

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2008

**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**

1. Sachverhalt¹

A gelangt in Kenntnis aller Umstände in den Besitz eines Namenspfandbriefes über eine Darlehensforderung von 5 Millionen Euro, den vorher ein anderer gestohlen hat. Ohne schon konkrete Pläne für eine Verwertung zu haben, bittet er B, sich zu erkundigen, ob das Papier verwertbar ist. B, der damit rechnet, dass das Papier gestohlen ist, fragt bei der Schuldnerbank nach, ob das Papier handelbar sei und ob für eine Übertragung ein Notar benötigt werde. Die Bank schaltet die Polizei ein. – Strafbarkeit des B?

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bevor wir uns in das Dickicht des Hehlereitattbestandes begeben, bieten wir eine Information zum Sachverhalt an, die einigen Lesern willkommen sein könnte: Was ist ein **Namenspfandbrief**?²

Wie bei jedem Namenspapier³ ist auch beim Namenspfandbrief das Recht am Papier grundsätzlich mit der im Brief genannten Person verbunden. Es gilt also: Das Recht am Papier folgt

Januar 2008 Pfandbrief-Fall

Hehlerei / Tathandlung der Absatzhilfe / Abgrenzung zwischen Vollendung, Versuch und Vorbereitung / Beihilfe zur Absatzhilfe

§§ 259, 22, 23, 27 StGB

Leitsatz der Verf.: Für die Abgrenzung zwischen einer – straflosen – Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer – strafbaren – versuchten oder vollendeten Absatzhilfe kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte.

BGH, Urteil vom 30. August 2007 – 3 StR 200/07; veröffentlicht in: wistra 2007, 460.

dem Recht aus dem Papier. Dementsprechend wird die Übertragung durch Abtretung des Rechts vorgenommen. Den Gegenpart bildet das Inhaberpapier. Hier berechtigt grundsätzlich allein schon der Besitz zur Wahrnehmung des Rechts aus dem Papier. Die Übertragung erfolgt durch Übereignung des Papiers.

Die im Detail komplizierten Fragen der Übertragung von Papieren⁴ machen erklärlich, warum A zunächst in Erfahrung bringen wollte, ob der Pfandbrief verwertbar war, bevor er eine Veräußerung in Angriff nahm. Der Umstand, dass er sich dabei des B bediente, führt

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier gekürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

² Vgl. zum Folgenden Köbler, Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung, 14. Aufl. 2007, S. 286.

³ Anderer Begriff: Rektapapier.

⁴ So kann z. B. ein Namenspfandbrief mit einer Inhaberklausel versehen sein. Dann kann die Leistung mit befreiender Wirkung an jeden Inhaber bewirkt werden; allerdings ist der Inhaber nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen (§ 808 Abs. 1 BGB).

dazu, dass für B **Hehlerei in der Form der Absatzhilfe gemäß § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB** in Betracht kommt. Denn kennzeichnend für die Absatzhilfe ist, dass dem Vortäter unselbständige und an Weisungen gebundene Unterstützung geleistet wird.⁵ A ist hier Vortäter, weil er sich das von einem anderen gestohlene Papier in Kenntnis der Umstände verschafft und damit seinerseits eine Hehlereihandlung begangen hat.

Schwierig an dem Fall ist, ihn den allgemeinen Verwirklichungsstufen einer Straftat zuzuordnen: Vollendung, Versuch, der nach § 259 Abs. 3 StGB strafbar ist, oder straflose Vorbereitung?

Wenn wir mit der Vollendung beginnen, begegnet uns ein **erstes Problem**. Es betrifft die Frage, ob es zu einem **Absatzerfolg** gekommen sein muss.

Herleiten lässt sich das Problem aus einem Vergleich mit der Hehlerei Variante des Sich-Verschaffens. Für sie ergibt sich schon aus dem Wortlaut das Erfordernis, dass die Verfügungsgewalt übergegangen ist. Muss dann nicht Gleiches für das Absetzen gelten? Und wenn ja, ist es dann zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht auch erforderlich, die Bestrafung wegen vollendeter Absatzhilfe von einem Absatzerfolg abhängig zu machen?

Die h. M. in der Literatur⁶ bejaht beide Fragen und beruft sich dabei auf die anerkannte Formel zur Kennzeichnung des Unrechts der Hehlerei: Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage durch einvernehmliche Begründung einer neuen, selbständigen Verfügungsgewalt. Legt man diese Ansicht zugrunde, so scheidet die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe durch B von vornherein aus.

Der Gegenstandspunkt wird zur Hauptsache von der Rechtsprechung

vertreten. Sie hält einen Absatzerfolg für nicht erforderlich, sondern begnügt sich mit einer auf einen Absatzerfolg gerichteten Tätigkeit.⁷ Einschränkend wird in neueren Entscheidungen lediglich hinzugefügt, dass diese Tätigkeit geeignet sein müsse, die Sache im Interesse des Vortäters wirtschaftlich zu verwerten.⁸ Der Verzicht auf einen Absatzerfolg wird in erster Linie historisch begründet.⁹ Nach der früheren Gesetzesfassung der Tathandlungen, nämlich „Mitwirken zum Absatz“, sei ein erfolgreicher Absatz nicht nötig gewesen. Mit der Ersetzung durch die Tatvarianten des Absatzes und der Absatzhilfe habe der Gesetzgeber nicht bezweckt, daran etwas zu ändern. Auch bestehe nach wie vor ein großes kriminalpolitisches Bedürfnis, schon Absatzbemühungen deutlich zu ahnden.

Dieser Standpunkt ließe es zu, die Tat des B als vollendete Absatzhilfe zu erfassen. Freilich müsste auch bei seiner Anwendung zur Geltung kommen, dass es Absatzbemühungen geben kann, die im Versuchsstadium stecken bleiben oder sogar nur vorbereitenden Charakter haben. Ob das in der Rechtsprechung ausreichend geschieht, ist zweifelhaft. Ihr wird vorgeworfen, sie strebe eine „systemwidrige Extension des Strafrechtsschutzes“¹⁰ an.

Immerhin lässt sich einigen neueren Entscheidungen entnehmen, dass der BGH die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe davon abhängig macht, dass der Vortäter Absatzbemühungen entfaltet hat, die einen Beginn des Absetzens bedeuten.¹¹ Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass auch nach

⁵ Vgl. BGHSt 27, 45, 48; Rengier, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 22 Rn. 32.

⁶ Vgl. Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 9 f.; Lackner/Kühl, 26. Aufl. 2006, § 259 Rn. 13, jeweils m. w. Nachw.

⁷ Grundlegend: BGHSt 27, 45.

⁸ Vgl. BGHSt 43, 110, 111; BGH NJW 1990, 2897, 2898.

⁹ Vgl. die zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung bei Küper (Fn. 6), S. 8 f.

¹⁰ Krey/Hellmann, Strafrecht BT Bd. 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 596.

¹¹ Vgl. BGH NJW 1989, 1490; BGH NSTZ-RR 2005, 373, 374; BGH wistra 2006, 16, 17.

der Rechtsprechung mangels entsprechender Feststellungen keine vollendete Absatzhilfe vorliegt.

Damit sind wir zum **Kernproblem** des Falles vorgedrungen, das in der Frage besteht: Hat B durch die Erkundigung bei der Bank bereits versuchte Absatzhilfe geleistet oder ist darin lediglich eine straflose Hilfe bei der Vorbereitung des Absatzes zu sehen?

Eine allgemeine Überlegung kann die Klärung dieses Problems voranbringen.¹² Generell ist der Versuch der Beihilfe straflos. Das zeigt § 30 Abs. 1 StGB. Die Vorschrift erklärt lediglich den Versuch der Anstiftung (zu einem Verbrechen) für strafbar. Da die Hehlereivariante der Absatzhilfe nichts anderes ist als eine Umformung einer Beihilfehandlung zu einer selbständigen tatbestandlichen Handlung, bedarf es zur Durchsetzung des Grundsatzes der Straflosigkeit des Beihilfeversuchs einer einschränkenden Interpretation. Die versuchte Absatzhilfe kann nicht in einem Versuch bestehen, Hilfe zu leisten, sondern muss die (vollendete) Hilfeleistung zu einem Absatzversuch zum Gegenstand haben. Die maßgebliche zeitliche Grenze ergibt sich somit aus dem Verhalten und der Sicht des Vortäters. Dieser muss bereits bei seinen Absatzbemühungen das Versuchsstadium erreicht haben.

Eine Zwischenbemerkung zur Klarstellung: Was der Vortäter tut, ist natürlich nicht als Hehlereität des Absetzens erfassbar, weil das Gesetz erfordert, dass der Hehler ein anderer als der Vortäter ist. Das ist ja auch der Grund dafür, dass es einer gesonderten Pönalisierung der Absatzhilfe bedurfte. Denn mangels Haupttat könnte derjenige, der dem Vortäter beim Absatz hilft, nicht wegen Beihilfe zum Absatz bestraft werden.¹³

Halten wir fest: Aus dem Grundsatz der Straflosigkeit der versuchten Bei-

hilfe lässt sich ableiten, dass als versuchte Absatzhilfe nur die (vollendete) Hilfe zu einem Versuch der tatbestandslosen Haupttat des Absetzens durch den Vortäter in Betracht kommt.

Es würde zu weit gehen, diesen Standpunkt bereits als allgemeine Ansicht zu bezeichnen. Die Zahl der Befürworter in der Literatur ist jedoch sehr groß.¹⁴

Die Rechtsprechung hat dazu bislang noch nicht klar Stellung bezogen. Eine uneingeschränkte Zustimmung dürfte ihr schwer fallen, weil sie, wie oben gezeigt, insgesamt zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit neigt und weil sie den Versuchsbeginn des Vortäters bereits als Kriterium für den Vollendungszeitpunkt bei der Absatzhilfe verwendet.

Einige Entscheidungen deuten aber an, dass die Rechtsprechung auch hinsichtlich der versuchten Absatzhilfe ein gewisses Maß an Konkretisierung der Absatzplanung durch den Vortäter voraussetzt. So hat sie Straflosigkeit in Fällen angenommen, in denen die Sache für den Vortäter vorläufig gelagert worden war, ohne dass diese Verwahrung bereits Bedeutung für einen bevorstehenden Absatz nach einem festgelegten Tatplan gehabt hatte.¹⁵

Allerdings gibt es auch gegenläufige Entscheidungen, die ohne Feststellungen zu konkreten Absatzplänen des Vortäters zu einer Strafbarkeit wegen versuchter Absatzhilfe gelangt sind. So wurde ein Angeklagter verurteilt, der das vom Vortäter entwendete Fernsehgerät mit der Zusage zu sich genommen hatte, es zu reparieren, ohne dass Näheres zu den Plänen des Vortäters bekannt war.¹⁶ In der Begründung stellte der BGH allein darauf ab, dass die Beseitigung des Defekts Voraussetzung für einen Erfolg versprechenden

¹² Vgl. zum Folgenden *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2002, § 10 Rn. 71.

¹³ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 864.

¹⁴ Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes m. Nachw. bei *Küper* (Fn. 6), S. 11.

¹⁵ BGH wistra 1993, 61, 62; BGH NSTz 1993, 282; BGH NJW 1989, 1490.

¹⁶ BGH NSTz 1994, 395, 396; in der Tendenz ähnlich BGH wistra 2006, 16, 17.

Absatz gewesen sei. Gleichermaßen könnte eine Verurteilung des B wegen versuchter Absatzhilfe darauf gestützt werden, dass seine Erkundigungen nötig waren, um überhaupt einen Absatz zu ermöglichen. Dass A noch keine konkreten Absatzpläne hatte, wäre danach bedeutungslos.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil des Landgerichts. Seine Entscheidung zielt auf eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der versuchten Absatzhilfe.

Zunächst bestätigt der Senat die Rechtsprechung, derzufolge für den Tatbestand der Absatzhilfe ein Absatz-erfolg nicht erforderlich ist. **Absatzhilfe** sei „jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der ‚bemakelten‘ Sache zu unterstützen“.¹⁷

Es folgt eine Einschränkung, die mit der Formulierung vorbereitet wird, dass es sich bei Bemühungen um Unterstützung des Vortäters im Vorfeld des Absatzes „je nach den Umständen des Einzelfalles“¹⁸ auch nur um eine straflose Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln könne. Unter Berufung auf einige Entscheidungen wird dann versucht, diese Umstände mit allgemeinen Begriffen zu erfassen. Maßgeblich sei, „ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte“.¹⁹

Drei Elemente verdienen es, festgehalten zu werden. Der Bereich der versuchten Absatzhilfe ist erreicht,

wenn (erstens) ein konkreter Absatzplan vorliegt, wenn (zweitens) die Unterstützungshandlung sich fördernd in diesen Plan einfügt und wenn (drittens) aus der Sicht des Vortäters damit der Absatzvorgang beginnt.

Den Einwand, dass sich damit einige frühere Entscheidungen, so der oben²⁰ erwähnte Fall der Reparatur eines Fernsehgerätes, nicht vereinbaren ließen, erledigt der Senat apodiktisch mit der Behauptung, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar seien.

Das Fazit für den vorliegenden Fall lautet: „Vorerkundigungen“²¹, wie der B sie hier vorgenommen hat, sind dem Vorbereitungsstadium zuzurechnen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In einem Ranking der Tatbestände, die von Examenskandidaten am meisten gefürchtet werden, würde die Hehlerei wohl einen der vorderen Plätze einnehmen. Die Vorschrift ist kompliziert aufgebaut und birgt eine Fülle von Problemen. Der ausgewählte Fall bietet nur einen kleinen Problemausschnitt. Wir wollen den Ausschnitt im Folgenden ein wenig erweitern. Im Übrigen empfehlen wir eine Komplettierung mit Hilfe eines Grundrisses oder eines Überblicksaufsatzes²².

Fehler im Umgang mit dem Hehlereitattbestand können sich schon bei der Festlegung des Prüfungsansatzes ergeben. Das wollen wir an einer Abwandlung des Sachverhalts vorführen.²³

A besitzt nicht den Namenspfandbrief selbst, sondern nur eine Kopie. Der Dieb hat sie ihm gegeben und ihn beauftragt, die Möglichkeit einer Verwertung zu erkunden. Mit der Bitte, ihm

¹⁷ BGH wistra 2007, 460.

¹⁸ BGH wistra 2007, 460.

¹⁹ BGH wistra 2007, 460, 461.

²⁰ S. unter 2.

²¹ BGH wistra 2007, 460, 461.

²² Z. B. Roth, JA 1988, 193 ff., 258 ff.; Seelmann, JuS 1988, 39 ff.; Zöllner/Frohn, Jura 1999, 378 ff.

²³ Wir verwenden eine Sachverhaltsvariante, die nach den Feststellungen des Landgerichts möglicherweise auch im vorliegenden Fall gegeben war.

dabei zu helfen, wendet sich A an B, der, wie im Ausgangsfall, die Schuldnerbank aufsucht.

Der Umstand, dass B sich im Ausgangsfall und im abgewandelten Fall identisch verhalten hat, kann dazu verleiten, auch in der Fallabwandlung eine Strafbarkeit wegen Absatzhilfe zu prüfen. Das wäre jedoch falsch. Die Tatvariante der Absatzhilfe beschränkt sich auf die Unterstützung des Vortäters. A, dem B hilft, ist aber kein Vortäter. Mit Vortäter ist derjenige gemeint, der sich im Besitz der Sache befindet und dessen Absatzbemühungen unterstützt werden. Das ist im abgewandelten Fall nicht A, sondern der Dieb. A befindet sich vielmehr in der Rolle des Absatzhelfers. Wer, wie B, denjenigen unterstützt, der dem Vortäter beim Absatz hilft, wird als Gehilfe dieses Absatzhelfers tätig. Zu prüfen ist also eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe zur Absatzhilfe gemäß §§ 259 Abs. 1 Var. 4, 27 StGB.

Merken kann man sich diesen wichtigen Unterschied im Umgang mit der Tatvariante der Absatzhilfe mit Hilfe der Formel: Der Absatzhelfer muss im Lager des Vortäters stehen.²⁴

Erwähnung verdienen noch zwei weitere Probleme, die im Zusammenhang mit den Tatvarianten des Absatzes und der Absatzhilfe auftreten.

Das erste betrifft die Reichweite des Merkmals „Absatz“. Einig ist man sich darin, dass damit Vorgänge gemeint sind, durch die eine eigentümergeleiche Verfügungsgewalt auf einen anderen übertragen wird. Umstritten ist dagegen, ob auch die **Übertragung durch Schenkung** darunter fällt.²⁵ Das verneint die h. M. und beruft sich dabei auf den üblichen Sprachgebrauch. Dieser bezeichne als Absatz nur eine entgeltliche Verwertung. Die Gegenansicht hält diese Einschränkung wegen des Unterschiedes zur Hehlereivariante des Sichverschaffens, die anerkanntermaßen

auch den Erwerb durch Schenkung umfasst, für nicht sachgerecht.

Diskutiert wird ferner darüber, ob Absatz oder Absatzhilfe auch dann vorliegt, wenn die Sache durch **Veräußerung an den durch die Vortat Verletzten** zurückgelangt.²⁶ In rein wirtschaftlicher Betrachtung kann für eine Strafbarkeit angeführt werden, dass der Verletzte die Sache nicht in Anerkennung seines Rechts, sondern wegen der Zahlung eines Entgelts im Wert gemindert Sache zurückerhält. Nach h. M. ist für eine juristisch angemessene Erfassung dieses Vorgangs jedoch eher der Betrugstatbestand, nicht aber die Hehlereivorschrift zuständig. Der Grund für die Bestrafung der Hehlerei, nämlich die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage, sei nicht gegeben, wenn die Sache als solche in den Besitz des Verletzten zurückkehre.

In praktischer Hinsicht lässt die hier vorgestellte Entscheidung erwarten, dass die Gerichte künftig in Fällen der Unterstützung einer Anbahnung des Absatzes weniger häufig als bisher wegen versuchter oder sogar vollendeter Absatzhilfe verurteilen werden.

5. Kritik

Es ist zu begrüßen, dass der BGH um eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Merkmals der Absatzhilfe bemüht ist und dadurch ein wenig der Ausdehnungstendenz entgegenwirkt, die mit dem Verzicht auf das Erfordernis eines Absatzerfolges verbunden ist. Rechtsklarheit ist damit aber keineswegs bereits eingetreten. Ihr wäre der BGH erheblich näher gekommen, wenn er sich deutlicher von früheren Entscheidungen distanziert, also z. B. klar geäußert hätte, dass die Entscheidung in dem oben²⁷ erwähnten Fall der Reparatur eines Fernsehgeräts mit der jetzt gezogenen Grenze zwischen Vor-

²⁴ Vgl. Rengier (Fn. 5), § 22 Rn. 32.

²⁵ Vgl. die Darstellung des Meinungsstreits m. Nachw. bei Küper (Fn. 6), S. 7.

²⁶ Vgl. dazu m. Nachw. Wessels/Hillenkamp (Fn. 13), Rn. 868.

²⁷ S. unter 2.

bereitung und Versuch nicht vereinbar ist. Die begründungslos gebliebene Behauptung, die Sachverhalte seien nicht vergleichbar, täuscht eine tatsächlich nicht vorhandene Kontinuität in der Rechtsprechung vor.

Noch besser wäre die Übernahme des in der Literatur herrschenden Standpunktes²⁸ gewesen, der überzeugend unter Berufung auf den Grundsatz der Straflosigkeit versuchter Beihilfe die Absatzhilfe als (vollendete) Beihilfe zu einem versuchten „Absetzen“²⁹ des Vortäters behandelt. Diese Ansicht stellt viel deutlicher als die vorliegende Entscheidung heraus, dass der Vortäter den „Absatz“ schon konkret geplant haben muss, wenn die Hilfeleistung als versuchte Absatzhilfe und nicht als bloße Beihilfe zur Vorbereitung des Absetzens eingestuft werden soll.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Stefanie Denner zugrunde.)

²⁸ S. die Darstellung unter 2.

²⁹ Die Anführungsstriche hier und im folgenden Satz sollen deutlich machen, dass der Vortäter selbst das gesetzliche Merkmal des Absetzens nicht verwirklichen kann, weil er kein „anderer“ im Sinne des Gesetzes ist; s. dazu unter 2.

1. Sachverhalt¹

A betreibt erfolglos einen Landgasthof. Um Leistungen aus der Gebäude-, Inventar- und Ertragsausfallversicherung zu erlangen, setzt er ihn in Brand. Die Tat wird aufgedeckt. Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage wegen besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Das Landgericht erlässt erst 18 Monate später den Eröffnungsbeschluss. Die Verzögerung ist durch keinen Sachgrund gerechtfertigt. Die Hauptverhandlung bestätigt den Tatvorwurf. Die Kammer spricht A in Übereinstimmung mit der Anklage schuldig und verurteilt ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten. Zur Begründung des Strafausspruchs führt sie im Urteil Folgendes aus. Für die Tat als solche sei die in § 306 b Abs. 2 vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe angemessen. Diese Strafe müsse jedoch wegen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung gemindert werden. Da § 306 b StGB keinen Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle vorsehe, sei die erforderliche Strafrahmenverschiebung in entsprechender Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen. Gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB betrage die Strafuntergrenze zwei

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

Februar 2008 Landgasthof-Fall

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung / Kompensation / Strafminderung / Anrechnung

§§ 49 Abs. 1, 51 Abs. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK; Art. 20 Abs. 3 GG

Leitsatz des Gerichts: Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafminderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.

BGH Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 17. Januar 2008 – 1 GSSt 1/07; abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de sowie juris.

Jahre. – Die Staatsanwaltschaft legt gegen das Urteil Revision ein. Sie erhebt die Sachrüge und beanstandet mit näheren Ausführungen den Strafausspruch.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bevor wir uns der zentralen Frage nach der Rechtmäßigkeit des Strafausspruchs zuwenden, wollen wir einen kurzen Blick auf den Schuldspruch werfen. Das muss auch das Revisionsgericht tun. Denn die Erhebung der Sachrüge zwingt selbst dann, wenn der Revisionsführer die Anwendung des materiellen Rechts nur in einem bestimmten Punkt beanstandet, stets zu einer vollständigen Überprüfung des Urteils, sofern das Rechtsmittel nicht beschränkt wurde.²

² Vgl. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 928.

Es besteht Streit darüber, ob § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auch auf Fälle anwendbar ist, in denen die Straftat, die ermöglicht werden soll, in keinem Zusammenhang mit typischen Brandgefahren steht, so wie hier der beabsichtigte Betrug gegenüber der Versicherung.³ Zwar lässt der Wortlaut eine Anwendung zu. Gegen eine Anwendung spricht aber insbesondere der hohe Mindeststrafrahmen von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Für die häufig auftretenden Fälle, in denen mit der Brandstiftung betrügerische Absichten verfolgt werden, erscheint er unangemessen hoch.

Es ist allerdings nicht zu erwarten, dass dieser Meinungsstreit Einfluss auf die Entscheidung des Revisionsgericht hat, weil der BGH sich in Fällen der vorliegenden Art klar für eine Anwendung von § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB ausgesprochen hat.⁴

Das Problem, das der Strafausspruch aufwirft, zeigt sich nicht im Begründungsansatz, sondern erst in dessen Ausführung. Es besteht nämlich Einigkeit darüber, dass eine **rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung**⁵ zugunsten des Angeklagten ausgeglichen werden muss und dass das durch Strafminderung geschehen kann.⁶ Ob freilich die Gerichte dabei contra legem handeln dürfen, erscheint doch recht zweifelhaft. Wenn das Landgericht sich hier auf § 49 Abs. 1 StGB beruft, um eine Absenkung der Straf-

untergrenze zu erreichen, so kann ihm der Gesetzeswortlaut entgegengehalten werden. Gleich zu Beginn dieser Vorschrift heißt es, dass sie nur dann gilt, wenn das Gesetz an der jeweiligen Stelle ihre Anwendung vorschreibt oder zulässt. § 306 b Abs. 2 StGB enthält jedoch keinerlei Hinweis auf die Anwendbarkeit von § 49 Abs. 1 StGB.

Das Problem tritt noch deutlicher hervor, wenn man sich seine **rechtlichen Grundlagen und die Entwicklung der Rechtsprechungspraxis** vor Augen führt. Der Umgang mit rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen ist geprägt durch das Zusammenspiel von Straf- und Verfassungsgerichtsbarkeit sowie von nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit.

Seit langem ist anerkannt, dass Strafverfolgungsorgane nicht nur nachlässig, sondern rechtswidrig handeln, wenn sie das Verfahren nicht zügig betreiben. Das steht zwar nicht ausdrücklich in der StPO. Verschiedenen Vorschriften wird jedoch ein allgemeines **Beschleunigungsgebot** entnommen.⁷ Verfassungsrechtlich gilt es als abgesichert durch das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG.⁸

Das europäische Recht ist hier klarer.⁹ Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK hat jeder ein Recht darauf, dass über eine Anklage gegen ihn in angemessener Zeit verhandelt wird. Wird das Recht verletzt, so muss gemäß Art. 13 MRK das innerstaatliche Recht die Möglichkeit einer Beschwerde vorsehen. Art. 41 MRK spricht dem Betroffenen einen Anspruch auf gerechte Entschädigung zu, wenn das innerstaatliche Recht keine ausreichende Kompensation gewährt.

Das Auftreten gravierender Verstöße hat zunächst eine Diskussion darüber entfacht, ob die Verletzung des Beschleunigungsgebots ein **Verfah-**

³ Vgl. dazu und zum Folgenden *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 227 f., sowie famos August 2007 (Warmer-Abriß-Fall) unter 2., jeweils m. w. Nachw.

⁴ BGHSt 45, 211, 215 ff.

⁵ Wann eine Verfahrensverzögerung rechtsstaatswidrig ist, hängt von den Umständen ab; vgl. dazu *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 440. Im vorliegenden Fall war die Rechtsstaatswidrigkeit der überlangen Verfahrensdauer nicht zweifelhaft.

⁶ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 26; *Schäfer* (Fn. 4), Rn. 436 ff., jeweils m. w. Nachw.

⁷ Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 16 Rn. 3 ff.

⁸ BVerfG NJW 2001, 2707.

⁹ Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 276 ff.

renshindernis begründen kann. Der BGH sprach sich dagegen aus.¹⁰ Er hielt es für ausreichend, dass die Verzögerung als Strafzumessungsgesichtspunkt bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt wird.

Die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG nötigten ihn zu Präzisierungen. Der EGMR hielt eine nur allgemeine Erwähnung der Verzögerung im Rahmen der Strafzumessung für unzureichend.¹¹ Das BVerfG knüpfte daran an und formulierte bestimmte Anforderungen.¹² Danach ist zu prüfen, ob der Verzögerung durch prozessuale Maßnahmen, etwa durch Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 153 ff. StPO, Rechnung getragen werden kann. In Extremfällen kann auch die Annahme eines Verfahrenshindernisses in Betracht kommen. Ist eine Verarbeitung im Rechtsfolgenausspruch die angemessene Reaktion, so müssen gegebenenfalls auch die Möglichkeiten eines Absehens von Strafe oder einer Verwarnung mit Strafvorbehalt sowie einer Strafaussetzung zur Bewährung genutzt werden. Wenn das Gericht sich für eine Berücksichtigung bei der Straffestsetzung entscheidet, so muss das Ausmaß der vorgenommenen Herabsetzung genau angegeben werden. Das erfordert einen Vergleich der verhängten Strafe mit derjenigen Strafe, die das Gericht ansonsten verhängt hätte.

Aus diesen Anforderungen hat der BGH ein Schema für die Strafgerichte entwickelt,¹³ das man als **Strafab-schlagslösung** bezeichnen kann. Danach hat der Tatrichter in den Urteilsgründen für jede Tat und auch für eine Gesamtstrafe beide Strafen auszuweisen. In die Urteilsformel wird allein die reduzierte Strafe aufgenommen.

Gegen diese Lösung hat sich nunmehr der 3. Senat des BGH in der vor-

liegenden Sache ausgesprochen.¹⁴ Er wendet zur Hauptsache ein, dass Unvereinbares vermengt werde. Die Strafhöhe habe sich am Gewicht von Unrecht und Schuld auszurichten; damit habe der Umstand, dass das Verfahren auf Grund pflichtwidrigen Verhaltens staatlicher Organe zu lange gedauert habe, nichts zu tun.

Für die danach erforderliche Trennung schlägt der 3. Senat eine „**Vollstreckungslösung**“¹⁵ vor. Zunächst soll ohne Berücksichtigung der Verzögerung die schuldangemessene Strafe festgelegt werden. Danach wird als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer in Anlehnung an die Anrechnung verbüßter Untersuchungshaft nach § 51 Abs. 1 StGB ein Teil der verhängten Strafe als vollstreckt ausgewiesen. Die Urteilsformel soll beides enthalten, die verhängte und die als vollstreckt geltende Strafe.

Kommen wir zum Fallproblem zurück. Mit der Vollstreckungslösung lässt es sich leichter bewältigen. Das Gericht kann eine Entscheidung treffen, welche die gesetzliche Mindeststrafe respektiert. Es verurteilt A zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und setzt davon ein Jahr und sechs Monate als vollstreckt fest. Einer analogen Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB bedarf es nicht. Freilich kommt auch diese Lösung nicht ohne Analogieschluss aus. Die Anrechnung der eineinhalbjährigen Strafe als vollstreckt beruht auf einer Analogie zu § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB.

Da der 3. Senat mit der Vollstreckungslösung von der Strafab-schlagslösung abweichen wollte, die bislang alle Senate vertreten haben, bedurfte es gemäß § 132 Abs. 2 GVG einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Große Senat für Strafsachen schließt sich der Ansicht des 3. Senats

¹⁰ BGHSt 24, 239, 242; 27, 274, 275.

¹¹ EGMR EuGRZ 1983, 371.

¹² BVerfG NJW 1984, 967; NStZ 1997, 591.

¹³ BGHSt 35, 137; 46, 159, 174; BGH NStZ 2003, 601; vgl. auch *Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl. 2007, Art. 6 MRK Rn. 9.

¹⁴ BGH NJW 2007, 3294.

¹⁵ BGH NJW 2007, 3294, 3296.

an. Damit ist ein **Rechtsprechungswandel** vollzogen. Die Strafgerichte werden künftig eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in der Weise kompensieren, dass sie eine von der Strafzumessung gesonderte Vollstreckungsentscheidung treffen, die festlegt, welcher Teil der schuldangemessenen Strafe als vollstreckt gilt.

Der Große Senat gibt der Vollstreckungslösung den Vorzug, weil sie nach seiner Ansicht besser mit der richterlichen Gesetzesbindung vereinbar ist und sachgerecht zwischen der Schuld des Angeklagten und der Entschädigung für staatliches Fehlverhalten unterscheidet. Außerdem ermögliche sie die Lösung eines weiteren Problems. Die bisher umstrittene Frage, ob eine gesetzlich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe durch Strafabschlag unterschritten werden dürfe, sei nunmehr so lösbar, dass die lebenslange Freiheitsstrafe verhängt und eine Anrechnung auf die Mindestverbüßungsdauer im Sinne des § 57 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgenommen werde.

In der Entscheidung kommt auch ein Umstand zur Sprache, der sich gegen die Vollstreckungslösung ins Feld führen ließe. Sie nötigt dazu, den **Zeitablauf zweifach zu würdigen**. Da anerkannt ist, dass ein besonders langer Zeitraum zwischen Tat und Urteil das Strafbedürfnis abnehmen lässt und dass sich Belastungen durch ein langes Verfahren strafmildernd auswirken können, muss die Verfahrensverzögerung auch schon bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹⁶ Der Große Senat sieht darin keinen Nachteil. Die Gesichtspunkte seien zwar faktisch eng verschränkt; sie ließen sich in der rechtlichen Bewertung aber klar trennen. Bei der Straffindung sei die überlange Verfahrensdauer unabhängig davon zu bewerten, ob sie durch ein rechtsstaatswidriges Verhalten der Justiz bedingt sei. Bei der Festlegung der anzurechnenden Strafe sei dann ausschließlich darauf abzustellen, wel-

chen Anteil die Strafverfolgungsbehörden an der Verzögerung gehabt hätten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Strafzumessungsrecht liegt eher im Randbereich des prüfungsrelevanten strafrechtlichen Pflichtfachstoffes. Mehr als die Beherrschung von Grundzügen wird nicht erwartet. Gleichwohl sei die Entscheidung Examenskandidatinnen und -kandidaten ans Herz gelegt. Sie ermöglicht die Erörterung eines methodischen Problems, das auch in einem zentralen Bereich auftritt, nämlich beim Mordtatbestand.

