

HRRS-Nummer: HRRS 2010 Nr. 494

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2010 Nr. 494, Rn. X

BGH 5 StR 464/09 - Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Berlin)

BGHSt; Nichtanzeige geplanter Straftaten (Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat; Zweifelssatz; Unrechtsgehalt; Vorstufe zur Teilnahme; normativ-ethisches Stufenverhältnis); Anklagegrundsatz (wirksame Anklageerhebung); Recht auf ein faires Verfahren (Vertrauen auf umstrittene Rechtsprechung; effektive Verteidigung); Präpendenzfeststellung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Verfahrenverzögerung durch Anfrageverfahren; keine Kompensation); Hinweispflicht.

§ 138 StGB; § 261 StPO; § 264 StPO; § 265 StPO; § 155 StPO; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB

Leitsätze

- 1. Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht. (BGHSt)**
- 2. Durch § 138 StGB werden die Rechtsgüter der dort genannten Katalogtaten mittelbar geschützt. Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige liegt in der Gefährdung gerade des Rechtsguts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird; er bleibt lediglich quantitativ - im Sinne einer Vorstufe zur Teilnahme - dahinter zurück. Zwischen der Katalogtat und ihrer Nichtanzeige nach § 138 StGB besteht ein normativ ethisches Stufenverhältnis. (Bearbeiter)**
- 3. In der Anklage einer Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB ist zugleich im Sinne prozessualer Tatidentität der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Begehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben. Dieser Vorwurf untersteht damit ebenfalls tatrichterlicher Kognition. (Bearbeiter)**
- 4. Die Entscheidung auf eindeutiger Grundlage unter Anwendung des Zweifelssatzes geht einer (echten) Wahlfeststellung vor. (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Juli 2009 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Die allein auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten bleibt ohne Erfolg. 1

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 2

a) Der Angeklagte hatte bereits Mitte 2007 erfahren, dass sein Bruder Y. D. (rechtskräftig verurteilt wegen schwerer räuberischer Erpressung, vgl. Senatsbeschluss vom 13. Oktober 2009 - 5 StR 409/09) und ihr gemeinsamer Freund Z. planten, ein Bekleidungsgeschäft in Berlin zu überfallen. Y. D. und der in dem Bekleidungsgeschäft angestellte Z. entschlossen sich, die Tat am Abend des 4. Oktober 2008 auszuführen. Der Angeklagte wurde davon unterrichtet und durch seinen Bruder gebeten, mit ihm "zusammen den Überfall durchzuführen", was er indes ablehnte. Am Tatabend gegen 19 Uhr trafen sich der Angeklagte, dessen Bruder sowie Z., der Y. D. dabei über Geschäftsinterna, den Tresor sowie die bestehenden technischen Sicherungen informierte. Der Angeklagte lehnte auf erneute Nachfrage seines Bruders eine Teilnahme an dem Überfall ab. Gegen 21 Uhr trafen der Angeklagte und sein Bruder den anderweitig verfolgten H. Dieser erklärte sich auf Vorschlag des Y. D. bereit, gemeinsam mit diesem den Raubüberfall zu begehen. 3

Der Angeklagte hielt sich weiterhin aus sämtlichen Planungen heraus, nahm aber zur Kenntnis, dass H. und Y. D. auch den Einsatz einer geladenen Schreckschusspistole bei der Tatbegehung vereinbarten. Alle drei begaben sich sodann in die Nähe des Tatorts, wo sich der Angeklagte von seinem Bruder und H. trennte. Der Raubüberfall wurde sodann gegen 22 Uhr desselben Abends plangemäß und entsprechend den Informationen des Z. durch Y. D. und H. ausgeführt, die dabei etwa 40.000 € erbeuteten.

