

# *famos*

**Der Fall des Monats im Strafrecht**

**Online-Zeitschrift**

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

**Jahresband 2011**

**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

In drei vom Bundesverfassungsgericht miteinander verbundenen Verfahren wurden die drei Beschwerdeführer (Bf.) wegen Untreue zu Bewährungsstrafen verurteilt. Der BGH bestätigte dies zumindest im Ergebnis.

Im Fall des ersten Verfahrens<sup>1</sup> verwaltete der Bf., ein Bereichsvorstand der S.-AG, „schwarze Kassen“ im Ausland, die ihm sein Vorgänger anvertraute. Die Existenz der Konten hielt er zur Verwendung zu späteren Bestechungszwecken weiter geheim und entzog sie so dem Zugriff der unwissenden S.-AG.

Im Fall des zweiten Verfahrens<sup>2</sup> vergütete der Vorstand einer Betriebskrankenkasse Mitarbeiter mit erheblichen Prämien, die die Höhe deren Gehälter erreichten. Dies geschah über mehrere Jahre hinweg und nach Ansicht der Fachgerichte unter Überschreitung des dem Vorstand gegebenen Ermessensspielraums.

Dem dritten Verfahren<sup>3</sup> lag die Verurteilung von Vorstandsmitgliedern der Hypothekenbank-AG zugrunde. Sie hatten mehrere Kredite an eine Unternehmensgruppe gewährt, die hauptsächlich Plattenbauten zur späteren Modernisie-

## Januar 2011 Untreue-Fall

*Vereinbarkeit des Untreuetatbestandes des § 266 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot / verfassungsgerichtliche Kontrolle der Strafrechtsprechung.*

Art. 103 Abs. 2 GG, § 266 Abs. 1 StGB

### Leitsätze des Gerichts

1. Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren.
2. Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot).
3. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 –2 BvR 2559/08, 105, 491/09; veröffentlicht im Rechtsportal juris u.a.

rung kaufte. Hierbei unterblieb nach Ansicht der Fachgerichte eine pflichtgemäße Prüfung der Rückzahlungsfähigkeit der Kreditnehmer.

Die Bf. rügen eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots sowie des Gesetzlichkeitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG, zum einen durch die Weite und Unklarheit des Untreuetatbestandes des § 266 Abs. 1 StGB, zum anderen durch die dogmatische Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung und der damit einhergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Bereich des Versuchs, der von der Norm nicht sanktioniert wird.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kritik der unzureichenden Bestimmtheit des Tatbestands bezieht sich

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 29.08.2008 - 2 StR 587/07.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2008 - 2 StR 451/08.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 4.2.2009 - 5 StR 260/08.

auf seine bisherige Konkretisierung durch die Rechtsprechung.

Nach der h.M. lasse insbesondere der Wortlaut zum Treubruch als der zweiten Tatbestandsalternative die Subsumtion zahlreicher zivilrechtlicher Vertragsverhältnisse zu. Dies stünde im Widerspruch zum aus dem spezifischen Unrechtsgehalt der Untreue erwachsenden Strafanspruch und würde zu einer **massiven Ausdehnung der Strafbarkeit** führen.<sup>4</sup> Da auch der Wortlaut des Missbrauchstatbestands als der ersten Alternative, wenn auch in engeren Grenzen als der Treubruch, eine Bestrafung trotz fehlenden spezifischen Unrechts des Untreuetatbestandes zuließe, fordert die h.M. in Anknüpfung an den Wortlaut „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ das Bestehen einer **Vermögensbetreuungspflicht** in gleichem Umfang für beide Tatbestandsalternativen<sup>5</sup> und stellt zur Eingrenzung der Strafbarkeit<sup>6</sup> hohe Anforderungen an ihr Vorliegen.<sup>7</sup> So wird das Tatbestandsmerkmal über zwei wesentliche Elemente zu konkretisieren versucht. Es muss sich (1.) um eine **Hauptpflicht** und damit um den wesentlichen Inhalt des Treueverhältnisses handeln,<sup>8</sup> und (2.) muss dem Betrauten eine gewisse **Selbstständigkeit** und damit eigenverantwortlicher Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Betreuung des Vermögens gewährt werden.<sup>9</sup>

Diese Konkretisierung wurde aber richterrechtlich entwickelt, lässt daher nach wie vor eine große Bandbreite möglicher Interpretationen und damit Abgrenzungsschwierigkeiten zu,<sup>10</sup> zumal

<sup>4</sup> *Ransiek*, ZStW 116 (2004) 634.

<sup>5</sup> Vgl. zum Meinungsstreit *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2010, § 266 Rn. 4.

<sup>6</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, 12. Aufl. 2010, § 18 Rn. 15.

<sup>7</sup> Einen Gesamtüberblick über die differenzierte Rspr. gibt *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 372 ff.

<sup>8</sup> BGHSt 33, 244, 250; 41, 224, 228 f.

<sup>9</sup> BGH NStZ-RR 2002, 107; wistra 2002, 142, 143; 2008, 427, 428.

<sup>10</sup> Vgl. nur die Auflistung der Bsp. für eine Bejahung der hinreichenden Selbststän-

digkeit in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 25.

für die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Gegensatz zur bloßen Bestimmung ihres Vorliegens noch keine konsistente Rechtsprechung besteht. Sie begegnet deshalb nach Ansicht der Bf. und Stimmen der Literatur verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der notwendigen **Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit**,<sup>11</sup> die Art. 103 Abs. 2 GG fordert<sup>12</sup>, während von der Gegenseite gerade die Notwendigkeit der offenen Gestaltung des Tatbestands betont wird, um gegenüber sich verändernden Wirtschaftsverhältnissen flexibel zu bleiben.<sup>13</sup>

Außerdem umstritten ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Nachteilszufügung. Ähnlich wie beim Betrug gem. § 263 StGB genügt der h.M. zur Bejahung auch hier der Eintritt einer **schadensgleichen Vermögensgefährdung**. Darin wird aber die Gefahr einer im Tatbestand nicht vorgesehenen und damit wegen der Art. 103 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG verfassungswidrigen **Vorverlagerung der Strafbarkeit** gesehen.<sup>14</sup> Dies rügen auch die Bf.<sup>15</sup>

Die h.M. versucht das Problem durch eine weitgehende Gleichstellung einer bloßen Vermögensgefährdung mit einem tatsächlichen Vermögensnachteil zu lösen. Die Gefährdung muss demnach hinreichend konkret sein, „die Gefahr des Vermögensverlustes also so nahe liegend und groß sein, dass nach

digkeit in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 25.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105, 491/09 Rn. 47 ff. (Sämtliche genannten Rn. beziehen sich auf die juris-Veröffentlichung der Entscheidung).

<sup>12</sup> *Dierlamm*, in: MK, 2006, § 266 Rn. 3; *Kargl*, ZStW 2001, 565, 589; *Lesch*, DRiZ 2004, 135; skeptisch auch *Knauer*, NStZ 2002, 399.

<sup>13</sup> *Altvater*, DRiZ 2004, 134; BVerfG NJW 1978, 1423; NJW 2009, 2370, 2371.

<sup>14</sup> Auch skeptisch, aber bei entsprechend restriktiver Auslegung i.E. für verfassungsgemäß erachtend *Dierlamm*, in: MK, 2006, § 266 Rn. 3.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 (Fn. 11) Rn. 50.

wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage liegt<sup>16</sup>. Die Betonung dieser Definition liegt aber dennoch auf dem Vorliegen einer Gefahr. Der 1. Strafsenat des BGH bezeichnet diese Diskussion zumindest im Falle pflichtwidriger Kreditvergaben explizit als Scheinproblematik, da in diesen Fällen faktisch durch die Saldierung der ausbezahlten Geldsumme mit dem Wert des (geminderten) Rückzahlungsanspruchs bereits ein konkreter Vermögensschaden eingetreten sei.<sup>17</sup>

In einer früheren Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht allerdings bereits die Verfassungsmäßigkeit der Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung in engen Grenzen grundsätzlich festgestellt.<sup>18</sup>

Ein generelles Problem betrifft die Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG setzen für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde die mögliche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten voraus. Damit ist das Bundesverfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz, sondern ermöglicht lediglich einen außerordentlichen Rechtsbehelf zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Fachgerichtsbarkeit.<sup>19</sup> Gerade im Bereich der Strafgerichtsbarkeit verschwimmen aber die Kompetenzgrenzen zwischen Bundesverfassungs- und Fachgerichten, da Entscheidungen der letzteren wegen

möglicher Bestrafungen regelmäßig eine erhöhte Grundrechtsrelevanz aufweisen. Insofern war zu klären, inwieweit die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf solche Entscheidungen erhöht ist.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

#### a) Fallbezogene Aussagen

Die Verfassungsbeschwerden der Bf. zu 1. und 2. wurden als unbegründet zurückgewiesen, die des Bf. zu 3. für begründet erachtet.

Bzgl. der ersten Beschwerde stellt das Gericht die Verfassungsgemäßheit der Verurteilung fest.

Fraglich war hier, ob durch das Unterlassen der Offenbarung der schwarzen Kassen ein Vermögensabfluss (Nachteil) vorlag oder nur keine Zuwendung erfolgt sei und eine Nachteilszufügung damit nicht stattgefunden habe. Ergebe sich kein echter Minderwert, so liege bei dennoch erfolgreicher Gleichbehandlung eine verbotene Analogie vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Rspr. des BGH, einen Nachteil durch Vergleich des **Istzustandes** mit dem im Falle pflichtgemäßen Handelns bestehenden **Sollzustand** (und nicht, wie z.T. in der Literatur vertreten, mit dem status quo ante) festzustellen. Beides ließe sich mit dem Wortlaut des § 266 StGB vereinbaren, wobei gerade bei ersterem Vorgehen eine klare Trennung von Pflichtwidrigkeit und Nachteil vorzunehmen sei, um den strafbarkeitsbeschränkenden Charakter des Nachteils zu erhalten.<sup>20</sup> Daran anschließend führt es aus, dass auch Gewinnaussichten im Sinne von Anwartschaften nach alltäglichen wirtschaftlichen Erfahrungen konkrete Vermögensrelevanz haben und deren **endgültige Vereitelung** als Nachteilszufügung gewertet werden kann. Auch wenn der Bf. die schwarzen Kassen nicht selbst eingerichtet habe,

<sup>16</sup> Rengier (Fn. 6) § 18 Rn. 49 mit Verweis auf § 13 Rn. 83. Die Rspr. zusammenfassend auch BVerfG NJW 2009, 2370, 2372.

<sup>17</sup> BGH JR 2008, 426, 428, Rn. 18 ff.; ablehnend Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 32. Aufl. 2009, § 18 Rn. 775a. mwN. zur an der Figur der Vermögensgefährdung festhaltenden Rspr.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2009, 2370, 2372 f.

<sup>19</sup> Wieland, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 34 ff.; Maunz/Dürig, GG, 58. Lfg. 2010, Art. 93 Rn. 65.

<sup>20</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 117 ff.

beinhalte bereits das **bloße Fortführen** das Element der Vereitelung, entscheidend sei die **Endgültigkeit und Dauerhaftigkeit** der Zurückhaltung des Geldes.<sup>21</sup> Hierdurch ergebe sich ein echter Minderwert.

Dem Vorbringen des zweiten Bf., wonach die Auslegung des Merkmals der Vermögensbetreuungspflicht durch die Rspr. und insbesondere des befassten LG zu ungenau sei, ist das Gericht nicht gefolgt. Zwar verweise der § 266 StGB auf außerstrafrechtliche Normen zur Bestimmung des Inhalts der Vermögensbetreuungspflicht, wodurch die Gefahr begründet werde, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht mehr erkennbar seien — allerdings führten wegen der notwendigen Flexibilität bzgl. sich ändernder Wirtschaftsverhältnisse gewisse **Randunschärfen noch nicht zur Verfassungswidrigkeit**, solange die Norm einer **restriktiven, präzisierenden Auslegung** im Sinne des Gesetzgebers zugänglich sei und eine gefestigte Rspr. bestehe.<sup>22</sup> Diese konkretisierende Auslegung werde bei der Untreue dadurch erreicht, dass besondere Anforderungen auch an die außerstrafrechtlichen Wertungen gestellt werden. Den Täter müsse eine über den bloßen Vertragsbruch hinausgehende **herausgehobene Pflicht** zur Wahrung fremder Vermögensinteressen treffen. Zudem dürfe die Verletzung einer solchen Vermögensbetreuungspflicht nur in Konstellationen **deutlich (evident) pflichtwidrigen Verhaltens**<sup>23</sup> angenommen werden, um so die Vorhersehbarkeit der Strafdrohung und den Charakter der Untreue als Vermögensdelikt zu sichern. Beide Elemente liegen laut dem Bundesverfassungsgericht hier vor. Den Bf. habe die (Haupt)Pflicht der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 4 Abs. 4 SGB V getroffen, die er durch die Bewilligung von Prämien deutlich missbraucht habe.

Die Beschwerde des dritten Bf. erachtete das Gericht hingegen für begründet. Zwar sei die Annahme der Verletzung der **Vermögensbetreuungspflicht** durch LG und BGH zutreffend. Es entspreche allgemeinen bankkaufmännischen Grundsätzen, Kredite nur nach sorgfältiger Bonitätsprüfung zu gewähren, was hier nicht geschah.

Hingegen halte hier im konkreten Fall die Annahme einer Nachteilszufügung in Form eines vermögensgleichen Gefährdungsschadens verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht stand. Der BGH hat einen derartigen Gefährdungsschaden angenommen, da die Auszahlung der Darlehensvaluta zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem die finanzielle Situation des Kreditnehmers bereits sehr angespannt war. Damit sei der wirtschaftliche Wert des Rückzahlungsanspruchs bereits gemindert gewesen. Dieser Nachteil sei unabhängig von etwaigen Kompensationen eingetreten. Zwar erhebt das Bundesverfassungsgericht gegen das Abstellen auf das Institut des **Gefährdungsschadens** keine Bedenken, insbesondere erfolge keine Vorverlagerung der Strafbarkeit. Dies ergebe sich aus der Erwägung, dass sich Preise in einem marktorientierten Wirtschaftssystem auch nach Zukunftserwartungen richteten, also schon bei einer negativen Prognose ein gegenwärtiger Nachteil (z.B. in Form eines wertgeminderten Darlehensrückzahlungsanspruchs) anzunehmen sei. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung weise also nicht auf einen Gefährdungstatbestand, sondern eine eingetretene Vermögensminderung hin. Deshalb sei aber bei der Annahme eines Gefährdungsschadens eine besonders sorgfältige **Bestimmung der konkreten Schadenshöhe erforderlich**, um den Untreuetatbestand nicht zu überdehnen. So sei das Nachteilsmerkmal anhand **objektiver Kriterien** zu ermitteln, also mittels wirtschaftlicher Analysen, falls nötig unter Hinzuziehung eines Sachverständigen. Prognosespielräume müssten durch vorsich-

<sup>21</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 123.

<sup>22</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 73 ff.

<sup>23</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 110.

tige Schätzungen ausgefüllt werden, im Zweifel müsse freigesprochen werden.<sup>24</sup> Diese Maßstäbe seien aber im vorliegenden Fall nicht eingehalten worden: Ein Schaden sei allein aufgrund normativer Wertungen bzgl. des eingegangenen Risikos angenommen worden. Da diese aber bereits i.R.d. Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht berücksichtigt wurden, seien die eigenständige Bedeutung des Nachteils verkannt und **beide Tatbestandsmerkmale „verschleift“** worden. Die Ermittlungen zur Bestimmung des eingetretenen Schadens seien damit unzureichend und evident ungeeignet zur Konturierung der Norm.<sup>25</sup> Dies stelle einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot dar.

*b) Grundsätzliches zum verfassungsrechtlichen Maßstab*

Das **strikte Bestimmtheitsgebot** des Art. 103 Abs. 2 GG richte sich einerseits an den Gesetzgeber, der gehalten sei, möglichst präzise Tatbestandsmerkmale mit klaren Kriterien der Strafbarkeit zu schaffen.<sup>26</sup> Andererseits richte es sich an die Gerichte mit dem Verbot strafbegründender Analogie<sup>27</sup>, wie auch dem **Verschleifungsverbot** (s. oben). Somit werde der Gewaltentrennung Rechnung getragen.<sup>28</sup> Auch leitet das Gericht das **Präziserungsgebot für die Gerichte**<sup>29</sup> ab. Unpräzisen Tatbeständen sollten durch eine konkretisierende Judikatur gefestigte Konturen gegeben werden, um die Voraussetzungen der Strafbarkeit zu verdeutlichen.<sup>30</sup> Durch diese Vorgaben werde die Verfassungskonformität auch vergleichbar weiter Tatbestände, wie dem des § 266 StGB, gewährleistet.<sup>31</sup>

Das Bundesverfassungsgericht erkennt für sich zudem die Pflicht zur **umfassenden Kontrolle der Strafgerichtsbarkeit** im Hinblick auf die Einhaltung dieser Maßstäbe. Die Kompetenz ergebe sich aus dem strengen Gesetzesvorbehalt und der Abgrenzung von Judikative und Legislative in dem grundrechtssensiblen Bereich des Strafrechts und dem damit einhergehenden Bedürfnis demokratischer Legitimation, die Art. 103 Abs. 2 GG fordere.<sup>32</sup> Das Bundesverfassungsgericht statuiert in Bezug auf solche unklaren Strafnormen eine gestufte Kontrolldichte: Das in der Regel durch höchstrichterliche Obersätze gefestigte Normverständnis unterliege nur einer auf evidente Verfassungsverstöße beschränkten Kontrolle, so dass die fachgerichtliche Verantwortung in Bezug auf nichtverfassungsrechtliche Fragen unberührt bleibe. Das Bundesverfassungsgericht prüfe aber das Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung sowie die Vereinbarkeit gerichtlicher Entscheidungen mit dieser in vollem Umfang nach. Nur eine gefestigte und von allen Gerichten beachtete Rechtsprechung garantiere die Verfassungsmäßigkeit der Norm, indem sie die Bedingungen der Strafbarkeit hinreichend konkretisiere.<sup>33</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In seiner Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB richterlich festgestellt und Maßstäbe zur Auslegung des § 266 StGB entwickelt, die von den Fachgerichten beachtet werden müssen. Damit sind die immer wieder geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes für die Praxis geklärt. Zudem werden die Gerichte eine strikere Trennung der Tatbestandsmerkmale zu beachten haben. Die Bestimmung der Nachteilszufügung ist dann wegen der oftmals

<sup>24</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 141, 150.

<sup>25</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 152 ff.

<sup>26</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 71 f.

<sup>27</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 68.

<sup>28</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 77.

<sup>29</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 80.

<sup>30</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 74 f.

<sup>31</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 84 ff.

<sup>32</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 69, 81.

<sup>33</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 82 f.

komplexen wirtschaftlichen Verhältnisse individuell im Wege von Einzelfallentscheidungen vorzunehmen. Dazu muss zukünftig eine genaue Auslegung des Nachteilsmerkmals, sei es auch als Gefährdungsschaden, und stets konkrete Feststellungen zur Schadenshöhe erfolgen, notfalls durch Hinzuziehung von Sachverständigen. Derartig präzise wirtschaftliche Feststellungen selbst treffen zu müssen, wird die Tatrichter als Juristen ohne vertiefte wirtschaftliche Kenntnisse künftig fordern.

Um das Merkmal der Pflichtwidrigkeit auch im Hinblick auf die Verweise in außerstrafrechtliche Normen einzugrenzen, wurde zudem klargestellt, dass nicht jede risikoreiche Entscheidung ein strafbares Verhalten darstellt. Vielmehr muss eine Pflichtverletzung evident, der Rahmen des zulässigen Verhaltens klar überschritten sein.

Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts erhöht der Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 GG die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Abzuwarten bleibt, ob es zukünftig die Fachgerichte tatsächlich stärker und umfassender kontrolliert.

## 5. Kritik

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, § 266 StGB trotz seiner Unbestimmtheit wegen der jahrzehntelangen, festigenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung als verfassungsgemäß zu erachten, ist aus Gründen der Praktikabilität grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings stellt sich die Frage, wie dann frühere Verurteilungen wegen Untreue verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind. Wird die Norm erst durch eine konkretisierende Rechtsprechung der Obergerichte verfassungsgemäß, geht dies zu Lasten der vor Entstehung dieser gefestigten Rechtsprechung Verurteilten. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, dass bereits das Reichsgericht vor Entstehung der Bundesrepublik mit der Konkretisierung des Tatbestands begonnen hatte, denn eine weitgehende Über-

nahme dieser Rechtsprechung durch den BGH nach 1949 war keineswegs selbstverständlich. Folglich fand die verfassungsmäßige Ausgestaltung erst durch diese frühen Entscheidungen statt, womit das Bundesverfassungsgericht heute im Umkehrschluss die Verfassungswidrigkeit dieser Verurteilungen wegen der damaligen Unbestimmtheit des Tatbestands feststellt.

Zudem gibt das Festhalten an der schadensgleichen Vermögensgefährdung Anlass zur Kritik. Zwar überzeugt die inhaltliche Seite dieser dogmatischen Figur, da gewisse Gefährdungen nach wirtschaftlicher Betrachtung tatsächlich bereits einen Nachteil begründen können. So stellt das Bundesverfassungsgericht selbst fest: „Die Ausdrücke „Gefährdungsschaden“ und „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ weisen mithin in der Sache nicht etwa auf eine richterrechtlich geschaffene besondere Kategorie von Gefährdungsdelikten hin; sie bezeichnen vielmehr eine „nicht drohende, sondern eingetretene Vermögensminderung“.<sup>34</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt ist das Festhalten an der Bezeichnung einer bloßen Gefährdung irreführend, da hierdurch der Eindruck entsteht, es könne doch eine bloße Gefährdung ohne eingetretenen konkreten Schaden ausreichen. Bestehende Unsicherheiten wegen des Problems der Vorverlagerung der Strafbarkeit in Literatur und Rechtsprechung werden so gerade nicht beseitigt.

(Sebastian Leuschner und Franziska Nicolai)

<sup>34</sup> BVerfG – 2 BvR 2559/08, Rn. 141 mwN.

## 1. Sachverhalt

Am 27.04.2004 nehmen die Polizeibeamten K und F den aus Sierra Leone stammenden C wegen des Verdachts des illegalen Kokainhandels fest. Hierbei vermuten sie, dass C kleine Kokainkügelchen verschluckt haben könnte. Um ein sofortiges Ausscheiden der geschluckten Kügelchen zu ermöglichen und diese als Beweismittel zu sichern, ordnet K die Herbeiziehung eines Arztes zur Durchführung einer Exkorporation an.

Hierfür ist der von dem Direktor B des Instituts für Rechtsmedizin geleitete Beweissicherungsdienst zuständig.

Der dort tätige Arzt A strebt zunächst die für ihn nach seiner Dienstanweisung verpflichtende Standardmethode an. Danach ist die Verabreichung von Brechsirup und Wasser zur eigenhändigen Einnahme vorgesehen. Dies scheitert jedoch mangels Mitwirkung des C.

Sodann beginnt A mit der zwangsweisen Verabreichung des Brechmittels durch eine Nasen-Magen-Sonde. Hierzu fesseln die Beamten den C, sodass dieser schließlich bewegungsunfähig ist.

Trotz C's kontinuierlicher Bemühungen während der Maßnahme, Erbrochenes nicht nach außen dringen zu lassen, wird ein Kokainkügelchen herausgespült. Dabei gelangt auch Wasser in seine Atemwege, wodurch C in Ohnmacht fällt. Daraufhin veranlasst A die Alarmierung des Notarztes N, ohne je-

## Februar 2011 Brechmittel-Fall

*Strafbarkeit von ärztlichen Zwangsmaßnahmen / Fahrlässigkeit in der Form eines Übernahmeverschuldens / Organisationsverschulden Dritter*

§§ 222, 227 StGB, § 81a StPO

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Fahrlässig schuldhaftes Handeln kommt bei demjenigen Arzt in Betracht, der eine Tätigkeit übernimmt, obwohl er weiß oder erkennen kann, dass ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse fehlen.
2. Eine Körperverletzung durch die Exkorporation mittels einer Nasen-Magen-Sonde ist nicht durch § 81a StPO gerechtfertigt.
3. Trotz eines kausalen Organisationsverschuldens Dritter ist die ebenfalls kausale Pflichtwidrigkeit des Täters nicht zu entkräften.

BGH, Urteil vom 29. April 2010 – 5 StR 18/10; veröffentlicht in NJW 2010, 2595.

doch selbst Erst-Hilfe-Maßnahmen zu ergreifen.

Nach kurzer Zeit beendet N seinen Einsatz, da die schon zuvor eingetroffenen Sanitäter den Zustand des C stabilisiert hatten. Dennoch kommt er der Bitte des A nach, der weiteren Durchführung der Maßnahme beizuwohnen und ihm seine Geräte zur technischen Überwachung der Behandlung zur Verfügung zu stellen. Obwohl dabei noch zwei weitere Kügelchen zum Vorschein kommen und C zusehends in Passivität und Lethargie verfällt, provoziert A – ohne durchgängige Kontrolle der Vitalwerte – mittels der Kehrseite einer Pinzette und eines Holzspatels einen weiteren Brechreiz.

Schließlich fällt C ins Koma und verstirbt an einer Sauerstoffunterversorgung des Hirns.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der BGH beschäftigt sich vorliegend mit der Strafbarkeit des den Brechmitteleinsatz leitenden Arztes.

Einerseits sind solche Handlungen auf **strafprozessualer** Ebene zu beurteilen. So sollte nach früher herrschender Ansicht<sup>1</sup> die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln gemäß § 81a Abs. 1 S. 2 StPO prinzipiell zulässig und zur Aufklärung schwerer Straftaten auch verhältnismäßig sein. Der Einsatz von Vomitivmitteln sei ein unverzichtbares Mittel im Kampf gegen die Drogenkriminalität.<sup>2</sup>

Nach aktueller Rechtsprechung des EGMR<sup>3</sup> liegt in der zwangsweisen und gewaltvollen Verabreichung eines Brechmittels durch eine Magensonde hingegen ein Verstoß gegen das Verbot erniedrigender Behandlung gemäß Art. 3 EMRK und den fair-trial-Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Auch andere Stimmen in der Literatur sehen darin einen nicht mehr nach § 81a Abs. 1 S. 1 StPO zulässigen körperlichen Eingriff.<sup>4</sup> Dieser sei mit Blick auf die mit ihm verbundenen menschenunwürdigen Behandlungen und Gefahren abzulehnen, da die gewaltsame Einführung einer Magensonde durch die Nase erhebliche

gesundheitliche Risiken<sup>5</sup> berge und zudem unverhältnismäßig sei.<sup>6</sup>

Andererseits stellt sich auch die Frage, wie ein derartiger Fall in **materiell-strafrechtlicher** Hinsicht zu beurteilen ist. Dabei ist entscheidend, auf Grund welchen Tuns oder Unterlassens dem ausführenden Arzt eine Verletzung seiner beruflichen Sorgfaltspflichten vorzuwerfen ist.

Nach gängiger Auffassung handelt fahrlässig, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte und wenn sich gerade diese Pflichtwidrigkeit in dem tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.<sup>7</sup> So könnte ein Angeklagter mit der Begründung freigesprochen werden, dass er den tödlichen Erfolg nicht habe vorhersehen und daher nicht vermeiden können. Dabei ließe sich anführen, dass er mangels ausreichender Ausbildung und Erfahrung mit seiner Tätigkeit überfordert gewesen ist.<sup>8</sup>

Dahingegen kann eine Sorgfaltspflichtverletzung auch bereits in der Übernahme einer riskanten Tätigkeit liegen, sog. „**Übernahmeverschulden**“.<sup>9</sup> Eine solche „Übernahmefahrlässigkeit“ komme bei demjenigen in Betracht, der eine rechtsgütergefährdende Tätigkeit übernimmt, obwohl er den damit korrespondierenden Gefahren mangels ausreichender Sachkunde nicht gewachsen ist.<sup>10</sup> Demnach gelte der Fahrlässigkeitsvorwurf der Über-

<sup>1</sup> OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl. 1997, § 81a Rn. 22; Rogall, NStZ 1998, 66, 68; Zaczyk, StV 2002, 125, 126.

<sup>2</sup> So etwa Schäfer, NJW 1997, 2437, 2438.

<sup>3</sup> Vgl. EGMR NJW 2006, 3117 ff.; zweifelnd Gaede, HRRS 2006, 241, 247 f.

<sup>4</sup> Schuhr, NJW 2006, 3538, 3541; differenzierend Safferling, Jura 2008, 100, 105 f.; zuvor bereits OLG Frankfurt NJW 1997, 1647; Binder/Seemann, NStZ 2002, 234, 238.

<sup>5</sup> Zum diesbezüglichen Beschluss des 105. Deutschen Ärztetages 2002 s. Eidam, NJW 2010, 2599 f.

<sup>6</sup> Binder/Seemann, NStZ 2002, 234, 236 f.; ähnlich auch Krause, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn. 52.

<sup>7</sup> BGHSt, 49, 1; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 15 Rn. 12a; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 40. Aufl. 2011, Rn. 657.

<sup>8</sup> Vgl. Brüning, ZJS 2010, 549; Eidam, NJW 2010, 2599, 2600.

<sup>9</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2598.

<sup>10</sup> BGHSt 43, 306, 311; BGH NJW 2010, 2595, 2598 m.w.N.; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 36.

nahme statt der anschließenden Ausführungshandlung. Übernimmt z.B. ein Arzt eine Behandlung, ohne die dafür erforderlichen Kenntnisse zu haben, so liege darin ein Sorgfaltsmangel, welcher die Übernahmefahrlässigkeit begründe. Durch diese Form der Fahrlässigkeit ließen sich Strafbarkeitslücken vermeiden. Es werde unterbunden, dass der in seinen Fähigkeiten Beschränkte regelmäßig schuldfrei und folglich straflos bleibt.<sup>11</sup>

Rechtstheoretisch sei die Figur der Übernahmefahrlässigkeit mit der fahrlässigen *actio libera in causa* zu vergleichen. Der Schuldvorwurf der *actio libera in causa* knüpfe an denjenigen Akt an, durch den der Täter sich in eine Schuldunfähigkeitslage versetzt.<sup>12</sup> Dieser liege bei der Übernahmefahrlässigkeit nicht etwa in einem zurückliegenden Versäumnis hinreichender Ausbildung, sondern in der gegenwärtigen Übernahme einer rechtsgutsgefährdenden Tätigkeit.<sup>13</sup> So wird beispielsweise bei einem Arzt nicht darauf zurückgegriffen, dass dieser seine medizinische Ausbildung nicht mit dem nötigen Eifer verfolgt, oder ein Autofahrer im Fahrunterricht nicht genügend aufgepasst hat.<sup>14</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält den erstinstanzlichen Freispruch des LG Bremen für rechtsfehlerhaft und verweist die Sache zurück, und zwar nunmehr an eine Schwurgerichtskammer.<sup>15</sup>

Dabei stellt er fest, dass der tödlich verlaufende Brechmitteleinsatz nach aktuellen objektiven Maßstäben – im Hinblick auf das Urteil des EGMR zum Fall *Jalloh*<sup>16</sup> – eindeutig als **Körperver-**

**letzung mit Todesfolge** gemäß § 227 StGB einzuordnen ist.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Fall sei zu Gunsten des A unter Berücksichtigung der zur Tatzeit einschlägigen Rechtsprechung<sup>18</sup>, wonach der Einsatz von Brechmitteln gemäß § 81a StPO grundsätzlich zulässig war, allerdings ein Erlaubnistatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum anzunehmen.<sup>19</sup> Der BGH lässt es aber zunächst offen, welcher dieser Irrtümer einschlägig ist.

Daran anschließend stellte sich für den BGH die Frage, inwiefern A eine fahrlässige Tötung vorzuwerfen ist, § 222 StGB. Er hebt hervor, dass eine Pflichtwidrigkeit durch Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht<sup>20</sup> noch nicht darin liegt, dass der Arzt die rechtliche Zulässigkeit der angeordneten Maßnahme nicht bezweifelt. Dies sei ihm angesichts des **Vertrauensgrundsatzes** nicht zuzumuten.<sup>21</sup> Der die Zwangsmaßnahme ausführende Arzt sei nämlich nicht - über seine medizinischen Pflichten hinaus - zur Überprüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Eingriffs verpflichtet, es sei denn, es handele sich um eine offensichtlich willkürlich angeordnete Zwangsmaßnahme.<sup>22</sup>

Des Weiteren beurteilt der BGH ein die Fahrlässigkeit ausschließendes Drittverhalten. So könne erwogen werden, im Rahmen des bisher kaum ergründeten sog. „**Organisationsverschuldens**“ eine den Einzelnen unter Umständen entlastende Strafbarkeit derjenigen anzunehmen, die ihn zu seiner Handlung veranlassten.<sup>23</sup> Ein Organisationsverschulden liegt vor, wenn ein

<sup>11</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn. 22 ff.

