner wird für diese Lehre geltend gemacht, dass sie eine Aufspaltung einheitlicher Lebensvorgänge vermeide.

Klarzustellen ist: Mit der Entscheidung für eine der beiden Theorien ist noch kein Fall gelöst. Jeweils müssen konkrete Feststellungen zur Tätersicht getroffen werden.

Wer sich für die Gesamtbetrachtungslehre entscheidet, braucht für deren Anwendung demnach Informationen darüber, was der Täter sich nach der Ausführung von Teilhandlungen vorgestellt hat. So muss im vorliegenden Fall z. B. geklärt werden, ob A nach der Flucht des B sein Tötungsvorhaben noch für ausführbar hielt oder als gescheitert ansah.

Letzteres nimmt das in dieser Sache ergangene landgerichtliche Urteil an. Infolgedessen wurde A hinsichtlich der ersten vier Schüsse, die das Landgericht zu einem Versuch zusammengefasst hat, wegen Fehlschlags ein strafbefreiender Rücktritt versagt. Dagegen könnte eingewendet werden, dass das Verhalten des A auch einen gegenteiligen Schluss zulässt. Aus dem Verbleiben im Fahrzeug mit schussbereiter Pistole könnte geschlossen werden, dass er weiterhin eine Vollendung der Tötung in unmittelbarem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang für möglich hielt.

Neben der Versuchsproblematik hat der Fall noch ein Problem zu bieten, das die vollendete Körperverletzung betrifft, die A verwirklichte, als er das Fahrzeug

³ Vgl. dazu und zum Folgenden *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 16 Rn. 16-22; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 197 f.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2008, Rn. 629 f.

⁴ Vertreten z. B. von *Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 24 Rn. 10 und *Jakobs*, AT, 2. Aufl. 1991, 26/19.

⁵ Vertreten z. B. von *Krey*, Strafrecht AT 2, 2. Aufl. 2005, Rn. 470; *Kühl*, AT, (Fn. 3) § 16 Rn. 22.

⁶ Diese Unterscheidung der Perspektiven ist gleichermaßen bedeutsam für die Abgrenzung zwischen dem unbeendeten und dem beendeten Versuch; vgl. *Kühl* (Fn. 3), § 16 Rn. 27.

gegen den Baum steuerte. Es betrifft die Qualifizierung im Falle der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Zwei Tatmittel kommen in Betracht: Baum und Fahrzeug.

Recht leicht zu erfassen sind die Fragen, die sich im Hinblick auf den Baum stellen. Denn damit ist das **Standardproblem** angesprochen, ob auch **unbewegliche Gegenstände als gefährliche Werkzeuge** einsetzbar sind.⁷

Die Klärung sollte zweistufig erfolgen. Zunächst kann als allgemeine Meinung festgestellt werden, dass die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs nicht notwendigerweise voraussetzt, dass der Täter es gegen das Opfer bewegt.⁸ Erfasst ist auch der Fall, dass das Opfer verletzt wird, indem es gegen ein feststehendes Werkzeug gestoßen, gedrückt oder sonst geführt wird.

An zweiter Stelle ist zu diskutieren, ob auch unbewegliche Gegenstände „Werkzeuge“ im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB sein können. Teile der Literatur⁹ bejahen dies unter Hinweis darauf, dass eine solche Tat, z. B. das Stoßen mit dem Kopf gegen eine Wand, gleichermaßen gefährlich sei wie etwa der Schlag mit einem Knüttel gegen den Kopf. Nach der Gegenansicht¹⁰, die auch die Rechtsprechung¹¹ vertritt, wird dagegen die Wortlautgrenze überschritten und damit das Analogieverbot verletzt, wenn der Werkzeugbegriff auf unbewegliche Gegenstände ausgedehnt wird. Ergänzend wird angeführt, dass Straflücken nicht zu befürchten seien, weil zumeist eine lebensgefährdende Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5

StGB vorliege. Auch wird der neu geschaffene Tatbestand des Diebstahls mit Waffen für ein systematisches Argument genutzt:¹² Einen unbeweglichen Gegenstand könne ein Täter nicht im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB bei sich führen.

Eine Subsumtion des Fahrzeugs unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs erscheint demgegenüber leichter möglich. Dieser zweifellos bewegliche Gegenstand war nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Fall – hier durch Aufprall auf den Baum – geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.¹³

Probleme bereitet jedoch der Gesetzesbegriff „**mittels**“. Anders als in Fällen des An- oder Überfahrens wird hier das Auto nicht für eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper genutzt. Das Fahrzeug hat vielmehr die Funktion, durch Erreichen einer hohen Geschwindigkeit das im Wagen befindliche Opfer einer Verletzungsgefahr auszusetzen, die sich erst durch den Aufprall auf einen anderen Gegenstand realisiert.

Soll „mittels“ bedeuten, dass der Täter den Gegenstand direkt gegen den Körper des Opfers einsetzen, also mit dem Fahrzeug unmittelbar auf eine außerhalb des Fahrzeugs befindliche Person einwirken muss,¹⁴ so scheidet eine Anwendung des Qualifikationstatbestandes hier aus. Dagegen ergeben sich keine Einwände, wenn das Merkmal nicht mehr als bloße Kausalität verlangt.¹⁵ Allerdings ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber zur Bezeichnung eines Kausalzusammenhanges zumeist das Wort „durch“ verwendet.

Das Problem hat bislang noch keine intensive Diskussion ausgelöst. Die Ent-

⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden Küper, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 454 f.; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 25 f.

⁸ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 2), § 224 Rn. 4.

⁹ Z. B. Rengier, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2008, § 14 Rn. 16.

¹⁰ Z. B. Krey/Heinrich, Strafrecht BT 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 250.

¹¹ BGHSt 22, 235.

¹² Krüger, NZV 2006, 112.

¹³ Vgl. die Definition des gefährlichen Werkzeugs bei Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 32. Aufl. 2008, Rn. 275.

¹⁴ So BGH NSTZ 2007, 405.

¹⁵ So Hardtung in MüKo, StGB, 2003, § 224 Rn. 21.

scheidungspraxis ist widersprüchlich.¹⁶ Das Landgericht hat im vorliegenden Fall den Qualifikationstatbestand für anwendbar gehalten.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung ist sehr knapp gehalten. Der Bundesgerichtshof zieht in Fortführung seiner Rechtsprechung¹⁷ die Gesamtbetrachtungslehre heran, um das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs bei mehraktigen Geschehen zu prüfen. Die Einzelaktstheorie bleibt unerwähnt.

Zu einer abschließenden Entscheidung gelangt der Senat nicht, weil er die subjektive Tatseite nicht für hinreichend geklärt erachtet und die Sache daher zurückverweist.

In diesem Zusammenhang beanstandet er die Annahme des Landgerichts, dass A sein Tötungsvorhaben nach dem vierten Schuss als gescheitert angesehen habe. Es bestehe ein Widerspruch zu den Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen. Danach habe für A weiterhin die Möglichkeit bestanden, die Tat mit seiner funktionstüchtigen Pistole durch Verfolgung zu vollenden. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass er die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben habe und daher mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten sei.

Der Senat hält es auch für denkbar, dass A, als er im Fahrzeug sitzen blieb, eine Fortführung des Tötungsvorhabens für möglich hielt, weil er die baldige Rückkehr von B erwartete. In diesem Fall sei zu prüfen, ob zwischen den ersten vier Schüssen und dem fünften Schuss ein so enger Zusammenhang bestanden habe, dass das Wegwerfen der Pistole als Rücktrittshandlung mit

Bezug auf das gesamte vorherige Geschehen in Betracht komme.

Äußerst knapp nimmt das Gericht zu der Frage Stellung, ob A durch das Lenken des Fahrzeugs gegen den Baum § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB verwirklicht hat. Ungeprüft bleibt, dass der Baum als gefährliches Werkzeug verwendet worden sein könnte. Hinsichtlich des Fahrzeugs wird ohne nähere Ausführungen auf eine Entscheidung aus dem Jahr 2007 verwiesen.¹⁸ Der Verweis lässt den Schluss zu, dass das Gericht die im Wort „mittels“ enthaltenen Anforderungen für nicht erfüllt hält.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Beachtung wird die Entscheidung im Ausbildungs- und Prüfungszusammenhang in erster Linie wegen des Sachverhalts finden. Er eignet sich sehr gut für eine Erörterung des schwierigen Problems des Fehlschlags bei mehraktigem Geschehen. Allerdings werden Aufgabensteller ihn um Hinweise zur subjektiven Tatseite ergänzen müssen, um abschließende Prüfungsergebnisse zu ermöglichen.

Bei der Begutachtung der Versuchsproblematik ist ein **Aufbauproblem** zu lösen. Da im Prüfungsansatz die Handlung zu benennen ist, auf die sich die Untersuchung beziehen soll, muss vorab überlegt werden, ob ein enger oder ein weiter Ansatz günstiger ist. Der Meinungsstreit zwischen Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre ist also bereits bei dieser Aufbaufrage mit zu bedenken.

Viel wird bei der Lösung dieses Problems von der konkreten Fallgestaltung, insbesondere von den Angaben zur Tätersicht abhängen. Mit einer gewissen Allgemeingültigkeit lässt sich lediglich sagen, dass man Extremlösungen vermeiden sollte. Eine allzu kleinteilige Aufspaltung des Gesamtgeschehens erschwert es, den Standpunkt der Gesamtbetrachtungslehre in die Prü-

¹⁶ Anders als der Bundesgerichtshof in NSTZ 2007, 405 hat sich in einem ähnlich gelagerten Fall das Kammergericht in NZV 2006, 111 für eine Anwendbarkeit von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB entschieden.

¹⁷ Vgl. BGHSt 41, 368, 369 m. w. N.

¹⁸ BGH NSTZ 2007, 405.

fung einzubeziehen. Werden von vornherein die Teilakte allzu großzügig zu einer Versuchsprüfung zusammengefasst, so wird es schwierig, zu einer Untersuchung von Teilakten überzuleiten, sollte sie sich als notwendig erweisen.

Bei der Bearbeitung des Falles sollte nicht übersehen werden, dass er weitere Probleme zu bieten hat. Wir wollen sie im Folgenden in der Abfolge des Tatgeschehens kurz ansprechen.¹⁹

Mit dem ersten Schuss hat A sich (auch) wegen vollendeter Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht und dabei in mehrfacher Hinsicht die Qualifikationsmerkmale der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Verletzung hat er mittels einer Waffe herbeigeführt (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB). Da er seine Angriffsabsichten durch einen Vorwand für das Anhalten und Aussteigen planmäßig verdeckt hat, liegt auch ein hinterlistiger Überfall gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor.²⁰ Schließlich ist in dem Abfeuern eines Schusses auf einen Menschen eine das Leben gefährdende Behandlung zu sehen (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB).²¹

Für den letzten Teilakt, in dem A das Fahrzeug gegen den Baum steuerte, ergeben sich die bereits behandelten Probleme im Zusammenhang mit dem Merkmal der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Durch diese Tat hat A ferner eine gefährliche Körperverletzung in der Form der lebensgefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen.

Zugleich hat er sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in den qualifizierten Formen der Absicht der Herbeiführung eines Unglücksfalles sowie der Absicht, eine Straftat zu verdecken, strafbar gemacht: §§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 a und b Alt. 2 StGB. Zwecks Abgrenzung zur Verkehrsteilnahme, die von § 315 c StGB erfasst wird, ist darauf hinzuweisen, dass A hier das Fahrzeug in bewusster Zweckentfremdung allein zur Schädigung eines anderen einsetzte.²² Kein Einwand gegen eine Strafbarkeit lässt sich daraus ableiten, dass sonstige Verkehrsteilnehmer nicht betroffen waren. Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs in § 315 b Abs. 1 StGB erfordert keinen selbständigen, neben der konkreten Individualgefahr eintretenden Erfolg. Vielmehr reicht es aus, wenn diese Gefahr mit der Verkehrssicherheit zusammenhängt.²³

In **praktischer Hinsicht** festigt die Entscheidung eine schon seit längerem bestehende Rechtsprechungslinie. Strafverteidiger sollten registrieren, wie bedeutsam für die Annahme eines Fehlschlags die Tätersicht nach der letzten Ausführungshandlung ist.

5. Kritik

Die Entscheidung ist in rechtlicher Hinsicht wenig ergiebig. Zu bedauern ist, dass der Senat darauf verzichtet hat, näher zu begründen, warum eine Qualifizierung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht eingreift, wenn ein Fahrzeug bewusst zum Zweck der Verletzung eines Insassen eingesetzt wird.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Lisa Golombek)

¹⁹ Straftaten nach dem Waffengesetz bleiben unberücksichtigt, weil sich die Fallfragen universitärer Aufgaben zumeist auf Straftaten nach dem StGB beschränken.

²⁰ Vgl. die Definition des hinterlistigen Überfalls bei Lackner/Kühl (Fn. 2), § 224 Rn. 6.

²¹ Insoweit kommt ausnahmsweise ein Rücktritt von der Verwirklichung der Qualifikation in Betracht, näher Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 10.

²² Näher dazu Rengier (Fn. 9), § 45 Rn. 8-11.

²³ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 2), § 315 b Rn. 2, § 315 Rn. 1.

1. Sachverhalt¹

Die schwarzafrikanischen Volksgruppen in der sudanesischen Provinz Darfur setzen sich gegen die Unterdrückung durch die Zentralregierung zur Wehr. Die Streitkräfte des Landes bekämpfen gemeinsam mit arabischen Milizen den Aufstand mit äußerster Härte. Dörfer werden zerstört und Überlebende bis in die Wüste hinein verfolgt. Es kommt zu massenhaften Vergewaltigungen, Folterungen und Tötungen. Vertriebene werden in Lagern Bedingungen ausgesetzt, die zu einer Vielzahl von Todesfällen führen. Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beauftragt die Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) mit einer Untersuchung. Auf Grund ihrer Ermittlungen gelangt die Behörde zu der Erkenntnis, dass die sudanesisische Regierung unter Leitung des Präsidenten al Bashir (B) das Vorgehen des Militärs und der Milizen planmäßig organisiert und steuert. Der Ankläger des IStGH beantragt den Erlass eines internationalen Haftbefehls

April 2009

Sudan-Fall

Völkerstrafrecht / Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof / Beteiligung des Sicherheitsrates / Internationaler Haftbefehl / Reichweite der Gerichtsbarkeit / Immunität von Staatsoberhäuptern / Komplementaritätsprinzip

Art. 12, 13, 16, 17, 27, 58 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs

Leitsatz der Verf.:

Der Internationale Strafgerichtshof kann seine Gerichtsbarkeit über Personen, die nicht Staatsangehörige einer Vertragspartei seines Statuts sind, und über Taten, die nicht auf dem Territorium einer Vertragspartei begangen worden sind, ausüben, wenn der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen auf der Grundlage von Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen den Vorgang dem Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs unterbreitet hat; eine mit der amtlichen Eigenschaft einer Person verbundene Immunität steht der Ausübung der Gerichtsbarkeit nicht entgegen.

Internationaler Strafgerichtshof (IStGH), Entscheidung vom 4. März 2009 – ICC-02/05-01/09, abrufbar unter www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf und www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf.

gegen B. Im Antrag werden ihm in zahlreichen Fällen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen vorgeworfen. Die Regierung des Sudan wendet ein, dass das Land nicht zu den Vertragsparteien des Statuts des IStGH gehöre und B Immunität genieße. Auch verweist sie darauf, dass die Straftaten des Konflikts bereits durch sudanesisische Gerichte verfolgt würden. Internationale Hilfsorganisationen und einige Regierungen äußern Bedenken gegen einen Erlass des Haftbefehls. Sie befürchten, dass sich dadurch die Lage für die Menschen in der Region verschlimmern und

¹ Der Sachverhalt kann hier nur sehr verkürzt wiedergegeben werden. Nähere Informationen zum Sudan-Konflikt sind zu erhalten unter <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/RegionaleSchwerpunkte/Afrika/SudanDarfurHiGru.html>.

Friedensverhandlungen erschwert würden. – Wie wird der IStGH entscheiden?

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Mit der völkerstrafrechtlichen Reaktion auf die Geschehnisse in Darfur hat sich die Medienöffentlichkeit bereits intensiv beschäftigt. Im Mittelpunkt der Diskussion haben politische Fragen gestanden. Wir wollen uns dagegen auf die **Rechtsfragen** konzentrieren. Die Präsentation als juristischer Fall gibt zugleich Gelegenheit, die Leser mit dem Völkerstrafrecht vertraut zu machen.

Die geschilderte Verfahrenssituation gibt Anlass zur Erörterung von **drei Fragen**. Erstens: Ist der IStGH für die Entscheidung über den Haftbefehl überhaupt zuständig? In diesem Zusammenhang wird zu bedenken sein, dass der Sudan das Statut des IStGH nicht ratifiziert hat, dass B als Staatsoberhaupt zu dem Personenkreis gehört, die völkerrechtlichen Immunitätschutz genießen, und dass im Sudan bereits Strafverfahren gegen Beteiligte an dem Konflikt stattfinden. Zweitens: Sind die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls erfüllt? Drittens: Kann den politischen Einwänden gegen den Erlass eines Haftbefehls im Rahmen des Verfahrens Rechnung getragen werden?

Für eine Beantwortung der Fragen ist in erster Linie das Statut des IStGH zu Rate zu ziehen.² Es wird auch als **Rom-Statut** bezeichnet, weil es 1998 auf einer UN-Konferenz in der italienischen Hauptstadt verabschiedet wurde. Am 1. Juli 2002 trat es in Kraft, nachdem die erforderliche Zahl an Ratifikationen erreicht war.

Das Regelwerk erstreckt sich auf alle Materien des Strafrechts, also auf das materielle Strafrecht, das Strafverfahrensrecht und das strafrechtliche Gerichtsverfassungsrecht. Der **Regelungskern** besteht in der **Kodifizierung einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit** (Art. 25) für Verbrechen, die wegen ihrer Schwere die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren (Art. 5).

Die rechtlichen Anforderungen an den Erlass eines Haftbefehls sind in Art. 58 geregelt. Danach ist die Vorverfahrenskammer des IStGH sachlich zuständig. Entsprechend unserer ersten Frage wird sie zunächst zu prüfen haben, ob das im Antrag bezeichnete Verbrechen überhaupt der **Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs** unterliegt (Art. 58 Abs. 1 a).

Der Einwand, dass das Rom-Statut vom Sudan **nicht ratifiziert** worden ist, hat auf den ersten Blick Gewicht. Der zentralen Regelung der Voraussetzungen der Gerichtsbarkeit in Art. 12 ist zu entnehmen, dass der Tatvorwurf grundsätzlich einen territorialen oder persönlichen Bezug zu einem Staat mit dem Status einer Vertragspartei aufweisen muss.

Die Regelungssystematik lässt jedoch erkennen, dass es eine Ausnahme gibt. Art. 12 ist eng mit der nachfolgenden Vorschrift verknüpft, welche die Ausübung der Gerichtsbarkeit regelt. Darin ist aufgeführt, wer ein Tätigwerden des Gerichtshofs auslösen kann. Nur für Art. 13 a und c, also für Verfahrensinitiativen eines Vertragsstaates oder des Anklägers, verlangt Art. 12 Abs. 2 einen Bezug zu einer Vertragspartei. Ausgenommen ist der in Art. 13 b geregelte Fall der Überweisung eines Vorgangs durch den **Sicherheitsrat** an den Ankläger.

Der Sicherheitsrat verfügt also über die Kompetenz, eine völkerstrafrechtliche Verfolgung ohne Rücksicht darauf zu initiieren, ob ein Bezug zu einer Vertragspartei besteht. Da im vorliegenden Fall der Tätigkeit der Anklagebehörde

² Es ist in Gesetzessammlungen, die Studierende üblicherweise benutzen, nicht enthalten. Über die Internetseite des IStGH (<http://www.icc-cpi.int>) ist das Statut in englischer und französischer Fassung zugänglich, über die Internetseite des Auswärtigen Amtes (<http://www.auswaertiges-amt.de>) in deutscher Fassung.

ein Sicherheitsratsbeschluss zugrunde liegt,³ wird der Erlass eines Haftbefehls nicht daran scheitern, dass der Sudan keine Vertragspartei ist.

Fraglich ist jedoch, ob die Entscheidung des Sicherheitsrates, die ja zunächst nur einen Ermittlungsauftrag enthält, eine ausreichende Grundlage für die Anwendung jeder Einzelregelung des Statuts bietet. Davon hängt die **Reichweite des Immunitätsschutzes** ab, den B als Staatsoberhaupt nach völkerrechtlichen Regeln genießt.⁴ Kann der Ausschluss einer Privilegierung auf Grund amtlicher Eigenschaft gem. Art. 27 IStGH herangezogen werden, so ist B uneingeschränkt strafrechtlich verantwortlich.

Ein Prozesshindernis könnte sich noch daraus ergeben, dass der Sudan vorbringt, die eigene Gerichtsbarkeit verfolge bereits im Darfur-Konflikt begangene Straftaten. Denn im Völkerstrafrecht hat die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit Vorrang. Für den IStGH gilt das **Komplementaritätsprinzip**: Er soll nur ergänzend tätig werden (Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2).

Allerdings verfügt der IStGH insoweit über eine **Kontrollkompetenz**. Er kann die Effektivität der nationalen Strafverfolgung überprüfen. Das bringt eine Regelung zum Ausdruck, die für den Fall staatlicher Strafverfahren ein Tätigwerden des IStGH ausnahmsweise dann für zulässig erklärt, wenn die staatliche Strafgerichtsbarkeit nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Strafverfolgung ernsthaft zu betreiben (Art. 17).

Das Gericht wird also den Einwand des Sudan nicht vorbehaltlos akzeptieren, sondern überprüfen, ob die dortigen Verfahren nicht lediglich zum Schein durchgeführt werden und allein

dazu dienen, ein Eingreifen der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu verhindern. Dafür spricht, dass B das Land praktisch als Alleinherrscher regiert, weil sich alle wichtigen Machtpositionen in der Hand der von ihm angeführten Partei befinden. Auch gibt es Hinweise darauf, dass die innerstaatliche Strafverfolgung äußerst lückenhaft betrieben wird und nur in wenigen Fällen von geringer Bedeutung zu einer Verurteilung geführt hat.⁵

Für eine Antwort auf die zweite Frage, ob die **sonstigen Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls** erfüllt sind, kann, wie im nationalen Strafverfahrensrecht, nach Tatverdacht und Haftgrund unterschieden werden.

Erforderlich ist der **„begründete Verdacht“** eines völkerstrafrechtlichen Verbrechens (Art. 58 Abs. 1 a). Welche Verdachtsstärke damit bezeichnet ist, lässt der Text des Statuts nicht eindeutig erkennen. Klar ist, dass mehr vorliegen muss als eine nur hinreichende tatsächliche Grundlage, die für die Aufnahme von Ermittlungen vorausgesetzt wird (Art. 53 Abs. 1). Irritierend ist dagegen, dass im Zusammenhang mit dem begründeten Verdacht davon die Rede ist, dass die Kammer sich insoweit eine „Überzeugung“ gebildet haben müsse. Das könnte als Annäherung an den Maßstab richterlicher Überzeugung zu verstehen sein, der nach Art. 66 Abs. 3 für den Fall der Verurteilung gilt.

Anforderungen dieser Art würden allerdings die Arbeit der Anklagebehörde ganz erheblich erschweren, zumal sie im vorliegenden Fall keinerlei Unterstützung von Seiten des Sudan erhielt. Das gilt in besonderer Weise im Hinblick auf den Tatvorwurf des Völkermordes gem. Art. 6. Im Unterschied zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7) und den Kriegsverbrechen (Art. 8) enthält er eine sehr stark aus-

³ UN-Sicherheitsrat, Resolution vom 31. 3. 2005, UN Doc S/RES/1593 (2005).

⁴ Vgl. zur völkerrechtlichen Immunität *Burghardt/Geneuss*, ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, abrufbar unter <http://www.zis-online.com>) 2009, 128 f., Fn. 26.

⁵ Vgl. die Angaben der Sonderberichterstatterin der UN zur Situation im Sudan: <http://www.unmis.org/english/2008Docs/PR05.pdf>.

geprägte subjektive Komponente. Es muss der Nachweis erbracht werden, dass die Tat in der **Absicht** begangen wurde, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu vernichten. Der Ankläger des IStGH hat entsprechendes Beweismaterial angeboten. Die Vorverfahrenskammer wird zu prüfen haben, ob es ausreicht.

Als **Haftgründe** kommen, vergleichbar den Regelungen der StPO, zum einen die Sicherung des Verfahrens dagegen, dass sich der Beschuldigte ihm entzieht oder die Ermittlungen beeinträchtigt, und zum anderen die Gefahr erneuter Begehung der Verbrechen in Betracht (Art. 58 Abs. 1 b).

Unsere dritte Frage, ob **nachteilige Folgen eines Haftbefehls** im weiteren Fortgang des Verfahrens berücksichtigt werden können, gibt Anlass, zu überprüfen, über welchen Entscheidungsspielraum die Vorverfahrenskammer verfügt und ob politische Instanzen die Möglichkeit haben, auf das Verfahren einzuwirken.

Die zentrale Vorschrift für den Erlass eines Haftbefehls ist rigide formuliert. Art. 58 sieht vor, dass die Vorverfahrenskammer den Haftbefehl erlässt, wenn Tatverdacht und Haftgrund vorliegen. Die Vorschrift enthält im Unterschied zur entsprechenden Vorschrift der StPO (§ 112 Abs. 1), derzufolge unter diesen Voraussetzungen ein Haftbefehl erlassen werden „darf“, keinerlei Anhaltspunkte für ein Ermessensurteil.

