

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2012

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

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

1. Sachverhalt¹

Die Angeklagten waren Mitglieder einer von Rom aus agierenden Bande, die sich zusammenschlossen hatte, um mit gefälschten Zahlungskarten missbräuchlich Abhebungen an Geldautomaten vorzunehmen. Zu diesem Zweck sollten zunächst die Magnetstreifen­daten von Kredit- und Maestro­karten sowie die dazugehörigen PIN ausgelesen werden. Mit diesen Daten wollten die Täter anschließend Kartendubletten herstellen.

Die hierfür erforderlichen technischen Geräte (sog. *Skimmer*) wurden in verschiedenen deutschen Bankfilialen installiert. Dabei tauschten die Täter jeweils den der Zugangskontrolle dienenden Kartenleser in den Türöffnern der Bankfilialen gegen ein manipuliertes Kartenlesegerät aus, das die Daten der Kartenmagnetleiste auslesen und speichern sollte. Um die PIN-Eingabe der Bankkunden zu filmen, wurde zudem oberhalb der jeweiligen Geldautomaten eine verborgene Videokamera angebracht.

Zum Teil waren die Täter mit dieser Vorgehensweise erfolgreich. In einigen, hier relevanten, Fällen wurde die Skimming-Technik jedoch zwar installiert, es konnten aber keine Daten ausgelesen werden.

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

Januar 2012

Skimming

Fälschung von Zahlungskarten, Versuch, Vorbereitung, Verabredung zu einem Verbrechen, Konkurrenzen

§§ 152a/b, 22, 23, 30, 149 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Zum Versuch der Fälschung von Zahlungskarten setzt noch nicht an, wer die aufgezeichneten Datensätze nicht in seinen Besitz bringen konnte, sondern wer mit der Fälschungshandlung selbst beginnt.
2. Ein auf das Anbringen eines Skimmers gerichteter Tatplan stellt jedoch eine Verabredung zur Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion dar.

BGH, Beschluss vom 11. August 2011 – 2 StR 91/11; veröffentlicht in: *wistra* 2011, 422 = *NStZ-RR* 2011, 367.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Skimming bedeutet „Abschöpfen“. Im strafrechtlichen Kontext wird darunter das Ausspähen von Bankdaten am Geldautomaten mittels technischer Geräte verstanden.² Dokumentierte Fälle gibt es in Deutschland seit Ende der 1980er Jahre³, jedoch häufen sich die Fälle seit 2007⁴. So wurden im Jahr 2010 3183 manipulierte Geldautomaten registriert, wobei der Schaden auf rund 60 Mio. Euro geschätzt wird.⁵

Zu unterscheiden sind vier Deliktphasen: Zunächst müssen die Täter die technischen Geräte zum Ausspähen der Daten, *Skimmer*, beschaffen und an-

² *Marberth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Auflage 2009, Rn. 77.

³ BGHSt 38, 120.

⁴ BKA, Zahlungskartenkriminalität, Bundeslagebild 2010, S. 5 f. mit weiteren Informationen und Abbildungen.

⁵ Ebd.

bringen (1). Anschließend werden damit die Kartendaten und die vom Opfer eingegebene PIN ausgespäht, das *Skimming* i.e.S., und ggf. weitergegeben (2). Daraufhin stellen die Täter Kartendubletten her (3), die sie schließlich verwenden, um Geld von einem Automaten abzuheben (4).

Bei Datenverwendung (4) ergibt sich eine Strafbarkeit gem. § 263a Abs. 1 StGB.⁶ Denn jene geschieht nach der h.M. unbefugt⁷ und beeinflusst bei Überprüfung durch den Geldautomaten einen Datenverarbeitungsvorgang. Durch die anschließende Geldausgabe tritt i.d.R. ein Vermögensschaden sowohl bei der Bank als auch beim Kunden ein.⁸

Mit der Herstellung der Kartendubletten (3) machen sich die Täter gem. § 152a Abs. 1 bzw. § 152b Abs. 1 strafbar. Die Normen unterscheiden sich vor allem hinsichtlich des Schutzgutes: § 152a Abs. 4 umfasst herkömmliche Zahlungskarten, § 152b Abs. 4 Kreditkarten.⁹

⁶ Alle folgenden Paragraphen sind solche des StGB.

