

## Entscheidungsbesprechung

### Bestimmen eines Anderen zur Selbstbezeichnung einer Verkehrsordnungswidrigkeit

**Die Bestimmung einer anderen Person zu einer straflosen Selbstbezeichnung bezüglich einer Ordnungswidrigkeit ist – ohne Hinzutreten weiterer, eine Tatherrschaft begründender Umstände – mangels teilnahmefähiger Haupttat als straflose Anstiftung und nicht als falsche Verdächtigung gem. § 164 Abs. 2 StGB in mittelbarer Täterschaft zu qualifizieren.**

(Amtlicher Leitsatz)

§§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB

OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.4.2017 – 1 Ws 42/17 (LG Heilbronn)<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Der Tatbestand der falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) besitzt nach h.M. eine doppelte Schutzrichtung: Er soll einerseits die Rechtspflege vor nutzloser Inanspruchnahme durch Ermittlungen gegen einen Unschuldigen und andererseits den Betroffenen vor den Belastungen solcher Ermittlungen schützen.<sup>2</sup> Verdächtigend sich der Täter selbst zu Unrecht, so scheidet eine Strafbarkeit nach dem zweiten Schutzzweck aus, da es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, den Täter vor sich selbst zu schützen; dieses Ergebnis folgt zudem aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift („einen anderen“). In Ermangelung einer Haupttat kann in derartigen Fällen auch die Person, die eine straflose Selbstanzeige veranlasst hat, nicht wegen Teilnahme (Anstiftung, § 26 StGB) bestraft werden. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hat das OLG Stuttgart (2. Senat) eine mittelbare Täterschaft des Veranlassers angenommen.<sup>3</sup> Dieser dogmatischen Konstruktion ist der 1. Senat desselben Gerichts mit der zu besprechenden Entscheidung entgegengetreten.

#### II. Sachverhalt

Der Sachverhalt, der dem OLG Stuttgart zur Entscheidung vorlag, lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:<sup>4</sup> A über-

schrift mit ihrem Pkw die zulässige Höchstgeschwindigkeit, eine Verkehrsüberwachungsanlage dokumentierte den Verstoß mit einem Beweisfoto. Nachdem die Bußgeldbehörde der A einen Anhörungsbogen übersandt hatte, veranlasste A die ihr ähnlich sehende B dazu, gegenüber der Bußgeldbehörde anzugeben, dass sie (B) den Pkw zur fraglichen Zeit geführt habe. A und B wollten damit erreichen, dass das Verfahren zunächst gegen B geführt, später aber unter Angabe der wahren Fahrzeugführerin eingestellt würde, und zwar zu einem Zeitpunkt, indem in Bezug auf den gegen A zu erhebenden Vorwurf bereits Verjährung eingetreten wäre. Dieses Vorgehen entsprach einem Rat, der A von ihrem Rechtsanwalt (R) erteilt worden war. Nachdem der 2. Strafsenat des OLG Stuttgart das Verhalten der A als falsche Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft eingestuft hatte<sup>5</sup>, musste der 1. Strafsenat nun über eine Strafbarkeit des R wegen Anstiftung befinden.

#### III. Entscheidung

Das LG Heilbronn hatte die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen R mit der Begründung abgelehnt, dass es an einer rechtswidrigen Haupttat fehle.<sup>6</sup> B habe sich nicht nach § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, da sie nicht eine andere Person, sondern sich selbst verdächtigt habe und der Tatbestand des § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB sei nicht gegeben, weil nur über eine Ordnungswidrigkeit und nicht über eine rechtswidrige Tat (d.h. eine Straftat, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) getäuscht worden sei.<sup>7</sup> Schließlich liege entgegen der Ansicht des OLG Stuttgart (2. Strafsenat) auch keine rechtswidrige Haupttat der A nach §§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vor, da die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft nicht gegeben seien, weil es insoweit an einer Tatherrschaft der A über die von B vollzogene Tathandlung gefehlt habe.<sup>8</sup> Dieses Defizit könne weder über das eigene Tatinteresse der A noch im Wege der wertenden Zuschreibung in Anlehnung an die mittelbare Täterschaft durch ein qualifikationsloses, doloses Werkzeug ausgeglichen werden.<sup>9</sup> Der 1. Strafsenat des OLG Stuttgart hegt zwar keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine wertende Zuschreibung täterschaftlicher Verantwortlichkeit („normative“ Tatherrschaft), folgt im Ergebnis aber gleichwohl der Entscheidung des LG Heilbronn, da die als Tatmittler eingesetzte Person (B) eigenverantwortlich gehandelt habe und die Tatsituation damit eher als Anstiftung denn als mittelbare Täterschaft anzusehen sei.<sup>10</sup> Zudem würden mit einer Annahme einer mittelbaren Täterschaft die gesetzlichen Wertungen der §§ 145d Abs. 2 Nr. 1, 164 Abs. 2 und 258 Abs. 1 StGB unterlaufen, nach denen ein entsprechendes Verhalten nicht mit Strafe bedroht sei; diese Strafbarkeitslücke

