

Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit

Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen das Schuldprinzip?

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

Der Jubilar schreibt in seinem Kommentar zu § 323a StGB: „Die Bedingung der Strafbarkeit soll den Bereich des Strafwürdigen einengen. Damit kann aber nicht erklärt werden, warum dieselbe Handlung ohne weitere Unrechtsfaktoren einmal Ordnungswidrigkeit (§ 122 OWiG), einmal kriminelles Unrecht sein soll.“¹ Es lässt sich dem einiges an Zweifel herauslesen: Zweifel, ob die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirklich immer so objektiv ist, und denen hier zu Ehren des Jubilars weiter nachgegangen werden soll.

I. Problemaufriss

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit zeichnet sich dadurch aus, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht auf sie beziehen muss.² Das macht sie so beliebt.

Eine solche Bedingung findet sich bei einigen Straftatbeständen des Besonderen Teils – gemein ist ihnen aber immer, dass sie „unrechtsneutral“ sein soll.³ Das muss sie sein, um keinen Verstoß gegen das Schuldprinzip zu begründen. Objektiv verwirklichtes Unrecht muss einem Täter individuell zugerechnet werden können. Deshalb kann eine Bedingung der Strafbarkeit, die neben dem Unrechtstatbestand steht, nur zulässig sein und gerade keinen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz begründen, wenn sie kein Unrecht verkörpert. Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz läge aber vor, wenn objektive Bedingungen der Strafbarkeit in Wahrheit denaturierte Schuldmerkmale⁴ sind, bei denen die Schuldbeziehung unzulässigerweise fehlt.⁵

II. Allgemeine Anerkennung der vierten Deliktsskategorie „objektive Bedingung der Strafbarkeit“?

Dies soll aber nicht so sein, weil das Unrecht im Tatbestand erfasst ist.⁶ Objektive Bedingungen der Strafbarkeit stellen

dagegen nach überwiegender Auffassung keine strafbestimmenden Merkmale dar, sondern lassen den für die Strafe maßgeblichen Unrechtsgehalt unberührt.⁷ Ob diese Ansicht tatsächlich die herrschende Meinung ist, kann aber bezweifelt werden. Es wird nämlich durchaus darauf hingewiesen, dass die dogmatische Legitimation der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nicht grundsätzlich und vor allem nicht bei jedem Tatbestand des Besonderen Teils aus seiner strafbarkeitseinschränkenden Funktion hergeleitet werden kann.⁸ So spricht etwa *Arthur Kaufmann* von einer „dogmatischen Verrenkung, die eine nicht bestehende Übereinstimmung mit dem Schuldprinzip vortäuscht“⁹ und *Sax* von einem „ärgerlichen Problem“¹⁰. Zum Teil wird sogar ausdrücklich zugegeben, dass ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz vorliege – den man aber hinnehmen müsse.¹¹ Viele haben sich wohl eher mit dem Rechtsinstitut der objektiven Bedingung der Strafbarkeit arrangiert.¹²

1. Abzugsthese

Doch sei mit der Ansicht – und sei sie auch nur aus Resignation geboren – begonnen, die einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz verneint und diese als Prüfungsmaßstab herangezogen, inwieweit objektive Bedingungen der Strafbarkeit tatsächlich unrechtsneutral sind.

minalpolitische Notwendigkeit miteinander zu vereinbaren, in den Griff zu bekommen.“ Siehe auch Seite 455: „Trotz aller Bemühungen, die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip in Einklang zu bringen, bleibt ein ungutes Gefühl. Auf der anderen Seite kann man sich den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht verschließen, die zu ihrer Entwicklung geführt haben.“

⁷ *Fischer* (Fn. 1), § 16 Rn. 27; *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 545 (557); *Schwalm*, MDR 1959, 906.

⁸ *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, 1957.

⁹ *Kaufmann*, JZ 1963, 435 (426); siehe auch *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 323a Rn. 9: „Zu vielen Bedenken aus dem Schuldprinzip immer noch unwiderlegt.“

¹⁰ *Sax*, JZ 1976, 9.

¹¹ *Krause*, Jura 1980, 449 (453); vgl. auch *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 323a Rn. 1: „Einzuräumen bleibt allerdings, dass sich keine der möglichen Deutungen widerspruchsfrei in den allgemeinen dogmatischen Systemzusammenhang einfügt.“ Zweifelnd auch *Schweikert*, ZStW 70 (1958), 697 (698).

¹² Siehe etwa *Geisler* (Fn. 2), S. 211 ff.; *Krause*, Jura 1980, 449 (451); *Rönnau/Bröckers*, GA 1995, 553.

Nach einer erst einmal plausiblen Abzugsthese¹³ umschreibt der Gesetzgeber das bereits per se strafwürdige Verhalten vollständig in dem jeweiligen Tatbestand.¹⁴ Das strafwürdige Verhalten sei jedoch als solches nicht als strafbedürftig zu werten.¹⁵ Deshalb verzichte der Gesetzgeber auf die Bestrafung des strafwürdigen Verhaltens und bestrafe nur im Falle des Eintritts einer Bedingung.¹⁶ Die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirkt danach wie ein Filter und ist für den Betroffenen ausschließlich strafbarkeitseinschränkend.¹⁷ Damit scheidet aber auch ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz aus, weil das strafwürdige Unrecht alleine durch den Tatbestand beschrieben sei.

Wenn diese These zutrifft, ist gegen die objektive Bedingung der Strafbarkeit tatsächlich schwerlich etwas einzuwenden, weil ihre Existenz den Täter, der in jedem Fall strafwürdiges Unrecht begeht, aber nicht in jedem auch bestraft wird, besserstellt. Zuzugeben wäre dann allenfalls, dass Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit schillernde Begriffe sind, die nicht immer einheitlich verwendet werden.¹⁸ In diesem Zusammenhang wird unter einem strafwürdigen Verhalten ein solches verstanden, bei dem der Täter die Strafe verdient. Ein strafbedürftiges Verhalten setzt darüber hinaus voraus, dass die Strafe für die Erhaltung des Rechtsfriedens notwendig ist.

2. Überprüfung der These anhand der §§ 323a, 231 StGB; §§ 130 OWiG, 283 StGB; § 104a StGB

Doch lässt sich diese These auch aufrechterhalten, wenn sie konsequent auf einzelne Tatbestände angewendet wird? Das eingangs genannte Zitat des Jubilars lässt zumindest an der Allgemeingültigkeit zweifeln.

