

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch

Band 1

§§ 1–51

Bandredakteur:

Richter am BayObLG Professor
Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

Band 2

§§ 52–184

Bandredakteure:

Richter am BayObLG Professor
Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

Band 3

§§ 185–262

Bandredakteure:

Richter am BGH Dr. Klaus Mießbach und
Vorsitzender Richter am LG Dr. Günther M. Sander

Band 4

§§ 263–358

Bandredakteur:

Professor Dr. Roland Hefendehl

Band 5

Nebenstrafrecht I

Bandredakteur:

Professor Dr. Otto Lagodny

Band 6

Nebenstrafrecht II · Völkerstrafgesetzbuch

Bandredakteure:

Professor Dr. Wolfgang Joecks und
Professor Dr. Roland Schmitz sowie
Professor Dr. Otto Lagodny



Verlag C.H. Beck München 2003

Es bearbeiten

Band 1: §§ 1–51 StGB

Privatdozent Dr. Kai **Ambos**, Freiburg
Gerhard **Athing**, Richter am BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Gunnar **Duttge**, München
Professor Dr. Volker **Erb**, Erlangen
Dr. Ulrich **Franke**, Oberstaatsanwalt beim BGH, Leipzig
Professor Dr. Georg **Freund**, Marburg
Professor Dr. Bernhard **Hardtung**, Rostock
Professor Dr. Rolf Dietrich **Herzberg**, Bochum
Professor Dr. Wolfgang **Joecks**, Greifswald
Privatdozent Dr. Bernd J. A. **Müssig**, Rechtsanwalt, Bonn
Professor Dr. Henning **Radtke**, Marburg
Dr. Guido **Ruegenberg**, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.
Professor Dr. Horst **Schlehofer**, Düsseldorf
Professor Dr. Roland **Schmitz**, Bayreuth
Professor Dr. Franz **Streng**, Erlangen

Band 2: §§ 52–184 c StGB

Gerhard **Athing**, Richter am BGH, Karlsruhe
Dr. Jan **Bockemühl**, Rechtsanwalt, Regensburg
Professor Dr. Nikolaus **Bosch**, Augsburg
Professor Dr. Claus Dieter **Classen**, Greifswald
Professor Dr. Volker **Erb**, Erlangen
Gerhard **van Gemmeren**, Richter am LG, Kleve
Ministerialdirigent a. D. Dr. Karl-Heinz **Groß**, Wiesbaden
Sigrid **Hegmann**, Staatsanwältin, Karlsruhe
Professor Dr. Bernd **von Heintschel-Heinegg**, Richter am BayObLG, München
Dr. Olaf **Hohmann**, Rechtsanwalt, München
Dr. Tatjana **Hörnle**, München
Professor Dr. Wolfgang **Joecks**, Greifswald
Dr. Claus **Kreß**, Köln
Joachim **Lampe**, Bundesanwalt beim BGH, Karlsruhe
Dr. Klaus **Miebach**, Richter am BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Wolfgang **Mitsch**, Potsdam
Professor Dr. Henning Ernst **Müller**, Regensburg
Professor Dr. Joachim **Renzikowski**, Halle/S.
Christian **Ritscher**, Staatsanwalt Beim BGH, Karlsruhe
Dr. Jürgen **Schäfer**, Richter am OLG, Frankfurt/M.
Dr. Jan **Steinmetz**, Staatsanwalt, Kiel
Oberregierungsrat Thomas **Ullenbruch**, Freiburg
Professor Dr. Jan **Zopfs**, Mainz

Band 3: §§ 185–262 StGB

Professor Dr. Karsten **Altenhain**, Düsseldorf
Jürgen **Cierniak**, Richter am OLG, Zweibrücken
Dr. Steffen **Cramer**, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.
Dr. Jürgen-Peter **Graf**, Richter am BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Walter **Gropp**, Gießen
Professor Dr. Bernhard **Hardtung**, Rostock
Dr. Olaf **Hohmann**, Rechtsanwalt, München
Professor Dr. Wolfgang **Joecks**, Greifswald
Dr. Claus **Kreß**, Köln
Hartmut **Lauer**, Vors. Richter am LG, Offenburg
Dr. Stephan **Neuheuser**, Staatsanwalt, Köln
Professor Dr. Jürgen **Regge**, Greifswald
Professor Dr. Joachim **Renzikowski**, Halle/S.
Dr. Günther M. **Sander**, Vors. Richter am LG, Berlin
Professor Dr. Roland **Schmitz**, Bayreuth
Dr. Hartmut **Schneider**, Oberstaatsanwalt beim BGH, Karlsruhe
Dr. Arndt **Sinn**, Wissenschaftl. Mitarbeiter, Gießen
Dr. Brunhild **Wieck-Noodt**, Oberstaatsanwältin, Naumburg/Saale

Band 4: §§ 263–358 StGB

Ralph **Alt**, Vors. Richter am LG, München
Professor Dr. Karsten **Altenhain**, Düsseldorf
Gerhard **Athing**, Richter am BGH, Karlsruhe
Prof. Dr. Hans **Dahs**, Rechtsanwalt
Dr. Herbert **Diemer**, Oberstaatsanwalt, Karlsruhe
Dr. Alfred **Dierlamm**, Rechtsanwalt, Wiesbaden
Professor Dr. Volker **Erb**, Erlangen
Professor Dr. Georg **Freund**, Marburg
Dr. Claudius **Geisler**, Staatsanwalt, Frankfurt/M.
Gerhard **van Gemmeren**, Richter am LG, Kleve
Dr. Jürgen-Peter **Graf**, Richter am BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Roland **Hefendehl**, Dresden
Dr. Olaf **Hohmann**, Rechtsanwalt, München
Professor Dr. Wolfgang **Joecks**, Greifswald
Dr. Matthias **Korte**, Ministerialrat, Berlin
Dr. Ralf **Krack**, Wiss. Assistent, Göttingen
Carsten **Krick**, Staatsanwalt, Ingelheim
Andreas **Niklaus**, Staatsanwalt, Karlsruhe
Professor Dr. Henning **Radtke**, Marburg
Dr. Günther M. **Sander**, Vors. Richter am LG, Berlin
Professor Dr. Roland **Schmitz**, Bayreuth
Martin **Uebele**, Vizepräsident des AG, Dresden
Dr. Nicole **Voßen**, Rechtsanwältin, München
Dr. Brunhild **Wieck-Noodt**, Oberstaatsanwältin, Naumburg/Saale
Professor Dr. Wolfgang **Wohlers**, Zürich
Claus **Zeng**, Rostock

Band 5: Nebenstrafrecht I

Professor Dr. Karsten Altenhain, Düsseldorf
Ministerialdirektor a. D. Dr. Klaus Dau, Bonn
Professor Dr. Georg Freund, Marburg
Professor Dr. Bernd Hecker, Gießen
Professor Dr. Bernd Heinrich, Konstanz
Regierungsdirektor Hans Kornprobst, Berlin
Dr. Peter Kotz, Rechtsanwalt, Augsburg
Professor Dr. Otto Lagodny, Salzburg
Stefan Maier, Richter am LG, Karlsruhe
Dr. Michael Pfohl, Oberstaatsanwalt, Hechingen
Joachim Rahlf, Vors. Richter am LG, Augsburg
Christian Schmidt-Sommerfeld, Leiter der StA München I, München
Professorin Dr. Brigitte Tag, Zürich

Band 6: Nebenstrafrecht II · Völkerstrafgesetzbuch

Professor Dr. Karsten Altenhain, Düsseldorf
Dr. Klaus F. Bröker, Rechtsanwalt, Göttingen
Professor Dr. Horst Fischer, Bochum
Dr. Markus Jäger, Staatsanwalt, Leipzig
Professor Dr. Wolfgang Joecks, Greifswald
Dr. Panos Pananis, Rechtsanwalt, Berlin
Professor Dr. Roland Schmitz, Bayreuth
Professorin Dr. Brigitte Tag, Zürich
Professor Dr. Joachim Vogel, Richter am OLG, Tübingen
Jörg Wagner, Staatsanwalt, Berlin
Professor Dr. Thomas Weigend, Köln
Professor Dr. Gerhard Werle, Berlin
Raimund Weyand, Staatsanwalt, Saarbrücken
Professor Dr. Andreas Zimmermann, Kiel

Vorwort

Mit den sechs Bänden zum materiellen Strafrecht wird nunmehr eine in der seit langem erfolgreichen Reihe der Münchener Kommentare bestehende Lücke geschlossen. Im Mittelpunkt der Kommentierung stehen die Vorschriften des Strafgesetzbuches, das in den letzten Jahren durch zahlreiche Reformgesetze geändert worden ist und auch weiterhin von Reformvorschlägen begleitet wird. Dabei wird die gerade in den letzten Jahren rege Tätigkeit des Gesetzgebers als Chance begriffen, altes Fallmaterial und ausgetragene oder nicht mehr praxisrelevante Streitstände auszusondern und statt dessen die modernen strafrechtlichen Entwicklungen darzustellen. Erstmals wird ein Großkommentar darüber hinaus auch umfassend die in der Praxis immer bedeutsamer werdenden Bestimmungen des so genannten Nebenstrafrechts erläutern.

Der Münchener Kommentar zum materiellen Strafrecht wendet sich vor allem an Richter, Staats- und Anwälte, Strafverteidiger und alle strafrechtlichen Praktiker. Entsprechend dieser Ausrichtung steht das Bestreben im Vordergrund, auf der Basis der präzise zusammengefassten neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung und zuverlässigen Wiedergabe der wesentlichen Literatur stets klare und praxisnahe Lösungsvorschläge und Entscheidungshilfen anzubieten.

Der Aufbau der Darstellung folgt grundsätzlich einer in allen sechs Bänden einheitlichen Struktur, um die Nutzung des Kommentars zu erleichtern. Die Erläuterung beginnt regelmäßig mit der Erörterung des Zwecks und der Rechtsnatur der Norm. Auf deren Entstehungsgeschichte wird nur dort vertieft eingegangen, wo sie für die Auslegung und das Verständnis der Vorschrift bedeutsam ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen werden jeweils vom Wortlaut ausgehend erläutert. Bei Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches und anderen Deliktstatbeständen folgen Ausführungen zu besonders relevanten Fragen aus den Bereichen des Allgemeinen Teils, der Rechtsfolgen und des Prozessrechts, die bei der Anwendung dieser Vorschriften regelmäßig von Bedeutung sind. Gegebenenfalls wird ergänzend auf Aspekte des internationalen, insbesondere europäischen Rechts eingegangen.

Wegen seiner auf die Praxis bezogenen Ausrichtung auf wissenschaftlichem Fundament haben die Herausgeber – der Zielsetzung des Kommentars entsprechend ein Richter und ein Hochschullehrer – und der Verlag besonderen Wert darauf gelegt, anerkannte Hochschullehrer und berufserfahrene Praktiker als Autoren zu gewinnen, die in ihren Beiträgen theoretische Ideen und praktische Notwendigkeiten harmonisch miteinander verknüpfen.

Dem Kommentar liegt grundsätzlich ein Rechts- und Literaturstand vom 1. September 2002 zugrunde, wobei allerdings noch an vielen Stellen neuere Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden konnte.

Den jetzt vorgelegten Bänden 1 und 3 werden in Kürze die Bände 2, 4 und 5 folgen. Die erste Auflage wird mit dem voraussichtlich im Sommer 2005 erscheinenden Band 6 abgeschlossen.

Jeder Band enthält ein Abkürzungs- und Literaturverzeichnis sowie ein ausführliches Sachregister.

Inhalt der Leseprobe

Vorwort

Band 1:

§ 14 Handeln für einen anderen.....	521
§ 21 Verminderte Schuldfähigkeit.....	824
§ 24 Rücktritt vom Versuch.....	918
§ 27 Beihilfe.....	1103
§ 32 Notwehr.....	1293
§ 46 Grundsätze der Strafzumessung.....	1636

Band 3:

§ 202 a Ausspähen von Daten	160
Vor § 211 ff Mord	326
§ 242 Diebstahl	1066
§ 246 Unterschlagung	1144
§ 249 Raub	1169
§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte.....	1354

■ Handeln für einen anderen

Handeln für einen anderen

73–75 § 14

handelt es sich um die öffentlich-rechtlichen **Körperschaften, Anstalten** und **Stiftungen**. Maßgeblich für Entstehung und Beendigung des jeweiligen Verbandes sind die einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts.

bb) Abs. 1 Nr. 1 beschränkt die strafrechtliche Organhaftung bei juristischen Personen **73** auf **vertretungsberechtigte Organe**. Andere Organe des Verbandes ohne durch die jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften statuierte Vertretungsberechtigung liegen außerhalb des Regelungsbereichs des Abs. 1 Nr. 1 (zB Mitglieder eines Aufsichtsrates²¹⁸ oder eines Beirates, Mitglieder der Hauptversammlung etc.). Innerhalb der Nr. 1 differenziert das Gesetz zwischen den bzw. dem vertretungsberechtigten Organ(en) (1. Alt.) und den Mitgliedern des Vertretungsorgans, wenn und soweit dieses mehrgliedrig zusammengesetzt ist.²¹⁹ **Nr. 1 Alt. 1** gilt damit ausschließlich für lediglich aus einer Person bestehende Vertretungsorgane; sämtliche Fälle mehrere Personen aufweisender Vertretungsorgane erfasst **Nr. 1 Alt. 2**.²²⁰ Die haftungsbegründende „Vertretungsberechtigung“ des betreffenden Organs bzw. Organmitglieds meint inhaltlich die Befugnis zur Führung der Geschäfte nach innen und vor allem im Außenverhältnis. Welches Organ jeweils vertretungsberechtigt ist, bestimmt sich nach dem jeweils einschlägigen Verbandsrecht (näher Rn 74–76). Auf eine rechtlich wirksame Ausübung der Vertretungsberechtigung im Einzelfall kommt es weder in den Fällen der 1. noch der 2. Alt. an (Rn 71). Zur grundsätzlichen Irrelevanz interner Zuständigkeitsverteilungen bei **mehrgliedrigen Vertretungsorganen** (Nr. 1 Alt. 2.) siehe Rn 66–69.

α) Vertretungsberechtigtes Organ bei juristischen Personen des Zivilrechts. **74** Rechtsfähige **Vereine** und rechtsfähige **Stiftungen** des Zivilrechts sowie **Aktiengesellschaften** und **Genossenschaften** werden durch ihren jeweiligen **Vorstand**, ggf. einen Notvorstand vertreten (§§ 26, 29, 86, 89 BGB, §§ 76, 84, 85 AktG, § 24 GenG). Vertretungsberechtigtes Organ der **GmbH** ist gem. § 35 GmbHG der **Geschäftsführer**; im Falle der Einmann-GmbH mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer unterliegt dieser der strafrechtlichen Haftung über § 14 allein in der Funktion als Geschäftsführer.²²¹ Im Sonderfall der **Rechtsanwalts-GmbH** bestimmt sich die Vertretung ergänzend zu § 35 GmbHG nach § 59 lit. 1 BRAO. Die **GmbH & Co. KG** gehört sachlich zu den Personenhandels-gesellschaften des Abs. 1 Nr. 2. Abs. 1 Nr. 1 kommt aber bei dieser Gesellschaft insoweit zur Anwendung, als die KG durch die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin vertreten wird, für letztere ist aber der GmbH-Geschäftsführer nach § 35 GmbHG vertretungsberechtigt. Im genannten Fall gelangen daher Abs. 1 Nr. 2 (KG) und Abs. 1 Nr. 1 (GmbH) nebeneinander zur Anwendung (**doppelte Anwendung des § 14**).²²² Wegen der konstruktiven Möglichkeit der doppelten Anwendung von § 14 in der vorgenannten Weise genügt das Vorliegen des strafbarkeitsbegründenden persönlichen Merkmals bei der KG.²²³ Die rechtstatsächlich seltene **KGaA** wird durch den **persönlich haftenden Gesellschafter** nach §§ 278 Abs. 2, 285 AktG gesetzlich vertreten. Soweit die jeweilige Satzung der juristischen Person die **Stellvertretung** für die vertretungsberechtigten Organe bzw. deren Mitglieder vorsieht, unterfallen Stellvertreter bei Ausübung dieses Amtes im Vertretungsfall Abs. 1 Nr. 1.²²⁴

β) Während der Liquidationsphase juristischer Personen liegt die Vertretungsberechtigung **75** nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsvorschriften bei **Liquidatoren** (zB § 48 BGB, § 70 S. 1 letzter HS GmbHG) bzw. **Abwicklern** (zB § 269 Abs. 1 AktG). Da die juristische

²¹⁸ Zu deren Strafbarkeit ausführlich *Cramer*, FS Stree/Wessels, S. 563 ff.

²¹⁹ Näher zur gesellschaftsrechtlichen Unterscheidung zwischen Organen und Organmitgliedern *Beuthien*, FS Zöllner, 1999, S. 87 (97).

²²⁰ KK-OWiG/Rogall § 9 Rn 43.

²²¹ Vgl. *Bruns* (Fn 105) S. 12; *Lackner/Kühl* Rn 2; KK-OWiG/Rogall § 9 Rn 44.

²²² Im Ergebnis allgM, etwa BGH v. 4. 4. 1979 – 3 StR 488/78, BGHSt 28, 371 (372) = NJW 1980,

406 (407) = JZ 1979, 613; BGH v. 29. 11. 1983 – 5 StR 616/83, NStZ 1984, 119 = wistra 1984, 71; *Ransiek* (Fn 19) S. 92 f.; weitere ausführliche Nachw. bei Schönke/Schröder/Lenkner/Perron Rn 23; NK/Marxen Rn 49; KK-OWiG/Rogall § 9 Rn 53.

²²³ NK/Marxen Rn 49.

²²⁴ BGH v. 5. 10. 1954 – 2 StR 447/54, BGHSt 6, 314 = NJW 1954, 1852.