⁷ Betrugsspezifische Auslegung, vgl. BGHSt, 47, 160 (162 f.); i.E. auch nach der subjektiven Auslegung, vgl. BGHSt 40, 331 (334 f.); nur die computerspezifische Auslegung käme zu einem anderen Ergebnis, vgl. OLG Celle, NStZ 1989, 367.

⁸ So auch *Eisele*, CR 2011, 131 (136). Auch machen sich die Täter gem. §§ 269 Abs. 1, 270 strafbar, da im Banksystem gespeichert wird, wann, wo und wie viel der (vermeintliche) Kunde abgehoben hat und die (automatische) Fälschung dieser beweis erheblichen Daten zumindest vom Eventualvorsatz der Täter umfasst ist. Falls die Täter den Kontostand abfragen, verwirklichen sie zudem § 202a, da die Abfrage der Kontoinformation eine Zugangssicherung darstellt, die objektiv weiter besteht; so auch *Tyszkiewicz*, HRRS 2010, 207 (212); a.A. wohl *Eisele*, CR 2011, 131 (136).

⁹ Hinzu kommt eine Strafbarkeit gem. §§ 269 Abs. 1, 270: Bei den gespeicherten Kartendaten handelt es sich um beweis erhebliche Daten, aus denen, wür-

Die Datenbeschaffung (2) stellt kein Ausspähen von Daten i.S.d. § 202a dar.¹⁰ Fraglich ist jedoch, ob die Datenbeschaffung (2) bzw. schon die Herstellung und das Anbringen der Skimmer (1) als **Versuch der Fälschung von Zahlungskarten**, als **Vorbereitung** gem. § 149 oder als **Verabredung** gem. § 30 Abs. 2 strafbar sind.

Zum **Versuch** hatte sich der BGH im Kontext des Skimming bereits mehrfach geäußert. Zunächst hatte er in einem Fall, in dem die Täter lediglich Kartenrohlinge beschafft hatten, ohne bereits über die benötigten Daten zu verfügen, entschieden, dass der Versuch des Fälschens von Zahlungskarten erst mit der Fälschungshandlung selbst beginnt.¹¹ Anschließend hat der BGH konkretisierend festgestellt, dass die Fälschung nicht versucht, wer die Datensätze noch nicht in seinen Besitz bringen und sie deshalb auch noch nicht an seine Mittäter übermitteln konnte.¹² Schließlich hat er den Begriff der Fälschungshandlung näher bestimmt. Der Beginn der Fälschungshandlung sei als Beginn nach der allgemeinen Definition des unmittelbaren Ansetzens zu verstehen.¹³ Dieses wird nach der

den sie ausgelesen, ein Kreditinstitut als Aussteller hervorgehe; da die Daten aber tatsächlich von den Tätern auf den Magnetstreifen geschrieben wurden, sind sie unecht. So i.E. BGHSt 38, 120 (122); *Eisele*, CR 2011, 131 (134).

¹⁰ Zwar handelt es sich bei den auf der Karte gespeicherten Informationen um *Daten* gem. Abs. 2. Diese sind auch nicht für die Täter bestimmt, jedoch stellt die Speicherung auf dem Magnetstreifen keine Zugangssicherung dar, sondern ist vielmehr Voraussetzung für den Datenbegriff nach Abs. 2 (anders als bei sog. EMV-Chips liegen die Daten auf dem Magnetstreifen unverschlüsselt vor und können mit handelsüblichen Lesegeräten ausgelesen werden); BGH NStZ 2010, 275; *Eisele*, CR 2011, 131 (132); *Tyszkiewicz*, HRRS 2010, 207 (210 ff.).

¹¹ BGH NJW 2010, 623.

¹² BGH NStZ 2011, 89; ebenso: BGH NJW 2011, 2375 (2376).