<sup>1</sup> Abgedruckt in NJW 2017, 1971 und DAR 2017, 396.

<sup>2</sup> BGHSt 5, 66 (68); 9, 240 (242); 14, 240 (244); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 164 Rn. 2; Jeßberger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, § 164 Rn. 3; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 164 Rn. 1a; siehe dagegen Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 164 Rn. 10 (Schutz des Einzelnen vor falscher Verdächtigung); Zopfs, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 164 Rn. 4 (Schutz der Rechtspflege), jeweils m.w.N.

<sup>3</sup> OLG Stuttgart NSTz 2016, 155.

<sup>4</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1971.

<sup>5</sup> OLG Stuttgart, Beschl. v. 6.8.2015 – 2 Ss 822/14.

<sup>6</sup> LG Heilbronn, Beschl. v. 9.3.2017 – 8 KLs 24 Js 28058/15 = StraFo 2017, 118.

<sup>7</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 119.

<sup>8</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 120; siehe dagegen OLG Stuttgart, Urt. v. 23.7.2015 – 2 Ss 94/15 = NSTz 2016, 155 (156 f.).

<sup>9</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 119 f.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973.

zu schließen, sei nach Art. 103 Abs. 2 GG dem Gesetzgeber vorbehalten.<sup>11</sup> Mangels teilnahmefähiger Haupttat war daher eine Strafbarkeit des R wegen Anstiftung zu verneinen.<sup>12</sup>

#### IV. Analyse und kritische Würdigung

Die Entscheidung stützt sich im Wesentlichen auf zwei Argumentationslinien: Der 1. *Strafsenat* geht erstens davon aus, dass das Verhalten der A nicht die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft erfüllt (1.). Darüber hinaus widerspräche die Bestrafung einer Selbstbezeichnung als Beihilfe zur Falschverdächtigung in mittelbarer Täterschaft den gesetzlichen Wertungen, die in den tatbestandlichen Grenzen der einschlägigen Strafvorschriften enthalten seien (2.).

##### 1. Tatherrschaft als Voraussetzung mittelbarer Täterschaft

a) Die mittelbare Täterschaft, d.h. die Begehung der Tat „durch einen anderen“ (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB), setzt voraus, dass auf Seiten des unmittelbar handelnden Vordermanns ein Defizit besteht, das einerseits dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließt und andererseits dem Hintermann Herrschaftsmacht über das Verhalten des Vordermanns verschafft und Letzteren dadurch zum Werkzeug des Hintermanns werden lässt.<sup>13</sup> So ist es gerade das Wissens- bzw. Willensdefizit des Tatmittlers, das dem mittelbaren Täter Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens (Irrtumsherrschaft) oder Willens (Nötigungsherrschaft) verleiht.<sup>14</sup> Dementsprechend mag der Umstand, dass die Selbstbezeichnung der B objektiv tatbestandslos ist, äußerlich ein strafbarkeitsausschließendes Defizit darstellen, er ist jedoch aus sich heraus nicht geeignet, auf Seiten der A Tatherrschaft über die von B abgegebene Selbstbezeichnung zu begründen; anderenfalls wäre jede Handlung, mit der ein anderer zu einer Selbstverletzung (oder Selbsttötung) veranlasst wird, als in mittelbarer Täterschaft begangene Körperverletzung bzw. Tötung strafbar.<sup>15</sup> Ein Defizit, dass es A ermöglicht hätte, das Verhalten der B durch Täuschung oder Zwang zu lenken, ist im vorliegenden Fall nicht festzustellen; B handelt vielmehr freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage, so dass eine Tatherrschaft der A nach den herkömmlichen Kriterien der mittelbaren Täterschaft zu verneinen ist.<sup>16</sup>

