

## Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten\*

Von Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt! Oder

*Gelegentlich greifen Strafgerichte auf die Ende der 30er Jahre entstandene Konstruktion der »Meineidsbeihilfe durch Unterlassen« zurück, um einen Angeklagten, der entlastende Falschaussagen von Zeugen in der Hauptverhandlung nicht unterbindet, zu bestrafen. Diese Rechtsprechung ist einer Reihe von Bedenken ausgesetzt.*

### A. Zur Problemstellung

Beihilfe zur Falschaussage bzw. zum Meineid eines Zeugen im Zivil- oder Strafverfahren dadurch, daß der begünstigte Prozeßbeteiligte es unterläßt, die Zeugenaussage zu korrigieren, stellt, wie H. *Schneider* vor kurzem noch völlig zu Recht feststellen konnte, ein »in letzter Zeit kaum noch diskutiertes Problem« dar<sup>1</sup>. Während namhafte Autoren diese Konstruktion zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten, aber grundsätzlich übereinstimmend kritisiert haben<sup>2</sup>, sind nur noch gelegentlich Entscheidungen bekannt geworden, in denen die Pönalisierung des Nichteinräumens der Wahrheit diskutiert worden ist<sup>3</sup>.

Vor kurzem hat nun das *OLG Hamm*, ohne sich mit der Kritik an dieser Rechtsprechung auseinanderzusetzen, die Konstruktion wieder aufgegriffen<sup>4</sup>: Nachdem es in einer Gaststätte zu Unstimmigkeiten über die Bezahlung der Rechnung gekommen war, schlugen zwei Gäste - die später wegen gefährlicher Körperverletzung Angeklagten - zusammen mit einem zunächst unbekanntem Dritten auf die Wirtin und andere Gäste ein. Noch vor der Hauptverhandlung wandte sich einer der beiden Angeklagten an die Staatsanwaltschaft mit der Bitte um Ladung des ihm nur mit dem Vornamen bekannten

\* Der Beitrag ist zugleich eine Besprechung von *OLG Hamm*, Urteil vom 29.1.1992, NJW1992,1977.

1 H. *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, S.216Fn.5.

2 *Maurach*, DStR 1944, 1ff.; SJZ 1949, 541 ff.; *Bockelmann*, NJW 1954, 697ff.; *Rudolphi*. Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 74ff., 165 f., 172 f.; *Welp*. Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 84ff., 94ff., 307ff.; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 199ff.; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 309ff.; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 285ff.; siehe auch *Glanderath*. Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss. iur. Freiburg 1961, S. 234ff.; *Vollmann*, Beihilfe zum Meineid begangen durch Unterlassung, Diss. iur. München 1965; *Pfleiderer*, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968, S.42f., 145 ff.; *Kugler*, Ingerenz und Selbstverantwortung, Diss. iur. Bochum 1972, S. 320 ff.

3 Siehe *OLG Köln*, NStZ 1990, 594 m. Bespr. *Otto*, JK 1991, StGB § 154/1; *OLG Hamm* v.11. 12.1987 - 2 Ss 1351/87-bei Juris.

4 *OLG Hamm*. NJW 1992, 1977.

Dritten, der bezeugen könnte, »daß die drei bestellten Biere auch bezahlt wurden, und zwar von ihm. Als Zeuge des ganzen Vorfalles kann er bestimmt auch noch andere wichtige Angaben machen«. Der andere Angeklagte erklärte auf der Geschäftsstelle, daß er zum Termin um Ladung des von ihm nunmehr namentlich bezeichneten Dritten bitte, der »Tatzeuge« wäre. In der Hauptverhandlung bestätigte dieser dann als Zeuge trotz Belehrung gemäß § 55 StPO der Wahrheit zuwider die Einlassung der Angeklagten, daß die tätlichen Angriffe nicht von ihnen ausgegangen wären; alle drei hätten sich nur gewehrt. Das *OLG Hamm* meint nun, die beiden Angeklagten hätten infolge der Benennung ihres im Strafverfahren bislang unbekanntem Mittäters als angeblichen Entlastungszeugen eine Garantenpflicht aus Ingerenz dahingehend gehabt, dessen Falschaussage notfalls durch Bekennen der Wahrheit zu verhindern, und sieht darin eine Beihilfe durch Unterlassen.

Um paradigmatisch an diesem Urteil zu prüfen, ob die Konstruktion der Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen tatsächlich in einigen Punkten so »bar jeder Vernunft« ist, wie *Schünemann* gemeint hat<sup>5</sup>, erscheint zunächst zur Annäherung an die Problematik ein kurzer Blick auf die wechselhafte, von der Rechtsprechung bestimmte Dogmengeschichte sinnvoll.

## I. Zur Strafbarkeit der Parteien in Zivilsachen

### 1. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Nicht unumstritten ist, ob die Geburtsstunde der Konstruktion der Beihilfe zum Meineid bzw. zur Falschaussage durch Unterlassen durch eine Entscheidung des *Reichsgerichts* auf das Jahr 1936<sup>6</sup> festgelegt wird<sup>7</sup>. Das *RG* diskutierte und bejahte dort jedenfalls eine Garantenpflicht für die begünstigte Partei aus der seit 1933 gesetzlich geregelten Wahrheitspflicht in §138 ZPO. 1938 ließ das *RG* es dann aber dahingestellt sein, ob ein Verstoß gegen §138 ZPO eine Garantenstellung begründen könnte, und bemühte statt dessen die Ingerenz<sup>8</sup>. Hier ging es erstmals, wie in der Zukunft noch häufig, um ein Ehescheidungsverfahren, in dem wahrheitswidrig (damals entscheidungserhebliche) ehebrecherische Beziehungen von der einen Partei und ihrem als Zeugen gehörten Partner abgestritten wurden. Das Gericht nahm hier Beihilfe durch Unterlassen seitens der untreuen Ehefrau mit der Begründung an, sie habe ihren jugendlichen Liebhaber so stark an sich gezogen, daß er alles für sie zu tun bereit gewesen sei. Diese von ihr geschaffene Gefahr habe sie abzuwenden unterlassen.

Der Begriff der Gefahrschaffung bestimmte nun in Zukunft die Rechtsprechung des *RG*, wobei nun aber meistens nicht auf außerprozessuales, sondern

5 *Schünemann* (Fn. 2), S. 215; zustimmend *Vormbaum* (Fn. 2), S. 286.

6 *RGSt* 70, 82 m. Anm. *Neubert*, JW 1936, 658; siehe hierzu auch *Kohlrausch*, ZStW56 (1936), 179; *Drost*, GS 109 (1937), 38 f.

7 Ablehnend *Schünemann* (Fn. 2), S. 200; *Welp* (Fn. 2), S. 84,310.

8 *RGSt* 72, 20 m. Anm. *Schaffstein*, JW 1938, 578, und Anm. E. *Wolff*, ZAKDR 1938, 351.

auf Verhalten innerhalb des Verfahrens abgestellt wurde: Die Gefahr soll etwa dadurch begründet werden, daß eine Partei eine falsche Zeugenaussage in Gegenwart des Zeugen bekräftigt<sup>4</sup>, daß der Kläger den Zeugen für einen unrichtigen Klagevortrag benennt<sup>10</sup> oder daß eine Zeugenvernehmung durch Bestreiten einer wahren Behauptung veranlaßt wird<sup>11</sup>. In späteren reichsgerichtlichen Entscheidungen wurde einschränkend betont, ausschlaggebend bei der Zeugenbenennung sei, sofern der Zeuge bei wahrheitsgemäßer Aussage unehrenhafte bzw. strafbare Handlungen (also etwa die ehewidrigen Beziehungen) eingestehen müßte, die für ihn entstehende Zwangslage<sup>12</sup>.

Der *Bundesgerichtshof* setzte diese Rechtsprechung zunächst fort<sup>13</sup>; aber schon Ende 1951 begann er, sich von ihr zu lösen<sup>14</sup>. Mehr oder weniger deutlich wurde, zurückgehend auf die Untersuchungen *Maurachs*<sup>15</sup>, nunmehr die Schaffung einer »besonderen, dem Prozeß nicht mehr eigentümlichen (inadäquaten) Gefahr der Falschaussage«<sup>16</sup> gefordert, die der *BGH* regelmäßig erst dann annahm, wenn außerprozessuales Verhalten (Fortsetzung ehewidriger Beziehungen zum Zeugen) hinzukam. Untere Gerichte folgten der Einschränkung und sprachen häufiger frei<sup>17</sup>. Als »vorläufiger Endpunkt«<sup>18</sup> dieser Entwicklung gilt ein Urteil des 4. Strafsenats des *BGH* von 1962<sup>19</sup>, in dem dieser unter ausdrücklicher Aufgabe seiner ursprünglichen Rechtsprechung feststellte, daß das wahrheitswidrige Bestreiten allein noch keine Pflicht zum Einschreiten auslöste; es müßten »weitere Umstände« hinzutreten. Seither ist das Problem in der Rechtsprechung »kaum noch akut geworden«<sup>20</sup>.

