

Entscheidungsanmerkung

Nichtanzeige geplanter Straftaten und Beteiligung

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. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 138 Abs. 1 und 2

BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09 (LG Berlin)¹

I. Hintergrund

Dem Tatbestand der Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) geht es nicht, wie man angesichts des Namens vermuten mag, um den Schutz der Rechtspflege. Vielmehr dient er primär der Verhinderung geplanter Taten und damit dem Vorfeldschutz derjenigen Rechtsgüter, die von den Katalogtaten der Abs. 1 und Abs. 2 angegriffen werden.² Zutreffender wäre es daher, statt von einer Anzeige von einer Warnung vor einer Straftat zu sprechen.³ Bestraft wird dementsprechend, wer die rechtzeitige Warnung des von der geplanten Tat Bedrohten oder der Behörden unterlässt, nachdem er von dem Vorhaben einer solchen Tat erfahren hat.

Nun wissen selbstverständlich auch alle Tatbeteiligten, vom Anstifter über den Gehilfen bis hin zum (Mit-)Täter, über das Vorhaben ihrer Tat. Es war bislang allerdings nahezu einhellige⁴ Auffassung, dass diesem Personenkreis jedenfalls im Ergebnis keine strafbewehrte Warnpflicht obliege und er folgerichtig zwar wegen seiner Beteiligung an der Haupttat, nicht aber zusätzlich nach § 138 StGB bestraft werden könne. Hergeleitet wurde dieses Ergebnis auf zwei verschiedenen Argumentationsebenen: Die bislang überwiegende Zahl der Stimmen einschließlich der Rechtsprechung verneinte bereits eine tatbestandliche Warnpflicht der Tatbeteiligten, wobei sich hierfür die unterschiedlichsten Begründungen fanden: Es gehe dem Gesetz nicht um einen besonderen Appell an den Tatbeteiligten, sondern an die soziale Mitverantwortung der nicht unmittelbar Betroffenen;⁵ eine Be-

strafung widerspräche dem Grundsatz der Strafflosigkeit der Selbstbegünstigung⁶ und man wolle den Rücktritt des Beteiligten nicht durch eine zusätzliche Anzeigepflicht erschweren.⁷ Die zweite Auffassung nahm demgegenüber zwar an, auch der Tatbeteiligte sei anzeigepflichtig. Zu seiner Strafflosigkeit gelange sie dann aber über eine Subsidiarität von § 138 StGB gegenüber den geplanten Taten.⁸

Nun erzielen beide Auffassungen (tatbestandsloses Handeln des Haupttatbeteiligten oder Subsidiarität seiner Nichtanzeige) zwar im Idealfall dasselbe Resultat. In der Praxis allerdings verkompliziert sich die Problematik, wenn nach Beweisaufnahme unklar bleibt, ob die fragliche Person denn wirklich Haupttatteilnehmer oder doch nur Mitwisser ist. Die bisher h.M. musste dann unter doppelter Anwendung des in dubio-Satzes freisprechen. Weder wäre eine Beteiligung an der Katalogtat nachweisbar noch umgekehrt eine Nichtbeteiligung, welche aber wiederum Voraussetzung für den Tatbestand des § 138 StGB wäre. Der Ausweg einer Wahlfeststellung blieb zudem wegen fehlender rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit von Tatbeteiligung und Nichtanzeige verwehrt.⁹ Wer hingegen § 138 StGB nur als subsidiär ansieht, ging zumeist auf dem Weg einer Prä- oder Postpedenzfeststellung¹⁰ vor: Da § 138 StGB bei Annahme einer Warnpflicht für Tatbeteiligte selbst bei fraglicher Tatbeteiligung verwirklicht sei, könne der Tatmitwisser und vielleicht

Hilgendorf, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 46 Rn. 21 (dort Fn. 24).

⁶ *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 138 Rn. 22; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 52 Rn. 5; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2007, Rn. 1205.

⁷ RGSt 60, 254 (256 f.); 73, 52 (59 f.); BGH NJW 1956, 30 (31); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 20/21.

⁸ *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 2), Rn. 17; *Schmidhäuser*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 683 (S. 698); *Rudolphi/Stein*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 66. Lfg., Stand: Juni 2006, § 138 Rn. 34.

⁹ *Hohmann* (Fn. 6), § 138 Rn. 25; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 138 Rn. 29; BGHSt 36, 167 (174).