b) Um ungeachtet dieses klaren Befundes eine mittelbare Täterschaft zu begründen, hat der 2. *Strafsenat* des OLG Stuttgart auf Konstellationen der mittelbaren Täterschaft ver-

wiesen, in denen nicht mehr strikt am Erfordernis der Tatherrschaft festgehalten werde. So sei bei Sonderdelikten (z.B. der Untreue, § 266 StGB) anerkannt, dass die Tat auch durch Einsatz eines qualifikationslosen dolosen Werkzeugs im Wege der mittelbaren Täterschaft begangen werden könne.<sup>17</sup> Der Verzicht auf das Tatherrschaftskriterium beruht insoweit auf der – keineswegs unumstrittenen<sup>18</sup> – Pflichtdeliktslehre, wonach in der Sonderpflicht des Täters (z.B. der Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 StGB) eine der Tatherrschaft gleichwertige Voraussetzung für die Begründung von (mittelbarer) Täterschaft zu sehen ist.<sup>19</sup> Diese Begründung lässt sich jedoch nicht auf § 164 Abs. 2 StGB übertragen, da dieser Tatbestand als Allgemeindelikt keine Sonderpflicht begründet, die einen Verzicht auf das Tatherrschaftskriterium rechtfertigen könnte.<sup>20</sup> Dieser Einwand lässt sich nicht in Bezug auf eine weitere Ausnahme von diesem Erfordernis erheben, nämlich die mittelbare Täterschaft durch das absichtslos dolose Werkzeug, das zwar vorsätzlich, aber nicht mit der im jeweiligen Tatbestand vorausgesetzten Absicht (Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht) handelt.<sup>21</sup> Das OLG Stuttgart hat dieser Parallele in der vorliegenden Entscheidung entgegengehalten, dass mit dem absichtslosen Werkzeug auf ein fehlendes subjektives Element des Tatbestands Bezug genommen werde, bei B aber bereits der objektive Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB nicht erfüllt sei.<sup>22</sup> Dies mag auf den ersten Blick nur als vordergründiger Einwand erscheinen, der nicht klar erkennen lässt, warum in Bezug auf das Tatherrschaftserfordernis zwischen objektiven und subjektiven Unrechtselementen zu differenzieren ist (oder eben nicht). Sieht man den Grund für den Verzicht auf das Tatherrschaftskriterium darin, dass der Täter über die Absicht – ebenso wie über eine besondere Pflichtenstellung – zum Täter qualifiziert und dadurch „normative“ Tatherrschaft begründet wird<sup>23</sup>, so ließe sich eine solche Differenzierung indes begründen, da die Begründung einer Täterschaft der A an den Umstand anknüpft, dass sie nicht B und B damit für sie (A) „ein anderer“ ist, und in diesem Unterschied keine besondere Qualifikation der A zum Ausdruck kommt.<sup>24</sup> Allerdings lässt sich mit guten Gründen bestreiten, dass es die im subjektiven Tatbestand vorausgesetzte Absicht rechtfertigt, auf das Tatherrschaftserforder-

<sup>11</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973; LG Heilbronn StraFo 2017, 120.

<sup>12</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973; LG Heilbronn StraFo 2017, 120.

<sup>13</sup> Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 24 Rn. 3, 5; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 45 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 773, 778.

<sup>14</sup> Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 27 Rn. 6 ff., 24 ff.; Roxin (Fn. 13), Rn. 47 ff., 61 ff.

<sup>15</sup> Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (459); siehe allgemein Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 779 ff.

<sup>16</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 119; Mitsch, NZV 2016, 564 (567).

<sup>17</sup> OLG Stuttgart NStZ 2016, 155 (156).

<sup>18</sup> So der berechtigte Hinweis von Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (461) m.w.N.

<sup>19</sup> Roxin (Fn. 13), § 25 Rn. 267 ff.; Schönemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 39 ff.

<sup>20</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973; LG Heilbronn StraFo 2017, 119 f.; Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (461 f.); Mitsch, NZV 2016, 564 (567); Niehaus, DAR 2015, 720 (721).

<sup>21</sup> Siehe dazu Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 25 Rn. 19; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 775.

<sup>22</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973.

