

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2003

**Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medienstrafrecht
Julius-Maximilians-Universität Würzburg**

**Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher
und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
des Lehrstuhls**

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Januar 2003

Taxi - Fall

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer / Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs / Überfall während eines vorübergehenden Halts

§§ 316 a Abs. 1; 239 a Abs. 1 Halbsatz 2; 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Leitsatz der Verf.:

Ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs (§ 316 a Abs. 1 StGB) liegt vor, wenn der Täter sich eine dem Verkehr eigentümliche Gefahrenlage zunutze macht; diese ist auch dann gegeben, wenn der Fahrer verkehrs- oder auch nur berufsbedingt vorübergehend hält.

BGH, Urteil vom 21. August 2002 – BGH 2 StR 152/02, abgedruckt in NSTZ 2003, S. 35

1. Sachverhalt¹

A, der in Frankfurt wohnt, benutzt zur Heimfahrt ein Taxi, obwohl er völlig mittellos ist. Während der Fahrt kommt ihm der Gedanke, den Fahrer B zu überfallen und ihn zu einer Fahrt nach Berlin zu zwingen. Als B vor der Wohnung des A hält und kassieren will, richtet dieser einen geladenen Schreckschussrevolver, den er bei sich führt, gegen den Hals des B. Bei Revolvern dieses Typs tritt Pulvergas nach vorn aus der Mündung, was bei Nahschüssen zu schweren Verletzungen führen kann. B gibt der Aufforderung des A nach, ihn nach Berlin zu fahren, weil er den Revolver für eine scharfe Waffe hält. Während der Fahrt kommt A auf den Gedanken, sich von B Geld geben zu lassen. Unter dem Eindruck der fortwirkenden Bedrohung erfüllt B auch diese Forderung des A und übergibt ihm zehn Euro.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall enthält eine beträchtliche Zahl an Problemen mit unterschiedlichem Neuigkeitswert. Die geläufigen sollen hier vorab nur kurz angerissen werden.

A hat sich zunächst wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, weil er sich die Heimfahrt unter konkludentem Vortäuschen seiner Zahlungsfähigkeit erschlichen hat. Ferner sind die Voraussetzungen einer räuberischen Erpressung nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB dadurch erfüllt, dass A die Fahrt nach Berlin erzwang. Kein Anlass besteht, in diesem Zusammenhang der Frage nachzugehen, ob eine **Erpressung** auch dann vorliegen

¹ Der Sachverhalt wurde vereinfacht, damit die Probleme deutlicher hervortreten.

kann, wenn der Vermögensschaden nicht auf einer **Verfügung des Opfers** beruht.² Hier jedenfalls lag eine Vermögensverfügung des Opfers vor, denn A verschaffte sich eine kostenlose Taxifahrt, deren Durchführung vom Willen des B abhing.

Die Streitfrage muss aber erörtert werden, soweit es um die erzwungene Herausgabe der zehn Euro geht. Mit einer Literaturansicht müsste eine Vermögensverfügung des B verneint werden, weil er **keine Möglichkeit** hatte, den **Gewahrsam an dem Geld zu behalten**, sondern sich vor die Alternative gestellt sah, dem A das Geld auszuhändigen oder es (nach seinem Tod) abgenommen zu bekommen.³ Wird die Verfügung als notwendiges Merkmal einer Erpressung angesehen, so ist die Tat dementsprechend als Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB einzuordnen. Die insbesondere von der Rechtsprechung vertretene Gegenauffassung⁴ ist demgegenüber nicht daran gehindert, wegen (räuberischer) Erpressung zu bestrafen. Sie macht die Zuordnung wesentlich vom äußeren Erscheinungsbild der Vermögensverschiebung abhängig. Im Falle eines **äußerlichen Gebeaktes**, wie er hier vorliegt, nimmt sie eine Erpressungsstrafbarkeit an.

Der Aufwand für die Erörterung der Streitfrage sollte begrenzt gehalten werden. Denn im vorliegenden Fall geht es nur um verschiedene Wege zum selben Ziel: Entweder direkt oder über § 255 StGB gelangt man zu den Raubqualifikationen. Anwendbar ist nicht nur § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB, sondern sogar § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. A verwendete bei der Tat eine Waffe; denn ein Schreckschussrevolver, der Gas nach vorn abfeuert, gilt als **Waffe im technischen Sinne**.⁵

§ 239 a Abs. 1 Halbsatz 1 StGB (Entführung zum Zweck der Erpressung) scheidet aus. Der Tatbestand setzt voraus, dass der Entführung ein weiterer (erpresserischer) Nötigungsakt folgen soll.⁶ Mehr als die mit der Entführung zugleich erzwungene Autofahrt wollte A aber zunächst nicht erreichen. Dass ihm dann einfiel, sich von B Geld geben zu lassen, kann auch nicht zur Bejahung dieses Tatbestandes führen, weil die Erpressungsabsicht schon zu Beginn der Tathandlung vorliegen muss.

Dagegen scheint § 239 a Abs. 1 Halbsatz 2 StGB (Ausnutzen einer Entführung für eine Erpressung) problemlos anwendbar zu sein. A nutzte die zum Zweck einer kostenlosen Fahrt nach Berlin geschaffene Zwangslage aus, um von B zehn Euro zu erpressen. Allerdings wird der Tatbestand in der Literatur durchweg so ausgelegt, dass der Täter die Entführungs- oder Bemächtigungslage aus **anderen als erpresserischen Motiven** herbeigeführt haben muss.⁷ Hier wollte A den B aber von vornherein erpressen und beging lediglich während der Ausführung der geplanten Erpressung eine zusätzliche Erpressungshandlung. Ob auch das der Struktur des Tatbestandes entspricht, erscheint fraglich.

Noch größere Schwierigkeiten bereitet eine andere Vorschrift: Liegt auch ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer nach § 316 a Abs. 1 StGB vor? Erfüllt ist die Voraussetzung eines Angriffs auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs zur Begehung einer räuberischen Erpressung dadurch, dass A den Revolver zog und B damit zur Weiterfahrt zwang.

² Vgl. *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 9. Aufl. 2001, S. 163 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³ Vgl. zu dieser Auslegung etwa *Joecks*, StGB, 3. Aufl. 2001, § 255 Rn. 4. Enger *Rengier*, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2002, § 11 Rn. 10 ff. und 21 ff., der mit dem Merkmal der Vermögensverfügung nur Fälle der vis absoluta ausscheiden will.

⁴ Vgl. nochmals *Hillenkamp* (Fn. 2).

⁵ So z. B. *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 250 Rn. 7 a, § 244 Rn. 3. In der vorliegenden Entscheidung nimmt der BGH dagegen an, dass A ein gefährliches Werkzeug verwendet habe. Das überrascht angesichts mehrerer BGH-Entscheidungen, in denen unter gleichen Umständen das Merkmal der Waffe zur Anwendung kommt (Nachweise bei *Tröndle/Fischer*, aaO.). Der BGH verweist hier sogar auf eine derartige Entscheidung (BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Waffe 2).

⁶ Das wird insbesondere in der Diskussion über die Einschränkung von §§ 239 a Abs. 1 und 239 b Abs. 1 StGB im Zwei-Personen-Verhältnis hervorgehoben; vgl. BGHSt 40, 350; Schönke/Schröder-Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 239 a Rn. 13 a; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 239 a Rn. 4a.

⁷ Schönke/Schröder-Eser (Fn. 6), § 239 a Rn. 19 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 239 a Rn. 7; *Tröndle/Fischer* (Fn. 5), § 239 a Rn. 10.

Doch geschah das unter Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs? Die Auslegung dieses Merkmals ist schwierig und im Einzelnen sehr umstritten.

Im Ausgangspunkt sind sich alle einig: Der Täter muss sich gerade der **typischen Gefahren des fließenden Verkehrs** bedienen.⁸ Gefährdet ist vor allem der Fahrer, der durch das Lenken des Fahrzeuges besonders beansprucht wird. Der Schutz der Vorschrift erstreckt sich aber auch auf Mitfahrer, weil sich für alle Fahrzeuginsassen typische Verkehrsgefahren daraus ergeben, dass sie isoliert und für fremde Hilfe schwer erreichbar sind und dass ihre Möglichkeiten eingeschränkt sind, zu fliehen oder sich zu wehren.

Eine typische Verkehrsgefahr kann auch bestehen, wenn das Fahrzeug hält. Nutzt der Täter es etwa aus, dass der Fahrer an einer roten Ampel zum Stehen kommt, bedient er sich immer noch der Besonderheiten des Straßenverkehrs. Es ist daher anerkannt, dass auch der **verkehrsbedingte Halt** noch zum Schutzbereich von § 316 a Abs. 1 StGB gehört.⁹

Kann § 316 a Abs. 1 StGB aber auch dann eingreifen, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält? Die Rechtsprechung hält das grundsätzlich für möglich: § 316 a Abs. 1 StGB erfasse auch Fälle des sonstigen vorübergehenden Halts, wenn die auf den Verhältnissen des fließenden Verkehrs beruhende Gefahrenlage fortwirke.¹⁰ Nötig sei allerdings, dass der Raubplan bereits vor oder während der Fahrt gefasst worden sei.¹¹ Insbesondere sei § 316 a Abs. 1 StGB zu bejahen, wenn der Täter sein Opfer bei Fahrtantritt über seine räuberischen Ziele täusche und so dazu bringe, an einen für die Tat ausführung geeigneten Ort zu fahren. Dagegen soll es nicht ausreichen, wenn der Täter die Tat bloß innerhalb eines haltenden Fahrzeugs ohne jede Beziehung zu dessen Funktion als Verkehrsmittel begeht.¹²

Diese weite Auslegung von § 316 a Abs. 1 StGB stößt in der Literatur auf Skepsis und Kritik. Insbesondere die Anwendung der Vorschrift auf die Fälle nicht verkehrsbedingten Haltens verursacht Unbehagen.¹³ Ein Gegenvorschlag geht dahin, die Abgrenzung mit Hilfe der straßenverkehrsrechtlichen Unterscheidung von Halten und Parken vorzunehmen.¹⁴ Eine andere Auffassung verlangt die „Rückkehr zum Wortlaut“ und will darauf abstellen, ob ein Angriff gerade zu einem Zeitpunkt verübt wird, in dem das Opfer ein Fahrzeug führt bzw. darin mitfährt.¹⁵

In unserem Fall scheint – egal, welcher Auffassung man folgt, – § 316 a Abs. 1 StGB auszuschließen. Nachdem B angehalten hatte und kassieren wollte, war die Fahrt doch wohl beendet. Wie sollte, wenn A erst jetzt den Entschluss fasste, B zu überfallen, dabei noch die Verkehrssituation nachwirken? Und die Erpressung der zehn Euro während der anschließenden Fahrt gibt auch nichts für eine Anwendung von § 316 a StGB her. Denn ein selbständiger Angriff auf die Entschlussfreiheit des B erfolgte damit nicht. Diese Freiheit genoss der B schon nicht mehr, nachdem A ihn mit vorgehaltener Waffe zur Fahrt gezwungen hatte.

Das war in unserem Fall auch die Lösung des Landgerichts, das sich auf eine Entscheidung des 4. Strafsenates des BGH berief. Dort ließ der Täter sich von einer Taxifahrerin zum Bahnhof fahren. Als die Fahrerin kassieren wollte, zwang er sie mittels vorgehaltener Gaspistole dazu, auf das Entgelt zu verzichten und ihm ihre Geldbörse auszuhändigen. Der 4. Strafsenat verneinte § 316 a Abs. 1 StGB.¹⁶

⁸ BGH NStZ 2000, 144; Sowada in LK, StGB, 11. Aufl., § 316 a Rn. 21; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 316 a Rn. 6.

⁹ BGHSt 38, 196, 197 f.; Sowada in LK (Fn. 8), § 316 a Rn. 23 und 35.

¹⁰ Vgl. die hier besprochene Entscheidung BGH 2 StR 152/02 unter 2. a); Sowada in LK (Fn. 8), § 316 a Rn 24 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹¹ Vgl. z. B. BGH NStZ 2000, 144.

¹² Vgl. z. B. BGH NStZ 2001, 197.

¹³ Zweifelnd etwa Lackner/Kühl (Fn. 6), § 316 a Rn. 3; Joecks (Fn. 3), § 316 a Rn. 14; für die Täuschungsfälle auch Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 316 a Rn. 6 a.

¹⁴ Sowada in LK (Fn. 8), § 316 a Rn. 33 ff.

¹⁵ Tröndle/Fischer (Fn. 4), § 316 a Rn. 3 b.

¹⁶ BGH NStZ 2000, 144.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In aller Kürze widerspricht der Senat der Vorinstanz. Mit dem Anhalten sei die Fahrt nicht beendet gewesen.¹⁷ Abzustellen sei auf die berufsbedingte Situation des Taxifahrers B. Er habe nach dem Abkassieren weiterfahren wollen. Deshalb habe A einen nur vorübergehenden Halt des Fahrzeugs und damit noch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt.

Auch eine Strafbarkeit nach § 239 a Abs. 1 Halbsatz 2 StGB bejaht das Gericht in knapper Form, nämlich mit der bloßen Feststellung, dass B die fortdauernde Bedrohung zu einer weiteren Erpressungshandlung ausgenutzt habe.¹⁸

Mehr an Begründung haben die „Gründe“ dieser Entscheidung tatsächlich nicht zu bieten!

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Da der Fall eine reichhaltige Mischung aus bekannten und weniger bekannten Problemen aus dem Bereich der Vermögensdelikte zu bieten hat, drängt er sich als Prüfungsaufgabe geradezu auf. Beim Durchgang durch die Probleme empfiehlt es sich, zuerst § 250 StGB hinsichtlich der Erpressungshandlungen und danach §§ 239 a, 316 a StGB zu prüfen. So erspart man sich unangenehme Inzidentprüfungen.

Die Entscheidung hat über den Einzelfall hinaus Bedeutung; man weiß nur nicht genau, welche.

Das gilt zunächst für den **Umgang mit § 239 a StGB**. War man bisher einhellig zu § 239 a Abs. 1 Halbsatz 2 StGB der Auffassung, dass die Entführungs- oder Bemächtigungslage nicht bereits in erpresserischer Absicht geschaffen worden sein dürfe,¹⁹ so zeichnet sich hier ein Gegenstandspunkt ab. Offenbar soll auch eine bereits in Erpressungsabsicht herbeigeführte Zwangslage für eine den Tatbestand von § 239 a Abs. 1 Halbsatz 2 StGB ausfüllende Erpressungshandlung genutzt werden können. In der Tat zwingt der Wortlaut der Vorschrift nicht zu der bisher üblichen Auslegung. Soll das aber auch für den Normalfall gelten, dass die von vornherein geplante Erpressung dann auch tatsächlich durchgeführt wird? Dann würde die Tatvariante in Halbsatz 2 diejenige in Halbsatz 1 weitgehend verdrängen. Die Variante des Halbsatzes 1 bliebe auf den Fall beschränkt, dass die Absicht nicht zur Ausführung kommt. Sinnvoller wäre es wohl, die Variante in Halbsatz 2 nur in den Fällen zu aktivieren, in denen statt oder neben der geplanten eine andere Erpressung durchgeführt wird. Dann bedarf allerdings die Frage der Konkurrenzen einer Klärung: § 239 a Abs. 1 Halbsatz 1 StGB als mitbestrafte Vortat, § 239 a Abs. 1 Halbsatz 2 StGB als mitbestrafte Nachtat oder ein einheitliches Verbrechen nach § 239 a Abs. 1 StGB? – Die Entscheidung deutet nicht einmal an, wohin die Reise gehen soll.

Das Ziel der Reise ist auch im Hinblick auf den künftigen **Umgang mit § 316 a Abs. 1 StGB** nicht erkennbar. Eigentlich hätte der hier erkennende 2. Strafsenat gem. § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beim 4. Strafsenat anfragen müssen, ob dieser an seiner entgegenstehenden Rechtsprechung festhält. Denn es ist nicht ersichtlich, wie man die vorliegende Entscheidung mit der im Tatsächlichen fast gleichgelagerten Entscheidung des 4. Senats in BGH NSTZ 2000, 144 in Einklang bringen will. Um so erstaunlicher ist es, dass der 2. Strafsenat die Entscheidung des 4. Strafsenates sogar für seine Auffassung zitiert!

Nehmen wir einmal an, dass die hier vorliegende Entscheidung nunmehr allein maßgeblich ist, dann bleiben immer noch Fragen offen. Eine erste knüpft daran an, dass in der Entscheidung hervorgehoben wird, der Taxifahrer B habe aus berufsbedingten Gründen nur

¹⁷ BGH 2 StR 152/02 unter 2. b).

¹⁸ BGH 2 StR 152/02 unter 3. a).

¹⁹ S. o. Fn. 7.

kurz und vorübergehend gehalten.²⁰ Möglicherweise wollte der Senat gerade und speziell Taxifahrern besonderen Schutz zukommen lassen. Immerhin wollte schon der Gesetzgeber von 1952 bei der Wiedereinführung des modifizierten § 316 a StGB insbesondere Taxifahrer vor Überfällen schützen.²¹ Warum sollte aber anderen Berufstätigen in einer vergleichbaren Situation der Schutz versagt bleiben: Verkaufsfahrern, Paketauslieferern, Pizzafahrern, Geldtransporteuren usw., denen bei einem kurzen Stopp ein Mitfahrer eine unangenehme Überraschung bereitet? Und was rechtfertigt eine andere Behandlung des Privatfahrers, der in einem Zwischenstopp einen mitgenommenen Anhalter aussteigen lassen will?

Man könnte die Entscheidung auch allgemeiner interpretieren, nämlich so, dass § 316 a Abs. 1 StGB stets verwirklicht ist, wenn der Fahrer aus seiner Sicht nur kurz hält und danach weiterfahren will. Damit wäre die bisherige Rechtsprechung überholt, nach der beim nicht verkehrsbedingten Halt der räuberische Entschluss schon während der Tat bestanden haben muss.²² Ein Fall des § 316 a Abs. 1 StGB wäre danach etwa auch der folgende: Ein Anhalter lässt sich zu einer Autobahnraststätte mitnehmen und überfällt dort auf Grund eines spontan gefassten Entschlusses den Fahrer. Die Strafe aus § 316 a StGB würde den Anhalter allerdings nicht treffen, wenn der Fahrer vorgehabt hat, vor der Weiterfahrt in der Autobahnraststätte noch eine Mahlzeit einzunehmen. – Ob das zu überzeugenden Differenzierungen führt, ist doch sehr zu bezweifeln.

5. Kritik

Kürze und Begründungsarmut der Entscheidung machten es unvermeidlich, bereits unter 4. kritische Töne anzuschlagen. An dieser Stelle genügt daher ein Schlusswort, das wir dem vertrackten § 316 a StGB widmen.

Es wäre nicht übertrieben, die Kasuistik zu dieser Vorschrift als Irrgarten zu beschreiben. Die vorliegende Entscheidung macht ihn noch unübersichtlicher. Die Berufsbedingtheit des vorübergehenden Halts ist ein Kriterium, das zu weiteren Differenzierungen nötigen wird. Sieht man davon ab und belässt man es beim bloßen Zwischenstopp, dann bleibt rätselhaft, warum es zu einer fünfmal so hohen Mindeststrafe führen soll, wenn der in seinem haltenden Auto überfallene Fahrer gleich weiterfahren und nicht vor der Weiterfahrt noch einen Spaziergang unternehmen wollte. Ähnliches gilt übrigens auch für die Täuschungsfälle, in denen die bisherige Rechtsprechung § 316 a Abs. 1 StGB bejaht:²³ Warum soll derjenige, der zum Überfall schon während der Fahrt entschlossen ist, ungleich schwerer bestraft werden als der Spontantäter? Die Überfälle unterscheiden sich aus der Sicht eines Dritten und des Opfers in nichts.

Ein Irrgarten aus Kasuistik sollte beseitigt werden. Wie geht das? Streichung von § 316 a StGB!²⁴

(Dem Text liegt ein Entwurf von Matthias Bäcker zugrunde.)

²⁰ BGH 2 StR 152/02 unter 2. b).

²¹ Näher dazu Sowada in LK (Fn. 8), § 316 a Rn. 31.

²² Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Sowada LK (Fn. 8), § 316 a Rn. 25.

²³ S. o. Fn. 12.

²⁴ Mit der Forderung stehen wir nicht allein; vgl. Tröndle/Fischer (Fn. 4), § 316 a Rn. 1 b mit weiteren Nachweisen.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Februar 2003

Zimmerbrand- Fall

Brandstiftung: teilweise Zerstörung einer Wohnung durch Brandlegung / tätige Reue: Ausschluss durch Eintritt eines erheblichen Schadens

§§ 306 a, 306, 306e StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Eine Wohnung ist als Gebäudeteil nach §306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB teilweise durch Brandlegung zerstört, wenn sie für den ‚verständigen‘ Wohnungsinhaber wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit – und nicht nur für Stunden oder einen Tag – nicht mehr benutzbar ist. Die bloße Zerstörung des Mobiliars reicht nicht aus.
2. Ist zur Beseitigung eines Brandschadens an einem Wohngebäude ein Betrag von 2.500 € oder mehr erforderlich, so liegt ein erheblicher Schaden gem. § 306 e Abs. 1 StGB vor, der ein Absehen von Strafe oder eine Strafmilderung wegen tätiger Reue ausschließt.

BGH, Urteil vom 12. September 2002 – BGH 4 StR 165/02; abgedruckt in NJW 2003, 302

1. Sachverhalt¹

A fühlt sich von ihrem Verlobten B vernachlässigt. Sie entzündet im Wohnzimmer seiner Zwei-Zimmer-Wohnung, die in einem Mehrfamilienhaus liegt, eine Zeitung auf einem Stapel Altpapier. Die Wohnung soll durch den Brand unbrauchbar werden, damit B zu ihr zieht. Kurze Zeit später verständigt A die Feuerwehr telefonisch, verlässt die Wohnung und informiert die Nachbarn. Beim Eintreffen der Feuerwehr stehen eine Couch und ein Sessel in Flammen, Wand und Deckenvertäfelung sind stark verrußt. Der Brand wird gelöscht. Wegen des Schadens ist das gesamte Wohnzimmer von Grund auf renovierungsbedürftig. B, der zunächst zu A zieht, renoviert das Zimmer. Nach drei Wochen kehrt er in seine Wohnung zurück.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das berühmt-berüchtigte 6. Strafrechtsreformgesetz des Jahres 1998 hat auch die Brandstiftungsdelikte nicht verschont. Das Urteil des BGH reiht sich ein in die Kette höchstrichterlichen Entscheidungen, die der Bewältigung dieser Reform dienen.

¹ Der hier wiedergegebene Sachverhalt beschränkt sich auf eine der vier angeklagten Brandstiftungstaten. Für die Darstellung der wesentlichen Rechtsprobleme der Entscheidung ist es nicht erforderlich, auf die anderen drei Taten einzugehen.

Der BGH nimmt hier zu **zwei Gesetzesänderungen im Bereich der Brandstiftungsdelikte** Stellung. Zum einen erörtert er die Erweiterung der Brandstiftungshandlungen. Neben das Inbrandsetzen ist die **völlige oder teilweise Zerstörung durch Brandlegung** getreten (§§ 306, 306 a StGB). Der vorliegende Fall gibt Anlass, die Grenzen der teilweisen Zerstörung näher zu bestimmen. Zum anderen befasst sich der BGH mit der ebenfalls geänderten Regelung der **tätigen Reue** in § 306 e StGB. Der Sachverhalt nötigt zur Beantwortung der Frage, wann ein **erheblicher Schaden** vorliegt, der eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe ausschließt.

Wenden wir uns zunächst dem Merkmal der (teilweisen) Zerstörung durch Brandlegung zu. Für den richtigen Umgang damit ist es erforderlich, den Grund für die Einführung dieser Brandstiftungsvariante zu kennen.² Der Gesetzgeber hat auf Fortschritte in der Bautechnik reagiert. Die Baustoffe sind feuerresistenter geworden. Das hat in tatsächlicher Hinsicht zur Folge, dass es nicht mehr so richtig brennt, wenn jemand Feuer legt. Und in rechtlicher Hinsicht folgt daraus, dass die klassische Tathandlung des Inbrandsetzens nicht vollendet ist. Das erschien dem Gesetzgeber unbefriedigend, weil gleichwohl große Schäden eintreten können, etwa durch Ruß-, Gas- oder Rauchentwicklung, durch starke Hitze oder durch Explosionen. Auch das sollte als vollendete Brandstiftungstat geahndet werden können. Also stellte er neben die Tathandlung des Inbrandsetzens diejenige der völligen oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung.

Ganz neu war es nicht, was der Gesetzgeber damit in die Welt des Strafrechts gesetzt hatte. Das Merkmal des Zerstörens gehört seit jeher zu den Handlungsvarianten der Sachbeschädigung. Für die Tatbestände der Zerstörung von Bauwerken nach § 305 StGB und der Zerstörung von wichtigen Arbeitsmitteln nach § 305 a StGB genügt auch das nur teilweise Zerstören. Gleichwohl ist damit noch keine klare Richtschnur für den Umgang mit dem neuen Brandstiftungsmerkmal gegeben. Das gilt insbesondere für das **Merkmal des teilweisen Zerstörens**. Dessen Anwendbarkeit ist **im Bereich von Brandstiftungsfällen besonders häufig zu prüfen**, weil Häuser und Wohnungen regelmäßig wiederhergestellt werden, falls sie nicht absolut und dauerhaft unbrauchbar geworden sind. Würde die Wiederherstellung oder gar die Wiederherstellbarkeit ein teilweises Zerstören ausschließen, so wäre das Merkmal praktisch funktionslos. Nötig ist also eine quantitative Bewertung, für die sich als Kriterien die Dauer des Nutzungsentzuges und der Wiederherstellungsaufwand anbieten. So wird bei §§ 305 und 305 a StGB ein teilweises Zerstören angenommen, wenn das Tatobjekt für eine „nicht unbeträchtliche Zeit“ unbrauchbar gemacht worden ist.³ Es liegt auf der Hand, dass eine präzise Bestimmung der Grenze Schwierigkeiten macht. Nehmen wir den vorliegenden Fall: Kann wegen einer dreiwöchigen Renovierungsdauer eine teilweise Zerstörung der Wohnung angenommen werden?

Nur wenn diese Frage bejaht wird, stellt sich die weitere nach der Anwendbarkeit der Vorschrift über die **tätige Reue**, die eine **vollendete Tat** voraussetzt.⁴ (Andernfalls ist es bei einem Versuch geblieben, dessen Strafbarkeit durch Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB aufgehoben sein könnte.) In § 306 e StGB begegnet uns die eben angesprochene Abgrenzungsproblematik in nur leicht veränderter Einkleidung. Danach helfen dem Täter aller Eifer und Einsatz beim Löschen nicht, wenn bereits ein erheblicher Schaden entstanden ist. Wiederum muss gemessen und gewogen werden. Die **generalklauselartige Weite** des Merkmals hat das Schrifttum nicht ruhen lassen. Es gibt eine beträchtliche Zahl von Vorschlägen, die um Präzisierung bemüht sind. So soll ein erheblicher Schaden dann vorliegen, wenn entweder eine erhebliche Körperverletzung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verursacht wurde oder ein Sachschaden von bedeutendem Wert gem. § 315 c StGB entstanden

² Vgl. zum Folgenden BT-Drucks. 13/7164, S. 26 und BT-Drucks. 13/8587, S. 26, sowie Geppert, Jura 1998, 597, 599.

³ BGHSt 41, 219, 221; Stree in: Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 305 Rn. 5.

⁴ Vgl. allgemein zur tätigen Reue Wessels / Beulke, Strafrecht AT, 32. Aufl. 2002, Rn. 654.

ist, für den bekanntlich ein Wert von mindestens 750 € angesetzt wird.⁵ Gegen eine Orientierung an dieser Wertgrenze wird eingewendet, dass Brandstiftungstaten ein viel höheres Schädigungspotential hätten als Straßenverkehrtsdelikte, so dass die Erheblichkeitsschwelle höher liegen müsse.⁶ Nach einer anderen Auffassung reicht ein Sachschaden von bedeutendem Wert allein nicht aus, um tätige Reue auszuschließen; es müssten vielmehr bestandswesentliche Teile des Objekts selbständig vom Feuer ergriffen sein.⁷ – Auch dazu stand bislang ein klärendes Wort des BGH aus.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Kurz befasst sich der BGH zu Beginn mit der Eignung einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus als Tatobjekt einer schweren Brandstiftung gem. § 306 a StGB. Danach sind Wohnungen in Gebäuden Teile des Gebäudes und damit unter § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumierbar.

Gleichermaßen zügig erledigt er die Frage, ob A die Wohnung in Brand gesetzt hat. Die gängige **Definition des Inbrandsetzens**⁸ – Erfasstsein zumindest wesentlicher Bestandteile des Gebäudes vom Feuer in einer Weise, dass es selbständig ohne Fortwirken des Zündstoffs weiterbrennt – macht klar, dass diese Tathandlung ausscheidet. Es genügt nicht, wenn, wie hier, lediglich Inventar brennt und Gebäudeteile nur verrußt sind.

Zur Handlungsvariante des teilweisen Zerstörens durch Brandlegung entwickelt der BGH eine Auslegung, die von **zwei Argumentationsansätzen** ausgeht. Einmal wird aus der **hohen Strafandrohung** in §§ 306 und 306 a StGB abgeleitet, dass nur ein teilweises Zerstören „von Gewicht“ tatbestandsmäßig sein könne.⁹ Ferner wird mit dem **Zweck von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB** argumentiert, das **Wohnen als „Mittelpunkt menschlichen Lebens“ zu schützen**. Daraus folge, dass bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus zumindest eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene „Untereinheit“ für Wohnzwecke unbrauchbar geworden sein müsse. „Das ist dann der Fall, wenn für den ‚verständigen‘ Wohnungsinhaber die Wohnung wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit – und nicht nur für Stunden oder einen Tag – nicht mehr benutzbar ist.“¹⁰ Die bloße Zerstörung von Mobilien reiche dafür nicht.

Die „Vernunft“ des Wohnungsinhabers enthält ein wichtiges objektives Regulativ. Die Dauer der Unbrauchbarkeit bemisst sich nicht nach seinem Gebrauchswillen, sondern nach dem tatbedingt erforderlichen Renovierungsaufwand. Dieser muss unmittelbar festgestellt werden. Es genügt also nicht, zu wissen, dass der Wohnungsinhaber B hier nach dreiwöchiger Renovierung in die Wohnung zurückgekehrt ist. Vielmehr muss geklärt werden, ob die Wohnung tatsächlich für diesen Zeitraum nicht bewohnt werden konnte. Die dafür erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen fehlen. Der BGH hat die Sache daher zurückverwiesen.