Auch dort wird darüber diskutiert, ob § 49 Abs. 1 StGB für eine analoge Anwendung zur Verfügung steht, wenn ansonsten keine angemessene Strafe verhängt werden kann. Der BGH hat die so genannte **Rechtsfolgenlösung** entwickelt, die mit Hilfe einer Analogie zu § 49 Abs. 1 StGB zu einer Milderung der im Gesetz zwingend angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe gelangt, wenn auf Grund außergewöhnliche Umstände von schuld mindernder Bedeutung die Verhängung dieser Strafe unverhältnismäßig wäre.¹⁷

Das lässt es verständlich erscheinen, dass das Landgericht im vorliegenden Fall sich ebenfalls dieser Methode bedient hat, um auf dem Weg zu einer gerechten Strafe gesetzliche Hindernisse zu umgehen. Wenn nun der Große Senat sich unter Berufung auf die richterliche Bindung an das Gesetz dagegen ausspricht, drängt sich die Frage auf, ob sich darin ein Abrücken von der viel kritisierten Rechtsfolgenlösung andeutet.

In einem Prüfungsgespräch könnte noch eine weitere Verbindung hergestellt werden. Einen Strafabschlag nimmt die Rechtsprechung auch in Fällen rechtsstaatswidriger Einwirkung durch einen **polizeilichen Lockspitzel**

¹⁶ Vgl. Schäfer (Fn. 4), Rn. 437 f.

¹⁷ BGHSt 30, 105; vgl. dazu Wesels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 87 ff.

vor.¹⁸ Kommt auch insoweit eine Umstellung auf die Vollstreckungslösung in Betracht?

Das wird man verneinen müssen. Denn die Tatprovokation mindert die Schuld eines Täters, der die Tat von sich aus nicht begangen hätte. Die Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung ist somit sachgerecht.¹⁹

Für die Praxis ist die vorliegende Entscheidung von eminent großer Bedeutung. Sie führt zu erheblichen Veränderungen der Situation solcher Angeklagter, die von einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung betroffen sind. Überwiegend verschlechtert sich ihre Lage.

Bei der Vollstreckungslösung ist die ungeminderte verhängte Strafe für alle sonstigen Rechtsfolgenentscheidungen maßgeblich. Das wirkt sich z. B. nachteilig auf die Aussetzbarkeit einer Freiheitsstrafe aus, weil es nicht mehr möglich ist, durch Strafminderung die Höchstgrenzen in § 56 StGB von einem bzw. zwei Jahren einzuhalten. Gleiches gilt etwa für die Grenze von sechs Monaten, die im Falle der Unterschreitung nach § 47 StGB die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Regelfall ausschließt. Die ungeminderte Strafe ist ferner beispielsweise dafür maßgeblich, ob die Voraussetzungen einer Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 bis 3 StGB erfüllt sind, ob Führungsaufsicht gemäß § 68 Abs. 1 StGB angeordnet werden kann, ob eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 Abs. 1 StGB in Betracht kommt, ob nach § 60 StGB von Strafe abgesehen werden oder ob beamtenrechtliche Konsequenzen²⁰ drohen.

Nur in sehr geringem Umfang kann sich demgegenüber die Vollstreckungslösung auch vorteilhaft für den Betrof-

fenen auswirken. Sie führt dazu, dass bei Verbüßung der Strafe früher die Zeitpunkte erreicht sind, die eine Aussetzung des Strafrestes ermöglichen, nämlich die Hälfte der Strafzeit und zwei Drittel davon (§ 57 Abs. 1 und 2 StGB).

Erhebliche Schwierigkeiten entstehen der Praxis durch die nunmehr erforderliche Differenzierung zwischen der überlangen Verfahrensdauer als solcher, die für die Strafzumessung relevant ist, und deren vom Staat zu verantwortenden Rechtsstaatswidrigkeit, die zur Herabsetzung der vollstreckbaren Strafe führt.

5. Kritik

Kritikwürdig ist die Lage der Strafjustiz. An der Karriere, die das Thema der überlangen Verfahrensdauer in den letzten drei Jahrzehnten in Rechtsprechung und Literatur gemacht hat, ist ablesbar, dass es immer häufiger zu inakzeptablen Verfahrensverzögerungen kommt. Sie dürften vielfach auf eine mangelnde Ausstattung der Strafjustiz zurückzuführen sein. Es scheint, als stecke Methode dahinter. Der Staat ist bereit, eine Absenkung des Strafnieveaus hinzunehmen, und erspart sich dadurch die Kosten für neue Stellen. Der Verlust an Rechtsstaatlichkeit bleibt bei dieser Rechnung allerdings unberücksichtigt.

Mit der Umstellung auf die Vollstreckungslösung wird mehr Transparenz erreicht. Sie trennt klar zwischen der individuellen Schuld des Angeklagten und der Anrechnung staatlichen Fehlverhaltens. Für sie spricht auch, dass sie methodisch weniger problematisch ist als die Strafminderung mittels einer Analogie zu § 49 Abs. 1 StGB, von der der BGH in der Rechtsfolgenentscheidung Gebrauch gemacht hat. Die Anlehnung an § 51 Abs. 1 StGB erscheint eher vertretbar, weil ähnlich wie bei der Untersuchungshaft dem Betroffenen

¹⁸ BGHSt 45, 321; näher dazu famos Juni 2000 (Lockspitzel-Fall).

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2007, 3294, 3298.

²⁰ Nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 BRRG führt die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zur Beendigung des Beamtenverhältnisses.

durch staatlichen Eingriff eine besondere Belastung auferlegt wird.²¹

Freilich ändert auch die Vollstreckungslösung nichts an dem Hauptproblem, das der Tatrichter zu bewältigen hat: Wie lässt sich Rechtsstaatswidrigkeit in ein Zeitmaß umrechnen?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sören Schomburg zugrunde.)

²¹ Vgl. BGH NJW 2007, 3294, 3296.

1. Sachverhalt

A, B und C haben die Nacht hindurch in der Wohnung des A Alkohol und andere Rauschmittel zu sich genommen. Gegen Mittag gehen alle drei zum Bahnhof. Auf dem Weg dahin bricht C, der noch stark unter Alkohol- und Methadoneinfluss steht, im Schnee zusammen. A und B richten ihn auf, stützen ihn und bringen ihn in das Bahnhofsgebäude. Dort legt C sich auf eine Bank, um zu schlafen. A und B verschieben ihre geplante Abfahrt mehrfach. Sie bleiben bei C, um darauf zu achten, wie es ihm geht. Als sie bemerken, dass sich bei ihm die Fingerspitzen blau färben und die Atmung aussetzt, benachrichtigen sie telefonisch den Notarzt. Dieser kann jedoch nur noch feststellen, dass C an Erbrochenem erstickt ist. Wäre der Arzt früher gerufen worden, hätte C gerettet werden können.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum steht die Frage einer Strafbarkeit wegen Aussetzung (mit Todesfolge) gemäß § 221 Abs. 1 (Abs. 3). Der Fall gibt Gelegenheit, einige der zahlreichen Probleme dieses Tatbestandes näher zu betrachten.

Die Prüfung von § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann knapp gehalten werden. Das **Versetzen in eine hilflose Lage** erfordert ein Verhalten, welches das Opfer in eine Situation bringt, in der es außerstande ist, sich aus eigener Kraft vor drohenden Lebens- oder schweren

März 2008

Bahnhofs-Fall

Aussetzung / Beistandspflicht / Garantenstellung im Falle begonnener Hilfeleistung

§§ 221 Abs. 1 Nr. 2; 222, 13; 323 c StGB

Leitsatz der Verf.: Eine begonnene Hilfeleistung begründet nur dann eine Beistandspflicht gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn sie das Risiko für die körperliche Unversehrtheit des Hilfebedürftigen erhöht hat.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 19. November 2007 – 2 Ws 297/07; abrufbar unter www.juris.de

Gesundheitsgefahren zu schützen.¹ Als A und B eingriffen, befand sich C nach seinem Zusammenbruch schon in einer hilflosen Lage.

Allerdings kann diese Tatbestandsvariante nach überwiegender Auffassung auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Täter das bereits in einer hilflosen Lage befindliche Opfer in eine andere hilflose Lage gebracht hat oder auf die vorhandene Lage so eingewirkt hat, dass sich die Gefahr für Leben und Gesundheit des Opfers wesentlich erhöht hat.² Das trifft jedoch nicht auf die Maßnahmen zu, die A und B trafen, nachdem C zusammengebrochen war. Im Bahnhofsgebäude befand C sich in einer weniger bedrohlichen Lage als zuvor im Schnee.

Näher zu untersuchen ist die Tat handlung des **Im-Stich-Lassens in hilfloser Lage** nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Zwar drängt der Wortlaut zu einer raschen Verneinung. Man könnte

¹ Rengier, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2007, § 10 Rn. 5.

² Kindhäuser, LPK-StGB, 3. Aufl. 2006, § 221 Rn. 8; Neumann in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 221 Rn. 15; a. A. Horn/Wolters in SK, § 221 Rn. 4.

sagen, A und B seien doch bei C geblieben und hätten ihn daher nicht im Stich gelassen. Damit würde jedoch die anerkannte Bedeutung des Merkmals verfehlt.³ Danach kommt es auf eine räumliche Entfernung gerade nicht an. Dafür spricht insbesondere die Gesetzgebungsgeschichte. Mit der Änderung der Bezeichnung der Tathandlung – Im-Stich-Lassen statt Verlassen – sollten gerade auch solche Fälle erfasst werden, in denen der Täter dem Opfer seine Hilfe versagt hat, ohne sich räumlich von ihm zu entfernen.

Bei der näheren Befassung mit dem Merkmal des Im-Stich-Lassens wird deutlich, dass es nicht unabhängig von dem weiteren Tatbestandsmerkmal untersucht werden kann, demzufolge der Täter zum Beistand verpflichtet gewesen sein muss. Der Vorwurf, einen anderen im Stich gelassen zu haben, trifft nur denjenigen, der zur Hilfeleistung verpflichtet gewesen wäre.

Der Inhalt der **Beistandspflicht** ergibt sich ebenfalls aus einem inner-tatbestandlichen Bezug. Zum Tatbestand gehört noch, dass das Opfer durch die Tathandlung in die konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht worden ist. Beistandspflichtig ist also derjenige, der als Garant dafür verantwortlich ist, dass Lebens- und Gesundheitsgefahren vom Opfer abgewendet werden.

Was die Grundlagen einer solchen Garantienpflicht betrifft, so kann auf die Dogmatik zurückgegriffen werden, die im Zusammenhang mit § 13 StGB entwickelt worden ist.⁴ Im vorliegenden Fall bieten sich mehrere Anknüpfungspunkte an.

Rasch erledigen lässt sich der Gedanke, dass A als **Inhaber der Wohnung**, in der C ein Übermaß an Rauschmitteln zu sich genommen hat, zu weiterreichenden Hilfsmaßnahmen

verpflichtet gewesen sein könnte. Nur wenn besondere Umstände hinzutreten, kann die Aufnahme von Personen in die eigene Wohnung eine Schutzfunktion begründen.⁵ Der gemeinsame Konsum von berauschenden Mitteln macht den Wohnungsinhaber noch nicht zum Garanten für Mitzecher.

Ferner sind **Zechgenossen** nicht untereinander zur Hilfe verpflichtet,⁶ so dass A und B auch nicht unter diesem Gesichtspunkt zur Verantwortung gezogen werden können.

In Betracht kommt noch eine Garantienstellung auf Grund des unmittelbaren **Vorverhaltens**. A und B könnten dadurch beistandspflichtig geworden sein, dass sie C nach seinem Zusammenbruch in den Bahnhof brachten. Die Pflicht könnte weiterreichende Hilfsmaßnahmen als die bloße Unterstützung, Begleitung und Beobachtung zum Gegenstand gehabt haben, nämlich ein früheres Herbeirufen des Notarztes.

Damit ist ein allgemeiner Gedanke der Lehre über Garantienstellungen angesprochen: die Entstehung von Schutz- und Beistandspflichten durch gefährdendes Vorverhalten (Ingerenz).⁷ Rechtsprechung und Literatur haben diesen Gedanken speziell ausgeformt für das auch hier vorliegende Vorverhalten einer **begonnenen Hilfeleistung**. Danach hat derjenige, der einem Hilfsbedürftigen beisteht, dann eine Pflicht zu weitergehender Hilfe, wenn sein Handeln die Situation des Hilfsbedürftigen wesentlich in der Weise verändert hat, dass nunmehr ein bestimmtes Folgeverhalten erwartet werden kann.⁸

Der Kern dieser Formel – wesentliche Veränderung – ist sehr unbestimmt, so dass sich damit nur schwer klare Ergebnisse erzielen lassen. Wün-

³ Vgl. zum Folgenden Rengier (Fn. 1), § 10 Rn. 10; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 202.

⁴ Vgl. Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 202.

⁵ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 720.

⁶ Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 18 Rn. 66.

⁷ Näher dazu Kühl (Fn. 6), § 18 Rn. 91 ff.

⁸ BGH NJW 1993, 2628, 2629; Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 221 Rn. 5.

schenswert erscheint insbesondere eine solche Präzisierung, die etwas über die Richtung der Veränderung aussagt.

So liegt es im vorliegenden Fall nahe, dass A und B zu ihrer Verteidigung vorbringen, die Veränderung der Lage sei für C vorteilhaft gewesen. Sollte gleichwohl angenommen werden, dass A und B zu weitergehendem Beistand verpflichtet gewesen seien, so müsste sich künftig jeder gut überlegen, ob er helfend eingreift. Wer durch Erste Hilfe die Situation eines Hilfebedürftigen irgendwie verändert, müsste stets auch Zweite Hilfe leisten.⁹

Bedenken ergeben sich ferner, wenn auf den allgemeinen Gesichtspunkt der Ingerenz zurückgegriffen wird, der in dieser speziellen Ausformung einer Garantenstellung verarbeitet ist. Eine Garantenstellung aus Ingerenz verlangt mehr als eine Veränderung der Lage durch das Vorverhalten. Dieses muss vielmehr gefahrbe gründend oder gefahrerhöhend und nach überwiegender Ansicht auch pflichtwidrig gewesen sein.¹⁰ All dieses ist im vorliegenden Fall nicht recht ersichtlich.

Denkbar erscheint allenfalls die folgende Argumentation: A und B haben durch die Übernahme der Betreuung die Gefahr für C erhöht, weil damit für andere Hilswillige, die möglicherweise sofort den Notarzt gerufen hätten, ein Anlass zum Eingreifen entfallen ist. Der Sachverhalt gibt dafür allerdings wenig her. Die Annahme erscheint doch reichlich spekulativ, dass dem im Schnee liegenden C durch andere Personen besser geholfen worden wäre.

Außerdem wäre in subjektiver Hinsicht zu bezweifeln, dass A und B ihr Handeln als gefahrerhöhend eingeschätzt haben. Das wäre aber für die

Annahme vorsätzlichen Handelns erforderlich.

Zwischenbilanz: Es erscheint zwar nicht ausgeschlossen, dass A und B sich wegen Aussetzung (mit Todesfolge) gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 (Abs. 3) StGB strafbar gemacht haben; gewichtige Gründe sprechen aber dagegen.

In Betracht zu ziehen sind daher auch Strafvorschriften, die ansonsten unter dem Gesichtspunkt der Gesetzes einheit zurücktreten würden: fahrlässige Tötung gemäß § 222 StGB und unterlassene Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB.

Der Vorwurf **fahrlässiger Tötung** müsste ebenfalls an das Unterlassen eines früheren Anrufs beim Notarzt anknüpfen. Somit bedarf es auch in diesem Zusammenhang einer Garantenstellung nach § 13 StGB, was wiederum die eben gerade erörterten Bedenken hervorruft.

Die erhöhten Anforderungen einer Garantenstellung gelten nicht für die allgemeine Hilfspflicht nach **§ 323 c StGB**. Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift würde zunächst voraussetzen, dass der rauschmittelbedingte Zusammenbruch des C einen **Unglücksfall** darstellte. Darunter wird ein plötzliches äußeres Ereignis verstanden, das die unmittelbare Gefahr eines erheblichen Schadens für Personen oder Sachen von bedeutendem Wert hervorruft.¹¹ Dass die gefährdete Person die Gefahr selbst, z. B. durch Drogenkonsum, verursacht hat, hindert die Annahme eines Unglücksfalles grundsätzlich nicht.¹²

Allerdings löst ein bloßer Rauschzustand die Hilfspflicht nach § 323 c StGB noch nicht aus. Es bedarf des Eintritts einer Krisensituation, die ein sofortiges Eingreifen erforderlich macht.¹³ Sie dürfte anzunehmen sein, wenn die im

⁹ Vgl. zu dem daraus resultierenden Einwand gegen die Annahme einer Beistandspflicht gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB allein schon wegen erster Hilfsmaßnahmen *Hoyer*, NStZ 1994, 85.

¹⁰ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 953 ff.; *Kühl* (Fn. 6), § 18 Rn. 91 ff.

¹¹ *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 299.

¹² Ausnahme: absichtliche Herbeiführung, vgl. *Fischer* (Fn. 8), § 323 c Rn. 2 a.

¹³ Vgl. *Wohlers* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 323 c Rn. 4.

Rausch befindliche Person, wie hier C, zusammenbricht und im Schnee liegen bleibt.

Zu leisten ist im Falle eines Unglücks die erforderliche Hilfe. Sie könnte hier im sofortigen Herbeiholen ärztlicher Hilfe zu sehen sein. Für eine Strafbarkeit müsste aber auch ein entsprechender Vorsatz gegeben sein. A und B müssten mindestens bedingt diese Maßnahme als erforderlich angesehen und auf ihre Durchführung verzichtet haben. Ihr Verhalten lässt jedoch eher darauf schließen, dass sie es für ausreichend hielten, C zu beobachten, um auf Veränderungen reagieren zu können.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Stuttgart hatte über die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss des Landgerichts zu befinden. Dieses hatte, nachdem die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Aussetzung mit Todesfolge erhoben hatte, das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht lediglich unter dem Gesichtspunkt unterlassener Hilfeleistung eröffnet. Der Senat verneint nunmehr jede Strafbarkeit und lehnt daher überhaupt die Eröffnung des Hauptverfahrens ab.¹⁴

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen Ausführungen zur Beistandspflicht gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Das Gericht hält die Auffassung für korrekturbedürftig, dass aus einer begonnenen Hilfeleistung eine Beistandspflicht dann entstehe, wenn die Hilfsmaßnahmen zu einer wesentlichen Veränderung der Lage des Opfers geführt hätten. Kritisiert wird die Unbe-

stimmtheit des Kriteriums der wesentlichen Veränderung. Unter Berufung auf den Gedanken der Ingerenz wird zudem geltend gemacht, dass nur eine solche Veränderung beachtlich sein könne, die das Lebens- und Gesundheitsrisiko des Opfers erhöht habe.

Dass eine solche Verschlechterung der Opfersituation nötig sei, wird zusätzlich auf eine Argumentation gestützt, die Schutzzwecküberlegungen mit Erwägungen zur Gleichbehandlung verbindet: „Dem Schutzzweck des § 221 StGB liefe es geradezu zuwider, würde derjenige, der für einen Hilfebedürftigen risikoneutrale oder gar –mindernde Hilfeleistungen erbringt, durch deren Nichtfortsetzung strafbar, während derjenige straflos bliebe, der von vorne herein keinerlei Hilfe leistet. Eine solche Differenzierung erschiene daher auch im Lichte des Art. 3 GG bedenklich. Es gibt keinen Grund, den Helfenden schlechter zu stellen, der die Situation des Hilfsbedürftigen verbessert, als denjenigen, der sich jeder Hilfe entzieht.“¹⁵

Der Senat hält es für unwahrscheinlich, dass die Hauptverhandlung zur Feststellung eines Sachverhalts führt, der eine Risikosteigerung durch das Eingreifen von A und B ergibt. Im Übrigen meint er, dass auch ein entsprechender Vorsatz nicht nachweisbar sei.

Am Vorsatzerfordernis scheidet aus der Sicht des Senats auch die Möglichkeit einer Bestrafung von A und B wegen unterlassener Hilfeleistung. Angesichts der von ihnen geleisteten Hilfe könne „nicht davon ausgegangen werden, dass sie das Unterlassen eigentlich erforderlicher Hilfe auch gebilligt hätten“¹⁶.

¹⁴ Für die Staatsanwaltschaft ging der Schuss also nach hinten los. Rechtlich ist eine solche Entscheidung mit gegenläufiger Tendenz zum Ziel des Rechtsmittels durchaus zulässig. Das Beschwerdegericht überprüft auf eine zulässige Beschwerde hin die gesamte Eröffnungsentscheidung – auch zugunsten des Angeschuldigten; vgl. BayObLG NJW 1987, 511.

¹⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 19. November 2007 – 2 Ws 297/07, abrufbar unter www.juris.de, Rn. 10.

¹⁶ OLG Stuttgart (Fn. 15), Rn. 17.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Umgang mit § 221 StGB ist schwierig. Das hat damit zu tun, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift durch ihre Neufassung im Jahr 1998 erheblich ausgedehnt worden ist. Die Reform hat dem Tatbestand Konturen eines allgemeinen Lebens- und Gesundheitsgefährdungsdelikts verliehen.¹⁷ Daher muss in Fällen, in denen es um diese Rechtsgüter geht, stets die Möglichkeit einer Anwendung der Strafvorschrift bedacht werden.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus der **Struktur des Tatbestandes**.¹⁸ Sie besteht aus zwei Elementen, aus den Tatmodalitäten in § 221 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie aus der angehängten Klausel konkreter Gefährdung. Zwischen beiden muss ein Kausalitäts- und Zurechnungszusammenhang bestehen. Unbedingt ist zu beachten, dass der gesamte Tatbestand unter Einschluss der konkreten Gefährdung vom Vorsatz umfasst sein muss. Das wird bei Fallbearbeitungen häufig übersehen.

Zusätzliche Probleme bereitet der Umstand, dass auch schon das erste Element ein Gefährdungsmoment enthält. Zur Tathandlung gehört in beiden Varianten das Merkmal der hilflosen Lage. Hilflos ist das Aussetzungsoffer, wenn es sich nicht aus eigener Kraft vor drohenden Lebens- oder Gesundheitsgefahren schützen kann.¹⁹

Wie verhalten sich die beiden Gefährdungslagen zueinander? Lassen sie sich überhaupt trennen? Einige meinen: nein.²⁰ Die h. M.²¹ hält sich dagegen an den Gesetzeswortlaut, der eine Trennung verlangt (... und dadurch ...). Sie

¹⁷ Vgl. *Struensee* in Dencker u. a., Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 35 ff.

¹⁸ Vgl. zum Folgenden das Aufbauschema bei *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 3.

¹⁹ Vgl. die Definition o. unter 2. mit Fn. 1.

²⁰ So z. B. *Jähnke* in LK, StGB, 11. Aufl., § 221 Rn. 7.

²¹ Z. B. *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 14; *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 199, 203.

nimmt das Verhältnis einer Gefährdungssteigerung an. Die konkrete Gefährdung muss sich aus der hilflosen Lage entwickelt haben, was bedeuten soll, dass der Täter durch seine Handlung eine von ihm geschaffene oder bereits bestehende Gefahrenlage verschärft haben muss.

Eine Fülle von Detailfragen werfen die Handlungsmodalitäten in Abs. 1 Nr. 1 und 2 auf. Einige davon haben wir unter 2. ansprechen können, weil ein Fallbezug bestand. Empfohlen sei, sich durch Lektüre eines Grundrisses mit den übrigen vertraut zu machen.

In praktischer Hinsicht kann die Entscheidung als ein Indiz dafür gewertet werden, dass die Justiz bemüht ist, den Tatbestand der Aussetzung einzugrenzen, nachdem ihn der Reformgesetzgeber stark ausgeweitet hat.

5. Kritik

Die Verfahrensgeschichte des Falles²² führt auf beklemmende Weise vor Augen, wie groß und damit bedrohlich für Betroffene juristische Entscheidungsspielräume sein können. Mit der Anklage wegen Aussetzung mit Todesfolge ist den Angeklagten, die sich doch immerhin um Hilfe bemüht hatten, eine Straftat angelastet worden, für die das Gesetz eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahre vorsieht. Das Landgericht hat die Tat immer noch und nunmehr unter dem Gesichtspunkt unterlassener Hilfeleistung für strafbar gehalten. Das daraufhin von der Staatsanwaltschaft angerufene Oberlandesgericht bewertete denselben Sachverhalt schließlich als straflos. Von der Anklageerhebung bis zur Entscheidung des Oberlandesgerichts vergingen drei Monate, in denen über den Angeklagten das Damoklesschwert einer Verurteilung wegen eines Verbrechens hing.

In der Sache ist der Entscheidung uneingeschränkt zuzustimmen. Das Oberlandesgericht hat inhaltlich zutref-

²² S. oben 3.

find die Beistandspflicht in Fällen begonnener Hilfeleistung präzisiert.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Ernestos-K. Tschaschnig zugrunde.)

1. Sachverhalt¹

A beobachtet, wie die bei einem Wettbüro beschäftigte B gegen Abend einen geschlossenen Karton aus dem Geschäft trägt, um ihn in den geöffneten Kofferraum eines Autos zu laden. Er vermutet in dem Karton die Tageseinnahmen oder sonstige Wertgegenstände und beschließt, B zu überfallen. Mit einer Reizgasdose, die er bei sich führt, will er sie wehrlos machen, den Karton in sein 150 m entfernt geparktes Auto bringen und davonfahren. Als B sich mit dem Karton über den Kofferraum beugt, tritt A an sie heran und sprüht ihr das Reizgas ins Gesicht. B kann daraufhin nichts mehr sehen. Sie lässt den Karton fallen und läuft laut schreiend ins Geschäft zurück. A ergreift den Karton, rennt damit zu seinem Fahrzeug, legt ihn hinein und setzt sich ans Steuer. Am Wegfahren wird er jedoch durch C gehindert, der den Vorfall beobachtet hat und sein Fahrzeug direkt vor den Wagen des A fährt. A springt aus dem Wagen und ergreift zu Fuß die Flucht. Er wird aber kurz darauf in einem Hinterhof von der Polizei gefasst. Es stellt sich heraus, dass der im Wagen des A zurückgebliebene Karton lediglich Kopierpapier enthält.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

April 2008
Karton-Fall

Raub / Zueignungsabsicht / Fehlvorstellung über die entwendete Sache / Behältnis als Objekt der beabsichtigten Zueignung

§§ 250 Abs. 2 Nr. 1, 249, 22, 23 StGB

Leitsatz der Verf.:

Fehlvorstellungen des Täters bezüglich des weggenommenen Objekts der beabsichtigten Zueignung sind grundsätzlich unbeachtlich; das gilt umso mehr, wenn der Täter keine konkrete Vorstellung von der wegzunehmenden Sache hat, sondern es sich nach seiner Überlegung nur jedenfalls um ‚etwas Wertvolles‘ handelt.

LG Düsseldorf, Urteil vom 2. Februar 2007 – 1 KLs 23/06; veröffentlicht in NSTz 2008, 155.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die fallrelevanten Deliktsbereiche sind leicht herauszufinden: Körperverletzung und Raub.

Was die Körperverletzung betrifft, so lässt sich das Sprühen mit dem Reizgas klar als **gefährliche Körperverletzung** in der Variante der Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB einordnen. Das ins Gesicht gesprühte Reizgas kann erhebliche Verletzungen herbeiführen und stellt somit ein gefährliches Werkzeug dar.²

² Vgl. zu den Anforderungen an das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs *Rengier*, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2007, § 14 Rn. 9 f. – Auch eine Anwendung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Giftbeibringung) kommt in Betracht, sofern man die äußere Anwendung einbezieht, was dann allerdings zu Überlappungen der beiden Qualifikationstatbestände

Das Merkmal der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs führt auch beim Raub zu einer Qualifizierung. Zu prüfen ist ein **schwerer Raub** gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Mit dem darin enthaltenen Grundtatbestand des Raubes ist das Fallproblem verbunden: Wie ist ein Täter zu bestrafen, der gewissermaßen die „Katze im Sack“³ raubt und sich in seiner Erwartung enttäuscht sieht?

Diskutiert wird darüber, ob in Fällen dieser Art wegen vollendeten (schweren) Raubes oder nur wegen Versuchs zu bestrafen ist. Das Problem kann in gleicher Weise beim Diebstahl auftreten. Allerdings bieten Rechtsprechung und Lehre kaum einmal eine nähere Begründung dafür, wieso statt einer vollendeten Tat auch ein bloßer Versuch angenommen werden kann.⁴ Wir wollen uns hier um eine schrittweise Erläuterung bemühen.

Klarzustellen ist zunächst, dass im vorliegenden Fall ein Versuch nicht etwa mangels Vollendung der Wegnahme in Betracht kommt. Spätestens als A den Karton in seinen Wagen lud, schloss er die tatbestandliche Handlung der Wegnahme ab. Auch wenn C ihn am Wegfahren hinderte, so befand sich der Karton nunmehr doch in seinem Gewahrsam. Denn die Verkehrsanschauung ordnet den Gewahrsam an Sachen in einem Fahrzeug demjenigen zu, der die Sachherrschaft über dieses Fahrzeug ausübt.

Die Versuchslösung knüpft daran an, dass die objektiven Umstände und das vom Täter Gewollte auseinander fallen. So hat sich im vorliegenden Fall A etwas verschafft, nämlich Kopierpapier, woran er (vermutlich) nicht interessiert war. Was ihn hingegen interessierte, nämlich die Tageseinnahmen oder sonstige Wertgegenstände, hat er nicht bekommen.

führt; vgl. dazu *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 40.

³ So auch schon die Problemkennzeichnung durch *Streng*, JuS 2007, 422.

⁴ Ausnahme: *Streng*, JuS 2007, 422.

Diese Divergenz kann A zwar nicht in der Weise entlasten, dass ihm ein **Tatumstandsirrtum** nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zugute kommt. Er hat den Karton samt Inhalt, so wie er ihn wahrgenommen hat, entwendet und somit, wie der Raubtatbestand erfordert, eine Sache vorsätzlich weggenommen.

Dagegen spricht nicht etwa der Umstand, dass er sich einen anderen Kartoninhalt vorgestellt hat. Der vorgestellte Inhalt mag für das Motiv des Handelns maßgeblich gewesen sein. Der Tatumstandsirrtum betrifft jedoch nicht das Motiv, sondern die Kenntnis der Umstände. Da A sich darüber im Klaren war, dass er einen ihm nicht gehörenden Gegenstand entwendete und da dieser Gegenstand das Tatbestandsmerkmal der fremden beweglichen Sache erfüllte, handelte A auch insoweit mit dem erforderlichen Vorsatz.⁵

Auswirkungen könnten sich jedoch im Hinblick auf den sonstigen subjektiven Tatbestand ergeben. Dieser besteht – wie beim Diebstahl – in der Absicht, die Sache sich oder einem Dritten (rechtswidrig) zuzueignen. Die beabsichtigte Zueignung umfasst die Elemente der Enteignung des bisherigen Eigentümers und der Selbst- oder Dritteaneignung.⁶ Anerkannt ist, dass hinsichtlich der Enteignung bedingter Vorsatz genügt, während für das Element der Aneignung ein zielgerichteter Wille, also mindestens direkter Vorsatz, gegeben sein muss.

Ausschließen können wir, dass das Problem die Enteignung betrifft. A wollte den Eigentümer des Kartons und seines Inhaltes dauerhaft aus seiner Sachherrschaftsposition verdrängen.

⁵ Es ist wohl unschädlich, in diesem Zusammenhang die Figur des unbeachtlichen error in objecto heranzuziehen (so *Streng*, JuS 2007, 422, 423). Freilich bedarf es ihrer nicht, weil jedenfalls hinsichtlich des Kartons kein Wahrnehmungsfehler vorlag.

⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 476 f.

Anhaltspunkte für einen etwaigen Willen, die Sache an den Eigentümer zurückgelangen zu lassen, sind nicht ersichtlich. Die Fehlvorstellung des A über den Inhalt ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Anderes könnte hinsichtlich der Aneignungsabsicht gelten. Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat würde voraussetzen, dass A mit der Wegnahme mindestens direkt vorsätzlich eine Erweiterung seines Vermögensbestandes um das entwendete Objekt bezweckte. Das lässt sich verneinen, weil A die Tageseinnahmen oder sonstige Wertgegenstände und keine geringwertigen Sachen wie das im Karton befindliche Kopierpapier erlangen wollte.

Wer diese Argumentation überzeugend findet, gelangt zu einer Verneinung einer Strafbarkeit wegen vollendeten schweren Raubes am tatsächlichen Tatobjekt und zu einer Bejahung einer Strafbarkeit wegen versuchten schweren Raubes an dem vorgestellten Tatobjekt.