Die Bestätigung der Abzugshypothese – oder eben ihre Nichtgeltung – findet sich in manchen Tatbeständen leichter als in anderen. Deshalb können drei Gruppen gebildet werden. Die erste soll das Problem beschreiben mit Tatbeständen, bei denen der fehlende Unrechtsbezug auch in der Literatur oftmals beklagt wird (§§ 323a, 231 StGB). Bei der zweiten Gruppe ist die objektive Bedingung der Strafbarkeit in den Tatbeständen als solche zwar anerkannt, aber ob der zweifelhaften Ergebnisse finden sich zumindest Alternativvorschläge (§§ 130 OWiG, 283 StGB). Und dann gibt es die Tatbestände, bei denen die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirklich keinen Unrechtsbezug hat, z.B. § 104a StGB.

¹³ Geisler, GA 2000, 166 (168); ders. (Fn. 2), S. 211; Gottwald, JA 1998, 343 (344); Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565.

¹⁴ Schwalm, MDR 1959, 906; Rönnau, JuS 2011, 697 (698).

¹⁵ Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565 (567).

¹⁶ Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 283 ff. Rn. 15; Satzger, NSTZ 1998, 112 (116).

¹⁷ Schwalm, MDR 1959, 906; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 208.

¹⁸ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 34.

a) §§ 323a/231 StGB

Das tatbestandsmäßige Verhalten des § 323a StGB ist das Sich-Versetzen in einen Rausch, bestraft wird aber nur, wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit – die Rauschtat – eingetreten ist. Trifft die Abzugshypothese zu, dann ist alleine das Sich-Versetzen in einen Rausch das strafwürdige Verhalten; die Begehung der Rauschtat dagegen vollkommen unrechtsneutral.¹⁹

Die Strafwürdigkeit kann nur aus einer angenommenen abstrakten Gefährlichkeit für die Allgemeinheit folgen, was aber nach Ansicht des Gesetzgebers offensichtlich für den Rauschtatbestand gilt. Das Herbeiführen eines Rausches ist danach stets als abstrakt gefährlich zu werten, so dass sich der soziale Unwert zu einem strafwürdigen Verhalten verdichtet.²⁰ Die Konzeption setzt damit nicht den Schuldgrundsatz außer Kraft, sondern schützt die Allgemeinheit vor der „unberechenbaren menschlichen Gefahrenquelle, die jeder vollständig Berauschte darstellt“.²¹ Auch der BGH²² betont bisweilen, der Rausch sei seit jeher als Quelle von Gewalttaten und anderen Rechtsbrüchen bekannt, weil er Eigenschaften wecke, die ansonsten beherrscht werden.²³ Auch der friedfertigste Mensch sei für die Dauer des Rausches für die Umwelt gefährlich.²⁴ Aus dieser Gefährlichkeit des Rausches folge das strafwürdige Unrecht.²⁵

Ganz unbestritten ist diese These aber nicht.²⁶ Jedenfalls aber lässt sich aus dem Umstand, dass es zu Straftaten im berauschten Zustand kommt, nicht folgern, dem Sich-Versetzen in diesen Zustand wohne grundsätzlich eine Erfolgsgefahr inne. Dem würde wohl auch die große Anzahl folgenloser Rausche widersprechen. Das folgenlose Sich-Versetzen in den Rausch als ein strafwürdiges Verhalten zu qualifizieren, könne jedenfalls schwerlich überzeugen.²⁷

¹⁹ Gottwald, JA 1998, 343 (344); Heger (Fn. 11), § 323a Rn. 1; auf das Risiko abstellend Schweikert, ZStW 70 (1958), 394 (403).

²⁰ Satzger, Jura 2006, 108 (111).

²¹ Kusch, NSTZ 1994, 131.

²² Siehe auch die Entscheidungen BGHSt 16, 124; 20, 294; 21, 334 (364). Insgesamt ist die Rechtsprechung aber nicht vollständig einheitlich, siehe dazu Fischer (Fn. 1), § 323a Rn. 18; Heger (Fn. 11), § 323a Rn. 14 und Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2018, § 323a Rn. 1.1 ff.

²³ BGH NJW 1961, 1733.

²⁴ BGH NJW 1961, 1733.

²⁵ Siehe auch Satzger, Jura 2006, 108 (111), nach dem die weit verbreitete Toleranz gegenüber dem Rausch aus der Gefahrwertung des Gesetzgebers keine unvertretbare mache.

²⁶ Siehe z.B. Paeffgen (Fn. 9), § 323a Rn. 9, der vor allem Kritik am Strafrahmen übt. Ähnlich macht schon Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565 (566), den Verstoß gegen den Schuldgrundsatz vom Strafmaß abhängig.

²⁷ Geisler, GA 2000, 167 (174); Sick/Renzikowski, ZRP 1997, 484 (487) m.w.N.

Letztlich wird die Gefährlichkeit eines konkreten Rausches erst durch die Rauschat – also dem eigentlich Unrechtsneutralen – gefolgert und der Nachweis einer abstrakten Gefahr gar nicht mehr versucht.²⁸ Es wird auch zutreffend bezweifelt, ob dies überhaupt gelingen könnte oder nicht gar aussichtslos wäre. Ein Rausch in einer Gesellschaft ohne Prohibition zu etwas abstrakt Gefährlichem zu erklären mit der Folge eines strafwürdigen Unrechts beruht jedenfalls auf einer nur behaupteten Gefährlichkeit für die Allgemeinheit. Wenn sie nur mit dem Hinweis auf die Rauschat bewiesen wird, verliert diese ihren unrechtsneutralen Charakter.

Daneben lässt die Ansicht, das Sich-Versetzen in einen Rausch sei strafwürdiges Unrecht, die Existenz des § 122 OWiG unerklärt, der die gleiche tatbestandliche Handlung enthält – was auch der Jubilar im eingangs genannten Zitat verwundert feststellt.

Bei der Beteiligung an einer Schlägerei nach § 231 StGB stellt sich das Bild nicht ganz so deutlich dar. Nach ganz h.M. ist eine Schlägerei oder ein von mehreren verübter Angriff per se so gefährlich, dass eine Beteiligung daran das strafwürdige Unrecht ausreichend beschreibt.²⁹ Da es erfahrungsgemäß bei Schlägereien oder von mehreren verübten Angriffen zu den beschriebenen schweren Folgen komme, sei alleine die Beteiligung daran strafwürdiges Unrecht.³⁰ Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip sei abzulehnen, weil mit dem Eintritt der schweren Folge die Gefährlichkeit der Handlung festgestellt worden sei und damit auch das Unrecht der Beteiligung.