Für den Fall, dass die Voraussetzungen einer teilweisen Zerstörung vorliegen, versorgt der BGH das Tatgericht noch mit Hinweisen zur Anwendung von § 306 e StGB, insbesondere zum Merkmal des erheblichen Schadens. Mit einem **Argument gesetzlicher Sachlogik** wendet er sich gegen eine Übernahme der Wertgrenze von 750 € aus § 315 c StGB. Ein so niedriger Wert lasse § 306 e StGB praktisch leer laufen, weil ein Schaden dieser Größenordnung regelmäßig bereits durch die Tathandlung entstanden sei. Werde für das vollständige oder teilweise Zerstören von Wohngebäuden eine Funktionseinbuße von Gewicht verlangt, so sei damit in aller Regel ein beträchtlicher Sachschaden verbunden. Um gleichwohl der

⁵ Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 306 e Rn. 2; Rengier, Strafrecht BT 1, 4. Aufl. 2002, § 40 Rn. 38; Geppert Jura 1998, 597, 605. – Im Straßenverkehrsstrafrecht zeichnet sich eine Tendenz zur Erhöhung des Betrages auf 1.000 € ab; vgl. Tröndle / Fischer, StGB, 51. Aufl. 2002, § 315 c Rn. 15, § 315 Rn. 16.

⁶ Vgl. Heine in: Schönke / Schröder (Fn. 3), § 306 e Rn. 8.

⁷ Radtke ZStW Bd. 110 (1998), 848, 872.

⁸ Z. B. Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 203.

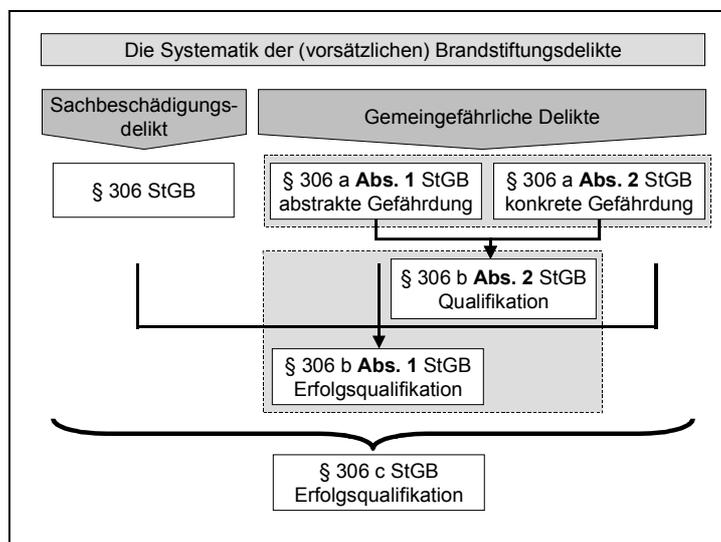
⁹ BGH NJW 2003, 302, 303

¹⁰ BGH NJW 2003, 302, 303

tätigen Reue einen Anwendungsbereich zu belassen, müsse die Erheblichkeitsgrenze heraufgesetzt werden. Nach Auffassung des BGH liegt in Fällen der Brandstiftung an einem Wohngebäude ein erheblicher Schaden erst dann vor, wenn **mindestens ein Betrag von 2.500 €** objektiv zur Schadensbeseitigung erforderlich ist.¹¹

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Brandstiftungstaten beunruhigen nicht nur die Bevölkerung, sondern auch Examenskandidatinnen und -kandidaten. Das liegt zur Hauptsache daran, dass die gesetzlichen Vorschriften kompliziert aufgebaut sind. Hier ist nicht der Ort, die systematischen Zusammenhänge zu entfalten. Empfohlen sei die Lektüre des entsprechenden Abschnitts in einem Grundriss.¹² Wir begnügen uns mit einer Orientierungshilfe in der Form einer grafischen Übersicht:



Aufgabenstellungen, die sich mit Brandstiftungsdelikten befassen, betreffen meistens Probleme aus den folgenden drei Bereichen: Tathandlungen, Tatobjekte und tätige Reue. Immerhin zwei davon werden in der BGH-Entscheidung angesprochen. Das sollte Anlass geben, ihr im Ausbildungszusammenhang Beachtung zu schenken.

Was die aufbaumäßige Verarbeitung betrifft, so bereitet das Merkmal des (teilweise) Zerstörens keine Schwierigkeiten; es ist als Element des objektiven Tatbestands zu erörtern.

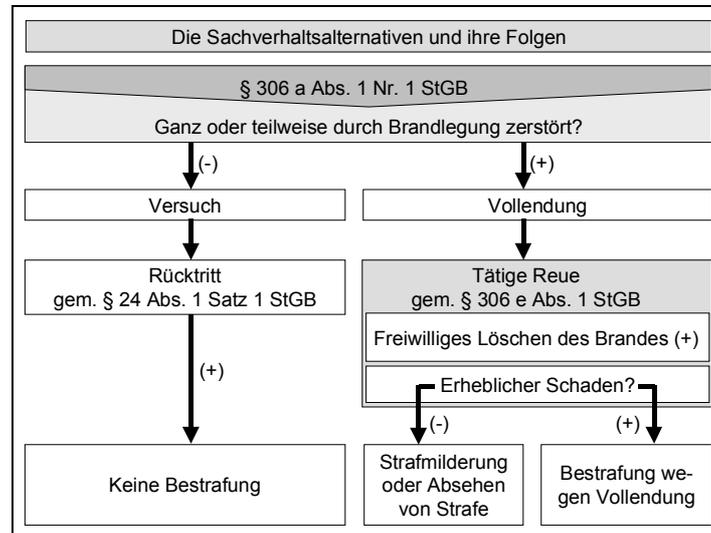
Fehlgriffe sind dagegen möglich im Umgang mit der tätigen Reue und der damit verbundenen Schadensproblematik. Anzuraten ist zunächst einmal Genauigkeit in der dogmatischen Einordnung der hier anzuwendenden Regelung in **§ 306 e Abs. 1 StGB**. Es handelt sich um eine **Strafzumessungsvorschrift**, die dem Gericht – nach Feststellung der Strafbarkeit! – eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe ermöglicht. Die Rechtsfolge stimmt also nicht mit derjenigen eines **Rücktritts nach § 24 StGB** überein, der – zwingend! – als **persönlicher Strafaufhebungsgrund** zur Strafflosigkeit führt. Prüfer werden eine korrekte Benennung zu schätzen wissen.

Die Nähe von Rücktritt und tätiger Reue macht es weiterhin nötig, sich Klarheit über die **Unterschiede** zu verschaffen, die sich bereits aus den **Zugangsvoraussetzungen** ergeben: **Zurückgetreten wird von einem Versuch, bereut wird die vollendete Tat**. Dementsprechend wird das Landgericht, das sich erneut mit dem vorliegenden Fall beschäftigen muss,

¹¹ In einer Nebenbemerkung macht der BGH NJW 2003 302, 304 auf ein noch ungeklärtes Problem aufmerksam: Sind bei der Schadensberechnung auch Eigenschäden zu berücksichtigen?

¹² Z. B. Rengier (Fn. 5), § 40; Wessels / Hettinger, Strafrecht BT, 26. Aufl. 2002, § 21.

den Sachverhalt unter Berücksichtigung der folgenden Entscheidungsalternativen zu würdigen haben:



Für die Praxis hat die Entscheidung eine Leitfunktion vor allem durch die Einführung eines neuen strafrechtlichen Geldbetrages: erheblicher Schaden gem. § 306 e Abs. 1 und 2 StGB = mindestens 2.500 €. Damit erweitert sich die Skala der durch Gesetz oder Rechtsprechung festgelegten strafrechtlichen Geldbeträge:

Geldbetrag	Merkmal	Strafvorschrift
5,- €	Niedrigste Tagessatzzahl x niedrigste Tagessatzhöhe	§ 40 Abs. 1 und 2 StGB
bis ca. 25,- € ¹³	Untere Schadensgrenze für die Annahme eines Unfalls im Straßenverkehr	§ 142 Abs. 1 StGB
bis ca. 50,- € ¹⁴	Geringwertigkeit von Sachen und Vermögen	z. B. §§ 248 a, 263 Abs. 4 StGB
bis ca. 1000,- € ¹⁵	Nicht bedeutender Sachschaden	§ 142 Abs. 4 StGB
ab 750,- € ¹⁶	Sache von bedeutendem Wert	z. B. § 315 c Abs. 1 StGB
ab 2500,- € ¹⁷	Erheblicher Schaden	§ 306 e Abs. 1 und 2 StGB
ab 10.000,- € ¹⁸	Vermögensverlust großen Ausmaßes	z. B. § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB
1.800.000,- €	Höchste Tagessatzzahl x höchste Tagessatzhöhe	§ 40 Abs. 1 und 2 StGB

¹³ Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 142 Rn. 11.

¹⁴ Lackner/Kühl, (Fn. 5), § 248 a Rn. 3.

¹⁵ Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 142 Rn. 64.

¹⁶ Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 315 c Rn.15, § 315 Rn. 16.

¹⁷ Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 122.

5. Kritik

Wie ist der Senat darauf gekommen, als Grenze für einen erheblichen Schaden 2.500 € anzunehmen? Vielleicht so:

Richter 1: „Ich finde, dass der Betrag mindestens fünfmal so hoch sein muss wie der bedeutende Sachwert in § 315 c StGB, also 3.750 €.“

Richter 2: „Das ist mir viel zu hoch! Das Doppelte dürfte genug sein: 1.500 €.“

Richterin 3: „2.000 € ist eine glatte Zahl. Die kann man sich besser merken.“

Richter 4: „3.000 € ist genauso glatt.“

Vorsitzender: „Machen wir doch einen Kompromiss: 2.500 €. Alle einverstanden? Danke.“

Die Entscheidungsgründe lassen nicht erkennen, dass die Entscheidungsfindung ganz anders, nämlich sachlich und rational verlaufen ist. Ein Sachargument dafür, dass gerade 2.500 die richtige Zahl ist, findet sich darin nicht. Und es nicht erkennbar, dass sich der BGH jedenfalls um Rationalität bemüht hat, etwa durch Verarbeitung von Zahlenmaterial über die durchschnittliche Höhe von Brandstiftungsschäden. Entschieden hat er durch Dezision und dabei die Autorität eines Organs der Rechtssetzung in Anspruch genommen, was er nicht ist. Seine Aufgabe ist es, gesetztes Recht auf rational nachvollziehbare Weise anzuwenden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sandra Wendt zugrunde. Die Grafiken hat Nicola Pridik entworfen.)

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

März 2003

Flaschenhals- Fall

Schwere räuberische Erpressung: (Irrtum über die) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung / gefährliche Körperverletzung: Mittäterexzess

§§ 255, 253, 250, 16 Abs. 1 Satz 1; 224, 25 Abs. 2 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Nimmt der Nötigende an, ihm stehe gegen den Genötigten eine einredefreie und fällige Forderung zu, so handelt er in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung nach § 253 StGB in einem vorsatzausschließenden Tatumstandsirrtum.
2. Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, werden vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist.

BGH, Urteil vom 9. 7. 2002 – 1 StR 93/02, abgedruckt in NSTZ 2002, 597

1. Sachverhalt

A und B werden bei unterschiedlichen Drogengeschäften von C „gelinkt“, der einerseits als Käufer und andererseits als Verkäufer agiert. A erhält nicht den vollständigen Kaufpreis und B nicht die vollständige Kokainlieferung. Daraufhin schließen sich A und B zusammen, um gemeinsam – notfalls mit Gewalt – gegen C vorzugehen. Sie wollen das restliche Geld bzw. das restliche Kokain eintreiben. Darauf meinen sie einen Anspruch zu haben. Einzelheiten der Gewaltausübung werden nicht abgesprochen. Beim Zusammentreffen mit C droht zunächst B Schläge an. Dann schlägt A dem C mit der Faust ins Gesicht. Anschließend zerschlägt A eine Schnapsflasche und drückt den abgebrochenen Flaschenhals gegen das Gesicht des C, so dass das Glas die Wange durchdringt. C blutet stark und versucht zu fliehen. A und B holen ihn wieder ein und schlagen auf ihn ein. B zieht den Ledergürtel aus seiner Hose und verwendet ihn zum Schlagen. Als eine Frau aus dem Fenster ruft, sie werde die Polizei alarmieren, geben A und B ihr Vorhaben auf und laufen weg.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Auf den ersten Blick erscheint es wenig lohnend, im vorliegenden Fall näher auf Erpressungstatbestände einzugehen. Die Verneinung einer entsprechenden Strafbarkeit drängt sich vom Sachverhalt her geradezu auf. Danach nahmen A und B an, sie hätten einen Anspruch auf die restliche Leistung. Wer aber irrig einen **einredefreien und fälligen Anspruch**

auf die erstrebte Bereicherung zu haben glaubt, dem fehlt es am Vorsatz hinsichtlich des Merkmals der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung, das als objektives Tatbestandsmerkmal gilt. Zu seinen Gunsten greift § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ein. Das ist gängige Rechtsprechungspraxis und auch in der Literatur ganz überwiegend anerkannt.¹

Aus zwei Gründen sollte man jedoch etwas tiefer bohren. Zum einen mutet es in tatsächlicher Hinsicht merkwürdig an, wenn A und B ohne weiteres zugebilligt wird, sie seien von rechtsgültigen Ansprüchen ausgegangen. Dass Rauschgiftgeschäfte **gesetzlich verboten** und daher nach § 134 BGB nichtig sind, dürfte doch nahezu allgemeinkundig sein.

Doch wie ist die Rechtslage wirklich? Damit sind wir beim zweiten Grund, welcher rechtlicher Natur ist. In einer neueren Entscheidung hat der 3. Strafsenat des BGH zwei Angeklagten, die bei einem Haschischkauf mit Schokolade getäuscht worden waren und die gezahlte Summe durch erpresserisches Verhalten vom Dealer zurückerlangt hatten, einen **Rückzahlungsanspruch** aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zugesprochen und damit die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung verneint.² Ein Betrug durch den Dealer wurde auf der Grundlage eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs bejaht. Daraus könnte für unseren Fall zu folgern sein, dass die beabsichtigte Bereicherung schon objektiv nicht rechtswidrig war.

Allerdings unterscheiden sich die Fälle in einem Punkt, der bedeutsam sein könnte. Während dort die Angeklagten von dem Dealer den bezahlten Kaufpreis herausforderten, ging es hier A und B nicht um die Rückgängigmachung des Geschäfts, sondern – ganz im Gegenteil – um die vollständige Abwicklung des ursprünglich verabredeten Deals. Würden auch derartige Erfüllungsansprüche auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB gestützt werden können, dann ergäbe sich ein klarer Widerspruch zum gesetzlichen Verbot des Rauschgifthandels durch das Betäubungsmittelgesetz. Auf jeden Fall besteht Klärungsbedarf auf Grund der erwähnten neueren BGH-Entscheidung.

Auch ein weiteres Fallproblem erschließt sich nicht auf Anhieb. Es wird – im Wortsinne – sichtbar, wenn man versucht, sich eine **plastische Vorstellung von dem Geschehen** zu machen. Verständigt hatten sich A und B über ein gewaltsames Vorgehen. Dazu passt ohne weiteres, dass gedroht, dass geschlagen und dass ein Lederriemen zum Schlagen eingesetzt wurde. Dann aber dieser schreckliche, lebensgefährliche Einsatz der abgebrochenen Flasche! Ob B damit gerechnet hat, dass A zu diesem äußerst brutalen Mittel greift?

Diese Frage ist rechtlich als **Problem der Mittäterschaft** zu verarbeiten. Entwickelt wird es, indem zunächst festgestellt wird, dass sich A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs) und Nr. 5 (lebensgefährdende Behandlung) StGB strafbar gemacht hat. Da dieses Vorgehen nicht konkret mit B verabredet war, ist zu fragen, ob er auch insoweit als Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB angesehen werden kann.

Generell gilt folgendes.³ Für das Handeln anderer kann nach § 25 Abs. 2 StGB nur derjenige haften, dessen Vorsatz sich darauf erstreckt hat. Die Reichweite des Vorsatzes ist maßgeblich nach der getroffenen Absprache zu beurteilen. Ein Überschreiten dadurch gezoGENER Grenzen durch den anderen – also ein **Exzess** – kann nicht angelastet werden.

So weit, so gut. Probleme ergeben sich jedoch bei der praktischen Anwendung und haben zumeist damit zu tun, dass die Beteiligten die beabsichtigte Tat nicht in allen Einzelheiten absprechen. Auch entwickelt das Tatgeschehen häufig eine vorher vielleicht nicht bedachte, aber doch vorhersehbare Eigendynamik. Ist nicht allein schon wegen der Vorhersehbarkeit eine Mittäterhaftung gerechtfertigt?

¹ Vgl. *Tröndle/Fischer*, 51. Aufl. 2003, § 253 Rn. 14 f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 25. Aufl. 2002, Rn. 716, 579 ff., jeweils m.w.N.

² BGH, NStZ-RR 2002, 214. § 817 Satz 2 BGB soll wegen seines Ausnahmecharakters dem Anspruch nicht entgegenstehen; s. dazu auch *Palandt/Thomas*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 817 Rn. 2 m.w.N. Dagegen meint *Medicus*, Bürgerliches Recht, 19. Aufl. 2002, Rn. 697, die Vorschrift sei als allgemeine Rechtsschutzversagung aufzufassen und daher auch auf Deliktsansprüche anzuwenden.

³ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 1), § 25 Rn. 8 a m.w.N.

Der BGH hat sich dazu bisher folgendermaßen geäußert.⁴ Handlungen der anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, werden vom Willen des Mittäters auch dann umfasst, wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist.

Ähnlich klingt es in der Literatur.⁵ So heißt es etwa bei *Roxin*⁶, der Mittäter müsse die Handlungen seiner Komplizen „nicht in jedem Detail vorher gekannt haben“. Der gemeinschaftliche Vorsatz könne das Tun „auch nur im Allgemeinen umfassen und jedem Einzelnen in der Art der Ausführung mehr oder weniger Freiheit einräumen“. Mittäterschaft liege demnach auch noch vor bei Abweichungen, „die im Rahmen der üblichen Spielbreite einschlägiger Taten liegen, mit denen man nach den Umständen des Falles gewöhnlich rechnen muss“. Nach *Kühl* bedarf es einer „verständigen Auslegung des Tatplans“, um festzustellen, „welches nicht ausdrücklich besprochene Verhalten noch von ihm gedeckt ist“.⁷ – Wir haben es also mit einem sachverhaltsbezogenen Problem zu tun. Es geht darum, den Willenssachverhalt beim (potentiellen) Mittäter, hier also bei B, zu ermitteln.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH entscheidet pragmatisch, was leider auch bedeutet, dass er die hier aufgeworfenen Fragen nur zum Teil beantwortet. So erspart er sich eine Klärung der Frage, ob angesichts der neueren Entscheidung zu Schadensersatzansprüchen gegen betrügerische Dealer bereits die Rechtswidrigkeit der von A und B beabsichtigten Bereicherung zu verneinen ist. Die Relevanz dieser Entscheidung müsse nicht geprüft werden, weil eine Strafbarkeit **auf jeden Fall aus subjektiven Gründen** entfalle. A und B seien, wie das Tatgericht festgestellt habe, vom Bestehen entsprechender Ansprüche ausgegangen. Somit hätten sie nicht vorsätzlich im Hinblick auf eine (etwaige) Rechtswidrigkeit der Bereicherung gehandelt.

Kein Wort verliert der BGH darüber, ob das Tatgericht richtigerweise diese Feststellung getroffen hat. Das ist an sich auch nicht zu beanstanden, wenn ein Urteil auf der Grundlage einer Sachrüge überprüft wird. Dabei ist das Revisionsgericht grundsätzlich an die Feststellungen des Tatgerichts gebunden. Das gilt allerdings nicht, wenn diese Feststellungen widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen.⁸ Es wäre also nicht völlig ausgeschlossen gewesen, die Annahme des Landgerichts zu überprüfen, A und B seien überzeugt gewesen, einen rechtsgültigen Anspruch auf vollständige Erfüllung ihrer jeweiligen Rauschgiftgeschäfte gehabt zu haben, was angesichts des klaren Gesetzesverstoßes doch recht merkwürdig anmutet. Der BGH geht darauf aber nicht einmal in Andeutungen ein.

Deutliche Worte findet er dagegen zur Auffassung des Landgerichts, dass B allein wegen versuchter Nötigung belangt werden könne. Das Gericht habe übersehen, dass B sich sicherlich schon unter dem Gesichtspunkt der gemeinschaftlichen Begehung wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB und wahrscheinlich auch durch die Verwendung des Lederriemens nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht habe. Im übrigen sei ihm auch der Einsatz der zersplitterten Flasche durch A nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, worin eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB zu sehen sei. Der gemeinsame, die Anwendung von Gewalt einschließende Plan und dessen konsequente und koordinierte Durchführung, bei der B sich später auch aktiv an den Verletzungshandlungen beteiligt habe, legten die Annahme nahe, dass er sich mit der konkreten Vorgehensweise des A von Anfang an einverstanden erklärt habe oder dass sie ihm

⁴ Vgl. BGH GA 1985, 270; BGH NJW 1973, 377.

⁵ Vgl. z. B. *Cramer* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 25 Rn. 95; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 25 Rn. 17; *Tröndle/Fischer*, (Fn. 1), § 25 Rn. 8 a.

⁶ *Roxin* in: LK, 11. Aufl., § 25 Rn. 175 unter Bezugnahme auf die Rspr.

⁷ *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 118.

⁸ Vgl. dazu *Meyer-Goßner*, StPO, 46. Aufl. 2003, § 337 Rn. 26 ff. m.w.N.

zumindest gleichgültig gewesen sei, was für eine **mittäterschaftliche Zurechnung** ausreiche.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Merkmal der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung, das im Vermögensstrafrecht vielfach auftritt, bereitet in Prüfungszusammenhängen und in der Praxis erhebliche Probleme. Daher befassen wir uns auch nicht zum ersten Mal damit. Bereits im Prostitutionsfall (FAMOS Juli 2002) war es von zentraler Bedeutung. Auf die dortigen allgemeinen Ausführungen und prüfungstechnischen Hinweise sei hier verwiesen.

Die Schwierigkeiten im Umgang mit diesem Merkmal beruhen zur Hauptsache auf zwei Gründen. Erstens: Häufig müssen zivilrechtliche Bezüge geklärt werden. Zweitens: Es können vertrackte Irrtumsprobleme auftreten. Der vorliegende Fall hat beides zu bieten.

Im Hinblick auf die (objektive) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung wäre bei gutachtlicher Prüfung zunächst zu klären, ob A und B auf Grund des betrügerischen Vorverhaltens des C Ansprüche zustanden. Unseres Erachtens kann das Ergebnis nur lauten: nein! Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der neueren BGH-Entscheidung zu einem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. BGB in Verbindung mit § 263 StGB auf Rückgewähr zu folgen ist.⁹ Keinesfalls kann auf dieser Rechtsgrundlage die restliche Erfüllung verlangt werden; denn ansonsten würden gesetzwidrige Rauschgiftgeschäfte legitimiert.

Was den **Irrtum** betrifft, so kann er **tatsächliche und rechtliche Bezüge** haben. Soweit über die rechtliche Gültigkeit von Ansprüchen geirrt wird, kann die Anwendbarkeit von § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB bezweifelt werden; bezieht sich diese Vorschrift nach ihrem klaren Wortlaut doch nur auf Tatumstände, nicht aber auf rechtliche Wertungen.¹⁰ Nach der allgemeinen Vorsatzdogmatik müssten Fehlvorstellungen jedenfalls dann unbeachtlich sein, wenn die soziale Bedeutung zutreffend erfasst und nur rechtlich fehlerhaft subsumiert wurde.¹¹ Diese theoretische Differenzierung ist praktisch aber nur schwer umsetzbar, weil die Vorstellungen der Handelnden in aller Regel nicht so klar sind, wie es die juristischen Kategorien erfordern. Das ist ein wesentlicher Grund dafür, dass die Rechtsprechung großzügig ist in der Zuerkennung eines Tatumstandsirrtums bei rechtsbezogenen Fehlvorstellungen und auch zweifelhafte tatrichterliche Feststellungen durchgehen lässt.¹²

Was folgt daraus für die Behandlung entsprechender Prüfungsaufgaben? Man tut gut daran, nur bei detaillierten Angaben über die rechtlichen Vorstellungen des Täters das Abgrenzungsproblem aufzugreifen. Heißt es dagegen lediglich, der Täter habe angenommen, ihm stehe ein Anspruch zu, sollte ihm – auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes in *dubio pro reo* – ein Tatumstandsirrtum zugebilligt werden.

Zur Mittäterschaftsproblematik ist lediglich zu bemerken, dass der BGH mit dieser Entscheidung seine bisherige Linie¹³ fortsetzt. Bei der Abgrenzung zum Exzess ist also darauf zu achten, dass sich die **mittäterschaftliche Zurechnung** nicht auf den Bereich der konkreten Absprache beschränkt, sondern auch noch einen angelagerten Bereich umfasst, dessen äußere Grenze durch **weit abgesenkte Anforderungen** bestimmt wird. Es genügt, wenn der eine das nicht abgesprochene Handeln des anderen für möglich gehalten und dem gleichgültig gegenüber gestanden hat. Das entspricht den Mindestanforderungen an den

⁹ Vgl. dazu die kritische Anmerkung von *Kindhäuser/Wallau* in *NSz* 2003, 151ff.

¹⁰ Vgl. zu entsprechenden Problemen im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung nach § 242 StGB *Mitsch*, *Strafrecht* BT 2, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 162 f.

¹¹ Vgl. *Ebert*, *Strafrecht* AT, 3. Aufl. 2001, S. 58.

¹² Die Großzügigkeit im Umgang mit § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zeigt sich auch in umgekehrten Konstellationen. In *BGH StV* 2000, 79 hatte die Vorinstanz ausdrücklich festgestellt, den Angeklagten sei klar gewesen, dass keiner von ihnen einen berechtigten und mit legalen Mitteln durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Nötigungsoffer gehabt habe. Der BGH nimmt diese Tatsachenfeststellung nicht hin, sondern meint, dass nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht mit der ausreichenden Sicherheit ausgeschlossen werden könne, dass die Angeklagten doch an die Existenz von rechtswirksamen Ansprüchen geglaubt hätten.

¹³ Siehe oben Fn. 4.

bedingten Vorsatz. Das Für-Möglich-Halten wird praktisch durch eine Beurteilung nach dem Gesichtspunkt der Adäquanz ermittelt. Die mittäterschaftliche Haftung reicht also außerordentlich weit. Es bewahrheitet sich der Spruch: Mitgefangen – mitgehungen.

Man sollte sich also bei einer Fallbearbeitung davor hüten, einen Mittäterexzess bereits dann anzunehmen, wenn sich ein Beteiligter nicht genau an die Absprache hält. Vielmehr ist von dieser Feststellung überzuleiten zu einer genauen Prüfung des Sachverhalts danach, ob die Abweichung noch in den Bereich erweiterter mittäterschaftlicher Zurechnung fällt.

5. Kritik

Die Entscheidung setzt eine etablierte Rechtsprechung fort. Daran ist nichts zu kritisieren, es sei denn, man übt grundsätzliche Kritik an dieser Rechtsprechung, wozu hier nicht der rechte Ort ist.

Unsere Kritik beschränkt sich daher auf ein Detail. Im Rahmen der Prüfung einer Erpressung wirft der BGH ohne Not eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf und lässt sie dann aber unbeantwortet. Eigentlich hätte es genügt, auf den Irrtum der Beteiligten zu verweisen, um eine Strafbarkeit wegen Erpressung zu verneinen. Zuvor erwähnt der BGH jedoch die neuere Entscheidung zum Schadensersatz im Falle eines betrügerischen Deals. Das weckt die Erwartung, dass nunmehr geklärt wird, ob es nicht bereits an der (objektiven) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung fehlt. Eine Klärung wäre aus Gründen der Rechtsfortbildung auch wünschenswert gewesen. Doch, kaum gehisst, wird die Fahne schon wieder eingezogen. Der BGH macht von der Wahlmöglichkeit des Richters Gebrauch; er greift zu einem anderen Straflosigkeitgrund, der ihm Begründungsarbeit erspart. – Und der Leser des Urteils fühlt sich genasführt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Michael Wrase zugrunde)

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

April 2003

Kassenarzt-Fall

Betrug durch ärztliche Abrechnung / Bedeutung von Zweifeln für die Annahme eines Irrtums / Schaden durch Honorarzahlung einer Kassenärztlichen Vereinigung an einen nicht zugelassenen Arzt

§ 263 StGB

Leitsätze der Verf.:

- 1. Zweifel sind solange nicht geeignet, die Annahme eines Irrtums im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB in Frage zu stellen, als das Opfer gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und deswegen eine Vermögensverfügung trifft.**
- 2. Wegen der für den Bereich des Sozialversicherungsrechts geltenden streng formalen Betrachtungsweise stellt eine Honorarauszahlung durch eine Kassenärztliche Vereinigung an einen nicht als Kassenarzt zugelassenen Inhaber einer Privatpraxis grundsätzlich einen Vermögensschaden dar; regelmäßig bleibt außer Betracht, dass der Vereinigung Aufwendungen in möglicherweise gleicher Höhe für eine Behandlung durch einen zugelassenen Arzt erspart geblieben sind.**

BGH, Urteil vom 05.12.2002 – BGH 3 StR 161/02, abgedruckt in wistra 2003 S. 142

1. Sachverhalt

Zahnarzt A eröffnet eine Privatpraxis. Um eine Zulassung als Kassenarzt bemüht er sich nicht, weil er vorbestraft ist und daher einen Antrag für aussichtslos hält. Um gleichwohl Kassenpatienten behandeln und dafür abrechnen zu können, stellt er den zugelassenen Kassenarzt B als Strohmann ein. Dieser rechnet absprachegemäß alle in der Praxis durchgeführten Behandlungen von Kassenpatienten gegenüber der Kassenzahnärztlichen Vereinigung (KZV) als eigene Behandlungen ab. Tatsächlich führt aber A mit 90 % den Hauptanteil dieser Behandlungen durch, was auch fachgerecht geschieht. Durch anonyme Anzeige wird die KZV darauf hingewiesen, dass B rechtswidrig abrechnet. Sie entschließt sich trotzdem, zumindest einen Teil der beantragten Gelder auszuzahlen, weil sie befürchtet, in einem etwaigen Rechtsstreit zu unterliegen. Den von der KZV ausgezahlten Betrag von insgesamt etwa einer Million DM gibt B an A weiter. Für sich selbst behält er vereinbarungsgemäß ein monatliches Gehalt ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zu entscheiden hatte der BGH über eine Strafbarkeit des A wegen Betrug. An seiner Rolle als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB gab es keinen Zweifel, auch wenn B gegenüber der KZV aufgetreten war. Das Vorgehen beruhte auf einer Arbeitsteilung, an der A maßgeblichen Anteil hatte.