¹³ BGH NStZ 2011, 517 (518).

individuell-objektiven Theorie (mittlerweile ganz h.M.) wie folgt definiert: Der Täter muss subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-Geht’s-Los“ überschritten haben und Handlungen vornehmen, die ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen.¹⁴ Spätestens die Weitergabe der geskimten Daten stelle ein solches unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung und damit den Beginn der Fälschungshandlung bzw. des -versuchs dar.¹⁵

Vorbereitungshandlungen sind regelmäßig nicht strafbar. Eine Ausnahme stellt § 149 dar¹⁶, der für die §§ 152a/b gem. Abs. 5 entsprechend gilt. Fraglich ist, ob der Einsatz eines Skimmers als eine Vorbereitungshandlung gem. § 149 I zu werten ist. Ob die Software auf dem Skimmer als *Computerprogramm* oder der Skimmer selbst als *ähnliche Vorrichtung* einzuordnen ist, ist unerheblich, da jedenfalls gem. § 149 Abs. 1 Nr. 1 erforderlich ist, dass das Tatobjekt *seiner Art nach zur Begehung der Tat geeignet* ist.¹⁷ Das entscheidende Kriterium ist also, ob der Skimmer nach seiner spezifischen Verwendbarkeit zur Ausführung von Fälschungen geeignet ist.

Teilweise wird diese Eignung sehr weit ausgelegt und ohne weiteres für Skimmer angenommen, die sich in der Hand von nichtberechtigten Personen befinden.¹⁸

Der BGH dagegen wendet ein, der Wortlaut erfordere eine unmittelbare Eignung zur Fälschung von Zahlungskarten.¹⁹ Jedenfalls für den Fall, dass noch keine Datensätze auf dem Skimmer gespeichert wurden, verneint der BGH diese Eignung, weil damit die gefälschten Kreditkarten nicht hergestellt werden können.²⁰ Für diese Ansicht spricht, dass die problematische Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht noch weiter ausgedehnt werden sollte.²¹

Eine darüber hinausgehende Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen ist in § 30 geregelt, nach dem bei Verbrechen die Strafbarkeit auf einige Vorstufen der Beteiligung ausgedehnt wird. Auf Grund der geringen objektiven Gefährlichkeit der in § 30 aufgeführten Handlung und der aus ihr resultierenden Vorfelddbestrafung ist dieser restriktiv zu interpretieren.²² Eine Verbrechenabrede gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 ist die Willenseinigung von mindestens zwei Personen zur gemeinsamen mittäterschaftlichen Ausführung eines in seinen wesentlichen Zügen bestimmten Verbrechens.²³ Da sich die in § 30 aufgeführten Vorbereitungshandlungen auf Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 beziehen, kommt nur eine Strafbarkeit der Verabredung zur (gewerbs- und bandenmäßigen) Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion, gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 i.V.m. §§ 152a Abs. 1, 152b Abs. 1 (und Abs. 2) in Frage, nicht jedoch i.V.m. dem Grundtatbestand § 152a.

Schließlich ist das **Konkurrenzverhältnis** der Verabredung, der Vorbereitung und des Versuchs zu klären. Grundsätzlich geht die tatbestandsnähere Variante der -ferneren vor.²⁴ Im

¹⁴ BGHSt 26, 201 (203); *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 22 Rn. 4 ff. m.w.N.

¹⁵ BGH NSTZ 2011, 517 (518).

¹⁶ Sowie neuerdings § 202c und § 263a Abs. 3, die aber schon mangels räumlich-zeitlichen Zusammenhangs zu der Datenverwendung (4) nicht einschlägig sein dürften.

¹⁷ Offen gelassen in BGH wistra 2004, 265 (266).

¹⁸ *Erb*, in Münchener Kommentar, StGB, 28. Auflage 2010, § 152a Rn. 13; sehr weit und vergleichend mit der Fälschung von Geld *Puppe*, in Nomos Kommentar, StGB, 3. Auflage 2010, § 149 Rn. 7 f.

¹⁹ BGH wistra 2004, 265 (266).

²⁰ Ebd.; zustimmend *Eisele*, CR 2011, 131.

²¹ Für dasselbe Problem bei § 263a *Cramer/Perron*, in Schönke-Schröder, StGB 28. Auflage 2010, § 263a Rn. 33a.

²² *Heine*, in Schönke-Schröder (Fn. 21), § 30 Rn. 1 m.w.N.

²³ BGH NSTZ 1993, 137.

²⁴ *Kühl* (Fn. 14), § 30 Rn. 10.