<sup>12</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 7), § 10 Rn. 415.

<sup>13</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 24 Rn. 118.

<sup>14</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 24 Rn. 118.

<sup>15</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2599.

<sup>16</sup> EGMR NJW 2006, 3117.

<sup>17</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>18</sup> Vgl. OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; ferner KG Berlin NStZ-RR 2001, 204.

<sup>19</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>20</sup> *Binder/Seemann*, NStZ 2002, 234, 236; *Hackethal*, JR 2001, 164, 165; *Zaczyk*, StV 2002, 125.

<sup>21</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>22</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>23</sup> BGH NJW 2010, 2598.

Weisungsbefugter die ihm obliegenden Pflichten an ungeeignete Personen überträgt oder deren ordnungsgemäße Erfüllung nicht überwacht.<sup>24</sup> Den Direktor B könnte hier ein derartiges Verschulden treffen. Diese Konstruktion führe jedoch nicht zur Straffreiheit des A, wenn sich in dem für den Erfolg ebenfalls kausalen pflichtwidrigen Verhalten Dritter gerade auch das Risiko der Pflichtwidrigkeit des Täters verwirklicht.<sup>25</sup> Somit sei in diesem Fall Nebentäterschaft und kein entlastendes Drittverhalten gegeben.<sup>26</sup>

Hatte das LG eine **Aufklärungspflicht** des Arztes in Bezug auf die Zwangsexkorporation mangels Niederschrift in der für den A verbindlichen Dienstanweisung noch für nicht notwendig erklärt, so verdeutlicht der BGH, dass eine solche bereits aus der Berufsordnung für Ärzte<sup>27</sup> folge.<sup>28</sup>

Das LG hatte den A trotz objektiver Sorgfaltspflichtverletzung mangels subjektiver Fähigkeit und Vorhersehbarkeit vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen. Dagegen zeigt der BGH auf, dass die Fahrlässigkeit im Rahmen ärztlicher Eingriffe neben der Würdigung sog. „Kunstfehler“ insbesondere auch im Hinblick auf ein etwaiges **Übernahmeverschulden** zu bewerten ist. Dazu habe das LG bereits zahlreiche Umstände, wie z.B. die unzureichende Anamnese, unzureichende Gerätekenntnis und fehlende Grundkenntnisse über die Behandlung ohnmächtiger Patienten, festgestellt, jedoch nicht gewürdigt.

Zusätzlich weist der Senat darauf hin, dass für eine bewusste Selbstgefährdung des C durch dessen Abwehrhandlungen keine Anhaltspunkte vorlägen. Es könne nicht angenommen wer-

den, dass dieser das Risiko des Todes hätte in Kauf nehmen wollen, um nicht wegen eines Vergehens bestraft zu werden.<sup>29</sup>

Überdies wird gerügt, dass es das LG unterlassen hat, einen Verstoß des A gegen das aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 EMRK folgende **Gebot der Wahrung der Menschenwürde** zu prüfen. Denn ein solcher sei mit Blick auf die dem C widerfahrenen Behandlungen evident. Nach den anfänglichen Behandlungen sei das Fortfahren der Maßnahme bereits unverhältnismäßig und das Provokieren eines weiteren Brechreizes mittels der Kehrseite einer Pinzette und eines Holzspatels als rechtswidrige Körperverletzung zu bewerten.

Auf Grund der Tatsache, dass A mit der Druck- und Ausnahmesituation überfordert war, rät der BGH eine milde Bestrafung durch die Annahme eines minder schweren Falles und eines Verbotsirrtums an. Letztlich wird darauf hingewiesen, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Leiters (B) und anderer Mitwirkender (K, F und N) in Form von Nebentäterschaft durchaus naheliege.<sup>30</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung ist sowohl in strafprozessualer als auch in materiellrechtlicher Hinsicht bedeutsam. Der 5. Strafsenat des BGH sieht den Brechmitteleinsatz mittels einer Nasen-Magen-Sonde aus heutiger Sicht **nicht nach § 81a StPO gerechtfertigt** und betrachtet diesen eindeutig als eine strafbare Körperverletzung. Insbesondere ist das Merkmal „kein Nachteil für seine Gesundheit“ nicht erfüllt sowie der immer zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Zwangsmaßnahme nicht gewahrt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung endet bereits vor der Angemessenheit, da die Menschenwürde

<sup>24</sup> Brüning, ZJS 2010, 549, 552.

<sup>25</sup> BGH NJW 2010, 2598.

<sup>26</sup> Vgl. OLG Bamberg NStZ-RR 2008, 10, 12; Fischer (Fn. 7), § 15 Rn. 15c.

<sup>27</sup> Siehe § 8 BOf. Ärztinnen und Ärzte des Landes Bremen vom 30.6.1997, BremABl, S. 479.

<sup>28</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>29</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2599.

<sup>30</sup> Vgl. BGH NJW 2010, 2595, 2599.

gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 EMRK keiner Güterabwägung zugänglich ist.<sup>31</sup>

Hinsichtlich der **Fahrlässigkeits-thematik** bietet die Entscheidung eine Vielzahl von Anhaltspunkten zur Wiederholung und Vertiefung der Materie. Besonders die Prüfung eines Übernahmeverschuldens zeigt zahlreiche mögliche Pflichtverletzungen des Arztes auf und gibt Beispiele dafür, welche Handlungsformen als pflichtwidrig gelten können. Darüber hinaus stellt der BGH die Figur des Organisationsverschuldens markant in den Vordergrund. Für die Praxis ist daher festzuhalten, dass Leiter der Institute für Rechtsmedizin eine sorgfältige Auswahl ihrer ärztlichen Angestellten vornehmen sollten.

Die Entscheidung weist weiterhin auf die für Examenskandidaten, aber auch schon für die Studierenden des Grundstudiums, wichtige **Irrtumsproblematik** hin. Hinsichtlich der Unterscheidung von Erlaubnistatbestands- und Verbotsirrtum bietet sie einen interessanten Grenzfall. Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter die *rechtlichen* Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes verkennt.<sup>32</sup> Ein Erlaubnistatbestandsirrtum ist dagegen anzunehmen, wenn sich der Täter über die *sachlichen* Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes irrt.<sup>33</sup> A erkannte jedenfalls nicht, dass seine Behandlung aus rechtlicher Sicht als erniedrigend einzustufen und damit nicht mehr durch den Rechtfertigungsgrund des § 81a Abs. 1 StPO gedeckt war. Vermutlich nimmt der BGH aus diesem Grunde einen Verbotsirrtum an.<sup>34</sup> Sofern A auch irrig davon ausging, dass auf Grund seiner Behandlung kein „Nachteil für die Gesundheit“ (§ 81a Abs. 1 S. 2 StPO) des C zu befürchten war, könnte zusätzlich ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen.

<sup>31</sup> Vgl. Herdegen, in Maunz/Dürig, GG, 59. Ergänzungslieferung, 2010, Art. 1 Rn. 73.

<sup>32</sup> Wessels/Beulke (Fn. 7), § 11 Rn. 482.

<sup>33</sup> Wessels/Beulke (Fn. 7), § 11 Rn. 467.

<sup>34</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2599.

In einer gutachterlichen Gesamtwürdigung des Falles dürfte schließlich auch nicht die Prüfung der Strafbarkeit der weiteren Beteiligten fehlen. Speziell eine etwaige Strafbarkeit des Notarztes N bietet Raum für Diskussionen.

## 5. Kritik

Die Entscheidung des BGH zum strafverfahrensrechtlichen Brechmitteleinsatz gemäß § 81a StPO ist im Wesentlichen zu begrüßen.

Lobenswert ist zunächst die eindeutige Positionierung des BGH, dass die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln als Körperverletzung, ggf. mit Todesfolge, zu bewerten ist. Eine derartige Festlegung des EGMR ist dessen Urteil nicht zu entnehmen. Dieser betont nur, dass Art. 3 EMRK es nicht generell verbiete, gegen den Willen des Beschuldigten zu medizinischen Maßnahmen zu greifen.<sup>35</sup> Für den deutschen Rechtsraum bedurfte es daher der vorgenannten Konkretisierung durch ein oberstes deutsches Gericht.

Richtigerweise versagt der 5. Strafsenat dem Angeklagten eine Rechtfertigung der Körperverletzung mit Todesfolge durch § 81a StPO. Dieser greift nur, wenn „kein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten zu befürchten ist“. Eben ein solcher lässt sich aber durch die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln nicht per se ausschließen. Zu Recht nimmt das Gericht dann aber angesichts der zur Tatzeit herrschenden Rechtsprechung<sup>36</sup> einen Irrtum zu Gunsten des den Brechmitteleinsatz durchführenden Arztes an.

Zuzustimmen ist den Richtern ferner, wenn sie eine Strafbarkeit wegen fahrlässigen Handelns des Arztes in Betracht ziehen. Dabei stellt sich aber die Frage, warum der BGH den Schwerpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens in der Missachtung der Aufklärungspflicht des A sieht. Zwar liegt hierin ein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten. Jedoch

<sup>35</sup> EGMR NJW 2006, 3117, 3120.

<sup>36</sup> OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270.

kann nicht abschließend geklärt werden, ob C den Eingriff nach erfolgter Belehrung – also bei pflichtgemäßen Verhalten des A – schonender über sich ergehen lassen hätte. In dieser Konstellation käme lediglich die abzulehnende<sup>37</sup> Risikoerhöhungslehre<sup>38</sup> zu einer Strafbarkeit.

Viel entscheidender wäre eine eingehende Beurteilung der physischen Einwirkungen auf das Opfer gewesen. Hier sieht der BGH erst in der Fortsetzung der Maßnahme nach Bergung des ersten Kokainkügelchens eine Verletzung der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG, Art. 3 EMRK. Damit weicht der Senat vom EGMR-Urteil im Fall *Jalloh* ab. Ein Verstoß gegen die Menschenwürde kann schon weitaus früher festgestellt werden. So hat der EGMR verdeutlicht, dass es zur Erlangung von Beweismitteln nicht zwangsweise notwendig ist, ein Brechmittel zu verabreichen.<sup>39</sup> Vielmehr hätten die Strafverfolgungsbehörden das Ausscheiden auf natürlichem Wege abwarten können. Nach der Wertung des EGMR müsste bereits das erste Einführen der Nasen-Magen-Sonde zur Verletzung der Menschenwürde und somit zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme nach § 81a StPO führen. Weshalb der BGH dies anders beurteilt, ist nicht nachvollziehbar.

Für das nähere Verständnis der rechtlichen Würdigung wäre es hilfreich gewesen, wenn die Richter ihre Entscheidung für einen Verbotsirrtum näher begründet hätten. Anfangs wird aufgezeigt, dass für A sowohl ein Erlaubnistatbestands-, als auch ein Verbotsirrtum in Betracht kommen.<sup>40</sup> Später<sup>41</sup> wird dann nur noch ein Verbotsirrtum angenommen. Selbst wenn dem zuzustimmen ist, übersieht der BGH

Folgendes: Spätestens als der A mittels der Kehrseite einer Pinzette und eines Holzspatels einen weiteren Brechreiz provoziert, kann kein vermeidbarer Verbotsirrtum mehr zu dessen Gunsten angenommen werden. Ein derartiger Eingriff könnte nämlich weder von § 81a StPO gerechtfertigt werden noch war ein solcher von damaliger Rechtsprechung als rechtmäßig bewertet worden. Insofern und nicht auch zuletzt auf Grund mangelnder Angaben zu derartig drastischen Maßnahmen in der für ihn geltenden Dienstanweisung musste dem A doch Eines offensichtlich klar sein: Er greift in diesem Moment außergewöhnlich stark in die Gesundheit und das körperliche Wohlbefinden des Beschuldigten ein und bewegt sich daher deutlich im Bereich einer Strafbarkeit.

Abschließend ist festzuhalten, dass das Urteil des BGH eine – nicht nur im europäischen Vergleich – längst überfällige Weisung für Strafverfolgungsbehörden darstellt. Von nun an steht die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln auch in der Bundesrepublik, die sich immerhin in ihrem Grundgesetz selbst der Wahrung und dem Schutz der Menschenwürde als höchst-rangiges Rechtsgut verpflichtet, unter Strafe. Es ist daher zu hoffen, dass in der Polizeipraxis, wie bereits in 33 anderen europäischen Ländern üblich<sup>42</sup>, zukünftig gänzlich von derartigen Eingriffen abgesehen wird und dies die letzte höchstrichterliche Befassung mit diesem Thema bleibt.

*(Carsten Stempel und Kevin Heinken)*

<sup>37</sup> Vgl. zur h.M. *Joecks*, in Münchener Kommentar, StGB, 2003, Vor § 13 Rn. 284; *Wessels/Beulke* (Fn. 7), § 6, Rn. 199.

<sup>38</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 10), § 11 Rn. 88.

<sup>39</sup> EGMR NJW 2006, 3117, 3121.

<sup>40</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2597.

<sup>41</sup> BGH NJW 2010, 2595, 2599.

<sup>42</sup> Vgl. dazu nur EGMR NJW 2006, 3117, 3119.

## 1. Sachverhalt

T lebt bei seiner schwer lungenkranken Mutter M. Zwischen ihnen kommt es vermehrt zu Streitigkeiten, in denen sich T grundlos kritisiert und zurückgewiesen fühlt. Zunehmend entwickelt T ein Gefühl der Verärgerung.

Nach einem erneuten Streit springt der alkoholisierte und unter Drogen stehende T mit dem Entschluss, sich das Leben zu nehmen, aus dem Fenster des im ersten Stock gelegenen Zimmers. Er überlebt jedoch mit leichten Verletzungen. M lässt den um Hilfe rufenden T wieder in das Haus und ruft den Notarzt für ihn. Nach Beendigung des Telefons stürzt sich plötzlich der wutentbrannte T in der Annahme, M habe ihn in diese Situation gebracht, auf M und hält ihr in Tötungsabsicht Mund und Nase zu. Als sich die von M gerufenen Rettungskräfte nähern, lässt T von M ab, die sich tot stellt. Er läuft zu den Nachbarn und ruft um Hilfe. Die eingetroffenen Rettungskräfte, die von T hereingelassen werden, können M nur mit Mühe retten.

Das Landgericht geht vom strafbefreienden Rücktritt des Totschlagsversuchs aus und verurteilt T wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird. Die Staatsanwaltschaft legt daraufhin Revision beim BGH ein.

## März 2011 Rücktritts-Fall

*Anforderungen an den erfolgsabwendenden Täter beim beendeten Versuch*

§§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2; 24 Abs. 1 S. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB kommt auch in Betracht, wenn der Täter lediglich eine neue Kausalkette in Gang setzt, die jedenfalls mitursächlich zur Erfolgsverhinderung wird.

2. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist. Er kann sich dabei der Hilfe Dritter bedienen. Er muss sich jedoch vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen.

BGH, Urteil vom 20. Mai 2010 – 3 StR 78/10; veröffentlicht in NSTZ-RR 2010, 276.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Gericht befasst sich in seiner Entscheidung<sup>1</sup> mit dem strafbefreienden Rücktritt vom beendeten Versuch des Totschlags. Dabei sind zwei Problemstellungen von Bedeutung: 1. Welche Anforderungen müssen bei einem beendeten Versuch erfüllt sein, um nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB<sup>2</sup> strafbefreiend zurückzutreten? 2. Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit ein ernsthaftes Bemühen nach § 24 Abs. 1 S. 2 zu bejahen ist, falls das Rücktritts-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 20. Mai 2010 – 3 StR 78/10. Die zitierten Randnummern der Entscheidung beziehen sich auf das bei [juris.de](http://juris.de) abrufbare Dokument.

<sup>2</sup> Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

verhalten des Täters den Nichteintritt des Erfolgs nicht verursacht hat?

Anders als bei einem unbeeendeten Versuch wird vom Täter im Falle eines beendeten Versuchs ein aktives Verhalten<sup>3</sup> verlangt, welches die Vollendung des Taterfolgs verhindert, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter glaubt alles getan zu haben, was zur Erfolgsverursachung von Nöten war.<sup>4</sup>

Streitig ist, welche weiteren Anforderungen für die Erfolgsabwendung an das Verhalten des Täters gestellt werden müssen. Dazu werden in der Lehre mehrere Theorien vertreten.

Die **Chanceneröffnungstheorie**<sup>5</sup> lässt es genügen, wenn der Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für das Ausbleiben der Vollendung mitursächlich geworden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, sicherere Erfolgsabwendungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Ebenso ist es unbeachtlich, ob auch andere, vom Willen des Täters unabhängige Umstände, zur Verhinderung des Erfolges beigetragen haben.<sup>6</sup> Nicht nur persönliches Eingreifen, auch die Handlung eines Dritten kann für einen strafbefreienden Rücktritt ausreichen,<sup>7</sup> solange sie willentlich vom Täter veranlasst ist. Begründet wird die Chanceneröffnungstheorie zum einen mit dem

Wortlautargument<sup>8</sup> des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, wonach lediglich die Verhinderung vorausgesetzt wird. Zum anderen wird der Opferschutz<sup>9</sup> herangezogen. Je stärker die Anreize für einen Rücktritt seien, umso besser würde das Opfer geschützt. Der Rücktritt baue dem Täter eine „goldene Brücke“<sup>10</sup> zur Legalität. Der Täter wird oft auf die besten Rettungsmöglichkeiten verzichten, um nicht entdeckt zu werden.

Im Gegensatz dazu fordern die Anhänger der **Bestleistungstheorie**<sup>11</sup> unter Bezugnahme auf das Tatbestandsmerkmal des „ernsthaften“ Bemühens in § 24 Abs. 1 S. 2 die optimale Möglichkeit zur Erfolgsabwendung. Der Täter muss alle ihm zur Verfügung stehenden Rettungsmaßnahmen ergreifen. Fremdhilfe durch professionelle Dritte ist möglich, denn oft ist gerade diese die beste Rettungsmöglichkeit (typisches Beispiel ist der Notarzt). Der Rücktritt wird als ein persönlicher Strafaufhebungsgrund angesehen, der die Rückkehr in die Legalität honorieren soll. Halbherzige Rettungsbemühungen seien kein honorierungswürdiges Verhalten. Viel eher handele der Täter weiter mit *dolus eventualis*, indem er den sonstigen Erfolgseintritt billigend in Kauf nehme.<sup>12</sup> Des Weiteren unterlasse der Täter, der keine ernstesten Rettungsbemühungen vornehme, die Rettung. Folglich entstehe eine garantenähnliche Stellung aus Ingerenz.<sup>13</sup> Dies begründe eine Pflicht des Täters zur bestmöglich-

<sup>3</sup> BGHSt 33, 295, 301; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 16 Rn. 64.

<sup>4</sup> *Lilie/Albrecht*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2003, § 24 Rn. 92; *Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 19 Rn. 9; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2011, Rn. 631.

<sup>5</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, StGB, 58. Aufl. 2011, § 24 Rn. 31; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 24 Rn. 59; *Kühl* (Fn. 3), § 16 Rn. 70.

<sup>6</sup> *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 31; *Krey*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2, 3. Aufl. 2008, Rn. 502.

<sup>7</sup> BGHSt 33, 295, 301 f.; BGH NJW 1986, 1001, 1002.

<sup>8</sup> *Puppe*, NStZ 1984, 488, 489; *Rudolphi*, NStZ 1989, 508, 512.

<sup>9</sup> BGHSt 39, 221, 232; *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 35; *Rudolphi*, NStZ 1989, 508, 512.

<sup>10</sup> RGSt 6, 341, 342; 10, 324, 325; *Puppe*, NStZ 1984, 488, 490.

<sup>11</sup> *Römer*, MDR 1989, 945, 947; *Herzberg*, NJW 1989, 862, 867; *ders.*, NStZ 1989, 49, 50.

<sup>12</sup> *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 9 Rn. 53.

<sup>13</sup> Vgl. Darstellung bei *Lilie/Albrecht*, in: Leipziger Kommentar (Fn. 4), § 24 Rn. 184; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 753.

chen Tätigkeit.<sup>14</sup> Aus der systematischen Auslegung folge ferner: Wenn für den untauglichen Versuch ein ernsthaftes Bemühen verlangt wird, muss dies für den tauglichen Versuch erst recht gelten.<sup>15</sup> Herzberg sieht den Rücktritt als Schuldertüchtigkeit: Es sei die rechtliche Pflicht des Täters alles an die Rettung zu setzen.<sup>16</sup>

Die **Differenzierungstheorie**<sup>17</sup> unterscheidet zwischen eigen- und fremdhändiger Erfolgsverhinderung. Bei der eigenhändigen Rettung genüge wie bei der Chanceneröffnungstheorie ein kausaler Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolgsverhinderung. Nur der Täter könne als derjenige angesehen werden, der die Vollendung der Tat verhindert habe. Auf die Qualität seiner Rettungshandlung komme es demnach nicht an. Bei Einschaltung Dritter müsse der Täter hingegen eine optimale Rettung wie bei der Bestleistungstheorie ermöglichen.

Eine andere Auffassung verlangt dagegen ein aus der Sicht des Täters **„verlässliches Rettungsmittel“**.<sup>18</sup> Der Täter muss danach nicht alle Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen, aber sich für ein geeignetes Verhalten entschließen, das den Erfolg verhindert.

Aus der **Rechtsprechung** ergibt sich kein klares Bild. 1972 stellte der BGH fest, dass vom abwendenden Täter mehr verlangt werden müsse als bloße Kausalität.<sup>19</sup> Diese Auffassung bestätigte der 1. Senat im sog. Krankenhausfall.<sup>20</sup> In diesem Fall setzte der Täter seine Frau, die er zuvor in Tötungsab-

sicht lebensgefährlich verletzt hatte, 95 m vom Nebeneingang eines Krankenhauses entfernt ab. Das Opfer konnte erst nach Entdeckung durch Passanten gerettet werden. Der BGH betonte ausdrücklich, dass bloße Mitursächlichkeit für die Rettung nicht ausreiche.<sup>21</sup> „Der Täter darf sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die wie er erkennt, möglicherweise unzureichend sind, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Solche Verhinderungsmöglichkeiten muss er ausschöpfen und darf dem Zufall keinen Raum bieten.“ Nach Meinungen der Literatur wird dieses Urteil als Hinwendung zur Bestleistungstheorie interpretiert.<sup>22</sup> Diesen Entscheidungen stehen allerdings solche gegenüber, die zur Verhinderung der Vollendung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 die bloße Mitursächlichkeit der neuen Kausalkette genügen lassen. Vor allem im sog. Gasexplosionsfall<sup>23</sup> wird eindeutig formuliert, dass ein strafbefreiender Rücktritt nicht voraussetze, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindere, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsabwendung die sicherste oder „optimale“ gewählt habe. Dies wurde in späteren Entscheidungen bestätigt.<sup>24</sup> Demzufolge sei es unschädlich, dass der Täter objektiv mehr oder anderes hätte tun können, um die Vollendung zu verhindern.

Das zweite Problem der vorliegenden Entscheidung betrifft das ernsthafte Bemühen. Nach **§ 24 Abs. 1 S. 2** erlangt derjenige Täter zur Straffreiheit, der sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern, auch wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, weil bereits Dritte rettend eingegriffen haben. Für das Tatbestandsmerkmal **„ernsthaftes Bemühen“** wird gefordert, dass das Sichbe-

<sup>14</sup> Römer, MDR 1989, 945, 947.

<sup>15</sup> Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 28.

<sup>16</sup> Herzberg, NStZ 1989, 49, 54 ff.

<sup>17</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, StGB, 27. Aufl. 2011; § 24 Rn. 19a; Roxin, Festschrift für Hirsch, 1999, S. 327, 335 ff.

<sup>18</sup> Lilie/Albrecht, in: Leipziger Kommentar (Fn. 4), § 24 Rn. 188.

<sup>19</sup> BGH Urteil v. 3.5.1972 in: MDR 1972, 751.

<sup>20</sup> BGHSt 31, 46.

<sup>21</sup> BGHSt 31, 46, 49.

<sup>22</sup> Bloy, JuS 1987, 528, 529; Puppe, NStZ 1984, 488.

<sup>23</sup> BGHSt 48, 147.

<sup>24</sup> BGH NStZ 2004, 614, 615; 2006, 503, 505; 2008, 508, 509.

mühen auch in die Tat umgesetzt wird. Die bloße Absicht, sich bemühen zu wollen, genüge nicht.<sup>25</sup> Auch ein Unterlassen des Täters in einen bereits laufenden Rettungsprozess einzugreifen, stelle kein Bemühen um Erfolgsverhinderung dar.<sup>26</sup> Bezüglich der Anforderungen an das ernsthafte Bemühen sind Parallelen zu § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 erkennbar.

Nach einer Meinung soll irgendein Bemühen ausreichen.<sup>27</sup>

Für die Gegenauffassung<sup>28</sup> muss das Bemühen - gemessen an der vermeintlichen Gefahr - geeignet sein die Vollendung mit hinreichender Sicherheit zu verhindern. Das ernsthafte Bemühen wird also bejaht, wenn der Täter die bestehenden Erfolgsabwendungsmöglichkeiten ausschöpft.

Eine dritte Auffassung verlangt vom Täter Maßnahmen, die ihm mit Blick auf seine vorangegangenen, aus seiner Sicht konkret rechtsgutsgefährdenden und erfolgstauglichen Verhaltensweisen geeignet, aber auch erforderlich erscheinen, damit der Erfolg nicht eintritt.<sup>29</sup> Meint also der Täter, ihm stünden noch weitergehende, verlässlicher wirkende Mittel zur Verfügung, ist sein Handeln nicht auf Erfolgsabwendung gerichtet, so dass das Handeln nicht als ernsthaftes Bemühen zu qualifizieren ist.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Zunächst merkt der BGH an, dass es sich um einen beendeten Versuch des

Totschlags handelt.<sup>30</sup> T glaubte alles Erforderliche getan zu haben, um den Tod der M herbeizuführen. Das Gericht formuliert, dass der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch gem. **§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2** auch dann in Betracht komme, wenn der Täter unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung nicht die sicherste oder „optimale“ gewählt hat. Erforderlich sei aber stets, dass der Täter eine neue Kausalkette in Gang setze, die für die Nichtvollendung ursächlich oder jedenfalls mitursächlich werde.<sup>31</sup> Der 3. Strafsenat gibt damit eine Leitlinie zur Beurteilung solcher Fallkonstellationen vor.

Der BGH gibt nur diesen abstrakten Maßstab vor, weil es fraglich ist, ob das Einlassen der herbeigerufenen Rettungskräfte in die Wohnung des Opfers kausal für die Rettung war. Das Urteil des Landgerichts enthält dazu keine ausreichenden Anhaltspunkte.<sup>32</sup> Festzuhalten ist jedenfalls, dass nicht T, sondern die M bereits den Notruf wegen des Selbstmordversuches des T getätigt hatte. Weiterhin kritisiert das Gericht, dass sich das LG nicht damit auseinandersetze, inwiefern T die Sanitäter über die veränderte Sachlage in Kenntnis setzte und ihnen den Weg zu seiner verletzten Mutter wies, um auf diese Weise die Rettung zu erleichtern oder zu beschleunigen.<sup>33</sup> Dies hätte nach dem BGH in Anbetracht der Umstände für einen strafbefreienden Rücktritt ausgereicht.

Für den Fall, dass nach Beantwortung der Tatsachenfrage die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 nicht vorliegen, geht das Gericht zusätzlich auf **§ 24 Abs. 1 S. 2** ein. Um nach § 24 Abs. 1 S. 2 strafbefreiend zurückzutreten, fordert der BGH, dass der Täter alles tun müsse, was in seinen Kräften stehe und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich sei. Hierbei

<sup>25</sup> *Lilie/Albrecht*, in: Leipziger Kommentar (Fn. 4), § 24 Rn. 217; *Maiwald*, Festschrift für Wolff, 1998, S. 337, 347.

<sup>26</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Aufl. 1989, § 41 Rn. 86.

<sup>27</sup> *Grünwald*, Festschrift für Welzel, 1974, S. 701, 715; *Lenckner*, Festschrift für Gallas, 1973, S. 281, 297 f.

<sup>28</sup> *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 27 Rn. 34.

<sup>29</sup> *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 26), § 41 Rn. 94; Anm. *Roxin*, JR 1986, 424, 427.

<sup>30</sup> BGH - 3 StR 78/10, Rn. 7.

<sup>31</sup> BGH - 3 StR 78/10, Rn. 8.

<sup>32</sup> BGH - 3 StR 78/10, Rn. 9.

<sup>33</sup> BGH - 3 StR 78/10, Rn. 9.

könne er sich der Hilfe Dritter bedienen. Der Täter müsse sich vergewissern, ob die Hilfsperson das Notwendige und Erforderliche veranlasse. Vor allem bei Menschenleben müssten hohe Anforderungen gestellt werden. Das Herbeirufen eines Krankenwagens sei die am ehesten zur Rettung geeignete Maßnahme gewesen, was jedoch T nicht getan hat. Ob das bloße Einlassen die bestmögliche Maßnahme darstelle, könne nicht festgestellt werden. Welche Vorstellungen der T mit den Hilferufen an die Nachbarn verband, sei ebenfalls nicht hinreichend dargelegt.

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

Der BGH nimmt unmissverständlich Position zum Theorienstreit: Er folgt bei der Auslegung von § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. der Chanceneröffnungstheorie. In früheren Entscheidungen hingegen urteilte der BGH nicht immer einheitlich. Seit dem Gasexplosionsfall gewinnt die Rechtsprechung jedoch an Kontur. Es zeichnet sich ein stabiler Trend ab, was ein Indiz dafür sein könnte, welche Theorie das Gericht in Zukunft vertreten wird. Allerdings bleibt eine gewisse Unsicherheit bestehen, ob an dieser konkreten Linie in Zukunft festgehalten wird. Der Rechtssicherheit zuliebe ist es wünschenswert, diesen geradlinigen Kurs beizubehalten.

In der Praxis ist es ratsam, der Chanceneröffnungstheorie zu folgen. Insbesondere muss es Aufgabe der Tatgerichte sein, sämtliche Umstände eines Sachverhaltes hinreichend aufzuklären und zu erörtern, da bereits ein Detail zu einer neuen Kausalkette und damit zu einem strafbefreienden Rücktritt führen kann.

Die Rücktrittsproblematik gehört für Studierende zum Grundstoff des juristischen Studiums. Die Darstellung des Meinungsstreits wird häufig in der Klausur- und Hausarbeitenbearbeitung relevant. Insofern ist dies eine interessante Entscheidung, die es nahe legt, sich

noch einmal die einzelnen Theorien vor Augen zu führen.

#### **5. Kritik**

Schwierigkeiten bereitet dieser Fall aufgrund der ungeklärten Tatsachensituation. Es ist vorerst nicht feststellbar, wie zu entscheiden ist. Demzufolge wird es Aufgabe des neuen Tatrichters sein, das Tatsachenproblem zu lösen. Vor allem sollte dabei der Frage nachgegangen werden, wie die Umstände des Türöffnens lagen. Der BGH beleuchtet diesen zentralen Umstand zu wenig. Das Türöffnen könnte einen neuen Kausalverlauf darstellen. Erforderlich für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ist, dass eine neue Kausalkette in Gang gesetzt wird. Diese hätte darin liegen können, Rettungskräfte zu alarmieren. Allerdings wusste T aufgrund des Telefonats der Mutter vom eintreffenden Notarzt. Indem T die Tür öffnete, könnte er aber die Kausalkette beeinflusst haben. Dabei ist zu differenzieren, ob die Sanitäter auf das Einlassen angewiesen waren oder ob sie (etwa bei einer angelehnten Tür) ohne Hilfe des T in die Wohnung gekommen wären. In letzterem Fall wäre die Handlung des T nicht kausal. Handelte es sich dagegen um eine verschlossene Tür, so wäre es für die Sanitäter nicht ohne Zeitverlust möglich gewesen, in die Wohnung zu gelangen und M zu retten. Das Verhalten des T müsste dann als kausal und nach der Chanceneröffnungstheorie als ausreichend bewertet werden. Für das Tatgericht wäre die Prüfung damit beendet. Jedoch verlangt der BGH außerdem, dass T über die Verletzung der M aufklärt und den Sanitätern den Weg zu ihr weist. Nach dieser Argumentation scheint es, als hätte T doch die bestmöglichen Maßnahmen ergreifen sollen, was der Bestleistungstheorie entspricht. Folglich widerspricht sich das Gericht in den theoretischen Vorgaben und der konkreten Umsetzung. Es wäre konsequent gewesen - möchte man der Chanceneröffnungs-

theorie folgen - allein auf das Türöffnen abzustellen.