Das erste Problem bei der Anwendung des Betrugstatbestandes wird deutlich, wenn man sich den Auszahlungsvorgang bei der KZV ganz bildhaft vorstellt. Der zuständige Sachbearbeiter sitzt an seinem Schreibtisch und überlegt, ob er die Zahlung anordnen soll, obwohl diese anonyme Anzeige eingegangen ist. Er zögert, zu unterschreiben, weil er erhebliche Zweifel hat, ob B zum Bezug der Kassenzahlungen berechtigt ist. Schließlich gibt er sich einen Ruck und setzt seine Unterschrift unter die Auszahlungsanordnung, um eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. – Beruhte diese Vermögensverfügung auf einem Irrtum, also auf einer Fehlvorstellung über die Wirklichkeit?¹ Den ungetrübten Glauben an die Richtigkeit der Antragsangaben hatte der Sachbearbeiter verloren. Dass er gleichwohl die Auszahlung veranlasste, lässt daran zweifeln, ob die von ihm vertretene Einrichtung als Betrugsoffer angesehen werden kann.

Diese Betrachtung des Problems aus der Opferperspektive ist zu einer **viktimologisch ausgerichteten Betrugslehre** ausformuliert worden.² Sie will den Anwendungsbereich von § 263 StGB strikt auf Fälle beschränken, in denen der Geschädigte eines strafrechtlichen Schutzes auch tatsächlich bedarf. Für das zweifelnde Betrugs„opfer“ wird die Schutzbedürftigkeit mit dem Argument verneint, dass es sich selbst schützen könne, indem es den Anlass seiner Zweifel überprüfe.³ Letztlich wird der zivilrechtliche Gesichtspunkt des Mitverschuldens auf das Strafrecht übertragen und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verknüpft. Der Staat müsse zur Verteidigung desjenigen, der sich selbst schützen könne, sein – so ein oft bemühtes, aber waffentechnisch längst überholtes Bild – schärfstes Schwert nicht ziehen. Die Umsetzung in die Begrifflichkeit des Betrug. lautet in Kurzform: Wer zweifelt, irrt nicht.⁴

Das ist eine Mindermeinung geblieben. Rechtsprechung und h. M. sind der Auffassung, dass **Zweifel und Irrtum gem. § 263 StGB sich nicht ausschließen**.⁵ Sie berufen sich dabei auf die anerkannte Definition des Irrtums als unrichtige Vorstellung über Tatsachen: Wer eine in Wirklichkeit nicht gegebene Tatsache auch nur für möglich halte, irre bereits, weil *diese* Vorstellung mit der Realität nicht übereinstimme. Gebe sie Anlass für eine Verfügung, so falle der Handelnde der List des Täters zum Opfer. Ferner wird gegen den viktimologischen Ansatz eingewendet, dass der Gedanke eines Mitverschuldens nicht zum Strafrecht passe. Auch sei nicht einzusehen, dass das vorsichtige und daher zweifelnde Opfer weniger schutzwürdig sein solle als das naive und leichtsinnige Opfer, dem erst gar keine Zweifel kämen.

Damit ist aber auch für diesen Standpunkt das Problem noch nicht erledigt. Denn es gibt einen **Übergangsbereich zwischen Irrtum und Nicht-Irrtum**. Zweifel können so sehr an-

¹ Vgl. zur Definition des Irrtumsbegriffs *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 212.

² Zusammenfassende Darstellung mit zahlreichen Literaturhinweisen bei *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2001, S. 145 f. (Es gab sogar den weiterreichenden Gedanken, den viktimologischen Ansatz auf das gesamte Strafrecht auszudehnen und eine „Viktimodogmatik“ als Pendant zur empirisch ausgerichteten Viktimologie zu entwickeln. Durchgesetzt hat er sich nicht. Reste davon sind bei *Roxin*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1997, § 14 Rn. 15-24, zu besichtigen. Es ist im wesentlichen bei einer Betrugs-„Viktimodogmatik“ geblieben.)

³ Z. B. *Giehling*, GA 1973, 1, 17 f.; *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 181 f., der allerdings auch schon das Vorliegen einer Täuschung in Zweifel zieht (S. 187).

⁴ Dafür lässt sich auch die ältere Rechtsprechung anführen. So spricht das Reichsgericht vielfach im Zusammenhang mit dem Merkmal des Irrtums vom Glauben oder von der Überzeugung (vgl. RGSt 5, 321, 323; 42, 410; 63, 391).

⁵ Vgl. z.B. BGH wistra 1990, 305; Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT Bd. 2, 25. Aufl. 2002, Rn. 510; *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT 2, 13. Aufl. 2002, Rn. 373, jeweils m.w.N.

wachsen, dass sie die Annahme, die Behauptung könne wahr sein, praktisch verdrängen. In umgekehrter Perspektive lässt sich das Problem so formulieren: Sollte, um einen Irrtum sicher annehmen zu können, nicht verlangt werden, dass der Getäuschte die behauptete Tatsache **jedenfalls für wahrscheinlich** hält, oder genügt es, wenn er die vorgespiegelte Tatsache **nur möglicherweise** für wahr hält?⁶ Klar ist nur, dass der Betrugsbereich jedenfalls dann verlassen ist, wenn sich der Getäuschte gar keine Vorstellung von der Wirklichkeit gemacht hat, etwa weil ihm die Wahrheit oder Unwahrheit der vorgespiegelten Tatsache vollkommen gleichgültig war.⁷ Eine solche Nicht-Vorstellung kann dann auch nicht die erforderliche motivierende Wirkung für die Verfügung haben.

Zu diesem Abgrenzungsproblem musste der BGH sich bislang noch nicht definitiv festlegen. Der vorliegende Fall machte nun ein klärendes Wort nötig. Nach dem Eingang der anonymen Anzeige konnte der Sachbearbeiter der KZV nicht mehr von der Wahrheit der Angaben des B ausgehen. Vielleicht hat er deren Wahrheit sogar nur noch für möglich gehalten, was – in dubio pro reo – anzunehmen sein könnte. Auch könnte die Absicht, einen Rechtsstreit zu vermeiden, alles überlagert haben, so dass sein Handeln allein darauf und nicht auf etwaigen Fehlvorstellungen über die Antragsangaben beruhte.

Ein weiteres Fallproblem betrifft den **Vermögensschaden** und ist erst auf den zweiten Blick zu entdecken. Eine nachteilige Vermögensdifferenz auf Seiten der KZV erscheint zunächst wenig zweifelhaft. Sie hat eine Zahlung an eine Person geleistet, die nicht als Kassenarzt zugelassen war und daher gem. § 95 SGB V auch nicht am kassenärztlichen Honorarsystem teilnehmen durfte. Eine Zahlungspflicht der KZV bestand also nicht. Da sie gleichwohl zahlte, hat sie einen Vermögensverlust erlitten.

Zweifel daran ergeben sich, wenn nicht nur der reine Zahlungsvorgang, sondern auch der Zahlungsanlass, nämlich die tatsächlich und fachgerecht durchgeführte Behandlung von Patienten, in den Blick genommen wird. Diese ursprünglich behandlungsbedürftigen Patienten bedürfen jetzt keiner Behandlung mehr. Ein Kassenarzt, der bei ordnungsgemäßigem Verlauf tätig geworden wäre und Bezahlung hätte beanspruchen können, muss jetzt nicht mehr aufgesucht werden. Diese **Aufwendungen** bleiben der KZV **erspart**. Ist damit der Vermögensverlust nicht kompensiert?⁸

Nach der Rechtsprechung des BGH und des BSG hat ein solcher Kompensationsgedanke beim Vermögenstransfer in sozialversicherungsrechtlichen Zusammenhängen jedoch keinen Platz. Beide Gerichte bedienen sich insofern einer **streng formalen Betrachtungsweise**. Im Sozialversicherungsrecht komme es allein auf die spezifisch sozialversicherungsrechtliche Berechtigung desjenigen an, der Geldleistungen erhalte.⁹

Diese Betrachtungsweise ist allerdings kürzlich in die Diskussion geraten. Anlass bot ein Fall, in dem mehrere Ärzte einer Gemeinschaftspraxis als selbständige Ärzte abrechneten, obwohl tatsächlich nur ein Arzt selbständig war, der die anderen angestellt hatte.¹⁰ Grund für diese Manipulation war, dass die Abrechnungsmodalitäten für Ärzte einer Gemeinschaftspraxis sozialversicherungsrechtlich günstiger sind als diejenigen für angestellte Ärzte. Unter Berufung auf die streng formale Betrachtungsweise im Sozialversicherungsrecht hat das OLG Koblenz einen Vermögensschaden der Kassenärztlichen Vereinigung bejaht¹¹. Das ist in der Literatur mit dem Argument angegriffen worden, dass diese Rechtsprechung das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung missachte und letztlich den **bloßen ärztlichen Status** schütze.¹² Die Betrugsvorschrift, die allein dem Vermögensschutz diene, werde für die Absicherung standespolitischer und sozialpolitischer Interessen missbraucht. Gleichmaßen könnte im vorliegenden Fall argumentiert werden.

⁶ Vgl. zu dieser Meinungsdivergenz *Hillenkamp* (Fn. 2), S. 143 ff.

⁷ *Cramer* (Fn. 5).

⁸ Vgl. zum Gesichtspunkt der Kompensation bei der Ermittlung eines Vermögensschadens *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 263 Rn. 36 f.

⁹ BGH NSTZ 1995, 85, 86 m.w.N.

¹⁰ OLG Koblenz, MedR 2001, 144 f.

¹¹ OLG Koblenz, MedR 2001, 144.

¹² *Volk*, NJW 2000, 3385, 3387 f.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zur Bedeutung von Zweifeln für die Annahme eines Irrtums nimmt der BGH zweistufig Stellung. Stufe eins: Grundsätzlich bleibt es bei der **Ablehnung des viktimologischen Ansatzes**, demzufolge Zweifel das Vorliegen eines Irrtums stets ausschließen. Stufe zwei: Auch schwerwiegende Zweifel stehen der Annahme eines Irrtums solange nicht entgegen, als das Opfer die Wahrheit der behaupteten Tatsache **immer noch für möglich hält und deswegen verfügt**.

Die nur knappe Begründung argumentiert theoretisch und praktisch. Auch das leichtfertige Opfer werde vom Strafrecht geschützt. Daher sei irrelevant, ob das Opfer dem Täter bei sorgfältiger Prüfung hätte auf die Schliche kommen können. Im Übrigen werde die Situation des Opfers verkannt, wenn diesem vorgehalten werde, dass es bei Zweifeln ja von einer Leistung Abstand nehmen könne. Diese Freiheit habe das Opfer insbesondere dann nicht, wenn, wie hier, die Leistung die Erfüllung eines vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchs betreffe und es im Weigerungsfall mit einem Rechtsstreit einschließlich des damit verbundenen Prozessrisikos rechnen müsse. Eine etwaige Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeitsgraden habe den Einwand gegen sich, dass Differenzierungen dieser Art begrifflich schwer zu fassen und in der Beweisaufnahme kaum nachzuvollziehen seien. Es reiche daher aus, wenn trotz aller Zweifel das Vorgespiegelte jedenfalls für möglich gehalten und daraufhin eine Verfügung getätigt werde. Es sei anzunehmen, dass diese Voraussetzungen auf der Seite der KZV erfüllt gewesen seien. Wenn die Vorinstanz das anders gesehen habe, so habe sie zu strenge Anforderungen an die Annahme eines täuschungsbedingten Irrtums gestellt.¹³

Auch zum Vermögensschaden fasst der BGH sich kurz. Er **hält an der streng formalen sozialrechtlichen Betrachtung fest**. Eine Kompensation wegen der fachgerecht erbrachten Leistungen schließt er aus. Dabei führt er zusätzlich an, dass ein hypothetischer Sachverhalt zugrunde gelegt werde und ungewiss sei, ob ein anderer Arzt die gleiche Behandlungsweise gewählt hätte. Knapp geht der BGH noch auf die Diskussion über die Entscheidung des OLG Koblenz ein. Er lässt sogar Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung erkennen, verneint dann aber eine Vergleichbarkeit der Fälle. Da A wegen seiner Vorstrafen eine Zulassung als Kassenarzt gar nicht hätte erlangen können, gehe es im vorliegenden Fall nicht um bloße Statusfragen, sondern um wesentliche Abrechnungsvoraussetzungen. A habe – anders als die Ärzte im Koblenzer Fall – die Voraussetzungen für die Teilnahme am kassenärztlichen Honorarsystem von vornherein nicht erfüllt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Nimmt man die Zahl der Veröffentlichungen als Maßstab für die Bedeutung eines Themas, so hat das Thema „Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug“¹⁴ seit seiner Hochkonjunktur in den 70er und 80er Jahren zweifellos an Bedeutung verloren. In kleinerer Münze, nämlich im Umgang mit den Voraussetzungen eines Irrtums, wird es gleichwohl noch gehandelt und hat es auch eine erhebliche praktische Bedeutung. Der Meinungsstand lässt sich so kennzeichnen. Die radikal-viktimologische Position „Wer zweifelt, irrt nicht“ wird kaum noch vertreten. Ganz im Gegenteil wird als h. M. ausgegeben: „Wer zweifelt, irrt“.¹⁵ Auch das ist aber zu grob. Denn nach wie vor ist ungeklärt, ob angesichts vorhandener Zweifel die Annahme eines Irrtums von einem bestimmten Grad an Überzeugung auf der Opferseite abhängt: Wahrscheinlichkeit, überwiegende Wahrscheinlichkeit, bloße Möglichkeit? Meinungs-

¹³ Letztlich musste sich der BGH im vorliegenden Fall insoweit nicht festlegen. Da die Vorinstanz (teilweise) nur wegen versuchten Betrugs verurteilt und allein der Verurteilte Revision eingelegt hatte, war wegen des Verschlechterungsverbots gem. § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO eine dem Revisionsführer nachteilige Verurteilung wegen vollendeten Betruges nicht möglich.

¹⁴ So der Titel der 1984 erschienenen Arbeit von *Kurth*.

¹⁵ *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 20 Rn. 65.

wechsel in der Studienliteratur¹⁶ belegen, dass die Entwicklung im Fluss ist. Schon deswegen verdient die Entscheidung Aufmerksamkeit, mit der der BGH Weniges genügen lässt, nämlich die bloße Annahme, dass die behauptete Tatsache möglicherweise wahr ist. Der richterlichen Praxis gibt er damit einen gut praktikablen Leitfadens an die Hand. Die geringen Anforderungen erleichtern dem Tatrichter die Arbeit erheblich.

Größeren **Neuigkeitswert hat die Schadensproblematik**. Mit seinen leisen Zweifeln an der Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise auch im Gemeinschaftspraxis-Fall sticht der BGH geradezu in ein Wespennest ungeklärter Probleme. In der Tat erscheint die kompromisslose Anwendung des streng formalen Ansatzes unbefriedigend; lassen sich damit doch Fälle mit seltsamen Ergebnissen konstruieren. Fehlt etwa einem Auszahlungsantrag an eine Kassenärztliche Vereinigung eine Formalität, z. B. die Unterschrift eines zur Zeit nicht erreichbaren Arztes, und fälscht ein anderer Arzt diese Unterschrift, so müsste man bei konsequenter formaler Betrachtung ebenfalls einen Betrug annehmen. Das ist schwerlich mit dem Grundsatz vereinbar, dass § 263 StGB allein dem Vermögensschutz dient.

Zuzugeben ist, dass sich die komplexen sozialrechtlichen Beziehungen im Viereck Patient – Krankenkasse – Kassenärztlicher Vereinigung – Arzt nicht ohne weiteres auf ein wirtschaftliches Austauschverhältnis reduzieren lassen. Sind sie doch weitgehend öffentlich-rechtlich geprägt und von einer Vielzahl gegenseitiger Rechte und Pflichten bestimmt (vgl. §§ 12, 13, 83, 85 Abs. 4, 95 Abs. 3 SGB V).¹⁷ Gleichwohl handelt es sich in der Grundstruktur um ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, von Geben und Nehmen, welches lediglich einer speziellen sozialrechtlichen Ausgestaltung folgt.¹⁸ Der Arzt erbringt seine Behandlungsleistung nicht aus Altruismus, sondern um ein Honorar zu beziehen und um sich und seine Praxis wirtschaftlich am Leben zu halten. Umgekehrt leistet er damit einen wirtschaftlichen Beitrag zum Gesundheitssystem. Darum knüpft die Gebührenordnung für Ärzte auch an konkret erbrachte Behandlungsleistungen an und lässt keine Pauschalvergütung zu. Schließlich ist das Krankenversicherungssystem auch einer weitgehenden Wirtschaftlichkeitskontrolle unterworfen, so dass eine wirtschaftliche Betrachtung der Materie so fremd gar nicht ist.

Ihre konsequente Anwendung würde dazu führen, dass etwaige **Kompensationen** durchaus relevant sind. Wenn der BGH demgegenüber meint, diese seien nur hypothetischer Natur,¹⁹ so verkennt er, dass die behandelten Patienten nunmehr realiter über behandelte Zähne verfügen, was das Budget der KZV entlastet, weil dafür keine Kosten mehr anfallen. Und im Hinblick auf die Eigenschaften des behandelnden Arztes wäre – vergleichbar den Fällen des Anstellungsbetruges²⁰ – nach den Qualitätsstandards zu entscheiden, die für die Erbringung kassenärztlicher Leistungen maßgeblich sind, wozu man auch die Vertrauenswürdigkeit im Hinblick auf den Abrechnungsvorgang zählen kann. Damit ließe sich dann doch eine Betrugsstrafbarkeit des vorbestraften A begründen.

Diese Schadensproblematik wird im Anschluss an die BGH-Entscheidung sicherlich noch für Diskussionen sorgen. Der Haupteinwand gegen die streng formale Betrachtungsweise lautet: § 263 StGB wird entgegen seinem Charakter als Vermögensdelikt zum Wachhund gegen Eindringlinge in das Sozialversicherungssystem gemacht. Die praktische Konsequenz muss nicht in Straflosigkeit bestehen. Wird ein strafrechtlicher Schutz gegen diese Formen

¹⁶ Krey/Hellmann (Fn. 5) Rn. 373 ff. sind in der neuesten Auflage 2002 umgeschwenkt und lassen nunmehr bloße Möglichkeitsvorstellungen genügen. In der Voraufgabe wurde ein engerer Standpunkt vertreten; für die Annahme eines Irrtums wurde verlangt, dass das Opfer die Wahrheit der vorgespiegelten Tatsache für wahrscheinlich hält.

¹⁷ Die Einzelheiten sind im Sozialrecht umstritten. Besonders kontrovers wird die Frage nach der Beziehung zwischen Patient und Arzt diskutiert: Nach § 76 IV SGB V ist der Arzt dem Patienten zur Sorgfalt wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch verpflichtet. Vgl. im einzelnen Schmitt in Schulin (Hrsg.) Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, 1994, § 29, Rn. 13 ff.

¹⁸ Vgl. Volk, NJW 2000, 3385, 3388.

¹⁹ Angemerkt sei, dass der BGH in einer früheren Entscheidung die Kompensation im Rahmen der Strafzumessung gleichwohl berücksichtigt hat (NSTZ 1995, 85, 86).

²⁰ Vgl. dazu Lackner/Kühl (Fn. 8), § 263 Rn. 52.

des Erschleichens von Leistungen der Kassenärztlichen Vereinigungen für nötig gehalten, so möge der Gesetzgeber tätig werden.

Zur Klarstellung: Das alles hat nichts mit ärztlichen Abrechnungsbetrügereien für nicht erbrachte Leistungen zu tun, über die in letzter Zeit so häufig in den Medien berichtet wird. Selbstverständlich greift hier § 263 StGB ein!

5. Kritik

Aus den Ausführungen des BGH zur Zweifelsproblematik verdient der wichtige Hinweis hervorgehoben zu werden, dass eine besondere Situation für Opfer besteht, die auf Grund schuldrechtlicher oder gesetzlicher Ansprüche im Falle der Leistungsverweigerung mit einem Rechtsstreit rechnen müssen. Ihnen wird man wegen des Prozessrisikos selbst starke Zweifel nicht als Mitverschulden anlasten können. Weniger überzeugend ist dagegen das Argument, dass auf Feindifferenzierungen verzichtet werden müsse, weil sie mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden seien. Sollen Beweisprobleme ein ausreichender Grund für eine Vereinfachung der Dogmatik sein, so könnte man es insgesamt bei einer leicht zu handhabenden Primitiv-Dogmatik belassen, – was mit unseren Vorstellungen von materieller Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren wäre.

Kritisches zur Schadensproblematik wurde bereits unter 4. angemerkt. Insgesamt überrascht die Art des Umgangs mit dem Problem. Ohne wirkliche Notwendigkeit wird die Entscheidung des OLG Koblenz zum Gemeinschaftspraxis-Fall angezweifelt; denn sogleich wird hinzugefügt, dass der vorliegende Fall wesentlich anders gestaltet sei. Was sie mit diesen angedeuteten und unausgeführt gebliebenen Zweifeln anfangen sollen, werden sich die Richter der Untergerichte fragen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sandra Schulz zugrunde.)

F A M O S

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Mai 2003

Raubkopien-Fall

Tötung des Erpressers durch den Erpressten / Mord / Heimtücke / einschränkende Auslegung des Merkmals der Arglosigkeit / Notwehr des Erpressten

§§ 211 Abs. 2, 32 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Der Erpresser ist in einer von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten gegenüber einem wehrenden Gegenangriff des Erpressten auf sein Leben regelmäßig nicht arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken.

BGH, Urteil vom 12. Februar 2003 – 1 StR 403/02; abgedruckt in NJW 2003, 1955.

1. Sachverhalt¹

A erpresst B mit der Drohung, dessen Handel mit Raubkopien von CDs bei Polizei und Finanzamt anzuzeigen. Er sucht B in dessen Wohnung auf, um Geld einzutreiben, und droht zusätzlich damit, B zusammenzuschlagen und seine CD-Sammlung zu zerstören. B übergibt A daraufhin eine Plastiktüte mit etwa 3.000 €. Dabei wird ihm klar, dass er sein gesamtes gespartes Geld verliert. Ärger und Wut steigen in ihm auf. Er tritt hinter A, der überhaupt nicht mit einem Angriff rechnet, und tötet ihn, indem er ihm mehrfach mit einem Messer in den Hals schneidet, das er in der Hosentasche bei sich trug.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Mord oder Nicht-Mord? Das ist hier die Frage.

Genauer gesagt: die erste Frage. Eine zweite, die in der Entscheidung breiten Raum einnimmt, betrifft eine etwaige Rechtfertigung des B durch Notwehr gem. § 32 StGB. Da A die Erpressungsbeute noch nicht endgültig gesichert hatte, war sein rechtswidriger Angriff auf das Vermögen des B nicht beendet und somit gegenwärtig.² Der BGH sah sich jedoch nicht in der Lage, abschließend zu beurteilen, ob B die rechtlichen Grenzen des Verteidigungshandelns eingehalten hat. Dafür fehlte es ihm an entsprechenden tatrichterlichen Feststellungen. Immerhin werden in der Entscheidung geradezu schulmäßig alle Eventualitäten durchgegangen, um das Tatgericht für die neuerliche Hauptverhandlung anzuleiten. Rechtliche Neuigkeiten sind nicht zu vermelden. Wir verzichten daher auf eine Erörterung dieses Teils der Entscheidung. Er sei aber für eine Repetition des Rechts der Notwehr zur Lektüre empfohlen.

¹ Die folgende Wiedergabe beschränkt sich auf die Angaben, die für die Darstellung und Kommentierung der Rechtsprobleme wesentlich sind.

² Vgl. zum Fortbestehen der Notwehrlage bis zur Beendigung des Angriffs *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, Rn. 4.

Was den Tatbestand des Mordes angeht, so kommt allein das **Merkmal der Heimtücke** in Betracht. Eine Anwendung erscheint problemlos möglich angesichts der eindeutigen tatrichterlichen Feststellungen, dass der Täter von hinten an das Opfer herantrat und das überraschte Opfer den Angriff nicht erwartete. Es passen glatt die gängigen Definitionen, ohne dass hier noch subsumiert werden müsste. Heimtückisch handelt derjenige, der die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt.³ Arglos ist das Opfer dann, wenn es zum Zeitpunkt der Tat mit keinem tätlich-körperlichen Angriff des Täters rechnet, und wehrlos, wenn es auf Grund seiner Arglosigkeit keine Möglichkeit hat, sich zu verteidigen.⁴

Damit stünde natürlich noch nicht fest, dass B wegen Mordes zu bestrafen ist. Bekanntlich gibt es eine **Vielzahl von Ansätzen, die darauf zielen, eine Mordbestrafung zu vermeiden**, auch wenn die Voraussetzungen der Heimtücke erfüllt sind. Sie beruhen auf der Anforderung des Bundesverfassungsgerichts an die Strafgerichte, für eine Eingrenzung des Mordtatbestandes gerade in Fällen der Heimtücke zu sorgen, weil die Verhängung der zwingend angeordneten lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig sein könne.⁵ Wir werden gleich diese Ansätze kurz⁶ darstellen.

Zuvor sei noch darauf hingewiesen, dass es Schwierigkeiten bereitet, die Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe noch abzuwenden, wenn erst einmal das Merkmal der Heimtücke bejaht ist. Das dürfte der Grund dafür gewesen sein, dass der BGH sich in dieser Entscheidung nicht mit den gängigen Definitionen begnügt, sondern um eine Eingrenzung – insbesondere des Elementes der Arglosigkeit – bemüht ist. Das geschieht nicht zum ersten Mal. Schon in früheren Entscheidungen hatte er einen Versuch unternommen, Arglosigkeit restriktiv zu interpretieren. Davon hat er freilich wieder Abstand genommen. Zum Verständnis der vorliegenden Entscheidung ist es jedoch wichtig, daran zu erinnern, weil der Eindruck entsteht, dass der Faden wieder aufgenommen wird. Auch diese frühere Rechtsprechung wird daher im Folgenden wiedergegeben.

Befassen wir uns aber zunächst mit den sonstigen Ansätzen zur Vermeidung einer Überdehnung des Mordtatbestandes.⁷ Einen ganz allgemeinen Ansatz bietet die **Lehre von der negativen Typenkorrektur**, die eine zweistufige Prüfung aller Mordmerkmale fordert. Nach der Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen sei noch eine Gesamtwürdigung der Tat und der Täterpersönlichkeit vorzunehmen. Ergebe sich daraus, dass die Tat nicht besonders verwerflich sei, entfalle eine Strafbarkeit nach § 211 StGB.⁸ Gleichmaßen allgemein setzt die vom BGH kreierte **Rechtsfolgenlösung** an. Danach kann die Strafe in analoger Anwendung von § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemildert werden, wenn sich auf Grund außergewöhnlicher Umstände schuld mindernder Art ergibt, dass die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre.⁹ Speziell zum Heimtückemord wird noch die Auffassung vertreten, dass der Täter ein **besonderes Vertrauensverhältnis** ausgenutzt haben müsse.¹⁰ Das wird teilweise aus dem Wortbestandteil der **Tücke** herausgelesen: Nur der ein Vertrauen missbrauchende Täter handle tückisch. Daneben wird das Merkmal der Tücke auch dazu genutzt, eine Einschränkung auf ein hinterhältig-planendes, berechnendes Vorgehen vorzunehmen oder generell entlastende Beweggründe zugunsten des Täters zur Geltung zu bringen.¹¹

Keiner dieser Ansätze hat sich allgemeine Anerkennung verschaffen können. Ein zentraler Einwand betrifft die Unbestimmtheit der meisten Vorschläge. Gegen die Vertrauensbruchlösung wird noch vorgebracht, dass sie zu Unrecht den geradezu klassischen Mordfall der

³ *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 26. Auflage 2002, Rn 107.

⁴ *Joecks*, 3. Auflage 2001, § 211 Rn. 17.

⁵ BVerfGE 45, 187.

⁶ Auf eine längere Darstellung können wir verzichten, weil sie bereits im Eisenstangen-Fall (FAMOS September 2001) für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfolgt ist.

⁷ Vgl. die Darstellung bei *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 85-91, 105-122, 133.

⁸ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 211 Rn.10.

⁹ BGHSt 30, 105.

¹⁰ *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Auflage 2003, § 211 Rn. 19.

¹¹ *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 211 Rn. 20 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 108, 114.

Tötung eines Ahnungslosen, zu dem zuvor keinerlei persönliche Beziehung bestanden habe, von einer Anwendung des § 211 StGB ausnehme.¹²

Wenden wir uns, wie angekündigt, der BGH-Vergangenheit zu. Näher zu betrachten ist eine Phase, in der Überlegungen zu Grenzen der Schutzwürdigkeit des Opfers Anlass gaben, **Arglosigkeit nicht nur dann zu verneinen, wenn das Opfer tatsächlich nicht mit einem Angriff rechnete, sondern den Fall hinzuzunehmen, dass das Opfer auf Grund der Umstände mit einem Angriff hätte rechnen müssen.**¹³ So sollte die Arglosigkeit schon dann entfallen, wenn der Täter dem Opfer mit offener Feindseligkeit gegenüber getreten war.¹⁴ Es sollte nicht mehr von Bedeutung sein, welche Vorstellungen sich das Opfer im einzelnen über etwaige Auswirkungen dieser Feindseligkeit gemacht hat.¹⁵ Dahinter steckten auch praktische Erwägungen. Soll zwischen Arglosigkeit und Nichtarglosigkeit allein nach der tatsächlichen Vorstellung des Opfers entschieden werden, so steht der Tatrichter oft vor einer unlösbaren Aufgabe, weil das Opfer im Falle der Tatvollendung keine Auskunft mehr geben kann.¹⁶

Das Schrifttum reagierte überwiegend ablehnend.¹⁷ Es zeigten sich auch bald schwer zu lösende Abgrenzungsprobleme: Wann steht die Begegnung zwischen Täter und Opfer von vornherein so sehr im Zeichen feindseligen Verhaltens, dass das Opfer nicht mehr arglos sein darf? Genügt ein vorangegangener Streit? Reicht eine verbale Auseinandersetzung? Oder muss es zur Androhung körperlicher Attacken gekommen sein? – Der BGH gab schließlich diesen Ansatz wieder auf und stellte klar: „Die Frage, ob ein Mensch gegenüber einem Angriff arglos ist, kann nur als eine solche nach der tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Drohen einer Gefahr verstanden werden. Die Antwort kann sich nicht an Kriterien ausrichten, die auf die Feststellung eines fahrlässig verschuldeten Mangels an Abwehrbereitschaft hinauslaufen.“¹⁸

Das heißt nicht, dass es verboten wäre, zu überlegen, womit ein Opfer in einer solchen Situation rechnen muss, sofern damit lediglich auf die tatsächlichen Vorstellungen des konkreten Opfers geschlossen werden soll.¹⁹ Dabei geht es um eine **Beweisfrage**, nämlich um die Ermittlung der Einschätzung der Situation durch das Opfer, und nicht um die **Bewertungsfrage**, welche Bedeutung die – vorhandenen oder nicht vorhandenen – Opfervorstellungen für das Merkmal der Arglosigkeit haben. Für die Beweisfrage ist aber eigentlich kein Raum mehr, wenn das Tatgericht eindeutig festgestellt hat, dass das Opfer tatsächlich nicht mit einem derartigen Angriff gerechnet hat.