<sup>23</sup> Vgl. in diesem Sinne Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 55 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (461).

nis zu verzichten (siehe auch sogleich unter c).<sup>25</sup> Hält man diese Bedenken gegen das absichtslose dolose Werkzeug für begründet, so könnte diese Rechtsfigur im vorliegenden Fall erst recht nicht zur Begründung einer mittelbaren Täterschaft der A herangezogen werden.<sup>26</sup>

c) Um der A die Handlungen der B gleichwohl nach den Regeln der mittelbaren Täterschaft zurechnen zu können, weicht der 2. *Strafsenat* des OLG Stuttgart auf allgemeine Kriterien zur Begründung von Täterschaft aus, indem eine Tatherrschaft des Hintermanns nicht über ein Defizit des Vordermanns, sondern auf andere Weise begründet wird. So soll sich eine Tatherrschaft des Hintermanns daraus ergeben, dass er das Schreiben der Bußgeldbehörde an den Vordermann weitergebe und das weitere Geschehen dadurch beherrsche, dass er sich jederzeit an die Behörde wenden und den wahren Sachverhalt offenbaren könne.<sup>27</sup> Die Übergabe des Schreibens findet jedoch im Vorfeld der tatbestandsmäßigen Handlung statt und entspricht in ihrem Gewicht lediglich einer vor der Tat geleisteten Beihilfe.<sup>28</sup> Soweit A bei und nach der Selbstbeziehung die Möglichkeit hat, den Sachverhalt gegenüber der Behörde richtigzustellen, handelt es sich um einen Umstand, der auf jeden Teilnehmer zutrifft; wollte man Tatherrschaft auf dieser Grundlage bejahen, so wäre das Tatherrschaftskriterium daher nicht mehr zur Abgrenzung von bloßen Teilnehmereingriffen geeignet; zudem könnte die Grenze zur strafbaren Unterlassung nicht mehr klar gezogen werden.<sup>29</sup> Eine Tatherrschaft in dem Sinne, dass A das tatbestandsmäßige Geschehen lenkend in den Händen hält, ist daher zu verneinen; ihre Steuerungsmacht geht nicht über den Einfluss eines Anstifters hinaus.<sup>30</sup> Die Argumentation des 2. *Strafsenats* entzieht sich diesen Einwänden aber letztlich dadurch, dass zur Begründung einer mittelbaren Täterschaft nicht allein das Tatherrschaftskriterium herangezogen wird, sondern die mittelbare Täterschaft des Hintermanns mit einer Gesamtwürdigung begründet wird, bei der insbesondere auch das eigene Interesse des Hintermanns berücksichtigt wird, einer Ahndung der von ihm begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit zu entgehen.<sup>31</sup> Hält man sich noch einmal vor Augen, dass sich eine Tatherrschaft des Hintermanns (bzw. der Hinterfrau A) unter keinem denkbaren Gesichtspunkt begründen lässt, so gewinnt das Tatinteresse damit wieder ein Gewicht, das mit der vom Gesetzgeber in § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vollzogenen Abkehr von der subjektiven Interessentheorie und der Übernahme des Tatherr-

schaftskriteriums kaum zu vereinbaren ist.<sup>32</sup> Aus diesem Grund sind auch die Bedenken gegen die mittelbare Täterschaft durch das absichtslose dolose Werkzeug berechtigt, denn damit wird dem in der Absicht enthaltenen Tatinteresse des Hintermanns als subjektivem Merkmal Vorrang gegenüber dem Tatherrschaftskriterium eingeräumt.<sup>33</sup> Dass der 1. *Strafsenat* des OLG Stuttgart sich gleichwohl nicht zu einer klaren Absage an die vom 2. *Strafsenat* vorgenommene „normative“ Tatherrschaft im Wege wertender Zuschreibung durchringen konnte, dürfte vor allem darauf beruhen, dass die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme eine Gesamtwürdigung vornimmt, bei der sowohl objektive als auch subjektive Kriterien zu berücksichtigen sind.<sup>34</sup> Damit kommt der zweiten Argumentationslinie, die auf die gesetzlichen Wertungen der einschlägigen Tatbestände rekurriert, entscheidende Bedeutung zu.