## 2. Ein erstes Resümee

*Welp* hat die Auffassung geäußert, diese Rechtsprechung sei als Ausdruck nationalsozialistischer Vorstellungen zu werten und deshalb als »unzeitgemäß

9 *RGSt* 74, 38 m. Anm. *Mezger*, DR 1940, 637.

10 *RGSt* 74, 283 m. Anm. *Schicken*, DR 1940, 2057; *RG*, DR 1940, 2234 m. Anm. *Mittelbach*.

11 *RG*, DR 1943, 893.

12 *RGSt* 75, 271 m. Anm. *Dahm*, DR 1941, 1994; *RG*, DR 1941, 1837.

13 *BGHSt* 1, 22 m. Anm. *Krumme*, LM Nr. 1 zu § 153 StGB; *BGHSt* 3, 18 (v. 11.10.1951) m. Anm. *Krumme*, LM Nr. 7 zu § 154 StGB. Unklar zuvor *OGH BZ* 2, 161.

14 Beginnend mit *BGHSt* 2, 129 (v. 21.12.1951) m. Anm. *Jagus*, LM Nr. 9 zu § 154 StGB, und Anm. *Schmidt-Leichner*, NJW 1952, 512; siehe auch *BGHSt* 4, 172; *BGHSt* 4, 327 m. Anm. *Jagus*, LM Nr. 26 zu § 154 StGB, und Anm. *Lay*, JZ 1954, 166; *BGHSt* 6, 322; *BGHSt* 14, 229 m. Anm. *Martin*, LM Nr. 60 zu § 154 StGB, und Anm. *Deubner*, NJW 1960, 1916; *BGH*, NJW 1953, 1399; *BGH*, NJW 1954, 1818; *BGH*, Urt. v. 20.12.1960-1 StR 504/60.

15 *Maurach*, DStR 1944, 17ff.; näher dazu *Schünemann* (Fn. 2), S. 208 f.

16 So *BGHSt* 4, 327(330).

17 *LG Göttingen*, NJW 1954, 731; *OLG Köln*, NJW 1957, 34; *OLG Bremen*, NJW 1957, 1246. Vgl. auch *OLG Hamm*, HEST 2, 241; *LG Essen*, NJW 1952, 116, die die Zumutbarkeit der Berichtigung verneinten (siehe dazu unten, B. II.4.).

18 *Rudolphi* (Fn. 2), S.76: ähnlich *Welp* (Fn. 2), S.95; *Schünemann* (Fn. 2), S. 208.

19 *BGHSt* 17, 321.

20 *Willms in Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., §154Rn. 16.

und in toto abzulehnen«<sup>21</sup>. In der Tat lassen sich hierfür Argumente finden, so etwa, wenn in älteren, befürwortenden Entscheidungsanmerkungen betont wird, daß die Richtigstellung der Aussage eine »sittliche Verpflichtung nach der völkischen Sittenordnung« darstelle, die nach dem »gesunden Volksempfinden« Strafe verdiene<sup>22</sup>; zu bemerken ist zudem, daß zur NS-Zeit selbst die Statuierung einer prozessualen Wahrheitspflicht des Beschuldigten diskutiert und gelegentlich befürwortet worden ist<sup>23</sup>. Es muß allerdings beachtet werden, daß das *RG* hinter weitergehenden nationalsozialistischen Vorstellungen zur Unterlassungsstrafbarkeit zurückblieb<sup>24</sup>. Dieser Zusammenhang kann zudem nur das Entstehen dieser Rechtsprechung Ende der 30er Jahre erklären, gibt jedoch wenig dafür her, daß sie vor allem Anfang der 50er Jahre fortgeführt wurde. Für die Weiterverwendung des vorgefundenen Instrumentariums durch den *BGH* dürfte eine nicht unerhebliche Rolle der Umstand spielen, daß in den zugrunde liegenden Fällen in aller Regel alles dafür spricht, daß der von der Aussage Begünstigte den Zeugen angestiftet hatte, was sich aus naheliegenden Gründen kaum einmal beweisen läßt. Unter diesem Blickwinkel werden diese Entscheidungen häufig als klassisches Beispiel für sog. »Beweisurteile« zur Vermeidung materiell nicht gerechtfertigter Freisprüche herangezogen<sup>25</sup>.

Weiterhin ist auch begründbar, warum innerhalb der zivilrechtlichen Fälle gerade Ehescheidungsverfahren das »Eldorado«<sup>26</sup> dieser Rechtsprechung sind. Denn im kontradiktorischen Zivilprozeß wird in aller Regel ein Rückgriff auf die Konstruktion nicht erforderlich sein, weil schon das Behaupten<sup>27</sup> oder gar Unterbeweistellen einer unwahren Tatsache als (versuchter) Prozeßbetrug gemäß §263 StGB bestraft werden kann<sup>28</sup>. In Ehescheidungsverfahren liegt jedoch nicht unbedingt ein Vermögensschaden vor<sup>29</sup>. Zudem sind hier auch infolge des Amtsermittlungsgrundsatzes Konstellationen denkbar, in denen es zwar an einem aktiven Tun des Begünstigten im Verfahren (Beweiserhebung von Amts wegen über vom Gericht aufgeworfene Fragen)

21 *Welp* (Fn. 2), S. 310; ähnlich *LG Göttingen*, NJW 1954, 731; siehe auch *H. Mayer*, SJZ 1947, 15. Ausführlich hierzu *Pauli*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1992, S. 207ff.

22 *Schicken*, DR 1940, 2058; *Dahin*, DR 1941, 1995; siehe auch *Neubert*, JW 1936, 659.

23 Siehe etwa *Henkel*, DJZ 1935, 536ff.; näher dazu *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 54.

24 Siehe dazu *Schaffstein*, FS f. Gleispach, 1936, S. 95 ff.; JW 1938, 578 f. Die Einführung der Strafbarkeit der uneidlichen Falschaussage und der versuchten Beihilfe 1943/44 dürfte - entgegen der Vermutung *Maurachs*. DStR 1944, 1 - weniger für die (folgende) Rechtsprechung ursächlich geworden sein, vgl. *Willms* in LK, §154 Rn.16.

25 *Hillenkamp*, FS f. Wassermann, 1985, S.860; *Pfleiderer* (Fn.2), S.42f., 146; *Kugler* (Fn. 2), S. 335; ähnlich *Bockelmann*, NJW 1954,699; siehe auch *Arzt*, JA 1980,652.

26 *Schünemann* (Fn. 2), S. 206.

27 Kritisch dazu *Seier*, ZStW 102 (1990), 563 ff.

28 Siehe dazu schon *Maurach*, DStR 1944, 7.

29 Siehe dazu *Lackner* in LK, § 236 Rn. 316; *Koffka*, ZStW 54 (1935), 59f.; *Keunecke*, Prozeßbetrug, 1940, S. 154.

als Anknüpfungspunkt für die Täuschungshandlung fehlt<sup>30</sup>, statt dessen jedoch an mögliche außerprozessuale Gefährschaffung (aufrechterhaltene ehebrecherische Beziehung) angeknüpft werden kann.

Es ist schwierig, eine Begründung zu finden, warum die Verurteilungen wegen Beihilfe zur Falschaussage seit 1954 plötzlich selten wurden. Vielleicht könnte hierfür in *Bockelmanns* kritischer und großenteils ablehnender Rechtsprechungsanalyse aus demselben Jahr eine gewisse Erklärung gefunden werden<sup>31</sup>. Weniger erklärlich erscheint, weshalb die bekannt gewordene Judikatur zur Meineidsbeihilfe im Zivilrecht für ein Viertel Jahrhundert gerade mit dem Erkenntnis des *BGH* von 1962 ein Ende findet, das in der Literatur gewisse Billigung gefunden hat<sup>32</sup>: Die Reihe der Monographien, die die Rechtsprechung ablehnend diskutierten, setzte erst einige Jahre später ein; die Situation in den Ehescheidungsverfahren änderte sich erst durch die Aufhebung des Straftatbestandes des Ehebruchs (§ 172 StGB) durch das 1. StrRG 1969 und durch die Abkehr vom Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht 1977. Haben sich aber die rechtlichen Grundlagen nicht wesentlich geändert, scheint wohl doch der »Zeitgeist«<sup>33</sup> eine Rolle zu spielen, dessen Wandlung Scheu vor dieser einst so plötzlich erfundenen Konstruktion hervorrief. Dafür spricht, daß die Rechtsprechung über die »Meilensteine« *RGS* 70, 82; 72, 20; 75, 271; *BGHSt* 2, 129 und 17, 321 die Strafbarkeitsvoraussetzungen immer weiter verschärfte; weg vom »Für-einander-Einstehen-Müssen« hin zum »Prinzip der Eigenverantwortlichkeit«<sup>34</sup>.