Ein solches Ermessen könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass eine für den Ankläger geltende Vorschrift auf die Vorverfahrenskammer übertragen wird.⁶ Dem Ankläger ist gestattet, von Ermittlungen abzusehen oder das Ver-

fahren einzustellen, wenn eine Durchführung des Verfahrens nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegt (Art. 53 Abs. 1 c und Abs. 2 c). Dabei sollen auch die Belange der Opfer Berücksichtigung finden. Zweifelhaft ist aber, ob auch allgemeine politische Gesichtspunkte eine Einstellung nach dieser Vorschrift rechtfertigen.⁷

Gegen eine entsprechende Ausdehnung der Entscheidungskompetenz spricht, dass das Statut die Aufgabe, nachteilige Folgen zur Geltung zu bringen, einem anderen Akteur zuweist. Der **Sicherheitsrat**, der nach der Satzung der Vereinten Nationen für die Wahrung des Friedens zuständig ist, kann nach Art. 16 die Strafverfolgung für ein Jahr hemmen und von diesem Recht wiederholt Gebrauch machen. Aus dieser verfahrensrechtlichen Aufgabenzuweisung lässt sich ableiten, dass es den sonstigen Akteuren des völkerstrafrechtlichen Verfahrens verwehrt ist, friedenspolitische Erwägungen in ihre Entscheidungen einzubeziehen.

An dem Suspendierungsrecht des Sicherheitsrats sowie seinem eingangs erwähnten Initiativrecht ist erkennbar, dass die völkerstrafrechtliche Strafverfolgung nicht in strikt rechtlichen Bahnen verläuft, sondern unter einem gewissen **Politikvorbehalt** steht. Bislang hat der Sicherheitsrat jedoch noch nicht von seiner Möglichkeit Gebrauch gemacht, in das Verfahren einzugreifen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Vorverfahrenskammer hat dem Antrag des Anklägers auf Erlass eines Haftbefehls gegen B stattgegeben.

Bereits an formalen Kriterien der Entscheidung ist ablesbar, dass der Anspruch des Völkerstrafrechts, weltweit und für jeden, auch für Staatsoberhäupter, zu gelten, eine aufwändige

⁶ Für eine Übertragbarkeit auf die Vorverfahrenskammer lässt sich anführen, dass diese ohnehin berechtigt ist, eine Entscheidung des Anklägers nach den genannten Vorschriften zu überprüfen (Art. 53 Abs. 3 b).

⁷ Näher dazu und mit Bezug auf den vorliegenden Fall *Nguyen*, HRRS (Höchstgerichtliche Rechtsprechung in Strafsachen, abrufbar unter <http://www.hrr-strafrecht.de>) 2008, 368, 372 f.

Rechtfertigung nötig macht. Der Haftbefehl umfasst acht Seiten, die gesondert davon ausgefertigte Begründung 146 Seiten. Beide Texte sind in einem Sprachduktus abgefasst, der zum Ausdruck bringt, dass eine umfassende und systematische Prüfung vorgenommen wurde. Ein wesentliches Kennzeichen dafür sind wiederkehrende Eingangsformulierungen zu Prüfungsschritten.

Der Unterschied zur Haftpraxis im nationalen Strafrecht ist enorm. Für die Abfassung eines Haftbefehls benötigt ein deutsches Gericht in der Regel nur einige wenige Seiten, in denen auf der Grundlage eines Formulars die Entscheidung knapp begründet wird.

Die Begründung der Vorverfahrenskammer schreitet vom Allgemeinen zum Besonderen voran.

Zunächst wird der bisherige Verfahrensgang geschildert. Es folgen Ausführungen dazu, dass die dem B vorgeworfenen Taten der Gerichtsbarkeit des IstGH unterliegen. Hier erklärt die Kammer unter Hinweis auf die Verfahrensiniziativa des Sicherheitsrats den Umstand für unbeachtlich, dass der Sudan keine Vertragspartei ist. Sie hat auch keine Bedenken, Art. 27 heranzuziehen und damit die Immunität des B im Zusammenhang mit diesem Verfahren für unerheblich zu erklären. Außerdem legt sie im Hinblick auf Art. 17 dar, dass der IstGH an einer Durchführung des Verfahrens nicht gehindert sei, weil keine ernsthafte nationale Strafverfolgung betrieben werde.

Die weitere Begründung befasst sich mit dem Tatverdacht und dem Haftgrund, die als allgemeine und besondere Voraussetzungen des Haftbefehls bezeichnet werden.

Den Verdacht mehrfacher Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen sieht die Kammer durch den Antrag des Anklägers hinreichend belegt. Dagegen hält die Kammermehrheit die Beweislage noch nicht für ausreichend, um den Haftbefehl auch auf den Vorwurf des Völkermordes stützen zu können. Die Voraussetzung

der Absicht, eine Volksgruppe ganz oder teilweise zu zerstören, ist nach ihrer Ansicht nicht genügend nachgewiesen. Die Beweise über die Behandlung der schwarzafrikanischen Stämme führten nicht zwingend zu dem alleinigen Schluss, dass eine Zerstörungsabsicht dahinter stehe.⁸

Diese sehr täterfreundliche Interpretation stützt die Kammer auf Art. 22 Abs. 2. Der dort genannte Grundsatz, dass Begriffsbestimmungen im Zweifel zugunsten des Beschuldigten auszulegen seien, sei in der Weise zu verallgemeinern, dass „in dubio pro reo“ auch für die Würdigung der Tatsachen gelte.

In einem *obiter dictum* bildet die Kammer die Dogmatik des Völkermordes fort, indem sie über den Wortlaut von Art. 6 hinaus und in Abkehr von der üblichen Interpretation als abstraktes Gefährdungsdelikt eine „konkrete Bedrohung“ der geschützten Gruppe verlangt.⁹

Soweit ein Tatverdacht festgestellt wurde, erachtet die Kammer den Erlass des Haftbefehls auch für erforderlich. Da der Sudan jede Kooperation ablehne und mit der Einflussnahme auf Zeugen zu rechnen sei, müsse die Verhaftung aus Gründen der Verfahrenssicherung vorgenommen werden. Auch bestehe die Gefahr, dass B die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen fortsetze.

Der Schlussteil der Entscheidung enthält die Anweisung an die Verwaltung des Gerichtshofs, Festnahme- und Überstellungsersuchen an den Sudan, die Vertragsstaaten des Statuts und die Mitgliedsstaaten des Sicherheitsrates, die keine Vertragsstaaten sind, zu übermitteln.

⁸ IstGH, Entscheidung vom 4. März 2009 (Begründung des Haftbefehls), Rn. 159 ff. (zur Internetquelle s. oben S. 1); insoweit abweichend die Richterin *Usacka*, S. 96 ff. der Entscheidung.

⁹ IstGH, (Fn. 8), Rn. 120; krit. zur Methode, aber im Ergebnis zustimmend *Burghardt/Geneuss*, ZIS (s. Fn. 4) 2009, 128, 133 ff.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Erstmals hat der IStGH einen Haftbefehl gegen ein amtierendes Staatsoberhaupt erlassen. Die große politische und mediale Resonanz wird auch in der juristischen Ausbildung ein Echo auslösen. Das Völkerrecht und das Strafrecht werden rasch reagieren. Insbesondere die entsprechenden Schwerpunkt-ausbildungen einschließlich der dort abzulegenden Prüfungen werden den Vorgang einbeziehen.

Für die Vorbereitung darauf ist Literatur bereits differenziert vorhanden. Grundinformationen lassen sich strafrechtlichen Lehrbüchern entnehmen.¹⁰ Die Spezialliteratur umfasst den Typus des Grundrisses¹¹, des „kleinen“ Lehrbuchs¹² und des „großen“ Lehrbuchs¹³.

Wir begnügen uns hier mit zwei Hinweisen zum erforderlichen Minimalwissen, welche die Ausführungen unter 2. ergänzen sollen.

In **historischer Hinsicht** sollte man wissen, dass als Meilenstein in der Entwicklung des Völkerstrafrechts der Prozess gegen die **Hauptkriegsverbrecher in Nürnberg 1945/46** vor dem Internationalen Militärgerichtshof der vier Siegermächte des zweiten Weltkriegs gilt. Zum ersten Mal wurden Individuen unmittelbar nach Völkerrecht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Das in Nürnberg angewandte Recht ist heute als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht anerkannt. Die seinerzeit entwickelten strafrechtlichen Tatbestände bilden die Grundlage der Verbrechenstatbestände im Statut des IStGH. Der sog. Kalte Krieg zwischen Ost und West hemmte für Jahrzehnte die Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts. Erst mit der Einrichtung der bei-

den **Ad-hoc-Strafgerichtshöfe** der Vereinten Nationen für Jugoslawien (1993) und Ruanda (1994) gelang ein Neuanfang. Die Verabschiedung des Rom-Statuts im Jahr 1998 sorgte für eine Verallgemeinerung und Verstärkung des Völkerstrafrechts. Derzeit haben 106 Staaten das Statut ratifiziert. Der Geltungsbereich ist, wie gezeigt, nicht auf die Vertragsparteien beschränkt.

Für die **nationale rechtliche Situation** lässt sich dem erwähnten Komplementaritätsprinzip des Statuts eine Verpflichtung der Vertragsparteien entnehmen, für eine angemessene nationale Verfolgung völkerstrafrechtlicher Straftaten zu sorgen. Zwar gibt das Statut nicht im Einzelnen vor, welches Mittel die nationale Gerichtsbarkeit sich zu bedienen hat. Jedoch ergibt sich aus der oben aufgezeigten Kontrollkompetenz des IStGH ein gewisser Anpassungsdruck. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf im Jahr 2002 mit dem Erlass eines **Völkerstrafgesetzbuchs** reagiert. Es enthält, unterteilt in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil, ein nationales materielles Völkerstrafrecht, das sich weitgehend am Rom-Statut orientiert.

5. Kritik

Die Entscheidung setzt konsequent eine Entwicklung fort, die auf eine globale Realisierung des Völkerstrafrechts hinaus läuft. Mit dieser Konsequenz verbindet sich allerdings die Gefahr, dass das Völkerstrafrecht einen empfindlichen Rückschlag erleidet, wenn es nicht gelingt, den Haftbefehl gegen B wirksam werden zu lassen. Entscheidend wird sein, ob die Staatenwelt der Aufforderung des Gerichts nachkommt, zur Vollstreckung beizutragen. Viel wäre schon gewonnen, wenn B nicht mehr wagen könnte, seinen Machtbereich zu verlassen, weil er an jedem anderen Ort der Welt mit seiner Festnahme rechnen müsste.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Pauline Endres de Oliveira)

¹⁰ Z. B. *Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 76 ff.

¹¹ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008.

¹² *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008.

¹³ *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2008.

1. Sachverhalt¹

A ist seit Jahren alkoholabhängig und hat vielfach unter Alkoholeinfluss Straftaten, im Wesentlichen Rauschgiftdelikte, Diebstähle und Straßenverkehrsstraftaten, begangen. Mit drei weiteren Personen hält er sich vor einem Bahnhofsrestaurant auf. Die Gruppe ist stark alkoholisiert. A hat zwei Flaschen Korn getrunken. Er weiß, dass er die Kontrolle über sich verlieren kann, wenn er große Alkoholmengen trinkt. Als es in der Gruppe zu lauten Streitigkeiten kommt, erscheinen zwei Polizeibeamte. Sie sprechen einen Platzverweis gegen A aus, worauf er zur Antwort gibt „Verpisst euch, ihr Arschlöcher“ und das Restaurant betritt. Die Beamten halten ihn am Oberarm fest. Daraufhin schlägt A laut schreiend um sich und reißt sich los. Die Polizisten werfen ihn zu Boden, legen ihm Handfesseln an und führen ihn ab. Die ihm kurz darauf entnommene Blutprobe ergibt für die Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 3,5 ‰.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat zum einen durch die herabsetzende Bezeichnung der Polizeibeamten als „Arschlöcher“ den Tatbestand der Beleidigung gem. § 185 Abs. 1 StGB erfüllt. Zum anderen hat er den Tatbestand des Widerstandes gegen Vollstre-

¹ Der Sachverhalt wird hier verkürzt wiedergegeben, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

Mai 2009

Kornflaschen-Fall

Vollrausch / vorsätzliche Begehung / Schuldbezug der Rauschtat

§ 323 a StGB

Leitsatz der Verf.:

Der subjektive Tatbestand des § 323 a StGB erfordert, dass für den Täter zumindest vorhersehbar ist, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art begehen wird.

OLG Hamm, Beschluss vom 21. August 2007 – 3 Ss 135/07, veröffentlicht in NSTz 2009, 40.

ckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Alt. 1 StGB verwirklicht, indem er sich dem Zugriff der Beamten dadurch entzog, dass er um sich schlug.

Eine Verurteilung nach diesen Strafvorschriften kann jedoch nicht erfolgen, weil A zum Zeitpunkt dieser Taten auf Grund des Alkoholgenusses schuldunfähig war. Bei einem BAK-Wert von über 3,0 ‰ ist in aller Regel von Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB auszugehen.²

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des A für die genannten Taten unter dem Gesichtspunkt einer actio libera in causa ist nicht erkennbar, weil er in dieser Hinsicht noch keinerlei Vorsatz hatte, als er sich betrank. Somit kann ohne weiteres zur Prüfung einer Strafbarkeit wegen Vollrausches gem.

² Zwar ist die indizielle Bedeutung des BAK-Wertes bei alkoholabhängigen Personen geringer, vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 20 Rn. 18. Da hier jedoch der Wert von 3 ‰ deutlich überschritten wurde und auch der Grundsatz „in dubio pro reo“ berücksichtigt werden muss, ist für A zum Tatzeitpunkt Schuldunfähigkeit anzunehmen.

§ 323 a StGB übergegangen werden.³ Die festgestellte Schuldunfähigkeit hindert daran nicht, weil nunmehr auf das Sich-Betrinken abgestellt wird und somit auf einen Zeitpunkt, zu dem A noch schulfähig war.

Der Prüfungsablauf ist durch die sprachliche Fassung der Vorschrift vorgegeben.⁴ Der einleitende „Wer“-Satz enthält einen Tatbestand, an den sich die Strafandrohung anschließt. Danach wird eine weitere Bedingung für eine Bestrafung formuliert. Deren Distanz zum Einleitungssatz lässt erkennen, dass sie nicht zum Tatbestand zu rechnen ist.

Die Konstruktion ist ungewöhnlich.⁵ Es liegt auf der Hand, dass ein zentrales Anwendungsproblem darin besteht, wie das Verhältnis der hinzugefügten Bedingung zum tatbestandsbezogenen Schuldvorwurf zu bestimmen ist.

Doch wenden wir uns zunächst dem **Tatbestand** zu. Er setzt nicht mehr voraus, als dass der Täter sich vorsätzlich oder fahrlässig durch Alkohol oder andere Rauschmittel in einen Rausch versetzt hat. Ob ein Rauschzustand vorliegt, wird ganz überwiegend nach Kriterien bestimmt, die auch für die Ermittlung der Schuldunfähigkeit maßgeblich sind. Es wird für erforderlich gehalten, dass **zumindest der Zustand verminderter Schulfähigkeit nach § 21 StGB erreicht** ist.⁶ Da für A sogar Schuldunfähigkeit festgestellt wurde, steht außer Frage, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Weniger eindeutig ist das Ergebnis, wenn auf der Grundlage des Sachverhalts geprüft wird, ob Vorsatz ange-

nommen werden kann. Der Vorsatz muss auch die Herbeiführung des Rauschzustandes umfassen. Zwar war A sich allgemein der Gefahr eines Kontrollverlustes durch Genuss größerer Alkoholmengen bewusst. Ob dieses Wissen für die Annahme des hier in Betracht kommenden bedingten Vorsatzes ausreicht, erscheint jedoch fraglich. Denn die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Vorsatzfeststellung. So lässt sie es nicht genügen, wenn als Erfahrungssatz ausgegeben wird, dass ein alkoholgewohnter Täter bei einem BAK-Wert von mehr als 3,0 ‰ den Rauschzustand vorsätzlich herbeigeführt habe.⁷

Ein Willenssachverhalt, der zweifelsfrei den Anforderungen des bedingten Vorsatzes genügen würde, enthielte mehr, z. B. Angaben über die konkreten Vorstellungen des A, als er sich betrank, und über seine innere Einstellung zu einem drohenden Kontrollverlust.

Müsste ein vorsätzliches Handeln verneint werden, so wäre die Prüfung mit der Verhaltensalternative der Fahrlässigkeit fortzusetzen. Zumindest in dieser Hinsicht ist der Tatbestand als erfüllt anzusehen, denn für einen alkoholgewohnten Täter wie A ist es vorhersehbar, dass das Trinken so großer Alkoholmengen zu einem Rausch führt.

Fortzusetzen ist die Prüfung mit einer Untersuchung der **Bedingung, dass der Täter im Rauschzustand eine rechtswidrige Tat begangen hat, deretwegen er mangels Schulfähigkeit nicht bestraft werden kann**. Sie wirft keinerlei Probleme auf, wenn man es beim Wortlaut des Gesetzes belässt. Wie eingangs bereits festgestellt, hat A tatbestandsmäßig und rechtswidrig Straftaten gem. §§ 113 Abs. 1 Alt. 1 und 185 Alt. 1 StGB begangen.

Genau dort aber liegt das Problem: Darf es bei einer Anwendung des Ge-

³ Vgl. zu den Prüfungsschritten, die zumindest gedanklich zu absolvieren sind, bevor es zu einer Untersuchung von § 323 a StGB kommt: *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 2-4.

⁴ Bitte den Text der Vorschrift unbedingt durchlesen!

⁵ Sie ist – gleich oder ähnlich – noch anzutreffen in §§ 186, 231 und 283 Abs. 6 StGB.

⁶ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 323 a Rn. 4.

⁷ OLG Düsseldorf Strafverteidiger 1993, 425; vgl. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 323 a Rn. 13.

setzeswortlauts bleiben? Die Identifizierung des Problems gelingt allerdings nur, wenn man mit den Grundlagen des Strafrechts vertraut ist und weiß, dass die Verfassung, genauer: das Rechtsstaatsprinzip sowie der Schutz der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Strafe nur zulässt, wenn dem Täter ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.⁸ Das führt zu der Frage, ob das **Schuldprinzip** erfordert, dass nicht allein hinsichtlich des Tatbestandes, sondern auch hinsichtlich der zusätzlichen Bedingung ein Schuldzusammenhang festgestellt werden muss.

Die **Literatur** hat dazu ein weit verzweigtes Meinungsspektrum anzubieten.⁹ Verbreitet ist die Auffassung, dass ein solcher Schuldzusammenhang nicht bestehen müsse.¹⁰ Die im Rausch begangene Tat ist danach als rein objektive Bedingung der Strafbarkeit zu behandeln. Das Kernargument lautet: Die Bedingung ist nicht als Voraussetzung, sondern als Einschränkung der Strafbarkeit zu verstehen. Der Gesetzgeber habe wegen der generellen Gefährlichkeit des Sich-Berauschtens allein schon dieses Verhalten unter Strafe gestellt. Aus pragmatischen Gründen sei die Verfolgung dieser vielfach begangenen Handlung auf Fälle beschränkt worden, in denen es zu einer rechtswidrigen Tat gekommen sei.

Für die Gegenposition lässt sich gleichermaßen ein Kernargument feststellen:¹¹ Da der Alkoholenuss auch in größeren Mengen sozial üblich und weit verbreitet ist, kann allein darin noch kein strafwürdiges Unrecht gesehen werden. Ein Schuldvorwurf könne nur dann erhoben werden, wenn der Täter

zugleich subjektiv zurechenbar das Risiko der Begehung einer rechtswidrigen Tat begründet habe.

Diese Position führt zusätzlich ein Argument ins Feld, das sich aus der Gesetzessystematik ergibt.¹² Die Bedeutung der im Rausch begangenen Tat für den Schuldvorwurf ergebe sich auch daraus, dass sie nach § 323 a Abs. 2 StGB für die Bestimmung der Strafobergrenze zu berücksichtigen sei.

Der Meinungsgegensatz lässt sich auch folgendermaßen wiedergegeben. § 323 a StGB wird **einerseits als abstraktes Gefährungsdelikt** und **andererseits als konkretes Gefährungsdelikt** eingestuft.¹³

Der schuldstrafrechtliche Ansatz verwendet das Kriterium der **Vorhersehbarkeit**, um eine Verbindung zwischen der Tathandlung und der Strafbarkeitsbedingung herzustellen. Umstritten ist jedoch, worauf sich der Vorwurf der Vorhersehbarkeit beziehen muss. Im Wesentlichen werden zwei Auffassungen vertreten.¹⁴

Einerseits wird es für ausreichend erachtet, wenn für den Täter vorhersehbar war, dass er im Rausch **irgendwelche Straftaten** begehen werde.¹⁵

Andererseits wird weitergehend verlangt, dass die Vorhersehbarkeit sich auf **Taten von der Art der tatsächlich begangenen Tat** beziehen müsse.¹⁶ Gedacht wird dabei an ein „Unrechtsspektrum“. Dessen Grenzen sollen in etwa so bestimmt werden wie die Grenzen zulässiger Wahlfeststellung, nämlich mit Hilfe des Kriteriums der rechtsethischen und psychologischen

⁸ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Absicherung des Schuldprinzips *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, 3. Kap. Rn. 1.

⁹ Überblick bei *Rengier* (Fn. 3), § 41 Rn. 5-9.

¹⁰ Z. B. *Krey/M. Heinrich*, Strafrecht BT 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 797 f.

¹¹ Z. B. *Hilgendorf* in *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 40 Rn. 10-12.

¹² Z. B. *Geisler* in *MüKo*, StGB, § 323 a Rn. 4 f.

¹³ Vgl. *Krey/M. Heinrich* (Fn. 10), Rn. 797.

¹⁴ Wir orientieren uns hier an der Unterteilung bei *Geisler* in *MüKo* (Fn. 12), § 323 a Rn. 57. *Rengier* (Fn. 3), § 41 Rn. 8, führt demgegenüber drei unterschiedliche Meinungen an.

¹⁵ Z. B. *Ranft*, MDR 1972, 737, 741.

¹⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden *Geisler* in *MüKo* (Fn. 12), § 323 a Rn. 57 f.

Vergleichbarkeit. Für diese restriktive Ansicht wird wiederum § 323 abs. 2 StGB ins Feld geführt. Wenn die Strafe nicht schwerer sein dürfe als die für die Rauschtat angedrohte, so folge daraus, dass es auf den Unwert der konkreten Rauschtat ankomme.

Die **Rechtsprechung** lässt in der Frage des Schuldzusammenhangs eine klare Linie vermissen. Zunächst behandelte der BGH § 323 a StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt. Eine Schuldbeziehung war nach seiner Ansicht nicht erforderlich. Die Bedeutung der Rauschtat erschöpfte sich für ihn in einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit.¹⁷

1956 äußerte der Große Senat für Strafsachen Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Praxis mit dem Schuldprinzip.¹⁸ Kurz darauf griff der 5. Senat die Bedenken auf und forderte, dass für den Täter „irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art“ vorhersehbar gewesen müssten.¹⁹ Allerdings schwächte er diese Position dadurch ab, dass er meinte, diese Vorhersehbarkeit verstehe sich in der Regel von selbst und bedürfe nur bei jungen und unerfahrenen Tätern sowie im Falle von Vorkehrungen zur Vermeidung rechtswidriger Taten näherer Prüfung.

Einige Jahre später distanzierte sich der 1. Senat von der Entscheidung des 5. Senats und kehrte zu der ursprünglich vertretenen Ansicht des BGH zurück.²⁰ Sie wird auch in neueren Entscheidungen vertreten.²¹

Der dargelegte Dissens der Senate ist jedoch bis heute nicht beseitigt worden. Es ist also nach wie vor möglich, unter Berufung auf die ältere BGH-Rechtsprechung einen Schuldzusammenhang zu fordern.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Tatsächlich aktiviert das OLG Hamm diese ältere BGH-Rechtsprechung. Mit einem entsprechenden Zitat²² erklärt es für erforderlich, „dass für den Täter zumindest vorhersehbar ist, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen begehen wird“.²³

Die weiteren Ausführungen erwecken sogar den Eindruck, dass der Senat sich der engen Literaturauffassung anschließt. Denn er hebt hervor, dass die Vorstrafen des A nicht wegen „Gewaltdelikten“ verhängt worden seien.²⁴ Da die angeklagte Tat Gewaltcharakter hatte, könnte damit gemeint sein, dass die Vorhersehbarkeit sich auf Straftaten beziehen müsse, die der Art nach mit der Rauschtat übereinstimmten. Näheres findet sich dazu in dem Beschluss jedoch nicht.

Überhaupt verzichtet der Senat auf jede Auseinandersetzung mit dem Problem des Schuldzusammenhangs. Auch setzt er sich nicht damit auseinander, dass der BGH in jüngeren Entscheidungen einen anderen Standpunkt vertreten hat.

Da das tatgerichtliche Urteil keinerlei Ausführungen zur Vorhersehbarkeit enthielt, erklärt der Senat es aus diesem Grund für rechtsfehlerhaft.