## 2. Widerspruch zur Straflosigkeit der Selbstbeziehung im Ordnungswidrigkeitenverfahren

Ausschlaggebend für die Ablehnung einer mittelbaren Täterschaft ist letztlich die Erwägung, dass die gesetzgeberische Entscheidung, wonach die unwahre Angabe, eine Ordnungswidrigkeit begangen zu haben, weder den Tatbestand des § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB bzw. § 258 Abs. 1 StGB (keine Straftat) noch denjenigen des § 164 Abs. 2 StGB (kein „anderer“) verwirklicht, durch eine solche Konstruktion unterlaufen würde.<sup>35</sup> Auch im Schrifttum wird es als systemwidrig angesehen, die Tatbestandslosigkeit der Selbstbeziehung (d.h. die Straflosigkeit der B) durch die Begründung einer mittelbaren Täterschaft des Hintermanns (A) und eine Bestrafung des Werkzeugs wegen Beihilfe (B) zu korrigieren.<sup>36</sup>

a) Dem ersten Teil dieses Umgehungsargument ist indes mit Skepsis zu begegnen: Zwar ist es durchaus zutreffend, dass der Anwendungsbereich der §§ 258 Abs. 1, 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB auf Straftaten (rechtswidrige Taten, siehe § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) beschränkt ist und sich damit nicht auf Ordnungswidrigkeiten erstreckt. Grundlage für eine Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft (A) bzw. einer dazu geleisteten Beihilfe (B) ist indes § 164 Abs. 2 StGB, der nach unbestrittener Auffassung auch auf Ordnungswidrigkeiten

<sup>25</sup> Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 921; Puppe (Fn. 13), Rn. 4; Roxin (Fn. 13), § 25 Rn. 156; Schönemann (Fn. 19), § 25 Rn. 138; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 37.

<sup>26</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 120.

<sup>27</sup> OLG Stuttgart NStZ 2016, 155 (156).

<sup>28</sup> Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (460).

<sup>29</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973; LG Heilbronn StraFo 2017, 120; Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (460); Mitsch, NZV 2016, 564 (567).

<sup>30</sup> Siehe auch Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (460).

<sup>31</sup> OLG Stuttgart NStZ 2016, 155.

<sup>32</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 119; Niehaus, DAR 2015, 720 (720 f.), jeweils mit Hinweis auf BT-Drs. IV 650, S. 147 f.

<sup>33</sup> LG Heilbronn StraFo 2017, 120.

<sup>34</sup> BGHSt 43, 219 (231 f.): „Unter welchen Voraussetzungen eine Straftat ‚durch einen anderen‘ begangen wird (§ 25 Abs. 1 StGB), ist ein offenes Wertungsproblem, bei dem die Übergänge fließend sind [...]. Bei der wertenden Beurteilung ist nicht ausschlaggebend, ob der Tatmittler selbst schuldhaft handelt. Entscheidend ist vielmehr – wie auch sonst bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme –, ob der Hintermann nicht nur Tatinteresse, sondern auch von Täterwillen getragene Tatherrschaft hat [...]“; kritisch im vorliegenden Zusammenhang Neuhaus, DAR 2017, 398; siehe auch allgemeine Kritik bei Schönemann (Fn. 19), § 25 Rn. 125.

<sup>35</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 1973.

<sup>36</sup> Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (465); zustimmend Hecker, NJW 2017, 1973 (1974).

Anwendung findet<sup>37</sup>. Aus der Wertung, die in den tatbestandlichen Grenzen der §§ 258, 145d StGB zum Ausdruck kommt, lässt sich für § 164 Abs. 2 StGB keine solche Beschränkung ableiten. Eine gesetzliche Wertung, die einen Rückgriff auf die Vorschriften zur mittelbaren Täterschaft (A) bzw. Beihilfe (B) verbietet, kann sich daher allein aus § 164 Abs. 2 StGB ergeben, nämlich aus dem Umstand, dass der Tatbestand nur die falsche Verdächtigung eines anderen (und damit nicht des Täters selbst) erfasst.

b) § 164 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter „über einen anderen wider besseres Wissen eine sonstige Behauptung tatsächlicher Art aufstellt“. Aus dieser Formulierung ergibt sich nicht nur die Straflosigkeit der Selbstbezeichnung, sondern über das Erfordernis einer Tatsachenbehauptung zugleich, dass es sich bei § 164 Abs. 2 StGB um ein Äußerungsdelikt handelt, bei dem die Schaffung kompromittierender Beweismittel – anders als nach h.M. im Rahmen von § 164 Abs. 1 StGB<sup>38</sup> – nicht ausreicht.<sup>39</sup> An das Begriffsverständnis in den §§ 186, 187 StGB anknüpfend<sup>40</sup>, ist unter Behaupten eine Äußerung zu verstehen, mit der eine Tatsache als nach eigener Überzeugung wahr hingestellt wird.<sup>41</sup> Als Behauptung kommt daher nur ein Verhalten in Betracht, mit dem der Täter selbst eine entsprechende Überzeugung zum Ausdruck bringt; bleibt er als Urheber der Äußerung im Verborgenen, stellt er keine eigene Tatsachenbehauptung auf. Dementsprechend hat der BGH in dem „Callgirl-Fall“, in dem ein rachsüchtiger Ehemann im Namen seiner Ehefrau ein einschlägiges Zeitungsinserat aufgegeben hatte, eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung gegenüber Dritten mit der Begründung verneint, dass aus dem Inserat nicht erkennbar war, dass hinter der Äußerung ein anderer Urheber als die betroffene Ehefrau stand; gegenüber Dritten stellte sich das Inserat vielmehr als eine Äußerung der Ehefrau über ihre eigene Person und damit nicht „in Beziehung auf einen anderen“ (§ 187 StGB) dar.<sup>42</sup>