## II. Zur Strafbarkeit des Angeklagten in Strafsachen

### 1. Die rare Rechtsprechung

Unter diesem mehr auf das Rechtsempfinden abstellenden Aspekt erscheint es auch erklärbar, daß es kaum Entscheidungen gibt, die sich mit der Beihilfe des Angeklagten zur Falschaussage durch Unterlassen im Strafprozeß beschäftigen. Hier dürfte schon immer der nemo-tenetur-Grundsatz davon abgehalten haben, auf diese Konstruktion zu rekurrieren. Das Urteil des *OLG Hamm* ist jedenfalls, soweit ersichtlich, erst die siebente veröffentlichte Entscheidung in einer Strafsache und die erste seit beinahe 20 Jahren. Ein Blick auf diese Judikate enthüllt zudem eine unterschiedlich ausgeprägte diesbezügliche Sensibilität der Gerichte:

30 Siehe dazu *Maurach*, DStR 1944, 3f.; *Vollmann* (Fn. 2), S. 55.

31 So ausdrücklich *OLG Bremen*, NJW 1957, 1246; siehe auch *OLG Köln*, NJW 1957, 34 (35).

32 Siehe etwa *Maurach*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 1964, §75 III a; *Herzberg* (Fn.2), S. 310f.; *Kugler* (Fn. 2), S. 360f.

33 *LG Göttingen*, NJW 1954, 731; *Maurach*, SJZ1949,542.

34 So auch *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten, 1986, S. 43; siehe schon *Maurach*, SJZ 1949, 542.

Die früheste dieser Entscheidungen<sup>35</sup> traf 1942 das *RG*<sup>36</sup>. In diesem Urteil stellte es »in gezwungen anmutender Weise«<sup>37</sup> nicht auf das eine Garantenstellung voraussetzende Unterlassen ab, sondern darauf, daß der Angeklagte die Frage des Richters, ob die Zeugen beeidigt werden sollten, bejahte. Erstmals taucht in diesem Urteil die sinngemäß immer wiederkehrende *petitio principii* auf, daß das Verteidigungsrecht dem Angeklagten keinen Freibrief gebe, Straftaten zu begehen<sup>38</sup>. Das Unbehagen des *RG*, den Angeklagten praktisch unter Strafandrohung zu einem Geständnis zu zwingen, wird noch deutlicher erkennbar in seiner zweiten Entscheidung aus dem Jahre 1943<sup>39</sup>. Hier hob es die Verurteilung des Landgerichts wegen Meineidsbeihilfe durch Unterlassen mit der Begründung auf, es gebe auch für den Angeklagten keine allgemein geltende Verpflichtung, der unrichtigen Aussage eines Zeugen entgegenzutreten; vorliegend habe der Angeklagte die Vernehmung der Zeugin, die von der Staatsanwaltschaft geladen war, nicht veranlaßt.

Weniger Skrupel hatte 1949 das *OLG Hamm*<sup>40</sup> in einem schon früher von *Maurach* und heute noch von *Schroeder* als »ganz unerträglich« empfundenen Urteil<sup>41</sup>. In diesem Erkenntnis hat das OLG die Ingerenz neben der Zeugenbenennung auf das Leugnen des Angeklagten gestützt, das die Ladung und Vernehmung veranlaßt habe - unnötigerweise, weil wohl vorhergehende aktive Teilnahme zu bejahen gewesen wäre<sup>42</sup>.

Der *BGH* hat mit der Beihilfe des Angeklagten zur Falschaussage durch Unterlassen im Strafverfahren, soweit ersichtlich, 1953 erstmals zu tun gehabt<sup>43</sup>. In der von *Dallinger* sehr verkürzt wiedergegebenen Sache lag nach den Feststellungen des Tatgerichts schon aktive Meineidsbeihilfe des Angeklagten vor. In der »planmäßigen Vorbereitung übereinstimmender falscher Aussagen der Entlastungszeugen« sah dann der *BGH* zugleich das eine Gefahr begründende Vorverhalten. Erwähnung finden kann in diesem Zusammenhang ein weiteres Urteil des *BGH*, das allerdings in einem beamtenrechtlichen Dienststrafverfahren erging<sup>44</sup>. Trotz der dort für den Beschuldigten bestehenden Wahrheitspflicht<sup>45</sup> lehnte es der *BGH* ab, aus der dem Zeugen bekannten unwahren, also prozeßordnungswidrigen Einlassung des Beschul-

35 Die von *Bockelmann*, NJW 1954, 697, genannte Entscheidung *RG*, DR 1940, 2234, betraf eine Zivilsache.

36 *RG*, DR 1942, 1782.

37 *Maurach*, DStR 1944, 12; siehe auch *Vollmann* (Fn. 2), S. 69.

38 Siehe dazu *Schünemann* (Fn. 2), S. 205; *Welzel*, JZ 1958, 496.

39 *RG*, DR 1943, 748.

40 *OLG Hamm*, HEST 2, 242 m. Bespr. *Maurach*, SJZ 1949, 543.

41 *Maurach*, Strafrecht BT, 2. Aufl. 1956, §75 IIIA; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/2, 7. Aufl. 1991, §74 Rn. 82.

42 Siehe *Vollmann* (Fn. 2), S. 70f.

43 *BGH* bei *Dallinger*, MDR 1953, 272. *BGHSt* 4, 244 betraf ein »Dienstordnungsverfahren«; in *BGH* bei *Dallinger*, MDR 1957, 267, ging es um Meineidsbeihilfe des Verteidigers.

44 *BGH*, NJW 1958, 956.

45 Insofern läßt sich das Urteil mittels eines »Erst-recht-Schlusses« auf das Strafrecht übertragen, siehe auch Anm. *Martin*, LMNr. 53 zu §154StGB.

digten eine Garantenpflicht aus Ingerenz zu folgern. Höchst zweifelhaft muß allerdings erscheinen, daß der *BGH* dann Beihilfe zu einem Meineid durch aktives Tun annahm, weil der Angeklagte nach der Vernehmung der Zeugin erklärte, er werde zu ihrer Aussage nichts sagen<sup>46</sup>. Es scheint hier so, als habe sich der *BGH* den Hinweis von *Bockelmann*, viele der als Unterlassen judizierten Fälle könnten als aktive Beihilfe beurteilt werden<sup>47</sup>, allzusehr zu Herzen genommen.

Das vorletzte bekannt gewordene Urteil fällt das *Kammergericht* 1968<sup>48</sup>. Auch diese Entscheidung wird in der Literatur allgemein abgelehnt<sup>49</sup>. Das *KG* nahm hier eine Garantenpflicht des angeklagten Vaters gegenüber seinem - volljährigen - Sohn »wegen des engen verwandtschaftlichen Verhältnisses« dahingehend an, daß er die falsche, ihn begünstigende Aussage seines Sohnes hätte rechtzeitig richtigstellen müssen. Erstmals wurde damit in einer Strafsache nicht auf innerprozessuales Vorverhalten abgestellt. Allerdings dürfte wohl das *KG* zudem eine Garantenstellung des Vaters aus Ingerenz dann bejaht haben, wenn er selbst seinen Sohn als angeblichen Entlastungszeugen benannt hätte.

1973 schließlich fällt der *BGH* zur Meineidsbeihilfe ein Urteil, das kaum einmal in der Literatur besprochen wird<sup>50</sup>. Aus der bewußt wahrheitswidrigen Benennung eines Entlastungszeugen folgerte der *BGH* hier keine Ingerenz. Wie in der erwähnten Dienststrafsache nahm er aber Beihilfe durch aktives Tun deshalb an, weil der Angeklagte vor der Beschlußfassung über die Vereidigung erklärte, er wolle weiterhin »keinerlei Erklärungen zu diesem Fall abgeben«<sup>51</sup>.

