



5 StR 464/09

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 13. Januar 2010  
in der Strafsache  
gegen

wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Januar 2010 beschlossen:

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Auch bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 oder 2 StGB bezeichneten Katalogtat hindert der Zweifelsatz eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten nicht.

Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

### G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Dagegen wendet sich der Angeklagte mit einer nicht näher ausgeführten allgemeinen Sachrüge. Der Senat möchte die Revision des Angeklagten entsprechend dem Beschlussantrag des Generalbundesanwalts verwerfen (§ 349 Abs. 2 StPO), sieht sich daran jedoch durch bindende Rechtsprechung anderer Strafsenate gehindert.
- 2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:
- 3 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. planen, 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. 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.

- 4 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.

5 c) Die Strafkammer vermochte mithin unter Anwendung des Zweifelsatzes 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 Zweifelsatzes zugunsten des Angeklagten wegen des zwischen Katalogtat des § 138 StGB und dem strafbewehrten Verstoß gegen die Anzeigepflicht bestehenden normativ-ethischen Stufenverhältnisses nicht geboten.

6 2. Diese Rechtsansicht des Landgerichts ist unvereinbar mit bindender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

7 a) Die Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten besteht nach dem Wortlaut des § 138 StGB grundsätzlich für jedermann. Der Bundesgerichtshof hat die Reichweite des Tatbestandes indes eingeschränkt. Als tauglicher Täter scheidet danach bereits tatbestandlich aus, wer an der geplanten Katalogtat als Täter, Anstifter oder Gehilfe – auch durch Unterlassen – beteiligt ist oder straflose Vorbereitungshandlungen zur Tatplanung beisteuert; die Tat muss eine völlig fremde sein (vgl. BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 2, 5; BGH NJW 1964, 731, 732; BGH NStZ 1982, 244; wistra 1992, 348; vgl. ferner Hanack in LK StGB 12. Aufl. § 138 Rdn. 42 m.w.N.).

8 Von der Strafbarkeit wegen Verletzung der Anzeigepflicht ebenfalls befreit ist danach, wer nach Abschluss der Beweisaufnahme der Beteiligung an der nicht angezeigten Tat verdächtig bleibt (BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; BGH StV 1988, 202; BGH MDR/H 1979, 635; Hanack aaO Rdn. 48; Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 138 Rdn. 20/21; aA 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, reicht für den Ausschluss des Tatbestandes indes noch nicht aus (vgl. BGHSt 36, 167, 170; aA Joerden Jura 1990, 633, 638).

9           b) Hiernach hätte mit Rücksicht auf den Zweifelssatz nicht nur eine Verurteilung des Angeklagten wegen der ihm zur Last gelegten Katalogtat des § 138 Abs. 1 und 2 StGB zu unterbleiben, wenn sich das Tatgericht nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung nicht von der Beteiligung des Angeklagten an der Katalogtat zu überzeugen vermochte, sondern es müsste auch eine Verurteilung nach § 138 StGB unterbleiben, wenn der Verdacht der Beteiligung hieran fortbesteht. Zwar ist in der angeklagten Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB zugleich – im Sinne prozessualer Tatidentität (§§ 264, 155 StPO) – der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Begehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben; dies untersteht damit ebenfalls der tatrichterlichen Kognition (vgl. BGHSt 32, 215; 36, 167, 169; BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 37; BGH NStZ 1993, 50; NStZ-RR 1998, 204). Allerdings ist hier im Wege neuerlicher (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes die tatbestandsausschließend wirkende Beteiligung an der Katalogtat zu unterstellen, deren Vorhandensein nicht sicher ausgeschlossen werden konnte. Auch eine Wahlfeststellung zwischen den Vergehen des § 138 StGB und der strafbaren Beteiligung scheidet auf Grund mangelnder Vergleichbarkeit beider Verhaltensweisen aus; der Angeklagte ist in dieser Konstellation demnach freizusprechen (BGHSt 36, 167, 174 [3 StR 453/88]; 39, 164, 167, [1 StR 21/93]; BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 1 [1 StR 382/87], 2 [5 StR 276/86]; BGH bei Holtz MDR 1979, 635, 636 [1 StR 481/78]; BGH NStZ 1982, 244 [3 StR 437/81 – nicht tragend]; BGH StV 1988, 202 [5 StR 521/87]; MDR 1993, 785, 786 [1 StR 21/93]).

10           3. Der Senat ist der Auffassung, dass diese doppelte Anwendung des Zweifelssatzes in der vorgenannten Konstellation rechtlich weder zwingend noch gerechtfertigt ist. In diesem Sinne – freilich nicht tragend – hat sich der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs geäußert (BGHR StGB § 138 Anzeigepflicht 6).

11 a) Die zuvor unter 2. dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auf beachtliche Einwände in der Literatur gestoßen.