¹⁰ Von einer Postpedenzfeststellung spricht man, wenn von zwei Sachverhaltsalternativen die zeitlich frühere fraglich, die zeitlich spätere aber in jedem Fall vorliegt. Eine Präpedenzfeststellung liegt vor, wenn die zeitlich frühere Alternative sicher und die spätere nur vielleicht vorliegt. Das zeitliche Verhältnis zwischen Katalogtatbeteiligung und Nichtanzeige nach § 138 StGB kann je nach Sachverhalt variieren. Beihilfe im Vorbereitungsstadium läge vor strafbarer Nichtanzeige, Beihilfe im Ausführungsstadium dagegen zeitlich nach ihr. Theoretisch könnte es daher sowohl zur Prä- als auch zur Postpedenzfeststellung kommen.

¹ NStZ 2010, 449 = NJW 2010, 2291 (m. Anm. *Schiemann*); im Volltext abrufbar: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=224693044141b1a69d218cd71c6fe378&nr=52215&pos=17&anz=23&Blank=1.pdf>.

² *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 329; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 98 Rn. 6.

³ *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 2), Rn. 4.

⁴ Differenzierend *Westendorf*, Die Pflicht zur Verhinderung geplanter Straftaten durch Anzeige, 1999, S. 130 ff., 300, die zwar den Alleintäter von der Anzeigepflicht befreit sieht, nicht aber den Unterlassungstäter oder Tatbeteiligte.

⁵ *Hanack*, in: *Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 138 Rn. 43; ähnlich *Joerden*, Jura 1990, 633 (635 f.);

Tatbeteiligte immerhin wegen der zugleich stets mitverwirklichten Nichtanzeige belangt werden.¹¹

Der BGH stand bislang auf Seiten derjenigen, die mangels Fremdheit der Katalogtat für den an ihr Beteiligten bereits tatbestandlich keine Warnpflicht annahmen und daher selbst bei nur fraglicher Tatbeteiligung freisprechen mussten.¹² Allerdings hatte der 4. Senat schon im Jahre 2004 obiter dictum eine künftige Aufgabe dieser Linie angekündigt.¹³ Mit der vorliegenden Entscheidung hat der 5. Senat sie nun vollzogen¹⁴ und sich in der Sache der zweiten Auffassung angeschlossen, die (im Wege der Prä- oder Postpedenzfeststellung) im Zweifel jedenfalls wegen § 138 StGB verurteilen würde.

II. Zum Sachverhalt

Der Entscheidung des Senats lag eine geradezu typische Fallgestaltung zu Grunde: Nach den Feststellungen der großen Strafkammer des LG Berlin hatte der Angeklagte D von den Plänen seines Bruders gehört, ein Bekleidungsgeschäft zu überfallen. Im Verlauf etlicher Monate war D sodann bei mehreren Zusammentreffen seines Bruders YD mit einem weiteren Mittäter H zugegen, in welchen diese den Raubüberfall im Einzelnen planten. Er begab sich am Tattag sogar mit zum Tatort, wo er sich indes von YD und M verabschiedete und wegging, bevor diese die Tat ausführten (wofür sie später wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilt wurden). Es blieb zudem unklar, ob sich D an den Tatplanungen aktiv beteiligt hatte. Die Strafkammer sah daher keine Möglichkeit, ihn wegen Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung schuldig zu sprechen, sondern verurteilte ihn stattdessen wegen eines Vergehens nach § 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB zu einer zehnmonatigen Freiheitsstrafe.¹⁵

III. Die Entscheidung

1. ... vom Ergebnis her betrachtet

Der BGH verwarf die gegen die Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten. Im Kern lautet seine Begründung, § 138 StGB und die dort genannten Katalogtaten schützen dasselbe Rechtsgut; sie stünden in einem Stufenverhältnis und der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige gehe deshalb vollständig in demjenigen der Katalogtat auf. Bestehe der Tatverdacht wegen der Katalogtatbeteiligung fort, genüge er aber nicht mehr zur Verurteilung, so könne (bei zweifelsfreier Mitwisserschaft und tatsächlich bestehender Anzeigemöglichkeit) immerhin nach dem milderen Vergehen des § 138

