

# *famos*

**Der Fall des Monats im Strafrecht**

**Online-Zeitschrift**

**[www.fall-des-monats.de](http://www.fall-des-monats.de)**

**Jahresband 2010**

**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. Sachverhalt

Bei einem Streit in der Arbeitspause ergreift Frau A ihre Thermoskanne und gießt ihrer Kollegin B heißen Kaffee über Kopf und Oberkörper. B erleidet Verbrühungen ersten Grades, nämlich schmerzhafte Rötungen und Schwellungen der Haut, die vollständig verheilen. Betroffen sind der Nacken, der Hals und der Brustbereich.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Es gibt Fälle, die zur Falle werden können, weil ihr einfacher Sachverhalt den Eindruck erweckt, dass auch die Lösung einfach ist. Zu diesen Fällen gehört der Thermoskannen-Fall.

Lediglich die Feststellung, dass A eine vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB begangen hat, lässt sich treffen, ohne dass Probleme auftreten. Durch das Übergießen mit heißem Kaffee hat A ihr Opfer übel und unangemessen behandelt sowie dessen körperliches Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigt, was bedeutet, dass sie eine körperliche Misshandlung begangen hat.<sup>1</sup> Ferner sind die Voraussetzungen der Tatbestandsvariante der Gesundheitsschädigung erfüllt. Verbrühungen ersten Grades haben Krankheitswert<sup>2</sup>, auch wenn die damit be-

## Januar 2010 Thermoskannen-Fall

*Einfache Körperverletzung / gefährliche Körperverletzung / Beibringen eines gesundheitsschädlichen Stoffes / gefährliches Werkzeug*

§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB

**Leitsatz des Gerichts:** Das Verbrühen mit heißem Kaffee stellt bei bloß kurzer thermischer Einwirkung auf die Haut, zumal einer relativ unempfindlichen Körperregion, ohne Tiefenausdehnung eines Hautdefektes keine „Beibringung eines anderen gesundheitsschädlichen Stoffes“ dar.

OLG Dresden, Beschluss vom 29. Juni 2009 – 2 Ss 288/09; veröffentlicht in NSTZ-RR 2009, 337.

zeichneten Verletzungen nicht sonderlich schwerwiegend und nur von kurzer Dauer sind.

Die zahlreichen Probleme des Falles betreffen die Frage, ob der **Qualifikationstatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 StGB** eingreift.

Zunächst ist die **Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen** gem. Nr. 1 dieser Vorschrift in Betracht zu ziehen. Die **Tatmittel** werden nach ihrer Wirkungsweise unterschieden.<sup>3</sup> Der Begriff des Giftes erfasst chemisch oder chemisch-physikalisch wirkende Substanzen. Die hier eingesetzte thermische Wirkung fällt nicht darunter. Auf Substanzen, die solchermaßen oder auch mechanisch wirken, wird der Auffangbegriff des anderen Stoffes angewendet.

Dieser muss die weitere Voraussetzung der **Gesundheitsschädlichkeit** erfüllen. Über die Interpretation dieses

<sup>1</sup> Vgl. zum Merkmal der körperlichen Misshandlung *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 223 Rn. 4.

<sup>2</sup> Vgl. zum Merkmal der Gesundheitsschädigung *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 223 Rn. 5.

<sup>3</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 14 Rn. 5.

Begriffs wird gestritten. Der Streit ist für die Lösung des Falles erheblich. Die Positionen lassen sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden entwickeln.

Denkbar ist, dass man sich unmittelbar am Gesetzeswortlaut orientiert. Das führt dazu, dass das Merkmal praktisch keine zusätzliche eingrenzende Funktion hat. Denn aus der Wortlautübereinstimmung mit dem Merkmal der Gesundheitsschädigung im Grundtatbestand lässt sich folgern, dass ein Stoff immer schon dann die Eigenschaft der Gesundheitsschädlichkeit aufweist, wenn durch seine Verwendung ein Gesundheitsschaden im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB herbeigeführt wurde.<sup>4</sup> Danach wäre im vorliegenden Fall der heiße Kaffee als gesundheitsschädlicher Stoff einzuordnen.

Dieser Ansicht lassen sich folgendermaßen systematische Argumente entgegenhalten.<sup>5</sup> Sie bewirkt systemwidrig eine Angleichung von Grund- und Qualifikationstatbestand. Das ist mit dem Unterschied in der Strafandrohung nicht zu vereinbaren. Sachgerecht ist vielmehr eine Gleichsetzung mit anderen Varianten der gefährlichen Körperverletzung, insbesondere mit der Variante der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs. Die dort anerkannte Voraussetzung, dass das Tatmittel nach der konkreten Art seines Einsatzes zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet sein muss,<sup>6</sup> ist auf die Verwendung eines gesundheitsschädlichen Stoffes in § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu übertragen.

Wie auf der Grundlage dieser Ansicht im vorliegenden Fall zu entscheiden ist, lässt sich nicht ohne weiteres

sagen. Zunächst muss die **Erheblichkeitsschwelle** festgelegt werden. Sie stimmt, wie sich aus der Herleitung ergibt, mit den Anforderungen an das Verletzungspotenzial eines gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB überein.

Wer sich von Literatur und Rechtsprechung Klarheit erhofft, wird enttäuscht. Es fehlt an präzisen Definitionen. Orientierungshilfe könnte eine Ausrichtung an den schweren Körperverletzungen bieten, die in § 226 StGB aufgezählt sind,<sup>7</sup> oder am Begriff der schweren Gesundheitsschädigung in § 221 Abs. 1 StGB<sup>8</sup>. Die h. M. spricht sich jedoch dagegen aus.<sup>9</sup> Anforderungen dieser Art seien zu hoch. Man belässt es bei vagen Formulierungen. Von „gravierenden“ oder „schwerwiegenden“ Körperschäden ist die Rede.<sup>10</sup> Hilfreich für die praktische Rechtsanwendung ist der Vorschlag, darauf abzustellen, dass die Verletzung „nach Intensität oder Dauer überdurchschnittlich“ schwer wiegt.<sup>11</sup>

Diesen Schweregrad erreichen die hier eingetretenen leichten Verbrühungen sicherlich nicht. Doch Vorsicht! Zu prüfen ist die **Eignung** des Mittels zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Tathandlung abzustellen. Auf die tatsächlich eingetretenen Schäden kommt es nicht unbedingt an. Denn es ist durchaus denkbar, dass ein hochgefährliches Mittel auf Grund besonderer Umstände nur geringfügige Verletzungen herbeigeführt hat. Daher lassen sich die real verursachten Körperschäden lediglich als Indiz verwerten.

Im vorliegenden Fall spricht dieses Indiz gegen die Annahme der Gefahr erheblicher Verletzungen. Möglicher-

<sup>4</sup> So z. B. *Weber*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht BT*, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 52; *Struensee*, in *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998*, 1998, 2. Teil Rn. 68-73.

<sup>5</sup> Vgl. *Kindhäuser*, *LPK-StGB*, 4. Aufl. 2010, § 224 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 3), § 14 Rn. 6.

<sup>6</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 224 Rn. 5.

<sup>7</sup> So *Horn/Wolters*, in *SK*, *StGB*, § 224 Rn. 8 a.

<sup>8</sup> Vertreten u. a. von *Kindhäuser* (Fn. 5), § 224 Rn. 4.

<sup>9</sup> Vgl. *Hardtung*, in *MK*, *StGB*, § 224 Rn. 7.

<sup>10</sup> *Küper*, *Strafrecht BT*, 7. Aufl. 2008, S. 455.

<sup>11</sup> *Hardtung*, in *MK* (Fn. 9), § 224 Rn. 7.

weise lässt sich das Indiz aber widerlegen. So erscheint vorstellbar, dass die Augen des Opfers gefährdet waren, weil es nach dem Auftreffen der heißen Flüssigkeit zu einer plötzlichen Veränderung der Körper- oder Kopfhaltung kommen konnte.

Für eine abschließende Beurteilung müsste man mehr über den Vorgang wissen. Etwa das Folgende: In welcher Position befand sich das Opfer? Wie überraschend kam der Angriff? Wie heiß war der Kaffee und wie groß war die Menge? Mit dem festgestellten Sachverhalt lassen sich diese Fragen leider nicht beantworten.

Ein weiteres Problem verbindet sich mit der **Tathandlung des Beibringens**. Das an erster Stelle genannte Tatmittel des Giftes legt ein enges Verständnis nahe.<sup>12</sup> Danach setzt das Beibringen voraus, dass der Stoff in den Körper eingeführt wird und seine Wirkung dort entfaltet. Eine rein äußerliche Anwendung fällt nicht darunter. Diese Ansicht sorgt für Klarheit im Verhältnis zum Qualifikationstatbestand in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, indem sie äußere Einwirkungen allein dieser Tatvariante zuweist. Folgt man ihr, so scheidet im vorliegenden Fall eine Anwendung von Nr. 1 aus, weil B durch das Begießen mit dem heißen Kaffee lediglich äußere Verletzungen erlitten hat.

Auch dazu gibt es eine Gegenposition.<sup>13</sup> Sie bezieht Fälle der vorliegenden Art ein, indem sie die Tathandlung des Beibringens auch auf äußere körperliche Einwirkungen erstreckt. Durch den Wortlaut sieht sie sich nicht daran gehindert. Auch das Heranführen eines Stoffes an den Körper von außen lasse sich als Beibringen bezeichnen. Außerdem macht diese Ansicht geltend, dass zwischen innerer und äußerer Einwirkung gar nicht trennscharf unterschieden

werden könne. Die Wirkung äußerlich angewandeter Stoffe bleibe in aller Regel nicht auf die Körperoberfläche beschränkt.

Weitere Probleme treten auf, wenn die Prüfung mit einer Untersuchung von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und der dortigen Variante der **Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs** fortgesetzt wird. Schon erwähnt wurde das Problem der Erheblichkeit drohender Verletzungen, das mit dem Merkmal der Gefährlichkeit des Werkzeugs verbunden ist. Wie gezeigt, hängt es letztlich von den konkreten Tatumständen ab, ob die Gefahr erheblicher Verletzungen bestand.

In einem systematisch korrekten Prüfungsablauf wäre allerdings zunächst eine andere Frage zu erörtern: Benutzte A denn überhaupt ein **Werkzeug**, als sie B mit Kaffee übergoss? Allgemein formuliert: Werden auch Flüssigkeiten vom Begriff des Werkzeugs erfasst?

Der BGH hat diese Frage bereits in seiner allerersten Entscheidung bejaht.<sup>14</sup> Die Literatur stimmt ihm darin ganz überwiegend zu.<sup>15</sup> Als Hauptargumente werden die folgenden genannt. Flüssigkeiten können gleichermaßen gefährlich eingesetzt werden wie körperlich feste Gegenstände. Auch hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff des Werkzeugs auf jedes instrumentell eingesetzte Mittel ausgedehnt.

Letzteres bestreitet die Gegenmeinung.<sup>16</sup> Sie sieht durch eine Anwendung des Werkzeugbegriffs auf Flüssigkeiten das Analogieverbot in Art. 103

<sup>12</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 40; *Weber*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf* (Fn. 4), § 6 Rn. 53.

<sup>13</sup> Z. B. *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 224 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 3), § 14 Rn. 8.

<sup>14</sup> BGHSt 1, 1 (zum Begriff der Waffe, der nach damaliger Gesetzeslage den Begriff des gefährlichen Werkzeugs einschloss).

<sup>15</sup> Das geschieht zumeist eher beiläufig. Erwähnt werden Flüssigkeiten im Zusammenhang mit chemisch wirkenden Tatmitteln z. B. bei *Küper* (Fn. 10), S. 456; *Rengier* (Fn. 3), § 14 Rn. 6.

<sup>16</sup> *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, § 13 Rn. 33; *Hardtung*, in *MK* (Fn. 9) § 224 Rn. 14.

Abs. 2 GG verletzt. Auch beanstandet sie, dass es zu Überschneidungen zwischen den Tatvarianten in § 224 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB komme, wenn der Werkzeugbegriff Flüssigkeiten mit umfasse.

**Fassen wir zusammen.** Ob A sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, hängt von der Lösung mehrerer Rechtsprobleme ab. Sie betreffen bei Nr. 1 die Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes und die Tathandlung des Beibringens sowie bei Nr. 2 den Werkzeugbegriff. Außerdem bedarf es einer Klärung der Frage nach der konkreten Gefährlichkeit des Tatmittels.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung enthält zahlreiche Überraschungen.

Gleich zu Beginn ist in formaler Hinsicht überraschend, dass die gesetzliche Abfolge umgekehrt wird. An erster Stelle kommt die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zur Sprache.

Inhaltlich überrascht es, dass das Gericht den herrschenden weiten Werkzeugbegriff unerwähnt lässt und unter Berufung auf die Wortlautgrenze Flüssigkeiten ausschließt.

Dabei beruft es sich auf einige BGH-Entscheidungen.<sup>17</sup> Diese betreffen jedoch ein ganz anderes Problem, nämlich die Frage, ob auch unbewegliche Tatmittel als gefährliche Werkzeuge eingesetzt werden können. Die zentrale Aussage der Entscheidungen besteht darin, dass nur solche Tatmittel in Betracht kommen, die durch menschliche Einwirkung in Bewegung gesetzt werden können. Offenbar ist das OLG Dresden aber der Ansicht, dass der in diesen Entscheidungen verwendete Begriff des (beweglichen oder unbeweglichen) Gegenstandes die Aussage enthalte, Flüssigkeiten seien keine geeigneten Tatmittel.

Die Überraschungen setzen sich im zweiten Abschnitt der Entscheidung fort, der sich nun mit der Tatvariante des Beibringens eines gesundheitsschädlichen Stoffes gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB befasst. Das Problem, ob die Gefahr erheblicher Verletzungen vorgelegen haben muss, erörtert das Gericht nicht, wie zu erwarten gewesen wäre, in Verbindung mit dem Merkmal der Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes. Insoweit soll offenbar der Standpunkt eingenommen werden, dass jeder Gesundheitsschaden, also auch bereits der durch den Grundtatbestand verwirklichte, ausreicht.

Die Frage des Gefährdungsgrades verlagert das Gericht in die Tathandlung des Beibringens und verbindet sie mit dem Problem der Einwirkungsweise. Auch die bloß äußerliche Anwendung sei geeignet, das Merkmal zu erfüllen, wenn die „Schwere der Gefahr“ derjenigen bei innerer Anwendung entspreche.<sup>18</sup> Ohne das Ausmaß der damit geforderten Gesundheitsgefahren näher zu bestimmen, gelangt der Senat zu einer Entscheidung im vorliegenden Fall: Thermische Einwirkungen auf die Hautoberfläche von nur kurzer Dauer in relativ unempfindlichen Körperregionen reichen nicht aus.

Diese Begründung beschränkt sich – wiederum überraschend – auf die Beurteilung der eingetretenen Schäden, die, wie oben gezeigt, lediglich indizielles Wert haben. Mit der Gefahr weitergehender Verletzungen befasst sich das Gericht in diesem Zusammenhang nicht.

Lediglich bei der abschließenden Prüfung einer etwaigen Versuchsstrafbarkeit wird indirekt die Frage angesprochen, ob schwerere Verletzungen hätten eintreten können. Das Gericht verneint einen entsprechenden Vorsatz, weil es keinerlei Anhaltspunkte dafür zu erkennen vermag, dass A vorgehabt habe, dem Opfer den heißen Kaffee unvorbereitet in das Gesicht oder in die Augen zu schütten. Unklar bleibt, ob

<sup>17</sup> Zitiert werden BGHSt 22, 235; BGH NStZ 1988, 361 f.; BGH NStZ-RR 2005, 75.

<sup>18</sup> OLG Dresden NStZ-RR 2009, 337, 338.

der untersuchte Vorsatz eine entsprechende Gefährdung betraf, was zutreffend gewesen wäre, oder gar der Vorsatz geprüft worden ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

„Dauerbrenner“ ist wohl eine treffende Bezeichnung für die Fallprobleme und weitere Probleme im Zusammenhang mit § 224 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB. Sie begleiten Strafjuristen vom ersten Semester bis in die Praxis der Strafverfolgung und Strafverteidigung. Da sie auch regelmäßig in Prüfungsaufgaben auftreten, ist die Aneignung gesicherter Grundkenntnisse dringend zu empfehlen. Wir unterstützen entsprechende gute Vorsätze zum neuen Jahr, indem wir im Folgenden noch auf einige Klassiker aus diesem Problembereich hinweisen.

Relevant ist § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Variante des Beibringens eines anderen gesundheitsschädlichen Stoffes für Fälle der **Übertragung des Aids-Virus**.<sup>19</sup> Daneben kommt § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB (lebensgefährdende Behandlung) in Betracht. Sogar Tötungsdelikte sind zu erwägen. Da der Kausalitätsnachweis oft erhebliche Schwierigkeiten bereitet, bleibt es in der Regel bei einer Versuchsstrafbarkeit. Damit liegt der Schwerpunkt der Beurteilung im Vorsatzbereich. Es bedarf einer sorgfältigen Verwertung der konkreten Umstände für eine tatbestandliche Einordnung, die dem Einzelfall gerecht wird.<sup>20</sup>

Zu den Evergreens bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zählen die Fragen, ob als gefährliches Werkzeug auch ein **unbewegliches Objekt** verwendet werden kann und ob der Tatbestand auch eine

Verletzungshandlung erfasst, mit der das **Opfer gegen ein unbewegliches oder feststehendes (bewegliches) Tatmittel geführt** wird. Die erste Frage wird von der h. M. verneint, die zweite bejaht. Die Meinungsstreitigkeiten lassen sich auf die Kurzformel bringen „Wortlaut versus Schutzzweck“. Gestritten wird also im Wesentlichen darüber, ob die Grenze zur verbotenen Analogie (Art. 103 Abs. 2 GG) überschritten ist, wenn die genannten Fälle mittels teleologischer Auslegung einbezogen werden, weil die Handlungen in ihrer Gefährlichkeit dem Normalfall entsprechen.

Nicht unerwähnt bleiben darf der „beschuhete Fuß“<sup>21</sup> und die damit angesprochene Frage, ob bei einer Verletzung durch Fußtritt der **Schuh als gefährliches Werkzeug** gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB angesehen werden kann.<sup>22</sup> Allgemein wird darauf geantwortet: unter Umständen ja. Mit „Umständen“ ist angesprochen, wie der Schuh beschaffen ist, wie der Tritt ausgeführt wird und welche Körperteile betroffen sind. Die Meinungsunterschiede haben im Wesentlichen die Bewertung solcher Umstände zum Gegenstand. Bei der Behandlung des Problems im Rahmen einer Fallbearbeitung sollte man sich also auf den konkreten Sachverhalt konzentrieren.

#### 5. Kritik

Es ließ sich nicht vermeiden, bereits in die Darstellung der Entscheidung unter 3. Kritik einfließen zu lassen. Wir fügen zwei kritische Bemerkungen hinzu.

Von einem Revisionsgericht wird erwartet, dass es die bisherige Rechtsprechung zu einem Problem vollständig erfasst. Dieser Erwartung wird das

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 268 ff.

<sup>20</sup> In diesen Fällen ist häufig noch als Rechtsfigur aus dem Allgemeinen Teil die eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu beachten; vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 1), Vor § 211 Rn. 12 a.

<sup>21</sup> Ein herrliches Beispiel für Juristendeutsch! Die alltagssprachliche Komik dürfte auch für Juristen an vergleichbaren Formulierungen sichtbar werden: bestrumpftes Bein, bemützter Kopf, bebrilltes Gesicht.

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Eisele*, Strafrecht BT I, 2008, Rn. 317.

OLG Dresden nicht gerecht. Es lässt die frühe Entscheidung des BGH unberücksichtigt, in der auch Flüssigkeiten als Tatmittel im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anerkannt worden sind.<sup>23</sup> Mit etwas Rechercheaufwand hätte man zudem die Reichsgerichtsentscheidung auffinden können, derzufolge das Übergießen mit siedend heißem Kaffee als Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs anzusehen ist.<sup>24</sup>

Schwer nachzuvollziehen ist, warum der Senat meint, auf der Grundlage des tatrichterlich festgestellten Sachverhalts eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung mangels hinreichender Gefährlichkeit der Tat verneinen zu können. Wie wir unter 2. gezeigt haben, hängt es von den näheren Tatumständen ab, ob die Gefahr erheblicher Verletzungen bestand. Nötig wäre es gewesen, durch Urteilsaufhebung und Zurückverweisung eine tatrichterliche Aufklärung dieser Umstände zu ermöglichen.

*(Prof. Dr. Klaus Marxen / Joanna Bakowska)*

---

<sup>23</sup> BGHSt 1, 1.

<sup>24</sup> RG GA Bd. 62, 321.

## 1. Sachverhalt

Nachdem A bereits zahlreiche Freiheitsstrafen wegen schwerer Verbrechen verbüßt hat, verurteilt ihn im Jahr 1986 das zuständige Landgericht wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit Raub zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren. Zugleich ordnet es seine erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung an. Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung sieht das Gesetz für einen solchen Fall vor, dass die Unterbringung nicht länger als zehn Jahre dauern darf. Nach Verbüßung der Freiheitsstrafe wird A im Jahr 1991 in die Sicherungsverwahrung überwiesen. Am 31. Januar 1998 tritt das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten in Kraft. Es ermöglicht, die Sicherungsverwahrung nach Ablauf der Zehnjahresfrist fortzuführen, wenn die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges zur Begehung von Straftaten solche Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Auf der Grundlage dieser Vorschrift ordnet die zuständige Strafvollstreckungskammer, nachdem A zehn Jahre Sicherungsverwahrung verbüßt hat, deren Fortdauer an. Dabei stützt es sich auf Sachverständigengutachten, die A als einen Hangtäter einstufen, der weiterhin zur Begehung schwerer Gewalttaten neigt. Erfolglos bemüht A sich, auf dem innerstaatlichen Rechts-

## Februar 2010 Hangtäter-Fall

*Europäische Menschenrechtskonvention / Verbot rückwirkender Strafgesetze / Strafcharakter der Sicherungsverwahrung / Recht auf Freiheit und Sicherheit / Erfordernis einer ausreichend kausalen Verbindung zwischen der Verurteilung und einer fortdauernden Freiheitsentziehung*

Art. 5, 7 EMRK; §§ 2 Abs. 6, 66, 67 d Abs. 3 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Die Erweiterung der Vollstreckungsdauer der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 31. Januar 1998 über die bis dahin geltende Höchstdauer von zehn Jahren hinaus verletzt das Verbot rückwirkender Strafgesetze, soweit die Regelung auf Fälle angewendet wird, in denen die Sicherungsverwahrung vor ihrem Inkrafttreten angeordnet worden ist.

EGMR (5. Kammer), Urteil vom 17. Dezember 2009 – 19359/04; veröffentlicht in offizieller englischer Ausfertigung bei [www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de) 2010, 1 ff. sowie in inoffizieller deutscher Übersetzung bei juris.

weg seine Freilassung zu erreichen. Er scheidet auch mit seiner Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. Daraufhin wendet er sich mit einer Individualbeschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zeitliche Verhältnis von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im vorliegenden Fall macht deutlich, dass in erster Linie das **Rückwirkungsproblem** zu diskutieren ist. Die angeordnete Sicherungsverwahrung war zum Zeitpunkt der Entscheidung mit einer Höchstfrist von zehn Jahren versehen; die nach Fristablauf fortgesetzte Voll-

streckung beruhte auf einer nachträglichen Gesetzesänderung.

Für den angerufenen EGMR bildet in dieser Frage Art. 7 Abs. 1 EMRK die maßgebliche Entscheidungsgrundlage. Die Vorschrift sieht gleichermaßen wie das GG in Art. 103 Abs. 2 ein Verbot für den Erlass rückwirkender strafbegründender und strafverschärfender Gesetze vor. Da angenommen wird, dass die Regelungen inhaltlich übereinstimmen,<sup>1</sup> ist von Interesse, warum das BVerfG im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot verneint hat.

Die Entscheidung des BVerfG<sup>2</sup> orientiert sich strikt an der **Zweispurigkeit des deutschen Sanktionensystems**, also an der Unterteilung zwischen Strafen (§§ 38 ff. StGB) und Maßregeln (§§ 61 ff. StGB). Unter Anknüpfung an den Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG beschränkt das Gericht den Anwendungsbereich des dort geregelten Rückwirkungsverbots auf Gesetze, welche die Strafbarkeit eines Verhaltens begründen oder gesetzlich bereits angedrohte Strafen verschärfen.

Unter „Strafen“ versteht das BVerfG in diesem Zusammenhang „staatliche Maßnahmen, die eine missbilligende Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“.<sup>3</sup> Nicht erfasst sind somit Maßnahmen des Staates, die nicht der Vergeltung zurückliegender, sondern der Verhinderung künftiger Straftaten dienen. Gerade das, so das BVerfG, ist aber die Aufgabe der Maßregeln und insbesondere der Maßregel der Sicherungsverwahrung.

Der Umstand, dass zu den Voraussetzungen der Anordnung einer Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB auch die Begehung einer oder mehrerer schwerer Straftaten zählt, ändert aus der Sicht des Gerichts daran nichts. Die

Anknüpfung an derartige „Anlasstaten“ lasse den „rein präventiven“ Charakter der Sicherungsverwahrung unberührt.<sup>4</sup>

Mit der Beurteilung der Rechtslage durch das BVerfG stimmt es überein, dass § 2 Abs. 6 StGB für Maßregeln ein Rückwirkungsgebot enthält. Danach ist auf die Gesetzeslage zum Entscheidungszeitpunkt und nicht zum Tatzeitpunkt abzustellen, so dass eine zwischenzeitliche nachteilige Gesetzesänderung zu berücksichtigen ist.

Die Entscheidung des BVerfG ist in der Literatur auf Widerspruch gestoßen. Zur Hauptsache werden die folgenden Einwände vorgebracht.<sup>5</sup> Der Schutz des Rückwirkungsverbots müsse auch für die Sicherungsverwahrung gelten, weil sie noch härter als die Strafe in die Freiheit des Beschuldigten eingreife. Zudem bestehe der vom BVerfG behauptete Funktionsunterschied zwischen Strafen und Maßregeln nicht, denn die Strafe verfolge neben dem Schuldausgleich auch präventive Ziele. Außerdem unterscheide sich der Vollzug der Sicherungsverwahrung in der Praxis nicht wesentlich vom Vollzug der Freiheitsstrafe.

In dieser Auseinandersetzung ist das Rückwirkungsverbot in Art. 7 Abs. 1 EMRK unerwähnt geblieben. Das hat zum einen den bereits erwähnten Grund, dass man von einer inhaltlichen Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 2 GG ausgeht. Zum anderen besteht ein Zusammenhang mit dem innerstaatlichen Rechtsstatus der EMRK. Sie nimmt nur den Rang eines Bundesgesetzes ein.<sup>6</sup> Ihre Verletzung kann daher nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Die EMRK und die Entscheidungen des EGMR haben lediglich eine mittelbare Bedeutung für das deutsche Verfassungsrecht. Sie sol-

<sup>1</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 7 Rn. 2.

<sup>2</sup> BVerfGE 109, 133.

<sup>3</sup> BVerfGE 109, 133, 170.

<sup>4</sup> BVerfGE 109, 133, 167.

<sup>5</sup> Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 55 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2004, § 3 Rn. 12.

<sup>6</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 1 Rn. 3 a.

len als Auslegungshilfe für die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des GG herangezogen werden.

Zu bedenken ist jedoch, dass der EGMR in seiner Entscheidungspraxis autonom ist.<sup>7</sup> Das bedeutet, dass er nicht an die Bewertung der gerügten staatlichen Maßnahme durch das innerstaatliche Recht oder durch die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit gebunden ist. Daher ist also durchaus denkbar, dass der EGMR die Reichweite des Rückwirkungsverbots im Hinblick auf die Maßregel der Sicherungsverwahrung anders bestimmt als das BVerfG.

Neben Art. 7 Abs. 1 EMRK gibt es eine weitere Konventionsnorm, mit der sich der EGMR zu befassen hat, weil sie durch die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsdauer verletzt sein könnte. Gemeint ist das **Recht auf Freiheit und Sicherheit in Art. 5 Abs. 1 EMRK**. Es lässt eine Freiheitsentziehung nur aus abschließend aufgezählten Gründen zu. Geprüft werden muss also, ob die Verlängerung der Sicherungsverwahrung für A über die ursprüngliche Höchstfrist hinaus durch einen dieser Gründe gedeckt ist.

In erster Linie kommt hier die **rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht** gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK in Betracht. Daran könnte es fehlen, weil die Fortdauer der Sicherungsverwahrung für A nach Ablauf der zunächst geltenden Höchstfrist erst durch einen gesetzgeberischen Akt ermöglicht wurde. Man kann daher daran zweifeln, ob der erforderliche Bezug zur ursprünglichen Verurteilung noch gewahrt ist.

In seiner bisherigen Entscheidungspraxis hat der EGMR dieses Erfordernis so umschrieben: Es müsse ein „hinreichender Kausalzusammenhang“ zwischen der Verurteilung und der gerügten Freiheitsentziehung bestehen.<sup>8</sup> Da-

mit ist mehr gemeint als bloße Kausalität im Sinne der strafrechtlichen Äquivalenztheorie. Das zeigt sich daran, dass nach Ansicht des EGMR zunehmender Zeitablauf die Verbindung zwischen der Verurteilung und einer weiteren Freiheitsentziehung schwächer werden lässt und dass der Kausalzusammenhang dann fehlen kann, wenn eine Diskrepanz zwischen den Gründen für die Fortführung der Freiheitsentziehung und den Zielen der ursprünglichen gerichtlichen Entscheidung besteht.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Fall lässt sich aus zwei Gründen an einer hinreichenden Kausalität zweifeln. Zwischen der ursprünglichen gerichtlichen Entscheidung und der Verlängerung der Unterbringung bestand ein erheblicher zeitlicher Abstand. Auch ermöglichte erst eine gesetzgeberische Aktion die Fortdauer der Sicherungsverwahrung.

Sollte sich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK als unanwendbar erweisen, so könnte die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung noch durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. c EMRK gerechtfertigt sein. Danach kann einer Person die Freiheit entzogen werden, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie **an der Begehung einer Straftat zu hindern**. Fraglich erscheint allerdings, ob der für A festgestellte allgemeine Hang zu weiteren schwerwiegenden Straftaten für eine Inanspruchnahme dieses Sachgrundes ausreicht. Die Vorschrift könnte eher dazu gedacht sein, eine Freiheitsentziehung zwecks Verhinderung einer konkret bevorstehenden Straftat zu ermöglichen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die zuständige Kammer des EGMR gelangt in einer einstimmig ergangenen Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die beiden genannten Konventionsnormen verletzt sind.

<sup>7</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 7 Rn. 10.

<sup>8</sup> Vgl. *Paeffgen*, in SK-StPO, Art. 5 EMRK Rn. 17 m. w. N.

<sup>9</sup> Vgl. EGMR, van Droogenbroeck./Belgien EuGRZ 1984, 6, 8.

