

Günter Plath († 2019)
Richter i. R.
Lange Str. 23
27478 Cuxhaven

Expertise

zu der Frage

„Macht sich ein Amtsträger einer Straftat schuldig, wenn er es unterlässt, den Erfolg eines gesetzlichen Straftatbestandes abzuwenden?“

Der Gesetzgeber hat die Frage generell in § 13 StGB wie folgt beantwortet:

„Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“

Folgende Tatbestandsmerkmale müssen also erfüllt sein:

- Garantenstellung,
- Garantenpflicht,
- das Unterlassen muss der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen,
- das Unterlassen muss kausal für den eingetretenen Erfolg sein. Das heißt also, dass die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte.

Jeder bundesdeutsche Amtsträger ist Garant für pflichtgemäßes Handeln auf der Grundlage des Bonner Grundgesetzes und aller in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetze. Diese Garantenstellung erhält ihren Ausdruck im für alle Amtsträger zu leistenden Eid, sei es als Bundespräsident, als Bundeskanzler, als Minister, als Beamter, Richter oder Soldat. Der Eid lautet in seiner Grundform:

"Ich schwöre, das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und alle in der Bundesrepublik geltenden Gesetze zu wahren und meine Amtspflichten gewissenhaft zu erfüllen."

Der Richtereid lautet:

"Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen."

Aus dem Eid erwächst die Verpflichtung zur gewissenhaften Erfüllung des ihm jeweils übertragenen öffentlichen Amtes, die Garantspflicht.

Das pflichtgemäße Handeln eines jeden Amtsträgers beinhaltet zum Einen, dass er keine strafbaren Handlungen begehen darf, zum Anderen, dass er nichts unterlassen darf, was zur Verhinderung eines Straftatbestandes geboten ist.

Zunächst gilt für jeden Amtsträger ganz allgemein die Pflicht, keinerlei Straftaten zu begehen, speziell keine amtsbezogenen.

Als besondere Straftaten kommen die folgenden Amtsdelikte in Betracht, die echten Amtsdelikte sowie die unechten Amtsdelikte:

Echte Amtsdelikte (auch eigentliche Amtsdelikte) sind Straftaten, die nur unter Missbrauch der Position des Amtsträgers begangen werden können:

- *Aussageerpressung (§ 343 StGB)*
- *Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)*
- *Gebühren- und Abgabenüberhebung und Leistungskürzung (§ 352, § 353 StGB)*
- *Rechtsbeugung (§ 339 StGB)*
- *Urkundenunterdrückung (§ 274 StGB)*
- *Vorteilsnahme und Bestechlichkeit (§ 331, § 332, § 335 StGB)*
- *Vollstreckung bzw. Verfolgung gegen Unschuldige (§ 344, § 345 StGB)*
- *Verletzung von Dienst- und Steuergeheimnissen (§ 353b, § 355 StGB)*
- *Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat (§ 357 StGB)*
- *Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung (§ 174b StGB)*

Als unechte Amtsdelikte werden Delikte bezeichnet, die allgemein strafbar sind, bei Amtsträgern jedoch zu einem höheren Strafmaß führen. Für diese Unterart existieren eigene Strafvorschriften:

- *Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB)*
- *Gefangenenbefreiung im Amt (§ 120 Abs. 2 StGB)*
- *Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB)*
- *Verwahrungsbruch im Amt (§ 133 Abs. 3 StGB)*
- *Nötigung unter Missbrauch der Amtsbefugnisse oder der -stellung (§ 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB)*

Zu den echten Amtsdelikten gehört noch der Amtsmissbrauch.

Der Amtsmissbrauch war im RStGB bis zum 15.06.1943 normiert. Die Vorschrift lautete:

§ 339. (1) Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängniß bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In den Fällen der §§ 106, 107, 167 und 253 tritt die daselbst angedrohte Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

Dieses Beamtendelikt wurde im Dritten Reich durch Art. 10 Buchst. b, Schlussvorschrift S. 1 der Ersten Verordnung vom 29. Mai 1943, RGBl. I, S. 339 ff zum 15. Juni 1943 von dem Reichsminister der Justiz Dr. Thierack ersatzlos aufgehoben. Dort hieß es:

„§ 339 des Reichsstrafgesetzbuchs wird gestrichen“.