Sollte sich nach den Ermittlungen herausstellen, dass die Handlung nicht kausal war, muss § 24 Abs. 1 S. 2 herangezogen werden. Hier folgt der BGH der Ansicht, dass das Bemühen geeignet sein muss, die Vollendung mit hinreichender Sicherheit zu verhindern. Schon dem Wortlaut nach ist dem zuzustimmen und die Handhabung von § 24 Abs. 1 S. 2 begrüßenswert.

*(Nadine Karrasch / Juliane Fitzke)*

## 1. Sachverhalt

Zwischen dem 16-jährigen M und A kommt es wiederholt zu Handgreiflichkeiten. A droht, seinen älteren Bruder H einzuschalten. Der polizeilich als Intensivtäter geführte H ist für seine Gewaltbereitschaft bekannt und hat zuvor wiederholt mit M Streit begonnen.

Eines Abends fordert H den M auf, sofort zu einer Gaststätte zu kommen. M versteht dies zutreffend als Ankündigung von Schlägen. Aus Angst vor H bittet M seinen Vater V, ihn zu begleiten. V willigt ein, um die Angelegenheit zu klären und H zum Einlenken zu bringen. Dabei hält er auch eine körperliche Auseinandersetzung für möglich.

V fährt mit M und zwei jüngeren Freunden des M zu der Gaststätte. Er hat – wie des Öfteren – ein Butterflymesser in der Tasche, das er allerdings unter Verstoß gegen das WaffG besitzt. In aufgebrachtem Tonfall fordert V den Türsteher der Gaststätte auf, H herauszuschicken. M und seine Freunde stellen sich einige Meter abseits. H erscheint mit einem schweren Holzknüppel. Er wird von acht Personen begleitet, die ebenfalls Schlagwerkzeuge mit sich führen und den V umstellen.

Nach einem heftigen Wortwechsel schlägt H mit dem Knüppel wuchtig gegen den linken Arm des V. Als er erneut ausholt und in Richtung Kopfbereich

## April 2011 Provokations-Fall

*Notwehr / Gebotenheit / Provokation / sonst schuldhaftes Herbeiführung der Notwehrlage*

§ 32 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einschränken.
2. Bei der Beurteilung dieses Vorverhaltens ist insbesondere zu berücksichtigen, ob diesem eine Vorprovokation des Angreifers vorausgegangen ist.
3. Ist das Vorverhalten sozialetisch nicht zu beanstanden, scheidet eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von vornherein aus.
4. Das Notwehrrecht berechtigt den Verteidiger, gegebenenfalls auch unberechtigt geführte Waffen einzusetzen.
5. Auch ein Rückgriff auf das verbotene Führen der Waffe unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist unzulässig.

BGH, Beschluss vom 4. August 2010 – 2 StR 118/10; veröffentlicht in NSTZ 2011, 82.

zielt, geht V mit seinem Messer in der Hand auf ihn zu, wehrt den Schlag mit dem linken Arm ab und sticht gleichzeitig rechts um H herum von hinten in dessen Oberkörper. Der Stich trifft die Lunge und ist akut lebensgefährlich.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Betrachtet man die Gesamtumstände, ist zu überlegen, ob den V hinsichtlich der Notwehrsituation eine Mitverantwortlichkeit trifft, d. h. ob ihm eine sog. Notwehrprovokation vorgeworfen werden kann, und sein Notwehrrecht dadurch eingeschränkt ist.

Der gesetzliche Anknüpfungspunkt für sozialetische Einschränkungen ist das Wort „geboten“ in § 32 StGB. Die Fallgruppe der Notwehrprovokation erfasst neben der Absichtsprovokation<sup>1</sup> auch die hier relevante sonst schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage. Was letztere betrifft, ist man sich zwar einig, dass der Angriff als adäquate Folge des Vorverhaltens erscheinen und ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen muss.<sup>2</sup> Umstritten ist allerdings, welche Qualität das Vorverhalten haben muss. Eine verbreitete Ansicht im Schrifttum erkennt nur ein rechtswidriges Vorverhalten an.<sup>3</sup> Hingegen soll insbesondere nach der Rechtsprechung bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Verhalten genügen.<sup>4</sup> Für diese Ansicht ließe sich anführen, dass in der Realität ein bloß sozialwidriges Verhalten im Hinblick auf die Provokationswirkung einem rechtswidrigen nicht nachstehen muss und dass es sich bei den Einschränkungen der Notwehr um sozialetische Schranken handelt. Auf der anderen Seite sprechen folgende Argumente für die Gegenansicht: Der sich nur sozialwidrig verhaltende Verteidiger verlasse, im Gegensatz zu seinem Angreifer, nicht den Boden des Rechts. Er verliere daher nicht die Legitimation, sich auf das Rechtsbewährungsprinzip zu berufen.<sup>5</sup> Außerdem fehlten geeignete Maßstäbe zur Beurteilung, wann ein Verhalten sozialetisch zu missbilligen ist. Ob es im Einzelfall wirklich tadelnswert sei, werde damit zu einer Frage der individuellen Anschauungen von Höflichkeit und Anstand.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 228 ff.

<sup>2</sup> BGH NStZ 2006, 332, 333; *Erb*, in MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 211.

<sup>3</sup> *Perron*, in Sch/Sch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59 m. w. N.

<sup>4</sup> BGH NStZ 2006, 332, 333.

<sup>5</sup> *Perron* in Sch/Sch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59.

<sup>6</sup> *Erb*, in MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 208.

Die Vorinstanz beurteilte die Verhaltensweise des V als sozialetisch verwerflich und nahm eine schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage an. In diesem Fall wird das Notwehrrecht nach herrschender Meinung entsprechend der vom BGH entwickelten Drei-Stufen-Theorie eingeschränkt: Grundsätzlich muss der Verteidiger versuchen, dem Angriff auszuweichen. Ist dies nicht möglich, muss er sich auf Schutzwehrmaßnahmen beschränken, wobei auch leichtere Verletzungen zumutbar sind. Um schwerere Verletzungen abzuwenden, sind ihm schließlich Trutzwehrmaßnahmen gestattet. Dabei hängt das Ausmaß der Zurückhaltung einerseits von der Schwere der Provokation und andererseits von der Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung ab.<sup>7</sup>

Trotz dieser Einschränkung konnte sich der V nach Ansicht des Landgerichts auf sein Notwehrrecht berufen und war aus dem vorsätzlichen Delikt nicht strafbar. Gleichwohl warf das Gericht ihm Fahrlässigkeit vor. Als Anknüpfungspunkt kam hierbei nicht die konkrete Verletzungshandlung in Betracht, da diese durch Notwehr gerechtfertigt war, sondern das vorwerfbare Vorverhalten des Täters. Gegen diese Konstruktion, die der Sache nach auf die problematische Rechtsfigur der „actio illicita in causa“<sup>8</sup> hinausläuft, werden von der herrschenden Meinung jedoch folgende Einwände vorgebracht: Zwar kann ein vorwerfbares Vorverhalten bei Voraussehbarkeit des Erfolges eine Sorgfaltswidrigkeit darstellen. Doch könne der Verteidiger nicht ein und denselben Erfolg zugleich einerseits rechtmäßig und andererseits rechtswidrig herbeiführen. Ist der Verteidiger durch Notwehr gerechtfertigt, entfalle die rechtliche Missbilligung des Erfolgs. Dann aber sei aufgrund des fehlenden

<sup>7</sup> BGHSt 42, 97, 100; BGH NStZ 2002, 425, 426; *Herzog*, in NK, StGB, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 124; *Rengier*, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 80.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu kritisch *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 242.

Erfolgsunwerts eine Bestrafung aus einem Erfolgsdelikt, hier aus § 229 StGB, ausgeschlossen.<sup>9</sup> Außerdem sei die objektive Zurechnung des Erfolgseintritts zu verneinen. In dem zwar provozierten, aber dennoch rechtswidrigen Angriff liege eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Angreifers. Er selbst trage deshalb die Verantwortung für die Folgen einer rechtmäßigen Abwehr.<sup>10</sup>

Schließlich ist problematisch, dass V, obwohl er eine körperliche Auseinandersetzung für möglich hält, das gefährliche Butterflymesser, welches er zudem unter Verstoß gegen das WaffG besitzt, in der Tasche hat. In der Literatur wird dieses Problem unter dem Stichwort der Abwehrprovokation diskutiert. Es überzeugt, im Grundsatz eine Einschränkung des Notwehrrechts in diesem Fall abzulehnen. Den Verteidiger treffe durch die Aufrüstung an sich an der konkreten Notwehrlage kein Vorwurf. Der Angreifer müsse ihn so nehmen, wie er ihn vorfindet. Deswegen komme es auch nicht darauf an, ob das Beisichführen des Abwehrmittels gegen das WaffG verstößt. Eine Einschränkung komme nur ausnahmsweise – parallel zur Absichtsprovokation – in Betracht, wenn der Verteidiger gezielt das gefährliche Abwehrmittel auswählt, um den erwarteten Angreifer möglichst schwer verletzen zu können.<sup>11</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH problematisiert zum einen, ob das vorsätzliche Handeln des V durch

Notwehr gemäß § 32 StGB gerechtfertigt gewesen ist.

Im Rahmen der Gebotenheit der Notwehrhandlung prüft er, ob V die Notwehrlage vorwerfbar herbeigeführt hat. Wie schon in einer vorangegangenen Entscheidung<sup>12</sup> führt er aus, dass bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einschränken könne. Unter diesem Gesichtspunkt prüft er das Verhalten des V und kommt zu dem Ergebnis, dass V sich nicht in sozialetisch zu missbilligender Weise verhalten habe. Wenn ein gewaltbereiter Intensivtäter den 16-jährigen Sohn nach vorheriger Bedrohung zu einer Schlägerei auffordert, müsse es der Vater nicht dem Zufall überlassen, ob und wann dieser wieder auf seinen Sohn treffen würde. Er dürfe ihn, auch in aufgebrachtem Tonfall, zur Rede stellen. Daran ändere auch die Begleitung durch weitere Jugendliche nichts, wenn diese abseits stehen. Der BGH stützt seine Begründung vor allem darauf, dass H zuvor den M zu einer Schlägerei „eingeladen“ und bedroht hat. Er bezieht damit bei der Beurteilung eines vorwerfbaren Verhaltens den Gedanken der Vor-Provokation ein.<sup>13</sup>

Weiter führt der BGH aus, dass dem V auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines rechtswidrigen Angriffs das Beisichführen des zur Tat verwendeten Messers nicht vorgeworfen werden könne, denn er sei nicht verpflichtet gewesen, dem Intensivtäter aus dem Weg zu gehen oder nur schutzlos zu begegnen. Auch der Umstand, dass das Führen des Butterflymessers gegen § 52 WaffG verstoßen hat, rechtfertige keine andere Bewertung, da er das Messer hätte einsetzen dürfen, weil kein anderes geeignetes Abwehrmittel zur Verfügung gestanden hat.

Zum anderen äußert sich der BGH dazu, ob dem V zumindest fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann.

<sup>9</sup> Roxin, JZ 2001, 667, 667 f.; Jäger, JR 2001, 512, 514; Rengier, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 83; Krey, Strafrecht AT I, 3. Auflage 2008, Rn. 520a m. W. N.

<sup>10</sup> Engländer, Jura, 2001, 534, 537; Roxin, JZ 2001, 667, 668.

<sup>11</sup> Rengier, Strafrecht AT, 2009, § 18 Rn. 102 m. w. N.; gegen jede Einschränkung Herzog, in NK, StGB, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 119; für eine Anwendung der a. i. i. c. Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496, 500.

<sup>12</sup> „Zugfenster-Fall“, BGHSt 42, 97.

<sup>13</sup> So auch Perron, in Sch/Sch, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 59.

An eine schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage kann er hierbei nicht anknüpfen, da er diese verneint. Einen Rückgriff auf das verbotene Führen des Butterflymessers hält er für nicht zulässig. Es wäre ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung einerseits die Erlaubnis zur Ausübung des Notwehrrechts erteilt, andererseits aber gerade für diesen Fall die Bestrafung aufgrund eines Delikts androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn für den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht wie in einer früheren Entscheidung<sup>14</sup> auf eine vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage zurückgegriffen werden kann.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Beschluss des BGH bringt keine grundsätzlichen Neuerungen. Das Gericht bestätigt darin seine früheren Entscheidungen.<sup>15</sup> Bei der Beurteilung einer sozialetisch zu missbilligenden, vorwerfbaren Provokation der Notwehrlage verhält es sich allerdings auffallend zurückhaltend.<sup>16</sup>

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Fall verdeutlicht einmal mehr, dass an der Entstehung einer Notwehrsituation nicht selten sowohl der Angreifer als auch der Verteidiger beteiligt sind. Die Notwehrprovokation ist daher für die tatgerichtliche Praxis und die Fallbearbeitung von großer Bedeutung. Der Umstand, dass in Rechtsprechung und Literatur die unterschiedlichsten Lösungsansätze zu den verschiedensten Konstellationen vertreten werden, führt zu einer schier unüberschaubaren Komplexität dieser Thematik. Eine ausführliche Darstellung in der Klausur ist kaum leistbar. In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich, zwischen der absicht-

lichen und der sonst schuldhaften Herbeiführung der Notwehrlage zu unterscheiden. Gegebenenfalls muss auf Sonder-Konstellationen, wie etwa die Abwehrprovokation, eingegangen werden. Gelangt man zu einer Einschränkung des Notwehrrechts, ist nach dem oben skizzierten Stufen-Modell zu verfahren. Interessant sind vor allem die Konstellationen, in denen der Täter die Notwehrlage zwar vorwerfbar herbeiführt, sich aber trotzdem im Rahmen des durch die Notwehr Erlaubten bewegt, denn hier kann schließlich eine Strafbarkeit aus dem passenden Fahrlässigkeitsdelikt diskutiert werden.

#### 5. Kritik

Die konkrete Begründung des BGH, mit der er die vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage ablehnt, erscheint zumindest nicht unangreifbar. Man könnte das Verhalten des V insofern als sozial-ethisch verwerflich ansehen, als dass er sich nicht um eine Deeskalation der Situation bemüht hat. V hätte mit seinem Sohn nicht zur Gaststätte fahren müssen, sondern hätte der Polizei von der „Einladung“ zur Schlägerei berichten können. Damit hätte er allerdings wohl nicht verhindern können, dass H zu einem späteren Zeitpunkt erneut mit M Streit beginnt. Auch könnte man dem V vorwerfen, dass er den Kontakt zu dem gewaltbereiten H verbal aggressiv hergestellt hat. Dann allerdings würde unberücksichtigt bleiben, dass es der H gewesen ist, der die Verhaltensweise des V seinerseits dadurch provoziert hat, dass er seinem Sohn Schläge angedroht hat. Es wird deutlich, dass man geteilter Auffassung sein kann, ob das Verhalten des V wirklich sozialetisch tadelnswert gewesen ist oder nicht vielleicht eine adäquate Reaktion auf das gleichermaßen nicht sozialverträgliche Verhalten des H dargestellt hat. Würde man für die Beurteilung einer sonst schuldhaften Herbeiführung einer Notwehrlage auf ein rechtswidriges Vorverhalten abstellen, wäre vorliegend eindeutig feststellbar, dass das Vorver-

<sup>14</sup> „Schrotflinten-Fall“, BGH NStZ 2001, 143, vgl. dazu auch famos 03/2001.

<sup>15</sup> BGHSt 42, 97 und BGH NStZ 2001, 143.

<sup>16</sup> Diese restriktive Tendenz setzt sich im Beschluss vom 10.11.2010, 2 StR 483/10, fort.

halten des V nicht rechtswidrig und sein Notwehrrecht dadurch nicht eingeschränkt gewesen ist. Es ist daher grundsätzlich begrüßenswert, dass der BGH die sozialetischen Missbilligung eines Verhaltens zurückhaltend bewertet, es bleibt jedoch die Frage, warum er sich im Interesse der Rechtssicherheit nicht dazu entschließt, nur ein rechtswidriges Vorverhalten genügen zu lassen.

Auch das generelle Festhalten des BGH an einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für den Fall, dass der Verteidiger trotz sonst vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage gerechtfertigt ist, erscheint aufgrund der oben genannten Bedenken kritikwürdig. Dabei führt der BGH bei der Prüfung einer fahrlässigen Körperverletzung aufgrund des verbotenen Führens des Butterflymessers selbst aus, dass es widersprüchlich wäre, wenn die Rechtsordnung zum einen die Befugnis zur Ausübung des Notwehrrechts erteilte, zum anderen aber gerade dann die Bestrafung aufgrund eines Delikt androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden. D. h. es wäre widersprüchlich, wenn einerseits V den H mit dem unerlaubt geführten Messer in Notwehr verletzen durfte, andererseits ihm aber gerade dann eine Bestrafung aufgrund fahrlässiger Körperverletzung drohte, obwohl der tatbestandliche Erfolg unter Billigung der Rechtsordnung geschaffen wurde. Warum dies nicht für den Fall der sonst vorwerfbaren Herbeiführung der Notwehrlage gelten soll, ist fraglich. Denn auch dann bedeutet es einen Widerspruch in sich, eine erlaubte Körperverletzung, als fahrlässige, also unerlaubte Körperverletzung zu bewerten.

*(Sandra Allzeit / Daniel Skalski)*

## 1. Sachverhalt

S zündet zur Mittagsstunde in zwei Kellerräumen eines Wohnblocks auf dem Boden liegende Textilien und andere Gegenstände an. Im Keller verbrennen Teile der Boxen und ihr Inhalt, Stromleitungen verschmoren, Türen werden zerstört und Kellerräume verrußt. Es entsteht insgesamt ein Schaden von mehr als 10.000 €. Zwar bleiben die Wohnräume des Hauses unversehrt, allerdings erleiden acht Personen infolge des Brandes Rauchvergiftungen und müssen deswegen behandelt werden. S weiß zum Tatzeitpunkt, dass sich in dem Haus Mieter aufhalten und nimmt eine Gefährdung oder Verletzung der Mieter durch die Raumbildung billigend in Kauf. Er handelt in dem Willen, das Gebäude zumindest teilweise zu zerstören.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Gerichtshof setzt sich in der Entscheidung<sup>1</sup> mit der Auslegung des teilweisen Zerstörens durch Brandlegung und dem Gebäudebegriff der schweren Brandstiftung nach § 306a StGB<sup>2</sup> auseinander. Zum Verständnis der schweren Brandstiftung ist die Systematik der (vorsätzlichen) Brandstiftungsdelikte der §§ 306, 306a I und II von grundlegender Bedeutung: Die Vorschriften

<sup>1</sup> BGH NJW 2011, 1091.

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

Mai 2011

### Kellerbrand-Fall

*Systematik der Brandstiftungsdelikte / teilweise Zerstörung durch Brandlegung / Gebäudebegriff*

§§ 306a I, II, 306 I Nr. 1 StGB

#### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die für § 306a I StGB anerkannte restriktive Auslegung des Merkmals „teilweise zerstört“ gilt auch für Absatz 2.
2. Ist das „Gebäude“ i.S. der §§ 306a II, 306 I Nr. 1 StGB im Einzelfall zugleich ein „Wohngebäude“, dann müssen zur Vollendung des Auffangtatbestands der schweren Brandstiftung nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandstiftung betroffen sein.

BGH, Urteil vom 17. November 2010 – 2 StR 399/10; veröffentlicht in NJW 2011, 1091.

sind einzuteilen in gemeingefährliche und Sachbeschädigungsdelikte.

Bei **§ 306** handelt es sich nach h.L. um ein (die §§ 303, 305 qualifizierendes) Sachbeschädigungsdelikt, welches den Schutz fremden Eigentums bezweckt.<sup>3</sup> Es gibt allerdings auch Stimmen, die in § 306 angesichts des Standorts der Vorschrift und der mit § 306a übereinstimmenden hohen Mindeststrafe ein Kombinationsdelikt aus Eigentums- und Gemeingefährlichkeitsdelikt sehen.<sup>4</sup> Dies betont auch die Rechtsprechung, die § 306 nicht nur ausschließlich als „qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt“ charakterisiert, sondern der Vorschrift auch ein Element der Gemeingefährlichkeit zuspricht.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Heine, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 306 Rn. 1.

<sup>4</sup> Radtke, ZStW 110 (1998), 847, 861.

<sup>5</sup> BGH NJW 2001, 765.

**§ 306a** ist als gemeingefährliches Brandstiftungsdelikt zu qualifizieren und enthält in Abs. 1 und Abs. 2 zwei unterschiedliche Tatbestände:

§ 306a I ist ein klassisches **abstraktes Gefährdungsdelikt**, das dem Schutz der Allgemeinheit vor den unbe-rechenbaren (Lebens-) Gefahren einer Brandstiftung dient.<sup>6</sup> Unter Strafe gestellt wird ein Verhalten, das typischerweise das Leben von Menschen gefährdet, die sich in den betreffenden Räumlichkeiten aufhalten können.<sup>7</sup> Darauf, dass im Einzelfall tatsächlich das Leben (konkret) gefährdet wird, kommt es nicht an. Diese Strenge ist nicht unumstritten und führt zu Stimmen in der Literatur, die generell bei abstrakten Gefährdungsdelikten und insbesondere bei § 306a I vor dem Hintergrund der hohen Mindeststrafe (Verbrechen!) und des Schuldprinzips eine teleologische Reduktion des Tatbestands für solche Fälle befürworten, in denen nach Sachlage feststeht, dass eine Realisierung der (Lebens-) Gefahr ausgeschlossen ist, beispielsweise, wenn der Täter sich vorher versichert hat, dass sich im Gebäude keine Menschen aufhalten.<sup>8</sup> Nach Ansicht des BGH, der die Frage im Rahmen des § 306a I Nr. 1 ebenfalls aufgegriffen<sup>9</sup>, jedoch nicht abschließend geklärt hat, ist eine Strafbarkeit nach § 306a I nur dann ausgeschlossen, wenn „eine Gefährdung von Menschenleben nach der tatsächlichen Lage absolut ausgeschlossen ist (...). Der Täter muss sich also durch absolut zuverlässige lückenlose Maßnahmen vergewissert haben, dass die durch § 306 Nr. 2 (= § 306a I Nr. 1 n.F.) verbotene Gefährdung mit Sicherheit nicht eintreten kann. Das ist aber nur bei kleinen, insbesondere bei einräumigen Hütten oder Häuschen möglich, bei denen auf einen Blick übersehbar ist, dass sich Men-

schen dort nicht aufhalten können“.<sup>10</sup> Diese restriktiven Ansätze führen jedoch im Ergebnis zu einer Annäherung der abstrakten an die konkreten Gefährdungsdelikte.<sup>11</sup>

§ 306a II entspricht seiner Struktur nach einem **konkreten Gefährdungsdelikt**, bei dem ein anderer Mensch durch die Brandstiftungshandlung in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung gebracht werden muss. In welchem Verhältnis § 306a II zu § 306a I steht, ist aber umstritten. Überwiegend wird in der Vorschrift des § 306a II ein Tatbestand mit eigener Schutzrichtung gesehen, da die Strafbarkeit hier von einer konkreten Individualgefährdung abhängt.<sup>12</sup> Nach anderer Ansicht decken sich die Schutzrichtungen der §§ 306a I und II.<sup>13</sup> Von Bedeutung ist dieser Streit lediglich auf Konkurrenzebene. Geht man davon aus, dass § 306a I und II unterschiedliche Schutzrichtungen aufweisen, besteht zwischen beiden Delikten Tateinheit.<sup>14</sup> Die Gegenauffassung müsste § 306a I hinter § 306a II zurücktreten lassen.<sup>15</sup> Das Verhältnis zwischen § 306a I und II, auch das **Konkurrenzverhältnis** zwischen § 306 I und § 306a ist im Einzelnen umstritten. Die h.L. ist der Ansicht, dass der Tatbestand der einfachen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 fremdes Eigentum schützt, während die schwere Brandstiftung gem. § 306a auf den Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen gerichtet ist.<sup>16</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen nimmt die h.L. daher an, dass § 306 I

<sup>6</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 12. Aufl. 2011, § 40 Rn. 18.

<sup>7</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 29.

<sup>8</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 30.

<sup>9</sup> BGHSt 26, 121, 123 ff.

<sup>10</sup> BGHSt 26, 121, 124 f.

<sup>11</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 32.

<sup>12</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 39a.

<sup>13</sup> So jedenfalls Wolff, in LK, 12. Aufl. 2008, § 306a Rn. 1.

<sup>14</sup> Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 306a Rn. 15; Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 39a.

<sup>15</sup> Norouzi, in BeckOK, StGB, 13. Aufl. 2010, § 306a Rn. 30; Wolff (Fn. 13), § 306a Fn. 38, geht dagegen auch von Tateinheit zw. Abs. 1 u. Abs. 2 aus.

<sup>16</sup> Wolters/Horn, in SK, 65. Lfg. 2006, § 306 Rn. 21.

und § 306a I, II zueinander in Tateinheit stehen, wenn die Tatobjekte fremd sind.<sup>17</sup> Die Rechtsprechung geht dagegen von einer Gesetzeskonkurrenz aus und lässt § 306 hinter § 306a zurücktreten.<sup>18</sup> Als Hauptargument dafür wird angeführt, dass § 306a alle von § 306 umfassten Tatbestands-Merkmale enthalte und den Unrechtsgehalt des § 306 I Nr. 1 vollständig miterfasse.

Innerhalb der §§ 306, 306a I und II gibt es drei **unterschiedliche Arten von Gebäuden**: In § 306 I Nr. 1 kann nur ein fremdes Gebäude taugliches Tatobjekt sein. Bei einem Gebäude handelt es sich um ein mit dem Boden verbundenes, durch Wände und Dach begrenztes Bauwerk, das von Menschen betreten werden kann.<sup>19</sup> Für § 306a I Nr. 1 ist es dagegen erforderlich, dass das Gebäude der Wohnung von Menschen dient, es sich also um ein Wohngebäude handelt. Geschützt sind Wohnstätten von Menschen als solche.<sup>20</sup> Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die tatsächliche Verwendung.<sup>21</sup> Mit § 306a I Nr. 1 werden deshalb auch solche Räumlichkeiten erfasst, die kein Gebäude sind, wie beispielsweise Wohn- oder Künstlerwagen.<sup>22</sup> § 306a II knüpft zwar an die Tatobjekte des § 306 I Nr. 1 bis 6 an. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten, da für § 306a II nicht das zusätzliche Merkmal „fremd“ erforderlich ist. § 306a II verweist nämlich nur auf die „Sache“, nicht jedoch auf das „fremd“-Element der Vorschrift.<sup>23</sup> Es kann sich somit um irgendein Gebäude handeln.

Die **Tathandlungen**, Inbrandsetzen oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstören, sind in § 306a I, II jeweils identisch und entsprechen

denen des § 306.<sup>24</sup> Angesichts der hohen Strafandrohung des § 306a ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Tathandlungen der schweren Brandstiftung restriktiv auszulegen sind.<sup>25</sup>

Wann ein Gebäude **in Brand gesetzt** ist, ist im Einzelnen umstritten. Nach Meinung der Literatur ist ein Gebäude in Brand gesetzt, wenn ein für seinen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlicher Bestandteil in solcher Weise vom Feuer ergriffen ist, dass er auch nach Entfernen oder Erlöschen des Zündstoffs selbstständig weiter brennen kann.<sup>26</sup> Die Rechtsprechung lässt dagegen allein die Möglichkeit ausreichen, dass sich der Brand auf Teile des Gebäudes ausbreiten kann, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>27</sup>

Die Handlungsalternative der **Brandlegung** dient dagegen der Überlegung, dass bei gefährlichen Brandstiftungen durch die zunehmende Verwendung von feuerbeständigen Baustoffen und Bauteilen wesentliche Gebäudebestandteile unter Umständen gar nicht mehr Feuer fangen können, allerdings die durch den Brand ausgehende Ruß-, Gas-, Rauch- und/oder Hitzeentwicklung vergleichbare Folgen für Leben und Gesundheit der Bewohner sowie bedeutende Sachwerte haben kann.<sup>28</sup> Um solche Fälle erheblicher Menschengefährdungen und hoher Sachschäden angemessen zu ahnden und die Täter nicht nur nach den §§ 303, 305 zu bestrafen, wurde die Handlungsalternative des teilweisen Zerstörens durch Brandlegung deshalb durch das 6. StrRG in die Brandstiftungstatbestände eingefügt.<sup>29</sup> Der Begriff der Brandlegung lässt sich definieren als jede Handlung, die sich auf das Verursachen eines

<sup>17</sup> Heine (Fn. 3), § 306 Rn. 24.

<sup>18</sup> BGH NJW 2001, 765; BGH StV 2001, 232.

<sup>19</sup> Heine (Fn. 3), § 306 Rn. 4.

<sup>20</sup> Heine (Fn. 3), § 306a Rn. 3.

<sup>21</sup> BGHSt 23, 60, 62.

<sup>22</sup> BGHSt 48, 14, 18; BGH NStZ 2003, 204, 205; BGH NStZ 2010, 519.

<sup>23</sup> Wolters/Horn (Fn. 16), § 306a Rn. 25.

<sup>24</sup> Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 306 Rn. 5.

<sup>25</sup> BGH NStZ 2007, 270, 271; Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 6.

<sup>26</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGHSt 48, 14, 18.

<sup>28</sup> Rengier (Fn. 6), § 40 Rn. 12.

<sup>29</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 26.

Brandes am Tatobjekt richtet.<sup>30</sup> Dem Willen des Gesetzgebers lässt sich entnehmen, dass bei der Auslegung des Begriffs des „teilweisen Zerstörens“ auf die §§ 303, 305 zurückgegriffen werden kann.<sup>31</sup> Einschränkend muss berücksichtigt werden, dass die §§ 306, 306a im Gegensatz zu den §§ 305, 305a wegen der Gemeingefährlichkeit einer jeden Brandlegung eine hohe Strafdrohung enthalten. Die Rechtsprechung leitet aus dieser Strafraumdivergenz ab, dass die **teilweise Zerstörung von einigem Gewicht** sein muss.<sup>32</sup> Die Rechtsprechung unterscheidet dabei drei verschiedene Fallgruppen, wann eine „teilweise Zerstörung“ von Gewicht vorliegt: 1. wenn das Tatobjekt für eine nicht unbedeutende Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, 2. wenn ein für die ganze Sache nötiger Teil unbrauchbar wird oder 3. wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für den selbstständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, vollständig vernichtet werden.<sup>33</sup> Die Literatur stimmt der restriktiven Auslegung des „teilweisen Zerstörens“ durch Brandlegung zu.<sup>34</sup> Ein weites Verständnis führe zu einer erheblichen Ausweitung des strafbaren Verhaltens der Brandstiftung.<sup>35</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stellt fest, dass der Tatbestand der schweren Brandstiftung gem. § 306a II erfüllt ist.

Dabei nimmt er umfangreich Stellung zur Auslegung der Handlungsalternative der teilweisen Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung. Der BGH bestätigt insoweit die bisherige Recht-

sprechung, wonach im Hinblick auf die hohe Strafdrohung des § 306a eine teilweise Zerstörung des Tatobjekts von Gewicht vorliegen muss. Die für § 306a I entwickelten Fallgruppen gelten – wie der BGH ausdrücklich betont – auch für § 306a II. Jedoch muss eine solche restriktive Auslegung des Merkmals der teilweisen Zerstörung im Hinblick auf die Bezugsobjekte des § 306 I rechtsgutsspezifisch verstanden werden. Auf den Sachverhalt wendet der BGH die erste Fallgruppe an. Demnach liegt ein teilweises Zerstören von Gewicht vor, wenn das Tatobjekt für eine nicht unbedeutende Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird. Die Erneuerung von Stromleitungen, die Beseitigung von Rußschäden und die Ersetzung der verbrannten Türen verursacht nicht nur erhebliche Kosten, sondern nimmt auch nicht unerhebliche Zeit in Anspruch, in der die Mieter die Kellerräume nicht zu dem bestimmungsgemäßen Zweck als Versorgungs- und Aufbewahrungsräume nutzen können.