Ihre **Stellungnahme zum Rückwirkungsverbot** gem. Art. 7 Abs. 1 EMRK unterscheidet sich schon im Ansatz von derjenigen des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG. Während dieses vorwiegend dogmatisch argumentiert und dabei auf den konzeptionellen Unterschied zwischen Strafen und Maßregeln abstellt, befasst sich die Kammer zur Hauptsache mit der Sanktionspraxis.

Diese ist aus ihrer Sicht durch eine weit reichende Übereinstimmung von Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe gekennzeichnet. Die Sicherungsverwahrung werde in Deutschland wie eine Freiheitsstrafe vollzogen. Die Maßnahme bestehe zur Hauptsache im Freiheitsentzug. Die Unterbringung erfolge wie bei Strafgefangenen in Strafvollzugsanstalten. Mit der Sicherungsverwahrung seien lediglich kleinere Vollzugsvergünstigungen verbunden. Ein Wesensunterschied folge daraus nicht. Etwas anderes könnte gelten, falls Sicherungsverwahrten eine ihren Bedürfnissen entsprechende psychologische Betreuung angeboten würde. Doch daran fehle es.

Das Gericht macht ferner darauf aufmerksam, dass die Strafe in Deutschland nicht allein dem Schuldausgleich dient, sondern auch die Aufgabe hat, künftige Straftaten zu verhindern. Somit bestehe auch in der präventiven Zielsetzung eine Übereinstimmung zwischen Strafen und Maßregeln. Schließlich führt es noch an, dass die Sicherungsverwahrung eine der härtesten staatlichen Maßnahmen sei, die das StGB vorsehe.

Fazit aus der Sicht des EGMR: Die Sicherungsverwahrung weist wesentliche Züge einer Strafe auf, so dass sie als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu gelten hat. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot vorliegt, weil A mit der Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die ursprüngliche Höchstdauer hinaus nachträglich eine zusätzliche Strafe auferlegt worden ist.

Zur **Feststellung einer Verletzung auch von Art. 5 Abs. 1 EMRK** gelangt die Kammer, weil nach ihrer Ansicht die in Betracht kommenden Gründe für freiheitsentziehende Maßnahmen nicht eingreifen.

Die Fortdauer der Sicherungsverwahrung könne nicht mehr als Freiheitsentziehung nach einer Verurteilung gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK gelten. Das Erfordernis einer hinreichend kausalen Verbindung mit der ursprünglichen Verurteilung im Jahre 1986 sei nicht erfüllt. Die über den Zeitraum von zehn Jahren hinausgehende Sicherungsverwahrung sei „nur durch die anschließende Gesetzesänderung im Jahre 1998 ermöglicht“ worden.<sup>10</sup>

Ferner hält das Gericht den in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. c EMRK geregelten Grund der Verhinderung künftiger Straftaten für unanwendbar. Legitimiert werde dadurch nur eine Freiheitsentziehung zur Bekämpfung einer konkreten Gefahr. Die drohende Straftat müsse „insbesondere hinsichtlich des Orts und der Zeit ihrer Begehung und ihrer Opfer“ näher bestimmt sein.<sup>11</sup> Eine allgemeine Rückfallgefahr reiche dafür nicht aus. Sie bestehe im Übrigen nach kriminologischer Erfahrung ja auch keineswegs nur bei Personen, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet worden sei.

Da der EGMR nicht befugt ist, die Entscheidungen staatlicher Gerichte oder sonstige staatliche Maßnahmen aufzuheben, stellt das Urteil lediglich die Konventionsverstöße fest und erkennt A gem. Art. 41 EMRK eine Entschädigung in Höhe von 50.000 Euro für den immateriellen Schaden zu.

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Die Entscheidung hat große öffentliche Resonanz hervorgerufen. Die Medien

<sup>10</sup> EGMR (5. Kammer), Urteil vom 17. Dezember 2009 – 19359/04, inoffizielle deutsche Fassung bei juris, Rn. 100.

<sup>11</sup> EGMR (Fn. 10), Rn. 102.

haben ausführlich berichtet. Politisch wird aufgeregt über mögliche Reaktionen auf das Urteil diskutiert. Die Furcht geht um, dass hochgefährliche Kriminelle freigelassen werden müssen. Dieses Echo lässt erwarten, dass die Entscheidung sehr rasch auch im Ausbildungs- und Prüfungszusammenhang Beachtung finden wird.

Denkbar ist eine Verwertung in unterschiedlicher rechtlicher Hinsicht. Der Schwerpunkt kann zum einen beim Strafrecht und zum anderen beim Verfassungs- und Europarecht gesetzt werden.

Ein souveräner Umgang mit den strafrechtlichen Aspekten der Entscheidung setzt voraus, dass man mit der Zweispurigkeit von Strafen und Maßregeln vertraut ist und jedenfalls in Grundzügen das mittlerweile weit ausdifferenzierte System der Sicherungsverwahrung kennt. Nähere Ausführungen dazu müssen wir an dieser Stelle nicht machen, weil wir das bereits an anderer Stelle getan haben. Über das zweispurige Sanktionensystem informiert der Skulpturen-Fall vom Februar 2004. Die neuere Entwicklung im Bereich der Sicherungsverwahrung kommt im Sexualtäter-Fall vom Juli 2004 zur Sprache.

**In strafrechtlicher Hinsicht** zieht sicherlich das Rückwirkungsverbot das größte Interesse auf sich. Die Entscheidung stellt die Kriterien in Frage, mit denen bisher der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG festgelegt wurde. Folgt man ihr, so kann es nicht bei einer formalen Betrachtung bleiben. Es kann nicht den Ausschlag geben, ob der Gesetzgeber eine Sanktion als Strafe oder Maßregel ausweist. Auch überzeugt nicht die vom BVerfG verwendete Unterscheidung zwischen Strafen und Maßregeln. Soll danach unterschieden werden, ob die Sanktion der Missbilligung schuldhaften Verhaltens dient oder das Ziel verfolgt, künftige Straftaten zu verhindern,<sup>12</sup> so ergibt sich keine klare Trennlinie, weil die Strafe eben-

falls (teilweise) präventiven Zwecken dient.<sup>13</sup>

Der anders geartete Ansatz des EGMR besteht in einer Materialisierung. Berücksichtigt werden auch der praktische Sanktionsvollzug und die Härte der Sanktion, was zur Folge hat, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe eingestuft und damit in den Anwendungsbereich des Rückwirkungsverbots einbezogen wird.

Liegt der Schwerpunkt beim Verfassungs- und Europarecht, so erweitert sich die Perspektive in mehrfacher Hinsicht.

**Verfassungsrechtlich** tritt das Rückwirkungsverbot in zwei Formen auf. Bisher haben wir nur das einschränkungslos geltende, also absolute Rückwirkungsverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG thematisiert. Daneben existiert ein der Abwägung zugängliches, also relatives Rückwirkungsverbot. Es wird aus der Verpflichtung des Rechtsstaats abgeleitet, das Vertrauen des Bürgers auf die Verlässlichkeit der Rechtsordnung zu schützen.<sup>14</sup>

Bei der Bestimmung der Reichweite dieses Rückwirkungsverbots wird unterschieden zwischen der Rückwirkung von Rechtsfolgen (echte Rückwirkung), der sehr enge Grenzen gezogen sind, und der tatbestandlichen Rückanknüpfung (unechte Rückwirkung), die in größerem Umfang zulässig ist.<sup>15</sup> Im vorliegenden Fall hat das BVerfG eine unechte Rückwirkung angenommen und dem Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung schwerwiegender Straftaten den Vorrang gegenüber dem Vertrauen des Gefangenen auf Fortbestand der Höchstfrist von zehn Jahren eingeräumt.<sup>16</sup>

Aus dem **Zusammenspiel von Verfassungs- und Europarecht** ergibt sich die Frage nach rechtlichen

<sup>12</sup> Siehe oben 2.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 61 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I, 25. Aufl. 2009, Rn. 374.

<sup>15</sup> Vgl. *Degenhart* (Fn. 14), Rn. 375 f.

<sup>16</sup> BVerfGE 109, 133, 182 ff.

Konsequenzen der Entscheidung des EGMR. Vorerst besteht ein Schwebezustand, weil die von einer Kammer getroffene Entscheidung anfechtbar ist.<sup>17</sup> Die Bundesregierung kann gem. Art. 43 Abs. 1 EMRK innerhalb von drei Monaten nach dem Entscheidungszeitpunkt die Verweisung an die Große Kammer des EGMR beantragen.

Sollte es dazu nicht kommen oder die Große Kammer die vorliegende Entscheidung bestätigen, dann sind innerstaatliche Reaktionen unvermeidlich. Zwar lässt die Feststellung der Konventionswidrigkeit die deutsche Gesetzeslage und die Gültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen unberührt. Nach Art. 46 EMRK ist die Bundesrepublik Deutschland aber völkerrechtlich verpflichtet, für Abhilfe zu sorgen. Diese kann rechtlich in einer Änderung der Gesetze oder der Gesetzesauslegung bestehen. In tatsächlicher Hinsicht würde Konventionskonformität hergestellt, wenn im vorliegenden und in gleich gelagerten Fällen die Gefangenen frei gelassen würden.<sup>18</sup>

Denkbar ist allerdings auch, dass die vom EGMR gerügte Gleichbehandlung von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten beendet und letzteren künftig eine eingehende psychologische und sozialtherapeutische Behandlung zuteil wird. Die Höhe der dafür erforderlichen Kosten lässt jedoch daran zweifeln, dass es dazu kommen wird. Eher ist mit Bemühungen um eine rechtliche Konstruktion der Sicherungsverwahrung zu rechnen, die mit den Anforderungen des EGMR kompatibel ist.

<sup>17</sup> Vgl. zur Gerichtsverfassung der EMRK Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 26-28.

<sup>18</sup> Die betroffenen Gefangenen könnten ihrerseits tätig werden. Sie könnten sich an die zuständige Strafvollstreckungskammer mit dem Antrag wenden, die Sicherungsverwahrung für erledigt zu erklären; vgl. dazu Oymann, RÜ 2010, 97, 101.

Klärungsbedürftig ist auch die Frage, ob der Entscheidung eine Bedeutung zukommt, die über die unmittelbar von ihr erfassten Fälle hinausgeht, in denen die erstmalige Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, bevor der Gesetzgeber eine Verlängerung über zehn Jahre hinaus ermöglicht hat. In gleicher oder ähnlicher Weise könnten auch Fälle betroffen sein, in denen der Gesetzgeber nach der Tatbegehung oder nach der gerichtlichen Aburteilung die Sicherungsverwahrung in sonstiger Weise verschärft hat, etwa durch Absenken der Anordnungsvoraussetzungen oder durch Einführung der neuen Formen des Anordnungsvorbehalts gem. § 66 a StGB oder der nachträglichen Anordnung gem. § 66 b StGB.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die nachträgliche Sicherungsverwahrung. Denn es ist gut vorstellbar, dass sie sich generell als unvereinbar mit der EMRK und der Auslegung durch den EGMR erweist. Das Rückwirkungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 EMRK ist tangiert, weil nach erfolgter Verurteilung eine Verschärfung der Sanktionierung vorgenommen wird. Auch stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK ein hinreichender Kausalzusammenhang mit der ursprünglichen Verurteilung noch gegeben ist.

## 5. Kritik

Die Entscheidung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Man kann nur hoffen, dass die rechtsstaatliche Besonnenheit, die aus ihr spricht, endlich auch in die deutsche Diskussion über die Sicherungsverwahrung einkehrt und der Eskalation gesetzlicher Verschärfungen ein Ende bereitet. Die Bundesregierung sollte auf die Möglichkeit der Anfechtung verzichten und stattdessen die Verbesserung der tatsächlichen Lage der Sicherungsverwahrten in Angriff nehmen.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Charlotta Maiworm)

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Am 7. April 1977 tötet in Karlsruhe ein „Kommando“ der RAF Generalbundesanwalt Buback und zwei Begleiter. Wegen Beteiligung an dieser Tat werden drei Personen rechtskräftig verurteilt. Es bleibt jedoch ungeklärt, wer die Tat unmittelbar ausgeführt hat.

Verena Becker (B) und Günter Sonnenberg (S), die beide der RAF angehören, werden am 3. Mai 1977 in Singen von der Polizei gestellt. S führt die Tatwaffe des Buback-Attentats bei sich. Beide widersetzen sich der Festnahme. Sie verletzen zwei Polizeibeamte durch Schüsse, erpressen die Überlassung eines Kraftfahrzeugs und fliehen. Nach einem erneuten Schusswechsel mit vier weiteren Polizeibeamten werden sie festgenommen. Wegen des Vorfalls in Singen wird B zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Das gegen sie wegen des Buback-Attentats geführte Ermittlungsverfahren stellt die Staatsanwaltschaft mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO ein. Nachdem B von der lebenslangen Freiheitsstrafe neun Jahre und zwei Monate verbüßt hat, wird Ende 1989 die weitere Vollstreckung durch Gnadenentscheidung des Bundespräsidenten zur Bewährung ausgesetzt. 1995 erlässt ihr der Bundespräsident im We-

März 2010

### Verena Becker - Fall

*Untersuchungshaft / Haftgrund der Tatschwere / verfassungskonforme Auslegung / Verringerung der Anforderungen an Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr*

§§ 112 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3, 112 a StPO

#### Leitsatz der Verf.:

§ 112 Abs. 3 StPO ist im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungskonform dahin auszulegen, dass vom Erlass eines Haftbefehls abzu- sehen ist, wenn nach den Umständen des Einzelfalles gewichtige Gründe gegen jede Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr sprechen.

BGH, Beschluss vom 23. Dezember 2009 – StB 51/09; veröffentlicht unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) und bei juris.

ge der Gnade den noch nicht vollstreckten Teil der Strafe. Seit ihrer Freilassung lebt B im Haus ihrer Schwester. Zu ihrer Familie bestehen feste Bindungen. Sie bezieht seit fünf Jahren eine Rente und Hartz-IV-Leistungen.

Nunmehr ergeben sich durch die Untersuchung von DNA-Spuren, durch Zeugenaussagen sowie durch beschlagnahmte handschriftliche Aufzeichnungen der B neue Verdachtsmomente gegen sie im Hinblick auf ihre Beteiligung am Buback-Attentat. Zwar ist eine unmittelbare Mitwirkung am Tatort weiterhin nicht nachweisbar. Jedoch sind beweiskräftige Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass sie auf die Tatausführung gedrängt hat. Mit großer Wahrscheinlichkeit ist sie seinerzeit innerhalb der Gruppe der RAF-Mitglieder nachdrücklich dafür eingetreten, dass die Anweisung der in Stammheim inhaftierten Führungspersonen umgesetzt wird, den Generalbundesanwalt zu töten. Daraufhin erlässt der Ermittlungsrichter

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt wiedergegeben, damit die rechtlichen Probleme möglichst deutlich hervortreten.

beim BGH gegen B einen Haftbefehl wegen des dringenden Verdachts des mittäterschaftlich begangenen Mordes in drei tateinheitlich zusammentreffenden Fällen. Nach ihrer Festnahme wird der Haftbefehl in Vollzug gesetzt. B legt gegen den Haftbefehl Beschwerde ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Rechtsprobleme bei Haftentscheidungen betreffen in der Regel die in § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO genannten zentralen Merkmale des dringenden Tatverdachts und des Haftgrundes.<sup>2</sup> Das gilt auch für die hier zu überprüfende Entscheidung.

Den Begriff des **dringenden Tatverdachts** hat der Gesetzgeber nicht näher erläutert. Rechtsprechung und Lehre orientieren sich an der folgenden Definition: Ein dringender Tatverdacht ist gegeben, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Beschuldigte eine strafbare Handlung begangen hat.<sup>3</sup>

Darin sind zwei Elemente enthalten: ein **Beweiselement** (hohe Wahrscheinlichkeit) und ein **materiellrechtliches Element** (strafbare Handlung).

Das Beweiselement bereitet im vorliegenden Fall keine Probleme. Die Ermittlungen haben mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ergeben, dass B auf bestimmte Weise am Bückeburg-Attentat mitgewirkt hat.

Dagegen liegt es nicht auf der Hand, wie die Art der Beteiligung materiellrechtlich zu bewerten ist. Der Ermittlungsrichter des BGH hat eine mittäterschaftliche Beteiligung gem. § 25 Abs. 2 StGB angenommen. Ob mit die-

ser Beteiligungsform das wahrscheinlich nachweisbare Verhalten der B sachgerecht erfasst ist, erscheint zweifelhaft. Das Drängen auf die Tatausführung unter Berufung auf die Tötungsanweisung aus den Stammheimer Zellen könnte auch als bloße Unterstützungshandlung und damit als Beihilfe gem. § 27 StGB einzustufen sein.

Die Zuordnung kann nicht dahingestellt bleiben, auch wenn in der oben angeführten Definition nur davon die Rede ist, dass der Beschuldigte mit hoher Wahrscheinlichkeit „eine strafbare Handlung“ begangen hat. Materiellrechtliche Genauigkeit ist aus zwei Gründen erforderlich.

Zum einen besteht ein Zusammenhang mit dem praktisch wichtigsten Haftgrund der Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO. Ob befürchtet werden muss, dass der Beschuldigte sich dem Verfahren durch Flucht entzieht, hängt wesentlich davon ab, welches Gewicht der Tatvorwurf hat und welche Strafe dementsprechend zu erwarten ist. Zum anderen steht die Anordnung von Untersuchungshaft gem. § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Bestimmt werden muss das Verhältnis der Freiheitsentziehung zur Bedeutung der Sache und zu der dem Beschuldigten drohenden Strafe.

Daraus folgt, dass bei der materiellrechtlichen Prüfung nicht nur auf tatbestandliche Präzision zu achten ist, sondern auch die **Rechtsfolgen** berücksichtigt werden müssen. Sollte im vorliegenden Fall also statt Mittäterschaft Beihilfe angenommen werden, so ist die gesetzlich in § 27 Abs. 2 StGB angeordnete Milderung zu beachten.

Damit nicht genug. Auf die Straferwartung könnte es sich ferner auswirken, dass der jetzt gegen B erhobene Vorwurf eine Tat betrifft, die vor dem Vorfall in Singen und der deswegen erfolgten Verurteilung begangen wurde. Damit liegt eine zeitliche Konstellation vor, die Anlass für die **nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe** mit

<sup>2</sup> Wer mit dem Recht der Untersuchungshaft noch gar nicht vertraut ist, sollte sich zunächst anhand zusammenfassender Darstellungen einen Überblick verschaffen. Wir empfehlen: *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 113-121; *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 270-292.

<sup>3</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 210.

strafmildernder Auswirkung geben kann.<sup>4</sup>

Die dafür maßgebliche Regelung in § 55 StGB erfasst allerdings nur den Fall, dass die rechtskräftig verhängte Strafe noch nicht vollstreckt, verjährt oder erlassen ist. Eine Anwendung auf den vorliegenden Fall ist daher nicht möglich. Denn die gegen B verhängte lebenslange Freiheitsstrafe ist durch die teilweise Verbüßung und die nachfolgenden Gnadenentscheidungen des Bundespräsidenten erledigt.

Es leuchtet jedoch nicht recht ein, dass eine einmal vorhandene gesamtstrafenfähige Situation völlig unberücksichtigt bleiben soll. Dass es vorzeitig zu einer Erledigung der Strafe gekommen ist, kann auf Verfahrensabläufen beruhen, die in keinerlei Sachzusammenhang mit der Strafzumessung stehen. Daher wird in Fällen dieser Art die Unanwendbarkeit von § 55 StGB durch einen **Härteausgleich** kompensiert.<sup>5</sup> Die verwirkte Strafe wird mittels einer gewissermaßen fiktiven Gesamtstrafenbildung angemessen gemildert. Davon müsste auch B profitieren. Dementsprechend verringert sich die Straferwartung nochmals.

Wenden wir uns nunmehr dem **Haftgrund** zu. Aus den gesetzlichen Regelungen könnte abgeleitet werden, dass es auf die oben schon einmal angesprochene Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO in unserem Fall gar nicht ankommt, weil nach **§ 112 Abs. 3 StPO** Haftgründe gem. Abs. 2, also Flucht, Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr, nicht vorliegen müssen, wenn der Tatverdacht bestimmte schwere Delikte, darunter Tötungsdelikte, zum Gegenstand hat. Anerkannt ist, dass darunter auch die hier in Betracht kommende Beihilfe fällt.<sup>6</sup>

Der Schluss wäre jedoch voreilig. Darauf macht bereits das gesetzliche Erfordernis der **Verhältnismäßigkeit** in § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO aufmerksam. Zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit ist zunächst der mit der Maßnahme verfolgte Zweck festzustellen. Dieser besteht bei der Untersuchungshaft, sieht man einmal vom Haftgrund der Wiederholungsgefahr ab, in der Sicherung des Verfahrens.<sup>7</sup> Fehlt es aber an Anhaltspunkten dafür, dass der Beschuldigte durch Flucht oder Verdunkelung die Durchführbarkeit des Verfahrens und die Ermittlung der Wahrheit gefährden könnte, dann würde eine gleichwohl angeordnete Untersuchungshaft nichts zur Zweckverwirklichung beitragen. Sie wäre ungeeignet oder zumindest nicht erforderlich zur Erreichung des Haftzwecks.

Damit würden Grundelemente der auch verfassungsrechtlich geforderten Verhältnismäßigkeit missachtet.<sup>8</sup> Die Schwere des Tatvorwurfs würde daran nichts ändern. Das muss zu der Überlegung führen, ob die Vorschrift angesichts des Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip überhaupt anwendbar ist.

Im Übrigen hat die Vorschrift ein weiteres Manko. Sie ist historisch belastet, weil sie an eine Vorschrift aus der NS-Zeit anknüpft, die Untersuchungshaft bei Kapitalverbrechen als Reaktion auf die „Erregung der Bevölkerung“ ermöglichte.<sup>9</sup>

Das BVerfG hat auf diese Bedenken reagiert. Mittels **verfassungskonformer Auslegung** hat es in gewissem Umfang dem Zweck der Verfahrenssicherung auch im Zusammenhang mit § 112 Abs. 3 StPO Geltung verschafft.<sup>10</sup> Danach bedarf es auch hier einer drohenden Verfahrensbeeinträchtigung

<sup>4</sup> Vgl. allg. zur Gesamtstrafe *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2004, § 18 Rn. 45-47.

<sup>5</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 55 Rn. 3.

<sup>6</sup> Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 112 Rn. 36.

<sup>7</sup> Vgl. *Beulke* (Fn. 3), Rn. 208.

<sup>8</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 289 ff.

<sup>9</sup> *Volk*, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, § 10 Rn. 10; vgl. auch *Paeffgen*, in SK-StPO, § 112 Rn. 43 a.

<sup>10</sup> BVerfGE 19, 342, 350 f.

durch Flucht- oder Verdunkelungsgefahr.<sup>11</sup> Anders als bei § 112 Abs. 2 StPO sei jedoch kein Nachweis durch bestimmte Tatsachen erforderlich. Vielmehr genüge bereits eine nach den Umständen des Falles nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsgefahr.

Eine vielfach verwendete ergänzende Formulierung lautet, dass ausreichend, aber auch erforderlich eine „verhältnismäßig geringe oder entfernte“ Flucht- oder Verdunkelungsgefahr sei.<sup>12</sup>

Der Standpunkt des BVerfG wird in der Literatur methodisch und inhaltlich kritisiert. Dem Gericht wird vorgeworfen, nicht das Gesetz ausgelegt, sondern unter Überschreitung der eigenen Kompetenz den Gesetzgeber korrigiert zu haben.<sup>13</sup> Auch wird beanstandet, dass die hinzugefügte Einschränkung praktisch wirkungslos sei.<sup>14</sup> Wenn eine nicht ausschließbare Flucht- oder Verdunkelungsgefahr ausreiche, werde ein Haftgrund lediglich fingiert. Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei weiterhin gegeben.

Die Kritik läuft darauf hinaus, dass § 112 Abs. 3 StPO wegen Verfassungsverstoßes unanwendbar ist.<sup>15</sup> Das hätte zur Folge, dass die Anforderungen von § 112 Abs. 2 StPO uneingeschränkt zu beachten wären, wenn ein Haftbefehl wegen Flucht- oder Verdunkelungsgefahr erlassen werden soll. Der Haftgrund müsste positiv durch bestimmte Tatsachen nachgewiesen werden.

Auswirkungen auf den vorliegenden Fall hat dieser Meinungsstreit nur dann,

<sup>11</sup> Hier und für die weitere Erörterung lassen wir außer acht, dass im Zusammenhang mit den in § 112 Abs. 3 StPO genannten Kapitaldelikten auch der Haftgrund der Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO von Bedeutung sein kann.

<sup>12</sup> Meyer-Goßner (Fn. 6), § 112 Rn. 38.

<sup>13</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 30 Rn. 10.

<sup>14</sup> Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, Fall 5 Rn. 14.

<sup>15</sup> Paeffgen, in SK-StPO, § 112 Rn. 43 a.

wenn zwar nicht diese Anforderungen, wohl aber die geringeren des § 112 Abs. 3 StPO in der Lesart des BVerfG erfüllt sind. Umgekehrt formuliert: Lässt sich auf Grund der Fallumstände eine hier allein in Betracht kommende Fluchtgefahr ausschließen, dann kann ein Haftbefehl nicht auf § 112 Abs. 3 StGB und erst recht nicht auf § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO gestützt werden. Es wird insbesondere darauf ankommen, welches Gewicht in diesem Zusammenhang der eventuell reduzierten Straferwartung sowie dem Umstand beigemessen wird, dass B familiär eingebunden ist und nur über geringe finanzielle Mittel verfügt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat der Beschwerde stattgegeben, den Haftbefehl aufgehoben und die unverzügliche Haftentlassung der B angeordnet. Die Begründung der Entscheidung erfolgt in zwei Schritten. Erstens: B ist lediglich der Mordbeihilfe dringend verdächtig. Zweitens: Eine Fluchtgefahr lässt sich ausschließen, so dass nicht einmal diejenigen Anforderungen von § 112 Abs. 3 StPO erfüllt sind, die sich aus der verfassungskonformen Auslegung des BVerfG ergeben.

Die Stellungnahme zur Beteiligungsproblematik ist ein weiterer Beleg für einen **Wandel der Rechtsprechung**. Während sie früher die Grenzlinie zwischen Täterschaft und Teilnahme ausschließlich oder ganz überwiegend mit Hilfe subjektiver Kriterien gezogen hat, bedient sie sich heute einer Abgrenzungsleitlinie, die subjektive mit objektiven Kriterien verbindet.<sup>16</sup> Tateresse und Tatherrschaft werden gleichermaßen zur Klärung der Frage herangezogen, ob jemand als Täter oder Teilnehmer gehandelt hat.

Die vorliegende Entscheidung geht sogar noch einen Schritt weiter in der Annäherung an die in der Literatur herrschende Tatherrschaftslehre, indem

<sup>16</sup> Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, Rn. 515 f.

sie diesem Kriterium den Vorrang einräumt: „Zwar ist anzunehmen, dass das Interesse der Beschuldigten an der Tat sehr groß war. Jedoch kommt diesem Abgrenzungskriterium hier keine wesentliche Bedeutung zu, weil die Tatherrschaft nicht bei der Beschuldigten, sondern ausschließlich bei den unmittelbaren Tätern des Attentats lag.“<sup>17</sup>

Für die Einordnung der Tatbeteiligung der B als bloße Beihilfe leitet der Senat ein weiteres Argument aus dem gesetzlichen Regelungszusammenhang solcher Straftaten ab, die in Verbindung mit einer terroristischen Vereinigung begangen werden. Bei einer Bewertung auch entfernter Tatbeiträge als Mittäterschaft drohe eine Verwischung der rechtlich gewollten Unterschiede zwischen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung gem. § 129 a StGB und der Begehung einer konkreten Straftat.

In der Frage des Haftgrundes befasst sich der Senat ausschließlich mit § 112 Abs. 3 StPO. Die verfassungskonforme Auslegung des BVerfG bildet den Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Unberücksichtigt bleiben die in der Literatur dagegen erhobenen Einwände.

Aufmerksamkeit verdient, dass der BGH die Anforderungen des BVerfG leicht abwandelt. Während das Verfassungsgericht eine „nicht auszuschließende“ Fluchtgefahr genügen lässt,<sup>18</sup> ist nach Ansicht des BGH vom Erlass eines Haftbefehls abzusehen, wenn nach den Umständen des Einzelfalles „gewichtige Gründe“ gegen eine Fluchtgefahr sprechen<sup>19</sup>. Das könnte so zu verstehen sein, dass § 112 Abs. 3 StPO nicht erst dann als Grundlage eines Haftbefehls ausscheidet, wenn eine Fluchtgefahr definitiv ausgeschlossen werden kann.

Allerdings lässt die Entscheidung nicht mit aller Deutlichkeit erkennen, ob damit eine weitergehende Einschränkung der Vorschrift erreicht wer-

den soll. Denn in der Stellungnahme zum Fall hebt der BGH den Unterschied wieder auf: „Derartige gewichtige Gründe sind im vorliegenden Fall gegeben; sie schließen die hier allein in Betracht kommende Fluchtgefahr aus.“<sup>20</sup>

Als Gründe dieser Art führt der BGH zum einen die Verringerung der Straferwartung an, die sich aus der Herabstufung der Tatbeteiligung von der Mittäterschaft zur Beihilfe sowie aus dem Erfordernis eines Härteausgleichs dafür ergibt, dass eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nicht mehr möglich ist. Zum anderen sprechen aus der Sicht des Senats die persönlichen Lebensumstände, insbesondere die festen familiären Beziehungen und die Abhängigkeit von sozialen Leistungen, gegen eine Fluchtgefahr.

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Das Recht der Untersuchungshaft kommt in der juristischen Lehre zu kurz. Ein Beleg dafür ist, dass die gängigen Lehrbücher zum Strafprozessrecht diesem Gebiet weniger, teils deutlich weniger als 5 % ihres Gesamtumfangs widmen.

Das steht in einem scharfen Kontrast zu den praktischen Auswirkungen der Untersuchungshaft. Sie reißt Menschen aus ihren sozialen Bezügen, beschneidet ihre wirtschaftliche Existenz und nimmt ihnen die Möglichkeit, unmittelbar zur eigenen Verteidigung tätig zu werden. In einer Situation, in der rechtlich die Unschuldsvermutung gilt, erleben Inhaftierte den Vorgang vielfach als bürgerlichen Tod. Die Zahl der Betroffenen ist beträchtlich. Im Jahr 2008 befanden sich 12.600 Personen in Untersuchungshaft.<sup>21</sup>

Wer sich in die Materie auf eine Weise einarbeiten möchte, die ihrer praktischen Bedeutung gerecht wird, sollte zweistufig vorgehen. Der Lektüre des entsprechenden Abschnitts in einem strafprozessrechtlichen Lehrbuch

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 23. 12. 2009 – StB 51/09, juris, Rn. 38.

<sup>18</sup> BVerfGE 19, 342, 350.

<sup>19</sup> BGH (Fn. 16), Rn. 42.

<sup>20</sup> BGH (Fn. 16), Rn. 43.