## 2. Ein weiteres Resümee

Resümiert man diese wenigen Entscheidungen, so fällt zunächst einmal auf, daß das *RG* niemals eine Verurteilung des Angeklagten in einer Strafsache wegen Beihilfe durch Unterlassen gebilligt hatte. Auch für den *BGH* gilt nicht viel anderes: In seiner letzten Entscheidung wie in dem Dienststrafverfahren hatte er, ähnlich wie auch das *RG* in seinem ersten Urteil, mühsam auf aktives Tun abgestellt. In der 1953 von ihm entschiedenen Sache kam es auf

46 So auch *Rudolphi* in SK-StGB, 4. Aufl., vor § 153 Rn. 49; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 41), §74 Rn. 83; *Granderath* (Fn. 2), S. 234 Fn. 2; *Vollmann* (Fn. 2), S. 69f.; zustimmend aber Anm. *Martin*, LMNr. 53 zu §154 StGB.

47 *Bockelmann*, NJW 1954, 699; siehe auch *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, LH 5, 1982, Rn.380; *Willms* in LK, §154 Rn. 16; *Lenckner* in Schönke/Schröder, 24. Aufl., vor §§153ff. Rn.40; siehe auch schon *Mezger*, DR 1940, 6371; *Mittelbach*, DR 1940, 2235 f.; kritisch *Herzberg* (Fn. 2), S. 310.

48 KG, JR 1969, 26.

49 Siehe Anm. *Lackner*, JR 1969, 29ff.; *Willms* in LK, §154 Rn. 18; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn.41), §74 Rn. 83; *Arzt/Weber* (Fn.47), Rn. 378 Fn.47; *Krey*, Strafrecht BT/1, 8. Aufl. 1991, Rn. 578 Fn. 53; *Vormbaum* (Fn. 2), S. 287 Fn. 25.

50 *BGH bei Dallinger*, MDR 1974,14.

51 Kritisch auch *Willms* in LK, § 154 Rn. 15.

die Beihilfe durch Unterlassen nicht mehr an<sup>52</sup>, weil hier zudem strafbares aktives Tun gegeben war<sup>53</sup> - ein »wirres Konglomerat«<sup>54</sup>.

Somit bleiben also nur noch die beiden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen zu betrachten: Der Nachkriegsentscheidung des *OLG Hamm* ist zunächst einmal durch das erwähnte Urteil des *BGH* von 1962<sup>55</sup> die Grundlage entzogen, soweit es dort um das Leugnen des Angeklagten geht: Was für das wahrheitswidrige Bestreiten des Beklagten gilt, muß erst recht für das Leugnen des Angeklagten anerkannt werden. Alles andere stünde in Widerspruch zu »elementarsten Prozeßgrundsätzen«<sup>56</sup>. Für die Entscheidung des *KG* hat auch heute noch das Wort *Lackners* Bedeutung, sie sei ein »bisher unerörtertes Novum«<sup>57</sup>, indem sie auf eine Verpflichtung aus verwandtschaftlicher Beziehung abstellt, die Opferbereitschaft des Sohnes nicht anzunehmen. Über seine immanente Kritik hinaus sei zudem daran erinnert, daß die scharf von H. Mayer angegriffene »Sippenhaftung«<sup>58</sup>, Familienangehörige seien bei Strafandrohung verpflichtet, Straftaten zu verhindern, die noch in reichsgerichtlichen Entscheidungen zur Meineidsbeihilfe eine Rolle spielte<sup>59</sup>, inzwischen wohl allgemein in der Rechtslehre abgelehnt wird<sup>60</sup>.

Verfolgt man letzteres nicht weiter, bleibt für die beiden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen also nur die Frage zu prüfen, die nun auch durch die aktuelle Entscheidung des *OLG Hamm* wieder aufgeworfen worden ist: Kann das bewußt wahrheitswidrige Benennen von Entlastungszeugen als Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen bestraft werden? Immerhin ist vor der Inaugurierung dieser Rechtsprechung die falsche Zeugenbenennung sogar als aktive Beihilfe zum Meineid erörtert und bejaht worden<sup>61</sup>; dem ist das *OLG Hamm* zu Recht mit Hinweis auf *Otto*<sup>62</sup> entgegengetreten.

### B. Acht rechtliche Hürden

Im folgenden soll dies im Hinblick auf die aktuelle Entscheidung des *OLG Hamm* erörtert werden; dieser Fall dreisten Verhaltens seitens der Angeklagten gegenüber Mittäter und Rechtspflege mag eine geeignete Nagelprobe für die Konstruktion der Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen im Straf-

52 Siehe *BGSt* 12, 129 (132f.).

53 Ähnlich auch *OGH BZ* 2, 161 (163f.); *BGHSt* 4, 172; *BGHSt* 4, 248.

54 *Schünemann* (Fn. 2), S. 207; näher dazu *Vollmann* (Fn. 2), S. 29 ff., 71.

55 *BGHSt* 17, 321.

56 *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 41), §74 Rn. 82; ähnlich *Maurach*, *SJZ* 1949, 546.

57 Anm. *Lackner*, *JR* 1969, 30.

58 H. Mayer, *Materialien zur Strafrechtsreform* Bd. 1, S. 275.

59 *RGSt* 74, 283; wohl auch *RG*, *DR* 1940, 2234; siehe auch *BGHSt* 6, 332.

60 *Geilen*, *FamRZ* 1961, 157ff.; *Welp* (Fn. 2), S. 274ff.; *Bärwinkel*, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1968, S. 153ff.; *Brammsen* (Fn. 34), S. 161 ff.; siehe auch *OLG Stuttgart*, *NJW* 1986, 1767.

61 Siehe etwa *Freiesleben* in *Olshausen's Kommentar zum StGB*, 11. Aufl. 1927, §154 Anm. 14; *Ebermayer* in *LK*, 4. Aufl. 1929, §154 Anm. 10; *Frank*, *RStGB*, 18. Aufl. 1931, § 154 Anm. VII; das übersieht *Rudolphi* (Fn. 2) S. 165.

62 *Otto*, *JuS* 1984, 169.

recht darstellen. Es wird sich zeigen, daß auf dem Weg zur Bejahung der Strafbarkeit acht rechtliche Hürden überstiegen werden müßten - Hindernisse, die jeweils für sich allein gesehen vielleicht noch überwindbar sein mögen, aber jedenfalls kumuliert sich als zu hoch erweisen dürften: Zunächst kann das inkriminierte Vorverhalten der Angeklagten unter vier verschiedenen Gesichtspunkten kritisch betrachtet werden; unter weiteren vier Aspekten läßt sich sodann das inkriminierte Unterlassen hinterfragen.

## I. Das inkriminierte Vorverhalten

### 1. Pflichtwidrigkeit?

Der erste Gesichtspunkt, der eine Garantenstellung des Angeklagten aus vorangegangenem Tun in Frage stellt, leitet sich daraus her, daß jedenfalls nach herrschender Ansicht das Vorverhalten pflichtwidrig gewesen sein muß, was gerade auch von Kritikern dieser Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben wird<sup>63</sup>. An dieser Stelle rächt sich erstmals die etwa vom *BGH* ausgesprochene lapidare Annahme, daß die vom *RG* für die Partei im Zivilprozeß entwickelten Grundsätze für die Beteiligten im Strafverfahren »entsprechend« zu gelten hätten<sup>64</sup>. Denn da im Strafprozeß für den Angeklagten eine § 138 ZPO vergleichbare Wahrheitspflicht nicht existiert, ist das Aufstellen einer falschen Beweisbehauptung nicht pflichtwidrig, sondern vom Verteidigungsrecht des Angeklagten gedeckt<sup>65</sup> - unabhängig davon, ob man sogar ein »Recht auf Lüge« des Angeklagten anerkennt<sup>66</sup>. Für die Stellung eines Beweisantrages könnte anderes allenfalls dann gelten, wenn er die Voraussetzungen der Ablehnung wegen Verfahrensverschleppung im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO erfüllte<sup>67</sup>. Aber selbst für diesen Fall hat kürzlich der 4. Strafsenat des *BGH* erklärt, daß auch Beweisanträge in Verschleppungsabsicht erlaubtes Prozeßverhalten darstellen<sup>68</sup>; begründen läßt sich dies damit, daß deren Ablehnung nicht wegen Unzulässigkeit, sondern wegen Unbegründetheit zu erfolgen hat. Freilich handelt es sich hierbei für vorliegende Fragestellung um ein höchst theoretisches Problem, da sich die Benennung eines Zeugen in der Hoffnung, er werde wahrheitswidrig entlastend aussagen, und (ausschließliche!) Verschleppungsabsicht im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO praktisch ausschließen.

Im Fall des *OLG Hamm* kommt noch eines dazu: Jedenfalls der eine Angeklagte hat offenbar überhaupt keine falsche Beweisbehauptung aufgestellt; er erklärte nur, der zunächst unbekannte Dritte möge als »Tatzeuge« geladen

63 Siehe etwa *Rudolphi* (Fn.2), S. 166; *Herzberg* (Fn.2), S.309, *Schünemann* (Fn.2), S.214.

64 *BGH bei Dallinger*, MDR 1953, 272; siehe dazu *Schünemann* (Fn. 2), S. 205.