Nach den Ausführungen des BGH steht sowohl der Wortlaut als auch der Normzweck des § 306a II einer solchen Auslegung nicht entgegen. Für die Anwendbarkeit des § 306a II genügt, wenn durch die Brandlegung ein Schaden an den Tatobjekten des § 306 I entsteht und es zu einer konkreten Gefährdung von Menschen durch die Folgen der Brandlegung kommt. Aus dem **Wortlaut** des § 306a II ergibt sich außerdem, dass es sich bei dem Tatobjekt – anders als bei § 306a I – lediglich um irgendein Gebäude iSd § 306 I Nr. 1 handeln muss, das von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sein muss. Darunter sind auch Kellerräume zu zählen. § 306a I enthält hingegen andere Bezugsobjekte, die von dem Katalog nach § 306 I qualitativ zu unterscheiden sind und nur an solche Gebäude anknüpfen, die der Wohnung oder dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen. Auch der **Normzweck** erlaubt die Anwendung

<sup>30</sup> Lackner/Kühl (Fn. 24), § 306 Rn. 4.

<sup>31</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 88: „teilweise Zerstören“ soll „in Anlehnung“ an die Formulierungen in den §§ 305, 305a verstanden werden.

<sup>32</sup> BGHSt 48, 14, 19 f.

<sup>33</sup> BGH NStZ 2003, 204, 205 f.

<sup>34</sup> Hagemeyer, NStZ 2008, 198, 199.

<sup>35</sup> Radtke, NStZ 2003, 432, 433.

des § 306a II. Während für § 306a I bereits die Verursachung einer abstrakten Gefahr für Leib und Leben von Menschen wegen des generell hohen Gefährdungspotentials bei einer Brandlegung von Wohngebäuden ausreicht, ist für die Anwendbarkeit des § 306a II erforderlich, dass eine konkrete Gefahr für die Gesundheit von Menschen eintritt. Deswegen soll es für § 306a II genügen, wenn durch die teilweise Zerstörung durch Brandlegung Objekte betroffen sind, die nicht der Wohnung von Menschen dienen. Der Gesetzgeber bezweckt mit der Auffangregelung des § 306a II, dass selbst bei nur geringen Objektschäden im Fall einer konkreten Gesundheitsschädigung für Menschen dieselbe Strafdrohung gelten soll, wie sie in § 306a I vorgesehen ist. Daraus leitet der BGH ab, dass, wenn Menschen konkret gefährdet sind, zur Vollendung des § 306a II nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein müssen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil, wie beispielsweise ein Kellerraum, für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann.

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

Grundsätzlich bringt die Entscheidung keine wesentlichen Neuerungen. Der BGH nimmt vielmehr klärend Stellung zum Gebäudebegriff der gesundheitsgefährdenden Brandstiftung nach § 306a II.

Die Brandstiftungsdelikte gehören zum Grundstoff des juristischen Studiums. Das Verständnis ihres Aufbaus sowie insbesondere ihres umstrittenen Konkurrenzverhältnisses zueinander ist für das Examen von Bedeutung. Insofern wäre es für die Ausbildung wünschenswert gewesen, wenn der BGH in der Entscheidung (bzw. die Vorinstanz im vorangegangenen Urteil) auch Stellung genommen hätte zu den §§ 306 I,

306a I, die wie selbstverständlich gar nicht angesprochen wurden.

In einer Klausur hätte man die Normen nämlich auf jeden Fall prüfen müssen. Wenn der Klausurbearbeiter bzw. die Klausurbearbeiterin zu dem Ergebnis gelangt, dass nicht nur § 306a II, sondern auch die §§ 306 I, 306a I einschlägig sind, muss er/sie außerdem klären, in welchem Verhältnis die jeweiligen Vorschriften zueinander stehen. Eine Verurteilung wegen Brandstiftung gem. § 306 I in Tateinheit mit einer schweren Brandstiftung gem. § 306a II würde das unrechtssteigernde Moment der Fremdheit des Tatobjekts im Tenor des Strafurteils klarstellen und das begangene Unrecht so genau wie möglich hervorheben. Andererseits erscheint es unsachgemäß bei einer Inbrandsetzung bzw. einer Brandlegung ein und desselben Gebäudes den Täter wegen mehrerer Brandstiftungstatbestände zu verurteilen.<sup>36</sup> Im Ergebnis kann es bezüglich der Strafe dahinstehen, welcher Ansicht man folgt. Denn der Täter wird nicht nach beiden Delikten, sondern gem. § 52 II nur nach dem Straftatbestand bestraft, der die schwerste Strafe androht. Die praktischen Auswirkungen des Meinungsstreits sind demnach verschwindend gering und betreffen lediglich die Klarstellung des begangenen Unrechts.

#### **5. Kritik**

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen. Richtigerweise geht der BGH von einer schweren Brandstiftung gem. § 306a II aus. Mit dem Kellertrakt des Wohngebäudes wurde ein wichtiger Gebäudeteil durch Verrußung der Räumlichkeiten und Verbrennung von Türen und Stromleitungen so stark beschädigt, dass er (auch durch die Dauer der Reparaturmaßnahmen) längere Zeit nicht seiner Funktion nach als Versorgungs- und Aufbewahrungsort dienen konnte.

<sup>36</sup> *Wrage*, JuS 2003, 985, 987.

Dem BGH ist außerdem darin zuzustimmen, dass die für § 306a I anerkannte restriktive Auslegung des Merkmals der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung auch für den Absatz 2 gilt. Das ergibt sich aus dem hohen Strafraumen. § 306a II ist ebenso wie § 306a I ein Verbrechen. Eine von § 306a I abweichende Auslegung des Begriffs der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung wäre nicht sachgerecht und würde zu fragwürdigen Ergebnissen führen.

Die Entscheidung bereitet angesichts ungenauer bzw. ungenügender Sachverhaltsangaben jedoch auch Schwierigkeiten. Beispielsweise ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, ob tatsächlich die Möglichkeit bestand, dass sich das Feuer im Keller auf weitere Gebäudeteile ausbreiten konnte. Diese Erkenntnis wäre erforderlich gewesen, um zu prüfen, ob auch die Handlungsalternative des **Inbrandsetzens** gem. § 306a II Alt. 1 erfüllt ist. Nach Ansicht der Rechtsprechung genügt für die Anwendbarkeit des § 306a II Alt. 1, wie oben bereits dargestellt, die Möglichkeit, dass sich das Feuer auf Gebäudeteile ausweiten kann, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlich sind.

Dass der BGH gar nicht angesprochen hat, ob die **§§ 306 I, 306a I erfüllt** sind, kann mehrere Gründe haben. Zum einen entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass § 306a II den § 306 I auf Konkurrenzebene verdrängt, weshalb das Gericht die Voraussetzungen des § 306 I gar nicht erst geprüft hat. Zum anderen könnte für eine Nichtanwendbarkeit des § 306a I sprechen, dass dessen Voraussetzung evident nicht erfüllt ist. Die Rechtsprechung setzt für die Handlungsalternative des Inbrandsetzens eines zur Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gem. § 306a I Alt. 1 voraus, dass das Feuer wesentliche Gebäudeteile erfasst hat oder zumindest die Möglichkeit besteht, dass sich das Feuer auf Gebäudeteile ausweiten

kann, die für das Wohnen wesentlich sind. Es genügt aber nicht, wenn nur Kellerräume Feuer fangen oder im Keller befindliche Versorgungsleitungen verschmoren, weil es sich insoweit nicht um für das Wohnen wesentliche Gebäudeteile handelt.<sup>37</sup> Ob durch eine Inbrandsetzung von Gegenständen im Keller die Möglichkeit besteht, dass sich das Feuer auf andere für die bestimmungsgemäße Nutzung wesentliche Gebäudeteile ausweitet, versteht sich nach Rechtsprechung nicht von selbst und ist von den Feststellungen des Einzelfalls abhängig.<sup>38</sup>

Gegen die Anwendbarkeit des § 306a I spricht zudem, dass die zweite Handlungsalternative der ganz oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung eines Wohngebäudes iSd § 306a I Nr. 1 nur dann erfüllt ist, wenn „eine zum Wohnen bestimmte ‚Untereinheit‘ dadurch für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist“.<sup>39</sup> Zwar sind die Kellerräume unbrauchbar, die Wohnungen selbst sind von der Zerstörungswirkung der Brandlegung allerdings nicht beeinträchtigt. § 306a I ist aber für den Fall des Zerstörens eines Wohngebäudes nur dann anwendbar, wenn auch Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sind.<sup>40</sup> Aus diesem Grund ist § 306a I nicht erfüllt. Ob eine Versuchsstrafbarkeit des § 306a I in Betracht gezogen werden kann, hängt vom Vorsatz des Täters ab. Bejaht man einen Eventualvorsatz, ist ein Versuch des § 306a I ohne jeden Zweifel gegeben.

*(Carina Clos / Nicole Jesche)*

<sup>37</sup> BGH NStZ 2007, 270, 271.

<sup>38</sup> BGH NStZ 2007, 270, 271.

<sup>39</sup> BGH NStZ 2007, 270, 271.

<sup>40</sup> BGH NJW 2011, 1091.

## 1. Sachverhalt

A setzt sich zusammen mit anderen Gleichgesinnten vor die Zufahrt einer US-Kaserne in Deutschland, um gegen den Irak-Krieg zu protestieren. Dadurch stauen sich Fahrzeuge in mehreren Reihen hintereinander auf. Die Sitzblockade ist zuvor angekündigt worden. Es dauert nur wenige Minuten, bis die Demonstranten von der Polizei weggetragen werden. A wird wegen Nötigung zu einer Geldstrafe verurteilt. Er rügt vor dem BVerfG die Verletzung des Analogieverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG und der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das BVerfG befasst sich mit zwei zentralen Problemen: Zum einen prüft es, ob die Auslegung des Gewaltbegriffs gemäß § 240 Abs. 1 StGB<sup>1</sup> nach der Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH gegen das Analogieverbot verstößt, zum anderen befasst es sich mit der Berücksichtigung von politischen Fernzielen in der Verwerflichkeitsprüfung, § 240 Abs. 2.

Der Gewaltbegriff ist eines der umstrittensten Probleme im materiellen Strafrecht.

Das Reichsgericht definierte Gewalt als durch körperliche Kraftentfal-

## Juni 2011 Sitzblockade-Fall

*Auslegung des Gewaltbegriffs / Berücksichtigung von Fernzielen bei der Verwerflichkeitsprüfung*

§ 240 Abs. 1, 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH verstößt nicht gegen das Analogieverbot in Art. 103 Abs. 2 GG.
2. Politische Zwecke als Fernziele sind nicht bei der Strafzumessung, sondern schon im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen.

BVerfG, Beschluss vom 07. März 2011 – 1 BvR 388/05; veröffentlicht in StraFo 2011, 180-182 (Leitsatz und Gründe)

tung ausgeübten Zwang des Täters auf den Körper des Opfers, um einen erwarteten oder tatsächlich geleisteten Widerstand zu überwinden (**klassischer Gewaltbegriff**).<sup>2</sup>

Es kommt bei einer Sitzblockade auf Seiten des Täters zu keiner nennenswerten Kraftentfaltung. Auf Seiten des Opfers liegt lediglich eine psychische Zwangswirkung vor, da es dem Fahrer zwar möglich ist, den Demonstranten zu überfahren, er aber anhält, um diesen nicht zu verletzen bzw. zu töten. Folglich lassen sich Sitzblockaden nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht unter den Gewaltbegriff subsumieren.

Der BGH schwächte zunächst das Erfordernis der körperlichen Kraftentfaltung auf Seiten des Täters stark ab und stellte lediglich auf eine körperliche Handlung ab. Es wurde aber an der Voraussetzung der unmittelbaren körperlichen Zwangswirkung beim Opfer

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Angabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> RGSt 73, 343, 344.

festgehalten.<sup>3</sup> So war das Merkmal zum Beispiel durch das Beibringen von Schlafmitteln erfüllt.

Nach diesem Gewaltbegriff ist das Verhalten des Täters bei einer Sitzblockade ausreichend. Jedoch fehlt es beim Opfer an einer unmittelbaren körperlichen Zwangswirkung. Auch nach dieser Rechtsprechung wäre keine Gewalt im Sinne von § 240 Abs. 1 gegeben.

In den ersten Entscheidungen des BGH zu Sitzblockaden wurde dann allerdings auch auf die unmittelbare körperliche Zwangswirkung beim Opfer verzichtet. Der BGH entwickelte den **vergeistigten Gewaltbegriff**: Psychisch vermittelter Zwang sei ausreichend, sofern er vom Opfer als körperlicher Zwang empfunden werde.<sup>4</sup> Die physische Zwangswirkung ist demnach nicht mehr erforderlich. Folgt man dieser Auffassung, muss vom Täter nur eine körperliche Tätigkeit in Form eines aktiven Tuns, wie zum Beispiel Hinsetzen, ausgeübt werden. Die Besonderheit des vergeistigten Gewaltbegriffs liegt beim Opfer: Es wird nicht physisch an der Weiterfahrt gehindert, da es den Demonstranten ohne Weiteres überfahren könnte. Da dem Opfer dies widerstrebt fühlt es sich psychisch gezwungen, anzuhalten. Mithin wird bei einer Sitzblockade nach diesem Verständnis die Anwendung von Gewalt bejaht.

In der Literatur trifft der vergeistigte Gewaltbegriff überwiegend auf Ablehnung. Vor allem wird mit der Wortlautgrenze, der schwierigen Abgrenzung der Gewalt zur Drohung und der Ausweitung des Nötigungstatbestandes argumentiert.<sup>5</sup>

Nachdem das BVerfG zunächst den vergeistigten Gewaltbegriff bestätigt hatte,<sup>6</sup> besann es sich in einer späteren

Entscheidung wieder auf die Bedeutung der körperlichen Kraftentfaltung beim Täter, sei sie auch noch so gering. Der Begriff der Gewalt werde sonst konturlos.<sup>7</sup>

Zudem sei eine Zwangswirkung auf Seiten des Opfers, die rein psychischer Natur ist, nicht ausreichend.<sup>8</sup> Eine derartige Auslegung des Begriffes „Gewalt“ verstoße gegen das Analogieverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG. Somit betonte das BVerfG wieder verstärkt die physische Komponente der Zwangswirkung.<sup>9</sup>

Um das Element der körperlichen Kraftentfaltung beim Täter zu bejahen, genügt ein bloßes Hinsetzen als körperliche Tätigkeit. Jedoch ist die psychische Zwangswirkung, die dadurch auf das Opfer ausgeübt wird, nicht ausreichend, um das Tatbestandsmerkmal der Gewalt zu erfüllen.

Daraufhin entwickelte der BGH die **Zweite-Reihe-Rechtsprechung**.<sup>10</sup> Er fügte sich dem BVerfG insoweit, dass er die rein psychische Zwangswirkung auf das Opfer als unzureichend für den Gewaltbegriff verwarf. Demnach kann in einer Zweipersonenkonstellation zwischen Demonstrant und Fahrzeugführer keine Nötigung mehr angenommen werden.

Sobald sich jedoch hinter dem ersten Fahrer weitere Fahrzeuge aufstauen, sieht der BGH darin eine mittelbare Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2. Der Demonstrant muss dafür die Tatherrschaft<sup>11</sup> oder wenigstens den Willen zur Tatherrschaft<sup>12</sup> haben. Es bedarf dazu der Steuerungsherrschaft über den Tatmittler, damit dessen Verhalten dem Demonstranten zugerechnet wird. Indem er sich auf die Straße setzt und so den ersten Fahrer dazu bringt, anzuhalten, wird dieser nach der Auffassung

<sup>3</sup> BGHSt 1, 145, 147 f.

<sup>4</sup> BGHSt 23, 46, 54 „Laeppele“; 37, 350, 352 „Wackersdorf“.

<sup>5</sup> Weber, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Auflage 2009, S. 274; Wolter, NStZ 1985, 193, 194ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 73, 206, 242.

<sup>7</sup> BVerfGE 92, 1, 18.

<sup>8</sup> BVerfGE 92, 1, 17.

<sup>9</sup> BVerfGE 92, 1, 18.

<sup>10</sup> BGHSt 41, 182, 184 ff.

<sup>11</sup> Kühn, Strafrecht AT, 6. Auflage 2008, S. 656 Rn. 40.

<sup>12</sup> BGHSt 35, 347, 353.

des BGH unfrei in seiner Entscheidung weiterzufahren, da er den Demonstranten überfahren kann, dies aber nicht möchte und dadurch „instrumentalisiert“ wird.<sup>13</sup> Jedenfalls handelt der Fahrer des ersten Wagens aber nach § 34 gerechtfertigt. Der Sitzende steuert auf diese Weise dessen Verhalten und benutzt ihn so als Werkzeug gegen die folgenden Fahrer, indem das erste Fahrzeug ein unüberwindbares physisches Hindernis darstellt. Der Demonstrant hat folglich die Tatherrschaft. Mit hin ist das Verhalten des ersten Fahrers ihm zuzurechnen. Er begeht daher eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft.

Daneben ist im Fall noch ein weiteres Problem angesprochen. Der weite Tatbestand des § 240 Abs. 1 veranlassete den Gesetzgeber, diesen durch die Einführung der Verwerflichkeitsklausel, § 240 Abs. 2, zu begrenzen. Aufgrund dieses Zwecks wird die Klausel teils als tatbestandsergänzende Regelung gedeutet.<sup>14</sup> Nach der herrschenden Meinung ist § 240 Abs. 2 jedoch auf der Rechtfertigungsebene zu prüfen. Grundsätzlich indiziert ein erfüllter Tatbestand die Rechtswidrigkeit der Tat, bei der Nötigung ist jedoch zusätzlich die Verwerflichkeit der Tat festzustellen.<sup>15</sup>

Diese kann sich sowohl aus dem Nötigungsmittel als auch aus dem Nötigungszweck oder der Zweck-Mittel-Relation ergeben. Kommt man zu dem Ergebnis, dass das Verhalten des Täters sozial unerträglich ist, liegt die Verwerflichkeit gemäß § 240 Abs. 2 vor.<sup>16</sup>

Nahziele des Täters (z.B. Blockade der Zufahrt, um Aufmerksamkeit zu bekommen) werden bei der Prüfung der Verwerflichkeit des Zwecks in die Abwägung stets einbezogen. Es ist jedoch umstritten, ob auch Fernziele, wie z.B. Umweltschutz, Friedenssicherung oder

Sicherung von Arbeitsplätzen, an dieser Stelle<sup>17</sup> oder erst in der Strafzumessung<sup>18</sup> berücksichtigt werden müssen. Die Befürworter der Einordnung auf Ebene der Strafzumessung sehen insbesondere das Problem, dass allein der Richter über die Verwerflichkeit politischer Zwecke bestimme und so den Meinungspluralismus begrenzen könne.<sup>19</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG bestätigt erstmalig die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH. Danach reicht eine psychische Zwangswirkung auf den Tatmittler aus, um gegenüber den folgenden Fahrern eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft anzunehmen. Die bloße Präsenz des ersten Fahrzeugs schafft ein unüberwindbares physisches Hindernis für die folgenden Fahrer. Die Gewaltanwendung des ersten Fahrzeugführers, der als Tatmittler handelt, wird dem Demonstranten zugerechnet. Folglich liegt in dem Gewaltbegriff der Zweite-Reihe-Rechtsprechung kein Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

Den zweiten Schwerpunkt bildet die Prüfung der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 unter Berücksichtigung der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG. Das BVerfG fordert die Einbeziehung von Fernzielen bei der Abwägung im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung gemäß § 240 Abs. 2 und nicht erst in der Strafzumessung. Weiterhin ist der Sachbezug zwischen dem Kommunikationszweck (Protest gegen den Irak-Krieg) und dem Versammlungsort (US-Kaserne) gegeben, auch wenn es sich bei den Betroffenen nicht um politische Entscheidungsträger, sondern um einfache Soldaten handelt. Wenn man in diesem Fall den Sachzusammenhang verneint und vom De-

<sup>13</sup> BGHSt 41, 182, 186.

<sup>14</sup> Küper, Strafrecht BT, 7. Auflage 2008, S. 247; Eser/Eisele, in Schönke/Schröder 2. Auflage 2010, § 240 Rn. 16.

<sup>15</sup> BGHSt 35, 270, 276.

<sup>16</sup> Küper (Fn. 14), S. 246.

<sup>17</sup> BVerfGE, 104, 92, 109 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 73, 206, 257; Wesels/Hettinger, Strafrecht BT I, 34. Auflage 2010, Rn. 423.

<sup>19</sup> Schmidt/Priebe, Strafrecht BT I, 9. Auflage 2010, Rn. 795.

monstranten jedes Mal fordern, sich an den Ort der politisch Verantwortlichen zu begeben, so stelle dies eine unzulässige und zu weitreichende Beschränkung der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG dar. Da der BGH diese Anforderungen nicht einhielt, verletzte er die Versammlungsfreiheit der Demonstranten.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entwicklung des Gewaltbegriffs ist weiterhin nicht abschließend geklärt und daher ein beliebter Prüfungs- und Examensgegenstand. Bei der Auseinandersetzung mit dem Tatbestandsmerkmal der Gewalt ist zwischen dem Handeln des Täters und der Wirkung auf das Opfer zu unterscheiden. Diese Abgrenzung ist sorgfältig vorzunehmen. Auf der Täterseite wurde das Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung weitgehend abgeschwächt, sodass jegliche körperliche Tätigkeit ausreichend ist. Dies gilt bis auf einige Stimmen in der Literatur<sup>20</sup> als herrschende Meinung.<sup>21</sup> Bezüglich der Wirkung auf das Opfer stellt das BVerfG mit dieser Entscheidung wieder auf die körperliche Zwangswirkung ab. Dabei ist es entscheidend, ob es sich um eine Zweipersonenkonstellation (Demonstrant – Fahrer) handelt oder ob es zu einer Aufstauung von mehreren Fahrzeugen kommt. Nur im letzten Fall liegt eine körperliche Zwangswirkung durch die Schaffung eines unüberwindbaren Hindernisses in mittelbarer Täterschaft vor. Damit billigt das BVerfG die Zweite-Reihe-Rechtsprechung.

In der Klausur ist zunächst das Verhalten des Demonstranten gegenüber dem ersten Fahrer zu prüfen und dabei insbesondere der Gewaltbegriff zu problematisieren. Auf den ersten Fahr-

zeugführer wirkt jedoch nur psychischer Zwang, der für den Gewaltbegriff des § 240 Abs. 1 nach der inzwischen herrschenden Auffassung nicht ausreichend ist. Folglich liegt keine Nötigung zu Lasten des ersten Fahrzeugführers vor. Anschließend ist das Verhalten des Demonstranten gegenüber dem zweiten Fahrer zu prüfen. Darin liegt, wie oben festgestellt, eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft. Dabei ist insbesondere die Tatherrschaft des Demonstranten zu problematisieren, die darin liegt, dass er den ersten Fahrer als unfreies Werkzeug steuert. Ist nach dem Täterverhalten des ersten Fahrerzeugführers gefragt, so liegt darin eine Nötigung gegenüber dem zweiten Fahrer vor, die jedoch jedenfalls gemäß § 34 gerechtfertigt ist.

Auf der Rechtfertigungsebene ist nach den allgemeinen Rechtfertigungsgründen auf die Verwerflichkeit der Tat einzugehen. Dabei bietet es sich an, zunächst das Mittel, dann den Zweck und zuletzt die Zweck-Mittel-Relation zu erörtern. Es kann dabei ausreichend sein, wenn die Verwerflichkeit des Zwecks oder des Mittels vorliegt, um die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation zu verursachen. Letztlich kommt es aber auf eine umfassende Abwägung der Umstände an: Zu berücksichtigen sind zum Beispiel die betroffenen Rechtsgüter, die Intensität und Dauer der Zwangswirkung oder der sachliche Zusammenhang.<sup>22</sup>

Eine Sitzblockade als Mittel ist nicht per se verwerflich, solange sie friedlich ist, da auch nonverbale Kommunikation vom Versammlungsbegriff des Art. 8 GG erfasst wird.

Bei der Prüfung des Zwecks ist zwischen Nahzielen und Fernzielen zu differenzieren. Das Nahziel einer Sitzblockade ist die Erregung von Aufmerksamkeit zur öffentlichen Meinungsbildung. Da es bei der Versammlungsfreiheit gerade darum geht, ist dieser Zweck nicht als verwerflich anzusehen.

<sup>20</sup> Weber, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 5), S. 275.

<sup>21</sup> Küper (Fn. 15), S. 178 Maurach/Schroeder/Maiwald, StGB BT Teil 1, 10. Auflage 2009, S. 199; Sinn, JuS 2009, 577, 580.

<sup>22</sup> Eser/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 15), § 240 Rn. 17.

Das BVerfG fordert nun auch die Einbeziehung von Fernzielen in die Verwerflichkeitsprüfung, und nicht erst deren Berücksichtigung in der Strafzumessung. Es geht lediglich darum, ob ein solches vorliegt. Das Gericht darf dabei keine Bewertung der Fernziele als nützlich oder wertvoll vornehmen. Diese müssen sich jedoch im Rahmen der Verfassung halten. In der Klausur ist an diesem Punkt zu problematisieren, ob Fernziele in der Verwerflichkeitsprüfung oder der Strafzumessung einzubeziehen sind.

Als letztes ist die Zweck-Mittel-Relation zu prüfen. Hier hat eine Abwägung zwischen der Willensfreiheit des Opfers und dem Verhalten des Täters stattzufinden. Die Verwerflichkeit kann nur festgestellt werden, wenn das Verhalten sozial unerträglich ist. Dabei sind die Dauer, Intensität, Ausweichmöglichkeiten, Anzahl der Betroffenen, vorherige Bekanntgabe und der Sachbezug zu berücksichtigen.

## 5. Kritik

Dem Urteil ist teilweise zu widersprechen. § 240 Abs. 1 erfordert das Tatbestandsmerkmal der „Gewalt“. Ausgehend vom Wortlaut der Norm muss Gewalt mehr als Zwang beinhalten, da dieser bereits im Wort „nötigen“ enthalten ist. Gewalt impliziert somit Kraft. Auch eine Parallelwertung in der Laiensphäre würde nicht zu einem derartig ausufernden Gewaltbegriff führen. Jemandem ohne juristische Vorkenntnisse würde nicht einfallen, in einem Hinsetzen Gewalt zu sehen. Dass das Erfordernis der körperlichen Kraftentfaltung des Täters weitgehend abgeschwächt wird, ist schwer damit zu vereinbaren.

Durch diese weite Auslegung des Gewaltbegriffes ist er kaum noch von der zweiten Handlungsalternative des § 240 Abs. 1, der Drohung, abzugrenzen. Diese erfasst das In-Aussicht-Stellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, ob sich der Bedroh-

te dem Willen des Täters beugt.<sup>23</sup> Der Gesetzgeber hat zwei Nötigungsmittel festgelegt, die klar bestimmt sein müssen und voneinander abzugrenzen sind. Unter Beibehaltung der Anforderung einer gesteigerten körperlichen Kraftentfaltung wäre eine Sitzblockade nicht unter den Gewaltbegriff des § 240 Abs. 1 zu subsumieren.

Allenfalls könnte das Tatbestandsmerkmal der Drohung vorliegen: Das empfindliche Übel könnte in der strafrechtlichen Verfolgung liegen, die dem Fahrzeugführer droht, wenn er den Demonstranten überfährt.<sup>24</sup> Dagegen wird jedoch angeführt, dass ein typischer Sitzblockade-Demonstrant nicht vorhat, seinen Platz für den Fall zu räumen, dass sich der Fahrer fügt. Zudem liegt die Tatherrschaft beim Fahrzeugführer, sodass der Blockierer die Erfüllung der Drohung nicht in den Händen hat.<sup>25</sup> Dem Nötigenden muss das Übel jedoch zur Disposition stehen, damit von einer Drohung ausgegangen werden kann. Folglich kann in diesen Fällen eine Drohung nicht angenommen werden. Der Demonstrant macht sich unter Zugrundelegung dieser Ansicht nicht wegen Nötigung strafbar.

Positiv ist indessen anzumerken, dass auf Opferseite am Merkmal der körperlichen Zwangswirkung festgehalten wird.

Handlungsweisen, die das Erfordernis der körperlichen Kraftentfaltung nicht erfüllen, aber als körperliche Tätigkeit unter den weiten Gewaltbegriff fallen, werden hinreichend durch andere Straftatbestände pönalisiert. So ist zum Beispiel das Umdrehen eines Schlüssels zum Einsperren einer Person eine Freiheitsberaubung. Selbst wenn Strafbarkeitslücken entstehen, ist es

<sup>23</sup> Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 240 Rn. 12.

<sup>24</sup> Toepel, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Auflage 2010, Rn. 179; Herzberg, GA 1998, 211.

<sup>25</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 12. Auflage 2011, § 23 Rn. 40; BGHSt 31, 195, 201.

Aufgabe der Gesetzgebung und nicht der Rechtsprechung, diese zu schließen. Gerade bei Sitzblockaden ist die Pönalisierung mit Blick auf Art. 5 und Art. 8 GG äußerst bedenklich.

Bei der Verwerflichkeitsprüfung ist die Einbeziehung von Fernzielen in die Abwägung nach § 240 Abs. 2 zu kritisieren. Zunächst ist festzustellen, dass Fernziele schwer zu bestimmen sind. Weiterhin sind die Konsequenzen der Einbeziehung von Fernzielen in der Rechtswidrigkeitsprüfung nicht zu unterschätzen: Verneint man die Verwerflichkeit, so handelt der Täter gerechtfertigt und das Opfer darf keine Notwehr anwenden. Für das Opfer ist es oftmals nicht ersichtlich, ob der Täter Fernziele hat. Somit kann es nicht wissen, wann dieser gerechtfertigt handelt und wann nicht. Dies ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit problematisch, da es unabsehbar ist, wann das Opfer sich rechtmäßig zur Wehr setzen darf.

Zu begrüßen ist, dass das BVerfG den einfachen Gerichten untersagt, eine Bewertung des Zwecks der Sitzblockade nach seiner Nützlichkeit oder Wichtigkeit vorzunehmen. So können politische Ansichten des Richters keinen Einfluss auf die Verwerflichkeitsprüfung nehmen. Der Versuch des Demonstranten, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, darf nicht zu seinen Lasten gewertet werden.

*(Tarik Arabi / Louisa-C. Muschik)*

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

A, B, C und D befinden sich wegen schwerer Gewalt- und Sexualdelikte in Sicherungsverwahrung.

Die Sicherungsverwahrung ist bei A und B jedoch nicht schon bei der Verurteilung neben der Strafe verhängt worden, sondern erst kurz vor Ende des Strafvollzuges. Das Gesetz, welches dies ermöglicht, wurde erst nach dem Zeitpunkt der entsprechenden Anlasstaten erlassen (§ 66b Abs. 2 StGB<sup>2</sup>, § 7 Abs. 2 JGG).

Bei C und D ist die Sicherungsverwahrung zwar schon bei der Verurteilung angeordnet worden, zum damaligen Zeitpunkt war diese jedoch noch auf zehn Jahre befristet. Eine spätere Gesetzesänderung hat eine unbefristete Verlängerung der Sicherungsverwahrung ermöglicht (§ 67d Abs. 3). Auf dieser Grundlage haben die Strafvollstreckungskammern unter Billigung der Beschwerdegerichte die Fortdauer der Sicherungsverwahrung angeordnet.

Alle vier Untergebrachten erheben daraufhin Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Sie rügen eine Verletzung des

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

<sup>2</sup> Alle folgenden §§ ohne weitere Benennung sind solche des StGB.

Juli 2011

## Sicherungsverwahrungs-Fall

*Freiheit der Person / rechtsstaatlicher Vertrauensschutz / Abstandsgebot / völkerrechtsfreundliche Auslegung des GG*

Art. 2 Abs. 2 S. 2; Art. 20 Abs. 3; Art. 103 Abs. 2; Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK; §§ 66 - 67d StGB, §§ 7 Abs. 2, 3; 106 Abs. 3 S. 2, 3, Abs. 5, 6 JGG

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

- Die Vorschriften zur Sicherungsverwahrung sind verfassungswidrig.
- Die Sicherungsverwahrung verlangt eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Wahrung des Abstandsgebots; in Fällen einer nachträglichen Verhängung oder Verlängerung ist zusätzlich auch eine psychische Störung des Täters und die Gefährdung besonders wichtiger Rechtsgüter zu verlangen.
- Die EMRK und deren Konkretisierung durch den EGMR müssen bei der Auslegung des GG beachtet werden, soweit das GG und die allgemein anerkannte Gesetzesauslegung dies zulassen.

BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09.

Verbots der rückwirkenden Bestrafung (Art. 103 Abs. 2 GG), des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebotes (Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 20 Abs. 3 GG) und ihres Rechts auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG).

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Sicherungsverwahrung wurde von der Literatur schon länger kritisch betrachtet. Hauptkritikpunkt war, dass der Anwendungsbereich der Maßregel kontinuierlich ausgeweitet werde, obwohl es sich bei der Sicherungsverwahrung um „die letzte Notmaßnahme der

Kriminalpolitik“ handeln sollte.<sup>3</sup> Die Unterbringung erweise sich zudem in den meisten Fällen als eine unbefristete Maßregel.<sup>4</sup> Die meisten Richter und Gutachter scheuen sich offenbar davor, bei Freilassung die moralische Verantwortung für das zukünftige Verhalten ehemaliger Sicherungsverwahrter zu übernehmen. Empirisch sei zudem nicht belegbar, dass die Sicherungsverwahrung zu einer Beseitigung von Sicherheitsdefiziten im öffentlichen Raum beitrage.<sup>5</sup>

Im Jahr 2004 hatte das **BVerfG** über die **nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung** zu entscheiden. In seinem damaligen Urteil<sup>6</sup> entschied das Gericht, dass die Regelungen verfassungskonform seien. Es liege keine Verletzung des Grundrechts der Freiheit der Person vor. Eine Verletzung des Rückwirkungsverbots bestehe schon aus dem Grund nicht, dass die Sicherungsverwahrung keine Strafe im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG, sondern eine Maßregel sei. Maßregeln fielen nicht unter das Rückwirkungsverbot. Weiterhin liege kein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot vor. Die Verlängerung der Sicherungsverwahrung hänge von Umständen ab, die erst später eingetreten sind, zum Beispiel dem Vollzugsverhalten. Außerdem überwiege das Wohl der Allgemeinheit ohnehin das Vertrauen des Betroffenen, zumal in § 2 VI a. F. geregelt war, dass über Maßnahmen der Besserung und Sicherung nach dem Gesetz zu entscheiden war, das zur Zeit der Entscheidung galt. Das BVerfG forderte zwar einen privilegierten Vollzug (im Sinne des Abstandsgebotes) für die Sicherungsverwahrten, ging jedoch nicht näher auf die konkrete Ausgestal-

tung ein, da dies Aufgabe des Gesetzgebers sei.<sup>7</sup>

Die Entscheidung wurde in der Literatur kontrovers diskutiert.<sup>8</sup>

Der Beschwerdeführer M wendete sich daraufhin an den **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** (EGMR). In dem Urteil aus dem Jahr 2009<sup>9</sup> entschied der Gerichtshof, dass die entsprechenden Regelungen zur Verlängerung der Höchstfrist nicht mit der EMRK vereinbar sind. Grund hierfür sei zum einen eine Verletzung des Rückwirkungsverbots (Art. 7 Abs. 1 EMRK). Der EGMR hielt der Argumentation des BVerfG entgegen, dass der EMRK ein autonomer Strafbegriff zugrunde liege, sodass die Sicherungsverwahrung unter den Begriff der Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK subsumiert werden könne.<sup>10</sup> Belegt werde der Strafcharakter der Sicherungsverwahrung dadurch, dass sich in der Praxis diese Unterbringung kaum von dem Vollzug der Freiheitsstrafe unterscheiden. Auch die Zweckrichtung von Strafe und Sicherungsverwahrung sei teilweise identisch. So diene die Strafe ebenfalls der Prävention und nicht ausschließlich der Vergeltung.<sup>11</sup>

Des Weiteren stellte der EGMR einen Verstoß gegen das Freiheitsgrundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK fest. Weder Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a noch lit. c kämen für eine Rechtfertigung in Betracht, da bei der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung weder der erforderliche Kausalzusammenhang zur ursprünglichen Verurteilung gegeben, noch eine konkret bevorstehende Straftat der Verwahrten zu befürchten sei.<sup>12</sup> Allenfalls lit. e, nach

<sup>3</sup> Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Auflage 2006, 281.

<sup>4</sup> Pollähne/Böllinger, in NK, 3. Auflage 2010, § 67d, Rn. 44.

<sup>5</sup> Pollähne/Böllinger (Fn. 6), Rn. 44.

<sup>6</sup> BVerfGE 109, 133.

<sup>7</sup> BVerfGE 109, 133, Rn. 124ff.

<sup>8</sup> Vgl. Marxen/Maiworm, in FAMOS 02/2010, 2.

<sup>9</sup> EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009 – Nr. 19359/04; NJW 2010, 2495; vgl. dazu Marxen/Maiworm, in FAMOS 02/2010.

<sup>10</sup> EGMR, Nr. 19359/04 (Fn. 8), Rn. 120.

<sup>11</sup> EGMR, Nr. 19359/04 (Fn. 8), Rn. 130.

<sup>12</sup> EGMR, Nr. 19359/04 (Fn. 8), Rn. 97 - 102.

dem einer Person aufgrund einer psychischen Störung die Freiheit entzogen werden darf, könne möglicherweise einen solchen Eingriff in die Freiheit der Person rechtfertigen.<sup>13</sup>

Diese Rechtsprechung bestätigte der EGMR in seiner Entscheidung<sup>14</sup> vom 13. Januar 2011.

Bezüglich der **nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung** gab es bis zu der zu besprechenden Entscheidung keine Rechtsprechung des BVerfG.

Die bisherige gesetzliche Regelung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b Abs. 2, § 7 Abs. 2 JGG) ist allerdings in der Literatur auf starke Kritik gestoßen:<sup>15</sup> Die nachträgliche Anordnung sei ein Eingriff in die Rechtskraft des Urteils,<sup>16</sup> da das Rechtsstaatsprinzip die sekundäre Anordnung der Sicherungsverwahrung grundsätzlich verbiete.<sup>17</sup> Auch wurde kritisiert, dass die Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter des Gefangenen und potentieller Opfer im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht sachgerecht erfolgen könne, da die Aussagekraft der Sachverständigengutachten zweifelhaft sei.<sup>18</sup> Weiterhin wurden die, auch von B im vorliegenden Verfahren gerügten, Eingriffe in das Rückwirkungsverbot, das Vertrauensschutzprinzip und den „ne-bis-in-idem“-Grundsatz (Art. 103 Abs. 3 GG) kritisiert.<sup>19</sup>

Die Rüge des EGMR nahm der deutsche Gesetzgeber zum Anlass, Reformen in den Regelungen zur Sicherungsverwahrung vorzunehmen. Im Januar 2011 trat neben Änderungen in den §§ 66-67d, §§ 7, 106 JGG das The-

rapieunterbringungsgesetz (ThUG)<sup>20</sup> in Kraft. Das Gesetz ermöglicht eine Unterbringung von bisher Sicherungsverwahrten in einer geschlossenen Einrichtung, wenn diese nach der Rechtsprechung des EGMR in ihren Rechten verletzt werden. Voraussetzung für eine solche Unterbringung ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG, dass die Person „an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird“ und die Unterbringung aus diesen Gründen zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die hier zu besprechende Entscheidung des BVerfG unterscheidet sich grundlegend von dem Urteil aus dem Jahre 2004. Hierbei wird nicht nur die Verfassungswidrigkeit der gerügten Normen festgestellt, sondern in entsprechender Auslegung des § 78 S. 2 BVerfGG die Überprüfung ausgedehnt und somit die Sicherungsverwahrung insgesamt für verfassungswidrig erklärt.<sup>21</sup>

Aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes müssen die EMRK sowie Urteile des EGMR bei dessen Auslegung herangezogen werden. Die EMRK hat innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes, daher kann sich der Einzelne vor dem BVerfG nicht unmittelbar auf diese berufen. Allerdings ist sie bei der Auslegung des GG zu beachten und erlangt somit verfassungsrechtliche Bedeutung. Dies führt allerdings nicht zu einer schematischen Pa-

<sup>13</sup> EGMR, Nr. 19359/04 (Fn. 8), Rn. 103.

<sup>14</sup> EGMR, Urteil vom 13. Januar 2011 – Nr. 17792/07.

<sup>15</sup> Befürwortend allerdings: *Folkers*, NStZ 2006, 426, 432.

<sup>16</sup> *Ullenbruch*, in MüKo 2005, § 66b, Rn. 38.

<sup>17</sup> *Kinzig*, NJW 2004, 911, 913 f.

<sup>18</sup> *Ullenbruch* (Fn. 14), Rn. 44 f.

<sup>19</sup> *Stree/Kinzig*, in Schönke/Schröder, 28. Auflage 2010, § 66b, Rn. 2; *Pollähne/Böllinger* (Fn. 6), Rn. 7.

<sup>20</sup> BGBl. 2010 I, S. 2300.

<sup>21</sup> BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 166 (alle Rn. ohne weitere Konkretisierung stammen aus diesem Urteil).

rallelisierung, da die Bezugnahme auf die EMRK nicht zu einer Einschränkung des Grundrechtsschutzes des GG führen darf. Das letzte Wort steht stets der deutschen Verfassung zu.<sup>22</sup> Im Rahmen des GG hatte das BVerfG seine Rechtsprechung daraufhin an das Urteil des EGMR<sup>23</sup> anzupassen.

Die §§ 66 – 67d, §§ 7 Abs. 2, 3; 106 Abs. 3 S. 2, 3, Abs. 5, 6 JGG wurden vor dem Hintergrund des Urteils des EGMR für verfassungswidrig erklärt.

Das BVerfG stellt in seiner Entscheidung fest, dass die Sicherungsverwahrung einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) bedeutet, der nur gerechtfertigt werden kann, wenn sowohl die Verhältnismäßigkeit als auch das Abstandsgebot gewahrt sind.

**Verhältnismäßig** ist die Sicherungsverwahrung nur dann, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Recht der persönlichen Freiheit des Betroffenen überwiegt.

Das **Abstandsgebot** wird gewahrt, wenn die Täter nicht nur „weggesperrt“ werden, sondern vielmehr der Vollzug der Sicherungsverwahrung in deutlichem Abstand zum Strafvollzug gestaltet ist, sodass die Wiedererlangung der Freiheit die Sicherungsverwahrung maßgeblich bestimmt. Das BVerfG zählt folgende Anforderungen an das Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung auf, die eingehalten werden müssen, damit das Abstandsgebot gewahrt ist: Sie darf nur als letztes Mittel angeordnet werden (ultima ratio-Prinzip), es muss eine Individualisierung der Maßnahmen erfolgen (Individualisierungs- und Intensivierungsgebot), es muss eine realistische Entlassungsperspektive eröffnet werden (Motivierungsgebot), die Gestaltung der Sicherungsverwahrung muss sich deutlich von der des Strafvollzugs unterscheiden (Trennungsgebot) und es müssen Vollzugslockerungen zur Erprobung des Lebens in

Freiheit ermöglicht werden (Minimierungsgebot). Diese Gesichtspunkte müssen rechtlich durchsetzbar sein (Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot), die Fortdauer der Sicherungsverwahrung muss mindestens jährlich überprüft werden (Kontrollgebot) und finanzielle Aspekte dürfen die Umsetzung der Maßnahmen nicht behindern.<sup>24</sup> Defizite sieht das BVerfG auch schon im vorhergehenden Strafvollzug. Bereits hier sollte auf eine Resozialisierung mittels Therapien hingearbeitet werden, um die als ultima-ratio geltende Sicherungsverwahrung nach Möglichkeit zu vermeiden oder zumindest so kurz wie möglich zu halten.<sup>25</sup>

Eine **nachträgliche Verhängung oder Verlängerung der Sicherungsverwahrung** verlangt nicht nur eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Wahrung des Abstandsgebotes, sondern unterliegt noch strengeren Voraussetzungen, da sie einen schweren Eingriff in das Vertrauen des Sicherungsverwahrten darstellt.

Sie ist nur zulässig, wenn eine „hochgradige **Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten** aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist“.<sup>26</sup>

Zudem müssen die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK erfüllt sein. Von den hier aufgezählten Rechtfertigungsgründen für eine Freiheitsentziehung durch die Sicherungsverwahrung kommt allenfalls die in lit. e genannte psychische Störung in Betracht. Dabei muss es sich um eine zuverlässig nachgewiesene **psychische Störung**<sup>27</sup> handeln. Nachdem es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Freiheitsentziehung wegen der gegenwärtigen Gefährlichkeit handelt, wird hierbei nicht auf den Tatzeitpunkt abgestellt.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Rn. 85–94.

<sup>23</sup> EGMR, Nr. 19359/04 (Fn. 8).

<sup>24</sup> Rn. 111 ff.

<sup>25</sup> Rn. 122, 125.

<sup>26</sup> Rn. 156.

<sup>27</sup> Rn. 152.

<sup>28</sup> Rn. 154.

Diesen grundlegenden Kritikpunkten kann nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung der vorhandenen Normen entsprochen werden. Vielmehr ist der Gesetzgeber aufgefordert, zu handeln.<sup>29</sup>

Da die Normen, aufgrund derer sich die Beschwerdeführer im konkreten Fall in Sicherungsverwahrung befinden, nicht der Verfassung entsprechen, überwiegt deren Vertrauensschutz (Art. 2 Abs. 2 S. 2; Art. 20 Abs. 3 GG) das Wohl der Allgemeinheit.

Auf die Rüge der Verletzung des **Rückwirkungsverbots** (Art. 103 Abs. 2 GG) musste das BVerfG nicht näher eingehen. Die Unterscheidung zwischen Strafe und Maßregel ist im deutschen Recht so fest verankert, dass daran festzuhalten ist. Diese Differenzierung ist eine Besonderheit des deutschen Rechts. Somit gilt für die Sicherungsverwahrung das Rückwirkungsverbot nicht.<sup>30</sup>

Mit dem neu erlassenen Therapieunterbringungsgesetz beschäftigt sich das Gericht nicht, da dies nicht Überprüfungsgegenstand war.

Im Normalfall hätte die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Normen deren Nichtigkeit zur Folge. Im Fall der Sicherungsverwahrung würde eine plötzliche Nichtigkeitserklärung hingegen zu einem „Chaos“ führen.<sup>31</sup> Aus diesem Grund hat das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31. Mai 2013 eingeräumt, um eine Neuregelung zu entwickeln, die den vom Gericht gesetzten Maßstäben genügt und mithin mit der Verfassung in Einklang steht. Zudem müssen die Altfälle daraufhin überprüft werden, ob eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten vorliegt und der Täter an einer psychischen Störung leidet. Ist dies nicht der Fall, müssen die Unterbrachten spätestens bis zum 31. Dezember 2011 freigelassen werden.<sup>32</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Ausbildung sind in diesem Urteil weniger die Aussagen bezüglich der Sicherungsverwahrung wichtig, als vielmehr die nähere Stellungnahme zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des GG. In einer öffentlich-rechtlichen Klausur müssen die Studierenden die Grundsätze der EMRK und der EGMR-Rechtsprechung beachten, dürfen allerdings hierbei die allgemeinen Grundsätze der deutschen Gesetzesauslegung nicht vernachlässigen. Auch im Strafrecht gewinnt die EMRK immer größere Bedeutung, wie erst kürzlich in der Entscheidung Gäfgen./Deutschland,<sup>33</sup> in welcher sich der EGMR mit der Folter auseinandersetzte, deutlich wurde.

In Medien und Bevölkerung stellte sich angesichts des Urteils des EGMR die Frage: Was passiert mit den Sicherungsverwahrten? Entgegen der allgemeinen Sorge müssen nicht alle Sicherungsverwahrten sofort entlassen werden. Bis Ende 2011 kommen diejenigen frei, die keine akute Gefahr für besonders hochwertige Rechtsgüter (Leib, Leben, sexuelle Selbstbestimmung) darstellen und an keiner psychischen Erkrankung leiden. Alle anderen können unbefristet in Sicherungsverwahrung bleiben. Der Gesetzgeber ist bis zum 31. Mai 2013 verpflichtet, für diese, sowie für Neufälle, eine Regelung zu schaffen, welche mit der Verfassung vereinbar ist. Der Bundesgesetzgeber hat allerdings nur die Kompetenz, die Voraussetzungen, unter welchen eine Sanktion, also auch Maßregel, verhängt wird, zu regeln. Die konkrete Ausgestaltung des Vollzugs fällt unter die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Dies könnte zu Problemen führen, da das BVerfG die Verfassungskonformität der Sicherungsverwahrung insbesondere von der Wahrung des Abstandsgebo-

<sup>29</sup> Rn. 159 ff.

<sup>30</sup> Rn. 141 f.

<sup>31</sup> Rn. 168.

<sup>32</sup> Tenor III 1, 2.

<sup>33</sup> EGMR, Urteil vom 30. Juni 2008, Nr. 22978/05 (Gäfgen./Deutschland); NStZ 2008, 699 ff.

tes abhängig macht. Das Abstandsgebot betrifft vor allem Fragen des Ortes, der Therapiemöglichkeiten und Vollzugslockerungen, also Materien des Strafvollzuges. Das Urteil kann so verstanden werden, dass in einem einzelnen Land, welches die Anforderungen nicht umsetzt, die Sicherungsverwahrung verfassungswidrig und somit unzulässig wäre.<sup>34</sup> Damit könnte es zu einer Rechtszersplitterung innerhalb Deutschlands in dieser äußerst sensiblen Frage kommen.

## 5. Kritik

Die Sicherungsverwahrung ist seit der Abschaffung der Todesstrafe das härteste Mittel des Strafrechts. Da deren Dauer unbegrenzt sein kann, könnte man sich grundsätzlich fragen, ob eine solche Maßregel im heutigen Verfassungsstaat noch zeitgemäß ist. Im Rahmen der vom BVerfG aufgestellten Grenzen ist die Sicherungsverwahrung jedoch ein Mittel, auf das im Strafrecht nicht komplett verzichtet werden kann. Gegenüber Tätern wie im vorliegenden Fall, welche stets unmittelbar nach ihrer Entlassung schwerste Delikte gegen die körperliche Integrität des Opfers begangen haben, besteht ein berechtigtes Schutzinteresse der Allgemeinheit. Das Risiko eines weiteren Rückfälligwerdens kann nicht eingegangen werden, da die körperliche Integrität, anders als das Vermögen, ein unwiederbringliches Gut darstellt. Zu begrüßen ist daher das Abstandsgebot. Dieses sieht die Besserung des Täters durch Therapiemaßnahmen vor, damit diesem ein Leben ohne Straftaten in Freiheit ermöglicht werden kann. Es bringt somit das Recht des Täters auf Wiedererlangung der Freiheit mit dem Schutz der Allgemeinheit in Einklang.

Positiv ist auch, dass die nachträgliche Verhängung oder Verlängerung der Sicherungsverwahrung nur möglich ist, wenn der Täter an einer psychischen Störung leidet und die Gefahr schwers-

ter Gewalt- und Sexualdelikte vorliegt. Zu bemängeln ist allerdings, dass diese Voraussetzungen laut BVerfG nicht auch für die Sicherungsverwahrung im Allgemeinen erforderlich sind. Dies wäre wünschenswert, weil die Sicherungsverwahrung einen so schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Täters darstellt, dass dieser nur bei der Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualdelikte gerechtfertigt ist. Auch bei der Anlasstat sollte ein solches Delikt erforderlich sein.

Zu begrüßen ist ebenfalls, dass das Gesetz in der Neufassung des § 66 eine solche Einschränkung vorsieht. Wobei weiterhin problematisch ist, dass diese immer noch relativ weit gefasst sind. Das BVerfG äußert sich nicht zu der Notwendigkeit einer gesetzlich geregelte Einschränkung der Anlasstaten auf schwerste Gewalt- und Sexualdelikte. Somit besteht die Gefahr, dass es bei einer Erneuerung des Gesetzes dazu kommen könnte, dass eine Sicherungsverwahrung auch wieder bei Vermögensdelikten als Anlasstat angeordnet werden kann.

Zu bemängeln ist an dem aktuellen Gesetz, dass § 66 eine Sicherungsverwahrung schon neben einer Strafe von nur zwei Jahren zulässt. Eine Tat, welche nach zwei Jahren verbüßt ist, kann aber kein Indiz für die Gefährlichkeit des Täters darstellen.

Obwohl die Konkretisierung des Abstandsgebots gutzuheißen ist, ist die Forderung nach mehr Therapiemaßnahmen teilweise überflüssig. Die hier aufgestellten Anforderungen an die Sicherungsverwahrung sind größtenteils im Strafvollzugsgesetz bereits als Anforderungen an die Haftstrafe geregelt. Allerdings weicht die Praxis stark von den gesetzlichen Regelungen ab. Die Umsetzung dieser Anforderungen auch für die Sicherungsverwahrten wäre eigentlich eine Selbstverständlichkeit.

Die im Abstandsgebot festgelegte Verpflichtung, die Fortdauer der Sicherungsverwahrung jährlich oder sogar öfter zu überprüfen, könnte ins Leere

<sup>34</sup> Rn. 130.

laufen. Die Furcht der Verantwortlichen, Sicherungsverwahrten ein Gutachten auszustellen, dass sie nun unbedenklich seien und wieder freigelassen werden können, kann weiterhin dazu führen, dass die Dauer der Maßnahme unabsehbar wird.

*(Sophie Beaucamp /  
Rabea Bönnighausen)*

## 1. Sachverhalt

Die Fahrradfahrer A und B geraten stark alkoholisiert in eine Verkehrskontrolle. Beide verweigern eine Blutentnahme zum Nachweis ihres Alkoholgehaltes im Blut.

Im Falle des A wendet sich der Polizeibeamte daraufhin an den Diensthabenden auf der Wache, damit dieser einen richterlichen Beschluss anfordert. Der Diensthabende teilt dem Polizeibeamten mit, dass er keine/n Richter/in telefonisch erreichen könne. Im Folgenden ordnet der Polizeibeamte wegen einer angenommenen Gefahr im Verzug die Blutentnahme selbst an. Es kann nicht geklärt werden, ob der Diensthabende tatsächlich versucht hat, eine/n Richter/in zu erreichen. A wird wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr verurteilt. Er rügt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG sowie von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Er ist der Auffassung, dass das Handeln des Polizeibeamten und des Diensthabenden als eine Einheit bewertet werden müsse, sodass eine Missachtung des in § 81a Abs. 2 StPO<sup>1</sup> festgesetzten Richtervorbehalts vorliege. Aufgrund der angenommenen Missachtung des Richtervorbehalts und der nicht erfolgten Dokumentation der Gefahrenlage

## August 2011 Blutentnahme-Fall

### *Beweisverwertungsverbot / Richtervorbehalt*

§ 81a Abs. 2 StPO, Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 3 Abs. 1 GG

### **Leitsätze der Bearbeiterinnen:**

1. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes bestimmen die Fachgerichte nach Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall.
2. Ein fehlender nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst und die Nichtvornahme einer Dokumentation der Gefahrenlage begründen im Rahmen des § 81a Abs. 2 StPO kein Beweisverwertungsverbot.
3. Die Missachtung des Richtervorbehalts kann bei Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot und bei Vorliegen eines besonders schweren Fehlers wegen einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen.

BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 2011 – 2 BvR 1596/10; veröffentlicht in DAR 2011, 196.

geht A von einem Beweisverwertungsverbot bezüglich der Blutprobe aus.

Bei B ist kein nächtlicher gerichtlicher Eildienst zum Zeitpunkt des Vorfalls vorhanden. Deswegen ordnen die Polizeibeamten nach einem erfolglosen Kontaktierungsversuch des staatsanwaltschaftlichen Bereitschaftsdienstes die Blutentnahme bei B an. Ein Abwarten bis zur Erreichbarkeit des gerichtlichen Eildienstes hätte die Genauigkeit der Blutprobe nicht unerheblich gefährdet. B wird wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr verurteilt. Er rügt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG. Er ist der Ansicht, dass der

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Angabe sind solche der StPO.

fehlende nächtliche richterliche Bereitschaftsdienst der Beweisverwertung der Blutprobe entgegensteht.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das BVerfG befasst sich mit der Frage, ob ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die entnommene Blutprobe begründet.

Für die Annahme eines Verwertungsverbot wurden in der Rechtsprechung und der Literatur unterschiedliche **Beweisverbotslehren** entwickelt. Dabei wird angenommen, dass zur Feststellung der materiellen Wahrheit der in § 244 Abs. 2 normierte Untersuchungsgrundsatz die Ermittlung aller entscheidungserheblichen Tatsachen gebietet. Allerdings verbieten die Wertungen des Grundgesetzes, insbesondere das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, „die Wahrheitserforschung um jeden Preis“.<sup>2</sup>

Aus diesem Grund sind Beweiserhebungsverbote festgesetzt, die einige Themen von der Wahrheitserforschung ausschließen sowie bestimmte Methoden und Mittel zur Erhebung von Beweisen verbieten. Darüber hinaus gibt es Beweisverwertungsverbote. Diese verhindern unter bestimmten Voraussetzungen, dass erhobene Beweise in die Beweiswürdigung mit einbezogen werden können.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat eine Reihe spezieller Regelungen getroffen, wie z.B. in den §§ 100c Abs. 5 Satz 3, Abs. 6 Satz 2, 136a Abs. 3 Satz 2, Art. 13 Abs. 5 GG sowie § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, die ausdrücklich ein Verwertungsverbot vorsehen. Des Weiteren sind Verwertungsverbote anerkannt, die nicht gesetzlich festgelegt sind.<sup>4</sup>

Ein Beweisverwertungsverbot kann sowohl bei einer rechtmäßigen Beweiserhebung vorliegen (selbstständiges Beweisverwertungsverbot, z.B. §§ 100a Abs. 4, 477 Abs. 2), als auch aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot resultieren (unselbstständiges Beweisverwertungsverbot).<sup>5</sup> Es ist jedoch anerkannt, dass nicht jeder Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, da eine funktions-tüchtige Strafrechtspflege ebenfalls ein Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist.<sup>6</sup> Welche Kriterien heranzuziehen sind, um das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbot anzunehmen, ist allerdings – außer in den Fällen der expliziten Normierung – umstritten.

Nach der vom BGH ursprünglich im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 und dem Aussageverweigerungsrecht nach § 55 entwickelten **Rechtskreistheorie** liegt ein Beweisverwertungsverbot vor, wenn der Rechtskreis des Angeklagten berührt wird.<sup>7</sup>

An diesem Ansatz wird vor allem bemängelt, dass nicht nur die Einhaltung der die Angeklagten schützenden Normen, sondern eine allumfassende Rechtmäßigkeit des Verfahrens sicher gestellt werden solle.<sup>8</sup> Zudem stehe diese Lehre im Widerspruch zu den §§ 69 Abs. 3, 72, 136a Abs. 3 Satz 2, die explizit den rechtswidrigen Eingriff in wesentliche Zeugenrechte mit einem Verwertungsverbot versehen.<sup>9</sup>

Teilweise wird auf den **Schutzzweck** der verletzten Norm abgestellt. Nach dieser Auffassung ist ein Verwertungsverbot immer dann begründet, wenn eine gesetzeswidrige Verhaltensweise den Schutzzweck der Norm beeinträchtigt.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> BGHSt 14, 358, 365; *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 454.

<sup>3</sup> *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, 5. Aufl. 2008, Rn. 549 f.

<sup>4</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 22.

<sup>5</sup> *Beulke* (Fn. 2), Rn. 457.

<sup>6</sup> *Joecks*, StPO, 3. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 188.

<sup>7</sup> BGHSt 11, 213, 215.

<sup>8</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 24.

<sup>9</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 26.

<sup>10</sup> BGHSt 46, 189, 195; *Paulus*, in KMR 1993, § 244 Rn. 516.

An der Schutzzwecklehre wird kritisiert, dass häufig keine Einigkeit bezüglich der Schutzrichtung einzelner Normen bestehe. Die Annahme eines Verwertungsverbot hänge somit vom jeweiligen Interpretationsansatz ab.<sup>11</sup>

Zurzeit wird in der Rechtsprechung überwiegend die **Abwägungslehre** angewendet. Im Hinblick auf ein mögliches Beweisverwertungsverbot solle im Einzelfall zwischen dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem Individualinteresse der Angeklagten an der Bewahrung ihrer Rechte abgewogen werden. Dabei seien vor allem das Gewicht des Verfahrensverstößes, seine Auswirkung auf die Rechtsgüter und den Rechtskreis des oder der Betroffenen, die Schwere des Delikts sowie der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen. Demzufolge werde ein Beweisverwertungsverbot begründet, wenn nach der Abwägung das Individualinteresse gegenüber dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse überwiegt.<sup>12</sup>

Des Weiteren kann sich ein Verwertungsverbot unmittelbar aus tragenden verfassungsrechtlichen Prinzipien wie z.B. dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben.<sup>13</sup>

In Bezug auf den vom BVerfG zu beurteilenden Fall ist das **Vorliegen eines Beweisverwertungsverbot bei einem Verstoß gegen § 81a Abs. 2** fraglich. Zur Ermittlung von Tatsachen, die für das Strafverfahren relevant sind, ermöglicht § 81a Eingriffe in das von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit. Dabei steht die Anordnung einer Blutentnahme nach § 81a Abs. 2 grundsätzlich der RichterIn oder dem Richter zu.

Nur wenn Gefahr im Verzug vorliegt, der Untersuchungserfolg also aufgrund der Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung gefährdet

wird, können Staatsanwaltschaft und nachrangig ihre Ermittlungspersonen eine Blutentnahme anweisen.<sup>14</sup> Kann eine solche Eilkompetenz der Polizei vor Ort nicht angenommen werden, so wäre die Anordnung der Blutentnahme unter Verstoß gegen § 81a Abs. 2 ergangen.

In letzter Zeit sind die Voraussetzungen für die Annahme einer **Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen** unterschiedlich beurteilt worden. Obwohl das BVerfG in zwei Entscheidungen den Richtervorbehalt durch das Erfordernis einer restriktiven Auslegung der Gefahr im Verzug gestärkt hat,<sup>15</sup> haben einige Gerichte bei Verdacht von Trunkenheitsfahrten weiterhin die Eilzuständigkeit von Polizeibeamten bestätigt. Zur Begründung ist angeführt worden, dass die zeitliche Verzögerung durch das Warten auf eine richterliche Entscheidung zu ungenauen Blutalkoholkonzentrationswerten und folglich zu einer Verschlechterung des Beweismittels führe.<sup>16</sup>

Demgegenüber wird eingewendet, dass der körperliche Abbauvorgang allein als Begründung für eine Gefahr im Verzug nicht ausreiche.<sup>17</sup> Dafür spreche, dass gerade bei höhergradiger Alkoholisierung eine kurzfristige Verzögerung den Beweiswert nicht einschränke, da der Alkoholabbau in dieser Zeitspanne nur gering ausfalle.<sup>18</sup>

Insofern gehen die meisten Strafgerichte davon aus, dass die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen in aller Regel zunächst den Versuch unternehmen müssen, eine richterliche

<sup>11</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 31.

<sup>12</sup> BVerfG StV 2008, 1, 4; BGHSt 47, 172, 179; Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 31.

<sup>13</sup> BGH NJW 1973, 891; Meyer-Goßner, StPO, 5. Aufl. 2008, Einleitung Rn. 56.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; Brüning, ZJS 2010, 129, 129 f.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2001, 1121 ff.; BVerfG NJW 2007, 1345 ff.

<sup>16</sup> LG Hamburg NZV 2008, 213, 214; LG Braunschweig Beschl. v. 4. 1. 2008 – 9 Qs 381/07 – juris, Rn. 13.

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; OLG Stuttgart NSTZ 2008, 238 f.

<sup>18</sup> Mosbacher, JuS 2009, 124, 125.

Anordnung zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutabnahme wegen Gefahr im Verzug anordnen. Diese Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs sei mit Tatsachen zu begründen, die sich auf den Einzelfall beziehen. Situationsunabhängige Vermutungen, die sich auf kriminalistische Erfahrung stützen, seien nicht ausreichend.<sup>19</sup> Sofern die Dringlichkeit von Maßnahmen nicht offensichtlich sei, müssten die Strafverfolgungsbehörden die Umstände, die sie zur Annahme einer Gefahr im Verzug bewegen, in den Ermittlungsakten dokumentieren. Diese Dokumentationspflicht ergebe sich aus Art. 19 Abs. 4 GG und ziele damit auf eine wirksame nachträgliche Überprüfung durch Richter/innen.<sup>20</sup>

Haben die Polizeibeamt/inn/en bei Nichtvorliegen einer Gefahr im Verzug die Entnahme einer Blutprobe angeordnet, so liegt ein Verfahrensfehler wegen Missachtung des Richtervorbehalts vor. Es ist jedoch fraglich, ob ein auf diese Weise erlangtes Beweismittel im Verfahren verwertet werden kann. Der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen bezüglich der Annahme eines Verwertungsverbots bei Missachtung des Richtervorbehalts nicht geregelt. Die meisten Strafgerichte verneinen unter Anwendung der Abwägungslehre in der Regel ein Beweisverwertungsverbot.<sup>21</sup> Die Verwertbarkeit wird durch das Sicherheitsinteresse im Straßenverkehr begründet, das den eher geringeren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit überwiege. Die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwerwie-

genden Fehlers könnten hingegen ein Verwertungsverbot begründen.<sup>22</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Annahme einer Gefahr im Verzug durch die Polizei bei fehlender Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes einen Verfahrensfehler begründet, der im Falle eines groben Verstoßes gegen den Richtervorbehalt zur Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise führt.