■ Verminderte Schuldfähigkeit

§ 21 29–32

AT. 2. Abschn. Die Tat. 1. Titel. Grundlagen der Strafbarkeit

- 29 Das **Ausnahmemodell** der *actio libera in causa* (vgl. § 20 Rn 138 ff.) sieht für spezifische Vorverschuldens-Fälle eine Nichtbeachtung des Wortlauts der §§ 20, 21 vor. Untermauert wird dies mit Gedanken der Obliegenheitsverletzung, des Rechtsmissbrauchs oder des Gewohnheitsrechts. Da hier ebenso wie oben beim Ausdehnungsmodell eine Vorverlagerung der Tathandlung verneint wird, sondern lediglich der Täter sich auf seine bei der Tathandlung vorhandene verminderte Schuldfähigkeit nicht berufen kann, bestehen keine konstruktiven Probleme für die Behandlung der *actio libera in causa* in § 21-Konstellationen. Im Übrigen geht der Vorwurf, das Ausnahmemodell verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG, gerade in Fällen verminderter Schuldfähigkeit ins Leere, nachdem es sich hier – anders als bei § 20 – nicht um eine Frage der Strafbegründung handelt. Bezüglich der Rechtsfolgenentscheidung bei § 21 liefert die *actio libera in causa* lediglich Kriterien für die Anwendung der Kann-Regelung des § 21; diese Ermessensregelung enthält mithin die gesetzliche Ermächtigung für die Berücksichtigung von Vorverschulden.⁶²
- 30 **3. Strafrahmenmilderung und Milderungskonkurrenz.** Wenn man in Fällen des Vorverschuldens ohne *actio libera in causa*-Qualität richtigerweise keinen Spielraum für ein Absehen von Strafrahmenmilderung gem. § 49 Abs. 1 annimmt, ergibt die Ermessensregelung des § 21 immerhin in anderen Zusammenhängen Sinn. Denn es besteht für den Richter die Verpflichtung, neben der Möglichkeit einer Strafmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit die abstrakt gegebene Möglichkeit zu beachten, auf der Basis derselben Umstände einen **minder schweren Fall** (zB § 213) zu bejahen oder einen ansonsten anzunehmenden **besonders schweren Fall** (zB § 212 Abs. 2) abzulehnen.⁶³ Die Kann-Klausel des § 21 eröffnet hier von vornherein die notwendige Flexibilität, entweder die eine oder die andere Milderungsform zu wählen.
- 31 Mit der Flexibilität gewährenden gesetzlichen Vorgabe nur **fakultativer Strafmilderung** ist die Mindermeinung nicht zu vereinbaren, die es für unzulässig hält, einen minder schweren Fall (insbes. § 213) allein auf eine vorliegende verminderte Schuldfähigkeit zu stützen. Das Argument, der Gesetzgeber habe durch die über § 21 anwendbare Vorschrift des § 49 Abs. 1 den zulässigen Strafmilderungsrahmen bindend abgesteckt,⁶⁴ ignoriert die bloße Kann-Regelung des § 21. Wenn die Milderungsregelung des § 21 fakultativ ist, dann hat das **nicht nur zu Lasten des Angeklagten** zu gelten, sondern auch zu seinen Gunsten, nämlich zur Ermöglichung weitergehender Strafmilderung. Bestätigt wird dies durch den Wortlaut des § 50, der explizit auch den Fall erfasst, dass das Vorliegen eines vertypen Milderungsgrundes „allein“ die Annahme eines minder schweren Falles begründet.⁶⁵
- 32 Nur für den Fall, dass auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 21 gestützt ein minder schwerer Fall bejaht wird, ist eine nochmalige Milderung gem. §§ 21, 49 Abs. 1 schon wegen des **Verbots doppelter Verwertung** strafrahmenmildernder Umstände gem. § 50 ausgeschlossen. Die notwendige Berücksichtigung dieses Doppelverwertungsverbots fordert ein bestimmtes **Prüfungsverfahren**, dass nämlich zunächst über einen ggf. in Betracht zu ziehenden minder schweren Fall (zB § 213) entschieden und dabei Rechenschaft über die für dessen Bejahung verwerteten Umstände abgelegt wird. Wenn bereits allgemeine Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles rechtfertigen, können zusätzlich vorliegende vertypete Milderungsgründe (zB § 21 iVm. § 49 Abs. 1) zu

Schönke/Schröder/Lenckner/Perron Rn 11; SK/Rudolphi Rn 4 a.

⁶² Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 20 Rn 35 a, § 21 Rn 11; Streng JuS 2001, 540 (545).

⁶³ Vgl. etwa BGH v. 17. 12. 1998 – 4 StR 563/98, StV 2000, 309 f.

⁶⁴ Vgl. Eser, FS Middendorff, 1986, S. 65 (79); Schönke/Schröder/Stree § 50 Rn 3; Hart. Schneider NStZ 2001, 455 (459 f.); ferner Maatz, FS Salger, 1995, S. 91 (94 f.).

⁶⁵ Zur entspr. hM vgl. BGH v. 17. 11. 1961 – 4 StR 373/61, BGHSt 16, 360 ff. = NJW 1962, 498 f.; BGH v. 10. 9. 1986 – 3 StR 287/86, NStZ 1987, 72 f.; Horstkotte, FS Dreher, 1977, S. 265 (272 ff.); Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei Strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S. 274 ff.; Goydke, FS Odersky, 1996, S. 371 (380); NK/Lenke § 50 Rn 3, 7; SK/Horn § 50 Rn 5; Lackner/Kühl § 50 Rn 2; Tröndle/Fischer § 50 Rn 4.

einer zusätzlichen Strafrahmenermilderung führen. Wenn hingegen ein vertypter Strafmilderungsgrund für die Bejahung des minder schweren Falles Verwertung findet, dann scheidet eine nochmalige Strafrahmenermilderung unter Heranziehung dieses vertypten Strafmilderungsgrundes aus.⁶⁶

Bei mehreren in Betracht zu ziehenden Rahmenmilderungen stellt sich die **Präferenzfrage**, nämlich zu welcher der wegen des Doppelverwertungsverbots nur alternativ möglichen Milderungen der eine Umstand heranzuziehen ist. Im Ergebnis gehen Rspr. und ein Teil der Lehre davon aus, dass das Gericht auf Grund einer Gesamtwürdigung nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden hat, welche tatbestandlich erfüllte Rahmenmilderung es anwenden will.⁶⁷ Ein plausibleres Präferenzkriterium gibt demgegenüber der für den Täter jeweils **günstigste Strafrahmen** ab.⁶⁸ Für eine solche Meistbegünstigungslösung spricht die Überlegung, dass bei der Konkurrenz von unterschiedlich weitgehenden Strafmilderungen der Gesetzgeber die weniger weitgehende selbst aufgehoben hat, weshalb sie nur noch dann Geltung beanspruchen kann, wenn die weitergehende Regelung lediglich fakultativen Charakter trägt. In praxi dürften die Unterschiede zwischen beiden Ansichten jedoch nicht sehr groß ausfallen. Immerhin muss auch auf der Basis der hM bei abstrakt gegebener Möglichkeit, ein vorliegendes milderndes Merkmal entweder als speziellen Strafmilderungsgrund iS von §§ 21, 49 Abs. 1 oder als „minder schweren Fall“ zur Strafrahmenermilderung zu nutzen, zunächst die weitergehende Strafmilderungsmöglichkeit in Betracht gezogen und ihre Nichtberücksichtigung ggf. begründet werden.⁶⁹

Das Doppelverwertungsverbot des § 50 besagt nach hM jedoch nicht, dass die bloße Mitverwertung einer psychischen Ausnahmesituation des **provozierten Täters** für die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne von § 213, 1. Alt. die Berücksichtigung einer zugleich vorliegenden verminderten Schuldfähigkeit ausschließen würde. Denn es muss der für die Bejahung von § 213 ausreichende Zornaffekt nicht die Intensität aufweisen, die eine verminderte Schuldfähigkeit begründen würde. Deshalb kommt vermindelter Schuldfähigkeit eine eigenständige Bedeutung zu, welche eine zusätzliche Strafrahmenermilderung gem. §§ 21, 49 Abs. 1 zu rechtfertigen vermag.⁷⁰ Zunehmend werden allerdings Bedenken dagegen laut, in Provokationsfällen neben der Strafmilderung durch § 213 den Affekt des Provozierten nochmals über §§ 21, 49 Abs. 1 für eine Rahmenmilderung zuzulassen.⁷¹

4. Orientierung an § 323 a Abs. 1. In Fällen, in denen ein berauschter Täter einen Straftatbestand verwirklicht hat, dessen Strafrahmen den des Vollrausches nach § 323 a Abs. 1 StGB nicht übersteigt, hält der 2. Senat des BGH neuerdings eine Strafrahmener-

⁶⁶ Vgl. BGH (Fn 65), NStZ 1987, 72 f.; BGH v. 30. 1. 1992 – 1 StR 768/91, StV 1992, 371 f.; BGH v. 14. 2. 1992 – 2 StR 560/91, StV 1992, 372; BGH v. 6. 2. 2001 – 5 StR 579/00, NStZ 2001, 477 (478); BGH v. 22. 8. 2001 – 5 StR 260/01, NStZ 2001, 642; Schäfer Strafzumessung Rn 610 ff.; Wessels/Hettinger Rn 178 ff.; Tröndle/Fischer § 50 Rn 4; Streng (Fn 19) Rn 540 f.; ferner Eser, FS Middendorff, 1986, S. 65 (79); Hart. Schneider NStZ 2001, 455 (457).

⁶⁷ Vgl. etwa BGH (Fn 65), BGHSt 16, 360 ff.; LK/Gribbohm § 50 Rn 17 f.; Lackner/Kühl § 50 Rn 2; Tröndle/Fischer § 50 Rn 5; Hart. Schneider NStZ 2001, 455 (459).

⁶⁸ So etwa SK/Horn § 50 Rn 5; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S. 159; Streng (Fn 19) Rn 542 f.; im Ansatz auch Horstkotte, FS Dreher, 1977, S. 265 (276 f.); Tröndle/Fischer Rn 5; wohl auch BGH v. 7. 12. 1984 – 2 StR 664/84, BGHSt 33, 92 f. = NJW 1985, 1406 f.

⁶⁹ Vgl. BGH (Fn 65), BGHSt 16, 360 ff.; BGH v. 11. 6. 1981 – 1 StR 314/81, StV 1981, 519; BGH v.

13. 10. 1981 – 1 StR 607/81, StV 1982, 71; BGH v. 30. 5. 1985 – 4 StR 788/84, NStZ 1985, 453; BGH v. 11. 8. 1987 – 3 StR 341/87, StV 1988, 385; BGH v. 1. 3. 2001 – 4 StR 36/01, StV 2001, 572 f. (LS); Horstkotte, 1977, S. 276; NK/Lemke § 50 Rn 8; ferner Goydke, FS Odersky, 1996, S. 371 (380 f.).

⁷⁰ Vgl. BGH v. 7. 11. 1979 – 2 StR 581/79, JZ 1983, 400 – mit zust. Anm. von R. Schmitt; BGH v. 6. 11. 1985 – 2 StR 590/85, NStZ 1986, 115; BGH v. 9. 2. 1995 – 4 StR 37/95, NJW 1995, 1910 (1911); Horstkotte, FS Dreher, 1977, S. 265 (278); Bruns (Fn 45) S. 142 f.; NK/Lemke § 50 Rn 4; SK/Horn § 50 Rn 7; Lackner/Kühl § 213 Rn 10; Tröndle/Fischer § 213 Rn 17; anders Bornemann, Das Zusammentreffen vertatbestandlicher Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe, 2002, S. 124 ff., 128.

⁷¹ Vgl. Blau, FS Tröndle, 1989, S. 109 (116 ff.); Salger, FS Tröndle, 1989, S. 201 (217); Maatz, FS Salger, 1995, S. 91 (94 f., 103); Hart. Schneider NStZ 2001, 455 (457); Bornemann (Fn 70) S. 128; ferner BGH v. 14. 5. 2002 – 5 StR 119/02, NStZ 2002, 542.

■ Verminderte Schuldfähigkeit

§ 21 36–39

AT. 2. Abschn. Die Tat. 1. Titel. Grundlagen der Strafbarkeit

schiebung gem. § 21 iVm. § 49 Abs. 1 regelmäßig für ermessensfehlerhaft.⁷² Zwar **gilt § 323 a nicht**, wenn der Täter aus der Rauschtat bestraft werden kann. Immerhin eine gesetzgeberische Wertung für Parallelfälle mit sogar noch stärkerer Intoxikation bis hin zur Schuldunfähigkeit ist aber erkennbar.

36 Gleichwohl ist diese Rspr. nicht überzeugend. Denn die Strafrahmengrenze des § 323 a betrifft allein Fälle schwersten Unrechts. Die Strafzumessungsrelevanz des **Unrechts der jeweiligen Rauschtat** ist in der neueren Rspr. des BGH auch nicht geleugnet worden.⁷³ Daher beinhaltet § 323 a Abs. 1 eine Strafmilderungsregelung, die nur für schwerste Taten auch mit einem nach oben hin eindeutigen Strafrahmen versehen worden ist, wie schon § 323 a Abs. 2 erhellt. Für weniger gravierende Rauschtaten ist also ein gegenüber der *lex scripta* niedrigerer Strafrahmen zu bilden, der angesichts der in Abs. 1 für schwerste Delikte vorgesehenen weitgehenden Milderung über die durch Abs. 2 vorgesehene Limitierung noch hinauszugehen hat.⁷⁴ Daher vermag die fünf-Jahres-Grenze des § 323 a Abs. 1 kein allgemeines Grenzkriterium für einen Verzicht auf Strafmilderung gem. § 21 iVm. § 49 Abs. 1 StGB zu geben.

37 **5. Strafmilderung bei lebenslanger Freiheitsstrafe.** Nach allgemeiner Ansicht sind die Anforderungen an eine Ablehnung der durch § 21 eröffneten Möglichkeit zu Strafrahmengmilderung dann besonders hoch, wenn allein die Wahl zwischen absolut angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe und zeitiger Freiheitsstrafe als gem. § 21 iVm. § 49 Abs. 1 gemilderte Strafe besteht. Denn bei Verzicht auf die Strafmilderung bleiben evtl. vorhandene Schuld mindernde Gründe im Rahmen der nach unten hin **differenzierungsfeindlichen lebenslangen Freiheitsstrafe** unberücksichtigt. Daher müssen „besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, um die mit den Voraussetzungen des § 21 verbundene Schuld mindernde so auszugleichen, dass die gesetzliche Höchststrafe verhängt werden darf“.⁷⁵ Darüber hinausgehend hält man in Teilen der Lit. die Realisierung einer gem. § 21 zulässigen Strafrahmengmilderung bei absolut angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe sogar für obligatorisch.⁷⁶

38 Auf der anderen Seite bestehen bei lebenslanger Freiheitsstrafe für das Tatgericht jedoch Differenzierungsmöglichkeiten für Fälle „**besonderer Schwere der Schuld**“ iS von § 57 a Abs. 1 – also nach oben hin. Der „Schwurgerichtslösung“ des BVerfG zufolge hat bereits das Tatgericht die – nach dem Gesetzeswortlaut allein vollstreckungsrelevante – Entscheidung über eine vorliegende „besondere Schwere der Schuld“ iS von § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zu treffen.⁷⁷ Im Rahmen einer Gesamtbewertung der Tatschuld ist es nahe liegend, eine verminderte Schuldfähigkeit zur Kompensation von schuldsteigernden Umständen einzusetzen, weshalb es dann meist, jedoch nicht notwendig, bei der Regelstrafe des § 211 ohne Bejahung von § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bleiben wird.⁷⁸

39 Sähe man in Fällen der absoluten Strafdrohung lebenslanger Freiheitsstrafe eine vorliegende verminderte Schuldfähigkeit als **zwingenden Strafmilderungsgrund** an,⁷⁹ der immer unter Anwendung von § 49 Abs. 1 zu realisieren ist, dann würde dadurch auch eine Bejahung besonders schwerer Schuld schon im Ansatz vereitelt,⁸⁰ es könnte derart in

⁷² BGH v. 6. 11. 1996 – 5 ARs 59/96, NStZ-RR 1997, 163 (165 f.); auch schon *Foth*, NJ 1990, 386 (390).

⁷³ Vgl. BGH v. 17. 10. 1991 – 4 StR 465/91, NJW 1992, 1519 f.; dazu *Streng* JR 1993, 35 ff.

⁷⁴ *Streng* ZStW 101 (1989), 273 (320 f.); *ders.* JR 1993, 35 (38); ferner *Paeffgen* NStZ 1993, 66 (68 f.).

⁷⁵ BGH v. 10. 12. 1986 – 3 StR 485/86, BGHR, StGB § 21, Strafrahmengverschiebung 7; ebenso BGH v. 25. 10. 1989 – 2 StR 350/89, BGHR, StGB § 21, Strafrahmengverschiebung 18; BGH v. 7. 7. 1993 – 2 StR 17/93, NJW 1993, 3210 (3211); BGH v. 17. 12. 1998 – 5 StR 315/98, NStZ-RR 1999, 295; ferner LK/*Jähnke* Rn 19; Lackner/*Kühl* Rn 4.

⁷⁶ SK/*Rudolphi* Rn 6; *Jescheck/Weigend* § 40 IV 2; *Roxin* AT § 20 Rn 43.

⁷⁷ BVerfG v. 3. 6. 1992 – 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288 (317 ff.) = NJW 1992, 2947 ff.; dazu BGH v. 22. 11. 1994 – GSSSt 2/94, BGHSt 40, 360 (366 ff.) = NJW 1995, 407 ff.; BGH v. 11. 2. 1999 – 1 StR 686/98, BGHSt 44, 350 ff. = NJW 1999, 1269 f.; SK/*Horn* § 57 a Rn 8 f.; *Streng* JZ 1995, 556 ff.

⁷⁸ Vgl. LK/*Jähnke* Rn 18; SK/*Horn* § 57 a Rn 7 a; *Schnarr* (Fn 39) S. 1 (68 f.); ferner BGH (Fn 77), BGHSt 44, 350 (352); *Landgraf* (Fn 37) S. 95 ff.; *Tröndle/Fischer* Rn 23.

⁷⁹ Vgl. Fn 76.

⁸⁰ Vgl. *Schnarr* (Fn 39) S. 1 (68 f.).