Wie lässt sich also die Arglosigkeit thematisieren, wenn tatrichterlich festgestellt worden ist, dass das Opfer vom Angriff überrascht wurde? Mit dieser eher formalen Frage musste sich der BGH auseinandersetzen, der in der Sache entschlossen war, zugunsten des Angeklagten zu entscheiden. Der für ihn maßgebliche Sachgrund lag darin, dass das Opfer durch sein Vorverhalten den Täter in eine Notwehrlage gebracht hatte, so dass dessen Angriff eigentlich ein (die Grenzen der Notwehr wahrscheinlich überschreitender) Gegenangriff war.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Es sind drei Begründungsansätze, die den BGH zu einer Thematisierung und restriktiven Handhabung des Merkmals der Arglosigkeit gelangen lassen. Erstens: normative Auslegung, zweitens: verdecktes Aufgreifen der Beweisfrage, drittens: Verneinung eines tückischen Verhaltens. Diese Ansätze sind nicht klar voneinander getrennt, sondern gehen ineinander über.

Zunächst zum **normativen Ansatz**. Es sei „von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben“, dass ein Opfer nicht arglos sei, das zuvor durch sei-

¹² Krey, Strafrecht BT 1, 12. Aufl. 2002, Rn. 64.

¹³ Vgl. Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 182.

¹⁴ BGHSt 28, 210, 211.

¹⁵ BGHSt 27, 322, 324.

¹⁶ BGHSt 27, 322, 325.

¹⁷ Z. B. Geilen, Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, S. 246; Sonnen, JA 1980 36.

¹⁸ BGHSt, 33, 363, 365.

¹⁹ Vgl. z. B. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13.

nen Angriff den Gegenangriff des Täters ausgelöst habe. Es müsse ein „Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht“ gewährleistet sein. Bei „wertender Betrachtung“ erscheine es „nicht systemgerecht“, dem Angegriffenen, der „in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt, das Risiko aufzulasten, bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung sogleich das Mordmerkmal der Heimtücke zu verwirklichen“. Das gelte auch dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutze, weil unter Umständen die Notwehr nur auf diese Weise Erfolg haben könne.

Eher **tatsachenbezogen** ist eine aus dem normativen Ansatz abgeleitete Situationsanalyse, nach der das Opfer seine Arglosigkeit „bereits mit seinem ... Angriff auf das Vermögen des Angeklagten verloren“ hat und, so muss man wohl ergänzen, anschließend nicht wiedererlangen kann, auch wenn es tatsächlich mit keinem Gegenangriff rechnet. Darin deutet sich bereits an, dass der BGH sich mit der tatrichterlichen Feststellung nicht zufrieden geben will. Weitere Formulierungen, welche die **Beweisfrage** berühren, verstärken diesen Eindruck. So heißt es: Mit der Ausübung des Notwehrrechts „muss jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen“. Und: „Der Erpresser ist deshalb unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig nicht gänzlich arglos.“ Doch kann der BGH das Visier nicht vollständig öffnen, denn das Revisionsrecht lässt es nicht zu, prozessual ordnungsgemäß getroffenen tatrichterliche Feststellungen zu ignorieren.

So ist es wohl zu erklären, dass schließlich noch ein dritter Begründungsansatz zum Zuge kommt, der auf das übergeordnete Merkmal zurückgreift. Die einschränkende Interpretation der Heimtücke, „gründet mit darin, dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in einem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet“.

Wichtig ist noch ein abschließender Hinweis, mit dem der BGH eine zeitliche Grenze zieht. Die von ihm hier vorgenommene Interpretation der Arglosigkeit gilt nur für eine konfrontative Auseinandersetzung, in der dem Erpressten ein endgültiger Vermögensverlust droht. Der Senat stellt klar, „dass in den Fällen der Erpressung, in denen eine Drohung als sog. Dauergefahr zwischen einzelnen Angriffsakten des Täters auf die Willensentschlussfreiheit des Opfers als gegenwärtig im Sinne des Tatbestandes fortwirkt ..., eine Tötung des Erpressers durch sein Opfer in einer von diesem, also dem Opfer gesuchten, vorbereiteten Situation sehr wohl heimtückisch sein kann ... und dann auch nicht durch Notwehr gerechtfertigt ist“, weil dem Opfer regelmäßig zuzumuten sei, staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Merkmal der Heimtücke ist „das schwierigste und praktisch wichtigste Mordmerkmal“²⁰, was erklärt, dass es in Prüfungsarbeiten außergewöhnlich häufig vorkommt. Gleiches könnte für die Notwehr gesagt werden, nämlich dass sie der schwierigste und praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund ist und sich großer Beliebtheit bei Aufgabenstellern erfreut. Was folgt daraus für eine Sachverhaltskonstellation, in der Heimtücke und Notwehr Hand in Hand auftreten? ...

Zwei **Aufbauschwierigkeiten** müssen bewältigt werden. Die erste betrifft die Einordnung dieses neuen Ansatzes zur Einschränkung der Heimtücke in die Vielzahl der Vorschläge, die es zum Umgang mit diesem Merkmal und zur restriktiven Handhabung von § 211 StGB überhaupt gibt. Einen zweckmäßigen Prüfungsablauf ermöglicht die Regel: **vom Speziellen zum Allgemeinen**. Zunächst sollten die zum jeweiligen Mordmerkmal entwickelten Ansätze und erst danach die allgemeineren erörtert werden. Und auch innerhalb der Einschränkungsbemühungen zu einem bestimmten Mordmerkmal sollte den spezielleren der Vorrang eingeräumt werden. Außerordentlich speziell ist die Konstellation dieser Entscheidung, in der Heimtücke, Erpressung und Notwehr zusammenkommen. Also sollte man sich frühzeitig den

²⁰ Küper (Fn. 13), S. 182.

vom BGH diskutierten Fragen zuwenden und erst später, falls Arglosigkeit bejaht wurde, Allgemeineres (Vertrauensbruch, negative Typenkorrektur, Rechtsfolgenlösung) erörtern.

Eine zweite Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass mit Heimtücke und Notwehr **Kategorien aus unterschiedlichen straftatsystematischen Prüfungsstufen** zusammentreffen. Die Untersuchung des Tatbestandsmerkmals der Heimtücke ist an sich kein geeigneter Ort für eine Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr. Andererseits nötigt die normative Auslegung des BGH dazu, die Notwehr jedenfalls im Hinblick auf das Vorhandensein einer Notwehrlage in die Betrachtung einzubeziehen. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte in die entsprechende Prüfung eingeführt werden, etwa so: Zwar rechnete A mit keinem Angriff; gleichwohl könnte es ihm an Arglosigkeit gefehlt haben, weil er zuvor das Verhalten des B selbst durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgelöst hat.

In der strafjustiziellen Praxis wird die Entscheidung vermutlich schon auf die Tatsachenfeststellungen Einfluss nehmen. Sie wird als Aufforderung verstanden werden, die Notwehrlage als starkes Indiz dafür zu verwerten, dass das Opfer tatsächlich gar nicht arglos gewesen ist, weil es mit einem Gegenangriff rechnete.

Im Übrigen verstärkt sich der Eindruck, dass der BGH weiter auf **Distanz zu seiner eigenen Rechtsfolgenlösung** geht, die ja ein überaus negatives Echo in der Literatur ausgelöst und ihm den Vorwurf eingetragen hat, sich über das Gesetz hinwegzusetzen.²¹ Denkbar wäre es im vorliegenden Fall durchaus gewesen, ein Handeln des B „aus gerechtem Zorn“²² anzunehmen und ihm auf diese Weise eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verschaffen. In Befolgung der eigenen Maxime, die Rechtsfolgenlösung nur als allerletztes Mittel einzusetzen,²³ verzichtet der BGH darauf und bemüht sich – insofern vorbildlich – um eine Lösung schon auf Tatbestandsebene.

5. Kritik

Die Entscheidung ist alles andere als stringent. Die Begründung ist ein Patchwork aus unterschiedlichen Ansätzen, wie wir schon unter 3. dargelegt haben. Das führt zu erheblichen Unklarheiten. So wird nicht klar mitgeteilt, ob die normative Auslegung bedeutet, dass die Festlegung auf eine rein faktische Bestimmung der Arglosigkeit²⁴ nicht mehr gilt und dass auf die frühere Rechtsprechung²⁵ zurückgegriffen werden soll. Auch wird nicht deutlich zwischen der Beweisfrage und der Bewertungsfrage unterschieden. Schließlich ist nicht eindeutig auszumachen, an welches gesetzliche Merkmal die Lösung maßgeblich anknüpft. Ist es eine (normativ verstandene) Arglosigkeit oder ist es das Element der Tücke im Merkmal der Heimtücke?

Zweifel ruft auch das Ergebnis der Entscheidung hervor. Man bedenke, dass eine erhebliche Wertdifferenz zwischen den beteiligten Rechtsgütern des Vermögens und des Lebens besteht. Soll gleichwohl eine Bestrafung wegen Heimtücke-Mordes tatsächlich immer schon dann ausscheiden, wenn ein Angriff des Opfers auf das Vermögen des Täters noch andauert? Es stimmt jedenfalls nicht ohne weiteres mit allgemeinen gesellschaftlichen Vorstellungen überein, dass im Falle einer feindseligen Auseinandersetzung in Vermögensangelegenheiten mit Angriffen auf Leib und Leben zu rechnen ist.

Schließen wollen wir mit einem Stück BGH-Prosa. Wer weniger als drei Minuten braucht, um den folgenden Satz zu verstehen, darf auf eine steile Richterkarriere hoffen. „Büßt der später Getötete wegen seines eigenen gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs nicht gänzlich seine Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines körperlichen (schutz- oder trutzwehrenden) Gegenangriffs ein, so fehlt es an der Heimtücke selbst dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutzt.“²⁶
(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra von Berg und Mario Piel zugrunde)

²¹ Vgl. Krey (Fn. 12), Rn. 62 ff.

²² BGHSt 30, 105, 119.

²³ Vgl. BGH NSTZ 1984, 20; NSTZ 1995, 231.

²⁴ BGHSt 33, 363.

²⁵ Vgl. oben 2.

²⁶ BGH NJW 2003, 1955, 1957.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Juni 2003

Schreckschusswaffen- Fall

Schwere räuberische Erpressung / Waffe / geladene Schreckschusswaffe / Verwendung bei der Tat

§§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 253, 255; 250 Abs. 1 Nr. 1 a und b; 244 Abs. 1 Nr. 1 a und b StGB

Leitsatz des Gerichts:

Wer bei einer Raubtat das Opfer mit einer geladenen Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt, bedroht, verwendet eine Waffe und erfüllt damit den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

BGH, Beschluss vom 4. Februar 2003 – GSSt 2/02, abgedruckt in NJW 2003, 1677

1. Sachverhalt¹

A betritt eine Bank, lädt die mitgeführte, mit Platzpatronen geladene Schreckschusspistole durch und fordert von der im gesicherten Kassenraum befindlichen Angestellten die Herausgabe von Bargeld mit den Worten: „Das ist ein Überfall, sofort Geld her, sonst schieße ich!“ In einem Nebenraum führt der Filialleiter ein Kundengespräch. Andere Personen sind nicht anwesend. A droht mehrfach, „alle zu erschießen“, und deutet dabei auf die Tür des Nebenraumes. Die Angestellte übergibt ihm einen größeren Bargeldbetrag, mit dem er flieht.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das Verständnis des Fallproblems setzt ein Mindestmaß an Kenntnis über (Schuss)Waffen voraus. Zu unterscheiden sind vier Kategorien: 1. die scharfe Schusswaffe, 2. die (hier verwendete) geladene Schreckschusswaffe, die der Erzeugung eines Schussschalles durch Platzpatronen dient und bei welcher der Explosionsdruck nach vorn austritt, 3. die mit Gaspatronen geladene Waffe, bei der das Gas durch den Lauf nach vorn verschossen wird, und 4. die Gaswaffe, bei der das Gas seitlich austritt.² Das Wissen ist nötig, um mit den Begriffen der Waffe (und in Abgrenzung davon mit dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs) in §§ 244, 250 StGB richtig umzugehen.³ Für die Lösung des Falles ist das Wissen nötig, weil A eine räu-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde verkürzt, damit das Fallproblem klarer hervortritt.

² In der Mechanik sind die ersten drei Waffentypen häufig identisch. Für die Einordnung ist dann maßgeblich, womit sie geladen sind.

³ Das ist der praktisch wichtigste Anwendungsbereich. Vgl. insgesamt zum Waffenbegriff im StGB Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 414 ff.

berische Erpressung gem. §§ 253, 255 StGB begangen hat und eine Qualifizierung nach § 250 in Betracht kommt.

Hält man sich an den Gesetzeswortlaut, so ist die Waffe in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a und 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB ein herausgehobenes Beispiel des gefährlichen Werkzeugs. Seit jeher wird der Waffenbegriff jedoch relativ eigenständig unter Verwendung einer abstrakt-objektiven Perspektive bestimmt. Danach fallen nur **Waffen im technischen Sinne** darunter, also Gegenstände, die entweder schon nach der Art ihrer Anfertigung oder nach der Verkehrsanschauung dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen durch mechanische oder chemische Wirkung körperlich zu verletzen.⁴ Als Leitlinie dient – insbesondere bei der Bestimmung des Unterbegriffs der Schusswaffe – das Waffengesetz. Nach § 1 dieses Gesetzes sind **Schusswaffen** Geräte, die zum Angriff, zur Verteidigung, zum Sport, Spiel oder zur Jagd bestimmt sind und bei denen Geschosse durch einen Lauf getrieben werden.⁵ Damit lassen sich zwei unserer vier Kategorien zuordnen, nämlich die scharfen Schusswaffen und – was nicht ganz unumstritten ist – die geladenen Gaswaffen, die Gaspatronen so verschießen, dass das Gas den Lauf in Richtung nach vorn verlässt.⁶

Anders verhält es sich mit Schreckschusswaffen und Gaswaffen mit seitlichem Austritt. Bislang wurde eine Unterordnung unter den (Schuss-)Waffenbegriff nahezu einhellig verneint, was u. a. zur Folge hatte, dass die Anwendung des Nachbarbegriffs des gefährlichen Werkzeugs in Betracht zu ziehen war.⁷ Mit erheblichen Komplikationen. Das soll im Folgenden für die hier relevante Schreckschusswaffe und für die hier relevante Regelung des schweren Raubes in § 250 StGB, anwendbar über §§ 253, 255 StGB, kurz aufgezeigt werden.

Zu einer Erhöhung des Strafrahmens nach Abs. 1 der Vorschrift gelangt man leicht. Denn die Schreckschusswaffe wird in aller Regel mitgeführt, um Widerstand durch Drohung mit Gewalt zu überwinden, was ohne weiteres unter Abs. 1 Nr. 1 b zu subsumieren ist. Höchst zweifelhaft und von den Umständen abhängig ist dagegen, ob die nochmalige Heraufsetzung der Mindeststrafe nach Abs. 2 Nr. 1 (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs) zur Anwendung kommen kann. Anders als beim bloßen Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs nach Abs. 1 Nr. 1 a⁸ wird man es hier nicht bei einer abstrakten Gefahrbetrachtung belassen können. Vielmehr muss in der Verwendung die Gefährlichkeit konkret sichtbar werden.⁹ Nun können Schreckschusswaffen durchaus konkret gefährlich verwendet werden, nämlich so, dass die Gefahr erheblicher Körperverletzungen droht. Wird ein Schreckschuss aus nächster Nähe oder sogar mit aufgesetzter Waffe ausgeführt, so können das Explosionsgas und Materialpartikel die Haut aufplatzen lassen und tieferliegendes Gewebe unter Umständen schwer verwunden.¹⁰ Aber nur dann. Wird die Schreckschusswaffe in großer Distanz zum Opfer als echte Schusswaffe ausgegeben und nur in dieser Form damit gedroht, so kommt dieses Gefahrenpotential nicht zur Geltung. Dementsprechend lehnt die Rechtsprechung bislang eine Anwendung von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in diesen Fällen grundsätzlich ab.¹¹ Allein dann, wenn eine konkret gefährliche

⁴ Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 244 Rn. 3 a; Rengier, Strafrecht BT I, 5. Aufl. 2002, § 4 Rn. 5.

⁵ Vgl. die Definitionen bei Lackner/Kühl (Fn. 4), § 244 Rn. 3a; Küper (Fn. 3), S. 250.

⁶ BGHSt 24, 136; Küper (Fn. 3), S. 418; Ruß in LK, StGB, 11. Aufl., § 244 Rn. 3.

⁷ Vgl. Tröndle/Fischer, 51. Aufl. 2003, § 244 Rn. 3.

⁸ Vgl. zu den damit zusammenhängenden Problemen FAMOS Juni 2001 (Taschenmesser-Fall).

⁹ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 250 Rn. 4.

¹⁰ Nachweise in der hier vorgestellten Entscheidung BGH NJW 2003, 1677, 1678.

¹¹ Z. B. BGHSt 44, 103, 105; 45, 92, 93; BGH NSTZ-RR 1999, 301, 302.

Verwendungsart angedroht wird, soll die Vorschrift zum Zuge kommen können, also etwa in dem Fall, dass der Täter androht, mit einer als solche erkennbaren Schreckschusswaffe näher zu kommen, um einen Nahschuss abzufeuern.¹²

Der Senat, der in der vorliegenden Sache zu entscheiden hatte, wollte mit dieser Rechtsprechung, die auch seine eigene war, brechen.¹³ Ihm erschien es zu eng, Schreckschusswaffen nur dann als gefährliche Werkzeuge im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzusehen, wenn der angedrohte Einsatz unmittelbar am Körper des Opfers erfolgen sollte. Auf der Grundlage einer objektiven, also von den konkreten Absichten des Täters gelösten Gefahrenbetrachtung wollte er es ausreichen lassen, wenn die Waffe „innerhalb kürzester Zeit ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar am Körper der bedrohten Person zum Einsatz gebracht werden kann“ oder „sich die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs im unmittelbaren Fortgang des konkreten Tatgeschehens in kürzester Zeit realisieren kann“¹⁴. Erreichen wollte er auf diese Weise auch eine Angleichung an die Rechtsprechung in Fällen, in denen mit einem Messer gedroht wird. Danach ist das Messer stets – also unabhängig von der Entfernung zwischen Täter und Opfer – ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.¹⁵

Für den vorliegenden Fall wäre damit eine Verurteilung wegen Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ermöglicht worden, weil A die Schreckschusswaffe gegenüber dem Filialleiter im Nebenraum konkret gefährlich einsetzen konnte. Da andere Senate die Rechtsprechungsänderung aber nicht mitvollziehen wollten, musste der Große Senat angerufen werden. Diesem gelingt mit der vorliegenden Entscheidung eine echte Überraschung.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Große Senat¹⁶ wechselt kurzerhand das Pferd und erreicht das gewünschte Ziel – Verurteilung nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB – nicht mit dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs, sondern mit dem Waffenbegriff. Die gesamte hochkomplexe Diskussion über Schreckschusswaffen als gefährliche Werkzeuge setzt er schlicht beiseite. **Schreckschusswaffen sind, so nunmehr der BGH, Waffen im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB**, und wer sich ihrer für räuberische Zwecke bedient, sei es auch nur als Drohmittel, der verwendet sie. Eine konkrete Gefahr ist, wie bei jeder anderen Waffenverwendung, nicht erforderlich. Aufgesetzter Schuss, Nahschuss, Realisierbarkeit eines Nahschusses, diese und andere Unterscheidungen haben sich erledigt. – Was rechtfertigt diesen geradezu umstürzlerischen Rechtsprechungswandel?

Der BGH stellt einmal einen Vergleich mit der Gaswaffe an, die das Gas nach vorn verschießt. Anerkannt sei, dass die Gaswaffe eine Waffe im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB sei. Nach neueren kriminaltechnischen und rechtsmedizinischen Erkenntnissen könne die Schreckschusswaffe aber gleichermaßen verletzungsträchtig im Nahbereich eingesetzt werden wie die Gaswaffe. Wie bei dieser müsse es ausreichen, dass die Gefahr „grundsätzlich“¹⁷ realisiert werden könne. Es sei, entsprechend einer neueren Entscheidung zur Gaswaffe, bedeutungslos, ob aufgrund der Fallumstände eine konkrete Gefahr bestehe oder umgekehrt eine solche Gefahr ausgeschlossen werden könne.

¹² Z. B. BGH NSTZ-RR 1999, 102 (103); NSTZ-RR 2002, 9.

¹³ Vgl. zum Folgenden BGH NSTZ 2002, 594.

¹⁴ BGH NSTZ 2002, 594.

¹⁵ BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Verwenden 1).

¹⁶ BGH NJW 2003, 1677.

¹⁷ BGH NJW 2003, 1677, 1678.

Zum anderen beruft sich der Große Senat auf die seit 1. April 2003 geltende Neuregelung des Waffenrechts. Danach gelten Schreckschusswaffen wegen ihrer nicht nur im Einzelfall gegebenen Gefährlichkeit nunmehr als „Feuerwaffen“. Zum Führen ist ein („kleiner“) Waffenschein erforderlich.¹⁸ Das Rückwirkungsverbot sieht das Gericht durch die Bezugnahme auf ein zum Tatzeitpunkt noch nicht geltendes Gesetz nicht tangiert. Es komme nicht ein Gesetz rückwirkend zur Anwendung; vielmehr diene die Neufassung des Waffengesetzes nur als Anhaltspunkt für eine Änderung der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals. Das Rückwirkungsverbot hindere Gerichte nicht, „bestimmte Sachverhalte aufgrund neuer Erkenntnisse abweichend von der bisherigen Rechtsprechung zu bewerten“¹⁹.

Zugunsten seiner Lösung macht das Gericht schließlich noch zweierlei geltend. Beseitigt werde der Wertungswiderspruch der früheren Beurteilung von Schreckschusswaffen im Vergleich zur Verwendung eines Messers zu Drohzwecken. Auch sei die Praxis nunmehr von schwieriger Aufklärungsarbeit entlastet; sie müsse nicht mehr feststellen, ob der Täter bei der Drohung mit der Schreckschusswaffe einen gefährlichen Einsatz im Nahbereich beabsichtigt habe.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

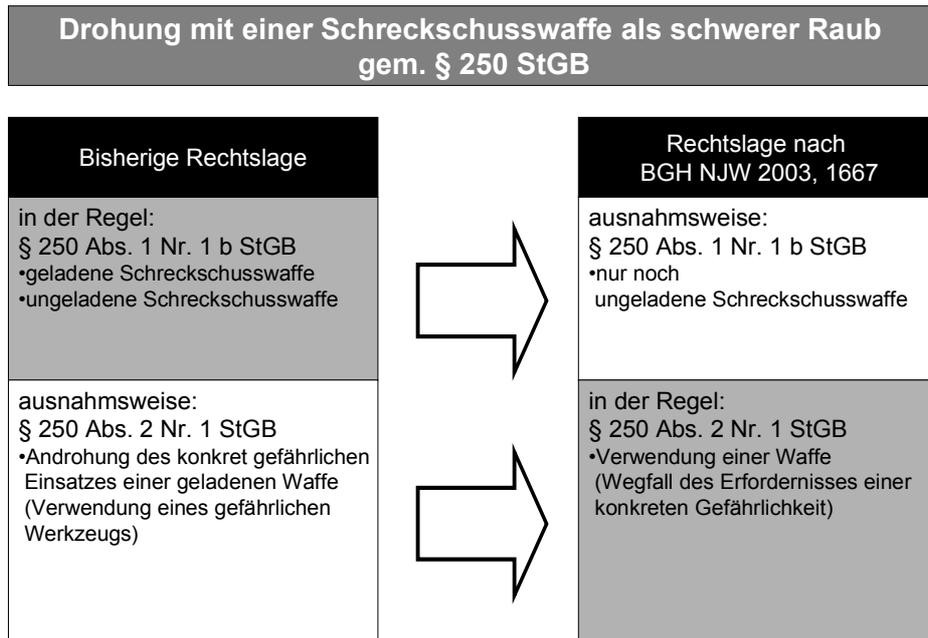
Die Fallprüfung wird leichter. Folgt man dem BGH, so hat sich für Fälle der Drohung mit einer geladenen Schreckschusswaffe die weit ausgreifende Diskussion über die Auslegung des Merkmals des gefährlichen Werkzeugs in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erledigt. Damit gehört auch die umstrittene Nahschuss-Kasuistik der Vergangenheit an.

Ob man dem BGH folgen soll, ist eine Frage, die (auch) prüfungstaktischer Natur ist. Es erscheint denkbar, dass sich die Entscheidung durchsetzt, ohne dass es zu einer kontroversen Diskussion kommt. Das wird sich in den nächsten Monaten zeigen. Falls das geschieht, sollte man auf eine umfangreiche Problemerkörterung in der Fallbearbeitung verzichten. Andernfalls (und für den Zeitraum bis zu einer Klärung) empfiehlt sich ein näheres Eingehen auf das Problem. Einige Argumente gegen die BGH-Lösung enthält unsere Kritik unter 5.

Für die Praxis hat die Entscheidung eine überaus große Bedeutung. Denn Raubüberfälle, bei denen mit Schreckschusswaffen gedroht wird, sind häufig. Es ändert sich grundlegend das Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich einer Bestrafung nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB oder nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wie die folgende Übersicht verdeutlicht.

¹⁸ Nähere Darstellung in der Entscheidung des Großen Senats NJW 2003, 1677, 1679.

¹⁹ BGH NJW 2003, 1677, 1679.



5. Kritik

Zugunsten der Entscheidung ist zu sagen, dass sie den Knoten gelöst hat, der sich um die Zuordnung von Schreckschusswaffen zum Begriff des „gefährliches Werkzeugs“ in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB gelegt hatte. Zudem hat sie der Rechtsprechungspraxis Arbeitserleichterung verschafft und durch eine klare Grenzziehung für Rechtssicherheit gesorgt.

Problematisch ist hingegen der Effekt einer deutlichen Strafverschärfung. Die Drohung mit einer geladenen Schreckschusswaffe bei einer Raubtat führt unweigerlich – die Umstände mögen noch so ungefährlich sein – zu einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren. Das verträgt sich schlecht mit den Vorstellungen des Gesetzgebers des 6. Strafrechtsreformgesetzes aus dem Jahre 1998, durch das § 250 StGB seine jetzige Fassung erhalten hat. Nicht einmal von § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB sollten „Überfälle mit einer Spielzeugpistole, mit einer mit vier Platzpatronen geladenen Schreckschusswaffe oder unter Vorhalt einer ungeladenen Gaspistole“ erfasst sein.²⁰ Methodisch höchst fragwürdig spielt der BGH diesen Strafgesetzgeber gegen den Waffengesetzgeber aus, der bei der Neubewertung der Schreckschusswaffe sicherlich nicht etwaige Änderungen im Umgang mit § 250 StGB im Auge gehabt hat. Auch unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes ist die Entscheidung bedenklich. Gleichbehandelt werden der skrupellos mit scharfer Waffe vorgehende Täter und der Täter, der das Risiko für das Opfer mindert, indem er eine Schreckschusswaffe verwendet.

Insgesamt stellt sich die Entscheidung als ein Beitrag zur Ächtung von Waffen überhaupt dar. Gesellschaftspolitisch ist diese Tendenz angesichts der Zunahme gewaltsamer Auseinandersetzungen mit Waffen uneingeschränkt zu begrüßen. Die Aufgabe der Strafgerichte besteht aber nicht darin, Gesellschaftspolitik zu betreiben. Sie sollen vielmehr eine begangene Tat gerecht beurteilen. Dazu passt eher eine konkrete Gefahrenanalyse auf der Grundlage der besonderen Tatumstände als ein

²⁰ BTDrs. 13/8587, 44.

abstraktes, pauschales, tatunabhängiges Urteil über die Gefährlichkeit von Gegenständen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Anja Schammler zugrunde, die auch die Grafik entworfen hat.)

FAMOS

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

Juli 2003

Polizeiflucht - Fall¹

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr / Verkehrsteilnahme / bewusste Zweckentfremdung des Fahrzeugs: subjektive Anforderungen

§§ 315 b Abs. 1, 315 c Abs. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Im fließenden Straßenverkehr wird ein Verkehrsvorgang nur dann zu einem Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB „pervertiert“, wenn zu dem bewußt zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfundlicher Einstellung hinzukommt, daß es mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – mißbraucht wird.

BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – 4 StR 228/02; abgedruckt in StV 2003, 338.

1. Sachverhalt²

A fährt ohne Fahrerlaubnis mit seinem Pkw auf einer öffentlichen Straße. Er wird vom Polizeibeamten B, der einen Haftbefehl gegen ihn vollstrecken will, mit einem Streifenwagen verfolgt. Nach vergeblichen Aufforderungen zum Halten schert B nach links aus, um A zu überholen und dann zum Halten zu bringen. A will das verhindern und zieht daher ebenfalls sein Fahrzeug langsam nach links. Ihm ist bewusst, dass eine Kollision nur dadurch verhindert werden kann, dass B stark abbremst. Darauf vertraut A auch. Nach rechtzeitiger Vollbremsung bricht B das Überholmanöver ab.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Frage, ob ein Verkehrseingriff gem. § 315 b StGB auch im Rahmen einer Verkehrsteilnahme möglich ist, gehört zu den Standardproblemen des Straßenverkehrsstrafrechts. Eine standardisierte Lösung ist allerdings nach wie vor nicht in Sicht. Bereits zwei Mal haben wir uns damit beschäftigt, nämlich im Blinker-Fall³ und im Mülltonnen-Fall⁴; gleichwohl gibt es Anlass, das Problem erneut aufzugreifen. Wir haben es also mit einem dogmatischen Dauerbrenner zu tun.

¹ Die Fallbezeichnung bedarf der Erklärung. Die alltagssprachlich eher ungewöhnliche Formulierung „Polizeiflucht“ ist in der Fachsprache für Sachverhalte der vorliegenden Art gängig (vgl. z. B. Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. 2003, § 315 b Rn. 11).

² Der Sachverhalt der Entscheidung enthält noch weitere Tatkomplexe, die aber für das zentrale Problem ohne Bedeutung sind.