<sup>21</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 13), § 30 Rn. 3.

sollte die Beschäftigung mit einem von Praktikern verfassten Handbuch folgen.<sup>22</sup>

Schriftliche oder mündliche Prüfungsaufgaben bestehen zumeist darin, dass, wie im vorliegenden Fall, die Rechtmäßigkeit eines Haftbefehls zu begutachten ist. Dabei sind formelle und materielle Anforderungen zu beachten.<sup>23</sup>

In **formeller Hinsicht** geht es im Wesentlichen um die Anordnungsbefugnis gem. § 125 StPO und die Formanfordernisse gem. § 114 StPO. Hinsichtlich der **materiellen Voraussetzungen** bietet sich folgender Prüfungsablauf an. Zunächst sollte das Vorliegen eines **dringenden Tatverdachts** gem. § 112 Abs. 1 StPO erörtert werden. Danach müsste nach einem **Haftgrund** gefragt werden (Flucht oder Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StPO, Verdunkelungsgefahr gem. § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO, Tatschwere gem. § 112 Abs. 3 StPO und Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO). Schließlich sollte noch eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der **Verhältnismäßigkeit** gem. §§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 StPO vorgenommen werden.

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Verhältnisses der Haftgründe in § 112 Abs. 2 und 3 StPO. Der Gesetzeswortlaut erweckt den Eindruck, dass Abs. 3 einen speziellen Haftgrund für die dort aufgeführten Kapitaldelikte enthält, so dass bei einem entsprechenden Tatverdacht die Gründe der Flucht- und Verdunkelungsgefahr in Abs. 2 verdrängt werden.

Die Rechtslage ist jedoch, wie gezeigt, komplizierter, weil nach der Auffassung des BVerfG auch im Falle der Tatschwere einer der anderen Haftgründe zumindest in abgeschwächter Form vorliegen muss. Daraus wird die Konsequenz gezogen, dass § 112 Abs. 3 StPO nicht als Sondervorschrift

zu behandeln ist, so dass in Fällen mit entsprechender Tatschwere der Haftbefehl auch auf einen der Haftgründe in § 112 Abs. 2 StPO gestützt werden kann.<sup>24</sup>

Daraus folgt, dass es eine Frage der Zweckmäßigkeit ist, ob vorrangig § 112 Abs. 3 StPO oder sonstige Haftgründe geprüft werden. Lassen sich andere Haftgründe ausschließen, so kann es, wie der BGH im vorliegenden Fall zeigt, ausreichen, § 112 Abs. 3 StPO zu erörtern und es dabei auch zu belassen. Für eine nachrangige Befassung mit § 112 Abs. 3 StPO sprechen die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Vorschrift und ihre Behandlung durch das BVerfG erhoben werden.

Wie es im vorliegenden Fall praktisch weitergehen wird, hängt von einer Frage ab, die wir bisher nicht angesprochen haben, weil sie für die Haftentscheidung noch keine wesentliche Bedeutung gehabt hat. Es gibt Anzeichen dafür, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz über geheim gehaltene Erkenntnisse zum Buback-Attentat verfügt. Die Geheimhaltung beruht möglicherweise darauf, dass B geschützt werden soll, weil sie mit dem Verfassungsschutz zusammengearbeitet hat. Sollte es zu einem Hauptverfahren gegen B kommen, dann ist das zuständige Gericht verpflichtet, die Herausgabe entsprechender Beweismittel zu erwirken und Rechtsbehelfe zu ergreifen, falls die Behörde die Vorenthaltung unzureichend begründet.<sup>25</sup>

## 5. Kritik

Die Entscheidung überzeugt in dem Teil, der sich mit der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe befasst. Dagegen tragen die allgemeinen Ausführungen zum Haftgrund der Tatschwere, wie unter 3. gezeigt, wenig zu einer Klärung der Rechtslage bei.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Katharina Wölk)

<sup>22</sup> Empfehlung: *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010.

<sup>23</sup> Vgl. das Prüfungsschema bei *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2006, § 9 Rn. 88.

<sup>24</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 6), § 112 Rn. 39.

<sup>25</sup> Vgl. BGH (Fn. 17), Rn. 40; *Meyer-Goßner* (Fn. 6), § 96 Rn. 9.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A war (als Angestellter) Leiter der Sportredaktion des Hessischen Rundfunks, einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Er entschied im Wesentlichen allein darüber, über welche Sportveranstaltungen in den Fernseh- und Hörfunkprogrammen berichtet wurde. Ferner war es seine Aufgabe, die im Hinblick auf die Berichterstattung jeweils anfallenden Mehrkosten bei Sportsondersendungen durch die Einwerbung von sog. „Drittmitteln“ zu decken. Insoweit war es ihm auch gestattet, mit Sportveranstaltern und Werbefirmen entsprechende Verträge abzuschließen, wenn über eine Veranstaltung in umfangreicherem Maße als üblich berichtet werden sollte.

A veranlasste seinen Bekannten B dazu, eine Sportmarketingagentur in der Rechtsform einer GmbH zu gründen (B-GmbH), welche im Hinblick auf die abzuschließenden (Sponsoring-)Verträge als Vermittler tätig werden sollte. Für die Gründung dieser GmbH stellte A dem B zudem das erforderliche Kapital zur Verfügung.

In der Folgezeit verwies A mehrere Sportveranstalter darauf, die Verträge nicht direkt mit ihm bzw. mit dem Hessischen Rundfunk, sondern über die als Vermittlerin tätig werdende B-GmbH abzuschließen. Dabei sollte diese auch die entsprechenden Gelder einziehen und, abzüglich einer Provision, an den

April 2010

## Rundfunkredakteur-Fall

*Amtsträgerbegriff / Bestechlichkeit / Untreue / Konkurrenzen*

§§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c, 266, 332 Abs. 1 StGB

**Leitsatz des Gerichts:** Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sind Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB

BGH, Urteil vom 27. November 2009 – 2 StR 104/09; veröffentlicht in NJW 2010, 784 m. Anm. *Stoffers*

Hessischen Rundfunk weiterleiten. In den späteren Jahren wurden allerdings die eingenommenen Gelder mehrfach gar nicht abgeführt oder es wurde eine Provision einbehalten, die den marktüblichen Wert bei weitem überstieg.

A erhielt später von der B-GmbH die Hälfte der insoweit erzielten „Mehreinnahmen“ (insgesamt etwa 300.000 €) als Gegenleistung dafür, dass er die entsprechenden Interessenten an die GmbH verwies, die gewünschten Sportsondersendungen veranlasste und dabei auch Einfluss auf deren inhaltliche Gestaltung nahm, die teilweise eine verbotene „Schleichwerbung“ zugunsten der Sponsoren enthielt.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Immer dann, wenn wir es im Rechtsverkehr mit „Korruption“ zu tun haben, kommen für die strafrechtliche Prüfung sowohl die Bestechungsdelikte als auch die Untreue, § 266 StGB, in Betracht.

a) Im Rahmen der Bestechungsdelikte muss man dabei unterscheiden zwischen der **Amtsträgerkorruption**, §§ 331 ff. StGB, und der **Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr**, § 299 StGB. Welche

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

der beiden zuletzt genannten Deliktgruppen einschlägig ist, richtet sich dabei danach, ob es sich bei demjenigen, der den unlauteren Vorteil entgegennimmt, um einen Amtsträger oder um einen Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes handelt, wobei für den Angeklagten Letzteres infolge des reduzierten Strafrahmens günstiger ist. Unter dem Stichwort der „Privatisierung der Verwaltung“ ist dabei der **Amtsträgerbegriff** in den letzten Jahren in Bewegung geraten. Er stand auch in der vorliegenden Entscheidung im Mittelpunkt.

Der Begriff ist in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB legal definiert.<sup>2</sup> Dabei werfen die in den Buchst. a und b aufgeführten Personenkreise kaum Probleme auf: Zuerst werden „Beamte oder Richter“ genannt, wobei hier allein auf die staatsrechtliche Anstellung abzustellen ist. Darüber hinaus werden diejenigen mit einbezogen, die in einem „sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis“ stehen, denen also, ohne dass sie formal zum Beamten oder Richter ernannt wurden, ein öffentliches Amt übertragen wurde (z.B. Notare und Minister).

b) Problematisch hingegen ist die Vorschrift des **§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB**, der auch Gegenstand der vorliegenden Entscheidung war: Hiernach ist auch derjenige Amtsträger, der „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“. Insofern sind drei Voraussetzungen zu prüfen: (1) die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung; (2) das Tätigwerden bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle und (3) der Beststellungsakt.

Bei der Feststellung, ob der Betreffende **Aufgaben der öffentlichen Verwaltung** wahrnimmt, sind zuerst die Tätigkeiten im Rahmen der Gesetz-

gebung und Rechtsprechung auszu-schließen. Darüber hinaus ist der Begriff weit auszulegen. Erfasst sind alle Tätigkeiten, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.<sup>3</sup> Dazu gehört neben der klassischen **Eingriffsverwaltung** (also den Aufgaben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt, z. B. der Polizei<sup>4</sup>) auch die **Leistungsverwaltung** (z. B. die Gewährung von Sozialhilfe). Als Teil der Leistungsverwaltung ist auch die staatliche **Daseinsvorsorge** erfasst.<sup>5</sup> Hierunter versteht man die Tätigkeit des Staates, die dazu bestimmt ist, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen.<sup>6</sup> Dies war im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Grundversorgung der Bevölkerung mit Informationen in Form der Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen zu prüfen. Umstritten – hier aber nicht relevant – ist es darüber hinaus, ob und inwieweit auch die **erwerbswirtschaftlich-fiskalische** Betätigung des Staates von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB erfasst ist.

Da es sich beim Hessischen Rundfunk um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt, welche nicht dem klassischen Behördenbegriff unterfällt, war zudem zu prüfen, ob hier eine „sonstige Stelle“ vorliegt. Hierunter ist jede behördenähnliche Instanz zu verstehen, die selbst zwar keine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne ist, die aber rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken.<sup>7</sup> Im Hinblick auf den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand geht der BGH inzwischen davon aus, dass es sich nur dann um eine „sonstige Stelle“ handelt, wenn sie bei

<sup>2</sup> Vgl. zum Amtsträgerbegriff auch den Busfahrer-Fall, famos 10/2008.

<sup>3</sup> BGHSt 38, 199, 201 m. w. N.

<sup>4</sup> Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 11 Rn. 9.

<sup>5</sup> BGHSt 38, 199, 201.

<sup>6</sup> BGHSt 12, 89, 90.

<sup>7</sup> BGHSt 49, 214, 219; BGHSt 54, 39, 41.

der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben derart der staatlichen Steuerung unterliegt, dass sie bei der Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint.<sup>8</sup> Dies war im vorliegenden Fall deswegen problematisch, weil der öffentlich-rechtliche Rundfunk sich gerade dadurch auszeichnet, dass er eben keiner staatlichen Kontrolle oder Einflussnahme unterliegt und insoweit „staatsfrei“ ist. Zudem weist er gerade keine privatrechtliche Organisationsform auf, sodass insofern zu überlegen war, ob und inwieweit die genannten Grundsätze überhaupt übertragen werden können.

c) Geht man davon aus, dass es sich bei A um einen Amtsträger gehandelt hat, so müssen die weiteren Voraussetzungen der §§ 331 ff. StGB geprüft werden. Dabei kommen für A die Tatbestände der **Vorteilsannahme**, § 331 StGB, und der **Bestechlichkeit**, § 332 StGB, für B die **Vorteilsgewährung**, § 333 StGB, und die **Bestechung**, § 334 StGB, in Betracht. Tathandlung ist dabei jeweils das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Gewähren eines Vorteils auf der Nehmerseite bzw. das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils auf der Geberseite. Im vorliegenden Fall könnte in der Absprache zwischen A und B, dass die gezahlten Beträge der Veranstalter nicht oder nicht in voller Höhe an den Hessischen Rundfunk weitergereicht und die insoweit erzielten „Gewinne“ hälftig an A abgeführt werden sollten, ein solches „Sich-Versprechen-Lassen“ bzw. „Versprechen“ gesehen werden. In der späteren Auszahlung liegt dagegen ein „Entgegennehmen“ bzw. „Gewähren“. Da A dieses Geld nicht zustand, er also auf die Zahlung des Geldes keinen Anspruch hatte, liegt hierin auch ein **Vorteil** im Sinne der §§ 331 ff. StGB.

Während die Vorteilsannahme und die Vorteilsgewährung allein daran an-

knüpfen, dass die Gewährung eines Vorteils „für die Dienstausbübung“ erfolgt, also nur ein loser Zusammenhang mit der **Dienstausbübung** festgestellt werden muss und insoweit ein konkreter Bezug zu einer bestimmten **Diensthandlung** nicht erforderlich ist, verlangen die (schwerer bestrafte) Bestechlichkeit, ebenso wie die Bestechung, dass der Vorteil **als Gegenleistung** für eine **bestimmte Diensthandlung** gewährt wird, die zudem noch rechtswidrig sein muss, was sich aus dem Zusatz „und dadurch seine Dienstpflichten verletzt“ ergibt. Insoweit war im vorliegenden Fall zu klären, ob und inwieweit das Versprechen oder die Gewährung der Vorteile an eine rechtswidrige Diensthandlung anknüpfen und inwieweit dem Ganzen eine **Unrechtsvereinbarung** zu Grunde liegt, die, obwohl nicht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal ausgestaltet, bei den Bestechungsdelikten stets vorliegen muss.

d) Schließlich muss noch geprüft werden, ob sich A wegen **Untreue**, § 266 StGB, strafbar gemacht hat. Erforderlich ist hierbei die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, durch die der Geschäftsherr (hier: der Hessische Rundfunk) einen Vermögensnachteil erleidet. Dieser könnte hier darin bestehen, dass dem Hessischen Rundfunk unter normalen Umständen für die Ausstrahlung der Berichte Zahlungen seitens der Sportveranstalter zugeflossen wären, die infolge eines pflichtwidrigen Tuns oder Unterlassens des A entweder gar nicht oder aber nur in geringerem Umfang geleistet wurden. Dabei ist A einerseits vorzuwerfen, dass er durch die Nichtgeltendmachung der Forderungen gegenüber der B-GmbH faktisch auf die Forderungen verzichtet hat. Andererseits ist darüber hinaus bereits fraglich, ob nicht allein in der „Zwischenschaltung“ einer Vermittlungsfirma, auch wenn diese nur die marktübliche Provision erhält, jedenfalls dann ein Vermögensschaden zu sehen ist, wenn der Hessische Rundfunk auch direkt mit dem Sportveranstalter einen

<sup>8</sup> BGHSt 43, 370, 377; BGHSt 45, 16, 19; BGHSt 49, 214, 219; BGHSt 50, 299, 303.

Vertrag hätte abschließen können. Hinzu kommen muss jedoch, um eine Strafbarkeit zu begründen, dass es sich bei der Geldzahlung auch um ein rechtmäßiges „Sponsoring“ gehandelt hätte. Denn wären die zu Grunde liegenden Verträge wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nichtig (§§ 134, 138 BGB), so wären die Forderungen, zumindest nach dem herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff<sup>9</sup>, nicht Bestandteil des Vermögens des Hessischen Rundfunks geworden, ein „Verzicht“ hierauf hätte also nicht zu einem Vermögensschaden geführt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH befasst sich zuerst ausführlich mit der Frage, ob A als **Amtsträger** anzusehen ist und bejaht diese am Ende überzeugend.

Der Hessische Rundfunk sei eine „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dies folge zwar nicht zwingend aus der Tatsache, dass es sich beim Hessischen Rundfunk um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handle, die Organisationsform habe für die rechtliche Qualifizierung jedoch eine „indizielle Bedeutung“.<sup>10</sup> Es handle sich dabei um eine behördenähnliche Institution, die bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken habe. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten würden dabei im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig. Ihre Aufgabe bestehe in der Sicherstellung der unerlässlichen **Grundversorgung der Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen**. Auch wenn eine Vielzahl von (insbesondere privaten) Anbietern existiere, müsse doch dafür gesorgt werden, dass eine uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche stattfinde. Dies könne nur durch die Existenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gewährleistet wer-

den (vgl. auch § 11 Abs. 1 S. 2 des Rundfunkstaatsvertrags [RStV]: „Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben in ihren Angeboten einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben.“). Nur hierdurch könnten die „derzeitigen Defizite des privaten Rundfunks an gegenständlicher Breite und thematischer Vielfalt“ ausgeglichen werden. Insoweit komme den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine Sonderrolle zu. Dies zeige sich auch darin, dass die Finanzierung durch eine Gebührenpflicht erfolge, die ohne Rücksicht auf die Nutzungsgewohnheiten der Empfänger allein an den Teilnehmerstatus anknüpfe. Diese Gebührenpflicht sei verfassungsrechtlich auch gerade (nur) deswegen zulässig, weil dadurch der Grundversorgungsauftrag gewährleistet werde.<sup>11</sup>

Schließlich stehe der Einordnung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als „sonstige Stellen“ i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB auch nicht entgegen, dass infolge der Staatsfreiheit des Rundfunks<sup>12</sup> die Anstalten nicht als „verlängerter Arm“ des Staates anzusehen seien. So garantiere die Staatsfreiheit nur die **inhaltliche Unabhängigkeit** der Anstalten, dies ändere jedoch nichts daran, dass sie die erforderliche ausgewogene Grundversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten hätten und insoweit eine öffentliche Aufgabe erfüllten.<sup>13</sup>

Zudem sei das Kriterium des „verlängerten Armes“ nur für diejenigen Bereiche entwickelt worden, in denen der Staat sich zur Erfüllung seiner Aufgaben einer privatrechtlichen Organisations-

<sup>9</sup> Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 33 ff.

<sup>10</sup> So schon BGHSt 54, 39, 41: Versorgungswerk der Rechtsanwälte.

<sup>11</sup> BVerfGE 73, 118, 158; BVerfGE 87, 181, 199 f.; BVerfGE 90, 60, 90 f.; BVerfGE 119, 181, 219.

<sup>12</sup> Vgl. bereits BVerfGE 12, 205, 259 ff.

<sup>13</sup> BVerfGE 12, 205, 243 ff.; BVerfGE 31, 314, 329; a. M. Bernsmann, Herzberg-FS 2009, S. 167, 171 ff.; Hellmann, wistra 2007, 281.

form bediene. Nur hier werde dieses Kriterium als aussagekräftiges Unterscheidungsmerkmal von staatlichem und privatem Handeln benötigt. Anders sei es hingegen, wenn der Staat eine Organisationsform des öffentlichen Rechts wähle. Hier sei es gerade das institutionelle Moment, das die Integrität und Funktionstüchtigkeit des Verwaltungsapparats und das öffentliche Vertrauen in die staatlichen Institutionen in den Blick geraten lasse. Insofern sei es in diesen Fällen nicht erforderlich, dass der konkrete Aufgabenträger (hier: die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt) einer Steuerung der Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden im engeren Sinn unterliege. Daher sei auch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt, obwohl sie auf Grund der besonderen Natur der ihr zur Erfüllung anvertrauten öffentlichen Aufgabe gerade von staatlicher Steuerung frei bleiben müsse und deshalb nicht der Staatsaufsicht unterliege, als „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB anzusehen.<sup>14</sup>

Als Redaktionsleiter und insoweit redaktionell Verantwortlicher sei A auch dazu „**bestellt**“ gewesen, beim Hessischen Rundfunk die betreffende Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, da er für die inhaltliche Auswahl und Gestaltung zuständig und daher gerade im **Kernbereich** des Grundversorgungsauftrags tätig war.

Die Vorteile seien A auch für eine **pflichtwidrige Diensthaltung** gewährt worden. Die konkrete Diensthaltung sei hier sowohl in der Entscheidung des A zu sehen, über ein bestimmtes Sportereignis in umfangreichem Maße als üblich zu berichten, als auch darin, dass er auf die inhaltliche Ausgestaltung der Sendungen zu Gunsten der Veranstalter Einfluss nahm. Dies sei pflichtwidrig gewesen, weil A dadurch gegen das Gebot der redaktionellen Unabhängigkeit verstoßen habe, welche in § 8 Abs. 2 bzw. § 10 Abs. 1 RStV sowie § 3 Abs. 1 Nr. 2 des

Gesetzes über den Hessischen Rundfunk normiert ist. Zudem habe er gegen die Pflicht verstoßen, die für die Berichterstattung jeweils anfallenden Mehrkosten durch die – möglichst weitgehende – Einwerbung von Drittmitteln zu decken. Damit knüpft der BGH also an zwei verschiedene Handlungen an.

Der BGH bestätigte schließlich auch die Verurteilung des A wegen **Untreue**, § 266 StGB. Die „Expektanzen“ auf die Sponsorengelder der Sportveranstalter zählten zum Vermögen des Hessischen Rundfunks. Den Zahlungen lagen wirksame Verträge zu Grunde, es habe sich um ein im Rahmen des § 8 Abs. 1 bis 3 RStV zulässiges Sponsoring gehandelt.

Interessant sind schließlich noch die Ausführungen des BGH zu den **Konkurrenzen** von Bestechlichkeit und Untreue. Er nimmt hier **Tatmehrheit**, § 53 StGB, an, da es sich bei der zwischen A und B im Zusammenhang mit der Gründung der B-GmbH getroffenen Absprache (dem Versprechen-Lassen bzw. dem Versprechen der Vorteile im Rahmen der hierbei geschlossenen Unrechtsvereinbarung) und der späteren Nichtgeltendmachung der Forderungen seitens des A um verschiedene Handlungen im Rechtssinne gehandelt habe. Dies folge daraus, dass die Angeklagten zum Zeitpunkt der Absprache noch keine konkreten Vereinbarungen über die Einzelheiten späterer Manipulationen getroffen hätten. Dies sei ihnen zu diesem Zeitpunkt auch gar nicht möglich gewesen, hätten sie doch damals noch nicht gewusst, welche Veranstalter sich später an A oder die B-GmbH wenden würden.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

An sich bringt die Entscheidung nicht sehr viel Neues. Die Tatsache, dass innerhalb weniger Jahre ein weiteres Urteil zum Amtsträgerbegriff die „Aufnahme“ in die amtliche Sammlung des BGH geschafft hat, belegt allerdings eindrucksvoll, dass in diesem Bereich noch viele Fragen offen sind. Dabei ist eine

<sup>14</sup> So schon BGHSt 47, 22 bzgl. der GEZ.

wirkliche Linie der Rechtsprechung nicht zwingend zu erkennen. Vielmehr hat sich in den letzten Jahren die Tendenz zu einer ausladenden Kasuistik verstärkt, bei der kaum einmal vorhersehbar ist, in welche Richtung die Reise geht. Die Tendenz des BGH, den Mitarbeitern privatrechtlich organisierter Unternehmen mit staatlicher Beteiligung die Amtsträgereigenschaft zunehmend abzusprechen und sich damit gegen die gesetzliche Entscheidung zu stellen, der Organisationsform keine Bedeutung zukommen zu lassen,<sup>15</sup> ist allerdings deutlich erkennbar. Die Bedeutung des vorliegenden Falles liegt nun darin, dass der BGH deutlich macht, dass diese restriktive Tendenz dann nicht gelte, wenn die betreffende Person im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform tätig wird.

## 5. Kritik

Einmal mehr bringt der BGH zum Ausdruck, dass er der Entscheidung des Gesetzgebers, der Organisationsform im Rahmen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB keine Bedeutung zuzumessen, die Gefolgschaft verweigert. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts habe jedenfalls „indizielle Bedeutung“ für das Vorliegen einer „sonstigen Stelle“. Die für privatrechtlich organisierte Unternehmen mit staatlicher Beteiligung geltende Voraussetzung, dass es sich bei der Institution um einen „verlängerten Arm des Staates“ handeln müsse, soll also dann nicht

<sup>15</sup> Durch das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ vom 13. 8. 1997 wurde in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB der Passus „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ aufgenommen. Damit reagierte der Gesetzgeber auf eine Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHSt 38, 199), die Amtsträgereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers eines von der öffentlichen Hand getragenen Unternehmens allein auf Grund der gewählten Organisationsform abzulehnen.

gelten, wenn der Staat eine öffentlich-rechtliche Organisationsform gewählt habe. Das Gesetz sagt freilich etwas anderes. Insofern ist das Urteil nur aus der Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zum Amtsträgerbegriff seit BGHSt 38, 199 im Jahre 1992 heraus zu erklären. Allerdings kommt das Gericht im vorliegenden Fall zum richtigen Ergebnis.

Beim Studium des Sachverhalts muss man sich allerdings auch fragen, warum die „Eigenart“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sich durch eine Gebührenpflicht zu finanzieren, es dennoch erforderlich macht, den Redakteuren die Verpflichtung aufzuerlegen, „durch Akquisition von Drittmitteln bei Sportveranstaltungen, Sponsoren oder Agenturen für eine Deckung der entstehenden Mehrkosten im Haushalt der Redaktion“ zu sorgen. Dies erinnert an die leidige Situation von Universitätsprofessoren, denen es als Amtsträgern einerseits untersagt ist, von Dritten Vorteile für die Dienstaufübung anzunehmen, denen aber andererseits die Dienstpflicht auferlegt wird, Drittmittel einzuwerben.<sup>16</sup> Seltsam mutet es hier zudem an, dass der BGH zwar einerseits ausführt, Geldleistungen von Veranstaltern zum Zwecke der Produktion von Berichten seien nicht per se unzulässig, sondern stellten ein nach § 8 RStV erlaubtes Sponsoring dar, andererseits aber das Gebot der redaktionellen Unabhängigkeit nach § 8 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 RStV betont. Hiergegen hätte A durch seine Einflussnahme verstoßen – und zwar sowohl hinsichtlich des „Ob“ der Durchführung einer bestimmten Sendung als auch hinsichtlich des „Wie“, da er Einfluss auf den Inhalt der von ihm verantworteten Sendungen zu Gunsten der Veranstalter genommen habe. Dieser Einfluss hätte aber bei einem zulässigen Sponsoring sicher kaum anders ausgesehen.

*(Prof. Dr. Bernd Heinrich)*

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Komplex insbesondere BGHSt 47, 295; BGHSt 48, 44.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A und B beschließen gemeinsam, Steinbrocken von einer Autobahnbrücke auf die darunter liegende Fahrbahn zu werfen, um einen Unfall zu provozieren. Daher begeben sie sich am späten Abend zu einer Brücke in der Nähe ihres Wohnortes und werfen drei 20 bis 30 kg schwere Brocken, die sie in ihrem Auto transportiert haben, auf den rechten und mittleren Fahrstreifen. Diese werden kurz darauf von C und D bei ca. 130 km/h überfahren, was dazu führt, dass das Auto von C so stark beschädigt ist, dass es unlenkbar wird. Das Auto des D füllt sich aufgrund der Kollision mit Rauch, so dass er nichts mehr sehen kann. Gleichwohl gelingt es beiden als sehr erfahrenen Fahrern, die Autos ohne weitere Kollision auf dem Standstreifen zum Stehen zu bringen. Sie bleiben trotz erheblicher Schäden an den Autos unverletzt.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bei dem vorliegenden Fall scheint es sich auf den ersten Blick um einen weiteren klassischen Autobahnbrücken-Steinwurf-Fall zu handeln, bei dem strafrechtlich gesehen Delikte wie Mord und Totschlag im Vordergrund stehen, aber auch der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr nicht außer Acht gelas-

## Mai 2010 Steinwurf-Fall

*Bedingter Vorsatz / Mord / Gemeingefährliches Mittel / Heimtücke / Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr*

§§ 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2, 212, 211, 315 Abs. 3 Nr. 1a, 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB

### Leitsatz der Verf.:

Es hängt vom konkreten Einzelfall ab, ob Steinwürfe von einer Autobahnbrücke bei Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes als Tötungen bzw. Tötungsversuche mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewerten sind.

BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – 4 StR 450/09; veröffentlicht in HRRS 2010 Nr. 270

sen werden darf. Auf den zweiten Blick hingegen macht diese Entscheidung deutlich, dass es so etwas wie einen klassischen Autobahnbrücken-Fall nicht gibt, sich hingegen jegliche schematische Betrachtungsweise verbietet.

Unproblematisch ist zunächst festzustellen, dass im Rahmen der Tötungsdelikte mangels eines Taterfolges eine **Versuchsprüfung** erfolgen muss, die Straßenverkehrsdelikte dagegen vollendet worden sind. Auch bereitet die Form der Täterschaft hier keine Probleme, da A und B gemeinsam aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes und somit **mittäterschaftlich** gemäß § 25 Abs. 2 StGB handelten. Probleme treten jedoch beim Einstieg in die konkrete Prüfung des Tötungsdeliktes auf, beginnend mit dem Tatentschluss.

Selten lässt sich nämlich in Fällen wie dem vorliegenden eindeutig feststellen, dass der oder die Täter den Tod der Opfer herbeiführen wollten. Daher kommt es zumeist darauf an, ob sich ein **bedingter Tötungsvorsatz** oder auch *dolus eventualis* feststellen lässt.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

Nach der klassischen Formel der Rechtsprechung bedarf es hierfür in Abgrenzung zur **bewussten Fahrlässigkeit**, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält (kognitives Element) und den Erfolgseintritt billigend in Kauf nimmt (voluntatives Element).<sup>2</sup> Der bewusst fahrlässig handelnde Täter hingegen hält den Erfolgseintritt zwar für möglich, ist mit dem Erfolgseintritt jedoch nicht einverstanden und vertraut (ernsthaft) auf den Nichteintritt der für möglich erkannten Folge.<sup>3</sup>

Demnach spricht für die Annahme des bedingten Vorsatzes, dass die Platzierung der Steine beträchtlicher Größe extrem gefährlich und die möglichen Unfallfolgen nur sehr schwer abschätzbar sind. Dass im vorliegenden Fall nicht viel passiert ist, ändert an dieser Bewertung nichts, denn wie auch das Gericht feststellte, ist es wohl „einem Heer von Schutzengeln zu verdanken, die über der Autobahn geschwebt sein müssen“<sup>4</sup>, dass es nicht zu Personenschäden kam. Allein aufgrund der objektiven Gefährlichkeit darf jedoch nicht auf einen bedingten Vorsatz geschlossen werden, es bedarf vielmehr einer Gesamtwürdigung der objektiven und subjektiven Tatumstände.<sup>5</sup> Dennoch spielt die Gefährlichkeit der Handlung über eine „**Je-desto-Beziehung**“ eine gewichtige Rolle. Denn je riskanter das – von ihm als solches auch erkannte – Verhalten des Täters, desto geringere Anforderungen sind letztlich an die Feststellung des voluntativen Elementes zu stellen.<sup>6</sup> Dies lässt sich anhand der Autobahnbrücken-Fälle gut verdeutlichen: Denn je größer und schwerer die verwendeten Steine, je höher die Geschwindigkeit der die Straße befahren-

den Autos und je dichter der Verkehr, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit erheblicher Personenschäden. Zudem spricht für den Vorsatz, dass sich der Täter dessen auch bewusst sein wird aufgrund der großen medialen Öffentlichkeit, die diese Fälle regelmäßig begleitet.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht, wenn man mit der Rechtsprechung davon ausgeht, dass gegenüber der Tötung eines Menschen durch positives Tun regelmäßig eine erhöhte Hemmschwelle besteht.<sup>7</sup> Nach der sog. **Hemmschwellentheorie** ist auch dann, wenn der Täter den Tötungserfolg als möglich vorausgesehen hat, die Möglichkeit zu prüfen, dass er ernsthaft darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten.<sup>8</sup> Anhaltspunkte dafür sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

Das Vorliegen des bedingten Vorsatzes ist mithin zu bejahen, drängt es sich doch jedem vernünftig denkenden Menschen auf, dass das Werfen von Steinen auf eine Autobahn tödlich sein kann. Auch sind keine Umstände der Tat ersichtlich, auf die ein ernsthaftes Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs gegründet sein könnte<sup>9</sup>. So stellte auch der BGH lediglich kurz fest, dass die Bejahung des bedingten Vorsatzes durch das Landgericht revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>10</sup>

Auch die Frage nach dem Mordmerkmal der **Heimtücke** wird relativ knapp behandelt. Nach gängiger Definition handelt derjenige heimtückisch, der die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst ausnutzt.<sup>11</sup> Die Insassen

<sup>2</sup> Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 15 Rn. 9a; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 15 Rn. 25.