StGB verurteilt werden.¹⁶ Die Entscheidung vermeidet damit jedenfalls den nach bisher h.M. zwangsläufigen, aber wenig glücklichen, einem Laien kaum vermittelbaren Freispruch desjenigen, von dem man sicher weiß, er hat entweder an der geplanten Tat mitgewirkt oder sie pflichtwidrig nicht angezeigt, der also in jedem Falle einer Tat schuldig ist – man weiß nur nicht, welcher. Ihr Ergebnis erscheint daher auf den ersten Blick sachgerecht. Allerdings drängen sich zwei Fragen auf:

Die prinzipielle Anwendung von § 138 StGB auf mutmaßliche Tatbeteiligte lässt besorgen – so bereits die erste Kritik¹⁷ – Tatbeteiligte oder auch nur Mitwisser gerieten nun in eine Zwickmühle zwischen der Anzeigepflicht (und damit dem Zwang zur Offenbarung ihres eigenen Beitrages) und dem Wunsch, ihr vorhergehendes Tun zu verbergen, das im weiteren Verfahren vielleicht nicht sicher als straflos erkannt werde. Verstößt die Anwendung von § 138 StGB auf mutmaßliche Katalogtatbeteiligte daher gegen das Prinzip, sich nicht selbst belasten zu müssen (dazu sogleich unter 2.)?

Die zweite Frage richtet sich darauf, ob die Entscheidung eigentlich mit dem Wortlaut von § 138 StGB in Übereinstimmung steht oder vielleicht doch nicht auf alle Beteiligungsformen Anwendung finden darf (dazu unten bei 3.).

2. Selbstbelastungsfreiheit

Dass die Entscheidung die Katalogtatbeteiligten bei Lichte betrachtet in keine existenziellen neuen Konflikte zwischen strafbewehrter Anzeigepflicht und Selbstbelastungsfreiheit stürzt, sei zunächst am Beispiel des tatsächlich an der Katalogtat Beteiligten gezeigt. Von ihm wird ohnehin – und faktisch ebenfalls strafbewehrt – der entsprechende Rücktritt (zumeist nach § 24 Abs. 2 oder § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB) verlangt; denn andernfalls droht ihm die Bestrafung wegen der Katalogtatbeteiligung. Dass diese Drohung im Gewand eines Angebots der Straffreiheit bei geglücktem Rücktritt daherkommt, ändert in der Sache wenig; es handelt sich um das sprichwörtliche „Angebot, das man nicht ablehnen kann.“ Insofern tritt die Pflicht nach § 138 StGB zur schon bestehenden, parallelen „Rücktrittspflicht“ hinzu. Die der Warnpflicht aus § 138 StGB genügende Anzeige wäre ein geeignetes Rücktrittsverhalten. Verhindert es tatsächlich die Tat, tritt auch wegen der Katalogtat – und damit komplett – Strafflosigkeit nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB ein. Scheitert die Katalogtat nicht auf Grund der Warnung, so dürfte diese immerhin als „freiwilliges und ernsthaftes Bemühen“ i.S.d. §§ 24 Abs. 2 S. 2, 31 Abs. 2 StGB gelten. Strafbar bliebe der Warnende wegen der Katalogtat deshalb allein dann, wenn er seinen strafbegründenden Tatbeitrag nicht mehr rückgängig machen könnte (z.B. einen Ratschlag, den die Haupttäter bei ihrer weiteren Planung berücksichtigt haben). Für diese Teilgruppe allerdings bleibt es bei der Strafe wegen ihrer Haupttatbeteiligung, während § 138 StGB nach der Lösung des BGH auf Grund seiner Subsidiarität zurücktritt (und solche Teilnehmer deshalb am besten beraten sind, weder einen Rücktritt noch eine Warnung zu versuchen). Objektiv ändert sich also durch

¹¹ Joerden, JZ 1988, 847 (853); Rudolphi/Stein (Fn. 8), § 138 Rn. 35.

¹² BGHSt 36, 167 (174); BGH NSStZ 1982, 244; BGHR § 138 StGB Anzeigepflicht 2.

¹³ BGH NSStZ 2004, 499 (500).

¹⁴ Der 5. Senat hatte zuvor bei den übrigen Senaten angefragt, ob sie an ihrer bisherigen abweichenden Rechtsprechung festhalten wollten (vgl. § 132 Abs. 3 GVG). Da kein Senat dies bejaht hat, war eine Vorlage an den Großen Senat nicht veranlasst und der 5. Senat konnte selbst entscheiden.

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, Rn. 1–4.