Durch die ersatzlose Streichung des Amtsmissbrauches wurde die generelle Strafbarkeit von Amtsträgern aufgehoben. Bestehen blieb allerdings die spezielle Strafbarkeit nach den übrigen echten sowie den unechten Amtsdelikten.

An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass durch die gleiche Verordnung (also auch nicht durch förmliches Gesetz) die Straftatbestände der Nötigung und der Erpressung zu Gesinnungsstraftatbeständen umfunktioniert worden sind (die Rechtswidrigkeit wurde am gesunden Volksempfinden gemessen). Diese beiden Straftatbestände sind noch heute als Gesinnungstaten strafbar.

Ogleich die o. a. Erste Verordnung vom 29. Mai 1943, RGBl. I, S. 339 ff, durch das Ableben des Usurpators und Massenmörders Adolf Hitler am 30.04.1945 und durch die bedingungslose Kapitulation des NS-Terrorregimes am 08.05.1945 faktisch untergegangen ist, im Übrigen konstitutiv durch das Kontrollratsgesetz Nr. 1 vom 20.09.1945 der Alliierten Siegermächte und schließlich durch die für allgemeingültig erklärte Tillesen / Erzberger - Entscheidung des Tribunal Général in Rastatt vom 06.01.1947 verbindlich für alle deutschen Gerichte und Behörden zusätzlich deklaratorisch aufgehoben worden ist, ist der wieder aufgelebte Amtsmissbrauch gemäß § 339 RStGB redaktionell nicht in das bundesdeutsche StGB aufgenommen worden. Das führt dazu, dass weder die Polizei noch die Staatsanwaltschaften und auch nicht die Gerichte nach dieser wieder gültigen Strafvorschrift ermitteln, anklagen bzw. richten.

Eine besondere Verpflichtung aller bundesdeutschen Amtsträger aus ihrer Garantenstellung ergibt sich aus der Leitnorm des Art. 1 Abs. 3 GG gegenüber allen Grundrechtsträgern. Die Vorschrift lautet:

„Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

Dieser absolut gefasste und durch die Ewigkeitsgarantie geschützte Rechtsbefehl richtet sich nicht nur gegen die drei Institutionen, sondern gegen jeden ihrer Amtsträger, der sowohl in seinem jeweiligen Amtsbereich als auch allgemein verpflichtet ist, die Grundrechtsträger in ihren Grundrechten nicht zu verletzen. So erwächst aus der Garantenstellung die Garantspflicht gegenüber allen Grundrechtsträgern.

Jeder einzelne Amtsträger als Garant für die Unverletzlichkeit der Grundrechtsträger in seinen Grundrechten ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG darüber hinaus ausschließlich an Gesetz und Recht gebunden.

Der einzelne Amtsträger hat sich bei Ausübung seines Amtes an die Normenhierarchie zu halten mit der Folge, dass er zunächst die tragenden Verfassungsgrundsätze in Gestalt der unverletzlichen Grundrechte, grundrechtsgleichen Rechte und prozessualen Grundrechte absolut zu beachten hat.

Nicht zulässig ist in diesem Zusammenhang eine bewusste Grundrechteverletzung durch den Amtsträger unter Verweis auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, da dem Amtsträger bereits beim Erlass eines Verwaltungsaktes bzw. einer Gerichtsentscheidung die Prüfung auf etwaige Grundrechteverletzungen aufgrund seiner Garantenstellung obliegt.

Der einzelne Amtsträger darf daher den einzelnen Grundrechtsträger auch nicht darauf verweisen, dass dieser zunächst die Verfassungsbeschwerde beim BVerfG erheben muss, um die Grundrechtsverletzung feststellen zu lassen. Die ohne grundgesetzliche Ermächtigungsbasis mit dem BVerfGG am 13.03.1951 eingeführte Verfassungsbeschwerde ist ohnehin unzulässig, da sie mit der absolut gefassten Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG kollidiert. Die Vorschrift lautet:

„Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.“

Der Verfassungsgesetzgeber in Gestalt des Parlamentarischen Rates hat am 06.05.1949 ausdrücklich entschieden, dass im Bonner Grundgesetz das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde als Individualklage nicht verankert werden soll. Stattdessen wurde ausdrücklich durch die Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG geregelt, dass jedes Gericht sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen muss.