65 Siehe dazu *Maurach*, DStR 1944, 12 f.; *Vormbaum* (Fn. 2), S. 291.

66 Siehe dazu etwa *Rogall* (Fn.23), S.52ff.

67 So *Vormbaum* (Fn. 2), S. 291 Fn. 45, mit Hinweis auf *Dencker*.

68 *BGH bei Holtz*, MDR 1990, 885; kritisch hierzu *Scheffler*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 248.

werden - was jedenfalls im Hinblick auf den formellen Beschuldigtenbegriff durchaus korrekt ist. Auch von dem anderen Angeklagten wird nicht explizit in das Wissen des Dritten gestellt, daß hier Notwehr o.ä. vorgelegen hätte. Ihr Verhalten stellt sich damit, genau betrachtet, als prinzipiell erwünschte Prozeßförderung dar!

## 2. Gefahrschaffung?

Läßt man dies beiseite und geht man mit dem *OLG Hamm* davon aus, daß auch rechtmäßiges Vorverhalten Garantenpflichten auslösen kann, bleibt weiterhin zu fragen, ob denn durch die Zeugenbenennung eine »besondere« oder »inadäquate« Gefahrenlage geschaffen wird. *Maurach* hat bei prozeßordnungsgemäßigem Vorverhalten wie der »Benennung oder Stellung von Beweispersonen« eine solche Gefahr »allenfalls« dann für möglich erachtet, »wenn durch besondere, von der Prozeßpartei geschaffene oder ausgelöste Umstände die Versuchung zur falschen Aussage so groß ist, daß mit ihr ernstlich zu rechnen ist«<sup>69</sup>. Beispielhaft erwähnte er hierzu den oben erwähnten, vom *RG* entschiedenen Fall der Ausnutzung sexueller Abhängigkeit<sup>70</sup>. Dem Begriff der Gefahr stellt *Maurach* also den der bloßen »Versuchung« gegenüber - eine Formulierung, die bezeichnenderweise auch der *BGH* im Zusammenhang mit dem Gefahrbegriff verwendet hat<sup>71</sup>.

Die Unterscheidung von Gefahr und Versuchung ist hier deshalb sinnvoll, weil Ingerenz normalerweise davon abhängig gemacht wird, daß das Vorverhalten, mit *Rudolphi* formuliert, die Auslösung einer »zu einem Schaden hindrängenden Naturkraft« zur Folge hat<sup>72</sup>. Versteht man so den Begriff der Gefahr, mag eine solche in der Tat nur in einem Extremfall wie dem von *Maurach* erwähnten vorliegen. In allen sonstigen Varianten hat dann bei der Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen auf die »Eigenverantwortlichkeit des mündigen Zeugen«<sup>73</sup> abgestellt zu werden; die Falschaussage bleibe »das Werk des Zeugen selber«<sup>74</sup>. Es ist hier die Parallele zur Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft bemerkenswert: Während der Anstifter den Angestifteten nur in die Versuchung einer Straftatbegehung führt, wird der (defekte) Tatmittler in die Gefahr der Verwirklichung einer Rechtsverletzung gebracht. Insofern kann *Welp* zugestimmt werden, daß eine durch den Angeklagten geschaffene Gefahr nur dann vorliegt, wenn er »etwa eine unzurechnungsfähige, genötigte oder im Notstand befindliche Person als Zeugen benennt«<sup>75</sup>.

69 *Maurach*. DStR 1944, 19f.; siehe auch *Bockelmann*, NJW 1954, 700; *Welp* (Fn.2), S. 95f., 307ff.; kritisch *Geilen*, JZ 1965,472f.

70 RGSt 72,20.

71 Siehe *BGHSt* 2,129 (134); *BGHSt* 4,217 (219); *BGHSt* 14,229 (230).

72 *Rudolphi* (Fn. 2), S.74.

73 *Krey* (Fn.49), Rn.579.

74 *Herzberg* (Fn. 2), S. 309.

75 *Welp* (Fn. 2), S. 309; ähnlich *Willms* in LK, § 154 Rn. 17; *Kugler* (Fn. 2), S. 356f., 365; wohl auch schon *Maurach*, DStR 1944, 14f.; ablehnend *Brammsen* (Fn. 34), S. 310.

Darüber hinaus gibt es einen weiteren Gesichtspunkt, der die Gefahrschaffung durch die Benennung eines Tatbeteiligten als Zeugen höchst fragwürdig macht: Für diesen besteht nicht nur die Alternative zwischen (faktischem) Geständnis und Falschaussage, sondern § 55 StPO (und § 384 Nr. 2 ZPO) eröffnen gerade für diesen Fall als dritte Möglichkeit ein Auskunftsverweigerungsrecht für den bedrängten Zeugen, was in dieser Konstellation praktisch zum Zeugnisverweigerungsrecht in vollem Umfang erstarkt<sup>76</sup>. Nach dem Normzweck von §55 StPO soll gerade, mit den Worten des *BGH*, »einem Zeugen, der eine strafbare Handlung begangen hat, die seelische Zwangslage erspart bleiben, die sich für ihn ergeben würde, wenn er unter dem Druck der Aussagepflicht seine Verfehlung offenbaren und sich damit selbst der Gefahr einer nachträglichen Verfolgung durch den Strafrichter aussetzen müßte«<sup>77</sup>. Dem hiergegen gerichteten Einwand des *OLG Hamm*, eine Auskunftsverweigerung könnte nachteilige Schlüsse hinsichtlich der Tatbeteiligung des Zeugen zulassen, ist nunmehr der 5. Strafsenat des *BGH* mit dem überzeugenden Argument entgegengetreten, daß sich ohne Angleichung des §55 StPO an §136 StPO der formelle Beschuldigtenbegriff nicht halten läßt<sup>78</sup>. Dem weiteren Einwand, der Zeuge könnte über die Reichweite des Schutzes von § 55 StPO irren und sich demzufolge nicht zu schweigen »trauen«<sup>79</sup>, trägt § 157 StGB, die Strafmilderungsmöglichkeit bei Aussagenotstand, Rechnung, der auch bei erfolgter Belehrung nach § 55 StPO Anwendung findet und gerade dem das »Restrisiko« scheuenden Zeugen gerecht werden soll<sup>80</sup>. Daß die Vorschrift eine lediglich fakultative Strafmilderung vorsieht, läßt sich im übrigen eher als Rechtsfolge auf das Nachgeben einer Versuchung erklären als auf das Erliegen einer Gefahr<sup>81</sup>.

Ein weiteres Argument dafür, daß es hier um die bloße Schaffung einer Versuchung geht, läßt sich aus der Überlegung ableiten, daß niemand von einer Gefahr sprechen würde, wenn die Beziehung des Zeugen zu Tat oder Täter nicht für ein Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht genügt, der Zeuge also nur ehrenrühriges Verhalten (vgl. aber §384 Nr. 2 ZPO) einräumen müßte oder bloße Freundschaft zum Angeklagten (vgl. § 52 StPO) besteht<sup>82</sup>. Kann aber eine bloße »Versuchung« dann qualitativ in eine »Gefahr« umschlagen, wenn durch die Verweigerungsrechte zusätzlich eine dritte Reaktionsmöglichkeit geboten wird?

Im Fall des *OLG Hamm* ist zudem noch zu fragen, ob denn das Vorverhalten aller beider Angeklagten ursächlich für die angenommene Gefahrenlage

76 Siehe etwa *BGHSt* 10, 104 (105); *BGHSt* 17, 245 (247); *BGH*, *NStZ* 1986, 181; *BGH*, *StV* 1987,328 (329).

77 *BGHSt* 9, 34 (36); ähnlich *BGHSt* 17, 245 (246).

78 *BGH*, *StV* 1992, 355; ähnlich *OLG Stuttgart*, *NStZ* 1981, 272; *Dahs* in *Löwe/Rosenberg*, 24. Aufl., § 55 Rn. 17; *Rogall* (Fn. 23), S. 235, 256; siehe auch *E. Peters*, *ZZP* 77 (1964), 458f., 462.

79 Siehe *Bockelmann*, *NJW*1954, 698; *Welp* (Fn. 2), S. 310.

80 Siehe *BGH* bei *Holtz*, *MDR* 1977,460; *Welp* (Fn. 2), S. 310.

81 Siehe *Vormbaum* (Fn. 2), S. 291 Fn. 43.

82 Siehe dazu *Welp* (Fn.2), S. 308 Fn. 82; *Pfleiderer* (Fn.2), S.147; *Schmidt-Leichner*, *NJW*1952, 513.

des Zeugen geworden ist: Zunächst nannte der eine Angeklagte den Vornamen, sodann der andere den vollständigen Namen des Zeugen. War schon durch die Aussage des ersten Angeklagten der Zeuge ermittelt, wurde nicht mehr die Benennung durch den zweiten kausal; haben dagegen die Angaben von letzterem isoliert zur Zeugenladung geführt, konnte der andere Angeklagte ohnehin keine Gefahr mehr »geschaffen« haben.