Einen weiteren Rechtsfehler erblickt das Revisionsgericht darin, dass die Annahme vorsätzlichen Handelns „nicht hinreichend mit Tatsachen belegt“ sei.²⁵ „Allein das Wissen eines chronisch Alkoholabhängigen um den regelmäßig bei ihm eintretenden Kontrollverlust rechtfertigt nicht die Annahme, die Volltrunkenheit werde jeweils vorsätzlich und schuldhaft herbeigeführt.“²⁶ Nötig seien nähere Darlegungen dazu, welche Vorstellungen der Täter über die Auswirkungen seines Alkoholgenusses gehabt habe, als er sich betrunken habe.

¹⁷ BGHSt 1, 124, 125 f.

¹⁸ BGHSt 9, 390, 396.

¹⁹ BGHSt 10, 247, 250.

²⁰ BGHSt 16, 124, 125 f.

²¹ Z. B. BGHSt 32, 48, 53, 55.

²² Also mit einem Hinweis auf BGHSt 10, 247; s. OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

²³ OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

²⁴ OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

²⁵ OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

²⁶ OLG Hamm NSTZ 2009, 40.

Auf Grund dieser Rechtsfehler hat der Senat das tatgerichtliche Urteil aufgehoben und zu neuer Verhandlung zurückverwiesen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir halten es für denkbar, dass die Entscheidung des OLG Hamm die Diskussion über die schuldstrafrechtliche Einbindung der Strafbarkeitsbedingung in § 323 a StGB neu belebt. Sie fördert, indem sie auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit zurückgreift, eine unbewältigte Vergangenheit des BGH zutage. Zugleich gewinnen damit die Literaturmeinungen, die für einen Schuldzusammenhang plädieren, praktische Relevanz.

Im Rahmen einer Fallbearbeitung verursacht das Problem bereits bei **Vorüberlegungen zum Aufbau** Schwierigkeiten. Die beiden dargelegten Grundpositionen führen zu Unterschieden in der straftatsystematischen Einordnung der Rauschtat. Wer einen Schuldzusammenhang für entbehrlich hält, wird sie als objektive Bedingung der Strafbarkeit deutlich vom Tatbestand und der darauf bezogenen Schuld trennen. Dagegen bedürfte es an sich einer Erweiterung der tatbestandsbezogenen Schuldprüfung um das Merkmal der Vorhersehbarkeit der Rauschtat, wenn ein Schuldzusammenhang für nötig befunden wird.

Um eine Festlegung zu vermeiden, bevor das Problem überhaupt erörtert worden ist, sollte folgendermaßen vorgegangen werden.²⁷ Entsprechend der Struktur der Strafvorschrift werden zunächst der Tatbestand, also das vorsätzliche oder fahrlässige Sich-Versetzen in einen Rauschzustand, und insoweit auch das Vorliegen von Rechtswidrigkeit und Schuld geprüft. Anschließend wird die Strafbarkeitsbedingung der Rauschtat thematisiert. Sie muss auf jeden Fall objektiv gegeben sein. Ist eine entsprechende Feststel-

lung getroffen worden, so kann anschließend die Frage erörtert werden, ob es zusätzlich einer Schuldbeziehung zu dieser Tat bedarf. Wird das nach einer Auseinandersetzung mit dem Problem bejaht, so ist am Anschluss daran zu klären, wie diese Beziehung beschaffen sein muss. Insbesondere muss erörtert werden, ob die Voraussehbarkeit einer irgendwie gearteten Straftat genügt oder eine Begrenzung auf vergleichbare Straftaten vorgenommen werden muss. Das Ergebnis ist schließlich auf den Fall anzuwenden.

Die Entscheidung des OLG Hamm sollte auch Berücksichtigung finden, wenn im Rahmen von Fallprüfungen zu untersuchen ist, ob der Täter sich **vorsätzlich** in den Rauschzustand versetzt hat. Alkoholgewöhnung und ein hoher BAK-Wert reichen nicht aus, um das Vorsatzmerkmal als erfüllt anzusehen. Vielmehr muss konkret für die Tatsituation ermittelt werden, welche Vorstellungen der Täter von den Auswirkungen des Rauschmittels gehabt hat.

5. Kritik

Unser Eindruck ist, dass das OLG Hamm mit aller Vorsicht einen Versuchsballon gestartet hat.²⁸ Eher beiläufig wird unter Berufung auf eine ältere BGH-Entscheidung ein Schuldzusammenhang mit der Rauschtat gefordert. Die Gefahr besteht, dass diese recht dünne Stimme keinerlei Gehör findet. Das wäre bedauerlich, handelt es sich doch um ein sehr grundsätzliches Problem, das letztlich die Vereinbarkeit einer Strafvorschrift mit dem Schuldprinzip betrifft. Vielleicht können wir mit unserer Veröffentlichung ein wenig zur Verbreitung der Entscheidung beitragen.

Mehr als einen Anstoß zur Diskussion leistet diese Entscheidung allerdings nicht. Nachteilig ist insbesondere, dass

²⁷ Wie hier Rengier (Fn. 3), § 41 Rn. 4.

²⁸ Es erscheint allerdings auch nicht ausgeschlossen, dass mangelnde richterliche Sorgfalt der Grund für den Rückgriff auf eine ältere BGH-Entscheidung gewesen ist.

sie Widersprüche in der Frage enthält, worauf sich die Vorhersehbarkeit beziehen muss.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Marie Melior)

1. Sachverhalt¹

A weiß von seinem Bekannten B, dass dieser gemeinsam mit anderen in großem Stil und zur Erlangung beträchtlicher und dauerhafter Einnahmen Fußballwetten auf dem asiatischen Wettmarkt abschließt. Auch ist ihm bekannt, dass B die Erfolgchancen der Wetten dadurch erhöht, dass er Fußballspieler beteiligt, denen er für die Manipulation von Spielen vier- bis fünfstellige Geldbeträge pro Spiel zahlt. A wird von B angesprochen, nachdem dieser erfolglos versucht hat, den Regionalligaspieler C für eine Mitwirkung zu gewinnen. B bittet A, auf C einzuwirken. Er erwartet, dass A eher Erfolg haben wird, weil er früher einmal mit C gemeinsam in einer Mannschaft gespielt hat. Die Beteiligung des C soll mit der Manipulation eines bevorstehenden Spiels beginnen, wofür ihm 3.000 Euro angeboten werden sollen. A erklärt sich bereit, B den erbetenen Gefallen zu tun. Er beabsichtigt nicht, sich selbst an dem Wettsystem zu beteiligen. In einem ersten Telefongespräch mit C geht A noch nicht auf die geplante Spielmanipulation ein, sondern verabredet zunächst nur ein weiteres Gespräch. C erkennt jedoch, dass ein Zusammenhang mit den vorherigen Anwerbungsversuchen des B besteht. Daher reagiert er nicht auf

Jun 2009 Regionalliga-Fall

Versuch der Beteiligung / Verbrechensverabredung / Anstiftungsversuch zu einem Verbrechen / Sich-Bereiterklären zur Anstiftung zu einem Verbrechen / Akzessorietät / strafschärfende besondere persönliche Merkmale

§§ 30, 263 Abs. 5 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Für die Einordnung der gem. § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in den Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gem. § 30 Abs. 2 StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an.

BGH, Urteil vom 4. Februar 2009 – 2 StR 165/08, veröffentlicht in NStZ 2009, 322.

weitere Anrufe und sonstige Kontaktversuche des A.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Skandal um den Fußballschiedsrichter Hoyzer und die daraufhin ergangenen Strafurteile haben offenbar wenig bewirkt. Der Wettbetrug floriert weiterhin. Das Risiko scheint sich zu lohnen. Von besonderem Interesse sind Fußballspiele auf der Ebene der Zweit- und Drittklassigkeit, weil die geringer bezahlten Spieler für Bestechungsversuche anfälliger sind.

Gesicherter **Ausgangspunkt einer rechtlichen Bewertung** ist die Einordnung von Wetten auf manipulierte Spiele als Betrug. Die zunächst umstrittene Frage, ob mit der Abgabe des Wertscheins getäuscht wird, hat die Rechtsprechung bejaht. Danach ist dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages in der Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen,

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

dass der Wettgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert ist.²

Ferner kann die tatbestandliche Einordnung des Geschehens noch folgendermaßen präzisiert werden. Da an dem Wettsystem zahlreiche Personen beteiligt waren, nämlich B, seine Hintermänner und Fußballspieler, und da alle Beteiligten daraus dauerhafte Einnahmen von erheblichem Umfang bezogen und somit gewerbsmäßig handelten,³ wurde mit jeder Wette durch gemeinschaftliches Handeln der **Verbrechenstatbestand des bandenmäßig begangenen gewerbsmäßigen Betruges** gem. § 263 Abs. 5 StGB verwirklicht.

Klärungsbedürftig ist die Tatbeteiligung des A. Allerdings hat A, genau genommen, nur versucht, sich zu beteiligen. Denn seine Bemühungen, C für eine Mitwirkung zu gewinnen, blieben erfolglos. Daher kommt als rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit auch nur die Vorschrift in Betracht, die mit „Versuch der Beteiligung“ überschrieben ist: § 30 StGB. Bei der Anwendung dieser Vorschrift ergeben sich zwei Probleme.

Das **erste Problem** betrifft die Zuordnung des Verhaltens des A zu den **gesetzlichen Handlungsbeschreibungen**. Es bieten sich mehrere für eine Anwendung an.

So könnte A gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 StGB versucht haben, C zur Begehung eines Verbrechens gem. § 263 Abs. 5 StGB anzustiften. Freilich ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass es an einem unmittelbaren Ansetzen gefehlt haben könnte, weil A gar nicht erst die Gelegenheit erhielt, mit C über das konkrete Vorhaben zu sprechen.

Ferner ist denkbar, dass A sich gem. § 30 Abs. 2 StGB zur Begehung eines Verbrechens verabredete, als er B seine Unterstützung zusagte. Doch lässt der geringe Umfang seiner in Aussicht gestellten Mitwirkung daran zweifeln, ob tatsächlich das Merkmal einer Verabredung erfüllt ist. Denn erforderlich ist dafür die Planung eines mittäterschaftlichen Zusammenwirkens.⁴

Schließlich könnte A noch anzulasten sein, dass er sich mit der Zusage gegenüber B, auf C einzuwirken, gem. § 30 Abs. 2 StGB bereit erklärt hat, einen anderen zur Begehung eines Verbrechens anzustiften. Diese Totalalternative scheint noch am besten auf das konkrete Verhalten des A zu passen. Sie soll daher genauer untersucht werden.

Dabei wird das **zweite Problem** sichtbar. Es handelt sich um ein kompliziertes **Akzessorietätsproblem**. Mit dem Begriff der Akzessorietät wird das Verhältnis einer Teilnahmehandlung zur Haupttat bezeichnet. Hier tritt ein Akzessorietätsproblem auf, das nicht ein tatsächliches Geschehen, sondern einen künftigen Vorgang betrifft. A hat versprochen, C anzustiften.

Stellt man sich einmal vor, dass A tatsächlich und erfolgreich sein Vorhaben, C anzustiften, ausgeführt hätte, dann zeigt sich, dass die in § 28 StGB geregelte Lockerung der Akzessorietät zum Zuge kommt. Für eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 5 StGB muss u. a. das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit gegeben sein, das als besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 StGB gilt.⁵ Dieses Merkmal hätte wohl bei C, nicht aber bei A vorgelegen. Da das Merkmal

² BGHSt 51, 165, 167 f.; vgl. auch Famos 10/2006 (Wettskandal-Fall).

³ Vgl. zum Merkmal der Gewerbsmäßigkeit Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, Vor § 52 Rn. 20.

⁴ Lackner/Kühl (Fn. 3), § 30 Rn. 6.

⁵ Vgl. zur Einordnung der Gewerbsmäßigkeit als besonderes persönliches Merkmal: BGHSt 6, 260; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 28 Rn. 9.

eine strafschärfende Funktion hat, müsste eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB vorgenommen werden, so dass A nur wegen Anstiftung zum Vergehen des (einfachen) Betruges zu bestrafen wäre.

Soll Gleiches für die nur in Aussicht gestellte, jedoch nicht realisierte Anstiftung gelten? Das hätte zur Folge, dass eine Strafbarkeit für A entfielen, weil von § 30 Abs. 2 StGB nur das Sich-Bereiterklären zur Verbrechensanstiftung erfasst wird.

In einer frühen Entscheidung hat der BGH diesen Standpunkt abgelehnt und für maßgeblich erklärt, ob die Tat für die Person des Anzustiftenden ein Verbrechen darstellen würde.⁶ Eine Literaturmeinung ist ihm darin gefolgt.⁷ Das Hauptargument lautet: Da die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB ihren Grund in der Schwere des intendierten Rechtsgutsangriffs habe, sei auf die beabsichtigte Haupttat, nicht aber auf die Anstiftungshandlung abzustellen.

Die Gegenauffassung⁸ sieht darin einen Systembruch. Es sei inkonsequent, im Falle der Tatausführung die gesetzliche Akzessorietätsregelung in § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden, im Falle nur intendierter Teilnahme davon jedoch abzusehen. Auch wird ein Widerspruch zum Schuldprinzip beanstandet. Der Täter nach § 30 Abs. 2 StGB werde nicht nach dem Maß seiner Schuld bestraft, wenn ein Schuldspruch ergehe, der unberücksichtigt lasse, dass das verbrechensbegründende besondere persönliche Merkmal bei ihm nicht vorgelegen hätte, wenn

es zur Ausführung von Anstiftung und Haupttat gekommen wäre.⁹

Die Diskussion ist nicht bei dem Meinungsgegensatz stehen geblieben. Es werden zwei weitere Auffassungen vertreten.

So wird verlangt, dass auf beiden Seiten, also auf der Seite des Anstifters und auf der Seite des Anzustiftenden das besondere persönliche Merkmal vorhanden sein müsse, das die Tat zum Verbrechen mache.¹⁰ Das Ziel dieser Ansicht ist es, beiden Gesichtspunkten zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, dem Strafzweck der Unterbindung besonders gefährlicher Taten und dem Prinzip individueller Schuldangemessenheit der Strafe. Dass es dadurch zu einer erheblichen Einschränkung der Strafbarkeit kommt, wird begrüßt, weil die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB als problematisch angesehen wird.

Schließlich wird noch eine Lösung angeboten, die danach unterscheidet, ob das besondere persönliche Merkmal einen Unrechtsbezug oder einen Schuldbezug aufweist.¹¹ Im ersten Fall soll es auf die Person des Anzustiftenden, im zweiten Fall auf die Person des Anstifters ankommen. Mit dieser Lösung soll der Gegensatz der Hauptargumente – Prävention gegenüber gefährlichen Taten versus schuldangemessene Bestrafung – durch eine Orientierung am Charakter des jeweiligen Merkmals aufgelöst werden.

Allerdings bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, einzelne Merkmale nach Unrechts- oder Schuldbezug zu sortieren. Das zeigt etwa das Beispiel des besonderen persönlichen Merk-

⁶ BGHSt 6, 308.

⁷ Z. B. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 48; *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, S. 414 f.

⁸ Z. B. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 247; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 562.

⁹ Vgl. *Brose*, Die versuchte Verbrechensbeteiligung, 1970, S. 148 ff.

¹⁰ *Zaczyk* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 30 Rn. 29.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 28 Rn. 27 ff.

mals des Tatantriebs, der durch ein Tötungsverlangen gem. § 216 StGB bestimmt ist. Die Zuordnung ist schwierig, weil schon grundsätzlich umstritten ist, ob die Strafmilderung in § 216 StGB durch Unrechts- oder Schuld-minderung begründet ist.¹² Was das hier relevante Merkmal der Gewerbsmäßigkeit betrifft, so dürften ebenfalls beide Möglichkeiten der Einordnung vertretbar sein.

Fazit: Der Fall bot dem BGH eine Gelegenheit, zu einem breit gefächerten Meinungsstreit Stellung zu nehmen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In der Frage, **welche Handlungsalternative** gem. § 30 StGB A verwirklicht hat, widerspricht der BGH dem Tatgericht, das ihn wegen Verabredung zum gewerbs- und bandenmäßigen Betrug verurteilt hat. Die Verbrechensverabredung habe für alle daran beteiligten Personen zur Voraussetzung, dass eine mittäterschaftliche Mitwirkung an dem geplanten Verbrechen beabsichtigt sei. Eine Beteiligung in der Form der Beihilfe reiche nicht aus. Im Gespräch mit B habe A eine Beteiligung zugesagt, die weder unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft noch im Hinblick auf ein eigenes Interesse an der Tat den Anforderungen an ein mittäterschaftliches Verhalten genüge.

Auch die Handlungsalternative der versuchten Anstiftung erklärt der BGH für unanwendbar. Mit dem Telefonat habe A noch nicht unmittelbar zur Anstiftungshandlung des Bestimmens angesetzt, weil die Manipulation von Spielen darin noch nicht angesprochen worden sei.

Dagegen ist nach der Meinung des Senats die Alternative des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung zu einem Verbrechen dadurch erfüllt, dass A im Gespräch mit B in Aussicht stellte, auf C einzuwirken.

In der **Akzessorietätsproblematik** verzichtet der BGH darauf, auf den Meinungsstreit einzugehen. Er belässt es vielmehr bei einer Bestätigung der Auffassung, die er schon einmal in einer frühen Entscheidung vertreten hat. Danach kommt es hinsichtlich des verbrechensbegründenden besonderen persönlich Merkmals allein auf den Anzustiftenden an. Die Argumentation fällt äußerst knapp aus. Neben dem Wortlaut der Vorschrift wird ihr „Strafgrund“ genannt, „der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll“.¹³

Das Meinungsspektrum in dieser Frage kommt nicht zur Geltung. Ohne auf Unterschiede einzugehen, werden in einem Klammerzusatz Fundstellen für abweichende Ansichten aneinandergereiht.

Im Ergebnis gelangt der BGH also zu einer Strafbarkeit des A wegen Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung des C zum Verbrechen des gewerbsmäßigen Betruges als Mitglied einer Bande gem. § 263 Abs. 5 StGB. Da das Landgericht auf eine Verbrechensverabredung abgestellt hatte, bedurfte es einer Schuld-spruchberichtigung.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall sollte genutzt werden, um sich mit § 30 StGB vertraut zu machen. In Vorlesungen findet die Vorschrift zu-meist nur geringe Beachtung. Auch die Lehrbuchliteratur behandelt sie in der Regel stiefmütterlich. Das belegt der geringe Umfang der entsprechenden Abschnitte. Auch werden kaum einmal klare Aufbauvorschläge angeboten.

Es schadet nicht, zu wissen, dass die Vorschrift nachträglich als Duchesne-Paragraph in das StGB eingefügt wurde. Anlass war der Fall des belgischen Kesselschmiedes Duchesne, der dem Erzbischof von Paris brieflich an-

¹² Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 3), § 216 Rn. 1.

¹³ BGH NSTZ 2009, 322, 323.

geboten hatte, ein Attentat auf Bismarck zu verüben.¹⁴

Man sollte auch wissen, dass an der Vorschrift seit jeher kritisiert wird, sie verlagere die Strafbarkeit zu weit in das Vorfeld krimineller Aktivitäten, und dass dieses Bedenken immer wieder die Forderung veranlasst, die Vorschrift restriktiv anzuwenden.¹⁵

Schwierig ist die Vorschrift vor allem deswegen, weil hier zwei ohnehin komplizierte Figuren des Allgemeinen Teils – Versuch und Teilnahme – zusammengefügt worden sind. Es liegt auf der Hand, dass es zu **Aufbauproblemen** kommen muss, weil für beide Figuren spezielle Anwendungsregeln gelten. Mit einigen Hinweisen wollen wir zur Bewältigung dieser Probleme beitragen.

Die gesetzliche Überschrift „Versuch der Beteiligung“ legt es nahe, sich am Versuchsaufbau zu orientieren. Das würde bedeuten, dass für die tatbestandliche Prüfung die subjektive Tatseite Priorität hätte. Dafür spricht, dass das Verbrechen sich noch in einem Vorbereitungsstadium befunden hat und nur über die Vorstellung der Beteiligten zu erfassen ist.

Allerdings trifft diese Überlegung uneingeschränkt nur auf die Handlungsalternativen in § 30 Abs. 1 StGB zu, also auf die versuchte Anstiftung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Anstiftung zu einem Verbrechen. Hier empfiehlt es sich in der Tat, nach dem Muster des Versuchsaufbaus zu prüfen.¹⁶

Die allgemeine Aufbauregel, dass vor der Prüfung einer Teilnahmehandlung die Haupttat untersucht werden sollte, lässt sich hier naturgemäß nicht einhalten, weil es beim Anstiftungsversuch geblieben ist. Die Haupttat kann daher erst im Rahmen der Prüfung der

versuchten Anstiftung zur Sprache kommen.¹⁷

Bei den Handlungsalternativen in Abs. 2 (Sich-Bereiterklären, Annehmen des Erbietens und Verabreden eines Verbrechens oder einer Anstiftung zu einem Verbrechen) verbleibt zwar das intendierte Verbrechen ebenfalls im Vorbereitungsstadium; es wird jedoch in objektiven Erklärungsakten unter den Beteiligten sichtbar. Da zudem die Erklärungshandlungen als solche vollständig verwirklicht sein müssen, ist es hier möglich, die übliche straftatsystematische Prüfungsabfolge einzuhalten, indem zunächst der objektive und dann der subjektive Tatbestand geprüft wird.¹⁸

Die **praktische Bedeutung der Akzessorietätsproblematik** ist keineswegs immer noch so gering, wie in der Literatur teilweise zu lesen ist.¹⁹ Zwar wird man einräumen müssen, dass die üblicherweise in diesem Zusammenhang erörterten Fälle wenig praxisrelevant sind. Dabei geht es um das Tatmotiv der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB und die Amtsträgereigenschaft gem. § 343 StGB (Aussageerpressung) als besondere persönliche Merkmale, deren Vorhandensein oder Fehlen über den Verbrechens- oder Vergehenscharakter der intendierten Tat – § 212 StGB bzw. § 240 StGB – entscheidet. Der hier zu besprechende Fall zeigt jedoch, dass ein neues praktisches Anwendungsfeld dadurch ent-

¹⁴ Näher zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Dessecker* JA 2005, 549, 550.

¹⁵ Vgl. *Zaczyk* (Fn. 10), § 30 Rn. 4.

¹⁶ Ein entsprechender Aufbauvorschlag findet sich bei *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 886.

¹⁷ Eine erste Erwähnung wird die (intendierte) Haupttat in der Vorprüfung finden, in der die Nichtvollendung der Anstiftung und der Verbrechenscharakter dieser Tat festzustellen sind; vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 886. Näher mit der Haupttat muss sich dann die Untersuchung des Tatentschlusses befassen.

¹⁸ Beispiel für diesen Aufbau (und auch für den anders gearteten Aufbau einer versuchten Verbrechensanstiftung): *Mitsch*, JuS 2005, 340, 342 f.

¹⁹ Z. B. *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 43 Rn. 7; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 173.

standen ist, dass der Gesetzgeber die Gewerbsmäßigkeit des Handelns als Bandenmitglied zur Heraufstufung eines Vergehens zu einem Verbrechen verwendet hat. Das betrifft nicht allein den Betrug (§ 263 Abs. 5 StGB), sondern z. B. auch den Diebstahl (§ 244 a StGB i. V. m. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB) und die Hehlerei (§ 260 a StGB).

5. Kritik

Es ist enttäuschend, dass der BGH auf einen vor mehr als fünfzig Jahren geäußerten Rechtsstandpunkt²⁰ zurückgreift, ohne die zwischenzeitlich geführte Diskussion in der Literatur inhaltlich zu würdigen. Die Strafrechtswissenschaft genießt offenbar unter den amtierenden Richtern am BGH kein sonderlich großes Ansehen.

Im Übrigen wird dieser Umgang mit dem Problem nicht seiner gewachsenen praktischen Bedeutung gerecht.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Sabine Just)

²⁰ Die Entscheidung BGHSt 6, 308, an die der BGH jetzt anknüpft, stammt aus dem Jahr 1954.