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass jeder Amtsträger aufgrund seiner unverbrüchlichen Garantenstellung und Garantenpflicht jeden seiner Verwaltungsakte bzw. jede seiner Gerichtsentscheidungen darauf überprüfen muss, ob er persönlich damit gegen ein Strafgesetz verstößt oder ob das Unterlassen einer Diensthandlung eine Straftat herbeiführt, zu deren Verhinderung er verpflichtet ist, oder ob in seinem dienstlichen Verantwortungsbereich von anderen Amtsträgern Straftaten begangen oder veranlasst werden.

Der einfache Bundes- und Landesgesetzgeber als Garant steht generell in folgenden Garantenpflichten:

- Er hat die im Bonner Grundgesetz unverbrüchlich verankerten Rechtsbefehle durch Gesetze in das bundesdeutsche Rechtssystem einzubringen.
- Er hat die Verfassung der bundesdeutschen Gesellschaft, also den sich ständig wandelnden Zustand des Gemeinwesens, im Rahmen der allgemeinen Verfassungsgrundsätze in formeller und materieller Hinsicht durch Rechtsnormen zu gestalten.

- Er hat generell die Regierung als oberstes Organ der vollziehenden Gewalt mit dem Instrument des konstruktiven Misstrauensvotums ihres Amtes zu entheben, wenn diese z.B. die tragenden Verfassungsgrundsätze des Bonner Grundgesetzes zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben versucht.
- Er hat die Rechtsprechung dahingehend zu kontrollieren, ob die Richter im Amte oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstoßen, ggf. beim Bundesverfassungsgericht zu beantragen, den betreffenden Richter in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen oder im Falle eines vorsätzlichen Verstoßes zu entlassen.

Die vollziehende Gewalt umfasst die Regierung und die öffentliche Verwaltung, denen in erster Linie die Ausführung der Gesetze anvertraut ist. Auch die Exekutive kann normsetzende Befugnisse wahrnehmen, zum Beispiel mit dem Recht auf Erlass von Rechtsverordnungen. Dabei haben Verordnungen nicht den Status von Gesetzen, sondern werden vielmehr von bestehenden Gesetzen abgeleitet.

Die vollziehende Gewalt hat die Garantspflicht, sich an Gesetz und Recht zu halten.

Die Rechtsprechung hat die Aufgabe, die Einhaltung der Gesetze in jeder Hinsicht zu überwachen. Die Rechtsprechung ist unabhängig nur dem Gesetz unterworfenen Richtern anvertraut. Sie stehen in der Garantpflicht, ausschließlich nach Gesetz und Recht zu urteilen.

Falls ein Angehöriger eines der drei Garanten in Gestalt des Gesetzgebers, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung seine Garantpflicht verletzt, kann das von Gesetzes wegen neben folgenbeseitigungsrechtlichen, dienstrechtlichen und haftungsrechtlichen auch strafrechtliche Folgen haben.

Jeder Amtsträger, der es im Rahmen seiner Garantpflicht bewusst nicht verhindert, dass ein strafrechtlicher Erfolg eintritt, macht sich gemäß § 13 StGB in gleicher Weise einer Straftat schuldig, wie derjenige, der die Tat aktiv begeht. Dafür kommen nicht nur die Amtsdelikte in Frage. Das soll an folgendem Beispiel erläutert werden:

Nicht nur der einzelne Todesschütze, der an der innerdeutschen Grenze einen Republikflüchtling auf mutmaßlichem Befehl hin erschossen hat, hat sich des Totschlags schuldig gemacht, sondern auch jedes Mitglied des SED-Politbüros, da es rechtlich dafür einzustehen hatte, dass die gesetzlosen Tötungen nicht geschahen. Dadurch, dass jedes Mitglied es unterlassen hat, den nie erlassenen, aber mutmaßlich ergangenen Schießbefehl aufzuheben, hat es sich des Totschlages durch Unterlassen schuldig gemacht.