Im gleichen Atemzug werden die Beweisschwierigkeiten betont, die sich aus einer unüberschaubaren Lage bei einer Schlägerei ergeben können.³¹ Der Tatbestand der Schlägerei sei notwendig, weil es den Beteiligten ansonsten möglich wäre, sich durch Schutzbehauptungen der Strafbarkeit zu entziehen.

Dieser Hinweis schwächt die h.M. aber eher als sie zu stützen, weil Schwierigkeiten beim Beweis das Unrecht schwerlich beschreiben können. Gerade die Beweisnot als Kriminalisierungsgrund offenbart Schwächen und führt letztlich zu einem fehlenden Schuldnachweis.³² So ist deshalb auch die h.M. nicht unangefochten, z.T. auch mit der Folge, dass § 231 StGB für verfassungswidrig gehalten wird.³³ Eine Beteiligung an einer Rauferei, die eine schwere Folge nicht befürchten lässt, verdiene keine Freiheitsstrafe bis zu drei

Jahren.³⁴ Es sei zumindest kein vollkommen unübliches Verhalten sich an „harmlosen Raufereien“ zu beteiligen.³⁵

Auch wenn es nicht ganz so eindeutig erscheint wie bei § 323a StGB, so lassen sich auch bei der Beteiligung an einer Schlägerei letzte Zweifel, dass das Unrecht vollumfänglich im Tatbestand umschrieben ist, nicht ausräumen.

Den Angriffspunkt liefert die h.M. mit ihrer Begründung – der Erfolg der schweren Folge indiziere die Gefährlichkeit der Tat³⁶ – selbst.³⁷ Wenn das Unrecht im Tatbestand und nur dort umschrieben ist, muss dem die Annahme zugrunde liegen, dass jegliche Rauferei typischerweise gefährlich und damit Unrecht ist.³⁸ Das ist Charakteristikum eines abstrakten Gefährdungsdelikts, bei dem die konkrete Gefahr gerade nicht gefordert wird.³⁹ Indem die h.M. den Eintritt der schweren Folge zum Indiz für die Gefährlichkeit macht, stellt sie das selbst in Frage und bricht damit mit der Dogmatik der abstrakten Gefährungsdelikte.⁴⁰ Dies wohl, weil es gar nicht so selbstverständlich ist, jegliche Schlägereien oder Angriffe mehrerer für gefährlich und damit ausreichendes Unrecht zu halten.

Man kommt bei diesen Tatbeständen nicht herum, die objektive Bedingung der Strafbarkeit bei der Feststellung des Unrechts zu berücksichtigen. Dieser Befund alleine – der im Übrigen nicht neu ist – lässt die Zulässigkeit objektiver Bedingungen noch nicht automatisch entfallen. Schließlich könnte es sich um ein Problem des Besonderen Teils handeln und nicht das Rechtsinstitut der objektiven Bedingung in Frage stellen. So werden in den neueren Publikationen zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit auch gerade die beiden genannten Tatbestände genannt und kritisch hinterfragt; freilich nicht mit der Folge, dass das ganze Rechtsinstitut in Frage gestellt wird, sondern „nur“ die beiden Tatbestände.

b) § 104a StGB

Es lassen sich nämlich auch Delikte anführen, bei denen die objektive Bedingung der Strafbarkeit⁴¹ keinen Unrechtsbezug

²⁸ Niu, Die objektive Bedingung der Strafbarkeit der §§ 283 ff., 2013, S. 101, die wegen des Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz eine Reform des Gesetzgebers fordert.

²⁹ Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 231 Rn. 2; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 231 Rn. 1.

³⁰ BGHSt 15, 369 (370).

³¹ Hohmann (Fn. 29), § 231 Rn. 27; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 11), § 231 Rn. 1.

³² Günther, JZ 1985, 585.

³³ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549.

³⁴ Rönnau, JuS 2011, 697 (698).

³⁵ Roxin (Fn. 18), § 23 Rn. 12. Siehe aber auch Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 231 Rn. 2: „Bei Schlägereien oder Angriffen mehrerer auf ein Opfer ist die schwere Folge, die in diesem Zusammenhang tatsächlich eintritt, regelmäßig auch vorhersehbar. Harmlose Schlägereien gibt es nicht.“

³⁶ Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 29), § 231 Rn. 6.

³⁷ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549 (555).

³⁸ Sehr ausdrücklich Eschelbach (Fn. 35), § 231 Rn. 2.

³⁹ Arthur Kaufmann, JZ 1963, 425 (432).

⁴⁰ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549 (555).

⁴¹ Die Natur als objektive Bedingung der Strafbarkeit soll hier mit der h.M. (Fischer [Fn. 1], § 104a Rn. 1; Finger, GA 50 [1903], 32 [46]; Kühl [Fn. 31], § 104a Rn. 1) erst einmal zugrunde gelegt werden. Mit gewichtigen Argumenten für eine Prozessvoraussetzung aber Kreß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 104a Rn. 7; Walter/Kargl, in: Kindhäu-

aufweist. Zu nennen ist hier z.B. die objektive Bedingung der Strafbarkeit nach § 104a StGB, nach der Angriffe gegen Organe oder Vertreter ausländischer Staaten, ihre Beleidigung oder die Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten nur strafbar sind, wenn diplomatische Beziehungen unterhalten werden und die Gegenseitigkeit verbürgt wird.⁴² Die Taten nach §§ 102–104 StGB sind für sich – wenn man mit diesen Topoi argumentieren möchte – strafwürdiges Unrecht.⁴³ Die Unterhaltung von diplomatischen Beziehungen oder die Verbürgung der Gegenseitigkeit haben keinen Einfluss auf das Unrecht der Tat.⁴⁴ Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz lässt sich also nicht ausmachen.

Allerdings eignet sich die Abzugsthese auch hier nicht, die objektive Bedingung der Strafbarkeit zu erklären. Diplomatische Beziehungen oder die Verbürgung der Gegenseitigkeit machen aus einer strafwürdigen Tat nämlich keine strafbedürftige Tat. Vielmehr ist die Tat als solche schon beides, strafwürdig und strafbedürftig. Der Gesetzgeber verzichtet aus ganz anderen – außerstrafrechtlichen – Gründen⁴⁵ auf die Bestrafung, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist.⁴⁶ So soll den deutschen Vertretern im Ausland ebenfalls Schutz gewährt werden und die objektive Bedingung ist ein außenpolitisches Druckmittel.⁴⁷

c) §§ 283 StGB, 130 OWiG

Es seien aber auch zwei Tatbestände genannt, bei denen die Abzugshypothese vordergründig zutrifft: bei dem Straftatbestand des Bankrotts und der Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung.