b) Obgleich am Tatort DNA-Spuren des Angeklagten sichergestellt wurden und die anderweitig Verfolgten H. und Z. dessen aktive Beteiligung jedenfalls bei der Tatplanung - wenngleich nicht übereinstimmend - bekundeten, vermochte sich die Strafkammer "mangels weiterer Beweise" nicht von einer Tatbeteiligung des Angeklagten an dem Raubüberfall zu überzeugen. Sie ist daher "zu seinen Gunsten davon ausgegangen", dass er entsprechend seiner Einlassung trotz Kenntnis von der bevorstehenden Umsetzung des Tatplans keinen Versuch unternahm, seinen Bruder von der Tatbegehung abzuhalten oder die Polizei zu informieren, obgleich ihm dies möglich war. 4

c) Die Strafkammer vermochte mithin unter Anwendung des Zweifelssatzes eine Beteiligung des Angeklagten an der schweren räuberischen Erpressung nicht festzustellen. Dies stehe einer Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten indes nicht entgegen, denn entsprechend BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6 sei eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Angeklagten wegen des zwischen der Katalogtat des § 138 StGB und dem strafbewehrten Verstoß gegen die Anzeigepflicht bestehenden normativethischen Stufenverhältnisses nicht geboten. 5

2. Für die Entscheidung des Senats über die Revision des Angeklagten im vorliegenden Verfahren war die Rechtsfrage erheblich, ob bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat der Zweifelssatz eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten hindert. In der Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs war es bislang anerkannt, dass in diesem Fall ein Freispruch zu erfolgen hat. 6

a) Als tauglicher Täter des § 138 StGB scheidet aus, wer an der geplanten Katalogtat als Täter, Anstifter oder Gehilfe - auch durch Unterlassen - beteiligt ist oder straflose Vorbereitungshandlungen zur Tatplanung beisteuert; die Tat müsse eine völlig fremde sein (vgl. BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 2, 5; BGH NJW 1964, 731, 732, insoweit in BGHSt 19, 167 nicht abgedruckt; BGH NStZ 1982, 244; wistra 1992, 348, 349; vgl. ferner Hanack in LK 12. Aufl. § 138 Rdn. 42 m.w.N.). Von der Strafbarkeit wegen Verletzung der Anzeigepflicht ebenfalls befreit sei, wer nach Abschluss der Beweisaufnahme der Beteiligung an der nicht angezeigten Tat verdächtig bleibt (BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 2, 5; BGH NJW 1964, 731, 732; StV 1988, 202; MDR/H 1979, 635; Hanack aaO Rdn. 48; Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 138 Rdn. 20/21; aA Schmidhäuser in Festschrift für Bockelmann [1979] S. 683, 697; Westendorf, Die Pflicht zur Verhinderung geplanter Straftaten durch Anzeige 1999 S. 156 m.w.N.). Lediglich die Möglichkeit, sich durch die Gebotserfüllung der Beteiligung an der geplanten Straftat selbst verdächtig machen zu können, reiche für den Ausschluss des Tatbestandes indes noch nicht aus (vgl. BGHSt 36, 167, 170; aA Joerden Jura 1990, 633, 638). 7

b) Hiernach müsse mit Rücksicht auf den Zweifelssatz nicht nur eine Verurteilung des Angeklagten wegen der Katalogtat unterbleiben, wenn sich das Tatgericht nach Abschluss der Beweisaufnahme nicht von der Beteiligung des Angeklagten an der ihm zur Last gelegten Katalogtat des § 138 Abs. 1 und 2 StGB zu überzeugen vermochte, sondern es scheidet auch eine Verurteilung nach § 138 StGB aus, wenn der Verdacht der Beteiligung an der Katalogtat fortbesteht. Denn im Wege neuerlicher (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes sei die Beteiligung an der Katalogtat zu unterstellen, deren Nichtvorhandensein nicht sicher festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen werden konnte. Auch eine Wahlfeststellung zwischen den Vergehen des § 138 StGB und der strafbaren Beteiligung sei auf Grund mangelnder Vergleichbarkeit beider Verhaltensweisen ausgeschlossen; mithin sei der Angeklagte in dieser Konstellation freizusprechen (BGHSt 36, 167, 174; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 1, 2; BGH MDR/H 1979, 635, 636; NStZ 1982, 244; StV 1988, 202). 8

3. Der erkennende 5. Strafsenat hat diese Rechtsfrage mit Beschluss vom 13. Januar 2010 zum Gegenstand eines Anfrageverfahrens nach § 132 Abs. 2 GVG gemacht. Der 1., 2. und 4. Strafsenat haben der Rechtsansicht des Senats zugestimmt, nach der eine Verurteilung auch bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung möglich ist. Der 3. Strafsenat hat mitgeteilt, eigene Rechtsprechung stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen. Der erkennende Senat entscheidet nunmehr unter Aufgabe eigener Rechtsprechung im Sinne des Anfragebeschlusses. 9