### 3. Ingerenzzusammenhang?

Aber selbst wenn man die Schaffung einer besonderen Gefahrenlage unterstellt, fällt es schwer zu begründen, weshalb diese denn gerade auf dem, wenn schon nicht pflichtwidrigen, so doch, mit den Worten des *OLG Hamm*, »sozial inadäquaten« Verhalten des Angeklagten fußt. Denn auch dann würde die besondere Gefahrenlage nicht auf den entlastenden, unwahren Beweisbehauptungen eines entsprechenden Antrags beruhen, sondern allein auf der Benennung des Zeugen: Schon die Aufklärungspflicht in §244 Abs. 2 StPO verpflichtet regelmäßig das Gericht, einen Tatzeugen zu hören. Hierbei ist das Gericht nicht etwa an ein im Antrag des Angeklagten umschriebenes Beweisthema gebunden. Gegenstand der strafprozessualen Zeugenvernehmung ist immer der »Gegenstand der Untersuchung« gemäß §69 Abs. 1 StPO, also die Tat im Sinne von § 264 StPO<sup>83</sup>. Hier rächt sich ein weiteres Mal die pauschale Übertragung der zivilprozessualen Rechtsprechung auf das Strafverfahren: Im (kontradiktorischen) Zivilprozeß ergibt sich das Beweisthema zuvörderst aus dem Beweisbeschluß<sup>84</sup>, der wiederum in aller Regel entsprechende Behauptungen und Beweismittelbenennungen der Partei voraussetzt.

### 4. Schutzzweckzusammenhang?

Nimmt man trotz allem eine Garantenstellung aus Ingerenz an, ergibt sich als weiteres Problem die Frage nach den daraus resultierenden Pflichten oder, anders formuliert, nach dem Schutzzweckzusammenhang. In den einschlägigen Entscheidungen wird auch dann, wenn von einer Garantenstellung aus Ingerenz ausgegangen wird, häufig mehr oder weniger deutlich auf eine Beschützergarantie für den Zeugen abgestellt - was nur richtig sein könnte, nähme man etwa im Fall des *OLG Hamm* eine Gefahrengemeinschaft der drei Mittäter an<sup>85</sup>. Die Tendenz, Ingerenz statt als Überwachergarantie als Beschützergarantie zu deuten, findet sich aber auch in der Rechtsprechung des BGH zur Garantenstellung bei Notwehr, wenn er dort formuliert: »Wer durch einen rechtswidrigen Angriff eine Selbstgefährdung herbeiführt, kann hierdurch nicht erzwingen, daß der Angegriffene als Garant zu seinem

83 Siehe etwa *Lenckner* in *Sch/Sch*, vor § 153 ff. Rn. 14 m. w. N.

84 *BGHSt* 1,22 (24); *BGHSt* 3,221 (223).

85 Siehe dazu *Stree* in *Sch/Sch*, § 13 Rn. 24; *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1991, 29. Abschn. Rn. 71; *Bärwinkel* (Fn. 60), S. 117; *Geilen*, *FamRZ* 1961,153.

Beschützer wird.«<sup>86</sup> Jedenfalls: Da die Rechtspflicht zum Handeln auf das in dem fraglichen Tatbestand geschützte Rechtsgut bezogen sein muß, bedeutete dies, daß in §§ 153, 27 StGB das »Freibleiben von Verstrickung in Schuld und Strafe« (auch geschützt sein müßte<sup>87</sup> - eine Deutung, die zur Zeit der Entstehung dieser Rechtsprechung noch möglich gewesen sein mag<sup>88</sup>. Seit dem Übergang zum Prinzip der limitierten Akzessorietät 1943 geht es jedoch ausschließlich um das Verbot, die Gefährdung der staatlichen Rechtspflege durch Falschaussage herbeizuführen. Mit den Worten *Schünemanns*: »Die angebliche Garantenpflicht gegenüber dem potentiellen Meineidstäter liegt daher überhaupt nicht im Schutzbereich der §§153ff.«<sup>89</sup>

Richtigerweise muß jedoch in den Fällen, in denen die Rechtsprechung von Ingerenz ausgeht, der Umfang der Garantenpflicht vor dem Hintergrund bestimmt werden, daß hier höchstens eine Überwachergarantie des Angeklagten für die staatliche Rechtspflege angenommen werden kann. Spätestens an dieser Stelle erweist sich als ausschlaggebend, ob das Vorverhalten des Angeklagten pflichtwidrig oder aber prozeßordnungsgemäß gewesen ist. Ist er zur Vornahme einer Prozeßhandlung - hier: das Stellen eines Beweisantrages -berechtigt, so kann ihm nicht gleichzeitig die Pflicht der Verhinderung falscher Zeugenaussagen auferlegt werden<sup>90</sup>. Die Beseitigung dieser »Gefahr« für die Rechtsfolge unterfällt nicht mehr dem »sozialen Verantwortungsbereich« des Angeklagten: Das Gericht hat den Zeugen zur Wahrheit zu ermahnen (§ 57 StPO) und - wie im Fall des *OLG Hamm* - gemäß § 55 StPO zu befehlen; das Gericht muß Meineide in solchen Konstellationen gemäß §60 Nr. 2 StPO verhindern und hat Falschaussagen gemäß § 261 StPO bei der Urteilsfindung unberücksichtigt zu lassen.

Anderes könnte gelten, gäbe es eine Beschützergarantenpflicht gegenüber dem Staat mit der Pflicht: »Verhindere die Gefährdung der Rechtspflege durch falsche Aussagen.« Mangels strafprozessualer Wahrheitspflicht könnte man höchstens daran denken, ob hierfür der fair-trial-Grundsatz fruchtbar gemacht werden könnte. Nun muß nicht nur schon als äußerst zweifelhaft angesehen werden, ob dieser Grundsatz überhaupt für den einzelnen pflichtenbegründend wirken könnte<sup>91</sup>; unzweifelhaft kann jedenfalls nicht der Angeklagte zu einem »fairen Verfahren« gegenüber der Rechtspflege verpflichtet werden.

86 *BGHSt* 23, 327 (328); ähnlich für den sich verkehrsgerecht verhaltenden Kraftfahrer gegenüber dem Unfallopfer *BGHSt* 25, 218 (222); siehe zum Ganzen *Herzberg*, *JZ* 1986,989.

87 *Schünemann* (Fn.2), S. 216; *Vormbaum* (Fn.2), S. 287; ähnlich *Schmidt-Leichner*, *NJW*1952,513; *Geilen*, *JZ* 1965, 472;*Herzberg* (Fn. 2), S. 310.

88 Siehe *Schünemann* (Fn. 2), S. 216 Fn. 105; *Vormbaum* (Fn. 2), S. 287.

89 *Schünemann* (Fn. 2), S. 216; siehe auch *Stree*, FS f. Klug, 1983, S. 401.

90 Ähnlich *Vormbaum* (Fn. 2). S. 291 f.

91 Siehe H. *Schneider*, *Jura* 1989, 346 Fn. 31; siehe auch *Scheffler* (Fn. 68), S. 58 m. w. N. in Fn. 68.

## II. Das inkriminierte Unterlassen

Damit ergibt sich als Zwischenergebnis: Unter vier Gesichtspunkten ist es kaum möglich, das Tun von Angeklagten, soweit es sich um das Stellen eines bewußt wahrheitswidrigen Beweisantrages handelt, als Erfolgsabwendungspflichten auslösendes Vorverhalten anzuerkennen. Aber unabhängig davon bleibt zu prüfen, ob denn das vermißte Handeln - Richtigstellen der Zeugenaussage - überhaupt möglich, ursächlich, geboten und zumutbar wäre.