Nach § 283 StGB macht sich strafbar, wer in der Krise eine Bankrotthandlung vornimmt, etwa das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten oder das Unterlassen von Führen von Handelsbüchern. Demgegenüber lässt sich prima facie kaum etwas einwenden. Es ist eine plausible Annahme, dass die genannten Tathandlungen grundsätzlich gefährlich für das Gläubigervermögen und damit strafwürdige Handlungen sind, die Strafbedürftigkeit aber davon abhängt, dass das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt worden ist oder die Zahlungen eingestellt worden sind.⁴⁸

Die Analyse der abstrakten Gefährlichkeit der unterschiedlichen Tathandlungen gestaltet sich aber sehr disparat. Während bei den Varianten Abs. 1 Nr. 1–4 (das Eingehen von Verlustgeschäften, unwirtschaftliche Ausgaben sowie das Eingehen von Spiel- und Wettgeschäften) die Gefährdung ohne größere Probleme behauptet werden kann, weil sich das

Vermögen mindert oder die Anzahl der Teiler erhöht wird,⁴⁹ ist dies für andere Tatvarianten etwa das Unterlassen der Führung von Handelsbüchern (Abs. 1 Nr. 5), die nicht ordnungsgemäße Aufbewahrung der Bücher (Abs. 1 Nr. 6) oder Verstöße gegen das Bilanzrecht (Abs. 1 Nr. 7) nicht ganz so selbstverständlich.

Die abstrakte Gefährlichkeit auch z.B. von der nicht ordnungsgemäßen Führung der Bücher oder Bilanzrechtsverstößen lässt sich nach dem Gesetzgeber aus den damit resultierenden Fehleinschätzungen der wirtschaftlichen Lage, die zu Geschäftsabschlüssen führt, die mit den vorhandenen Kapitalmitteln nicht tragbar sind, folgern.⁵⁰ Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen diese Grundforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung seien deshalb sozial-ethisch zu missbilligen und damit strafwürdiges Unrecht.⁵¹

Auch dagegen lassen sich Bedenken vorbringen. Es müsste erklärt werden, aus welchem Grund es strafwürdiges Unrecht sein sollte, die Bücher nicht richtig oder nicht zu führen oder zu vernichten.⁵² Ein solches Verhalten – bliebe es folgenlos – wäre doch eher als Ordnungsverstoß zu werten, wie schon *Welzel* betonte.⁵³ Unrecht folge doch nur aus der damit einhergehenden Verletzung der Gläubigerinteressen.⁵⁴

Der Gesetzgeber hat die Bestrafung dennoch „nur“ von der objektiven Bedingung der Strafbarkeit abhängig gemacht. Grund für die Einschränkung war die Vermeidung von Denunziationen, die der Gesetzgeber befürchtete.⁵⁵ Es solle vermieden werden, dass in jedem Betrieb Ermittlungen darüber angestellt werden können, ob die Handelsbücher ordnungsgemäß geführt und aufbewahrt und die Bilanz rechtzeitig erstellt wird.⁵⁶

Damit ist das nicht ordnungsgemäße Führen und Aufbewahren der Bücher bzw. die unzureichende Bilanzierung für abstrakt gefährlich erklärt worden – es wird aber bis zum Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit geduldet.⁵⁷ Die Bedenken *Wetzels* sind aber niemals widerlegt worden, vielmehr wird die Gefährlichkeit dieser Verstöße gegen das Handels- und Bilanzrecht behauptet. Überzeugen kann es aber nicht, aus welchem Grund der Inhaber eines Unterneh-

ser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 104a Rn. 4; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (572).

⁴² Dazu grundlegend, *Finger*, GA 50 (1903), 32 (46).

⁴³ *Niu* (Fn. 28), S. 102.

⁴⁴ *Finger*, GA 50 (1903), 32 (46).

⁴⁵ *Finger*, GA 50 (1903), 32 (45); *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 22.

⁴⁶ Allgemein dazu *Roxin* (Fn. 18), § 23 Rn. 39.

⁴⁷ *Kreß* (Fn. 41), § 104a Rn. 3.

⁴⁸ *Bosch* (Fn. 16), Vor §§ 283 ff. Rn. 15; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (566); *Satzger*, Jura 2006, 108 (111).

⁴⁹ *Reinhart*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 283 Rn. 2.

⁵⁰ BT-Drs. 7/3441, S. 38.

⁵¹ *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 23.

⁵² So schon *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (566).

⁵³ *Welzel*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 103.

⁵⁴ So auch *Krille*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 105; anders ausdrücklich *Wilhelm*, NStZ 2003, 511 (513).

⁵⁵ BT-Drs. 7/3441, S. 38.

⁵⁶ *Lackner*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 103; zu den Beweisschwierigkeiten *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 23.

⁵⁷ BGHSt 21, 231; *Wilhelm*, NStZ 2003, 511 (513).

mens, das seine Verträge ordnungsgemäß erfüllt, strafwürdiges Unrecht begeht, wenn er seine Bücher nicht ordnungsgemäß verwahrt.

Ein scheinbares Argument für die Gefährlichkeit dieser Handlungen ist das tatbestandsmäßige Merkmal „in der Krise“. Zuzugeben ist hier, dass der Verstoß gegen kaufmännische Buchhaltungspflichten in der Krise gefährlicher sein mag als ohne diese. Es soll aber bestritten werden, dass diese ausreicht, um strafwürdiges Unrecht zu beschreiben. Auch durch das Merkmal der Krise wird nur eine unerwünschte Handlung beschrieben, die aber ohne den Erfolgseintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nicht überzeugend als strafwürdig erachtet werden kann.⁵⁸

Letztlich sieht auch die h.M. das Problem durchaus – verlagert es aber auf eine andere Ebene. So ist anerkannt, dass eine Bankrotthandlung – etwa durch eine fehlerhafte Buchführung – die Strafbarkeit nach § 283 StGB nicht entstehen lässt, wenn die spätere Insolvenz oder Zahlungseinstellung in keinerlei Zusammenhang mit der Tathandlung steht⁵⁹ (etwa, weil der einzige Großkunde abhandenkommt). Damit wird aber letztlich zugegeben, dass die tatbestandsmäßige Handlung als solche das Unrecht nicht beschreibt, sondern mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit zusammengelesen werden muss.⁶⁰