Wege der Subsidiarität tritt die strafbare Vorbereitung hinter dem Versuch zurück.²⁵ Hinter der versuchten oder vollendeten Tat treten auch alle Varianten des § 30 zurück.²⁶

Schwieriger ist das Verhältnis von § 30 zu Vorbereitungshandlungen. Erfüllt der Täter beide Tatbestände, stehen die verwirklichte Tatbestandsalternative des § 30 und die Vorbereitung in Handlungseinheit. Fraglich ist, ob eine Norm im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

Eine Ansicht verneint dies und nimmt vor allem aus Klarstellungsge-sichtspunkten Tateinheit an.²⁷

Die wohl h.M. entscheidet je nach einschlägiger Vorbereitungshandlung, ob § 30 vorgeht oder verdrängt wird.²⁸ § 30 solle immer dann vorgehen, wenn dieser eine noch speziellere Vorbereitungshandlung darstellt. Dies ist im Einzelfall, etwa bei § 83²⁹, umstritten. Bei § 149 gehen einige Stimmen in Rechtsprechung und Literatur von einem Vorrang des § 30 aus³⁰; zum Teil wird aber auch angenommen, § 30 trete hinter § 149 zurück.³¹

Nach anderer Ansicht tritt § 30 gegenüber speziellen, im BT unter Strafe gestellten, Vorbereitungshandlungen generell zurück, denn der Gesetzgeber habe dort jeweils eine konkrete Würdigung vorbereitenden Verhaltens im

Blick auf das jeweilige Unrecht vorgenommen.³²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des Landgerichts auf, in dem eine versuchte gewerbs- und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion angenommen wurde und nimmt lediglich eine Verabredung gem. § 30 Abs. 2, 3. Var. i.V.m. §§ 152a Abs. 1, 152b Abs. 1, 2 an.

Ein Versuch liege erst dann vor, wenn mit der Fälschungshandlung selbst begonnen werde.³³ Der missverständlichen Formulierung, das Anbringen der Skimming-Apparatur sei „nur eine als solche straflose Vorbereitungshandlung“, wird hinzugefügt, die Tat stelle eine Verbrechensverabredung dar.³⁴

Zuletzt wird auf die Konkurrenzen eingegangen. Ob eine Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Var. 3 i.V.m. §§ 152a Abs. 1, 152b Abs. 1, 2 eine Vorbereitungshandlung gem. § 149 Abs. 1 verdrängt oder ob Tateinheit vorliegt, lässt der BGH jedoch offen, da sich nach diesen beiden Ansichten keine Unterschiede hinsichtlich der Bestrafung ergeben. Auffällig ist, dass dies bereits kürzlich vom BGH entschieden wurde³⁵, die Verdrängungs-Lösung aber durch die Formulierung „teils wird vertreten“ nur als eine mögliche Lösung unter anderen dargestellt wird.

Zudem geht der BGH noch kurz auf das Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Fällen ein. Dieses richte sich für jeden Beteiligten allein danach, welche Tathandlung er im Hinblick auf die jeweilige Tat vorgenommen habe.³⁶ Daher sei der Angeklagte in fünf Fällen wegen der Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung zu ver-

²⁵ *Erb*, in MüKo (Fn. 18), § 149 Rn. 10.

²⁶ BGHSt 14, 378; *Zaczyk*, in NK (Fn. 18), § 30 Rn. 73. *Heine*, in Schönke-Schröder (Fn. 21), § 30 Rn. 38.

²⁷ Für § 30 Abs. 2: *Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011, § 149 Rn. 12.

²⁸ Zusammenfassend *Zaczyk*, in NK (Fn. 18), § 30 Rn. 80 m.w.N.

²⁹ Für ein Zurücktreten des § 30: OLG Köln NJW 1954, 1259 (damals noch § 49a); *Fischer*, (Fn. 27), § 83 Rn. 7; *Kühl* (Fn. 14), § 83 Rn. 7; für Vorrang des § 30: *Sternberg-Lieben*, in Schönke-Schröder (Fn. 21), § 83 Rn. 13 m.w.N.

³⁰ BGH NJW 2010, 623; *Erb*, in MüKo (Fn. 18), § 149 Rn. 10.

³¹ Widersprüchlich zu Fn. 27: *Fischer* (Fn. 27), § 30 Rn. 18.