■ Rücktritt vom Versuch

AT. 2. Abschn. Die Tat. 2. Titel. Versuch

3, 4 § 24

Bewertungsgegenstand zu betrachten“, und lehren, dass bei wirksamem Rücktritt „das Täterverhalten – als Ganzes betrachtet – kein schuldhaftes Strafunrecht“ darstelle.¹

Das Problematische dieser Annahme liegt auf der Hand. Verfolgt man chronologisch das Verhalten des Täters, so zeigt sich, dass er zunächst einmal die Delikt voraussetzungen erfüllt. Denn was sie betrifft, ist nach dem Gesetz (vgl. §§ 16 Abs. 1 und 2, 17, 19, 20, 35 Abs. 2) entscheidend der Zeitpunkt „bei Begehung der Tat“, dh. derjenigen Tat, für die der Täter ggf. zu bestrafen wäre. Zu diesem Zeitpunkt, also etwa beim Hinstellen des vergifteten Getränks, ist der Umstand, der die Deliktsverneinung gebieten soll – dass der Täter zB durch Auspumpen des Magens die Völlendung verhindert – noch nicht in der Welt. Die Situation ist also unbestreitbar anders als bei einem Täter, der einen tatbestandsmäßigen Versuch gerechtfertigt oder ohne Schuld begeht, wie etwa ein Dreizehnjähriger, der beim Einstecken einer Stange Zigaretten ertappt wird. Die Abwehr dieses Einwandes² besteht in einer unverhohlenen Fiktion. „Die Wertbetrachtung muß gegenüber dem gesamten abgeschlossenen Verhalten, also ex post, vorgenommen werden. Dann ergibt sich aber, daß ein Strafanspruch überhaupt nicht entstanden ist“.³ Der Rücktritt – als „persönlicher Delikts- oder Schuld- aufhebungsgrund“ – bewirkt die „(Selbst-)Aufhebung des schuldhaften Versuchsunrechts“ und „zwingt zu der Rechtsfolge, schon den Schuldspruch auszuschließen“.⁴ Er ist „Schuld- aufhebung“, „von einem die Strafe begründenden Versuchsgeschehen (kann) nicht mehr gesprochen werden“.⁵ Aus der Ex-post-Betrachtung des Richters ist „ein staatlicher Straf- anspruch erst gar nicht entstanden“.⁶ Die Kraft, die diese Lehre dem Rücktritt zumisst, ist also der einer Anfechtung vergleichbar, denn wie diese nach § 142 Abs. 1 BGB das Rechts- geschäft, so soll der Rücktritt das Versuchsdelikt vernichten, und zwar so, als habe es „von Anfang an“ keines gegeben.

b) Kritik. Richtig ist an der Deliktsverneinungstheorie die Forderung der Zusammen- 4 schau. Weil der Richter nur **ein** Urteil fällt, hat dieses auch nur **einen** Beurteilungsgegen- stand, und der muss so gebildet sein, dass er vom Verhalten des Täters alles Urteilerhebliche umfasst. „Der Richter hat, wenn er einen freiwilligen Rücktritt beurteilt, nicht eine Strafe aufzuheben, sondern er muß darüber entscheiden, ob eine Sanktion überhaupt erst verhängt werden soll“.⁷ Dass dies zutrifft, versteht sich geradezu von selbst. Unrichtig ist jedoch die Folgerung, der freiwillige Rücktritt schaffe das „schuldhafte Strafunrecht“ eines Versuches aus der Welt. Die das lehren, machen sich nicht klar, dass ihre Ganzheitsbetrachtung keine Besonderheit der Fälle des § 24 ist. Die Dinge liegen in diesem Punkt nicht im Geringsten anders, wenn der Täter das, was er im Hinblick auf die begangene Straftat zu leisten rechtlich verpflichtet ist, erst nach der Völlendung leistet. Beispiele: G ist schon bei der Bestellung entschlossen, nach dem Verzehr den Wirt um die Zeche zu prellen. Obwohl keiner auf ihn Acht gibt, bleibt er schließlich doch sitzen und begleicht die Rechnung. – K kauft einen elektrischen Rasierapparat, den die Verkäuferin ihm vertrauensvoll mit der Bitte übergibt, an der Kasse zu zahlen. Außer Sichtweite steckt K das Gerät kurz entschlossen in die Tasche und verschwindet nach draußen. Auf der Straße von seiner Frau ermahnt, kehrt er um und bezahlt. – T hat O im Streit schwer misshandelt. Am nächsten Tag bittet er um Vergebung und kommt, so gut er kann, für die Folgen auf. – Der nach Zeugenaussagen wegen Raubes angeklagte A leugnet anfangs die Tat, gesteht sie aber unter Tränen in der Hauptverhandlung

¹ Roxin, FS Heinitz, 1972, S. 251 (273); ähnlich Streng ZStW 101 (1989), 273 (324); Heckler, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistungen anhand der objektiven Vollendungsgefahr, 2002, S. 135; Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1975, S. 88 ff.; Lang-Hinrichsen, FS Engisch, 1969, S. 353 (374); NK/Zaczyk Rn 5; SK/Rudolphi Rn 6; Köhler AT Kap. 8 II 1.1.

² Vorgetragen von Baumann/Weber/Mitsch AT § 27 Rn 5; Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 126 f.;

Weinhold, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, S. 37; Krey AT 2 Rn 457; Stratenwerth AT I § 11 Rn 71.

³ Lang-Hinrichsen (Fn 1) S. 353 (374).

⁴ Köhler AT Kap. 8 II 1.1; s. auch Kap. 8 II 1: „Mit dem Rücktritt hebt sich der im Versuch betätigte, auf Völlendung gerichtete Deliktswille durch den äußerlich freien Entschluß, der Legalitätsmaxime zu folgen, selbst auf“.

⁵ NK/Zaczyk Rn 5.

⁶ Heckler (Fn 1) S. 135.

⁷ Roxin (Fn 1) S. 251 (273).

■ Rücktritt vom Versuch

§ 24 5, 6

Rücktritt

und leistet vollen Ersatz. – Auch in solchen Fällen ist klar, dass der beurteilende Richter die Tat „im Zusammenhang“, das Gesamtverhalten als „einheitlichen Bewertungsgegenstand“ zu sehen und keine (irgendwie vorgegebene) Strafe „aufzuheben“ hat, sondern „darüber entscheiden muss, ob eine Sanktion überhaupt verhängt werden soll“ (vgl. § 153 Abs. 2 StPO) bzw. welches Gewicht „bei der Zumessung“ dem auf das vollendete Delikt bezogenen „Verhalten nach der Tat“ zukommen soll (vgl. § 46 Abs. 2). Gesetzt den theoretischen Fall, der Richter würde eine Sekunde nach der Vollendung – zB des Betruges, also gleich nach dem Servieren des bestellten Essens – befragt, ob und in welcher Höhe denn nun ein Strafanspruch des Staates begründet sei. Er könnte den Anspruch dann nur „dem Grunde nach“ (vgl. § 304 Abs. 1 ZPO) bejahen und müsste hinzufügen, dass dieser Anspruch bis zum Zeitpunkt einer justitiellen Entscheidung vom Nachtatverhalten – zB dem einsichtigen Doch-noch-Bezahlen – abhängt und durch dieses uU sogar beseitigt werde. In den beiden ersten Fällen zB verbietet sich die Bestrafung wegen Betruges bzw. Diebstahls; das Ermessen der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf § 153 Abs. 1 StPO reduziert sich auf die Entscheidung, G und K nicht zu verfolgen.

- 5 Die Einheitlichkeit des Bewertungsgegenstandes ist also kein Spezifikum der Versuchsfälle und liefert kein Argument, dem Nachtatverhalten des § 24 eine **besondere** Bedeutung beizumessen. In den vier Beispielen stellen wir zunächst einmal das Vorliegen des „schuldhaften Strafunrechts“ eines Betruges, eines Diebstahls, einer Körperverletzung, eines Raubes endgültig fest und geben dem guten Nachtatverhalten nur noch für die Straffrage rechtliche Relevanz. Nichts spricht dafür, es anders zu sehen, wenn das Delikt ein Versuch und die Wiedergutmachung ein freiwilliger Rücktritt ist. Im Gegenteil, in manchen Fällen dieser Art erscheint die Ex-post-Verneinung schuldhaften Strafunrechts als absurde Verleugnung dessen, was klar gegeben ist und dem Täter – etwa in der Hauptverhandlung – mit Betonung als schwere Schuld vorgehalten werden müsste. ZB im Fall des Versuchs, die Erbtante zu ermorden durch Hingabe einer Schachtel Pralinen, wovon eine tödliches Gift enthält. Bewahrt der Zufall die Tante vor dem Verzehr gerade dieser Praline und beseitigt der reuige Täter Tage später die Gefahr, dann wirkt der dogmatische Spruch der Deliktsverneinungstheorie krass unangemessen. Die dramatische Gefährdung der Tante durch den Mordversuch **war und bleibt** ein schweres deliktisches Unrecht, und der Täter kann vom Glück sagen, dass er dank seines Nachtatverhaltens und einer Vorschrift von problematischer Großzügigkeit wegen des Versuchs **nicht bestraft** wird.
- 6 Solche Fälle des Rücktritts vom beendeten Versuch (näher dazu unten Rn 72) zeigen auch, wie falsch es ist, das Freiwerden des Täters nach § 24 als „zwingend“, als der „gesetzgeberischen Ermessensentscheidung“ entzogen hinzustellen,⁸ so, als ginge es hier darum, eine ewige Wahrheit philosophischer oder naturrechtlicher Art anzuerkennen. Selbstverständlich steht es dem deutschen Gesetzgeber frei, dem freiwilligen Rücktritt – nach dem Vorbild anderer Rechtsordnungen⁹ – eine weniger starre Rechtsfolge zuzuordnen. Es wird ferner deutlich, dass die Großzügigkeit des § 24 keineswegs einen fundamentalen Unterschied spiegelt zwischen der ihm unterfallenden Pflichterfüllung und jeder späteren, erst nach der Vollendung geleisteten – wie zB *Murmann* ihn mit den Worten annimmt: „Die Objektivierung der rechtlichen Maxime durch Erfolgsvermeidung ... entfaltet ungleich größere Überzeugungskraft als etwa Wiedergutmachungsbemühungen nach Erreichung des deliktischen Ziels, denn der Täter demonstriert im Rücktritt, daß für ihn die Orientierung am Recht in seinem konkreten Verhältnis zum Opfer gegenüber der Deliktsverwirklichung vorrangig ist ... Die Strafaufhebung beim Rücktritt (folgt) demnach aus spezifischen, nur für dieses Institut Geltung beanspruchenden Sachgesichtspunkten“.¹⁰ Aber ob ein Erpresser aus Scham abwinkt, als der Genötigte ihm das Geld hält (Rücktritt), oder ob er es erst

⁸ Vgl. Köhler AT Kap. 8 II 1.2; NK/Zaczyk Rn 5. Mit Recht gegen diese Gebundenheit des Gesetzgebers Wölter, Das Unternehmensdelikt, 2001, S. 216 ff.

⁹ Vgl. Jescheck ZStW 99 (1987), 112 ff.

¹⁰ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 32 f.

einsteckt und Sekunden danach, von den Tränen des Opfers gerührt, zurückgibt (Wiedergutmachung), das macht kaum einen Unterschied, und in der Praxis würde es für den Täter so oder so, wenngleich über verschiedene Paragraphen (§ 24 StGB, §§ 153, 153 a StPO), auf Straflosigkeit hinauslaufen. Auch liegt es für viele Delikte im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, die materiellrechtliche Strafbefreiung über die Grenze des Versuchs hinweg auszudehnen. ZB wird selbst nach **vollendeter** einfacher Steuerhinterziehung (§ 370 AO) „insoweit straffrei“, wer seine falschen Angaben berichtigt und die hinterzogenen Steuern fristgerecht entrichtet (vgl. § 371 Abs. 1–3 AO). Dieselbe Wirkung hätte der Gesetzgeber der freiwilligen und schnellen Wiedergutmachung bei Delikten wie Betrug und Diebstahl zumessen können.

2. Nichtbestrafung. Die richtige systematische Einordnung deutet sich im Gesetz an. Wer einen der Tatbestände des § 24 erfüllt, wird „wegen Versuchs . . . nicht bestraft“, dh. es endet die mit dem deliktischen Versuch „dem Grunde nach“ entstandene Strafbarkeit. Der Rücktritt ist also nur für die Straffrage erheblich. Systematisch betrachtet stellt er sich dar als ein „Verhalten nach der Tat“, für das im Allgemeinen die Vorschrift des § 46 Abs. 2 gilt. Danach hat der Richter ein solches Verhalten, wenn auf die Tat bezogen und „für den Täter sprechend“, „bei der Zumessung“ zu berücksichtigen. Ist die Tat ein deliktischer Versuch und das gute Nachtatverhalten ein freiwilliger Rücktritt davon, dann greift der speziellere § 24 ein und gebietet, den Versuch unbestraft zu lassen, dh. die Strafe **mit Null zu bemessen**. § 24 ist eine Strafbemessungsvorschrift, gleich den mit „Strafbemessung“ überschriebenen Bestimmungen im 2. Titel des dritten Abschnitts (§§ 46–51).¹¹ Besonders nahe steht ihm, was ins Auge springt, die Bestimmung des § 46 a über Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung. Die schon dort für viele Delikte vorgesehene **Möglichkeit**, von Strafe abzusehen, wird in § 24 durch ein beschränktes Bestrafungs**verbot** übertrumpft.

Der Rücktritt selbst, der das Verbot auslöst, bewirkt demnach das Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs, den der Versuch, wenn auch nur „dem Grunde nach“, hat entstehen lassen. Ihn mit der herkömmlichen Lehre als „persönlichen Strafaufhebungsgrund“ zu bezeichnen,¹² vereinfacht den Befund ein wenig, ist ihm aber durchaus angemessen.¹³ Fehl geht die verbreitete Kritik oder Selbstkritik, dieser Name sei „nichts sagend“ oder „farblos“. ¹⁴ Man kann von einem abstrahierenden Terminus nicht fordern, dass er einen belehrt, worum es konkret geht. Darum stößt sich auch niemand daran, dass zum Zweck systematischer Einordnung eine Straffreiheit mit Kategorien wie „Nichterfüllung des Tatbestandes“ oder „Bestehen eines Verfahrenshindernisses“ begründet wird.

II. Ratio legis

1. Die eigene Sicht. Der unter I. entwickelte Gedankengang eröffnet einen neuen Blick auf die endlose Diskussion der Frage, worin der „gesetzgeberische Grund der Straffreiheit“, ¹⁵

¹¹ In diese Richtungweisend auch *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 603 ff.; *Burkhardt*, Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung, 1975, S. 119 f.; *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2. Teil B I (unveröffentlicht); ferner *Muñoz-Conde GA* 1973, 33 (38).

¹² RG v. 4. 10. 1938 – 4 D 696/38, RGSt 72, 349 (350); BGH v. 13. 10. 1981 – 5 StR 433/81, StV 1982, 1 = NSTz 1982, 78; Lackner/Kühl Rn 1; Tröndle/Fischer Rn 2; Gropp AT § 9 Rn 93; Jescheck/Wéigand AT § 51 VI 1; Wéizel, Das Deutsche Strafrecht, S. 196; Wéssels/Beulke AT Rn 626. So auch die Sicht des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, E 1962, mit Begründung, Bonn 1962, S. 146: „Der Rücktritt . . . ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund“.

¹³ Jäger (Fn 2) S. 127, wendet ein, die Bezeichnung verdecke, „daß es sich bei § 24 um einen eigenständigen *Tatbestand* mit Strafbefreiungsfolge handelt“. Letzteres ist richtig (genauer: „um eigenständige Tatbestände“). Aber von den abstrakten Rücktrittstatbeständen des § 24 ist das konkrete Verhalten zu unterscheiden, das einen davon erfüllt und dann unbestreitbar den *Grund der Strafaufhebung* bildet.

¹⁴ So zuerst *Sauer*, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 325 und *v. Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, S. 17; ebenso *Klösterkes*, Rücktritt und Irrtum, 1995, S. 101 f.; *Ulshenheimer* (Fn 1) S. 120 f. und *Jakobs* AT 26/3.

¹⁵ SK/Rudolph Rn 2.

■ Beihilfe

§ 27 8–11

Beihilfe

- 8 Soweit die Maßnahmen des Gehilfen sich darauf beziehen, den Täter vor der späteren Strafverfolgung zu entziehen, liegt hingegen keine kognitive Beihilfe vor.¹⁰ Wenn der Gehilfe dem Täter ein Staubhemd ausleiht, damit er sich als Täter einer Körperverletzung unkenntlich machen kann,¹¹ mögen dessen letzte Zweifel an der Tatbegehung beseitigt werden, es liegt aber keine kognitive Beihilfe vor, sondern allenfalls eine voluntative Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses (Rn 9 ff.). Wer sich zum Lochen einer Straßenbahnfahrkarte bereiterklärt, um dem Täter eines nächtlichen Warenhausdiebstahls ein Alibi zu verschaffen, mag dessen Tatentschlossenheit bestärken, begeht aber ebenfalls keine Beihilfe durch Rat.¹²
- 9 c) Zweifelhaft ist die Berechtigung einer voluntativen Beihilfe in Form einer **Bestärkung des Tatentschlusses**. Bedenken ergeben sich nicht zuletzt daraus, dass die Rechtsprechung in der Annahme dieser Alternative über lange Zeit sehr großzügig war und insbesondere die Gefahr begründete, die Beihilfe zu einem Gefährdungsdelikt zu machen. So sollte die Fortsetzung eines Liebesverhältnisses trotz Kenntnis der Mordpläne des verheirateten Liebhabers eine Entschlusstärkung darstellen.¹³ Eine Beihilfe zur Körperverletzung an Polizisten sollte begehen, wer seine Verbundenheit mit Hausbesetzern bekundet.¹⁴ Zum Teil wurde auch schon die bloße Anwesenheit am Tatort bzw. bei einer Fahrt als psychische Beihilfe gewürdigt.¹⁵ Daran ist zunächst richtig, dass das Dabeisein bei der Tatbegehung als Beihilfe eingeordnet werden kann, nämlich dann, wenn es der Zweck der Anwesenheit ist, gegebenenfalls zugunsten des Haupttäters eingreifen zu können.¹⁶ Ansonsten verwischt die Annahme einer Beihilfe durch bloße Anwesenheit die Grenzen zur Beihilfe durch Unterlassen (Rn 10).
- 10 Die **jüngere Rechtsprechung** des BGH stellt denn auch klar, dass die Kenntnis von der Tat und selbst deren Billigung durch einen Anwesenden noch nicht zur Annahme einer strafbaren Beihilfe ausreichen.¹⁷ Der BGH hat in einem Beschluss vom 20. Dezember 1995¹⁸ gefordert, es müsse festgestellt sein, dass die Anwesenheit die Tat objektiv gefördert oder erleichtert habe und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war. Das bloße „Dabeisein“ in Kenntnis einer Straftat reiche selbst bei deren Billigung nicht aus, eine Beihilfe im Sinne aktiven Tuns zu begründen; anderenfalls würden die rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Garantienpflichten beim unechten Unterlassungsdelikt umgangen und die Strafbarkeit im Bereich der Beihilfe ausgedehnt. Die Entscheidung betraf eine Besprechung in einem Finanzamt, an der der Angeklagte – ein Wirtschaftsprüfer und Berater des Haupttäters – teilnahm. Er saß lediglich dabei, als sein Mandant massive Täuschungen vorbrachte.
- 11 Die Literatur will dem BGH zum Teil folgen,¹⁹ zum Teil lehnt sie diese Rechtsprechung ab.²⁰ Dabei geht es aber weniger um die Frage, ob das „Dabeisein“ Hilfeleistung sein kann, sondern um die **Wirkung dieser Anwesenheit** auf die Haupttat. Selbst ein tatenloses Dabeisein kann dann Beihilfe sein, wenn der Täter davon ausgehen kann und soll, dass der Untätige erforderlichenfalls zu seinen Gunsten interveniert und auf diese Art und Weise der Tatentschluss stabilisiert wird.²¹ Eine andere Frage ist, ob dann ein Tun oder Unterlassen

¹⁰ SK/Hoyer Rn 11.