³ FAMOS Mai 2000.

⁴ FAMOS Februar 2002.

Zur Erinnerung (oder zur Einführung) eine kurze Problemskizze.⁵ Fehlverhalten innerhalb des Straßenverkehrs wird strafrechtlich ausschließlich von § 315 c StGB erfasst. Sonstiges verkehrswidriges Verhalten soll nur als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden können. § 315 b StGB darf nicht dazu verwendet werden, die **Sperrwirkung von § 315 c StGB** zu umgehen. Die Vorschrift hat allein Einwirkungen von außen auf den Straßenverkehr zum Gegenstand. Ein Eingriff dieser Art soll jedoch nach der Rechtsprechung⁶ ausnahmsweise auch dann möglich sein, wenn der Täter am Straßenverkehr teilnimmt. Als Eingriffe in den Straßenverkehr werden Fälle bewertet, in denen der Täter das Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckentfremdet. Schlagwortartig wird von einer **Pervertierung des Verkehrsvorgangs** gesprochen. Die zu prüfenden Begriffsmerkmale sind objektiver und subjektiver Art. Der Fahrzeugführer muss das Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzen. Ferner muss es ihm darauf ankommen, dadurch in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Schließlich muss eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht vorliegen.

Das klingt präzise, ist es aber nicht. Die Rechtsprechung muss sich vorhalten lassen, dass ihr eine klare Linie fehlt und dass sie nicht selten auf generelle Strafwürdigkeitskriterien zurückgreift.⁷ Immerhin ist ein Fortschritt in der Diskussion dadurch erreicht worden, dass Fallgruppen herausgebildet worden sind.⁸ Von größter praktischer Bedeutung ist die **Fallgruppe der Fluchtfälle**⁹ und innerhalb dieser Gruppe der Bereich solcher Fälle, in denen – wie im vorliegenden Fall – Überholmanöver von Polizeifahrzeugen durch verkehrswidriges Verhalten abgewehrt werden. Hier ist die Abgrenzung besonders schwierig, weil derjenige, der flieht, weiterfahren, also weiterhin am Verkehr teilnehmen will. Wie soll gleichwohl ein verkehrsfremder Eingriff vorliegen können?

Darauf gab die Rechtsprechung bisher die folgende Antwort.¹⁰ Das im Rahmen einer Fluchtfahrt unternommene absichtliche Hindern am Überholen fällt ausnahmsweise nicht unter § 315 c StGB, sondern unter § 315 b StGB, wenn die Behinderung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der verbotenen Fahrweise ist und das Fahrzeug als **Nötigungsmittel mit Gefährdungsvorsatz** eingesetzt wird.

Befriedigen konnte diese Antwort nicht. Die Unterscheidung zwischen „Folge“ und „Zweck“ lässt sich nur subjektiv in der Weise durchführen, dass gefragt wird, ob der Fluchtwille oder der Nötigungswille dominiert. Mit entsprechenden Feststellungen dürfte selbst ein geschulter Psychologe überfordert sein. Im Übrigen betrachte man einmal den alltäglichen Straßenverkehr durch diese Brille: Wird nicht vielfach das Fahrzeug als Nötigungsmittel mit Gefährdungsvorsatz – etwa zur Erzwingung der Vorfahrt – eingesetzt? Das müsste eigentlich zu einer massenhaften Anwendung von § 315 b StGB führen, was jedoch nicht geschieht. Die Vorschrift scheint nur dann zum Zuge zu kommen, wenn „Räuber und Gendarm“ gespielt wird. Für diese Un-

⁵ Vgl. zum Folgenden Geppert, JURA 1996, 639, 641; Küper, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 119 ff.; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 315 b, Rn. 4; Rengier, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2002, § 45 Rn. 8-14; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 26. Aufl. 2002, Rn. 979 f.

⁶ Z. B. BGHSt 21, 301; 41, 231; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 1, 3, 4.

⁷ Vgl. die Kritik bei Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 315 b Rn. 10; König in LK, StGB, 11. Aufl., § 315 b Rn. 13-15.

⁸ Vgl. etwa die Zusammenstellungen bei Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 315 b, Rn. 10; König (Fn. 7), Rn. 12, 32-34; 41-55.

⁹ König (Fn. 7), Rn. 42-50; Rengier (Fn. 5), § 45 Rn. 14.

¹⁰ Vgl. BGHSt 21, 301, 302 f.; 28, 87, 91 f.; 41, 231, 234; zusammenfassend: Tröndle/Fischer (Fn. 1), § 315 b Rn. 11.

gleichbehandlung fehlt ein rechtfertigender Grund, es sei denn, man bezieht die sonstigen Umstände in eine Bewertung ein: hier der böse Räuber und dort der nicht ganz so böse Verkehrsrowdy.

Die vorliegende Entscheidung reagiert auf diese Probleme. Der BGH gelangt zu einer **Präzisierung, die allgemein für die Abgrenzung von § 315 c StGB und § 315 b StGB von Bedeutung ist.**

3. Kernaussagen der Entscheidung

Grundsätzlich hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten ausnahmsweise dann von § 315 b Abs. 1 StGB erfasst wird, wenn der Fahrzeugführer in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu pervertieren. Jedoch soll es nicht mehr ausreichen, wenn der Täter nur mit Gefährdungsvorsatz handelt. „Ist nämlich das eigene Fortkommen primäres Ziel einer bestimmten Fahrweise, so macht das in der gewollten Behinderung eines anderen Fahrzeugs liegende Nötigungselement allein ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr.“¹¹ Das Fahrzeug müsse vielmehr „mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug“¹² missbraucht worden sein.

In der Begründung stellt der BGH darauf ab, dass Nötigung und Gefährdung häufig Elemente bewusst verkehrswidrigen Verhaltens seien, ohne dass derartige Verstöße als Pervertierung bewertet würden. Nötig sei daher ein zusätzliches einschränkendes Kriterium. Ein moralische Bewertung der Tätermotive komme dafür nicht in Betracht.

Schließlich sorgt der BGH noch für eine dogmatische Klarstellung. Die Verschärfung der Anforderungen an den Vorsatz diene ausschließlich dazu, präziser zwischen Verkehrsverstoß und Eingriff in den Straßenverkehr abzugrenzen, indem das bisher schon geforderte Merkmal der Absicht, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff zu pervertieren, konkretisiert werde. Das habe nichts mit dem subjektiven Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes der Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert nach § 315 b Abs. 1 StGB zu tun.

Im Ergebnis verneint der BGH im vorliegenden Fall mangels Schädigungsvorsatzes die Pervertierung eines Verkehrsvorganges und somit eine Strafbarkeit nach § 315 b StGB und gelangt zu einer Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c Abs. 1 Nr. 2 b StGB in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Var. 1 StGB.¹³ Der Wandel der Rechtsprechung wird daran deutlich, dass anders entschieden wird als in einem früheren Fall mit nahezu gleichem Sachverhalt.¹⁴

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Eines ist gewiss: Man muss diese Entscheidung kennen, um künftig richtig mit den Fällen der Polizeiflucht¹⁵ umzugehen, die auch im Examenszusammenhang sehr beliebt sind. Der 4. Senat, der in dieser Sache entschieden hat, setzt nämlich Maß-

¹¹ BGH StV 338, 340.

¹² BGH StV 338, 339.

¹³ Die auch noch verwirklichte Nötigung gem. § 240 StGB wird unter dem Gesichtspunkt der Spezialität von § 113 StGB verdrängt; vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 113 Rn. 26.

¹⁴ BGHSt 21, 301.

¹⁵ Vgl. zu diesem Begriff Fn. 1.

stäbe, weil er **allein für Straßenverkehrssachen zuständig** ist.¹⁶ Auf eine Abstimmung mit anderen Senaten ist er nicht angewiesen. Wenn er seine Rechtsprechung ändern will, dann ändert er sie einfach, so wie hier geschehen.

Die Zuspitzung der subjektiven Anforderungen an einen Eingriff durch das Merkmal des Schädigungsvorsatzes unterstreicht die **Besonderheit der Tatbestandsprüfung bei § 315 b StGB**, auf die wir bereits früher aufmerksam gemacht haben.¹⁷ Eine Zweiteilung der Prüfung nach dem gewohnten Objektiv-Subjektiv-Schema ist nicht durchzuhalten. Das Merkmal des Eingriffs, das auf den ersten Blick objektiver Natur zu sein scheint, ist in der Handhabung durch die Rechtsprechung, soweit es um Vorgänge innerhalb des Straßenverkehrs geht, von subjektiven Elementen durchsetzt, zu denen jetzt auch der Schädigungsvorsatz gehört. Dieser Vorsatz hat aber noch nichts mit dem Vorsatz zu tun, der ansonsten im Hinblick auf die Tat handlung und im Hinblick auf die konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder von fremden Sachen mit bedeutendem Wert vorhanden sein muss. Empfehlenswert ist vielmehr eine Prüfungsweise, welche die genannten Merkmale je für sich in objektiver und subjektiver Hinsicht thematisiert.

Wer auf Genauigkeit bedacht ist, wird noch mit einem anderen **Zuordnungsproblem** zu kämpfen haben. Unklar ist, ob Fluchtfälle der vorliegenden Art mit § 315 b Abs. 1 Nr. 2 (Hindernisse bereiten) oder Nr. 3 (einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornehmen) in Verbindung zu bringen sind. Vielfach wird pauschal von einem Eingriff gesprochen. Damit ist aber noch nichts gewonnen. Denn der Gesetzgeber hat auch das Hindernisbereiten als Vornahme eines Eingriffs angesehen, wie sich aus dem sprachlichen Zusammenhang mit Nr. 3 ergibt. Auch wenn auf das Bereiten eines Hindernisses abgestellt wird, ist also die hier erörterte Eingriffsproblematik zu diskutieren. Für das Ergebnis ist es also nicht besonders bedeutsam, ob Nr. 2 oder Nr. 3 herangezogen werden. Kommentare und Lehrbücher sind vielfach unentschieden, indem sie das Problem sowohl bei Nr. 2 als auch bei Nr. 3 ansprechen.¹⁸ Rechtsmethodisch ist, wie wir meinen, eine Verknüpfung mit Nr. 2 vorzuziehen, weil diese Tatbestandsvariante präziser ist als die nachfolgende, die – strafrechtlich problematisch – zu einem Analogieschluss auffordert.¹⁹

Für die **Praxis** ergeben sich folgende Konsequenzen. In Fällen der Polizeiflucht wird es seltener zur Anwendung von § 315 b StGB kommen. Vielfach werden Zweifelsentscheidungen zugunsten der Angeklagten getroffen werden, weil die gerichtlichen Beweisbemühungen an der Feinabgrenzung zwischen Gefährdungs- und Schädigungsvorsatz scheitern. Dazu wird auch beitragen, dass Verteidiger ihre Mandanten über die nachteiligen Folgen eines Tateingeständnisses aufklären, das einen Schädigungsvorsatz umfasst. Es droht nämlich außerdem eine Verurteilung wegen absichtlicher Herbeiführung eines Unglücksfalles nach § 315 b Abs. 3 StGB i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 a StGB, womit der Sprung vom Vergehen zum Verbrechen getan wäre.

Einzugehen ist noch auf **zwei Konkurrenzprobleme**, die für Ausbildung und Praxis gleichermaßen bedeutsam sind.

Das erste betrifft das **Verhältnis von § 315 b zu § 315 c StGB**. Erweist sich im Falle eines verkehrsinernen Vorgangs § 315 b StGB als anwendbar, so ist an sich

¹⁶ Ansonsten richtet sich die Zuständigkeit der BGH-Senate im Wesentlichen ortsbezogen nach OLG-Bezirken; siehe die Geschäftsverteilung des BGH unter www.bundesgerichtshof.de (Richter);

¹⁷ FAMOS Mai 2000 und Februar 2002, jeweils unter 4.

¹⁸ Vgl. z. B. *König* (Fn. 7), § 315 b Rn. 30 ff., 41 ff.; *Rengier* (Fn. 5), § 45 Rn. 11, 14.

¹⁹ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 8 f.

auch noch der Rückgriff auf § 315 c StGB möglich; handelt es sich doch um ein Verhalten im Rahmen des Verkehrs. § 315 c StGB wird auch tatsächlich herangezogen und unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit (§ 52 StGB) verwertet im Falle einer Fahruntüchtigkeit nach Abs. 1 Nr. 1, damit dieses zusätzliche Gefährdungsmoment im Schuldausspruch ausgewiesen wird.²⁰ Diese Lösung wird dagegen zu Recht als unpassend angesehen, soweit es um ein Fehlverhalten nach § 315 c Abs. 1 Nr. 2 geht. Denn dieses ist ein Bestandteil des Eingriffs und enthält kein eigenständiges Gefährdungspotential. Somit tritt hier § 315 c StGB hinter § 315 b StGB zurück.²¹

Das zweite Konkurrenzproblem betrifft die von der Rechtsprechung entwickelte Figur der **natürlichen Handlungseinheit**, deren Hauptanwendungsfall die Polizeiflucht ist.²² Danach bilden sämtliche strafbare Handlungen, die ein Täter während einer ununterbrochenen Fluchtfahrt begeht, eine einzige Handlung, was zu der für den Täter günstigen Anwendung von § 52 StGB führt. Maßgeblich für die Zusammenfassung, die sich auf ganz unterschiedliche Delikte erstrecken kann (z. B. §§ 223 ff., 211 f., 142, 113, 240), soll der einheitliche Handlungswille (zur Flucht) sein.²³ Die Figur der natürlichen Handlungseinheit wird seit jeher von der Literatur heftig kritisiert.²⁴ Gerügt wird die Unbestimmtheit. Auch wird Systemwidrigkeit eingewendet: Eine Zusammenfassung unterschiedlicher Straftaten setze ansonsten stets eine Teilidentität von Ausführungshandlungen voraus. Insbesondere wird gegen die Einbeziehung von § 142 StGB eingewendet, dass ein unvorgesehener Unfall einen völlig neuen Entschluss im Hinblick auf das weitere Verhalten nötig mache und daher eine Zäsur bilde. (Be-)merkenswert ist, dass der BGH auf diese Kritik anders reagiert als auf die Kritik an der fortgesetzten Handlung. Während er diese fallen gelassen hat,²⁵ hält er an der natürlichen Handlungseinheit weiterhin fest²⁶.

5. Kritik

An der Entscheidung gibt es wenig auszusetzen. Die Erhöhung der subjektiven Anforderungen an den verkehrswidrigen Eingriff in den Straßenverkehr erleichtert die Abgrenzung zwischen § 315 b und § 315 c StGB. Sicherlich wäre die Grenzziehung noch klarer, wenn man ganz darauf verzichten würde, Vorgänge innerhalb des Straßenverkehrs unter § 315 b StGB zu subsumieren.²⁷ Doch spricht schon die Alltagserfahrung dagegen: Immer wieder gibt es Zeitgenossen, für die das Fahrzeug in erster Linie nicht Fortbewegungsmittel, sondern Waffe ist. § 315 b StGB bietet mit seinen Qualifikationen einen Strafrahmen, der darauf besser passt als derjenige von § 315 c StGB.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Jan Voigt zugrunde.)

²⁰ Vgl. z. B. *Geppert*, JURA 1996, 639, 647.

²¹ Vgl. *König* (Fn. 7), § 315 b Rn. 95.

²² Vgl. *König* (Fn. 7), § 315 b Rn. 98.

²³ Vgl. z. B. BGHSt 22, 67, 76 f.

²⁴ Zusammenfassend: *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 21 Rn. 17-20.; *König* (Fn. 7), § 315 b Rn. 98.

²⁵ BGHSt 40, 138.

²⁶ BGH NSZ-RR 1997, 331, 332.

²⁷ Ansätze dazu referiert *König* (Fn. 7), § 315 b Rn. 13-15.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

August 2003

Hepatitis - Fall

Fahrlässige Körperverletzung / Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

§§ 13, 229 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist in normativer Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns danach vorzunehmen, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt.
2. Die „Unterlassungskomponente“, die im Unterlassen von Sorgfaltsvorkehrungen liegt, ist wesensmäßig mit einem fahrlässigen aktiven Tun verbunden und ändert nichts am aktiven Begehungscharakter der Verhaltensweise.

BGH, Urteil vom 14. März 2003 - 2 StR 239/02, abgedruckt in NSTZ 2003, 657

1. Sachverhalt

A, Leiter einer Klinik für Herzchirurgie, operiert selbst mehrere hundert Patienten pro Jahr. Er ist, was er nicht weiß, Träger des Hepatitis-B-Erregers. Damit infiziert er insgesamt zwölf Patienten bei Operationen, die er als solche fachgerecht durchführt. Ihm war zwar die Gefahr wechselseitiger Infektionen zwischen Ärzten und Patienten einschließlich des besonderen Risikos bei chirurgischen Eingriffen bekannt. Auch war er darüber informiert, dass regelmäßig Kontrolluntersuchungen beim Klinikpersonal stattfinden. Er selbst hat sich aber nicht untersuchen lassen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das Problem des Falles ist leicht zu identifizieren: Soll A wegen der Erkrankung der Patienten strafrechtlich unter dem Gesichtspunkt fahrlässiger Körperverletzung verantwortlich gemacht werden für **ein Tun**, nämlich weil er die zur Infektion führenden Operationen vorgenommen hat, **oder für ein Unterlassen**, nämlich weil er sich nicht zuvor einer Kontrolluntersuchung unterzogen hat? Davon hängt einiges ab. Die Unterschiede werden deutlich, wenn man sich einige Besonderheiten des (unechten) Unterlassens vor Augen hält.¹

- Die Kausalität bedarf hypothetischer Feststellungen.²

¹ Vgl. den Aufbau des vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikts bei Joecks, StGB, 4. Aufl. 2003, § 13 Rn. 10.

² Dieser Prüfungspunkt ist im Arztstrafrecht von besonderer Bedeutung, weil sich bei ärztlichen Eingriffen die hypothetischen Kausalverläufe oft nur sehr schwer bestimmen lassen; vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 140 Rn. 9 f.

- Erfüllt sein müssen die Voraussetzungen von § 13 Abs. 1 StGB (Garantenstellung und Gleichwertigkeit).
- Als tatbestands- oder schuldausschließender Grund ist die Unzumutbarkeit der Vor- nahme der gebotenen Handlung zu berücksichtigen.
- Der Verjährungsbeginn liegt möglicherweise früher.
- Die Strafe kann nach § 13 Abs. 2 StGB gemildert werden.

Bevor wir das Abgrenzungsproblem näher in Augenschein nehmen, ist eine klarstellende Bemerkung zu seiner Relevanz nötig: Ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, ist in der Regel mit natürlicher (also juristisch unverbildeter) Lebensanschauung leicht festzustellen.³ Wer auf Grund eines Willensentschlusses in Vorgänge der Außenwelt eingreift und dadurch ein Ge- schehen in Gang bringt oder in eine bestimmte Richtung lenkt, tut etwas; wer in ein bereits ablaufendes Geschehen nicht eingreift, obwohl er dies könnte, unterlässt etwas. In den meisten Fällen reicht diese **Daumenregel** aus, um ein zutreffendes Ergebnis zu erzielen.

Eine solchermaßen natürliche Betrachtung gerät an ihre Grenzen, wenn das Verhalten des Täters Elemente sowohl eines Tuns als auch eines Unterlassens aufweist, also **zwei- deutig (ambivalent)** ist. Eine Untergruppe dieser Fälle bildet fahrlässiges Verhalten wie das vorliegende, bei dem ein Tun mit der Vernachlässigung von Sicherheitsvorkehrungen einher geht.⁴

Bei den Bemühungen um Kriterien für eine Lösung von Zweifelsfällen ist der BGH früh mit einer Formel hervorgetreten, die bis heute das Feld beherrscht. Seit BGHSt 6, 46, 59 stellt die Rechtsprechung bei der Abgrenzung einheitlich auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbar- keit** ab.⁵ Die Literatur hat sich dazu überwiegend positiv geäußert.⁶ Allerdings sind Variatio- nen im Sprachgebrauch festzustellen. Das hat damit zu tun hat, dass der Begriff der Vor- werfbarkeit in diesem Zusammenhang missverständlich ist. Er wird ansonsten als Synonym für Schuld verwendet.⁷ Über die Schuld lässt sich jedoch noch gar nichts sagen, wenn es um die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen geht, denn diese steht am Anfang der straf- rechtlichen Prüfung. Daher wird stattdessen vom „Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens“⁸ oder vom „eigentlichen Unwert des Verhaltens“⁹ gesprochen. Die einheitliche Grundlage besteht darin, dass die Abgrenzung als ein normativ zu lösendes Problem ange- sehen wird. Eine rein empirische, auf äußere Vorgänge abstellende Betrachtung wird als unzulänglich abgelehnt.¹⁰

Die Schwerpunktformel wird vielfach und mit vielen Argumenten kritisiert. Der Hauptein- wand lautet: Sie enthalte eine völlig unbestimmte Prüfungsanweisung, die keine klare Zuord- nung ermögliche und die Abgrenzung einem „irrationalen Gefühlsurteil“ ausliefere.¹¹

Was wird dagegen gesetzt? Zur Hauptsache werden zwei Alternativangebote gemacht.¹² Eine weit verbreitete Auffassung stellt auf den kausalen Energieeinsatz ab und wird daher auch **Kausalitätslehre** genannt. Danach soll ein Fall immer dann als Begehungsdelikt erör- tert werden, wenn ein aktiver Energieeinsatz für den Erfolg kausal gewesen ist oder doch nach der Vorstellung des Täters werden sollte.¹³ Eine andere Lehre firmiert unter „**Konkur-**

³ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 603; *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 18 Rn. 13.

⁴ Prominente Beispiele aus diesem Bereich: Ziegenhaar-Fall (RGSt 63, 211), Apotheker-Fall (RGSt 15, 151), Fahrradleuchtenfall (RGSt 63, 392) und Lastzugfall (BGHSt 11, 1).

⁵ Vgl. z. B. BGHSt 40, 257, 265; BGH NSTZ 1999, 607.

⁶ Vgl. *Stree*, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem §§13 ff. Rn. 158 mit Nachweisen.

⁷ Vgl. *Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 7 Rn. 29.

⁸ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 32. Aufl. 2002, Rn. 700.

⁹ *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 173.

¹⁰ *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 700.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn. 80.

¹² Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei *Kindhäuser*, LK-StGB, § 13 Rn. 70-73, und *Strat- tenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 2.

¹³ So z. B. *Roxin* (Fn. 11), § 31 Rn. 78.

renzlösung¹⁴.¹⁴ Sie schlägt vor, das Verhalten in seine einzelnen Komponenten zu zerlegen und diese entsprechend ihrer Ausrichtung als Begehungs- oder Unterlassungstat zu würdigen. Sind sowohl die Tuns- als auch die Unterlassungskomponente relevant, so soll das Unterlassen als subsidiär zurücktreten. Ein Unterlassen kann also eine strafrechtliche Haftung nur dann begründen, wenn nicht an ein Handeln des Täters angeknüpft werden kann. Darin ist eine grundsätzliche Einschätzung der Unterlassungsstrafbarkeit enthalten: Sie sei dem Verdacht unzulässiger Freiheitsbeschränkung ausgesetzt; daher bestehe ein „Primat des Begehens durch Tun“.¹⁵

Um diese Lehren rankt sich eine weit ausgreifende akademische Diskussion, die theoretisch interessant, praktisch aber nur in Grenzen relevant ist. Man sollte zur Kenntnis nehmen, dass sich von der Grundlegendendiskussion über die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen spezielle Diskussionen abgekoppelt haben. Sie befassen sich mit einzelnen Fallgruppen, deren Lösung sich in der Praxis immer wieder als schwierig erweist. Zur Hauptsache sind es drei Fallgruppen:¹⁶

- Fahrlässigkeitstaten,
- Rettungsfälle und
- Sterbehilfeaktionen.

Bei der Bearbeitung dieser Fälle werden häufig Argumente verwendet, die nur wenig mit den Grundpositionen zusammenhängen; zumeist werden sie aus der spezifischen Struktur des Fallmaterials entwickelt.

Nehmen wir die uns hier besonders interessierenden **Fahrlässigkeitsfälle**. Die Abgrenzungsfrage gilt hier vielfach als **Scheinproblem** oder zumindest als Problem, bei dem sich der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit leicht feststellen lässt.¹⁷ Bei Fahrlässigkeitstaten liege der Handlungsunwert in einem Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und enthalte allein schon dadurch ein Unterlassungsmoment. Dieses dürfe als solches nicht zu einer Einordnung als Unterlassungstat führen, weil dann konsequenterweise jedes fahrlässige Verhalten als Unterlassen eingestuft werden müsse. Das stehe im Widerspruch dazu, dass die strafrechtliche Rechtsordnung die Kategorie der fahrlässigen Begehungstat voraussetze. Soweit sich das Unterlassungsmoment als bloße für Fahrlässigkeitsdelikte notwendige Begleiterscheinung eines Tuns darstelle, sei eine Begehungstat anzunehmen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zu einer Auseinandersetzung mit der Abgrenzungsproblematik sieht sich der BGH veranlasst, weil sich im Urteil der Vorinstanz Passagen finden, in denen davon die Rede ist, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen der Untersuchungen liege. Da das Landgericht gleichwohl wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Tun verurteilt hat, rügt dementsprechend der Angeklagte mit seiner Revision die Rechtsanwendung als fehlerhaft und bringt in diesem Zusammenhang vor, dass er die Operationen doch fachgerecht durchgeführt habe.

Der Senat lässt von vornherein keinen Zweifel: Eindeutig seien Begehungstaten gegeben. Den Ausgangspunkt der Begründung bildet die Schwerpunktformel. In der Ausführung wird dann maßgeblich auf das Spezifische des Fahrlässigkeitsvorwurfs abgestellt. Da ein infizierter Chirurg nicht operieren dürfe, gebe die Vornahme der Operationen den Ausschlag. Dass dem A dabei kein handwerklicher Fehler unterlaufen sei, ändere daran nichts. Das Unterlassen der Kontrolluntersuchungen könne dagegen – für sich genommen – nicht zu einer Strafbarkeit führen, weil andere erst durch die gleichwohl durchgeführten Operationen

¹⁴ Vertreten u. a. von *Kindhäuser* (Fn. 12), § 13 Rn. 72.

¹⁵ *Gropp*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2001, § 31 Rn. 61 f.

¹⁶ Vgl. die Darstellungen bei *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 700-705; *Ebert* (Fn. 9), S. 173 f.; sowie die Fälle bei *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 211, 224, 245 und 246.

¹⁷ Vgl. zum Folgenden *Ebert* (Fn. 9), S. 173; *Kühl* (Fn. 3), § 18 Fn. 24; sowie aus der Spezialliteratur *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdeliktes durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 41 f.; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 73; *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 100.

gefährdet worden seien. Die **Unterlassung** erweise sich somit als „wesensnotwendig mit dem fahrlässigen aktiven Tun verbunden“; sie lasse den „aktiven Begehungscharakter der Verhaltensweise“ unberührt.

Dieser Hauptstrang der Argumentation wird unterstützt durch ein vergleichendes Argument: „Bei bewusst fahrlässigem oder gar bedingt vorsätzlichem Verhalten des Angeklagten bestünde auch kein Zweifel, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Durchführung der Operationen in infiziertem Zustand und nicht im Unterlassen der gebotenen Untersuchung liegt.“

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Entscheidung bestätigt die **Ausdifferenzierung der Diskussion**, von der schon oben unter 2. die Rede war. In bestimmten Bereichen, hier im Bereich der Fahrlässigkeit, erübrigt sich ein Eingehen auf den grundsätzlichen Theorienstreit. Man könnte sogar noch einen Schritt weitergehen als der BGH und die Verbindung mit der Schwerpunktformel kappen. Bei einer klausurmäßigen Bearbeitung des Falles könnte ohne weiteres etwa folgendermaßen formuliert werden:

„A hat mit der Ausführung der Operation eine Handlung vorgenommen, die ursächlich für den Erfolgseintritt geworden ist und deren potentielle Gefährlichkeit durch eine vorangehende Sicherheitsmaßnahme hätte kontrolliert werden müssen. Diese hat er unterlassen. Damit verlagert sich der Prüfungsansatz jedoch nicht auf ein Unterlassen. Denn ist das Unterlassen, wie hier, nur ein notwendiges Element des Fahrlässigkeitsvorwurfs ohne weiterreichende Bedeutung, so ändert es nichts an der Ausprägung eines kausalen fahrlässigen Tuns als Begehungstat.“

Ein solchermaßen **abkürzendes Prüfungsverfahren** hat seine Berechtigung insbesondere in Fällen mit einer zeitlichen Differenz, in denen zunächst vorbeugende Sicherungsmaßnahmen unterblieben sind, ohne dass damit schon eine Gefährdung anderer verbunden war, und der Täter erst danach gefährlich agiert.

Wenn mit diesen Überlegungen das Unterlassen im Fahrlässigkeitsbereich zurückgedrängt wird, so bedeutet das natürlich nicht, dass es kein fahrlässiges Unterlassen mehr gibt. Zur Verdeutlichung der Unterschiedlichkeit solcher Fälle im Vergleich zum vorliegenden seien hier mögliche **Fallkonstellationen fahrlässiger Unterlassungstaten** genannt:¹⁸

- Fahrlässiges Nichterkennen des bevorstehenden Eintritts eines tatbestandmäßigen Erfolges,
- fahrlässiges Nichterkennen einer gegebenen Rettungsmöglichkeit,
- fahrlässig falsche Auswahl oder Ausführung der Rettungsmöglichkeit,
- fahrlässiges Nichterkennen der Garantenstellung.

In allen diesen Fällen läuft das Geschehen auf den Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges zu. Vom Garanten wird verlangt, dass er eine bestimmte Handlung vornimmt, um diesen Erfolg abzuwenden. Aus Fahrlässigkeit geschieht dies nicht und der Erfolg tritt ein.

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich im **Überschneidungsbereich zwischen Fahrlässigkeitsfällen und Rettungsfällen**. Wie jedenfalls vom Grundsatz her unterschieden werden kann, sei kurz an der Konstellation der fahrlässigen Ausführung der gebotenen Rettungshandlung aufgezeigt. Hat die fahrlässige Ausführung nicht die gewünschte Unterbrechung des Geschehensablaufes zur Folge, so liegt ein fahrlässiges Unterlassensdelikt vor. (Beispiel: Der Garant, selbst Nichtschwimmer, wirft dem Ertrinkenden den Rettungsring zu, jedoch fahrlässig so schlecht, dass dieser ihn nicht erreichen kann.) Ein Tun ist dagegen anzunehmen, wenn die fahrlässige Ausführung eine eigenständige Ursache für den Erfolgseintritt darstellt. (Der Garant wirft den Ring dem Ertrinkenden fahrlässig direkt an den Kopf, so dass dieser ohnmächtig wird und ertrinkt.)¹⁹

¹⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Jescheck/Weigend* (Fn. 3), S. 633 f. mit kurzen Beispielen.