Diese Erwägungen gelten auch für die Selbstbezeichnung im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB: Die Erklärung der B („Ich bin gefahren.“) ist für den Adressaten (die Bußgeldbehörde) allein als Äußerung der B zu verstehen; dass A die B zur Abgabe dieser Erklärung veranlasst hat, ist für die Behörde weder erkennbar noch lässt dies aufgrund der Umstände Raum für eine Auslegung, wonach die Urheberschaft nicht der B, sondern A zuzuschreiben ist, und damit aus einer Selbstbezeichnung („Ich [B] bin gefahren.“) eine Fremdbezeichnung („Nicht ich [A], sondern B ist gefahren.“)

<sup>37</sup> BGH bei Holtz, MDR 1978, 623; Lenckner/Bosch (Fn. 2), Rn. 13; Vormbaum (Fn. 2), § 164 Rn. 77.

<sup>38</sup> Siehe insoweit BGHSt 9, 240 (241); Lenckner/Bosch (Fn. 2), § 164 Rn. 8; Zopfs (Fn. 2), § 164 Rn. 21 f.; zur Gegenansicht Vormbaum (Fn. 2), Rn. 20 f.

<sup>39</sup> Vormbaum (Fn. 2), Rn. 75; Zopfs (Fn. 2), Rn. 37.

<sup>40</sup> Siehe insoweit Fischer (Fn. 2), Rn. 11; Lenckner/Bosch (Fn. 2), § 164 Rn. 6, 7.

<sup>41</sup> OLG Köln NJW 1963, 1634; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2) § 186 Rn. 8; siehe auch zu § 164 Abs. 2 StGB BGHSt 14, 240 (244).

<sup>42</sup> BGH NStZ 1984, 216.

wird.<sup>43</sup> Das bedeutet nicht, dass eine mittelbare Täterschaft im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB generell ausgeschlossen ist, sondern nur dann, wenn der Tatmittler sich durch eine eigene Tatsachenbehauptung selbst einem falschen Verdacht aussetzt. Für dieses Ergebnis bedarf es allerdings keines Rückgriffs auf gesetzliche Wertungen, sondern nur einer konsequenten Prüfung der Merkmale des objektiven Tatbestands („Behauptung tatsächlicher Art“).

c) Mit dem Hinweis auf die in § 164 Abs. 2 StGB enthaltene gesetzliche Wertung stellt das OLG Stuttgart indes nicht auf den Charakter dieses Tatbestands als Äußerungsdelikt, sondern auf die Tatbestandslosigkeit der Selbstbezeichnung ab, die auch eine Strafbarkeit wegen Teilnahme ausschließt (siehe oben III.). Diese Argumentation richtet sich also nicht gegen eine Bestrafung des mittelbaren Täters, sondern in erster Linie gegen die daran anknüpfende Strafbarkeit des Tatmittlers wegen Beihilfe. Akzeptiert man jedoch – entgegen den Ausführungen unter b) – eine Strafbarkeit des mittelbaren Täters, so stellt sich die Frage, warum der Umstand, dass der Tatmittler nicht als Täter bestraft werden kann, ihn vor einer Strafbarkeit wegen Beihilfe schützen soll, denn eine Strafbarkeit wegen Teilnahme kommt aufgrund ihrer Subsidiarität gegenüber der Täterschaft von vornherein nur dann in Betracht, wenn eine Bestrafung als Täter ausgeschlossen ist. Ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal mag der Annahme einer täterschaftlichen Begehung entgegenstehen, kann jedoch nicht ohne Weiteres eine „Sperrwirkung“ für die Anwendung der §§ 26, 27 StGB entfalten.