12 Mehrheitlich wird eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes abgelehnt und auf die Möglichkeit einer eindeutigen Verurteilung des Angeklagten wegen § 138 StGB hingewiesen. Zwischen der Katalogtat und ihrer Nichtanzeige nach § 138 StGB bestehe ein normatives Stufenverhältnis, das eine Verurteilung gemäß § 138 StGB im Wege einfacher Anwendung des Zweifelssatzes bei nicht erwiesener Katalogtat eröffne; dessen Unrechtsgehalt gehe vollständig in dem der Katalogtat auf (vgl. Hanack aaO Rdn. 75; Rudolphi/Stein in SK-StGB § 138 Rdn. 35; Lackner/Kühl StGB 26. Aufl. § 138 Rdn. 6; Cramer/Sternberg-Lieben aaO § 138 Rdn. 29; Maurach/Schroeder/Maiwald StGB BT II § 98 Rdn. 17; Rudolphi in Roxin-FS (2001) S. 827, 837; Westendorf aaO S. 167; aA Ostendorf in NK 2. Aufl. § 138 Rdn. 25; Hohmann in MünchKomm StGB § 138 Rdn. 25). Der Angeklagte sei aus § 138 StGB als dem milderen Gesetz zu bestrafen, weil ihm der von ihm (mit-)verursachte tatbestandliche Unrechtserfolg – freilich in einer im Vergleich zum Täter der Katalogtat abgestuften Intensität – zugerechnet werden könne (vgl. nur Rudolphi/Stein aaO; Hanack aaO). Diese Entscheidung auf eindeutiger Tatsachengrundlage gehe einer – hier ohnehin fraglichen – (echten) Wahlfeststellung im weiteren Sinne vor (vgl. Dannecker in LK 12. Aufl. Anh. § 1 Rdn. 58 ff.; Rudolphi/Wolter SK-StGB Anh. zu § 55 Rdn. 15, 20).

13 Grundsätzlich zu keinem anderen Ergebnis gelangt eine in der Literatur vereinzelt vertretene Auffassung, die eine Verurteilung wegen § 138 StGB im Wege der sogenannten (konkurrenzrelevanten) Postpendenzfeststellung befürwortet (vgl. Joerden Jura 1990, 633, 640; ders. JZ 1988, 847, 853).

14 b) Der Senat neigt der erstgenannten Literaturmeinung zu. Die Annahme eines normativ-ethischen Stufenverhältnisses zwischen Katalogtat und einer Strafbarkeit aus § 138 StGB setzt die Rechtsprechung des Bun-

desgerichtshofs zu dem durch § 138 StGB geschützten Rechtsgut konsequent fort. Das für normativ-ethische Stufenverhältnisse zwischen Tatbeständen maßgebende Kriterium, nach dem das Unrecht eines Tatbestandes vollständig im Unrecht des anderen enthalten sein muss (vgl. Dannecker aaO Anh. § 1 Rdn. 60, 91), ist hier gegeben. Jedenfalls seit BGHSt 42, 86, 88 ist anerkannt, dass durch § 138 StGB die Rechtsgüter der dort genannten Katalogtaten mittelbar geschützt werden (vgl. das insoweit zustimmende Schrifttum Rudolphi/Stein aaO Rdn. 2b; Hanack aaO Rdn. 2; Cramer/Sternberg-Lieben aaO Rdn. 1; Lackner/Kühl aaO Rdn. 1; Ostendorf aaO Rdn. 3; Fischer, StGB 57. Aufl. § 138 Rdn. 3, 20). Der Unrechtskern der Nichtanzeige liegt demnach in der Gefährdung desselben Rechtsguts, gegen das sich die anzuzeigende Katalogtat richtet, und bleibt lediglich quantitativ hinter ihr zurück (Rudolphi/Stein aaO Rdn. 35).

15            Eine entsprechende normative Differenz hat der Bundesgerichtshof beispielsweise bereits für Täterschaft und Teilnahme (vgl. BGHSt 31, 136, 137; 43, 41, 53; NStZ-RR 1997, 297), Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. BGHSt 32, 48, 57) sowie insbesondere der Beteiligung an der Begehungstat und unterlassener Hilfeleistung (vgl. BGHSt 39, 164, 166) ausreichen lassen (zum Verhältnis § 323a StGB und Rauschtat vgl. Fischer aaO § 323a Rdn. 11a ff.). Die vorliegende Konstellation fügt sich ohne Brüche ein, schließt auf diese Weise bestehende, sachlich nicht erzwungene Strafbarkeitslücken (vgl. Geilen JuS 1965, 426, 429) und schafft die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten notwendige Rechtssicherheit (vgl. Joerden Jura 1990, 633, 640 f.).

16            3. Der Senat beabsichtigt daher tragend zu entscheiden, dass ein auch nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung fortbestehender Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB einer Bestrafung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten auch mit Rücksicht auf den Zweifelssatz nicht entgegensteht. Die zuvor unter 1. dargestellten und andere möglicherweise vergleichbare Entscheidungen anderer Strafsenate widerstreiten dem.

Der Senat fragt daher – unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung – bei den anderen Strafsenaten an, ob entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben wird.

Basdorf

Raum

Schaal

Schneider

König