¹¹ R.G. v. 10. 5. 1883 – 799/83, RGSt 8, 267.

¹² Vgl. BGH v. 29. 3. 1951 – 3 StR 82/51, NJW 1951, 451; Hoyer will diese Fälle als vorweggenommene Strafvereitelung erfassen und nach § 258 bestrafen (SK § 258 Rn 23).

¹³ OLG Stuttgart v. 11. 11. 1949 – 126/49, NJW 1950, 118.

¹⁴ BGH v. 29. 10. 1974 – VI ZR 182/73, BGHZ 63, 124 (130 f.) = NJW 1975, 49.

¹⁵ So etwa BGH v. 25. 10. 1966 – 1 StR 345/66 bei Dallinger MDR 1967, 173; BGH v. 29. 11. 1984 – 4 StR 686/84 bei Holtz MDR 1985, 284.

¹⁶ Sehr weitgehend OLG Naumburg v. 21. 3. 2000 – 2 Ss 509/99, NJW 2001, 2034.

¹⁷ BGH v. 13. 11. 1984 – 1 StR 693/84, GA 1985, 233; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 1; vgl. auch BGH v. 17. 3. 1995 – 2 StR 85/95, StV 1995, 363; v. 20. 12. 2000 2 StR 468/00, BGHR BtMG § 29 Abs 1 Nr 1 Handeltreiben 56.

¹⁸ BGH v. 20. 12. 1995 – 5 StR 412/95, wistra 1996, 184 = StV 1996, 432; dazu Achenbach StbG 1996, 299; Joecks InfStW 1997, 21.

¹⁹ Schönke/Schröder/Cramer/Heine Rn 12; Jeschke/Weigend 692.

²⁰ Vgl. Samson S. 189 ff.; Stratenwerth 12/159.

²¹ Vgl. LK/Roxin Rn 42; Stratenwerth 12/159.

anzunehmen ist (unten Rn 35) und wie man die Auswirkung der Hilfeleistung auf die Haupttat festzustellen hat (unten Rn 36).

Insofern liegt psychische Beihilfe jedenfalls dann vor, wenn damit der Tatentschluss intensiviert wird.²² Wird durch das Verhalten des „Gehilfen“ der entsprechende Entschluss zur Tat erst hervorgerufen, kann gegebenenfalls eine Anstiftung vorliegen.²³ Da nach der hier vertretenen Auffassung eine Anstiftung mehr ist als die Ursächlichkeit für den Entschluss zur Tatbegehung durch den Haupttäter (§ 26 Rn 15 ff.), kommt eine psychische Beihilfe namentlich dann in Betracht, wenn der Gehilfenbeitrag zwar kausal für den Entschluss zur Tatausführung war, der Einfluss des Beteiligten auf die Tatausführung aber nicht so stark war, dass die Annahme einer Anstiftung berechtigt wäre. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Ehrengericht über die Statthaftigkeit eines Duells beschließt,²⁴ der Angeklagte der Zeugin zusagt, zu ihrer unwahren Aussage in einem Ehescheidungsprozess zu schweigen,²⁵ wenn der Täter der zur Abtreibung entschlossenen Schwangeren Geld für diese Abtreibung gibt²⁶ oder wenn die Geliebte zusagt, den Täter zu heiraten, wenn er die Ehefrau ermordet hat.²⁷

2. Zeitlicher Rahmen der Hilfeleistung. In welchem zeitlichen Rahmen Beihilfe geleistet werden kann, ist zweifelhaft und teilweise umstritten. Dabei geht es um mehrere Fragen. Zunächst ist zu erörtern, ob eine Beihilfe schon im Vorfeld der Begehung der Haupttat geleistet werden kann. Sodann ist zu fragen, ob es eine sukzessive Beteiligung gibt und wie man ggf. zwischen Beihilfe und Begünstigung abgrenzt.

a) Unstreitig kann die Beihilfehandlung gegebenenfalls schon weit **vor Versuchsbeginn** erfolgen und sich auf eine Vorbereitungshandlung beziehen, sofern der Taterfolg (die Haupttat) wenigstens in strafbarer Weise versucht wird.²⁸ So begeht eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wer es dem Steuerpflichtigen ermöglicht, sein Kapital in einer Weise anzulegen, die es ihm ermöglicht, (Jahre) später gefahrlos unrichtige Steuererklärungen einzureichen.²⁹ Eine andere Frage ist, ob in solchen Fällen der nötige Gehilfenvorsatz gegeben ist und wann die Verjährung eintritt (unten Rn 90).

b) Der **spätestmögliche Zeitpunkt** der Hilfeleistung ist umstritten. Es geht um Konstellationen, in denen der Gehilfe erst nach Beginn oder gar nach Vollendung der Tat (gleich Versuchsbeginn) dazu tritt. Auch hier sind mehrere Konstellationen auseinander zu halten. So kann der Beteiligte bereits vor dem Einbruchsdiebstahl zusagen, er werde beim Abtransport der Beute helfen, er kann aber auch ggf. vom Haupttäter erst nach der Wegnahme spontan hinzugezogen werden.

aa) Sagt der Beteiligte seine Hilfe beim Abtransport der Beute **vor der Tatbegehung** zu, dann liegt darin einerseits eine Bestärkung des Tatentschlusses, andererseits die Zusage einer Begünstigung (§ 257).³⁰ Richtig ist, in diesen Fällen der Beihilfe den Vorrang zu geben.³¹

bb) Zweifelhaft ist hingegen der Fall, dass der Gehilfe erstmals **nach Vollendung** der Haupttat in das Geschehen eingebunden wird. Nach Ansicht der Rechtsprechung und der lange Zeit herrschenden Meinung endet die rechtliche Möglichkeit der Beihilfe nicht mit

²² RGSt 27, 157: Der Gehilfe rät dem Soldaten, der bereits eigenmächtig den Urlaub überschritten hat, statt des nächsten erst den übernächsten Zug zu nehmen – damit wird die Tat intensiviert.

²³ Vgl. LK/Roxin § 26 Rn 18, 58; SK/Hoyer Rn 12.

²⁴ RG v. 29. 10. 1881 – 2568/81, RGSt 5, 140 (142).

²⁵ RG HRR 1938 Nr. 629.

²⁶ RG HRR 1939 Nr. 1275.

²⁷ RG v. 20. 12. 1938 – 1 D 942/38, RGSt 73, 52.

²⁸ RG v. 26. 10. 1925 – II 503/25, RGSt 59, 376 (380); RG v. 7. 7. 1927 – II 504/27, RGSt 61, 360

(362); RG v. 22. 4. 1937 – 2 D 10/37, RGSt 71, 193; RG DR 1941, 987; Jescheck/Weigend 63 III 2 b.

²⁹ Vgl. BGH v. 1. 8. 2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010; siehe auch BGH v. 15. 7. 1999 – 5 StR 155/99, NStZ 1999, 609 = wistra 1999, 386: Bereits die Tatsache, dass der Haupttäter dem Gehilfen eine bestimmte Aufgabe im Rahmen des Tatplanes überträgt, ist ein wesentliches Indiz dafür, dass er glaubt, die Tat mit dessen Hilfe besser durchführen zu können, als ohne ihn.

³⁰ Vgl. auch Stratenwerth 12/134.

³¹ Joecks § 257 Rn 8 ff.

■ Notwehr

§ 32 112–114

Notwehr

das **Zurückweichen vor dem Angriff als Ganzem** gemeint ist, bei dem sich der Angreifer letzten Endes als „Sieger“ erweisen würde. Ein Ausweichen, das sich als sinnvoller Bestandteil einer Strategie erweist, sich gegen den Angriff zu behaupten (der Angegriffene tritt zur Seite, so dass der Schlag ins Leere geht und er den Angreifer unter Ausnutzung von dessen eigenem Schwung zu Fall bringen kann), kann demgegenüber sehr wohl Verteidigungscharakter haben und im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung als evtl. milderes Mittel Vorrang beanspruchen (im vorgenannten Beispiel etwa im Verhältnis zu einem Messerstich).²⁵¹

112 **2. Schutzwehr und Trutzwehr.** Die unterschiedlichen Formen der Verteidigung werden nach allgM in **Schutzwehr** (zB Parieren eines Schlages oder schützendes Vorhalten eines Messers) und **Trutzwehr** (der Verteidiger tritt dem Angriff durch aktive Gegenmaßnahmen wie Schläge, Stiche, Schüsse oder das Werfen von Gegenständen gegen den Angreifer entgegen) unterschieden. Beschränkt sich der Verteidiger auf erstere, wird sich die Frage einer Rechtfertigung nach § 32 in der Regel freilich erübrigen, weil hier – was zumeist übersehen wird – im Allgemeinen schon die Tatbestandsmäßigkeit entfällt. Dies gilt in der Regel selbst dann, wenn der Angreifer bei der Schutzwehr erhebliche oder sogar tödliche Verletzungen erleidet (etwa im Beispiel des schützend vorgehaltenen Messers).²⁵² Da hier nicht der Verteidiger, sondern der Angreifer selbst die letzte Ursache für seine Verletzung setzt, ist es nahe liegend, diese als **Folge einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung** von vornherein ihm selbst und nicht dem Angegriffenen zuzurechnen.²⁵³ Praktische Bedeutung erlangt der Begriff der „Schutzwehr“ allerdings wiederum in mittelbarer Form für die Bestimmung der „Erforderlichkeit“, nämlich dann, wenn sich der Notwehrtäter gerade nicht auf Schutzwehr beschränkt, sondern im Gegenteil eine „Trutzwehr“ mit einschneidenden Folgen ausübt: Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob und inwieweit der Angegriffene auf die Möglichkeit einer für den Angreifer schonenderen Schutzwehr verwiesen werden kann (s. u. Rn 146).

113 **3. Verteidigung durch Unterlassen.** Wenn eine Verteidigung zumeist auch in einem **aktiven Tun** bestehen wird, sind ohne weiteres auch Konstellationen denkbar, in denen sich der Angegriffene – evtl. sogar in Form der Trutzwehr – durch ein **Unterlassen** zur Wehr setzt. Hier ist etwa der Fall zu nennen, dass der Notwehrtäter seinen Hund gewähren lässt, der sich in zutreffender Einschätzung der Situation ohne vorangegangenes Kommando auf den Angreifer stürzt.²⁵⁴

114 **4. Beschränkung auf die Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers.** Eine nach § 32 gerechtfertigte Verteidigung kommt grundsätzlich nur insoweit in Betracht, als davon die Rechtsgüter des Angreifers betroffen sind.²⁵⁵ Der gegensätzliche Standpunkt, wonach eine Notwehrhandlung auch bei Verletzung von Rechtsgütern Dritter nur einheitlich als rechtmäßig qualifiziert werden könne,²⁵⁶ kann als überholt bezeichnet werden: Da § 32 nur den Konflikt zwischen Verteidiger und rechtswidrig handelndem Angreifer regelt und dabei gerade mit Rücksicht auf diese spezifische Interessenlage besonders weitreichende Eingriffsbefugnisse schafft, verbietet es sich, die gleichzeitige Verletzung von Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit automatisch als mitgerechtfertigt zu behandeln.²⁵⁷ Im Verhältnis zu Unbeteiligten kommt nämlich nicht die Auseinandersetzung zwischen Recht und Unrecht zum Tragen, sondern allein die Kollision der Interessen des Verteidigers und der von der Notwehrhandlung Mitbetroffenen (die insofern mittelbar ebenfalls Opfer des rechtswidrigen Angriffs sind) an der Erhaltung ihrer Rechtsgüter. An dieser Stelle ist deshalb ein

²⁵¹ Zutr. Roxin AT I § 15 Rn 49.

²⁵² Entgegen LK/Spendel Rn 137.

²⁵³ Für denjenigen, der sich eigenverantwortlich den Auswirkungen einer automatisch wirkenden Verteidigungsanlage aussetzt (dazu unten Rn 156 ff.), bereits Schlüchter, FS Lenckner, 1998, S. 313 (319 ff.); Schönke/Schröder/Lenckner/Perron Rn 37. Allgemein zum Prinzip der eigenverantwortlichen Selbst-

gefährdung s. o. Vor § 13 Rn 382 ff.; Kühl AT § 4 Rn 86 m. weit. Nachw.

²⁵⁴ LK/Spendel Rn 200; NK/Herzog Rn 56; SK/Günther Rn 85; Baumann/Mitsch AT § 17 Rn 23.

²⁵⁵ Im Grundsatz heute allgM.

²⁵⁶ Nachweise aus dem älteren Schrifttum bei LK/Spendel Rn 204.

²⁵⁷ SK/Günther Rn 84.

Rückgriff auf diejenigen Rechtfertigungsgründe erforderlich, die auf die Lösung eines solchen Interessenwiderstreits zugeschnitten sind (dh. auf die unterschiedlichen Formen des rechtfertigenden Notstands). Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, dann handelt der Notwehrtäter im Verhältnis zum Dritten rechtswidrig (ggf. ist an eine Entschuldigung nach § 35 zu denken).²⁵⁸ Dabei ist es aber keinesfalls so, dass die Notwehrhandlung nun insgesamt (dh. auch im Verhältnis zum Angreifer) als rechtswidrig zu qualifizieren wäre – soweit das Verhalten als Verteidigung gegen den Angriff den Anforderungen von § 32 genügt, ist es ohne weiteres gerechtfertigt. Insofern muss man von einer **Teilbarkeit des Unrechts**²⁵⁹ ausgehen. Dabei handelt es sich um die zwingende Konsequenz der Tatsache, dass sich im Falle der drittschädigenden Notwehrhandlung unterschiedliche Rechtsverhältnisse überlagern, für die das Gesetz infolge der völlig unterschiedlichen Interessenlagen verschiedenartige Regelungen getroffen hat, ohne dass ein Grund ersichtlich wäre, eine davon auf das jeweils andere Rechtsverhältnis durchschlagen zu lassen.

a) Einzelfälle. Keinesfalls durch Notwehr gerechtfertigt ist danach zB die **Wegnahme fremder Sachen Dritter**, um sich damit zu verteidigen (hier findet statt dessen § 904 BGB Anwendung),²⁶⁰ die **Verletzung Unbeteiligter**, die sich erkennbar im Gefahrenbereich befinden, etwa durch die Abgabe von Schüssen auf den Angreifer oder durch das Austeilen von Schlägen in der Dunkelheit²⁶¹ (hier ggf. Entschuldigung nach § 35, bei bloßer Fahrlässigkeit und ex ante geringem Gefährdungspotential evtl. auch Rechtfertigung nach § 34), die versehentliche **Verletzung des Angegriffenen selbst durch einen Nothelfer** (wobei je nach Ausmaß des zugrundeliegenden Risikos zu überlegen ist, ob eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung eingreift²⁶²) und die **Beschädigung fremder Sachen am Ort des Geschehens**, wenn etwa bei der erfolgreichen Notwehr gegen einen tätlichen Angriff in einer Gaststätte das Inventar zu Bruch geht. Gleiches gilt für die Beeinträchtigung von **Rechtsgütern der Allgemeinheit**, etwa durch eine Trunkenheitsfahrt, mit der ein Nothelfer dem rechtswidrig Angegriffenen zu Hilfe kommen will,²⁶³ oder durch Verstöße gegen das Waffengesetz, die mit der Notwehrhandlung einhergehen.²⁶⁴ In den letztgenannten Fällen ist die Nichtanwendung von § 32 in Ermangelung eines „greifbaren“ Schadens zwar nicht so offensichtlich,²⁶⁵ aber letzten Endes wohl ebenfalls zwingend: Da auch das Interesse der Allgemeinheit an der Unterlassung bestimmter abstrakt gefährlicher Verhaltensweisen außerhalb des Konflikts zwischen Recht und Unrecht im Verhältnis Angreifer – Verteidiger steht, kann eine Verletzung der einschlägigen Regelungen durch eine Notwehrhandlung ebenso wie die gleichzeitige Verletzung von Individualrechtsgütern Dritter nicht per se, sondern nur nach einer Abwägung der widerstreitenden Belange gerechtfertigt werden. Diese wird bei Angriffen von einigem Gewicht zwar regelmäßig zugunsten des Notwehrtäters ausgehen,²⁶⁶ jedoch ist dies keinesfalls zwingend (keine Rechtfertigung erheblicher abstrakter Gefährdungen zur Abwehr von Bagatelalangriffen, etwa bei einer wilden Verfolgungsfahrt eines Betrunkenen, der einen Zigarettendieb aufhalten will).

²⁵⁸ Grundlegend BGH (Fn 198) BGHSt 5, 245 (248); BGH (Fn 78) BGHSt 39, 374 (380).

²⁵⁹ Dazu Günther, FS Spindel, 1992, S. 189 (191 f.); Rudolphi, GedS Armin Kaufmann, 1989, S. 371 (376); Widmaier JuS 1970, 611 (613).

²⁶⁰ RG (Fn 79).

²⁶¹ RG v. 30. 11. 1923 – I 878/23, RGSt 58, 27.

²⁶² So zutr. OLG Frankfurt v. 18. 3. 1970 – 2 Ss 815/69, MDR 1970, 694.

²⁶³ Unklar OLG Celle v. 6. 3. 1969 – 1 Ss 514/68, NJW 1969, 1775 m. Anm. Horn NJW 1969, 2156 und Widmaier JuS 1970, 611.