Eine solche Schlussfolgerung setzt vielmehr voraus, dass der Tatbestand die Voraussetzungen der Strafbarkeit abschließend normiert, und zwar auch mit Blick auf die Teilnahme. Dieser Annahme liegt insbesondere die Straflosigkeit der notwendigen Teilnahme zu Grunde: Danach ist bei Tatbeständen, deren Erfüllung zwingend die Mitwirkung einer weiteren Person voraussetzt, das Verhalten dieser Person nicht als Teilnahme strafbar, wenn sich ihr Verhalten in der für die Tatbestandsverwirklichung notwendigen („rollenkonformen“) Mitwirkung erschöpft (z.B. der Gefangene, der sich vom Täter befreien lässt).<sup>44</sup> Eine solche Konstellation liegt bei § 164 Abs. 2 StGB ersichtlich nicht vor. Allerdings scheidet eine Teilnahmestrafbarkeit darüber hinaus auch dann aus, wenn sich die Haupttat gegen ein Rechtsgut des (vermeintlichen) Teilnehmers richtet, dessen Schutz der betreffende Tatbestand dient.<sup>45</sup> Die Straflosigkeit ergibt sich aus dem Grundsatz, dass das Strafrecht den Inhaber eines Rechtsguts nicht vor Angriffen schützt, die von ihm selbst ausgehen.<sup>46</sup> Dieser Gedanke lässt sich auf § 164 Abs. 2 StGB übertragen, der nach h.M. nicht nur die Rechtspflege, sondern auch den Einzelnen vor den Folgen einer falschen Verdächtigung schützen soll (siehe oben I.).<sup>47</sup> In dieser Hinsicht ist die Aussage zutreffend, dass die hinter der Tatbestandslosigkeit der

<sup>43</sup> Dehne-Niemann, HRRS 2016, 453 (457).

<sup>44</sup> Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 38 Rn. 7; siehe auch BGHSt 17, 369 (375).

<sup>45</sup> Kindhäuser (Fn. 44), Rn. 7; Roxin (Fn. 19), § 26 Rn. 44.

<sup>46</sup> Roxin (Fn. 19), § 26 Rn. 44.

<sup>47</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 2.

Selbstbezeichnung stehende gesetzliche Wertung auch eine Strafbarkeit des Verdächtigten wegen Beihilfe ausschließt. Eine Strafbarkeit der B nach § 164 Abs. 2 StGB kann daher auch über § 27 StGB nicht begründet werden.<sup>48</sup>

Die vorstehenden Erwägungen vermögen allerdings nur eine Strafbarkeit des Rechtsgutsinhabers auszuschließen, sie lassen aber die Strafbarkeit anderer Personen unberührt, die neben dem Inhaber an dem Angriff auf das geschützte Rechtsgut mitwirken: § 164 Abs. 2 StGB schützt B nicht vor einer von ihr selbst bewirkten, aber vor einer von A ausgehenden falschen Verdächtigung. Die gesetzliche Wertung des § 164 Abs. 2 StGB (Straflosigkeit der Selbstbezeichnung) steht daher einer Strafbarkeit der A nach §§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB nicht entgegen. Diese Konsequenz ließe sich nur dann vermeiden, wenn man in der falschen Verdächtigung, die mit Einwilligung der verdächtigten Person erfolgt, kein strafwürdiges Unrecht erblickt. Diesen Zusammenhang hat der 2. Strafsenat des OLG Stuttgart durchaus gesehen, indem er darauf hingewiesen hat, dass die Einwilligung der verdächtigten Person die Tat nicht rechtfertigen könne, da § 164 StGB auch dem Schutz der staatlichen Rechtspflege diene und die verdächtige Person über dieses Rechtsgut nicht verfügen könne.<sup>49</sup> Diese Auffassung entspricht der h.M.<sup>50</sup>, die es für das tatbestandliche Unrecht ausreichen lässt, dass entweder das öffentliche Interesse (inländische Rechtspflege) oder das Interesse des Einzelnen (Schutz vor unberechtigter Verfolgung) verletzt wird („Alternativitätstheorie“).<sup>51</sup> Dieser Auffassung wird jedoch zu Recht entgegen gehalten, dass das tatbestandliche Unrecht erst durch die Verletzung beider Interessen begründet wird.<sup>52</sup> Nur mit dem Schutz des Betroffenen vor den Belastungen eines behördlichen Verfahrens lässt sich erklären, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB auch die falsche Verdächtigung wegen einer Ordnungswidrigkeit für strafwürdig befunden und dafür eine im Vergleich zu § 145d StGB, der allein dem Schutz öffentlicher Interessen dient, erhöhte Strafantrohung vorgesehen hat.<sup>53</sup> Dieses individuelle Rechtsgut wird nicht verletzt, wenn dessen Inhaber zuvor wirksam eingewilligt hat; dass dieser nicht zugleich über das öffentliche Interesse disponieren kann, ändert nichts daran, dass das tatbestandliche Unrecht nicht vollständig verwirklicht ist („Teilrechtfertigung“).<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Mitsch, NZV 2016, 564 (568).