<sup>3</sup> SSW/StGB-Momsen, 2009, §§ 15, 16 Rn. 57.

<sup>4</sup> BGH, HRRS 2010 Nr. 270, S. 4.

<sup>5</sup> BGH, NStZ-RR 2003, 8.

<sup>6</sup> BGH, NStZ 2009, 629, 630; Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 15 Rn. 9c.

<sup>7</sup> BGH, NStZ 1983, 407; Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 212 Rn. 13 ff.

<sup>8</sup> BGHSt 36, 1, 15 f.

<sup>9</sup> Denkbar wäre eine konkrete Strategie zur Vermeidung der Gefahr wie das Werfen der Steine lediglich auf den Seitenstreifen, um die Autobahnpolizei zu ärgern.

<sup>10</sup> LG Leipzig, Urteil vom 19.03.2009 - 1 Ks 303 Js 13597/07, BeckRS 2009 08639, S. 23 f.; BGH, HRRS 2010 Nr. 270, S. 2.

<sup>11</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 4 Rn. 23.

der sich der Brücke nähernden Pkws hatten keinen Anlass, mit einem Anschlag auf ihre Person zu rechnen und waren infolge dieser Arglosigkeit auch nicht in der Lage, dem Angriff zu entgehen. Dies wird schon dadurch deutlich, dass weder C noch D ein Ausweichen möglich war.

Lediglich das Definitionselement des **bewussten Ausnutzens** könnte fraglich sein. Anerkannt ist, dass heftige Gemütsbewegungen, die zu einem psychischen Ausnahmezustand führen, ein Ausnutzungsbewusstsein ausschließen können.<sup>12</sup> Dies ist insbesondere denkbar, wenn der Steinwurf eine Kurzschlussreaktion aufgrund eines psychischen Ausnahmezustandes darstellt. Vorliegend handelten A und B jedoch geplant, was sich auch dadurch verdeutlicht, dass sie die Steine in ihrem Auto zur Brücke transportierten und nicht vor Ort spontan ergriffen.

Insofern genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und der Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich dessen bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.<sup>13</sup> Dieses Bewusstsein kann bei einer derart offen zutage liegenden Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer mangels weiterer Umstände nicht zweifelhaft sein.<sup>14</sup>

Gewisse Schwierigkeiten wirft auch das Mordmerkmal der Verwendung eines **gemeingefährlichen Mittels** auf. Nach der üblichen juristischen Definition sind Mittel gemeingefährlich, deren Wirkung auf Leib und Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in

der Hand hat.<sup>15</sup> Entscheidend ist demnach die Eignung und Wirkung desselben in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters. Danach kann ein solches Mittel bei dem Herabwerfen oder Fallenlassen schwerer Gegenstände auf eine dicht befahrene Autobahn ohne Geschwindigkeitsbegrenzung durchaus vorliegen.<sup>16</sup>

Es hängt jedoch letztlich vom konkreten Einzelfall ab, ob Steinwürfe von einer Autobahnbrücke bei Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes als Tötung bzw. Tötungsversuch mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewerten sind. Trifft der Täter bei einem solchen Steinwurf ein bestimmtes Fahrzeug, so schließt ein solcher Angriff gegen die individualisierten Opfer eine Gemeingefährlichkeit nicht von vornherein aus. Eine tödliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen wird meistens jedoch nur dann bestehen, wenn dichter Verkehr herrscht und auf den durch den Steinwurf unmittelbar verursachten Unfall hin eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen – also regelmäßig die Insassen anderer Fahrzeuge – tödliche Verletzungen erleiden können.<sup>17</sup>

Nichts anderes kann in den Fällen gelten, in denen der Täter bei dem Steinwurf noch kein bestimmtes Fahrzeug im Auge hat, sondern sich die Tat auf ein beliebiges, sich möglicherweise noch außerhalb seines Sichtbereichs befindlichen Fahrzeugs und dessen Insassen bezieht. Auch hier fehlt es, bezogen auf die Kollision zwischen diesem Fahrzeug und dem auf der Fahrbahn liegenden Stein, regelmäßig daran, dass allein hierdurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet werden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Daher wird auch in solchen

<sup>12</sup> BGH NStZ 2006, 503, 504; SSW/StGB-Momsen, 2009, § 211 Rn. 51.

<sup>13</sup> BGH, NStZ-RR 1997, 294, 295.

<sup>14</sup> LG Leipzig, BeckRS 2009 08639, S. 26; BGHSt 39, 354, 369 f.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2006, 167, 168; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 211 Rn. 11.

<sup>16</sup> Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 211 Rn. 60.

<sup>17</sup> BGHSt 38, 353, 355.

Fällen eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln – von Ausnahmefällen abgesehen – nur dann in Betracht kommen, wenn Folgeunfälle mit tödlichen Verletzungen drohen.<sup>18</sup>

So ist hier die konkrete Gefährlichkeit aufgrund der ruhigen Verkehrslage und der nicht feststellbaren Gefährdung Dritter zu verneinen. Danach kommt es auf den im Rahmen der gemeingefährlichen Mittel bei atypischen Gegenständen bestehenden Streit hinsichtlich der Frage, ob auf die abstrakte oder konkrete Gefährlichkeit des Mittels abzustellen ist, nicht an.<sup>19</sup>

Schließlich ist noch auf die Straßenverkehrsdelikte einzugehen, die zu meist zwar keine größeren Schwierigkeiten bereiten, in den Autobahnbrücken-Fällen jedoch auf keinen Fall vergessen werden dürfen. Durch das Werfen der Steinbrocken auf die Fahrbahn ist ein **gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr** nach § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben, denn diese bereiten unproblematisch ein Hindernis. Zudem ist auch an die gern übersehene Qualifikation durch Verweisung auf § 315 Abs. 3 StGB zu denken. §§ 315b Abs. 3 i.V.m. 315 Abs. 3 Nr. 1 a) StGB sind zu bejahen, denn A und B handelten auch in der Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen.

Probleme können sich jedoch in dem Fall ergeben, in dem der Täter einen Pkw gezielt mit einem Stein bewirft. Es stellt sich dabei die Frage, ob wegen der Parallele zu § 315b I Nr. 1 StGB bei sämtlichen Alternativen des § 315b StGB der Tatbestand zu verneinen ist, wenn sich der Eingriff in der Gefährdung oder Beschädigung des Tatobjekts erschöpft, so dass es an einer tatbestandlich erforderlichen, „dadurch“ verursachten weiteren Gefährdung fehlt. Heute geht die Rechtsprechung davon aus, dass es für die Annahme einer vollendeten Tat genüge, dass die durch den Eingriff verursachte

verkehrsspezifische Gefahr zu einem bedeutenden Fremdschaden geführt habe.<sup>20</sup> Das Erfordernis einer zeitlichen Differenz zwischen Eingriff und konkreter Gefahr sei dem Wortlaut der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen. Der Tatbestand könne daher in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führe, sofern dieser Erfolg sich als Steigerung der abstrakten Gefahr darstelle.<sup>21</sup> Demnach sind gezielte Steinwürfe, das Baumelnlassen einer Eisenstange oder das Werfen von Steinbrocken im Rahmen des § 315b Abs. 1 StGB gleich zu behandeln.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung bringt keine großen Neuerungen, beinhaltet jedoch eine deutliche Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung.

Im Hinblick auf den **bedingten Tötungsvorsatz** verweist der BGH auf seine ständige Rechtsprechung und bestätigt den vom LG Leipzig aus dem Tathergang und den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten gezogenen Schluss, dass sie bei der Begehung der Tat den Tod der Fahrzeuginsassen zumindest billigend in Kauf genommen haben.

Auch bei der Bejahung des Mordmerkmals der **Heimtücke** hat er unter den gegebenen Tatumständen keine weiteren Bedenken.

Hingegen ist ihm das Mordmerkmal der **Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln**, dessen Ablehnung durch das erstinstanzliche Gericht zu einer auf Verurteilung zielenden Revision der Staatsanwaltschaft geführt hatte, eine längere Ausführung wert. Die Ablehnung dessen beanstandet er nach differenzierter Analyse letztlich nicht. Dabei verweist er darauf, dass bei einem Steinwurf eine tödliche Gefahr für eine

<sup>18</sup> BGH, HRRS 2010 Nr. 270, S. 5.

<sup>19</sup> Dazu FAMOS August 2006 „Falschfahrer-Fall“.

<sup>20</sup> BGHSt 48, 119, 121; SSW/StGB-*Ernemann*, 2009, § 315b Rn. 17.

<sup>21</sup> BGHSt 48, 119, 122.

Vielzahl von Menschen zumeist nur dann bestehen wird, wenn dichter Verkehr herrscht und in der Folge des durch den Steinwurf unmittelbar verursachten Unfalls eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen – also regelmäßig die Insassen anderer Fahrzeuge – tödliche Verletzungen erleiden können. Es fehlt bezogen auf die Kollision zwischen einem Fahrzeug und dem auf der Fahrbahn liegenden Stein regelmäßig daran, dass allein hierdurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet werden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Daher wird auch in solchen Fällen eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln – von Ausnahmefällen wie etwa einer Kollision eines voll besetzten Omnibusses mit dem Stein abgesehen – nur dann in Betracht kommen, wenn Folgeunfälle mit tödlichen Verletzungen drohen.

Entscheidend für das anhand der entwickelten Kriterien konsequente Ablehnen dieses Merkmals war vorliegend letztlich, dass zum Tatzeitpunkt am späten Abend lediglich ruhiger Verkehr herrschte und eine Gefährdung Dritter nicht festgestellt werden konnte. Vielmehr war es beiden Fahrern gelungen, ohne weitere Blessuren ihre Pkws auf dem Standstreifen zum Stehen zu bringen und abzusichern.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Immer wieder werden Gegenstände wie Steine und Holzklötze von Autobahnbrücken herab auf die Straße geworfen – oft mit verheerenden Folgen. Aufgrund des vielfältigen Materials, jedoch auch der im Einzelfall sehr unterschiedlichen Ausformungen des Tathergangs, die für die rechtliche Bewertung relevant sind, eignen sich Autobahnbrücken-Fälle sehr gut dafür, das saubere Arbeiten am konkreten Fall bzw. Sachverhalt abzuprüfen. Denn einen „klassischen“ Verlauf dieser Fälle gibt es nicht – es kann Todesopfer geben, Verletzte,

und manchmal bleiben auch alle Beteiligten unverletzt.

Im Folgenden soll nochmals auf die in diesen Fällen auf jeden Fall zu diskutierenden Problemkreise hingewiesen werden. Zu prüfen sind neben den Tötungsdelikten auch immer die **Verkehrsdelikte**, die zumeist jedoch bis auf die in § 315 Abs. 3 StGB etwas versteckte Verbrechensqualifikation, wenig Probleme bereiten.

Bei den Tötungsdelikten ist unabhängig davon, ob der Erfolg eingetreten ist oder nicht, zunächst der **Vorsatz** zu klären. Hier stellt sich oft die Frage nach dem bedingten Vorsatz. Das Bejahen im Falle von Steinwürfen auf Autobahnen ist vom konkreten Einzelfall abhängig, wird jedoch aufgrund der besonderen Gefährlichkeit und Unkontrollierbarkeit nach der „Je-desto-Formel“ der Rechtsprechung oftmals zu bejahen sein.

Sodann sind die **Mordmerkmale** näher zu betrachten, wobei regelmäßig Heimtücke und das Verwenden eines gemeingefährlichen Mittels in Betracht kommen werden. An dieser Stelle ist nun auch die volle Aufmerksamkeit des Rechtsanwenders gefordert. So sind Konstellationen denkbar, in denen beide, eines der beiden oder auch kein Mordmerkmal erfüllt ist. Im Rahmen der **Heimtücke** werden die Arg- und Wehrlosigkeit meist vorliegen, ein besonderes Augenmerk sollte jedoch auf das Ausnutzungsbewusstsein gerichtet werden, denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen dieses zu verneinen wäre. Hinsichtlich der Verwendung eines **gemeingefährlichen Mittels** sind sowohl die genauen Opferzahlen als auch konkret gefährdete Dritte zu betrachten. Ist tatsächlich eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben – wie in dem Beispiel mit dem vollbesetzten Bus – gefährdet, darf eine Auseinandersetzung mit der Mindermeinung, die

auf die „**abstrakte Vielgefährlichkeit**“ des Mittels abstellt, nicht fehlen.<sup>22</sup>

## 5. Kritik

Die Entscheidung des BGH bringt nichts bahnbrechend Neues mit sich. Sie stellt jedoch eine Konkretisierung der Rechtsprechung dar, durch die klare Maßstäbe für Tatvorsatz und Mordmerkmale gesetzt werden.

Gerade wegen der klaren Vorgaben für den Rechtsanwender hinsichtlich des Mordmerkmals der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels ist der Rechtsprechung ein Lob auszusprechen. Denn der Hinweis, dass es auf den konkreten Einzelfall ankommt, wird oft von den Gerichten nicht hinreichend befolgt, sondern mit einem Verweis und einer formelhaften Feststellung kurz abgehandelt. Insofern ist zu hoffen, dass diese Entscheidung zum Anlass genommen wird, sich stärker auf die konkreten Umstände des Falles zu konzentrieren. Hinsichtlich des Merkmales der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels bei Steinwürfen von Autobahnbrücken sollte dies jedenfalls zukünftig anhand der in dieser Entscheidung getroffenen Feststellungen unschwer möglich sein.

*(Anneke Petzsche)*

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu FAMOS August 2006 „Falschfahrer-Fall“, S. 5 f.; Rengier, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 4 Rn. 46.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

In der Stadt B gibt es eine in den 70-er Jahren des letzten Jahrhunderts erbaute Eissporthalle, die seitdem für verschiedene Sportveranstaltungen genutzt wird. Aufgrund ihres Alters sowie insbesondere der Fehler bei der damaligen Bauplanung und Bauausführung der Dachkonstruktion weist die Halle erhebliche Standsicherheitsmängel auf. Eine akute Einsturzgefahr besteht dabei jedoch nicht, sofern nicht weitere Belastungen, wie etwa ein starker Schneefall, hinzutreten. Auf den schlechten Zustand der Halle wird die Stadt B im Laufe der Jahre von verschiedenen, mit der Begutachtung der Halle beauftragten Architekten, darunter auch von dem Diplombauingenieur A, hingewiesen, ohne dass dabei konkrete Schäden aufgedeckt werden. Eine umfassende Untersuchung der Halle wird aus Kostengründen immer weiter hinausgeschoben.

Letztlich wird A von der zuständigen Behörde der Stadt B beauftragt, ein Gutachten über den voraussichtlichen Sanierungsaufwand der Eissporthalle zu erstellen. Der Auftrag erstreckt sich zwar nicht auf die umfassende Begutachtung der Standsicherheit, beinhaltet aber ausdrücklich eine „handnahe“ Untersuchung der Dachkonstruktion. Im Rahmen der Besichtigung vor Ort unterlässt es A jedoch, sich das gesamte

## June 2010 Halleneinsturz-Fall

*Fahrlässigkeit / Unterlassen / Quasi-Kausalität / Nebentäterschaft*

§§ 13 Abs. 1, 15, 222, 229 StGB

**Leitsatz der Verfasser:** Neben den Bauverantwortlichen obliegt auch einem Gutachter eine Garantenstellung gegenüber der Allgemeinheit, sodass er bei Pflichtverletzungen und nachgewiesener Kausalität für einen Bauwerkeinsturz zur Verantwortung gezogen werden kann.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2010 – 1 StR 272/09; veröffentlicht in NJW 2010, 1087 m. Anm. Kühl

Dach aus nächster Nähe anzusehen. Stattdessen schaut er sich nur den ersten Dachbalken genau an, den Rest betrachtet er nur mittels eines Fernglases. In seinem Gutachten bescheinigt er der Halle anschließend allerdings einen „allgemein als gut zu bezeichnenden Zustand“, auch in Bezug auf die Standsicherheit der Halle. Zudem führt er aus, dass die vorhandenen Mängel „weder auf Qualität noch auf Tragfähigkeit des Tragwerks Einfluss haben“.

Nach diesem Gutachten unternehmen die Verantwortlichen der Stadt B weiterhin nichts. Auch ignorieren sie das ein Jahr später erstellte Gutachten des Architekten L, welches allerdings wiederum nur allgemeine Gefahrenhinweise im Hinblick auf die Dachkonstruktion enthält. Nach ca. zwei Jahren gibt es im Winter einen ungewöhnlich starken Schneefall. Dabei stürzt das Dach der Halle unter der Schneelast ein. 15 Menschen kommen ums Leben, sechs weitere werden schwer verletzt.

Es kann allerdings nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob eine ordnungsgemäße Untersuchung und ein

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

entsprechendes Gutachten des A die Stadt B zur Sanierung der Halle oder zumindest zu einer Einschränkung ihres Betriebes veranlasst hätten.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die für die Strafbarkeit des A in Frage kommenden Delikte sind schnell gefunden. Es liegt sehr fern, dass A die verheerenden Folgen des Halleneinsturzes billigend in Kauf nahm. Vielmehr ist lebensnah davon auszugehen, dass A auf die Möglichkeit des problemlosen Fortgangs des Betriebes der Halle trotz der von ihm festgestellten Mängel vertraute. Somit scheiden Vorsatzdelikte aus und es verbleibt die Prüfung der fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, und der fahrlässigen Körperverletzung, § 229 StGB.

Die Prüfung der fahrlässigen Tötung bereitet allerdings bereits im Tatbestand große Schwierigkeiten und birgt mehrere „klassische“ Probleme der Strafrechtsdogmatik in sich: Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen, Herleitung der Garantenstellung bei unechten Unterlassensdelikten und Anforderungen an den Kausalitätsnachweis.

So stellt sich zunächst die Frage, an welches Verhalten die Strafbarkeit anknüpft und ob man dieses Verhalten als **Tun oder Unterlassen** ansieht. Denkbar ist es hier entweder auf das Unterlassen der „handnahen“ Untersuchung der Dachkonstruktion oder auf die anschließende Erklärung über die hinreichende Standsicherheit der Halle abzustellen. Stellt man dabei mit Teilen der Literatur auf das Kriterium des Energieeinsatzes<sup>2</sup> ab, so läge dieser in der Einreichung des Gutachtens und es wäre ein aktives Tun anzunehmen. Dagegen könnte man aber auch tatbestandlich sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen, die hier zeitlich auseinander fallen, annehmen, diese getrennt voneinander

<sup>2</sup> Kindhäuser, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2009, § 35 Rn. 4; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn. 78.

prüfen und die Abgrenzung erst auf der Konkurrenzebene vornehmen<sup>3</sup>. Die überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung<sup>4</sup> nimmt jedoch eine normative Betrachtung vor und stellt auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** des gesamten Täterverhaltens ab. Im Rahmen einer Einzelfallprüfung können dann alle Faktoren entsprechende Berücksichtigung finden, etwa ob die Gefahr für das Opfer schon vor dem Verhalten des Täters bestand, wie akut diese war und ob andere an deren Schaffung beteiligt waren. Im Regelfall führt diese Abgrenzung dazu, dass das aktive Tun das Unterlassen im Zweifel überwiegt, es sei denn, der Täter handelt beim Unterlassen mit einer stärkeren subjektiven Komponente.

In unserem Fall wird die Wertung durch eine lange Verantwortungskette zwischen A, der nur kurz ins Geschehen eingreift, und den Verantwortlichen der Stadt B, die kontinuierlich für die Standsicherheit der Halle und deren gefahrlosen Betrieb sorgen sollen und dabei auf fremden Sachverstand angewiesen sind, noch erschwert. Letztlich kann man sich fragen, ob es einen Unterschied gemacht hätte, wenn A überhaupt kein Gutachten eingereicht hätte. Sollte diese Frage bejaht werden, liegt die Annahme des Tuns näher.

Ergebnisrelevant wird diese Abgrenzung vor allem dann, wenn die Pflicht des Täters, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, also das Vorliegen einer **Garantenpflicht**<sup>5</sup>, zweifelhaft ist. Hat man sich für ein Unterlassen entschieden, so ist für die Strafbarkeit des A eine Garantenstellung unbedingt erforderlich, die anhand der in der Recht-

<sup>3</sup> Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 27.

<sup>4</sup> BGHSt 6, 46 (59); BGHSt 49, 147 (164); Stree in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vorbem §§ 13 ff. Rn. 158; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, Rn. 700.

<sup>5</sup> Auch als „Garantenstellung“ bezeichnet; vgl. zur Terminologie Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 13 Rn. 6.

sprechung und Literatur entwickelten Fallgruppen<sup>6</sup> überprüft werden kann. Da hier das Unterlassen einer ordnungsgemäßen Untersuchung dem Tun (Äußerungen im Gutachten) zeitlich vorangeht, kommt eine Garantenstellung aus vorangegangenem pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz) nicht in Betracht. Vielmehr ist an eine Garantenstellung **aus Vertrag**, nämlich aus dem Gutachterauftrag der Stadt B an A, zu denken. Obwohl A keinen Vertrag mit den Hallenbesuchern schloss, kann sein Auftrag als eine Art „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ angesehen werden. Problematisch ist aber, dass dieser Auftrag nur einen oberflächlichen Charakter hatte und nicht ausdrücklich die Beurteilung der Standsicherheit der Halle umfasste. Ob schon ein solcher Auftrag eine weitgehende Schutzpflicht gegenüber den Hallenbesuchern begründet, ist zumindest zweifelhaft. Allerdings könnten dem A als Gutachter aufgrund seines Sachverständnisses gegenüber den Beamten der Stadt B erhöhte Pflichten auferlegt werden. Etwas entkräftet wird dieser Punkt allerdings dadurch, dass auch andere Gutachter vor und sogar nach ihm mit ähnlichen Aufträgen im Hinblick auf die Halle tätig waren, sodass nicht nur das Gutachten des A allein die Entscheidungsgrundlage für den weiteren Betrieb der Halle bzw. dessen Nichtsanierung bildete.

Im Übrigen ist auch die Heranziehung der Fallgruppe der **faktischen Pflichtenübernahme** denkbar; denn durch seine – gemäß dem Auftrag nicht geschuldeten und – ungeprüfte Ausführungen zur Standsicherheit hat A tatsächlich einen Vertrauenstatbestand geschaffen und so die Verantwortung dafür übernommen. Dieser Gedanke ist aber – genau genommen – im Rahmen der Prüfung der unterlassenen Untersuchung der Dachkonstruktion inkonsequent, da das Gutachten mit den ungeprüften Ausführungen von A erst später

vorgelegt wurde. Die Garantenpflicht muss jedoch bereits im Zeitpunkt des strafrechtsrelevanten Verhaltens vorliegen<sup>7</sup>. Dieses Argument sollte daher besser bereits oben im Rahmen der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen verwendet werden.

Erweitert man den Blick auch auf die Verantwortlichen der Stadt B, so fällt auf, dass diese ebenfalls eine Garantenpflicht zur Gefahrenabwendung von den Hallenbesuchern wegen Unterhaltung einer Gefahrenquelle als Betreiberin derselben traf. Insbesondere hätten nur sie (und nicht A selbst) den Betrieb der Halle einstellen können. A wurde durch sie lediglich als Hilfsmittel zur Entscheidungsfindung eingesetzt. Insofern könnte man auf die Idee kommen, dass für A eher eine Strafbarkeit als Gehilfe in Betracht kommt. Eine **Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme** muss hier aber trotzdem nicht vorgenommen werden. Es geht sowohl bei A als auch bei den Verantwortlichen der Stadt B um Fahrlässigkeitsdelikte, bei denen das **Einheitstäterprinzip**<sup>8</sup> gilt. Sollte man also eine für den Tod und die Verletzungen der Opfer kausale Pflichtverletzung der Verantwortlichen der Stadt B und damit eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung annehmen<sup>9</sup>, dann wäre zwischen diesen und A eine Nebentäterschaft denkbar, sodass man lediglich im Rahmen der Strafzumessung die einzelnen Tatbeiträge würdigen könnte.

Nachdem man all diese Hürden genommen hat, muss aber noch die **Kausalität** des Verhaltens von A für den Tod der Hallenbesucher untersucht werden. Letztlich geht es um den Einwand

<sup>6</sup> Vgl. den Überblick bei *Wessels/Beulke*, (Fn. 4), Rn. 718 ff.

<sup>7</sup> Dies ergibt sich aus dem sog. „Simultaneitätprinzip“; vgl. dazu im Hinblick auf den Vorsatz *B. Heinrich*, Strafrecht AT I, 2. Aufl. 2010, Rn. 288.

<sup>8</sup> Vgl. nur *B. Heinrich*, Strafrecht AT II, 2. Aufl. 2010, Rn. 1177; *Roxin* (Fn. 2), § 25 Rn. 8.

<sup>9</sup> Diese wurden bisher noch nicht strafrechtlich verfolgt, vgl. den Hinweis darauf bei *Krüger*, RÜ 2010, 231 (243).

des A, die Verantwortlichen der Stadt B hätten sein Gutachten auch bei ordnungsgemäß vorgenommener Untersuchung missachtet und es wäre genauso zum Einsturz der Halle gekommen. Wie mit solchen Einwänden umzugehen ist, ist sehr umstritten.<sup>10</sup> Vor allem in der tatrichterlichen Praxis erfordert es schwer zu treffende Feststellungen, müssen hier doch hypothetische Überlegungen nach dem Motto „Was wäre wenn?“ anhand verschiedener Indizien angestellt werden, die dann oft den Schwerpunkt des Urteils bilden. Um diesem Problem zu begegnen, wurde in der Literatur die sog. **Risikoerhöhungstheorie**<sup>11</sup> entwickelt, wonach bereits der Nachweis ausreichen soll, dass das Verhalten des Täters das Risiko des Erfolgseintrittes erhöht hat. In der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur wird diese Theorie aber abgelehnt und die Feststellung gefordert, dass der Tatbestandserfolg ohne Sorgfaltspflichtverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (sog. **Vermeidbarkeitstheorie**)<sup>12</sup>. Es reiche hierbei aber auch aus, wenn es nahe liegt, dass der Erfolg in einer schwächeren bzw. abgemilderten Form eingetreten wäre, etwa nur in Form einer Gesundheitsschädigung anstelle des Todes der Opfer.<sup>13</sup> Deswegen sollten alle verfügbaren Indizien sorgfältig aus dem Sachverhalt „herausgefischt“ werden, um eine verlässliche Hypothese anstellen zu können – ob es also zum Halleneinsturz gekommen wäre, hätte sich A das Dach

genau angeschaut bzw. nicht die ungeprüften weitergehenden Ausführungen zur Standsicherheit gemacht.

Zusammenfassend ist also festzuhalten: die erste Weichenstellung sollte bereits bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen erfolgen. Gegebenenfalls ist dann eine Herleitung der Garantenstellung nötig, woraufhin eine sorgfältige Hypothese zur Kausalität anzustellen ist, in die auch Überlegungen zur Verantwortungsabgrenzung zwischen A und den Verantwortlichen der Stadt B mit einfließen müssen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Eine eindeutige Stellungnahme zu der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen gibt der BGH in seiner Entscheidung nicht ab. Er lässt aber erkennen, dass er zu der Annahme des positiven Tuns durch die Äußerungen des A in dessen Gutachten tendiert.<sup>14</sup> Die Auffassung der Tatsacheninstanz<sup>15</sup>, dass die Strafbarkeit an das Unterlassen der Untersuchung anzuknüpfen hat, versucht der BGH mit Hilfe zahlreicher Indizien zu erschüttern. Gleichzeitig wird deutlich, dass an dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit als entscheidendem Abgrenzungskriterium festgehalten wird.

Gleichwohl widmet der BGH auch einige Ausführungen der **Garantenstellung** des A als Gutachter, die ihn zu einer Aufklärung der Verantwortlichen der Stadt B über die Mängel verpflichten würde. Er führt zunächst allgemein aus, dass allein aus dem Bestehen eines Vertrages noch keine Garantenpflicht der jeweiligen Vertragsparteien abgeleitet werden könne. Vielmehr müssen besondere Umstände, wie z.B. ein spezielles Vertrauensverhältnis, eine laufende Geschäftsverbindung, überlegenes Fachwissen oder generell eine Situation vorliegen, in welcher der eine Vertragspartner darauf angewiesen ist,

<sup>10</sup> Oft werden sie im Rahmen der objektiven Zurechnung unter dem Stichwort des „Pflichtwidrigkeitszusammenhanges“ bzw. „pflichtgemäßen Alternativverhaltens“ geprüft, vgl. etwa *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 197.

<sup>11</sup> Vertreten z.B. von *Kahlo*, GA 1987, 75; *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 15 Rn. 44.

<sup>12</sup> BGHSt 21, 59 (61); BGHSt 49, 1 (4); *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 3), Rn. 86; *Cramer/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 15 Rn. 174 ff.

<sup>13</sup> So bereits im „Ziegenhaar-Fall“, RGSt 67, 211.

<sup>14</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1092).

<sup>15</sup> LG Traunstein v. 18.11.2008 - 2 KLs 200 Js 865/06.

dass ihm der andere die für seine Entscheidung maßgebenden Umstände offenbart.<sup>16</sup>

Übertragen auf den vorliegenden Fall kommt der BGH hiernach zu dem Ergebnis, dass A eine Garantenstellung innehat, die aus der Übernahme des Auftrages der Stadt B, im Rahmen eines Gutachterauftrags Bauwerksmängel festzustellen, folgt. Er wäre verpflichtet gewesen, jene Untersuchung ordnungsgemäß durchzuführen und der Stadt B die tatsächlich bestehenden Mängel mitzuteilen. Die Garantenstellung des A begründet darüber hinaus sogar eine **Schutzfunktion gegenüber der Allgemeinheit**, sodass A zudem dazu verpflichtet war, die von diesen Mängeln ausgehenden Gefahren für die Allgemeinheit durch ein anprangerndes Gutachten zu beseitigen.