¹⁹ In Anlehnung an vergleichbare Abgrenzungen im Vorsatzbereich; vgl. *Kühl* (Fn. 3), § 18 Rn. 20 f.

Was die praktische Bedeutung der Entscheidung angeht, so ist lediglich zu konstatieren, dass der BGH nicht nur an der Schwerpunktformel festhält, sondern auch eine Absicherung dieses Ansatzes gegenüber den konkurrierenden Lehren nicht mehr für nötig hält. Speziell für den Bereich ärztlicher Behandlungsfehler gilt, dass die Chancen schlecht stehen, unter Anknüpfung an unterbliebene Sicherungsvorkehrungen eine in den Rechtsfolgen (§ 13 Abs. 2 StGB) günstigere Bestrafung wegen Unterlassens zu erreichen. Im vorliegenden Fall kam es sogar zu einer bemerkenswert hohen Geldstrafe (300 Tagessätze zu 1.500 DM). Zuvor sind Ärzte in vergleichbaren Fällen vielfach günstiger davongekommen.

5. Kritik

An der Entscheidung ist im Ergebnis nichts zu bemängeln. Kritikwürdig erscheint allenfalls, wie wir unter 4. schon haben anklingen lassen, dass die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen stärker problematisiert wird als unbedingt nötig. Fahrlässigkeitsfälle der vorliegenden Art lassen sich unter Vermeidung allgemeiner Erwägungen zum Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit kürzer abtun.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Martin Sprengel zugrunde.)

F A M O S

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

September 2003

Folter-Fall

Verbotene Vernehmungsmethoden / Verfahrenshindernis / Beweisverwertungsverbot / Fortwirkung / qualifizierte Belehrung / Fernwirkung

§§ 136 a, 136, 260 Abs. 3 StPO; Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG

Leitsatz der Verf.:

Wird dem Beschuldigten im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung Folter angedroht, so ergibt sich daraus allein noch kein Hindernis für das weitere Verfahren. Jedoch sind die nachfolgenden Vernehmungen wegen einer Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136 a StPO ebenso unverwertbar wie die unter Folterandrohung getätigte, es sei denn, der Beschuldigte ist ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangten Angaben hingewiesen, also qualifiziert belehrt worden.

LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 9. April 2003 – 5/22 Ks 3490 Js 230118/02; abgedruckt in StV 2003, 325

1. Sachverhalt

Im Zusammenhang mit der Entführung eines Kindes wird gegen A wegen erpresserischen Menschenraubes ermittelt. Als er sich bei seiner ersten polizeilichen Vernehmung weigert, Angaben zum Aufenthaltsort des Kindes zu machen, drohen ihm die Vernehmungsbeamten einen körperlichen Eingriff mit erheblichen Schmerzen an. Sie hoffen, auf diese Weise das Kind noch lebend retten zu können. Daraufhin macht A Angaben, die zum Auffinden des bereits getöteten Kindes führen. Im weiteren Verfahren wird A, ohne dass es dabei zu erneuten Bedrohungen kommt, von der Polizei, der Staatsanwaltschaft und einer Ermittlungsrichterin vernommen. In diesen Vernehmungen wird aber auch nicht auf die Androhung eines körperlichen Eingriffs in der ersten Vernehmung eingegangen. Es kommt zur Anklage und zur Eröffnung des Hauptverfahrens gegen A.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Mit diesem Fall, über den in den Medien vielfach in großer Aufmachung berichtet worden ist, verbinden sich zahlreiche materiellrechtliche und prozessrechtliche Fragen. Behandelt werden hier lediglich die prozessrechtlichen Probleme, die das Landgericht im erstinstanzlichen Verfahren zu klären hatte.¹

¹ In den Ausbildungszeitschriften wird der Fall sicherlich demnächst insgesamt sehr eingehend erörtert werden. Vorerst sei auf den informativen Überblick von *Wilhelm*, Die Polizei 2003, 198, verwiesen.

In der Annahme, dass die Vernehmungsbeamten durch die Androhung körperlicher Schmerzen gegen § 136 a Abs. 1 Satz 3 StPO verstoßen haben, schließen wir uns dem Landgericht an. Unerörtert lassen wir die gelegentlich geäußerte Meinung, die Polizei sei lediglich zur Gefahrenabwehr tätig geworden, so dass strafprozessuale Normen nicht anwendbar seien. Es mag genügen, darauf hinzuweisen, dass Prävention und Repression in einem solchen Fall untrennbar miteinander verbunden sind und dass im konkreten Fall das weitere Strafverfahren an die erzwungene Aussage anknüpfte.

Aus dem Verstoß gegen das Verbot der Folterandrohung ergeben sich im Wesentlichen drei Fragen:

- Darf angesichts einer derart gravierenden Rechtsverletzung durch staatliche Organe das Verfahren überhaupt weitergeführt werden? (Stichwort: **Verfahrenshindernis**)
- Bezieht sich das gesetzlich in § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO für die Aussage selbst angeordnete Beweisverwertungsverbot auch auf Aussagen in daran anknüpfenden Vernehmungen? (Stichwort: **Fortwirkung eines Beweisverwertungsverbots**)
- Dürfen Beweismittel verwertet werden, die auf Grund einer unverwertbaren Aussage aufgefunden wurden? (Stichwort: **Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots**)

Befassen wir uns zunächst mit einem etwaigen Verfahrenshindernis. Die StPO sieht ein solche Verpflichtung zur Verfahrenseinstellung nicht vor.² Allein die Verfassung kommt als Grundlage dafür in Betracht. Literatur³ und Rechtsprechung⁴ äußern sich insoweit aber sehr zurückhaltend. Als Anknüpfungspunkt bietet sich der Verfassungsgrundsatz der Rechtstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) in der speziellen Ausprägung des Rechts auf ein faires, rechtstaatliches Strafverfahren (**Fair-trial-Prinzip oder Grundsatz der Verfahrensfairness**) an.⁵ Die Zurückhaltung beruht vor allem darauf, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses mit der Verpflichtung des Staates kollidiert, strafbare Handlungen zu verfolgen.

Der BGH schließt eine Einstellung des Verfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Fair-trial-Prinzip zwar nicht grundsätzlich, aber doch in fast allen praktischen Konstellationen aus, indem er drei einschränkende Bedingungen formuliert.⁶

- Als Beurteilungsgrundlage sind klar überprüfbare Tatsachen erforderlich, weil sofort und unzweifelhaft geklärt werden muss, ob das Verfahren weiterzuführen ist oder nicht. Die Entscheidung darf nicht von Werturteilen abhängig sein, weil diese eine eingehende gerichtliche Prüfung aller Umstände des Falles voraussetzen.
- Die Rechtsverletzung muss nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers so schwer wiegen, dass davon die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens betroffen ist.⁷
- Die Annahme eines Verfahrenshindernisses scheidet aus, wenn der Verfahrensverstoß anderweitig ausreichend kompensiert werden kann. Dabei ist insbesondere die Möglichkeit einer Strafmilderung in Betracht zu ziehen.⁸

Auch nach der ebenfalls restriktiven Rechtsprechung des BVerfG⁹ kann ein aus der Verfassung abgeleitetes Verfahrenshindernis letztlich nur dann festgestellt werden, wenn dem

² Vgl. BGHSt 26, 88; Pfeiffer, StPO, 4. Aufl. 2002, Einl., Rn. 15.

³ Pfeiffer (Fn. 2), Einl., Rn. 15; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 11, Rn. 14 f.; Volk, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2002, § 14 Rn. 30; Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2002, Rn. 289 a.

⁴ BGHSt 32, 345; 33, 283; 37, 10; 46, 159.

⁵ BGHSt 32, 345, 350; 37, 10, 13. Das BVerfG leitet diesen Verfahrensgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) i.V.m. dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG her (BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105, 111; 57, 250, 274); so auch Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. 2003, Einl. Rn. 19.

⁶ BGHSt 32, 345, 350 f.; 37, 10, 13; 46, 159, 169 f.

⁷ Im Hinblick auf den Gesetzgeber der StPO kann dazu folgendermaßen argumentiert werden. Der Anordnung eines (bloßen) Verwertungsverbotes in § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO kann entnommen werden, dass auch schwerste Verfahrensverstöße innerhalb des (fortzuführenden) Verfahrens korrigiert werden können. Diese Konzeption spricht gegen die Annahme eines Verfahrenshindernisses.

⁸ Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung ist am Lockspitzel-Fall (FAMOS Juni 2000) sichtbar geworden.

⁹ BVerfG NJW 84, 796; BVerfGE 57, 275 f.

Beschuldigten kein faires Verfahren im Ganzen mehr garantiert werden kann, weil der eingetretene rechtstaatliche Schaden nicht behebbar ist.¹⁰

Auch in der Frage einer Fortwirkung eines Beweisverwertungsverbots hat sich der BGH in früheren Entscheidungen¹¹ sehr zurückgehalten. Danach sollte eine spätere rechtmäßig erlangte Aussage voll verwertbar sein, weil § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO nur für die rechtswidrig erlangte Aussage selbst ein Verwertungsverbot ausspreche. Mittlerweile erkennt der BGH an, dass eine Fortwirkung immer dann „nicht ganz fern liegt“¹², wenn der Beschuldigte bei einer nachfolgenden Aussage nicht um die Unverwertbarkeit der bisherigen Aussage weiß und sich deshalb zu „weiteren Aussagen gedrängt“ sieht. Eindeutige Konsequenzen hat er daraus bisher aber nicht gezogen.

Die Literatur äußert sich teilweise deutlich entschiedener.¹³ Hingewiesen wird darauf, dass der Beschuldigte bei seiner Entscheidung darüber, ob er erneut aussagen soll, immer noch unter dem Einfluss der zuerst getätigten Aussage stehen kann. Gemeint ist damit nicht die Konstellation, dass er sich weiterhin vor den Pressionen fürchtet. Auch wenn das nicht der Fall ist, kann die Autonomie des Beschuldigten dadurch beeinträchtigt sein, dass er die Aussageverweigerung für zwecklos hält, weil er nichts von der Unverwertbarkeit der früheren Aussage weiß. Er kann sich bereits festgelegt fühlen und ein Schweigen oder gar Leugnen für sinnlos und prozesstaktisch nachteilig halten. Daraus wird gefolgert, dass ein dieser Gefahr entgegenwirkender Akt nötig sei. Dem Beschuldigten müsse bewusst gemacht werden, dass er in seiner Entscheidung, auszusagen oder zu schweigen (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO), nach wie vor frei sei. ist. Das soll durch eine zu Beginn der Vernehmung erteilte sogenannte **qualifizierte Belehrung** geschehen, aus der sich ausdrücklich ergeben muss, dass die früheren Angaben wegen einer verbotenen Vernehmungsmethode unverwertbar sind.

Äußerst kontrovers wird schließlich die Fernwirkungsproblematik diskutiert. Nach der **Fernwirkungslehre**¹⁴ ist die Verwertung der mittelbar erlangten Beweise grundsätzlich unzulässig. Dadurch soll verhindert werden, dass die Verbote des § 136 a StPO im Ergebnis leer laufen. Nur für den Fall, dass die Beweise nach dem Gang der Ermittlungen höchstwahrscheinlich auch ohne Verfahrensverstöß erlangt worden wären, soll eine Verwertung zulässig sein.¹⁵

Die am Wortlaut von § 136 a StPO orientierte **Gegenmeinung**¹⁶ hält nur die Verwertung des Beweismittels selbst für verboten. Zur Begründung wird gesagt, dass das mittelbar erlangte Beweismittel nicht vom Verstoß gegen § 136 a StPO betroffen sei und dass nicht sicher überprüft werden könne, ob das Beweismittel auch auf ordnungsgemäßem Wege zu erlangen gewesen wäre. Im Dienste einer wirksamen Verbrechensbekämpfung dürfe ein Verfahrensfehler nicht das gesamte Strafverfahren lahm legen.¹⁷

Zwischen diesen Auffassungen vermittelt die auf den Einzelfall abstellende **Abwägungslehre**.¹⁸ Nach ihr soll einerseits berücksichtigt werden, von welcher Bedeutung die aufzuklärende Tat ist. Auf die andere Waagschale soll die Schwere der Rechtsverletzung, insbesondere ein etwaiger Grundrechtsbezug, gelegt werden.

¹⁰ Vgl. auch *Weigend*, StV 2003, 436, 437.

¹¹ Z. B. BGHSt 1, 376, 379 f.; 22, 129, 133 f.; 35, 328, 332.

¹² BGH StV 1994, 62 f.

¹³ Vgl. zum Folgenden *Boujong* in KK, StPO, 5. Aufl. 2003, § 136 a Rn. 40 f.; *Hanack* in Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl. 1989, § 136 a Rn. 65; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 119, 142; *Neuhaus*, NSTz 1997, 314; *Weigend*, StV 2003, 436, 438.

¹⁴ *Roxin* (Fn. 3), § 24, Rn. 47; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 482 f.; *Volk* (Fn. 3), § 9 Rn. 28, § 28 Rn. 14. Die Autoren nehmen durchweg Bezug auf die „fruit of the poisonous tree doctrine“ des amerikanischen Rechts.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 3), § 24, Rn. 47 a.E.; dies entspricht im amerikanischen Recht der sog. „hypothetical clean path doctrine“.

¹⁶ Z. B. OLG Hamburg MDR 1976, 601; OLG Stuttgart NJW 1973, 1941; *Meyer-Goßner* (Fn. 5), § 136 a Rn. 31.

¹⁷ So insbesondere BGHSt 27, 355, 358; 34, 362, 364.

¹⁸ *Hanack* in Löwe-Rosenberg (Fn. 13), § 136 a, Rn. 66 f.; *Boujong* in KK, (Fn. 13), § 136a, Rn. 42.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In zwei Beschlüssen¹⁹ hat das Landgericht Frankfurt am Main zu diesen Rechtsfragen Stellung genommen. Ein **Verfahrenshindernis** lehnt die Kammer unter Berufung auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung klar ab. Nach der Gesetzeslage werde dem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip ausreichend durch ein Verwertungsverbot Rechnung getragen.

In der Frage der Fortwirkung geht das Landgericht dagegen einen wesentlichen Schritt weiter als die bisherige höchstgerichtliche Rechtsprechung.²⁰ Es erklärt unmissverständlich in derartigen Fällen **die Erteilung einer qualifizierten Belehrung für nötig**. Fehle es daran, so dürften die späteren Aussagen wegen einer **Fortwirkung** des Verstoßes gegen § 136 a StPO nicht verwertet werden.

Es werden auch bestimmte Anforderungen an die Form der Belehrung gestellt. **Unmissverständlich müsse darauf hingewiesen** werden, dass die früheren Aussagen unverwertbar seien. Zwar bedürfe es nicht unbedingt einer Protokollierung; doch müssten die Umstände eindeutig auf die Erteilung einer derartigen Belehrung schließen lassen. Das zentrale Argument bildet für die Kammer die Notwendigkeit einer Wiederherstellung der Autonomie des Beschuldigten.

Was eine **Fernwirkung** des Verstoßes gegen § 136 a StPO betrifft, so folgt die Kammer der Abwägungslehre und gelangt zu einem verneinenden Resultat. Im Wesentlichen lässt das Gericht sich davon leiten, dass körperliche Gewalt nur angedroht worden sei und dass demgegenüber die Schwere der aufzuklärenden Tat das klar größere Gewicht gehabt habe. Die Annahme der Unverwertbarkeit mittelbar erlangter Beweismittel sei unter derartigen Umständen unverhältnismäßig.

Daraus ergeben sich für den Fall die folgenden Konsequenzen. Das Verfahren kann fortgeführt werden. Die erste Aussage und die nachfolgenden Aussagen, die ohne qualifizierte Belehrung erfolgten, dürfen nicht verwertet werden (wohl aber ein später nach korrekter Belehrung abgelegtes Geständnis). Auf Grund der ersten Aussage erlangte Beweismittel, nämlich die Leiche des Kindes und der dazu erstattete Obduktionsbericht, sind verwertbar.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Es steht außer Frage, dass dieser Fall im Ausbildungs- und Prüfungszusammenhang große Beachtung finden wird. Wir haben uns hier auf die prozessrechtliche Problematik konzentriert, weil Studierende damit in der Regel besonders große Probleme haben.

Zur inhaltlichen Seite ist nicht mehr als das Folgende zu sagen: Man muss sich mit den Kategorien des Verfahrenshindernisses und des Beweisverwertungsverbotes vertraut machen und man muss mit Begriffen wie Fortwirkung, Fernwirkung und qualifizierte Belehrung umgehen können.

Schwieriger ist es, einen Rat zu erteilen, wenn es um die Frage geht: **Wie baue ich die Fallprüfung auf?** Die wohlvertrauten Aufbauregeln einer Strafbarkeitsprüfung helfen hier nicht weiter. Auch hält sich die prozessrechtliche Anleitungsliteratur leider sehr zurück bei der Ausformulierung von Prüfungsanweisungen.²¹ Es bleibt nichts anderes übrig, als sich im Prüfungsverfahren der Eigenart des Falles anzupassen und außerdem einerseits auf Prüfungsökonomie zu achten und andererseits keine wesentlichen Fallprobleme auszuklamern.

Das führt im vorliegenden Fall etwa zu den folgenden Überlegungen. Logischen Vorrang hat die Frage nach einem Verfahrenshindernis, weil die Verwertungsproblematik nicht zum Tragen kommen kann, wenn das Verfahren gar nicht weitergeführt werden darf. Entscheidet man sich also für die Annahme eines Verfahrenshindernisses, so ist auf die Fragen nach der Fortwirkung, der qualifizierten Belehrung und der Fernwirkung nicht mehr einzugehen. Dem Ziel einer umfassenden Problemerkörterung ist es daher dienlicher, wenn ein Verfahrenshin-

¹⁹ LG Frankfurt/M., StV 2003, 325 ff.

²⁰ Vgl. Weigend, StV 2003, 436, 438.

²¹ Hilfreich in dieser Hinsicht: Beulke (Fn. 3), Rn. 612, mit Fundstellen zu Übungsfällen in Ausbildungszeitschriften in Rn. 617.

dernis abgelehnt wird. Das bedeutet nicht, dass unbedingt so vorgegangen werden sollte. Die Bejahung eines Verfahrenshindernisses wäre ein juristisch vertretbares und daher von einem Prüfer hinzunehmendes Ergebnis. Es empfiehlt sich dann jedoch, mit Argumenten geradezu zu „powern“, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass sich die Ausgrenzung der anderen Probleme nachteilig auswirkt.

Auch für die Strafverfolgungspraxis ist die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main von ganz erheblicher Bedeutung, selbst wenn von ihr keine Bindungswirkung ausgeht wie von einer höchstrichterlichen Entscheidung. Man kann jedoch von einer **Signalwirkung** sprechen. Erstmals hat sich die gerichtliche Praxis eindeutig zum Erfordernis einer qualifizierten Belehrung bekannt. Es ist nicht zu erwarten, dass andere Gerichte wieder dahinter zurückfallen. Damit ist auch Klarheit für die Strafverteidigung geschaffen. Vermutlich werden sich im Anschluss an diese Entscheidung Fragen stellen, die insbesondere die formale und inhaltliche Ausgestaltung von qualifizierten Belehrungen betreffen.

Weiterhin offen bleibt auch nach dieser Entscheidung die Diskussion über die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten.

5. Kritik

Die Stellungnahme des Landgerichts zu einem etwaigen Verfahrenshindernis erscheint plausibel, diejenige zur Fortwirkung des Beweisverwertungsverböts verdient Anerkennung und diejenige zu dessen Fernwirkung ist abzulehnen. Alles drei sei kurz begründet.

Verstärken lässt sich die Argumentation zum Verfahrenshindernis mit der einfachen Überlegung, dass sich die Rechtsstaatlichkeit eines Verfahrens nicht dadurch bewähren kann, dass man es vorzeitig beendet.²² Die Reaktion auf den Rechtsverstoß muss noch im Verfahren selbst erfolgen, und sei es dadurch, dass letztlich freigesprochen werden muss.

Indem das Landgericht das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung anerkennt, reagiert es sachgerecht auf die psychische Konfliktsituation von Beschuldigten, die in aller Regel dem Irrtum unterliegen, dass die frühere erzwungene Aussage juristisch nicht mehr aus der Welt zu schaffen sei. Zugleich stärkt es damit die Subjektstellung des Beschuldigten, die für ein rechtsstaatliches Verfahren unabdingbar ist.

Die von der Kammer in der Fernwirkungsfrage angewendete Abwägungslehre krankt daran, dass die Unwägbarkeiten des Abwägungsvorgangs (man verzeihe das Wortspiel) Ergebnisse nach Wunsch ermöglichen. Für Dritte ist die Entscheidung eines Falles nicht prognostizierbar, weil individuelle Prioritäten des Entscheidungsträgers den Ausschlag geben. Überdies wird mit den Abwägungskriterien der Schwere des Verfahrensverstoßes einerseits und der Bedeutung des Tatvorwurfs andererseits Unvergleichbares verglichen.

Klare Resultate liefert dagegen die Fernwirkungslehre. Mag sie auch rigide sein, so hat sie doch den Vorteil, dass sie den rechtsstaatlich essentiellen Zwecken des § 136 a StPO den nötigen Nachdruck verleiht. Jedes Zurückweichen hier kann in der Praxis der Strafverfolgung den Eindruck erwecken, dass auch gesetzlich verbotene Vernehmungsmethoden ohne Risiko für den Verfahrenserfolg eingesetzt werden können.

Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang an **drei Selbstverständlichkeiten** erinnert, die in der öffentlichen Diskussion über den vorliegenden Fall leider nur selten angesprochen wurden. Erstens: Auch für einen noch so verdächtigen Beschuldigten gilt die Unschuldsvormutung. Zweitens: Das absolute Verbot in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG stellt klar, dass die Folter kein wertfreies Mittel ist, dass für einen guten Zweck eingesetzt werden könnte; sie ist ein Mittel, das den vorgegebenen guten Zweck selbst zerstört. Drittens: Ein zielgerichteter Verstoß gegen die Methodenverböte des § 136 a StPO greift unmittelbar in die unantastbare Menschenwürde des Vernommenen ein,²³ denn bei einer solchen Vernehmung wird nicht mehr an die Entscheidungsfähigkeit als Vernunftwesen, sondern nur noch an die kreatürliche Schmerzempfindlichkeit appelliert;²⁴ der Vernommene wird zum Objekt des Verfahrens de-

²² Steiner, Das Fairneßprinzip im Strafprozess, 1996, S. 199.

²³ Höfling in Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 1 Rn. 20.

²⁴ Vgl. Weigend, StV 2003, 436, 441.

gradiert. Der Staat ist aber nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet, die Menschenwürde des Betroffenen aktiv zu schützen. Deshalb darf es in einer rechtstaatlichen Verfahrensordnung keine Möglichkeit geben, die „Früchte des vergifteten Baumes“ zu nutzen. Vom Verwertungsverbot erfasst werden auch die mittelbar erlangten Beweismittel. Allenfalls dann, wenn das sekundäre Beweismittel nachgewiesenermaßen auch auf legalem Wege erlangt worden wäre, ist eine Verwertung möglich. Freilich bedarf es dafür **konkreter Anhaltspunkte**; bloße hypothetische Erwägungen reichen nicht.²⁵

(Dem Text liegt ein Entwurf von Robert Dreblow zugrunde.)

²⁵ Vgl. Volk (Fn. 3), § 28 Rn. 14.

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

Oktober 2003

Familiencyrann - Fall

Außergewöhnliche Umstände beim Heimtückemord / entschuldigender Notstand / Irrtum über entschuldigende Umstände / Rechtsfolgenlösung

§§ 211, 35 StGB

Leitsatz der Verf.:

Beim Heimtückemord hat für die Straffindung eine etwaige obligatorische Milderung nach §§ 35 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB Vorrang vor der Milderung wegen Vorliegens außergewöhnlicher Umstände (Rechtsfolgenlösung).

BGH, Urteil vom 25. März 2003 - 1 StR 483/02, abgedruckt in NJW 2003, 2464.

1. Sachverhalt¹

B, Mitglied einer gewalttätigen Rockerbande, terrorisiert und misshandelt seine Ehefrau A seit Jahren bei jeder sich bietenden Gelegenheit. Die Gewalttätigkeiten nehmen im Laufe der Zeit an Intensität und Häufigkeit zu. A erleidet teils schwerwiegende Verletzungen. B beginnt, auch die gemeinsamen Töchter zu schlagen. A nimmt die ständigen Misshandlungen zunächst klaglos hin, weil sie andernfalls eine weitere Verschärfung ihrer Situation befürchtet. Durch die fortgesetzten Tötlichkeiten gerät sie jedoch an die Grenzen ihrer physischen und psychischen Belastbarkeit. Auch am Tag setzt sich das Martyrium mit brutalen Schlägen und Beschimpfungen fort. Nachdem B sich schlafen gelegt hat, findet A beim Aufräumen den schussbereiten Revolver des B. Sie sieht nunmehr in der seit einiger Zeit erwogenen Tötung ihres Mannes die einzige Lösung, um weiteren Misshandlungen zu entgehen und die Töchter zu schützen. Die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe und eine Trennung von ihrem Mann hält sie für aussichtslos, weil er ihr und den Töchtern für diesen Fall grausame Rache – notfalls mit Hilfe seiner Kumpane – angedroht hat. Sie feuert aus kurzer Entfernung acht Schüsse auf ihren schlafenden Mann ab, wobei zwei der Geschosse treffen und umgehend zu seinem Tod führen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der aufmerksame FAMOS-Leser wird fragen, warum wir nach dem unlängst veröffentlichten „Raubkopien-Fall“² erneut einen Fall der heimtückischen Tötung aufs Tapet bringen. Zwei Gründe sind es: Ausbildungsrelevanz und praktische Bedeutung. Die Entscheidung führt eine Vielzahl von Problemen des Allgemeinen und Besonderen Teils zusammen; so die Frage der Gegenwärtigkeit eines Angriffs gem. § 32 StGB, Notstandsprobleme von der Dauer-

¹ Die Sachverhaltsangaben beschränken sich auf dasjenige, was zum Verständnis der Ausführungen unter 2. bis 5 unbedingt notwendig ist. Sie geben das Martyrium der A nur höchst unzulänglich wieder. Wir empfehlen, die umfangreicheren Angaben in der Entscheidung nachzulesen.

² FAMOS Mai 2003.

gefahr über die anderweitige Abwendbarkeit und die Güterabwägung gem. § 34 StGB sowie die Anforderungen des § 35 Abs. 1 StGB bis zur Irrtumsregelung in § 35 Abs. 2 StGB, die Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung des Mordtatbestandes und die sog. Rechtsfolgenlösung. Auch kommen Fälle dieser Art offensichtlich häufiger vor. Das zeigt der Blick in die Zeitung. Das zeigt auch der Blick zurück in die Geschichte des BGH. Schon einmal hatte er sich mit einem Sachverhalt gleicher Art zu befassen. Die unter dem Namen „Haustyrann-Fall“ bekannt gewordene Entscheidung³ gehört neben dem sog. „Onkel-Fall“⁴ zu den Klassikern der Mordfälle, in denen außergewöhnliche strafmildernde Umstände eine Bestrafung wegen Heimtücke-Mordes unangemessen erscheinen lassen. Die Täter(innen) entsprechen nicht dem herkömmlichen Bild des Mörders (der Mörderin) und die Opfer sind alles andere als unschuldig.

Eine sachgerechte Beurteilung von Familientragödien der vorliegenden Art wird durch die **Rigidität des Gesetzes** erschwert. Wenn Heimtücke, dann lebenslange Freiheitsstrafe; die Androhung einer absoluten Strafe in § 211 StGB lässt an sich keinen Entscheidungsspielraum. Das Landgericht nutzte im vorliegenden Fall den vom BGH im „Onkel-Fall“⁵ entwickelten **Ausweg der Rechtsfolgenlösung**. Das ist gut nachvollziehbar, denn der Sachverhalt fügt sich nahtlos in die Umschreibung solcher außergewöhnlichen Umstände, die nach Ansicht des BGH eine Strafmilderung beim Mord rechtfertigen, nämlich eine vom Täter unverschuldete notstandsähnliche und ausweglos erscheinende Situation.⁶ Übersehen hat das Landgericht dabei allerdings die bereits vor zwanzig Jahren ausgesprochene Warnung des BGH, dass die Rechtsfolgenlösung **lediglich eine Auffangfunktion** hat und dass das Tatgericht zuvor eine Anwendung aller in Betracht kommenden tatbestandlichen Restriktionen, Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe sowie gesetzlichen Milderungsgründe erwägen muss.⁷ – Was alles zu bedenken ist, soll hier zunächst ein knapper Überblick aufzeigen. Zur Wahrung der Übersichtlichkeit ist es nötig, einige Ausführungen in die Fußnoten zu verlagern.

Anzusetzen ist bei der Grunddefinition der Heimtücke.⁸ Die Tötung eines Schlafenden wird herkömmlich als heimtückisch angesehen.⁹ Im Anschluss daran sind die bekannten **Ansätze einer restriktiven Auslegung** des Mordmerkmals „heimtückisch“ ins Spiel zu bringen.¹⁰

Hier eröffnet der bereits erwähnte „Raubkopien-Fall“ neue Argumentationsmöglichkeiten; hat der BGH darin doch eine **normative Einschränkung unter Berücksichtigung des Vorverhaltens des Opfers** erwogen. Die Arglosigkeit eines faktisch keinen Angriff erwar-

³ BGH NJW 1983, 2456; vgl. ferner RGSt 60, 318; BGH NJW 1966, 1823.

⁴ BGH 30, 105: In diesem Fall hatte ein junger Türke seinen Onkel beim Kartenspiel hinterrücks erschossen, weil dieser zuvor die Ehefrau des Täters vergewaltigt und sich dessen auch noch gerühmt hatte. Angesichts einer zuvor ergangenen Verfassungsgerichtsentscheidung (BVerfGE 45, 187, 227f.) zur Frage der Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe entschied der Große Senat, dass gerade in Fällen wie diesen, in denen erst schwere Provokationen oder Kränkungen des Täters durch das Opfer zu der Tötung geführt haben, die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig sein könne. Nach der Rechtsfolgenlösung soll beim Vorliegen außergewöhnlicher strafmildernder Umstände die Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe durch den nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemilderten Strafrahmen im Wege analoger Anwendung ersetzt wird.

⁵ BGHSt 30, 105, 119.

⁶ Weitere Anwendungsfälle sind: tiefes Mitleid mit dem Opfer, schwere Provokationen, vom Opfer verursachte, ständig neu angefachte, zermürbende Konflikte oder schwere Kränkungen des Täters durch das Opfer.