1. Sachverhalt

A betreibt als Mieter ein Atelier in einer mehrstöckigen Gewerbehalle. Er entnimmt dem Ofen, mit dem er den Raum beheizt, Asche und schüttet sie in eine Papiertüte. Ohne nachzuprüfen, geht er davon aus, dass die Asche abgekühlt ist. Er legt die Tüte in einen Karton und stellt ihn auf dem Holzfußboden ab. Aus der Glut, die sich noch in der Asche befindet, entwickelt sich ein Schmelbrand, der nachts zum Ausbruch eines offenen Feuers führt. Dabei gerät das gesamte Gebäude in Brand. Personen befinden sich nicht darin. Das ist dem Einsatzleiter B der herbeigerufenen Freiwilligen Feuerwehr bekannt. Gleichwohl schickt er zur Brandbekämpfung C und D mit Atemschutzausrüstung und Löschgerät in das Gebäude. Ihren Einsatz soll E überwachen. Zu seinen Aufgaben gehört es, den Sauerstoffverbrauch zu kontrollieren. Der Vorrat in den Geräten reicht nur für 30 Minuten. Dienstvorschriften sehen eine Zeitkontrolle und eine regelmäßige Abfrage des Drucks in den Sauerstoffbehältern vor. E verfügt jedoch über keine Uhr. Er belässt es dabei, die Druckstände zu notieren, die ihm über Funk mitgeteilt werden. C und

Juli 2009 Mayday-Fall

Fahrlässige Tötung / tödlicher Rettereinsatz / Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang / Zurechnungsausschluss bei offensichtlich unvernünftigem Rettungsversuch / Beurteilung arbeitsteiliger Rettungsmaßnahmen

§§ 222, 306 d Abs. 1, 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Leitsätze des Gerichts:

1. Dem Verursacher eines Brandes ist grundsätzlich der auf einer überobligatorischen und damit über die berufsbedingte Handlungspflicht hinausgehenden Rettungshandlung beruhende Tod von Feuerwehrmännern zuzurechnen.
2. Die Grenze der Zurechnung ist erreicht, wenn sich der Rettungsversuch von vornherein als sinnlos oder mit offensichtlich unverhältnismäßigen Wagnissen verbunden und damit als offensichtlich unvernünftig darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Risikofaktoren in einer objektivierten ex-ante-Betrachtung so gewichtig sind, dass auch unter angemessener Berücksichtigung der psychischen Drucksituation der Rettungskräfte deutlich ist, dass die (weitere) Durchführung der Rettungsaktion zu einem gänzlich unververtretbaren Risiko für Leib und Leben der Retter führt.
3. Liegt ein offensichtlich unvernünftiger Rettungsversuch vor, kommt es auf eine Kausalität zwischen dem entsprechenden Entschluss und den schweren Folgen nicht an.
4. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein offensichtlich unvernünftiges Rettungshandeln vorliegt, ist bei arbeitsteiligem Handeln berufsmäßiger Retter auf das gesamte Handeln der am Einsatz beteiligten Feuerwehrangehörigen abzustellen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 20. Februar 2008 – 4 Ws 37/08; veröffentlicht in NSTZ 2009, 331 m. Anm. Puppe.

D dringen bis ins Dachgeschoss vor, ohne dass sie wegen der weit fortgeschrittenen Einsatzzeit und des bedrohlichen Druckabfalls gewarnt werden. Überraschend bricht im Treppenhaus

erneut ein offenes Feuer aus. Es verhindert, dass ein Ablösetrupp nachrücken kann. C und D funken das Notsignal „Mayday“. Bald darauf sterben sie an einer Kohlenmonoxydvergiftung. – Strafbarkeit des A?

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat sich durch den unachtsamen Umgang mit der Asche wegen **fahrlässiger Brandstiftung** gem. §§ 306 d Abs. 1, 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Das bedarf keiner näheren Erörterung.

Erörterungsbedürftig ist dagegen die Frage, ob ihm auch der Vorwurf **fahrlässiger Tötung** gem. § 222 StGB zu machen ist. Der Erörterungsbedarf ergibt sich insbesondere daraus, dass der Tod der beiden Feuerwehrleute auf einer Verkettung zahlreicher Umstände beruhte, für die teilweise auch andere Personen verantwortlich waren.

Das Gesetz trägt zu einer Klärung nur wenig bei. Ein minimalistischer Tatbestand – Verursachung des Todes durch Fahrlässigkeit – überlässt die Beantwortung methodischer und inhaltlicher Fragen fast vollständig dem Rechtsanwender. Das Fehlen gesetzlicher Vorgaben hat eine Dogmatik entstehen lassen, die sich in einem Zustand ständiger Veränderung befindet. Sie ist weit davon entfernt, der Praxis einheitliche und klare Anwendungsregeln zur Verfügung zu stellen.

Für eine sachgerechte Fallbearbeitung ist mindestens Folgendes nötig: Man muss mit der Grundlinie dieser Dogmatik vertraut sein und man muss die wichtigsten Fallgruppen kennen.

Einigkeit besteht darin, dass der Tatbestand der fahrlässigen Tötung mehr erfordert als das Zusammentreffen einer für den Tod kausalen Handlung mit einer Sorgfaltspflichtverletzung. Allgemein wird zusätzlich ein **Zusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Tod** für erforderlich gehalten: Im Tod muss

sich die durch die Pflichtverletzung geschaffene Gefahr realisiert haben.¹

Unterschiede gibt es in der formalen Erfassung dieses Merkmals. Die Rechtsprechung bezieht es in die Kausalitätsprüfung ein.² Ungünstig daran ist, dass das wertfreie Kriterium der „conditio sine qua non“ mit einem werthaltigen Merkmal verknüpft wird. Daher tritt die Lehre für eine strikte Trennung ein. Danach wird zunächst in gewohnter Weise die Kausalität geprüft und erst in einem gesonderten zweiten Schritt der Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg untersucht.³

Gut geeignet für eine Kennzeichnung der zweiten Prüfungsstufe erscheint uns der **Begriff des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges**. Eine Verständigung darauf ist jedoch nicht erfolgt. Teils wird dieser Begriff mit einer engeren Bedeutung verwendet. Auch stößt man vielfach auf andere Begriffe, die das Element der Zurechnung enthalten, z. B. Zurechnungszusammenhang oder objektive Zurechenbarkeit.

Der Grund für diese Begriffsverwendung besteht darin, dass der im Bereich der Fahrlässigkeit entwickelte Sachgedanke auf die Vorsatzdelikte ausgedehnt worden ist. Auch dort wird es für erforderlich gehalten, zusätzlich zur Kausalität einen Zusammenhang zwischen der durch die Handlung geschaffenen Gefahr und dem Erfolg festzustellen. So ist es zur Ausbildung einer allgemeinen Zurechnungslehre gekommen.⁴ In der Praxis ist es allerdings dabei geblieben, dass das Problem zur

¹ Vgl. z. B. Krey, Strafrecht AT Bd. 2, 3. Aufl. 2008, Rn. 543; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 673.

² Vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, Vor § 13 Rn. 31 f.

³ Vgl. Jäger, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2007, Rn. 374; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 875.

⁴ Übersichtliche Darstellung der Grundzüge bei Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 36–74.

Hauptsache fahrlässige Erfolgsdelikte betrifft.⁵

Die Bemühungen um eine begriffliche Verfeinerung des Merkmals haben zur **Bildung zahlreicher Fallgruppen** geführt. Die Fallgruppen haben eine negative Ausrichtung. Sie fassen Fälle nach einem Leitgesichtspunkt zusammen, der jeweils einen Grund für die Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bezeichnet. Leider bestehen auch in der Benennung und Systematisierung dieser Fallgruppen erhebliche Unterschiede.

Auf den vorliegenden Fall könnten mehrere der in der Diskussion befindlichen Leitgesichtspunkte zur Anwendung kommen. Denkbar erscheint eine Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs etwa wegen „eigenverantwortlicher Selbstgefährdung“⁶ der beiden getöteten Feuerwehrleute, aber auch wegen einer „Fremdverantwortung“⁷ des Einsatzleiters und des mit der Kontrolle beauftragten Feuerwehrmannes oder wegen eines durch Verkettung unglücklicher Umstände geprägten und daher „atypischen Kausalverlaufs“⁸.

Eine **Leitentscheidung des BGH**⁹ hat dafür gesorgt, dass in Fällen der vorliegenden Art ein Prüfungsverfahren üblich geworden ist, das mit dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung einsetzt. Der BGH schränkt den Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur für Personen ein, die in Rettungsabsicht eingreifen. Der Zurechnungsausschluss soll dem Täter dann nicht zugute kommen, wenn er für den Retter ein „einsichtiges Motiv für gefährliche Rettungsmaßnahmen“¹⁰ geliefert hat. Der Schutzbereich der

Norm wird dadurch grundsätzlich auch auf Retter erstreckt, die sich freiwillig in Gefahr begeben. Das soll allerdings nicht gelten, wenn der Rettungsversuch von vornherein sinnlos oder übermäßig waghalsig und somit „**offensichtlich unvernünftig**“¹¹ gewesen ist.

Die Leitentscheidung lässt zwei Fragen offen, die sich wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falles stellen.

Während die BGH-Entscheidung eine rettend eingreifende Privatperson betraf, sind hier Personen tätig geworden, für die eine Rettungspflicht bestand. Für sie könnte es von vornherein an der Freiwilligkeit ihres Tuns und damit an der Eigenverantwortlichkeit ihrer Selbstgefährdung gefehlt haben.

Da der BGH sich nur mit dem Rettungsverhalten einer einzelnen Person zu befassen hatte, ist der Entscheidung nichts darüber zu entnehmen, auf wen abzustellen ist, wenn ein Zusammenwirken mehrerer Personen unter dem Gesichtspunkt eines offensichtlich unvernünftigen Rettungsversuchs zu beurteilen ist. Aus der Sicht von B und C, die auf Anweisung ihres Vorgesetzten handelten, war ihr individuelles Verhalten keineswegs offensichtlich unvernünftig. Betrachtet man dagegen die gesamte Rettungsaktion als Einheit, so gibt es mehrere Gründe für eine Bewertung als offensichtlich unvernünftig. Da sich keine Personen im Gebäude befanden, war ein risikoreiches Eindringen unnötig. Auch war die gebotene Absicherung von B und C nicht gewährleistet. Es fehlte bereits an der Ausstattung für die erforderliche zeitliche Kontrolle des Einsatzes. Zudem hielt sich die zur Überwachung eingesetzte Person nicht an die Dienstvorschriften.

Erwähnt werden muss noch, dass die BGH-Entscheidung in der Literatur auf Widerspruch gestoßen ist.¹² Kritisiert wird zum einen die Unbestimmtheit des Maßstabes offensichtlicher Un-

⁵ Vgl. *Fischer* (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 24.

⁶ Vgl. zu dieser Fallgruppe *Kühl* (Fn. 4), § 4 Rn. 86.

⁷ Vgl. zu dieser Fallgruppe *Jäger* (Fn. 3), Rn. 40.

⁸ Vgl. zu dieser Fallgruppe *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 196.

⁹ BGHSt 39, 322.

¹⁰ BGHSt 39, 322, 325.

¹¹ BGHSt 39, 322, 326.

¹² Vgl. zum Folgenden *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 115–117.

vernunft. Auch wird es für unbillig gehalten, dass der Täter für ein Risiko strafrechtlich einstehen soll, das der Retter freiwillig eingeht. Außerdem wird noch angeführt, dass sich ein gewissenhafter Retter belastet fühle, wenn er wisse, dass er für denjenigen, dem er helfen wolle, ein Strafbarkeitsrisiko begründe. Nach dieser Ansicht führt in Retterfällen der Gesichtspunkt eigenverantwortlicher Selbstgefährdung zu einer Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges.

Allerdings wird davon eine Ausnahme für Fälle gemacht, in denen die Rettungstätigkeit auf einer berufsbezogenen Handlungspflicht beruht. Hier könne der Gesichtspunkt freiwilliger Selbstgefährdung nicht zum Zuge kommen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Stuttgart orientiert sich an der Leitentscheidung des BGH. Dabei führt es einige zusätzliche Argumente dafür an, dass der Zurechnungsausschluss wegen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung in Retterfällen einer Einschränkung bedürfe. Da ein Erfolg der Rettungsmaßnahmen dem Täter zugute komme, müsse er auch für einen Misserfolg einstehen. Auch sei für den Täter bei Ausführung der Tat erkennbar, dass dadurch für andere aus beruflichen oder sonstigen Gründen eine Handlungspflicht entstehen könne.

Einen weiteren Grund für eine Einschränkung der Rechtsfigur der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung sieht das Gericht in dem Umstand, dass die Feuerwehrmänner zu Rettungshandlungen verpflichtet waren. Es fehle „pflichtigen Rettungskräften“ an einem „vollständig freiwilligen Handlungsschluss“.¹³ Der Senat geht also nicht so weit, dass er in diesen Fällen den Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von vornherein für unanwendbar erklärt. Vielmehr misst er der Rettungspflicht nur Bedeutung für

die Bestimmung der Reichweite der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zu.

Vom BGH übernimmt das OLG Stuttgart auch die Rückausnahme des Fehlens eines Pflichtwidrigkeitszusammenhanges in Fällen offensichtlich unvernünftiger Rettungsmaßnahmen. Die noch offene Frage, auf wen insoweit bei arbeitsteiligen Rettungsmaßnahmen abzustellen ist, beantwortet das Gericht im Sinne einer **Gesamtbetrachtung**.

Es beruft sich darauf, dass die moderne Brandschutztechnik nur im Wege der Arbeitsteilung einsetzbar sei. „Wenn aber dem Täter das hierdurch ermöglichte höhere Risiko des Retters zugerechnet wird, muss ihm andererseits bei der Frage der Begrenzung der objektiven Zurechenbarkeit – nämlich bei der Bewertung der Frage, ob offensichtlich unvernünftig gehandelt wurde – auch das durch die arbeitsteilige Vorgehensweise bedingte Fehlerrisiko zugute kommen.“¹⁴ Daraus folgert das Gericht, dass nicht das Verhalten einzelner gefährdeter Feuerwehrangehöriger, sondern „das gesamte Handeln der am Einsatz beteiligten Feuerwehrangehörigen“¹⁵ maßgeblich sei.

Somit war im vorliegenden Fall einzubeziehen, dass für die hochriskante Rettungsmaßnahme kein Anlass bestand, weil keine Personen gefährdet waren, dass es an den Voraussetzungen für eine effektive Absicherung von C und D fehlte und dass E deren Einsatz nicht vorschriftsmäßig überwachte. Vielzahl und Ausmaß dieser Fehler lassen das OLG Stuttgart zu der Einschätzung kommen, dass ein offensichtlich unvernünftiges Rettungshandeln vorgelegen hat. Für unerheblich erachtet es in diesem Zusammenhang, ob die Fehler auch kausal für den Tod von C und D geworden sind.

Die Entscheidung hat somit zum Ergebnis, dass A sich allein wegen fahrlässiger Brandstiftung, nicht aber we-

¹³ OLG Stuttgart NSTZ 2009, 331, 332.

¹⁴ OLG Stuttgart NSTZ 2009, 331, 332 f.

¹⁵ OLG Stuttgart NSTZ 2009, 331, 333.

gen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht hat.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Retterfälle haben Konjunktur. Die schon mehrfach erwähnte BGH-Entscheidung hat eine Diskussion ausgelöst, die diesen Fällen einen festen Platz in der Ausbildungsliteratur verschafft hat. Ihnen werden mittlerweile eigene Randnummern gewidmet und sie werden in Stichwortregistern ausgewiesen. Ein entsprechendes Maß an Aufmerksamkeit sollte den Retterfällen daher bei der Vorbereitung auf Prüfungen zukommen.

Die Kernproblematik dieser Fälle betrifft den Zusammenhang zwischen der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung und einem Körperverletzungs- oder Tötungserfolg. Eine **Problemfaltung** gelingt über die Erörterung einer Verneinung dieses Zusammenhanges unter dem Gesichtspunkt eigenverantwortlicher Selbstgefährdung.

Folgt man der Rechtsprechung des BGH und jetzt des OLG Stuttgart, so sind die folgenden weiteren Gedankenschritte zu vollziehen. Der Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur ist einzuschränken, wenn das Tatopfer in Rettungsabsicht eingegriffen hat. Jedoch entfällt auch in Rettungsfällen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, sofern die Rettungshandlung offensichtlich unvernünftig war. Beruhte die Rettungsmaßnahme auf einem arbeitsteiligen Verhalten mehrerer, so ist sie als Gesamtheit am Maßstab objektiver Unvernunft zu messen.

Für Fälle, in denen rettungspflichtige Personen eingegriffen haben, kann die Auffassung vertreten werden, dass die Annahme einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von vornherein mangels eines freiwilligen Handlungsentschlusses ausscheidet.¹⁶ Eine Fortführung der Lösung mittels der Katego-

rie der offensichtlichen Unvernunft ist dann nicht mehr möglich. Als **Lösungsvariante** bietet sich die Verneinung eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs unter dem Gesichtspunkt der „Fremdverantwortung“¹⁷ an. Angesprochen ist damit ein Zurechnungsausschluss in Fällen, in denen Dritte vollverantwortlich eine selbständige Gefahr für das Rechtsgut begründet haben. Eine solche Verlagerung der Verantwortung wird nicht nur bei vorsätzlichem, sondern auch bei grob fahrlässigem Verhalten des Dritten für möglich gehalten.¹⁸ Im vorliegenden Fall wäre also zu diskutieren, ob B und E ihre Pflichten in einem solchen Ausmaß verletzt haben, dass sie und nicht A für den Tod der beiden Feuerwehrmänner verantwortlich sind.

Für die **Praxis** ergibt sich aus der Entscheidung als wichtigste Konsequenz, dass in Retterfällen eine umfassende Aufklärung nötig ist, sofern arbeitsteilig agierende Kräfte die Rettungsmaßnahme durchgeführt haben. Das Verhalten aller am Einsatz beteiligten Personen muss einbezogen werden, weil nur so eine fundierte Beurteilung am Maßstab offensichtlicher Unvernunft vorgenommen werden kann. Damit erweitern sich auch die Aktions- und Argumentationsmöglichkeiten für die Strafverteidigung.

5. Kritik

Das Ergebnis der Entscheidung verdient Zustimmung. Die Verantwortung eines fahrlässig handelnden Brandstifters würde überdehnt, wenn ihm der Tod von Rettungskräften zugerechnet würde, an dessen Herbeiführung in der entscheidenden Phase ein unverantwortlich waghalsiger und vorschriftswidrig überwachter Feuerwehreinsatz mitgewirkt hat.

¹⁶ So etwa Roxin (Fn. 12), § 11 Rn. 117 am Ende.

¹⁷ Jäger (Fn. 3) Rn. 40; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 192 („eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten“).

¹⁸ Vgl. Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 51.

Weniger überzeugend ist der Prüfungseinstieg über die Rechtsfigur der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Generell lässt sich bezweifeln, ob diese Figur auf das Verhalten rettungspflichtiger Personen passt.¹⁹ Im vorliegenden Fall kann ferner eingewendet werden, dass die beiden betroffenen Feuerwehrmänner das volle Risiko ihres Einsatzes gar nicht kannten und schon deswegen nicht eigenverantwortlich agierten.²⁰

Kritikwürdig erscheint uns ferner der Begriff des „offensichtlich unvernünftigen Rettungsversuchs“, den das OLG Stuttgart vom BGH übernommen hat.²¹ „Offensichtlich“ bezeichnet einen hohen Grad der Erkennbarkeit. Darauf kann es aber nicht ankommen, wenn bei der strafrechtlichen Aufarbeitung eines Geschehens Verantwortungsbe-
reiche abgesteckt werden. Auch eine verdeckte Unvernunft muss dabei berücksichtigt werden. Gemeint ist (offensichtlich) ein besonders hohes Maß an Unvernunft. Man sollte also besser von einem „grob unvernünftigen Rettungsversuch“ sprechen.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Nikita Demchenko)

¹⁹ Vgl. *Roxin* (Fn. 12), § 11 Rn. 117 am Ende.

²⁰ Vgl. *Puppe*, NStZ 2009, 333, 334.

²¹ OLG Stuttgart NStZ 2009, 331, 332; BGHSt 39, 322, 326.

1. Sachverhalt¹

Rechtsanwalt A verteidigt B, der sich in Untersuchungshaft befindet. Es besteht der Verdacht, dass A an Versuchen des B mitwirkt, Zeugen zu beeinflussen. Bei der Durchsuchung seiner Kanzlei wird ein Schreiben des B an einen Zeugen sichergestellt, das an der Postkontrolle vorbeigeleitet wurde. Daraufhin wird auch die Durchsuchung des Hafttraums des B angeordnet. Dabei wird ein Brief aufgefunden, in dem A den Vorsitzenden Richter im Verfahren gegen B als „unfähigen und faulen Richter“ bezeichnet, „an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss“. Nunmehr wird gegen A ein Strafverfahren wegen Beleidigung eingeleitet. Unter Verwertung des Briefes als Beweismittel verurteilt ihn das Landgericht gem. § 185 StGB. Dagegen wendet sich A mit dem Rechtsmittel der Revision. Mit der Verfahrensrüge beanstandet er die Verwertung des Briefes. Außerdem rügt er allgemein die Verletzung sachlichen Rechts.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Wird mehr als eine Rüge erhoben, muss zunächst die Prüfungsreihenfolge geklärt werden. Grundsätzlich gilt, dass

August 2009 Haftraum-Fall

Durchsuchung des Hafttraums und Beschlagnahme eines Verteidigerschreibens / Verwertung von Zufallsfunden / Mandatsverhältnis als beleidigungsfreie Sphäre

§§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 108, 148 Abs. 1 StPO; § 185 StGB

Leitsätze des Gerichts:

1. In einem Strafverfahren gegen einen Verteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen.

2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert.

BGH, Urteil vom 27. März 2009 – 2 StR 302/08; veröffentlicht in juris.

der am weitesten reichende Revisionsgrund Vorrang genießt.²

Die Regel hilft hier jedoch nicht weiter. Denn beide Rügen können im Erfolgsfall zum Freispruch führen. Eine Unverwertbarkeit des Briefes würde die tatsächliche Grundlage des Beleidigungsvorwurfes beseitigen. Der Vorwurf könnte aber auch dann nicht aufrechterhalten werden, wenn der Inhalt des Briefes den Anforderungen an eine Strafbarkeit gem. § 185 StGB nicht genügen würde.

Wegen dieser Gleichwertigkeit kommt keiner der beiden Rügen ein Vorrang zu. Die im Folgenden gewählte Abfolge beruht auf der Überlegung, dass die hier erhobene Verfahrensrüge bereits die Voraussetzungen einer An-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlich hervortreten.

² Vgl. dazu und insgesamt zur Frage der Konkurrenz mehrerer Revisionsrügen Krause, Die Revision im Strafverfahren, 5. Aufl. 2001, Rn. 37 f.

wendung sachlichen Rechts entfallen lassen kann, weil ein anwendungsfähiger Sachverhalt nicht mehr gegeben wäre.

Ein ausdrückliches gesetzliches **Verwertungsverbot** kann der Revisionsführer nicht für sich in Anspruch nehmen. Die StPO enthält ohnehin nur wenige solcher Verbote.³ Die Verwertung von Verteidigerkorrespondenz fällt nicht darunter.

Verwertungsverbote können aber auch aus einer Verletzung von Verfahrensvorschriften abgeleitet werden, welche die Beweiserhebung regeln.⁴ Zwei Vorschriften kommen in Betracht. Zum einen die spezielle Regelung in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO, welche die Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und bestimmten zeugnisverweigerungsberechtigten Personen, darunter auch Verteidigern, untersagt. Zum anderen die allgemeine Vorschrift in § 148 Abs. 1 StPO, die einem inhaftierten Beschuldigten das Recht auf einen ungehinderten schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger zuerkennt.

Dagegen ist die Beweiserhebung hier nicht etwa deswegen problematisch, weil die Durchsuchungsanordnung dazu diene, einen Beteiligungsverdacht zu klären und das Beweisstück nur bei dieser Gelegenheit aufgefunden wurde. Dass derartige **Zufallsfunde** beschlagnahmt werden dürfen, ergibt sich aus § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO.

Es bleibt also dabei, dass nur §§ 97 Abs. 1 Nr. 1 und 148 StPO näher zu prüfen sind. Eine etwaige Verletzung dieser Vorschriften würde allerdings noch nicht ohne weiteres auch ein Verwertungsverbot begründen. Vielmehr müsste in einem zweiten Prüfungsschritt untersucht werden, ob die Rechtsverletzung nach Art und Schwere

eine Verwertung des Beweises ausschließt.⁵

Im vorliegenden Fall könnte jedoch schon der erste Prüfungsschritt zur Verneinung eines Verwertungsverbots führen. Denn es ist sehr fraglich, ob tatsächlich die genannten Vorschriften verletzt wurden.

Die Annahme eines **Beschlagnahmeverbots gem. § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO** stößt auf drei Bedenken. Alle drei lassen sich aus dem Gesetzeswortlaut ableiten.

Dort ist zum einen die Rede von schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und Personen, die das Zeugnis verweigern dürfen. Damit sind bestimmte **Verfahrensrollen** angesprochen. Für den Verteidiger ist das die Rolle des Zeugnisverweigerungsberechtigten gem. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO. In dieser Rolle befand A sich jedoch nicht, als die Beschlagnahme angeordnet wurde. Vielmehr richtete sich diese Maßnahme gegen ihn als Beschuldigten. Dem könnte lediglich entgegengehalten werden, dass der Inhalt des Schreibens einen Bezug zu dem Verfahren aufwies, in dem A als Verteidiger agierte.

Das zweite Bedenken resultiert aus § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO. Danach ist das Beschlagnahmeverbot grundsätzlich auf solche Gegenstände beschränkt, die sich im **Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten** befinden. Hier wurde das Schreiben jedoch im Haftraum des B aufgefunden.

Über diese Wortlautgrenze hat sich die Rechtsprechung allerdings hinweggesetzt, soweit Verteidigungsunterlagen Gegenstand der Beschlagnahme sind.⁶ Unter Hinweis auf den Grundsatz der freien Verteidigung in § 148 StPO gewährt sie Beschlagnahmeschutz auch dann, wenn sich Unterlagen dieser Art

³ Überblick bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 456.

⁴ Vgl. zu diesen sog. unselbständigen Beweisverwertungsverboten *Beulke* (Fn. 3), Rn. 457.

⁵ Vgl. zu den Kriterien des zweiten Prüfungsschrittes *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 230.

⁶ BGH NJW 1973, 2035; NJW 1982, 2508; LG München I NStZ 2001, 612.

im Gewahrsam des Beschuldigten befinden. Das gilt auch für den in Haft befindlichen Beschuldigten.