¹⁶ BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, Rn. 12–15.

¹⁷ So Schiemann, NJW 2010, 2294.

die Anwendung des § 138 StGB auf Tateilnehmer im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung nichts zum Negativen. Man darf sogar im Gegenteil vermuten, dass das Bewusstsein von der Anzeigepflicht in weiten Bevölkerungskreisen ausgeprägter ist als das Wissen um die Rücktrittsmöglichkeiten. Wenn die Anzeigepflicht sie – zu ihrem eigenen Besten – verstärkt auch noch zum Rücktritt motiviert, so ist daran wenig auszusetzen. Selbstbegünstigung und Erfüllung des Normbefehls von § 138 StGB gehen hier Hand in Hand.

Nun kennen die meisten Straftäter weder die differenzierten Rücktrittsregeln und noch können sie zuverlässig einschätzen, ob denn Staatsanwaltschaft und Gericht am Ende nicht ihr Handeln (z.B. auf Grund einem der Wahrheit nicht entsprechenden Beweisergebnis, etwa wegen falscher Angaben der Mitbeteiligten) anders einschätzen und ihnen eine in Wahrheit gar nicht begangene Beteiligung oder einen nicht strafbefreienden Rücktritt zuschreiben. Solche Beteiligte werden daher im Zweifel eine Bestrafung erwarten, wenn ihre Mitwirkung an der Katalogtat infolge einer Anzeige bekannt würde, und daher lieber schweigen. Dieses Schweigen verbietet ihnen nun die Entscheidung des BGH mittels der Strafdrohung von § 138 StGB. Widerspricht dies dem Prinzip strafloser Selbstbegünstigung? Unterstellen wir einmal den schlimmsten Fall, in welchem der Mitwisser tatsächlich Unbeteiligter ist, ihm dies aber nicht geglaubt wird. Wie bereits dargelegt wird er zur Anzeige gezwungen, was aber konsequenterweise auch seine fälschlich angenommene Strafbarkeit qua Rücktritt eliminieren sollte. Der Normgehorsam gegenüber § 138 StGB schadet ihm also nicht.

Nur in zwei – allerdings recht abwegigen – Konstellationen kann es zu negativen Konsequenzen kommen: Wenn nämlich nicht nur zu Unrecht die Tatbeteiligung angenommen, sondern auch noch die Freiwilligkeit des „Rücktritts“ verneint würde oder wenn der fälschlich zugeschriebene Tatbeitrag auch noch ein solcher der oben beschriebenen Art sein sollte, dessen Wirkung rückgängig zu machen nicht gelingen kann. In beiden Fällen wird in den Augen des Betroffenen, der eine solche Fehlerkenntnis der Strafverfolgungsbehörden befürchtet, mit der Strafdrohung des § 138 StGB verlangt, sich selbst „ans Messer zu liefern“.

Bei diesen Gedankenspielen bewegen wir uns zwar auf einem hypothetischen Feld, indem wir überlegen, ob es im Hinblick auf mögliche Fehlerkenntnisse der Strafjustiz aus Erwägungen der Zumutbarkeit heraus zu gestatten wäre, eine Anzeige (und damit die Rettung hochrangiger Rechtsgüter) zu unterlassen. In vergleichbaren Konfliktlagen wird allerdings der Betroffene ebenfalls unabhängig von der Berechtigung seiner Befürchtungen privilegiert. So ist es für den Aussagenotstand (§ 157 StGB) irrelevant, ob die Befürchtung des Aussagenden vor Strafverfolgung berechtigt war oder nicht.¹⁸

Auf der anderen Seite zeigt gerade das Beispiel des § 157 StGB mit seinen nur fakultativen Vergünstigungen (die ggf. auch nur aus einer Strafmilderung bestehen könnten), dass es keinen Grundsatz gibt, wonach strafrechtliche Pflichten in

jedem Falle vor dem Prinzip strafloser Selbstbegünstigung kapitulieren müssten. Vergleichbare Wertungen finden sich auch bei der Unterlassenen Hilfeleistung (Zumutbarkeit der Hilfe trotz Gefahr der Strafverfolgung)¹⁹ oder § 142 StGB (Wartepflicht nach Unfall trotz Gefahr der Entdeckung unfallursächlicher Alkoholisierung). Gerade im Falle des § 138 StGB, wo hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, hat die Selbstbegünstigungsfreiheit deshalb zu Recht keinen Anspruch auf schrankenlose Geltung.²⁰ Wie man es also auch wendet: Die Anzeigepflicht aus § 138 StGB belastet die Tatbeteiligten je nach Konstellation entweder gar nicht zusätzlich oder aber sie tut es in einer Weise, die angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter kaum als unzumutbar gelten kann und damit systematisch vertretbar erscheint.