⁷ BGH NJW 1983, 2456.

⁸ Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt; vgl. *Wessels / Hettinger*, Strafrecht BT 1, 26. Aufl. 2002, Rn. 107.

⁹ BGHSt 23, 121; *Lackner / Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2002, § 211 Rn. 7.

¹⁰ Eine nähere Darstellung des Meinungsstandes zur restriktiven Auslegung des Heimtückemerkmals und zu deren Verarbeitung im Prüfungsaufbau findet sich in unserer Kommentierung des Raubkopien-Falles (FAMOS Mai 2003).

tenden Opfers soll danach entfallen können, wenn es hätte argwöhnisch sein müssen, weil die Tötung im Rahmen einer noch andauernden, von ihm herbeigeführten Notwehrlage geschah. Daraus könnte gefolgert werden, dass auch demjenigen die Arglosigkeit fehlt, der seine Familie permanent brutal drangsaliert. Wie kann er „Arglosigkeit mit in den Schlaf nehmen“¹¹, wenn er doch mit verzweifelter Gegenwehr rechnen muss? Jedoch ist Vorsicht angebracht bei der Übertragung dieses Ansatzes aus der Raubkopien-Entscheidung. Zum einen hat sich der BGH darin nicht eindeutig zu einer normativen Einschränkung des Merkmals der Arglosigkeit bekannt.¹² Zum anderen hat er in der Entscheidung ausdrücklich eine zeitliche Grenze gezogen. Danach soll die Einschränkung nur für akute Angriffssituationen gelten. Die Tötung des Angreifers „zwischen einzelnen Angriffsakten“ in Zuständen der Dauergefahr soll danach „sehr wohl“ heimtückisch sein können.¹³

Es ist also zweifelhaft, ob bereits eine restriktive Auslegung des Heimtücke-Merkmals zur Vermeidung der lebenslangen Freiheitsstrafe zu führen vermag. Daher ist das Augenmerk auf die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu richten, die Literatur und Rechtsprechung in diesen Fallkonstellationen heranziehen.¹⁴

Zunächst ist an Notwehr gem. § 32 StGB zu denken. Jedoch wird man das Vorliegen eines gegenwärtigen Angriffs im Falle der Tötung eines schlafenden Opfers wohl verneinen müssen, mag dieses auch kurz zuvor einen Angriff auf Rechtsgüter des Täters ausgeführt haben. Der Vorschlag, den Anwendungsbereich von § 32 StGB auf Fälle der **Präventivnotwehr** auszudehnen,¹⁵ ist ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹⁶

Es folgt die Prüfung von § 34 StGB, dessen Zeitrahmen nach ganz h. M. weiter reicht. Die Gegenwartigkeit der Gefahr soll auch im Falle einer sog. **Dauergefahr**¹⁷ gegeben sein. Zweifellos stellt ein permanent gewalttätiger, unberechenbarer Familientyrann eine solche Dauergefahr dar. Gleichwohl kann dieser Rechtfertigungsgrund nicht zum Zuge kommen, weil § 34 StGB voraussetzt, dass das geschützte Interesse das verletzte wesentlich überwiegt, und eine Abwägung menschlichen Lebens sich verbietet.¹⁸ Erwogen wird eine Ausnahme für Fälle des **Defensivnotstandes**, also dann, wenn sich die Rettungshandlung gegen denjenigen richtet, der die Gefahr selbst herbeigeführt hat; in diesem Zusammenhang wird auch die Tötung des Familientyrannen diskutiert.¹⁹ Überwiegend wird diese Auffassung aber abgelehnt.²⁰

Auf der Ebene der Schuld kann für die aus Furcht handelnde Ehefrau eine Strafbefreiung nach § 33 StGB in Betracht gezogen werden. Teilweise wird nämlich die Auffassung vertre-

¹¹ So die geradezu klassische Formulierung; vgl. BGH NSTZ 1997, 491.

¹² Vgl. FAMOS Mai 2003 unter 3. und 5.

¹³ BGH NJW 2003, 1955, 1957.

¹⁴ Vgl. zum Meinungsstand *Rengier*, NSTZ 1984, 20, 21 ff.

¹⁵ Diese Meinung lässt in analoger Anwendung von § 32 StGB bereits einen zukünftigen Angriff genügen, wobei darauf abgestellt wird, ob der Verteidiger durch weiteres Zuwarten seine Verteidigungschancen erheblich verschlechtern würde (vgl. *Schmitt*, JuS 1967, 19, 24; *Krey*, ZStW 1978, 173, 188 f.).

¹⁶ Argumentiert wird mit dem eindeutigen Wortlaut von § 32 StGB, der das scharfe Schwert des Notwehrrechts auf zugespitzte Notsituationen beschränke. Durch die Anerkennung einer Präventivnotwehr würde man den Vorrang staatlicher Hilfe missachten und die in § 34 StGB für die Gefahrenabwehr festgelegte Voraussetzung der Güterabwägung umgehen. Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 15 Rn. 27; *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 329.

¹⁷ Unter „Dauergefahr“ wird ein gefahrdrohender Zustand von längerer Dauer verstanden, der jederzeit in eine Rechtsgutsbeeinträchtigung umschlagen kann, ohne aber die Möglichkeit auszuschließen, dass der Schadenseintritt noch auf sich warten lässt. Gegenwärtig ist eine Dauergefahr, wenn sie so dringend ist, dass sie nur durch unverzügliches Handeln wirksam abgewendet werden kann. Vgl. BGH NJW 1979, 2054; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 29, 74 f.; *Wessels / Beulke* (Fn. 16), Rn. 306.

¹⁸ Vgl. *Lackner / Kühl* (Fn. 9), § 34 Rn. 7; *Krey*, Strafrecht AT 1, 2001, Rn. 572.

¹⁹ Vgl. *Lackner / Kühl* (Fn. 9), § 34 Rn. 9; *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 8 Rn. 134 ff., jeweils m. w. N.

²⁰ Vgl. *Kühl* (Fn. 19), § 8 Rn. 138; *Roxin* (Fn. 16), § 16 Rn. 76.

ten, dass die Vorschrift auch bei **Überschreitung der zeitlichen Grenzen der Notwehr** (sog. extensiver Notwehrexzess) anwendbar sei.²¹ Allerdings müsste in tatsächlicher Hinsicht angenommen werden können, dass A mit einem unmittelbaren Erwachen und einem sofortigen Angriff des B rechnete, was zweifelhaft erscheint. Als weiterer Entschuldigungsgrund ist die **Notstandsregelung in § 35 Abs. 1 StGB** zu prüfen. Schwerpunktmäßig ist die Frage der **anderweitigen Abwendbarkeit der (Dauer-)Gefahr** zu erörtern. Inhaltlich geht es dabei um die Erforderlichkeit. Denkbare Alternativen für eine Gefahrabwendung sind die Scheidung, die Unterbringung in einem Frauenhaus und die Inanspruchnahme sonstiger gerichtlicher oder polizeilicher Hilfe. Wird die Erforderlichkeit bejaht, so verlangt das Gesetz ferner die Untersuchung einer etwaigen Zumutbarkeit der Gefahrenhinnahme.

Greift § 35 Abs. 1 StGB nicht ein, so ist noch die **Irrtumsregelung in Abs. 2** der Vorschrift in Betracht zu ziehen. Anknüpfungspunkte dafür bieten Angaben im Sachverhalt, wonach A ihre Situation als völlig ausweglos und die Tötung des Ehemannes als einzige Lösungsmöglichkeit ansah. Zu beachten ist allerdings, dass allein Fehlannahmen des Täters über entschuldigende Umstände, nicht hingegen rechtliche Fehlbeurteilungen erfasst werden. Ein unvermeidbarer umständebezogener Irrtum führt zum Schuldausschluss, während ein vermeidbarer Irrtum eine obligatorische Strafmilderung nach sich zieht.

Erst dann, wenn keiner der hier referierten Ansätze zu Verneinung der Strafbarkeit oder zu Milderung der Strafe führt, darf als letzte Karte²² die Rechtsfolgenlösung des BGH mit der bekannten Strafmaßverschiebung gezogen werden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Geister, die der Große Senat mit seiner legendären Entscheidung im Onkel-Fall auf den Plan rief, lassen sich offenbar nur schwer in die Flasche zurückbeordern. Zum wiederholten Male²³ muss der BGH eine Strafkammer darüber belehren, dass eine intensive rechtliche Auseinandersetzung mit gesetzlichen Strafausschließungs- und Strafmilderungsmöglichkeiten nicht durch eine vorgezogene Anwendung der Rechtsfolgenlösung umgangen werden darf. Das Landgericht sei zwar rechtlich zulässig von einem heimtückisch begangenen, nicht durch Notwehr gerechtfertigten Mord ausgegangen; es habe jedoch versäumt, die Möglichkeit eines entschuldigenden Notstandes oder zumindest der irrigen Annahme eines solchen zu erwägen.

Das holt der Senat ausführlich in geradezu schulmäßiger Prüfung nach. Nach der Bejahung einer gegenwärtigen Dauergefahr für die Angeklagte und ihre Kinder geht er näher auf die Frage einer anderweitigen Abwendbarkeit unter Berücksichtigung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten ein. Da das Landgericht insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, muss er es bei allgemeinen Ausführungen belassen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Tendenz der Entscheidung. In Anbetracht verschiedener Alternativen, wie Auszug aus dem gemeinsamen Haus, Übersiedlung in ein Frauenhaus und Inanspruchnahme behördlicher Hilfe, gelangt der BGH zu einer Einschätzung, die in Fällen dieser Art für Angeklagte eher ungünstig ist. Die von einem Familyentyrannen ausgehende Dauergefahr sei regelmäßig anders abwendbar als durch Tötung, „indem Hilfe Dritter, namentlich staatlicher Stellen in Anspruch genommen wird“.²⁴ Diese Tendenz wird verstärkt durch den Hinweis auf das jüngst in Kraft getretene **Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen**.²⁵ Angesichts der gesetzlichen Schutzmaßnahmen sei „zukünftig um so mehr“ eine anderweitige Abwendbarkeit der Dauergefahr für drangsalierte Familienangehörige anzunehmen.²⁶

²¹ Die h. M. spricht sich dagegen aus; vgl. die Darstellung dieses Meinungsstreits bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 10. Aufl. 2001, S. 72 ff.

²² Juristisch: ultima ratio.

²³ Zuvor BGH NJW 1983, 2456; NSTZ 1984, 20; NSTZ 1995, 231.

²⁴ BGH NJW 2003, 2464, 2467.

²⁵ Gesetz vom 11. 12. 2001 (BGBl I, 3513).

²⁶ BGH NJW 2003, 2464, 2467.

Dagegen hält der Senat es für denkbar, dass die Irrtumsregelung nach § 35 Abs. 2 StGB eingreift, weil die Angeklagte von dem Gedanken an die Aussichtslosigkeit ihrer Situation beherrscht gewesen sei. Hinsichtlich der Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums betont der BGH noch, dass umso strengere Anforderungen an die Prüfungspflicht zu stellen seien, je schwerwiegender die begangene Tat sei. Die Strafmilderung im Falle der Vermeidbarkeit gehe, so der letzte Hinweis, der außerordentlichen Strafmilderung der Rechtsfolgenlösung vor. Man wird dementsprechend annehmen dürfen, dass diese Lösung auch in der Neuverhandlung der Sache nicht bemüht zu werden braucht.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Ermahnung der Tatgerichte durch den BGH sollten sich auch Studierende zu Herzen nehmen. So lobenswert es ist, wenn man die Rechtsfolgenlösung kennt, und so sehr es dazu drängt, dieses Wissen in einer Fallbearbeitung zu präsentieren, – diese Karte (wir wiederholen das Bild) darf erst ganz zum Schluss gezogen werden. Das bedeutet, dass auch vorher eingreifende Strafzumessungslösungen zu beachten sind, so diejenige des vermeidbaren Irrtums nach § 35 Abs. 2 Satz 2 StGB.

Ohnehin gilt ja, dass **die übliche Fragestellung nach der Strafbarkeit der Beteiligten nicht wörtlich genommen werden darf**. Es wird nämlich gleichwohl erwartet, dass bestimmte Strafzumessungsbereiche angesprochen werden, etwa die Konkurrenzen oder die Regelbeispiele. Gleiches gilt für die Rechtsfolgenlösung. Dementsprechend müssen auch Strafzumessungsgründe erörtert werden, die Vorrang vor dieser Lösung haben.

Noch ein Wort zur praktischen Bedeutung der Entscheidung. Gelegentlich findet sich der Hinweis, dass die Rechtsfolgenlösung praktisch ohne große Bedeutung geblieben sei.²⁷ Wer die Praxis kennt, wird diese Annahme bezweifeln. Sichtbar werden Entscheidungen dieser Art erst dann, wenn sie in die Revision gehen. Dazu wird es in aller Regel nicht kommen, weil zumeist eine moderate Strafe gefunden wird, die angesichts der Schrecklichkeit des Vorgeschehens allen Verfahrensbeteiligten angemessen erscheint. Dass die vorliegende Sache zum BGH gelangte, dürfte mit dem Fehlgriff der Strafkammer zusammenhängen, die – völlig unverständlich – eine Freiheitsstrafe von neun Jahren verhängt hat.

Praktisch wichtig für den künftigen Umgang mit Fällen dieser Art ist die **Einbeziehung des neuen Gewaltschutzgesetzes** in die Argumentation. Das führt zu einer noch weitergehenden Einschränkung sowohl der Erforderlichkeit nach § 35 Abs. 1 StGB als auch der Unvermeidbarkeit des Irrtums nach § 35 Abs. 2 StGB. Der gesetzlich in Aussicht gestellte Schutz hat die Reduktion von Straflosigkeits- und Strafmilderungsgründen zur Kehrseite.

5. Kritik

Die nachdrückliche Aufforderung an die Tatgerichte, von der Rechtsfolgenlösung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen, ist zu begrüßen, weil sie im geltenden Recht nur schwach verankert ist.²⁸

Die Entscheidung regt zu einem erneuten Nachdenken über den Ansatz zu einer Normativierung des Merkmals der Arglosigkeit im Raubkopien-Fall an. Warum soll dieser zunächst für Notwehrfälle entwickelte Ansatz nicht auf Fälle der Dauergefahr jedenfalls unter den Voraussetzungen des defensiven Notstandes anwendbar sein?²⁹ Anerkannt ist, dass nach § 34 StGB weitergehende Eingriffe gegenüber demjenigen zulässig sind, von dem die Gefahr ausgeht, als gegenüber einem unbeteiligten Dritten.³⁰ Teilweise wird sogar die Tötung einer gefahrverursachenden Person im Defensivnotstand für zulässig gehalten.³¹ Damit verträgt es sich schlecht, wenn gleichwohl einem permanent gewalttätigen Familientyrannen der erhöhte

²⁷ Z. B. Rengier, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2002, § 4 Rn. 39.

²⁸ Eingehend zu den Begründungsschwächen Krey, Strafrecht BT I, 12. Aufl. 2002, Rn. 67 ff.

²⁹ Vgl. auch Schneider, NSTZ 2003, 425, 430 f.

³⁰ Vgl. Roxin (Fn. 16), § 16 Rn. 63 ff.

³¹ Vgl. oben 2. sowie Byrd in: Bottke (Hrsg.), Familie als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften, 1994, S. 117, 125.

Schutz der Strafandrohung des Mordtatbestandes zugute kommen soll, nur weil er glaubt, sein Terroropfer werde es nicht wagen, sich zu wehren.

Unbehagen löst die Entscheidung im Hinblick auf die Stellungnahme zur anderweitigen Abwendbarkeit der Notstandsgefahr aus. Allzu pauschal ist der Hinweis des BGH auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe. Zu Recht wird geltend gemacht, dass mangels Effizienz diese Hilfe allzu oft bei derartigen Familientragödien „graue Theorie“³² sei. Ähnliches gilt für das neue Gewaltschutzgesetz, das als bloßes Gesetz niemandem hilft; es muss seine Wirksamkeit erst noch unter Beweis stellen. Juristinnen und Juristen neigen dazu, die Wirksamkeit des Rechts zu überschätzen. Man bewahre sich den Blick für die Wirklichkeit! Nur die Inanspruchnahme wirksamen Schutzes kann drangsalierten Personen, die aus der Not heraus zu Tätern geworden sind, als Handlungsalternative vorgehalten werden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Ulrike Müller und Mario Piel zugrunde.)

³² Spendel, StV 1984, 45, 47.

FAMOS

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

November 2003

Trennungs - Fall

Unterlassungsstrafbarkeit / Garantenpflicht unter Ehegatten / Verhältnis von Strafrecht und Familienrecht

§§ 13, 27, 223 StGB, 1353, 1565, 1566 BGB

Leitsatz des Gerichts:

Die strafrechtliche Garantenpflicht unter Eheleuten endet, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - 3 StR 153/03, abgedruckt in NJW 2003, 3212

1. Sachverhalt¹

Frau A hat sich vor vier Wochen von ihrem Ehemann B getrennt und einem anderen Mann zugewandt. Sie erfährt, dass C einen körperlichen Angriff auf B plant, weil dieser ihn wegen eines Diebstahls bei der Polizei angezeigt hat. Weder warnt sie B, noch bemüht sie sich, C von seiner Tat abzuhalten. Dieser würgt B kurz darauf bis an die Grenze zur Bewusstlosigkeit und schlägt ihm mit der Faust in den Magen. – Strafbarkeit der A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der BGH erwägt allein eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen zu der von C begangenen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 27, 13 StGB. Täterschaft durch Unterlassen zieht er nicht in Betracht. Das verwundert zunächst; ist doch die Rollenzuteilung in derartigen Fällen außerordentlich umstritten.² Im Ergebnis wird man dem BGH jedoch zustimmen können. Denn weder in objektiver Hinsicht (Teilhabe an der Tatherrschaft durch Einwirkungsmöglichkeiten) noch in subjektiver Hinsicht (Interesse am Taterfolg) hat der Unterlassungsbeitrag der A zur Tat das Gewicht täterschaftlichen Verhaltens.

Der vom BGH gewählte Prüfungsansatz scheitert auch nicht daran, dass unklar ist, ob B tatsächlich vor Körperschäden bewahrt geblieben wäre, wenn A eingegriffen hätte. Dass ein Tätigwerden den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, ist nach überwiegender Ansicht³ nicht erforderlich. Diese lässt im Falle der Beihilfe durch Tun das bloße Fördern der Haupttat ausreichen und begnügt sich dementsprechend beim Unterlassen damit, dass das geforderte Verhalten den Erfolgseintritt erschwert hätte. Das dürfte hier zu bejahen sein.

¹ Die Fallschilderung beschränkt sich auf den Teil des Sachverhalts der Entscheidung, der für die Besprechung des Kernproblems wesentlich ist.

² Übersichtliche Darstellung bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, S. 138 ff.

³ Vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 27 Rn. 2 m. w. N.

Die ganze Aufmerksamkeit des BGH gilt dem Merkmal der Garantenstellung und speziell der Frage, ob sich eine Beschränkung der Garantenstellung der A als Ehefrau daraus ergibt, dass sie sich vier Wochen zuvor von ihrem Ehemann getrennt hatte und zu einem anderen Mann gezogen war. Mit den Auswirkungen des Getrenntlebens auf eheliche Garantenpflichten musste sich der BGH erstmals befassen.

In der Literatur werden unterschiedliche Meinungen dazu vertreten. Den gemeinsamen Ausgangspunkt bildet die Annahme, dass die **Ehe**, solange sie intakt ist, **geradezu idealtypisch die Voraussetzungen für eine Garantenstellung mit der Verpflichtung zu gegenseitigem Schutz (Beschützergarantenpflicht⁴) erfüllt**. Sie ist nicht nur ihrer Natur nach auf Beistand angelegt, sondern zudem in dieser Hinsicht **rechtlich in §§ 1353 ff. BGB verankert**, was der gesetzlichen Anforderung in § 13 Abs. 1 StGB entspricht. Trennen sich die Ehepartner, so entfernt sich die Realität von dem im Gesetz angelegten und durch Rechtsprechung und Lehre fortentwickelten Bild der Ehe⁵. Welche Konsequenzen sich daraus für die Garantenstellung ergeben, ist ein strafrechtliches Problem besonderer Art. Denn es schließt die allgemeine **Frage ein, ob und in welchem Umfang das Strafrecht an familienrechtliche Vorgaben gebunden ist**.

Das strafrechtliche Meinungsspektrum lässt sich gut überblicken, wenn man auf die Unterschiede in der Beantwortung dieser Frage achtet. Ein Meinungslager spricht sich für eine Orientierung am Familienrecht aus. Diese fällt inhaltlich aber unterschiedlich aus. Man kann zwischen einer **abstrakten und einer konkreten familienrechtlichen Ausrichtung** unterscheiden. Dem steht ein **vom Familienrecht unabhängiger Ansatz** gegenüber, der das Vorhandensein einer Garantenstellung allein nach strafrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt.

Für den **abstrakten familienrechtlichen Ansatz** gibt allein schon die rechtliche Existenz einer Ehe den Ausschlag. Ehegatten seien nach § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Daraus resultiere die Pflicht, füreinander Verantwortung zu tragen und den anderen vor Schaden zu bewahren. Ob die Gemeinschaft tatsächlich praktiziert werde, sei für das Bestehen einer Garantenpflicht an sich ohne Belang.⁶ Allenfalls könne sich das Fehlen einer tatsächlichen Lebensgemeinschaft in der Weise auswirken, dass sich die Schutzpflicht auf die elementaren Rechtsgüter Leben, Leib und Freiheit beschränke.⁷

Dieser Ansatz ist insofern abstrakt, als er allein den Bestand der Ehe als solcher zur Grundlage einer Garantenstellung macht. Unberücksichtigt bleibt die konkrete (familien)rechtliche Ausgestaltung, zu der das Recht zur Trennung⁸ und die Möglichkeit der Scheidung gehören. Auch ist die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Verhältnisse aus dieser

⁴ Der Begriff gehört zu einem Systematisierungsansatz, der Garantenstellungen nach ihrer inhaltlichen Ausrichtung unterscheidet: Während der Beschützergarant das ihm anvertraute Rechtsgut vor Gefahren schützen soll, hat der Überwachungsgarant Sorge dafür zu tragen, dass andere Rechtsgüter durch eine Gefahrenquelle, für die er verantwortlich ist, keinen Schaden nehmen (vgl. z. B. *Haft*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1998, S. 183 ff. mit Grafik S. 185). Die Leistungsfähigkeit dieser „modernen Lehre“ (*Haft*, a.a.O., S. 183) sollte nicht überschätzt werden. Zwar liefert sie ein einfaches und übersichtliches Schema; zur Lösung des Kernproblems einer rechtlichen Fundierung von Garantenstellungen trägt sie jedoch nichts bei.

⁵ Das Bild leitet sich ab aus dem Institut „Ehe“ in Art. 6 Abs. 1 GG und der Generalklausel des § 1353 Abs. 1 BGB. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist geprägt von einer Vielzahl von Pflichten, deren konkrete Ausgestaltung aus dem Spannungsverhältnis zwischen Ehegattenautonomie und sog. ehelichen Grundpflichten hervorgeht, die nach h. M. der Disposition der Ehepartner entzogen sind; vgl. *Berger*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl. 2003, § 1353 Rn. 2.

⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 29. Abschnitt Rn. 64; *Jescheck*, in: *LK*, StGB, 11. Aufl. 1993, § 13 Rn. 23; *Krey*, Deutsches Strafrecht AT 2, 2002, Rn. 335; *Geilen*, *FamRZ* 1961, 147, 148; *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 214 u. 217; *Meurer/Dietmeier*, *JuS* 2001, L 36, L 38; wohl auch *Kindhäuser*, *StGB*, 2002, § 13 Rn. 52.

⁷ Vgl. *Jescheck* (Fn. 6), § 13 Rn. 23, der dies in Bezug auf das Fehlen einer „effektiven Hausgemeinschaft“ annimmt, wobei er diese in erster Linie rein räumlich zu verstehen scheint.

⁸ Entfällt nach § 1353 Abs. 2 BGB die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, so ergibt sich daraus das Recht, getrennt zu leben.

Sicht bedeutungslos. **Die Garantenstellung hat danach das Institut der Ehe zur Grundlage, welches nicht von individuellen Dispositionen und tatsächlichen Gegebenheiten abhängt.**⁹

Mit Begründungen hält sich diese Auffassung zurück. Die ausführlichsten Auskünfte erhält man noch in dem Lehrbuch von Welzel¹⁰, das 1969 in letzter Auflage erschienen ist. Der Autor hält es für bedenklich, unter Anknüpfung an die Garantenstellung aus enger (tatsächlicher) Lebensbeziehung die rechtlichen Pflichten aus der Ehe von deren tatsächlichem Zustand abhängig zu machen. Die Garantenstellung aus enger Lebensgemeinschaft sei eingeführt worden, um gesetzliche Lücken zu schließen;¹¹ es sei paradox, daraus nun eine Einschränkung gesetzlich anerkannter Garantenstellungen abzuleiten. Die gesetzliche Pflicht zur Lebensgemeinschaft gelte für jede Ehe ohne Ansehen ihrer Qualität. Selbst in einer „schlechten“ Ehe sei man zu gegenseitigem Beistand verpflichtet.¹² Auch eine Trennung ändere daran nichts. Immerhin seien die Ehegatten nach wie vor verheiratet. Ohnehin könne keine klare Grenze zwischen einer noch passablen und einer gescheiterten Beziehung gezogen werden.¹³ Ein mögliches „materiales Defizit“¹⁴ lasse sich notfalls über das Regulativ der Zumutbarkeit¹⁵ oder im Wege der Strafmilderung¹⁶ ausgleichen.

Anhänger der **konkreten familienrechtlichen Auffassung**¹⁷ halten zwar auch § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich zur Begründung einer Garantenpflicht für ausreichend. Zur Bestimmung der Reichweite beziehen sie aber **§ 1353 Abs. 2 BGB** ein, wonach die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft entfällt, wenn die Ehe gescheitert ist. Daraus leiten sie ab, dass in dieser Konstellation die nur noch formale eheliche Beziehung nicht als Grundlage für eine Unterlassungsstrafbarkeit ausreiche.¹⁸ Mithilfe dieser gesetzlichen Vorgabe wird also versucht, zwischen der zwar schlechten, aber noch verpflichtenden und der gescheiterten und damit strafrechtlich unverbindlichen Ehe abzugrenzen. Dabei kann an § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB angeknüpft werden. Danach ist eine Ehe gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr vorhanden ist und auch nicht erwartet werden kann, dass sie wiederhergestellt wird. **Ob eine Garantenpflicht besteht, richtet sich damit nach familienrechtlichen Regeln, welche die konkrete eheliche Situation betreffen.**

Die **vom Familienrecht unabhängige, rein strafrechtlich ausgerichtete Auffassung** betrachtet die gesetzliche Verpflichtung aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB als eine allein familienrechtlich zu verstehende Aufforderung an die Ehegatten, den gesetzlichen Idealzustand (wieder) herzustellen. Eine strafrechtliche Garantenstellung könne darauf nicht gestützt werden. Andernfalls werde mit strafrechtlichen Mitteln durchgesetzt, was sich zivilrechtlich gerade nicht erzwingen lasse,¹⁹ nämlich die Herstellung einer zu Schutz und Fürsorge verpflicht-

⁹ Kindhäuser (Fn. 6), § 13 Rn. 52; vgl. auch Jakobs (Fn. 6), 29. Abschnitt Rn. 63 u. 125.

¹⁰ Welzel (Fn. 6), S. 217.

¹¹ Vgl. zur Entwicklung der Fallgruppe der „engen Lebens- und Gefahrgemeinschaften“ BGHSt 19, 167, 168 f.

¹² Vgl. auch Joecks, StGB, 4. Aufl. 2003, § 13 Rn. 26; Kindhäuser (Fn. 6), § 13 Rn. 56.

¹³ So auch Krey (Fn. 6) Rn. 335, der von kaum lösbaaren Abgrenzungsproblemen zwischen „intakten“ und sonstigen Ehen spricht.

¹⁴ So Jakobs (Fn. 6), 29. Abschnitt Rn. 64.

¹⁵ So sind wohl Hauf, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2001, S. 68, der als Beispiel verfeindete Geschwister nennt, und Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 13 Rn. 19, mit dem Beispiel verfeindeter Angehöriger zu verstehen.

¹⁶ Jescheck (Fn. 6), § 13 Rn. 23; Jakobs (Fn. 6), 29. Abschnitt Rn. 64 u. 125.

¹⁷ Dazu sind Stree (Fn. 15), § 13 Rn. 19; Seelmann, in: NK, StGB, § 13 Rn. 136; und Hauf (Fn. 15), S. 68; zu zählen. Auch in einer frühen BGH-Entscheidung (BGHSt 2, 150, 153 f.) wird angedeutet, dass das Getrenntleben der Annahme einer Garantenstellung entgegenstehen kann. Abschließend musste der BGH dazu jedoch nicht Stellung nehmen, weil im konkreten Fall weiterhin eine häusliche Gemeinschaft bestand.

¹⁸ Stree (Fn. 15), § 13 Rn. 19.

¹⁹ Zwar ist eine (Leistungs-) Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft möglich; da die Verpflichtung jedoch höchstpersönlicher Natur ist, kann ein Urteil gem. § 888 Abs. 3 ZPO nicht vollstreckt werden.

tenden ehelichen Lebensgemeinschaft.²⁰ Daraus ergebe sich ein Zwang, der mit dem Recht der Ehegatten aus Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar sei, ihre eheliche Beziehung autonom zu gestalten, also auch getrennt zu leben und auf gegenseitigen Beistand zu verzichten.²¹ Ein weiteres Argument liefert der Vergleich mit der Garantienpflicht aus Vertrag. Dort sei man sich darüber einig, dass die bloße vertragliche Verpflichtung zur Begründung einer Garantienstellung nicht ausreiche, sondern eine tatsächliche Übernahme von Verantwortung erforderlich sei. Gleiches müsse für das Rechtsverhältnis der Ehe gelten.²² Das Fazit lautet nach dieser Auffassung also: **Die strafrechtliche Verpflichtung, für den anderen einzustehen, lässt sich ausschließlich aus einem tatsächlich bestehenden gegenseitigen Vertrauensverhältnis herleiten.**²³

Dieser Auffassung wird entgegengehalten, dass sie die eheliche Garantienpflicht praktisch abschaffe. Die Strafverfolgung aus Anlass der Untätigkeit eines Ehegatten müsse sogleich wieder eingestellt werden, weil dieses Verhalten das Fehlen der Vertrauensbeziehung belege, die für eine Garantienstellung gefordert werde.²⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH schließt sich im Ergebnis dem konkreten familienrechtlichen Ansatz an. Seine Argumentation geht von § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Es gebe keinen Grund, warum die dort rechtlich verankerte Verantwortung der Ehegatten füreinander nicht auch für die strafrechtliche Betrachtung gelten solle. Allerdings „würde es eine nicht zu rechtfertigende Überdehnung der strafrechtlichen Beistandspflicht unter Eheleuten bedeuten, wollte man annehmen, dass diese erst mit dem Ende der Ehe, ggf. also erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils endet“²⁵. Geschildert werden Szenarien ehelichen Getrenntlebens, in denen es lebensfremd wäre zu erwarten, dass die Partner sich gegenseitig Schutz gewähren, während es an der Vertrauensbasis dafür fehlt.