Ferner zieht der BGH das Vorliegen einer **Nebentäterschaft** zwischen den Unterlassungen der Verantwortlichen der Stadt B und des A in Betracht, sollte sich deren Verhalten als pflichtwidrig herausstellen.<sup>17</sup> Die Fallgruppe der Nebentäterschaft werde zwar von einigen als überflüssig angesehen, da der Fahrlässigkeitsvorwurf jedem Täter gesondert gemacht werden müsse. Wenn sich jedoch in der Pflichtwidrigkeit des einen auch die Pflichtwidrigkeit des anderen verwirklicht, könne Nebentäterschaft gegeben sein.<sup>18</sup> Mit diesen Ausführungen zur Nebentäterschaft wollte der BGH aber wohl keine neue Fallgruppe im Hinblick auf die Zurechnung von Tatbeiträgen begründen, sondern lediglich betonen, dass im Rahmen von Fahrlässigkeitsvorwürfen, mehrere Verhaltensweisen für ein und denselben Erfolg ursächlich sein und auch bestraft werden können, ohne dass es einer Zu-

rechnung der jeweiligen Handlungen bedarf. Denn die einzelnen pflichtwidrigen Verhaltensweisen müssen für jeden „Täter“ gesondert, d.h. unabhängig von dem des anderen festgestellt werden.

Bezüglich der Anforderungen an die Kausalität bei einem Unterlassungsdelikt verweist der BGH lediglich auf seine ständige Rechtsprechung<sup>19</sup> und behält damit die sog. **Vermeidbarkeitstheorie** („Quasi-Kausalität“) bei. Gleichzeitig erteilt er den Vertretern der **Risikoerhöhungstheorie** eine Absage, indem er betont, dass es für die Bejahung der Kausalität eines unterlassenen Handelns für den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht ausreicht, dass dieses Unterlassen das Risiko des Erfolgseintritts lediglich erhöhe.<sup>20</sup>

Im Ergebnis vermochte der BGH aber nicht zu entscheiden, ob diesen Anforderungen an die „Quasi-Kausalität“ im vorliegenden Fall Genüge getan wurde. Vielmehr wies er darauf hin, dass es erforderlich sein würde festzustellen, ob die Verantwortlichen der Stadt B nach einem – der Pflicht des A aus seinem Auftrag genügenden – Hinweis des A auf die entsprechenden Bauwerksmängel, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Maßnahmen getroffen hätte, die den Tod und die Verletzung von Menschen verhindert hätte.<sup>21</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung reiht sich in die Rechtsprechung der vergangenen Jahre über das fahrlässige Zusammenwirken Mehrerer ein.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1090).

<sup>17</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1092); vgl. hierzu auch BGHSt 4, 20 (21); ferner Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 15 Rn. 16c.

<sup>18</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1092).

<sup>19</sup> BGHSt 6, 1 (2); BGHSt 37, 106 (126); BGHSt 43, 381 (397); BGHSt 48 (77, 93).

<sup>20</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1091).

<sup>21</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1091).

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 47, 224 – Wuppertaler Schwebebahn; BGHSt 53, 38 – Schuleinsturz.

Für die Praxis ist diese Entscheidung von immenser Bedeutung, da sie eine Ausweitung der strafrechtlichen Haftung von Gutachtern in Aussicht stellt und zugleich die Anforderungen an die Genauigkeit der Feststellungen in den Tatsacheninstanzen erhöht.

Die Studierenden sollten sich aber von diesen oder ähnlichen Fallkonstellationen nicht „verrückt machen“ lassen. Solch komplizierte Zusammenhänge in einem vom Platz her relativ beschränkten Sachverhalt unterzubringen – insbesondere die genaue Beschreibung der verschiedenen Verantwortungsbereiche und etwaiger Pflichtverletzungen – stellt den Klausursteller meist vor eine kaum zu bewältigende Aufgabe.

## 5. Kritik

Die Entscheidung des BGH löst in einigen Punkten Verwirrung beim Leser aus. Zunächst einmal spricht der BGH davon, dass sich eine Garantenstellung des A „gegenüber der Allgemeinheit“ aus einer „von der Stadt übernommene[n] – abgeleiteten[n] – Garantenstellung“<sup>23</sup> ergibt. Bei dieser Feststellung bleibt Mehreres unklar.

Zunächst betrifft dies die – durchaus unübliche – Formulierung „gegenüber der Allgemeinheit“. Hiermit sollte keine neue Fallgruppe einer Garantenpflicht eingeführt werden, sondern vielmehr lediglich auf die Unterscheidung zwischen den sog. Schutz- und Überwachungspflichten hingewiesen werden. Denn eine Schutzpflicht besteht regelmäßig nur gegenüber einer bestimmten Person, eine Überwachungspflicht dagegen grundsätzlich gegenüber jedermann, sodass dem A – und damit auch der Stadt B – nach dem BGH eine Überwachungs- und keine Schutzpflicht zukommt.

Auch führt der BGH leider nicht aus, woraus die seiner Argumentation zu Grunde gelegte, aber nicht begründete Garantenstellung der Stadt B folgen

soll. In Frage kommt hier eine Garantenpflicht aus Vertrag (Benutzungsvertrag zwischen den Eishallenbesuchern und der Stadt als Betreiberin) oder aus der Schaffung und Unterhaltung einer Gefahrenquelle (der nicht standsicheren Eishalle). Für eine Garantenstellung aus Vertrag spricht, dass die Nutzer der Eishalle ein Entgelt für die Benutzung derselben zahlen. Dagegen spricht aber, dass sich die Garantenpflicht auch auf solche Menschen beziehen muss, die z.B. gerade dabei sind, die Eishalle zu betreten, aber noch kein Benutzungsentgelt bezahlt haben. Denn zwischen ihnen und der Stadt B als Betreiberin besteht (noch) kein Vertrag. Dieses spricht eher für die Annahme einer Garantenstellung in Form einer Verkehrssicherungspflicht, da nur hierdurch auch die nicht das Benutzungsentgelt zahlenden Menschen erreicht werden können. Es wäre aber wünschenswert gewesen, hätte der BGH dies konkretisiert und nicht ohne nähere Erläuterung vorausgesetzt.

Letztlich bleibt bei der Begründung einer Garantenstellung des A durch den BGH unklar, ob überhaupt eine „Übernahme“ der Garantenstellung der Verantwortlichen der Stadt B durch A möglich ist und wenn ja, ob erstere ihre Garantenstellung dadurch verlieren.

Die Weiterführung der Rechtsprechung zum Nachweis der Kausalität ist demgegenüber zu begrüßen, da eine konsequente Rechtsprechung Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schafft. Hierdurch wird zwar der Nachweis der Kausalität kaum leichter, die Entscheidung richtet aber zugleich einen Appell an die Tatsacheninstanzen, die Anforderungen an die Kausalität nicht zu überspannen und alle vorhandenen Indizien genauestens zu würdigen. Diese Genauigkeit ist sicherlich auch im Sinne der Opfer des tragischen Halleneinsturzes.

*(Dimitri Kessler / Mila Klewin)*

<sup>23</sup> BGH v. 12.01.2010 - 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 (1090).

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Das Landgericht verurteilte A zu einer Freiheitsstrafe, weil er aus Hass gegenüber seiner Ehefrau E mehreren Personen Geld angeboten hatte, damit diese die E töten (§§ 30 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 211 StGB).

In der Haft lernte A den Mithäftling B kennen, welcher A gegen Entgelt anbot, die E durch „seine Leute“ bei einem fingierten Autounfall töten zu lassen. A stimmte zu.

B meldete dies sodann den Beamten der JVA und erklärte sich zu einer Zusammenarbeit mit der Polizei bereit. Mit einem Aufzeichnungsgerät ausgestattet bemühte sich B bei einem gemeinsamen Hofgang mit A um eine ausdrückliche Bestätigung des Tötungsauftrags. A reagierte misstrauisch und antwortete nur, es bleibe dabei, wie sie es besprochen hätten.

Nachdem auch weitere Ermittlungsmaßnahmen fehlgeschlagen waren, besuchte der nicht offen ermittelnde Polizeibeamte P den A in der JVA. P stellte sich diesem als „Micha“ vor und erklärte, B habe ihn geschickt. Es gebe Probleme mit der Identifizierung der E. Zur Identifizierung legte P dem A zwei Fotos vor, eines mit E und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters. A ging hierauf nicht ein. Auf die Erklärung des P, dass notfalls auch beide Frauen „weggemacht“ werden könnten, rea-

## Juli 2010 Mordauftrag-Fall

*Beweisverwertungsverbot / verdecktes Verhör / Verdeckter Ermittler / nicht offen ermittelnder Polizeibeamter / Zwang / Recht auf ein faires Verfahren / Selbstbelastungsfreiheit*

§ 240 StGB; §§ 110a, 136, 136a, 161, 163 StPO; Art. 20 Abs. 3 i.V.m Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

### Leitsatz des Verf.:

Zum Verwertungsverbot im Hinblick auf ein verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangswirkung.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2010 – 5 StR 51/10; abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

gierte A aufgebracht und sagte, dass das Ganze „abgebrochen“ würde, wenn Unschuldige „reingezogen“ würden. Auf die Frage des P, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau „wegmachen“ sollten, nickte A schließlich.

In der Hauptverhandlung gegen A vernahm das Landgericht den P gegen den Widerspruch der Verteidigung als Zeuge über den Inhalt des verdeckten Verhörs. Es verurteilte A wegen Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes. Dabei stützte das Landgericht sein Urteil auch auf die Angaben des Zeugen P. Hiergegen richtet sich die von A eingelegte Revision.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Unverwertbarkeit der Zeugenaussage des P lässt sich schwerlich damit begründen, dass sich P dem A wahrheitswidrig als Besucher ausgab. Zwar stellt die Täuschung durch einen Polizeibeamten eine **verbotene Verneh-**

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wird hier vereinfacht wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlich hervortreten.

**mungsmethode** im Sinne von §§ 136a Abs. 1 Satz 1, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO dar mit einem zwingendem Beweisverwertungsverbot als Folge. Doch unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem Gespräch des P mit A um eine „Vernehmung“ im Sinne dieser Vorschriften handelt, liegt schon keine Täuschung vor. Im Interesse einer wirksamen Strafrechtspflege wird der Täuschungsbegriff überwiegend restriktiv ausgelegt und vom Begriff der „kriminalistischen List“ abgegrenzt, welche nicht in den Anwendungsbereich des § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO fallen soll. Das Täuschungsverbot in § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO betrifft damit ausschließlich falsche Angaben über Rechtsfragen und bewusstes Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen.<sup>2</sup> Die Angabe, Besucher zu sein, bewegt sich demgegenüber noch im Rahmen der kriminalistischen List, mit dem kein relevanter Eingriff in die Rechte des A einhergeht.<sup>3</sup>

Ebenso wenig hilft hier § 100c Abs. 5 Satz 3 StPO weiter, wonach Erkenntnisse über **Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung** nicht verwertet werden dürfen. Diese Vorschrift ist auf den hier besprochenen Fall nicht anwendbar. Ihre Anwendbarkeit hängt nämlich davon ab, ob es sich bei den Räumlichkeiten einer Haftanstalt um eine Wohnung handelt, was sich nach dem Schutzbereich von Art. 13 GG beurteilt. In dem Besuch des P liegt aber kein Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung des A. Hafträume sind nach überwiegender Auffassung keine Wohnung im Sinne von Art. 13 GG.<sup>4</sup>

Ein Rechtsverstoß und ein darauf folgendes Verwertungsverbot ergeben sich auch nicht aus dem Umstand, dass eine **Belehrung** des A als Beschuldigter gemäß §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs.

4 Satz 2 StPO **unterblieb**. Eine Vernehmung im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm eine Auskunft verlangt.<sup>5</sup> Nur offenes amtliches Auskunftsverlangen unter den Vernehmungsbegriff zu fassen, lässt sich mit dem Zweck der Belehrungsvorschrift des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO begründen: Der Beschuldigte soll vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht angesichts der Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen bewahrt werden.

Aus diesem Grund kommt auch eine **entsprechende Anwendung** oder die Annahme einer **Umgehung der Vorschrift** nicht in Betracht, wenn der Auskunftsverlangende – wie hier – dem Beschuldigten nicht offen in amtlicher Funktion gegenübertritt.

Zweifelhaft ist indes, ob es für den hier von den Ermittlungsbehörden gewählten Weg der Auskunftsgewinnung überhaupt eine **Rechtsgrundlage** gibt. Greifen der Staat mit seinen Maßnahmen in Grundrechte des Einzelnen ein, bedarf er hierzu einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die der Schrankensystematik des jeweils betroffenen Grundrechts angepasst ist.<sup>6</sup> Für die Ermittlungsbehörden kann nichts anderes gelten.

Die Vorschriften betreffend den Einsatz **Verdeckter Ermittler** in §§ 110a ff. StPO greifen vorliegend nicht, da P kein Verdeckter Ermittler war. Verdeckte Ermittler sind nur Beamte des Polizeidienstes, die unter einer Legende über einzelne Ermittlungshandlungen hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Handlungen ermitteln; es muss also eine Vielzahl von Personen über die wahre Identität des verdeckt operierenden Polizeibeamten getäuscht werden und wegen Art und Umgang des Auftrags im Vorfeld abzusehen

<sup>2</sup> Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 136a Rn. 14 f.

<sup>3</sup> Vgl. BGHSt 53, 294 (308).

<sup>4</sup> Vgl. zur Frage der Eigenschaft von Hafträumen als Wohnung den Besuchsraum-Fall, famos 09/2009.

<sup>5</sup> BGHSt 42, 139 (145 ff.).

<sup>6</sup> Vgl. für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beispielhaft BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

sein, dass die Identität des Beamten in künftigen Strafverfahren auf Dauer geheim gehalten werden muss.<sup>7</sup> Der „**nicht offen ermittelnde Polizeibeamte**“ (noeP) – wie hier der P – unterfällt demgegenüber nicht § 110a StPO, da er nicht unter einer Legende ermittelt, sondern nur gelegentlich verdeckt auftritt und seine Funktion nicht offenlegt.<sup>8</sup>

Dies wirft die Frage auf, ob die polizeiliche **Ermittlungsgeneralklausel** in §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 Satz 2 StPO eine geeignete Rechtsgrundlage für die hier zu beurteilende Auskunftsgewinnung darstellt. Diese Frage ist bislang höchststrichterlich nicht geklärt worden. Die Literatur lehnt eine Heranziehung der Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage ab, wenn die Polizei bei ihren Ermittlungen Zwang einsetzt. Zwang könne die Polizei nur dann einsetzen, wenn ihr das Gesetz eine ausdrückliche Spezialermächtigung hierzu erteilt, wie dies etwa bei der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO der Fall ist.<sup>9</sup> Begründen lässt sich dies zum einen damit, dass strafprozessuale Zwangsmaßnahmen Grundrechtseingriffe darstellen, deren Rechtsgrundlage sich an der besonderen Schrankensystematik des jeweils betroffenen Grundrechts orientieren muss;<sup>10</sup> zudem wären die speziellen gesetzlichen Regelungen für Zwangsmaßnahmen (wie die Beschlagnahme, die Wohnungsdurchsuchung oder die vorläufige Festnahme) letztlich überflüssig, wenn sich ihre Voraussetzungen im Einzelfall auch dadurch umgehen ließen, dass die Polizei jedenfalls auf die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel zurückgreifen könnte. Im Übrigen wollte der histori-

sche Gesetzgeber bei der Fassung der polizeilichen Ermittlungsgeneralklausel Zwangsmaßnahmen aus ihrem Anwendungsbereich ausnehmen.<sup>11</sup>

Damit ist zum einen klärungsbedürftig, ob das Verhalten des P im Gespräch mit A als Zwang zu qualifizieren ist und ob – bejahendenfalls – gleichwohl auf die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden kann.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Verfahrensrüge des A hat Erfolg. Im Ergebnis erklärt der BGH die Angaben des P für unverwertbar.

Der BGH erachtet in seiner Entscheidung ein verdecktes Verhör mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung eines noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen, als Ermittlungshandlung von nicht unerheblicher Eingriffsintensität. Auch wenn er deshalb Zweifel anmeldet, ob die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage für das verdeckte Verhör genügt und hieraus ein Beweisverwertungsverbot folgt, lässt der BGH diese Fragen überraschenderweise letztlich offen. Es komme hierauf nämlich nicht an, da selbst einem Verdeckten Ermittler das Vorgehen des P nicht gestattet gewesen sei. Erst recht sei das Vorgehen daher einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten verwehrt.

Denn das Vorgehen verstoße jedenfalls gegen das Recht des A auf ein **faires Verfahren** aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK. Hierzu ist auch der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit zu zählen, wonach niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dieser Grundsatz sei durch Zwanganwendung verletzt, die selbst einem Verdeckten Ermittler nicht zustehe. Zwar seien Verdeckte Ermittler „berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen

<sup>7</sup> Meyer-Goßner (Fn. 2), § 110a Rn. 2.

<sup>8</sup> Nack in KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 110a Rn. 6.

<sup>9</sup> Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 2), § 163 Rn. 32; Griesbaum in KK-StPO (Fn. 7), § 163 Rn. 12; Plöd in KMR (56. EL November 2009), § 163 Rn. 12; Rieß in Löwe-Rosenberg StPO, 25. Aufl. 2004, § 163 Rn. 32, 6 f.

<sup>10</sup> Vgl. Dreier in Dreier GG Vorb. Rn. 86 f.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/1484, S. 24.

eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten.“ Sie seien aber „nicht befugt, in diesem Rahmen den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen.“

Die Erklärung des P, gegebenenfalls beide Frauen töten zu lassen, wenn A bei der Identifizierung nicht mitwirke, wertet der BGH im Wege einer Prüfung der Voraussetzungen des **§ 240 Abs. 1 StGB** als Zwangs(ein)wirkung. Es handle sich hierbei um eine Drohung mit einem empfindlichen Übel. Es liege „auf der Hand, dass – bei fortgesetzter Weigerung der Identifizierung des ‚Tatopfers‘ – eine dem Angeklagten bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen musste.“ Dass das angedrohte Übel einem Dritten galt, schade der Tatbestandsmäßigkeit einer Nötigung nicht. Der BGH hatte schon zuvor entschieden, dass auch die Drohung mit einem Übel für einen Dritten unter den Tatbestand des § 240 StGB fällt. Voraussetzung sei aber, dass derjenige, auf dessen Willen eingewirkt wird, das einem anderen zugeordnete Übel auch für sich selbst als Übel empfindet.<sup>12</sup>

Aus der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit als Unterfall des Rechts auf ein faires Verfahren leitet der BGH ein Beweisverwertungsverbot ab. Mit dem Aussagezwang werde „in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit ohne Rechtsgrundlage eingegriffen.“ Aus der Schwere des Rechtsverstößes folgert der BGH dementsprechend ein zwingendes Beweisverwertungsverbot.

Weil das Landgericht seine Beweiswürdigung tragend auf die zeugenschaftlichen Angaben des P über sein Gespräch mit A gestützt hat, nimmt der BGH auch ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler an (§ 337 Abs. 1 StPO). Ein Durchentscheiden auf Freispruch kam für ihn nicht in Frage, da

<sup>12</sup> BGH NSTz 1987, 222 (223).

dem BGH eine Verurteilung auch ohne die Aussage des P aufgrund der übrigen Beweisanzeichen ungeachtet der „begründeten massiven Vorbehalte“ gegen den B nicht von vornherein auszuschließen sei.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die heimliche Informationsgewinnung durch Ermittlungsbehörden unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen ist keine Neuigkeit. Wiederholt<sup>13</sup> hat der BGH in ähnlichen Fällen wie dem hier besprochenen das Vorgehen der Ermittlungsbehörden für unzulässig erklärt und hieraus Beweisverwertungsverbote abgeleitet. Umso mehr erstaunt, dass sich Fälle wie der hier besprochene noch immer ereignen.

Der vorgestellten Entscheidung kommt jedoch nicht allein in ihrer mahenden Funktion Bedeutung zu, sondern auch in methodischer Hinsicht.

Die **methodische Neuerung** besteht im Rückgriff auf § 240 StGB bei der Prüfung des Zwangs auch im strafprozessualen Sinn. In ähnlich gelagerten Fällen hat der BGH bislang das Vorliegen von Zwang nicht nach materiell-strafrechtlichen Maßstäben geprüft, sondern am Maßstab des natürlichen Wortsinns des Begriffs „Zwang“.<sup>14</sup> Es ist jedoch unklar, welche Konsequenzen der Rechtsanwender und der Jurist in der Ausbildung in methodischer Hinsicht hieraus zu ziehen haben. Denkbar ist, dass künftig das Vorliegen von Zwang im strafprozessualen Sinn stets – also auch im Rahmen des § 136a StPO – anhand der Voraussetzungen des Nötigungstatbestands zu prüfen ist. Denkbar ist aber auch, dass der Rückgriff auf den Tatbestand des § 240 StGB nur im Rahmen der Prüfung angezeigt ist, ob der Beschuldigte wegen

<sup>13</sup> Vgl. BGHSt 34, 362; 44, 129; vgl. auch den Hafturlaubs-Fall, famos 10/2007, und den Besuchsraum-Fall, famos 09/2009.

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 34, 362 (363 f.); 44, 129 (134 ff.).

Aussagezwangs in seinem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzt wurde.

Es bleibt abzuwarten, wie der BGH künftig bei der Prüfung von Zwang bei Vorschriften wie dem § 136a StPO vorgehen wird. Dem Juristen in der Ausbildung wird einstweilen anzuraten sein, den Zwang grundsätzlich nach Maßgabe des natürlichen Wortsinns zu prüfen und auf § 240 StGB nur dann zurückzugreifen, wenn es – wie hier – um die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren wegen Anwendung von Aussagezwang geht.

## 5. Kritik

Im Ergebnis ist dem BGH bei seiner Entscheidung vorbehaltlos zuzustimmen. Zwanganwendung eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten zur Gewinnung sonst verweigerter Informationen des Beschuldigten ist ein Rechtsverstoß solchen Ausmaßes, dass die hieraus gewonnenen Erkenntnisse nicht Grundlage einer Verurteilung sein dürfen. Gegen Ende seiner Entscheidung wird die Kritik des BGH am Vorgehen des Ermittlungsbeamten besonders deutlich: „Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle eines Untersuchungsgefangenen. Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene – von der Rechtsprechung des BGH mit einem Beweisverwertungsverbot belegte – andere Ermittlungssituationen.“

Neben diesen deutlichen Worten erscheint auch begrüßenswert, dass der strafprozessuale Zwangsbegriff durch einen Rückgriff auf den Nötigungstatbestand in § 240 StGB an Kontur gewinnt.

In diesem Zusammenhang mag auf den ersten Blick verwundern, warum der BGH bei der Prüfung des Zwangs unter Rückgriff auf § 240 StGB nicht auch eine Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB vorgenommen hat. Denn der Tatbestand des § 240 StGB ist weit und bedarf daher des einschränkenden Korrektivs der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB, wenn nicht das tatbestandsmäßige Verhalten ohnehin aufgrund eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt ist.<sup>15</sup> Käme es auf eine Verwerflichkeitsprüfung an, spräche zugunsten des Vorgehens des P, dass diesem an einer effektiven Strafrechtspflege und am Schutz des Lebens der E gelegen war. Dies sind durchaus achtenswerte Motive, weswegen eine Verneinung der Strafbarkeit des P nach § 240 StGB jedenfalls gut vertretbar erscheint. Darauf kann es hier jedoch nicht ankommen. Insoweit ist dem BGH zuzustimmen, wenn er bei seiner Prüfung des § 240 StGB auf eine Verwerflichkeitsprüfung verzichtet hat.

Würde man bei der Prüfung von Aussagezwang unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren auch § 240 Abs. 2 StGB prüfen, wäre dieses Recht oftmals im Ergebnis entwertet. Denn auch wer Aussagezwang ausübt, handelt zum Schutz einer effektiven Strafrechtspflege und von Strafrechtsgütern, allesamt achtenswerte Motive. Ginge es um eine Prüfung der Strafbarkeit des P, müsste man sie daher zu seinen Gunsten berücksichtigen und wohl eine Verwerflichkeit der Nötigung ablehnen. Hier geht es aber um die Frage, inwieweit die Verfahrensrechte des Beschuldigten A verletzt wurden. Das Recht eines jeden Beschuldigten auf ein faires Verfahren gehört aber zu dem Kern der Beschuldigtenrechte und ist schon deshalb keiner Abwägung zugänglich.

Zu bedauern ist allein, dass der BGH in seiner Entscheidung zu der Fra-

<sup>15</sup> *Gropp/Sinn* in *MüKo-StGB*, 2003, § 240 Rn. 109, 114.

ge schwieg, ob das Vorgehen des P überhaupt von einer Rechtsgrundlage gedeckt war. Der hier besprochene Fall war eine gute Gelegenheit für den BGH, sich klar zu der Frage zu äußern, was eigentlich von der polizeilichen Ermittlungsgeneralklausel gedeckt ist und was nicht.

*(Dr. Erol Pohlreich)*

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A führt mit L eine mehrmonatige Beziehung. Nach der von L ausgehenden Trennung, die A nicht akzeptieren will, kommt es wiederholt zu erheblichen Auseinandersetzungen. L erwirkt daraufhin eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz (GewSchG)<sup>2</sup> mit einem Kontaktaufnahme- und Annäherungsverbot.

A setzt sich im Folgenden jedoch bewusst über die Verfügung hinweg: Er ruft die L mehrfach an, klingelt an ihrer Wohnungstür, hält sich in der Nähe ihrer Wohnung auf und beobachtet sie.

Einmalig fängt er L auch auf dem Rückweg von ihrer Arbeit ab. Bei diesen Aufeinandertreffen bedroht er sie mit Körperverletzungen und dem Tode sowie damit, gewaltsam in ihre Wohnung einzudringen und beschimpft sie als „Nutte“ und „Hure“. Er stellt mehrmals klar, dass er nicht locker lassen und bei seinem Verhalten bleiben wird. In einem Zeitraum von etwas mehr als drei Monaten kommt es zu fünf Vorfällen dieser Art, jeweils in einem Abstand von ca. zwei bis sechs Wochen.

Da L die Drohungen ernst nimmt und Angst um ihr Leben hat, gibt sie große Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> BGBl. 2001 I, S. 3513.

## August 2010 Nachstellungs-Fall

*Beharrlichkeit / Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung / Deliktscharakter*

§ 238 StGB

### Leitsatz der Verfasser

1. Das Merkmal der „Beharrlichkeit“ erfordert objektive und subjektive Elemente, insbesondere eine Wiederholungsabsicht.
2. Die „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ muss objektivierbar vorliegen.
3. Es handelt sich bei § 238 nicht um ein Dauerdelikt. Der Tatbestand kann mehrere Nachstellungshandlungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verknüpfen.

BGH, Beschluss vom 19. November 2009 – 3 StR 244/09; veröffentlicht in: BGHSt 54, 189; NStZ 2010, 277 ff; NRÜ 2010, 172 ff.

und verlässt die Wohnung abends nicht mehr. Um den A über ihre Anwesenheit zu täuschen, macht sie bei Dunkelheit kein Licht an. Außerdem verlässt sie ihre Arbeitsstätte nur noch unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen und bemüht sich, nicht mehr allein auf die Straße zu gehen. In Folge ihrer Angst verliert sie erheblich an Gewicht.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In der hier zu besprechenden Entscheidung<sup>3</sup> beschäftigt sich der BGH zum ersten Mal mit dem noch wenig bekannten Tatbestand der Nachstellung, § 238 StGB<sup>4</sup>. Mit dem Erlass dieser Norm soll einem gesellschaftlichen

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, in: NStZ 2010, 277.

<sup>4</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Norm soll einem gesellschaftlichen Problem begegnet werden, das umgangssprachlich als „Stalking“ bekannt ist. In den Strafrechtsordnungen anderer Länder finden sich schon länger entsprechende Regelungen; in Deutschland trat der Straftatbestand am 31.03.2007 in Kraft.<sup>6</sup> Zuvor wurden zwei Entwürfe diskutiert: Zum einen derjenige der Bundesregierung<sup>8</sup>, zum anderen der des Bundesrats<sup>9</sup>, wobei die endgültige Fassung, die vom Rechtsausschuss erstellt wurde, hauptsächlich auf dem Regierungsentwurf beruht.<sup>10</sup> Während der Bundesratsentwurf ein Eignungsdelikt mit den letztlich normierten Qualifikationen und der Generalklausel vorsah, wurden aus dem Regierungsentwurf die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt und die einzelnen Tathandlungen übernommen.

Der neue Tatbestand wurde in den 18. Abschnitt bei den Straftaten gegen die persönliche Freiheit eingeordnet. Sein Ziel ist es, Lücken des zivilrechtlichen GewSchG zu schließen und damit das Opfer vor der erzwungenen Beeinträchtigung seiner Lebensgestaltung besser zu schützen.<sup>11</sup>

Der Tatbestand setzt voraus, dass der Täter dem Opfer unbefugt nachstellt, indem er beharrlich eine oder mehrere der in den Nummern 1 – 5 aufgeführten Tatmodalitäten verwirklicht und dadurch die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend beeinträchtigt. Zudem muss der Täter vorsätzlich handeln.

In der Literatur wurden bisher vor allem die Merkmale der „Beharrlichkeit“ und der „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ problematisiert:

Zur „Beharrlichkeit“ wird vertreten, dass es objektiv einer wiederholten Be-

gehung von Tathandlungen und subjektiv einer gesteigerten Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot und dem entgegenstehenden Opferwillen bedarf.<sup>12</sup> Nach einem anderen Verständnis soll eine rein objektive Betrachtungsweise genügen. Demnach sei ein beharrliches Nachstellen dann anzunehmen, wenn in der Tatbegehung eine besondere Hartnäckigkeit zum Ausdruck komme, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziere.<sup>13</sup>

Beim Merkmal der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ soll es nach einer einzelnen vertretenen Ansicht ausreichen, wenn das Opfer einen schwerwiegenden Druck auf die bisherige Art seiner Lebensgestaltung erfährt; eine Veränderung der Lebensumstände muss zu seiner Erfüllung nicht eintreten.<sup>14</sup> Unklar ist hierbei jedoch, ob die so verstandene Beeinträchtigung subjektiv oder objektiv zu beurteilen ist.

Mehrheitlich wird eine objektiv vorliegende, schwerwiegende, sowie unzumutbare und negative Veränderung der Lebensumstände des Opfers gefordert.<sup>15</sup>

Im Folgenden soll geprüft werden, ob die Handlungen des A unter § 238 I subsumiert werden können. Unproblematisch hat A die Nrn. 1 und 2 erfüllt, indem er versuchte, L in der Nähe ihrer Wohnung und auf dem Arbeitsweg anzutreffen und sie immer wieder anrief. Für den Versuch der Kontaktaufnahme gemäß § 238 I Nr. 2 genügt erst recht die erfolgreiche Kontaktaufnahme.<sup>16</sup> Zudem hat A durch die Drohungen mit Körperverletzung und Tod § 238 I Nr. 4

<sup>6</sup> BGBl. 2007 I, S. 354.

<sup>8</sup> BT-Drs. 16/575.

<sup>9</sup> BT-Drs. 16/1030.

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/3641.

<sup>11</sup> BT-Drs. 16/3641, S. 1.