Ähnliches wird bei der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG angenommen, der nach einem Teil der Literatur ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist.⁶¹ Geahndet wird das Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen im Unternehmen nur, wenn als objektive Bedingung der Ahndbarkeit tatsächlich eine Zuwiderhandlung eingetreten ist. Grundsätzlich sei schon das Unterlassen der Aufsichtsmaßnahmen als solches so gefährlich, dass es als der Ahndung würdiges Unrecht ausreicht. Das Merkmal der tatsächlichen Zuwiderhandlung wäre demnach eine reine Einschränkung der Ahndbarkeit.⁶² Gleichzeitig soll sie aber auch Indiz für den Organisationsmangel im Unternehmen sein.⁶³

Doch all dem Hype um Compliance ungeachtet: Wenn ein Unternehmen funktioniert, auf Vertrauen aufgebaut ist – etwa, weil es sich um einen Familienbetrieb handelt – und eben auch keine Straftaten passieren (!): warum sollte dann fehlende Aufsicht strafwürdig sein? Auf die Kritik und die gemachten Lösungsvorschläge soll unten kurz eingegangen

werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle lediglich darauf, dass eine fehlende Aufsicht und eine mangelnde Organisation alleine ohne jeden Zusammenhang mit der konkreten Zuwiderhandlung als Begründung für die Ahndbarkeit auch nach h.M. nicht ausreicht.

d) Zwischenergebnis

Die Einteilung in unrechtsrelevante und unrechtsneutrale Bedingungen der Strafbarkeit ist folglich schwierig und umstritten. Die Abzugshypothese – so sympathisch sie ist – kann jedenfalls zur Überzeugung aller und ohne Systembrüche nur in wenigen Tatbeständen verifiziert werden.⁶⁴

III. Abschaffung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit?

Ergibt sich damit, dass das Regelungsinstrument der objektiven Bedingung der Strafbarkeit vollständig abzulehnen ist? Eine grundsätzliche Diskussion über die objektive Bedingung der Strafbarkeit fand in der Großen Strafrechtskommission⁶⁵ und auf der Strafrechtslehrertagung 1959⁶⁶ in Erlangen statt. Beide Diskussionen zeichnen sich dadurch aus, dieses Rechtsinstitut grundsätzlich in Frage gestellt zu haben.

Wenn man den Meinungsstand clustern möchte – und im Zuge dieses Beitrags mag dies der Verständlichkeit dienen –, so zeigen sich in den genannten Diskussionen und der Aufbereitung in der Literatur drei Grundströmungen: Auf der einen Seite die völlige Ablehnung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, auf der anderen Seite seine Akzeptanz und ein wenig vermittelnd, diejenigen, die wie oben bereits angedeutet, sich auf die Analyse einzelner Tatbestände beschränken und das Rechtsinstitut einzelfallgerecht gutheißen wollen.

Schwere Bedenken gegen die Rechtsfigur sind z.B. erhoben worden von *Bockelmann*. Er weist in der großen Strafrechtskommission darauf hin, es sei der Sinn der Tatbestandsmerkmale, dass in ihnen alle Voraussetzungen zusammengefasst sind, die gegeben sein müssen, damit ein staatlicher Strafanspruch entsteht.⁶⁷ Wörtlich betont er: „Nach meiner Meinung gibt es keine objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Dass es sie nicht gegen kann, folgt aus dem Grundsatz: Keine Strafe ohne Schuld.“⁶⁸ Auch *Armin Kaufmann*, *Bemmann* und *Hass* wenden sich gegen das Regelungsinstitut. Im Detail unterscheiden sich die Ansichten

⁵⁸ Siehe aber auch *Tiedemann*, NJW 1977, 777 (781), nach dem die Delikte durch die Einführung des Merkmals der Krise zu konkret-abstrakten Gefährnungsdelikten werden.

⁵⁹ *Wilhelm*, NSZ 2003, 511 (513).

⁶⁰ Folgerichtig verneint *Geisler* (Rn. 2), S. 492, das Erfordernis des Zusammenhangs, weil dies dem Sinn und Zweck einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit entgegensteht.

⁶¹ *Engelhart*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 130 OWiG Rn. 6.

⁶² Siehe dazu *Will*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von Aufsichtspflichten, 1998, S. 89.

⁶³ *Beck*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand 15.6.2018, § 130 Rn. 79.

⁶⁴ Schon *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 215.

⁶⁵ Siehe dazu die Diskussionen in Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 5, 1958, 53.–58. Sitzung, Allgemeine Fragen zum Besonderen Teil und Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, 76.–90. Sitzung, Besonderer Teil.

⁶⁶ Siehe dazu *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 545; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565.

⁶⁷ *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 5, 1958, 55. Sitzung, S. 84 (85).

⁶⁸ *Bockelmann* (Fn. 67), S. 84 (85).

zwar, aber im Ergebnis wurde eine Gesetzgebungstechnik mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit abgelehnt. Während *Bemmann* das begründet mit einem geschlossenen System aus Tatbestand/Rechtswidrigkeit und Schuld,⁶⁹ stützt sich *Hass* auf die historische Auslegung und wehrt sich dagegen, Richterrecht in kodifiziertes Recht zu übertragen,⁷⁰ wenn es an einer dogmatischen Linie fehle.⁷¹ Und *Armin Kaufmann* äußert offen seine Verwunderung darüber, aus welchem Grunde ausgerechnet die objektive Bedingung der Strafbarkeit aus *Belings* Normentheorie sich allgemeiner Anerkennung erfreue.⁷²

Grundsätzlich anerkannt wird die Regelungsart dagegen von *Jakobs*⁷³ und *Baumann*. Für *Jakobs* ist die objektive Bedingung eine Erfolgsmaterialisierung, welche die Notwendigkeit des Verbots der abstrakten Gefährdung demonstriert. Seiner Ansicht nach hat die objektive Bedingung der Strafbarkeit eine rückwirkende und aufschiebende Funktion, ohne die das Unrecht gar nicht materialisiert worden wäre. Eine neue Kategorie führt *Baumann* ein, nach der es sich bei den Bedingungen der objektiven Bedingung der Strafbarkeit um „Risikomerkmale“ handelt.⁷⁴ Mit der tatbestandlichen Handlung schaffe der Täter ein Risiko, für das er bestraft werden könne, wenn sich der Erfolg realisiert. Er gesteht aber auch offen ein, dass objektive Bedingungen der Strafbarkeit Merkmale sind, die eigentlich der Umschreibung der strafbaren Handlung dienen, aber aus kriminalpolitischen Erwägungen nicht der günstigen Irrtumsregel unterliegen dürfen.