Sowohl das BVerfG als auch der BGH haben bezüglich einer Wohnungsdurchsuchung nach § 102 verdeutlicht, dass staatliche Organe aufgrund des in Art. 13 Abs. 2 GG verankerten Richtervorbehalts verpflichtet seien, diesen vorbeugenden Grundrechtsschutz wirksam in die Praxis umzusetzen. Die Erreichbarkeit von Ermittlungsrichter/innen müsse demnach durch Eil- und Notdienste sichergestellt werden.<sup>23</sup> In Folge dessen könne das Vorliegen einer Gefahr im Verzug wegen dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht durch den Verweis auf die Nichterlangung einer richterlichen Entscheidung zu einem bestimmten Zeitpunkt begründet werden.<sup>24</sup>

Das BVerfG hat in einer späteren Entscheidung zum Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG das Erfordernis der Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes konkretisiert. Ein nächtlicher Bereitschaftsdienst sei demnach nur dann verfassungsrechtlich erforderlich, wenn Durchsuchungsanordnungen zur Nachtzeit keinen Ausnahmefall darstellen. Es müsse also ein praktischer Bedarf für die Einrichtung eines Nachtdienstes bestehen.<sup>25</sup>

Diese institutionellen Voraussetzungen hat bisher nur das OLG Hamm auf den einfachgesetzlichen Richtervorbe-

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2001, 1121, 1123.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2001, 1121, 1124; BVerfG NJW 2007, 1345, 1346; BVerfG Beschl. v. 28.07.2008 – 2 BvR 784/08 – juris, Rn. 10.

<sup>21</sup> BGH NJW 2007, 2269, 2271; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 f.; OLG Bamberg NJW 2009, 2146.

<sup>22</sup> BGH NJW 2007, 2269, 2271; OLG Bamberg NJW 2009, 2146; *Fickenscher/Dingelstadt* NStZ 2009, 124; *Graf*, StPO, 2010, § 81a Rn. 26.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2001, 1121, 1122; BGH NJW 2007, 2269, 2272.

<sup>24</sup> BGH NJW 2007, 2269, 2272.

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2004, 1442.

halt des § 81a Abs. 2 übertragen. Nach dessen Beurteilung bestehe kein sachlicher Grund, zwischen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Richtervorbehalten zu differenzieren.<sup>26</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG hält an seiner Rechtsprechung bezüglich des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG fest. Demnach sind die Fachgerichte dafür zuständig, die sich aus einem strafprozessualen Verfahrensverstoß ergebenden Folgen zu beurteilen. Dabei wird bekräftigt, dass das Vorliegen eines Verwertungsverbot durch Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall bestimmt werden soll.

Nach Auffassung des BVerfG ist es mit der Verfassung vereinbar, dass die Rechtsprechung aufgrund einer fehlenden Dokumentation der die Gefahr in Verzug begründenden Umstände allein kein Verwertungsverbot annimmt. Dieser Mangel kann vielmehr im Wege der vorzunehmenden Abwägung beachtet werden.

Des Weiteren ist es ebenso verfassungsgemäß, wenn bei der Prüfung eines Verwertungsverbot nur das Handeln der Polizeibeamten vor Ort Berücksichtigung findet. Das Verhalten der bei der Einholung eines richterlichen Beschlusses beteiligten Polizeibeamten auf der Wache ist für die Beurteilung eines Verwertungsverbot nicht entscheidend.

Ferner stellt das BVerfG fest, dass das Fehlen eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes nicht zu einem Verwertungsverbot führt. Seine gegenteilige Ansicht bezüglich des Erfordernisses eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes bei Wohnungsdurchsuchungen wird durch den in der Verfassung verankerten Richtervorbehalt in Art. 13 Abs. 2 GG erklärt. Die den Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG betreffende Rechtsprechung kann somit auf den einfachrechtlichen

Richtervorbehalt des § 81a nicht angewendet werden.

Im Hinblick auf das Recht auf ein faires und rechtstaatliches Verfahren wird angeführt, dass dieses Recht nur verletzt ist, wenn „rechtstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde“.<sup>27</sup> Der Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 ist hingegen nicht Bestandteil des rechtsstaatlich Unverzichtbaren. Das Grundgesetz sieht für Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Gegensatz zu Art. 13 Abs. 2 GG sowie Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG keinen Richtervorbehalt vor. Vielmehr ergibt sich die in § 81a Abs. 2 festgelegte Anordnungszuständigkeit aus einer gesetzgeberischen Entscheidung. Auch aus der Bedeutung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit kann nicht gefolgert werden, dass die Blutentnahme zum Nachweis von Alkohol zwingend durch eine/n Richter/in angeordnet werden muss.

Gleichwohl verweist das BVerfG darauf, dass ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 auch verfassungsrechtlich von Belang sein kann. Bei der Anwendung von strafrechtlichen Vorschriften sind nämlich die Einhaltung des Fairnessgrundsatzes sowie des allgemeinen Willkürverbots aus Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. In Bezug auf den zugrunde liegenden Fall wird festgestellt, dass weder ein Verstoß gegen das Willkürverbot noch gegen den Fairnessgrundsatz vorliegt. Vor allem die Tatsache, dass bei der Prüfung eines Verwertungsverbot nur das Verhalten des Polizeibeamten vor Ort beurteilt wurde, widerspricht nicht dem Willkürverbot.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung des BVerfG beinhaltet grundlegende Kriterien, die im Rahmen einer Prüfung eines möglichen

<sup>26</sup> OLG Hamm StV 2009, 459.

<sup>27</sup> BVerfG Beschl. v. 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10 – juris, Rn. 16.

Verwertungsverbot berücksichtigt werden müssen. Zum einen ist die Rechtmäßigkeit einer ohne richterliche Beteiligung erfolgten Anordnung nur von den Handelnden vor Ort abhängig. Zum anderen ist das Problem einer fehlenden Dokumentation der Gefahrenlage im Rahmen der Abwägung zu beachten. Überdies stellt sich das BVerfG der Rechtsprechung des OLG Hamm entgegen. Somit dürfte nun Klarheit herrschen, dass ein fehlender nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst die Verwertbarkeit einer entnommenen Blutprobe nicht verhindert.

Während sich das BVerfG erneut mit der Frage eines Verwertungsverbot bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a beschäftigt, könnte in der Praxis möglicherweise das Problem bald „gelöst“ sein. Der Bundesrat hat hierzu Ende letzten Jahres einen Gesetzesentwurf verabschiedet, der dem Bundestag zur Entscheidung vorliegt. Danach soll der Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 in den Fällen der §§ 315a, 315c bis 316 StGB abgeschafft werden, wenn die Blutprobe für den Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten entnommen wird.<sup>28</sup>

## 5. Kritik

An der Entscheidung ist zu bemängeln, dass das BVerfG eine mögliche Missachtung des Richtervorbehalts durch den Diensthabenden auf der Wache nicht problematisiert. Lediglich in einem Satz wird ohne jegliche Begründung festgestellt, dass es der Verfassung nicht widerspricht, bei der Prüfung eines Verwertungsverbot nur auf den Handelnden vor Ort abzustellen. Dabei wird übersehen, dass die fehlende Berücksichtigung eventuell weiterer beteiligter Beamter auf der Wache zu Missbrauchsmöglichkeiten führen könnte. Eine bewusste Umgehung des Richtervorbehalts durch die Beamten auf der Wache würde einen Verstoß gegen das

Recht auf ein faires Verfahren darstellen. Dies müsste nach der Rechtsprechung des BVerfG zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

Auch zu der fehlenden Dokumentation nimmt das BVerfG nur sehr kurz Stellung. Zwar wird richtigerweise auf die Möglichkeit des Einbezugs bei der Abwägung verwiesen. Es wäre aber wünschenswert gewesen, wenn das BVerfG auf seine bisherige Rechtsprechung bezüglich der Bedeutung einer Dokumentation verwiesen hätte. Demnach dient die Dokumentation der Sachlage zur nachträglichen gerichtlichen Überprüfung einer ohne richterliche Anordnung erfolgten Maßnahme.<sup>29</sup> In den Fällen, in denen keine Dokumentation vorliegt und die zur Gefahr im Verzug führenden Umstände nicht offensichtlich sind, ist die Verneinung eines Verwertungsverbot nicht ganz unproblematisch. Ohne schriftliche Erläuterungen zur Sachlage vor bzw. kurz nach der Anordnung einer Blutentnahme ist die Rechtmäßigkeit der ohne richterliche Beteiligung angeordneten Maßnahme schwierig zu beurteilen. Aus diesen Gründen hätte die Relevanz einer umfassenden nachträglichen Überprüfung durch das Gericht für die Gewährleistung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG als ein bei der Abwägung zu berücksichtigendes Kriterium angeführt werden müssen.

Im Hinblick auf das Erfordernis eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes stellt sich die Frage, ob die Abgrenzung des BVerfG zwischen Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Wohnung und der körperlichen Unversehrtheit gerechtfertigt ist. Hierbei ist zu bedenken, dass dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit keine niedrigere Bedeutung zukommt. Allerdings kann im Gegensatz zu Art. 13 GG, der einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt enthält, in das Recht auf die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1

<sup>28</sup> BR-Drucks. 615/10, S. 7.

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2001, 1121, 1124; BVerfG Beschl. v. 28.07.2008 – 2 BvR 784/08 – juris, Rn. 8.

Alt. 2 GG aufgrund eines einfachen Gesetzes eingegriffen werden. Deshalb ist dem BVerfG zuzustimmen, dass nur bei der Wohnungsdurchsuchung, sofern ein praktischer Bedarf besteht, ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst erforderlich ist.

Es ist zu begrüßen, dass durch den Beschluss des BVerfG die in der Rechtsprechung mittlerweile gefestigte Abwägungslehre nochmals bestätigt wird. Nur diese ermöglicht es, das Spannungsverhältnis zwischen den Zielen des Strafverfahrens – der Wahrheitserforschung und der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens – in Einklang zu bringen.

*(Elena Appel / Tatjana Teterjukow)*

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

Um sich die finanziellen Mittel für einen Bordellbesuch zu beschaffen, will A eine Tankstelle überfallen.

Er betritt die Tankstelle, stellt eine verschlossene Sporttasche auf die Verkaufstheke und nimmt demonstrativ sein Handy in die Hand. Sogleich erklärt er der Verkäuferin, in der Tasche befinde sich eine Bombe, die er zünden werde, wenn ihm nicht das Geld aus der Kasse ausgehändigt werde. Die verängstigte Verkäuferin übergibt ihm daraufhin 1525 € Bargeld. Das Geld gibt A sodann wie geplant aus. A wird vom Landgericht wegen schwerer räuberischer Erpressung gemäß den §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB<sup>2</sup> verurteilt und erhebt Revision beim BGH.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Frage des Falles lautet, ob eine handelsübliche Sporttasche und ein Mobiltelefon unter den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1b gefasst werden können: Sind sie Werkzeuge oder Mittel, die der Täter bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden?

## September 2011 Sporttaschen-Fall

*Schwere räuberische Erpressung / Scheinwaffen*

§§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB erfasst keine Gegenstände, bei welchen die Drohungswirkung nicht auf deren objektivem Erscheinungsbild, sondern ausschließlich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht.

2. Ist für einen objektiven Beobachter die Gefährlichkeit eines vom Täter verwendeten Gegenstandes überhaupt nicht einzuschätzen, kommt hingegen eine Strafbarkeit in Betracht.

BGH, Urteil vom 18. August 2010 – 2 StR 295/10; veröffentlicht in NStZ 2011, 278.

Auf den ersten Blick scheint man das unproblematisch annehmen zu können. § 250 Abs. 1 Nr. 1b erfasst seinem Wortlaut nach im Umkehrschluss zu Nr. 1a gerade auch objektiv ungefährliche Werkzeuge und Mittel jeder Art, also auch Sporttaschen und Handys. Wieso die Beantwortung dieser Frage dennoch schwierig ist, wird deutlich, wenn man die Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung betrachtet, die mit dieser Norm verbunden ist.<sup>3</sup>

Vor dem 6. StrRG 1998 war heftig umstritten, ob objektiv ungefährliche Mittel, die überhaupt nicht geeignet sind, das Angedrohte zuzufügen („Scheinwaffen“),<sup>4</sup> die Anforderungen

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

<sup>2</sup> Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

<sup>3</sup> Für eine ausführlichere Darstellung zur Entstehung und Geschichte der Norm vgl. insbesondere FAMOS 04/2007, 2.

<sup>4</sup> Schmidt/Priebe, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2010, Rn. 396b. Zu den Scheinwaffen im „klassischen“ Sinn zählen beispielsweise

an den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 2 a.F.<sup>5</sup> erfüllen können. Während die Rechtsprechung diese Frage unter Berufung auf eine „eindeutig auf subjektive Voraussetzungen abstellende Tatbeschreibung des Gesetzes“ bejahte,<sup>6</sup> sprach das Schrifttum den Scheinwaffen die Tatbestandsqualität i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 2 a.F. nahezu einhellig ab.<sup>7</sup> Insbesondere im Hinblick auf die hohe Mindeststrafe von damals fünf Jahren sei es nicht sachgerecht, objektiv völlig ungefährliche Gegenstände einzubeziehen.

Dieses Argument blieb nicht ohne Wirkung. In zwei wichtigen Entscheidungen<sup>8</sup> „entschärfte“ der BGH seine weitgehende Auffassung ein wenig, indem er bei **Gegenständen, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild aus Sicht eines objektiven Betrachters offensichtlich ungefährlich sind** (zum Beispiel ein dünnes Metallrohr oder ein „Labello“-Lippenpflgestift), eine Verwirklichung der Qualifikation verneinte. Begründet wurde diese Einschränkung damit, dass bei diesen Gegenständen die Drohungswirkung vordergründig durch Täuschungshandlungen des Täters und nicht durch das Tatmittel entstehe.

Seit der Neufassung des § 250 Abs. 1 Nr. 1b im Jahre 1998 lassen sich zwar, wie oben beschrieben, Scheinwaffen jeder Art problemlos unter den Gesetzeswortlaut subsumieren. Dies war auch ein wesentliches Ziel des Gesetzgebers, der hinsichtlich der Einbeziehung von Scheinwaffen für Klar-

stellung sorgen wollte.<sup>9</sup> Gleichwohl ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass die einschränkende Auslegung des BGH in Bezug auf äußerlich ungefährliche Gegenstände („**Labello-Rechtsprechung**“) auch nach der Gesetzesänderung Bestand haben sollte.<sup>10</sup> Auch der BGH hat an dieser Einschränkung in seinen darauffolgenden Urteilen ausdrücklich festgehalten.<sup>11</sup>

Der überwiegende Teil der Literatur geht aufgrund der klaren gesetzgeberischen Entscheidung ebenfalls davon aus, dass Scheinwaffen nunmehr erfasst sind.<sup>12</sup> Gleichwohl halten gewichtige Stimmen den Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1b für zu weitgehend und gerade im Vergleich zu den anderen Varianten des § 250 Abs. 1 Nr. 1 in systematischer Hinsicht nicht zu rechtfertigen.<sup>13</sup>

Die „Labello-Rechtsprechung“ ist im Schrifttum auf ein geteiltes Echo gestoßen. Ihre restriktive Wirkung wird einhellig begrüßt.<sup>14</sup> Es gibt jedoch auch deutliche Kritik. Die Abgrenzung der Gegenstände, die augenscheinlich offensichtlich ungefährlich sind, von „echten“ Scheinwaffen i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1b sei nahezu unmöglich und öffne einer unvorhersehbaren Einzelfallrechtsprechung Tür und Tor.<sup>15</sup>

Gerade im vorliegenden Fall zeigt sich diese Abgrenzungsschwierigkeit. Sind Sporttasche und Mobiltelefon eher mit Metallrohr und „Labello“ oder den

---

Spielzeugpistolen und echte, aber nicht einsatzbereite Schusswaffen.

<sup>5</sup> Nach alter Gesetzesfassung war der Tatbestand verwirklicht, wenn der Täter „eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch (...) Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.“

<sup>6</sup> BGH NJW 1976, 248.

<sup>7</sup> *Seelmann*, JuS 1986, 201, 204; *Geppert*, JURA 1992, 496, 500.

<sup>8</sup> BGHSt 38, 116; BGH NSTZ 1997, 184.

<sup>9</sup> Der Literatur wurde aber insofern entsprochen, als das Mindeststrafmaß von fünf auf drei Jahre gesenkt wurde.

<sup>10</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 18.

<sup>11</sup> BGH NJW 1998, 2914; BGH NSTZ 2007, 332.

<sup>12</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. 2011, § 8 Rn. 5; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 344 (jeweils mit weiteren Nachweisen).

<sup>13</sup> *Hörnle*, JURA 1998, 169, 173; *Mitsch*, Strafrecht BT 2 Teilband 1, 2. Aufl. 2002, § 3 Rn. 59.

<sup>14</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn 12), Rn. 266.

<sup>15</sup> *Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011, § 250 Rn. 11b; *Hohmann*, NSTZ 2007, 184, 185.

klassischen Scheinwaffen i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1b, z.B. einer Spielzeugpistole, vergleichbar?

Zur Behandlung von Bombenattrappen als Scheinwaffen sind bislang kaum Entscheidungen ergangen. Lediglich in einer Entscheidung bejahte der BGH eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 2 a.F., da die Attrappe nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht offensichtlich ungefährlich gewesen sei.<sup>16</sup> Das Schrifttum hat sich mit diesem Thema ebenfalls nur am Rande beschäftigt. Eine Plastiktüte mit einem darin befindlichen Wecker<sup>17</sup> sowie ein „Maggiwürfel“<sup>18</sup> sollen als Scheinwaffen i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1b wohl ausschneiden.

Eher einen Nebenschauplatz bildet die Frage, über welches Grunddelikt man zu § 250 gelangt. In Betracht kommen sowohl Raub (§ 249) als auch räuberische Erpressung (§§ 253, 255). Die Abgrenzung dieser Delikte voneinander ist ein Standardproblem innerhalb der Vermögensdelikte.

Die Rechtsprechung grenzt dabei nach dem **äußeren Erscheinungsbild** („geben“: §§ 253, 255; „nehmen“: § 249) ab.<sup>19</sup> Die Literatur stellt hingegen auf die **innere Willensrichtung** des Opfers ab und verlangt für die §§ 253, 255 als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine freiwillige Vermögensverfügung. Wann eine Verfügung freiwillig erfolgt, wird nicht einheitlich beantwortet. Eine Ansicht lässt ein erzwungenes Einverständnis genügen,<sup>20</sup> während dem Opfer nach anderer Auffassung eine reelle Verhaltensalternative bleiben muss.<sup>21</sup> Teilweise wird

auch darauf abgestellt, ob das Opfer davon ausgeht, dass seine Mitwirkung zur Verwirklichung der Tat erforderlich ist.<sup>22</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt die Verurteilung des Landgerichts wegen schwerer räuberischer Erpressung. Die Sporttasche und das Mobiltelefon erfüllen die Anforderungen an eine Scheinwaffe i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1b.

In seiner Entscheidung bekräftigt er zunächst die Grundsätze der „Labello-Rechtsprechung“. Scheinwaffen werden grundsätzlich von § 250 Abs. 1 Nr. 1b erfasst. Ausgenommen werden nur solche Gegenstände, die offensichtlich ungefährlich sind und deren Drohungswirkung bloß auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht. Gleichwohl sei nach Ansicht des BGH vorliegend keine derartige Ausnahme gegeben, da bei einer Sporttasche und einem Handy die objektive Ungefährlichkeit äußerlich nicht zu erkennen sei.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung steht im Einklang mit der früheren Entscheidung<sup>23</sup> zu Bombenattrappen. Es ist davon auszugehen, dass der BGH auch bei anderen Alltagsgegenständen, denen die Ungefährlichkeit nicht auf den ersten Blick anzusehen ist, tendenziell eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b bejahen wird.

Das Problem der Behandlung von Scheinwaffen hat sich mit der Neufassung des § 250 im Jahre 1998 keinesfalls erledigt. Es beschäftigt nicht nur die Gerichte, sondern ist noch immer häufig Gegenstand juristischer Klausuren und Hausarbeiten. Gerade weil der Wortlaut scheinbar eindeutig ist, ist es aus studentischer Sicht wichtig, sich die

<sup>16</sup> BGH NSTZ 1999, 188. Aus der Entscheidung geht jedoch nicht hervor, welche konkrete Gestalt die Bombenattrappe hatte.

<sup>17</sup> Schmitz, in MüKo, StGB, 2003, § 244 Rn. 29.

<sup>18</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 12), Rn. 266.

<sup>19</sup> BGHSt 7, 252, 255.

<sup>20</sup> Rengier (Fn. 12), § 11 Rn. 37.

<sup>21</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 12), Rn. 713, 731; Eisele, Strafrecht BT II, 2009, Rn. 721.

<sup>22</sup> Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 17.

<sup>23</sup> BGH NSTZ 1999, 188.

Grundsätze der „Labello-Rechtsprechung“ und einzelner damit zusammenhängender Fallkonstellationen gut einzuprägen.

Im Gegensatz zum BGH darf der Student auf die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung nicht verzichten. Dabei sollte mit dem Raub begonnen und die Frage im Rahmen der Wegnahme erörtert werden. Uns scheint es in derartigen Fällen zweckmäßiger, dem klaren Abgrenzungsmerkmal der Rechtsprechung zu folgen und einen Raub abzulehnen. In der vorliegenden Entscheidung gibt die Kassiererin A das Geld aus der Kasse, mithin liegt hiernach eine räuberische Erpressung vor.

Folgt man der Literatur, muss differenziert werden: Der Teil der Literatur, der auch ein erzwungenes Einverständnis als Vermögensverfügung ausreichen lässt, würde § 249 ebenfalls verneinen. Stellt man hingegen wie der überwiegende Teil der Lehre stärker auf eine mögliche Verhaltensalternative oder eine notwendige Mitwirkung seitens Opfers ab, kann man § 249 unter dem Hinweis bejahen, dass der Kassierer keine Verhaltensalternative blieb bzw. sie davon ausging, dass ihre Mitwirkung nicht erforderlich war. Für ein eindeutiges Ergebnis fehlen jedoch die Angaben in der Sachverhaltsdarstellung, da es dem BGH wie dargestellt nicht auf die in der Literatur vorgenommene Abgrenzung ankommt.

Die Erörterung der Scheinwaffenproblematik in der Klausur ist nicht ganz einfach, weswegen wir hier eine kleine Anleitung geben wollen: Im Rahmen des § 250 Abs. 1 ist zuerst Nr. 1a anzusprechen und aufgrund fehlender objektiver Gefährlichkeit abzulehnen. Im Anschluss ist auf § 250 Abs. 1 Nr. 1b einzugehen. Ausgangspunkt der Erörterung des Problems ist der Wortlaut, der eine Einbeziehung auch absolut ungefährlicher Gegenstände zulässt. Dann ist die Frage zu stellen, inwieweit die hohe Strafandrohung des § 250 eine restriktive

Auslegung erfordert.<sup>24</sup> Hat man sodann die Grundsätze der „Labello-Rechtsprechung“ dargestellt, erscheint es uns zumindest klausurtaktisch am klügsten, mit der Begründung des BGH (objektiv mehrdeutiges Objekt) eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b zu bejahen. Eine andere Auffassung ist unserer Ansicht nach vertretbar, erfordert jedoch einen größeren Begründungsaufwand (siehe dazu die gleich folgende Kritik).

## 5. Kritik

Der BGH geht auf die Abgrenzungsfrage zwischen Raub und räuberischer Erpressung nicht ein. Anlass zur Kritik bietet das kaum, denn dieser zumindest im vorliegenden Fall rein akademische Streit hat für die Rechtspraxis keine Relevanz. Sowohl über § 249 als auch über die §§ 253, 255 ist der Weg zu § 250 eröffnet.

Das im Hinblick auf § 250 Abs. 1 Nr. 1b gefundene Ergebnis hätte unserer Ansicht nach einer ausführlicheren Begründung bedurft. Der BGH macht es sich einfach. Ohne auf etwaige Gegenargumente einzugehen, bejaht er eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b. Begründet wird dieses Ergebnis schlicht damit, dass die Gefährlichkeit der Sporttasche von außen nicht eingeschätzt werden könne und deshalb „kein Sonderfall (...), in welchem die Drohungswirkung eingesetzter Gegenstände nicht auf deren objektivem Erscheinungsbild, sondern ausschließlich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht“<sup>25</sup>, gegeben sei. Er bleibt damit der Linie der „Labello-Rechtsprechung“ und deren engen Maßstäben treu. Die Gefahr einer Sporttasche ist eben anders als bei einem Labello nicht auf den ersten Blick einschätzbar.

<sup>24</sup> Nicht zwingend notwendig erscheint es uns dabei, etwas ausführlicher auf die historische Entwicklung des § 250 einzugehen. Wer noch genügend Zeit hat, macht damit jedoch keinen Fehler.

<sup>25</sup> BGH NSTZ 2011, 278.

Dennoch lässt sich am Ergebnis des BGH zweifeln. Immerhin war eine zentrale Aussage dieser Rechtsprechung, dass eine Anwendung der Nr. 1b ausscheide, „wenn die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels eines Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch Täuschung hervorgerufen werden soll.“<sup>26</sup>

Steht nicht auch im Sporttaschen-Fall die Täuschung derart im Vordergrund, dass eine Übertragung dieses Gedanken gerechtfertigt wäre? Gerade bei der Verwendung eines Alltagsgegenstandes, der als Bombenattrappe getarnt ist, kann die Zwangswirkung beim Opfer ohne zusätzliche ausdrückliche Erklärungen des Täters nicht eintreten. Das unterscheidet die Sporttasche von einer Spielzeugpistole oder einer ungeladenen Schusswaffe, bei der die Drohung allein durch den Anblick des Gegenstands herbeigeführt werden kann.

Auf Grundlage dieser Argumentation wäre unserer Ansicht nach eine Ausweitung der „Labello-Rechtsprechung“ auf andere ungefährliche (Alltags-) Gegenstände möglich. Dass diese Idee nicht ganz fernliegend ist, zeigt nicht zuletzt die Tatsache, dass sich auch der Generalbundesanwalt (!) gegen eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b ausgesprochen hatte.<sup>27</sup>

Zwingend ist eine solche Ausweitung jedoch nicht. Schlussendlich ist es eine schwierig zu beantwortende Wertungsfrage, wann die Täuschung im Vergleich zum Tatmittel ausreichend im Vordergrund steht. Der BGH beantwortet diese Frage ausschließlich nach dem äußeren Erscheinungsbild: Ein Gegenstand ist immer dann vom Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1b ausgenommen, wenn er in keiner vorstellbaren Situation dazu geeignet ist, gegenüber einem objektiven Beobachter den „Schein“ einer Waffe zu begründen. Der Nachteil dieser Sichtweise ist freilich, dass der „Labello-Rechtsprechung“ durch sie nur

ein erschreckend geringer Anwendungsbereich bleibt.

Dass der BGH eine Sporttasche nicht auf eine Stufe mit Lippenpflegestiften oder Plastikrohren stellen wollte, kann auch andere Gründe haben. Wir halten es für möglich, dass der BGH vor dem Hintergrund terroristischer Gefahren, insbesondere durch alleinstehende Taschen an Bahnhöfen, die Verwendung einer Bombenattrappe als schwerwiegender bzw. verwerflicher einstuft als etwa Plastik- oder Metallgegenstände. Auf den ersten Blick ergibt dies durchaus Sinn. Immerhin haftet einer Bombe auch eine Gemeingefährlichkeit an. Gedroht wird nicht „nur“ damit, den Kassierer zu erschießen, sondern eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Menschen herbeizuführen. Diese Überlegungen können aber nicht zur Bejahung oder Verneinung der Qualifikation des § 250 führen, sondern sind allenfalls im Rahmen der Strafzumessung (§ 46 Abs. 2) zu berücksichtigen.

Die Entscheidung des BGH reiht sich in eine unvorhersehbare und allein ergebnisorientierte Einzelfallrechtsprechung ein. Wie die Entwicklung weiter geht, ist völlig offen. Wie entscheidet der BGH wohl, wenn der Täter sich eine dicke Daunenjacke anzieht und behauptet, er trage darunter einen Sprengstoffgürtel? Gerade weil eine Bombenattrappe keine bestimmte bzw. vorgegebene Erscheinung/Gestalt hat, kann somit stets von einer nicht einschätzbaren Gefährlichkeit gesprochen und eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b bejaht werden. Wird bei einer Plastikflasche als Tatmittel entschieden? Auch hier kann wegen eines möglichen explosiven Inhalts die Gefährlichkeit nicht eingeschätzt werden und damit der Weg zur Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b eröffnet sein.

Diese Überlegungen zeigen, wie jedes, zuweilen fast schon lächerlich wirkende Tatmittel einen schweren Raub i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1b begründen kann, bloß weil der Augenschein eine

<sup>26</sup> BGH NSTZ 2007, 332, 333.

<sup>27</sup> BGH NSTZ 2011, 278.

Einschätzung der Gefährlichkeit nicht zulässt.

Bei aller Kritik sollte man nicht übersehen, dass einzig der Gesetzgeber in der Lage ist, dieser unbefriedigenden Situation ein Ende zu machen. Der BGH hat sich schließlich an den Wortlaut und den gesetzgeberischen Willen zu halten. Immerhin wurde der uferlose Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1b durch die „Labello-Rechtsprechung“ ein Stück weit eingeschränkt. Dass die in dieser Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu teilweise willkürlich anmutenden Ergebnissen führen, wurde ausführlich dargestellt. Auffällig ist jedoch, dass es auch der Literatur bisher nicht gelungen ist, eine „bessere“ Lösung oder allgemeingültige und klare Abgrenzungskriterien zu finden. Man begnügt sich zu meist resignierend mit dem Ruf an den Gesetzgeber.<sup>28</sup>

Wie sollten die Scheinwaffen-Fälle in Zukunft gelöst werden? Nach unserer Auffassung fallen nur solche Gegenstände unter den Tatbestand, die ohne ein starkes zusätzliches Täuschungselement den Schein einer Waffe begründen können, also beispielsweise eine Spielzeugpistole, eine ungeladene Schusswaffe oder eine täuschend echte Nachahmung eines anderen gefährlichen Gegenstandes. Labello und Plastikrohr sind davon ebenso wenig erfasst wie eine Sporttasche und andere objektiv ungefährliche Alltagsgegenstände. Allen diesen Tatobjekten ist gemein, dass sie von einem unbefangenen Beobachter nicht ohne weitere Täuschungshandlungen als mögliche Waffe wahrgenommen würden.

Wir denken, dass § 250 Abs. 1 Nr. 1b gestrichen werden sollte.<sup>29</sup> Der Unrechtsgehalt der vom Tatbestand erfassten Fälle wird von § 249 ausreichend abgedeckt. Ein Strafraumensprung von einem auf drei Jahre durch die Verwendung ungefährlicher alltäglicher Gegenstände ist gerade im Ver-

gleich zu den anderen Varianten des § 250 Abs. 1 Nr. 1 nicht angemessen.

Da eine Streichung der Nr. 1b in naher Zukunft wohl nicht zu erwarten ist, bleibt zu hoffen, dass der Tatbestand von der Rechtsprechung so restriktiv wie möglich ausgelegt wird. Gerade im vorliegenden Fall hätte der BGH die Möglichkeit gehabt, die beschränkte Wirkung der „Labello-Rechtsprechung“ auf einen weiteren Anwendungsfall auszuweiten, um die gesetzgeberische Fehlleistung zu korrigieren. Diesen Weg ist er leider nicht gegangen.

*(Benjamin Beck / Thalia Konstantinou)*

<sup>28</sup> Mitsch (Fn. 13), § 3 Rn. 60.