²⁶⁴ Vgl. BGH v. 19. 3. 1986 – 2 StR 38/86, NJW 1986, 2716 = NSTz 1986, 357; Neuheuser (Fn 97) S. 101 f.

²⁶⁵ Für eine Rechtfertigung des unerlaubten Führens einer Schusswaffe durch Notwehr denn wohl auch BGH v. 12. 5. 1981 – 5 StR 109/81, NSTz 1981, 299; dazu und zu einer unveröffentlichten Vorgängerentscheidung eingehend Neuheuser (Fn 97) S. 97 ff. Die Annahme einer weitergehenden Drittwirkung der Notwehr durch das RG dürfte mit dem damaligen Fehlen einer gesetzlichen Regelung des rechtfertigenden Notstands zu erklären und insofern überholt sein; dazu (mit ausführlichem Überblick über die alte Rspr.) Neuheuser (Fn 97) S. 88 ff.

²⁶⁶ Für Verstöße gegen das WaffG Neuheuser (Fn 97) S. 100 f. Im Ergebnis wohl verfehlt die Bestrafung des Trunkenheitsfahrers bei OLG Celle (Fn 263).

■ Strafzumessung

§ 46 28, 29

AT. 3. Abschn. Rechtsfolgen der Tat. 2. Titel. Strafbemessung

gegenüber staatlichen Machthabern und die Auffassung, sich auch dann noch im Einklang mit Recht und Gesetz zu befinden, wenn über die Grenzen des gesetzlich Zulässigen hinaus der Wille der Staatsführung vollzogen und dabei Menschenrechte verletzt werden, **lässt den Vorsatz** daher **unberührt**.¹²⁰

- 28 **bb)** Jedwede **staatliche Einwirkung auf das Tatgeschehen** ist zu Gunsten des späteren Angeklagten bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. In erster Linie handelt es sich um die Fälle der **Tatprovokation** durch den Einsatz so genannter polizeilicher **Lockspitzel**, gleichgültig, ob es sich um Vertrauenspersonen, Informanten oder Verdeckte Ermittler handelt. Dabei ist grds. jede Einwirkung auf den Täter zu berücksichtigen, auch wenn sie sich in den Grenzen des rechtsstaatlich Zulässigen bewegt.¹²¹ Maßgebend für den Umfang der Strafmilderung ist das Ausmaß der Einflussnahme, also die Intensität der Einwirkung durch den Staat auf den Täter. In allen Fällen hat das Tatgericht einen Spielraum zur angemessenen Berücksichtigung der Umstände, die zur Tat geführt haben. Ist eine – vor allem nachhaltige und erhebliche – Einwirkung im staatlichen Auftrag in den Urteilsgründen festgestellt worden, reicht die Bandbreite der erforderlichen Strafmilderung von der Verneinung eines besonders schweren Falles über die Annahme eines minder schweren Falles bis hin zur Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153 a StPO bei Vergehen sowie bis zum Zurückgehen auf die gesetzliche Mindeststrafe bei Verbrechen.¹²² In jedem Falle ist aber auch eine Gesamtabwägung des von den Ermittlungsbehörden zur Tatbestandserfüllung geleisteten Beitrages mit den übrigen strafzumessungserheblichen Tatsachen erforderlich. Anlass für die Strafmilderung bietet dabei nicht nur der Fall, in dem der Tatentschluss an sich erst durch den Lockspitzeinsatz hervorgerufen wird, sondern auch derjenige, bei dem die staatliche Einwirkung mit Erfolg darauf abgezielt hat, den Umfang der Tatbegehung zu erweitern. Dies gilt etwa dann, wenn seitens der Polizei auf ein Handeltreiben mit einer möglichst großen Rauschgiftmenge hingewirkt wurde, die die Verhältnisse des betreffenden Täters weit übersteigt.¹²³
- 29 In ganz besonderer Weise ist die staatliche Tatprovokation dann strafmildernd zu berücksichtigen, wenn die **rechtlich zulässigen Grenzen überschritten** werden. Eine solche Fallgestaltung ist regelmäßig dann in Betracht zu ziehen, wenn ein in staatlichem Auftrag handelnder Lockspitzel den von ihm in strafbares Tun verwickelten Täter tiefer in Schuld und Unrecht verstrickt, als es zu seiner Überführung und Bestrafung erforderlich ist oder wenn, noch gravierender, auf eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine dem Staat zuzurechnende Weise eingewirkt und diese zu einer Straftat verleitet wird, die dann zu einem Strafverfahren führt. Ähnlich wie in Fällen der rechtsstaatwidrigen Verfahrensverzögerung führt eine solche Einwirkung nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BGH nicht zu einem Verfahrenshindernis, etwa wegen Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, und auch nicht zu einem Beweisverbot.¹²⁴ Die insbesondere im Schrifttum aufgekommene Kritik an dieser Rechtsprechung sah sich bestätigt durch das Urteil des EGMR vom 9. 6. 1998.¹²⁵ Der Gerichtshof hatte einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) wegen der Einwirkung auf eine nicht tatbereite Person durch einen verdeckten Ermittler angenommen und eine Entschädigung zugesprochen. Der Gerichtshof betonte in seiner Entscheidung zwar den Vorrang des innerstaatlichen Rechts, sah indessen beim Einsatz verdeckt ermittelnder Beamter dort eine durch

¹²⁰ BGH v. 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94, BGHSt 41, 317 (340); vgl. auch schon BGH v. 15. 9. 1995 – 5 StR 713/94, BGHSt 41, 247 (276 f.).

¹²¹ BGH v. 4. 6. 1992 – 4 StR 99/92, NStZ 1992, 488.

¹²² BGH (Fn 121); vgl. auch BGH v. 23. 5. 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345 (355).

¹²³ BGH StV 1985, 366; BGH v. 22. 10. 1996 – 1 StR 548/96, NStZ 1997, 136 (137).

¹²⁴ BGH v. 23. 5. 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345 (355); BGH v. 18. 11. 1999 – 1 StR

221/99, BGHSt 45, 321 (326 ff.); zu den bis dahin teilweise divergierenden Auffassungen der verschiedenen Strafsenate des BGH vgl. BGH v. 7. 11. 1985 – GSSt 1/85, BGHSt 33, 356 (357 f.).

¹²⁵ Nicht amtliche Teilübersetzung in StV 1999, 127 m. Anm. *Kempf* sowie in NStZ 1999, 47 m. Anm. *Sommer*; vollständige nicht amtliche Übersetzung durch den Sprachendienst des BMJ in EuGRZ 1999, 660; vgl. auch *Kinzig* StV 1999, 288; *Sommer* StraFo 2002, 309 (313 f.).

■ Ausspähen von Daten

BT. 15. Abschn. Verletzung d. persönl. Lebens- u. Geheimbereichs

66–68 § 202 a

werden aber nicht automatisch übermittelt, weshalb § 202 a nicht greift. Das bislang aufgetretene Versenden des Makro-Virus an E-Mail-Adressen im Adressbuch des Anwenders führt – unabhängig von den weiteren Voraussetzungen – gleichfalls nicht zu einer unbefugten Verschaffung von Daten des Verfügungsberechtigten. Ebenso ist es bei den inzwischen häufigeren **Script-Viren**, welche auf Programmiersprachen wie „Javascript“ und „VisualBasicScript“ aufbauen.

d) Ausnutzen von Programmfehlern („bugs“) oder Falltüren („trap doors“).²⁵⁷ 66

Zum Erlangen von Zugriffsmöglichkeiten und Daten greifen „Hacker“ häufig auf sog. Sicherheitslücken in Programmen zurück, welche gerade in Verbindung mit Internetanbindung den unbemerkten Zugang zu einem fremden Rechner und Datenspionage zulassen. Ähnliche Möglichkeiten werden durch sog. „Falltüren“²⁵⁸ in Programmen ermöglicht, sobald diese bekannt werden. Problematisch sind beide Sachverhalte dadurch, dass der Verfügungsberechtigte von den Sicherheitslücken zumeist nichts weiß. Während er im ersten Fall zumindest durch entsprechende Updates seiner Software diese Programmfehler beheben kann, verbleibt er bei den „trap doors“ ahnungs- und hilflos. Die rechtliche Beurteilung ergibt, dass hinsichtlich der vorhandenen „programmtechnischen“ Sicherheitslücken es insoweit tatsächlich an einer besonderen Zugangssicherung fehlt. Doch ist eine **Betrachtung der Absicherung der Rechneranlage in ihrer Gesamtheit** erforderlich, dh. nur reguläre Zugänge zu den Daten sind unbedingt zu sichern! Genauso wie es bei einem verschlossenen EDV-Raum nicht notwendig erscheint, auch eventuelle Lüftungsschächte durch Gitter zu sichern, muss nicht für jede erdenkliche Lücke Vorsorge getroffen werden. Allein erforderlich ist, dass das Geheimhaltungsinteresse an den Daten durch die im Übrigen getroffenen Sicherungsmaßnahmen erkennbar ist; dann ist in den vorgenannten Sachverhalten eine Strafbarkeit gem. § 202 a gegeben.²⁵⁹

e) Fertigen von Programmkopien. Hinsichtlich der Herstellung einer **Sicherungskopie** eines rechtmäßig erworbenen Softwareproduktes ist die urheberrechtliche Gestattung gem. § 69 d Nr. 1 u. 2, § 69 c UrhG iVm. der Strafbestimmung des § 106 UrhG zu trennen von der Anwendung des § 202 a. Weil jedoch im Regelfall die Fertigung mindestens einer Sicherungskopie gestattet ist, scheidet bereits deshalb der Tatbestand des § 202 a aus.²⁶⁰ – Die Fertigung weiterer Kopien durch den berechtigten Besitzer – auch zum Zwecke der Weitergabe – kann zwar nach § 106 UrhG strafbar sein,²⁶¹ nicht aber gem. § 202 a; denn die Daten sind einerseits mit dem Erwerb für ihn bestimmt, andererseits mangelt es an einer besonderen Sicherung gegen Zugang.²⁶² – Die Fertigung einer **Raubkopie** durch einen nichtberechtigten Besitzer bleibt schließlich straflos nach § 202 a, weil mit dem Kopieren kein weitergehender Zugang zu den Daten erreicht wird und der möglicherweise vorhandene Kopierschutz im Übrigen nicht die von § 202 a verlangte Sicherungsqualität erfüllt.²⁶³

f) Eingriffe in den Quellcode einer Software. Eingriffe in den Quellcode einer Software betreffen regelmäßig die Daten, welche Programmierer und Hersteller, jedenfalls bei hochwertigen Produkten, als Betriebsgeheimnis betrachten und demgemäß auch keine Bestimmung zugunsten des Bestellers bzw. Erwerbers treffen.²⁶⁴ Soweit deshalb als Programmdatei nur der sog. Maschinencode ausgeliefert wird, kann neben möglichen Praktikabilitätserwägungen hierdurch auch das Geheimhaltungsinteresse dokumentiert sein. Wenn jedoch der dem Kunden/Erwerber zur Verfügung gestellte Code mit handelsüblichen „Debugger“-Programmen rückübersetzt werden kann, fehlt es an einer ausreichenden Zugangssicherung iS von § 202 a.²⁶⁵ Entsprechend verstößt auch das Verändern von Soft-

²⁵⁷ Teilweise auch „backdoors“ genannt.

²⁵⁸ Undokumentierte Funktionen, welche vom Programmierer entweder zur Hilfestellung in besonderen Fallsituationen (zB Passwort vom Anwender vergessen) oder zu Manipulationszwecken eingebaut wurden.

²⁵⁹ Ebenso P. Schmid (Fn 15) S. 172 f.

²⁶⁰ Vgl. im Übrigen oben Rn 24 f.

²⁶¹ S. hierzu *Beermann* Jura 1995, 610 (612).

²⁶² S. o. Rn 25 mwN.

²⁶³ Vgl. Rn 25; ebenso *Haurand/Vahle* RDV 1990, 128 (132); *Meier* JZ 1992, 657 (663); Tröndle/*Fischer* Rn 7.

²⁶⁴ Vgl. hierzu o. Rn 27.

²⁶⁵ Nach Umfang des Programmcodes differenzierend *Meier* JZ 1992, 657 (662).

■ Ausspähen von Daten

§ 202 a 69–72

Ausspähen von Daten

ware (Patchen) wie auch die hierunter zu fassende Entfernung eines Programmschutzes (Dongle)²⁶⁶ möglicherweise gegen Vorschriften des Urheberrechts,²⁶⁷ nicht aber gegen § 202 a.

- 69 **2. Ausspähung in Netzwerken und offenen Datennetzen.** Durch die zunehmende Vernetzung von Computern ergeben sich zusätzliche Gefährdungspotentiale: Einerseits sind die auf solchen Rechnern abgespeicherten Daten gegenüber **Angreifern aus dem Netz(werk)** gefährdet, andererseits sind auch die **im Netz(werk) übermittelten Daten** leichter angreifbar; denn der potentielle Täter kann – zumeist ohne Zeitdruck – von irgendeinem PC/Notebook aus und mit dort installierten Hilfsprogrammen (Tools) agieren, ohne sich in die Gefahr begeben zu müssen, in der räumlichen Nähe der EDV-Anlage mit den gewünschten Daten entdeckt zu werden. In Zusammenhang mit dem Tatbestand des § 202 a kommt es deshalb für die Strafbarkeit von „Netzangriffen“ darauf an, ob die Anbindung des betroffenen Rechners besonders abgesichert ist; hinsichtlich der im Netz übermittelten Daten ist demgegenüber auf deren Sicherung gegen Kenntnisnahme abzustellen.
- 70 **a) Abfangen und Lesen fremder E-Mail.** Die stetige Zunahme des E-Mail-Verkehrs sowohl im privaten Bereich, aber vor allem in der geschäftlichen Kommunikation,²⁶⁸ verlockt dazu, aus den dort ausgetauschten Informationen bis hin zu Geschäftsgeheimnissen Vorteile zu ziehen. Der Austausch von Daten über das Internet, also auch der Versand von E-Mails, verläuft regelmäßig auf ungesicherten Datenleitungen, so dass insbesondere im Bereich von Netzknoten ein Abfangen für technisch etwas versiertere Täter unschwer möglich ist. Mangels besonderer Absicherung kommt daher eine Strafbarkeit gem. § 202 a schon deswegen nicht in Betracht.²⁶⁹ – Soweit allerdings die E-Mail zusätzlich verschlüsselt ist, wäre demgegenüber eine Zugangssicherung anzunehmen, so dass mit dem „Aufmachen“ und Lesen der E-Mail eine unbefugte Kenntnisnahme gegeben ist.
- 71 **b) Verwendung von „Sniffer“-Programmen.** Die Verwendung von „Sniffer“-Programmen („packet-sniffer“) war ursprünglich den Verwaltern von **lokalen Netzwerken** (LAN's)²⁷⁰ zu deren Administrierung und Überwachung vorbehalten. Schon bald hatten „Hacker“ entdeckt, dass es unter Verwendung solcher Programme und einer geeigneten Netzwerkkarte möglich ist, den Netzwerkverkehr zu kontrollieren, wobei ggf. auch Filterfunktionen aktiviert werden können. Gelingt es einem Täter in einem Netzwerk einen Sniffer zu installieren, wofür er besondere Netzwerk-Rechte benötigt, beweist dies, dass der entsprechende Zugang zumindest nicht ordnungsgemäß abgesichert war und daher die „erschnüffelten“ Passworte, Kennungen oder E-Mails nicht iS von § 202 a ausgespäht worden sind.²⁷¹ – In ähnlicher Weise finden „Sniffer“ auch im Internet Anwendung;²⁷² da aber die dort übertragenen Daten, soweit sie nicht verschlüsselt oder auf andere Weise gegen Kenntnisnahme geschützt sind, ohne besondere Sicherung sind, ist ein Abfangen gleichfalls nicht tatbestandsmäßig.
- 72 **c) Vortäuschung falscher Identität/Spoofing.** In diesem Zusammenhang bedeutsam ist das Fälschen der Adressangabe²⁷³ eines außenstehenden Rechners gegenüber dem anzu-

²⁶⁶ Steckmodul, welches beim Aufruf, oftmals auch noch mehrfach während des Programmlaufs von diesem abgefragt wird, so dass eine Kopie der Software ohne dieses Modul nicht lauffähig ist. Nicht selten führt allerdings die Verwendung von solchen Modulen zu Inkompatibilitäten mit anderen Bauteilen am Rechner.

²⁶⁷ Vgl. hierzu LG Mannheim v. 20. 1. 1995 (Fn 108) sowie LG Mannheim v. 17. 12. 1993 (Fn 108); König NJW 1995, 3293 (3294 f.); s. auch Karger CR 2001, 357 (364 f.); zur Zulässigkeit von sog. Programmsperren s. die Zusammenstellung bei Junker NJW 2002, 2992 (2995 f.).

²⁶⁸ Schlagwort: „eCommerce“.

²⁶⁹ Ebenso Hilgendorf ZStW 113 (2001) S. 655; zum weiterreichenden Problem der Verfälschung von E-Mails vgl. Mankowski NJW 2002, 2822 (2823 ff.); s. ebenso Gercke DuD 2002, 477 (478).

²⁷⁰ Vgl. Fn 150.

²⁷¹ P. Schmid (Fn 15) S. 177.

²⁷² Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die Medienberichte über das Überwachungs-Werkzeug „Carnivore“ des FBI der Vereinigten Staaten.

²⁷³ Verwendung einer falschen Rechnernummer (IP-Spoofing) und/oder eines falschen Rechnernamens (DNS-Spoofing); vgl. hierzu Informationen des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) unter: <http://www.bsi.de/gshb/deutsch/g/5048.htm>.

lichenden Ausnahmen des Unerträglichen und dem noch Hinnehmbaren an Einbußen von Lebensqualität nicht vorab festlegt, sondern von Fall zu Fall auszuhandeln ist.³⁴⁷ Freilich ist die Beschreitung dieses ausbaubedürftigen Begründungsweges gegenüber den herkömmlichen Ansätzen zur Rechtfertigung der Sterbehilfe allemal vorzugswürdig. Mehr noch: **Eine rationale Sterbehilfediskussion kann an einer offenen qualitätsorientierten Bewertung menschlichen Lebens in vielen Fällen schlichtweg nicht vorbeikommen.** Die insoweit beschworene Götterdämmerung des strafrechtlichen Lebensschutzes steht damit keineswegs zu erwarten; denn es macht mit Blick auf die Programmsätze zum grundsätzlich umfassenden, qualitäts- und quantitativ blinden Lebensschutz einen Unterschied, ob innerhalb der Sphäre des Rechtsgutsträgers Binnenkollisionen in Rede stehen und gelöst werden müssen oder ob es um die Bewertung von außen herangetragenem, das Tötungstabu tangierender Abwägungsprozesse geht. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Strafrechtswissenschaft dieser Einsicht öffnet.