<sup>49</sup> OLG Stuttgart NStZ 2016, 155 (157).

<sup>50</sup> BGHSt 5, 66 (68); Fischer (Fn. 2), Rn. 14; Lenckner/Bosch (Fn. 2), Rn. 23; Ruß, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 164 Rn. 33.

<sup>51</sup> Nur auf dieser Grundlage ließ sich auch die falsche Verdächtigung gegenüber ausländischen Behörden erfassen, siehe BGH JR 1965, 306 (307); Schröder, NJW 1965, 1888 (1890); zustimmend BGHSt 18, 333; Jeßberger (Fn. 2), Rn. 3; Lenckner/Bosch (Fn. 2), Rn. 1a.

<sup>52</sup> Mitsch, NZV 2016, 564 (567); Niehaus, DAR 2015, 720 (722).

<sup>53</sup> Siehe zum letztgenannten Aspekt Niehaus, DAR 2015, 720 (722).

<sup>54</sup> Mitsch, NZV 2016, 564 (567 f.).

Die verbleibende Verletzung öffentlicher Interessen kann – sofern sich die Verdächtigung auf eine Straftat bezieht – nach § 145d StGB verfolgt werden.<sup>55</sup> In ihrer Struktur entspricht diese Streitfrage dem im Rahmen des § 315c StGB diskutierten Problem, ob die Einwilligung der gefährdeten Person das Unrecht der Tat ausschließt, so dass insoweit allenfalls eine Strafbarkeit nach § 316 StGB in Betracht kommt.<sup>56</sup> Folgt man der Auffassung, die über eine Teilrechtfertigung zu einem Unrechtsausschluss gelangt, so liegt in der Selbstbezeichnung des Vordermanns (der Vorderfrau B) eine Einwilligung, die eine Strafbarkeit des Hintermanns (bzw. der Hinterfrau A) nach §§ 164 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ausschließt.<sup>57</sup> Die Straflosigkeit der A lässt sich damit zwar aus der gesetzlichen Wertung des § 164 Abs. 2 StGB ableiten (kumulativer Schutz öffentlicher und individueller Interessen), allerdings impliziert diese Wertung, dass der Einwilligung im Rahmen des § 164 StGB entgegen der bislang h.M. eine (teil-)rechtfertigende Wirkung zukommt.

## V. Schluss

Wenngleich der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist, bleibt der 1. Strafsenat des OLG Stuttgart in der Begründung auf halbem Wege stehen, indem er das Tatherrschaftserfordernis nicht konsequent anwendet, sondern sich eine wertende Zuschreibung von mittelbarer Täterschaft nach Maßgabe einer Gesamtwürdigung offenhält. Die eigentliche Begründung über die gesetzlichen Wertungen der §§ 145d, 258 und 164 Abs. 2 StGB ist ungenau und lässt eine Prüfung der einschlägigen Tatbestandsvoraussetzung („Behauptung über einen anderen“) ebenso vermissen wie eine Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der notwendigen Teilnahme und einer rechtfertigenden Einwilligung; in Bezug auf Letzteres ist damit eine Gelegenheit verpasst worden, das bisher vorherrschende Verständnis von der Schutzrichtung des § 164 StGB („Alternativitätstheorie“) kritisch zu hinterfragen.

Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

<sup>55</sup> Niehaus, DAR 2015, 720 (722).

<sup>56</sup> Siehe zur h.M., die eine Rechtfertigung ablehnt, BGHSt 23, 261 (264); 53, 55 (63); a.A. Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 315c Rn. 41; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 315c Rn. 59.

<sup>57</sup> Mitsch, NZV 2016, 564 (567 f.); Niehaus, DAR 2015, 720 (722).