Halten wir kurz inne: Es mag zunächst verwundern, dass hier – anders als beim Vorsatz – die Fehlvorstellung relevant sein soll. Eine Gleichbehandlung scheint näher zu liegen.⁷ Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, dass das Merkmal der Aneignungsabsicht höhere subjektive Anforderungen stellt und in einem anderen Bezug zum Tatobjekt steht.⁸ Aneignung bedeutet die Einverleibung der Sache in den Güterbestand.⁹ Für den, der das beabsichtigt, können bestimmte Sacheigenschaften durchaus von Bedeutung sein, während es auf diese Eigenschaften nicht ankommt, wenn festgestellt werden soll,

ob der Täter vorsätzlich eine Sache weggenommen hat.

Die Versuchslösung ist **zwei Einwänden** ausgesetzt.

Der erste betrifft die Würdigung der Tatumstände. Beim Raub der „Katze im Sack“ ist sich der Täter in der Regel der Ungewissheit bewusst. Daraus lässt sich eine **Erweiterung der Aneignungsabsicht** ableiten: Es entspreche der regelmäßig anzutreffenden Motivation eines Räubers oder Diebes, dass er sich, falls das erwartete Objekt nicht enthalten sei, auch einen anderen Inhalt aneignen wolle, sofern dieser nur irgendwie für ihn brauchbar sei.¹⁰ Dementsprechend könnte im vorliegenden Fall angenommen werden, dass A sich zwar möglichst die Tageseinnahmen oder sonstige Wertgegenstände, aber auch einen anderen irgendwie werthaltigen Kartoninhalt habe aneignen wollen. Dazu könnte das Kopierpapier gerechnet werden. A hätte es selbst benutzen oder veräußern können.

Der zweite Einwand gelangt zur Annahme einer vollendeten Tat, indem anstelle der Katze der Sack zum Objekt der beabsichtigten Zueignung gemacht wird.¹¹ Werde das **Behältnis als Transportmittel** zur Sicherung der Beute benötigt, so liege jedenfalls eine darauf bezogene Aneignungsabsicht vor. Der Täter beabsichtige, diesen Gegenstand wie ein Eigentümer zu benutzen und ihn damit in sein Vermögen einzuverleiben. Unschädlich sei es, wenn der Täter sich des Behältnisses anschließend entledigen wolle, weil generell die beabsichtigte Aneignung nicht von Dauer sein müsse. Für die Anwendung dieses Ansatzes auf den

⁷ Für eine Gleichbehandlung: *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 200, § 13, Rn. 131.

⁸ Vgl. *Streng*, JuS 2007, 422, 424;

⁹ Es wird hier die Definition von *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 120, übernommen. Sie stellt gegenüber der üblichen Definition (Einverleibung in das Vermögen) klar, dass auch wertlose Sachen taugliche Diebstahlsobjekte sind.

¹⁰ Angedeutet findet sich diese Position in BGH NSTZ 1996, 599 (Entwendung der Geldbörse eines Taxifahrers, in der der Täter, anders als erhofft, nur wenige Münzen vorfindet); vgl. auch *Schmitz* in: MüKo, StGB, § 242 Rn. 133.

¹¹ Vgl. dazu und zum Folgenden *Rengier*, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 2 Rn. 80; *Kindhäuser*, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2005, § 2 Rn. 110.

vorliegenden Fall könnte angeführt werden, dass A sich des Kartons zumindest für den Weg zu seinem Wagen als Transportmittel bedienen wollte.

Für das Landgericht Düsseldorf, das im vorliegenden Fall zu entscheiden hatte, war noch folgender Umstand von Bedeutung. In mehreren ähnlich gelagerten Fällen hat der Bundesgerichtshof lediglich eine Versuchsstrafbarkeit angenommen.¹² Dabei hat er sich eines Argumentes bedient, das hier nicht zum Zuge kommen konnte, weil die Sachlage insoweit eine andere war. In den BGH-Fällen hatten die Täter die Beute zunächst sichern können. Dabei hatten sie festgestellt, dass der Inhalt nicht ihrer Erwartung entsprach, und sich der Sache entledigt. Diesen Umstand hat der BGH als Beweisanzeichen dafür gewertet, dass auch schon zum Zeitpunkt der Wegnahme keine Zueignungsabsicht an der tatsächlich entwendeten Sache vorhanden gewesen sei. An einem solchen Beweisanzeichen fehlt es im vorliegenden Fall, weil A nicht mehr dazu kam, den Karton zu öffnen.

Praktisch ergab sich daraus für das Landgericht eine Erweiterung seines Entscheidungsspielraums. Es musste nicht aus einem Nachtatverhalten bestimmte Konsequenzen für die Anwendung des Merkmals der Zueignungsabsicht ziehen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das LG Düsseldorf entscheidet sich für die Vollendungslösung. In seiner Begründung nutzt es den eben aufgezeigten Spielraum, indem es maßgeblich die tatrichterliche Überzeugung zur Geltung kommen lässt. Die Kammer sei davon überzeugt, dass im Falle geglückter Flucht der Angeklagte den Karton nicht etwa weggeworfen, sondern seinen Inhalt einem „wirtschaftlich sinnvollen Zweck“¹³ zugeführt hätte,

indem er das Papier selbst benutzt, veräußert oder an ihm nahe stehende Personen weitergegeben hätte.

Damit wollten die Richter etwas, was im Urteil nicht mehr ausgeführt wird: Aus diesem von uns als sicher angenommenen Nachtatverhalten ist zu schließen, dass der Angeklagte bereits zum Zeitpunkt der Wegnahmehandlung mit der Absicht gehandelt hat, sich auch einen solchen Kartoninhalt anzueignen.

Wäre es bei dieser Begründung geblieben, so hätten wir es mit einer Einzelfallentscheidung zu tun, die für die Rechtsentwicklung nicht weiter von Belang wäre. Das Landgericht hat jedoch seine Entscheidung auf bemerkenswerte Weise abgesichert.

Zum einen hat es das Vorliegen einer vollendeten Tat mit der Annahme einer Aneignungsabsicht hinsichtlich des Kartons begründet. Für die Beutesicherung habe A den Karton als Transportmittel verwenden und sich auf diese wie ein Eigentümer verhalten wollen.¹⁴

Wichtiger noch ist eine weitere Begründung, mit der sich die Kammer offen gegen die bisherige BGH-Rechtsprechung wendet. Sie hält grundsätzlich Fehlvorstellungen des Täters bezüglich des weggenommenen Objekts für unbeachtlich. Dies gelte „umso mehr, wenn der Täter – wie vorliegend – keine konkrete Vorstellung von der wegzunehmenden Sache hat, sondern es sich nach seiner Überlegung nur jedenfalls um ‚etwas Wertvolles‘ handelt“¹⁵. In derartigen Fällen könne das Vorliegen der Zueignungsabsicht zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht zweifelhaft sein. Daran ändere sich nichts, wenn die Absicht später auf Grund enttäuschter Erwartung aufgegeben werde. Der in der älteren Rechtsprechung anzutreffende Gedanke eines zunächst unbestimmten Aneignungswillens, der sich erst später bei Öffnung

¹² BGH NStZ 2006, 686; NStZ 2004, 333; NStZ 2000, 531; NStZ-RR 2000, 343.

¹³ LG Düsseldorf, NStZ 2008, 155, 156.

¹⁴ LG Düsseldorf, NStZ 2008, 155, 156.

¹⁵ LG Düsseldorf, NStZ 2008, 155, 156.

des Behältnisses konkretisiere,¹⁶ stehe im Widerspruch zur zeitlichen Struktur des gesetzlichen Tatbestandes.

Ein zusätzliches Argument bezieht das Landgericht aus einer Fallabwandlung. Es geht der Frage nach, wie der Fall zu behandeln wäre, wenn der Angeklagte sich den Karton unter Gewaltandrohung hätte aushändigen lassen. Für die nunmehr in Betracht kommende schwere räuberische Erpressung gemäß §§ 255, 253, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB sei ohne Bedeutung, ob der Kartoninhalt mit der Vorstellung des Täters übereinstimmt habe. „Denn in diesem Falle wäre ebenfalls nur auf die Bereicherungsabsicht abzustellen und nicht darauf, ob der erstrebte Bereicherungserfolg dem tatsächlich eingetretenen entspricht (vgl. BGHSt 41, 368, 371; NJW 1997, 265, 267). Dies belegt jedoch, dass die Annahme der Beachtlichkeit eines Irrtums über den Inhalt eines Behältnisses für das Vorliegen der Zueignungsabsicht zu Asymmetrien bei der Anwendung von Vermögens- und Eigentumsdelikten führen, weil sie der gesetzlich verordneten Gleichwertigkeit des Tatunrechts des Raubes und der räuberischen Erpressung widerspricht.“¹⁷

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Sowohl für die Lehre als auch für die Praxis sind einfache Lösungen attraktiv, mit deren Hilfe sich schwierige Probleme umgehen lassen. Hier drängt es sich auf, für das schwierige Fallproblem die auf den ersten Blick einfachste Lösung zu wählen, die darin besteht, die Fehlvorstellung bedeutungslos werden zu lassen, indem man den Karton (ohne Inhalt) zum Objekt der beabsichtigten Aneignung erklärt und auf seine Funktion als Transportmittel abstellt. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten. Es sollte auffallen, dass der BGH mit dieser Lö-

sungsmöglichkeit sehr zurückhaltend umgeht.¹⁸

Zu berücksichtigen ist, dass zwischen Wegnahme und Zueignung unterschieden werden muss. Ist die Nutzung des Behältnisses noch Teil des Wegnahmeaktes und will der Täter sich nach Abschluss dieses Aktes seiner entledigen, so erscheint es bedenklich, das Behältnis zugleich als Objekt der Aneignung anzusprechen. Denn diese muss objektiv noch gar nicht vorliegen; nach der Struktur des Tatbestandes genügt zum Zeitpunkt der Wegnahme die Absicht, künftig die Aneignung zu vollziehen.¹⁹ Will der Täter also das Behältnis unverzüglich nach der Wegnahme aufgeben, so spricht das eher gegen die Absicht einer Aneignung. Anderes mag gelten, wenn das Behältnis auch noch einen nicht unerheblichen Zeitraum nach Vollendung der Wegnahme als Transportmittel genutzt werden soll. Dafür gibt es im vorliegenden Fall aber keine Anhaltspunkte.

Es empfiehlt sich daher nicht, dem Kern des Problems auszuweichen, der in der Fehlvorstellung vom Inhalt besteht. Vielmehr sollte eine gutachtliche Prüfung ihn zunächst in Angriff nehmen und erst in zweiter Linie die Zueignung des Behältnisses thematisieren.

Mit zwei Fallabwandlungen wollen wir dazu beitragen, Zusammenhänge zu verdeutlichen.

Nehmen wir einmal an, dass der Karton leer gewesen ist. Jetzt führt kein Weg mehr an der Versuchslösung vorbei.²⁰ Daraus lässt sich ein Argument entwickeln gegen die Ansicht, dass im-

¹⁸ In ähnlich gelagerten Fällen, in denen die Täter ein geraubtes Behältnis erst später geöffnet hatten, hat der BGH diese Lösungsmöglichkeit ohne nähere Begründung verneint (NStZ 2000, 531) oder gar nicht erst angesprochen (NStZ 2006, 686).

¹⁹ Vgl. Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 38; Wesels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 57.

²⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 2569; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 63.

¹⁶ Das LG Düsseldorf verweist hier auf RGSt 54, 227, 229; OLG Celle NJW 1970, 1139, 1140.

¹⁷ LG Düsseldorf, NStZ 2008, 155, 156.

mer schon dann Tatvollendung anzunehmen ist, wenn das Behältnis etwas irgendwie Brauchbares enthält.²¹ Diesem Kriterium würden auch Inhalte wie Verpackungsmaterialien oder alte Zeitungen genügen. Es wäre jedoch wenig überzeugend, den Unterschied zwischen „nichts“ und „fast nichts“ für eine Differenzierung nach Versuch und Vollendung maßgeblich sein zu lassen. Es ist also wohl doch nötig, eine Lösung zu wählen, die konkret an die Vorstellung des jeweiligen Täters anknüpft.

In unserer zweiten Fallabwandlung agiert ein rationaler Täter, der sich der Ungewissheit bewusst ist. Er will seine Entscheidung über eine Zueignung zurückstellen bis zu dem Zeitpunkt, in dem er in der Lage ist, den Inhalt des Kartons zu inspizieren.²² In dieser Konstellation fehlt es für den maßgeblichen Zeitpunkt der Wegnahme an einer Zueignungsabsicht, weil der Täter noch nicht entschieden hat, ob er sich die Sache überhaupt zueignen will. Entscheidet er sich nach Überprüfung des Inhalts für eine Zueignung, so greift nunmehr eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gemäß § 246 StGB ein. Entledigt er sich dagegen der Sache, so kommt nur eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB in Betracht.

5. Kritik

Auch die Karte, die das Landgericht ganz zum Schluss zieht, erweist sich nicht als der erhoffte Trumpf. Der Verweis auf die räuberische Erpressung hilft schon deswegen nicht weiter, weil das Problem nicht raubspezifisch ist, sondern das Diebstahlelement des Raubes betrifft. Die vom Landgericht erhobene Forderung nach einer Angleichung aus systematischen Gründen erfasst jedoch nur den Bereich der Raubdelikte.

²¹ Vgl. zum Folgenden *Streng* JuS 2007, 422, 424.

²² Vgl. zur Lösung dieser Fallabwandlung; BGHSt 16, 190, 192 f.; *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 84; *Streng*, JuS 2007, 422, 425.

Wichtiger noch ist: Das Sachargument ist unzutreffend. Es stimmt keineswegs, dass bei der (räuberischen) Erpressung das tatsächlich Erlangte für die Beurteilung der Frage bedeutungslos ist, ob der Täter mit Bereicherungsabsicht gehandelt hat. Erhält der Täter etwas völlig anderes als das, worum er sich bereichern wollte, so wird hier ebenfalls ein bloßer Versuch statt Vollendung angenommen.²³ Dafür spricht auch das Erfordernis der Stoffgleichheit zwischen Vermögensnachteil und erstrebter Bereicherung.²⁴

Zu Unrecht nimmt das Landgericht für seine entgegen gesetzte Ansicht den Bundesgerichtshof in Anspruch nimmt. Dieser hat sich eindeutig dahingehend geäußert, dass ein bloßer Erpressungsversuch anzunehmen ist, wenn der Täter ein aliud erhält. Das soll auch für den Fall gelten, dass er von vornherein fest entschlossen ist, nur eine bestimmte Geldsumme anzunehmen und ihm eine geringere Summe übergeben wird, die er sofort zurückweist.²⁵

Die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die das Landgericht für seine Ansicht anführt, sagen nichts anderes. In diesen Fällen erhielt der Täter jeweils einen geringeren Betrag als den geforderten; es gab aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die Täter entschlossen gewesen wären, den geringeren Betrag zurückzuweisen.²⁶

Loben können wir daher leider nur den Mut eines Untergerichts, sich kritisch mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinanderzusetzen.

²³ Vgl. *Kindhäuser*, LPK-StGB, 3. Aufl. 2006, § 253 Rn. 42; *Rengier* (Fn. 11), § 11 Rn. 60

²⁴ Vgl. zu diesem Erfordernis bei der Erpressung *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 717.

²⁵ BGHR StGB § 253 Vollendung 1 geringer Betrag; BGH MDR 1982, 280 bei Holtz.

²⁶ BGHSt 41, 368, 371; BGH NJW 1997, 265, 268.

1. Sachverhalt¹

A will B, der gerade dabei ist, in sein Auto zu steigen, überfallen und von ihm Geld erbeuten. Während B auf dem Fahrersitz Platz nimmt, gelangt A unbemerkt auf die Rückbank des Fahrzeugs. Noch bevor B das Auto in Gang setzt, bedroht A ihn mit einer ungeladenen Gaspistole. Er fordert ihn auf, seinen Weisungen Folge zu leisten. Andernfalls werde er ihm „das Gehirn wegblasen“. B startet, wie A von ihm verlangt, den Wagen und fährt los. Während der Fahrt fordert A ihn auf, zu sagen, wo er Geld verwahrt. Nachdem A erfahren hat, dass sich Geld in einer Tasche auf der Rückbank befindet, entnimmt er die darin enthaltenen 75 Euro. Anschließend lässt er B anhalten und steigt aus.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Vorzustellen ist eine weitere wichtige Entscheidung des 4. Senats des BGH, der für das Straßenverkehrsstrafrecht zuständig ist, zum Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gemäß § 316 a Abs. 1 StGB. Es zeigt sich, dass die Anwendung dieser Vorschrift trotz der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2003, in der sich der Senat für eine restriktive Auslegung ausge-

Mai 2008 Rückbank-Fall

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer / Aufrechterhaltung einer vor Fahrtantritt geschaffenen Zwangslage / Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

§§ 316 a Abs. 1, 239 a Abs. 1, 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 StGB

Leitsatz der Verf.: Erfolgt ein erster nötiger Zugriff bereits vor Fahrtantritt und wird die Zwangslage für den Fahrer während der Fahrt nur aufrechterhalten, so bedarf das Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs in § 316 a Abs. 1 StGB besonders sorgfältiger Prüfung und wird nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein.

BGH, Beschluss vom 25. September 2007 – BGH 4 StR 338/07; veröffentlicht in NSTz 2008, 153.

sprochen hat,² weiterhin erhebliche Probleme bereitet.

Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass A auf B einwirkte, bevor dieser das Fahrzeug startete, und dass er danach die Bedrohung nur noch aufrechterhielt. Schwierigkeiten ergeben sich für die Anwendung zweier Tatbestandselemente. Zum einen geht es um das **Erfordernis des Verübens eines Angriffs auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs**. Zum anderen ist es das **Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs**, das näher zu betrachten ist.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist es durchaus möglich, jemanden auch dann als Führer oder Fahrer eines

¹ Um die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten zu lassen, wurde der Sachverhalt gekürzt und leicht verändert.

² BGHSt 49, 8; vgl. zu der vorangegangenen extensiven Auslegung BGH NSTz 2003, 35, besprochen in Famos Januar 2003 (Taxi-Fall).

Kraftfahrzeugs zu bezeichnen, wenn er gerade nicht fährt, sondern z. B. eine Pause einlegt oder den Wagen für kurze Zeit verlässt. Für § 316 a Abs. 1 StGB fordert der BGH in der erwähnten Grundsatzentscheidung aber ein engeres Verständnis: „Führer im Sinne des § 316 a StGB ist, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.“³ Ein geeignetes Tatopfer ist also nur derjenige Fahrer, der **zum Zeitpunkt des Angriffs** diese Voraussetzungen erfüllt.

Daraus folgt: Allein durch das Richten der Pistole gegen B und die Aufforderung, seinen Weisungen zu folgen, hat A den Tatbestand nicht erfüllt, denn zu diesem Zeitpunkt war B noch nicht mit Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst. In die Prüfung muss die Aufrechterhaltung der Bedrohungssituation einbezogen werden, nachdem B das Fahrzeug in Gang gesetzt hatte.

Doch jetzt zeigt schon der Wortlaut an, dass es Subsumtionsprobleme gibt. Kann davon die Rede sein, dass ein Angriff gegen die Entschlussfreiheit verübt wird, wenn das Opfer die Entschlussfreiheit bereits verloren hat und die Zwangslage lediglich noch aufrechterhalten wird?

Das Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs verstärkt den Zweifel. Soll dieses Merkmal doch dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Angriffe gegen Fahrer eines Kraftfahrzeugs besonders leicht durchführen lassen, weil sie mit der Fahrzeugbeherrschung und der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sind.⁴ Als A die Pistole gegen B richtete, war dieser aber noch nicht mit Fahrvorgängen befasst. Und

als B das Fahrzeug führte, befand er sich bereits in einer Zwangslage.

Rechtsprechung und Literatur geben wenig Hilfestellung.

In einem ähnlich gelagerten Fall konnte der BGH die Frage, „ob auch die – konkludent im Fahrzeug erfolgte – fortdauernde Nötigung zum Mitfahren als ‚Angriff‘ auf den Geschädigten anzusehen ist“, unbeantwortet lassen, weil der Täter im Fahrzeug zusätzlich noch körperliche Gewalt ausübte, was das Gericht dann als Angriff im Sinne von § 316 a StGB wertete.⁵

Die wenigen Meinungsäußerungen, die es in der Literatur gibt, gelangen für Fälle der bloßen Aufrechterhaltung der Zwangslage zur Bejahung eines räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, ohne allerdings eine nähere Begründung zu liefern.⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stimmt der Vorinstanz zu, die zu einer Verurteilung nach § 316 a StGB gelangt war. Seine Begründung besteht aus zwei Schritten.

Zunächst befasst er sich mit dem Merkmal des Verübens eines Angriffs. Nach seiner Ansicht wäre es unvereinbar mit dem **Zweck der Vorschrift, auch die Sicherheit des Straßenverkehrs zu schützen**, wenn die Anwendung sich auf den „ersten nötigen Zugriff“ beschränken müsste.⁷ Es liege auf der Hand, dass auch die Aufrechterhaltung der Bedrohung eines anderen nach Fahrtantritt die Verkehrssicherheit gefährde. Somit müsse auch der Zeitraum bis zur Beendigung des Angriffs erfasst sein.

Der zweite Schritt betrifft das Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs. Hier liegt nach der Auffassung des BGH das eigentliche Problem.

³ BGHSt 49, 8.

⁴ Vgl. BGHSt 50, 169, 172 f.; Küper, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 23; Rengier, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 12 Rn. 17.

⁵ BGH NSTZ 2004, 626.

⁶ Krey/Hellmann, Strafrecht BT 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 233 f.; Sander in MüKo, StGB, 2006, § 316 a Rn. 15.

⁷ BGH NSTZ 2008, 153, 154.

Erforderlich ist, so der Senat, dass der fortdauernde Angriff durch die verkehrsspezifischen Einschränkungen für den Kraftfahrzeugführer erleichtert wird. Die Eigenschaft des Tatopfers als Kraftfahrzeugführer müsse für die Aufrechterhaltung des Angriffs „mindestens mitursächlich“ geworden sein.⁸ Daran fehle es, „wenn der Täter sein Opfer bereits vor der Fahrt unter seine uneingeschränkte Kontrolle gebracht hat und die dadurch geschaffene Nötigungslage während der nachfolgenden Fahrt lediglich unverändert aufrechterhalten wird“.⁹ Das Fahrzeug diene dann nur „Beförderungszwecken“;¹⁰ die Umstände des Fahrens wirkten sich in keiner Weise förderlich für die Fortsetzung des Angriffs aus.

Der BGH führt dafür folgendes Beispiel an. Der Täter überfällt das Opfer in dessen Wohnung und zwingt es mit vorgehaltener Waffe, zu einem Geldautomaten zu fahren, um dort vom Konto des Opfers Geld abzuheben. In Fällen dieser Art habe sich in der Regel bereits vor Fahrtantritt eine **verfestigte Nötigungslage** ergeben, so dass verkehrsbedingte Einschränkungen des Fahrers für deren Aufrechterhaltung belanglos seien.

Davon weicht der vorliegende Fall nach der Ansicht des Senats ab. A habe sich durch die erste Angriffshandlung des B „noch nicht kontrolliert bemächtigt“; vielmehr seien durch die erzwungene Fahrt „die Gegenwehr und insbesondere die Fluchtmöglichkeiten des Opfers erst endgültig eingeschränkt“ worden.¹¹ Somit habe sich die Eigenschaft des Opfers als Kraftfahrzeugführer förderlich für den fortdauernden Angriff ausgewirkt.

Das Ergebnis passt nicht recht zu der zuletzt restriktiven Tendenz des BGH im Umgang mit § 316 a StGB. Eine gewisse Übereinstimmung versucht der Senat aber doch dadurch herzustellen,

dass er zwei allgemeine Anwendungsregeln aufstellt. Sie sollen für Einschränkungen bei der Prüfung des Merkmals der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs in Fällen sorgen, in denen eine Angriffshandlung schon vor Fahrtantritt erfolgt ist. Erstens: In Fällen dieser Art bedarf das Merkmal „besonders sorgfältiger Prüfung“.¹² Zweitens: Es wird „nur in Ausnahmefällen“ zu bejahen sein.¹³

Der vorliegende Fall ist also nach der Einschätzung des Senats ein solcher Ausnahmefall.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall drängt sich auf für eine Verwertung im Prüfungszusammenhang. Denn juristisches Können muss sich hier nicht nur im Umgang mit § 316 a StGB bewähren. Eine Reihe weiterer Tatbestände sind zu prüfen, deren Anwendung Schwierigkeiten bereitet.

Außerdem müssen einige Überlegungen in den **Aufbau** investiert werden, damit eine übersichtliche Lösung gelingt. So wäre es nicht sinnvoll, sich sofort auf § 316 a StGB zu stürzen. Da es zur Ausführung des geplanten Überfalls kam, empfiehlt es sich, vorab vollendete Raubdelikte zu prüfen. Damit wird die Prüfung von § 316 a StGB entlastet. Bei der Untersuchung des Merkmals der Absicht, eine Tat gemäß §§ 249, 252 oder 255 StGB zu begehen, kann dann nämlich Bezug genommen werden.

Eine weitere Vorüberlegung kann helfen, einen Fehler in der Schwerpunktsetzung zu vermeiden. Die Prüfungspraxis zeigt, dass das in mancherlei Hinsicht problematische Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung gern auch bei unpassenden Gelegenheiten thematisiert wird.¹⁴ Um dem vorzubeugen, sollte man die Gewohnheit entwickeln, sich selbst mit der Frage zu

⁸ BGH NStZ 2008, 153, 154.

⁹ BGH NStZ 2008, 153, 154.

¹⁰ BGH NStZ 2008, 153, 154.

¹¹ BGH NStZ 2008, 153, 154.

¹² BGH NStZ 2008, 153, 154.

¹³ BGH NStZ 2008, 153, 154.

¹⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Rengier* (Fn. 4), § 11 Rn. 15.

zügen: Besteht hier wirklich ein Anlass, sich mit der Problematik auseinanderzusetzen?

Die Antwort im vorliegenden Fall lautet eindeutig: nein. A hat mit räuberischen Mitteln Geld weggenommen. Gleichgültig, ob zwischen Raub und räuberischer Erpressung das Verhältnis der Alternativität angenommen oder der Raub als das speziellere Delikt angesehen wird,¹⁵ – es kommt allein der Raubtatbestand zum Zuge. Jede Problematisierung wäre hier fehl am Platz.

Der Tatbestand des Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB ist dadurch erfüllt, dass A unter Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für das Leben des B, indem er ihm eine Waffe an den Kopf hielt, fremde bewegliche Sachen, nämlich Geld des B, in der Absicht wegnahm, es sich rechtswidrig zuzueignen. Einer näheren Befassung mit dem Nötigungsmittel der Gewalt bedarf es nicht, weil die Tat nicht auf die Verwirklichung eines gegenwärtigen Übels zielte, sondern ein künftiges Übel in Aussicht stellte und weil auch nichts über unmittelbare körperliche Folgen der Drohung bekannt ist.¹⁶

¹⁵ Vgl. *Kindhäuser*, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2005, § 17 Rn. 20 ff., 60.

¹⁶ Anlass zu einer Erörterung kann allenfalls eine ältere Rechtsprechung geben, die beim Einsatz einer Schreckschusspistole, der zu einem Zustand nervlicher Erregung geführt hat, Gewalt angenommen hat; vgl. *Toepel* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 240 Rn. 78. Allerdings gilt diese Rechtsprechung als überholt. Maßgeblich wird bei der Unterscheidung zwischen Gewalt und Drohung darauf abgestellt, ob die Tat schwerpunktmäßig auf die Verwirklichung eines gegenwärtigen oder das Inaussichtstellen eines künftigen Übels abzielte; vgl. *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 405 f. – Die Korrekturpraxis ist allerdings leider uneinheitlich. Gelegentlich wird es moniert, wenn in Fällen der vorliegenden Art – an sich praxisgerecht – das Nötigungsmittel der Gewalt gar nicht erst angesprochen wird. Um dem vorzubeugen, sollte man, wie im

Weiterhin ist die Qualifikation des schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erfüllt. Mit der ungeladenen Gaspistole, die eine bloße Scheinwaffe und keine Waffe gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB darstellt,¹⁷ führte A ein Mittel bei sich, um den Widerstand des B durch eine Drohung zu verhindern.

Geprüft werden muss zudem der erpresserische Menschenraub gemäß § 239 a Abs. 1 Var. 1 StGB. Als Tat handlung kommt hier das Entführen zur Anwendung. Durch die erzwungene Fahrt mit dem Auto veränderte A den Aufenthaltsort des B und brachte ihn dadurch vollständig in seine Gewalt.¹⁸ Dabei handelte er vorsätzlich.

Zusätzlich bedarf es der **Absicht, die Sorge des Opfers um sein Wohl zu einer Erpressung auszunutzen**. Auch in diesem Zusammenhang muss nicht näher auf das Problem der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung eingegangen werden. Der Umstand, dass A schließlich einen Raub beging, hindert nicht an der Annahme, dass er **zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entführung** (auch) die Absicht gehabt hat, eine räuberische Erpressung zu begehen. Im Sachverhalt heißt es nur, dass A von B Geld erbeuten wollte. Diese Formulierung umfasst auch ein erpresserisches Vorgehen. Zudem spricht eine lebensnahe Auslegung des Sachverhalts für die Annahme, dass A die Tatbegehung von den Umständen abhängig machen wollte und daher nicht von vornherein auf die Ausführung eines Raubes festgelegt war.

Nur für den Fall, dass man Gegenteiliges annimmt, ergibt sich die Frage, ob auch die Raubabsicht vom Tatbe-

Text vorgeführt, in knapper Form ablehnend Stellung nehmen.

¹⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 344, 350 ff.

¹⁸ Vgl. zum Merkmal des Entführens *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 239 a Rn. 3.

stand erfasst wird.¹⁹ Die Rechtsprechung bejaht das, weil sie den Raub als Spezialfall der räuberischen Erpressung einordnet. Die Literaturansicht, welche die These der Alternativität vertritt, verneint die Anwendbarkeit von § 239 a StGB und zieht in diesen Fällen § 239 b StGB heran.

Ferner ist noch zu beachten, dass bei dem hier vorliegenden **Zweipersonenverhältnis** eine einschränkende Auslegung für nötig gehalten wird. Nach der Auffassung des BGH, die sich weitgehend durchgesetzt hat, bedarf es eines funktionalen Zusammenhanges zwischen dem ausgeführten Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigens und dem beabsichtigten zweiten Teilakt in der Weise, dass die geschaffene Zwangslage für einen zweiten Nötigungsakt ausgenutzt werden soll.²⁰ Die Voraussetzungen sind hier ohne weiteres erfüllt. A hatte mit der Entführung zunächst eine stabile Herrschaftsgewalt erlangt. Diese wollte er sich für die Erbeutung von Geld zunutze machen.

Die anschließende Prüfung von § 316 a StGB muss sich durch Umfang und Intensität der Argumentation als **Schwerpunkt der Fallbearbeitung** zu erkennen geben. Die Einarbeitung der neuen BGH-Entscheidung zwingt nicht zu bestimmten Ergebnissen. Schon jetzt liegen kritische Stellungnahmen vor.²¹ Es erscheint durchaus vertretbar, gegenteilige Positionen zu beziehen. Das gilt für beide Tatbestandsmerkmale, die einer näheren Prüfung bedürfen.

So lässt sich z. B. mit folgender Argumentation die Meinung vertreten, dass das Merkmal des Verübens eines Angriffs nicht erfüllt sei. Bei der Auslegung dieses Merkmals ist der Schutzzweck der Verkehrssicherheit zu be-

rücksichtigen.²² Diese ist in spezifischer Weise dann gefährdet, wenn der Angriff auf den Fahrer während der Fahrt erfolgt. Denn wegen seiner Beanspruchung durch den Verkehr muss mit einer schreckhaften Reaktion gerechnet werden, die schlimme Unfälle zur Folge haben kann. Eine derartige Beeinträchtigung des Fahrverhaltens ist nicht zu befürchten, wenn der Angriff schon vor Beginn der Fahrt ausgeführt wurde und die Bedrohung nur aufrechterhalten wird, weil der Fahrer Gelegenheit hatte, sich auf die Situation einzustellen. Verknüpfen lässt sich diese Betrachtungsweise mit einer Interpretation des „Verübens“ eines Angriffs, die nur die Herstellung der Zwangslage, nicht aber deren Aufrechterhaltung erfasst.

Im Zusammenhang mit dem Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist der Standpunkt des BGH in zweifacher Hinsicht kritisierbar.

Bezweifeln lässt sich zunächst, ob es sinnvoll ist, wie vom BGH vorgegeben zwischen Regel und Ausnahme zu unterscheiden.²³ Im Regelfall soll bereits vor Fahrtantritt eine stabile Bemächtigung vorliegen mit der Folge, dass die Bedingungen des Straßenverkehrs ohne Bedeutung für die Zwangslage des Fahrers sind.