<sup>12</sup> Fischer, § 238 Rn. 19; Mitsch, Jura 2007, 401 (404f.); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>13</sup> Mosbacher, NSTz 2007, 665 (666); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1031f).

<sup>14</sup> Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1034).

<sup>15</sup> Gazeas, JR 2007, 497 (503); Kinzig/Zander, JA 481 (484); Valerius, JuS 2007, 319 (323).

<sup>16</sup> Fischer, § 238 Rn. 14.

verwirklicht. Die in Aussicht gestellten tatbestandsmäßigen empfindlichen Übel wurden von L auch ernst genommen. Die Beleidigungen als „Nutte“ und „Hure“ könnten darüber hinaus die Nr. 5 erfüllen.<sup>17</sup> Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

A hatte weder eine gesetzliche Erlaubnis noch war die L mit seinem Verhalten einverstanden. Außerdem müsste A beharrlich gehandelt haben. Die oben dargestellten unterschiedlichen Meinungen zur Auslegung der „Beharrlichkeit“ kommen im konkreten Fall zum gleichen Ergebnis. A handelte wiederholt und mit gesteigerter Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot und dem entgegenstehenden Opferwillen und erfüllte damit die objektiven und subjektiven Voraussetzungen beider Auffassungen.

Schließlich müsste die Lebensgestaltung der L durch die Handlungen des A schwerwiegend beeinträchtigt worden sein. Wiederum kommen die oben beschriebenen Meinungen zum selben Ergebnis. Ein schwerwiegender Druck auf die Lebensgestaltung ist erst recht gegeben, wenn er sich bereits in einer objektiv vorliegenden, schwerwiegenden Veränderung der Lebensumstände des Opfers niedergeschlagen hat. Eine solche Veränderung ist hier, insbesondere durch die Sicherheitsmaßnahmen, die Einschränkung der Freizeitaktivitäten und die Gewichtsabnahme, gegeben.

Subjektiv ist ein Vorsatz des A anzunehmen; insbesondere war ihm schon in Folge der einstweiligen Verfügung bewusst, dass er unbefugt handelte.

Weiterhin sind die §§ 185 und 241 erfüllt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Bei dem Urteil handelt es sich um die erste Entscheidung des BGH zu § 238. Sie ist schon deshalb von grundsätzli-

cher Bedeutung. Laut BGH hat sich A gem. § 238 I Nrn. 1 und 2 in Tateinheit mit Bedrohung in fünf Fällen (§ 241), davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Beleidigung (§ 185) strafbar gemacht.

Der BGH beschäftigt sich in der Entscheidung schwerpunktmäßig mit drei Fragestellungen: Der Auslegung der Tatbestandsmerkmale „beharrlich“ und „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ sowie der Deliktsnatur des § 238.

Nach dem BGH soll das Merkmal der „Beharrlichkeit“ die Deliktstypik des § 238 verdeutlichen und dazu dienen, noch sozialadäquates Verhalten von schon zu missbilligendem Verhalten abzugrenzen.<sup>18</sup> Aus einem Vergleich mit anderen Tatbeständen des StGB, in denen das Merkmal der Beharrlichkeit auftaucht, folgert der BGH, dass objektiv eine wiederholte Begehung von Nachstellungshandlungen erforderlich ist.<sup>19</sup> Dazu kämen subjektive und normative Elemente: Der Täter müsse in Kenntnis des entgegenstehenden Opferwillens und mit Wiederholungsabsicht handeln, wobei die besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommen müssten.<sup>20</sup> Daraus folge, dass die reine Wiederholung zwar notwendig, jedoch für sich genommen nicht ausreichend sei, um ein Verhalten als „beharrlich“ zu qualifizieren. Damit spricht sich der BGH gegen die in der Literatur vertretene Meinung aus, welche eine rein objektive Auslegung des Merkmals verlangt. Vielmehr sei eine Gesamtwürdigung im Einzelfall notwendig, bei der insbesondere der innere Zusammenhang und der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen zu berücksichtigen seien.<sup>21</sup>

Laut BGH ist zur „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ erforderlich, dass das Opfer durch das

<sup>17</sup> Fischer, § 238 Rn. 39; Jeßberger/Book, JuS 2010, 321 (323 f.).

<sup>18</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>19</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>20</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>21</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

Verhalten des Täters gezwungen wird, seine Lebensumstände zu verändern. Schwerwiegend sei die Veränderung aber nur, wenn sie zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führe, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgingen.<sup>22</sup> Der reine Druck auf die bisherige Art der Lebensgestaltung, der sich noch nicht in einer Veränderung niedergeschlagen habe, reiche demnach nicht aus.

Der dritte Schwerpunkt des Urteils betrifft die Deliktsnatur des § 238. Das Gericht diskutiert dabei zunächst, ob es sich um ein Dauerdelikt handelt und verneint dies im Ergebnis. Dabei wird aufgezeigt, dass der typische Charakter und die Tatbestandsstruktur der Nachstellung der Annahme eines Dauerdelikts entgegenstünden:<sup>23</sup> Nachstellungshandlungen schafften – im Gegensatz zu Handlungen bei Dauerdelikten – keinen andauernden rechtswidrigen Zustand, sondern stellten zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen dar, die jeweils eine neue, intensivierte Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeiführten.<sup>24</sup> Wäre es ein Dauerdelikt, müsste der rechtswidrige Zustand von Anfang an bestehen und durch die Tat handlungen nur aufrechterhalten werden. Tatsächlich entstehe der rechtswidrige Zustand bei § 238 aber erst mit Eintritt des Taterfolges, der durch wiederholte Angriffe herbeigeführt werde. Somit liege bei Vornahme der einzelnen Angriffshandlungen noch kein rechtswidriger Zustand vor, der aufrechterhalten werden könnte.<sup>25</sup>

Der Senat stellt ferner fest, dass der Tatbestand die einzelnen Handlungen zu einer tatbestandlichen Handlungs-

einheit verklammert, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.<sup>26</sup> Hierbei stellt der BGH vor allem auf das Merkmal des „beharrlichen Nachstellens“ ab, das gerade ein wiederholtes Handeln und ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit voraussetzt.<sup>27</sup> Hinzu komme, dass auch der Taterfolg der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ typischerweise erst durch mehrere Angriffe herbeigeführt werden könne.<sup>28</sup> Letztendlich bildeten alle Handlungen des A gemeinsam nur eine Nachstellung iSd § 238 und nicht etwa jede einzelne Handlung eine eigene Nachstellung.

Verwirklichen einzelne Tathandlungen auch andere Delikte, können diese laut BGH in Tateinheit mit der Nachstellung stehen.<sup>29</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Von grundlegender Bedeutung für Ausbildung und Praxis ist die Entscheidung schon deshalb, weil sich der BGH hier, wie erwähnt, erstmals mit der Auslegung von § 238 befasst. Wichtig ist außerdem die Klarstellung, dass es sich bei § 238 nicht um ein Dauerdelikt handelt.

In der Klausur sollte beachtet werden, dass es für das Merkmal der „Beharrlichkeit“ keine festlegbare Mindestanzahl an Nachstellungshandlungen geben kann, sondern vielmehr eine Einzelfallbetrachtung vom Bearbeiter vorzunehmen ist. Bei der Prüfung der „Beharrlichkeit“ muss sozialadäquates Verhalten ausgeschieden werden. Auch sollte der Bearbeiter nicht leichtfertig eine „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ annehmen. Diese muss objektiv vorliegen, der vom

<sup>22</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29 (in NStZ 2010, 277 nicht abgedruckt).

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 29.

<sup>26</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279 f.).

<sup>27</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>28</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (279).

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 32.

Opfer empfundene Druck reicht nicht aus.

Für die Praxis können sich Schwierigkeiten bei der Feststellung der subjektiven Elemente der Beharrlichkeit ergeben. Gelegentlich dürfte dem Täter nicht klar sein, dass er gegen den Willen des Opfers handelt, da er die Ablehnung des Opfers nicht wahrnimmt oder falsch interpretiert.

## 5. Kritik

Bei der Auslegung des § 238 orientiert sich der Senat eng an den Gesetzesmaterialien. Die Definitionen und Beispiele wurden ganz überwiegend daraus entnommen.

Diskussionswürdig erscheint der Umgang des Gerichts mit dem Merkmal der Beharrlichkeit: In Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien prüft der BGH die subjektiven Elemente der Beharrlichkeit, nämlich die Kenntnis des entgegenstehenden Opferwillens, die Wiederholungsabsicht und die rechtsfeindliche Einstellung des Täters.<sup>30</sup> Prüft man jedoch den Tatbestand weiter, tauchen diese Elemente nochmals bei der „Unbefugtheit“ auf. Auf diese muss sich nämlich der Vorsatz beziehen; der Täter muss wissen, dass er gegen den Willen des Opfers handelt und dass es für sein Handeln keine Erlaubnisnorm gibt. Insofern kommt es zu einer unnötigen Doppelung.<sup>31</sup> Der BGH folgt in seiner Auslegung jedoch der Gesetzesbegründung. Einzig die Wiederholungsabsicht findet sich nur beim Merkmal der „Beharrlichkeit“. Man kann sich aber, angesichts der bereits objektiv erforderlichen wiederholten Begehung, fragen, ob diese Absicht überhaupt eigenständige Bedeutung hat. Tatsächlich wird es wohl kaum Fälle geben, in denen eine objektiv vorhandene Wiederholung der Tathandlung ohne die vom BGH verlangte besondere Absicht er-

folgt. Legt man das Merkmal nach dem geschützten Rechtsgut – dem individuellen Lebensbereich – aus, scheint eine Wiederholungsabsicht auch nicht unbedingt notwendig. Die Beeinträchtigung des Opfers ergibt sich bereits aus der mehrfachen Vornahme der Kataloghandlungen und aus der Angst vor Wiederholung. Die Beeinträchtigung ist allerdings unabgänglich von der Absicht des Täters und folgt nur aus der Verwirklichung der objektiven Merkmale; denn allein diese kann das Opfer wahrnehmen. Deswegen müsste das Merkmal der „Beharrlichkeit“ – entgegen dem BGH – rein objektiv ausgelegt werden.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der BGH seine Subsumtion auf die Nrn. 1 und 2 des § 238 beschränkt. Obwohl auch Drohungen und Beleidigungen von A ausgesprochen wurden, beschäftigt sich der BGH mit den einschlägigen Nrn. 4 und 5 überhaupt nicht.

Voraussetzung, um die Beleidigungen unter Nr. 5 subsumieren zu können, ist, dass sie den anderen Tathandlungen der Schwere nach entspricht.<sup>33</sup>

Man könnte jedoch nun argumentieren, dass die Beleidigungen den anderen Tatmodalitäten gegenüber, insbesondere den Drohungen in Nr. 4, ihrer Schwere nach nicht äquivalent sind, so dass eine Subsumtion vorliegend ausschiede. Dagegen spricht, dass in den Nrn. 1 und 2 sogar grundsätzlich sozialadäquates Verhalten pönalisiert wird, so dass erst recht nach §§ 185 ff. strafbares Verhalten – auch der BGH sieht eine Strafbarkeit nach § 185<sup>34</sup> – geeignet sein muss, eine schwerwiegende Lebensbeeinträchtigung herbeizuführen und damit vergleichbar ist.

<sup>30</sup> BGH, NStZ 2010, 277 (278).

<sup>31</sup> Mosbacher, NStZ 2007, 665 (666); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1032); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>33</sup> Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, S. 3

Der Grund, warum der BGH Nr. 5 nicht anspricht,<sup>35</sup> könnte sein, dass der Senat eine Diskussion der Verfassungsmäßigkeit des Auffangtatbestands vermeiden wollte, zu dessen Wortlaut Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit geäußert werden.<sup>36</sup> Hier hätte eine Festlegung für Klarheit gesorgt.

Zu begrüßen ist freilich, dass das Gericht die Deliktsnatur des § 238 eindeutig und nachvollziehbar festgestellt hat. Dies war insofern nötig, als dass sie in den Gesetzesmaterialien nicht bestimmt war.

In der Gesamtschau bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung des BGH – vor allem durch die weitgehende Übernahme der Gesetzesbegründung – wenig „Neues“ oder „Überraschendes“ enthält.

Vor allem darin, dass die Auslegung der Merkmale des § 238 erstmals höchstrichterlich bekräftigt und teilweise präzisiert wurde, liegt die Bedeutung der Entscheidung für Ausbildung und Praxis.

(Aziz Epik / Swantje Maecker)<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 19. November 2009 – 3 StR 244 / 09, Rn. 16.

<sup>36</sup> Fischer, § 238 Rn. 17b; Gazeas, JR 2007, 497 (501); Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (485 f.); Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1033); Rackow, GA 2008, 552 (565 f.).

<sup>37</sup> Die Verfasser sind studentische Mitarbeiter an der Lichtenberg Professur für Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Prof. Dr. Florian Jeßberger, Humboldt-Universität zu Berlin.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

K liegt nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie ist nicht ansprechbar und wird in einem Altenheim gepflegt und über einen Zugang in der Bauchdecke künstlich ernährt. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands ist nicht mehr zu erwarten. Ihre Tochter G hat die K bereits im Jahr 2002 befragt, wie sie sich verhalten solle, falls ihr etwas zustößt. K hat darauf u.a. erwidert, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche „Schläuche“ angeschlossen werden. Rechtsanwalt A bemüht sich daher in der Folgezeit zusammen mit G um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Auf seinen Antrag wird G zur Betreuerin ihrer Mutter bestellt. Die Bemühungen stoßen aber auf Widerstand bei Heimleitung und -personal, obgleich auch der behandelnde Arzt Dr. H der G zustimmt und die Fortsetzung der Ernährung medizinisch für nicht mehr indiziert hält. Die Heimleiterin L schlägt schließlich einen Kompromiss vor. Um den moralischen Vorstellungen aller Beteiligten gerecht zu werden, soll sich das Personal nur noch um die Pfle-

## September 2010 Sterbehilfe-Fall

*Formen der Sterbehilfe / Aktive Sterbehilfe / Einwilligung / Patientenverfügung*

§ 212 StGB

### Leitsätze des Verfassers

1. Sterbehilfe ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.

2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.

3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung wegen § 216 StGB weiterhin nicht zugänglich.

BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09; veröffentlicht in: *Pflegerecht (PfIR)* 2010, 410.

getätigkeiten im engeren Sinn kümmern, während G selbst die Ernährung über die Sonde einstellen und ihrer Mutter im Sterben beistehen soll. Demgemäß beendet G die Nahrungszufuhr über die Sonde und beginnt, auch die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren. Am nächsten Tag weist die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die L an, die künstliche Ernährung fortzusetzen. Darauf erteilt A der G telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen, sodass K würde sterben können. G folgt diesem Rat und schneidet den Schlauch

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

durch. Nachdem das Pflegepersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hat, wird K auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen der G in ein Krankenhaus gebracht, wo die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wird.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In der hier zu besprechenden Entscheidung<sup>2</sup> beschäftigt sich der BGH mit der Frage der rechtlichen Behandlung aktiver Sterbehilfe. Er vollzieht dabei eine Kehrtwende im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung, denn er lässt diese nun unter bestimmten engen Voraussetzungen zu. Damit wird der Katalog zulässiger Formen der Sterbehilfe erweitert. Das Gericht muss sich dabei schwierigen dogmatischen Fragen sowie einer komplizierten Wertung widmen.

Vom Grundsatz her stellt Sterbehilfe ein strafbares Unrecht dar. Jede Lebensverkürzung erfüllt den Tatbestand der §§ 211 ff. StGB, denn sie führt kausal dazu, dass der Tod zu einem konkreten Zeitpunkt eintritt, während ein selbst äußerst kurze Zeit später eintretender natürlicher Tod für die Kausalität unbeachtlich ist.<sup>3</sup> Auch ein ausdrückliches Verlangen ändert daran nichts, wie § 216 StGB verdeutlicht. Damit wird sicher gestellt, dass eine Euthanasie, d.h. die Tötung „unwerten Lebens“, etwa von behinderten, schwerkranken oder auch dem Tode geweihten Menschen, nicht möglich, sondern strafbar ist. Es wird jedoch seit geraumer Zeit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie seinem Recht auf ein „würdiges Sterben“ steigende Bedeutung zugemessen und demgemäß werden verschiedene Ausnahmen von

diesem absoluten Lebensschutz diskutiert.

Zum einen soll die sog. „indirekte Sterbehilfe“ nicht strafrechtlich sanktioniert sein. Hierunter versteht man die Vergabe von Medikamenten, in der Regel durch einen behandelnden Arzt, mit (mutmaßlicher) Einwilligung des Patienten und dem (ausschließlichen) Ziel der Linderung unerträglicher Schmerzen, welche als (unbeabsichtigte) Nebenfolge eine Verkürzung des Lebens des sterbenskranken Opfers mit sich bringt. Grundsätzlich lässt sich auch diese Lebensverkürzung unter die §§ 211 ff. StGB subsumieren, denn der Tod tritt zu diesem konkreten Zeitpunkt jedenfalls mitursächlich nur durch das Handeln des Täters ein. Gleichwohl besteht Einigkeit, dass dieser Fall strafrechtlich nicht erfasst sein soll. Problematisch wie unbefriedigend fallen nur die jeweiligen dogmatischen Lösungsversuche aus. So wird teilweise die objektive Zurechnung verneint, da entweder eine solche Lebensverkürzung außerhalb des Schutzbereichs der Tötungsdelikte<sup>4</sup> liege oder jedenfalls sozialadäquat<sup>5</sup> sei. Die Mehrheit der Autoren und auch der BGH<sup>6</sup> suchen dieses Ergebnis stattdessen über eine Rechtfertigung des Verhaltens zu erzielen, namentlich über § 34 StGB: Das Recht des Einzelnen auf ein Sterben unter „menschenswürdig“ Bedingungen stelle ein höherwertiges Rechtsgut gegenüber dem absoluten Lebensschutz dar.

Eine zweite Kategorie bildet die „passive Sterbehilfe“, welche unter bestimmten Voraussetzungen nach herrschender Meinung ebenfalls straflos sein soll. Die passive Sterbehilfe setzt voraus, dass lebenserhaltende Maßnahmen, welche nur den natürlichen Vorgang des Sterbens hinausgezögert hätten, mit (mutmaßlicher) Einwilligung des dem Tode geweihten Patienten

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454 / 09, in: PflR 2010, 410.

<sup>3</sup> Anders ist dies natürlich, sofern ein Fall der abgebrochenen Kausalität vorliegt, also eine neue Handlung einen völlig neuen Geschehensverlauf in Gang setzt.

<sup>4</sup> So etwa LK-Jähnke, Vor § 211 Rn. 16.

<sup>5</sup> So etwa Herzberg, NJW 1996, 3043 (3048).

<sup>6</sup> BGHSt 42, 301 (305); BGHSt 46, 279 (285).

nicht (mehr) vorgenommen, also unterlassen, werden.<sup>7</sup> Dem Willen des Patienten und seinem Selbstbestimmungsrecht wird in einer solchen Lage ein Vorrang eingeräumt. Auch hier mag die dogmatische Herleitung der Strafflosigkeit Probleme bereiten. Im Ergebnis dürfte es zutreffend sein, dass bei einem entgegenstehenden Willen des Patienten keine entsprechende Garantspflicht des Arztes (oder Verwandten) besteht, eine Behandlung vorzunehmen oder fortzusetzen.<sup>8</sup> Dies gilt sowohl für den Fall, dass der Sterbeprozess bereits begonnen hat als auch, wenn es noch nicht so weit gekommen ist.<sup>9</sup> Trifft diese Beurteilung zu, so hat der Arzt sogar kein Recht (mehr) zur Fortsetzung der Behandlung, sodass diese letztlich eine Körperverletzung darstellen würde. Denn der Behandlungsvertrag umfasst eine solche lebenserhaltende Maßnahme in diesen Konstellationen gerade nicht (mehr).

Anders beurteilt wurde bislang aber die dritte Kategorie, die aktive Sterbehilfe. Nach bisher vorherrschender Meinung war die aktive Sterbehilfe unzulässig.<sup>10</sup> Dies wurde insbesondere aus der Wertung des § 216 StGB gefolgert, welcher selbst eine Tötung auf das ausdrückliche Verlangen des Opfers hin unter Strafe stellt und somit eine Einwilligung des Opfers ausschließt. Auch eine Garantpflicht ist im Gegensatz zu den Unterlassungsdelikten beim aktiven Tun nicht erforderlich. Mit dieser Unterscheidung – passive Sterbehilfe ist unter gewissen Voraussetzungen straflos, aktive Sterbehilfe dagegen stets strafbar – hat der BGH jetzt gebrochen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hatte sich nur mit der Revision des Rechtsanwalts A zu beschäftigen, welcher als Mittäter der G wegen eines versuchten Totschlages durch ak-

tives Tun verurteilt worden war. Gleichwohl kann für G nichts anderes gelten, als hier festgestellt.<sup>11</sup> Zunächst galt es zu unterscheiden zwischen verschiedenen Tötungshandlungen. In Betracht kamen einerseits die Beendigung der Nahrungszufuhr sowie andererseits das spätere Durchtrennen des Schlauches. Den Abbruch der Ernährung wertete das Gericht als zulässige passive Sterbehilfe, welche durch die ausdrückliche Einwilligung der K gedeckt war. Was die darauf folgende aktive Durchtrennung des Schlauches anbelangt, so handelte es sich dabei weder um eine indirekte noch um eine passive Sterbehilfe, sondern um einen Fall der tatbestandsmäßigen aktiven Tötung. Somit musste der BGH sich mit der Frage der Rechtfertigung der Tat befassen und untersuchte zunächst eine Nothilfe gemäß § 32 StGB. Eine solche kam gerade deshalb in Betracht, weil die Fortsetzung der lebenserhaltenden Maßnahmen durch künstliche Ernährung nicht von einer Einwilligung der K gedeckt und daher einen Angriff auf die körperliche Unversehrtheit der K darstellte. Dennoch schied eine solche aus, da die „Verteidigungshandlung“, nämlich der aktive Abbruch der Ernährung durch das Durchschneiden des Schlauches, sich nicht gegen den Angreifer, Heimleitung und –personal, sondern gegen K richtete. Des Weiteren schied auch § 34 StGB aus, da mit dem Leben der K deren höchstes Rechtsgut betroffen war.

Damit kam es entscheidend auf die Einwilligung der K in die Tötung an. Hier hätte der BGH nun ohne weiteres auf die frühere Rechtsprechung und § 216 StGB verweisen und die Dispositionsfähigkeit des Rechtsguts Leben ablehnen können. Diesen Schritt ging

<sup>7</sup> BGHSt 37, 376.

<sup>8</sup> MüKo-Schneider, Vor § 211 Rn. 105.

<sup>9</sup> BGHSt 40, 257 (262).

<sup>10</sup> Vgl. nur Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2010, § 7 Rn. 1.

<sup>11</sup> Daher würde sich gemäß § 357 StPO die Wirkung der Revision auch auf die Mitangeklagte erstrecken, selbst wenn sie keine Revision einlegen würde. K selbst war indes vom Landgericht wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB freigesprochen worden.

er nun gerade nicht, sondern hielt ausdrücklich nicht an seiner alten Rechtsprechung und der Unterscheidung zwischen passiver und aktiver Sterbehilfe, also zwischen aktivem Tun und Unterlassen, fest. Stattdessen sah er im Hinblick auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009<sup>12</sup> geänderte zivilrechtliche Lage im Betreuungsrecht eine Einwilligung unter gewissen Voraussetzungen auch in die aktive Tötung als zulässig an. Im Betreuungsrecht kommt nach der nun geänderten Rechtslage hinsichtlich der Patientenverfügung, also der Einwilligung des Patienten, gesteigerte Bedeutung zu. Gemäß § 1901a I BGB ist eine Patientenverfügung bindend für den Betreuer. Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, so hat der Betreuer gemäß § 1901a II BGB die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Nach § 1901a III BGB gilt dies unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten. Der BGH folgerte daraus (und aus den Gesetzesmotiven), dass der Gesetzgeber dem Willen des Patienten nun ein wesentlich stärkeres Gewicht verleihen wollte. Dies sei auch im Strafrecht zu berücksichtigen.

Der BGH führte aus, dass die frühere Beurteilung der Straflosigkeit ausschließlich anhand der Einordnung des Verhaltens als aktives Tun und Unterlassen aufzugeben sei. Damit wird der Weg frei für eine Rechtfertigung der aktiven Sterbehilfe. Dennoch kann die Existenz des § 216 StGB und dessen klare Vorgabe der Strafbarkeit des Tötens auf Verlangen inklusive der sich daraus ergebenden grds. Sperre in Bezug auf die Einwilligung des Opfers nicht ignoriert werden. Daher musste

der BGH nun neue Kriterien entwickeln anhand derer die nun straflose aktive Sterbehilfe von der weiterhin strafbaren Tötung auf Verlangen abzugrenzen ist.

Diesbezüglich nennt er die folgenden Voraussetzungen für eine Straflosigkeit der aktiven Sterbehilfe:

- die betroffene Person muss lebensbedrohlich erkrankt sein
- die abgebrochene Maßnahme muss medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet gewesen sein
- es muss ein objektiver und subjektiver Zusammenhang des Abbruchs mit dieser medizinischen Behandlung bestehen.

Nur in unter diesen Voraussetzungen lässt sich überhaupt von einer „Sterbehilfe“ sprechen – in Abgrenzung zu einer weiterhin strafbaren Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB.

Diese Voraussetzungen waren im hier besprochenen Fall erfüllt, denn es lag der ausdrückliche erklärte Wille der K vor, nicht künstlich ernährt zu werden.

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Die Bedeutung dieser Entscheidung ist kaum zu unterschätzen, denn immerhin gibt der BGH eine lange gefestigte Rechtsprechung ausdrücklich auf.

Für die Klausurlösung sind verschiedene Punkte besonders herauszustellen:

Es ist weiterhin zwischen den verschiedenen Varianten der zulässigen Sterbehilfe zu unterscheiden, da jeweils zwar das Ergebnis übereinstimmen mag, nicht aber der dogmatische Lösungsweg. So kann bei der indirekten Sterbehilfe, zumindest nach teilweise vertretener Auffassung, bereits der Tatbestand, genauer: die objektive Zurechnung, ausscheiden. Im Übrigen wäre hier aber zu überlegen, ob sich eine Lösung auch in dieser Konstellation nun eher über die (mutmaßliche) Einwilligung als über § 34 StGB erzielen lässt. Bei der passiven Sterbehilfe dürfte es

<sup>12</sup> BGBl. I 2286.

aber weiterhin an der Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB fehlen, sodass bereits der Tatbestand ausscheidet und eine Einwilligung auf Rechtfertigungsebene gar nicht mehr relevant ist.

Bzgl. der aktiven Sterbehilfe ist die Lösung nun auf der Ebene der Einwilligung zu suchen. Hier sind zunächst die zusätzlichen neuen Voraussetzungen des BGH zu prüfen, welche die Sterbehilfe von der ansonsten weiterhin unzulässigen und strafbaren Tötung auf Verlangen unterscheiden. Zusätzlich sind aber die üblichen und allgemeinen Prüfungspunkte der Einwilligung zu berücksichtigen. Liegt eine Patientenverfügung entsprechenden Inhalts vor, so kann eine ausdrücklich erklärte Einwilligung angenommen werden, im Übrigen bleibt aber auch der Weg über eine mutmaßliche Einwilligung nicht verschlossen, wie § 1901a II BGB zeigt.

## 5. Kritik

Kritik lässt sich nicht am Ergebnis, wohl aber an der dogmatischen Herleitung festmachen. Tatsächlich erscheint es gekünstelt, Strafbarkeit oder Straflosigkeit einer Sterbehilfe durch Abschalten oder Unterlassen lebensrettender Maßnahmen bei einem dem Tod geweihten Opfer von dem formalen Kriterium des Tuns oder Unterlassens abhängig zu machen. Denn diese Unterscheidung ist in der Praxis unter Umständen schwer zu treffen und zudem, wenn man der herrschenden Meinung<sup>13</sup> folgen will, von normativen, also wertenden Kriterien abhängig.

Gleichwohl hatte die bisherige unterschiedliche Behandlung ihre dogmatischen Gründe. Denn bei einem Unterlassen ist eine Garantenpflicht nach § 13 StGB erforderlich, bei aktiven Begehungsdelikten hingegen nicht. Bei der aktiven Sterbehilfe kommt es hingegen auf die Rechtswidrigkeit der Tat an. Der BGH hat hier eine Rechtferti-

gung über § 34 StGB abgelehnt mit dem Hinweis auf das höchstrangige Rechtsgut Leben. Diese Lösung weicht ab von dem im Rahmen der indirekten Sterbehilfe beschrittenen Weg.<sup>14</sup> Hier wird das Recht des Patienten auf ein menschenwürdiges Sterben betont und als dem Leben vorrangig erachtet, was auch mit der Wertung der Verfassung, welche die Menschenwürde in Art. I GG als unantastbar und am hochwertigsten einstuft. Es darf doch gefragt werden, ob die Lösung für solche aktiv bewirkten Tötungsfälle nicht einheitlich lauten muss. Denn entweder die Menschenwürde auf einen nicht qualvollen Tod geht dem Rechtsgut Leben vor oder nicht. Die Formulierung des BGH „Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gem. § 34 StGB scheidet (...) vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchstrangige [sic!] Rechtsgut (Leben) derjenigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) im Sinne von § 34 StGB drohte“<sup>15</sup> klingt so als ginge er von einem solchen Vorrang der Menschenwürde gegenüber dem Leben nicht (mehr) aus.

Im Rahmen der Einwilligung muss man sich hingegen einer ganz anderen dogmatischen Frage stellen, nämlich derjenigen nach der Disponibilität des Rechtsgutes Leben durch den Rechtsgutininhaber. Sie scheint aber durch § 216 StGB eindeutig beantwortet. Der BGH versucht nun durch das Einführen neuer Kriterien die straflose Sterbehilfe von der strafbaren Tötung auf Verlangen zu unterscheiden. Diese sind sämtlich nachvollziehbar und unterstützenswert. Dennoch sind sie frei entwickelt und helfen nicht über den klaren Wortlaut des § 216 StGB hinweg.

Im Ergebnis sollte die aktive Sterbehilfe unter bestimmten engen Vor-

<sup>13</sup> Vgl. nur *Heinrich*, Strafrecht – Allgemeiner Teil II, 2. Auflage 2010, Rn. 866.

<sup>14</sup> BGHSt 42, 301 (305); BGHSt 46, 279 (285).

<sup>15</sup> BGH, Az. 2 StR 454/09, Rn. 20 bei juris.

aussetzungen tatsächlich zulässig sein und sie sollte auch klar unterscheidbar sein von der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB. Unter Umständen mögen die vom BGH aufgestellten Kriterien dazu taugen. Es bleibt aber doch die Frage, ob es nicht näher läge, wenn der Gesetzgeber, der gerade das Betreuungsrecht reformiert hat, auch diese strafrechtliche Entscheidung trafe? Hält er den Ansatz des BGH für tauglich, könnte er die §§ 212 bzw. 216 StGB um einen entsprechenden Absatz 3 erweitern oder eine entsprechende Privilegierungsvorschrift erlassen, die in etwa lauten könnte: „Eine Strafbarkeit (nach den §§ 212, 216 StGB) scheidet aus, wenn es sich um eine aktive oder passive Sterbehilfe durch den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen handelt und die Voraussetzungen des § 1901a BGB erfüllt sind. Eine Sterbehilfe liegt nur vor, wenn die einwilligende Person lebensbedrohlich erkrankt ist, die abgebrochene Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist und ein objektiver und subjektiver Zusammenhang des Abbruchs mit dieser medizinischen Behandlung besteht“.