4. Der Schuldspruch der Strafkammer begegnet keinen sachlichrechtlichen Bedenken. Eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes ist in der vorgenannten Konstellation rechtlich nicht geboten. 10

a) Vielmehr ist die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung des Angeklagten wegen einer Straftat nach § 138 StGB eröffnet. Zwischen der Katalogtat und ihrer Nichtanzeige nach § 138 StGB besteht ein normativ ethisches Stufenverhältnis. Erforderlich dafür ist, dass die alternativ in Betracht kommenden Straftaten einen gegen dasselbe 11

Rechtsgut gerichteten, in der Intensität indes abgestuften Angriff aufweisen (vgl. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo 1987 S. 64 ff.; Dannecker in LK 12. Aufl. Anh. zu § 1 Rdn. 60, 91; Rudolphi/Wolter in SKStGB 110. Lfg. Anh. zu § 55 Rdn. 21 ff.; Frister in NK 3. Aufl. nach § 2 Rdn. 49; jeweils m.w.N.). Gegebenenfalls kann nach dem Zweifelssatz aus dem milderen Gesetz verurteilt werden.

Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige geplanter Straftaten geht vollständig in dem der Katalogtat auf. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass durch § 138 StGB die Rechtsgüter der dort genannten Katalogtaten mittelbar geschützt werden (vgl. BGHSt 42, 86, 88). Der 4. Strafsenat hat erklärt, er neige der Annahme eines normativen Stufenverhältnisses zwischen Katalogtat und § 138 StGB (vgl. BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6) und damit weitergehend einer zwischen beiden bestehenden Rechtsgutsidentität zu. 12

Eine solche Rechtsgutsidentität entspricht der überwiegenden Ansicht in der Literatur (vgl. Wolter aaO S. 66 Fn. 51; Rudolphi/Stein in SKStGB 66. Lfg. § 138 Rdn. 2; Hanack aaO Rdn. 2, 75; Cramer/Sternberg-Lieben aaO Rdn. 1; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 138 Rdn. 1; Fischer, StGB 57. Aufl. § 138 Rdn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, StGB BT II 9. Aufl. § 98 Rdn. 17; Rudolphi in Festschrift für Roxin [2001] S. 827, 837; Westendorf aaO S. 167; aA Hohmann in MünchKomm StGB § 138 Rdn. 25). Diese hebt zur Begründung zu Recht auf das tatbestandliche Erfordernis ab, dass eine Anzeigepflicht nicht allgemein, sondern nur dann und damit zum Schutze des von der Katalogtat Gefährdeten besteht, wenn der Täter von dem Vorhaben zu einer Zeit erfährt, zu welcher der Katalogtaterfolg noch abgewendet werden kann (vgl. nur Rudolphi/Stein aaO). Unter Hinweis darauf, dass zur Gebotserfüllung bereits die Anzeige an den Bedrohten ausreicht, wird auch unter Berücksichtigung der systematischen Stellung der Norm zutreffend ein (gleichzeitig) bezweckter Schutz der Rechtspflege ausgeschlossen. Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige liegt demzufolge in der Gefährdung gerade des Rechtsguts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird; er bleibt lediglich quantitativ - im Sinne einer Vorstufe zur Teilnahme - dahinter zurück (Rudolphi/Stein aaO Rdn. 35; Wolter aaO). 13

b) Bleibt der Angeklagte der Katalogtatbeteiligung nach abgeschlossener Beweisaufnahme verdächtig, ist er aus § 138 StGB als dem milderen Gesetz zu bestrafen. Der von ihm (mit-)verursachte tatbestandliche Unrechtserfolg ist ihm - freilich in einer im Vergleich zum Täter der Katalogtat abgestuften Intensität - zuzurechnen (vgl. Rudolphi/Stein aaO; Hanack aaO; Wolter aaO). Der Grundsatz in dubio pro reo überwindet fortbestehende Zweifel über den vom Täter verwirklichten Zurechnungsgrad zugunsten einer minderen Zurechnungsform (vgl. Wolter aaO S. 63). 14