Dagegen soll nur ausnahmsweise ein Ausnutzen der Verkehrsverhältnisse gegeben sein, nämlich dann, wenn die Herrschaftsgewalt vor Fahrtantritt noch nicht gefestigt war. Die Annahme, dass im Regelfall das Fahrzeug nur „Beförderungszwecken“ dient,²⁴ lässt die Verschärfung der Zwangslage des Fahrers unberücksichtigt, die sich daraus ergibt, dass er unter Todesdrohung nun auch noch die Anforderungen des Straßenverkehrs bewältigen muss. Dieser Einwand hat zum Ergebnis, dass stets, also auch in Fällen einer stabilen Be-

¹⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden *Sonnen* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 239 a Rn. 28.

²⁰ BGHSt 40, 350, 355; *Lackner/Kühl* (Fn. 18), § 239 a Rn. 4 a.

²¹ *Schmidt/Priebe*, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2008, Rn. 487 a; *Sowada*, HRSS 2008, 136 ff.

²² Vgl. zur Bedeutung dieses Schutzzwecks *Sowada*, HRSS 2008, 136, 141 f.

²³ Vgl. *Schmidt/Priebe* (Fn. 21), Rn. 487 a; *Sowada*, HRSS 2008, 136, 140 ff.

²⁴ BGH NSTz 2008, 153, 154.

mächtigungslage, ein Ausnutzen der Verkehrsverhältnisse zu bejahen ist.

Außerdem kann noch – auf der Basis der Rechtsprechung des BGH – die Bewertung dieses Sachverhalts als „Ausnahmefall“ kritisiert werden, bei dem nach § 316 a StGB zu bestrafen sei. Es ist nämlich wenig überzeugend, eine noch ungesicherte Bemächtigungslage anzunehmen, obwohl der Täter durch die Bedrohung mit der Pistole das Opfer bereits vollständig in der Hand hatte, wie dessen Bereitschaft zeigt, den Anweisungen Folge zu leisten.²⁵

Für die Praxis, die dem BGH die Gefolgschaft nicht versagen kann, lässt sich vorhersagen, dass sie noch erhebliche Schwierigkeiten haben wird mit der zuletzt angesprochenen Frage der Klassifizierung von Sachverhalten als Regel- oder Ausnahmefall. Denn ein Kriterium, das im Einzelfall eine klare Zuordnung ermöglicht, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Vielmehr setzt der BGH, und damit können wir nahtlos zur

5. Kritik

übergehen, auf die Plausibilität eines alternativen Falles, welche dieser aber nicht hergibt. Uns hat es sich jedenfalls nicht erschlossen, warum eine völlig unterschiedliche Beurteilung gerechtfertigt sein soll, wenn der Überfall bereits in der Wohnung stattgefunden hat und der Täter das Opfer zwingt, mit ihm zu einem Geldautomaten zu fahren, um dort Geld abzuheben. Warum soll dieses Opfer in seiner Zwangslage unbeeindruckt von den Belastungen der Verkehrsteilnahme sein, während von dem im Fahrzeug bedrohten Fahrer angenommen wird, dass er erst durch den Fahrtantritt vollständig, nämlich unter Ausnutzung der Verkehrsverhältnisse, in die Hand des Täters gerät?

Wir sehen: Es ist wohl doch etwas zu optimistisch, anzunehmen, dass mit der Grundsatzentscheidung des BGH der Tatbestand des § 316 a StGB klare

Konturen erhalten habe und eine dauerhafte restriktive Neuorientierung eingeleitet worden sei.²⁶ Vielmehr muss man den Eindruck gewinnen, dass die Vorschrift sich gegen eine dogmatische Erfassung sperrt, welche die Ergebnisse der Rechtsanwendung vorhersehbar macht. Der Grund könnte darin bestehen, dass sie in der Grundstruktur immer noch ihre Herkunft erkennen lässt. Sie geht auf das nationalsozialistische Autofallengesetz aus dem Jahr 1938 zurück, das mit Unbestimmtheit und extremer Strafschärfe abschrecken sollte.²⁷

Der Zustand dogmatischer Unsicherheit ist angesichts der Androhung einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren inakzeptabel. Also: Abschaffen! Die Vorschrift und damit auch die Probleme.²⁸

(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Reinhardt zugrunde.)

²⁵ So Schmidt/Priebe (Fn. 21), Rn. 487 a.

²⁶ So Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 2.

²⁷ Vgl. Herzog in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 316 a Rn. 1 f.

²⁸ Wir wiederholen damit unsere Forderung aus Famos Januar 2003 (Taxi-Fall), dort unter 5., und sehen uns bestätigt durch Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 316 a Rn. 2; Freund, ZStW 109 (1997), 455 482; Sowada, Festschrift Otto, 2007, 799, 804 f.

1. Sachverhalt¹

Das ZDF will über eine landgerichtliche Hauptverhandlung gegen Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr berichten, denen zur Last gelegt wird, Rekruten körperlich misshandelt und entwürdigt zu haben. Über die Vorfälle und das daraufhin eingeleitete Strafverfahren haben die Medien bereits in großer Aufmachung berichtet. Als das ZDF seine Absicht dem Gericht mitteilt, wird es darauf hingewiesen, dass der Vorsitzende beabsichtige, Ton-, Foto- und Filmaufnahmen im Sitzungssaal und im Foyer davor unmittelbar vor und nach der Verhandlung wegen der beengten Platzverhältnisse und mit Rücksicht auf die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten zu untersagen. Daraufhin schlägt das ZDF zur Vermeidung von Störungen eine Pool-Lösung vor, nach der interessierte Fernsehsender sich darauf verständigen, gemeinsam nur ein Kamerteam einzusetzen, dessen Aufnahmen dann allen zugänglich gemacht werden. Außerdem versichert das ZDF, dass es in dem erforderlichen Umfang für eine Anonymisierung sorgen werde. Gleichwohl untersagt der Vorsitzende Aufnahmen für den Zeitraum von 15 Minuten vor der Verhandlung und 10 Minu-

Juni 2008 Rekruten-Fall

Zulässigkeit von Fernsehaufnahmen im Umfeld der Hauptverhandlung / Grenzen des Ermessens des Vorsitzenden bei sitzungspolizeilichen Maßnahme / Rundfunkfreiheit / Verhältnismäßigkeit

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; §§ 169, 176 GVG

Leitsätze der Verf.:

1. Überwiegt das Interesse an Fernsehaufnahmen unmittelbar vor und nach einer mündlichen Verhandlung sowie in Sitzungspausen andere bei der Ermessensentscheidung nach § 176 GVG zu berücksichtigende Interessen, ist der Vorsitzende verpflichtet, die Aufnahmen zu ermöglichen.
2. Der Vorsitzende hat den Aufruf zur Sache selbst vorzunehmen, wenn andernfalls wegen der Anwendbarkeit des § 169 Satz 2 GVG eine Situation einträte, in der eine Anfertigung audiovisueller Aufnahmen des Spruchkörpers ausgeschlossen bliebe.

BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 620/07; veröffentlicht in: NJW 2008, 977.

ten nach deren Ende. Dadurch soll es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht werden, das Gerichtsgebäude und den Verhandlungssaal zu betreten und zu verlassen, ohne gefilmt zu werden. In der Begründung stellt der Vorsitzende unter anderem darauf ab, dass kein gesteigertes öffentliches Informationsinteresse bestehe, weil der Vorwurf der Misshandlung von Rekruten gem. §§ 223, 224 StGB und §§ 30, 31 WStG strafrechtlich nicht besonders schwerwiegend sei. Auch sei das Verbot insbesondere zum Schutz der Schöffen nötig, weil gerade sie durch die Medienberichterstattung in ihrer Entscheidungsbildung beeinträchtigt werden könnten. Gegen diese Anordnung wendet sich das ZDF mit der Verfassungsbeschwerde.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das angerufene Bundesverfassungsgericht musste sich nicht zum ersten Mal mit Fragen der Fernsehberichterstattung über Strafverfahren befassen. An der Vielzahl vorangegangener Entscheidungen² lässt sich ablesen, dass ein erheblicher Problemdruck besteht. Das Fernsehen will in die Gerichte. Die Gerichte sollen aber nicht ins Fernsehen: Ein gesetzliches Verbot von Fernsehaufnahmen findet sich in § 169 Satz 2 GVG.

Versuche von Fernsehsendern, das Verbot zu beseitigen, sind gescheitert. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Einschränkung der Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unter Berufung auf Belange des Persönlichkeitsschutzes sowie auf Erfordernisse der Verfahrenfairness sowie der Wahrheits- und Rechtsfindung für verfassungsgemäß erklärt.³

Die Reichweite des Verbots ist jedoch begrenzt. Seinem Wortlaut nach bezieht es sich nur auf die **gerichtliche Verhandlung**. In Strafsachen beginnt sie gem. § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO mit dem Aufruf der Sache und endet gem. § 260 Abs. 1 StPO mit der Verkündung des Urteils.

Eine Ausdehnung über diese Zeitpunkte hinaus, sei es durch extensive Auslegung oder durch Analogie, wäre verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Gründe, die das Verbot für den Zeitraum der Verhandlung im eigentlichen Sinne rechtfertigen, gelten für den Zeitraum davor und danach nicht oder haben jedenfalls erheblich geringeres Gewicht.⁴

² Z. B. BVerfGE 91, 125; 103, 44; BVerfG NJW 2000, 2890.

³ BVerfGE 103, 44.

⁴ Das ist den bisher ergangenen Entscheidungen des BVerfG zu Fernsehaufnahmen im Umfeld der Hauptverhandlung zu entnehmen: z. B. NJW 2000, 2890; NJW-RR 2007, 986 (Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in der vorliegenden Sache).

Das könnte zu dem Schluss führen, dass die Rundfunkfreiheit für das zeitliche Umfeld der Verhandlung uneingeschränkte Geltung beanspruchen kann. Das Grundrecht unterliegt jedoch nach Art. 5 Abs. 2 GG den Schranken allgemeiner Gesetze.

Hier kommt § 176 GVG ins Spiel. Danach obliegt es dem Vorsitzenden, die **Ordnung in der Sitzung** aufrecht zu erhalten. Wichtig ist, dass der Begriff der Sitzung weiter ist als derjenige der Verhandlung. Er umfasst das Gesamtgeschehen einer Gerichtsverhandlung und damit auch die Zeiträume vor und nach der Verhandlung sowie die Verhandlungspausen.⁵ Um seine Aufgabe zu erfüllen, kann der Vorsitzende Anordnungen treffen, was im vorliegenden Fall geschehen ist.

Bekanntlich müssen sich aber die allgemeinen Gesetze und ihre Anwendung einer verfassungsrechtlichen Prüfung im Lichte des eingeschränkten Grundrechts stellen. Eine die Rundfunkfreiheit beschränkende Anordnung nach § 176 GVG ist daher nur zulässig, wenn die Gefahren für die Schutzgüter dieser Vorschrift die Rundfunkfreiheit überwiegen. Der Vorsitzende hat also eine **Abwägung** vorzunehmen zwischen den drohenden Gefahren für die Ordnung der Sitzung einerseits und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit, das die Rundfunkunternehmen mit ihrer Berichterstattung befriedigen wollen, andererseits.

Vor Eintritt in die Prüfung, ob hier der Vorsitzende sachgerecht abgewogen hat, muss präzisiert werden, was mit der Ordnung der Sitzung gemeint ist. Erfasst ist einmal der **störungsfreie Ablauf im Interesse der Wahrheitsfindung**.⁶ Zur Ordnung der Sitzung gehört ferner, dass die **Grundrechte der Beteiligten** gewahrt bleiben.⁷

⁵ BGHSt 44, 23, 25; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 176 GVG Rn. 2.

⁶ BVerfGE 50, 234, 242; BGHSt 44, 23, 24.

⁷ BVerfGE 91, 125, 137.

In beiderlei Hinsicht sind Beeinträchtigungen durch Fernsehaufnahmen im Umfeld der Verhandlung denkbar.

Störungen des äußeren Ablaufs können sich daraus ergeben, dass Aufnahmeteams sperrige und umständlich auf- und abzubauenen Geräte mitbringen. Dadurch kann es zu einer Beeinträchtigung des Zugangs zum Sitzungssaal und zu zeitlichen Verzögerungen der Verhandlung kommen. Auch kann es sich schädlich auf die Wahrheitsfindung in der Verhandlung auswirken, wenn die Beteiligten durch Aufnahmen im Vorfeld unter dem Eindruck stehen, einer breiten öffentlichen Aufmerksamkeit ausgesetzt zu sein.

Was die Grundrechte Beteiligter angeht, so ist allgemein an deren **Persönlichkeitsrecht** und im Hinblick auf den Angeklagten insbesondere an sein **Recht auf ein faires Verfahren** zu denken.

Das Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht am eigenen Bild und am eigenen Wort. Es wird verletzt, wenn das Fernsehen Film- und Tonaufnahmen von Verfahrensbeteiligten ohne deren Einwilligung zeigt. Das gilt nur dann nicht, wenn die Betroffenen als Personen der Zeitgeschichte einzuordnen sind. Diese müssen nach § 23 Kunst-UhrG solche Aufnahmen dulden. Eine weitere Ausnahme hat das Bundesverfassungsgericht für Berufsrichter und Schöffen formuliert: Das öffentliche Interesse an ihrem Amt habe in der Regel größeres Gewicht als ihr Persönlichkeitsrecht.⁸

Nachteile für den Angeklagten können sich durch eine **öffentliche Prangerwirkung** von Fernsehaufnahmen ergeben, die eine Vorverurteilung bewirken und seine spätere Resozialisierung erschweren kann.

Literatur und Rechtsprechung sind sich darin einig, dass eine Abwägung unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte vorzunehmen ist. Deren Gewicht wird jedoch sehr unterschiedlich bestimmt.

⁸ BVerfG NJW 2000, 2890, 2891.

Zwei Grundpositionen lassen sich danach unterscheiden, was die Regel und was die Ausnahme sein soll.

Teilweise werden die Gefahren für die Grundrechte Beteiligter und die Verfahrensfairness als so schwerwiegend veranschlagt, dass Filmaufnahmen im Umfeld der Verhandlung grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen.⁹

Die Gegenposition räumt dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit den Vorrang ein und erachtet damit Aufnahmen im Regelfall als zulässig.¹⁰ Gegenläufige Abwägungsgesichtspunkte kommen dadurch zur Geltung, dass die Gestattung von Aufnahmen mit Bedingungen verknüpft wird, wie z. B. eine Beschränkung auf Totalaufnahmen oder die Zusicherung einer ausreichenden Anonymisierung.

Diesem Standpunkt hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Entscheidungspraxis den Vorzug gegeben. Es hat Anordnungen nach § 176 GVG, die ein vollständiges Aufnahmeverbot vorsahen, mehrfach als unverhältnismäßig beanstandet und dazu aufgefordert, Kompromisslösungen zu finden.¹¹

Aus dieser Rechtsprechung ist die sog. Pool-Lösung hervorgegangen, die vorsieht, dass interessierte Fernsehsender sich darauf verständigen, lediglich ein Aufnahmeteam agieren zu lassen, dessen Aufnahmen dann allen zur Verfügung stehen.¹² Auch hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass sich durch verschiedene Maßnahmen, z. B. durch die Begründung von Anonymisierungspflichten¹³ oder die Begrenzung von Aufnahmen auf den

⁹ Ausführliche Darlegung dieser Position bei *Fink*, Bild- und Tonaufnahmen im Umfeld der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, 2006.

¹⁰ Eine eingehende Begründung dieses Standpunktes liefert *von Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005.

¹¹ BVerfG NJW 2000, 2890; NJW-RR 2007, 986.

¹² BVerfG NJW 2000, 2890, 2891.

¹³ BVerfG NJW 2002, 2021; 2003, 2523.

ersten Verhandlungstag¹⁴, ein vollständiges Verbot vermeiden lasse.

In diesen Entscheidungen haben allerdings Umstände des jeweiligen Falles eine erhebliche Bedeutung gehabt. Daraus kann geschlossen werden, dass nach wie vor ein gewisser Entscheidungsspielraum besteht. Diesen Schluss hat offenbar auch der Vorsitzende im vorliegenden Fall gezogen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt und verdeutlicht seine bisherige Entscheidungspraxis, die das Aufnahmeverbot in § 169 Satz 2 GVG zwar unangetastet gelassen, aber für das Umfeld der Hauptverhandlung der Fernsehöffentlichkeit grundsätzlich Priorität eingeräumt hat. Bemerkenswert sind einige Argumente, die im Abwägungsvorgang das Gewicht des öffentlichen Informationsinteresses noch verstärken.

Der Senat wendet sich gegen die Begründung des Verbots mit dem Argument, dass der strafrechtliche Vorwurf gegen die Angeklagten nicht besonders schwerwiegend sei. Auf die strafrechtliche Bewertung komme es nicht an. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit bemesse sich nach anderen Kriterien. „Auch ein nach strafrechtlichen Maßstäben gering wiegender Tatvorwurf kann etwa infolge eines Zusammenhangs zu möglichen Missständen im Bereich des Staates gewichtige Informationsinteressen der Öffentlichkeit berühren.“¹⁵ Allgemein sei von Bedeutung, dass der Gegenstand der Verhandlung sich „deutlich aus dem Bereich des Alltäglichen“¹⁶ heraushebe, was hier der Fall sei.

Ein solchermaßen begründetes öffentliches Interesse erstreckt sich nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht allein auf die Angeklagten, sondern auch auf die sonstigen Verfahrensbeteiligten. Dabei unterscheidet es

zwischen **zwei Personengruppen**. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts müsse regelmäßig bei solchen Personen zurücktreten, „die im Gerichtsverfahren infolge ihres öffentlichen Amtes oder in anderer Position als Organ der Rechtspflege im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen“¹⁷, womit Berufsrichter, Schöffen, Staatsanwälte, Justizbedienstete und auch Verteidiger erfasst sind. Schützenswerter seien dem gegenüber vom Verfahren betroffene Privatpersonen, wie z. B. Zeugen, sowie Zuhörer.

Für Personen in amtlicher Funktion begründet das Bundesverfassungsgericht nicht nur eine Duldungs-, sondern sogar eine **Mitwirkungspflicht**. Der Verfahrensablauf müsse so gestaltet werden, dass Aufnahmen von den Mitgliedern des Spruchkörpers gemacht werden könnten. Unzulässig sei ein nach dem Gesetzeswortlaut möglicher Ablauf, der darin bestehe, dass der Vorsitzende den Aufruf der Sache, mit dem nach § 243 Absatz 1 Satz 1 StPO die Verhandlung beginne und nach § 169 Satz 2 GVG das Aufnahmeverbot einsetze, einem Gerichtsbediensteten überlasse und das Gericht erst dann den Sitzungssaal betrete. Die „Ausstrahlungswirkung“¹⁸ der Rundfunkfreiheit verbiete eine solche Verfahrensgestaltung. Das Gericht müsse sich schon vor Verhandlungsbeginn im Gerichtssaal einfinden und für Aufnahmen zur Verfügung stehen. Die „Vermittlung des Erscheinungsbildes eines Gerichtssaals und der in ihm handelnden Personen“ gewährleiste eine „der Befriedigung des Informationsinteresses dienende Anschaulichkeit“.¹⁹

Das Bundesverfassungsgericht verwirft auch die Begründung des Vorsitzenden, dass insbesondere Schöffen vor der Medienöffentlichkeit geschützt werden müssten. Nur bei besonderen Anhaltspunkten dürfe angenommen werden, dass eine Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfindung drohe. All-

¹⁴ BVerfG NJW 2003, 2671, 2672.

¹⁵ BVerfG NJW 2008, 977, 981.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 977, 981.

¹⁷ BVerfG NJW 2008, 977, 980.

¹⁸ BVerfG NJW 2008, 977, 981.

¹⁹ BVerfG NJW 2008, 977, 979.

gemein gelte, „dass die Schöffen nach § 30 I GVG in gleicher Weise wie die Berufsrichter zur Mitwirkung an der Entscheidung berufen sind und hierbei an der von Art. 97 I GG dem Richter gewährten Unabhängigkeit teilhaben“.²⁰ Daher dürfe erwartet werden, dass sie sich auch den Anforderungen eines Verfahrens mit medialer Öffentlichkeit gewachsen zeigten.

Fazit: Ein Aufnahmeverbot, wie das hier vom Vorsitzenden erlassene, ist in aller Regel als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig einzustufen. Ausnahmen sind nur in Extremfällen denkbar, etwa bei akuter Gefährdung von Personen durch die öffentliche Verbreitung der Aufnahme. Ansonsten sind die Gerichte verpflichtet, Aufnahmen im Umfeld der Hauptverhandlung – jedenfalls unter Auflagen – zu gestatten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Prüfungsrelevant ist dieser Fall, weil er sich gut für eine strafprozessuale Zusatzfrage in der Strafrechtsklausur oder als Gegenstand der mündlichen Prüfung eignet. Er ermöglicht es, Kenntnisse zum **Öffentlichkeitsprinzip** abzufragen, das zum strafprozessualen Grundwissen gehört und sich bei Prüfern großer Beliebtheit erfreut. Reizvoll – aus Prüfersicht – ist zudem, dass Zusammenhänge zwischen dem Strafprozessrecht und dem Verfassungsrecht thematisiert werden können.

Angeraten sei, nicht sofort das Abwägungs-Karussell zu besteigen, sondern zunächst sorgfältig die gesetzlichen Grundlagen herauszuarbeiten. Das betrifft in erster Linie **Inhalt und Reichweite von § 169 GVG**.

In einer mündlichen Prüfung sollte man an dieser Stelle auf Nachfragen zu allgemeinen Zusammenhängen gefasst sein. Dazu gehören insbesondere **revisionsrechtliche Bezüge**. Zwar kann sowohl ein Zuviel als auch ein Zuwenig

an Öffentlichkeit in der Revision gerügt werden. Nach Ansicht der Rechtsprechung greift aber nur bei unzulässiger Öffentlichkeitsbeschränkung der absolute Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO ein, der von dem Erfordernis des Beruhens der Entscheidung auf dem Rechtsverstoß befreit.²¹ Die Literatur sieht das überwiegend anders.²²

Die Prüfung von § 169 GVG muss zu dem Ergebnis führen, dass das Aufnahmeverbot in Satz 2 nicht für den Zeitraum vor und nach der Verhandlung gilt. Danach ist der Weg frei für die Erörterung von § 176 GVG. Zunächst sind die grundrechtlichen Bezüge aufzuzeigen. Danach muss in möglichst intensiver Argumentation die Abwägung zwischen den betroffenen Interessen vorgenommen werden.

Denkbar ist, dass in diesem Zusammenhang Prüfungsfragen zum Recht am eigenen Bild und zum Begriff der **Person der Zeitgeschichte** gestellt werden. Hier sollte der Unterschied bekannt sein zwischen absoluten Personen der Zeitgeschichte, die durch ihr gesamtes Wirken dauerhaft im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, und relativen Personen der Zeitgeschichte, die nur im Zusammenhang mit bestimmten Ereignissen ein öffentliches Interesse hervorrufen.²³ Der Unterschied wirkt sich bei der Bestimmung der Reichweite des Persönlichkeits-schutzes aus.

Wappnen sollte man sich auch für den Fall, dass der **Verfahrensgang** thematisiert wird. Auffällig ist, dass die Anordnung des Vorsitzenden unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen worden ist. Verstößt das nicht gegen das Zulässigkeitskriterium der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG? Erstaunlicherweise liegt hier kein solcher Verstoß

²¹ BGHSt 36, 119, 122.

²² Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 586 m. w. N.

²³ Vgl. *Fricke*, in Wandtke/Bullinger, 2. Aufl. 2006, § 23 KunstUrhG Rn. 8 ff. und 14 ff.

²⁰ BVerfG NJW 2008, 977, 981.

vor. Sitzungspolizeiliche Maßnahmen der vorliegenden Art können nämlich weder mit der Beschwerde, noch mit der Revision oder mit einem Antrag nach § 23 EGGVG angefochten werden.²⁴ Tatsächlich ist bislang die Verfassungsbeschwerde die einzige Möglichkeit, um eine solche sitzungspolizeiliche Anordnung unmittelbar überprüfen zu lassen.

In praktischer Hinsicht engt die Entscheidung den Handlungsspielraum der Gerichte noch einmal deutlich ein. Ein völliger Ausschluss von Aufnahmen im Umfeld der Verhandlung kommt nur noch für äußerst seltene Ausnahmefälle in Betracht.²⁵ Die Position der Medien ist dadurch nochmals erheblich verstärkt worden.

Strafverteidiger werden diese Entwicklung mit gemischten Gefühlen registrieren. Den Vorteilen medialer Publizität stehen ganz erhebliche Nachteile gegenüber. Durch den Zwang, sich gemeinsam mit dem Angeklagten abbilden zu lassen, werden Mandatsverhältnisse offen gelegt, die in der Öffentlichkeit negativ bewertet werden. Man denke an Sexualtäter, Drogendealer und politische Straftäter und man denke an die Pflicht von Anwälten, Mandate zu übernehmen (§ 49 BRAO).

5. Kritik

Die Entscheidung setzt die Reihe medienfreundlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts fort. Sie beruhen auf der Annahme, dass freie Medien für die Demokratie lebensnotwendig sind. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Es gibt jedoch Anlass zu fragen, ob die Entscheidungspraxis des Gerichts nicht mittlerweile zu medien-

freundlich geworden ist. In dieser Hinsicht sei zweierlei zur vorliegenden Entscheidung kritisch angemerkt.

Das Bundesverfassungsgericht bemisst das Gewicht des öffentlichen Interesses an medialer Berichterstattung primär faktisch und räumt damit den Medien maßgebliche Gestaltungsmacht ein. So stellt es darauf ab, was zum „typischen Inhalt der Gerichtsberichterstattung im Fernsehen“²⁶ gehört und dementsprechend von den Fernsehschauern erwartet wird. Auch soll sich die Berechtigung des öffentlichen Interesses an einer Berichterstattung aus dem Gerichtssaal danach bemessen, ob der Fall schon vorher öffentliches Aufsehen erregt hat. Das jedoch liegt in der Hand der Medien. Eine eigenständige rechtliche Würdigung mit Schranken setzender Funktion ist nicht erkennbar.

Zu kritisieren ist ferner, dass die Medienöffentlichkeit auch solchen Personen aufgezwungen wird, die sich kraft Gesetzes einer Beteiligung am Verfahren nicht entziehen dürfen und deren Verfahrensbeteiligung auch nicht auf Berufswahl oder Übernahme eines Auftrags beruht. Vom bestellten Verteidiger war oben²⁷ schon die Rede. Zu nennen ist auch der Schöffe, der sich, ob er will oder nicht, vor Verhandlungsbeginn in das Scheinwerferlicht begeben muss.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Taschner zugrunde.)

²⁴ Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 5), § 176 GVG Rn. 16.

²⁵ Wann dieser Ausnahmefall vorliegen soll, ist schwer zu erkennen. Denn auch bei Gefahren für Leben und Gesundheit soll die Anonymisierung einen ausreichenden Schutz gewährleisten (BVerfG NJW 2002, 2021).

²⁶ BVerfG NJW 2008, 977, 979.

²⁷ S. o. 4.

1. Sachverhalt¹

A, B und C, Angestellte eines Krematoriums, begleiten die Einäscherungsvorgänge, in deren Verlauf Fremdkörper, wie z. B. Goldzähne, von der restlichen Asche getrennt werden. Sie sind angewiesen, die Goldzähne der Asche wieder beizugeben. Gleichwohl nehmen sie diese in ca. 600 Fällen an sich und veräußern sie an Altgoldhändler. Durch den Verkauf von ungefähr 11 kg Zahngold erzielen sie einen Gewinn von 50.000 €

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Presse und juristische Ausbildungszeitschriften haben dem Fall große Beachtung geschenkt. Wir haben jedoch gezögert, ihn aufzugreifen. Die Entscheidung beschäftigt sich zur Hauptsache mit der Frage einer Strafbarkeit wegen Störung der Totenruhe nach § 168 Abs. 1 StGB. Diese Vorschrift gehört nur in wenigen Bundesländern² zum Pflichtstoff für das erste Staatsexamen.

Mit zwei Gründen lässt sich die Behandlung aber rechtfertigen.

Erstens: Gegenstände außerhalb des Pflichtstoffes dürfen im Prüfungszusammenhang thematisiert werden,

¹ Der Sachverhalt wird hier stark vereinfacht wiedergegeben, weil die rechtliche Behandlung nicht von weiteren Einzelheiten abhängt. Wer an ihnen interessiert ist, sollte die vollständige Entscheidung bei *juris* nachlesen (insbes. Rn. 17 ff.).

² Bremen, Thüringen und das Saarland.

Juli 2008 Zahngold-Fall

Reichweite des Begriffs der Asche gem. § 168 Abs. 1 StGB / Diebstahl an Leichenteilen / Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt

§§ 168 Abs. 1, 242 Abs. 1 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Zur Asche eines verstorbenen Menschen gem. § 168 Abs. 1 StGB gehört das nach der Verbrennung des Leichnams erhalten gebliebene Zahngold.
2. Der menschliche Leichnam und die nach der Verbrennung verbleibende Asche sind keine fremden Sachen im Rechtssinne und daher keine tauglichen Diebstahlsobjekte.

OLG Bamberg, Urteil vom 29. Januar 2008 – 2 Ss 125/2007; veröffentlicht in NJW 2008, 1543.

wenn an ihnen **methodisches Können** examiniert wird. Also kann auch § 168 Abs. 1 StGB zur Sprache kommen. Nur darf kein Spezialwissen verlangt werden. Der vorliegende Fall eignet sich gut, um die Vorschrift zum Gegenstand einer methodisch ausgerichteten Prüfung zu machen.

Zweitens: Relevant ist auch der Diebstahlstatbestand. Zwar lässt sich dazu aus einer rechtspraktischen, rein ergebnisorientierten Sicht sehr rasch Stellung nehmen. Dagegen zeigen sich bei rechtswissenschaftlicher Betrachtung einige **Grundlagenprobleme**, die nicht mit einem Blick in einen Kommentar, sondern nur mit Verständnis für Zusammenhänge zu lösen sind. Auch das macht den Fall als Prüfungsgegenstand attraktiv.

Beginnen wir mit dem Diebstahlstatbestand. Gleich das erste Merkmal bereitet Anwendungsprobleme. War das Zahngold eine **Sache**? Allgemein wird Sache in § 242 Abs. 1 StGB so wie in

§ 90 BGB definiert, also als körperlicher Gegenstand. An der Körperlichkeit des Zahngoldes ist nicht zu zweifeln.

Zweifel setzen ein, wenn berücksichtigt wird, dass das Zahngold zuvor Bestandteil des Leichnams war. Es gibt nämlich Bedenken gegen die Einordnung eines Leichnams als Sache. Sie rühren daher, dass anerkanntermaßen der lebende Mensch Person und keine Sache ist. Daraus wird gefolgert, dass eine Fortwirkung der Persönlichkeit auch über den Tod hinaus zu respektieren sei und der Leichnam daher nicht als Sache eingestuft werden dürfe.³ Herrschend ist diese Meinung freilich nicht.⁴

Aber selbst auf ihrer Grundlage muss man nicht zur Verneinung der Sacheigenschaft des Zahngoldes kommen. Denn durch den Verbrennungsvorgang kam es zu einer Trennung zwischen den Resten der Leiche in der Form der Asche und dem erhalten gebliebenen Zahngold. Anerkannt ist, dass vom lebenden wie vom verstorbenen Menschen getrennte Körperteile Sachqualität mit der Trennung erlangt haben.⁵

Auch dagegen lässt sich allerdings noch etwas einwenden. Berufen könnte man sich darauf, dass rechtlich eine Gleichstellung von Feuer- und Erdbestattung gewollt ist, wie etwa die Gleichbehandlung in § 168 Abs. 1 StGB zeigt. Daraus ließe sich folgern, dass das Zahngold nicht nur beim unversehrten, sondern auch beim verbrannten Leichnam als dessen Bestandteil angesehen werden müsse.

Wer diesen Weg nicht mitgeht, sondern das Zahngold als Sache einstuft, muss die Diebstahlsprüfung mit dem Merkmal der **Fremdheit der Sache** fortsetzen. Es tritt ein ähnliches Problem auf wie bei der Prüfung der Sachei-

genschaft. Aus Respekt gegenüber dem Verstorbenen verbietet es sich nach ganz überwiegender Ansicht, den Leichnam als eigentumsfähigen Gegenstand zu behandeln. Er gilt daher als herrenlos.⁶

Einbezogen werden auch Implantate, jedenfalls, so eine Ansicht, wenn sie fest und dauerhaft eingefügt sind,⁷ oder, so die zweite Ansicht, wenn sie einen Körperteil ersetzen⁸. Von beiden Ansichten wird eingefügtes Zahngold erfasst. An dieser Einordnung kann der Verbrennungsvorgang nichts ändern. So gesehen, war das Zahngold, als A, B und C es an sich nahmen, eine herrenlose und keine fremde Sache. Eine Diebstahlsstrafbarkeit scheidet danach aus.