³² *Zaczyk*, in NK (Fn. 18), § 30 Rn. 80.

³³ BGH NSTZ 2011, 89.

³⁴ BGH wistra 2011, 422 (423); unter Bezugnahme auf BGH wistra 2011, 259 (261).

³⁵ BGH NJW 2010, 623 (624).

³⁶ BGH wistra 2011, 259 (261).

urteilen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil ist in einer Reihe mit der jüngsten BGH-Rechtsprechung bezüglich der Skimming-Problematik zu sehen.³⁷ Es bestätigt die dort getroffene Abgrenzung des Versuchs der Fälschung von Zahlungskarten, die auch mit den Versuchsregeln vereinbar ist.

Zudem wird bestätigt, dass bereits die Verabredung zur Fälschung von Zahlungskarten strafbar ist. Unklar bleibt, ob Skimmer unter § 149 fallen sowie ab wann eine Eignung gem. § 149 Abs. 1 Nr. 1 anzunehmen ist.

Studierende sollten bei Sachverhalten, die gemeinschaftlich begangene Vorbereitungshandlungen beinhalten, § 30 in Erwägung ziehen. Im Gutachten ist der Versuch zuerst zu prüfen und anschließend auf die Vorbereitungshandlungen einzugehen.

5. Kritik

Hinsichtlich des unmittelbaren Ansatzens zum Versuch der Fälschung von Zahlungskarten ist die Entscheidung konsequent, aber nicht neu. Interessant, zugleich jedoch auch problematisch, sind die Ausführungen zur Vorfeldstrafbarkeit.

Diese ist dem deutschen Strafrecht vor allem wegen des Schuldprinzips und des Bestimmtheitsgebots grundsätzlich eher fremd. Unter den wenigen normierten Ausnahmen befinden sich die Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80), eines hochverräterischen Unternehmens (§ 83), einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a) oder eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens (§ 310). Delikte also, die besonders gewichtige Rechtsgüter gefährden und nur in Ausnahmefällen Anwendung finden. Schon § 149³⁸ fügt sich nicht recht in diese Reihe, noch

weniger jedoch § 30 als polizeirechtlicher Fremdkörper³⁹. Bei Verwirklichung dieser Delikte besteht keine Gefahr etwa für den Bestand und die Sicherheit des Staates.

Im Kontext des Skimming darf man jedoch nicht die abstrakte Gefährlichkeit dieser Vorbereitungshandlungen für den Zahlungsverkehr sowie mittelbar für das Vermögen der potentiellen Opfer unterschätzen. Hinzu kommen rechtspolitische Aspekte: Die besonders strafwürdigen Schritte **(3)** und **(4)** können trotz Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nur schwer von den Ermittlungsbehörden verfolgt werden. Mit guten Gründen kann man folglich die in § 30 und § 149 beschriebenen Verhaltensweisen für strafwürdig halten, gleichwohl ist eine restriktive Auslegung geboten. In diesem Spannungsfeld ergeben sich Zweifel an der Entscheidung des BGH.

Missverständlich ist insofern schon die Formulierung: „Das Anbringen einer Skimming-Apparatur [...] ist eine als solche straflose Vorbereitungshandlung.“ Die Frage, ob die Vorbereitung einer Fälschung von Zahlungskarten erfüllt ist, lässt der BGH ja gerade offen. Abgesehen davon, dass dadurch der genaue Anwendungsbereich des § 149 im Kontext des Skimming weiterhin nicht geklärt ist⁴⁰, könnte eine Verwirklichung des § 149 auch entscheidungserheblich sein. Dann nämlich, wenn man der Ansicht *Zaczyks*

³⁹ So *Zaczyk*, in NK (Fn. 18), § 30 Rn. 1. Es existieren grundsätzlich Bedenken hinsichtlich § 30 StGB, vgl. *Jakobs*, ZStW 1985, 751 (756, 765f.).

⁴⁰ § 149 könnte höchstens dann erfüllt sein, wenn auf den Skimmern bereits Datensätze gespeichert sind. Jedoch wird es auch hier nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen an einer unmittelbaren Eignung zur Fälschung fehlen. Daher wird man einen Skimmer wohl nie als geeignete Vorrichtung i.S.d. § 149 bezeichnen können. Als diese kommen nur Geräte zum Beschreiben von Zahlungskarten oder kombinierte Auslese- und Beschreibungsgeräte in Betracht.