Mit einer solchen Regelung wäre für Einheitlichkeit in der Lösung hinsichtlich sämtlicher Fälle der zulässigen Sterbehilfe gesorgt.

*(Dr. Tobias Reinbacher)*<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht, Prof. Dr. Bernd Heinrich, Humboldt-Universität zu Berlin.

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Um an Geld zu kommen, überfallen A und B einen Supermarkt. Wie zuvor besprochen, führt B bei dem Überfall eine echt wirkende Spielzeugpistole bei sich. A und B zwingen die Angestellte C nunmehr, den im Hinterzimmer befindlichen Tresor aufzuschließen, wobei B die C mit der Spielzeugpistole bedroht. C kommt der Aufforderung nach und öffnet zunächst mit dem passenden Schlüssel die obere von zwei Tresortüren. B nimmt anschließend das Bargeld im Wert von ca. 5.500 € sowie Telefonkarten im Wert von ca. 3.500 € aus dem geöffneten Tresorfach und verstaut die Beute in einer mitgebrachten Tasche. Weiterhin geht B davon aus, dass sich in dem noch verschlossenen unteren Tresorfach noch mehr Bargeld befindet. Um auch dieses zu erbeuten, fordert er C nun auf, das zweite Tresorfach ebenfalls aufzuschließen. Daraufhin erklärt C ihm, dass sie dieses Tresorfach nicht allein, sondern nur gemeinsam mit dem Mitarbeiter eines Geldtransportunternehmens öffnen könne. Da B der C dies jedoch nicht glaubt, droht er ihr an, nun „etwas grob zu werden“ und zieht dabei ein mitgebrachtes Brotmesser mit einer Klingenlänge von mindestens 15 cm aus der Jackentasche, um seiner Drohung Nachdruck zu verleihen. Die

## Oktober 2010 Brotmesser-Fall

*Eigentumsdelikte / Qualifikationen / Verwendung eines qualifizierenden Raubmittels in der Beendigungsphase*

§§ 249; 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

### Leitsatz des Gerichts

Setzt der Täter, vom Opfer wahrgenommen, nach Vollendung, aber noch vor Beendigung der Raubtat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug mit dem Ziel weiterer Wegnahme ein, so genügt dies für ein Verwenden „bei der Tat“ im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die angestrebte weitere Wegnahme nicht vollendet wird.

BGH, Beschluss vom 25. Februar 2010 – 5 StR 542/09; veröffentlicht in: NJW 2010, 1385.

Spielzeugpistole hingegen übergibt er dem A, der diese an sich nimmt und dabei ebenfalls die Meinung äußert, dass noch weiteres Bargeld vorhanden sein müsse. Der Einsatz des Brotmessers durch B wird von A erkannt und gebilligt. Als A und B jedoch einen Aufkleber auf dem Tresor entdecken, der tatsächlich auf das Geldunternehmen hinweist, schenken sie den Angaben der C nun doch Glauben. Daraufhin geben A und B die weitere Tatausführung auf und flüchten vom Tatort.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die vorliegende Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH<sup>2</sup> beschäftigt sich mit dem nicht ganz neuen Streit um die Frage des Einsatzes qualifizie-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde geringfügig gekürzt, um die Hauptprobleme der Entscheidung deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 25. Februar 2010 – 5 StR 542/09, veröffentlicht u.a. in: NJW 2010, 1385.

render Raubmittel<sup>3</sup> in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der Tat. Anlass dazu hat hier allein die Verwendung des Brotmessers durch B gegeben. Hiernach musste der Senat sich mit der Frage auseinandersetzen, ob dies die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht hat.

Anders als die anfänglich eingesetzte Spielzeugpistole stellt das Messer nämlich ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB dar, dessen Verwendung „bei der Tat“ die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt. Durch die Verwendung der Spielzeugpistole konnte hingegen „nur“ die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB verwirklicht werden, denn die Spielzeugpistole konnte mangels objektiver Gefährlichkeit lediglich als „sonstiges Werkzeug“ berücksichtigt werden<sup>4</sup>. Ein schwerer Raub nach §§ 249; 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB war daher bereits wegen des Beisichführens der Spielzeugpistole zu bejahen.

Problematisch erweist sich dem gegenüber die Beurteilung des Einsatzes des Messers. Selbiges wurde zur Bedrohung der C mit dem Ziel, diese zur Öffnung des zweiten Tresorfachs zu veranlassen, verwendet, wobei dies jedoch im Ergebnis erfolglos blieb. Zugleich war die Wegnahme von Geld und Telefonkarten aus dem ersten Tresorfach bereits vollendet. Die Frage, ob der Einsatz qualifizierender Mittel auch dann noch zu einer Intensivierung der Tat führen kann, wenn der Tatbestand schon vollständig erfüllt und die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist, ist seit langem umstritten. Das vorliegende Problem wird auch unter dem Begriff der „sukzessiven Qualifikation“ diskutiert.

<sup>3</sup> Neben den Raubqualifikationen der §§ 250; 251 StGB betrifft der Streit auch die Diebstahlsqualifikationen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

<sup>4</sup> Vgl. zur Scheinwaffenproblematik auch *Schönke/Schröder-Eser/Bosch*, § 244 Rn. 13a.

Die Möglichkeit der sukzessiven Qualifikation wird von der Rechtsprechung<sup>5</sup> sowie von Teilen der Literatur<sup>6</sup> befürwortet. Zur Begründung wurde schon in früheren Entscheidungen angeführt, dass ein Täter, der erst in der Beendigungsphase – bei Raub und Diebstahl häufig eine Fluchtsituation – eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug verwende, genauso gefährlich sei wie derjenige, der diese Mittel schon vor der Tatvollendung einsetze<sup>7</sup>. Ferner sei eine genaue Bestimmung des Vollendungszeitpunkts einer Wegnahme in der Praxis häufig sehr schwierig und mitunter auch von Zufälligkeiten abhängig, so dass auch die Entscheidung über die Qualifikation vom Zufall abhänge, wenn man auf den Vollendungszeitpunkt abstelle<sup>8</sup>.

An dieser Ansicht hält die Rechtsprechung bis heute fest, so dass die sukzessive Qualifikation eines Raubs oder Diebstahls grundsätzlich für möglich gehalten wird, wenn bei deren Verwirklichung jedenfalls eine (weiterhin vorhandene) Zueignungs- oder Beutesicherungsabsicht des Täters vorliegt<sup>9</sup>.

Dem entgegen wird eine solche sukzessive Qualifikation von der überwiegenden Meinung im Schrifttum abgelehnt<sup>10</sup>. Im Wesentlichen werden Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) eingewendet, denn die Möglichkeit der Qualifikation nach Vollendung der Weg-

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 20, 194 (197); BGHSt 38, 295 (298 f.); BGHSt 52, 376 (377); BGHSt 53, 234 (236).

<sup>6</sup> Vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Bosch*, § 250 Rn. 10 ff., 23, § 251 Rn. 4.

<sup>7</sup> Vgl. BGHSt 20, 194 (197); BGHSt 38, 295 (298 f.).

<sup>8</sup> Vgl. hierzu z.B. die Ausführungen zur Vollendung der Wegnahme in BGHSt 20, 194 (195 f.).

<sup>9</sup> Vgl. BGHSt 31, 105 (107); BGHSt 52, 376 (377 f.).

<sup>10</sup> Vgl. *Eisele*, BT II, Rn. 340; *Lackner/Kühl*, § 244 Rn. 2; *MüKo-Sander*, § 250 Rn. 35; *Rengier*, BT I, § 4 Rn. 48 ff., § 8 Rn. 30 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 256.

nahme weite die Tatbestandsphase bei Raub und Diebstahl in den unbestimmt langen Zeitraum bis hin zur Beendigung aus<sup>11</sup>. Außerdem müsse eine Qualifikation immer an den Grundtatbestand anknüpfen, der bei Raub und Diebstahl jedoch regelmäßig mit der Wegnahme vollständig verwirklicht sei und zu dem die Fluchtphase gerade nicht mehr gehöre<sup>12</sup>. Schließlich führe gerade das von der Rechtsprechung nunmehr geforderte Merkmal der Beutesicherungsabsicht zu schwierigen Abgrenzungsproblemen zum räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB)<sup>13</sup>. Die Regelung des § 252 StGB würde in weiten Teilen unterlaufen, wenn man die Qualifikationstatbestände der §§ 244 Abs. 1 Nr. 1; 250; 251 StGB auch noch auf den Bereich nach der Vollendung der Wegnahme anwende<sup>14</sup>.

Der vorliegende Streit steht exemplarisch für ein sich häufig stellendes Problem. Oftmals ergeben sich die miteinander im Streit stehenden Ansichten nämlich aus den unterschiedlichen Perspektiven der Praxis einerseits und der Theorie andererseits. So nimmt auch hier die überwiegend von der Rechtsprechung vertretene, die sukzessive Qualifikation befürwortende, Ansicht für sich in Anspruch, Strafbarkeitslücken zu schließen und besonders gefährliche und schädigende Handlungen sowie besonders gravierende Folgen angemessen zu bestrafen<sup>15</sup>. Eine Strafbarkeitslücke kann sich nämlich jeweils dann ergeben, wenn der Täter erst nach der Wegnahme (Vollendung), also regelmäßig in der Phase der Beutesicherung, eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug (§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB bzw. § 250 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 2 StGB) oder ein sonstiges Werkzeug (§ 244

Abs. 1 Nr. 1b StGB bzw. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB) an sich nimmt, ein solches i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendet (z.B. mit einer Pistole auf einen Verfolger schießt), Misshandlungen nach § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB begeht, Gefahren für das Opfer gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1c, Abs. 2 Nr. 3b StGB verursacht oder sogar dessen Tod gemäß § 251 StGB herbeiführt. Verwirklicht der Täter eine dieser Qualifikationen ausschließlich, um seine Flucht nach vollendeter Wegnahme zu ermöglichen, so ist § 252 StGB jedenfalls mangels der dort erforderlichen Beutesicherungsabsicht nicht anwendbar. Eindeutig ist das Fehlen dieser Absicht beispielsweise dann, wenn der auf seine Verfolger schießende Täter die Beute auf der Flucht wegwirft. Die erschwerenden Tatumstände in solch einem Fall aber nicht zu berücksichtigen, weil das Grunddelikt nach Vollendung nicht mehr qualifiziert werden könne, stößt durchaus auf nachvollziehbare kriminalpolitische Bedenken, insbesondere angesichts der hohen Gefährlichkeit der Handlung des Täters. Diesen Bedenken will die Rechtsprechung mit ihrem pragmatischen Ansatz begegnen. Allerdings fordert auch die Rechtsprechung in jüngeren Entscheidungen einschränkend, dass eine nach Vollendung der Wegnahme verwirklichte Qualifikation jedenfalls von einer (weiteren) Zueignungs- bzw. Beutesicherungsabsicht getragen sein muss<sup>16</sup>. Dies führt praktisch zu einer Annäherung an die herrschende Literaturansicht.

Die herrschende Literaturansicht beruft sich demgegenüber auf allgemeingültige und feststehende strafrechtsdogmatische Grundsätze. Zwar werden die praxisbezogenen Bedenken der Rechtsprechung anerkannt, gleichzeitig wird deren Lösungsweg dennoch nicht für zulässig gehalten<sup>17</sup>. So ist auch das hier vorgebrachte Argument der Verletzung des Bestimmtheits-

<sup>11</sup> Vgl. *Rengier*, BT I, § 4 Rn. 49.

<sup>12</sup> Vgl. *Fischer*, § 251 Rn. 5.

<sup>13</sup> Vgl. *Eisele*, BT II, Rn. 340; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 355.

<sup>14</sup> Vgl. *Eisele*, BT II, Rn. 361; *LK-Vogel*, § 250 Rn. 23, § 251 Rn. 7; *Rengier*, BT I, § 4 Rn. 49; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 355.

<sup>15</sup> Vgl. BGHSt 38, 295 (299).

<sup>16</sup> Vgl. 52, 376 (377 f.); BGHSt 53, 234 (236 f.).

<sup>17</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 355.

grundsatzes nicht von der Hand zu weisen. Für denjenigen, der auf der Flucht nach einem Raub oder Diebstahl Personengewalt anwendet oder mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben droht, komme ausschließlich § 252 StGB in Betracht, da dieser genau solche Fälle erfasse. Zudem müssen auch die qualifizierenden Raubhandlungen in einem Finalzusammenhang<sup>18</sup> zur Wegnahme stehen, was aber grundsätzlich nur bis zur, nicht aber auch noch nach der Wegnahme möglich sei<sup>19</sup>. Schließlich würde auch der Grundsatz, dass Qualifikationen an die Tatbestandsverwirklichung anknüpfen müssen umgangen, wenn diese auch noch nach der vollständigen Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale zur Strafschärfung führen könnten.

Hiernach kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Rechtsprechung mit der Bejahung der sukzessiven Qualifikation bei Raub und Diebstahl einen pragmatischen Ansatz verfolgt und versucht zu „wertungsmäßig gerechten“ Ergebnissen zu kommen, während die herrschende Literaturansicht an strafrechtsdogmatischen Grundsätzen festhält und die Schließung von etwaigen Strafbarkeitslücken als Aufgabe des Gesetzgebers, nicht aber als eine der Rechtsprechung ansieht<sup>20</sup>.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

In dem vorliegenden Beschluss nimmt der BGH erneut Stellung zur Möglichkeit der sukzessiven Qualifikation am Beispiel des Raubs. Grundsätzlich wird an der aktuellen Rechtsprechung festgehalten und bestätigt, dass die Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch noch in der Beendigungsphase möglich sei, wenn das den Quali-

fikationstatbestand erfüllende Handeln (hier die Verwendung des Messers zur Bedrohung der C) noch von einer Zueignungsabsicht getragen ist, was auch dann anzunehmen sei, wenn das Handeln auf die Sicherung der Beute abziele<sup>21</sup>. Weiterhin lehnt es der Senat ab, das Tatgeschehen in einen vollendeten Raub (Wegnahme von Bargeld und Telefonkarten aus dem ersten Tresorfach) und einen fehlgeschlagenen Raubversuch (nicht zu öffnendes zweites Tresorfach) aufzuspalten und geht von einer einheitlichen Raubtat mit mehreren Wegnahmehandlungen aus<sup>22</sup>. Vor diesem Hintergrund hält es der Senat für zutreffend, den Einsatz des Messers „bei der Tat“ i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu bejahen und damit im Ergebnis zu einer Strafbarkeit wegen besonders schweren mittäterschaftlichen Raubs gemäß §§ 249 Abs. 1; 250 Abs. 2 Nr. 1; 25 Abs. 2 StGB zu kommen. Zwar wurde das Messer hier final erst zur Ermöglichung einer weiteren Wegnahme – nämlich der des von A und B in dem zweiten Tresorfach vermuteten Bargelds – eingesetzt. Allerdings kam es dann aber nicht mehr dazu. Dennoch soll die durch den Messereinsatz bewirkte Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch die bereits vollendete Wegnahme von Bargeld und Telefonkarten aus dem ersten Tresorfach erfassen, weil es sich um eine insgesamt einheitliche Raubtat handelte und A und B das Messer in der Absicht weiterer Zueignung verwendeten. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von den sonst in der Problemdiskussion vielfach herangezogenen Fluchtkonstellationen, bei denen weitere Wegnahmehandlungen in der Regel keine Rolle mehr spielen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Durch die vorliegende Entscheidung bleibt zunächst alles beim Alten. Der

<sup>18</sup> Vgl. dazu u.a. *Eisele*, BT II, Rn. 304 ff.; *Rengier*, BT I, § 7 Rn. 22 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 322.

<sup>19</sup> Vgl. *LK-Vogel*, § 251 Rn. 7.

<sup>20</sup> Vgl. *Fischer*, § 251 Rn. 5; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn. 355.

<sup>21</sup> BGH NJW 2010, 1385 (1385 f.).

<sup>22</sup> BGH NJW 2010, 1385 (1386).

Streit um die Möglichkeit der sukzessiven Qualifikation wird hierdurch nicht beigelegt. Vielmehr bestätigt der Senat einmal mehr die ständige Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage. Demnach ist nunmehr auch dann von einem insgesamt qualifizierten Raub oder Diebstahl auszugehen, wenn eine mitgeführte Waffe bzw. gefährliches Werkzeug nach der Vollendung einer Wegnahme verwendet wird, um bei einem mehrere Wegnahmeakte umfassenden Tatgeschehen weitere Teilakte zu verwirklichen. Praktisch führt dies – wie bereits in den Fluchtkonstellationen – dazu, dass der Finalzusammenhang von Einsatz des Raubmittels und Wegnahme immer mehr an Bedeutung verliert.

Für die Fallbearbeitung in Klausuren und Hausarbeiten ergibt sich aus der vorliegenden Entscheidung, dass bei der Prüfung von Raub und Diebstahl eine Streitdarstellung und -entscheidung erfolgen muss, wenn die Qualifikation des Raubs bzw. Diebstahls erst nach vollendeter Wegnahme erfolgt. Dabei kann es entscheidend darauf ankommen, das Tatgeschehen als solches zunächst richtig zu erfassen. Mehrere mit einander in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehende Wegnahmehandlungen können – wie der vorliegende Fall zeigt – durchaus eine einheitliche Raub- oder Diebstahls-tat darstellen. Wäre das Tatgeschehen in dem hier diskutierten Fall in einen vollendeten schweren Raub und einen besonders schweren (fehlgeschlagenen) Raubversuch aufgeteilt worden, wäre man in der Fallbearbeitung nicht zu dem Problem der sukzessiven Qualifikation gekommen, da der Einsatz des Messers dann eindeutig dem (naturgemäß noch nicht vollendeten) Raubversuch hinsichtlich des zweiten Tresorfachs zuzuordnen gewesen wäre.

Bei der Entscheidung des Streits um die Möglichkeit einer sukzessiven Qualifikation lassen sich mit den entsprechenden Argumenten sowohl die befürwortende Ansicht von Rechtsprechung und Teilen der Literatur als auch die

ablehnende Ansicht der herrschenden Literatur vertreten.

Entscheidet man sich in dem vorliegenden Fall jedoch gegen die Ansicht des BGH und folgt der herrschenden Literatur, müsste eine Qualifikation der ersten, bereits vollendeten Wegnahmehandlung durch den Einsatz des Messers abgelehnt werden. Um die Verwendung dieses gefährlichen Werkzeugs aber dennoch angemessen zu berücksichtigen, wäre es dann (jedenfalls aus prüfungstaktischen Gründen) jedoch sinnvoll, eine Aufspaltung des Tatgeschehens in einen vollendeten schweren Raub (erstes Tresorfach) und einen versuchten besonders schweren Raub (zweites Tresorfach) vorzunehmen. Nachdem dann zunächst der besonders schwere vollendete Raub nach §§ 249 Abs. 1; 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB abzulehnen wäre, müsste der anschließende (fehlgeschlagene) Versuch eines besonders schweren Raubs bejaht werden. Anderenfalls würde die durchaus strafwürdige Verwendung des Messers durch B völlig unberücksichtigt bleiben.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik nahezu identisch auch im Bereich der Beteiligungslehre stellt. So wird jedenfalls für die Mittäterschaft und die Beihilfe streitig diskutiert, ob die Erbringung entsprechender Tatbeiträge zwischen Vollendung und Beendigung der (Haupt)Tat zu einer sukzessiven Mittäterschaft oder Beihilfe führen kann<sup>23</sup>. Wie auch bei der sukzessiven Qualifikation von Raub und Diebstahl vertritt die Rechtsprechung hier eine jeweils befürwortende Ansicht, während sich weite Teile der Literatur eher gegen eine „nachträgliche“ Mittäterschaft oder Beihilfe aussprechen. Ähnlich wie mit § 252 StGB bei den Eigentumsdelikten, existiert mit der in § 257 StGB geregelten „Begünstigung“ eine Norm, die speziell auf Anschlusshandlungen ausgerichtet ist und für denjenigen eine Strafbarkeit vorsieht, der einem ande-

<sup>23</sup> Vgl. hierzu m.w.N. *B. Heinrich*, AT II, Rn. 1236 ff., 1324.

ren hilft, die aus der Vortat erlangten Vorteile zu sichern. Während nach der herrschenden Literaturansicht ganz eindeutig § 257 StGB zur Anwendung kommt, wenn ein anderer nach erfolgter Wegnahme bei der Beutesicherung hilft, kommt die Gegenansicht<sup>24</sup> zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen Beihilfe zur Vortat und Begünstigung<sup>25</sup>.

## 5. Kritik

Die zentrale Aussage des 5. Strafsenats in der vorliegenden Entscheidung erscheint kritikwürdig. Gegen die Möglichkeit der nachträglichen Qualifikation von Raub und Diebstahl sind zumindest dogmatische Bedenken einzuwenden. Dabei erscheint zunächst der weitgehende Verzicht auf eine kausale Verknüpfung des verwendeten qualifizierenden Raubmittels mit der Wegnahme offensichtlich. Wird vorliegend der Einsatz des Messers, der nach Ansicht von A und B die weitere Wegnahme von Bargeld (zweites Tresorfach) ermöglichen sollte, auch zur Qualifizierung des ersten, bereits vollendeten Wegnahmeaktes herangezogen, läuft dies praktisch auf den Verzicht des Finalzusammenhangs hinaus.

Der vorliegenden Entscheidung lassen sich aber auch die sonstigen Einwände der herrschenden Literatur entgegenhalten. So ist auch hier problematisch, dass der Senat von dem Grundsatz abweicht, die Verwirklichung der Qualifikation auf den Zeitraum der Tatbestandserfüllung – also die Phasen vom unmittelbaren Ansetzen bis hin zur Vollendung<sup>26</sup> – zu begrenzen. Berücksichtigt man, dass auch die Qualifikationsnormen regelmäßige Tatbestandsmerkmale enthalten, durch die der

Grundtatbestand „nur“ erweitert wird, scheint es höchst zweifelhaft, für deren Verwirklichung einen weiteren zeitlichen Rahmen gelten zu lassen als für die Merkmale des Grundtatbestands.

Zudem kann die Berücksichtigung erst im Beendigungsstadium verwirklichter Qualifikationen im Einzelfall auch zu erheblichen Strafbarkeitsausdehnungen führen. Da die Beendigungsphase in zeitlicher Hinsicht sehr unbestimmt sein kann und bei Raub und Diebstahl erst mit der vollständigen Beutesicherung eintritt, wäre es denkbar, dass die Qualifikation eines Raubs oder Diebstahls auch noch lange nach der eigentlichen Tatbegehung erfolgen kann, wenn bis dahin die Beute noch nicht vollständig gesichert ist.

Zwar wird von der Rechtsprechung nunmehr einschränkend eine Zueignungs- bzw. Beutesicherungsabsicht verlangt, jedoch führt dies wiederum zu weiterer Unklarheit. Wird nämlich eine Beutesicherungsabsicht gefordert, so wird damit ein spezielles subjektives Tatbestandsmerkmal des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) in die Raub- und Diebstahlsqualifikationen hineingelesen. Zugleich wird dadurch eine genaue Abgrenzung zu § 252 StGB erheblich erschwert. Vielmehr spricht bereits die Existenz des § 252 StGB gegen die sukzessive Qualifikation eines Raubs oder Diebstahls, denn mit § 252 StGB hat der Gesetzgeber einen eigenen Tatbestand geschaffen, der die Voraussetzungen, unter denen qualifizierende Handlungen nach einem vollendeten Raub oder Diebstahl zur Strafschärfung führen, abschließend regelt. Auch wenn die Rechtsprechung das kriminalpolitische Argument auf ihrer Seite hat, sprechen die besseren Gründe für die herrschende Ansicht der Literatur.

(*Martin Piazena*)<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Vgl. BGHSt 4, 132 (133); MüKo-Cramer, § 257 Rn. 24.

<sup>25</sup> Für einen Problemüberblick vgl. z.B. Rengier, BT I, § 20 Rn. 18; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 257 Rn. 7.

<sup>26</sup> Für einen vollständigen Überblick über die zeitlichen Stufen der Deliktsbegehung vgl. B. Heinrich, AT I, Rn. 700 ff.

<sup>27</sup> Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht, Prof. Dr. Bernd Heinrich, Humboldt-Universität zu Berlin.

## 1. Sachverhalt

S ist Schüler an einer öffentlichen Schule. Als er massiv und wiederholt den Unterricht der L stört, ermahnt ihn diese und bittet ihn, dies zu unterlassen.

Da der Schüler weiterhin die Veranstaltung erschwert, fordert die L ihn sodann auf, den Unterricht zu verlassen. Nachdem der S auch diesem Appell nicht nachkommt, fasst die L ihn am Oberarm und versucht, ihn aus dem Raum zu geleiten. Der S hält sich jedoch an seinem Tisch fest und äußert, dass ihm die Behandlung Schmerzen bereite. Daraufhin lässt die L von ihm ab.

Durch das Anpacken entstehen dem S Schmerzen am Oberarm sowie ein ca. 2 cm großes Hämatom.

Nachdem das Amtsgericht die Eröffnung des Hauptsacheverfahrens aus rechtlichen Gründen gem. §§ 203, 204 StPO ablehnt, legt die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde gem. § 210 Abs. 2 StPO gegen dessen Beschluss ein. Über diese Beschwerde hat das Landgericht im vorliegenden Fall zu entscheiden.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zu besprechende Entscheidung des Landgerichts Berlin<sup>1</sup> beschäftigt sich mit

<sup>1</sup> LG Berlin vom 18. Dezember 2009 – 518 Qs 60/09. Die zitierten Randnummern

## November 2010 Problemschüler-Fall

*Erheblichkeitsschwelle der Körperverletzung / Rechtfertigung von durch Lehrpersonal ausgeübtem einfachem körperlichen Zwang*

§§ 223 StGB; 1631 Abs. 2 BGB; 63 Abs. 2 S. 2 SchulG  
BE

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Greift ein Lehrer einen Schüler ohne Züchtigungsabsicht am Arm, um eine von ihm angeordnete Maßnahme durchzusetzen, so erfüllt er nicht den Tatbestand der Körperverletzung, wenn dem Schüler dadurch lediglich ein Hämatom und geringe Schmerzen entstehen.

2. Von Lehrpersonal ausgeübter einfacher körperlicher Zwang kann durch das dem Lehrer zustehende Hausrecht gerechtfertigt werden.

LG Berlin, Beschluss vom 18. Dezember 2009 – 518 Qs 60/09; Leitsatz veröffentlicht in JuS 2010, 458.

der Problematik einer Erheblichkeitsschwelle im Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 StGB<sup>2</sup> und der Zulässigkeit von Züchtigungsmaßnahmen durch Lehrpersonen.

Das Bestehen einer Erheblichkeitsschwelle im Tatbestand des § 223 wird bereits durch das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung bedingt, das gemäß gefestigter Definition<sup>3</sup> eine „nicht nur unerhebliche“ Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit voraussetzt. Das Vorliegen

der Entscheidung beziehen sich auf die bei [juris.de](http://juris.de) abrufbare Version.

<sup>2</sup> Sofern nicht anders vermerkt, sind alle §§ solche des StGB.

<sup>3</sup> Joecks, in MüKo, StGB, 2003, § 223 Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 223 Rn. 4; Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 3.

einer erheblichen Störung ist nach einhelliger Meinung aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu bewerten.<sup>4</sup> Weitere anerkannte Beurteilungskriterien sind außerdem Dauer und Intensität der Beeinträchtigung.<sup>5</sup>

Ausgehend davon wird teilweise vertreten, dass harmlose Prellungen, sowie kleinere Schürf- oder Brandwunden unerheblich seien.<sup>6</sup> Gleichzeitig wird jedoch auch das zwangsweise Abschneiden der Haare als erhebliche Misshandlung bewertet.<sup>7</sup> Es zeigt sich, dass die Ausgestaltung der Erheblichkeitsschwelle im Tatbestand des § 223 rein kasuistisch erfolgt<sup>8</sup>, weshalb definitive Aussagen nur schwer zu treffen sind.

Der vorliegende Beschluss behandelt darüber hinaus auch den Problemkreis der körperlichen Zwangseingriffe durch Lehrpersonal. Nach einer veralteten Meinung stand Lehrern ein gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund für maßvoll und angemessen ausgeübte Züchtigung zur Seite.<sup>9</sup> Aufgrund einer im letzten Jahrhundert radikal geänderten öffentlichen Auffassung zu diesem Thema kann eine solche Ansicht heute jedoch praktisch nicht mehr vertreten werden.

Verrechnet wurden diese sozialen Veränderungen insbesondere im „Recht auf eine gewaltfreie Erziehung“ (§ 1631 Abs. 2 S. 1 BGB), eingefügt

<sup>4</sup> Joecks (Fn. 3) § 223 Rn. 20; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3) § 223 Rn. 4a; Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 223 Rn. 4; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918, 2919.

<sup>5</sup> Joecks (Fn. 3) § 223 Rn. 20; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3) § 223 Rn. 4a.

<sup>6</sup> Heintschel-Heinegg, StGB, 2010, § 223 Rn. 22; BayObLG DAR 2002, 38 f.

<sup>7</sup> BGH NJW 1953, 1440; NSTZ-RR 2009, 50.

<sup>8</sup> Joecks (Fn. 3) § 223 Rn. 20.

<sup>9</sup> BGH NJW 1976, 1949, 1950; zur Darstellung vgl. Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3) § 223 Rn. 17; Fischer (Fn. 4) § 223 Rn. 18.

durch das Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung (GewaltächtG) aus dem Jahr 2000.<sup>10</sup>

Spezifische Züchtigungsverbote für Lehrkräfte finden sich darüber hinaus in schulrechtlichen Sondervorschriften wie zum Beispiel § 63 Abs. 2 S. 2 Berliner Schulgesetz (SchulG BE). Erlaubt sind Lehrern nur „Erziehungsmaßnahmen“ nach § 62 Abs. 2 SchulG BE (beispielsweise der mündliche Tadel oder die Eintragung in das Klassenbuch). Mit Beschluss der Klassenkonferenz beziehungsweise des Schulleiters sind auch schärfere „Ordnungsmaßnahmen“ (insbesondere der Ausschluss vom Unterricht) möglich (§ 63 Abs. 2 S. 1, Abs. 5 SchulG BE). Die Art und Weise der Umsetzung solcher Maßnahmen und ob zur Durchsetzung solcher Beschlüsse auch körperliche Mittel zur Anwendung kommen können, bleibt im Gesetz jedoch offen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung trifft zwei wesentliche Aussagen zur Strafbarkeit von körperlichen Übergriffen durch Lehrer auf Schüler in schulischen Konfliktsituationen. Das Landgericht verneint die Erfüllung des Körperverletzungstatbestands und argumentiert zudem für eine Rechtfertigung der L.