Das so gefundene Ergebnis - eindeutige Verurteilung des der Katalogtat weiterhin Verdächtigen nach dem echten Unterlassungsdelikt - fügt sich ohne Brüche in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu vergleichbaren Konstellationen ein. So hat der Bundesgerichtshof bereits für Täterschaft und Teilnahme (vgl. BGHSt 31, 136, 138; 43, 41, 53; BGH NSTZ-RR 1997, 297), Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. BGHSt 32, 48, 57) sowie insbesondere für die Beteiligung an der Begehungstat und unterlassene Hilfeleistung (vgl. BGHSt 39, 164, 166) entschieden (zum Verhältnis § 323a StGB und Rauschtat vgl. Fischer aaO § 323a Rdn. 11a ff.). Auf diese Weise werden sachwidrige Strafbarkeitslücken vermieden (Wolter aaO S. 63; Westendorf aaO S. 168) und die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten notwendige Rechtssicherheit geschaffen (vgl. Joerden Jura 1990, 633, 640 f.). 15

Die Entscheidung auf eindeutiger Grundlage unter Anwendung des Zweifelssatzes geht einer - hier überdies möglicherweise fraglichen - (echten) Wahlfeststellung vor (vgl. Dannecker aaO Rdn. 58 ff.; Rudolphi/Wolter aaO Rdn. 15, 20). Die Wahlfeststellung hätte eine nicht gerechtfertigte Bemakelung des Angeklagten mit einem Schuldspruch zur Folge, der zugleich eine schwerere, allerdings zweifelhaft gebliebene Strafbarkeit ausdrücken würde. 16

c) Die im Antwortbeschluss des 3. Strafsenats vom 9. März 2010 - 3 ARs 3/10 geltend gemachten Bedenken teilt der Senat nicht. Dass die bisherige Rechtsprechung - ohne ausdrückliche dogmatische Einordnung in den Verbrechensaufbau - dem erwiesenermaßen Vortatbeteiligten eine Anzeigepflicht erlässt (vgl. die Nachweise zu 2a), verhindert zu seinen Gunsten eine zusätzliche Strafbarkeit aus § 138 StGB; dies zwingt - zumal im Blick auf das Fehlen einer ausdrücklichen tatbestandlichen Voraussetzung der Fremdheit einer Katalogtat - nicht zu einer Gleichbehandlung mit den Fällen echter Wahlfeststellung. Vielmehr kann mit der vom Senat vorgenommenen Interpretation das bestehende Spannungsverhältnis aufgelöst werden. Bei den hier alternierenden Straftatbeständen ist eine eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage erfolgt. Allein die Intensität der Zurechnung des Unrechtserfolges ist nach Abschluss der Beweisaufnahme zweifelhaft geblieben, was sich zugunsten des Täters auswirkt. Die vom 3. Strafsenat erwogene Verurteilung des Angeklagten im Wege der sogenannten Präpendenzfeststellung würde zum selben Ergebnis führen (vgl. Joerden JZ 1988, 847, 853; Küper in Festschrift für Lange [1976] S. 65, 79). 17

5. Auch die Verfahrensvoraussetzung einer wirksamen Anklageerhebung für den Schuldspruch nach § 138 StGB liegt 18

vor. Denn in der angeklagten Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB ist zugleich - im Sinne prozessualer Tatidentität (vgl. §§ 264, 155 StPO) - der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Begehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben. Dieser Vorwurf untersteht damit ebenfalls tatrichterlicher Kognition (vgl. BGHSt 32, 215, 219; 36, 167, 169; BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 37; BGH NStZ 1993, 50; NStZ-RR 1998, 204; BGH, Urteil vom 24. Januar 2003 - 2 StR 215/02 S. 9, insoweit in BGHSt 48, 183 nicht abgedruckt).

6. Der Einwand des Revisionsführers, seine Verurteilung sei unfair, weil er sich bei seiner Einlassung auf das Fortbestehen entgegenstehender Rechtsprechung verlassen habe, ist von vornherein unschlüssig. Denn der Angeklagte musste damit rechnen, das Tatgericht werde seiner Einlassung glauben. Abgesehen davon greift der Einwand mit Blick auf veröffentlichte Zweifel an der bestehenden Rechtsprechung nicht durch (vgl. BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6; Cramer/SternbergLieben aaO § 138 Rdn. 29; dazu BGHSt 52, 307, 313). 19

7. Eine Kompensation in der Rechtsfolge wegen der durch das Verfahren nach § 132 GVG verursachten Verfahrensdauer ist hier nicht veranlasst (vgl. BVerfGE 122, 248, 280; BGH NStZ 2010, 162, 163). 20