³⁷ BGH NStZ 2010 (209); 2011, 89; 2011, 517.

³⁸ Wie auch §§ 202c und 263a.

folgt und § 30 hinter § 149 zurücktreten lässt und nicht umgekehrt.⁴¹ Da sich nach § 149 ein anderes Strafmaß ergibt, kann man bei Berücksichtigung dieser Meinung die dann entscheidungserhebliche Frage der Konkurrenzen nicht offen lassen. Diese Ansicht erwägt der BGH jedoch nicht, bezieht aber auch sonst nicht eindeutig Stellung hinsichtlich der Konkurrenzen, sondern führt lediglich für die umgekehrte Ansicht den erheblich höheren Strafraumen des § 30 an.⁴²

Dies ist konsequent, da der höhere Strafraumen suggeriert, der Unrechtsgehalt von § 30 sei höher. Dafür spricht zudem, dass § 30 insbesondere die Gefahr der gemeinschaftlichen Tatverwirklichung bestraft. Für einen höheren Unrechtsgehalt spricht auch, dass nach h.M.⁴³ für § 30 eine konkrete Gefahr erforderlich ist: Die Verabredung nach § 30 Abs. 2 muss das spätere Verbrechen zumindest seiner Kontur nach erfassen. Insofern besteht eine gewisse Nähe zum Versuch, die sich auf den Unrechtsgehalt auswirkt.

Dagegen spricht, dass die konkreten Vorbereitungshandlungen des § 149 in einem erheblich näheren zeitlich-räumlichen Zusammenhang zur Vollendung der §§ 152a/b stehen als § 30 Abs. 2 Var. 3. Warum § 30 versuchsnäher als § 149 sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Auch die Gefahr der gemeinschaftlichen Tatbegehung allein vermag insgesamt keinen höheren Unrechtsgehalt als bei § 149 zu begründen. Erstens eröffnet dieser nur abstrakt eine größere Gefahr für das Rechtsgut, zweitens kann § 149 auch

gemeinschaftlich begangen werden; ihm wohnt dann dieselbe abstrakte Erhöhung der Gefahr inne. Schon begrifflich kann eine Verabredung nicht das Unrecht einer konkreten Vorbereitungshandlung zum gleichen Verbrechen beinhalten, vielmehr kann dies lediglich umgekehrt der Fall sein.

Die zweite Ansicht ist überzeugender: Weder droht durch die Verwirklichung des § 30 eine gravierendere Beeinträchtigung der von § 152a/b geschützten Rechtsgüter noch ist der tatsächliche Eintritt einer Rechtsgutsverletzung wahrscheinlicher. § 30 tangiert eher den Tatentschluss, § 149 hingegen den Versuchsbeginn. Die spezielleren Vorbereitungshandlungen des § 149 sind ein notwendiger Zwischenschritt vor der Vollendung. Nach dieser Auffassung muss § 149 den § 30 im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängen; folglich kommt dann paradoxerweise nur der Strafraumen des § 149 zum Tragen.

Die Diskrepanz zwischen dem Grad der Gefährdung und dem Strafraumen könnte aber noch weitere Auswirkungen haben. Folgt man der Ansicht, dass § 149 den § 30 verdrängt, kommt es zu unbilligen Ergebnissen, wenn (wie wohl auch im vorliegenden Fall⁴⁴) § 149 nicht einschlägig ist, § 30 jedoch im Grunde schon. Dann nämlich würde der Täter nach § 30 bestraft, obwohl er sich noch in einer frühen Deliktsphase befindet, die zwar nach vorzugswürdiger Ansicht geringeres Unrecht als § 149 erfüllt, jedoch härter bestraft würde. Diesen Wertungswiderspruch kann nur der Gesetzgeber aufheben. Nach verfassungskonformer Auslegung kann die Verabredung zur Fälschung von Zahlungskarten jedenfalls nicht härter bestraft werden als die Vorbereitung. Man müsste dann im Rahmen der Strafzumessung bei § 30 auf das Missverhältnis zur Strafe des § 149 eingehen und auf dessen Rechtsfolgen verweisen.