### 1. Möglichkeit?

Das *OLG Hamm* hat hierzu gemeint, die Angeklagten »hatten jedenfalls gem. §257 I StPO nach der Vernehmung die Möglichkeit zur Erklärung, die Aussagetat wäre dann noch nicht vollendet gewesen«<sup>92</sup>. Dem ist zu widersprechen. Das Erklärungsrecht steht den Angeklagten erst »nach jeder einzelnen Beweiserhebung« zu - also nach Abschluß der Vernehmung. Zu diesem Zeitpunkt ist die (uneidliche) Falschaussage regelmäßig vollendet<sup>93</sup>; anderes gilt höchstens dann, wenn etwa seitens der Staatsanwaltschaft der Entlassung des Zeugen widersprochen wird und offenkundig ist, daß die Staatsanwaltschaft dem Zeugen später noch Vorhalte machen möchte<sup>94</sup>. Hier scheint es also so, als ob die nie hinterfragte Übernahme der für die Meineidsbeihilfe entwickelten Rechtsprechung auf die ursprünglich nicht strafbare, heute praktisch viel relevantere uneidliche Falschaussage neue Probleme hervorgerufen hat.

In der Regel wird ein mögliches Mittel, die Vollendung der Falschaussage zu verhindern, demzufolge nur innerhalb des Fragerechts des Angeklagten gemäß § 240 StPO zu finden sein. Denn bei der Ausübung des Fragerechts ist anerkannt, daß auch Vorhalte zulässig sind, die eigenes Wissen des Vernehmenden zum Gegenstand haben<sup>95</sup>. Insoweit hatte das *KG* in seiner erwähnten Entscheidung recht, wenn es auf »richtigstellende Vorhalte« abhob<sup>96</sup>. Theoretisch besteht also zumindest die Möglichkeit, eine Richtigstellung zu unternehmen - es bleibt allerdings zu fragen, inwieweit von einem Angeklagten zu erwarten ist, eine Berichtigung durch die komplizierte Technik des Vorhaltes innerhalb der Ausübung seines Fragerechts vorzunehmen; rein praktisch gesehen dürfte andererseits wiederum das Gericht auch während der Vernehmung eines Zeugen den Angeklagten in jeder Form zu Wort kommen lassen, wenn er durch eine geständnisartige Richtigstellung eine Falschaussage verhindern will<sup>97</sup>. Kann aber ein genaugenommen prozeßordnungswidriges Verhalten strafrechtlich gefordert sein?

92 Siehe auch BGH bei *Dallinger*, MDR 1974, 14.

93 Näher dazu *Krey* (Fn. 49). Rn. 554 m. w. N.; siehe auch *Eben*, JuS 1970, 405 Fn. 65.

94 Siehe *BayObLG*, StV 1989, 251; siehe auch schon *OGHBZ2*, 161 (162f.).

95 *Meyer-Gößner* in *Kleinknecht/Meyer*, 40. Aufl., § 69 Rn. 7.

96 *KG*, JR 1969, 27 (28).

97 So wohl auch *Eben*, JuS 1970, 401.

## 2. Ursächlichkeit?

Bejaht man die Möglichkeit der Richtigstellung, bleibt weiter zu fragen, ob die Intervention mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg verhindert haben würde, also den Zeugen zu einer Aussagekorrektur veranlaßt hätte. Das mag man zwar in Konstellationen, in denen der Zeuge primär aus altruistischen Motiven falsch aussagt, problemlos annehmen können<sup>98</sup>. In Fällen, in denen der Zeuge aber durch die Falschaussage die eigene Strafbarkeit verdecken möchte, ist seine Reaktion schwerer vorherzusagen: Korrigiert er, entgeht er zwar sicher der Strafbarkeit nach §153 StGB (versuchte uneidliche Falschaussage ist nicht strafbar), hat aber in der Ursprungssache kaum noch eine Möglichkeit, die Überführung zu verhindern. Bleibt er bei seiner falschen Aussage, hat er die -wohl eher geringe - Chance, völlig straffrei auszugehen. Mag dies schon bei rationaler Kalkulation je nach Vorwurf und Beweissituation unterschiedlich zu entscheiden sein, so muß zudem Beachtung finden, daß das nicht wahrgenommene Auskunftsverweigerungsrecht auf ein Defizit diesbezüglicher Fähigkeiten des Zeugen hinweist. Die Ursächlichkeit der unterlassenen Berichtigung ist genauso fragwürdig wie die besondere Gefahrschaffung durch die Zeugenbenennung: In beiden Situationen soll frei verantwortliches Tun des Zeugen als eine determinierte Reaktion gewertet werden. Insofern ist es richtig, aber inkonsequent, wenn das *OLG Hamm* trotz Bejahung der Gefahrschaffung zur tatsächlichen Prüfung der Ursächlichkeit an das Landgericht zurückverwiesen hat. Angemerkt sei allerdings, daß die Rechtsprechung sich bei der Beihilfe häufig mit der bloßen Erschwerung der Deliktsverwirklichung durch das Eingreifen begnügt hat<sup>99</sup>.

## 3. Gebotensein?

Eine ganz andere Frage ist, ob eine Berichtigung der Zeugenaussage erforderlich bzw. (normativ) geboten ist. Soweit eine Beschützergarantenpflicht gegenüber dem Zeugen angenommen wird, muß dies zunächst einmal als äußerst zweifelhaft angesehen werden. Denn lautete die Pflicht: »Verstricke nicht den Zeugen in Schuld und Strafe«, so würde letzterer Erfolg ja gerade erst durch eine Berichtigung - jedenfalls im Fall des *OLG Hamm* - hervorgerufen: Die Berichtigung der Angeklagten dort hätte die Wahrscheinlichkeit erhöht, daß der Zeuge wegen der Wirtshausschlägerei bestraft wird. Überspitzt gesagt: Wären dort die Angeklagten Beschützergaranten für den Zeugen gewesen, könnte man eher eine Garantenpflicht dahingehend konstruieren, nach der Falschaussage des Zeugen bei ihrem eigenen Leugnen bleiben zu müssen.

Geht man von einer Beschützergarantie zugunsten des Zeugen aus, ist noch etwas anderes zu beachten: Das Gebotensein entfällt, wenn der Träger

<sup>98</sup> Siehe *Vollmann* (Fn. 2), S. 39; *Eben*, JuS 1970, 401.

<sup>99</sup> *BGH*, NJW 1953, 1838; *RGSt* 71, 176 (178); *RGSt* 73, 52 (54); *KG*, JR 1969, 27 (29); so auch *Eben*, JuS 1970, 401.

des gefährdeten Rechtsguts sich weigert, Hilfe anzunehmen<sup>100</sup>. Dies entspricht - spiegelbildlich gesehen - der Einwilligung bei den Begehungsdelikten<sup>101</sup>. Daraus folgt: Jedenfalls im Fall des *OLG Hamm* wäre bei Annahme einer Beschützergarantie anzunehmen, daß das Schweigen der Angeklagten zu der Falschaussage des Zeugen durch dessen mutmaßliche Einwilligung gedeckt ist, weil eine Richtigstellung der Aussage die Überführung wegen der Schlägerei bedeutete.

Aber auch dann, wenn man - eher richtig - davon ausgeht, daß - wenn überhaupt - nur eine Überwachergarantie zugunsten der Rechtspflege in Frage kommt, ergeben sich unter dem Gesichtspunkt des Gebotenseins Probleme. Zunächst einmal wäre mit *Vormbaum* auf das Verhältnis zur Nichtanzeige geplanter (besser: noch nicht beendeter) Straftaten gemäß §138 Abs. 1 StGB hinzuweisen<sup>102</sup>. Insbesondere wird die gemeinsame Tatbeteiligung, die ansonsten den Tatbestand des §138 StGB ausschließt<sup>103</sup>, hier auf einmal ursächlich für die Quasi-Anzeigespflicht. Das entscheidende Argument dürfte aber sein, daß Angeklagte zur Wahl des Erfolgsabwendungsmittel »Berichtigung« nicht verpflichtet sind: Sie dürfen gemäß §§ 136 Abs. 1, 243 Abs. 4 StPO die Einlassung (auch teilweise) verweigern. Wenn sie sogar zu einer Falschaussage anstiften, steht ihnen auch insoweit ein Schweigerecht zur Seite. Das bedeutet, daß eine Erfolgsabwendung durch Berichtigung jedenfalls dann normativ kein gebotenes Mittel darstellt, wenn und soweit diese durch Einlassung geschehen soll<sup>104</sup>. Nun stellt die Ausübung des Fragerechts durch den Angeklagten an sich noch keine (Teil-)Einlassung dar. Dies läßt sich aber praktisch kaum noch differenzieren, wenn es in Form von Vorhalten eigenen Wissens geschehen muß<sup>105</sup>.

#### 4. Zumutbarkeit?

Die achte und letzte Hürde betrifft nun das Korrektiv der Zumutbarkeit. Zwar dürfte bei aller Unsicherheit um dieses Prinzip geklärt sein, daß der *nemo-tenetur*-Grundsatz nicht von vornherein dazu zwingt, die Zumutbarkeit von Handlungspflichten deshalb zu verneinen, weil dann Strafverfolgung droht<sup>106</sup>. Für die Aussagedelikte läßt sich dies übrigens schon aus § 157 Abs. 1 StGB entnehmen<sup>107</sup>. In diesem Sinne hat sich in der hier interessierenden

100 *Haft*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1992, S. 176; siehe dazu auch *Ranft*, JZ 1987,910.