Als Mitglieder des höchsten Machtorgans der DDR waren die Mitglieder des SED-Politbüros gemäß Art. 30 Abs. 1 und 3 VerfDDR verpflichtet, das Leben eines jeden Bürgers der DDR

zu schützen. Da von dem im Laufe der Jahre errichtete Grenzregime der DDR eine jederzeit akute Lebensgefahr für friedliche Flüchtlinge ausging, ergab sich für die Mitglieder des SED-Politbüros die Verpflichtung, die Grenzsicherung in der Weise zu überwachen und zu steuern, dass eine Tötung solcher Flüchtlinge unterblieb. Die Unterlassung eines Befehls, bei illegalem Grenzübertritt von Ost nach West von der Schusswaffe keinen Gebrauch zu machen, war ursächlich für die Tötung der friedlichen Republikflüchtlinge bei illegalem Grenzübertritt, denn ein solcher Befehl hätte die Grenzsoldaten daran gehindert, auf Flüchtlinge zu schießen.

Zum Schluss sollen noch die mit Bindewirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG versehenen einschlägigen Entscheidungen des BVerfG vom 06.05.2008 in 2 BvR 337/08 und vom 22. Mai 1975 in BVerfGE 39, 334 – Extremistenbeschluss auszugsweise wie folgt zitiert werden:

Aus 2 BvR 337/08

„Berufsbeamte und Berufsrichter unterliegen der Pflicht zur Bereitschaft, sich mit der Idee des Staates, dem der Beamte dienen soll, mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren.“

„Die Treuepflicht gebietet, den Staat und seine geltende Verfassungsordnung zu bejahen und dies nicht bloß verbal, sondern auch dadurch, dass der Beamte die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und erfüllt. Die politische Treuepflicht fordert mehr als nur eine formal korrekte, im Übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten, dass er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren (vgl. BVerfGE 39, 334 <347 f.>).“

„Zum öffentlichen Dienst im Sinne des Art. 33 Abs. 5 zählen nicht nur die Berufsbeamten, sondern auch die hauptamtlichen Richter. Im Hinblick auf die Verpflichtung zur Verfassungstreue hat das Bundesverfassungsgericht in der grundlegenden Entscheidung vom 22. Mai 1975 ausdrücklich von einem Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG gesprochen, nach dem vom Beamten und Richter zu fordern ist, dass er für die Verfassungsordnung, auf die er vereidigt ist, eintritt (BVerfGE 39, 334 <346>). Ferner wird in der Entscheidung die Verfassungstreue des Bewerbers als von Art. 33 Abs. 5 GG geforderte Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis bezeichnet, die durch das einfache Recht und hier unter anderem durch § 9 Nr. 2 des Deutschen Richtergesetzes konkretisiert werde (BVerfGE 39, 334 <352>). Es ist auch sachlich gerechtfertigt, an die Verfassungstreue der Richter keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die Verfassungstreue der Beamten. Gerade der Berufsrichter als nicht weisungsunterworfenen, sachlich wie persönlich unabhängiger Amtswalter, der - regelmäßig in öffentlicher Sitzung - sichtbar Staatsgewalt ausübt und Urteile im Namen des Volkes fällt, muss auf dem Boden der Verfassung stehen. Wer hierfür nicht Gewähr bietet, ist für das Richteramt ungeeignet. Wer als Richter seiner Pflicht zur Verfassungstreue nach Maßgabe der jeweiligen Gesetze (für Richter des Bundes vgl. § 46 DRiG i. V. m. § 52 Abs. 2 BBG) nicht nachkommt, muss mit disziplinarrechtlichen Folgen rechnen, die in entsprechend schweren Fällen bis hin zur Entfernung aus dem Dienst reichen können (etwa nach §§ 63 Abs. 1, 64 DRiG i. V. m. §§ 5 Abs. 1 Nr. 5, 10 BDG).“

Aus BVerfGE 39, 334 – Extremistenbeschluss:

„Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt die Verletzung der Treuepflicht regelmäßig die Entlassung aus dem Amt. Bei Beamten auf Lebenszeit kann wegen dieser Dienstpflichtverletzung im förmlichen Disziplinarverfahren auf Entfernung aus dem Dienst erkannt werden.“

„Die sich aus Art. 33 Abs. 5 GG ergebende Rechtslage gilt für jedes Beamtenverhältnis, für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.“

Die Eingangsfrage

„Macht sich ein Amtsträger einer Straftat schuldig, wenn er es unterlässt, den Erfolg eines gesetzlichen Straftatbestandes abzuwenden?“

muss nach allem eindeutig bejaht werden.



Burkhard Lenniger
Kriminalbeamter i.R.



Günter Plath
Richter i.R.
Cuxhaven, den 13.01.2013