III. Passive Sterbehilfe

1. Ausgangslage. Die Kategorie der passiven Sterbehilfe umfasst Konstellationen des Verzehrs auf die Vornahme lebensverlängernder Maßnahmen durch einen Arzt oder durch andere zur Wahrung der Interessen des Kranken abgestellte Betreuungspersonen. Hierunter fallen sowohl **Sachverhalte des Absehens von der Aufnahme lebensrettender Maßnahmen als auch solche der Einstellung lebenserhaltender Aktivitäten.**³⁴⁸ Geläufig ist insoweit beispielsweise das Unterbleiben einer lebensverlängernden Operation oder die Beendigung der Therapie.³⁴⁹ Die strafrechtliche Beurteilung solcher Unterlassungstaten richtet sich beim entscheidungsfähigen Patienten nach dessen Selbstbestimmungsrecht. Ansonsten ist für die Statthaftigkeit des Behandlungsverzichts nach vorherrschender Ansicht vornehmlich der mutmaßliche Wille des Patienten bedeutsam.³⁵⁰ Problematisch ist diese Sichtweise allerdings in Fällen der **Früheuthanasie** sowie der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen zu Gunsten irreversibel Bewusstloser; denn bei diesen Menschen kann man nicht ohne weiteres von mutmaßlichen Willensbildungsprozessen sprechen.³⁵¹ Eine besondere Rolle nimmt im Kontext der passiven Sterbehilfe **der technische Behandlungsabbruch** ein, weil sich die lebensverkürzende Verhaltensweise des Garanten nicht auf bloße Inaktivität beschränkt, sondern über schlichte Passivität hinausgeht und auch erfolgskausale Aktionen umfasst. Klassisches Beispiel hierfür ist das Abstellen von Geräten zur Unterstützung der Atmung oder anderer wichtiger Funktionen des menschlichen Organismus. Fraglich ist, ob derartige Verhaltensweisen wertungsmäßig als Unterlassen zu klassifizieren und damit konstruktiv relativ leicht straflos zu stellen sind oder ob sie der rechtlich nur sehr eingeschränkt erlaubten aktiven Sterbehilfe unterfallen.³⁵²

2. Behandlungsverzicht beim entscheidungsfähigen Patienten. Die rechtliche Problematik der passiven Sterbehilfe durch Einstellen einer lebenserhaltenden Behandlung resultiert aus der Garantenstellung des Arztes und sonstiger Betreuungspersonen gegenüber dem Patienten. Übernimmt ein Arzt die Behandlung eines Kranken, so ist er als Garant grundsätzlich verpflichtet, das ihm medizinisch Mögliche zur Wahrung der Belange des

³⁴⁷ Kritisch daher *Tröndle/Fischer* Vor § 211 Rn 18.

³⁴⁸ BGH v. 8. 5. 1991 – 3 StR 467/90, BGHSt 37, 376 (378); *Chatzikostas* (Fn 139) S. 82; *Rieger* (Fn 278) S. 21; *Lackner/Kühl* Vor § 211 Rn 8; *Tröndle/Fischer* Vor § 211 Rn 19; *Otto* BT § 6 Rn 22.

³⁴⁹ Eingehend zu möglichen Maßnahmen *Eser* Lebenserhaltungspflicht S. 75 (95 f.).

³⁵⁰ BGH v. 8. 5. 1991 – 3 StR 467/90, BGHSt 37, 376 (379); BGH v. 13. 9. 1994 – 3 StR 357/94,

BGHSt 40, 257 (260); *Lackner/Kühl* Vor § 211 Rn 8; *Schönke/Schröder/Eser* Vor §§ 211 ff. Rn 28; *Tröndle/Fischer* Vor § 211 Rn 19; *Otto* BT § 6 Rn 25 f., 29 f.; *Rengier* BT II § 7 Rn 5; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rn 35.

³⁵¹ Eingehend *Merkel* ZStW Bd. 107 (1995), S. 545 (563–569).

³⁵² S. hierzu die eingehenden Überblicke bei *C. Schneider* (Fn 52) S. 164 ff., 286 ff.; *Stoffers* MDR 1992, 621 ff.

■ Mord

Vor §§ 211 ff. 105

Vorbemerkung zu den §§ 211 ff.

Patienten zu unternehmen.³⁵³ Die Betrauung eines Arztes mit der Behandlung eröffnet diesem die Möglichkeit zur Durchführung von Heilmaßnahmen, die das Recht des Kranken auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG beeinträchtigen können. Freilich bleibt die nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgende Vornahme derartiger Eingriffe straflos, sofern der Patient in Ausübung seines verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts hierin eingewilligt hat. **Die Einwilligung in ärztliche Heilmaßnahmen ist der Dreh- und Angelpunkt des Arzt-Patienten-Verhältnisses**; sie markiert Grund, aber auch Grenzen zulässiger ärztlicher Intervention.³⁵⁴ Daraus erhellt, dass der Patient vom Arzt jederzeit die Einstellung jeglicher Behandlung verlangen kann. Dieser hat solche freiverantwortlichen Willensentscheidungen zu respektieren, selbst wenn sie aus seiner Sicht unvernünftig oder gar unverantwortlich erscheinen. Dies gilt auch dann, wenn die Verweigerung der Einwilligung oder deren Rücknahme lebensnotwendigen Eingriffen den Boden entzieht und mit Sicherheit zum Tode des Patienten führt.³⁵⁵ Im Lichte von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist das die Autonomie des Patienten verbürgende Institut der Einwilligung gegenüber § 216 vorrangig, sofern es um suizidähnliche Situationen geht und nicht um Sachverhalte, bei denen die Todesursache durch Dritte von außen kommend gesetzt wird. Aufbauend hierauf wird der Grund für die Straflosigkeit der vom Rechtsgutsträger erbetenen passiven Sterbehilfe deutlich: Er ist das Ergebnis der Untersagung weiterer therapeutischer Maßnahmen.³⁵⁶ Ein solches Verbot kann umfassend erfolgen; es kann sich aber auch nur auf bestimmte medizinische Maßnahmen erstrecken.³⁵⁷ Für den Arzt ist das Veto des Patienten jedenfalls rechtlich bindend mit der Folge, dass er nach Maßgabe des Patientenwillens nicht etwa nur keine Pflicht, sondern bereits gar **kein Recht zur Einleitung oder zur Fortführung der untersagten Behandlung** hat. Voraussetzung für die Beachtlichkeit des Behandlungsvetos ist die Ernstlichkeit der Erklärung; insoweit ist freilich nicht erforderlich, dass die Willensäußerung den Anforderungen des Verlangens aus § 216 genügt.³⁵⁸ Strafrechtsdogmatisch bewirkt das Behandlungsverbot in den Grenzen seiner erklärten Reichweite den **Fortfall der Garantenstellung** des aus seiner rechtsgüterwahrenden Beschützerposition gleichsam entlassenen Arztes.³⁵⁹ Fügt er sich dem Patientenwillen, so kommt eine Strafbarkeit nach §§ 216, 13 nicht in Betracht; denn die Behandlung eines Kranken gegen dessen Willen ist rechtlich unzulässig.

³⁵³ v. Dellingshausen (Fn 308) S. 365–368; Otto, DJT, D 34 f.; Schönke/Schröder/Eser Vor §§ 211 ff. Rn 27; Krey BT 1 Rn 8; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 35–37.

³⁵⁴ BGH v. 28. 11. 1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111 (112–114); Beckert Suizidbeteiligung 290 f.; Bottke (Fn 278) S. 35 (95 ff., 118); Chatzikostas (Fn 139) S. 83–88; v. Dellingshausen (Fn 308) S. 41 ff., 358 ff.; Frisch Leben S. 103 (105–108); Höfling JuS 2000, 111 (114); Kutzer MedR 2001, 77; Otto, DJT, D 37–40; Schreiber NSTZ 1986, 337 (341); Verrel JZ 1996, 224 (227); Lackner/Kühl Vor § 211 Rn 8; LK/Jähnke Vor § 211 Rn 13; NK/Neumann Vor § 211 Rn 103, 105; Tröndle/Fischer Vor § 211 Rn 24; Rengier BT II § 7 Rn 6.

³⁵⁵ BGH v. 28. 11. 1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111 (113 f.); Achenbach Jura 2002 542 (545); Ankermann MedR 1999, 387 (388); Bottke (Fn 278) S. 96–98, 118; Frisch Leben S. 103 (104–106); Fröschle JZ 2000, 72 (73 f.); Hirsch, FS Lackner, S. 597 (600); Hufen NJW 2001, 849 (851); Otto, DJT, D 40; Roxin NSTZ 1987, 345 (350); C. Schneider (Fn 52), S. 228 f.; Lackner/Kühl Vor § 211 Rn 8; NK/Neumann Vor § 211 Rn 104; Tröndle/Fischer Vor § 211 Rn 24; Rengier BT II § 7 Rn 6.

³⁵⁶ Abweichend insoweit Schönke/Schröder/Eser Vor §§ 211 ff. Rn 28 unter Hinweis darauf, dass die zu § 223 entwickelten Kriterien des Behandlungsvetos mangels Disponibilität des Rechtsguts „Leben“ nicht einfach auf die passive Sterbehilfe übertragen werden können. Eser gelangt zur Straflosigkeit des einverständlich untätig bleibenden Arztes, weil er eine strafbare Tötung auf Verlangen nur durch aktives Tun für begehbar hält.

³⁵⁷ Das Behandlungsveto kann auch den Nahrungsentzug oder das Umstellen künstlicher Ernährung auf bloßes Zuführen von Flüssigkeit umfassen. S. hierzu eingehend – auch mit Hinweisen zur Gegenmeinung, Merkel (Fn 24) S. 252 ff.; ders. ZStW Bd. 107 (1995), S. 545 (561 f.). S. auch Chatzikostas (Fn 139) S. 85 f.; Otto Jura 1999, 434 (437); Saliger JuS 1999, 16 (20).

³⁵⁸ Bottke (Fn 278) S. 35 (118); abweichend Chatzikostas (Fn 139) S. 330.

³⁵⁹ v. Dellingshausen (Fn 308) S. 358 f.; Otto, DJT, D 40; Rieger (Fn 278) S. 53; Achenbach Jura 2002, 542 (545 f.). Für Fortfall der Garantenpflicht Rickmann (Fn 314) S. 89; Schmitt JZ 1979, 462 (466); Lackner/Kühl Vor § 211 Rn 8; LK/Jähnke Vor § 211 Rn 13; Schönke/Schröder/Eser Vor §§ 211 ff. Rn 28.

Die Anwendbarkeit der vorgenannten Grundsätze zur Begründung der Straflosigkeit passiver Sterbehilfe beschränkt sich – anders als der Wortsinn des Begriffs vermuten lässt – nicht auf Stadien, in denen der Sterbensprozess bereits eingesetzt hat. Vielmehr darf ein Arzt auch in **Vorfeldphasen** keine lebenserhaltenden Aktivitäten entfalten, sofern sich der Patient derartige Interventionen verbittet.³⁶⁰ Insoweit gilt im Kontext der Sterbehilfe nichts anderes als bei der allgemeinen Vornahme von Heilbehandlungen, deren Zulässigkeit gleichermaßen davon abhängt, dass der Patient dem Eingriff zustimmt.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass ein Lebensrettungsgarant nach den Grundsätzen der indirekten Sterbehilfe auch dann straflos bleibt, wenn er den Tod eines freiverantwortlich handelnden Suizidenten tatenlos geschehen lässt.³⁶¹ Sieht beispielsweise ein zum Ort des Geschehens alarmierter Arzt trotz bestehender Rettungsmöglichkeit davon ab, den durch übermäßigen Schmerzmittelkonsum freiverantwortlich bewirkten tödlichen Geschehensablauf durch Einweisung des von ihm behandelten Patienten in ein Krankenhaus zu verhindern, so besteht prinzipiell keine rechtliche Handhabe zur Bestrafung des den vorrangigen Patientenwillen respektierenden Arztes. Die gegenteilige, zwischen „Normal“- und „Suizidpatienten“ differenzierende Sichtweise des Bundesgerichtshofs, wonach ein Arzt ihm anvertraute Suizidenten grundsätzlich am Leben erhalten müsse und nur auf Grund einzelfallspezifischer Umstände ausnahmsweise Straffreiheit erlangen könne,³⁶² ist als Beitrag zur Bekämpfung mitmenschlicher Kälte und Gleichgültigkeit moralisch nachvollziehbar. Diese Rechtsauffassung ist indes rechtlich verfehlt, weil sich eine garantenspezifische Handlungspflicht im Lichte des vom Bundesgerichtshof ansonsten immer wieder hoch gehaltenen Selbstbestimmungsrechts des Patienten rechtlich konsistent einfach nicht begründen lässt. Daher bleibt es von Rechts wegen dabei, dass die Nichtvornahme lebensverlängernder Maßnahmen auf Wunsch des Patienten für einen Lebensrettungsgaranten unabhängig davon straflos ist, ob sich der das Behandlungsveto verfügende Kranke im Zeitpunkt der Konfrontation des Garanten mit seinem Schützling in einem freiverantwortlich bewirkten suizidalen Zustand oder aber in einer „normalen“ Krankheitslage befindet.

3. Der technische Behandlungsabbruch. Innerhalb der passiven Sterbehilfe auf Verlangen des Patienten stellen die Fälle des technischen Behandlungsabbruchs eine gesondert erörterte Untergruppe dar.³⁶³ Hierzu zählen Sachverhalte, in denen der behandelnde Arzt oder ein Dritter Geräte abstellt, die ausgefallene oder defekte Körperfunktionen des Kranken technisch ersetzen bzw. unterstützen. Beschleunigt das vom freiverantwortlich handelnden Patienten erbetene Abschalten dieser gemeinhin als „Reanimatoren“ bezeichneten Geräte den Todeseintritt, so stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie dieses erfolgsursächliche Verhalten straflos gestellt werden kann. Die Diskussion kreist vor allem um die Einordnung des Behandlungsabbruchs als aktives Tun oder als schlichtes Unterlassen. Zahlreiche Autoren bewerten das konsentiert Einstellen lebensrettender technischer Heilbehandlungen strafrechtlich als Unterlassen der Fortsetzung einer nicht mehr zulässigen ärztlichen Intervention.³⁶⁴ Ausgehend hiervon gelangen sie in Anlehnung an die klassischen Konstellationen der indirekten Sterbehilfe auf Grund der Dominanz des Selbstbestimmungsrechts des Kranken problemlos zur Straflosigkeit des technischen Behandlungsabbruchs, jedenfalls soweit das Verhalten der behandelnden Ärzte in Rede steht. Einige plädieren sogar für die Übertragung dieser Unterlassungslösung auf Dritte, die zwar für die Behandlung des Patienten nicht

³⁶⁰ Roxin (Fn 111) S. 93 (100); LK/Jähnke Vor § 211 Rn 20 a; NK/Neumann Vor § 211 Rn 105; Tröndle/Fischer Vor § 211 Rn 19, 24.

³⁶¹ Roxin (Fn 111) S. 93 (100 f.); LK/Jähnke Vor § 211 Rn 13; Tröndle/Fischer Vor § 211 Rn 24. Eingehend hierzu Rn 67–77.

³⁶² BGH v. 4. 7. 1984 – 3 StR 96/84, BGHSt 32, 367 (380 f.).

³⁶³ Eingehend Chatzikostas (Fn 139) S. 112–127, 332 f.; C. Schneider (Fn 52) S. 164–193; Stoffers MDR 1992, 621 ff.

³⁶⁴ Bottke (Fn 278) S. 35 (122); Engisch, FS Gallas, S. 163 (178); Eser, Zwischen Heil Auftrag und Sterbehilfe, S. 75 (140); Geilen JZ 1968, 145 (151); ders. Euthanasie, S. 22; Küper JuS 1971, 474 (476); Pelzl KJ 1994, 179 (186); Roxin, FS Engisch, S. 380 (395 ff.); Lackner/Kühl Vor § 211 Rn 8; NK/Neumann Vor § 211 Rn 122; Schönke/Schröder/Stree Vor §§ 13 ff. Rn 160.