Eine ältere Auffassung sieht das anders. Ihr zufolge erwerben mit dem Ableben eines Menschen dessen Erben im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 BGB Eigentum an der Leiche und ihren künstlichen Bestandteilen, wie z. B. Zahnersatz.⁹ Die Entnahme von Zahngold ist danach als Diebstahl zu bestrafen.¹⁰ Anhänger hat diese Ansicht heutzutage nicht mehr.

Als aktuellen Meinungsstand können wir festhalten: Alles spricht dafür, eine Diebstahlsstrafbarkeit schon aus objektiven Gründen zu verneinen, sei es mangels Sachqualität, sei es mangels Fremdheit der Sache.

Das schließt es nicht aus, der **Frage eines Diebstahlsversuchs** mit der Überlegung nachzugehen, dass es dafür ausreichen könnte, wenn die Täter gemeint haben, fremde Sachen wegzunehmen. Da der Sachverhalt aber nichts über derartige Vorstellungen auf Täterseite mitteilt, wollen wir eine Ant-

³ *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafrecht BT Tb. 1, 9. Aufl. 2002, § 32 Rn. 19.

⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 2.

⁵ Vgl. *Ruß*, in LK, StGB, 11. Aufl., § 242 Rn. 5.

⁶ Vgl. *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 21.

⁷ Z. B. *Eser* (Fn. 6), § 242 Rn. 10.

⁸ Z. B. *Ruß* (Fn. 5), § 242 Rn. 4.

⁹ LG Köln MDR 1948, 365; *Brunner*, NJW 1953, 1173 f.

¹⁰ OLG Gera HEST (Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen) 2, 296.

wort auf diese Frage zunächst zurückstellen.¹¹

Fortzusetzen ist die Prüfung mit der Untersuchung einer Strafbarkeit wegen **Störung der Totenruhe** nach § 168 Abs. 1 StGB. Unter den tatbestandlichen Alternativen kommt hier die Wegnahme der Asche eines verstorbenen Menschen aus dem Gewahrsam des Berechtigten in Betracht.

Der **Wortlaut des Begriffs der Asche** führt zu einem ersten Einwand. Als Asche werden üblicherweise die Reste eines Verbrennungsvorgangs bezeichnet. Das Zahngold ist aber gerade nicht verbrannt worden.

Mit allgemeinen methodischen Überlegungen lässt sich die Argumentation erweitern. Für die Auslegung ist auch das **geschützte Rechtsgut** relevant. Es könnte Anlass geben, den Begriff der Asche weiter zu fassen.

Geschützt wird von § 168 Abs. 1 StGB sowohl das Pietätsempfinden der Allgemeinheit als auch das nach dem Tode fortwirkende Persönlichkeitsrecht als Ausfluss der Menschenwürde.¹² Als mitgeschützt gilt der öffentliche Frieden, weil er durch die Verletzung des Friedens der Toten in Grab- und Ruhestätten regelmäßig empfindlich gestört wird.¹³

Im Anschluss daran könnte folgendermaßen argumentiert werden. Für diese Schutzgüter ist das rein physikalische Phänomen, dass bestimmte künstliche Bestandteile des Leichnams nicht brennbar sind, ohne Bedeutung. Es liegt vielmehr nahe, auch sie als mit umfasst vom Begriff der Asche anzusehen und dadurch sämtliche Überreste des Verbrennungsvorgangs dem Schutz der Vorschrift zu unterstellen. Denn das allgemeine Pietätsempfinden, das fortwirkende Persönlichkeitsrecht und der öffentliche Frieden werden nicht weni-

ger beeinträchtigt, wenn die Tat unversehrte gebliebene Teile betrifft.

Zwingend ist diese Argumentation freilich nicht. Ihr könnte Folgendes entgegengehalten werden. Die Verbrennung hat zu einer klaren Trennung zwischen den zerstörten organischen Überresten des Verstorbenen und den nicht brennbaren körperfremden Materialien geführt. Handlungen, die nur diese betreffen, haben daher keinen Bezug zu den Schutzzwecken. – Diesen Standpunkt hat das Amtsgericht eingenommen, das in der vorliegenden Sache erstinstanzlich tätig geworden ist.¹⁴

Im Übrigen kann bezweifelt werden, dass sich ein weit gefasster Begriff der Asche noch mit der möglichen Wortbedeutung in Einklang befindet.

Auch mit der gesetzlichen Umschreibung der **Tathandlung** verbindet sich ein Anwendungsproblem. Es tritt bei einer genauen Gesetzeslektüre zutage. Sie deckt einen wichtigen Unterschied zum Diebstahlstatbestand auf. Nicht nur von „Wegnahme“ ist die Rede, sondern von **Wegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten**.

Daraus lässt sich ableiten, dass die Frage, wer den Gewahrsam inne hat, anders als beim Diebstahl zu bestimmen ist, und zwar, wie das Wort „Berechtigter“ erkennen lässt, auch normativ und nicht nur faktisch. Als Inhaber des Gewahrsams kommen daher auch die Angehörigen des Verstorbenen in Betracht, denen das Totenfürsorgerecht zusteht.¹⁵

Allerdings widerspricht die h. M. mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts einer rein normativen Interpreta-

¹¹ S. dazu 4.

¹² *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT Teilband 2, 9. Aufl. 2005, § 62 I Rn. 1.

¹³ *Rudolphi/Rogall*, in SK, StGB, § 168 Rn. 2 (Stand: September 2003).

¹⁴ Die Entscheidung selbst (AG Hof, Urteil vom 3. 9. 2007) ist unveröffentlicht. Die hier wiedergegebene Argumentation findet sich in der vollständigen Veröffentlichung der Entscheidung des OLG Bamberg bei *juris*. (Die Veröffentlichung in der NJW enthält eine gekürzte Fassung.)

¹⁵ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 168 Rn. 3.

tion.¹⁶ Sie sei mit dem Sinn des Wortes „Gewahrsam“ nicht zu vereinbaren. Auf ein faktisches Element dürfe nicht verzichtet werden.

Was daraus folgt, ist wenig geklärt. Fest steht nur, dass Angehörige, die keine Kenntnis vom Ableben haben, auch nicht Gewahrsamsberechtigte sind.¹⁷

Im vorliegenden Fall kann auf Grund der besonderen Umstände auf eine noch weiter gehende Untersuchung verzichtet werden. Einen Gewahrsam auch normativer Art wird man dem Betreiber des Krematoriums zuerkennen müssen, dem der Leichnam zur Verbrennung übergeben worden war. Er konnte zudem faktisch als Anordnungsbefugter jederzeit eingreifen. Im Verhältnis zu ihm besaßen A, B und C allenfalls untergeordneten Gewahrsam. Mit der Entnahme des Zahngoldes brachen sie seinen übergeordneten Gewahrsam und erfüllten dadurch¹⁸ die Anforderungen an die Tathandlung gem. § 168 Abs. 1 StGB.

Somit besteht aus praktischer Sicht ein Klärungsbedarf im Wesentlichen nur hinsichtlich der Frage, ob das Zahngold unter den Begriff der Asche in § 168 Abs. 1 StGB subsumierbar ist.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Bamberg beantwortet diese Frage nach einem Durchgang durch die **vier klassischen Auslegungsmethoden** mit einem klaren „ja“.

Erstens (Wortlaut): Der übliche Sprachgebrauch bezeichne als „Asche“ sämtliche Verbrennungsrückstände, ohne zwischen brennbaren und nicht brennbaren Bestandteilen zu unterscheiden.

Zweitens (Historie): Der Gesetzgeber habe durch die Reform der Vorschrift im Jahre 1953 die Asche von Verstorbenen in gleicher Weise und in gleichem Umfang am strafrechtlichen Schutz teilhaben lassen wollen wie den Leichnam.

Drittens (System): Da sich nach h. M. der Schutz der Vorschrift vor der Verbrennung auf den Leichnam insgesamt, also einschließlich implantierter künstlicher Körperteile, erstreckt, sei es ein Widerspruch, ihn danach für solche Bestandteile entfallen zu lassen. Auch müsse berücksichtigt werden, dass der Regelungsgegenstand von Verwaltungsvorschriften über die Feuerbestattung stets die Gesamtheit der Rückstände einer Leiche nach der Verbrennung sei.

Viertens (Teleologie): Den Verbrennungsrückständen einer Leiche komme der gleiche „Anspruch auf pietätvolle Behandlung und Wahrung der Totenruhe“¹⁹ zu wie den herkömmlich bestatteten Leichen. Anhaltspunkte für eine geringere Reichweite des Schutzes seien dem Gesetz nicht zu entnehmen. Eine tatbestandliche Reduktion wäre „vor allem im Blick auf die auf Art. 1 GG gestützten, auch nach dem Tode fortwirkenden, vom Staat zu schützenden Persönlichkeitsrechte“²⁰ nicht gerechtfertigt. Es verstoße gegen den Schutzzweck der Norm, Teile der Asche von Verstorbenen als „Handelsobjekt“²¹ zu missbrauchen.

Auch die Anforderungen an die Tathandlung sieht der Senat als erfüllt an. In Übereinstimmung mit der h. M. bestimmt er den Gewahrsamsbegriff sowohl normativ als auch faktisch, was zu dem Ergebnis führt, das aus seiner Sicht die Angehörigen und der Betreibers des Krematoriums Mitgewahrsam inne gehabt haben. Diesen hätten die Angeklagten gebrochen, indem sie entgegen der dienstlichen Anweisung das

¹⁶ BVerfG NJW 2002, 2861, 2862; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 168 Rn. 6.

¹⁷ OLG München NJW 1976, 1805 f.

¹⁸ Anders als bei § 242 StGB ist die Wegnahme bereits mit dem Gewahrsamsbruch vollendet; es muss kein neuer Gewahrsam begründet worden sein; vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 168 Rn. 3.

¹⁹ OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1544.

²⁰ OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1546.

²¹ OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1546.

Zahngold aus der Anlage entwendet hätten.

Zur Frage einer Strafbarkeit wegen Diebstahls äußert sich der Senat nur knapp. Er verzichtet auf eine Stellungnahme zum Streit über die Sachqualität des Leichnams und stellt darauf ab, dass nach heute allgemeiner Ansicht die Leiche niemandem gehöre und damit herrenlos sei.

Abschließend deutet der Senat an, dass nach seiner Ansicht in Fällen der vorliegenden Art ein Diebstahlsversuch in Betracht kommt, wenn die Täter irrig angenommen haben, dass das Tatobjekt eine fremde Sache war. Auf weitere Ausführungen verzichtet er, weil es hier an entsprechenden Feststellungen fehlt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Gerade die Frage einer Strafbarkeit wegen Diebstahlsversuchs wird, so vermuten wir, bei einer Verwertung des Falles für Prüfungszwecke von erheblicher Bedeutung sein. Denn sie ermöglicht die Erörterung eines Schwerpunktproblems des Allgemeinen Teils: Wie ist bei einem Rechtsirrtum des Täters zwischen strafbarem **untauglichen Versuch** und straflosem **Wahndelikt** abzugrenzen?²²

Für eine Annäherung an dieses Problem ist es zweckmäßig, zunächst den Begriff des Wahndelikts in den Blick zu nehmen. Bezeichnet wird damit der Fall, dass ein Täter zwar die Tatumsstände richtig wahrnimmt, jedoch irrtümlich annimmt, das sein Verhalten unter eine Verbotsnorm falle, sei es, dass er sich eine nicht existierende Norm vorstellt oder dass er eine vorhandene Verbotsnorm durch falsche Auslegung zu seinen Ungunsten überdehnt.²³ Für eine Bestrafung besteht hier kein Grund, weil es nicht die Aufgabe staatlicher Strafe ist, eine nur in

der Vorstellung des Täters vorhanden Norm zu sichern.

Das spricht für Straflosigkeit, falls A, B und C gemeint haben sollten, dass sie durch die Entwendung des Zahngoldes eine fremde Sache weggenommen und sich wegen Diebstahls strafbar gemacht hätten. Fremd war die Sache nur in ihrer Vorstellung, nicht jedoch nach den Wertungen der objektiven Rechtsordnung.

Dem lässt sich jedoch Folgendes entgegenhalten. Was den Diebstahlsatbestand angeht, so haben die Täter durchaus zutreffende Rechtsvorstellungen gehabt. Sie wussten, dass man fremde Sachen nicht wegnehmen darf. Ihr Irrtum betraf eine der Anwendung des Tatbestandes voraus gehende rechtliche Bewertung der Eigentumslage. Ein solcher **Vorfeldirrtum** ändert nichts daran, dass die Täter sich gegen die tatbestandlich fixierte Grundentscheidung des Gesetzgebers auflehnten. Das reicht für die Annahme eines strafbaren Versuchs aus. – Diese Position wird teilweise in der Literatur vertreten.²⁴

Ihr wird von einer Auffassung widersprochen, die auch in Fällen des Vorfeldirrtums die Einstufung als strafloses Wahndelikt für richtig hält.²⁵ Die Unterscheidung zwischen Vorfeld und unmittelbarem Regelungsbereich der strafrechtlichen Verbotsnorm könne nicht den Ausschlag geben, weil die Zuordnung lediglich eine Frage der Gesetzestechnik sei. In aller Regel beruhe es allein auf Gründen der Praktikabilität, dass die Vorfeldregelung nicht in die Verbotsnorm integriert werde; möglich sei eine solche Regelungstechnik aber durchaus. Für die Strafwürdigkeit habe dieser Unterschied keinerlei Bedeutung. Auch in Fällen einer Überdehnung der Strafbarkeit durch einen Vorfeldirrtum

²² Vertiefend sei auf *Roxin*, AT II, 2003, § 29 Rn. 378 ff verwiesen.

²³ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 621.

²⁴ Z. B. *Herdegen* in Festschrift 25 Jahre BGH, 1975, 195, 206; *Herzberg*, JuS 1980, 469, 472 f.

²⁵ Z. B. *Burkhardt*, JZ 1981, 681, 687 f.; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 152.

sei Strafe fehl am Platz, weil die objektive Rechtsordnung unangetastet geblieben sei und nur die Absicht des Täters bestraft würde, sich gegen eine allein in seiner Vorstellung vorhandene rechtliche Regelung zu wenden. Eine derartige Gesinnungsbestrafung sei verfassungsrechtlich inakzeptabel.

Denkbar ist, dass im Prüfungszusammenhang außer dieser und der unter 2. angesprochenen Fragen auch noch die **Konkurrenzproblematik** erörtert wird. Verarbeitet werden muss der Umstand, dass 600 Einzeltaten vorliegen, die gleichförmig abliefen und denen vermutlich ein einheitlicher Vorsatz zugrunde lag. Diese Umstände legen die Annahme von Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB nahe.

Allerdings verlangt das Gesetz, dass die mehrmalige Gesetzesverletzung auf derselben Handlung beruht. Bei natürlicher Betrachtung haben die Täter aber 600 Handlungen ausgeführt. Können diese zu einer Handlung zusammengefasst werden, weil objektiv und subjektiv ein enger Zusammenhang bestand?

Das würde eine Wiederbelebung der Konkurrenzfigur der **fortgesetzten Handlung** voraussetzen. Es gibt durchaus die Forderung in der Literatur, entgegen der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs²⁶ jedenfalls für bestimmte Fallbereiche die fortgesetzte Handlung zu reaktivieren.²⁷ Dafür werden vor allem Praktikabilitätsgründe angeführt.

Deren Relevanz lässt sich am vorliegenden Fall leicht aufzeigen. Entfällt die Möglichkeit einer Zusammenfassung nach § 52 Abs. 1 StGB, dann bleibt nur die Annahme von Tatmehrheit gem. § 53 StGB. Das bedeutet gem. § 54 Abs. 1 StGB, dass 600 Einzelstrafen festgesetzt werden müssen, aus denen dann eine Gesamtstrafe zu bilden ist.

Dieses Ergebnis ist letztlich aber wohl selbst dann nicht zu vermeiden, wenn auf die Figur der fortgesetzten

Handlung zurückgegriffen würde. Seinerzeit war anerkannt, dass sie nicht zum Zuge kommen kann, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter unterschiedlicher Personen betroffen sind.²⁸ Gerade das ist bei § 168 Abs. 1 StGB jedoch der Fall, weil die Vorschrift auch das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen schützt.

Für die Praxis bietet die Entscheidung keine Überraschung. Sie fasst die bisherige Rechtsprechung zusammen und erteilt der mutigen teleologischen Reduktion von § 168 Abs. 1 StGB durch das Amtsgericht eine Absage.

5. Kritik

Uneingeschränkte Zustimmung verdient die Ablehnung einer Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls. Bedenklich erscheint, dass das OLG bei entsprechenden Feststellungen zur subjektiven Tatseite eine Bestrafung wegen untauglichen Diebstahlsversuchs für möglich hält. Den oben²⁹ genannten Gründen für die Einordnung als bloßes Wahndelikt ist hinzuzufügen, dass im vorliegenden Fall eine unangemessen hohe Bestrafung die Folge wäre, weil das Verbrechen eines versuchten schweren Bandendiebstahls gem. §§ 244 a Abs. 1, 242 Abs. 1 und 2, 22, 23 StGB angenommen werden müsste.

Die Stellungnahme des Gerichts zu § 168 Abs. 1 StGB ist gewiss gut vertretbar. Wer die Einzelheiten des Verbrennungs-, Zermahlungs- und Sortiervorgangs nachliest,³⁰ wird aber auch Verständnis für das Amtsgericht aufbringen können, das die Entnahme des Zahngoldes als eine „menschenwürde- und pietätsneutrale“³¹ Handlung bezeichnet hat.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nils Andrzejewski zugrunde.)

²⁸ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 22), Rn. 772.

²⁹ Siehe oben 4.

³⁰ Siehe den Hinweis in Fn. 14.

³¹ Wörtliches Zitat, wiedergegeben in der Veröffentlichung der Entscheidung des OLG Bamberg bei *juris*, dort Rn. 26.

²⁶ BGH GrS 40, 138.

²⁷ Z. B. *Fischer*, StGB, 55. Aufl. 2008, Vor § 52 Rn. 47 ff.

1. Sachverhalt

Zwischen A und seinem Hausnachbarn B bestehen seit einiger Zeit Spannungen. A fühlt sich von Kritik belästigt, die B an seinem Verhalten übt. Um B spüren zu lassen, wie es ist, wenn man belästigt wird, bestellt er im Zeitraum von zwölf Tagen telefonisch unter dem Namen des B Waren und Dienstleistungen bei 27 Unternehmen und nennt dessen Anschrift als Lieferadresse oder Leistungsort. B soll dadurch in Aufregung und Unruhe versetzt werden. A ist weder willens noch fähig, die Leistungen zu bezahlen. Die beauftragten Unternehmen melden sich bei B, um auftragsgemäß ihre Leistungen zu erbringen. Nur mit Mühe gelingt es ihm, sie davon zu überzeugen, dass er nichts bestellt habe. Die Vorgänge rufen bei ihm Unruhezustände, Nervosität und Schlafstörungen hervor. Er ist dadurch so beeinträchtigt, dass er sich in ärztliche Behandlung begeben und ein Beruhigungsmittel einnehmen muss.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Sachverhalt gibt zur Hauptsache Anlass, Abgrenzungsprobleme der Betrugsstrafbarkeit zu erörtern und eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung anzusprechen. Ansonsten kommt noch in Betracht, dass A sich wegen Nachstellung gemäß § 238 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB strafbar gemacht hat. Dar-

August 2008

Nachbar-Fall

Betrug / Bereicherungsabsicht / Bestellung von Waren und Leistungen unter fremdem Namen zum Zweck der Belästigung

§ 263 StGB

Leitsatz der Verf.:

Wer zwecks Belästigung anderer unter deren Namen Warenlieferungen oder Dienstleistungen in Auftrag gibt, handelt im Hinblick auf die Arbeitsleistung der getäuschten Unternehmen – Zustellung der Waren, Angebot der Dienstleistung vor Ort – in betrügerischer Bereicherungsabsicht.

LG Kiel, Urteil vom 03.03. 2006 – V Ns 18/06; veröffentlicht in: NStZ 2008, 219.

auf werden wir jedoch erst später¹ eingehen, weil die 2007 eingeführte Vorschrift im vorliegenden Fall, der sich im Jahr 2005 ereignete, wegen des Rückwirkungsverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nicht zur Anwendung kommen konnte.

Die **Betrugsprüfung** bereitet hinsichtlich des objektiven Tatbestandes kaum Probleme.

Täuschung und **Irrtum** sind glatt zu bejahen: A täuschte über die Identität des Bestellers und erregte bei den Unternehmen den Irrtum, dass Auftraggeber eine zahlungswillige und zahlungsfähige Person namens B sei. Zu einer **Vermögensverfügung** kam es dadurch, dass sich die Unternehmen zur Erbringung der Leistungen verpflichteten.

Auch das Merkmal des **Vermögensschadens** ist unschwer zu bejahen. In der hier vorliegenden Konstellation des Eingehungsbetruges sind die

¹ Unter 4. und 5.

beiderseitigen Leistungsverpflichtungen des vereinbarten Geschäfts zu vergleichen.² Bleibt die in Aussicht stehende Gegenleistung hinter der versprochenen Leistung des Opfers zurück, so ist dessen Vermögensbestand gemindert, also auf seiner Seite ein Schaden eingetreten. Der Vergleich fällt hier eindeutig zum Nachteil der Unternehmen aus, wie im Folgenden zu zeigen ist.

Mangels Willenserklärung des B wurde kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Unternehmen begründet, so dass ein gegen ihn gerichteter Zahlungsanspruch als gleichwertiges Äquivalent ausscheidet.

Der Anspruch gegen A als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 179 BGB war wirtschaftlich wertlos, weil die Unternehmen seine Identität nicht kannten und weil er weder zahlen wollte noch konnte.³

Auch etwaige Schadensersatzansprüche der Unternehmen gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB lassen den Vermögensschaden nicht entfallen. Da ein kompensatorischer Vermögenszuwachs unmittelbar durch die Verfügung erfolgt sein muss, bleiben gesetzliche Ansprüche grundsätzlich unberücksichtigt. Denn sie müssen erst noch durchgesetzt werden und beseitigen den Schaden nur nachträglich.⁴

Ob A sich wegen Betruges strafbar gemacht hat, entscheidet sich somit erst bei der Prüfung des **subjektiven Tatbestandes**. Wo das Problem liegt, zeigt ein Blick auf die von A verfolgte Absicht: Ihm ging es nicht darum, für sich einen wirtschaftlichen Nutzen aus den Leistungen der Unternehmen zu ziehen; vielmehr kam es ihm darauf an, B zu belästigen. Erfüllt dieser Willenssachverhalt das Betrugsmerkmal der **Bereicherungsabsicht**?

Eine verneinende Antwort liegt nahe, wenn man von der umgangssprach-

lichen Verwendung des Absichtsbegriffs ausgeht und als Vermögensvorteil nur den wirtschaftlichen Wert der Leistungen im Auge hat.

Bekanntlich tendiert jedoch die juristische Verwendung des Absichtsbegriffs zu einer extensiven Auslegung. Das gilt auch für die gängigen Definitionen zum Betrugsmerkmal der **Bereicherungsabsicht**.⁵ Danach muss der Täter den Vorteil zwar zielgerichtet anstreben. Doch braucht dessen Erlangung nicht der einzige, maßgebende oder auch nur überwiegende Zweck des Handelns zu sein. Vielmehr reicht es aus, wenn der Vermögensvorteil neben anderen Zielen oder als Mittel für einen anderen Zweck angestrebt wird. Der Anwendungsbereich des Merkmals ist dann aber verlassen, wenn der Vorteil nur notwendige oder mögliche Folge eines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens ist.

Ferner kommt in Betracht, als Vermögensvorteil bereits die bloße Möglichkeit anzusehen, darüber disponieren zu können, wem gegenüber eine Leistung erbracht werden soll.

Auf dieser Grundlage – Erweiterung des Absichtsbegriffs und Einstufung bereits der Dispositionsmöglichkeit als Vermögensvorteil – ist das BayObLG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1972⁶ in einem vergleichbaren Fall zur Annahme einer Betrugsstrafbarkeit gelangt. Der wirtschaftliche Vorteil der durch Täuschung erschlichenen Möglichkeit, über die Leistung verfügen zu können, sei für den Täter das „notwendige Mittel für den weiteren Erfolg“ gewesen, und als solches von ihm auch erstrebt worden.⁷ Das Gericht fügte noch ein allgemeines Argument hinzu: Es könne keinen Unterschied machen, ob jemand durch Täuschung Ware für

² Vgl. BGHSt 51, 165, 174; *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 13 Rn. 83.

³ Vgl. *Schröder* JZ 1972, 25, 26.

⁴ Vgl. BGH NStZ 1999, 353, 354; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 67.

⁵ Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 86 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, Rn. 58.

⁶ BayObLG JZ 1972, 25.

⁷ BayObLG JZ 1972, 25 (26).

sich selbst erlange oder deren Lieferung an andere veranlasse.⁸

Diese Entscheidung, die für die weitere Rechtsprechung wegweisend wurde, ist in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen. Unberücksichtigt bleibt, dass die alles beherrschende Motivation in diesen Fällen in der Zufügung einer immateriellen Schädigung bestehe und dass der Täter sich eines Mittels bediene, das ihm nicht einmal vorübergehend einen wirtschaftlichen Nutzen bringe.⁹

In der Literatur wird der Standpunkt des BayObLG aber auch unterstützt.¹⁰ Teilweise wird jedoch eine andere Begründung gewählt.¹¹ Hinsichtlich des Vermögensvorteils sei auf die **Arbeitsleistung** abzustellen, die von den getäuschten Unternehmen durch Bereitstellung und Anlieferung von Waren oder durch das Angebot einer Dienstleistung vor Ort erbracht werde. Diesen materiellen Vorteil mache sich der Täter zielgerichtet als Mittel der angestrebten Schädigung zunutze und erfülle dadurch die Anforderungen an das Merkmal der Bereicherungsabsicht.

Die Kritik an der bayerischen Entscheidung scheint im vorliegenden Fall das zunächst zuständige Amtsgericht so beeindruckt zu haben, dass es die Linie der bisherigen Rechtsprechung verlassen hat. Es hat eine Betrugsstrafbarkeit verneint und lediglich den Vorwurf der **Körperverletzung** zum Gegenstand einer Verurteilung gemacht.

Insoweit bietet der Sachverhalt ausreichend Indizien, um annehmen zu können, dass mehr als eine nur seelische Beeinträchtigung vorlag, nämlich

der für das Tatbestandsmerkmal der Gesundheitsschädigung erforderliche Zustand einer körperlichen Erkrankung:¹² Schlafstörungen, ärztliche Behandlung, Einnahme eines Medikaments.

Schwieriger ist es, festzustellen, ob A diesen Erfolg auch (bedingt) vorsätzlich herbeigeführt hat. Zwar wollte er B in Aufregung und Unruhe versetzen. Daraus lässt sich jedoch nicht zweifelsfrei ableiten, dass er auch eine Gesundheitsschädigung in Kauf nahm. Daher wird man es wohl bei der Annahme einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 230 StGB belassen müssen. So lautete auch der Schuldspruch des Amtsgerichts.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Gegen das erstinstanzliche Urteil legten sowohl A als auch die Staatsanwaltschaft Berufung ein. Nur das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft war erfolgreich. Das Berufungsgericht erklärte A auch des Betruges für schuldig.

In seiner Begründung schließt es sich zunächst in vollem Umfang dem BayObLG an. Als beabsichtigter Vermögensvorteil wird dementsprechend angesehen, dass A sich durch Täuschung in die Lage versetzt habe, über die Leistungen in der Weise zu verfügen, dass die Unternehmen nach seinen Weisungen handelten. Diesen Vorteil habe er auch erstrebt, wenngleich er in erster Linie B habe schädigen wollen. „Die Schädigungsabsicht schließt die Bereicherungsabsicht nicht aus, wenn die Bereicherung der Weg zur Schädigung ist.“¹³

Vollständig scheint das Gericht aber von der Tragfähigkeit dieser Begründung nicht überzeugt gewesen zu sein. Denn es bedient sich zur Absicherung auch noch der Literaturansicht, derzufolge die Arbeitsleistung der Unterneh-

⁸ BayObLG JZ 1972, 25.

⁹ Cramer in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 167; Joecks, Studienkommentar StGB, 7. Aufl. 2007, § 263 Rn. 117; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 579.

¹⁰ Tiedemann in LK, StGB, 11. Aufl. 2005, Rn. 250; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 136.

¹¹ Herzberg, JuS 1972, 185, 189.

¹² Vgl. zu den Mindestanforderungen an das Merkmal der Gesundheitsschädigung Küper (Fn. 5), S. 168 f.; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 24.

¹³ LG Kiel NSTZ 2008, 219, 221.

men den Gegenstand der beabsichtigten Bereicherung bildet. Für die Lieferung von Waren und das Angebot einer Dienstleistung vor Ort werde üblicherweise oder vertraglich ein Entgelt geschuldet. Der Arbeitsleistung komme somit ein Vermögenswert zu. Ihn habe A für sich erstrebt, weil es ihm darauf angekommen sei, B mit der daraus entstehenden lästigen Situation zu konfrontieren.

Abschließend erörtert die Kammer noch kurz das Merkmal der **Stoffgleichheit**, welches erfordert, dass der erstrebte Vorteil auf derselben Vermögensverfügung wie der Vermögensschaden beruht.¹⁴ Auch in dieser Hinsicht hat das Gericht keine Bedenken. Die erschlichene Arbeitsleistung der Unternehmen als Vermögensvorteil habe gleichermaßen wie deren Vermögensminderung das Eingehen einer vermeintlichen Verbindlichkeit zur Grundlage gehabt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Dreierlei ist von Interesse für Studium und Examen: die Betrugsproblematik, ein Konkurrenzproblem und die Möglichkeit, den neuen Tatbestand der Nachstellung gemäß § 238 StGB in Augenschein zu nehmen.

Der Sachverhalt nötigt dazu, das Betrugsmerkmal der Bereicherungsabsicht gewissermaßen unter dem Mikroskop zu betrachten. Beide Elemente – Vermögensvorteil und Verschaffungsabsicht – lassen sich allenfalls in schwacher Ausprägung feststellen.

Das gilt im Hinblick auf den Vermögensvorteil insbesondere dann, wenn man, wie das BayObLG, auf die Dispositionsbefugnis über die Leistungen abstellen will. Greifbarer tritt dagegen ein wirtschaftlicher Vorteil zutage, wenn, wie in einer Literaturansicht und nun auch in der hier besprochenen Entscheidung, die Arbeitsleistung der Un-

ternehmen als Bereicherungsobjekt benannt wird. Gemeint sind letztlich die Portokosten bei Warenlieferungen und die Anfahrtskosten bei Dienstleistungen.

Ob der Täter beabsichtigt, sich diesen Vorteil zu verschaffen, ist in einer subtilen subjektiven Prüfung des Verhältnisses zwischen dem Zweck der Schädigung und dem Mittel der Ausnutzung des Leistungsangebots der Unternehmen zu untersuchen. Eine Bejahung des Absichtsmerkmals setzt voraus, dass die Verwirklichung des Mittels nicht bloß hingenommen, sondern zur Erreichung des Zweckes erstrebt wurde.

Für die Durchführung der Prüfung ist anzuraten, nach den Elementen des Vermögensvorteils und der Verschaffungsabsicht abzuschichten. Da es sich insgesamt um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, sollte darauf geachtet werden, dass bei der Erörterung des Vermögensvorteils Formulierungen vermieden werden, die den Eindruck erwecken, der Vorteil werde objektiv festgestellt.

Das **Konkurrenzproblem** ergibt sich daraus, dass A 27 Betrugstaten, aber nur eine fahrlässige Körperverletzung begangen hat. Eine Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit gem. § 52 StGB wäre leicht möglich, wenn die Betrugstaten zu einer fortgesetzten Handlung zusammengezogen werden könnten. Doch das ist Schnee von gestern. Der Große Senat des BGH¹⁵ hat einer Anwendung diese Rechtsfigur die Grundlage entzogen.

In Betracht kommt noch eine Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der **Verklammerung**¹⁶ der einzelnen Betrugstaten durch die fahrlässige Körperverletzung. Für eine Klammerwirkung würde aber das bloße zeit-

¹⁴ Vgl. zu diesem Merkmal *Marxen* (Fn. 12), S. 24.

¹⁵ BGHSt 40, 138; vgl. dazu *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 773.