(Felix Rasch / Ilan Selz)

⁴¹ Vgl. oben unter 2 (Fn. 32).

⁴² Der Strafraumen von § 30 Abs. 2 i.V.m. §§ 152a Abs.1, 152b Abs. 1, Abs. 2 erstreckt sich nach Minderung gem. § 49 Abs. 1 von einer Mindeststrafe von sechs Monaten bis zu einer Höchststrafe von siebeneinhalb Jahren. Dagegen sieht § 152b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 keine Mindeststrafe und nur eine Höchststrafe von fünf Jahren vor.

⁴³ Vgl. Zaczyk, in NK (Fn. 18), § 30 Rn. 7 m.w.N.

⁴⁴ S. oben (Fn. 40).

1. Sachverhalt¹

Die Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit der Deutschen Bahn AG (im Folgenden: PBDE) vergibt im Rahmen des Projekts „Bahnstrecke Hannover/Berlin“ einen Bauauftrag an die Baugesellschaft Arge. Auf Verlangen der PBDE errichtet die Arge auch Baustraßen außerhalb der Bahntrasse. Diese Leistung hält die PBDE für vom Hauptvertrag gedeckt und vergütet sie nicht gesondert, wie von der Arge in einem Nachtragsangebot gefordert. Für diese Forderung wurde bisher keine prüf-fähige Rechnung erstellt, sie ist somit nicht fällig.

Der Angeklagte D (Geschäftsführer der Arge) überzeugt zwei Mitarbeiter der PBDE, welche an der Prüfung der abgelehnten Forderung der Arge beteiligt sind, von der Berechtigung dieser Forderung. Gemeinsam planen sie, die Vergütung der Arge doch noch zu erreichen, indem sie in das Nachtragsangebot einen fingierten Sachverhalt („Grundsanierung“) aufnehmen. Die PBDE soll diese nie erbrachte Leistung bezahlen, wodurch die berechtigte Forderung beglichen werden soll und nicht mehr eingeklagt werden müsste. Der Plan gelingt und die Vergabekommission der PBDE beschließt eine Vertragsänderung, im Zuge derer auch die

Februar 2012

Schadenskompensations-Fall

Betrug / Vermögensschaden

§§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 2. Fall, 25 Abs. 2, 27, 52 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Auch durch unmittelbare Befreiung von einem noch nicht fälligen Anspruch kann der Vermögensschaden kompensiert werden, denn auch eine (noch) nicht fällige Forderung hat einen wirtschaftlichen Wert.
2. Allerdings ist der Nominalwert der Forderung entsprechend dem zur Herbeiführung der Fälligkeit zu betreibenden Aufwand zu mindern.

BGH, Urteil vom 05. Juli 2011 – 3 StR 444/10; veröffentlicht in NSTz-RR 2011, 312-314 = StV 2011, 733.

„Grundsanierung“ vergütet wird. Die Arge bestätigt diese Vertragsänderung. Daraufhin wird der Betrag ausgezahlt.

Das Landgericht verurteilt den Geschäftsführer D wegen gemeinschaftlichen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue (§§ 263 Abs. 1, 266 Abs. 1 2. Fall, 25 Abs. 2, 27, 52 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr.

Hiergegen legt der Angeklagte Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Frage in diesem Fall ist, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, der Vermögensschaden (beim Betrug) durch einen noch nicht fälligen Anspruch kompensiert werden kann.

Der Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil ist Tatbestandsmerkmal sowohl in den §§ 263 ff. StGB als

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

auch bei der Erpressung, § 253 StGB, und der Untreue, § 266 StGB.

Wie der Schaden bestimmt wird, hängt maßgeblich von der Definition des Vermögens ab. Diese ist jedoch umstritten:

Nach einer **rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise** umfasst das Vermögen alle wirtschaftlich wertvollen und geldwerten Güter seines Inhabers.²

Auch der von der herrschenden Meinung³ vertretene **juristisch-ökonomische Vermögensbegriff** geht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Allerdings gilt die Einschränkung, dass nur diejenigen wirtschaftlichen Werte erfasst sein sollen, welche sonst von der Rechtsordnung zumindest nicht missbilligt werden. Wegen desselben Ausgangspunkts gelten die folgenden Ausführungen für beide Begriffe gleichermaßen.