■ Diebstahl

§ 242 121–123

BT. 19. Abschn. Diebstahl und Unterschlagung

- 121 Wird die Sache dagegen als eine andere zurückgegeben, erhält sie der Eigentümer also nicht unter Anerkennung seines Eigentums zurück, liegt eine Enteignung selbst dann vor, wenn der Sache keine substanzmindernde Funktion entzogen wurde.³²¹ Denn in diesem Fall besitzt der Eigentümer die Sache als eine neue, andere, während er – aus seiner Sicht wie aus der des Täters – die alte endgültig verloren hat.
- 122 **γγ)** Eine Entziehung der Sachsubstanz liegt auch dann vor, wenn der Täter ein **Wertpapier** wegnimmt, die in ihm verkörperte Forderung einzieht und danach das Papier zurückgibt. Denn nach Forderungseinziehung ist das Papier entwertet und damit substantiell verändert, nämlich seiner einzigen Funktion beraubt.³²² Zweifelhaft ist, ob dies auch für **Sparbücher** gilt, die keine echten Wertpapiere, sondern lediglich qualifizierte Legitimationspapiere darstellen.³²³ Bei ihnen folgt das Recht an der Forderung nicht aus dem Papier, mit anderen Worten: Die Forderung stellt keine unmittelbare Eigenschaft des Sparbuches dar. Die Entziehung der Forderung kann daher keine substanzverändernde Entziehung einer Eigenschaft des Sparbuches sein. Eine Enteignung des Sparbuches lässt sich auch nicht damit begründen, dass derjenige, der unbefugt die Forderung einzieht, sich das Eigentum am Sparbuch anmaßt.³²⁴ Denn insoweit geht es um nichts anderes als eine Gebrauchsanmaßung, die gerade noch nicht die Enteignung begründet. Man wird daher lediglich fragen können, ob eine Enteignung des Sparbuches auch darin zu sehen ist, dass dem Eigentümer die Möglichkeit entzogen wird, mit ihm eine bestimmte Forderung geltend zu machen, wie von den Anhängern der modifizierten Substanztheorie angenommen wird.³²⁵ Das Problem ist aber, dass ein Sparbuch nicht die Funktion hat, eine bestimmte Forderung nachzuweisen, sondern nur den Nachweis über den aktuellen Guthabenstand – der sich jederzeit ändern kann – erbringen soll. Diese Funktion wird auch dann nicht entzogen, wenn ein Unbefugter die gesamte Forderung unter Vorlage des Sparbuches einzieht. Denn dann weist das Sparbuch wiederum den aktuellen Stand der Forderung (die vom Inhaber noch geltend gemacht werden kann) aus, nämlich € 0,-. Die **Wegnahme eines Sparbuches**, das nach Einziehung der Forderung dem Eigentümer zurückgegeben werden soll, **stellt daher mangels dauernder Enteignung keinen Diebstahl dar**.³²⁶ Das Ergebnis mag unbefriedigend erscheinen. Es ist aber im Hinblick auf den Wortlaut, der die Zueignung der „Sache“ voraussetzt, nicht zu vermeiden. Rein tatsächlich dürfte sich dadurch iÜ keine größere Lücke im Strafrechtsschutz ergeben. Denn für den Diebstahl reicht es aus, dass der Täter dolus eventualis hinsichtlich der dauernden Enteignung aufweist (Rn 134). Und die Zahl der Fälle, in denen der Täter sicher vorhat, ein weggenommenes Sparbuch dem Eigentümer nach Gebrauch wiederzugeben, dürfte eher gering sein.
- 123 **δδ)** Bezieht sich die Tat auf eine **Codekarte für Geldautomaten** (Maestro-Karten, ehem. ec-Karten etc.), ist dementsprechend **zu differenzieren**: Sofern die Codekarte – bei vorhandenem Rückgabewillen – dazu benutzt werden soll, von einem fremden Konto unbefugt Geld abzuheben, wird sie nicht wie ein Wertpapier verwendet, sondern wie ein Schlüssel bzw. – entsprechend einem Sparbuch – als Nachweis der Legitimation. Denn die Verwendung der Karte in ihrer spezifischen Funktion als Zugang zu dem fremden Konto beinhaltet noch nicht den Entzug dieser Funktion, sondern stellt sich als Gebrauchsanmaßung dar.³²⁷ Befindet sich auf der Codekarte jedoch auch ein Chip, in dem ein bestimmter

³²¹ Vgl. RG v. 19. 1. 1923 – IV 380/22, RGSt 57, 199; BayObLG v. 5. 8. 1960 – 3 St 35/60, BayObLGSt 1960, 187 (188 f.); LK/Ruß Rn 61 mwN.

³²² Vgl. Otto (Fn 31) S. 182 f.; Tröndle/Fischer Rn 37; SK/Hoyer Rn 87 mwN. – AA Gössel, FS 140 Jahre GA, 39 (47 ff.); Miehe, FS 600 Jahre Uni. Heidelberg, S. 481 (497 f.).

³²³ Vgl. Palandt/Sprau § 808 BGB Rn 1, 6.

³²⁴ So NK/Kindhäuser Rn 123.

³²⁵ Vgl. Rudolphi GA 1965, 33 (54 f.); SK/Hoyer Rn 87 – Im Erg. hM, vgl. nur BGH v. 16. 12. 1987

– 3 StR. 209/87, BGHSt 35, 152 (157) mwN; Schönke/Schröder/Eser Rn 50 mwN.

³²⁶ So im Ergebnis auch Gössel, FS 140 Jahre GA, 39 (47 ff.); Otto (Fn 31) S. 183; ders. BT § 40 Rn 64.

³²⁷ Vgl. BGH v. 16. 12. 1987 – 3 StR. 209/87, BGHSt 35, 152 (156 ff.); Ranft wistra 1987, 79 (79 f.); SK/Hoyer Rn 88 mwN; NK/Kindhäuser Rn 152 mwN; LK/Ruß Rn 60 mwN; Rengier BT I § 2 Rn 47 mwN.

Betrag zur unmittelbaren Verfügung gespeichert ist, handelt es sich gleichzeitig um eine echte Geldkarte. In diesem Fall und insoweit steht die Codekarte einem Wertpapier gleich. Will der Täter gerade diesen Geldbetrag (ganz oder teilweise) dem Eigentümer entziehen, ist darin eine Enteignung der Codekarte selbst zu sehen.

εε) In Wissenschaft und Praxis werden **weitere Fälle** diskutiert, in denen der Täter eine Sache dem Eigentümer vorübergehend entziehen will, um sie in einer bestimmten Funktion zu nutzen, so etwa bei Fahrkarten, Theaterkarten, Garderobemarken und Personalausweisen.³²⁸ Auch insoweit geht es stets darum, ob der Täter mit der Nutzung eine Funktion entziehen will, die sich als Substanzänderung darstellt. Fehlt es daran, fehlt es an der Vorstellung einer dauernden Enteignung. 124

bb) Sofern der Täter plant, die Sache **nicht für unbegrenzte Zeit zu entziehen**, sondern die Sache nach Gebrauch an den Eigentümer zurückgeben will, stellt sich zusätzlich ein **Quantitätsproblem**: Zum einen ist zu entscheiden, wie stark eine Substanzminderung ausgefallen sein muss, damit von einer Enteignung der Sache gesprochen werden kann. Zum anderen muss – bei fehlender Substanzminderung – eine Antwort auf die Frage gefunden werden, wie lange die Sache entzogen werden muss, damit sich die **Sachentziehung als dauernde Enteignung** darstellt. Denn einerseits kann nicht jede Funktionsminderung oder Entziehung von Gebrauchsmöglichkeiten bereits eine dauernde Enteignung sein, weil sonst eine Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung unmöglich wäre. (Unter Zugrundelegung der – hier abgelehnten – Sachwert- oder Vereinigungstheorie wäre zu fragen, wie viel Wert der Sache entzogen sein muss, um von „Enteignung“ zu sprechen.³²⁹) So entzieht beispielsweise gerade derjenige, der einen fremden Pkw unbefugt in Gebrauch nimmt (§ 248 b), dem Eigentümer für diese Zeit die Gebrauchsmöglichkeit. Er bewirkt zusätzlich eine Abnutzung von Verschleißteilen (Reifen, Öl, Scheibenwischer etc.³³⁰) und wirkt damit mindernd auf die Substanz ein. Gleichwohl stellt dies den typischen Fall der Gebrauchsanmaßung dar, solange der Pkw nicht derartig verschlissen wird, dass er nur noch Schrottwert hat.³³¹ Andererseits wird man nicht verlangen müssen, dass der Täter die Sache tatsächlich für immer entzieht. Sonst schiede Diebstahl stets schon dann aus, wenn der Täter etwa in seinem Testament verfügen würde, die Sache dem Eigentümer zurückzugeben – eine mit dem Eigentumsschutz kaum vereinbare Lösung. 125

Da je nach den Umständen des Einzelfalles auch schon eine nur **zeitweilige Sachentziehung** für den Eigentümer **wie eine dauernde Enteignung** wirken kann, zB dann, wenn er auf die Sache angewiesen ist und sie deshalb durch eine neue ersetzen muss, wird man das Quantitätsproblem nach diesem Gesichtspunkt lösen müssen: Geht der Täter davon aus, den Eigentümer mit der Entziehung einer bestimmten Teilfunktion oder der ganzen Sache für eine bestimmte Dauer dazu zu nötigen, die Sache komplett zu ersetzen, also neues Eigentum zu erwerben, stellt er sich eine dauernde Enteignung des Eigentümers im Hinblick auf die Nutzung der alten Sachen vor. Demgegenüber wäre noch von einer bloßen Gebrauchsanmaßung auszugehen, wenn der Täter sich vorstellt, den Eigentümer zwar zu eventuellen Ausgleichsmaßnahmen zu bewegen, diese sich jedoch unterhalb einer Neuanschaffung der Sache bewegen. 126

cc) Stellt sich der Täter eine dauernde Sachentziehung vor, will er dem Eigentümer aber gleichzeitig den Wert ersetzen, wollen die Anhänger der sog. **Wertsumentheorie** (Rn 13) eine dauernde Enteignung verneinen. Dies soll insbesondere für die Fälle des **eigenmächtigen Geldwechsels** gelten,³³² wird von manchen aber darüber hinaus auf alle 127

³²⁸ Vgl. nur LK/Ruß Rn 60 m. w. Bsp. und Nachw.

³²⁹ Insoweit besonders anschaulich und zugleich verfehlt *Fricke*, Wertminderung oder Teilfunktionsentzug als Voraussetzung der Enteignungskomponente bei der Zueignungsabsicht in § 242 StGB?, MDR 1988, 538 (540), der auf eine 50%-Grenze abstellen will.

³³⁰ Die Zueignung des Benzins tritt hinter § 248 b zurück; vgl. Rn 170.

³³¹ Vgl. SK/Hoyer Rn 86, der generell in der Abnutzung *unwesentlicher* Bestandteile iSv. § 93 BGB keine Enteignung der Sache selbst sehen will.

³³² Vgl. *Roxin*, FS Helmuth Mayer, S. 467 (469 ff.); *ders.*, FS Welzel, S. 447 (462); zustimm. Schönke/Schröder/Eser Rn 6 mwN.

■ Unterschlagung

§ 246 50–52

BT. 19. Abschn. Diebstahl und Unterschlagung

- 50 **4. Veruntreuende Unterschlagung. a) Anvertraut.** Die veruntreuende Unterschlagung iS des § 246 Abs. 2 ist eine **Qualifikation** des Unterschlagungstatbestands (§ 246 Abs. 1). Sie erfordert, dass die Sache dem Täter **anvertraut** ist. Daher kann Täter einer veruntreuenden Unterschlagung nur derjenige sein, der bereits den Grundtatbestand verwirklicht und zugleich die qualifizierenden Merkmale erfüllt. Der § 246 Abs. 2 scheidet aber aus, wenn der Begünstigte einer Drittzueignung der Anvertrauende ist. Im Hinblick auf den Begriff „anvertraut“ besteht insoweit Einigkeit als ein besonders Treueverhältnis im Unterschied zu der von der veruntreuenden Unterschlagung streng zu unterscheidenden Untreue (§ 266) nicht erforderlich ist.²⁰⁰
- 51 Der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal „die er in Besitz oder Gewahrsam hat“ in dem § 246 Abs. 1 nF wirft die Frage auf, ob Absatz 2 auch in den Fällen in Betracht kommt, in denen der Täter keinen **Gewahrsam** über die Sache innehat.²⁰¹ Der Gesetzestext steht einer entsprechenden Auslegung nicht entgegen und sie gewährleistet auf der Grundlage der herrschenden Manifestationstheorie, dass – wie es der Wortlaut nahelegt – allein die besondere Beziehung des Täters zum Tatobjekt qualifizierend wirkt.²⁰² Freilich erweist sich diese Auslegung bereits deshalb als problematisch, weil sie die Bestrafung von typischen Untreuehandlungen selbst dann ermöglicht, wenn ein von dem § 266 Abs. 1 vorausgesetztes Treueverhältnis gerade nicht besteht. Dem § 246 wird damit (auch) die Funktion eines allgemeinen Vermögensdelikts, einer „Untreue ohne Treueverhältnis“ zugewiesen.²⁰³ Daher setzt nach zutreffender und hM ein Anvertrautsein zunächst voraus, dass dem Täter willentlich der Gewahrsam am Tatobjekt übertragen wurde,²⁰⁴ und zwar zeitlich vor der Zueignungshandlung.²⁰⁵ Unerheblich ist es, ob der Täter den Gewahrsam vom Eigentümer selbst oder mit dessen Einverständnis von einem Dritten erhalten hat.
- 52 Zudem muss die Sache dem Täter in dem Vertrauen hingegeben oder belassen worden sein, er werde mit ihr nur im Sinne des Anvertrauenden verfahren, sie also zu einem **bestimmten Zweck** verwenden, aufbewahren oder später zurückgeben.²⁰⁶ Eine entsprechende Verpflichtung kann dem Täter ausdrücklich, aber auch stillschweigend auferlegt werden.²⁰⁷ Es kommt nicht darauf an, ob der Täter die Verpflichtung zu einem bestimmten Umgang mit der Sache gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten übernommen hat, etwa als Untermieter gegenüber dem Mieter.²⁰⁸ Das Anvertrauen kann auf **privaten** und **öffentlich-rechtlichen** Beziehungen beruhen²⁰⁹ und liegt daher zB vor bei der Miete eines Kraftfahrzeugs,²¹⁰ beim Leihvertrag,²¹¹ bei einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung,²¹² bei einer im Gewahrsam des Sicherungsgebers verbliebenen sicherungsübereigneten Sache²¹³ sowie bei der Hingabe eines Schecks an einen Staatsanwalt zur Zahlung einer Geldbuße²¹⁴. Darüber hinaus kann das Vertrauensverhältnis seine Grundlage auch in einer rein **tatsächlichen** Beziehung finden, so dass es unerheblich ist, ob die ggf. zugrundeliegende vertragliche Vereinbarung wirksam oder zB wegen **Sittenwidrigkeit** nichtig ist (§ 138 BGB).²¹⁵ Daher ist auch Geld iS des § 246 Abs. 2 anvertraut, das der Täter zum Ankauf von Falschgeld²¹⁶ oder Betäubungsmitteln erhalten hat. Es sind

²⁰⁰ Lackner/Kühl Rn 13; Tröndle/Fischer Rn 17.

²⁰¹ So Friedl wistra 1999, 206 (207 f.); Mitsch (Rn 98) S. 94; einschränkend Küper S. 24: mittelbarer Besitz erforderlich.

²⁰² Friedl (Fn 201) S. 207.

²⁰³ So auch Tröndle/Fischer Rn 18.

²⁰⁴ SK/Hoyer Rn 43; Hohmann/Sander (Fn 3) § 3 Rn 28; Otto (Fn 4) § 42 Rn 26; Wessels/Hillenkamp Rn 295.

²⁰⁵ Schönke/Schröder/Eser Rn 29; SK/Hoyer Rn 43.

²⁰⁶ BGH v. 13. 6. 1956 – 2 StR 70/56, BGHSt 9, 90 (91) = NJW 1956, 837; BGH v. 17. 10. 1961 – 1 StR 382/61, BGHSt 16, 280 (282) = NJW 1962, 116 (117); Otto (Fn 4) § 43 Rn 26.

²⁰⁷ LK/Ruß Rn 25; NK/Kindhäuser Rn 70.

²⁰⁸ Schönke/Schröder/Eser Rn 29; SK/Hoyer Rn 43.

²⁰⁹ LK/Ruß Rn 25; NK/Kindhäuser Rn 71.

²¹⁰ BGH (Fn 206).

²¹¹ Tröndle/Fischer Rn 17.

²¹² BGH (Fn 206).

²¹³ Schönke/Schröder/Eser Rn 29.

²¹⁴ BGH v. 29. 10. 1992 – 4 StR 353/92, BGHSt 38, 381 (387) = NJW 1993, 605 (607).

²¹⁵ BGH v. 27. 3. 1953 – 2 StR 146/52, NJW 1954, 889; OLG Braunschweig v. 27. 10. 1949 – Ss 89/49, NJW 1950, 656; LK/Ruß Rn 26; Krey (Fn 21) Rn 169; Rengier (Fn 29) Rn 25.

²¹⁶ BGH (Fn 215); OLG Braunschweig (Fn 215).

Zwanzigster Abschnitt. Raub und Erpressung

§ 249 Raub

(1) Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

Schrifttum: *Biletzki*, Der Zusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme beim Raub, JA 1997, 385; *Dölling*, Über die Strafzumessung beim Raub, GedS Zipf, S. 177; *Fahl*, Zur Bedeutung des Regelatbildes für die Bemessung der Strafe, ZStW 111 (1999), 156; *Geilen*, Raub und Erpressung (§§ 249–256 StGB), Jura 1979, 53, 109, 165, 221, 277, 333, 389, 445, 501, 557, 613, 669 sowie Jura 1980, 43; *Graul*, Überfall in der Tiefgarage, Jura 2000, 204; *Gropp*, Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele, JuS 1999, 1041; *Krack*, Die Voraussetzungen der Dreieckserpressung – BGH, NJW 1995, 2799, JuS 1996, 493; *Sander/Hohmann*, Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG): Harmonisiertes Strafrecht?, NStZ 1998, 273; *Schiinemann*, Raub und Erpressung, JA 1980, 349, 393 und 486; *Seier*, Das Unmittelbarkeitserfordernis bei Raub und räuberischer Erpressung, JA 1984, 441.

Übersicht

	Rn		Rn
I. Überblick	1–6	b) Absicht rechtswidriger Zueignung	34–36
1. Normzweck	1–4	III. Täterschaft und Teilnahme, Versuch und Vollendung, Konkurrenzen, Rechtsfolgen sowie Prozessuales	37–48
a) Rechtsgut	1, 2	1. Täterschaft und Teilnahme	37
b) Deliktsnatur	3, 4	2. Versuch und Vollendung	38–40
2. Kriminalpolitische Bedeutung	5	3. Konkurrenzen	41
3. Historie	6	4. Rechtsfolgen	42–45
II. Erläuterungen	7–36	a) Strafzumessungskriterien	43
1. Objektiver Tatbestand	7–32	b) Minder schwerer Fall	44, 45
a) Diebstahlskomponente	7–9	5. Prozessuales	46–48
b) Nötigungskomponente	10–32		
2. Subjektiver Tatbestand	33–36		
a) Vorsatz	33		

I. Überblick

1. Normzweck. a) Rechtsgut. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Raubes setzen sich aus denjenigen des Diebstahls (§ 242; vgl. Rn 7 ff.) und – allerdings gesteigerter – Formen der Nötigung (§ 240; vgl. Rn 10 ff.) zusammen. Es handelt sich um ein zweiaktiges Delikt mit einer **Kumulation des Unrechts**,¹ dessen Ausgestaltung als Verbrechen (§ 12 Abs. 1) deshalb gerechtfertigt ist, weil zwischen beiden Elementen ein bestimmter Funktionszusammenhang (vgl. Rn 24 ff.) bestehen muss. Aus diesem Grund stellt § 249 nicht lediglich einen qualifizierten Diebstahl,² sondern nach hM ein eigenständiges Delikt³ dar.

Entsprechend seiner Zusammensetzung schützt § 249 zunächst das **Rechtsgut** Eigentum.² Da dieses durch einen Raub und in dessen Folge sachenrechtlich regelmäßig nicht verlorengehen kann (§§ 935 Abs. 1, 985 BGB; Ausnahme zB § 935 Abs. 2 BGB), sollte präziser auf die nach § 903 BGB grundsätzlich uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit des Eigentü-

¹ BGH v. 22. 3. 1968 – 4 StR 53/68, NJW 1968, 1292.