Schließlich ist noch zu beachten, dass das Gesetz in § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO ausdrücklich nur solche Fälle von der Beschlagnahmefreiheit ausnimmt, in denen ein **Beteiligungsverdacht** gegen den Zeugnisverweigerungsberechtigten besteht. Eine Ausdehnung auf den Verdacht einer sonstigen Straftat, wie hier die Beleidigung, könnte als unzulässige Analogie beanstandet werden.⁷ Freilich erscheint auch ein Erst-Recht-Schluss möglich.

Ob **§ 148 StPO in unmittelbarer Anwendung** mehr Schutz gewährt, ist fraglich. Denn der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich auf eine Kommunikation, die dem Zweck der Verteidigung dient. Nicht geschützt sind solche Unterlagen, aus denen sich der Verdacht einer Straftat des Verteidigers ergibt.⁸ Immerhin erscheint im vorliegenden Fall denkbar, dass der Sachzusammenhang der Äußerung mit dem Verfahren gegen B ausreicht, um den für die Anwendung von § 148 StPO erforderlichen Verteidigungsbezug annehmen zu können.

Die **Sachrüge** gibt Anlass, eine Strafbarkeit des A wegen Beleidigung zu prüfen. Da seine Äußerungen ganz überwiegend **Werturteile** und keine Tatsachenbehauptungen enthielten, ist § 185 StGB die maßgebliche Norm.⁹

Man wird wohl nicht umhin können, die Bezeichnung des Richters als eine faule und unfähige Person, an deren Verstand man zweifeln könne, als eine Äußerung zu bewerten, die eine Missachtung zum Ausdruck bringt, und damit als Beleidigung einzustufen.

Freilich hinterlässt diese juristische Beurteilung ein gewisses Unbehagen

angesichts der Diskrepanz zu einer gesellschaftlichen Praxis, die regelmäßig ohne strafrechtliche Folgen bleibt. So oder ähnlich wie hier der Richter werden tagtäglich Personen im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit bezeichnet, ohne dass die Strafjustiz bemüht würde. Dieser Umstand reicht aber wohl nicht aus, um eine strafbarkeitsausschließende **Sozialadäquanz** annehmen zu können.¹⁰

Immerhin erscheint es angebracht, darauf hinzuweisen, dass die Justiz ansonsten Beleidigungsstraftaten zumeist als Bagatellen einstuft und dafür sorgt, dass nur selten eine Verurteilung erfolgt. Fast immer verweist die Staatsanwaltschaft auf den Privatklageweg; dort wird ganz überwiegend von den Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 383 Abs. 2, 390 Abs. 5 StPO Gebrauch gemacht.¹¹ Wenn hier – gewissermaßen in eigener Sache – anders verfahren wird, so gibt diese Ungleichbehandlung doch Anlass, zu fragen, ob den Beleidigungstatbeständen nicht mittlerweile eine **Bagatellschwelle** inhärent ist, die im vorliegenden Fall möglicherweise noch nicht überschritten ist.

Zu einer Verneinung der Strafbarkeit könnten ferner Besonderheiten der Beziehung zwischen Verteidiger und Mandant führen. Effektive Verteidigung ist nur möglich, wenn zwischen ihnen ein Vertrauensverhältnis besteht. Gesetzliche Maßnahmen, wie die bereits erwähnten §§ 97, 148 StPO sowie z. B. § 142 Abs. 1 Satz 3 und § 143 StPO, sichern dieses Vertrauensverhältnis ab. Daraus könnte abgeleitet werden, dass die Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant gleichermaßen wie die im Bereich der Familie und in ähnlich engen Lebensbeziehungen als „**belei-**

⁷ So *Bandisch* NJW 1987, 2200, 2204.

⁸ BGH NJW 1973, 2035; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1730; *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 148 Rn. 8, § 97 Rn. 4, 38.

⁹ Vgl. zur Zuordnung das Prüfungsschema bei *Sonnen*, Strafrecht BT, 2005, S. 73.

¹⁰ Vgl. zur tatbestandseinschränkenden Auslegung mittels des Kriteriums der Sozialadäquanz *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 57.

¹¹ Vgl. *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, § 29 Rn. 1.

digungsfreie Sphäre¹² eingestuft wird.

Der wesentliche Sachgrund für die Anerkennung eines solchen Straflosigkeitgrundes besteht in Folgendem.¹³ Grundrechtlich sind die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) garantiert. Dementsprechend muss ein Bereich eröffnet werden, in dem Menschen sich vertraulich frei und ungezwungen äußern können, ohne eine Bestrafung befürchten zu müssen.

Zur Umsetzung dieses Sachgrundes werden unterschiedliche Argumente genannt.¹⁴ Zum Teil wird daraus die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion der Beleidigungsvorschriften abgeleitet. Es wird aber auch angeführt, dass es schon am Erfordernis einer Kundgabe fehle, weil Diskretion zu erwarten sei oder Ähnlichkeit mit einem Selbstgespräch bestehe. Schließlich wird noch die Ansicht vertreten, dass unter den Bedingungen vertraulicher Kommunikation der soziale Geltungsanspruch des Betroffenen nicht tangiert und daher eine Beleidigung nicht gegeben sei.

Diese unterschiedlichen Begründungen ändern nichts daran, dass im Ergebnis – Anerkennung einer beleidigungsfreien Sphäre – Einigkeit besteht.

Umstritten ist freilich, ob auch die Beziehung zwischen Verteidiger und Mandant dieser Sphäre zuzurechnen ist.¹⁵ Dafür wird angeführt, dass die Funktion des Verteidigers vielfach über die bloße Rechtsberatung hinausgehe und gerade der inhaftierte Beschuldigte häufig nur noch in dem Verteidiger eine Person habe, der er Vertrauen schenke. Auch wird darauf verwiesen, dass die

Vertraulichkeit gesetzlich durch die Strafbarkeit des Geheimnisbruchs nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB abgesichert sei.¹⁶ Diese Ansicht stellt somit den persönlichen Vertrauensbeziehungen die **„sachliche Vertrauensbeziehung“**¹⁷ zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten gleich.

Die Gegenmeinung beruft sich darauf, dass der Verteidiger zur Sachlichkeit verpflichtet sei, weil er nicht nur als Beistand, sondern auch als Organ der Rechtspflege agiere.¹⁸ Nach dieser Auffassung ist das Interesse an einer freien Aussprache zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten ausreichend dadurch gewährleistet, dass der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB in erheblichem Umfang kritische Äußerungen straffrei stellt.

Betrachtet man das zu diesem Problem diskutierte Fallmaterial, so fällt auf, dass es fast immer Äußerungen des Beschuldigten gegenüber dem Verteidiger sind, für die Straflosigkeit gefordert wird.¹⁹ Dass auch diffamierende Äußerungen des Verteidigers straffrei bleiben sollen, ist kaum einmal zu lesen. Teilweise wird sogar ausdrücklich für diesen Fall der Schutz der Vertraulichkeit versagt.²⁰

Eine Gegenposition ist aber auch in dieser Hinsicht vorhanden. Dem Verteidiger müssten jedenfalls solche Äußerungen gestattet sein, die er „im Einzelfall aus therapeutischen Gründen zur Bestätigung des Ratsuchenden von

¹² Rengier, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 28 Rn. 23.

¹³ Vgl. Rengier (Fn. 12), § 29 Rn. 24.

¹⁴ Überblick bei Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 482.

¹⁵ Vgl. zum Folgenden Lenckner in Schöнке/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, vor §§ 185 ff., Rn. 9 b.

¹⁶ Konsequenterweise wird auch im Zusammenhang mit anderen Berufsgeheimnisträgern die Anerkennung einer beleidigungsfreien Sphäre gefordert; vgl. Lenckner (Fn. 15), vor §§ 185 ff, Rn. 9 b.

¹⁷ Wolff-Reske, JURA 1996, 184, 189.

¹⁸ So z. B. Gössel/Dölling (Fn. 11), § 30 Rn. 45.

¹⁹ Aus der Rechtsprechung: OLG Stuttgart NJW 1963, 119; OLG Hamburg NJW 1990, 1246.

²⁰ So z. B. Lenckner (Fn. 15), vor §§ 185 ff., Rn. 9 b.

sicht gibt“.²¹ Darauf könnte A sich im vorliegenden Fall möglicherweise berufen.

Kommt auch der Strafflosigkeitsgrund der beleidigungsfreien Sphäre nicht zum Zuge, dann kann allenfalls noch **§ 193 StGB** der Sachrüge zum Erfolg verhelfen. Die Chancen stehen freilich nicht besonders gut, weil nicht recht erkennbar ist, dass A die Äußerungen zum Zwecke einer Interessenswahrnehmung getan hat. Vielmehr muss man den Eindruck haben, dass es ihm allein um eine Diffamierung ging. Auf reine Schmähungen ist § 193 StGB jedoch nicht anwendbar.²²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A hat keinen Erfolg gehabt.

Hinsichtlich der **Verfahrensrüge** vermag der BGH schon keine Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung zu erkennen.

Im Hinblick auf § 97 Abs. 1 Satz 1 StPO kommt es aus seiner Sicht allein auf die Rolle des Verteidigers als Beschuldigter in dem gegen ihn geführten Verfahren an. Die Beschlagnahmefreiheit könne nur in einem Verfahrenszusammenhang zum Zuge kommen, in dem der Verteidiger berechtigt sei, das Zeugnis zu verweigern. Das beschlagnahmte Schreiben sei daher lediglich im Verfahren gegen B nicht zu dessen Nachteil verwertbar.

Den Einwand verbotener Analogie weist der BGH mit dem Argument zurück, dass keine Regelungslücke bestehe. § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO sei nur zu entnehmen, „dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eigenen strafbaren Verhaltens des Geheimnisträgers gesehen und unter den dort normierten Voraussetzungen für regelungsbedürftig gehalten hat“.²³ Geregelt würden aber nur Fälle, in denen es um den Geheimnisträger in

der Prozessstellung des Zeugen, nicht des Beschuldigten gehe.

Anderes, so der BGH, ist auch § 148 StPO schon deswegen nicht zu entnehmen, weil diese allgemeine Vorschrift keinen weiter gehenden Schutz als die spezielle Vorschrift des § 97 Abs. 1 Satz 1 StPO gewähren kann. Nur solche schriftlichen oder mündlichen Äußerungen des Verteidigers, die der Verteidigung dienen, seien durch § 148 StPO geschützt. „Straftaten, die er bei Gelegenheit der Verteidigung begeht, unterfallen diesem Schutz nicht.“²⁴

In seiner **sachlich-rechtlichen Überprüfung** lässt der BGH keinen Zweifel daran aufkommen, dass er die Äußerungen des A für beleidigend im Sinne des § 185 StGB hält. Auf die Frage nach der Anerkennung einer beleidigungsfreien Sphäre zwischen Verteidiger und Beschuldigtem gibt er eine fallbezogene Antwort. Nicht entscheidungsrelevant sei, ob ehrenrührige Äußerungen des Mandanten gegenüber dem Anwalt straflos zu lassen seien. „Jedenfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse, in einem Mandatsverhältnis beleidigende Äußerungen des Rechtsanwalts stets straffrei zu stellen.“²⁵

Die Grundsätze, die zu engen Lebensbeziehungen entwickelt worden seien, könnten nicht übertragen werden. „Bei dem Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handelt es sich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung.“²⁶ Das belege auch die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Sachlichkeit gem. § 43 a Abs. 3 Satz 1 BRAO. Im Übrigen sei auch die nötige Vertraulichkeit nicht gewährleistet, weil zwar der Verteidiger, nicht aber der Mandant zur Geheimhaltung verpflichtet sei. So habe die Gefahr bestanden, dass B die Äußerungen des A in der Haftanstalt verbreiten würde.

²¹ Wolff-Reske, JURA 1996, 184, 189.

²² Vgl. Wessels/Hettinger (Fn. 14), Rn. 518 a.

²³ BGH 2 StR 302/08 juris-Rn. 12.

²⁴ BGH 2 StR 302/08 juris-Rn. 13.

²⁵ BGH 2 StR 302/08 juris-Rn. 22.

²⁶ BGH 2 StR 302/08 juris-Rn. 22.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wer schriftlich oder mündlich im Examen prüft, sucht nach Gelegenheiten, materiellrechtliche und prozessuale Fragen zu verbinden. Günstiger als der Haftraum-Fall kann eine solche Gelegenheit kaum sein, zumal für die Behandlung der speziellen Probleme stets auch das allgemeine materiell- und verfahrensrechtliche Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem von Bedeutung ist. Kandidatinnen und Kandidaten sollten sich darauf einrichten.

Sie könnten in Verlegenheit gebracht werden mit der Frage, wie die beleidigungsfreie Sphäre straftatsystematisch einzuordnen ist. In der Diskussion befinden sich im Wesentlichen zwei Lösungen. Wer schon den Geltungsanspruch nicht tangiert sieht, eine Kundgabe verneint oder allgemein eine teleologische Reduktion vornimmt, schließt bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens aus.²⁷ Dagegen spricht es für einen persönlichen Strafausschlussgrund, wenn als Sachgrund für die Straflosigkeit angenommen wird, dass bestimmte Kommunikationsbeziehung gegenüber der Strafdrohung der §§ 185 ff. StGB abgeschirmt werden müssten.²⁸

Für die Praxis stellt das Urteil nur eine Zwischenentscheidung dar. Es ist zu erwarten, dass das BVerfG mit der Sache befasst werden wird. Da dessen Rechtsprechung bekanntlich großen Wert auf den Schutz der Meinungsfreiheit und der Privatsphäre legt, erscheint es durchaus denkbar, dass das Gericht jedenfalls in der Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen zu einem gegenteiligen Ergebnis kommt.

5. Kritik

Es ist sehr zu wünschen, dass die Entscheidung durch das BVerfG korrigiert

wird. Der Haupteinwand lautet: Sie ist lebensfremd.

Lebensnah wäre es gewesen, zu berücksichtigen, dass es alltäglich ist, wenn sich Verteidiger über Justizpersonen (und Justizpersonen über Verteidiger) so unfreundlich äußern, wie im vorliegenden Fall geschehen. Um das zu wissen, genügt es, mit offenen Ohren durch Justizkantinen zu gehen. Lebensnah wäre es ferner gewesen, zu berücksichtigen, dass sich eine Verteidigungsbeziehung nur aufbauen und unterhalten lässt, wenn offen und ohne ein Blatt vor den Mund zu nehmen²⁹ kommuniziert werden kann. Wer das Sachlichkeitsgebot uneingeschränkt auch für das vertrauliche Gespräch zwischen Verteidiger und Beschuldigtem gelten lassen will, dem fehlt jede praktische Erfahrung in Verteidigungsangelegenheiten. Die Versagung einer beleidigungsfreien Sphäre hat im Übrigen die fatale Konsequenz, dass der Verteidiger, der ein offenes Wort gegenüber seinem Mandanten riskiert, von diesem unter Druck gesetzt werden kann.

Man muss leider annehmen, dass die Justiz in der vorliegenden Sache die Gelegenheit beim Schopf ergriffen hat, um gegen einen unbequemen, unter Beteiligungsverdacht stehenden Verteidiger vorzugehen, dem anderweitig offenbar nicht beizukommen war. Das ist menschlich, allzumenschlich; juristisch ist es jedoch inakzeptabel.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Johanna Sponholz)

²⁷ Z. B. Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 9. Aufl. 2003, § 24 II Rn. 32.

²⁸ Z. B. Lenckner (Fn. 15), vor §§ 185 ff., Rn. 9 a.

²⁹ Die Herkunft dieser Redensart verdeutlicht, worum es geht. Um für anstößige Formulierungen nicht verfolgt werden zu können, verdeckten früher Schauspieler ihr Gesicht mit einem Blatt (vgl. http://www.focus.de/schule/lernen/lerna-tlas/rechtschreibung/redewendungen_aid_25664.html). Soll ein Verteidiger solchmaßen mit seinem Mandanten kommunizieren?

1. Sachverhalt¹

Ein marokkanisches Ehepaar lebt seit kurzem in Deutschland. Der Ehemann A besucht einen Deutschkurs. Zwischen ihm und der verheirateten Lehrerin B des Kurses kommt es zu einer geschlechtlichen Beziehung. A verlangt von B, Ehemann und Kinder zu verlassen und mit ihm im Ausland ein neues Leben zu beginnen. Sie widersetzt sich diesem Wunsch. Das führt zu heftigen Auseinandersetzungen. Nach einem Zusammentreffen mit A ist B spurlos verschwunden. Nachdem der PKW der B verlassen aufgefunden worden ist, ergeht Haftbefehl gegen A. Er bestreitet, etwas mit dem Verschwinden der B zu tun zu haben. Die Ermittlungsbehörden versprechen sich von der heimlichen akustischen Überwachung eines Gesprächs zwischen A und seiner Ehefrau eine weitere Tataufklärung. Dabei soll A der Eindruck vermittelt werden, das Gespräch werde nicht überwacht. Das soll dadurch geschehen, dass die Unterhaltung in einem Besuchsraum ohne Überwachungspersonal stattfindet. Tatsächlich sind jedoch eine Übertragung in einen Nebenraum und eine Aufzeichnung sowie eine Übersetzung durch eine Dolmetscherin geplant. Es ergeht ein entsprechender Gerichtsbeschluss. Im Gespräch teilt A

September 2009 Besuchsraum-Fall

Akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen / Abhör- und Aufzeichnungsverbot für Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung / Recht auf ein faires Verfahren / Beweisverwertungsverbot

§§ 100 a, 100 c, 100 f StPO; Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Leitsatz der Verf.:

Aus einer Gesamtschau der Umstände kann sich ergeben, dass eine heimliche akustische Gesprächsüberwachung in der Untersuchungshaft gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstößt und ein dadurch erlangtes Beweismittel unverwertbar ist.

BGH, Urteil vom 29. April 2009 – 1 StR 701/08; veröffentlicht in NJW 2009, 2463.

seiner Ehefrau mit, dass B tot sei. Auch fordert er sie mehrfach auf, ihm für den Tatzeitpunkt ein Alibi zu verschaffen. Einige Wochen später wird die Leiche der B entdeckt, die Tötungsspuren aufweist. In der Hauptverhandlung gegen A wird die Niederschrift des übersetzten Gesprächs gegen den Widerspruch der Verteidigung verlesen. Das Gericht verurteilt A wegen Mordes. Dabei stützt es sich auf eine Vielzahl von Beweisen, darunter auch auf die Angaben des A im Gespräch mit seiner Ehefrau als „deutliches Indiz“ für die Täterschaft. Gegen seine Verurteilung wendet sich A im Wege der Revision. Er beanstandet unter anderem mittels einer Verfahrensrüge die Verwertung der Gesprächsaufzeichnung.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Eine Aussicht auf Erfolg der Rüge scheint die Regelung über **akustische Wohnraumüberwachung** zu bieten,

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlich hervortreten.

derzufolge Erkenntnisse über Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht verwertet werden dürfen: § 100 c Abs. 5 Satz 3 StPO.

Die Anwendbarkeit der Vorschrift hängt davon ab, ob Räumlichkeiten einer U-Haftanstalt als Wohnungen angesehen werden können. Der Begriff der Wohnung bestimmt sich nach dem Schutzbereich von Art. 13 GG. Er umfasst alle nicht allgemein zugänglichen Räume, die dem Aufenthalt und Wirken von Menschen dienen.²

Aus den rechtlichen und tatsächlichen **Rahmenbedingungen der Untersuchungshaft** ergeben sich Einwände gegen eine Anwendung des Wohnungsbegriffs. Die Lebensführung des Gefangenen darf gem. § 119 Abs. 3 StPO Beschränkungen unterworfen werden, die der Zweck der Untersuchungshaft oder die Ordnung der Anstalt erfordern. Alle Räume der Haftanstalt unterliegen der Überwachung durch Vollzugsbedienstete, welche auch gegen den Willen der Gefangenen zum Betreten befugt sind. Erfasst sind ebenfalls Besuchsräume, denn gerade für Besuche gelten besondere Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse (§ 119 Abs. 3 StPO i. V. m. Nr. 26 f. UVollzO). Daher ist ganz überwiegend anerkannt, dass Hafträume keine Wohnungen im Sinne von Art. 13 GG und damit auch von § 100 c StPO sind.³

Allerdings unterliegen auch Abhörmaßnahmen in der Untersuchungshaft rechtlichen Schranken. Anwendbar ist § 100 f StPO. Die Vorschrift regelt die **akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen**.

Da A unter Mordverdacht stand, war, wie gem. § 100 f Abs. 1 StPO erforderlich, eine Katalogtat nach § 100 a Abs. 2 Buchst. h StPO betroffen.

Rechtsfehlerhaft könnte die Anordnung der Überwachung aber wegen eines dadurch bewirkten Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung gewesen sein. Zwar enthält § 100 f StPO keine solche Schutzregelung. In Betracht kommt jedoch eine **Analogie**. Dabei könnte nicht nur an § 100 c StPO, sondern auch an § 100 a StPO angeknüpft werden. Beide Vorschriften enthalten Regelungen, die eine Verletzung dieses Bereichs untersagen. Auf der Grundlage einer Analogie könnte dann folgendermaßen argumentiert werden: Bei der Anordnung der Maßnahme hat der Richter fehlerhaft gehandelt, weil die zu diesem Zeitpunkt zu treffende Prognose einen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung befürchten ließ. Daraus wiederum könnte ein Verwertungsverbot abgeleitet werden.

Diese Argumentation steht jedoch auf schwankendem Grund.

Schon der Analogieschluss ist sehr zweifelhaft. Denn offenbar verfolgte der Gesetzgeber ein bestimmtes **Konzept**, als er für die Überwachung der Telekommunikation und für die Wohnraumüberwachung, nicht aber für Überwachungsmaßnahmen außerhalb von Wohnungen einen Kernbereichsschutz vorsah. Bezweifeln lässt sich also das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke.

Ferner zwangen die Umstände nicht zu der Annahme, dass in dem Gespräch sicherlich und ausnahmslos der Kernbereich privater Lebensgestaltung thematisiert werden würde. Ein Besuchraum in der Haftanstalt bietet nicht die gleiche Intimität wie die eigene Wohnung. Auch konnte angenommen werden, dass A mit seiner Ehefrau Fragen erörtern würde, welche den gegen ihn gerichteten Tatverdacht betrafen. Damit wäre ein Thema angesprochen, welches nicht dem Kernbereich zuzuordnen ist, wie sich aus § 100 c Abs. 4 Satz 3 StPO ergibt.

Die bisherigen Überlegungen haben noch nicht berücksichtigt, dass der Ü-

² Vgl. *Nack* in KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 100 c Rn. 6.

³ BVerfG NStZ 1996, 511; BGHSt 44, 138; *Roxin*, NStZ 1999, 149, 150 f.; teilweise a.A. Bernsmann in Festschrift für Schwind, 2006, 515, 518 f.

berwachung ein Täuschungsmanöver zugrunde lag. Nach § 136 a Abs. 1 Satz 1 StPO dürfen Strafverfolgungsbehörden nicht täuschen. Der Verstoß gegen das Verbot hat nach § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO zwingend die Unverwertbarkeit einer so gewonnenen Aussage zur Folge. Die Regelung betrifft aber unmittelbar nur die Art und Weise der Durchführung von Vernehmungen. Ob eine erweiternde Auslegung zulässig ist, erscheint angesichts der Schärfe der Rechtsfolge fraglich.⁴

Ein weiter gehendes Täuschungsverbot könnte jedoch dem **Prozessgrundsatz des fairen Verfahrens** entnommen werden, der unmittelbar in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK geregelt ist und verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Freiheitsgrundrecht in Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird.⁵

Eine gesicherte Prüfungsgrundlage bietet dieser Grundsatz jedoch nicht, wie das folgende Zitat aus einem Standardlehrbuch zeigt: „Völlig offen ist allerdings bis heute die Reichweite dieses Prozessgrundsatzes, also insbes. die Frage, in welchen Fällen er ein bestimmtes Prozessverhalten vorschreibt und welche prozessualen Konsequenzen im Einzelfall gezogen werden müssen.“⁶

Das stimmt einerseits skeptisch und begründet andererseits die Hoffnung,

dass der Bundesgerichtshof in der vorliegenden Sache sich dazu durchringen könnte, Klärendes zum Anwendungsbezug dieses Grundsatzes auszuführen. Sollte es zur Ableitung eines allgemeinen Täuschungsverbotes aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness kommen, so bedürfte es hier, wie auch schon bei § 136 a Abs. 1 StPO, einer Abgrenzung zu der noch erlaubten „kriminalistischen List“⁷. Auch müsste geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung des Grundsatzes ein Verwertungsverbot nach sich zieht.

Letztlich musste der Bundesgerichtshof darüber befinden, ob der **Aktionsspielraum der Strafverfolgungsorgane für verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Bereich der Untersuchungshaft** im Vergleich zu einer früheren Entscheidung noch weiter ausgedehnt oder ihm nunmehr eine Grenze gezogen werden sollte. Seinerzeit hatte er unter etwas anderen gesetzlichen Voraussetzungen die heimliche Aufzeichnung von Gesprächen mit Angehörigen noch für zulässig erachtet, wenn der Besuch von einem Vollzugsbeamten überwacht wird.⁸ Der Beschuldigte habe, weil eine Überwachung durch einen Beamten stattgefunden und weil gegen ihn der Verdacht einer schweren Straftat bestanden habe, damit rechnen müssen, dass auch solche Überwachungsmaßnahmen gegen ihn durchgeführt würden, die in Freiheit zulässig wären. Nunmehr war zu entscheiden, was gelten soll, wenn auf die Anwesenheit eines Vollzugsbediensteten verzichtet wird, damit der Beschuldigte annimmt, er könne unbelauscht mit einer Angehörigen sprechen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Verfahrensrüge des A hat Erfolg gehabt. Im Ergebnis erklärt der BGH

⁴ Eine extensive Auslegung wird auf einen „funktionalen Vernehmungsbegriff“ gestützt, der alle durch ein Strafverfolgungsorgan herbeigeführten Äußerungen des Beschuldigten umfasst (vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 136 a Rn. 4). Die Rechtsprechung lehnt diesen weiten Vernehmungsbegriff ab: BGHSt 42, 139, 145 f.