<sup>29</sup> So schon FAMOS 04/2007, 5.

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

A nutzt oft und gerne die Internetplattform „Zauberwald“, einen Chatroom für „pädophil orientierte Menschen“. Im Sommer 2009 chattet A, der sich „No Limit“ nennt, mit B, welcher sich als „kees“ bezeichnet. Sie tauschen „extrem sadistische Gedanken“ über Pläne zum sexuellen Kindesmissbrauch aus. Gemeinsam wollen sie einen etwa achtjährigen Jungen auf seinem Schulweg abfangen und wählen zu diesem Zweck eine bestimmte, weit vom nächsten Polizeirevier entfernte Schule aus. Zur Verwirklichung ihres Vorhabens entscheiden sie, das Kind in ein Haus zu bringen, welches sie speziell zu diesem Zweck anzumieten planen. Die Entführung soll mit Hilfe eines in den Niederlanden gemieteten Autos, das sie mit einem gestohlenen deutschen Kennzeichen versehen wollen, durchgeführt werden. Darüber hinaus vereinbaren sie, wann und auf welche Weise jeder das Kind innerhalb der darauffolgenden zwei Wochen mehrfach vergewaltigen soll, und wie sie es letzten Endes während des Geschlechtsverkehrs töten wollen. Die anschließend notwendige Leichnamsbeseitigung wird ebenso erörtert. B erklärt sich bereit, das Auto zu beschaffen, während A die Anmietung des Hauses in N übernehmen will. Dabei wird auch die Tatzeit festgelegt und sich nochmals vergewis-

## Oktober 2011 Zauberwald-Fall

*Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen zu einem Verbrechen / Anonyme Verabredung*

§§ 30 Abs. 2 Var. 3, 211 StGB

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Auch unter Verwendung eines Tarnnamens kann eine Verabredung zu einem Verbrechen i.S.v. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB getroffen werden.
2. Wenn die verabredete Tat die gleichzeitige Präsenz der Mittäter erfordert, so muss allerdings die spätere Auflösung der Anonymität geplant sein.

BGH, Beschluss vom 16. März 2011 – 5 StR 581/10.

sert, dass beide Gesprächspartner an dem Vorhaben festhalten wollen.

A und B vereinbaren ein weiteres Chatgespräch, welches jedoch nie stattfindet. Auch das Haus und das Auto werden nicht gemietet. Da A und B nur unter den Nicknames „kees“ und „No limit“ im Internet kommuniziert haben, kennen sie weder das äußere Erscheinungsbild des anderen, noch haben sie irgendwelche anderen Kontaktdaten oder Mittel, um sich gegenseitig zu identifizieren. A ändert sogar seinen Chatnamen mehrfach und macht ein weiteres Gespräch somit unmöglich.

Das LG verurteilt den A wegen einer Tateinheitlichen Verabredung zum Mord, zum Kindesmissbrauch mit Todesfolge und zur Vergewaltigung mit Todesfolge in Tateinheit mit Besitz und Verbreitung kinderpornografischer Schriften. A legt bezüglich der Verabredung Revision beim BGH ein.

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

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der BGH befasst sich in diesem Fall mit der Frage, ob eine anonyme Verabredung im Rahmen von § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB<sup>2</sup> strafbar sein kann.

Der Beginn eines strafbaren Versuches liegt gemäß § 22 erst bei unmittelbarem Ansetzen zur Tatausführung vor. Die Vorbereitungshandlungen zu einer Straftat sind in der Regel straffrei, denn sie stellen noch keine unmittelbar bevorstehende Gefährdung für ein Rechtsgut dar. Es ist die Aufgabe des Strafrechts, auf begangene Rechtsgutsverletzungen zu reagieren. Der Täter soll auf Grund seiner tatbestandlichen Handlungen bestraft werden, aber grundsätzlich nicht wegen seiner bloßen Gedanken. Die Gefahrenabwehr fällt hingegen in den Aufgabenbereich des Polizeirechts.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz der Straflosigkeit der Vorbereitung im Strafrecht bildet § 30. Hier wird die Sanktion an vier Arten von Vorbereitungshandlungen zu einem Verbrechen geknüpft: der Versuch einer Anstiftung (§ 30 Abs. 1), das Sich-Bereit-Erklären (§ 30 Abs. 2 Var. 1), die Annahme des Erbietens eines anderen (§ 30 Abs. 2 Var. 2) und die Verabredung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 Var. 3). Alle Varianten stellen eine Vorstufe zur Beteiligung dar.<sup>3</sup>

Wegen der Abweichung von der Norm scheint es verwunderlich, § 30 im StGB zu finden. Die Geschichte dieser Vorschrift ermöglicht ein besseres Verständnis. Im RStGB von 1871 gab es noch keine vergleichbare Regelung. Erst im Jahre 1876 wurde § 49a in das RStGB aufgenommen. Anlass hierfür waren die Briefe des belgischen Kesselschmiedes Duchesne an den Erzbischof von Paris, in denen er anbot, Bismarck

für 60.000 Franken zu ermorden. Obwohl der Bischof das reizende Angebot sofort und ausdrücklich ablehnte, entfachte es eine Diskussion über die Strafbarkeit solcher und ähnlicher Offerten. Ergebnis hiervon war der so genannte „Duchesne-Paragraph“, § 49a RStGB. Im Unterschied zu dem heutigen § 30 war § 49a RStGB nicht von einem konkreten Tatbestand des besonderen Teils abhängig, sondern enthielt ein einheitliches Strafmaß für alle Unrechtstatbestände. Unter dem Regime des Nationalsozialismus wurde § 49a RStGB im Jahr 1943 verschärft. Unter Strafe standen nun nicht mehr nur schriftliche, sondern auch mündliche Angebote und die erfolglose Beihilfe zur Begehung von Verbrechen. Erst 1953 milderte der Gesetzgeber diese Regelung. Seit der Reform von 1975 besteht § 30, so wie wir ihn heute kennen.<sup>4</sup>

Die Vorbereitungshandlungen gemäß § 30 bedeuten eine größere Rechtsgutsbedrohung als der Entschluss eines Einzeltäters.<sup>5</sup> Der Sinn der Norm ergibt sich aus einer „Doppelgleisigkeit der ratio legis“<sup>6</sup>. Das „erste Gleis“ bildet das Ingangsetzen eines nicht mehr beherrschbaren Kausalverlaufs eines Verbrechens. Das „zweite Gleis“ ergibt sich aus der inneren Bindung der beiden gegenüberstehenden Personen an das Gesagte.<sup>7</sup>

Von den oben genannten Varianten des § 30 ist im vorliegenden BGH-Beschluss allein **die Verabredung**, § 30 Abs. 2 Var. 3, von Bedeutung. Die Verabredung ist auch allgemein der wichtigste Fall des

<sup>4</sup> Joecks, in MüKo, 2003, § 30 Rn. 5 ff.; Schönemann (Fn. 3).

<sup>5</sup> Heine, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 30 Rn. 1; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 40. Aufl. 2010, Rn. 564.

<sup>6</sup> Roxin, in Strafrecht AT II, 2003, § 28 II Rn. 5

<sup>7</sup> Siehe auch: Hoyer, in SK-StGB, 8. Aufl. 2011, § 30 Rn. 11; Schönemann (Fn. 3), § 30 Rn. 3 f.

<sup>2</sup> Alle folgenden §§ ohne Angabe sind solche des StGB.

<sup>3</sup> Schönemann, in LK, 12. Aufl. 2007, § 30 vor Rn. 1.

§ 30 Abs. 2.<sup>8</sup> Da eine restriktive Auslegung der Norm verlangt wird, sind nach h.M. folgende Voraussetzungen zu erfüllen, um die Verabredungsqualität zu erreichen. Die Verabredung muss eine **Vorstufe zur Mittäterschaft** sein. Nicht verabreden will sich daher derjenige, der nur Hilfe leisten möchte.<sup>9</sup> Zur Tatbestandsverwirklichung müssen mindestens zwei Personen den Entschluss fassen, gemeinsam ein bestimmtes Verbrechen zu begehen oder dazu anzustiften.<sup>10</sup> Beim **Vorsatz** reicht eine bloße Tatgeneigntheit nicht aus. Des Weiteren muss auch die mittäter-schaftliche Begehung der Tat umfasst sein.

Der Vorsatz setzt eine hinreichende **Konkretisierung** der Tat voraus. Über den Umfang der Konkretisierung lässt sich streiten. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH muss die Tat soweit konkretisiert sein, dass ein Täter sie „begehen könnte, wenn er wollte“<sup>11</sup>. Die herrschende Literatur verlangt, dass der Tatplan bereits in groben Zügen besteht.<sup>12</sup> Also umfasst die Konkretisierung der Tat auf jeden Fall eine Einigung über die Begehung eines bestimmten Verbrechens. Dies bedeutet, dass Einzelheiten der Tathandlung verabredet sein müssen, grobe Zeit- und Ortsangaben gemacht wurden und die Art des Opfers ausgewählt ist.<sup>13</sup>

Es besteht keine Einigkeit darüber, ob für eine Strafbarkeit der Verabredung ein Feststehen der Person des Opfers erforderlich ist. Sehr überzeugend fordert *Roxin*<sup>14</sup> die Individualisierung nur in den Fällen, in denen die

Person des Opfers für den Tatplan entscheidend ist. Wenn zwei Männer beschließen, einer jungen Frau aufzulauern, um sie gemeinsam zu vergewaltigen, so gebe es keinen Grund dieser höchstgefährlichen Verbrechenverbindung den Charakter einer strafbaren Verabredung abzusprechen.<sup>15</sup> Auch der BGH hält das Opfer für ausreichend konkretisiert, wenn die Täter planen, sich an einer Straße auf die Lauer zu legen, um zu gegebener Zeit irgendeinen, ihnen geeignet erscheinenden Passanten oder Kraftfahrer zu überfallen oder zu berauben.<sup>16</sup>

Der Gesetzeswortlaut lässt offen, in welchem Umfang die Verabredenden ihren vermeintlichen Mittäter kennen müssen. Eine Straftat kann durchaus auch durchgeführt werden, wenn die Mittäter einander unbekannt sind. Allerdings ist die Möglichkeit einer vollkommenen Anonymität bei der Verabredung zum Verbrechen bis jetzt weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung diskutiert worden.

Ferner verlangt die Verbrechen-sverabredung einen **Bindungswillen** bei beiden präsumtiven Mittätern. Fraglich ist, welche Voraussetzungen an den Bindungswillen zu stellen sind. Der Bindungswille ist nur in den Fällen möglich, in denen der jeweilige Beteiligte die Tat ernstlich will.<sup>17</sup> Für die **Ernstlichkeit** ist entscheidend, dass der Entschluss ohne Willensmängel und freiverantwortlich gefasst wurde. **Vorsatz** und somit auch die Strafbarkeit entfallen bei nur zum Schein abgegebenen Erklärungen.<sup>18</sup> Das Kriterium der Ernstlichkeit ist sehr wichtig, um eine strafbegründende Verbrechenverabredung von einer straflosen Fantasie abzugrenzen.

Im Vergleich zu der Fassung des § 49a RStGB während des Naziregimes, als schon der Eintritt in die Vorbereitungshandlungen strafbar war, wird

<sup>8</sup> *Heinrich*, Strafrecht AT II, 2. Aufl. 2010, Rn. 1371.

<sup>9</sup> BGH NStZ 1993, 137.

<sup>10</sup> BGH NStZ 2007, 697; BGH NStZ 2009, 497; *Maurach*, JZ 1961, 139.

<sup>11</sup> BGH NStZ 1998, 348; BGH NStZ 2009, 498.

<sup>12</sup> *Heine* (Fn. 5), § 30 Rn. 25; *Schünemann* (Fn. 3), § 30 Rn. 67.

<sup>13</sup> RGSt 69, 165; BGH MDR 1960, 595; OLG Köln NJW 1951, 612; *Schröder*, JuS 1967, 293.

<sup>14</sup> *Roxin* (Fn. 6), § 28 IV Rn. 57.

<sup>15</sup> *Schünemann* (Fn. 3), § 30 Rn. 68.

<sup>16</sup> BGHSt 34, 63.

<sup>17</sup> BGH NStZ 1998, 403 f.

<sup>18</sup> BGHSt 44, 101 f. m. zust. Anm. *Bloy* JZ 1999, 157; *Geppert*, Jura 1997, 550.

§ 30 heute durch die Erforderlichkeit des Bindungswillens, der Ernstlichkeit und der Konkretisierung sehr viel restriktiver angewandt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH kommt zu dem Schluss, dass der Tatbestand der Verabredung zum Mord gemäß den §§ 211, 30 Abs. 2 Var. 3 nicht erfüllt ist.

Der Senat definiert erneut die strafbare Verabredung als eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen, die an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich mitwirken wollen.

Die Entscheidung des LG wird insoweit bekräftigt, als dass die Konkretisierung des Vorhabens durch die Auswahl des Entführungsorts, der ungefähren Tatzeit und der Einigung über die Einzelheiten der Tatdurchführung ausreiche. Die hinreichende Bestimmung der Tat mache eine Begrenzung des Opfers auf eine konkrete Person überflüssig, da es genüge, den Kreis der möglichen Opfer durch die besprochenen Opfermerkmale einzugrenzen.

Es wird jedoch am Vorliegen des übereinstimmenden Willens der Beteiligten gezweifelt. Der Senat problematisiert, in welchem Umfang ein Verabredender seinen präsumtiven Mittäter kennen muss. Dies lasse sich dem Gesetzestext nicht genau entnehmen. Somit sei die strafbare Verabredung zwischen zwei anonymen Chatpartnern nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Auch bei solchen Verabredungen könne ein Motivationsdruck entstehen, der für jeden Beteiligten den Rücktritt fast unmöglich mache. Wenn die gleichzeitige Präsenz der Mittäter bei der Tatbegehung erforderlich sei, werde eine verbleibende völlige Anonymität freilich unmöglich. Die Auflösung der Anonymität müsse zumindest Teil des konkreten Tatplans sein. An der Entscheidung des LG bemängelt der BGH, dass es der Aussage des A, er habe durch stetiges

Wechseln seines Nicknames einer konkreten Bindung an das Gesagte zu entgegen versucht, keine Beachtung geschenkt habe. Dies wird vom Senat als entscheidender Beweis für einen fehlenden Tatwillen gewertet. Also wird trotz der hinreichenden Konkretisierung von Tatplan, Tatort, Tatzeit und der Individualisierung des Opfers die Verabredung mangels Bindungswillens nicht als ausreichend betrachtet.

Der Senat bezweifelt die Ernstlichkeit der Verabredung zwischen „No Limit“ und „kees“. Die vom LG angeführte große Anzahl an „Realitätskennzeichen“ führt der BGH auf eine „eskalierte sexuelle Fantasie“ zurück. Vielmehr diene der Austausch perverser Fiktionen dazu, den eigenen Sexualtrieb anzustacheln und zu befriedigen. Zusätzlich wird bekräftigt, dass A bisher Kindern gegenüber noch nie sexuell übergriffig geworden sei.

Zuletzt wird auch eine Strafbarkeit gemäß der anderen Tatbestandsvarianten des § 30, wegen Defiziten in der Beweiswürdigung ausgeschlossen. Selbst bei der Annahme einer Strafbarkeit, sei A auf jeden Fall durch das Ausbleiben weiterer Chatgespräche mit B und die unterlassene Buchung des Ferienhauses nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 strafbefreiend zurückgetreten.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH hat in Einklang mit seinen früheren Urteilen zur Verabredung bestätigt, dass für die Konkretisierung der Tat die Ausarbeitung von Details des Tatplanes erforderlich sei. Eine genauere Auswahl des Tortes und der Person des Opfers seien hingegen nicht immer notwendig. Hier könne die Begrenzung auf einen bestimmten Kreis von Möglichkeiten unter Umständen ausreichen. Wie schon in der Vergangenheit vertritt der BGH auch hier die Meinung, dass eine Tat konkretisiert sei, wenn ein Täter sie begehen könne, sobald er nur wolle.

Der vorliegende Beschluss bedeutet trotzdem eine grundlegende Neuerung. Neu ist der Aspekt der Anonymität bei einer Verabredung unter Tarnnamen im Internet. Gerade das Internet und die dortigen Chatforen bilden eine ideale Plattform für die ungehemmte Ausbreitung von Fantasien, die die Nutzer in Wirklichkeit niemals umzusetzen bereit oder in der Lage wären. Aus diesem Grund ist bei vergleichbaren Fällen eine restriktive Anwendung des § 30 und ein Beachten des eng gesteckten Rahmens der Strafbarkeitskriterien geboten. Eine klärende Abgrenzung von strafbaren und straffreien Handlungen ist als besonders wichtig anzusehen.

Die Relevanz der Norm für strafrechtliche Klausuren und das Staatsexamen ist nicht zu unterschätzen.

## 5. Kritik

Das Ergebnis der Entscheidung verdient Zustimmung. Die Freiheit der Gedanken erachten wir als sehr wichtig. Eine restriktive Auslegung des § 30 ist somit dringend zu fordern. Von allen Rechtsgutsbedrohungen ist die objektive Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen am geringsten, da die verabredete Tat noch nicht ins Versuchsstadium gelangt ist, sondern lediglich ein Tatentschluss bei den Mittätern vorliegt.

Auch wenn man an der Existenzberechtigung des § 30 zweifeln kann, sind wir für den Weiterbestand der Norm. Die Gegenstimmen<sup>19</sup> bringen an, dass zum einen Gleiches entgegen der Bestimmung des Art. 3 GG ungleich behandelt werden könne und zum anderen die Bestrafung der bloßen Gedanken gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen könne. Unserer Meinung nach sind die Kriterien der Strafbarkeit eng genug gefasst und durch den gemeinsamen Tat-

plan tatsächlich eine höhere Rechtsgutsgefährdung gegeben. Auch die erforderliche Konkretisierung und die daraus folgende eingegrenzte Anwendbarkeit rechtfertigen § 30.

Der BGH stellt richtigerweise fest, dass ein erheblicher Mangel in der Ernstlichkeit der Verabredung vorlag. Es kam zu keinem weiteren Kontakt zwischen A und B, keiner der beiden mietete ein Auto oder ein Haus. Außerdem war A durch das ständige Wechseln seines Tarnnamens für B unerreichbar. Wie der BGH richtig erkannte, handelte es sich bei dem Chat nicht etwa um eine Verabredung, sondern vielmehr um eine eskalierte Fantasie.

Allerdings wirft die Forderung einer fest geplanten späteren Auflösung der Anonymität einige Fragen auf. Auch wenn A und B sich ausschließlich über ihre Tarnnamen kennen, könnte dies zur mittäterschaftlichen Begehung eines Verbrechens ausreichen. Wenn zu einer festgelegten Uhrzeit, an einem bestimmten Tag zwei Männer vor einer vorher bestimmten Schule aufeinander treffen, so müssen sie nicht zwangsläufig ihre Anonymität auflösen. Die Mittäter werden sich auch ohne Wortwechsel erkennen, da die Anzahl der vor der Grundschule wartenden Männer relativ gering sein wird.

Die Ungenauigkeit des Kriteriums der Konkretisierung der anonymen Täter bietet Grund für Kritik. Es wurde vom BGH offen gelassen wie sich die sich gegenseitig unbekannteten Täter verhalten müssen, um eine strafbare Verabredung im Sinne des § 30 Abs. 2 Var. 3 zu treffen. Als abgrenzendes Kriterium wäre es denkbar, eine Möglichkeit der weiteren Kontaktaufnahme zu fordern. Es ist allerdings egal, ob die vermeintlichen Täter aus dem Chatraum heraustreten, beispielsweise durch den Austausch von Adressen, Namen, Telefonnummern, oder im Chatraum bleiben, aber ein weiterer Kontakt zur genau konkretisierten Begehung der Tat nicht notwendig ist oder

<sup>19</sup> Köhler, Strafrecht AT, 1997, Rn. 545; Kohlrausch/Lange, in Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43 Aufl. 1961, § 49a, Anm. I, III.

sie innerhalb des Chatraums garantiert die Möglichkeit haben den anderen nicht zu verfehlen.

*(Svetlana Valerius / Alexa Weber)*

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

In angetrunkenem Zustand verletzt A seine Frau B mit einer Machete schwer. Dabei handelt er mit bedingtem Tötungsvorsatz und geht zunächst auch davon aus, B getötet zu haben. Dies berichtet er seinem Nachbarn C, der daraufhin, ohne Wissen des A, den Rettungsdienst verständigt. Noch vor Eintreffen der durch C verständigten Rettungskräfte ruft A bei der Polizei an und erklärt, dass er seine Frau getötet habe. Während des Gesprächs erkennt er jedoch, dass B noch am Leben ist und fordert die Beamten auf, unverzüglich den Rettungsdienst zu verständigen, da B zu verbluten drohe. B wird gerettet. Das Landgericht verurteilt A daraufhin wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil der B, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB. Die Staatsanwaltschaft legt Revision ein, mit dem Ziel, dass A auch wegen versuchten Totschlags, §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB verurteilt wird.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Kern dieser Entscheidung steht die Frage, unter welchen Umständen der Einzeltäter strafbefreiend nach § 24 Abs. 1 StGB vom Versuch einer Straftat

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

November 2011  
**Macheten-Fall**

*Rücktrittshorizont / Freiwilligkeit*

§ 24 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Nimmt der Täter irrig die Vollendung seiner Tat an und erkennt später seinen Irrtum, liegt keine Korrektur des Rücktrittshorizonts vor; der Rücktrittshorizont entsteht erstmalig mit Erkennen des Irrtums.
2. Eine vorherige Entdeckung der Tat spricht nicht zwingend gegen die Freiwilligkeit des Rücktritts.

BGH, Urteil vom 26. Mai 2011 – 1 StR 20/11; veröffentlicht in: BeckRS 2011, 17983.

zurücktreten kann.<sup>2</sup> Nach h. M. ist es eine Grundvoraussetzung für die Möglichkeit eines Rücktritts,<sup>3</sup> dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Weithin umstritten ist allerdings, wann von einem solchen fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

Die **Einzelbetrachtungslehre** bemüht sich um eine restriktive Anwendung des § 24 StGB. Danach ist jede

<sup>2</sup> Die Diskussion um § 24 StGB ist insgesamt stark rechtspolitisch geprägt und je nach vertretener Lehre werden stark voneinander abweichende Ergebnisse erzielt. Vgl. dazu nur *Eser*, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 24 Rn. 2 ff.; *Heinrich*, Strafrecht AT I, 2. Auflage 2010, Rn. 769 ff.

<sup>3</sup> A.A. *Herzberg*, in Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 1. Auflage 2003, § 24 Rn. 62; *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011; § 32 Rn. 5: Der fehlgeschlagene Versuch sei letztlich ein Unterfall des unbeendeten Versuchs; mangels Beendigungsmöglichkeit sei die Freiwilligkeit des Rücktritts ausgeschlossen.

einzelne, auf einen Taterfolg gerichtete Tätigkeit, die der Täter als zur Erfolgs herbeiführung geeignet ansieht, als selbstständiger Versuch anzusehen.<sup>4</sup> Gehe diese konkret vorgenommene Tathandlung fehl, sei der Versuch fehlgeschlagen und ein Rücktritt nicht mehr möglich. Unbeachtlich soll sein, ob der Täter noch Wiederholungsmöglichkeiten oder Alternativen zum Erreichen des Taterfolgs habe. Vertreter dieser Lehre argumentieren, dass nicht jede ausgelassene Handlungsmöglichkeit als Rücktritt honoriert werden dürfe.<sup>5</sup> Ob eine Handlung, die an sich zur Erfolgs herbeiführung geeignet ist, als Fehlschlag anzusehen sei, könne nicht von der Möglichkeit, weitere Tathandlungen vorzunehmen, abhängig gemacht werden.

In Abgrenzung zur Einzelbetrachtungslehre bemühen sich Rechtsprechung und herrschende Lehre, den Anwendungsbereich des § 24 StGB möglichst weit zu fassen. Sie beurteilt die Frage, ob ein Versuch fehlgeschlagen ist, anhand der sog. **Gesamtbetrachtungslehre**. Fehlgeschlagen ist danach ein Versuch, wenn der Täter davon ausgeht, den Taterfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln entweder gar nicht oder nicht mehr ohne zeitlich relevante Zäsur erreichen zu können.<sup>6</sup> Der Gesamtbetrachtungslehre wird vorgeworfen, unangemessen täterfreundlich und letztlich uferlos zu sein.<sup>7</sup> Weiterhin begünstige die Gesamtbetrachtungslehre sowohl den skrupellosen wie auch den dilettantisch vorgehenden Täter, der sich beliebig viele Fehlschläge leisten könne, sofern er nur davon ausgehe, den Taterfolg noch erreichen zu können. Dies sei aus Opferschutzerwä-

gungen unangebracht.<sup>8</sup> Für die Gesamtbetrachtungslehre spricht jedoch entscheidend, dass die Einzelbetrachtungslehre einheitliche Lebensvorgänge sachwidrig auseinanderreißt. Weiterhin lässt die Einzelbetrachtungslehre kaum Raum für den, vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen, unbeendeten Versuch. Zudem ist – auch im Hinblick auf Opferschutzgesichtspunkte – Sinn und Zweck der Rücktrittsregelung, dass jeder, der die Tatbestandsverwirklichung aufgibt, um in die Legalität zurückzukehren, auch zurücktreten können muss.<sup>9</sup>

Wird der Gesamtbetrachtungslehre gefolgt, ist es von entscheidender Bedeutung, welcher Zeitpunkt für die Einschätzung des Täters, ob sein Tun bisher erfolgreich war, relevant ist. In der Rechtsprechung ist die Tendenz zu beobachten, diesen Zeitpunkt, zugunsten wie zulasten des Täters, immer weiter nach hinten zu verlegen.

So wurde in der Vergangenheit auf die Vorstellung des Täters zu Tatbeginn abgestellt (**Planungshorizont**): Hatte der Täter alle zuvor geplanten Handlungen erfolglos durchgeführt, war der Versuch fehlgeschlagen.<sup>10</sup> Abgesehen davon, dass diese Formel bei weitem nicht unumstritten war,<sup>11</sup> gelangte sie allerdings in Fällen, in denen entweder überhaupt kein Tatplan vorlag, oder unvorhergesehene Komplikationen bei der Tatausführung auftraten, an ihre Grenzen. Aus diesen Gründen verschob die Rechtsprechung durch das Abstellen auf den sog. **Rücktrittshorizont** den für die Beurteilung eines Fehlschlags relevanten Zeitpunkt weiter nach hin-

<sup>4</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 20; Heinrich (Fn. 2), Rn. 820 m.w.N.

<sup>5</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 19; Heinrich (Fn. 2), Rn. 820 m.w.N.

<sup>6</sup> BGHSt 34, 53; 39, 228; Heinrich (Fn. 2), Rn. 770, 2. Aufl. 2010; Rengier, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 49; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 40. Auflage, 2010, Rn. 628.

<sup>7</sup> Herzberg, in MüKo (Fn. 3), § 24 Rn. 65.

<sup>8</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 18a; Heinrich (Fn. 2), Rn. 821 m.w.N.

<sup>9</sup> Heinrich (Fn. 2), Rn. 821; Rengier (Fn. 6), § 37 Rn. 47; Wessels/Beulke (Rn. 6), Rn. 629.

<sup>10</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 17; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 632.

<sup>11</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 6 f.

ten.<sup>12</sup> Entscheidend ist seitdem das eigene Urteil des Täters über die Wirksamkeit des bisher Geleisteten zur Tatbestandsverwirklichung bei Ausführung der letzten Tathandlung.

Ist der Rücktritt nicht wegen fehlgeschlagenen Versuches ausgeschlossen, so erlangt die Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch zentrale Bedeutung. Diese Bedeutung erwächst aus dem Umstand, dass sich gem. § 24 StGB die **Anforderungen**, an das, was der Täter tun muss, um in den Genuss der Strafbefreiung zu gelangen, hiernach richten. Der Gesamtbetrachtungslehre folgend, ist nach allgemein gebräuchlicher Formel ein unbeendeter Versuch anzunehmen, solange der Täter bei Ausführung der letzten Tathandlung davon ausgeht, noch nicht alles getan zu haben, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs erforderlich ist.<sup>13</sup> Vom unbeendeten Versuch kann gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB durch bloßes Aufgeben der weiteren Tatausführung zurückgetreten werden; erforderlich ist lediglich, dass beim Täter der endgültige und unbedingte Entschluss vorliegt, die Tat nicht weiter verwirklichen zu wollen.

Liegt dagegen ein beendeter Versuch vor, so kann gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB nur durch aktives Verhindern der Tatbestandsverwirklichung zurückgetreten werden. Ein beendeter Versuch liegt entsprechend oben Gesagtem vor, wenn der Täter bei Ausführung der letzten Tathandlung sein bisheriges Tun zum Erreichen des tatbestandsmäßigen Erfolges für ausreichend hält.<sup>14</sup> Beim beendeten Versuch ist umstritten, welche Anforderungen an das Verhindern der Tatbestandsverwirkli-

chung zu stellen sind. Nach dem sog. **Bestleistungsprinzip** muss der Täter nicht lediglich irgendeine Kausalkette in Gang setzen, welche auf die Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung gerichtet ist, sondern Maßnahmen ergreifen, welche den Taterfolg aus seiner Sicht und nach seinen Möglichkeiten bestmöglich verhindern.<sup>15</sup>

Demgegenüber verfolgt die Rechtsprechung konsequenterweise auch hier eine eher rücktrittsfreundliche Linie. Ein Rücktritt vom beendeten Versuch liege in jeder auf Erfolgsabwendung gerichteten Tätigkeit, welche kausal für die Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung ist. Demzufolge muss der Zurücktretende nicht das zur Erfolgsabwendung Optimale geleistet haben. Ausreichend, aber auch erforderlich, ist in diesem Zusammenhang eine Tätigkeit, welche für die Nichtvollendung zumindest mitkausal ist.<sup>16</sup>

Irrt der Täter bei Ausführung der letzten Tathandlung über die Wirksamkeit des von ihm bisher Geleisteten, hält er den Versuch also fälschlich für beendet bzw. unbeendet und erkennt seinen Irrtum später, ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen er zurücktreten kann. Hält man, wie sonst üblich, den Zeitpunkt der letzten Tathandlung für maßgeblich, könnte der Täter, obwohl er später erkennt, dass er einen beendeten Versuch begangen hat, gem. § 24. Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB durch bloßes Aufgeben der weiteren Tatbestandsverwirklichung vom Versuch zurücktreten. Gleiches gilt selbstverständlich auch in der umgekehrten Konstellation, in der der Täter zuerst glaubt, der Versuch sei beendet und später merkt, dass ein unbeendeter Versuch vorliegt. Hier könnte er nur durch aktives Handeln zurücktreten, welches aber in der konkreten Situation gar nicht mehr er-

<sup>12</sup> BGHSt 34, 56; 39, 228; 40, 75.

<sup>13</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 18; Heinrich (Fn. 2), Rn. 780; Rengier (Fn. 6), § 37 Rn. 80; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 631.

<sup>14</sup> Heinrich (Fn. 2), Rn. 782; Rengier (Fn. 6), § 37 Rn. 110; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 631.

<sup>15</sup> Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 2) § 24 Rn. 59; Heinrich (Fn. 2), Rn. 800 mit weiteren Hinweisen.

<sup>16</sup> Herzberg, in MüKo (Fn. 3), § 24 Rn. 156; Rengier (Fn. 6), § 37 Rn. 111.

forderlich ist. Das kann nicht richtig sein.