³ BGH v. 7. 7. 1965 – 2 StR 64/65, BGHSt 20, 235 (237 f.).

² S. nur SK/Günther Rn 1.

■ Geldwäsche

§ 261 65–69

BT. 21. Abschn. Begünstigung und Hehlerei

das Auffinden des Gegenstandes auch bei dessen Verbringen ins Ausland nicht konkret gefährdet. Es liegt lediglich ein Versuch vor.¹²⁶

65 Im Falle des Vereitels handelt es sich um ein Erfolgs- und im Falle des Gefährdens um ein konkretes Gefährdungsdelikt (Rn 14).¹²⁷

66 **c) Isolierungstatbestand.** Der Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2) betrifft das Verschaffen, Verwahren oder Verwenden bemakelter Gegenstände, mithin Handlungen, die die Strafverfolgungstätigkeit abstrakt gefährden. Zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des **sich oder einem Dritten Verschaffens (§ 261 Abs. 2 Nr. 1)** eines Vermögensgegenstandes iS von Abs. 1 kann auf die Auslegung des gleich lautenden Tatbestandsmerkmals der Hehlerei (s. § 259 Rn 65–77) Bezug genommen werden. Die dortige Auslegung gilt hier entsprechend und ist auf den Erwerb von Forderungen und Rechten sinngemäß zu transferieren. Das Tatbestandsmerkmal wird durch das Verschaffen der Verfügungsgewalt über den bemakelten Vermögensgegenstand auf abgeleitetem Wege erfüllt,¹²⁸ zB durch die Annahme bemakelten Geldes als Honorar.¹²⁹

67 Unter **Verwahren (§ 261 Abs. 2 Nr. 2)** ist das Ingewahrsamnehmen und -halten des Tatobjekts zu verstehen, um es für sich oder andere zur Verfügung zu halten.¹³⁰ Das Merkmal, das Tatobjekt **für sich oder für einen Dritten zu verwenden**, umfasst jeden bestimmungsgemäßen Gebrauch wie zB Geldgeschäfte.¹³¹ Für die Tatbestandsvariante in Abs. 2 Nr. 2 ist erforderlich, dass der Täter die Herkunft des Gegenstandes im Zeitpunkt seines Erlangens kannte. Wie sich aus der Systematik der Vorschrift (Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5) ergibt, reicht für diese Kenntnis – ebenso wie bei der vergleichbaren Regelung der erweiterten Einziehung – ein „Für-möglich-Halten“ iS eines Eventualvorsatzes aus.¹³² Spätere Kenntnis ist unschädlich und begründet keine Garantienstellung.

68 **3. Einschränkungen des Tatbestandes. a) Straffloser Vorerwerb (Abs. 6).** Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des bewusst weit gefassten Isolierungstatbestandes (§ 261 Abs. 2) durch Abs. 6 eingeschränkt, um den allgemeinen Rechtsverkehr nicht unverhältnismäßig zu belasten.¹³³ Unangemessen lange Ketten von Anschlussstaten, die sich bei häufigen Umsätzen entwickeln können, sollen verhindert werden. So nimmt Abs. 6 die Fälle von der Strafbarkeit aus, in denen ein Dritter zuvor das Tatobjekt tatsächlich¹³⁴ erlangt hat, ohne eine Straftat zu begehen. Der Begriff der Straftat ist dem deliktsspezifischen Regelungszweck des Abs. 6 – Durchbrechen der mit § 261 verbundenen Bemakelungskette – entsprechend auszulegen und auf Straftaten iS von § 261 zu beschränken. So durchbricht nicht nur jeder gänzlich straflose, sondern bereits jeder nicht gem. § 261 strafbare Vorerwerb die Bemakelungskette und begründet so die Strafflosigkeit der späteren Besitzer.¹³⁵

69 Inhaltlich erfasst Abs. 6 nicht die Fälle, in denen der Vortäter seine Tatbeute (zB geraubtes Geld) bei einer gutgläubigen Bank einzahlt („parkt“) und anschließend die Forderung gegen die Bank an einen bösgläubigen Dritten abtritt. Zwar erlangt die Bank im Falle eines gutgläubigen Bankangestellten das Bargeld straflos. Allerdings verbleibt die mit dem Einzahlen begründete Darlehensforderung gegen die Bank als Vermögensgegenstand iS von § 261 beim Vortäter. Mit der Überweisung an einen bösgläubigen Dritten oder Verfügung per Scheck verfügt dieser über diese Forderung, ohne dass zugunsten des Dritten ein

¹²⁶ BGH (Fn 124) NJW 1999, 436 (437); Lackner/Kühl Rn 7; krit. Krack JR 1999, 472 (473 f.).

¹²⁷ BT-Drucks. 12/989, S. 27; LK/Ruß Rn 12; Tröndle/Fischer Rn 22.

¹²⁸ Leip (Fn 10) S. 140 f.; Tröndle/Fischer Rn 24; Schönke/Schröder/Stree Rn 13; Wessels/Hillenkamp Rn 898; nach aA ist ein derivater Erwerb nicht erforderlich: Spiske (Fn 9) S. 133; Lackner/Kühl Rn 8; Otto BT § 96 Rn 35.

¹²⁹ BGH (Fn 33) BGHSt 47, 68 (71) = NJW 2001, 2891 (2892); so grds. auch OLG Hamburg (Fn 10) NJW 2000, 673 (673 f.).

¹³⁰ Lackner/Kühl Rn 8; Tröndle/Fischer Rn 25.

¹³¹ BT-Drucks. 12/989, S. 27; Lackner/Kühl Rn 8; Tröndle/Fischer Rn 26; Otto BT § 96 Rn 36.

¹³² Lackner/Kühl Rn 8; Tröndle/Fischer Rn 26 a; i. Erg. auch Schönke/Schröder/Stree Rn 13; aA Botke wistra 1995, 121 (123), der sicheres Wissen voraussetzt.

¹³³ BT-Drucks. 12/989, S. 28.

¹³⁴ Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit kommt es nicht an (Lackner/Kühl Rn 6).

¹³⁵ WiStR/Häcker § 51 Rn 28; Maiwald, FS Hirsch, 1999, S. 645 f.; Lackner/Kühl Rn 6; Schönke/Schröder/Stree Rn 14; Wessels/Hillenkamp Rn 901; aA Tröndle/Fischer Rn 27.

strafloser Vorerwerb durch einen gutgläubigen Bankangestellten iS von § 261 Abs. 6 eintritt.¹³⁶ Mithin kann in diesen Fällen die Bank nicht zur „legalen Geldwäsche“ genutzt werden. Der bösgläubige Geldempfänger ist gem. § 261 Abs. 2 zu bestrafen.

§ 261 Abs. 6 ist dem Wortlaut, der Systematik der in § 261 zusammengefassten Tatbestände und dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entsprechend **ausschließlich auf § 261 Abs. 2** anzuwenden.¹³⁷ Da die durch Abs. 2 erfassten Handlungen oft auch gem. Abs. 1 strafbar sind, führt Abs. 6 in der Praxis selten zur Straflosigkeit.

b) Teleologische Auslegung des Tatbestandes. Über die ausdrückliche Regelung in Abs. 6 hinaus werden in der Lit. verschiedene Ansätze diskutiert, um den Isolierungstatbestand (Abs. 2) im Wege der teleologischen Auslegung weiter einzuschränken. Keinen ausreichenden Grund für eine solche einschränkende Auslegung stellt die Tatsache dar, dass durch § 261 **sozialübliche Verhaltensweisen** mit Strafe bedroht werden.¹³⁸ Es ist gerade die Eigenheit des Geldwaschens, dass man den Handlungen ihren deliktischen Zusammenhang nicht ansieht. Die ideale und besonders strafwürdige Geldwäschebehandlung entspricht isoliert gesehen gerade einer unauffälligen Alltagshandlung (zB Einwechseln von Lösegeldscheinen aus einer räuberischen Erpressung in einer Bank). Auf die Erfassung dieser „unauffälligen“ Verhaltensweisen als typische Geldwäsche- und Verschleierungshandlungen zielt der Tatbestand gerade ab.

Ebenso kann einzelnen Bestrebungen, **Bagatellgeschäfte** und das Bestreiten des **notwendigen Lebensunterhaltes** aus der Strafbarkeit herauszunehmen,¹³⁹ nicht gefolgt werden. So fehlt es bereits an einer klaren Beschreibung dieser nur schlagwortartig bezeichneten Fallgruppen. Eine klare Bagatellgrenze lässt sich im Hinblick auf das Spektrum der möglichen Vermögensmengen, die Gegenstand einer Geldwäsche sein können, nicht festlegen. Insbesondere auch die Bezeichnung des „notwendigen Lebensunterhalts“ ist weitgehend vom Einzelfall abhängig. Versucht man eine Konkretisierung mittels § 12 Abs. 1 BSHG oder § 811 ZPO, so erkennt man alsbald, dass selbst die Finanzierung technischen Geräts wie eines Farbfernsehers als notwendiger Lebensbedarf erfasst sein kann. Dessen Kauf grundsätzlich aus dem Kreis geldwäschetauglicher Tathandlungen herauszunehmen, wird aber wohl nicht ernsthaft erwogen. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, dass die Herausnahme einzelner Fallgruppen aus der Strafbarkeit dazu führen würde, gerade diese Fallgruppen intensiv auszunutzen, umso zum „legalen Geldwaschen“ zu gelangen.

Zudem wird kritisiert, dass durch den Isolierungstatbestand (Abs. 2) Handlungen als strafbar erfasst werden, welche berufstypisch sind. Der berufstypische Umgang mit Geld zB im Rahmen einer Rechts- oder Finanzberatung sei aber unabhängig von der Herkunft des Geldes aus der Strafbarkeit des § 261 herauszunehmen.¹⁴⁰ Mit dieser Forderung wird die tatbestandsübergreifende Frage nach dem Strafbarkeitsrisiko sog. **berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens** bzw. nach der Strafbarkeit wegen **Beihilfe durch neutrales Verhalten** angesprochen.¹⁴¹ Dabei geht es um die strafrechtliche Beurteilung solcher Verhaltensweisen, die durch ein früheres oder zukünftiges Verhalten eines Geschäftspartners

¹³⁶ *Katholnigg* NJW 2001, 2041 (2045) u. JR 2002, 30 (31); *Neuheuser* NStZ 2001, 647 (649); Schönke/Schröder/Stree Rn 14; SK/Hoyer Rn 24; aA *Hamm* NJW 2000, 636 (638); *J. Schmidt* JR 2001, 448 (452); *Maiwald*, FS Hirsch, 1999, S. 637–640; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT/2 § 101 Rn 28; *Wessels/Hillenkamp* Rn 895; offen gelassen von *Ambos* JZ 2002, 70 (72).

¹³⁷ BT-Drucks. 12/989, S. 28; BGH (Fn 33) BGHSt 47, 68 (80) = NJW 2001, 2891 (2894); zust. *Neuheuser* NStZ 2001, 647 (649); Schönke/Schröder/Stree Rn 14; Tröndle/Fischer Rn 28; aA *Maiwald*, FS Hirsch, 1999, S. 637–640.

¹³⁸ So aber u. a. *Dionysopoulos* (Fn 10) S. 117 ff., 139.

¹³⁹ S. nur *Barton* StV 1993, 156 (161 f.); *Hartung* AnwBl 1994, 440 (442); *Hund* ZRP 1996, 163 (166, Bagatellgrenze zwischen 1000 und 10 000 €).

¹⁴⁰ *Barton* StV 1993, 156 (162 f.); *Vogel* ZStW 109 (1997), 335 (355 f.); vgl. ausführlich zum Handeln v. Bankangestellten *Flatten*, Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche, 1996, S. 118–151, der zu Recht de lege lata eine Strafbarkeitseinschränkung verneint.

¹⁴¹ *Bottke* wistra 1995, 121 (123); *Otto* JZ 2001, 436 ff.; *Vogel* ZStW 109 (1997), 335 (355); *Wohlens* StV 2001, 420 (422, dort Fn 24); *Hefendehl*, FS Roxin, 2001, S. 147 ff.; *Joicks* Rn 15; *Arzt/Weber* § 29 Rn 42.

■ Geldwäsche

§ 261 74, 75

BT. 21. Abschn. Begünstigung und Hehlerei

einen kriminellen Charakter erhalten können. Sie betrifft die Abwägung zwischen den Interessen einer sachgerechten Berufsausübung und den Interessen, die Gefahren für die Beeinträchtigung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter zu begrenzen, und damit die Konkretisierung der Rechts- und Pflichtenposition des Betroffenen. Allerdings hat der Gesetzgeber durch die gesetzliche Regelung in § 261 Abs. 2, 5 die im Übrigen offene Frage für den Geldwäschatbestand abschließend beantwortet.¹⁴² Aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers steht für § 261 fest, dass unabhängig von der strafrechtlichen Beurteilung des berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens im Allgemeinen derartige Verhalten gepaart mit Vorsatz und Leichtfertigkeit durch § 261 erfasst wird.

- 74 **c) Kein Strafverteidigerprivileg.** In diesem Zusammenhang wird die Frage, ob sich ein Strafverteidiger durch die Annahme eines bemakelten Honorars strafbar macht,¹⁴³ besonders seit der Entscheidung des OLG Hamburg¹⁴⁴ und im Anschluss an die Entscheidung des BGH¹⁴⁵ intensiv diskutiert. Teile des Schrifttums verneinen in diesem Fall die Strafbarkeit des Strafverteidigers und nehmen ein nicht kodifiziertes **Strafverteidigerprivileg** an, dessen materieller Gehalt je nach Begründungsansatz verschieden bestimmt wird. Zur Begründung dieses Privilegs berufen sich dessen Befürworter im Wesentlichen auf drei Punkte: Erstens habe die Erfassung derartigen Strafverteidigerhandelns durch § 261 nicht gewollte Auswirkungen auf die Verteidigertätigkeit im Strafprozess, da von der Beiordnung als Pflichtverteidiger – so wird es behauptet – auf die Tatbeteiligung des Mandanten an einer der Katalogvorfällen des § 261 Abs. 1 S. 2 geschlossen werden könne. Zweitens leide das interne Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger, da der Verteidiger im Falle der Wahlverteidigung evtl. an keinem umfassenden Informationsaustausch mit seinem Mandanten interessiert sei, um nicht von der bemakelten Herkunft seines Honorars zu erfahren. Zudem komme der Mandant als späterer Zeuge in einem Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche gegen den Verteidiger in Betracht. Drittens würden bei einem entsprechenden Anfangsverdacht Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden in Gang gesetzt, welche zu externen Störungen des rechtlich besonders geschützten Verteidigungsverhältnisses führen könnten (zB Hausdurchsuchung, Telekommunikationsüberwachung). Gesetzestechnisch soll das Strafverteidigerprivileg entweder durch eine Einschränkung des objektiven Tatbestandes, durch ein besonderes, ungeschriebenes Vorsatzmerkmal oder aber auch durch Schaffen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes Geltung erlangen.¹⁴⁶
- 75 Zu Recht lehnt der *BGH* aber ein solches Strafverteidigerprivileg in Übereinstimmung mit der *hM*¹⁴⁷ unter Hinweis auf den Wortlaut der noch jungen Norm, den zeitnahen Willen des Gesetzgebers und den Gesetzeszweck ab. Die Vereinbarkeit der durch die Auslegung gebotenen Erfassung der Honorarannahmen seitens der Strafverteidiger durch § 261 Abs. 2 mit höherrangigem Recht (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG, § 137 StPO,

¹⁴² *Otto* JZ 2001, 436 (439).

¹⁴³ So bereits *Barton* StV 1993, 156 (162f.); *Hartung* AnwBl 1994, 440; *Kreß* wistra 1998, 121 (126); *Kulisch* StraFo 1999, 337, s. auch *Kempf*, „Das Honorar des Strafverteidigers und Geldwäsche“ und *Matt* „Strafverteidigung durch Geldwäsche“, unveröffentlichte Referate für den Strafrechtsausschuss der BRAK, Juni 1999.

¹⁴⁴ OLG Hamburg (Fn 10); i. Erg. zust. *Bernsmann* StV 2000, 40; *von Galen* StV 2000, 575; *Gepfert* JK 00, StGB, § 261/3; *Hamm* NJW 2000, 636; *Kargl* NJ 2001, 57 (62); *Lüderssen* StV 2000, 205; *Müther* Jura 2001, 318; *Wöhlers* StV 2001, 420 (426); *SK/Hoyer* Rn 21; *Rengier* BT/1 § 23 Rn 17; abl. *Burger/Peglau* wistra 2000, 161; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430 (447); *Hetzer* wistra 2000, 281; *Katholnigg* NJW 2001, 2041 (2043ff.); *Otto* JZ 2001, 436 (440); *Reichert* NSStZ 2000, 316 (317); *Schaefer/Wittig* NJW 2000, 1387; *J. Schmidt* JR 2001, 448

(451); *Hefendehl*, FS Roxin, 2001, S. 153; *Lackner/Kühl* Rn 5; *Schönke/Schröder/Stree* Rn 17; *Tröndle/Fischer* Rn 32–35; *Wessels/Hillenkamp* Rn 902.

¹⁴⁵ BGH (Fn 33) BGHSt 47, 68 (72ff.) = NJW 2001, 2891 (2892ff.) m. zust. Anm. *Katholnigg* JR 2002, 30; *Neuheuser* NSStZ 2001, 647; *Peglau* wistra 2001, 461; *Scherp* NJW 2001, 3242; krit. weiterhin *Leitner* StraFo 2001, 388; *Matt* GA 2002, 137; *Nestler* StV 2001, 641; zu vernachlässigen ist die polemische Anm. von *Bernsmann* StraFo 2001, 344.

¹⁴⁶ Meinungsübersichten bei OLG Hamburg (Fn 10) NJW 2000, 673 (674ff.); *Ambos* JZ 2002, 70 (74ff. – auch rechtsvergleichend); *Hetzer* wistra 2000, 281; *Kargl* NJ 2001, 57 (60–63); *Müther* Jura 2001, 318 (319ff.); *Tröndle/Fischer* Rn 33–34b.

¹⁴⁷ Ausführlich *Neuheuser* NSStZ 2001, 647. So neben den in Fn 145 bezeichneten auch *Burr* (Fn 7) S. 53f., *Krey/Hellmann* BT/2 Rn 605h.