IV. Objektive Bedingung der Strafbarkeit als Beschreibung eines konkreten Gefährdungsdelikts?

Eine Abschaffung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit oder das Verdikt der Verfassungswidrigkeit zumindest einzelner Tatbestände ist aber gar nicht nötig, wenn der Vorwurf, die Bedingung enthalte Unrechtsmerkmale, durch Auslegung entkräftet werden könnte.

Das Grundproblem bei den Tatbeständen, in denen ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz entweder allgemein oder zumindest an dieser Stelle beklagt wird, ist ihre Interpretation als abstraktes Gefährdungsdelikat, welches das Unrecht eines typischerweise gefährlichen Verhaltens umschreibt – gerade diese in allen Fällen aber bei den genannten Vorschriften mehr oder weniger deutlich nicht vorliegt.

Es gibt aber durchaus Bemühungen, aus den einzelnen Tatbeständen (zumindest beinahe) konkrete Gefährdungsdelikte zu machen.

⁶⁹ *Bemmann* (Fn. 8), S. 14.

⁷⁰ Zur Entwicklung des Richterrechts zur objektiven Strafbarkeitsbedingung, *Krause*, Jura 1980, 449 (450 f.); *Niu* (Fn. 28), S. 63 ff.

⁷¹ *Hass*, ZRP 1970, 196 (197).

⁷² *A. Kaufmann* (Fn. 64), S. 214.

⁷³ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 10/1 ff.

⁷⁴ *Baumann/Weber*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, § 31 S. 464.

1. Vorschläge zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 231/323a StGB

Im Tatbestand der Schlägerei sieht z.B. *Bemmann* ein konkretes Gefährdungsdelikat mit der Konsequenz, dass die schwere Folge in den Tatbestand hineingelesen werden, der Täter mithin Vorsatz bezüglich dieser Folge gehabt haben muss.⁷⁵ Eine Einschränkung nimmt er aber insofern vor, als er kein voluntatives Element fordert, sondern nur Wissen.⁷⁶

Dem nicht unähnlich ist der Ansatz von *Hirsch*, nach dem die schwere Folge zwar zum Unrechtsgehalt gehört, aber kein Vorsatz erforderlich sei, sondern nur Fahrlässigkeit.⁷⁷ Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit sollen ausgeräumt werden, indem nur der Täter wegen der schweren Folge bestraft wird, für den diese zumindest vorhersehbar war.⁷⁸ Danach handelt es sich bei der Schlägerei nicht um ein abstraktes, sondern um ein „verobjektiviertes, konkretes Gefährdungsdelikat“. Die Strafandrohung des § 231 StGB könne aus den oben genannten Gründen – dass eine harmlose Rauferei keine Freiheitsstrafe über drei Jahre nach sich ziehen könne⁷⁹ – nur dahingehend eingeschränkt werden, dass der Normbefehl des § 231 StGB lautet: „Beteilige dich nicht an einer konkret gefährlichen Rauferei“. Damit wird zwar noch nicht der Weg gegangen, die Schlägerei allgemein zu einem konkreten Gefährdungsdelikat zu machen, weil vom Täter kein Vorsatz bezüglich der schweren Folge verlangt wird, sondern ein Sorgfaltpflichtverstoß ausreichen soll.

Durchsetzen konnte sich diese Lesart bei § 231 StGB nicht – in § 323a StGB sieht aber eine „starke Mindermeinung“⁸⁰, die „vermehrt Zuspruch gewinnt“⁸¹ ein konkretes Gefährdungsdelikat.⁸² Danach wird das Unrecht in § 323a beschrieben als Sich-Versetzen in den Rausch bei objektiver Gemeingefährlichkeit dieses Zustandes bzw. einer konkreten Gefährlichkeit des Rausches.⁸³ Auf diese Gefährlichkeit muss sich der Vorsatz des Täters bezogen haben – nicht dagegen auf die konkrete Rauschatat.

2. § 283 StGB als konkretes Gefährdungsdelikat

Während eine Interpretation als konkretes Gefährdungsdelikat bei § 323a StGB immerhin beachtlich viele Fürsprecher hat, wird dieser Lösungsweg beim Bankrottatbestand nur vereinzelt besprochen, insbesondere bei *Trüg/Habetha*⁸⁴.

⁷⁵ *Bemmann* (Fn. 8), S. 42 ff.

⁷⁶ *Bemmann* (Fn. 8), S. 42 ff.

⁷⁷ *Hirsch*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 11. Aufl. 2003, § 227 Rn. 1; zustimmend *Roxin* (Fn. 18), § 28 Rn. 12; *Rönnau*, JuS 2011, 698 (698); ablehnend *Niu* (Fn. 26), S. 98.

⁷⁸ So schon BGH JR 1958, 28.

⁷⁹ *Roxin* (Fn. 18), § 28 Rn. 12.

⁸⁰ *Paeffgen* (Fn. 8), § 323a Rn. 10 m.w.N.

⁸¹ *Geisler*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 323a Rn. 9.

⁸² *Geisler* (Fn. 81), § 323a Rn. 9 m.w.N.

⁸³ *Otto*, Jura 1986, 478.

⁸⁴ *Trüg/Habetha*, wistra 2007, 365.