Laut Rechtsprechung des BGH erfolgt hier eine sog. **Korrektur des Rücktrittshorizontes**: „Die an der wahrgenommenen Realität korrigierte Vorstellung von der Wirklichkeit ist maßgeblich“.<sup>17</sup> Der für die Beurteilung der Rücktrittsbedingungen relevante Zeitpunkt wird also auf den Zeitpunkt der Irrtumsentdeckung nach hinten verschoben. Erforderlich ist allerdings, dass zwischen der letzten Tathandlung und dem Entdecken des Irrtums ein gewisser **räumlich-zeitlicher Zusammenhang** besteht. Welchen Anforderungen der Zusammenhang im Einzelnen genügen muss, bedarf noch der genaueren Klärung. Nach der Rechtsprechung des BGH entfällt dieser jedenfalls dann, wenn zwischen Erkennen des Irrtums und Rücktrittshandlung eine derartige **Zäsur** vorliegt, dass nicht mehr von einer Tat im Rechtssinne gesprochen werden könne.<sup>18</sup> Zu beachten ist allerdings, dass diese Korrektur nicht nur zugunsten des Täters wirkt. Irrt er im umgekehrten Fall dahingehend, dass der Versuch unbeeendet sei, und bemerkt diesen Irrtum später, ist er dem strengeren Regime des 24 Abs. 1 S. 1 Alt 2 StGB unterworfen.<sup>19</sup>

Wird die Tat dagegen ohne Zutun des Täters – etwa durch das Dazwischentreten Dritter – nicht vollendet, eröffnet ihm § 24 Abs. 1 S. 2 StGB eine Rücktrittsmöglichkeit, wenn er sich ernsthaft um die Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung bemüht. Ein ernsthaftes Bemühen liegt vor, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die gemessen an der von ihm verwirklichten Gefahr, zumindest aus seiner Sicht und nach seinen Möglichkeiten geeignet

ist, die Vollendung mit hinreichender Sicherheit zu verhindern.<sup>20</sup>

Sowohl beim unbeeendeten als auch beim beeendeten Versuch muss der Rücktritt freiwillig erfolgen. Insbesondere in Fällen, in denen der Täter aus Furcht, seine Tat sei entdeckt worden, von der weiteren Tatausführung Abstand nimmt, ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen **Freiwilligkeit** anzunehmen ist. So wird vorgeschlagen, das Merkmal der Freiwilligkeit normativ zu interpretieren. Der Rücktritt sei unfreiwillig, wenn die „normale Verbrechervernunft“ es gebiete, die Tat abubrechen.<sup>21</sup> Die herrschende Meinung bejaht die Freiwilligkeit dagegen beim Handeln aus autonomen Motiven und verneint sie, wenn der Täter aus heteronomen Motiven handelt.<sup>22</sup> Entscheidet sich der Täter bei gleichbleibender Sachlage auf Grund eigener Erwägungen zum Rücktritt, ist seine Motivation autonom und sein Rücktritt freiwillig.<sup>23</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt das Urteil des Landgerichts wegen gefährlicher Körperverletzung. Dabei stellt er klar, dass im vorliegenden Fall der Rücktritt vom versuchten Totschlag, §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB, ausschließlich gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB erfolgen konnte. Damit korrigiert er die Entscheidung des Landgerichts, welches einen Rücktritt sowohl nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB als auch nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB angenommen hatte. Bezüglich des **Rücktrittshorizonts** stellt der

<sup>17</sup> BGHSt 36, 224.

<sup>18</sup> BGH NSTZ 2010, 146.

<sup>19</sup> Hier wird teilweise von einer „umgekehrten Korrektur des Rücktrittshorizonts“ gesprochen; vgl. BGH StraFo 2008, 212.

<sup>20</sup> *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 800; *Herzberg*, in MüKo (Fn. 3), § 24 Rn. 174; *Rengier* (Fn. 6), § 37 Rn. 138; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 647.

<sup>21</sup> *Fahl*, JA 2003, 757 (762); *Roxin*, AT 2, 1. Auflage, 2003, § 30 Rn. 383.

<sup>22</sup> *Eser*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 43; *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 809; *Rengier* (Fn. 6), § 37 Rn. 91; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 651.

<sup>23</sup> *Joecks*, Studienkommentar StGB, 9. Auflage, 2010, § 24, Rn. 21.

Strafsenat des BGH hier fest, dass es sich nicht um eine Korrektur des Rücktrittshorizonts handelt, da der Täter zuvor nicht einen beendeten Versuch, sondern bereits eine Vollendung der Tat annahm. Daher eröffne sich dem Täter ein „Rücktritts“horizont im Sinne einer Rücktrittsmöglichkeit erstmals in dem Zeitpunkt, in dem er erkennt, dass seine Tat doch noch nicht vollendet ist. Solange der Täter von einer vollendeten Tat ausgeht, ist es für ihn ausgeschlossen, überhaupt über einen Rücktritt nachzudenken. Diese Entscheidung stellt jedoch keine Abkehr von der Rechtsprechung zur Korrektur des Rücktrittshorizonts dar, sondern verdeutlicht vielmehr, wann ein, gegebenenfalls noch zu korrigierender, Rücktrittshorizont erstmalig entsteht.

Ein weiterer Schwerpunkt dieser Entscheidung stellt die Frage nach der **Freiwilligkeit** des Rücktritts dar. So hatte die Staatsanwaltschaft argumentiert, dass diese ausscheide, da A davon hätte ausgehen müssen, dass der Nachbar den Notarzt verständigt hätte, weil er diesem die Tat bereits gestanden hatte. Hierzu bemerkt der BGH, dass solche Gedankengänge dem Täter nicht unterstellt werden dürften; theoretische Möglichkeiten, die die Freiwilligkeit beeinträchtigen würden, seien irrelevant. Auch führe eine vorherige Entdeckung der Tat durch Dritte nicht zwangsläufig zum Ausschluss der Freiwilligkeit des Rücktritts.<sup>24</sup> Zwar hatte das objektiv falsche Geständnis gegenüber C zur Entdeckung der Tat geführt, als A jedoch realisierte, dass sich seine Tat noch im Versuchsstadium befand, bemühte er sich, deren Vollendung zu verhindern. Es sei nicht ersichtlich, dass er aus äußerem oder innerem Druck und damit unfreiwillig gehandelt hätte.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Mit der vorliegenden Entscheidung ergänzt der BGH seine Rechtsprechung zum Rücktrittshorizont. Hält ein Täter seine Tat irrtümlich für vollendet, entsteht der Rücktrittshorizont erstmalig in dem Moment, in dem er die Nichtvollendung seiner Tat bemerkt. Dies wird in der vorliegenden Entscheidung deutlich: Der Täter hat die B während des Gesprächs mit dem Nachbarn und auch noch zu Beginn des Telefonats mit der Polizei für tot gehalten. Somit gab es aus seiner Perspektive keine Möglichkeit, zurückzutreten, da er von der Vollendung der Tat ausging. Erst als er bemerkte, dass seine Tat nicht vollendet war, da seine Frau noch lebte, erkannte er die Möglichkeit den Erfolgeintritt doch noch abzuwenden.

Die Relevanz dieser Entscheidung zeigt sich in Bezug auf die Praxis auch darin, dass sich das Landgericht in seinem Urteil nicht festlegen konnte oder wollte, ob der Rücktritt nun nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB oder § 24 Abs. 1 S. 2 StGB erfolgte. Studierenden bleibt diese Möglichkeit in der Klausur leider versagt. Daher möchten wir mit diesem Beitrag verdeutlichen, wie wichtig die exakte Vorgehensweise bei der Prüfung des § 24 StGB ist. Liegen in der Klausur Anhaltspunkte vor, einen Rücktritt zu prüfen, ist zunächst festzustellen, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Sollte der Täter die Tat dann irrtümlich schon für vollendet halten, greift die neue Rechtsprechung des BGH: Der Rücktrittshorizont entsteht erstmals in dem Moment, in dem der Täter sich seines Irrtums bewusst wird. Danach erfolgt wieder die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch. Irrt der Täter diesbezüglich, müsste er, in konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des BGH, seinen Rücktrittshorizont zudem korrigieren können. Hinsichtlich der Prüfungspunkte „konkrete Anforderungen an die Rücktrittshandlung“ und „Freiwilligkeit“ ergeben sich keine Neuigkeiten.

<sup>24</sup> So auch *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 49.

## 5. Kritik

Mit dieser Entscheidung entwickelt der BGH seine rücktrittsfreundliche Rechtsprechung konsequent weiter. Es ist dogmatisch folgerichtig, dass auch demjenigen Täter, der zunächst irrtümlich von der Vollendung seiner Tat ausgeht, die Rücktrittsmöglichkeit nicht verwehrt werden darf. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Leider lässt das Urteil des BGH aber konkrete Ausführungen vermissen, wie lange dem Täter nach Entdecken der Nichtvollendung seiner Tat der Rücktritt noch möglich sein soll. Möglicherweise ist jedoch eine zeitliche Begrenzung der Rücktrittsmöglichkeit gänzlich fehl am Platz. Grundgedanke des § 24 StGB ist, dem Täter möglichst lange die Möglichkeit zu geben, vom Versuch der Straftat zurückzutreten. Dafür sprechen insbesondere Opferschutzerwägungen. Weiterhin ist die höchstrichterliche Rechtsprechung seit langem von der Tendenz geprägt, die Rücktrittsmöglichkeit auszuweiten.

Für eine zeitliche Begrenzung spricht allerdings entscheidend, dass die Rechtsprechung eine solche im Zusammenhang mit der Korrektur des Rücktrittshorizontes für erforderlich hält. In seiner Rechtsprechung von der Korrektur des Rücktrittshorizonts stellte der BGH fest, dass zwischen dem Erkennen des Irrtums über die (Nicht-)Beendigung des Versuchs und der im Einzelnen vorgenommenen Rücktrittshandlung ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang erforderlich sei. Insbesondere komme in Betracht, die Grenze dort zu ziehen, wo nicht mehr von einer Tat im Rechtssinne gesprochen werden könne.<sup>25</sup> Eine Tat im materiellrechtlichen Sinne gem. § 52 StGB liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen dann vor, wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen

ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint.<sup>26</sup> Es liegt zumindest nahe, diese Ausführungen auch auf die sich hier ergebende Fragestellung entsprechend anzuwenden: Es ist nicht ersichtlich, warum der Täter, der zunächst irrig eine Vollendung seiner Tat angenommen hatte, besser gestellt werden sollte, als derjenige welcher sich lediglich über die Rücktrittsbedingungen irrt. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die in diesem Urteil entwickelte Struktur von der Entstehung des Rücktrittshorizontes in Zukunft von Rechtsprechung und Literatur kritisch konkretisiert werden muss.

Die Feststellung des BGH, dass die Entdeckung der Tat nicht zwingend die Freiwilligkeit der Rücktrittshandlung tangiert, entspricht der vorangegangenen Rechtsprechung des BGH.<sup>27</sup> Insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Täter von der Vollendung der Tat ausgeht und selbst für die Entdeckung seiner Tat sorgt, wäre es sinnlos, ihm zu unterstellen, er handle aus Furcht vor Strafverfolgung und wolle damit aus heteronomen Motiven zurücktreten. Konsequenter ist es, für die Rücktrittsmotivation des Täters theoretische Motive von der Bewertung auszuschließen. Zwar kann man dieser Bewertung vorhalten, dass sie zu einer zu großen Ausweitung der Rücktrittsmöglichkeiten des Täters führe, allerdings verbietet schon der Grundsatz in dubio pro reo die Einbeziehung theoretischer Motive.

*(Sebastian Freiesleben / Sandra Zeis)*

<sup>25</sup> BGHSt 36, 224(226).

<sup>26</sup> BGHSt 41, 368.

<sup>27</sup> StV 1982, 219.

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

Im April 2008 gelangt die Angeklagte A in den Besitz der EC-Karte der Eheleute M und F. A versucht in den folgenden Monaten von dem Konto Überweisungen vorzunehmen, kauft mit der EC-Karte ein und hebt insgesamt 7000 € an einem Schalter der D-Bank ab.

Am 21. Mai erstattet M Anzeige bei der Polizei wegen des Abhandenkommens der EC-Karte und der unberechtigten Abhebungen. Bald hegen M und die D-Bank den Verdacht, dass A hinter den unberechtigten Abhebungen steckt. Diese Vermutung wird auch gegenüber der Polizei geäußert. Die D-Bank bittet A schließlich mehrfach zu Gesprächen in eine Filiale. A weiß aber von dem Verdacht und erscheint aus Angst vor der Aufdeckung der unberechtigten Kontoverfügungen nicht zu den Terminen.

Um herauszufinden, wie konkret der Verdacht ist und ob Beweise gegen sie vorliegen, besucht A die F in deren Wohnung. Im Streit über die unberechtigten Abhebungen gerät A in Wut und erschlägt F.

Danach sieht A die Chance, die Überweisungsversuche zu erklären und damit die weiteren Ermittlungen gegen sich zu beenden. Eine Woche nach der

<sup>1</sup> Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht abgeändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervorzuheben.

Dezember 2011

## Verdeckungseignungs-Fall

*Mordmerkmal Verdeckungsabsicht*

§ 211 II Gruppe 3 Alt. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die objektive Ungeeignetheit einer Tötung zur Verhinderung der weiteren Aufdeckung einer Tat schließt die Annahme einer Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 II StGB nicht zwingend aus.
2. Für die Annahme einer Verdeckungsabsicht ist ausschließlich die Vorstellung des Täters ausschlaggebend.
3. Wo die Tatumstände nicht zur Annahme eines Verdeckungsmordes ausreichen, können niedrige Beweggründe i.S.d. § 211 II Gruppe 1 Alt. 4 StGB einschlägig sein.

BGH, Urteil vom 17.5.2011 - 1 StR 50/11, veröffentlicht in NSTZ 2011,579.

Tötung geht sie zur D-Bank und erklärt, dass F ihr noch einen Gefallen schuldig gewesen sei und daher die Überweisungen unterschrieben habe. Mittlerweile sei F aber verstorben, sodass sie das nicht mehr bestätigen könne. Das LG verurteilt A wegen Totschlags, gem. § 212 I StGB<sup>2</sup>. Die Voraussetzungen für einen Verdeckungsmord gem. § 211 II Gruppe 3 Alt. 2 sieht es nicht erfüllt, da die Tötung der F nicht geeignet gewesen sei, die Aufdeckung der Tat zu verhindern. Die Staatsanwaltschaft legt Revision beim BGH ein.

<sup>2</sup> Alle folgenden Paragraphen sind solche des StGB.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zentrales Problem des Falls ist die Prüfung der Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 II Gruppe 3 Alt. 2.

In Verdeckungsabsicht tötet, wer dadurch eine vorangegangene Straftat als solche, Spuren oder Beweise verdecken will, die den Täter überführen könnten.<sup>3</sup> Die Beurteilung der Verdeckungsabsicht richtet sich dabei nach ganz h.M. nicht nach objektiven Kriterien wie der tatsächlichen Beweislage, sondern nach der Vorstellung des Täters.<sup>4</sup>

Die **Absicht** des Täters muss sich auf die Verdeckung beziehen, nicht unbedingt auf den Tötungserfolg.<sup>5</sup> Unter Verdeckung wird die Verhinderung der Aufdeckung der Tat verstanden. Als aufgedeckt gilt diese, wenn die Tatumsstände den Strafverfolgungsbehörden in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang bekannt sind.<sup>6</sup>

Wird der Täter verdächtigt und ist ihm das bewusst, kann Verdeckungsabsicht vorliegen, wenn er selbst die Tat für nicht aufgedeckt hält.<sup>7</sup> Verdeckungsabsicht steht nicht entgegen, dass neben dem Opfer auch Dritte von der Tat wissen, solange deren Aussagen nicht zur Verurteilung ausreichen würden.<sup>8</sup>

Weiß der Täter aber, dass seine Tat vollständig aufgedeckt ist, ist Verdeckungsabsicht stets ausgeschlossen.<sup>9</sup> Der Wille, die Festnahme oder Überführung zu verhindern, ist also keine Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 II Gruppe 3 Alt. 2.<sup>10</sup> Das Gleiche gilt für Fälle, in denen der Täter die Aufdeckung der Vortat (zunächst) nur erschweren will.<sup>11</sup>

Nach einer Ansicht sind bei diesen „verdeckungsnahen Motiven“ aber **niedrige Beweggründe** gem. § 211 II Gruppe 1 einschlägig.<sup>12</sup> Teils wird in der Verdeckungsabsicht sogar ein Sonderfall der niedrigen Beweggründe gesehen.<sup>13</sup> Für diese Auffassung spricht die gleichwertige Verwerflichkeit der beiden Mordmerkmale, da der Täter in beiden Fällen das Leben eines anderen Menschen für eigene Zwecke instrumentalisiert.<sup>14</sup> Gegen eine Behandlung der Verdeckungsabsicht als Unterfall der niedrigen Beweggründe spricht aber nach anderer Ansicht u.a. die Systematik: Die Verdeckungsabsicht ist neben den niedrigen Beweggründen als selbstständiges Mordmerkmal aufgeführt.<sup>15</sup>

Ferner hat das **BVerfG** eine **restriktive Auslegung** der Verdeckungsabsicht angemahnt.<sup>16</sup> Zur Eingrenzung des Mordmerkmals gibt es daher verschiedene Ansätze.

So ist nach einer Ansicht bei Verdeckungsabsicht eine negative Typenkorrektur vorzunehmen.<sup>17</sup> Danach kann unter außergewöhnlichen Umständen trotz verwirklichten Mordmerkmals die

<sup>3</sup> *Eschelbach*, in BeckOK, Stand 15.12.2011, § 211, Rn. 88; *Kudlich*, JuS 2005 659.

<sup>4</sup> *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 3), § 211, Rn. 88; vgl. *Kudlich*, JuS 2005, 659.

<sup>5</sup> *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 3), § 211 Rn. 89. Früher wurde noch vom BGH (BGHSt 7, 287, 289 f.) vertreten, dass sich die Absicht auch auf die Tötung erstrecken muss, d.h. dass die Tötung als (zwingend) erforderliches Mittel zur Verdeckung angesehen wird.

<sup>6</sup> *Jähnke*, in LK, 11. Aufl., 2005, § 211 Rn. 15.

<sup>7</sup> BGH NJW 2005, 1203; *Kudlich*, JuS 2005, 659.

<sup>8</sup> BGHSt 50, 11; *Joecks*, StGB, 9. Aufl., 2010, § 211, Rn. 45; *Neumann*, in NK, 3. Aufl., 2010, § 211, Rn. 99.

<sup>9</sup> BGH NJW 1952, 431; *Kudlich*, JuS 2005, 659.

<sup>10</sup> *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211, Rn. 99.

<sup>11</sup> *Schneider*, in MüKo, 2003, § 211 Rn. 172; a.A.: *Jähnke*, in LK (Fn. 6), § 211 Rn. 15.

<sup>12</sup> So z.B. *Jähnke*, in LK (Fn. 6), § 211 Rn. 17, 25; *Kindhäuser*, LPK, 3. Aufl., 2006, § 211 Rn. 35; a.A. *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 99.

<sup>13</sup> BGHSt 23, 39, 40.

<sup>14</sup> BGHSt 35, 116.

<sup>15</sup> *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 111.

<sup>16</sup> BVerfGE 45, 187, 267.

<sup>17</sup> So *Eser*, in S/S, 28. Aufl., 2010, § 211 Rn. 10.

besondere Verwerflichkeit der Tat verneint und die Verdeckungsabsicht letztlich abgelehnt werden.<sup>18</sup>

Eine andere Ansicht fordert eine Beschränkung der Verdeckungsabsicht auf „überlegt“ begangene Taten.<sup>19</sup> Das Mordmerkmal wäre so bei unreflektierten Spontantaten und in affektiven Ausnahmesituationen abzulehnen.

Ein weiterer Ansatz ist die Einordnung der Verdeckungsabsicht als spezielle Ausprägung der niedrigen Beweggründe i.S.d. § 211 II Gruppe 1.<sup>20</sup> So wäre Verdeckungsabsicht abzulehnen, sofern nicht gleichzeitig (unter umfassender Gesamtwürdigung von Tatumständen, Lebensverhältnissen und Persönlichkeit des Täters) ein niedriger Beweggrund zu bejahen ist.<sup>21</sup>

Eine vierte Ansicht fordert, die vom BGH im Rahmen der Heimtücke entwickelte „Rechtsfolgenlösung“ auch auf die Verdeckungsabsicht zu übertragen.<sup>22</sup> Danach kann bei Mordfällen, in denen eine lebenslange Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheint, der Strafrahmen gem. § 49 I Nr. 1 gemindert werden.<sup>23</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG wegen Rechtsfehlern auf. Zwar sieht er im Sachverhalt Beweisprobleme, jedoch habe das LG einen Verdeckungsmord nicht allein aufgrund der Ungeeignetheit der Tötung zur Verdeckung der Vortat ablehnen dürfen.<sup>24</sup> Daher weist er den Fall zur umfassenden Beurteilungen an das LG zurück.

<sup>18</sup> *Kindhäuser*, in LPK (Fn. 12), § 211 Rn 1.

<sup>19</sup> So *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 111.

<sup>20</sup> BGHSt 35, 116; vgl. auch BVerfGE 45, 187, 265: im Verhalten eines aus Verdeckungsabsicht Tötenden trete eine „besondere niedrige Gesinnung“ zutage.

<sup>21</sup> BGHSt 35, 116, 126.

<sup>22</sup> So *Jähnke*, in LK (Fn. 6), § 211 Rn. 13, 72.

<sup>23</sup> Vgl. BGHSt 30, 105; *Schneider*, in MüKo (Fn. 11), § 211 Rn. 39.

<sup>24</sup> Rn. 13.

Trotz der problematischen Beweislage, deren Würdigung das LG vorzunehmen hat, tendiert der BGH aufgrund der Indizien wohl zur Annahme eines Verdeckungsmordes.

Vor diesem Hintergrund bestätigt der BGH seine ständige Rechtsprechung zur Verdeckungsabsicht. Er betont besonders, dass nicht die objektive Sachlage, sondern die **subjektive Vorstellung** des Täters maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist.<sup>25</sup>

Verdeckungsabsicht liegt nach Ansicht des BGH bereits vor, wenn der Täter glaubt, durch die Tötung eine günstige Beweisposition aufrecht zu erhalten oder seine persönliche Lage zu verbessern.

**Objektive Kriterien** wie die Ungeeignetheit der Tötung zur Verdeckung der Vortat können in die Bewertung einfließen, soweit sie Rückschlüsse auf die Einstellung des Täters zulassen.<sup>26</sup>

Ferner kann der Tötungsvorsatz zur Verdeckung einer Straftat ausdrücklich auch **spontan** und in Wut gefasst werden. Der Täter muss nicht überlegt handeln oder seine Ziele abwägend reflektieren.<sup>27</sup> Das Gericht folgt insoweit diesem möglichen Ansatz zur restriktiven Auslegung nicht.

Schließlich weist der BGH darauf hin, dass niedrige Beweggründe als Mordmerkmal in Betracht kommen, falls die Tatumstände nicht für eine Annahme der Verdeckungsabsicht ausreichen.<sup>28</sup> Dies legt den Schluss nahe, dass das Gericht in den „niedrigen Beweggründen“ i.S.d. § 211 II Gruppe 1 einen Auffangtatbestand für die Verdeckungsabsicht sieht.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zwar kritisiert der BGH in dem Urteil vor allem die unzureichende Beweiswürdigung des LG und bestätigt zudem seine ständige Rechtsprechung

<sup>25</sup> Rn. 14, 17.

<sup>26</sup> Rn. 17.

<sup>27</sup> Rn. 16.

<sup>28</sup> Rn. 24.

zur Verdeckungsabsicht im Wesentlichen; wichtige Hinweise für die Praxis lassen sich aber trotzdem ableiten.

So ist in der Prüfung der Verdeckungsabsicht nicht nur die Annahme, sondern auch die Ablehnung des Mordmerkmals sorgfältig zu begründen. Insbesondere darf Verdeckungsabsicht nicht mit dem einfachen Verweis auf die objektive Ungeeignetheit der Tötung zur Verdeckung der Vortat abgelehnt werden.

Die objektiven Tatumstände müssen aber in die Prüfung einbezogen werden, insoweit sie Indizien für die Einstellung des Täters sein können. Diese Maßgabe der umfassenden Würdigung der Tatumstände ist für Studenten, die in der Regel mit eindeutig formulierten Sachverhalten konfrontiert sind, zwar weniger relevant, sollte aber von Kandidaten für das 2. Examen bei der Beweismwürdigung unbedingt beachtet werden.

Ferner ist zu beachten, dass Mord nicht ausgeschlossen ist, wenn Verdeckungsabsicht in der Klausur abgelehnt wird. Denn nach Ansicht des BGH können in „verdeckungsnahen“ Fällen niedrige Beweggründe i.S.d. § 211 II Gruppe 1 einschlägig sein.<sup>29</sup> Diese können als Auffangtatbestand der Verdeckungsabsicht dienen. Diese Auffassung ist aber umstritten und muss daher jedenfalls im Rahmen der Prüfung der niedrigen Beweggründe diskutiert werden. Welcher Argumentation dabei letztlich gefolgt wird, bleibt den Studierenden überlassen. Beide Meinungen haben namhafte Vertreter (s.o. **3.**).

## 5. Kritik

Die Ausführungen des BGH zur Vorstellung des Täters als maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Verdeckungsabsicht sind plausibel und logisch. Ein subjektives Mordmerkmal kann nicht allein aufgrund objektiver Kriterien wie der Geeignetheit abgelehnt werden. Dennoch gibt die Urteils-

begründung Anlass zu einiger Kritik. Insbesondere lässt das Gericht die Berücksichtigung des Gebots restriktiver Auslegung des Mordmerkmals missen. Es ist im Gegenteil eine Tendenz zur Ausweitung des Mordmerkmals zu erkennen, wie im Folgenden dargelegt werden soll.

Knackpunkt des Sachverhalts ist die Tatsache, dass die Tötung zur Verdeckung offenkundig nicht geeignet war. Den Gerichten stellt sich hier die Frage, ob die Täterin dennoch in Verdeckungsabsicht handelte.

Das LG verneinte dies, indem es von der objektiven Ungeeignetheit auf die fehlende Verdeckungsabsicht schloss. Diese Folgerung kritisiert der BGH zu Recht.

Im Urteil des BGH bleibt indes unklar, wie „verdecken“ überhaupt zu verstehen ist: Muss erfolgreiche Verdeckung als solche vom Täter überhaupt angestrebt werden oder reicht das schlichte „Halten-Wollen“ eines günstigen Status-Quo schon aus?

Der BGH stellt im vorliegenden Urteil darauf ab, dass der Täter eine günstige Beweislage aufrecht erhalten oder die eigene Position verbessern will. Dies könnte bedeuten, dass gar nicht Verdeckung als solche (im Sinne erfolgreicher Aufdeckungsverhinderung) angestrebt werden muss, sondern schon das Ziel, die Aufdeckung zu erschweren, ausreicht. Damit wäre der Verdeckungsabsicht ein zu großer Anwendungsbereich eröffnet, den der Wortlaut so nicht hergibt.

Vor dem Hintergrund des Sachverhalts stellt sich außerdem die Frage, ob Verdeckungsabsicht ein Reflektieren der eigenen Ziele voraussetzt oder, wie vorliegend, auch in Wut entwickelt werden kann. Der BGH bejaht Letzteres und konstatiert, dass das Mordmerkmal auch bei Spontanötungen nicht ausgeschlossen sei.

Es ist sicher richtig, dass Verdeckungsabsicht auch spontan, in einem unvorhergesehenen Augenblick, gefasst werden kann. Dessen ungeachtet darf

<sup>29</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 919-920.

der Anwendungsbereich der Verdeckungsabsicht aber nicht grenzenlos ausgeweitet werden. Der BGH scheint dies kaum zu berücksichtigen. Seine Ausführungen erwecken vielmehr den Eindruck, dass eine generelle „Grundstimmung“ des Täters, die Vortat verdeckt halten zu wollen, für die Annahme von Verdeckungsabsicht ausreichen soll. Dieser Eindruck entsteht insbesondere dadurch, dass A laut Tatbestands-schilderung im Urteil erst nach der Tötung die Chance sah, die unberechtigten Kontoverfügungen zu erklären. Konkrete Verdeckungsabsicht im Sinne eines Tatplans hatte sie demnach erst nach der Tötung.

Während nach Ansicht der Bearbeiterinnen hier an der Vereinbarkeit mit dem Simultaneitätsprinzip<sup>30</sup> gezweifelt werden könnte, verweist der BGH jedoch auf Indizien, die belegen sollen, dass A auch zum Tatzeitpunkt Verdeckungsabsicht hatte. Er nennt zum einen die Tatsache, dass A schon vor der Tötung versucht habe, die Ermittlungen gegen sich zu verhindern und die Tat anderweitig zu verdecken. Ebenso habe sich die A zum Zeitpunkt der Tat in der Zwangslage befunden, die Kontoabhebungen erklären zu müssen. Außerdem resultierte der Streit zwischen A und dem Opfer direkt aus der Vortat.

Diese Umstände deuten aber auf nichts weiter hin, als dass die Angeklagte die Aufdeckung ihrer Tat befürchtete und diese grundsätzlich verhindern wollte. Eine so abstrakte Verdeckungsabsicht bzw. der generelle Wunsch, nicht überführt zu werden, kann zur Annahme einer Tötung in Verdeckungsabsicht aber nicht ausreichen. Es gäbe sonst wohl kaum einen Täter, bei dem das Mordmerkmal auszuschließen wäre.

Abzulehnen ist auch die scheinbare Befürwortung des BGH, niedrige Be-

weggründe i.S.d. § 211 II Gruppe 1 als Auffangtatbestand zur Verdeckungsabsicht heranzuziehen. So ist es in der Praxis bereits für Tötungen zur Strafvereitelung geschehen.<sup>31</sup> Im vorliegenden Fall wäre die Angeklagte laut BGH wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen zu verurteilen, wenn sie durch die Tötung nicht die Tat verdecken, sondern lediglich ihre Überführung erschweren wollte.<sup>32</sup>

Das Bestreben, der Strafverfolgung zu entkommen, ist aber – ebenso wie die Verdeckungsabsicht – ein selbstbegünstigendes Motiv. Nach dem Selbstbegünstigungsprinzip wird ein Angeklagter, der sich im Strafverfahren durch rechtswidrige Taten begünstigen will, für diese milder bestraft.<sup>33</sup> Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass der Wille des Täters, sich der Strafverfolgung zu entziehen, menschlich nachvollziehbar ist.<sup>34</sup> Daher wird es teilweise als systemwidrig angesehen, dass die Verdeckungsabsicht trotzdem strafschärfend wirkt.<sup>35</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Problematik muss das Mordmerkmal jedenfalls besonders begründet werden.<sup>36</sup> Das gelingt wohl am ehesten mit Verweis auf die Gefährlichkeit der Tatsituation und generalpräventive Erwägungen.<sup>37</sup> Dass Verdeckungsabsicht neben den niedrigen Beweggründen als eigenständiges Mordmerkmal aufgeführt ist,

<sup>31</sup> Z.B. BGH NJW 1992, 919-920; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1986 – 1 StR 638/86.

<sup>32</sup> Rn. 24.

<sup>33</sup> Sog. nemo-tenetur-Grundsatz, wonach niemand zu seiner eigenen Überführung beizutragen verpflichtet ist, vgl. §§ 157, 258 V (*Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1990, S. 27).

<sup>34</sup> Vgl. *Ostendorf*, in NK, 3. Aufl., 2010, § 120 Rn. 1.

<sup>35</sup> Vgl. *Schneider*, in MüKo (Fn. 11), §211 Rn. 167.

<sup>36</sup> Vgl. *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 90.

<sup>37</sup> Vgl. *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 98.

<sup>30</sup> Das Simultaneitätsprinzip besagt, dass Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale bei Begehung der Tat vorliegen muss (*Kudlich*, in BeckOK, 2011, § 15 Rn. 9).

weist außerdem darauf hin, dass es eine ausdrückliche Ausnahme vom Selbstbegünstigungsprinzip sein soll.

Schon aus diesem Grund verbietet sich eine hilfsweise Subsumtion „verdeckungsnaher“ Fälle unter die niedrigen Beweggründe.<sup>38</sup> Überdies wäre es ein Widerspruch in sich, ein grundsätzlich nachvollziehbares Motiv als sittlich auf tiefster Stufe stehend, generell inakzeptabel und eben unbegreiflich<sup>39</sup> zu qualifizieren.

Darüber hinaus liefe durch den Rückgriff auf die niedrigen Beweggründe das Gebot der restriktiven Auslegung fast vollständig ins Leere. Motive, die zur Annahme einer Verdeckungsabsicht nicht ausreichen, könnten so nämlich in vielen Fällen unter die niedrigen Beweggründe subsumiert werden, womit trotz abgelehnter Verdeckungsabsicht der Mordtatbestand erfüllt wäre.

Die niedrigen Beweggründe mögen zwar teilweise neben der Verdeckungsabsicht einschlägig sein, dürfen aber unter keinen Umständen dazu führen, dass dann, wenn ein Sachverhalt knapp nicht unter Verdeckungsabsicht fällt, schlicht auf diese zurückgegriffen wird.

*(Wiebke Fröhlich / Selma Gather)*

---

<sup>38</sup> Vgl. *Neumann*, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 37, 99.

<sup>39</sup> Vgl. *Schneider*, in MüKo (Fn. 11), § 211 Rn. 69 ff.