Zunächst stellt das Gericht fest, dass der Tatbestand der körperlichen Misshandlung i.S.d. § 223 Abs. 1 Alt. 1 nicht erfüllt sei, da die Behandlung durch die L aus der Sicht eines objektiven Betrachters unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liege.<sup>11</sup> Auf die Frage, ob das dem S zugefügte Hämatom den Tatbestand der Körperverletzung in Form der Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 Alt. 2 verwirklicht, geht es dabei nicht ein.

Obwohl damit alle für den Beschluss notwendigen Begründungen angeführt sind, fährt das Gericht fort in

<sup>10</sup> BGBl. I, 1479.

<sup>11</sup> LG Berlin 518 Qs 60/09 Rn. 7.

seiner Argumentation und setzt sich in einem obiter dictum sowohl mit der Sozialadäquanz von L's Vorgehensweise als auch mit der Möglichkeit, die Ausübung von einfachem körperlichen Zwang durch das Berliner Schulgesetz zu rechtfertigen, auseinander.

Das Gericht kommt dabei zu dem Schluss, dass der Tatbestand auch deshalb nicht erfüllt sei, weil die Lehrerin sozialadäquat gehandelt habe. Somit verneint es auch auf normativer Ebene das Vorliegen einer Körperverletzung, wenn ein Lehrer zur Durchsetzung von Ordnungsmaßnahmen zu einfachem körperlichen Zwang greift. Auch § 63 Abs. 2 S. 2 SchulG BE, der jede Form der körperlichen Züchtigung durch Lehrer verbietet, stehe dieser Auffassung nicht entgegen, da der Züchtigungsbegriff grundsätzlich eine Bestrafungsabsicht voraussetze und somit in Ermangelung dieser gar keine Züchtigung vorliege.<sup>12</sup>

Aus der Sozialadäquanz derartiger Handlungen ergibt sich für das Gericht, dass diese nicht tatbestandsmäßig seien<sup>13</sup> und somit ein Unrechtsausschluss nicht erst auf Rechtfertigungsebene vollzogen werden müsse.

Dennoch schließt das Landgericht daran im zweiten Teil seiner nicht entscheidungserheblichen Ausführungen die Erörterung einer möglichen Rechtfertigung körperlicher Übergriffe von Lehrern auf Schüler an.

Dabei geht es zunächst davon aus, dass das im Berliner Schulgesetz enthaltene Verbot der „körperlichen Züchtigungen“ nur mit Bestrafungsabsicht ausgeübte Maßnahmen umfasse und folglich auf einfachen körperlichen Zwang ohne derartige Absichten keine Anwendung finde. Infolge dieser Auslegung ergibt sich jedoch eine Regelungslücke hinsichtlich der Zulässigkeit von einfachem körperlichen Zwang ohne Bestrafungsabsicht.

Deshalb plädiert das Gericht dafür, durch die Heranziehung weiterer Eingriffsbefugnisse neben dem Berliner Schulgesetz diese Regelungslücke auszufüllen.

Selbst wenn die §§ 62 f. SchulG keine zulässige Eingriffsgrundlage darstellten, müsse – so das Gericht – der Übergriff durch das der Lehrerin zustehende Hausrecht gerechtfertigt werden können. Die Berufung auf das Hausrecht sei insoweit zulässig, wie die betreffende Maßnahme der Durchsetzung des der Schule obliegenden Bildungsauftrages (beziehungsweise des korrespondierenden Rechtes auf Bildung der Mitschüler) diene.<sup>14</sup> Damit stellt das Gericht klar, dass die Eingriffsbefugnisse von Lehrern nicht abschließend durch das Schulgesetz geregelt seien, sondern bei unzureichenden Handlungsmöglichkeiten um der Aufrechterhaltung des Schulbetriebs willen auch erweitert und – etwa um das Hausrecht – ergänzt werden könnten.

Im Übrigen geht das Gericht vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff aus, der auch beim Fehlen sachlicher Eingriffsvoraussetzungen eine Diensthandlung nicht als rechtswidrig erachtet, wenn der Amtsträger nach pflichtgemäßer Prüfung deren Vorliegen annehmen durfte.<sup>15</sup>

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Relevanz hat die vorliegende Entscheidung für Studenten vor allem deshalb, weil der Tatbestand der Körperverletzung und die Frage der Erheblichkeitsschwelle zum Grundstoff des juristischen Studiums gehört.

Ob die Problematik in der hier geschilderten Form des Übergriffs eines Lehrers jedoch auch für die Klausur- und Hausarbeitenbearbeitung wichtig werden wird, ist schwer abzusehen.

<sup>12</sup> LG Berlin 518 Qs 60/09 Rn. 8.

<sup>13</sup> LG Berlin 518 Qs 60/09 Rn. 10.

<sup>14</sup> LG Berlin 518 Qs 60/09 Rn. 14.

<sup>15</sup> LG Berlin 518 Qs 60/09 Rn. 15 f.

Der Beschluss des Landgerichts wirft die interessante methodische Grundfrage auf, ob eigentlich abgeschlossene Regelungsmaterien wie das Berliner Schulgesetz offen sind für weitere unbenannte Rechtfertigungsgründe.

Für die Praxis kommt dem Beschluss große Bedeutung zu. Einerseits trägt er zur umfangreichen Kasuistik im Bereich der Erheblichkeitsschwelle bei; andererseits könnte im vorliegenden Fall ein sinnvoller Anstoß gegeben sein, das Thema der körperlichen Übergriffe von Lehrern auf Schüler aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten. Beschränkte man sich bisher auf die Aussage, dass Lehrern kein Züchtigungsrecht zustehen soll, so ist doch aus praktischer Sicht die Zulässigkeit einfachen körperlichen Zwangs diskussionswürdig. Dass die Problematik der möglicherweise erlaubten körperlichen Maßnahmen an Gewicht gewinnen wird, scheint – angesichts immer neuer Berichte über wegen Respektlosigkeit und Gewalt resignierendem Lehrpersonal<sup>16</sup> – sicher.

Ob der Ansatz des Landgerichts auch in der Entscheidungspraxis anderer, auch höherer Gerichte berücksichtigt werden wird, wird sich jedoch erst zeigen müssen.

## 5. Kritik

Obwohl begrüßenswerte Klarstellungen bisher ungeklärter Rechtsfragen getroffen werden, lassen sich mehrere Einwände gegen die Entscheidung formulieren.

An erster Stelle ist dabei die Tatsache anzuführen, dass das Landgericht die Verwirklichung einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 nur in der Alternative der körperlichen Misshandlung prüft und nicht auf das Vorliegen einer Gesundheitsschädigung eingeht. Damit

unterlässt es das Gericht, die Qualität von kleineren Hämatomen in Bezug auf das Merkmal der Gesundheitsschädigung zu diskutieren. Es ist im vorliegenden Fall zwar naheliegend, dass nach der Auslegung des Gerichts ein 2 cm großes Hämatom auch in der Variante der Gesundheitsschädigung nicht erheblich sein soll. Da davon auszugehen ist, dass sich die Erheblichkeitsschwelle in der Tatbestandsalternative der Gesundheitsschädigung von der körperlichen Misshandlung unterscheidet, hätte es dazu dennoch näherer Ausführungen bedurft.

Darüber hinaus können die Erwägungen zur Sozialadäquanz und Rechtfertigung von körperlichen Übergriffen durch Lehrer als Versuch des Gerichts gesehen werden, anlässlich des vorliegenden Falls in einem weitgehend ungeklärten Gebiet mittels eines obiter dictums grundsätzliche Klarstellungen herbeizuführen.

Dabei ist der normativ durch Sozialadäquanz begründete und bereits auf Tatbestandsebene erfolgende Ausschluss von einfachem körperlichen Zwang durch Lehrer auf Schüler nicht unproblematisch. Mit dieser Entscheidung stellt sich das Landgericht nämlich für den Bereich körperlicher Übergriffe in schulischen Konflikten gegen die (etwa hinsichtlich des Problems der Tatbestandsmäßigkeit ärztlicher Heilbehandlungen) liberale Tendenz des BGH<sup>17</sup>, normativ begründete Tatbestandsausschlüsse zu vermeiden und das Unrecht erst auf Rechtfertigungsebene auszuschließen. Damit sind auch hier die hinsichtlich normativer Tatbestandsausschlüsse gültigen Bedenken<sup>18</sup> anzuführen, dass paternalistische Argumentationsmuster die Autonomie des Einzelnen missachten.

<sup>16</sup> Symptomatisch der offene Brief der damaligen Schulleiterin der Rütli-Schule in Berlin-Neukölln aus dem Jahre 2006.

<sup>17</sup> BGH NJW 1972, 335, 336; NJW 1998, 1802, 1803; NJW 2000, 885, 886.

<sup>18</sup> Vgl. *Ulsenheimer*, in Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 138 Rn. 2 ff.

Wohl auch in Ansehung dieser Rechtsprechung wendet sich das Landgericht dann zwar der Problematik der Rechtfertigung von körperlichen Übergriffen zu, trifft jedoch auch dabei diskussionsbedürftige Entscheidungen.

Zunächst ist fraglich, ob nicht auch einfacher körperlicher Zwang vom Züchtigungsverbot umfasst sein könnte. Dazu ließe sich anführen, dass auch das BGB einen umfassenden Schutz im Sinne eines „Recht[s] auf eine gewaltfreie Erziehung“ postuliert, der gegen jedwede körperliche Maßnahme gerichtet sein müsste.

Für die Auffassung des Gerichts spricht jedoch, dass die Unterscheidung zwischen körperlichem Zwang mit Bestrafungsabsicht und solchem ohne derartige Absichten (also ausschließlich als Mittel zur Erreichung eines davon verschiedenen Zwecks) eine konsistente Auslegung darstellt. Diese ist insbesondere mit der Gesetzesbegründung zum GewalttächtG aus dem Jahr 2000 vereinbar.<sup>19</sup>

Überdies ist problematisch, dass das Gericht das Hausrecht als zulässige Eingriffsgrundlage für Lehrer betrachtet und diesen somit weitere, über das Schulgesetz hinausgehende Eingriffsbefugnisse zugesteht. Fraglich ist dabei nämlich, ob das Schulgesetz dies überhaupt zulässt. Bejahte man die Zulässigkeit weiterer Eingriffsbefugnisse, würde man die Abgeschlossenheit der schulgesetzlichen Regelungen verneinen.

Die Heranziehung anderer Eingriffsgrundlagen und Zugestehung weiterer Eingriffsbefugnisse (wie hier das Hausrecht) scheint zwar aufgrund der Regelungslücke des Berliner Schulgesetzes naheliegend. Dennoch stellt sich hinsichtlich eines möglichen Grundrechtseingriffs die Frage, ob für diesen eine zulässige Eingriffsgrundlage gegeben wäre. Denn gerade im Bereich der

Grundrechtseingriffe muss der Vorbehalt des Gesetzes beachtet werden.<sup>20</sup>

Aus rechtspolitischer Sicht ist die Grundaussage des Urteils jedoch der Sache nach zu begrüßen. Die Tatsache, dass Lehrern in bestimmten Situationen wie der vorliegenden – in denen die Voraussetzungen einer Notwehrlage in der Regel nicht erfüllt sein werden – keinerlei Handlungsmöglichkeit zur Seite stehen soll, erscheint sachwidrig. Es wäre unhaltbar, wenn dem Lehrer als letztes Mittel nur die aussichtslose Bitte zur Durchsetzung der angeordneten Maßnahmen bleibt. Möchte man nicht einen gesamten Berufsstand seiner Handlungsfähigkeit berauben, wäre es empfehlenswert, einfachen körperlichen Zwang zuzulassen.

Dennoch oblag es im vorliegenden Fall nicht dem Gericht, die Straflosigkeit von einfachem körperlichen Zwang festzustellen. Vielmehr bedarf es einer Initiative der Landesgesetzgeber, Lehrern genau bestimmte, maßvolle Eingriffsbefugnisse auch oberhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 223 zuzugestehen.

*(Friedrich Preetz / Moritz Schröder)*

<sup>19</sup> Vgl. BT-Dr. 14/1247 S. 5.

<sup>20</sup> Herzog/Grzeszick, in Maunz/Dürig, GG, 59. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 98.

## 1. Sachverhalt

B und C überfallen am 4. Oktober 2008 ein Geschäft. B ist rechtskräftig wegen schwerer räuberischer Erpressung verurteilt. Der Angeklagte A erfuhr bereits Mitte 2007 vom Tatplan seines Bruders B.

Als A von B in Kenntnis gesetzt wird, dass der Überfall am Abend begangen werden soll, weigert er sich – auch auf wiederholte Anfrage des B – teilzunehmen. Er begleitet B zu einem Treffen mit dem im Geschäft angestellten Z, der zur Tatbegehung erforderliche Interna weitergibt. Nachdem Z gegangen ist, treffen sie den C, der sich spontan zum Überfall bereit erklärt. A hört, wie beide die Mitnahme einer geladenen Schreckschusspistole vereinbaren. Er begleitet B und C bis in die Nähe des Tatorts. B und C erbeuten 40.000 €.

Obwohl am Tatort DNA-Spuren des A sichergestellt werden können und C und Z – wenngleich nicht übereinstimmend – dessen aktive Beteiligung jedenfalls bei der Tatplanung bekunden, vermag das Landgericht unter Anwendung des Zweifelssatzes eine Beteiligung des A an der schweren räuberischen Erpressung nicht festzustellen.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der zu besprechenden Entscheidung des BGH<sup>1</sup> liegt die Frage zu Grunde, ob

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 19.5.2010 – 5 StR 464/09, NJW 2010, 2291.

## Dezember 2010 In dubio pro reo-Fall

*Verhältnis des § 138 StGB zu den Katalogtaten / Anzeigepflicht des Katalogtat-Verdächtigen*

§ 138 StGB

**Leitsatz des Gerichts:** Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 I und II StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht.

BGH, Urteil vom 19. Mai 2010 – 5 StR 464/09; veröffentlicht in NJW 2010, 2291.

eine Verurteilung nach § 138 StGB<sup>2</sup> möglich ist, obwohl der Verdacht der Verwirklichung einer im Katalog des § 138 genannten Tat bestehen bleibt.

Die frühere Rspr. des BGH<sup>3</sup> schloss auch denjenigen von der Anzeigepflicht aus, der sich durch Anzeige in den Verdacht einer Katalogtatbeteiligung bringen konnte. Demnach wäre das Verhalten des A, der sich durch eine Anzeige der geplanten Tat offensichtlich in den Verdacht gebracht hätte, an der Planung der Tat beteiligt gewesen zu sein, straffrei.

Diese Rspr. korrigierte der BGH<sup>4</sup> dahingehend, dass eine Anzeigepflicht nicht deshalb entfalle, weil der zur Anzeige Verpflichtete sich dadurch in den Verdacht der Beteiligung bringe. Von der Strafbarkeit befreit bleibe jedoch, wer auch nach Abschluss der Beweisaufnahme der nicht angezeigten Tat verdächtig ist.

<sup>2</sup> Weitere §§ ohne Nennung sind solche des StGB.

<sup>3</sup> BGH JR 1964, 225, 226.

<sup>4</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167; BGH MDR 1979, 635, 636; BGH NSTZ 1982, 244.

Es stellt sich die Frage, ob eine **echte Wahlfeststellung** in Betracht kommt, was auch in der Rechtsprechung diskutiert wurde.<sup>5</sup> Voraussetzung einer echten Wahlfeststellung ist eine Unsicherheit im Sachverhalt, wobei jede der in Betracht kommenden Varianten ein Strafgesetz verletzt.<sup>6</sup> Sind diese in ihren Verhaltensweisen rechtsethisch und psychologisch vergleichbar, ist eine Verurteilung wahlweise nach dem einem oder dem anderen Tatbestand angezeigt.<sup>7</sup> Dies drückt sich so auch im Urteilstenor aus. Eine echte Wahlfeststellung zwischen Katalogtatbeteiligung und Nichtanzeige wurde aber stets abgelehnt, da die Verhaltensweisen in rechtsethischer und psychologischer Hinsicht nicht vergleichbar seien.<sup>8</sup> Auf der Basis der älteren Urteile wäre A straffrei ausgegangen.

In der Literatur wurde die Haltung des BGH mehrheitlich - wenn auch in unterschiedlicher Akzentuierung - kritisiert. Die h.L.<sup>9</sup> sieht im Deliktscharakter des § 138 im Verhältnis zur Katalogtat, welche sich lediglich durch eine unterschiedliche Schwere des Handlungswertes unterscheidet, ein **normativ-ethisches Stufenverhältnis**. Deswegen sei eine Verurteilung nach § 138 möglich und geboten.

Ebenfalls zur Strafbarkeit gem. § 138 gelangt eine Minderheitsmeinung,<sup>10</sup> die eine echte Wahlfeststellung unter Ausdehnung der Vergleichbarkeitskriterien für möglich erachtet. A wäre hiernach aus § 138 oder der Katalogtat strafbar.

Diesen Literaturmeinungen liegt die Prämisse zu Grunde, dass **Schutzgut**

**des § 138** nur die durch die anzeigepflichtigen Straftatbestände geschützten Rechtsgüter sind.

Von dieser Linie weicht eine weitere Ansicht<sup>11</sup> ab, indem sie zumindest auch die Rechtspflege als Schutzgut des § 138 erachtet. In Ermangelung eines Stufenverhältnisses zwischen § 138 und Katalogtat und unter doppelter Anwendung des „**in dubio pro reo**“ Grundsatzes gelangt sie daher zur Straffreiheit.

Eine a.A.<sup>12</sup> begründet die Strafbarkeit im Wege einer sog. **Präpendenzfeststellung**. Dies meint die Situation, bei der von zwei Sachverhalten nur der zeitlich frühere sicher feststeht, dessen rechtliche Beurteilung jedoch von dem nachfolgenden, unaufklärbaren Sachverhalt abhängt.<sup>13</sup>

Der BGH<sup>14</sup> hat schon vor einigen Jahren die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zu Gunsten der h.L. signalisiert.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Andeutung einer Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung<sup>15</sup> realisiert der erkennende Senat nun, nachdem er die Rechtsfrage zum Gegenstand eines Anfrageverfahrens gem. § 132 II GVG gemacht hat. Die anderen Senate stimmen der Rechtsansicht des erkennenden Senats zu oder geben an, ihre eigene Rechtsprechung stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen.<sup>16</sup>

Der BGH sieht eine doppelte Anwendung des Zweifelssatzes im vorliegenden Fall als rechtlich nicht geboten

<sup>5</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167.

<sup>6</sup> BGHSt 12, 386, 388.

<sup>7</sup> BGHSt 9, 390, 394; 21, 152, 153.

<sup>8</sup> BGHSt 36, 167, 170; 39, 164, 167.

<sup>9</sup> *Rudolphi/Stein*, in SK, 8. Aufl. 2006, § 138 Rn. 35; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2010, § 138 Rn. 6; *Hanack*, in LK, 12. Aufl. 2008, § 138 Rn. 75; *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 29.

<sup>10</sup> *Hilgendorf*, in Arzt/Weber/Heinrich, BT, 2. Aufl. 2009, § 46 Rn. 23.

<sup>11</sup> *Eisele*, BT I, 2007, Rn. 1202; *Rengier*, BT II, 11. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1.

<sup>12</sup> Vgl. *Joerden*, Jura 1990, 633, 640f. Dieser entwickelt seine Ansicht konkret zur Postpendenz, welche lediglich der umgekehrte Fall der Präpendenz ist.

<sup>13</sup> *Wessels/Beulke*, AT 39. Aufl. 2009, Rn. 809.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2004, 499, 500 (obiter dictum).

<sup>15</sup> BGH NStZ 2004, 499, 500.

<sup>16</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

an. Zwischen Katalogtat und § 138 bestehe ein normativ-ethisches Stufenverhältnis. Beide hätten als identische Schutzgüter die von den Katalogstrafatbeständen des § 138 geschützten Rechtsgüter, denen § 138 mittelbaren Schutz verleihe. Ein Stufenverhältnis bestehe, da sie eine abgestufte Intensität bzgl. des Angriffs aufwiesen. Der Anwendung einer Wahlfeststellung bedürfe es somit nicht.<sup>17</sup>

Bleibt der Angeklagte der Katalogtatbeteiligung nach abgeschlossener Beweisaufnahme verdächtig, sei er in dubio pro reo zu Gunsten der minderen Zurechnungsform aus § 138 zu bestrafen. Nach Abschluss der Beweisaufnahme ist allein die Intensität der Zurechnung des Unrechtserfolgs zweifelhaft geblieben. Einer Verurteilung aus § 138 stünden somit keine rechtlichen Bedenken entgegen.<sup>18</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Ausbildung ergibt sich aus dem Urteil nur eine bedingt veränderte Lage, da § 138 nicht in allen Bundesländern zum Pflichtfachstoff der universitären Ausbildung gehört.<sup>19</sup> Interessant sind jedoch die Ausführungen über das normativ-ethische Stufenverhältnis, welches beispielsweise in Konstellationen von Täterschaft zu Teilnahme ebenfalls Anwendung findet.

In der Praxis spielt § 138 nur eine untergeordnete Rolle.<sup>20</sup> Nichtsdestotrotz ist aus der Sicht der Strafverfolgung von Interesse, dass das Urteil die frühere Rspr. des BGH aufhebt und der

h.L. angleicht. Dies führt zur Schließung der von Vielen als unangemessen empfundenen Strafbarkeitslücken.

#### 5. Kritik

Unsere Kritik des Urteils wird sowohl auf die Argumente des BGH eingehen als auch weitere Lösungsansätze erörtern. Einzugehen ist auf die Wahlfeststellung, die Annahme eines normativ-ethischen Stufenverhältnisses und die Präpondenzfeststellung.

Die Argumentation des BGH, die Annahme einer **Wahlfeststellung** hätte die Bemakelung des Angeklagten mit einer zweifelhaft gebliebenen, schwereren Straftat zur Folge und sei daher abzulehnen, ist nicht zu beanstanden. Darüber hinaus besteht auch keine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit zwischen § 138 und der Katalogtat.

Der BGH stützt sein Urteil auf die Annahme, dass ein **normativ-ethisches Stufenverhältnis** vorliege.<sup>21</sup> Voraussetzung hierfür ist die Identität der geschützten Rechtsgüter.

Dies bejaht der BGH unter Verweis auf den **Wortlaut** des § 138, wonach zur Straflosigkeit die Anzeige an den Bedrohten genügt.<sup>22</sup> Es gehe also in erster Linie um die Abwehr der Gefahr der Rechtsgutsbeeinträchtigung für den Bedrohten. In der Literatur wird zudem der **Telos** des § 138 angeführt, wonach Normzweck die Verhütung verbrecherischer Erfolge und nicht die Bestrafung einer gemeinschaftswidrigen Gesinnung sei.<sup>23</sup> Dies äußert sich in § 139 IV 1, wonach zur Straffreiheit ausreicht, die Ausführung oder den Taterfolg durch andere Handlungen als durch Anzeige abzuwenden.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>18</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>19</sup> § 138 ist Pflichtstoff in: Bayern, Bremen, Hessen, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen, Rheinland-Pfalz (Stand 2007).

<sup>20</sup> Die jährlichen Verurteilungszahlen liegen (bezogen auf die Anzahl erwachsener Straftäter) selten über zehn Personen; Nachweise bei *Ostendorf*, in NK 3. Aufl. 2010, §§ 138/139 Rn. 4.

<sup>21</sup> BGH NJW 2010, 2291, 2292.

<sup>22</sup> Mit der Ausnahme des § 138 II, wonach in Fällen ohne konkrete Individualbedrohung nur die Anzeige an die Behörde strafbefreiend wirkt.

<sup>23</sup> *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 2.

<sup>24</sup> *Ostendorf*, in NK, 3. Aufl. 2010, §§ 138, 139 Rn. 3.

**Gegen** die Annahme eines normativ-ethischen Stufenverhältnisses spräche die Annahme, dass **auch die Rechtsordnung Schutzgut** des § 138 ist.<sup>25</sup>

Dafür ist aus **systematischen** Erwägungen die Einordnung des § 138 in den Abschnitt der Straftaten gegen die öffentliche Ordnung anzuführen.

Auch das obige Wortlautargument spricht bei wertender Betrachtung und lebensnaher Auslegung nicht zwingend gegen diese Ansicht. Der Bedrohte wird sich regelmäßig an die (Polizei-)Behörden wenden, wenn er sich – nach erfolgter Anzeige an ihn – der drohenden Rechtsgutsverletzung erwehren will. Dafür sprechen das Gewaltmonopol des Staates und das Bedürfnis nach effektivem Schutz. Selbst wenn der Bedrohte sich anderer, nicht staatlicher Mittel bedient, um kurzfristig die drohende Rechtsgutsverletzung abzuwenden, so wird er doch spätestens zur dauerhaften Abwehr auf die (Polizei-)Behörde zurückgreifen.

Der Telos des § 138 erschöpft sich entgegen der Annahme der h.L. nicht im Schutz von Individualrechtsgütern. Den Normzweck aus rechtspolitischen Gründen in das gewünschte Argumentationsschema einzubinden mag zwar der Vermeidung von unerwünschten Strafbarkeitslücken dienen, jedoch stellt dies eine unzulässige, auf die Rechtsfolge fokussierte Argumentation dar.

Zudem darf § 139 IV 1 nicht ohne Satz 2 gelesen werden. Dieser nimmt auch denjenigen von der Strafbarkeit aus, ohne dessen Zutun die Ausführung oder der Erfolg der Tat ausgeblieben ist, sofern er sich ernsthaft bemühte, den Erfolg abzuwenden. Dies bedeutet aber **e contrario**, dass derjenige strafbar bleibt, der sich nicht ernsthaft um die Erfolgsabwendung bemüht hat, obwohl eine Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsguts ausgeblieben ist. Wäre der Tresor im vorliegen-

den Fall von Anfang an leer gewesen, dann würde die Tat des B und C einen untauglichen (strafbaren) Versuch darstellen. A wäre – wenn er sich nicht ernsthaft bemüht hätte, den Erfolg abzuwenden – strafbar, obwohl eine konkrete Rechtsgutsgefährdung zu keiner Zeit bestanden hätte. Dieses Ergebnis kann nur bedeuten, dass § 138 – liest man ihn in Verbindung mit **§ 139 IV 2** – auch die Rechtsordnung schützt.

§ 138 schützt die in den Katalogstrafatbeständen aufgeführten Rechtsgüter **und** die Rechtsordnung. Mangels Identität der geschützten Rechtsgüter ist ein normativ-ethisches Stufenverhältnis nicht gegeben.

Eine weitere Möglichkeit, die Strafbarkeit des A zu bejahen, könnte in der Anwendung des **Präpendenzgedankens** liegen. Dieser führt in Fällen der mitbestraften Vortat – unter einfacher Anwendung des Zweifelssatzes – bei konkurrenzrelevanten Verhaltensweisen zu einer eindeutigen Bestrafung.<sup>26</sup> Grund ist, dass eine mitbestrafte Vortat lediglich auf Konkurrenzebene durch die nachfolgende Haupttat verdrängt wird. Kann die Haupttat mangels Beweisen nicht festgestellt werden, so bestimmt die Strafbarkeit der Vortat das Ergebnis.

§ 138 setzt nach ganz h.M. die Fremdheit der Katalogtat als Tatbestandsmerkmal voraus, sodass tauglicher Täter nur ein anderer als der Katalogtattäter sein kann.<sup>27</sup> Daher handelt es sich beim Verhältnis von § 138 und den Katalogstrafatbeständen nicht um eine konkurrenzrelevante, sondern um eine **tatbestandsrelevante** Frage. Das Nachverhalten schließt die Strafbarkeit des feststehenden Vorverhaltens tatbestandlich aus. Strukturell ist die tatbestandsrelevante Präpendenzfeststel-

<sup>25</sup> Eisele, BT I, 2007, Rn. 1202; Rengier, BT II, 11. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1.

<sup>26</sup> Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 91; Joerden, JZ 1988, 847, 853.

<sup>27</sup> BGHSt 36, 167, 169; 39, 164, 167; Haack, in LK, 12. Aufl. 2008, § 138 Rn. 42; Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 20/21 m.w.N.

lung somit mit der echten Wahlfeststellung verwandt. Die h.M. behandelt solche Fälle daher auch nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung.<sup>28</sup> Nur eine Minderheitsmeinung, welche das Erfordernis der Fremdheit der Katalogtat verneint, kommt zu einem konkurrenzrelevanten Verhältnis zwischen § 138 und den Katalogtaten.<sup>29</sup> Dies verstößt allerdings zum einen gegen den *nemo tenetur* Grundsatz. Zum anderen spricht der Wortlaut des § 138 gegen diese Meinung, da der Beteiligte nicht vom Vorhaben oder der Ausführung „erfährt“, sondern infolge seiner Mitwirkung informiert ist.<sup>30</sup> Darüber hinaus kann es kriminalpolitisch nicht sinnvoll sein, dem Beteiligten einen Rücktritt durch eine Anzeigepflicht zu erschweren.<sup>31</sup>

Zusammenfassend ist zum Urteil des BGH anzumerken:

1. Eine Wahlfeststellung wird zutreffender Weise abgelehnt.
2. Ein normativ-ethisches Stufenverhältnis besteht zwischen einer Tat nach § 138 und einer Katalogtat mangels Identität der geschützten Rechtsgüter entgegen dem BGH nicht.
3. Eine Präpendenzfeststellung scheidet auf Grund des tatbestandsrelevanten Verhältnisses zwischen § 138 und den Katalogstraftatbeständen.

A wäre somit unter doppelter Anwendung des **in dubio pro reo** Grundsatzes freizusprechen.

Es bleibt kritisch zu hinterfragen, ob es einer in § 138 normierten Strafbarkeit überhaupt bedarf. Der Bürger ist bereits bei einer Verbrechensbeobachtung durch die unechten Unterlassungsdelikte sowie durch die unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c zu zivilcouragiertem Verhalten verpflichtet. Es ist aber fragwürdig, schon im Vorfeld eines möglicherweise zu erwartenden Geschehens die Nichtanzeige einer Straftat mit einer zu fünf jährigen Freiheitsstrafe zu bedrohen, zumal im Katalog auch Vergehen, Fahrlässigkeitsdelikte und Straftaten gegen wiederherstellbare Rechtsgüter enthalten sind.

*(Stephan Nitsios und Stephan Rauch)*

<sup>28</sup> Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 91; Satzger, in Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 1 Rn. 67; Joerden, JZ 1988, 847, 853.

<sup>29</sup> Rudolphi/Stein, in SK, 8. Aufl. 2006, § 138 Rn. 5; Wachsmuth/Waterkamp, JA 2005, 509, 511.

<sup>30</sup> Jeßberger, in Satzger/Schmitt/Widmaier, 2009, § 138 Rn. 22; Hohmann, in MK, 2003, § 138 Rn. 22 m.w.N.

<sup>31</sup> Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 20; Fischer, StGB, 57. Aufl. 2009, § 138 Rn. 19.