⁵ Vgl. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 9.

⁶ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 28. *Krey*, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd. 1, 2006, Rn. 474 erkennt dem Grundsatz nur eine „deklaratorische Bedeutung“ zu; ähnlich *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2006, § 18 Rn. 11.

⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Täuschung und kriminalistischer List bei § 136 a StPO *Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 136 a Rn. 15.

⁸ BGHSt 44, 138.

solchermaßen durch Täuschung erlangte Beweise für unverwertbar.

Eine Verletzung spezieller Verfahrensvorschriften liegt nach der Ansicht des Senats allerdings nicht vor.

In Fortführung der bisherigen Rechtsprechung verneint das Gericht die Wohnungsqualität des Besuchsraums einer Untersuchungshaftanstalt, so dass eine Anwendung von § 100 c StPO ausscheidet.

Auch eine Verletzung der für die akustische Überwachung in der Haft maßgeblichen Vorschrift des § 100 f StPO wird verneint. In diesem Zusammenhang vermeidet der Senat eine Festlegung in der Frage, ob der besondere Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in §§ 100 a und 100 c StPO im Wege der Analogie auf § 100 f StPO auszudehnen ist.

Darauf komme es nicht an, weil selbst im Falle analoger Anwendung ein Rechtsfehler nicht erkennbar sei. Das Gericht, das die Abhörmaßnahme angeordnet habe, sei zu Recht von einer negativen Kernbereichsprognose ausgegangen. So sei gerade bei Gesprächen mit nahen Angehörigen in der Untersuchungshaft damit zu rechnen, dass nicht nur rein private Angelegenheiten, sondern auch etwaige Verdunklungshandlungen besprochen würden. Hier sei zudem die Erörterung von Tatzusammenhängen zu erwarten gewesen, weil anzunehmen gewesen sei, dass die Ehefrau ihren Mann auf das außereheliche Verhältnis zu B ansprechen würde.

Immerhin deutet der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang an, dass er eine **entsprechende Anwendung** – „freilich nur im Einzelfall“ – für **möglich** hält; dafür spreche, „dass auch bei einer akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung der Kernbereich tangiert sein kann und dass der Gesetzgeber den – eher ungewöhnlichen – Fall der heimlichen Gesprächsüberwachung von Untersuchungsgefangenen mit nahen Angehörigen nicht im Blick hatte“.⁹

⁹ BGH NJW 2009, 2463, 2465.

Eine Anwendung von § 136 a StPO auf die Täuschungshandlung der Ermittlungsbehörden erörtert das Gericht nicht näher. Offensichtlich hält es durch seine bisherige Rechtsprechung für ausreichend geklärt, dass nur förmliche Vernehmungen von dieser Vorschrift erfasst werden.

Die für die Entscheidung maßgebliche Rechtsverletzung sieht der Senat in einem Verstoß gegen den **Grundsatz des fairen Verfahrens**.

Die Ausführungen dazu beginnen mit allgemeinen Aussagen zur Funktion und Wirkungsweise. Zur Wahrung des Grundsatzes ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs in erster Linie der Gesetzgeber, sodann aber auch die Rechtsanwendungspraxis verpflichtet. Erfasst würden „besondere Fallgestaltungen“, für die kennzeichnend sei, „dass gleich mehrere unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze tangiert wurden“, und zwar so, dass „jeweils für sich isoliert betrachtet“ eine zur Unverwertbarkeit führende Verletzung noch nicht gegeben sei,¹⁰ wohl aber eine „Gesamtschau“ ergebe, „dass rechtsstaatlich zwingende Forderungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde“.¹¹

Praktisch wirkt der Grundsatz danach so: Den einzelnen Prüfungen, die je für sich noch nicht zum Ergebnis einer Rechtsverletzung mit der Folge eines Beweisverwertungsverbots geführt haben, schließt sich eine **Gesamtprüfung** an, die alle Umstände zu einer umfassenden Bewertung im Hinblick auf die Verfahrensfairness zusammenführt.

Den Ausschlag für eine negative Gesamtbewertung gibt, dass die Ermittlungsorgane das Gespräch zwischen den Eheleuten mittels „bewusster Irreführung“¹² arrangiert hätten. Dem Angeklagten sei gezielt der Eindruck vermittelt worden, dass er eine Sonderbehandlung erfahre und sich ungestört

¹⁰ BGH NJW 2009, 2463, 2466.

¹¹ BGH NJW 2009, 2463, 2465 f.

¹² BGH NJW 2009, 2463, 2467.

und ohne Überwachung mit seiner Frau in ihrer marokkanischen Heimatsprache unterhalten könnte.

Zwar sei dadurch noch kein Zwang zur Selbstbelastung erzeugt worden. Doch habe man sich nicht, wie bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen ansonsten üblich, auf das Ausnutzen eines Irrtums und ein Abschöpfen von Informationen beschränkt. Vielmehr sei die Situation des Haftvollzuges bewusst durch Vorspiegelung unüblicher Bedingungen missbraucht worden, um den Angeklagten dazu zu verleiten, Beweise gegen sich selbst zu liefern.

Auf dem Weg zu diesem Ergebnis erwägt der BGH noch, ob das verfassungsrechtlich gleichfalls abgesicherte **Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege**¹³ zu einem anderen Resultat führen könnte. Grundsätzlich rechtfertige dieser Gesichtspunkt akustische Überwachungsmaßnahmen gem. § 100 f StPO auch in der Untersuchungshaft. Bei deren Anwendung müsse jedoch auf die besonderen Umstände der Haft Rücksicht genommen. Daran habe es hier gefehlt.

Das auf bewusste Irreführung angelegte Arrangement ist es auch, was nach Ansicht des Bundesgerichtshofs den Unterschied zur zulässigen „kriminalistischen List“ ausmacht.

Da das Tatgericht die Äußerungen des A als „deutliches Indiz“ für seine Täterschaft verwertet hat, war auch ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler anzunehmen. Zwar lässt der Bundesgerichtshof erkennen, dass nach seiner Ansicht die übrigen Beweiszeichen für eine Verurteilung ausreichen. Eine andere Entscheidung war angesichts der vom Tatgericht gewählten Formulierung aber nicht möglich, weil nicht ausgeschlossen werden konnte, dass es den Äußerungen des A „fallentscheidende Bedeutung“¹⁴ beigemessen hat.

¹³ Näher dazu Krey (Fn. 6), Rn. 478 f.

¹⁴ BGH NJW 2009, 2463, 2468.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Es ist alles andere als ein Zufall, dass wir uns erneut mit Problemen der Erhebung und Verwertung von Beweisen befassen.¹⁵ Sie rücken immer stärker ins Zentrum der strafrechtlichen Diskussion, weil ihre praktische Bedeutung in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat.

Das hängt damit zusammen, dass die gesetzlich zugelassenen Grundrechtseingriffe erheblich ausgedehnt worden sind und dass die Strafverfolgungsorgane davon einen immer intensiveren Gebrauch machen.¹⁶ An Bedeutung gewinnt damit die gerichtliche Kontrolle. An ihr sind auch die Revisionsgerichte beteiligt, wenn sie darüber zu entscheiden haben, ob das Tatgericht ein Beweismittel verwerten durfte.

Der vorgestellten Entscheidung kommt **besondere Bedeutung** zu. Das gilt sowohl inhaltlich als auch methodisch.

Inhaltlich ist bemerkenswert, dass dem Grundsatz der Verfahrensfairness nunmehr eine unmittelbar praktische Relevanz dadurch zugewiesen wird, dass aus ihm ein Beweisverwertungsverbot hergeleitet wird.

Methodisch ist als Neuerung bedeutsam, dass ein zweistufiges Prüfungsverfahren zur Anwendung kommt, in dem die Untersuchung eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness die zweite Stufe bildet. Sie ist durch eine zusammenfassende Gesamtbetrachtung aller Umstände gekennzeichnet.

Der Umgang mit dem Grundsatz der Verfahrensfairness wird dadurch recht kompliziert. Denn zu berücksichtigen ist dieser Grundsatz ja nach wie

¹⁵ Vgl. zuvor famos 8/2009 (Hafttraum-Fall); 10/2007 (Hafturlaubs-Fall); 10/2005 (Selbstgesprächs-Fall); 9/2003 (Folter-Fall); 4/2002 (Brechmittel-Fall).

¹⁶ Das zeigt etwa die rasante Zunahme an Kommunikationsüberwachungen; vgl. Süddeutsche Zeitung vom 22. 9. 2009 „Der Staat hört mit“.

vor auch bereits auf der ersten Prüfungsstufe, die einer Untersuchung der Verletzung bestimmter strafprozessrechtlicher Vorschriften dient. Bei deren Anwendung ist der Grundsatz im Wege verfassungskonformer Auslegung heranzuziehen.

Die Entscheidung hat ganz erhebliche praktische Auswirkungen. Wenn die Gerichte etwaige Rechtsverletzungen bei der Erhebung und Verwertung von Beweisen prüfen, können sie es nicht mehr dabei belassen, Verstöße gegen bestimmte Prozessnormen zu untersuchen. Mit der Verneinung solcher Verstöße ist die Arbeit nicht getan. Es muss sich eine Prüfung der Frage anschließen, ob bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände nicht gleichwohl eine Verletzung des Grundsatzes der Verfahrensfairness vorliegt. Daraus ergibt sich eine erhebliche Ausdehnung des gerichtlichen Entscheidungsspielraums. Zugleich erweitert sich der Handlungs- und Argumentationsspielraum der Strafverteidigung.

5. Kritik

Das Ergebnis der Entscheidung ist nachdrücklich zu begrüßen. Das Beweisverwertungsverbot schiebt Ermittlungsmethoden einen Riegel vor, die einem Vorabendkrimi zu entstammen scheinen. Die Untersuchungshaft hat den alleinigen Zweck der Verfahrenssicherung.¹⁷ Die Zwangslage des Gefangenen wird grob missbraucht, wenn sie mittels täuschender Arrangements dazu genutzt wird, selbstbelastende Aussagen zu erschleichen.

Positiv zu bewerten ist auch das Bemühen des Bundesgerichtshofs, dem Grundsatz der Verfahrensfairness größere praktische Bedeutung zu verschaffen. Erheblichen Bedenken begegnet jedoch der eingeschlagene Weg.

Eine Methode, die auf eine „Gesamtschau“¹⁸ abstellt, erzeugt Rechts-

unsicherheit.¹⁹ Die Gefahren, die damit verbunden sind, hat der Bundesgerichtshof selbst in einer früheren Entscheidung deutlich ausformuliert: „Die Bindung an das Gesetz gebietet es, konkrete Einzelfragen nur mit äußerster Zurückhaltung durch Anwendung allgemeiner Verfassungsgrundsätze außerhalb des geschriebenen Rechts (oder gegen dieses) zu beantworten. Die ausufernde Anwendung solcher in Randzonen einander oft widerstreitender und ‚begrifflich unscharfer Verfassungsprinzipien‘ ... ermöglicht eine ungebundene Ausfüllung prozessualer Regelungen und lockert die Bindung der Strafrechtsprechung an das positive Recht, auf dessen Beachtung der Rechtsstaat beruht.“²⁰

Es erstaunt, dass der Bundesgerichtshof sich nicht an der oben²¹ erwähnten Entscheidung über die heimliche Aufzeichnung eines Gesprächs in Anwesenheit eines Vollzugsbeamten orientiert hat. Darin wurde das Problem noch unmittelbar an Hand der gesetzlichen Regelung der Überwachung entwickelt und gelöst.

Wir haben es mit einer Freisetzung richterlicher Entscheidungsmacht zu tun, die nach Art und Ausmaß durchaus mit der umstrittenen Rechtsfolgenlösung vergleichbar ist, in welcher der Bundesgerichtshof sich der Bindung an die Strafandrohung in § 211 StGB entledigt hat.²²

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Josua Rösing)

¹⁹ Im Übrigen hat diese Methode eine unrühmliche Vergangenheit. Sie gleicht der Forderung nach einem ganzheitlichen juristischen Denken durch „Wesensschau“ und „konkretes Ordnungsdenken“. Damit wurde in den zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts und in der Zeit des Nationalsozialismus das liberale Strafrecht bekämpft; vgl. dazu Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 196 ff.

²⁰ BGHSt 40, 211, 217 f.

²¹ S. unter 2.

²² BGHSt 30, 105; vgl. dazu Krey/M. Heinrich, Strafrecht BT 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 62 ff.

¹⁷ Vgl. Jahn, JuS 2009, 861.

¹⁸ BGH NJW 2009, 2463, 2466.

1. Sachverhalt¹

A ist verzweifelt, weil B sich von ihm getrennt hat. Um sich zu vergiften, öffnet er die Gasleitung in seiner Wohnung, die sich in einem Mehrfamilienhaus befindet. Dabei hat er nur die Gefahren im Blick, die unmittelbar von dem ausströmenden Gas ausgehen. Er trägt den Käfig mit seinem Chinchilla in den Flur und dichtet die Tür dahin mit einem Tuch ab, damit das Tier überlebt. Nach etwa 15 Minuten verschließt er den Gashahn und führt ein Telefongespräch mit einer Freundin, in dessen Verlauf er sich etwas beruhigt. Unerwartet klingelt B, die ihre restlichen Sachen abholen will. A lässt sie in die Wohnung. Es kommt zu einem Gespräch. Dabei zieht B eine Zigarettenschachtel und ein Feuerzeug aus der Tasche. Nunmehr erkennt A, dass es beim Anzünden einer Zigarette zu einer Explosion des Luft-Gas-Gemisches in der Wohnung mit tödlichen Folgen für ihn, für B und für andere Hausbewohner kommen kann. Gleichwohl greift er nicht ein, weil er diese Folgen in Kauf nimmt. Mit dem Entzünden des Feuerzeugs löst B eine Explosion aus, die das gesamte Haus einstürzen lässt. Sie und A erleiden schwere Verletzungen. C, der Mitbewohner des Hauses, wird von den Trümmern erschlagen.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht verändert, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

Oktober 2009 Chinchilla-Fall

Mord / gemeingefährliche Mittel / Unterlassen / Entsprechungsklausel

§§ 211, 13 StGB

Leitsatz der Verf.:

Da das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ voraussetzt, dass der Täter ein solches Mittel zur Tötung einsetzt, scheidet eine Anwendung aus, wenn er lediglich eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, sei sie zufällig entstanden, durch dritte Personen geschaffen oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2009 – 3 StR 204/09; veröffentlicht bei juris

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Vorrangig soll eine Strafbarkeit des A wegen vorsätzlicher Tötungs- und Körperverletzungsdelikte geprüft werden. Auf die auch noch in Betracht kommende Strafbarkeit wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. § 308 StGB werden wir später eingehen.

Als tatsächlicher Anknüpfungspunkt für vorsätzliche Tötungs- und Körperverletzungstaten scheidet das Öffnen der Gasleitung aus. Denn zu diesem Zeitpunkt war A sich der Gefährlichkeit seines Tuns noch nicht in vollem Umfang bewusst. Die Schutzmaßnahmen für sein Haustier zeigen, dass er nur an die Vergiftungsgefahr, nicht aber an die Explosionsgefahr dachte. Als er diese Gefahr und damit das Risiko für andere erkannte, nahm er keine Handlung mehr vor. Zu prüfen ist also eine Strafbarkeit wegen Unterlassens.

Unschwer lässt sich feststellen, dass A sich gegenüber B wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 223, 13

StGB und wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 13 StGB sowie gegenüber C wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht hat. Seine Garantenstellung beruht auf Ingerenz. Auf Grund seines pflichtwidrigen gefährdenden Vorverhaltens hätte er das Entzünden des Feuerzeugs verhindern müssen.

Als problematisch erweist sich der Fall, wenn man für den versuchten und den vollendeten Totschlag **Mordmerkmale** in Betracht zieht.

Zu denken ist einmal an **Heimtücke**. Allerdings ist dafür erforderlich, dass der Täter bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer ausgenutzt hat.² Die durch Verzweiflung geprägte psychische Verfassung des A lässt daran zweifeln.

Es könnte ihm aber die **Verwendung gemeingefährlicher Mittel** anzulasten sein. Für das Merkmal der Gemeingefährlichkeit existiert eine anerkannte Definition. Als gemeingefährlich gelten solche Mittel, „deren Wirkung auf Leib oder Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in der Hand hat“³. Eine Anwendung auf das Luft-Gas-Gemisch bereitet keine Probleme, weil davon eine unkontrollierbare Explosionsgefahr ausging.

Den Schlüssel zur Erfassung der Fallproblematik bietet die sprachliche Einkleidung des Merkmals der Gemeingefährlichkeit: Der Täter muss *mit* gemeingefährlichen *Mitteln* getötet haben. Dieser Wortlaut legt ein Verständnis nahe, das auf den Zweckbezug abstellt. Erfasst sein könnten (nur) solche Mittel, die der Täter gezielt zur Tötung eingesetzt hat. Das bloße Ausnutzen einer anderweitig entstandenen gemeingefährlichen Lage würde nicht darunter fallen. Ausgeschlossen wäre damit die

Anwendbarkeit des Merkmals auf Unterlassungsfälle.

Diesen Standpunkt hat der Bundesgerichtshof in einer früheren Entscheidung vertreten.⁴ Für eine nähere Begründung hat er auf den Grund für die Strafschärfung abgestellt. Dieser liege „in der besonderen Rücksichtslosigkeit des Täters, der sein Ziel durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für andere durchzusetzen sucht“⁵. Daran fehle es im Falle des bloßen Ausnutzens einer bereits vorhandenen gemeingefährlichen Situation.

Dieser Ansicht wird zum Teil in der Literatur widersprochen. Im Wesentlichen werden zwei Argumente vorgebracht. Zum einen wird der Grund für die erhöhte Strafbarkeit anders bestimmt. Maßgeblich sei der Umstand, dass weitere Menschen gefährdet worden seien, nicht aber die Art und Weise, in der es zu dieser Gefährdung gekommen sei.⁶ Zum anderen wird dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, dass er die Struktur des Tatgeschehens nicht richtig erfasse, wenn er von einem bloßen Ausnutzen einer gemeingefährlichen Situation zur Tat spreche. Als Tat sei dem Täter eine Tötung durch ein garantenpflichtiges Unterlassen der Abwendung einer von ihm als unkontrollierbar erkannten Gefahr anzulasten. „Es ist in diesem Fall nicht erkennbar, warum bei Vorliegen von Tötungsvorsatz für den Garanten nicht § 211 gelten oder warum etwa eine Anstiftung durch einen Nichtgaranten nicht möglich sein sollte.“⁷

Eine andere Literaturansicht stimmt dem Bundesgerichtshof im Ergebnis zu, wählt aber eine andere Begründung. Sie stützt die Verneinung einer Unterlassungsstrafbarkeit auf die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB. Das Unterlassen sei der Tötung mit gemein-

² Vgl. zum Merkmal der Heimtücke Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 211 Rn. 6.

³ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 211 Rn. 11.

⁴ BGHSt 34, 13.

⁵ BGHSt 34, 13, 14.

⁶ Jähnke in: LK, StGB, 11. Aufl., § 211 Rn. 58.

⁷ Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 211 Rn. 61.

gefährlichen Mitteln durch Tun nicht gleichwertig.⁸

Der vorliegende Fall bot dem Bundesgerichtshof Gelegenheit, auf das Literaturecho zu reagieren, das seine frühere Entscheidung ausgelöst hat.

Für eine vollständige Falllösung bedarf es, wie eingangs erwähnt, noch eines Blicks auf den Tatbestand des **Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. § 308 StGB**. Als Tat handlung kann sowohl ein Tun (Öffnen der Gasleitung) als auch ein Unterlassen (Untätigkeit beim Anzünden der Zigarette durch B) in Betracht gezogen werden. Maßgeblich ist nach vorherrschender Ansicht, was den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ausmacht.⁹ Ihn wird man im Unterlassen sehen müssen, weil sich zu diesem Zeitpunkt die Gefahrenlage dramatisch verschärft hatte und A sich dessen bewusst war. Erfüllt sind demnach die Voraussetzungen eines vorsätzlichen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. §§ 308 Abs. 1, 13 StGB. Da A die Todesfolge billigend in Kauf genommen hat, greift auch die Erfolgsqualifikation in § 308 Abs. 3 StGB ein, die eine „wenigstens“ leichtfertige Verursachung des Todes voraussetzt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hatte auf die Revision des A dessen Verurteilung zu überprüfen. Das Landgericht hatte ihn u. a. des vollendeten und versuchten Mordes in der Variante der Verwendung gemeingefährlicher Mittel durch Unterlassen schuldig gesprochen.

Die Erwartung, dass der Senat sich noch einmal mit dem Fallproblem auseinandersetzen würde, wird enttäuscht. Das Gericht belässt es bei einer knappen Bestätigung des Standpunktes, den es in der früheren Entscheidung vertre-

ten hat, und hebt dementsprechend das Urteil auf.

Lediglich ein knapper Satz im Schlussteil der Entscheidung geht auf die Kritik in der Literatur ein. Danach ist sich der Senat der „durchaus bedenkenswerten Einwände ... bewusst, sieht aber dennoch keinen Anlass, hier von ihr abzuweichen“.¹⁰

Im Übrigen weist er das Tatgericht, das sich mit der Sache erneut befassen muss, an, das Mordmerkmal der Heimtücke näher zu prüfen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall wird die Diskussion darüber wiederbeleben, ob das Mordmerkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann. Das wird wiederum ein Echo in Prüfungszusammenhängen auslösen. Darauf wollen wir mit einigen ergänzenden Hinweisen zur Sache und zur formellen Einordnung des Problems vorbereiten.

Es liegt nahe, in der Auseinandersetzung mit dem Problem auf dasjenige Argument zurückzugreifen, das so häufig passt, wenn es um die Auslegung von Mordmerkmalen geht: Die **Schwere der angedrohten Strafe** gebe Anlass für eine restriktive Auslegung.¹¹ Das Argument ist zwar auch hier verwendbar. Jedoch wird sein Gewicht dadurch etwas gemindert, dass die Absolutheit der Strafandrohung in § 211 StGB durch § 13 Abs. 2 StGB aufgehoben wird. Im Falle des Unterlassens kann die Strafe gemildert werden.¹²

⁸ Horn in: SK, StGB, § 211 Rn. 53.

⁹ Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 14; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 245.

¹⁰ BGH Beschl. v. 7. 7. 2009 – 3 StR 204/09, Rn. 6, juris.

¹¹ Dieses Argument kommt insbesondere bei den Merkmalen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht zur Anwendung. Die Grundlage dafür bildet die zentrale Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe: BVerfGE 45, 187.

¹² Macht das Gericht von dieser Mildierungsmöglichkeit Gebrauch, dann tritt

Die **Einordnung des Problems in den straftatsystematischen Prüfungsaufbau** ist nicht besonders schwierig, soweit es darum geht, den geeigneten Ort für die Diskussion der Grundsatzfrage zu bestimmen, ob denn überhaupt eine Unterlassungsstrafbarkeit im Zusammenhang mit dem Mordmerkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel möglich ist. Diese Frage sollte unmittelbar im Anschluss an die Formulierung eines entsprechenden Prüfungsansatzes erörtert werden. Wird sie in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verneint, dann ist diese Prüfung auch bereits beendet.

Wer sich anders entscheidet, muss nun einen sachgerechten Aufbau für die Prüfung eines mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen begangenen Mordes entwickeln. Die Literatur ist in dieser Hinsicht nicht besonders hilfreich, weil sich die Aufbauvorschläge zum unechten Unterlassen in der Regel an der Struktur des reinen Erfolgsdeliktes orientieren, bei dem es nicht darauf ankommt, wie der Erfolg herbeigeführt wurde. Ein in diesem Sinne reines Erfolgsdelikt ist etwa der Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB. Im vorliegenden Fall müssen sich aber die Unterlassungsmerkmale auch auf eine bestimmte Art der Erfolgsherbeiführung beziehen, nämlich auf die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln. Dieses Mordmerkmal muss in den Aufbau der Unterlassungstat integriert werden. Nur so ist z. B. gewährleistet, dass die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommt. Denn sie ist – jedenfalls nach ganz überwiegender Meinung – nur bei so genannten verhaltensgebundenen Straftaten relevant,

gem. §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 38 Abs. 2 StGB an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren. Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht von einer Milderung abgesehen und A zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

nicht aber bei reinen Erfolgsdelikten.¹³ Es sei daher folgender Aufbau der Prüfung des objektiven Tatbestandes empfohlen:

- Eintritt des tatbestandlichen Erfolges
- Nichtvornahme der zur Abwendung des Erfolges gebotenen Handlung
- Physisch-reale Möglichkeit zur Vornahme dieser Handlung
- Ursächlichkeit des Unterlassens für den Erfolgseintritt
- Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels
- Garantenstellung
- Entsprechungsklausel
- Unzumutbarkeit der Vornahme der gebotenen Handlung¹⁴

In die inhaltliche Ausfüllung der drei zuletzt genannten Merkmale ist also einzubeziehen, dass dem Täter auch angelastet wird, die Gefährdung weiterer Personen nicht abgewendet zu haben.