3. Unrechtseinheit und Wortlautgrenze

An Stelle der vorstehenden Überlegungen hat der *Senat* sich auf einen kurzen Verweis auf eine frühere Entscheidung beschränkt,²¹ wonach die bloße Möglichkeit, sich durch die Anzeige in den Verdacht einer Straftat zu bringen, für einen Tatbestandsausschluss nicht genüge, weil ebendieser Verdacht für eine Verurteilung wegen der Katalogtat schließlich auch nicht genüge.²² Einen weitaus größeren Begründungsaufwand betreibt er, um die Rechtsgutsidentität einerseits und das Stufenverhältnis von Tatbeteiligung und Nichtanzeige andererseits zu belegen.²³ Damit freilich rennt der *Senat* gewissermaßen offene Türen ein, denn dass es sich bei § 138 StGB zusätzlich um ein Rechtspflegedelikt handelt, wird heute nur noch vereinzelt (und in der Sache wenig überzeugend) vertreten.²⁴ Der weitere Schluss, das gegenüber den Katalogtaten schwächere Delikt des § 138 StGB sei dann prinzipiell subsidiär, ist nachgerade zwingend. Also könne, so der *Senat*, in jedem Fall wegen des sicher vorliegenden subsidiären Delikts verurteilt werden, wenn die vorrangige Katalogtatbeteiligung in dubio pro reo nicht nachzuweisen sei.²⁵

Auch das erscheint erst einmal logisch. Und dennoch übersieht der *Senat* an dieser Stelle ein Detail, das seinem gesamten Konstrukt den Boden zu entziehen droht: Der Rückgriff auf das Unrecht der jeweiligen Tatbestände hat ihm anscheinend den Blick dafür verstellt, dass es nicht allein um den Unrechtskern der jeweiligen Delikte geht, sondern dass auch die Einzelheiten der tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung bedeutsam bleiben, will man zu einer Verurteilung

¹⁹ Jedenfalls dann, wenn die Gefahr der Strafverfolgung aus dem pflichtenbegründenden Unfall herrührt, vgl. näher *Heghmanns* (Fn. 2), Rn. 324 ff. und CD 06-06.

²⁰ Ebenso *Rudolphi/Stein* (Fn. 8), § 138 Rn. 6.

²¹ BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, Rn. 7 (am Ende).

²² BGHSt 36, 167 (170).

²³ BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, Rn. 11-16.

²⁴ So aber *Eisele* (Fn. 6), Rn. 1202; *Hilgendorf* (Fn. 5), § 46 Rn. 5; dagegen statt vieler *Rudolphi/Stein* (Fn. 8), § 138 Rn. 2; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 138 Rn. 1, jeweils m.w.N. zur h.M.

²⁵ BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, Rn. 15.

¹⁸ BGHSt (GS) 8, 301 (317), *Heghmanns* (Fn. 2), Rn. 1875.

gelangen. Der *Senat* geht nämlich offenbar wie selbstverständlich davon aus, jeder Tatbeteiligte verwirkliche wegen seiner Tatkenntnis gewissermaßen automatisch zugleich § 138 StGB, wenn er die Warnung unterlasse. Der Gesetzgeber hat allerdings formuliert, Täter des § 138 StGB sei nur, „wer von dem Vorhaben [...] glaubhaft *erfährt* [...]“. Vielfach ist bislang die Nichtanwendbarkeit des § 138 StGB auf Katalogtatbeteiligte deshalb (auch) mit dem Argument begründet worden, ein Beteiligter „erfahre“ nichts von der Tat, sondern sei auf Grund seiner Mitwirkung informiert.²⁶