Anschließend lenkt der BGH den Blick auf die „gesetzlichen Regelungen, aus denen sich Beschränkungen der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben“²⁶. Damit sind §§ 1353 Abs. 2, 1565 Abs. 1 und 1566 BGB gemeint. In Bezug auf den konkreten Fall hebt er hervor, dass die einjährige einvernehmliche Trennung gem. § 1566 Abs. 1 BGB als Kriterium für das Scheitern nur eine (unwiderlegbare) Vermutung sei. Somit sei nicht ausgeschlossen, dass die Ehe schon vor Ablauf dieses Jahres – also auch im Falle einer nur vierwöchigen Trennung – für gescheitert erklärt werden könne. Es komme familienrechtlich und damit auch strafrechtlich allein darauf an, ob „sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen“²⁷. Im vorliegenden Fall müsse dementsprechend noch geklärt werden, ob dem Auszug der A vier Wochen zuvor der ernsthafte Entschluss zugrunde gelegen habe, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr fortzusetzen.²⁸ Das bleibt dem Landgericht überlassen, an das zurückverwiesen wurde.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Was die Ausbildung betrifft, so lehrt die Entscheidung vor allem das eine: Manchmal reichen strafrechtliche Kenntnisse für die Lösung eines Strafrechtsfalles nicht aus. Ohne familien-

²⁰ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 32 Rn. 45.

²¹ Vgl. dazu *Blei*, Prüfe dein Wissen Strafrecht AT, 12. Aufl. 1996, Fall 197.

²² *Rudolphi* in: SK- StGB, § 13 Rn. 50.

²³ *Rudolphi* (Fn. 22), 13 Rn. 50; *Roxin* (Fn. 20), § 32 Rn. 45; *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 18 Rn. 58; *Blei* (Fn. 21), Fall 197; *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 39.

²⁴ *Geilen*, FamRZ 1961, 147, 149.

²⁵ BGH NJW 2003, 3212, 3214.

²⁶ BGH NJW 2003, 3212, 3214.

²⁷ BGH NJW 2003, 3212, 3214.

²⁸ Für die Feststellung, dass die Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht, genügt es, wenn auch nur einer der Ehegatten nicht mehr willens oder fähig ist, mit dem anderen ein eheliches Leben zu führen.

rechtliches Grundwissen ist dieser Fall nicht sachgerecht zu bearbeiten. Damit unsere Leser bei Aufgabenstellungen dieser Art vor Überraschungen sicher sind, wollen wir noch einmal die **wichtigsten familienrechtlichen Bezüge** zusammenfassen, die der BGH in seiner Entscheidung hergestellt hat.

Wissen sollte man, dass sich die §§ 1353 ff. BGB mit den Wirkungen der Ehe befassen, während die §§ 1564 ff. BGB die Scheidungsvoraussetzungen regeln. Die strafrechtliche Garantenstellung knüpft an die familienrechtliche Pflicht der Ehegatten zu gegenseitigem Beistand an und ist damit eine Folge der in § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft. Zu klären ist die Frage, welche Auswirkungen das Scheitern dieser Gemeinschaft auf die Wirkungen der Ehe und damit auch auf die Verpflichtungen hat, die sich aus der Ehe ergeben. Mit dem Thema „Scheidung“ hat dies zunächst nichts zu tun.

Dass die §§ 1564 ff. BGB dennoch zur Sprache kommen, liegt allein daran, dass sich nur mit Hilfe des § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB klären lässt, ob § 1353 Abs. 2 BGB eingreift. Diese Vorschrift liefert uns die Antwort auf unsere Frage. Sie entbindet die Ehegatten im Falle des Scheiterns ihrer Beziehung von ihren Verpflichtungen aus der Ehe als Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft. Die Ehe wird also mehr oder weniger auf eine bloße formalrechtliche Verbindung reduziert. Wann eine Ehe gescheitert ist, sagt § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB, nämlich dann, wenn die Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und eine Wiederherstellung auch nicht zu erwarten ist. Die Prüfung wird erleichtert durch die Beweisregeln in § 1566 Abs. 1 und 2 BGB. Kann auf sie nicht zurückgegriffen werden, so muss ganz unmittelbar auf die Voraussetzungen des § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB eingegangen werden. Das heißt für unseren Fall: Da A und B nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft lebten, ist noch der Frage nachzugehen, ob A sich endgültig von B trennen wollte, also nicht den Willen hatte, die Lebensgemeinschaft wiederherzustellen.

Die Notwendigkeit fächerübergreifenden Denkens wird auch die Praxis vor Probleme stellen. Strafrechtspraktiker werden einige Mühe haben, in die familienrechtliche Zusammenhänge hineinzufinden. Zusätzlich haben sie noch mit **Divergenzen in Beweisfragen** zu kämpfen. Zwar gilt im familienrechtlichen Prozess gleichermaßen wie im Strafprozess der Untersuchungsgrundsatz.²⁹ Doch sieht § 616 Abs. 2 ZPO eine Modifikation vor, aus der sich ergibt, dass die Aufrechterhaltung der Ehe Präferenz hat. Demgegenüber müsste im Strafverfahren nach der Beweisregel „in dubio pro reo“ eher zugunsten des Scheiterns der Ehe entschieden werden, weil Angeklagte dadurch vom Vorwurf der Verletzung einer Garantenpflicht entlastet werden.

5. Kritik

Die Entscheidung ist unter dem Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ zu begrüßen. Sie sorgt dafür, dass mit identischen Kriterien das Scheitern der Ehe und die Beendigung ehelicher Garantenpflichten geprüft wird. Ferner trägt der BGH mit der Ablehnung des abstrakten familienrechtlichen Ansatzes, der an einem konservativen Bild der Ehe festhält, modernen gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung. Die Ablehnung des vom Familienrecht unabhängigen Ansatzes sorgt wiederum dafür, dass die Ehe nicht jeder beliebigen Lebensgemeinschaft gleichgesetzt wird, was den Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 GG widersprechen würde. Im Ergebnis wird es freilich, wie der BGH selbst sagt,³⁰ vielfach zu Lösungen kommen, die mit diesem Ansatz übereinstimmen.

Bei aller Zustimmung sollte man aber nicht den Verlust an Rechtssicherheit übersehen, zu dem der konkrete Prüfungsansatz des BGH führt. Er selbst macht darauf aufmerksam, dass Eheleute sich aus ganz unterschiedlichen Gründen trennen können. Denkbar ist, dass sie nur prüfen wollen, ob ihre Beziehung noch eine Chance hat. Denkbar ist aber auch, dass die Gemeinschaft endgültig aufgehoben wird. Oft wissen beide selbst gar nicht genau, wie es weitergehen soll. Und es ist gerade der Sinn des Trennungsjahres als Scheidungsvorausset-

²⁹ § 616 Abs. 1 ZPO, bzw. § 244 Abs. 2 StPO.

³⁰ BGH NJW 2003, S. 3212, 3214.

zung, dass die Partner herausfinden sollen, ob sie sich wirklich endgültig trennen wollen. Die Regelung dient zum einen dem Schutz der Ehe, berücksichtigt aber gleichzeitig auch die Unwägbarkeiten von Trennungskonflikten, die nicht selten von einem sprunghaften Wechsel zwischen Nähe und emotionaler Distanz geprägt sind. So ist es nicht ungewöhnlich, wenn der Partner, der sich heute endgültig vom anderen trennen will, zwei Wochen später mit diesem wieder glücklich vereint ist. Soll die Garantenstellung von diesem Wechselbad der Gefühle abhängen, die zudem bei den Partnern regelmäßig auch noch ganz unterschiedlich ausgeprägt sind? Zu befürchten ist zugleich eine Überforderung der Gerichte mit der Aufgabe, entsprechende Feststellungen zu treffen.

Eine Lösungsalternative, die für mehr Rechtssicherheit sorgt, ist freilich nicht in Sicht. Es ist nicht zu vermeiden, dass die Unsicherheit in der Gesellschaft über die Dauerhaftigkeit und die Bindungswirkung einer Ehe auch die Bestimmung der Reichweite ehelicher Garantenpflichten beeinflusst. Immerhin sorgt die Verkoppelung mit dem aktuellen Stand des Familienrechts dafür, dass das Strafrecht der Entwicklung nicht hinterherhinkt oder vorausseilt.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nicola Pridik zugrunde.)

FAMOS

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

Dezember 2003

Kolumbien - Fall

Vermeintliche Mittäterschaft / Untauglicher Versuch / Unmittelbares Ansetzen zur Einfuhr von Betäubungsmitteln

§§ 22, 23, 25 Abs. 2 StGB, 30 Abs. 1 Nr. 4, 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Leitsatz der Verf.:

Die Ausführungshandlung eines nur vermeintlichen Mittäters ist den anderen als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung nach § 22 StGB zurechenbar, wenn sie nach ihrer Vorstellung zur Tatbestandserfüllung führen soll und nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte.

BGH 4 StR 108/03 – Beschluss vom 6. Mai 2003, veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de

1. Sachverhalt¹

A und B wollen per Post drei Kilogramm Kokain aus Kolumbien nach Deutschland einführen. A verhandelt in Kolumbien mit C, der verspricht, das Rauschgift in Filmrollen zu verstecken und diese in einem Paket nach Deutschland an die von A angegebene Adresse zu schicken. Dort soll B das Paket abholen. Tatsächlich gibt C bei der Post in Kolumbien ein Paket mit Filmrollen auf. Das versprochene Kokain hat er darin jedoch nicht verpackt.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die tatbestandliche Einkleidung durch das Betäubungsmittelstrafrecht ist ungewohnt, das Problem hingegen bekannt. Es zeigt sich allerdings noch nicht, wenn man eine Strafbarkeit von A und B wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG prüft. Insoweit ist ohne weiteres eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat zu bejahen. Denn Handel treibt auch, wer nicht in den Besitz des Rauschgifts gelangt.²

Zugleich könnten die verhinderten Dealer sich aber noch wegen versuchter Einfuhr von Betäubungsmitteln gemäß §§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Die Rechtsprechung sieht die Schwelle von der bloßen Vorbereitung zum strafbaren Einfuhrversuch dann überschritten, wenn das Rauschgift im Ausland bei der Post aufgegeben wird.³ Hier wurde ein Paket auf den Weg gebracht.

¹ Von diesem Sachverhalt ist das Gericht nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ausgegangen.

² Vgl. Körner, BtMG, 5. Aufl. 2001, § 29 a Rn. 30 f.

³ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 18 m. w. N.

Jedoch ein Paket ohne Rauschgift. Was A und B nicht wussten. Kann ihre Vorstellung sie in Verbindung mit der objektiven Versendungshandlung des C zu Mittätern an einem Einfuhrversuch machen?

Dasselbe in abstrakter Fassung: **Kann das Handeln eines vermeintlichen Mittäters anderen Beteiligten, die lediglich vorbereitend tätig geworden sind, als unmittelbares Ansetzen zu einem Versuch zugerechnet werden?**

Wer jetzt ein (möglichst doppeltes) Déjà-vu-Erlebnis hat, ist auf der richtigen Spur. Im skurrilen **Münzhändler-Fall** hat sich der BGH schon einmal damit befasst.⁴ Dabei ging es um folgenden Sachverhalt. Der von seinem Komplizen getäuschte Täter raubt einen Münzhändler in der irrigen Vorstellung aus, dieser spiele mit, um seine Versicherung zu betrügen. Zu entscheiden war, ob die Schadensmeldung des Münzhändlers bei der Versicherung als ein unmittelbares Ansetzen zu einem mittäterschaftlich begangenen Betrugsversuch des Täters angesehen werden kann.

Kurz zuvor war ein anderer Senat des BGH im **Türklingel-Fall** mit einer ähnlichen Fallkonstellation befasst gewesen.⁵ Von zwei Raubtätern hält sich einer im Hintergrund, während der andere an der Haustür des Opfers klingelt. Nach dem vor einiger Zeit gefassten Plan sollte das Klingeln das Startzeichen für den Überfall sein. Der Täter an der Tür hat sich jedoch in der Zwischenzeit der Polizei offenbart und arbeitet mit ihr zusammen. Das Klingeln ist jetzt ein Zeichen für die Polizei, damit sie den Täter im Hintergrund ergreifen kann. Dieser glaubt aber nach wie vor, dass mit dem Klingeln plangemäß zur Tat geschritten wird.

Der im Türklingel-Fall zuständige 2. Senat verneinte eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen Raubversuchs. Dagegen nahm der 4. Senat im Münzhändler-Fall einen Betrugsversuch an. – Im Folgenden sollen Schritt für Schritt die dafür maßgeblichen Argumentationsansätze aufgezeigt werden.

Schritt 1. Lassen wir zunächst die Täuschungsmanöver und Irrtümer außer Acht und fragen wir allgemein danach, wann bei der Mittäterschaft, die durch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken gekennzeichnet ist, die Schwelle zur Versuchsstrafbarkeit überschritten wird. Rechtsprechung und h. L. folgen der **Gesamtlösung**.⁶ Danach genügt es, dass ein Mittäter im Rahmen des gemeinsamen Tatplans zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands unmittelbar ansetzt. Andere Mittäter, die selbst nur vorbereitend tätig gewesen sind, müssen sich seine Handlung zurechnen lassen.

Schritt 2. Dieser Ansatz muss mit der allgemeinen Grenzziehung zwischen bloßer Vorbereitungshandlung und dem Eintritt in das Versuchsstadium zusammengebracht werden. Praktisch durchgesetzt hat sich ein Vorgehen im Sinne einer **gemischt subjektiv-objektiven Theorie**.⁷ Das von § 22 StGB geforderte unmittelbare Ansetzen ist danach gegeben, wenn der Handelnde subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschreitet und objektiv solche Handlungen vornimmt, die im Falle des ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden.⁸

Schritt 3. Zusätzlich müssen wir jetzt denjenigen Versuch ins Auge fassen, der gar nicht zur Vollendung gelangen kann, was der Täter verkennt. Für diesen **untaugli-**

⁴ BGHSt 40, 299.

⁵ BGHSt 39, 236.

⁶ BGHSt 36, 249, 250; 39, 236, 237 f.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Auflage 2003, Rn 611; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage 2001, § 22, Rn. 55, jeweils m.w.N.; auf den Gegenstandspunkt, die sog. Einzellösung, werden wir unter 4. eingehen.

⁷ Vgl. dazu sowie zu sonstigen Abgrenzungstheorien *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 599 – 601.

⁸ BGHSt 26, 201, 202 ff.; 37, 294, 297 f.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Auflage 2003, § 22 Rn. 11.

chen Versuch, der grundsätzlich strafbar ist,⁹ gilt an sich auch die eben genannte Abgrenzungsformel. Sie muss allerdings betont subjektiv gehandhabt werden, weil die Tat allein nach der Tätervorstellung vollendbar ist.¹⁰

Schritt 4. Nunmehr ist alles im Hinblick auf die spezielle Fallkonstellation miteinander zu verbinden. Wir haben es mit einem mittäterschaftlichen Geschehen zu tun, das nicht zur Vollendung gelangen kann, weil ein Beteiligter kein Mittäter sein will, was den anderen verborgen bleibt. Gerade dieser Beteiligte ist es aber, der eine Handlung ausführt, die – nach der Gesamtlösung – als unmittelbares Ansetzen bewertet werden kann, sofern man akzeptiert, dass die subjektive Komponente nicht beim Handelnden selbst, wohl aber bei den anderen vorhanden ist. Diese sehen einen wirksamen Tatbeitrag in einem Verhalten, das der Ausführende gerade nicht als Tatbeitrag verstanden wissen will.

Die dogmatische Figur, die sich darin abzeichnet, setzt sich aus dem untauglichen Versuch und der Mittäterschaft zusammen. Für die Frage des unmittelbaren Ansetzens ist maßgeblich, wo der Akzent gesetzt wird.

Eine Auffassung setzt den **Akzent beim Strafgrund des untauglichen Versuchs**. Die Strafbarkeit dessen, der irrig von der Mittäterschaft des anderen ausgeht, wird mit dem Gesichtspunkt seiner **Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung** begründet.¹¹ Nicht die tatsächliche Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung, sondern die Annahme ihrer Tauglichkeit gibt danach den Ausschlag.¹² Es soll allein darauf ankommen, ob nach der Vorstellung des Mittäters die vermeintliche Mitwirkungshandlung des anderen unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestandes führen soll und dazu nach natürlicher Auffassung auch geeignet ist, wenn als Realität angenommen werde, was sich der Mittäter nur vorgestellt hat.¹³ Gestützt wird diese Ansicht auf die subjektive Ausrichtung der Versuchsformel in § 22 StGB („nach seiner Vorstellung von der Tat“), für die eine uneingeschränkte Geltung in Fällen des untauglichen Versuchs wegen des Fehlens einer objektiven Rechtsgutsgefährdung angenommen wird.¹⁴

Für diese Auffassung wird noch ins Feld geführt, dass sie eine ungerechtfertigte Privilegierung des Mittäters vermeide, der doch von einer Verwirklichung des Tatbestandes ausgehe; es gebe keinen Grund, ihn allein deswegen besser zu stellen, weil ein Dritter innerlich seine Bindung an das gemeinsame Vorhaben aufgegeben oder diese nur vorgetäuscht habe.¹⁵

Die Gegenauffassung hält einen Tatbeitrag nur dann im mittäterschaftlichen Zusammenhang für zurechenbar, wenn der zur Tatbestandsverwirklichung Ansetzende beabsichtigt habe, mit den anderen Beteiligten zum Zweck der Tatausführung zusammenzuwirken.¹⁶ Fremde Handlungen ohne subjektive mittäterschaftliche Komponente können danach also nicht zugerechnet werden.¹⁷ Das bedeutet für den Fall vermeintlicher Mittäterschaft, dass der irrende Mittäter selbst die Grenze zum unmit-

⁹ Vgl. dazu sowie zur Ausnahmeregelung in § 23 Abs. 3 StGB *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 124 – 126.

¹⁰ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 26 Rn. 49.

¹¹ BGHSt 40, 299, 302 (Münzhändler-Fall).

¹² BGHSt 40, 299, 302.

¹³ BGHSt 40, 299, 302; *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 7), § 22 Rn. 22 f.

¹⁴ *Heckler*, GA 1997, 72, 78.

¹⁵ *Hauf*, NSTZ 1994, 263, 265; *Heckler*, GA 1997, 72, 80.

¹⁶ BGHSt 39, 236 (Türklingel-Fall); *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 612; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 22 Rn. 9; *Eser* (Fn. 6), § 22 Rn. 55 a.

¹⁷ *Eser* (Fn. 6), § 22 Rn. 55 a.

telbaren Ansetzen überschritten haben muss, damit ihm ein Versuch angelastet werden kann. – Deutlich wird daran, dass der **Akzent hier bei den Erfordernissen der Mittäterschaft** liegt.

Das Kernargument dieser Auffassung lautet: Am Mittäter, der selbst noch nicht unmittelbar angesetzt habe, aber irrig den Beitrag eines anderen als Mitwirkung betrachte, werde allein die **böse Gesinnung** bestraft, was mit einem Tatstrafrecht unvereinbar sei.¹⁸

Dieser Auffassung folgte der 2. Senat im Türklingel-Fall, während der 4. Senat im Münzhändler-Fall gegenteilig entschied. Im vorliegenden Fall war erneut der 4. Senat zuständig. Wie würde er zu dem Meinungsgegensatz Stellung nehmen? Es war zu erwarten, dass er entweder seine Rechtsprechung aufgibt und sich dem 2. Senat anschließt oder dass er an seiner Rechtsprechung festhält und gem. § 132 Abs. 2 GVG den Großen Senat anruft.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Senat findet überraschenderweise einen dritten Weg. Er hält an seiner Rechtsprechung fest, behauptet aber zugleich, dass der Meinungsstreit sich im konkreten Fall nicht auswirke und somit der Große Senat nicht mit der Sache befasst werden müsse.¹⁹

Es bleibt also bei dem im Münzhändler-Fall eingenommenen Standpunkt des 4. Senats. Das liest sich dann so: „Nach dieser Auffassung ist jedenfalls dann eine Ausführungshandlung eines vermeintlichen Mittäters als tauglich und damit zurechenbar zu betrachten, wenn sie nach der Vorstellung des Täters zur Tatbestandserfüllung führen soll und nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte.“ Nun kommt die Überraschung: „Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.“ Die Überraschung setzt sich fort bei der Lektüre der Begründung: „Der vermeintliche Mittäter hat die von den Angeklagten vorgestellte Ausführungshandlung, die Aufgabe eines mit Betäubungsmitteln präparierten Pakets bei der Post, gerade nicht erbracht. Die Einlieferung eines neutralen Pakets bei der Post konnte vielmehr weder nach der Vorstellung der Angeklagten noch nach natürlicher Auffassung zur Tatbestandserfüllung führen.“ (Fragen, die sich geradezu aufdrängen, müssen wir zurückstellen, weil wir hier nur berichten.)

Damit verneint der Senat einen Versuch gem. §§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, 22, 23 StGB. Insoweit kommt nur § 30 Abs. 2 StGB zur Anwendung. Zu diesem Ergebnis wäre, das ist sicherlich richtig, auch der 2. Senat auf der Grundlage seiner Auffassung zum Problem des Versuchs bei vermeintlicher Mittäterschaft gelangt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Ein Blick auf die große Zahl der Veröffentlichungen zu den beiden vorangegangenen BGH-Entscheidungen²⁰ sollte genügen, um zu wissen: Diese brisante Mischung aus Versuch und Mittäterschaft ist in höchstem Maß ausbildungs- und examensrelevant! Sicherlich wird auch der Kolumbien-Fall in Kürze intensiv besprochen werden, zumal der Meinungsstreit unentschieden geblieben ist und die Entscheidung Einwände förmlich herausfordert.

¹⁸ Eser (Fn. 6), § 22 Rn. 55 a.

¹⁹ Die Pflicht zur Vorlegung besteht nur dann, wenn die Meinungsdivergenz entscheidungserheblich ist; vgl. Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. 2003, § 132 GVG Rn. 16, § 121 GVG Rn. 10.

²⁰ Vgl. die Zusammenstellung bei Tröndle/Fischer (Fn. 8), § 22 Rn. 22 f.

Um es mit dem Problem aufnehmen zu können, muss man noch eine **Lösungsalternative** kennen, die wir oben nur angedeutet haben. Folgt man in der Frage des Versuchsbeginns bei Mittäterschaft nicht der herrschenden Gesamtlösung, sondern der sog. **Einzellösung**, dann ist das Gespenst vermeintlicher Mittäterschaft rasch verscheucht. Nach dieser Auffassung²¹ tritt ein Mittäter nur dann ins Versuchsstadium ein, wenn er selbst zu seinem eigenen Tatbeitrag unmittelbar angesetzt hat. Damit ist ausgeschlossen, dass ein Mittäter, der lediglich vorbereitende Aktivitäten entfaltet hat, wegen Versuchs belangt werden kann, nur weil er von der Handlung eines anderen annimmt, sie sei ein mittäterschaftlicher Beitrag zur Tatausführung.

Die Einzellösung hängt mit einer eng verstandenen **Tatherrschaftslehre** zusammen, welche die Zuweisung der Mittäterrolle davon abhängig macht, dass ein Anteil an der Gestaltung des objektiven Tatausführung gegeben ist. Danach kann ein ausschließlich im Vorbereitungsstadium agierender Beteiligter keine mittäterschaftliche Teilhabe an der Tatherrschaft erlangen.²² Dementsprechend ist der Versuch im mittäterschaftlichen Zusammenhang für jeden Beteiligten gesondert unter dem Gesichtspunkt eines tatherrschaftsbegründenden Beitrags zu prüfen.²³ Somit reicht eine auf das Vorbereitungsstadium beschränkte Betätigung eines Beteiligten in einem Fall, in dem weitergehenden Tatbeiträge zwar geplant waren, aber nicht einmal ansatzweise verwirklicht wurden, nicht aus, um eine Mittäterschaft der untätigen Person am versuchten Delikt zu begründen.²⁴ Ein fremdes unmittelbares Ansetzen kann folglich nicht zu einer Versuchsstrafbarkeit führen.

Die Einzellösung kann sicherlich für sich in Anspruch nehmen, dass sie eine Überdehnung der Versuchsstrafbarkeit und eine Bestrafung lediglich der bösen Gesinnung vermeidet. Sie verträgt sich jedoch schlecht mit einem weitgehend anerkannten Zurechnungsprinzip der Mittäterschaft im Falle vollendeter Tatbegehung. Danach kann auch ein lediglich im Vorfeld agierender Tatbeteiligter Mittäter sein, wenn das „Minus“ bei der Tatausführung ausgeglichen wird durch ein „Plus“ bei der mitgestaltenden Deliktsplanung.²⁵ Da ihm hier die von anderen verwirklichte Tatausführung zugerechnet wird, ist es wenig plausibel, wenn ihm dort – beim Versuch – deren unmittelbares Ansetzen nicht zurechenbar sein soll.²⁶

Zum **Prüfungsaufbau** erlauben wir uns einen Vorschlag, der sich nahezu von selbst versteht. Zunächst sollte geprüft werden, ob der Mittäter selbst unmittelbar angesetzt hat. Im Falle der Verneinung ist dann zu fragen, ob ihm eine als unmittelbares Ansetzen qualifizierbare fremde Handlung zugerechnet werden kann. Wird diese Frage grundsätzlich mit der Gesamtlösung bejaht, so ist der Weg frei für die Untersuchung des speziellen Problems, ob auch die Ausführungshandlung eines nur vermeintlichen Mittäters zurechenbar ist.

Die Praxis wird bedauern, dass der 4. Senat erneut „gekniffen“ hat und der Streit mit dem 2. Senat somit weiterschwelt. Schon im Münzhändler-Fall wäre eigentlich eine Vorlage beim Großen Senat fällig gewesen.²⁷

²¹ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn. 297 ff.; ders. in LK, StGB, 11. Aufl., § 25 Rn. 198 ff.; Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 104, 112 f.

²² Roxin, Strafrecht AT II (Fn. 21), § 29 Rn. 315; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Auflage 2000, S. 294 f.

²³ Roxin, Strafrecht AT II (Fn. 21), § 29 Rn. 303; Schilling, (Fn. 21), S. 104, 112 f.

²⁴ Vgl. Erb, NSTZ 1995, 424, 426.

²⁵ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 528 m.w.N.

²⁶ Vgl. Erb, NSTZ 1995, 424, 426.

²⁷ Vgl. Erb NSTZ 1995, 424, 425.

5. Kritik

Wir können unmittelbar an das zuletzt Gesagte anknüpfen. Der 4. Senat vermeidet die Vorlage mit einer inakzeptablen Begründung. An ihr ist besonders ärgerlich, dass mit einem verkürzten Zitat operiert wird. Unterschlagen wird ein Nebensatz. Das unter 3. wiedergegebene Zitat hätte vollständig lauten müssen: „Nach dieser Auffassung ist jedenfalls dann eine Ausführungshandlung eines vermeintlichen Mittäters als tauglich und damit zurechenbar zu betrachten, wenn sie nach der Vorstellung des Täters zur Tatbestandserfüllung führen soll und nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte, **wenn sie geeignet wäre**“.²⁸ Mit dieser Ergänzung wird nämlich vollends unklar, wieso der Senat zu einer Verneinung der Strafbarkeit gelangt. Denn die Prüfungsperspektive der natürlichen Auffassung bezieht sich, wie der Nebensatz unterstreicht, nicht auf die objektive Faktenlage, sondern auf eine Hypothese. Dieser kann wiederum nur die Tätersvorstellung zugrunde liegen. Was sonst? Objektive Eignung oder Eignung aus Tätersicht: Danach wird zwischen tauglichem und untauglichem, aber gleichwohl strafbarem Versuch unterschieden. Ein Drittes gibt es nicht. Es ist kein Raum für eine Mixtur und damit auch nicht für die Frage: Was hätten die Täter gedacht, wenn sie gewusst hätten, dass ein Paket ohne Rauschgift abgeschickt wurde? Die Täter gingen gerade nicht von der Einlieferung eines „neutralen“ Pakets aus. Vielmehr erwarteten sie, dass ein Paket mit Rauschgift bei der kolumbianischen Post aufgegeben wird, was auch nach natürlicher Auffassung den Tatbestand erfüllen kann.

Nach seinem hier gewählten Begründungsansatz hätte der 4. Senat im Münzhändler-Fall ebenfalls zur Straflosigkeit gelangen müssen: Eine „neutrale“ (berechtigte) Schadensmeldung bei der Versicherung konnte weder nach der Vorstellung des Angeklagten noch nach natürlicher Auffassung zur Erfüllung des Betrugstatbestandes führen.

Kurz wollen wir noch **zum eigentlichen Meinungsstreit** Stellung nehmen. Bedenklich am Standpunkt des 4. Senats ist, dass die Versuchsvoraussetzungen vollständig versubjektiviert werden, was zu einer Täterschaft ohne Tat führen kann. Die Aufgabe, auch im Versuchsfall dafür zu sorgen, dass die Strafe an ein objektives Tatelelement anknüpft, hat in der Versuchsformel des § 22 StGB das Merkmal des unmittelbaren Ansetzens. In dieser Funktion kommt es im Bereich der Mittäterschaft nur ausreichend zur Geltung, wenn für die Zurechnung im Hinblick auf einen anderen vorausgesetzt wird, dass der Ansetzende durch sein Verhalten einen Tatbeitrag leistet, der den gemeinsamen Tatplan verwirklicht und auch verwirklichen soll.²⁹ Der Beitrag eines nur vermeintlich Mitwirkenden ist somit nicht zurechenbar.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Alexandra von Berg und Sebastian Skocki zugrunde.)

²⁸ Vgl. den Text in BGHSt 40, 299, 302, auf den der 4. Senat in einem Klammerzusatz verweist. Man sollte sich übrigens nicht durch das Wort „tauglich“ im Zitat irritieren lassen. Damit ist nicht die Versuchstauglichkeit gemeint, sondern die Eignung einer Handlung, das Merkmal des unmittelbaren Ansetzens zu erfüllen.

²⁹ Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 123 f.; LPK-Kindhäuser, StGB, 2003, § 22 Rn. 39 – 41; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 164; Erb NSTz 1995, 424, 429.