Anzuraten ist ferner eine Erweiterung des Blickfeldes. Es gibt ein weiteres Mordmerkmal, dessen Anwendbarkeit auf Unterlassungsfälle umstritten ist. Gemeint ist die **Verdeckungsabsicht**. Die Problematik wird regelmäßig an Fällen erörtert, in denen der Täter durch eine Straftat einen anderen verletzt hat und, statt ihn vor dem drohenden Tod zu bewahren, flieht, weil er andernfalls mit seiner Entdeckung und mit strafrechtlichen Folgen rechnen muss.¹⁵

¹³ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, Rn. 730.

¹⁴ Dieses Merkmal wird teilweise der Schuldprüfung zugeordnet, so z. B. *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 730. Wie hier z. B. *B. Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 904.

¹⁵ Häufig ist das Problem der Unterlassungsstrafbarkeit mit der Frage verknüpft, ob Verdeckungsabsicht auch im Falle eines nur bedingten Tötungsvorsatzes angenommen werden kann; vgl. dazu *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 352 f.

Gegen eine Strafbarkeit wegen Mordes wird mangelnde Gleichwertigkeit im Sinne der Entsprechungsklausel gem. § 13 Abs. 1 StGB ins Feld geführt.¹⁶ Das Verbot der Verdeckungstötung bedeute für den Täter im Falle des positiven Tuns, dass er von der Möglichkeit Abstand nehmen solle, durch die Tötung seine Entdeckung abzuwenden. Das entspreche nicht der Anforderung an den Unterlassungstäter, dem mehr abverlangt werde, nämlich durch die Verhinderung des Todes eines anderen zugleich die eigene Straftat aufzudecken. Ferner wird angeführt, dass der damit verbundene Zwang zur Selbstbelastung gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoße.¹⁷

Die Gegenmeinung sieht keinen Grund, Unterlassungsfälle von einer Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes auszuschließen. Maßgeblich sei die Tötungshandlung, hier also die Unterlassung. Sie und nicht etwa der Tötungserfolg müsse das Mittel der Verdeckung sein. Das Mordmerkmal sei erfüllt, wenn die „Tötungsunterlassungshandlung“ mit der Intention verknüpft sei, durch Verzicht auf Rettungsmaßnahmen zu vermeiden, dass andere, von denen strafverfolgungsrelevante Aktivitäten zu befürchten seien, Kenntnis von der Vortat erhielten.¹⁸ Im Übrigen sei die Entsprechungsklausel nicht anwendbar, weil der Verdeckungsmord wegen der rein subjektiven Natur des qualifizierenden Merkmals kein verhaltensgebundenes Delikt sei.¹⁹ Auch sei der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht betroffen. Dem Täter werde nur abverlangt, Leben zu retten; er müsse sich nicht selbst gegenüber den Strafverfolgungsbehörden offenbaren.²⁰

Die **Praxis** sollte aufmerksam registrieren, dass der Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung angedeutet hat. Zwar ist offen geblieben, welche Fälle dafür in Betracht kommen. Das ändert jedoch nichts daran, dass den Tatgerichten damit ein Entscheidungsspielraum eröffnet worden ist. Darauf sollten sich Strafverteidiger einstellen. Sie können nicht mehr sicher sein, dass in Unterlassungsfällen eine Bestrafung wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln ausscheidet.

5. Kritik

Zustimmen können wir nur dem Ergebnis der Entscheidung. Die Verneinung eines Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Unterlassungsfällen trägt zu der verfassungsrechtlich gebotenen²¹ Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 211 StGB bei.

Kritik verdient die Begründung in zweifacher Hinsicht. Sie verschließt sich dem juristischen Diskurs, indem sie schlicht auf eine frühere Entscheidung verweist, die ihrerseits auch nur sehr knapp begründet ist. Dagegen erhobene Einwände werden nicht inhaltlich aufgegriffen. Außerdem verbreitet sie Rechtsunsicherheit durch die Andeutung, dass die Einwände berechtigt sein könnten. Offenbar soll nur noch grundsätzlich, aber nicht mehr ausnahmslos gelten, dass eine Bestrafung wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Unterlassungsfällen ausscheidet. Ungesagt bleibt jedoch, an welche Ausnahmefälle gedacht ist. Mit dem Bestimmtheitsgebot im Strafrecht, das auch für die Rechtsprechung Geltung beansprucht,²² ist dieses Vorgehen nicht zu vereinbaren.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Christin Göhle)

¹⁶ Küpper, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2007, Rn. 54 b; Marxen (Fn. 9), S. 226.

¹⁷ Freund/Schaumann, JuS 1995, 801, 805.

¹⁸ Rengier, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 4 Rn. 63.

¹⁹ Schneider in: MK, StGB, § 211 Rn. 196.

²⁰ Schneider (Fn. 19), § 211 Rn. 196.

²¹ Vgl. BVerfGE 45, 187.

²² Vgl. BVerfGE 92, 1 zum Gewaltbegriff der strafrechtlichen Rechtsprechung.

1. Sachverhalt¹

A wird von B mit einem etwa 1,2 m langen Stock geschlagen. Ihn treffen drei Schläge im Rücken und auch am Kopf. Dadurch erleidet er starke Schmerzen. Er zeigt den Vorfall bei der Polizei an. Gegen B wird ein Strafverfahren eingeleitet. In der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht wird A als Zeuge uneidlich vernommen. Im Bewusstsein der Wahrheitswidrigkeit gibt er nunmehr an, B habe viele Male wie eine Furie mit einer Peitsche auf ihn eingeschlagen. Nachdem B gegen seine Verurteilung Berufung eingelegt hat, äußert sich A vor dem Landgericht nochmals als Zeuge in uneidlicher Vernehmung zu dem Vorfall. Erneut erweitert er seine Angaben wahrheitswidrig. B habe sich schreiend auf ihn gestürzt und brutal auf ihn eingeschlagen. Dadurch sei sogar sein Augenlicht beeinträchtigt worden.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat B zu Unrecht übermäßig belastet. Dadurch hat er zugleich auf die Strafverfolgung gegen B eingewirkt. Außerdem hat er die gerichtliche Wahrheitsfindung behindert. Da unterschiedliche Interessen verletzt sind, kommen auch

November 2009

Furien-Fall

Straftaten gegen die Rechtspflege / falsche uneidliche Aussage / falsche Verdächtigung / wahrheitswidrige Angaben zu den Begleitumständen und Folgen einer Straftat

§§ 153, 164 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Wer einen im Kern zutreffenden Sachverhalt zur Anzeige bringt, ihn jedoch dann vor Gericht als Zeuge mit Übertreibungen ausschmückt, ohne dass sich hierdurch die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes ändert, kann sich wegen uneidlicher Falschaussage nach § 153 Abs. 1 StGB, nicht aber wegen falscher Verdächtigung nach § 164 Abs. 1 StGB strafbar machen.

OLG München, Beschluss vom 4. März 2009 – 5 St RR 38/09; veröffentlicht in NJW 2009, 3043.

unterschiedliche Tatbestände für eine strafrechtliche Erfassung in Betracht.

Der Tatbestand der falschen Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB schützt die Rechtspflege gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme und den Einzelnen gegen unbegründete Zwangsmaßnahmen.² Der Tatbestand der falschen uneidlichen Aussage gem. § 153 Abs. 1 StGB soll die Rechtspflege vor einer Verfälschung ihrer Entscheidungsgrundlagen bewahren.³

Diese Tatbestände könnten zweimal verwirklicht worden sein. Denn die beiden Aussagen lassen sich nicht zu einer Tat zusammenfassen, weil A sich in zwei gesonderten Verfahrensabschnitten vor unterschiedlichen Gerichten und

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme möglichst deutlich hervortreten.

² Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 164 Rn. 1.

³ Vgl. Kindhäuser, LPK-StGB, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 153-163, Rn. 1.

jeweils nach der Belehrung, die Wahrheit sagen zu müssen, geäußert hat.

Gleichwohl handelt es sich nur um *ein* Sachproblem, das für diese unterschiedlichen Handlungen bei beiden Tatbeständen zu erörtern ist: Kann es eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften begründen, wenn ein Zeuge vor Gericht den Kernsachverhalt zutreffend schildert, aber bewusst unwahre Angaben über Begleitumstände und Folgen der Tat macht? Die Frage muss für jeden Tatbestand gesondert beantwortet werden, weil sich die Merkmale und, wie gezeigt, die Rechtsgüter sowie die Schutzzwecke unterscheiden.

Aus dem umfangreichen und komplizierten **Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB** ist für die Behandlung des Problems die Tathandlung maßgeblich. Sie besteht aus einem falschen Verdächtigen gegenüber bestimmten Adressaten, zu denen als Behörden auch Gerichte gehören (§ 11 Nr. 7 StGB). Das Merkmal der Falschheit ergibt sich aus dem subjektiven Tatbestandselement des Handelns wider besseres Wissen. Ein Verdächtigen wird im Behaupten von Tatsachen gesehen, die einen Verdacht gegen eine bestimmte andere Person begründen oder verstärken.⁴ Als falsch gilt eine Verdächtigung, wenn die behaupteten Tatsachen der Wirklichkeit nicht entsprechen.⁵

Es erscheint zunächst ohne weiteres möglich, das Verhalten des A darunter zu subsumieren. Seine unwahren Angaben verstärkten den Vorwurf gegen B, durch Stockschläge eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 223 StGB begangen zu haben. B wurde angelastet, in der Art der Ausführung und im Hinblick auf die Folgen eine Tat begangen zu haben, die mit einer höheren Strafe zu belegen wäre als die tatsächlich begangene.

Diese Sicht würde allerdings der Vorschrift einen sehr großen Anwendungsbereich eröffnen. Sie könnte stets

schon dann angewendet werden, wenn eine tatsächlich begangene Tat nur ein wenig aufgebauscht würde. Das geschieht durchaus nicht selten. Gerade Tatopfer neigen zu Übertreibungen, um andere davon zu überzeugen, wie sehr sie unter der Tat gelitten haben.

Einer drohenden Ausuferung des Tatbestandes wird mit Überlegungen zu den von § 164 Abs. 1 StGB geschützten Rechtsgütern entgegengetreten. Übertreibungen, so wird gesagt, veranlassen noch keine weiterreichenden Untersuchungsmaßnahmen der Strafverfolgungsorgane, sofern sie den Charakter der Tat unberührt lassen.⁶ Auch sei es für den Betroffenen hinnehmbar, wenn die Anschuldigung zwar aufgebauscht sei, die Tat dadurch aber noch kein „wesentlich anderes Gewicht“⁷ erhalte.

Die Rechtsprechung hat sich um eine Präzisierung dieser Grenzziehung bemüht.⁸ Danach ist ein Aufbauschen nur dann erfasst, wenn es die begangene Tat als **schwerere Straftat im Sinne einer Qualifikation** erscheinen lässt oder wenn dadurch das tatsächliche Geschehen um tateinheitlich oder tatmehrheitlich verwirklichte Straftaten erweitert wird. Damit wären solche Übertreibungen von einer Strafbarkeit ausgenommen, die sich lediglich auf das **Schuldmaß und damit nur auf die Strafzumessung** auswirken.

Das wird in der Literatur teilweise anders gesehen.⁹ Auch strafzumessungsrelevante Behauptungen sollen die Strafbarkeit begründen können. Dabei wird auf die Belange des Betroffenen abgestellt. Seine von § 164 Abs. 1 StGB geschützten Interessen seien dann verletzt, wenn er durch eine

⁴ Vgl. Küper, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 342.

⁵ Vgl. Küper (Fn. 4), S. 345.

⁶ Vgl. Zopfs, in MüKo, StGB, § 164 Rn. 35 f.

⁷ Lenckner, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2007, § 164 Rn. 17.

⁸ Vgl. zum Folgenden BGH bei Dallinger, MDR 1956, 270; BayObLGSt 1952, 274; 1955, 225, 226; zusammenfassend: Ruß, in LK, StGB, 11. Aufl., § 164 Rn. 11.

⁹ Lenckner (Fn. 7), § 164 Rn. 17.

ungleich schwerer wiegende Beschuldigung belastet werde. Als Beispiel wird das Aufbauschen eines kleinen Diebstahls zu einem Millionendiebstahl genannt.

Auf der Grundlage der Rechtsprechung wäre hier eine Strafbarkeit gem. § 164 Abs. 1 StGB zu verneinen, weil die unwahren Behauptungen, B habe wie eine Furie mit einer Peitsche vielfach brutal geschlagen, nichts daran ändern, dass die Tat nach §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 223 StGB zu bestrafen ist. Mit der weiteren falschen Behauptung, sein Augenlicht sei durch die Schläge beeinträchtigt worden, hat A auch noch keine schwere Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgetäuscht, weil dieser Qualifikationstatbestand voraussetzt, dass das Sehvermögen vollständig und auf Dauer verloren gegangen ist.

Nur die Literaturansicht könnte im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis führen, dass A sich gem. § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Allerdings ist zu bezweifeln, dass die Differenz zwischen der tatsächlichen und der behaupteten Körperverletzung dem geforderten Unterschied im Gewicht der Tat entspricht.

Im Rahmen der Prüfung einer Strafbarkeit des A wegen **Falschaussage gem. § 153 Abs. 1 StGB** könnte gleichermaßen gefragt werden, ob es einen Toleranzbereich für kleinere Unwahrheiten gibt. Die Antwort muss anders ausfallen als bei § 164 Abs. 1 StGB, weil sich Tathandlung und Schutzrichtung unterscheiden.

Die gesetzliche Tathandlung des falschen Verdächtigens in § 164 Abs. 1 StGB lässt die Interpretation zu, dass gewisse Übertreibungen hinnehmbar sind, weil dadurch die Strafverfolgungsorgane noch nicht unbedingt zu unangemessenen Aktionen veranlasst werden. Dagegen muss bei jeder übertriebenen Sachdarstellung durch einen Zeugen vor Gericht damit gerechnet werden, dass sie sich auf die Entscheidung auswirkt, weil jedenfalls bei der

Strafzumessung auch kleine Divergenzen das Ergebnis beeinflussen können. Das Gericht ist für ein in jeder Hinsicht zutreffendes Urteil auf wahre Zeugenaussagen angewiesen.

Es mag zwar sein, dass sich Details einer Aussage im Nachhinein als unerheblich erweisen. Die Fassung des gesetzlichen Tatbestandes enthält jedoch keinerlei Anknüpfungspunkte für eine Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit.¹⁰

Daher hilft es dem A nicht, dass kein besonders gravierender Unterschied zwischen dem Schlag mit einem Stock und einem Peitschenhieb besteht. Seine unwahre Behauptung, mit einer Peitsche geschlagen worden zu sein, erfüllt die Voraussetzungen einer falschen Aussage. Gleiches gilt für seine Angaben über die Zahl der Schläge und die Beeinträchtigung seines Sehvermögens.

Besser sind seine Verteidigungschancen im Hinblick auf andere Teile seiner Aussage. Gemeint sind **wertende Beschreibungen** des Verhaltens des B, wie die Behauptungen, dieser habe wie eine Furie agiert und sei brutal vorgegangen. Sie lassen sich nicht ohne weiteres am Maßstab der Wahrheit messen. Wahr oder falsch können nur Behauptungen über Tatsachen sein. Durch unrichtige Wertungen macht sich ein Zeuge noch nicht strafbar gem. § 153 Abs. 1 StGB.¹¹ Es ist Sache des Gerichts, darüber zu befinden, wie Tatsachen zu bewerten sind.

Allerdings ist denkbar, dass ein Zeuge mit einer Wertung zugleich eine Tatsachenbehauptung aufstellt.¹² So könnte die Aussage des A, B habe wie eine Furie auf ihn eingeschlagen, nicht nur eine Bewertung darstellen, sondern auch Tatsächliches enthalten, etwa die Angabe, dass B die Selbstbeherrschung vollständig verloren habe.¹³

¹⁰ Vgl. *Vormbaum*, in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 153 Rn. 38 f.

¹¹ Vgl. *Lenckner* (Fn. 7), § 153 Rn. 11.

¹² Vgl. *Lenckner* (Fn. 7), § 153 Rn. 11.

¹³ Furor (lat.) = Raserei.

Freilich kann man bezweifeln, dass es nötig ist, die gesamte Aussage des A daraufhin zu sezieren, welche tatsächlichen und welche bewertenden Anteile enthalten sind. Wie gezeigt, sind die tatbestandlichen Anforderungen jedenfalls für einige seiner Angaben erfüllt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG München bestätigt die Verurteilung des A wegen uneidlicher Falschaussage gem. § 153 Abs. 1 StGB in zwei Fällen. Es betont, dass A eine uneingeschränkte Wahrheitspflicht gehabt habe, und führt zur Begründung aus: „Wenn ein Zeuge wahrheitswidrig entgegen seinem eigenen Erlebnisbild die Begleitumstände oder die Folgen einer Straftat durch tatsächliche Ausschmückungen dramatisiert, können diese Auswirkungen auf die Höhe der zu verhängenden Strafe haben.“¹⁴

Keine Erwähnung findet in diesem Zusammenhang, dass bloße Wertungen eine Strafbarkeit wegen falscher Aussage nicht begründen können. Vielmehr behandelt das Gericht die Aussage des A, dass B wie eine Furie und brutal auf ihn eingeschlagen habe, ohne weiteres als Tatsachenbehauptung.

Dagegen korrigiert das OLG die Vorinstanz in der Annahme, A habe sich auch wegen falscher Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB in zwei Fällen strafbar gemacht. Es hält sich an die Linie der bisherigen Rechtsprechung und beschränkt dementsprechend den Anwendungsbereich der Vorschrift auf solche verdachtsbestärkenden Übertreibungen, durch die eine tatbestandliche Qualifikation vorgetäuscht oder der Anschein weiterer in Tateinheit oder Tatmehrheit begangener Straftaten erweckt wird. Ausgenommen sind danach solche wahrheitswidrigen Angaben, die „nur für die Bestimmung der Rechtsfolgen von Relevanz“ sind.¹⁵

Unerwähnt bleibt in der Entscheidung, dass eine Literaturansicht unter

bestimmten Voraussetzungen § 164 Abs. 1 StGB auch dann für anwendbar hält, wenn eine Tatschwere vorge-täuscht wird, die sich nur im Rechtsfolgenbereich auswirkt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Strafbarkeit des bewusst wahrheitswidrigen Aufbaus gehört zu den **Standardproblemen aus dem Bereich der Rechtspflegedelikte**. Bei der Bearbeitung entsprechender Fälle sollten neben den in der Entscheidung angesprochenen Strafvorschriften noch das Vortäuschen einer Straftat gem. § 145 d StGB und – als Straftat gegen die Ehre – die Verleumdung gem. § 187 StGB Berücksichtigung finden.

Im Mittelpunkt der Diskussion stehen §§ 145 d und 164 StGB. §§ 153 und 187 StGB haben demgegenüber geringere Bedeutung. Sofern es zu einer gerichtlichen Aussage als Zeuge gekommen ist, dürfte die Strafbarkeit wegen falscher uneidliche Aussage, wie die Entscheidung des OLG München zeigt, in aller Regel zu bejahen sein. Hinsichtlich einer Strafbarkeit gem. § 187 StGB sind allgemeine Aussagen kaum möglich. Alles hängt von den konkreten personen- und tatbezogenen Umständen ab. Die unwahre Tatsachenbehauptung muss so weit von der tatsächlich begangenen Tat entfernt sein, dass eine Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs dieses Täters¹⁶ angenommen werden kann.

Wenn wir uns §§ 164, 145 d StGB zuwenden, so verdient es festgehalten zu werden, dass die letztgenannte Vorschrift in der Entscheidung gar nicht angesprochen wird. Das beruht nicht etwa darauf, dass der Tatbestand auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung gegenüber § 164 StGB subsidiär ist. Da eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung abgelehnt worden war, hätte § 145 d StGB ja zum Zuge kom-

¹⁴ OLG München, NJW 2009, 3043, 3044.

¹⁵ OLG München, NJW 2009, 3043.

¹⁶ Vgl. zum Ehrbegriff Lackner/Kühl (Fn. 2), Vor § 185 Rn. 1.

men können, falls diese Vorschrift die staatliche Rechtspflege weitergehend schützt als § 164 StGB.

Es verhält sich jedoch genau umgekehrt. Im Zusammenhang mit dem Vortäuschen einer Straftat gem. § 145 d StGB wird die Strafbarkeit des Aufbaus einer tatsächlich begangenen Tat stärker eingeschränkt als bei der falschen Verdächtigung gem. § 164 StGB. Der Grund liegt darin, dass § 145 d StGB nur die Rechtspflege schützt, während § 164 StGB darüber hinaus auch noch die zu Unrecht verdächtige Person zum Schutzobjekt hat.¹⁷

Daraus folgt, dass die Differenz zwischen der tatsächlichen und der angezeigten Tat bei § 145 d StGB größer sein muss als der Unterschied zwischen Grundtatbestand und Qualifikation. Darüber besteht Einigkeit. Auch sind sich alle darin einig, dass ein Anwendungsfall für § 145 d StGB dann vorliegt, wenn eine andere prozessuale Tat als die tatsächlich begangene angezeigt wird.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass auch allein in den zuletzt genannten Fällen bestraft werden sollte.¹⁸ Angeführt wird dafür ein prozessrechtliches Argument: Wenn sich die tatsächliche und die vorgetäuschte Tat auf dieselbe Tat im prozessualen Sinne beziehen, fehlt es bei noch so großer Differenz an einer unnötigen Inanspruchnahme der Strafverfolgungsorgane, weil diese nach dem Legalitätsprinzip verpflichtet sind, dem Verdacht nachzugehen und ihn umfassend aufzuklären.

Die Gegenansicht berücksichtigt, dass in der Praxis der Verfolgungs- und Ermittlungsaufwand je nach dem Charakter der angezeigten Tat sehr unterschiedlich ausfällt. Das Aufbauschen soll dann bestraft werden, wenn es ge-

eignet ist, unangemessen umfangreiche Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane auszulösen.¹⁹ Teils wird es bei diesem recht vagen Maßstab belassen. Teils wird eine Präzisierung in der Weise vorgeschlagen, dass die Grenze zur Strafbarkeit dann überschritten sein soll, wenn ein Vergehen zu einem Verbrechen aufgebauscht worden ist.²⁰

Vereinfacht ausgedrückt geht es um die Frage, ob § 145 d StGB die Strafverfolgungsorgane auch vor der Gefahr überflüssiger Mehrarbeit schützen soll. Der schlichte Wortlaut der Vorschrift spricht eher dagegen. Danach macht sich nur derjenige strafbar, der vortäuscht, dass eine rechtswidrige Tat begangen worden sei. Im Falle des Aufbaus wäre der Konjunktiv aber sprachlich verfehlt, denn es *ist* eine rechtswidrige Tat begangen worden.²¹

Zu § 164 Abs. 1 StGB bedarf es noch einer ergänzenden Bemerkung. Die Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen strafloser Übertreibung und strafbarer Falschverdächtigung müssen an neuere Entwicklungen angepasst werden. Wenn die Grenzlinie mit Hilfe der Unterscheidung von Grundtatbestand und Qualifikation gezogen wird, dann bleibt unberücksichtigt, dass der Gesetzgeber Qualifikationstatbestände in Regelbeispiele umgewandelt hat und dass er sich vielfach der Regelbeispielstechnik bedient hat, um Strafschärfungen einzuführen.²² Konsequenter wäre es daher, auch das Aufbauschen zu einer Tat, die den Anforderungen eines Regelbeispiels genügt, für strafbar zu erklären.²³

¹⁷ Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 51 Rn. 5.

¹⁸ So z. B. Geppert, JURA 2000, 384 f.; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 142 f.

¹⁹ Z. B. Rengier (Fn. 17), § 51 Rn. 4; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 145 d Rn. 4.

²⁰ Krümpelmann, ZStW 96 (1984), 999, 1023 ff.

²¹ Daraus folgt keine generelle Straflosigkeit. Vom Wortlaut erfasst ist der Fall des Aufbaus durch Anzeige einer anderen Tat im prozessualen Sinne; s. dazu die in Fn. 18 angegebene Literatur.

²² Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 2), § 46 Rn. 11.

²³ So auch Rengier (Fn. 16), § 50 Rn. 10.

Damit würde eine Annäherung an die Literaturansicht vollzogen, die auch unwahre Behauptungen mit bloßer Relevanz für die Strafzumessung einbezieht, sofern sie der Tat ein wesentlich anderes Gewicht verleihen.²⁴

Die Entscheidung offenbart im Zusammenhang mit § 153 StGB ein **gravierendes Problem der Rechtsanwendungspraxis**. Würde die Strafbarkeit wahrheitswidriger Übertreibungen und Ausschmückungen unter dem Gesichtspunkt der Falschaussage ernst genommen und würden in jedem Verdachtsfall dieser Art Ermittlungen aufgenommen, dann gingen die Justizbehörden in einer Verfahrensflut unter. Denn tagtäglich haben Gerichte mit Zeugen zu tun, die sich die Freiheit nehmen, bei der Schilderung des Tatgeschehens wahrheitswidrig zu übertreiben oder auch die Tat zu beschönigen. Verfahren werden aber höchst selten eingeleitet.