So allgemein ist freilich auch das nicht richtig. „Erfahren“ ist mit „Kenntnis erlangen/erhalten“ gleichzusetzen²⁷ und kann im Kontext der Tatbeteiligung nur bedeuten, dass dem Betroffenen ein vorexistentes, logischerweise fremdes Tatvorhaben durch eigene Wahrnehmung oder fremde Mitteilung irgendwie bekannt wird. Wer hingegen das Tatvorhaben selbst ersinnt, kann begrifflich nicht davon „erfahren“. Der Alleintäter ebenso wie der Anstifter sind daher von vornherein ungeeignete Täter des § 138 StGB, denn sie erschaffen das Tatvorhaben nach ihrem Willen, aber sie „erfahren“ nicht von ihm.²⁸ Das gleiche gilt für den klassischen Fall der Mittäterschaft, bei dem das Tatvorhaben in einem Planungsakt gemeinsam konkretisiert wird, sowie für denjenigen Mittäter, der den Plan ausarbeitet und sodann seinen Tatgenossen verkündet. „Erfahren“ kann hingegen ein Mittäter von dem Tatvorhaben, wenn er erst nach dem Planungsakt eingeweiht wird; sein Tatentschluss bezieht sich dann allein auf seine Beteiligung an dem gemeinsamen, vorexistenten und ihm zur Kenntnis gebrachten Katalogtatvorhaben. Während daher die Anwendbarkeit von § 138 StGB für Mittäter differenziert zu beurteilen ist, kann immerhin für den Gehilfen regelmäßig ein „Erfahren“ angenommen werden. Wäre er nämlich an der Erschaffung des Tatvorhabens beteiligt, müsste man ihm wohl Tatherrschaft und damit Täterstellung zuschreiben. Der Gehilfe wird deshalb stets über ein vorexistentes fremdes Vorhaben Kenntnis erhalten (und es ist dann nur die Frage, ob die Haupttat zu diesem Zeitpunkt so konkret geplant ist, dass man bereits von einem „Vorhaben“ sprechen darf).

Die Frage, ob sich Katalogtatbeteiligung und § 138 StGB ausschließen, ist angesichts des Gesetzeswortlautes daher differenziert zu beantworten: Wer als Alleintäter und Anstifter der Katalogtat agiert, bleibt tatbestandlich von § 138 StGB ausgeschlossen, der Gehilfe der Katalogtat hingegen ist stets tauglicher Täter einer Nichtanzeige. Beim Mittäter kommt es auf die Sachverhaltsgestaltung an.

Bei unklarer Beteiligung wäre entsprechend zu differenzieren: Die Lösung des BGH, im Zweifel nach § 138 StGB zu verurteilen, „funktioniert“ beim fraglichen Gehilfen (wie es der Angeklagte war) und bei manchem mutmaßlichen Mittäter, während sie beim der Anstiftung oder Alleintäterschaft Verdächtigen eindeutig versagen muss, weil diese den subsidiären Tatbestand des § 138 StGB gar nicht verwirkli-

chen und daher logischerweise auch nicht deswegen verurteilt werden können. Für diese Gruppe hätte deshalb selbst nach der geänderten BGH-Rechtsprechung alles beim alten zu bleiben, weil dann in dubio pro reo von einer tatbestandlichen Nichtanwendbarkeit von § 138 StGB ausgegangen werden und es mangels wahlweiser Verurteilbarkeit wie bisher zum vollständigen Freispruch kommen müsste. Ein Gleiches hätte zu gelten, wenn unklar bleibt, ob anstelle einer Gehilfenschaft nicht doch eine der ausgeschlossenen Beteiligungsformen vorläge, der Betreffende etwa auch der Anstifter gewesen sein könnte.

IV. Gesamtbewertung

Angesichts des sonstigen Begründungsaufwandes enttäuscht, dass der *Senat* – offenbar fixiert auf sein Ergebnis – den Wortlaut des § 138 StGB und die von ihm gezogenen Grenzen völlig unbeachtet gelassen hat. Berücksichtigt man sie, so kann der Entscheidung ausschließlich für Katalogtatgehilfen beigeplichtet werden, während sie auf die übrigen Beteiligten entweder gar nicht oder nur in bestimmten Sachverhaltskonstellationen angewendet werden darf. Wenn man diese Ausnahmen strikt beachtet, wird man mit der Entscheidung aber durchaus leben können.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

²⁶ Rengier (Fn. 6), § 52 Rn. 5; Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 138 Rn. 20/21; Joerden, Jura 1990, 633 (635); in diesem Sinne auch RGSt 68, 286 (288).

²⁷ Westendorf (Fn. 4), S. 78.

²⁸ Für den Alleintäter ebenso Joerden, Jura 1990, 633 (635).