¹⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 780 ff.; *Marxen*, Strafrecht AT, 2003, S. 252.

liche Zusammentreffen nicht ausreichen. Vielmehr bedarf es einer vergleichenden Betrachtung des Unwertsgehalts der Straftaten.

Das hat seinen Grund darin, dass es für den Täter günstiger ist, wenn Tateinheit statt Tatmehrheit angenommen wird. Denn es kommt nach § 52 Abs. 2 StGB zu einer Zusammenführung in der Weise, dass eine Strafe auf der Grundlage des Gesetzes mit der schwersten Strafandrohung gebildet wird. Dagegen wird im Falle der Tatmehrheit eine Gesamtstrafe verhängt, die gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Erhöhung der verwirkten höchsten Strafe besteht. Die Besserstellung ist aber dann nicht angebracht, wenn das verklammernde Delikt von geringerem Gewicht als die anderen Taten ist. Dem Täter soll es schließlich nicht zugute kommen, dass er zusätzlich zu mehreren schweren Straftaten noch eine minder schwere begangen hat. Für eine Verklammerung eignet sich daher nur ein Delikt, dessen Unrechtsgehalt mindestens von gleichem Gewicht ist.

Zur Ermittlung des Unwertgehalts sind nicht allein die Deliktskategorien und Strafraumen, sondern auch die konkreten Umstände des Falles heranzuziehen.¹⁷ Daraus ergibt sich ein erheblicher Spielraum für die richterliche Beurteilung. Im vorliegenden Fall ist die Konkurrenzfrage erst in der Revisionsinstanz erörtert werden. Das von A angerufene OLG meinte: „Die verwirklichten Straftatbestände des Betruges und der fahrlässigen Körperverletzung wiegen etwa gleich schwer.“¹⁸ Eine Verklammerung zur Tateinheit wurde daher bejaht.

Die Einbeziehung des Tatbestandes der **Nachstellung** in die Fallbearbeitung ruft keine Anwendungsprobleme hervor; ermöglicht wird dadurch jedoch eine Erweiterung der Argumentation zu der Frage, ob der Betrugsstatbestand

Fälle der vorliegenden Art adäquat erfasst.

Heranzuziehen ist § 238 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB. Die dort genannten Handlungsmerkmale – Bestellung von Waren oder Dienstleistungen für Dritte unter missbräuchlicher Verwendung personenbezogener Daten – treffen ohne weiteres auf das Verhalten des A zu.

Erfüllt sind auch die Voraussetzungen des beharrlichen Handelns und der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse des Opfers, die für alle Tatvarianten der Nachstellung gelten. A ist mit „besonderer Hartnäckigkeit und in gesteigerter Gleichgültigkeit ... gegenüber dem gesetzlichen Verbot“ vorgegangen und hat daher beharrlich im Sinne des Gesetzgebers gehandelt.¹⁹ Angesichts der gesundheitlichen Folgen für B steht auch außer Zweifel, dass er in seiner Lebensführung erheblich beeinträchtigt wurde.

Die völlig problemlos verlaufende Subsumtion zeigt an, dass der Tatbestand geradezu gemünzt ist auf ein Verhalten wie das des A. Das führt zu der Frage, ob es daneben noch einer zusätzlichen Erfassung als Betrugsdelikt bedarf, die, wie gezeigt, äußerst problembeladen und umstritten ist.

Zur Klärung dieser Frage hätte der Gesetzgeber beitragen können. Leider ist er aber stumm geblieben. Die Gesetzesmotive zur Nachstellung enthalten kein Wort über das Verhältnis zur Betrugsstrafbarkeit.

Argumente für eine Stellungnahme lassen sich der Kriminalpolitik und der Dogmatik entnehmen.

Kriminalpolitisch wäre es im Hinblick auf Rechtsklarheit von Vorteil, wenn es bei einer Anwendung von § 238 StGB bliebe und auf eine zusätzliche Erfassung als Betrug verzichtet würde. Die Regelung der wirtschaftlichen Vorgänge könnte dem Zivilrecht überlassen werden.

Zu einem gegenteiligen Ergebnis führt eine Betrachtung der Schutzrich-

¹⁷ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 33 Rn. 107.

¹⁸ OLG Schleswig, Beschl. vom 28.6.2006 – Az. 2 Ss 70/06 (66/06), bei *juris*.

¹⁹ BT-Drs. 16/575, S. 7; vgl. dazu Lackner/Kühl (Fn. 5), § 238 Rn. 3.

tung der beiden Tatbestände. Während durch die Nachstellung der individuelle Lebensbereich geschützt wird,²⁰ dient § 263 StGB dem Vermögensschutz. Jeweils sind unterschiedliche Personen als Opfer betroffen: hier die belästigte, dort die geprellte Person. Eine Bestrafung allein wegen Nachstellung würde also ausblenden, dass durch die Tat zugleich in die Vermögenssphäre eines anderen Opfers eingegriffen wurde. Dieses Opfer wäre im Übrigen auch daran gehindert, durch einen Strafantrag gem. § 238 Abs. 4 StGB auf die Durchführung des Strafverfahrens hinzuwirken oder im Wege des Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO tätig zu werden. Jeweils würde es an der erforderlichen Verletzeneigenschaft²¹ fehlen.

Welches wäre der passende Ort, um die eben diskutierte Frage in einer Fallbearbeitung unterzubringen? Da es um das Verhältnis zweier Tatbestände geht, bietet sich auch dafür die Erörterung der Konkurrenzen an. Zu prüfen wäre, ob die Strafbarkeit wegen Betruges unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesinheit in der Gestalt der Konsumtion oder der Subsidiarität zurücktritt.²²

Noch ein Wort zur praktischen Bedeutung der Entscheidung. Sie verstärkt die durch die Entscheidung des BayObLG begründete Rechtsprechung, indem sie den wirtschaftlichen Vorteil als Gegenstand der Bereicherungsabsicht durch Hinweis auf die Arbeitsleistung der Unternehmen deutlicher hervortreten lässt. Es wird also bei der Bestrafung dieser Fälle wegen Betruges bleiben.

5. Kritik

Eine Bewertung der Entscheidung fällt schwer. Sie löst ein Unbehagen aus, das sich jedoch kaum in ein eindeutig negatives juristisches Urteil ummünzen lässt.

Unbehagen bereitet, dass die Erfassung dieser Fälle mit dem Betrugstatbestand sehr gequält wirkt und die Absicht durchscheinen lässt, unbedingt zu einer Strafbarkeit nach § 263 StGB zu gelangen. Unvertretbar erscheint der Standpunkt jedoch angesichts der gängigen Großzügigkeit im Umgang mit dem Absichtsbegriff nicht. Auch erweist sich der Gedanke, auf die zweifelhafte Betrugslösung zu verzichten, weil seit 2007 mit dem Tatbestand der Nachstellung gemäß § 238 StGB eine alternative, glatt anwendbare Lösung zur Verfügung steht, bei genauerem Hinsehen als wenig überzeugend. Wie wir oben²³ gezeigt haben, ist die Zielrichtung dieser Strafvorschrift eine ganz andere. Im Übrigen wird abzuwarten sein, ob der Tatbestand überhaupt einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhält. Seine Verfassungsmäßigkeit wird mit gewichtigen Argumenten, insbesondere mit dem Einwand der Unbestimmtheit, angezweifelt.²⁴

(Dem Text liegt ein Entwurf von Juliane Tegtmeier zugrunde.)

²⁰ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 238 Rn. 1.

²¹ Das Erfordernis ergibt sich für den Strafantrag aus § 78 Abs. 1 StGB und für das Klageerzwingungsverfahren aus § 172 Abs. 1 StPO.

²² Vgl. zur Gesetzesinheit (teils auch Gesetzeskonkurrenz genannt): *Ebert*, *Strafrecht AT*, 3. Aufl. 2001, S. 224.

²³ S. unter 4.

²⁴ Vgl. *Fischer*, *StGB*, 55. Aufl. 2008, § 238 Rn. 5 ff.

1. Sachverhalt¹

A nimmt in einem Warenhaus drei Mikro-Spiralbohrer zum Preis von 4,49 Euro aus ihrer Verpackung und steckt sie in seine Hosentasche. Dabei wird er vom Warenhausdetektiv B beobachtet. Nachdem A die Kasse ohne Bezahlung der Bohrer passiert hat, stellt ihn B zur Rede. A bestreitet, etwas eingesteckt zu haben. Daraufhin fordert B ihn auf, mit in sein Büro zu kommen. Anderenfalls werde er die Polizei verständigen. A reagiert darauf nicht, sondern begibt sich zum Parkplatz. Nunmehr stellt sich der körperlich unterlegene B dem stämmigen A in den Weg. Dieser geht jedoch ungerührt weiter. Dabei kollidiert er mit B und stößt ihn mit seinem Oberkörper und unter Zuhilfenahme eines Armes von sich. Als B ihn mit beiden Händen am Oberarm festhält, reißt A sich los, indem er seine Arme und seinen Oberkörper nach rechts und links hin und her schüttelt. Anschließend steigt er in sein Auto und fährt weg. Die Bohrer behält er während des ganzen Geschehens, das nur wenige Minuten dauert, in seiner Hosentasche. Bei einer nachfolgenden Hausdurchsuchung bei A werden die Bohrer nicht aufgefunden.

¹ Der Sachverhalt wird hier etwas vereinfacht dargestellt, um die Fallprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

September 2008 Spiralbohrer-Fall

Räuberischer Diebstahl / Gewalt gegen eine Person / Besitzerhaltungsabsicht

§§ 252, 249 Abs. 1 StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Das Merkmal der Gewalt gegen eine Person gem. § 252 StGB erfordert keinen erheblichen körperlichen Eingriff, sondern ist bereits dann erfüllt, wenn beim Opfer eine von dessen Willen unabhängige physische Reaktion eintritt, die seine Widerstandsfähigkeit gegen die Wegnahme beeinträchtigt.

2. Der Mitnahme der Beute kann hinsichtlich der Besitzerhaltungsabsicht gem. § 252 StGB ein maßgeblicher Beweiswert dann nicht beigemessen werden, wenn der verfolgte Täter sich des Diebesguts nicht hätte entledigen können, ohne den von ihm zuvor bestrittenen Diebstahl zuzugeben oder das entscheidende Beweismittel für seine Überführung zu liefern.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 28. November 2007 – 1 Ss 94/07; veröffentlicht in NSTZ-RR 2008, 201.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Mit dem Einstecken der Bohrer hat A sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Das steht außer Frage. Die Probleme des Falles betreffen sein nachfolgendes Verhalten gegenüber B, das als **räuberischer Diebstahl gem. § 252 StGB** zu werten sein könnte.

Zwei Tatbestandsmerkmale werfen Fragen auf. Erstens: Erfüllen das Beiseite-Stoßen und das Sich-Losreißen die Voraussetzungen der Ausübung von Gewalt gegen eine Person? Zweitens: Handelte A in der Absicht, sich im Besitz der Sache zu erhalten, auch wenn Anlass zu der Annahme besteht, dass er nur noch verhindern wollte, des Diebstahls überführt zu werden?

Gewalt gegen eine Person könnte zu verneinen sein, weil A nur das Nötigste tat, um sich dem Zugriff des B zu entziehen, und weil er ihn dabei lediglich geringfügig körperlich beeinträchtigte. Das Landgericht Gera hat in einer viel beachteten Entscheidung die Auffassung vertreten, dass Handlungen dieser Art nicht ausreichen; nötig sei vielmehr ein „**körperbezogener Eingriff von einigem Gewicht**“.² In der Literatur ist diese Ansicht teilweise auf Zustimmung gestoßen.³

Da nicht nur in § 252 StGB, sondern auch in § 249 Abs. 1 StGB Gewalt gegen eine Person gefordert wird, beansprucht diese Meinung konsequenterweise Geltung auch für den Raubtatbestand.⁴ Es handelt sich also um ein **Grundproblem der Raubdelikte**.

Welches sind die Argumente für einen solchermaßen restriktiven Umgang mit diesem Merkmal? Zum einen wird das „hohe Strafniveau“ als Grund für eine Einschränkung genannt.⁵ Ferner wird angeführt, dass nur so die „normative Äquivalenz“ mit dem anderen tatbestandlichen Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gewahrt werde.⁶ Ein weiteres Argument liefert der Vergleich mit § 240 StGB.⁷ Dem Unterschied – hier „Gewalt“ (§ 240 StGB) und dort „Gewalt gegen eine Person“ (§§ 249, 252 StGB) – sei zu entnehmen, dass der Gewaltbegriff der Raubtatbestände höhere Anforderungen stelle. Da sich auch bereits die Gewalt gem. § 240 StGB jedenfalls mittelbar gegen eine Person richten müsse, sei eine Abstufung im Grad der körperlichen Beeinträchtigung

nötig, um dem vom Gesetzgeber gewollten Unterschied gerecht zu werden.

Durchgesetzt hat sich diese Ansicht bislang nicht. **Die h. M. lehnt eine Einschränkung des Gewaltbegriffs bei §§ 249, 252 StGB ab.**⁸ Dieser sei gleichermaßen wie in § 240 StGB auszulegen. Gewalt liege bereits dann vor, wenn durch die physische Einwirkung auf den Körper eines anderen bei diesem eine physische Reaktion herbeigeführt werde, die dazu geeignet und nach dem Willen des Täters dazu bestimmt sei, den von ihm erwarteten Widerstand gegen die Wegnahme zu verhindern.⁹ Lediglich „ganz unwesentliche körperliche Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit“ sollen ausgeschlossen sein.¹⁰ Diese Einschränkung ist jedoch identisch mit der allseits anerkannten Bagatellgrenze.

Wie so häufig bei einer h. M. verzichtet auch diese auf eine nähere Befassung mit den Argumenten der Gegenansicht. Man begnügt sich mit einer ablehnenden Formulierung, die eine Begründung allenfalls andeutet. So heißt es, dass die Auffassung des LG Gera Gewalt „wohl zu streng“ ausschließe.¹¹ Erkennbar ist nur, dass Unterschiede im Gewaltbegriff zwischen § 240 StGB und §§ 249, 252 StGB vermieden werden sollen. Im Hinblick auf die Höhe der Strafandrohung wird darauf verwiesen, dass dem geringeren Gewicht der Tathandlung durch Einstufung als minder schwerer Fall gem. § 249 Abs. 2 StGB Rechnung getragen werden könne.¹²

Wir kommen zum zweiten Fallproblem. Die Prüfung des Merkmals der **Besitzerhaltungsabsicht** kann Folgen-

² LG Gera NJW 2000, 159.

³ Krey/Hellmann, Strafrecht BT 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 187; Mitsch, Strafrecht BT 2 Teilband 2, 2. Aufl. 2002, § 3 Rn. 18.

⁴ Krey/Hellmann und Mitsch (Fn. 3) behandeln das Problem im Zusammenhang mit § 249 StGB.

⁵ LG Gera NJW 2000, 159, 160.

⁶ LG Gera NJW 2000, 159, 160.

⁷ Krey/Hellmann (Fn. 3), Rn. 187; Mitsch (Fn. 3), § 3 Rn. 18.

⁸ Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 252 Rn. 8 und § 249 Rn. 4; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 249 Rn. 4; LG Freiburg, Urteil vom 31. Juli 2006 – 2 Qs 67/06 (bei juris).

⁹ BGH NStZ 2003, 89.

¹⁰ Eser (Fn. 8), § 249 Rn. 4.

¹¹ Eser (Fn. 8), § 249 Rn. 4.

¹² LG Freiburg, Urteil vom 31. Juli 2006 – 2 Qs 67/06 (bei juris).

des zum Ausgangspunkt nehmen. Anerkannt ist, dass diese Absicht nicht der einzige Beweggrund für die Gewaltanwendung sein muss. Es können durchaus auch noch andere Motive vorhanden sein, wie z. B. eine Fluchtabsicht, sofern diese nicht die Besitzerhaltungsabsicht verdrängen.¹³

Die fallrelevante Problematik betrifft zwei Aspekte, die auf unterschiedlichen Ebenen liegen.

Zunächst geht es um eine **inhaltliche Begriffsbestimmung**. Auch insoweit wird ein **restriktiver Ansatz** vertreten. Nicht jede Absicht, sich im Besitz der Sache zu erhalten, soll genügen. Ausreichen soll nur eine solche Besitzerhaltungsabsicht, die mit einer Fortführung der schon den Diebstahl prägenden Zueignungsabsicht verbunden ist.¹⁴ Ausgeschlossen wird damit eine Besitzerhaltungsabsicht zu anderen Zwecken, etwa zu dem Zweck, die Sache nach Sicherung des Besitzes zu zerstören oder wegzuworfen, was bedeutet, dass der Täter seine noch bei der Wegnahme vorhandene Zueignungsabsicht zwischenzeitlich aufgegeben hat.

Begründet wird diese Einschränkung damit, dass nur so der Raubcharakter der Tat gewahrt bleibe.¹⁵ Verfolge der Täter bei der Gewaltanwendung nur noch die Absicht, im Besitz der Sache zu bleiben, um sich ihrer anschließend zu entledigen, so fehle es an der den Raub (und den Diebstahl) kennzeichnenden Zueignungsabsicht.

Praktische Bedeutung erlangt diese Auffassung in Fällen, in denen der Täter sich durch Gewalt einer Festnahme entzieht und dabei plant, die Sache bei nächster Gelegenheit verschwinden zu

lassen, weil sie als Beweismittel gegen ihn verwendet werden kann.¹⁶

Der Wortlaut der Vorschrift zwingt nicht dazu, diesen Standpunkt einzunehmen. Vereinzelt wird tatsächlich die Auffassung vertreten, dass die bloße Absicht, sich im Besitz der Sache zu erhalten, ausreiche, ohne dass es noch auf eine fortdauernde Zueignungsabsicht ankomme.¹⁷ Zur Begründung wird ein sehr handfestes praktisches Argument genannt: Es müsse vermieden werden, dass Beschuldigte sich damit herausredeten, sie seien an der Beute gar nicht mehr interessiert gewesen, sondern hätten sich ihrer bei nächster Gelegenheit entledigen wollen.¹⁸

Auf der Grundlage der restriktiven Auslegung des Merkmals der Besitzerhaltungsabsicht ergibt sich ein **Folgeproblem**: Wie kann in den Fluchtfällen mit der nötigen Sicherheit festgestellt werden, ob der Täter die Gewalt (auch) in fortdauernder Zueignungsabsicht ausgeübt hat? Der Umstand, dass er die Sache bei sich behalten hat, liefert noch kein ausreichend sicheres Indiz. Denn die Mitnahme der Beute kann nötig gewesen sein, um eine Überführung zu vermeiden. Sie eignet sich als Beweisanzeichen für die Fortdauer der Zueignungsabsicht nur dann, wenn der Täter die Möglichkeit gehabt hat, sich der Sache zu entledigen, ohne dadurch seine Fluchtmöglichkeiten zu verringern.¹⁹ Erforderlich ist somit eine sorgfältige Prüfung der konkreten Fallumstände.

Die vom OLG Brandenburg zu überprüfende landgerichtliche Entscheidung war zu dem Ergebnis gelangt, dass der

¹³ BGH NStZ 2000, 530, 531 m. w. N.

¹⁴ Vgl. Küper, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 93 m. w. N.

¹⁵ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 252 Rn. 5; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 371.

¹⁶ Z. B. OLG Köln NStZ-RR 2004, 299; OLG Zweibrücken JR 1991, 383.

¹⁷ OLG Köln NJW 1967, 739; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1, 9. Aufl. 2003, § 35 Rn. 43.

¹⁸ Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 17), § 35 Rn. 43.

¹⁹ Vgl. OLG Köln NStZ 2005, 448, 449 und NStZ-RR 2004, 299 f.; OLG Zweibrücken JR 1991, 383 f.; Fischer (Fn. 8), § 252 Rn. 9. – Unklar: BGH NStZ 2003, 89.

Angeklagte mit der – restriktiv interpretierten – Besitzerhaltungsabsicht gehandelt hat. In seiner Begründung hat das Landgericht u. a. als Indiz verwendet, dass die Hausdurchsuchung ohne Erfolg geblieben war. Daraus sei zu schließen, dass der Angeklagte die Beute versteckt habe, was den weiteren Schluss zulasse, dass er die Gewalt nicht nur zur Verhinderung seiner Überführung, sondern auch zur Absicherung der Zueignung ausgeübt habe.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In Übereinstimmung mit dem Landgericht bejaht das OLG Brandenburg das Merkmal der Gewalt gegen eine Person. Hingegen beanstandet es die Beweisführung, mit der das Landgericht zur Annahme einer Besitzerhaltungsabsicht gelangt ist.

Die Auseinandersetzung des Gerichts mit dem **Gewaltbegriff** lässt sich nicht ohne Vorgriff auf Kritik wiedergeben. Anderenfalls würden die Argumente, die in der Entscheidung gegen eine restriktive Auslegung vorgebracht werden, nicht verständlich.

Der Senat befasst sich ausschließlich mit der Entscheidung des Landgerichts Gera und den dort vorgebrachten Gründen. Unberücksichtigt bleibt, was zusätzlich in der Literatur zur Begründung angeführt wird.

Dem Landgericht Gera wirft der Senat Systemwidrigkeit vor. Es verwende für § 252 StGB einen engen Begriff der Gewalt gegen eine Person und gerate dadurch in Widerspruch zur gängigen weiten Auslegung des gleich lautenden Begriffs in § 249 Abs. 1 StGB.

Ein solcher Widerspruch existiert jedoch nicht, weil das Landgericht Gera lediglich über die Anwendbarkeit von § 252 StGB zu entscheiden hatte und der Fall keinen Anlass bot, die Konsequenzen für § 249 Abs. 1 StGB zu erörtern. Man wird annehmen dürfen, dass das Landgericht auch in einem Raubfall den Gewaltbegriff restriktiv auslegen würde. Dafür sprechen die in der Entscheidung angeführten Argumente, die

gleichermaßen bei § 249 Abs. 1 StGB anwendbar sind. Im Übrigen stellt die Rezeption der landgerichtlichen Entscheidung in der Literatur klar, dass der restriktive Ansatz sowohl für § 252 StGB als auch für § 249 Abs. 1 StGB Geltung beansprucht.²⁰

Einen zweiten Einwand entwickelt der Senat in umgekehrter Richtung. Da bei § 249 Abs. 1 StGB anerkannt sei, dass die Gewalt gegen eine Person keine gegenwärtige Leibes- oder Lebensgefahr begründen müsse, dürfe von einer solchen Anforderung auch nicht die Anwendung von § 252 StGB abhängen. Diese Argumentation verfehlt gleichermaßen den Inhalt der Entscheidung des Landgerichts Gera. Keineswegs engt das Landgericht den Gewaltbegriff in § 252 StGB in der Weise ein, dass es die Entstehung einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben fordert. Das maßgebliche Eingrenzungskriterium lautet: „körperbezogene Eingriffe von einigem Gewicht“²¹.

Die unzutreffende Wiedergabe könnte damit zusammenhängen, dass das Landgericht seinen restriktiven Ansatz mit dem Erfordernis einer „normativen Äquivalenz“ mit dem anderen Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben begründet hat.²² Von Richtern an einem Oberlandesgericht sollte man jedoch erwarten, dass sie zwischen Gleichsetzung und „normativer Äquivalenz“ unterscheiden können.

Letztlich bleibt als Begründung für die Ablehnung einer restriktiven Auslegung nur die Berufung darauf, dass der eingennommene Standpunkt der h. M. entspricht.

Hinsichtlich der **Besitzerhaltungsabsicht** geht das OLG von der ganz überwiegend vertretenen Ansicht aus,

²⁰ Die Standardkommentare behandeln die Entscheidung des LG Gera auch bei § 249 StGB, s. *Fischer* (Fn. 8), § 249 Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 15), § 249 Rn. 2.

²¹ LG Gera, NJW 2000, 159, 160.

²² LG Gera, NJW 2000, 159, 160.

dass mit ihr eine fortdauernde Zueignungsabsicht verbunden sein müsse.

Akzente setzt es bei der **Feststellung der Zueignungsabsicht in Fluchtfällen** der vorliegenden Art. Dem Umstand, dass ein zunächst gestellter Täter die Beute mitgenommen habe, komme **kein entscheidender Beweiswert** zu. Zur Mitnahme könne er gezwungen gewesen sein, wenn er sich wegen andauernder Verfolgung des Diebesguts nicht hätte entledigen können, ohne den Diebstahl zuzugeben oder das entscheidende Beweismittel für seine Überführung zu liefern. Falls also ein mit Zueignungsabsicht handelnder Täter sich gleichermaßen verhält wie ein Täter, der die Zueignungsabsicht aufgegeben hat, bedarf es nach Ansicht des Gerichts anderer tragfähiger Indizien für eine Bejahung des (restriktiv verstandenen) Merkmals der Besitzerhaltungsabsicht. Fehle es an solchen Indizien, so verbiete es der Grundsatz „in dubio pro reo“, eine Besitzerhaltungsabsicht zu unterstellen.

Diesen Anforderungen wird das landgerichtliche Urteil aus der Sicht des Senats nicht gerecht. Er beanstandet die Annahme, dass aus dem Fehlschlag der Durchsuchung zu schließen sei, der Angeklagte habe die Bohrer versteckt, was dann wiederum den Schluss begründen soll, er habe bei der Gewaltausübung mit einer fortdauernden Zueignungsabsicht gehandelt. Diese Schlussfolge sei nicht zwingend. Gleichmaßen nahe liege die Möglichkeit, dass der Angeklagte sich der Beute schon auf der Flucht oder zu Hause entledigt habe. Dafür spreche auch der Umstand, dass seine Identität über das Kfz-Kennzeichen ermittelbar gewesen sei, so dass er mit weiteren Verfolgungsmaßnahmen habe rechnen müssen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Einige **Hinweise zum Aufbau und zur Terminologie** sollen die Integration

der Fallprobleme in eine gutachtliche Prüfung von § 252 StGB erleichtern.

In die Untersuchung des objektiven Merkmals der **Gewalt gegen eine Person** ist, sofern der Sachverhalt dazu Anlass gibt, der Meinungsstreit um eine restriktive Auslegung mit dem Kriterium des „körperbezogenen Eingriffs von einigem Gewicht“ einzubeziehen. Die damit gezogene Erheblichkeitschwelle ist eine andere als die Bagatellgrenze. Genau genommen, ist also eine zweifache Erheblichkeitsprüfung nötig (wiederum: sofern der Sachverhalt dazu Anlass gibt).²³ Einmal sind ganz unwesentliche körperliche Beeinträchtigungen auszuschneiden. Zum anderen muss, wenn man der restriktiven Auslegung folgt, das Überschreiten der Schwelle eines erheblichen körperlichen Eingriffs festgestellt werden.

Beim subjektiven Merkmal der **Besitzerhaltungsabsicht** ist die inhaltliche Diskussion über das zusätzliche Erfordernis eines Fortdauerns der Zueignungsabsicht zu führen. Behandelt wird damit eine abstrakte Rechtsfrage. Davon ist deutlich die Frage zu trennen, ob der konkrete Sachverhalt die nötigen Anhaltspunkte für die Annahme fortdauernder Zueignungsabsicht enthält. Hier müssen – richterähnlich – Feststellungen zum Willenssachverhalt getroffen werden.

Praktisch wäre es, wenn für die Einschränkung der Besitzerhaltungsabsicht ein eingängiger Ausdruck zur Verfügung stünde, der die umständliche Umschreibung „Besitzerhaltungsabsicht in fortdauernder Zueignungsabsicht“ ersparen würde. Ein denkbarer Kandidat ist „Beutesicherungsabsicht“, weil darin auch die Zueignungsabsicht anklingt. Tatsächlich wird dieser Begriff vielfach in Rechtsprechung und Literatur verwendet. Doch fehlt es an einer Festlegung in dem hier angesprochenen Sinne. Häufig wird der Begriff in gleicher Bedeutung wie der Begriff der Besitzerhaltungsabsicht benutzt. Mangels einheitlichen Sprachgebrauchs sollte daher

²³ Ähnlich *Krey/Hellmann* (Fn. 3), Rn. 187.

am besten ganz auf den Begriff der Beutesicherungsabsicht verzichtet werden.

Für den **Gesamtaufbau einer Fallprüfung** ist Folgendes zu empfehlen.

Im Nachvollzug des historischen Ablaufs und zur Vorbereitung der Prüfung von § 252 StGB sollte zunächst ein vollendeter Diebstahl gem. § 242 StGB untersucht werden. Dabei ist klarzustellen, dass die Beobachtung der Tat durch B nach nahezu einhelliger Auffassung der Annahme einer Tatvollendung nicht entgegensteht.²⁴ Anzuschließen ist die Prüfung eines Diebstahls mit Waffen gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB. In diesem Zusammenhang muss angesprochen werden, ob die entwendeten Spiralbohrer gefährliche Werkzeuge im Sinne dieser Vorschrift sind²⁵ und ob ein Bei-Sich-Führen auch dann gegeben ist, wenn der Täter erst durch die Tat in den Besitz der Sache gelangt²⁶.

Danach ist eine Strafbarkeit wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB zu erörtern. Wird sie bejaht, dann könnte sogar noch der schwere räuberische Diebstahl gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB in Betracht gezogen werden,²⁷ wobei auf die Lösung zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB zurückgegriffen werden kann. Falls eine Strafbarkeit nach § 252 StGB abgelehnt wird, muss das Verhalten des A gegenüber B noch unter dem Gesichtspunkt der Nötigung gem. § 240 StGB untersucht werden.

²⁴ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 15), § 242 Rn. 16.

²⁵ Näher dazu *Küper* (Fn. 14), S. 457 ff.

²⁶ Vgl. *Kindhäuser* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 244 Rn. 18.

²⁷ Spätestens hier ist ein Blick auf die Strafandrohung angebracht. Es droht eine Mindestfreiheitsstrafe nicht unter drei Jahren für ein Alltagsgeschehen ohne schwerwiegende Folgen, wenn die Möglichkeiten ungenutzt bleiben, die Merkmale „Gewalt gegen eine Person“ (§ 252 StGB), „Beisichführen“ und „gefährliches Werkzeug“ (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB) eingrenzend auszulegen.

Die Praxis wird die Entscheidung als **Bestätigung** einer Rechtsprechung verbuchen, die das Merkmal der Besitzerhaltungsabsicht restriktiv handhabt. Die Tatgerichte werden künftig noch stärker darauf achten müssen, dass es für die Annahme einer Besitzerhaltungsabsicht bei ertappten Ladendieben, die sich zur Wehr setzen und fliehen, nicht ausreicht, auf die Mitnahme der Beute abzustellen. Vielmehr ist eine intensive Auswertung aller Tatumstände und des nachfolgenden Geschehens nötig. Bestand für den Täter nicht die Möglichkeit, sich der Beute bei der Flucht zu entledigen, und sind keine sonstigen Indizien für eine fortdauernde Zueignungsabsicht vorhanden, dann muss von einer Bestrafung nach § 252 StGB abgesehen werden. Da Vorfälle dieser Art häufig vorkommen dürften, ist die praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung beträchtlich.

5. Kritik

Zutreffend hat das OLG Brandenburg die Bejahung einer fortdauernden Zueignungsabsicht (als Bestandteil der Besitzerhaltungsabsicht) durch das Landgericht gerügt. Allzu nahe liegt die Annahme, dass A nur noch Folgendes gedacht hat: „Bloß weg hier! Aber wie werde ich nur diese verdammten Bohrer unauffällig wieder los?“

Inakzeptabel ist dagegen die Auseinandersetzung des Gerichts mit der Ansicht, die das Merkmal der Gewalt gegen eine Person restriktiv auslegt. Bereits unter 3. haben wir das Nötige dazu gesagt. Aus unserer Sicht sind die Argumente der Mindermeinung überzeugend. Das Gewaltmerkmal in §§ 249 Abs. 1 und 252 StGB sollte auf körperliche Eingriffe von einigem Gewicht beschränkt werden.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Dr. Florian Knauer)

1. Sachverhalt

A ist Busfahrer bei den Berliner Verkehrsbetrieben, einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Verkehrsbetriebe erbringen ihre Verkehrsleistung für die Landesregierung von Berlin, den Berliner Senat. Dieser legt den allgemeinen Verkehrsplan für den Öffentlichen Personennahverkehr fest und bestellt die dafür erforderliche Verkehrsleistung bei einem Verkehrsunternehmen. Mit Ausnahme des S-Bahn-Bereichs haben die Berliner Verkehrsbetriebe gegenwärtig ein Monopol bei der Erbringung dieser Verkehrsleistung.