101 *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 175.

102 *Vormbaum* (Fn. 2), S. 287; ähnlich *Bindokat*, NJW1960,2319.

103 Siehe nur *Cramer* in Sch/Sch, §138 Rn. 20 m. w. N.

104 So wohl auch *Otto/Brammsen*, Jura 1985,451.

105 Siehe dazu *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Aufl. 1983, Rn.435.

106 Siehe dazu etwa *Forster*, Die Zumutbarkeit des Handelns bei Gefahr von Strafverfolgung, Diss. iur. Erlangen-Nürnberg 1971; *Freilesen*, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980, S. 176ff.; *Vollmann* (Fn. 2), S.76ff.; *Welzel*, JZ 1958, 495ff.; *Geilen*, FamRZ 1964, 386ff.; *Ulsenheimer*, GA1972,1 ff.

107 So schon *Schaffstein*, JW1938, 579; *E. Wolf*, ZAkDR 1938, 351.

Entscheidung auch das *OLG Hamm* geäußert. Allerdings war es nun ausgerechnet dasselbe Gericht, das, wengleich auch vor geraumer Zeit, in einem Fall von Meineidsbeihilfe durch Unterlassen die Zumutbarkeit der Berichtigung mit der entgegengesetzten Begründung verneinte<sup>108</sup>, was ansonsten nur noch einmal vom *LG Essen* angenommen wurde<sup>109</sup>. Aber auch bei Zugrundelegung der ganz herrschenden Ansicht findet sich ein Widerspruch: Wie kann man einerseits es für den Angeklagten als zumutbar ansehen, auch um den Preis der eigenen Verfolgung wegen der Vortat die Falschaussage zu verhindern, wenn man gleichzeitig - und noch dazu trotz Aussageverweigerungsrecht! - es für den Zeugen als Gefahr angesehen hat, nur durch eine Falschaussage der Strafverfolgung wegen der Vortat entgehen zu können<sup>110</sup>?

### C. Ein abschließendes Resümee

Es findet sich also bei der rechtlichen Ableitung der Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen ein achtfaches, teilweise eng miteinander verknüpftes Unbehagen - das kann kein Zufall sein: »Wer das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande«, sagt Goethe in seinen »Maximen und Reflexionen«. Das erste Knopfloch in dieser Konstruktion ist schon die Gefahrschaffung durch die Vorhandlung zur Begründung der Ingerenz. *Schünemann* hat Recht, wenn er die Rechtsprechung auf einen »die wahren Probleme verschüttenden begriffsjuristischen Ansatz« zurückführt<sup>111</sup>. Dabei gilt hier immer noch das Wort *Kohlrauschs*, die Unterlassungen gehörten zu den Gebieten, »auf denen letzten Endes das natürliche Rechtsempfinden entscheidet und auch feinste Logik nur Begründungsfassaden aufrichten kann«<sup>112</sup>. Besonders deutlich wird dies wieder im Urteil des *OLG Hamm*: Ausgehend von dem höchst umstrittenen und beinahe nichtssagenden Satz: »Rechtmäßiges Verhalten begründet Ingerenz bei Schaffung einer besonderen Gefahrenlage«<sup>113</sup> wird mit dem Zuknöpfen begonnen, ohne über die Begrifflichkeit hinaus zu erkennen, ob nicht das Zusammenspiel von materiellem und formellem Recht gerade die behauptete »Gefahrschaffung« bedingt. Denn betrachtet man dieses Zusammenspiel, läßt sich ganz klar eine gesetzgeberische Wertung erkennen<sup>114</sup>, so daß einem das Ergebnis beinahe in den Schoß fällt:

Der Angeklagte ist im Strafprozeß nicht zur Mitwirkung verpflichtet. Weder beweis-, noch strafzumessungs-, noch kostenrechtlich dürfen an seine

108 *OLG Hamm*, HEST 2, 241 (242) m. Anm. *Meister*, MDR 1948, 92, und Bespr. *Maurach*, SJZ 1949, 542.

109 *LG Essen*, NJW 1952, 116 (117); offen gelassen von RGSt 72, 20 (22); *Ulsenheimer*, GA 1972, 9, nennt hier noch zu Unrecht *LG Göttingen*, NJW 1954, 731.

110 So wohl auch *Welp* (Fn.2), S.96.

111 *Schünemann* (Fn. 2), S. 205.

112 *Kohlrausch*, ZStW 56 (1936), 178.

113 Siehe dazu *Pfleiderer* (Fn.2), S.146; *Welp* (Fn.2), S.308f.; *Schünemann* (Fn.2), S.208f.

114 Siehe aber *Grünwald*, ZStW 77 (1958), 432.

Verweigerung irgendwelche Folgerungen geknüpft werden. Selbst um dieses völlig sanktionsfreie Nichtstun ist eine Zone zumindest tolerierter aktiver Obstruktion gebildet: Stichwortartig ist hier etwa an die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung oder Gefangenenselbstbefreiung zu denken, an das Leugnen oder das Verwischen von Tatspuren - und natürlich das Aufstellen von bewußt wahrheitswidrigen Beweisbehauptungen. Erst in der Außenzone schlägt die Wertung um: Das »qualifizierte Leugnen« ist nach §§164, 145d StGB strafbar, das Legen falscher Tatspuren kann strafscharfend berücksichtigt werden<sup>115</sup>, bei »böswilliger Verfahrenverschleppung« kann die Untersuchungshaftanrechnung unterbleiben<sup>116</sup>. Aber selbst die aktive Anstiftung oder Beihilfe zur eigenen Strafvereitelung ist an sich straflos<sup>117</sup> und nur in bestimmten »Nebenwirkungen« pönalisiert: Etwa dann, wenn die Strafvereitelung durch ein Aussagedelikt erreicht werden soll!

Besonders deutlich wird die Situation bei der wohl noch nicht entschiedenen Konstellation des schweigenden Angeklagten, der Beweisanträge stellt<sup>118</sup>. Sein Schweigerecht und sein Recht, auch Beweisanträge mit bewußt unwahren Behauptungen zu stellen - die Antragstellung stellt natürlich keine Teileinlassung dar!<sup>119</sup> - sind nur dann miteinander in Übereinstimmung zu bringen, wenn der Angeklagte nicht durch Strafdrohung gezwungen wird, sein Schweigerecht aufzugeben, wenn seine zulässigerweise aufgestellten falschen Beweisbehauptungen bestätigt zu werden scheinen<sup>120</sup>.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob anderes in wohl lediglich theoretisch konstruierbaren Fällen gilt: *Herzberg* bildete das Beispiel, daß ein Straftäter »etwa im Zustand schuldausschließender Trunkenheit vom Zeugen das Versprechen eines Meineids erpreßt und das unwahre Zeugnis dann in der Verhandlung nicht verhindert«<sup>121</sup>. *Rudolphi* erfand die Konstellation des die Berichtigung Unterlassenden, der (zunächst!) irrtümlich einen »Zeugen von der Wahrheit einer falschen Angabe überzeugt« hatte<sup>122</sup>. An sich ist die Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen des Angeklagten jedenfalls nicht strafbar - eigentlich ist das, mit *Schünemann* gesprochen, »so evident, daß es keiner näheren Begründung bedarf«<sup>123</sup>.

115 Siehe dazu *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 235 f.

116 *BGHSt* 23, 307; BGH bei *Dallinger*, MDR1969, 722.

117 *BayObLG*. JR 1979, 252; a. A. noch *BGHSt* 17, 236; näher dazu *Stree* in Sch/Sch. §258Rn.38.

118 Siehe aber *BGH* bei *Dallinger*, MDR 1974,14.

119 *BGH*, *StV* 1990, 447.

120 Siehe *Herzberg* (Fn. 2), S. 310; zustimmend *Vormbaum* (Fn. 2), S. 290.

121 *Herzberg* (Fn. 2), S. 312; siehe auch *Welp* (Fn. 2), S. 309.

122 *Rudolphi* (Fn. 2), S. 172 Fn.72a; ähnlich wohl *Granderath* (Fn. 2), S. 246; ablehnend *Pfleiderer* (Fn.2), S.93f.; vgl. auch *Schünemann* (Fn.2), S. 209 Fn.71; *Vormbaum* (Fn. 2), S. 290; *Otto*, JK 1991, StGB § 154/1.

123 *Schünemann* (Fn. 2), S. 206.