Das ist sicherlich praktisch vernünftig, ändert aber nichts daran, dass die Strafdrohung besteht und in einigen wenigen Fällen auch aktiviert wird. Darüber, wann von der Strafdrohung Gebrauch gemacht wird, gibt es keine Erkenntnisse. Man wird vermuten können, dass zu den Anlässen eines Strafverfahrens dasjenige Verhalten zählt, dass im vorliegenden Fall A an den Tag gelegt hat. Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass er gegenüber der Polizei und den Gerichten „auf äußerst unangenehme Art und Weise“ seine Sicht der Tat dargelegt²⁵ und sich als unbelehrbar erwiesen hat. Der Justiz, die offenbar geradezu querulatorisch bedrängt wurde, ist gewissermaßen der Kragen geplatzt. Freilich wird man darin kaum ein Kriterium finden, das geeignet wäre, die gelegentliche Anwendung einer Strafdrohung vor dem Gleichheitsgrundsatz zu rechtfertigen.

²⁴ S. oben 2. und Lenckner (Fn. 7), § 164 Rn. 17.

²⁵ OLG München, NJW 2009, 3043.

5. Kritik

Die Selektivität der Strafverfolgung wird man dem OLG nicht vorwerfen können. Ein Revisionsgericht verfügt nur noch über begrenzte Möglichkeiten einer Steuerung des Strafverfahrens. Angesichts der Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts und einer gefestigten Rechtsprechungspraxis führte hier kaum ein Weg daran vorbei, dass der Schuldspruch wegen uneidlicher Falschaussage bestätigt wurde. Allerdings hätte man sich einige klärende Worte dazu gewünscht, ob als falsche Aussage auch Äußerungen mit vorwiegend wertendem Charakter anzusehen sind, wie diejenige, dass B wie eine Furie zugeschlagen habe.

Irritierend ist eine Formulierung, die dem Gericht vermutlich nur versehentlich unterlaufen ist. Wenn es als Maßstab für die Falschheit einer Aussage „die ursprüngliche Wahrnehmung des Zeugen bzw. sein wirkliches Erlebnisbild“²⁶ angibt, weicht es von der ansonsten in der Rechtsprechung stets vertretenen objektiven Theorie ab, für die allein der Widerspruch zur Wirklichkeit maßgeblich ist²⁷. Übernommen hat es die Formulierung von einem Kommentator, der bislang noch kaum Gefolgschaft mit seiner „Wahrnehmungstheorie“²⁸ gefunden hat. Da hier, wie in den meisten praktischen Fällen, die Unterschiede zwischen den Theorien zur Falschheit der Aussage²⁹ keine Auswirkungen auf das Ergebnis haben, ist dem Gericht wahrscheinlich nicht bewusst geworden, dass es von einer gefestigten Rechtsprechung abweicht. Wir nehmen jedenfalls nicht an, dass ein Rechtsprechungswandel bevorsteht.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Anes Kafedžić)

²⁶ OLG München, NJW 2009, 3043.

²⁷ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 2), Vor § 153 Rn. 3.

²⁸ H. E. Müller, in MüKo, StGB, § 153 Rn. 50 f.

²⁹ Überblick bei Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 741 ff.

1. Sachverhalt¹

A und B bemerken zu später Stunde in einer Gastwirtschaft, dass der stark angetrunkene C viel Bargeld bei sich führt. Unter dem Vorwand, ihn mit ihrem Auto nach Hause zu bringen, fahren sie mit ihm in ein Waldstück. Dort zerren sie ihn aus dem Wagen, schlagen ihn zusammen und entwenden 11.000 Euro aus seiner Hosentasche. Auch überzeugen sie sich davon, dass C über kein Handy verfügt, weil sie verhindern wollen, dass er sofort die Polizei zu Hilfe holt. Anschließend fahren sie davon und lassen C, der am Boden liegt, nur leicht bekleidet ist und starke Verletzungen erlitten hat, bei ca. minus 10 Grad zurück. C kann sich zwar erheben. Sein Versuch, eine in der Nähe befindliche Straße zu erreichen, misslingt jedoch, weil er nach wenigen Metern in einen Graben fällt und dort bis zum nächsten Morgen liegen bleibt. Er überlebt, weil ihn gegen 7.30 Uhr ein zufällig vorbei laufender Jogger findet. Im Laufe des Vormittags schlägt A dem B vor, im Wald nachzuschauen, ob C möglicherweise verstorben sei. Das sei doch „scheißegal“, meint B, es werde sowieso niemand etwas davon erfahren. A gibt sich damit zufrieden.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und leicht abgewandelt, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten. Auch wurden zu diesem Zweck in prozessualer Hinsicht Veränderungen vorgenommen.

Dezember 2009

Graben-Fall

Prozessualer Tatbegriff / materiellrechtlicher Tatbegriff / Tateinheit und Tatumehrheit

§ 264 Abs. 1 StPO, §§ 52, 53 StGB

Leitsatz der Verf.:

Materiellrechtlich selbständige Taten können insbesondere dann zu einer einheitlichen prozessualen Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO zusammengefasst werden, wenn eine deliktsimmanente Verbindung in der Weise besteht, dass der Täter durch eine Gewalteinwirkung eine Garantenpflicht begründet und diese später durch ein Unterlassen verletzt hat.

BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 – 2 StR 85/09; veröffentlicht in NSTZ-RR 2009, 289.

Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage gegen A und B. Sie stellt dabei auf das Zusammenschlagen und Liegenlassen des C ab. Nach ihrer Ansicht haben beide dadurch einen schweren Raub, eine gefährliche Körperverletzung und einen Mordversuch verwirklicht. In der Hauptverhandlung zeigt sich jedoch, dass ein Tötungsvorsatz nicht mit hinreichender Sicherheit nachweisbar sein wird. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass A und B es für möglich hielten, C werde zur Straße gelangen und dort Hilfe erhalten, und dass sie darauf letztlich auch vertrauten. Die Staatsanwaltschaft beantragt daraufhin, das Geschehen des Folgetages, das in der Anklageschrift nur im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen mitgeteilt ist, einzubeziehen und die Angeklagten auch wegen des dadurch verwirklichten versuchten Mordes durch Unterlassen zu verurteilen. Das Landgericht sieht sich daran aber gehindert, weil es der Auffassung ist, dass dieser Vorgang nicht mehr von der angeklagten Tat umfasst ist. Es belässt es bei

12
2009

einer Verurteilung wegen gemeinschaftlichen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der Revision. Sie erhebt die Sachrüge.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zu klärenden Fragen ergeben sich aus der Prozesssituation und dem prozessualen Begehren der Staatsanwaltschaft. Sie will hier erreichen, dass ein tatsächlicher Vorgang, den das Landgericht unberücksichtigt gelassen hat, in die Rechtsanwendung einbezogen wird. Ob dieses Ziel mit der **Sachrüge** erreichbar ist, erscheint zweifelhaft. Denn mit ihr wird eingewendet, dass das Tatgericht das materielle Recht auf den festgestellten Sachverhalt fehlerhaft angewendet hat.² Das Landgericht hat aber gerade davon abgesehen, in die Feststellungen, welche die Grundlage der Rechtsanwendung bildeten, das Geschehen des Folgetages mit einzubeziehen.

Diese Sicht wäre jedoch zu eng. In der Verantwortung des Landgerichts lag es, gem. § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat rechtlich zu würdigen. Sollte also der Vorgang am nächsten Tag auch noch zur angeklagten Tat gehören, so hätte das Gericht die Aufgabe der Anwendung des materiellen Rechts unvollständig erfüllt. Auch darin wird ein Rechtsfehler gesehen, der mit der Sachrüge beanstandet werden kann.³ Der Fehler bestünde, genau formuliert, darin, dass das Landgericht die angeklagte Tat **nicht erschöpfend** rechtlich gewürdigt hat.

Ob nun aber das Folgegeschehen auch noch zur angeklagten Tat gehört, ist nach einem Tatbegriff zu beurteilen, der „prozessual“ genannt wird. Das dient der Unterscheidung vom **Tatbegriff des materiellen Rechts**, der für

die Regelung von Konkurrenzfragen maßgeblich ist. Dieser materiellrechtliche Tatbegriff knüpft an den Begriff der Handlung an.⁴ Als eine einheitliche Tat gem. § 52 Abs. 1 StGB gilt zunächst einmal eine natürliche Handlung, die mehrere Strafgesetze oder ein Strafgesetz mehrmals verletzt. Daneben werden unter bestimmten Voraussetzungen auch mehrere natürliche Handlungen zu einer Tateinheit zusammengefasst. Erforderlich ist dafür ein enger Sachzusammenhang (Handlungseinheit im natürlichen Sinne) oder eine rechtliche Verbindung, die etwa durch die besondere Gestalt des gesetzlichen Tatbestandes oder durch die verklammernde Wirkung eines Dauerdelikts entstehen kann (Handlungseinheit im rechtlichen Sinne).

Der **prozessuale Tatbegriff** erstreckt sich über die Grenzen des materiellrechtlichen Tatbegriffs hinaus. Wie weit er reicht, ist höchst umstritten und soll gleich näher erörtert werden. Hier kann aber bereits festgehalten werden, dass **teilweise Deckungsgleichheit** besteht. Das bedeutet: Kann ein Geschehen unter dem Gesichtspunkt der materiellrechtlichen Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB zusammengefasst werden, dann liegt in der Regel auch eine Tat im prozessualen Sinne vor.⁵

Über den prozessualen Tatbegriff ist zu lesen, dass er „mehrdeutig“ und daher nicht geeignet sei, klare Ergebnisse bei der Anwendung auf den einzelnen Fall zu ermöglichen.⁶ Diese Beurteilung wird verständlich angesichts der von der Rechtsprechung verwendeten Definitionen. Es gibt sie in zwei Formen: positiv und negativ. Die positive Fassung lautet: Zur Tat im prozessualen Sinne gehört „das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem

² Vgl. *Engländer*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 275.

³ Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 264 Rn. 12.

⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *B. Heinrich*, Strafrecht AT II, 2. Aufl. 2010, Rn. 1410 ff.

⁵ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 514. – Dass es Ausnahmen von der Regel gibt, zeigen wir unter 4.

⁶ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 513.

durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet⁷. Lediglich eine Umkehrung ist die folgende Fassung: Eine Tat im prozessualen Sinne liegt vor, „wenn mehrere Vorgänge derart eng miteinander verknüpft sind, dass ihre getrennte Würdigung in verschiedenen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges erscheinen würde“⁸.

Zur Erleichterung der Anwendung wird empfohlen, bestimmte **Kriterien** heranzuziehen. Sie sollen dazu verhelfen, die Prüfung etwas konkreter zu gestalten. Ob ein Geschehen prozessual eine Einheit bildet oder auseinander fällt, soll unter Berücksichtigung des Tatortes, der Tatzeit, des Tatobjekts und der Angriffsrichtung entschieden werden.⁹

Klarheit ist damit allerdings auch nicht geschaffen. Das räumt auch der BGH offen ein: Der Begriff der prozessualen Tat führe „wegen seiner Unschärfe nicht stets zu zweifelsfreien Ergebnissen bei der Anwendung“¹⁰.

Angesichts dieser Vagheit liegt es nahe, ein **zweistufiges Prüfungsverfahren** zu wählen, dessen erste Stufe darin besteht, den klarer umrissenen materiellrechtlichen Tatbegriff anzuwenden. Denn falls schon auf seiner Grundlage ein einheitliches Geschehen feststellbar ist, dann liegt, wie bereits gesagt, in aller Regel auch eine Tat im prozessualen Sinne vor.

Im vorliegenden Fall ist also zu fragen, ob sich der Überfall in der Nacht und der Vorgang am folgenden Tag unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB zusammenfassen lassen. Dazu bedarf es zunächst einer getrennten Prüfung der beiden Geschehnisse.

Indem A und B ihr Opfer überfielen, es dabei schwer misshandelten und ihm

Geld entwendeten, haben sie sich wegen gemeinschaftlichen schweren Raubes gem. §§ 250 Abs. 2 Nr. 3 a, 249, 25 Abs. 2 StGB und durch dieselbe natürliche Handlung, also tateinheitlich, wegen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4, 223, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Auch noch durch diese Handlung haben sie C in eine hilflose Lage versetzt und dadurch, was das Landgericht nicht erkannt hat,¹¹ eine Strafbarkeit wegen gemeinschaftlicher Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB verwirklicht. Dem liegt zugrunde, dass die Täter C an einem Ort zusammenschlugen, an dem er von der Hilfe anderer abgeschnitten und zumindest der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, wenn nicht gar der Gefahr des Todes ausgesetzt war. Der Annahme eines entsprechenden Vorsatzes steht nicht entgegen, dass für diesen Zeitpunkt ein Tötungsvorsatz nicht festgestellt werden konnte. Denn den Bezugspunkt für den Vorsatz bildet hier lediglich die Gefährdung, nicht aber der Erfolgseintritt.

Für den zweiten Akt – das Geschehen am folgenden Tag – ist eine Strafbarkeit wegen gemeinschaftlichen versuchten Verdeckungsmordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 212, 13, 22, 23, 25 Abs. 2 StGB in Betracht zu ziehen. Die dafür erforderliche Garantenstellung ergibt sich aus dem vorangegangenen gefährdenden Verhalten.

Es gibt jedoch zwei Bedenken. Das erste betrifft die Frage, ob ein Verdeckungsmord auch durch Unterlassen beghebbar ist. Eine Minderheitsmeinung verneint das. Eine nähere Erörterung können wir uns hier ersparen, weil wir sie bereits an anderer Stelle vorgenommen haben.¹² Auch nach dieser Ansicht bliebe es aber bei einer Strafbarkeit, nämlich einer Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen.

⁷ BGHSt 45, 211, 212 f.

⁸ BGHSt 41, 385, 388.

⁹ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 513.

¹⁰ BGHSt 35, 14, 19.

¹¹ Vgl. zu den Folgen des landgerichtlichen Versäumnisses unten 3.

¹² *Marxen/Göhle*, famos 10/2009 (Chinchilla-Fall) unter 4.

Weiter reichende Folgen hätte das zweite Bedenken. Es setzt bei der Untauglichkeit des Versuchs an, die hier deswegen gegeben ist, weil C bereits gerettet war, als A und B über ihn sprachen. Eine Minderheit vertritt die Ansicht, dass ein untauglicher Unterlassungsversuch straflos bleiben sollte.¹³ Zur Begründung wird angeführt, dass in diesen Fällen eine Rechtsgutsgefährdung ausgeschlossen sei und der rechtsfeindliche Wille nicht nach außen erkennbar hervortrete. Die herrschende Gegenansicht¹⁴ hat die wohl stärkeren Argumente für sich. Sie kann sich u. a. darauf berufen, dass § 23 Abs. 3 StGB auf eine prinzipielle Strafbarkeit des untauglichen Versuchs schließen lässt und dass für die Versuchsstrafbarkeit nicht die objektive Rechtsgutsgefährdung, sondern die Vorstellung des Täters von der Tat maßgeblich ist.

Belassen wir es für die weitere Prüfung bei der Annahme, dass A und B sich durch die Verabredung, untätig zu bleiben, wegen versuchten Mordes durch Unterlassen strafbar gemacht haben. Nunmehr ist zu erwägen, ob eine Verbindung mit dem Überfall in der Weise besteht, dass Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB angenommen werden kann. In Betracht kommt dafür lediglich die Rechtsfigur der **natürlichen Handlungseinheit**. Sie ermöglicht es, mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zusammenzufassen, und hat zur Voraussetzung, dass „im Wesentlichen gleichartige Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen werden und auf Grund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart eng miteinander verbunden sind, dass das gesamte Tätigwerden objektiv auch für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches, zusammengehöriges Tun erscheint“.¹⁵

Im Schlussteil ähnelt diese Definition dem prozessualen Tatbegriff. Der Eingangsteil macht jedoch deutlich, dass der Begriff der natürlichen Handlungseinheit enger gefasst ist, indem recht konkrete Anforderungen gestellt werden: ein gleichartiges Verhalten, eine einheitliche Willensbildung und ein enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang.

Gerade an diesen Voraussetzungen fehlt es aber im vorliegenden Fall. Gleichartig war das Verhalten nicht. Vielmehr folgte auf einen Raubüberfall ein Mordversuch. Dieser beruhte auf einem neu gefassten Willen. Auch lag ein erheblicher Zeitabstand von mehreren Stunden vor. Somit lassen sich die beiden Akte nicht unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Handlungseinheit zusammenfassen. Es entfällt daher die Möglichkeit, von der Tateinheit im materiellen Sinne auf das Vorliegen einer einheitlichen Tat im prozessualen Sinne zu schließen.

Die Prüfung ist nunmehr mit der **zweiten Stufe** fortzusetzen. Da der prozessuale Tatbegriff weiter ist als der materiellrechtliche, muss geprüft werden, ob die im Verhältnis der Tatmehrheit gem. § 53 Abs. 1 StGB stehenden Handlungen nicht gleichwohl als **einheitlicher Lebenssachverhalt** gewertet werden können. Hier könnte angeführt werden, dass immerhin das Opfer identisch war, dass jeweils als Rechtsgut dessen körperliche Integrität betroffen war und dass das ausgeführte und das vorgestellte Verletzungs geschehen am selben Ort stattfinden sollten. Freilich ist schwer abzuschätzen, ob diese Gesichtspunkte für eine Zusammenführung ausreichen. Wegen der Vagheit des prozessualen Tatbegriffs verfügen die Gerichte über einen großen Entscheidungsspielraum.

¹³ Zaczek, in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 60 m. w. Nachw.

¹⁴ Z. B. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 151; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 233 f.

¹⁵ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, Rn. 764.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Sachrüge der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. Der BGH hebt das Urteil mit der Begründung auf, dass die angeklagte Tat nicht erschöpfend gewürdigt worden sei, und verweist die Sache an eine andere Strafkammer zurück. Diese wird somit den Vorgang des folgenden Tages als Bestandteil einer einheitlichen prozessualen Tat einzubeziehen haben.

Auf dem Weg zu diesem Ergebnis bedient sich auch der BGH des zweistufigen Prüfungsverfahrens. Er stellt zunächst fest, dass es nahe liege, das versuchte Tötungsdelikt materiellrechtlich als selbständige Tat zu werten. Anschließend betont er, dass damit die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat noch nicht ausgeschlossen sei. Für eine Zusammenführung im vorliegenden Fall spricht für ihn ganz wesentlich eine „deliktssimmanente Verbindung der Handlungen“¹⁶. Der Überfall und das Geschehen des Folgetages seien „schon durch die Garantenstellung der Angeklagten für Leib und Leben des Tatopfers verknüpft, die sie durch die Gewalteinwirkung zum Zweck des Raubs begründet hatten“¹⁷. Außerdem führt das Gericht noch die Identität des Tatobjekts und die Gleichartigkeit der Angriffsrichtung an.

Im Übrigen weist der Senat noch darauf hin, dass die nunmehr mit der Sache befasste Kammer die in der Vorentscheidung übersehene Strafbarkeit wegen Aussetzung¹⁸ zu berücksichtigen haben wird.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die staatliche Pflichtfachprüfung müssen die Grundzüge des Strafverfahrensrechts beherrscht werden. Dazu gehören Kenntnisse über den prozessualen Tatbegriff.

Diese sollten auch das Wissen um seine **doppelte Funktion** umfassen.

Der prozessuale Tatbegriff dient als Leitbegriff sowohl für die Rechtshängigkeit der Sache als auch für die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung.¹⁹

Der vorliegende Fall zeigt ihn nur in der erstgenannten Funktion, in der er über den **Umfang des Prozessgegenstandes in einem laufenden Verfahren** entscheidet. Er bindet das Gericht an die angeklagte Tat und löst unterschiedliche Verfahrenshandlungen aus, wenn sich in der Hauptverhandlung Divergenzen zur Anklage ergeben. Betrifft der Unterschied lediglich eine abweichende rechtliche oder tatsächliche Beurteilung derselben Tat, dann bedarf es zum Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten nur eines Hinweises nach § 265 Abs. 1 oder 2 StPO. Dagegen muss eine von der Zustimmung des Angeklagten abhängige Nachtragsanklage gem. § 266 StPO erhoben werden, falls der Prozessgegenstand auf eine andere prozessuale Tat erstreckt werden soll, die ins Blickfeld des Gerichts geraten ist.

Als Leitbegriff für die Rechtskraft bestimmt der prozessuale Tatbegriff über die **Reichweite des verfassungsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“** in Art. 103 Abs. 3 GG. Eine rechtskräftig abgeurteilte Tat im prozessualen Sinne kann nicht Gegenstand eines neuen Verfahrens sein. Das gilt unabhängig davon, ob das Gericht die Tat erschöpfend rechtlich und tatsächlich gewürdigt hat. Welche weitreichenden Konsequenzen das haben kann, lässt sich am vorliegenden Fall demonstrieren. Wäre das landgerichtliche Urteil rechtskräftig geworden, dann hätte der Mordversuch am folgenden Tage nicht mehr verfolgt werden können, weil er als Teil der prozessualen Tat von der Rechtskraft erfasst worden wäre.

Zwischen den beiden Funktionen des prozessualen Tatbegriffs besteht ein **Spannungsverhältnis**.²⁰ Ein enger Tatbegriff führt zu Verfahrenskomplika-

¹⁶ BGH NSTZ-RR 2009, 289, 290.

¹⁷ BGH NSTZ-RR 2009, 289.

¹⁸ Vgl. dazu oben 2.

¹⁹ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 512.

²⁰ Vgl. dazu *Marxen*, StV 1985, 472, 476.

tionen, während er nach Eintritt der Rechtskraft die weitere Strafverfolgung begünstigt. Umgekehrt erleichtert ein weiter Tatbegriff die Verfahrensdurchführung, erschwert aber nach Rechtskraft die Verfolgung.

Diese Ambivalenz dürfte der Grund dafür sein, dass die Rechtsprechung den prozessualen Tatbegriff im Zustand der Unbestimmtheit belässt. Sie erhält sich damit die Möglichkeit, Entscheidungen zu fällen, die sich am Gedanken der Einzelfallgerechtigkeit orientieren.²¹

Hingewiesen sei noch auf die besondere Prüfungs- und auch Praxisrelevanz bestimmter **Fallgruppen**, von denen wir hier nur einige anreißen können.²²

In Fällen der **Trunkenheitsfahrt mit Unfall und anschließender Weiterfahrt** ist umstritten, ob eine einheitliche prozessuale Tat angenommen werden kann, obwohl materiellrechtlich die Strafbarkeit nach § 142 StGB wegen des damit verbundenen neuen Willensentschlusses im Verhältnis der Tatmehrheit zu der zuvor verwirklichten Strafbarkeit gem. § 315 c StGB steht. Die Rechtsprechung sieht in dem Gesamtgeschehen eine einheitliche Tat im prozessualen Sinne. Zur Begründung führt sie an, dass es für eine Bewertung des Unrechts- und Schuldgehalts des Sich-Entfernens vom Unfallort erforderlich sei, auch den Unfall und die Beteiligung des Täters zu untersuchen.²³

Diskutiert wird ferner über Fälle, die durch **Alternativität der Handlungsabläufe** gekennzeichnet sind. Beispiel: Wer eine Strafvereitelungshandlung begangen hat, kann nicht wegen der zugrunde liegenden Straftat verurteilt werden. Das führt zu der Frage, ob die Straftat zum Verfahrensgegenstand gemacht werden kann, wenn sich nach einer Anklage wegen Strafvereitelung herausstellt, dass der Angeklagte der

eigentliche Täter ist. Zur Lösung dieser Fälle zieht die Rechtsprechung insbesondere das Kriterium der Zielrichtung des Handelns heran und gelangt damit zumeist zur Ablehnung einer einheitlichen prozessualen Tat. Nochmals das Beispiel: Wer dem Vortäter helfen will, verfolgt ein ganz anderes Ziel als dieser selbst.²⁴

Umstritten sind ferner Fälle, in denen im Zusammenhang mit einem **weniger gewichtigen Dauerdelikt**, z. B. Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, ein **schwerwiegendes Zustandsdelikt**,²⁵ etwa ein Mord, begangen worden ist, was jedoch erst nach einer rechtskräftigen Verurteilung wegen des Dauerdelikts festgestellt wird. Trotz materiellrechtlicher Tateinheit nimmt die Rechtsprechung hier zwei getrennte prozessuale Taten an und ermöglicht damit eine Verurteilung auch noch wegen des Zustandsdelikts.²⁶ Wie in der zuvor genannten Fallgruppe wird auf den Unterschied in der Angriffsrichtung und zudem auf die unterschiedliche Tatschwere abgestellt.

5. Kritik

Angesichts der Unbestimmtheit des prozessualen Tatbegriffs muss man es wohl schon als Fortschritt bezeichnen, wenn der BGH mit der „deliktssimmanenten Verbindung“²⁷ durch eine Garantienpflicht ein Kriterium anbietet, das für einige Fälle eine Präzisierung ermöglicht. In vorweihnachtlicher Zeit wollen wir für dieses kleine Geschenk dankbar sein.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Tobias Hanemann)

²¹ Vgl. BGHSt 43, 252, 255.

²² Näher dazu *Beulke* (Fn. 5), Rn. 516 ff.; *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2009, Rn 91 ff.

²³ BGHSt 23, 141, 146 f.

²⁴ BGHSt 32, 315.

²⁵ Erläuterung der Begriffe des Dauerdelikts und des Zustandsdelikts bei *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 32 f.

²⁶ BGHSt 29, 288, 295 ff.

²⁷ BGH NSTZ-RR 2009, 289, 290.