Bei einer seiner Fahrten fährt A an einer Haltestelle vorbei, obwohl einige Fahrgäste aussteigen wollen. Er ist der Meinung, sie hätten ihren Haltewunsch zu spät angezeigt. Beim Verlassen des Busses an der nächsten Haltestelle ruft B, der nun zurücklaufen muss, deutlich hörbar „Danke, arschloch“. A, den die Beleidigung erbost, folgt B eilig und fordert ihn zum Stehenbleiben auf, was B jedoch nicht hört. Kurz hinter dem Heck des Busses holt A ihn ein und stößt ihn mit vorgestreckten Armen von hinten wuchtig um. B, der den näherkommenden A nicht bemerkt hat, stürzt zu Boden und erleidet dadurch Schürfwunden und Hämatomschwellungen sowie eine Lungenprellung. Diese Folgen hat A bei seinem Stoß für möglich gehalten und sie sind ihm auch recht gewesen. – Strafbarkeit des A?

Oktober 2008 Busfahrer-Fall

Körperverletzung im Amt / Auslegung nach dem Schutzzweck / Amtsträger / Öffentlicher Personennahverkehr als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung

§§ 340 Abs. 1, 223 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB

Leitsatz der Verf.: Ein Busfahrer der Berliner Verkehrsbetriebe, der vorsätzlich einen Fahrgast verletzt, macht sich nur wegen einfacher Körperverletzung, nicht aber wegen Körperverletzung im Amt nach § 340 Abs. 1 StGB strafbar, weil dieser Tatbestand einen Missbrauch von Amtsgewalt voraussetzt, die dem Fahrer im Verhältnis zu seinen Fahrgästen nicht zukommt.

KG, Beschluss vom 30. April 2008 – 1 Ss 223/05; veröffentlicht in: NJW 2008, 2132.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Mit dem Stoß, durch den B hinfiel und verletzt wurde, hat A den **Grundtatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB** in beiden Varianten erfüllt.

Als **Qualifikation** in der Form der gefährlichen Körperverletzung kommt hier allenfalls eine Begehung mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht. Daran lässt der Umstand denken, dass B vom Angriff überrascht wurde. Die anerkannte Definition des Merkmals verlangt jedoch mehr, nämlich dass der Täter in planmäßig berechnender Weise seine Angriffsabsichten verdeckt hat.¹ Daran fehlt es hier. A verfolgte sein Opfer in der deutlich erkennbaren Absicht, auf die Beleidigung zu reagieren.

Bei der Suche nach weiteren Qualifikationstatbeständen darf eine Vorschrift nicht übersehen werden, die sich

¹ Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 26.

außerhalb des Abschnitts über die Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit befindet. Die Rede ist von der **Körperverletzung im Amt** gem. **§ 340 Abs. 1 StGB**.

A müsste nach dieser Vorschrift als **Amtsträger** anzusehen sein. Der Begriff wird im Allgemeinen Teil des StGB näher umschrieben: **§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB**. Die Vorschrift enthält drei Varianten. Deren Abfolge ist dadurch gekennzeichnet, dass die Anwendungsprobleme zunehmen.

In unserem Fall scheiden die ersten beiden Varianten aus. A ist kein (so genannter staatsrechtlicher) Beamter im Sinne von Buchstabe a. Für einen Beamten ist kennzeichnend, dass er durch die Aushändigung einer Ernennungsurkunde förmlich in ein Beamtenverhältnis berufen wird.² A steht auch nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis nach Buchstabe b, wie etwa Mitglieder der Bundesregierung oder Notare³.

In Betracht kommt daher nur, dass A nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 **Buchstabe c** StGB als Amtsträger anzusehen ist. Die nicht leicht zu überschauende Vorschrift hat zunächst die Wahrnehmung von **Aufgaben der öffentlichen Verwaltung** zur Voraussetzung. Das Merkmal soll lediglich der Abgrenzung zu Akten der Rechtsprechung und der Gesetzgebung dienen und ist daher weit auszuliegen.⁴ Nach einer Formulierung des Bundesgerichtshofs sind alle Tätigkeiten erfasst, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.⁵

Die Anwendung des Merkmals wird erleichtert, wenn man verschiedene Arten der Verwaltungstätigkeit unterscheidet.

So gehört unbestritten der Bereich der **Eingriffsverwaltung** zur öffentli-

chen Verwaltung.⁶ Gemeint sind damit Aufgaben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt,⁷ also beispielsweise polizeiliche Aufgaben.

Teil der öffentlichen Verwaltung ist aber auch die **Leistungsverwaltung**, etwa in Form der **Daseinsvorsorge**.⁸ Darunter versteht man die Tätigkeit des Staates, die dazu bestimmt ist, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen.⁹ Von enormer praktischer Bedeutung ist die Frage, unter welchen Bedingungen auch dann noch von einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung gesprochen werden kann, wenn der Staat solche Aufgaben der Daseinsvorsorge privaten Unternehmen überträgt.¹⁰ Da die Berliner Verkehrsbetriebe, für die A tätig ist, jedoch eine **Anstalt des öffentlichen Rechts** sind, dürften die mit dieser Frage verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten in unserem Fall nicht von Bedeutung sein.

Umstritten ist, ob auch der Bereich **erwerbswirtschaftlich-fiskalischer Betätigung** des Staates als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung verstanden werden sollte. Damit ist eine Betätigung gemeint, die über den Bereich der Daseinsvorsorge hinausgeht.¹¹ Dazu gehören beispielsweise Fälle, in denen der Staat als Betreiber von Porzellanmanufakturen oder Bierbrauereien auftritt.¹² Hinderlich für eine Klärung dieser Streitfrage ist der Umstand, dass der Gesetzgeber sich dazu widersprüchlich geäußert hat. Überwiegend wird wegen der Nähe zu privaten Wirtschaftsformen eine Einbeziehung abgelehnt.¹³

² Vgl. Rengier, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2008, § 59 Rn. 6.

³ Vgl. Rengier (Fn. 2), § 59 Rn. 7.

⁴ BT-Drucks. 7/550, S. 208.

⁵ Vgl. BGHSt 38, 199, 201 m. w. N.

⁶ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 11 Rn. 9.

⁷ Lackner/Kühl (Fn. 6), § 11 Rn. 9; vgl. BT-Drucks. 7/550, S. 209.

⁸ Lackner/Kühl (Fn. 6), § 11 Rn. 9; BT-Drucks. 7/550, S. 209.

⁹ BGHSt 12, 89, 90.

¹⁰ Siehe dazu unten 4.

¹¹ Lackner/Kühl (Fn. 6), § 11 Rn. 9 a.

¹² Lenckner, ZStW 106 (1994), 502, 527 m. N.

¹³ Dazu Lackner/Kühl (Fn. 6), § 11 Rn. 9 a.

Kehren wir zurück zu unserem Fall. Die Berliner Verkehrsbetriebe erbringen ihre Verkehrsleistung im Bereich des **Öffentlichen Personennahverkehrs**. Es handelt sich also nicht um eine rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung des Staates, sondern um einen Teil der staatlichen Daseinsvorsorge.¹⁴ Damit stellt sich die Tätigkeit des A als die Erfüllung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB dar.

Hält man dies für richtig, wird die Amtsträgereigenschaft des A an den weiteren Merkmalen der Vorschrift nicht mehr scheitern. Die Berliner Verkehrsbetriebe bilden als Anstalt des öffentlichen Rechts den Schulfall einer **sonstigen Stelle**, die zwar keine Behörde ist, aber gleichwohl dazu befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken.¹⁵ A ist **bei** dieser Stelle zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe bestellt. Mit dem Merkmal der **Bestellung** werden zwar weitere einschränkende Forderungen verbunden; dies betrifft jedoch wiederum in erster Linie die Fälle, in denen die Amtsträgereigenschaft von Privaten zur Debatte steht.¹⁶ Es gibt also wenig Anlass, an der Amtsträgereigenschaft des A zu zweifeln.

Damit steht die Anwendung von § 340 StGB aber noch nicht fest. Denn die Körperverletzung muss **während der Dienstaussübung oder in Beziehung auf den Dienst** begangen worden sein. Die erste Alternative erfordert einen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zur Dienstaussübung,¹⁷ der in unserem Fall anzunehmen sein dürfte. Sie bietet jedoch auch einen Anknüpfungspunkt für eine Auslegung, die sich am **Schutzzweck** der Vorschrift orientiert. Und so hat sich für diese erste Alternative inzwischen die Auffassung durchgesetzt, dass auch ein **sachlicher Zusammenhang** mit der

Dienstaussübung gegeben sein muss.¹⁸ Für einen solchen sachlichen Zusammenhang spricht immerhin, dass Anlass für die Körperverletzung der Konflikt um das Vorbeifahren an der Haltestelle war. Eine gewichtige Ansicht in der Literatur nimmt jedoch einen sachlichen Zusammenhang nur dann an, wenn sich die Körperverletzung als **Missbrauch der Amtsgewalt** darstellt.¹⁹ In unserem Fall würde es wohl schwer fallen, Anhaltspunkte dafür zu finden, dass A bei der Körperverletzung besondere amtliche Befugnisse als Busfahrer missbraucht hat.

3. Kernaussagen der Entscheidung

So sieht es auch das Kammergericht, das sich der Meinung anschließt, dass eine am Schutzzweck des § 340 Abs. 1 StGB ausgerichtete Auslegung einen Missbrauch von Amtsgewalt erfordere.²⁰ Leider verzichtet es darauf, eine Verknüpfung mit dem Gesetzestext herzustellen.

In der Begründung stellt das Kammergericht maßgeblich nicht auf die konkreten Fallumstände, sondern auf allgemeine Erwägungen zur Stellung eines Busfahrers der Berliner Verkehrsbetriebe ab. Ihm komme im Verhältnis zu seinen Fahrgästen überhaupt **keine Amtsgewalt** zu.²¹ Das Berufsbild des Busfahrers habe sich verändert. Anders als noch zu Zeiten des Reichsgerichts, als es die Aufgabe eines Fahrers der Verkehrsbetriebe gewesen sei, „die Stadt Berlin gegenüber den Fahrgästen in seinem Wagen zu vertreten“²², handle dieser heute nicht mehr als verlängerter Arm des Staates, sondern als

¹⁴ Vgl. Rengier (Fn. 2), § 59 Rn. 13.

¹⁵ Vgl. Fischer, 55. Aufl. 2008, § 11 Rn. 19.

¹⁶ Dazu Lackner/Kühl (Fn. 6), § 11 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. Fischer (Fn. 15), § 340 Rn. 2 a.

¹⁸ Fischer (Fn. 15), § 340 Rn. 2 m. N.

¹⁹ Fischer (Fn. 15), § 340 Rn. 2 und 2 a; Horn/Wolters, in SK, StGB, § 340 Rn. 4 ff.

²⁰ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²¹ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²² Das Kammergericht entnimmt das Zitat RGSt 75, 355, 356; in der dortigen Entscheidung ging es um einen Straßenbahnfahrer.

Dienstleister für Kunden.²³ Die Befugnisse des Betriebspersonals gingen, wie den entsprechenden Dienstanweisungen und den Beförderungsbedingungen zu entnehmen sei, nicht über diejenigen von Angestellten privater Transportunternehmen hinaus.²⁴

Da nach Ansicht des Kammergerichts eine Strafbarkeit nach § 340 Abs. 1 StGB daran scheitert, dass der erforderliche Missbrauch von Amtsgewalt nicht gegeben ist, verzichtet es auf eine Stellungnahme zu der Frage nach der **Amtsträgereigenschaft** des A im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB. Gleichwohl widmet es dieser Frage längere Ausführungen.

Erörtert wird zunächst eine Überlegung, die für die Ablehnung der Amtsträgereigenschaft sprechen könnte. Zwar sei nicht zu bezweifeln, dass die Gewährleistung und Steuerung des Öffentlichen Personennahverkehrs eine Aufgabe des Staates zur Daseinsvorsorge sei.²⁵ Es könne aber die (in unserer Besprechung bislang nicht erörterte²⁶) Frage aufgeworfen werden, ob es wirklich die Berliner Verkehrsbetriebe seien, denen die Wahrnehmung dieser Aufgabe zukomme.²⁷

Dagegen könne die gesetzliche Ausgestaltung des Öffentlichen Personennahverkehrs²⁸ sprechen. Hier werde nämlich eine **Trennung von Aufgabenträger und Verkehrsunternehmer** vorgenommen.²⁹ Aus dieser Trennung lasse sich entsprechend einer im Schrifttum vertretenen Ansicht folgern, dass lediglich der Senat als Aufgabenträger des Öffentlichen Personennahverkehrs, nicht aber der Verkehrsun-

ternehmer eine öffentliche Leistung der Daseinsvorsorge erbringe.³⁰

Das Kammergericht verwirft diese Überlegung jedoch. Es werde dabei nicht ausreichend beachtet, dass nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB „auch derjenige als Amtsträger anzusehen ist, der **im Auftrag** der sonstigen Stelle (...) tätig ist“³¹.

Es ergänzt seinen Einwand mit dem Hinweis, dass die Berliner Verkehrsbetriebe auch erheblicher **staatlicher Steuerung** unterlägen.³² Dafür werden die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Berliner Senats nach dem Berliner Betriebsgesetz sowie die Monopolstellung der Verkehrsbetriebe angeführt.³³ Auf dieser Grundlage kommt das Kammergericht zu dem Schluss, dass für die Amtsträgerstellung eines jeden Mitarbeiters der Berliner Verkehrsbetriebe „gewichtige Umstände“ sprächen.³⁴ Endgültig festlegen will es sich in dieser Frage jedoch nicht.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Während es in unserem Fall um den Angestellten eines öffentlichrechtlichen Unternehmens geht, sind in der Praxis die größten Probleme bei der Bestimmung des Amtsträgerbegriffs mit der zunehmenden **Privatisierung staatlicher Aufgaben** verbunden.³⁵ Den Schwerpunkt der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bildet daher regelmäßig die Frage, inwieweit auch die Angestellten privater Unternehmen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB wahrnehmen. Zur Entwicklung des Meinungsstandes wollen wir zumindest einen **Überblick** anbieten.

²³ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²⁴ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²⁵ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²⁶ Siehe dazu aber unten 5.

²⁷ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

²⁸ Vgl. für Berlin: ÖPNV-Gesetz, BerlGVBl. 1995, S. 390 f. Die anderen Bundesländer haben in Umsetzung europäischer Vorgaben vergleichbare Regelungen geschaffen, *Lange*, Landes- und Kommunalverwaltung 1997, 117, 118.

²⁹ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

³⁰ KG NStZ 2008, 2132, 2133 mit Verweis auf *Becker*, StV 2006, 263, 268.

³¹ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

³² KG NStZ 2008, 2132, 2133.

³³ KG NStZ 2008, 2132, 2133.

³⁴ KG NStZ 2008, 2132.

³⁵ Siehe schon oben unter 2.; ausführlich zur Privatisierung im Bereich der Daseinsvorsorge *Radtko*, NStZ 2007, 57 ff.

Der Bundesgerichtshof hatte zunächst einen Beurteilungsmaßstab verwendet, der allein auf die Organisationsform abstellte.³⁶ Die Privatisierung staatlicher Aufgaben konnte so als eine „Abwahl des Strafrechts“³⁷ charakterisiert werden.

Darauf reagierte die Gesetzgebung im Jahr 1997 mit einer Ergänzung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB. Die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ist seither „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ zu bestimmen. Damit wird eine **funktionale Betrachtungsweise**³⁸ vorgegeben.

Auf ihrer Grundlage hat der Bundesgerichtshof die Formel entwickelt, dass sich das private Unternehmen als „**verlängerter Arm des Staates**“³⁹ darstellen müsse. Eine solche Staatsnähe wird insbesondere dann angenommen, wenn der Staat nicht nur Inhaber des Unternehmens ist, sondern auch steuernd auf dessen Tätigkeit Einfluss nehmen kann.⁴⁰ Ein weiteres wichtiges Indiz bildet der Umstand, dass das Unternehmen eine Monopolstellung innehat.⁴¹ Weniger bedeutsam ist dagegen, ob das Unternehmen die Absicht verfolgt, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Denn die Annahme einer öffentlichen Aufgabe wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine solche Absicht zu dem Zweck der Förderung des Allgemeinwohls hinzutritt.⁴²

In starkem Kontrast zu ihrer praktischen Bedeutung führen die **Amtsdelikte** in der universitären Ausbildung ein Schattendasein. Zudem dürften sie bei den Studierenden auf der Belieb-

heitsskala einen der unteren Plätze einnehmen, weil sie rechtlich kompliziert sind und weil vielfach Bezüge zu anderen Rechtsgebieten hergestellt werden müssen. Sie gehören jedoch in weiten Teilen zum **Prüfungsstoff des Examens**.⁴³ Wir raten daher dringend dazu, sich jedenfalls mit den Grundlagen vertraut zu machen, um nicht Schiffbruch im Examen zu erleiden.

Geht es in einer **Klausur** um Angestellte eines privaten Unternehmens, wird ein Schwerpunkt der Aufgabe vermutlich darin bestehen, die Angaben im Sachverhalt anhand der eben aufgeführten Kriterien zu verwerten. Die gesetzlichen Regelungen spezieller Bereiche der Daseinsvorsorge werden in den zur Prüfung zugelassenen Sammlungen in der Regel nicht enthalten sein. Auf sie kann daher nur zurückgegriffen werden, wenn sie in der Aufgabenstellung abgedruckt sind.

Geht es dagegen, wie in unserem Fall, um die Angestellten öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen, werden sich Abgrenzungsprobleme lediglich im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Leistungen zur Daseinsvorsorge und einer rein erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit des Staates ergeben. Auch für diese Abgrenzung kann von Bedeutung sein, ob der Staat seine Leistung als Monopol anbietet oder sich in Konkurrenz mit privaten Wettbewerbern befindet. Die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dürfte in unserem Fall jedenfalls einfacher zu bejahen sein, als die Entscheidung des Kammergerichts nahelegt.

5. Kritik

Dem Kammergericht ist darin zuzustimmen, dass sich die Körperverletzung des A nicht als Missbrauch seiner Amtsgewalt als Busfahrer darstellt. Ob ein solcher Missbrauch von Amtsgewalt durch einen Busfahrer des Öffentlichen Personennahverkehrs im Verhältnis zu

³⁶ BGHSt 38, 199 ff.

³⁷ Formulierung von *Lenckner*, ZStW 106 (1994), 502.

³⁸ *Fischer* (Fn. 15), § 11 Rn. 21.

³⁹ BGHSt 43, 370, 377; vgl. auch *Fischer* (Fn. 15), § 11 Rn. 22 und 22 a m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁴⁰ BGHSt 43, 370, 377.

⁴¹ Vgl. *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 453 f. und 477.

⁴² BGH NJW 2004, 693.

⁴³ Vgl. für Berlin § 3 JAO (2003).

den Fahrgästen jedoch generell auszuschließen ist, wie die Entscheidung des Kammergerichts nahe legt, erscheint zweifelhaft. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen ein Busfahrer nach einem Unfall seine Anweisungsbefugnisse missbraucht. Auch die Annahme einer fahrlässigen Körperverletzung im Amt (§§ 340 Abs. 3, 228 StGB) durch einen Unfall, der auf das Fahren unter Alkoholeinfluss zurückzuführen ist, erscheint möglich. Einzuräumen ist jedoch, dass die Anwendung von **§ 340 Abs. 1 StGB** sich in aller Regel auf den Bereich der **Eingriffsverwaltung** beschränkt, für den staatliche Befugnisse der Anordnungs- und Zwangsgewalt kennzeichnend sind.

Erklären müssen wir noch, warum wir die Literaturmeinung, mit der sich das Kammergericht in seinem Beschluss auseinandersetzt, nicht unter 2. erwähnt haben. Wir sind der Meinung, dass die vom Kammergericht vorgestellte Auffassung unter der nachgewiesenen Fundstelle gar nicht vertreten wird. Zwar wird dort die Meinung geäußert, dass der Verkehrsunternehmer „keine öffentliche Leistung der Daseinsvorsorge im strafrechtlichen Sinne“ erbringe;⁴⁴ der Aufsatz wird jedoch mit der Frage eingeleitet, ob die Privatisierung im Bereich der Daseinsvorsorge mit einer „Abwahl des Strafrechts“ einhergehe.⁴⁵ Dem entsprechend wird diese Auffassung auch in der Kommentarliteratur mit den Worten wiedergegeben, dass „einzelne private Verkehrsunternehmer“ (Hervorhebung von *famos*) keine Amtsträger sind.⁴⁶ Ob dies auch für öffentlichrechtliche Verkehrsunternehmen gelten soll, erscheint daher mehr als zweifelhaft.

⁴⁴ *Becker*, StV 2006, 263, 268. Diese Auffassung wird in KG NStZ 2008, 2132, 2133 mit der Abschwächung „in der Regel“ wiedergegeben, welche unter der nachgewiesenen Fundstelle jedoch nicht enthalten ist.

⁴⁵ *Becker*, StV 2006, 263.

⁴⁶ *Fischer* (Fn. 15), § 11 Rn. 22 c.

Auch das Argument, welches das Kammergericht gegen diese – so gar nicht vertretene – Ansicht anführt, erweist sich als nicht stichhaltig. Zwar kann eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung auch „im Auftrag“ einer Behörde oder sonstigen Stelle wahrgenommen werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 c Alt. 2 StGB). Das ändert aber nichts daran, dass von dem Täter – sei es auch „im Auftrag“ – eine solche Aufgabe wahrgenommen werden muss. Und genau dies bestreitet die genannte Literaturmeinung (wenn auch nur für Angestellte bei privaten Verkehrsunternehmen).

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Kammergericht auf die Ausführungen zur Amtsträgereigenschaft hätte verzichten sollen. Sie sind, wie gezeigt, angreifbar⁴⁷ und waren zudem nicht entscheidungserheblich.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Stefan Zimmermann)

⁴⁷ Kritikwürdig ist aber nicht nur die Entscheidung. Der Beck-Verlag hat sie unter der Überschrift „Busfahrer kommunalen Verkehrsbetriebs kein Amtsträger im Sinne des Strafrechts“ (NStZ 2008, 2132) veröffentlicht; gerade die Frage der Amtsträgereigenschaft hat das Kammergericht aber offen gelassen. (Außerdem hat es gemeint, dass „gewichtiger Umstände“ für die Amtsträgereigenschaft sprächen, s. o. 3).

1. Sachverhalt¹

A wird von Polizeibeamten angehalten, weil er zu schnell gefahren ist und das Vorfahrtsrecht eines anderen Verkehrsteilnehmers missachtet hat. Er weigert sich, den Führerschein vorzuzeigen und aus dem Wagen zu steigen. Daraufhin beugt sich einer der Polizisten durch das geöffnete Seitenfenster auf der Fahrerseite und greift nach dem Zündschlüssel, um ihn vom Schloss abzuziehen. A wehrt den Griff des Polizeibeamten ab, legt den Rückwärtsgang ein und fährt mit Vollgas rückwärts, während der Polizist sich noch mit Kopf und Oberkörper im Wageninneren befindet. Sein Ziel ist es, den Beamten an der von ihm als rechtmäßig erkannten Amtshandlung zu hindern, ohne ihn dabei zu verletzen.² Der Polizist wird mitgerissen, wobei er anfangs nebenher mitlaufen kann und dann über 10 bis 15 Meter auf seinen Schu-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

² Die Annahme, A habe den Polizeibeamten nicht verletzen wollen, erscheint angesichts der Tatumstände lebensfremd. Das zuletzt mit dieser Sache befasste Tatgericht, dessen Feststellungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegen haben, hatte sich jedoch nicht in der Lage gesehen, einen Verletzungsvorsatz mit der erforderlichen Sicherheit feststellen zu können.

November 2008 Seitenfenster-Fall

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte / Besonders schwerer Fall / Regelbeispiel des Beisichführens einer Waffe

§ 113 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG

Leitsätze der Verf.:

1. Ein Personenkraftwagen ist vom möglichen Wortsinn des Begriffs der Waffe in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB nicht mehr umfasst.
2. Das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge in Verwendungsabsicht kann als unbenannter besonders schwerer Fall gem. § 113 Abs. 2 StGB gewertet werden.

BVerfG, Beschluss vom 1. September 2008 – 2 BvR 2238/07; abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de.

hen mitrutscht. Auf dem ersten Teil der Strecke verbleibt er noch mit dem gesamten Oberkörper im Auto. Dann gleitet er teilweise heraus, so dass sich nur noch Kopf und Arme im Autoinneren befinden. Schließlich kann er sich von dem Fahrzeug wegdrücken. Verletzungen erleidet der Beamte nicht.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Nur *eine* Frage ist es gewesen, die dazu geführt hat, dass der Fall den strafrechtlichen Rechtsmittelweg vollständig durchlaufen hat und schließlich beim Bundesverfassungsgericht angelangt ist. Sie lautet: Ist derjenige, der sich in der geschilderten Weise gegen einen Polizeibeamten zur Wehr setzt, wegen eines besonders schweren Falles des Widerstandes gegen einen Vollstreckungsbeamten zu bestrafen, weil er gem. § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB mit dem Auto eine Waffe bei sich ge-

führt hat, um diese bei der Tat zu verwenden?

Außer Frage steht also, dass der gegen den Körper des Beamten ausgeübte Zwang durch das Rückwärtsfahren als gewaltsamer Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung nach § 113 Abs. 1 StGB zu werten ist und dass auch das weitere Erfordernis für eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift, die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung nach § 113 Abs. 3 Satz 1 StGB, erfüllt ist.

Die eingangs gestellte Frage nach der Anwendbarkeit des Regelbeispiels in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB in Fällen dieser Art haben die Strafgerichte und die fast einhellige Ansicht in der Literatur bislang bejaht. Diese Antwort versteht sich allerdings nicht von selbst.

Denn in anderen strafrechtlichen Zusammenhängen wird der **Begriff der Waffe** üblicherweise „technisch“ interpretiert. **Waffen im technischen Sinne** sind nur Schusswaffen und solche Gegenstände, die nach der Art der Anfertigung oder nach der Verkehrsauffassung allgemein dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen durch mechanische oder chemische Wirkung körperlich zu verletzen.³ Ein Fahrzeug lässt sich nicht darunter fassen.

Außerdem stimmt die Verwendung eines zuvor zur Fortbewegung genutzten Autos zum Zweck des Widerstandleistens gegen eine Vollstreckungshandlung nicht recht mit dem Tatbild des Gesetzes überein, wonach eine Waffe mitgeführt worden sein muss, um sie bei der Tat zu verwenden.

Folgendes wird dafür vorgebracht, dass das Regelbeispiel gleichwohl anwendbar sei.⁴

Der Waffenbegriff in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB sei nicht auf Waffen

im technischen Sinne beschränkt. Der Gesetzgeber habe die Interpretation des Begriffs ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen. Auszulegen sei die Vorschrift unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhanges und ihres Zwecks. Zu bedenken sei, dass, anders als etwa in § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, das bloße Beisichführen einer Waffe hier für eine Strafschärfung noch nicht ausreiche. Das strafschärfende Element ergebe sich erst aus dem Hinzutreten der Verwendungsabsicht. Deshalb müsse eine intendierte gefährliche Verwendung auch bei der Inhaltsbestimmung des Begriffs der Waffe Berücksichtigung finden. „Waffe“ sei daher so zu verstehen, wie üblicherweise das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs verstanden werde: als Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Fall erhebliche Verletzungen herbeiführen könne. Demnach sei der Begriff der Waffe auch auf ein Auto anwendbar.

Ein **Beisichführen** dieser Waffe könne auch dann angenommen werden, wenn der Autofahrer vor der Tatsituation noch nicht die Absicht der Verwendung zum Zweck des Widerstandleistens gehabt habe.⁵ Es reiche aus, dass er sich dazu erst entschlöße, wenn er der Vollstreckungshandlung ausgesetzt sei. Wer das tue, handle gleichermaßen gefährlich wie derjenige, der den Waffeneinsatz schon vorher geplant habe. Diese Interpretation entspreche auch dem üblichen Verständnis anderer Strafvorschriften, in denen auf das Beisichführen von Waffen und gefährlichen Werkzeugen abgestellt werde.

Dem großen Chor der h. M. steht eine Einzelstimme gegenüber. Ein Kommentator kritisiert die Erweiterung des Waffenbegriffs in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB als eine nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässige **Überschreitung der durch den Wortlaut**

³ Vgl. *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 438.

⁴ Vgl. BGHSt 26, 176, 179; OLG Düsseldorf NJW 1982, 1111, 1112; *Küper* (Fn. 3), S. 440; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 120.

⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden BGHSt 26, 176, 179 f.; *Küper* (Fn. 3), S. 71–73; *Marxen* (Fn. 4), S. 120.

gesetzten Grenze.⁶ Mit dem Wortlaut des Begriffs der Waffe sei es nicht mehr vereinbar, wenn solche Gegenstände zu den Waffen gerechnet würden, die lediglich im Falle der Zweckentfremdung eine waffenähnliche Wirkung hätten. Ein Auto werde missbraucht, wenn es zum Widerstandleisten in Vollstreckungssituationen eingesetzt werde. Eine Einstufung als Waffe könne aus diesem Missbrauch nicht abgeleitet werden. Der Waffenbegriff in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB müsse daher auf Waffen im technischen Sinne beschränkt bleiben. Allein dieser Standpunkt entspreche auch dem Vorgehen des Gesetzgebers, der andernorts – etwa bei § 250 StGB – sorgfältig zwischen Waffen und anderen Gegenständen unterscheidet.

Welche Folgerungen sind zu ziehen, wenn man diese bislang allein stehende Ansicht teilt? Damit ist eine Frage gestellt, die ganz allgemein den **Umgang mit Regelbeispielen** betrifft. Deren Kennzeichen besteht darin, dass sie im Unterschied zu Tatbeständen keine abschließende und zwingende Regelung enthalten.⁷

Auf die genannte Frage sind drei Antworten möglich.

Erstens:⁸ Der Charakter der Regelbeispiele lässt es zu, dass eine Überschreitung der Wortlautgrenze mit den Mitteln der Analogiebildung vorgenommen wird.

Zweitens:⁹ Zwar muss auch für Regelbeispiele das Analogieverbot gelten. Ein vom Wortlaut nicht erfasste Sachverhalt könne jedoch als so genannter unbenannter oder atypischer Fall¹⁰ den

⁶ Paeffgen in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 113 Rn. 85.

⁷ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 112.

⁸ Vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 1 Rn. 29.

⁹ Vgl. OLG Stuttgart, NStZ 1985, 76; Hassemer/Kargl in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 1 Rn. 73.

¹⁰ Die Terminologie ist nicht einheitlich. Das Bundesverfassungsgericht spricht in der Entscheidung von „unbenannten“ be-

sonders schweren Fällen zugerechnet werden.

Drittens:¹¹ Weder im Wege der Analogie noch als atypische Fälle können Sachverhalte schwerer bestraft werden, die einem Regelbeispiel lediglich nahe kommen, aber von dessen Wortlaut nicht erfasst werden. Das folgt aus der Indizwirkung der Regelbeispiele für das Vorliegen eines besonders schweren Falles. Diese Indizwirkung entfällt, wenn das Regelbeispiel unanwendbar ist. Nunmehr ist die Anwendung des Tatbestandes einschließlich der dort angedrohten Strafe indiziert. Es wäre eine den Angeklagten benachteiligende Rechtsanwendung, wenn gleichwohl eine Strafschärfung erfolgen würde, sei es durch analoge Ausdehnung der Indizwirkung des Regelbeispiels oder durch eine Verwendung der dem Regelbeispiel ähnlichen Fallumstände für die Annahme eines atypischen Falles.

Umgesetzt auf unseren Fall würden es die erste und die zweite Ansicht ohne weiteres ermöglichen, einen besonders schweren Fall anzunehmen. Anders die dritte Ansicht. Folgt man ihr, so scheidet die Verwendung des Autos beim Widerstandleisten als Begründung für die Annahme eines besonders schweren Falles aus. Dieser könnte nur mit anderen erschwerenden Umständen begründet werden.

Wohlgemerkt: Relevant wird dieser Meinungsstreit nur, wenn die Anwendbarkeit des Waffenbegriffs verneint wird.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG verschafft dem Meinungsstreit Relevanz, indem es die Erweiterung des Waffenbegriffs in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB durch die Strafgerichte als einen Verstoß gegen das Ge-

sonders schweren Fällen. Die Lehrbuchliteratur bezeichnet diese Fälle überwiegend als „atypisch“; wir übernehmen im weiteren Text diesen Sprachgebrauch.

¹¹ Vgl. Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 14 Rn. 19–21.

setzlichkeitsprinzip gem. Art. 103 Abs. 2 GG bewertet.