Die Autoren nähern sich einer Einschränkung des Tatbestandes aber nicht, indem sie die objektive Bedingung der Strafbarkeit hinterfragen oder gar ihre Legitimität bezweifeln.⁸⁵ Diese lassen sie ausdrücklich offen. Es geht ihnen auch nicht darum, eine allgemeine Lösung für das umstrittene Konstrukt zu finden, sondern sie thematisieren in ihrer Untersuchung den Zusammenhang zwischen Tathandlung und § 283 Abs. 6 StGB.⁸⁶ Diesen wollen sie eingrenzen, indem sie aus § 283 StGB ein konkretes Gefährdungsdelikt machen. Ausgangspunkt ist die Feststellung, der Gesetzgeber habe die Strafbarkeit der Bankrothandlungen nicht jenseits des Erfolges normieren wollen, sondern nur beim Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Daraus müsse aber gefolgert werden, dass eine konkrete Gefahr vorgelegen haben muss, auch wenn diese nicht *expressis verbis* im Tatbestand genannt sei. Die abstrakte Gefahr könne nicht ausreichen und Abs. 6 käme die Bedeutung zu, die abstrakte Gefahr zu konkretisieren. Zum Beweis ziehen sie Literaturstimmen heran, die unausgesprochen auf die Natur als konkretes Gefährdungsdelikt hindeuten.⁸⁷

Leider bleiben auch sie hier auf halber Strecke stehen, weil sie 1. nicht genau darlegen, welche Konsequenzen es hat, wenn der Bankrott ein konkretes Gefährdungsdelikt ist und sie 2. sich nicht zum erforderlichen Vorsatz verhalten, bzw. ausdrücklich betonen, es bedürfe nicht des Vorsatzes bezüglich der Einleitung bzw. der Ablehnung des Insolvenzverfahrens bzw. der Zahlungseinstellung.

3. Die Zuwiderhandlungsgefahr im Tatbestand des § 130 OWiG

Die Bestimmung der Rechtsnatur des § 130 OWiG als konkretes oder abstraktes Gefährdungsdelikt ist seit jeher umstritten und dieser Streit soll hier als Anhaltspunkt für eine Lösung herhalten. Für die Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung vertritt sogar ein nicht unbeachtlicher Teil der Literatur, sie sei ein konkretes Gefährdungsdelikt,⁸⁸ was er aus der Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingung folgert.

§ 130 OWiG erfordert wie oben kurz dargestellt das Unterlassen der Aufsichtsmaßnahmen im Unternehmen, die erforderlich sind, eine Zuwiderhandlung eines Mitarbeiters zu erschweren oder zu verhindern. Für den Tatbestand ist es nicht erforderlich, dass es tatsächlich zu einer Zuwiderhandlung gekommen ist; diese ist als objektive Bedingung der

Ahndbarkeit ausgestaltet. Aus dieser Einordnung folgert ein Teil der Literatur, es handle sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁸⁹ Der Tatbestand erschöpfe sich in der Nichtvornahme der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, ohne dass es auf einen konkreten Gefährdungserfolg ankomme. Der Eintritt einer Gefahr sei nur gesetzgeberischer Grund für die Bußgeldandrohung, der Unwert äußere sich aber schon in der Tathandlung.

Richtigerweise ist § 130 OWiG aber ein konkretes Gefährdungsdelikt, mit der Folge, dass die abzuwendende Zuwiderhandlungsgefahr in den Tatbestand hinein zu lesen ist. Das kann bei § 130 OWiG schon daraus gefolgert werden, dass sich der Sanktionsrahmen nach der Anknüpfungst richtet.⁹⁰ Die Zuwiderhandlung muss damit einen Anknüpfungspunkt im Unrecht haben, weil es schwerlich zu erklären ist, dass nicht nur die Frage der Ahndbarkeit, sondern auch ihre Höhe völlig vom Verhalten des Täters entkoppelt sein sollte.⁹¹

Nun ist dieses Argument nicht unmittelbar auf andere Tatbestände zu übertragen. Die Natur des § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt folgt darüber hinaus aber auch aus der Erfolgsbezogenheit der Zuwiderhandlung. Ohne den Erfolg der objektiven Bedingung der Ahndbarkeit zu kennen, lässt sich nicht bestimmen, welche Aufsichtsmaßnahmen erforderlich sind und wie diese konkret vorzunehmen sind. Die Verhaltensbeschreibung hängt damit vom konkreten Erfolg, der konkreten Zuwiderhandlung, ab.

Das kann aber nicht dazu führen, dass die Zuwiderhandlung in den objektiven Tatbestand einzubeziehen ist. Das wäre gar nicht möglich, weil sich in diesem Fall der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Normadressaten auf die Zuwiderhandlung beziehen müsste. Das würde § 130 OWiG aber überflüssig machen, weil der Inhaber des Betriebs dann selbst Täter der Zuwiderhandlung (durch Unterlassen) wäre.⁹²

Deshalb muss man auf das Vorstadium, d.h. auf die *Gefahr* der Zuwiderhandlung abstellen. Diese kann im Wege einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes in den objektiven Tatbestand hineingelesen werden. Damit ist die Tathandlung umschrieben als das Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, die der Abwendung und Beseitigung von konkreten Zuwiderhandlungsgefahren dienen. Von dem Inhaber des Unternehmens wird also nicht erwartet, durch seine Aufsicht jegliche Zuwiderhandlungen zu erschweren oder zu verhindern, sondern nur solche bezüglich derer eine Gefahr besteht.⁹³ Das kann sich aus der Konkretisierung nach Gefahrenkreisen, wie z.B. bei Verstößen gegen Umweltvorschriften, Absprachen, Bestechungen oder ähnliches ergeben. Liegt eine solche Gefahr vor, ist sie Tatbestandsmerkmal und die gehörige Aufsicht verpflichtend.

Lediglich die Einordnung des § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt kann der engen tatbestandlichen Verknüpfung

⁸⁵ Trüg/Habetha, wistra 2007, 365.

⁸⁶ Dazu schon Tiedemann, NJW 1977, 777 (782).

⁸⁷ Trüg/Habetha, wistra 2007, 365 (370), mit besonderer Betonung auf *Otto*, in: Baltzer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1973, S. 282, der ausführt, dass sich im Eintritt der Strafbarkeitsbedingung jene Gefahr realisiert hat, die in der Krisensituation ihren Ausdruck fand bzw. Anfang nahm.

⁸⁸ Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 1; Wilhelm, Das Ausmaß der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen iSd. § 130 OWiG, 2013, S. 48; Bock, ZIS 2009, 68 (72); Theile/Petermann, JuS 2011, 496 (497).

⁸⁹ Beck (Fn. 63), § 130 Rn. 17.

⁹⁰ Rogall (Fn. 88), § 130 Rn. 19.

⁹¹ Rogall (Fn. 88), § 130 Rn. 19.

⁹² Wilhelm (Fn. 88), S. 49.

⁹³ Wilhelm (Fn. 88), S. 49.

fung in Form eines Zurechnungszusammenhangs zwischen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahme und der Zuwiderhandlung gerecht werden. In der Konsequenz bedeutet dies aber auch, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf die betriebstypischen Gefahren beziehen müssen.⁹⁴

Diese Lösung ist nicht entwickelt worden ist, um einen Verstoß gegen das Schuldprinzip durch eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit zu verhindern, sondern um die tatbestandliche Handlung des § 130 OWiG überhaupt beschreiben zu können. Sie ist aber auch geeignet, die Bedenken, die gegen objektive Bedingungen der Ahndbarkeit bzw. Strafbarkeit erhoben werden, zu beseitigen.