Die Begründung setzt ein mit einem Verweis auf die eigene Rechtsprechung, nach der die **Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips auch für eine Verschärfung der Strafandrohung des Grundtatbestandes durch Strafzumessungsregeln gelten**. Die danach erforderliche Bestimmtheit sei aber selbst dann gegeben, wenn als Voraussetzung für eine Strafschärfung im Gesetz lediglich allgemein das Vorliegen eines besonders schweren Falles genannt werde. Was darunter zu verstehen sei, lasse sich mit Hilfe der Rechtsprechung und der allgemeinen Strafzumessungsregel in § 46 StGB „unschwer ermitteln“.¹² Zur Bestimmtheit der Norm trage es zusätzlich bei, wenn sich der Gesetzgeber der Regelbeispielstechnik bediene. Dadurch sei „das materiale Kriterium der ‚besonderen Schwere‘ des Falles hinreichend deutlich gemacht, um eine sichere Rechtsanwendung zu garantieren“.¹³

Auf dieser Grundlage überprüft das Bundesverfassungsgericht nun die Praxis der Strafgerichte daraufhin, ob deren Verständnis vom Begriff der Waffe in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB mit dem Wortlaut dieses Begriffs in Einklang zu bringen sei. Leider lässt sich der Entscheidung eine präzise Benennung des Prüfungsmaßstabs nicht entnehmen. Die Bezeichnungen wechseln. Zunächst ist vom „möglichen Wortsinne“¹⁴ die Rede. Dann wird auf den „allgemeinen Sprachgebrauch“¹⁵ abgestellt. Später kommt der „umgangssprachliche Gebrauch“¹⁶ ins Spiel. Bei der abschließenden Formulierung eines Ergebnisses wird der „im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommene

gesetzgeberische Wille“¹⁷ für maßgeblich erklärt.

Offenbar ist aber keiner dieser doch recht unterschiedlichen Maßstäbe geeignet, den weiten Waffenbegriff der Strafgerichte vor dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu bewahren. Denn verfassungskonform ist nach Ansicht des Gerichts der Begriff der Waffe nur dann, wenn er sich auf Gegenstände beschränkt, deren „primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer eingesetzt zu werden“ oder für die eine solche Verwendung „zumindest typisch“ ist.¹⁸ Ein Kraftfahrzeug falle nicht darunter.

Für sein enges Verständnis vom Waffenbegriff führt das Bundesverfassungsgericht eine lange Liste lexikalischer Definitionen an, die auch ein DDR-Wörterbuch umfasst und selbst Jacob und Wilhelm Grimm noch einmal zu Wort kommen lässt. Ferner beruft es sich darauf, dass die Strafgerichte im Zusammenhang mit anderen Strafvorschriften einen engen Waffenbegriff verwenden würden. Außerdem reichen nach seiner Ansicht die Anhaltspunkte im historischen Gesetzgebungsprozess für ein weites Begriffsverständnis nicht aus, um eine entsprechende gesetzgeberische Absicht annehmen zu können.

Die Entscheidung befasst sich nicht näher mit der Frage, ob nicht bei teleologischer Auslegung die Besonderheit berücksichtigt werden kann, dass § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB den Waffenbegriff mit der Verwendungsabsicht verknüpft. Auf diese Argumentation der h. M.¹⁹ musste das Gericht auch nicht mehr eingehen, nachdem es eine Überschreitung der Wortlautgrenze festgestellt hatte. Gleichwohl greift es den Gesichtspunkt einer teleologischen Gesetzesanwendung noch einmal auf, und zwar so, dass von dieser Äußerung der Ausgang des Verfahrens und allgemein die künftige Praxis in Fällen dieser Art

¹² BVerfG 2 BvR 2238/07 v. 01. 09. 2008, Rn. 14.

¹³ BVerfG (Fn. 12), Rn. 14.

¹⁴ BVerfG (Fn. 12), Rn. 15.

¹⁵ BVerfG (Fn. 12), Rn. 17.

¹⁶ BVerfG (Fn. 12), Rn. 18.

¹⁷ BVerfG (Fn. 12), Rn. 27.

¹⁸ BVerfG (Fn. 12), Rn. 17.

¹⁹ Vgl. oben 2.

wahrscheinlich maßgeblich abhängen werden.

Zunächst wird einer Ausdehnung des Waffenbegriffs mittels teleologischer Überlegungen entgegengehalten: „Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, ... einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken“.²⁰ Dann heißt es weiter: „Im Falle des § 113 Abs. 2 StGB kann teleologischen Überlegungen überdies dadurch Rechnung getragen werden, dass das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge in Verwendungsabsicht als unbenannter ‚besonders schwerer Fall‘ im Sinne des Gesetzes gewertet wird, soweit – was vorliegend möglich erscheint – die weiteren Voraussetzungen vorliegen.“²¹

Die vom Bundesverfassungsgericht angeordnete Zurückverweisung ermöglicht somit dem dann zuständigen Strafgericht, mit geänderter Begründung – atypischer Fall statt Regelbeispiel – wiederum einen besonders schweren Fall anzunehmen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung verdient es, als spektakulär bezeichnet zu werden. Wird hier doch die strafrechtliche Fachgerichtsbarkeit gewissermaßen „abgewatscht“, indem eine gefestigte und seit Jahrzehnten praktizierte Rechtsprechung als Verfassungsverstoß gerügt wird. Spektakuläre Entscheidungen dieser Art drängen sich für eine Verwendung zu Prüfungszwecken geradezu auf. Man sollte sich darauf vorbereiten.

Die Vorbereitung sollte insgesamt die in mancherlei Hinsicht schwierige Strafvorschrift des § 113 StGB umfassen, denn ein Regelbeispiel kommt nie allein, sondern stets nur im Gefolge eines Tatbestandes.

Im Folgenden wollen wir einige **Hilfen für die Prüfung des Regelbeispiels** anbieten.

Allgemein anerkannt sind **drei Grundregeln**. Erstens: Regelbeispiele sind stets zu prüfen, wenn die Aufgabenstellung entsprechenden Anlass bietet. Zweitens: Regelbeispiele sind immer erst im Anschluss an die Prüfung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld unter dem Gliederungspunkt „Strafzumessung“ anzusprechen. Drittens: Zunächst ist das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen, dann der darauf bezogene Vorsatz²² zu untersuchen.

Höchst unklar ist hingegen, was zu geschehen hat, wenn die Merkmale des geprüften Regelbeispiels – wie im vorliegenden Fall durch das Bundesverfassungsgericht – verneint werden. Soll die Prüfung fortgesetzt werden? Das ist in zweierlei Hinsicht möglich.²³ Erörtert werden kann eine analoge Anwendung des Regelbeispiels. Und es kann untersucht werden, ob ein besonders schwerer Fall in atypischer Form vorliegt.

Ein Blick in die Lehrbuchliteratur bringt leider nicht die erhoffte Klärung. Man trifft dort auf den atypischen Fall als festen Bestandteil des Prüfungsaufbaus,²⁴ aber auch auf den Hinweis, dass der atypische Fall „normalerweise“ nicht zu prüfen sei²⁵. Die Zulässigkeit einer Analogie wird kaum einmal angesprochen.

Zur Klärung kann es beitragen, wenn man sich an den **Grundsatz** hält, dass die Strafzumessung im Rahmen einer schriftlichen Fallprüfung nicht zu erörtern ist, weil zahlreiche derjenigen Informationen nicht zur Verfügung stehen, die für eine sachgerechte Bearbeitung benötigt werden. Die Komplexität der Strafzumessung hindert auch an

²⁰ BVerfG (Fn. 12), Rn. 27.

²¹ BVerfG (Fn. 12), Rn. 27.

²² Vgl. zum Vorsatzerfordernis bei Regelbeispielen *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 38.

²³ Vgl. oben 2. am Ende.

²⁴ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 251 (Prüfungsschema S. 113).

²⁵ *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 3 Rn. 7.

der Prüfung, ob ein atypischer besonders schwerer Fall vorliegt. Denn auch dafür müssen umfassend alle Strafzumessungsgesichtspunkte in Betracht gezogen werden.²⁶ Das bedeutet: Auf das Vorliegen eines atypischen besonders schweren Falles sollte in einer Fallbearbeitung nicht eingegangen werden. Ausnahme: Der Aufgabensteller fordert ausdrücklich oder konkludent durch Schilderung umfangreicher Strafzumessungstatsachen zu einer Untersuchung auf.

Dagegen lassen sich in einer Klausur oder in einer Hausarbeit ohne weiteres **Rechtsfragen** behandeln, die dann auftreten, wenn die Voraussetzungen eines Regelbeispiels verneint worden sind. Sie betreffen, wie schon mehrfach angesprochen, die analoge Anwendung des Regelbeispiels und die Zulässigkeit eines Rückgriffs auf den atypischen Fall. Angeraten sei, die Gelegenheit für eine Erörterung dieser Rechtsfragen zu nutzen.

In **praktischer Hinsicht** wird der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Änderung nicht von Entscheidungen, sondern nur von Entscheidungsbegründungen führen. „Tant de bruit pour une omelette“²⁷ werden sich viele Praktiker sagen.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Entscheidung auch im Umgang mit den Regelbeispielen in §§ 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 125 a Satz 2 Nr. 2 StGB zu beachten sein wird. Sie stimmen wörtlich mit § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB überein und werden gleichermaßen interpretiert.²⁸

5. Kritik

Wem an rechtsstaatlicher Limitierung staatlicher Strafgewalt gelegen ist, der wird allenfalls bei oberflächlicher Lektüre Gefallen an der Entscheidung finden.

²⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 46 Rn. 14.

²⁷ Deutsche Fassung dieser französischen Redewendung: So viel Lärm um einen Eierkuchen (= eine Belanglosigkeit).

²⁸ Vgl. *Küper* (Fn. 3), S. 440.

Es täuscht der dabei entstehende Eindruck, dass das Bundesverfassungsgericht die Strafgerichtsbarkeit energisch in die Schranken des Gesetzlichkeitsprinzips verweist. Konsequente Rechtsstaatlichkeit sieht anders aus!

Konsequent rechtsstaatlich wäre es gewesen, einen einheitlichen und klaren Prüfungsmaßstab für die Überschreitung der Wortlautgrenze zu verwenden und nicht zwischen „möglichem Wortsinne“, „allgemeinem Sprachgebrauch“ und „umgangssprachlichem Gebrauch“²⁹ zu lavieren.³⁰

Ferner wäre es konsequent rechtsstaatlich gewesen, nicht nur die analoge Anwendung eines Regelbeispiels, sondern auch die Verwertung der dem Regelbeispiel ähnlichen Umstände für die Annahme eines atypischen Falles zu unterbinden.³¹ Nur dann käme den Regelbeispielen eine rechtssichernde Orientierungsfunktion für die Gesellschaft und die Rechtsanwendungspraxis zu.

Doch so wichtig nimmt das Bundesverfassungsgericht die Regelbeispiele nicht. Legt man seine Ansicht zugrunde, so kann sich der Gesetzgeber ihre Ausformulierung sparen. Soll es doch zur Einhaltung des Gesetzlichkeitsprinzips ausreichen, wenn der Gesetzgeber lediglich allgemein für „besonders schwere Fälle“ eine höhere Strafe androht, weil sich der Anwendungsbereich mit Hilfe der Rechtsprechung und § 46 StGB „unschwer“ feststellen lasse.³²

Wie schon in der Entscheidung zum Rollsplitt-Fall³³ übt sich das Bundesverfassungsgericht auch hier im strafrechtlichen Spiegelfechten. Es teilt mit der Klinge des Gesetzlichkeitsprinzips mächtige, aber praktisch wirkungslose Hiebe aus.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Sabine Schäfer)

²⁹ S. oben 3.

³⁰ Klärend: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 22), § 9 Rn. 84–86.

³¹ S. oben 2. am Ende (dritte Antwort).

³² S. oben 3.

³³ Famos 5/2007 und dort unsere Kritik unter 5.

1. Sachverhalt¹

A und B verfügen weder über Geld noch über eine Unterkunft. Nach längerem Fußmarsch gelangen sie in ein Schrebergartengelände. Dort beschließen sie, C in seinem Garten zu überfallen, um sich sein Auto zu beschaffen. A soll C in ein Gespräch verwickeln, während B sich von hinten heranschleichen und C niederschlagen soll. Die Benommenheit oder Bewusstlosigkeit des C wollen sie ausnutzen, um ihm den Fahrzeugschlüssel abzunehmen. Während A bereits mit C spricht, kommt B der Gedanke, C zu töten, um sich ungestört und ohne Angst vor Verfolgung des Fahrzeugs bemächtigen zu können. Er zieht sein am Gürtel mitgeführtes Fahrtenmesser, packt den ahnungslosen C von hinten und sticht ihm zweimal tief in den Hals. Dabei wird die Halsschlagader getroffen. C sinkt zu Boden, versucht zu schreien und führt mit Armen und Beinen Abwehrbewegungen aus. Daraufhin versetzt B ihm weitere tiefe Stiche in den Bereich der linken Brust. C, jetzt wehrlos und tödlich getroffen, gibt nur noch schwache Lebenszeichen von sich. B packt ihn an den Armen und zieht ihn in den hinteren Bereich des Grundstücks, um einer Entdeckung durch Passanten zu entgehen. Das bereitet ihm Mühe. Auch wird er ungeduldig. Er fordert A auf, ihm zu

Dezember 2008 Schrebergarten-Fall

Mord / Beihilfe / Hilfeleisten / Raub mit Todesfolge / Mittäterexzess / sukzessive Mittäterschaft

§§ 211, 27; 251, 249, 25 Abs. 2 StGB

Leitsatz der Verf.: Tritt jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter ein, dann bezieht sich sein Einverständnis auf die Gesamttat mit der Folge, dass ihm das gesamte Verbrechen strafrechtlich zugerechnet wird.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 – 1 StR 301/07; veröffentlicht in NSTZ 2008, 280.

helfen. Dieser war zunächst erschrocken weggelaufen, als B plötzlich zustach. Damit hatte A nicht gerechnet, obwohl er wusste, dass B ein Fahrtenmesser bei sich trug. A entschließt sich dann aber doch, B zu helfen. Seine Bedenken stellt er zurück, weil er erschöpft ist und weil er hofft, dass sie mit dem Auto des C schnell und bequem vorankommen können. Gemeinsam schleifen A und B den verblutenden C weg, entnehmen seiner Hosentasche den Fahrzeugschlüssel und fahren mit dem Wagen davon. C verstirbt nach kurzer Zeit.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Wo die rechtlichen Probleme des Falles liegen, gibt bereits das tatsächliche Geschehen deutlich zu erkennen. Von einem gemeinsamen Plan weicht einer der Beteiligten ab, der danach auch den weiteren Ablauf beherrscht, während der andere sich zunächst distanziert, sich dann aber, nachdem das Geschehen weiter vorangeschritten ist, zu ei-

¹ Damit die Rechtsprobleme des Falles deutlich hervortreten, wird der Sachverhalt der Entscheidung etwas vereinfacht wiedergegeben.

nem Zusammenwirken wieder bereit findet. Es wird eingehend zu prüfen sein, ob und wie die Tat des eigenmächtig Handelnden (hier B) demjenigen zugerechnet werden kann, der während einer wesentlichen Phase die Tat des anderen nicht mitgetragen hat (hier A). Das Hauptaugenmerk wird also auf die Frage nach der Strafbarkeit des A gerichtet sein.

Vorab muss freilich die **Strafbarkeit des B** geklärt sein, der nach der gemeinsamen Planung das Heft allein in die Hand genommen hat. Sein Verhalten lässt sich zum einen unschwer als **Mord** gem. § 211 StGB in den Begehungsvarianten der Heimtücke, der Habgier und der Absicht, eine Straftat zu ermöglichen, einordnen. Zum anderen hat er einen qualifizierten Raub begangen. Als schwerste Qualifikationsstufe ist der **Raub mit Todesfolge** gem. § 251 StGB verwirklicht.² Diese Taten hat er in der Konkurrenzform der Tateinheit gem. § 52 StGB begangen.³

Wenn man jetzt die **Mitwirkung des A** an diesen Taten untersucht, drängt es sich auf, einen Unterschied im Prüfungsansatz zu machen. Den Mord hat B praktisch allein ausgeführt. Hier kommt für A lediglich Beihilfe gem. § 27 StGB in Betracht. Dagegen könnte ihm der Raub mit Todesfolge als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden, weil er zu Beginn und dann wieder zum Schluss an einem gefährlichen Raubgeschehen mitwirkte.

Von zentraler Bedeutung für die **Prüfung der Mordbeihilfe** ist die Frage nach den Anforderungen an das gesetzliche Merkmal der **Hilfeleistung**. Die Auffassungen dazu gehen weit auseinander.⁴

Möglicherweise kommt es auf den Meinungsstreit im vorliegenden Fall aber gar nicht an. Denn immerhin ist man sich darin einig, dass bloße Bemühungen um Hilfeleistung, die in keiner Weise Wirkung gezeigt haben, nicht ausreichen.⁵ Das lässt sich daraus ableiten, dass der Gesetzgeber den Beihilfeversuch im Unterschied zur versuchten Anstiftung (zu einem Verbrechen, § 30 Abs. 1 StGB) straflos gelassen hat.⁶

Wirksam unterstützt hat A nur das Wegschleifen des Opfers. Maßgeblich ist aber das tatbestandlich relevante Geschehen, hier also die Tötung des C. Dieser war durch die zahlreichen Stiche tödlich verletzt. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass das Wegschleifen einen früheren Todeseintritt herbeigeführt oder sich auf die Art des Todes ausgewirkt hat.

Es wäre jedoch voreilig, mit dieser Begründung bereits ein abschließendes Ergebnis zu formulieren. Im Meinungsstreit um die Anforderungen an die Hilfeleistung findet sich unter der Bezeichnung **„Förderungstheorie“** eine Auffassung, die sich mit weniger als einer kausalen Einwirkung auf Handlung und Erfolg der Haupttat begnügt.⁷ Sie wird insbesondere von der Rechtsprechung vertreten.⁸ Es soll genügen, wenn die Haupttat irgendwie erleichtert oder gefördert wurde. Als Beispiel für ein nichtkausales Fördern wird das „Schmierestehen“ bei einem Einbruch genannt, von dem der Täter nichts weiß und das unnötig war, weil keine störenden Personen erschienen sind.⁹

Ob das recht unklare Kriterium einer irgendwie gearteten Förderung im vorliegenden Fall eine Strafbarkeit wegen Mordbeihilfe zu begründen vermag,

² Mit der Formulierung in § 251 StGB, wonach der Täter die Todesfolge „wenigstens“ leichtfertig verursacht haben muss, umfasst der Tatbestand auch die vorsätzliche Tötung.

³ Vgl. BGHSt 39, 100.

⁴ Vgl. die Übersicht bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl. 2006, S. 153 ff.

⁵ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 214.

⁶ Vgl. zu diesem Argument *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 28 Rn. 38 ff.

⁷ Vgl. *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 155 f.

⁸ Z. B. BGHSt 46, 107, 109.

⁹ *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 214.

erscheint allerdings zweifelhaft. Es mag zwar sein, dass bei natürlicher Betrachtung zu einem Tötungsgeschehen auch noch Handlungen gehören, die den Umgang mit einem tödlich verletzten Opfer oder mit der Leiche betreffen. Auch könnte einbezogen werden, dass A durch die Mithilfe beim Wegschleifen einen Beitrag zur Erleichterung der Straftat geleistet hat, die mit der Tötung ermöglicht werden sollte.

Eine wirklich überzeugende Begründung für die Annahme einer Hilfeleistung im Sinne einer Förderung ergibt sich daraus jedoch kaum. Wegen des Prinzips der **Akzessorietät der Teilnahme**¹⁰ wird es dabei bleiben müssen, dass der tatbestandliche Bezug maßgeblich ist. Was nach der Ausführung der Tötungshandlung und dem Erreichen einer finalen Phase des Sterbevorgangs geschehen ist, dürfte als Bezugspunkt für eine fördernde Beihilfehandlung ausscheiden. Eine Verlängerung dieser Zeitphase bei einem Mord zur Ermöglichung einer Straftat erscheint bedenklich, weil dieses Mordmerkmal rein subjektiver Natur ist. Das alles spricht eher für eine Verneinung der Beihilfe und für eine Einordnung als Anschlussstat. Die hier allein in Betracht kommende Strafvereitelung bleibt allerdings im Ergebnis straflos. A wollte zugleich verhindern, dass er selbst bestraft wird. Damit greift der Straflosigkeitsgrund in § 258 Abs. 5 StGB ein.

Bei der Untersuchung einer **Zurechenbarkeit des Raubes mit Todesfolge** unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft müssen zusätzlich zu den gesetzlichen Grundlagen Rechtsfiguren aus der Dogmatik herangezogen werden. Gemeint sind der Mittäterexzess und die sukzessive Mittäterschaft.

Als „**Exzess**“ wird ein Abweichen eines Mittäters vom gemeinsamen Tatentschluss bezeichnet, das dem anderen nicht mehr zugerechnet werden kann, weil es die Grenzen dessen überschreitet, was verabredet wurde und

auf Grund der Absprache zu erwarten war.¹¹ Die Verneinung einer Zurechnung kann sich auf die Tat insgesamt, auf Teile der Tat oder auf Erschwerungsgründe erstrecken.

Unter „**sukzessiver Mittäterschaft**“ versteht man das Entstehen einer Mittäterschaft im Zuge der Tatausführung durch das Hinzutreten eines anderen.¹² Kommt es ausdrücklich oder konkludent zu einer Willensübereinstimmung und einer gemeinschaftlichen Ausführung noch ausstehender Tat handlungen, so ist es grundsätzlich möglich, dem Hinzutretenden auch dasjenige zuzurechnen, was der andere zuvor bereits allein verwirklicht hat. In welchem Umfang das geschehen kann, ist allerdings sehr umstritten.

Mittäterexzess und sukzessive Mittäterschaft **wirken gegensätzlich**. Der Mittäterexzess engt die mittäterschaftliche Zurechnung ein, die sukzessive Mittäterschaft erweitert sie.

Verfolgt man den zeitlichen Ablauf des Tatgeschehens, so ist zunächst ein Mittäterexzess festzustellen: Mit dem Einsatz tödlicher Raubgewalt überschritt B die Grenzen der Absprache und auch dessen, was auf der Grundlage dieser Absprache aus der Sicht des A zu erwarten war. Für diese Phase des Geschehens scheidet eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge aus.

Dagegen kommt eine Bestrafung gem. §§ 251, 25 Abs. 2 StGB wieder in Betracht, wenn die Mitwirkung des A in der Endphase des Geschehens in den Blick genommen wird. Dass B zur Ausführung des Raubes tödliche Gewalt eingesetzt hatte, könnte A nun unter dem Gesichtspunkt sukzessiver Mittäterschaft zugerechnet werden.

Freilich wird jetzt die schon ange deutete Problematik der Reichweite dieser Rechtsfigur relevant. Streit besteht darüber, ob auch abgeschlossene Tat teile, durch die ein Erschwerungsgrund

¹⁰ Vgl. dazu *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 551.

¹¹ Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 117 f.

¹² Vgl. dazu und zum Folgenden *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 126 ff.

verwirklicht wurde, dem Hinzutretenden zugerechnet werden können.¹³

Die Rechtsprechung neigt dazu, die Zurechnungsfigur der sukzessiven Mittäterschaft **extensiv** anzuwenden. Solange die Tat noch nicht beendet ist, soll das bis zum Beitritt verwirklichte bei Kenntnis und Billigung des Hinzutretenden in vollem Umfang zugerechnet werden können.¹⁴

Das Schrifttum plädiert demgegenüber für einen **restriktiven** Umgang mit der sukzessiven Mittäterschaft.¹⁵ Sie schließt Tatteile, die vor dem Hinzutreten schon vollständig verwirklicht wurden, von einer Zurechnung aus. Das Hauptargument betrifft die subjektive Tatseite. Dem Hinzutretenden werde ein Tatvorsatz unterstellt, der bei dem vorangegangenen Tatgeschehen nicht vorhanden gewesen sei. Der Vorsatz als unverzichtbares Unrechtselement müsse aber der Tat vorangehen und sie begleiten. Ein nachträglicher „Vorsatz“ sei dagegen strafrechtlich irrelevant.

Folgt man dieser Literaturmeinung, so ist eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge zu verneinen. Jedoch kann mit der Begründung, dass in der tödlichen Raubgewalt die zuvor abgesprochene körperverletzende Raubgewalt als Minus enthalten sei, eine Strafbarkeit als Mittäter an einem Raub angenommen werden.¹⁶ Da A zudem davon wusste, dass B ein Messer mitführte, liegt danach ein schwerer Raub gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB vor.

¹³ Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 129; *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 7 Rn. 44 ff. (speziell zum Raub).

¹⁴ Z. B. BGH NStZ 1996, 227.

¹⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 129; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 88.

¹⁶ Mit der Annahme eines Plus-Minus-Verhältnisses wird das Vorliegen eines Tatumstandsirrtums wegen einer wesentlichen Abweichung verneint; vgl. *Walter*, NStZ 2008, 548, 550.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist in beiderlei Hinsicht nachteilig für A. Das Gericht hält ihn sowohl der Beihilfe zum Mord als auch des mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge für schuldig. Die Hoffnung auf klärende Worte zu den oben dargelegten Problemen erfüllt sich aber nicht.

Ganz ohne Begründung bleibt die Annahme, dass A Beihilfe zum Mord begangen habe. Die Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der Frage der Zurechenbarkeit des von B verwirklichten Raubes mit Todesfolge.

Zunächst fasst der Senat knapp die **Leitlinien der Rechtsprechung für die sukzessive Mittäterschaft** zusammen. Sie liege vor, „wenn jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt“¹⁷. Sein Einverständnis umfasse die „Gesamttat“¹⁸, was zur Folge habe, dass ihm das gesamte Verbrechen zugerechnet werde. Ausgenommen sei nur dasjenige, was schon vollständig abgeschlossen vorliege.¹⁹ Fazit: „Der die Mittäterschaft begründende Eintritt ist demnach noch möglich, solange der zunächst allein Handelnde die Tat noch nicht beendet hat.“²⁰

Bei der Übertragung auf den vorliegenden Fall kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Abweichung der Tatausführung vom ursprünglichen Plan letztlich „unerheblich“²¹ sei. A habe seine zwischenzeitlichen Bedenken gegen das Zusteichen durch B zurückgestellt. Durch die Mitwirkung am Wegschleifen

¹⁷ BGH NStZ 2008, 280, 281.

¹⁸ BGH NStZ 2008, 280, 281.

¹⁹ Damit sind so genannte Zustandsdelikte (dazu *Wessels/Beulke*, Fn. 10, Rn. 33), wie z. B. Körperverletzung, gemeint; vgl. BGH bei Dallinger MDR 1969, 533, sowie *Walter* NStZ 2008, 548, 551.

²⁰ BGH NStZ 2008, 280, 281.

²¹ BGH NStZ 2008, 280, 281.

des Opfers sowie an der Entwendung des Schlüssels und des Fahrzeugs habe sich „sein Vorsatz sukzessiv auf die zum Tod führende Gewalthandlung des Mittäters erstreckt“²².

Abschließend heißt es noch knapp, dass A hinsichtlich des Todeseintritts auch leichtfertig gem. § 251 StGB gehandelt habe, weil er die Tathandlung des B gebilligt und beim Verstecken des Opfers mitgeholfen habe. Dies bedürfe wegen der Art des Messereinsatzes durch B „keiner näheren Ausführung“²³.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wenn der Entscheidungsinhalt auch enttäuscht, so verdient der Fall doch im Ausbildungszusammenhang Beachtung. Er ist examensrelevant, weil der Sachverhalt Grundfragen der Beteiligungslehre aufwirft. Zu klären ist, welche Mindestanforderungen an eine Beihilfehandlung zu stellen sind und wie im Bereich der Mittäterschaft Abweichungen und Formen nachträglichen Zusammenwirkens strafrechtlich zu erfassen sind.

Bestätigt wird unsere Einschätzung durch zwei umfangreiche Entscheidungsbesprechungen, die teilweise auch didaktisch ausgerichtet sind.²⁴

Die angesprochenen beiden Themenfelder sind recht groß. Empfohlen sei, sich jedenfalls mit der Hilfe zusammenfassender Darstellungen zu informieren.²⁵

Wir müssen es dabei belassen, dass wir im Zusammenhang mit der sukzessiven Mittäterschaft auf ein Problem aufmerksam machen, das im vorliegenden Fall zwar keine Rolle spielt, aber in

der Ausbildungsliteratur häufig eine zentrale Stelle einnimmt. Es geht um die Frage, ob eine bereits vollendete Tat demjenigen zugerechnet werden kann, der **erst in der anschließenden Phase der Beendigung mitwirkt**, also dann, wenn das Tatgeschehen, insbesondere durch Sicherung des Erfolges, erst tatsächlich zum Abschluss gelangt.²⁶ Angesprochen sind damit Tatbestände mit vorverlagerter Tatvollendung, wie z. B. der Diebstahl.²⁷ Die Fragwürdigkeit einer Zurechnung durch „Rückrechnung“ tritt hier besonders deutlich zutage.

Die Rechtsprechung hat keine Bedenken, auch nach vollständiger Erfüllung des Tatbestandes eine mittäter-schaftliche Zurechnung zu ermöglichen, sofern der Hinzutretende in der Beendigungsphase noch Wesentliches zu einem erfolgreichen Abschluss der Tat beiträgt, etwa beim Diebstahl nach vollendeter Wegnahme durch Mithilfe bei der Beutesicherung.²⁸

Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur spricht sich dagegen aus.²⁹ Sie rügt eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 StGB. Da die Beendigungsphase kein Bestandteil des Tatbestandes sei, werde die Strafbarkeit über gesetzliche Grenzen hinaus ausgedehnt. Die Mittäterschaft verliere ihren Tatbestandsbezug.

5. Kritik

Mangels Begründung ist nicht nachzuvollziehen, worauf der BGH die Annahme stützt, dass A sich der Beihilfe zum Mord schuldig gemacht habe.

²² BGH NStZ 2008, 280, 281.

²³ BGH NStZ 2008, 280, 281.

²⁴ *Murmann*, ZJS 2008, 465 ff. (abrufbar unter www.zjs-online.com); *Walter*, NStZ 2008, 548 ff.

²⁵ Vorschläge: *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 153 ff. (zu den Anforderungen an die Hilfeleistung bei § 27 StGB); *Murmann*, ZJS 2008, 465 ff. (zur sukzessiven Beteiligung).

²⁶ Vgl. zum Begriff der Beendigung *Wesels/Beulke* (Fn. 10), Rn. 591 ff.

²⁷ Etwas anderes gilt für Dauerdelikte, wie z. B. Freiheitsberaubung, bei denen anerkanntermaßen sukzessive Mittäterschaft auch in der Phase der Beendigung möglich ist; vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 126.

²⁸ Z. B. BGH NStZ 2003, 85.

²⁹ Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 120 Rn. 127 f.; *Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 1237.

Die Ausführungen des BGH zur Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge sind eher von Nachteil für die extensive Handhabung der Figur der sukzessiven Mittäterschaft durch die Rechtsprechung. Wie bedenklich diese Position ist, tritt offen zutage, wenn davon die Rede ist, dass sich auf Grund der nachträglichen Mitwirkung des A dessen Vorsatz auf die tödlichen Stiche durch B „erstreckt“³⁰ habe. Die Formulierung macht deutlich, dass der mittäterschaftlichen Zurechnung kein tatsächlich vorhandener, sondern ein konstruierter Vorsatz zugrunde liegt.

Es verdient jedoch Beachtung, dass Gegenstand der Entscheidung **kein Normalfall der sukzessiven Mittäterschaft** ist. Dieser besteht darin, dass sich eine zuvor nicht beteiligte Person einem Alleintäter anschließt. Hier war der sukzessiven Mittäterschaft aber schon ein Teilstück an Mittäterschaft vorangegangen. A war sich zunächst mit B darin einig, dass und wie die Tat begangen werden sollte, und er erbrachte auch bereits seinen Tatbeitrag. Zudem führte B keine völlig andersartige Lage herbei, als er vom Tatplan abwich.³¹

Diese Besonderheit des Falles lässt es nicht völlig abwegig erscheinen, dass A für die Erschwerung der Tatumstände durch B mithaften soll. Der Gedanke einer Haftungsverschärfung für Personen, die sich gemeinsam zur Begehung einer Straftat entschlossen haben, kommt z. B. auch dadurch zum Ausdruck, dass das Gesetz erhöhte Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt stellt (§§ 24 Abs. 2, 31 StGB). Da die Annahme einer mittäterschaftlichen Verwirklichung der taterschwerenden Umstände aber, wie gezeigt, durchgreifenden Einwänden ausgesetzt ist, kann dieser Gesichtspunkt nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.

³⁰ BGH NStZ 2008, 280, 281.

³¹ Vgl. die Ausführungen unter 2. und in Fn. 16 zum Plus-Minus-Verhältnis.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Josua Rösing)