4. Herbeiführung einer konkreten Gefahr als Folge einer unrechtsbezogenen objektiven Bedingung der Strafbarkeit

Damit gibt es also unterschiedliche Vorschläge – jeweils deliktsbezogen – aus den angeblich abstrakten Gefährdungsdelikten konkrete zu machen. Es kann ihnen ein allgemeiner Grundsatz entnommen werden, nach dem abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen die Strafbarkeit von dem in einer objektiven Bedingung beschriebenen Erfolg abhängt, in konkrete Gefährdungsdelikte umzudeuten sind. Das hat dann aber mit aller Konsequenz zu erfolgen und das bedeutet vor allen Dingen, dass sich auch der Vorsatz – oder gegebenenfalls die Fahrlässigkeit – des Täters auf die konkrete Gefahr beziehen muss.

Diese Ansätze beruhen auf abweichenden Motivationen, insbesondere um bei den Bankrotthandlungen die Insolvenz und die Zahlungseinstellung nicht vollkommen ohne Zusammenhang stehen zu lassen oder bei der Aufsichtspflichtverletzung eine Beschreibung der geforderten Handlung überhaupt zu ermöglichen.

Der dabei gefundene Ansatz, die Gefahr des beschriebenen Erfolges in den Tatbestand hineinzulesen, lässt sich aber als ein genereller Lösungsweg auch beschreiten, um den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 323a StGB und § 231 StGB zu begegnen. Zum Teil ist die Literatur diesen Weg schon gegangen, indem auch diese Tatbestände als abstrakt-konkrete oder sogar konkrete Gefährdungsdelikte interpretiert werden.

Diese vereinzelt Ansätze lassen sich zu einer generellen Interpretationsmöglichkeit zusammenfassen. Damit lassen sich nicht nur die sich in den einzelnen Tatbeständen stellenden Probleme – insbesondere beim Zusammenhang zwischen der Tathandlung und dem in der objektiven Bedingung der Strafbarkeit niedergelegten Erfolg – lösen, sondern auch der Vorwurf, die Strafbarkeitsbedingung sei schuld begründend, entkräften.

Unrechtsbezogene objektive Bedingungen der Strafbarkeit – also solche, die zur Beschreibung des Unrechts notwendig sind, weil die Handlungsbeschreibung das Unrecht nicht vollständig abdeckt – sind nicht vollständig in den Tatbestand hineinzulesen, wohl aber die konkrete Gefahr des Erfolges.

Danach macht sich wegen Beteiligung an einer Schlägerei strafbar, wer sich an einer konkret gefährlichen Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff beteiligt. Der objektive Tatbestand des § 323a StGB ist nach hier vertretener Lesart folglich „das Sich-Versetzen in einen Rausch bei konkreter Rauschtatgefahr“, § 283 StGB verbietet „die Vornahme einer konkret gefährlichen Bankrotthandlung“ und § 130 OWiG ahndet das „Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen bei konkreter Zuwiderhandlungsgefahr“.

Das ruft Widerspruch hervor; wird das Verdienst einiger Tatbestände doch gerade darin gesehen, Beweisschwierigkeiten zu verhindern. Die Hochstufung zu einem konkreten Gefährungsdelikte bringt es aber mit sich, nicht nur das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu beweisen, sondern darüber hinaus auch den Vorsatz (bzw. gegebenenfalls die Fahrlässigkeit) bezüglich dieser Gefahr.

Die Auswirkungen dieser Lösung dürften aber im Einzelfall weniger drastisch sein als auf den ersten Blick zu vermuten steht. Ist der in der Strafbarkeitsbedingung beschriebene Erfolg eingetreten, wird die Annahme einer durch die tatbestandliche Handlung hervorgerufenen konkreten Gefahr nahe liegen. Ausgeschlossen wäre sie, wenn die Handlung mit dem Erfolg in keinem Zusammenhang steht, weil es keine konkrete Erfolgsgefahr gab. Die Diskussion, die dogmatisch wenig überzeugend verankert in unterschiedlichen Einzelaspekten geführt wird, verlagert sich mithin in den objektiven Tatbestand.

Wenn aber die konkrete Gefahr und der Zusammenhang zwischen Tathandlung und der konkreten Gefahr vorliegt, dürfte im Regelfall auch der Vorsatz (zumindest in der Form des *dolus eventualis*) vorliegen⁹⁵ und – mit den ganz normalen Schwierigkeiten des Nachweises des *dolus eventualis* – beweisbar sein.⁹⁶

IV. Fazit

Bisweilen verwendet der Gesetzgeber unrechtsrelevante objektive Bedingungen der Strafbarkeit, mithin solche, die nicht unrechtsneutral sind, sondern zur Beschreibung des Unrechts herangezogen werden müssen. Tatbestände mit einer solchen Strafbarkeitsbedingung haben zur Folge, dass die konkrete Gefahr des in der Bedingung beschriebenen Erfolges Teil des Tatbestands ist, dieser also ein konkretes Gefährungsdelikte ist. Diese Lösung führt gleichzeitig zu der Verfassungskonformität der objektiven Bedingung der Strafbarkeit und den genannten Tatbeständen, verlagert aber auch

⁹⁴ Wilhelm (Fn.88), S. 50.

⁹⁵ Siehe aber auch Paeffgen (Fn. 9), § 323a Rn. 9, der darauf hinweist, dass die jeweils erste Rauschtat nach strenger Lesart straffrei bleiben müsste.

⁹⁶ Rönnau, JuS 2011, 697 (698), zu den Tatbeständen Schlägerei und Vollrausch: „Die wirklich gefährlichen Täter handeln regelmäßig fahrlässig bezüglich der konkreten Folge.“ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen und lässt sich sogar erweitern, dass der Täter sogar bedingten Vorsatz haben wird.

dogmatisch stringent Diskussionen zur Einschränkung der Tatbestände in den objektiven Tatbestand.

Führt diese Interpretation zu Strafbarkeitslücken? Nein. Diese Lesart führt zu einer Bestrafung von Unrecht. Eine fehlende Bestrafungsmöglichkeit, der kein Unrecht zugrunde liegt, ist keine Strafbarkeitslücke.