Die beiden Vermögensbegriffe nehmen eine **objektiv-individuelle Schadensbeurteilung** vor.

Der objektive Aspekt besteht im Ermitteln des Bestehens und gegebenenfalls der Höhe eines Vermögensschadens durch eine **Gesamtsaldierung**.⁴ Nach diesem wirtschaftlichen Saldierungsprinzip liegt ein Vermögensschaden vor, wenn der Vergleich des Wertes des Vermögens unmittelbar vor und unmittelbar nach der Vermögensverfügung eine Gesamtwertminderung ergibt.⁵ Insofern kann die Vermögensminderung durch einen entsprechenden Vermögenszufluss aufgewogen wer-

den.⁶ Entscheidend ist, dass es sich um eine **objektiv-wirtschaftlich vollwertige Kompensation** handelt.⁷ Diese kann auch in der **Befreiung von einer Verbindlichkeit** bestehen. Hier ist allerdings **Unmittelbarkeit** gefordert: Es muss eine unmittelbare Beziehung zwischen Erlangtem und nicht mehr bestehender Verbindlichkeit entstehen. Der (dann ehemalige) Schuldner muss also unmittelbar von einem bestehenden Anspruch befreit werden, damit er nicht Gefahr läuft, auf beide Ansprüche leisten zu müssen.⁸ Eine solche Kompensation tritt auch ein, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners durch rechtswidrige Mittel erlangt.⁹ Bisher musste die Leistungserlangung insofern der materiellen Rechtsordnung entsprechen, als dass der **berechtigte Anspruch auch fällig** sein musste.¹⁰ Einem nicht fälligen Anspruch kam demnach kein wirtschaftlicher Wert zu, wodurch eine Saldierung unmöglich war.¹¹

Die individuelle Komponente der Schadensbeurteilung wird in Form des **persönlichen Schadenseinschlags** berücksichtigt, wobei es sich um eine normative Korrektur der objektiven Beurteilung handelt.¹² Auch wenn sich objektiv gleichwertige Leistungen gegenüberstehen, kann man durch das Abstellen auf die individuellen Verhältnisse zu einem Schaden kommen. Anerkannte Fallgruppen sind: Das Opfer kann die erhaltene Leistung nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden, es wird durch die Leistung zu

² Rengier, StR BT I, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 121.

³ BGH NStZ-RR 2009, 106, 107; Tiedemann, in: LK, 11. Aufl. 2005, Vor § 263 Rn. 26, 132; Hefendehl, in: MüKo, 2006, § 263 Rn. 338; Rengier, (Fn. 2), § 13 Rn. 119.

⁴ Hefendehl, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 442 ff.; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 110 ff.

⁵ BGHSt 16, 220, 221; BGHSt 53, 199, 201 f.; Tiedemann, in: LK (Fn. 3), § 263 Rn. 159.

⁶ BGH NJW 1961, 685; Kühl, in: Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 36a.

⁷ Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 156.

⁸ BGH wistra 1982, 68 f.; BGH NStZ-RR 1997, 298, 299.

⁹ BGH NJW 1953, 1479; BGH wistra 1982, 68 f.

¹⁰ BGH NStZ 2001, 542, 543 f.; Kindhäuser, in: NK, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 249 m.w.N.

¹¹ In BGH NStZ-RR 2011, 312, 314 ohne weitere Nachweise als nicht mehr vertretbare Ansicht angeführt.

¹² Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 146 ff. m.w.N.

vermögensschädigenden Folgemaßnahmen genötigt oder ihm werden in die wirtschaftliche Existenz bedrohender Weise Mittel entzogen.¹³

Dem so genannten **funktionalen Vermögensbegriff**¹⁴ zufolge umfasst das Vermögen die Verfügungsmacht einer Person über alle ihr durch die Rechtsordnung zugeordneten übertragbaren Güter und Nutzungsmöglichkeiten, wobei diese nur abstrakt einem Geldwert entsprechen müssen. Ein Vermögensschaden tritt ein, sofern rechtsgrundlos Verfügungsgewalt über ebendiese Vermögensgegenstände eingebüßt wird. Dieser kann nur durch Erreichen ihres Zwecks kompensiert werden.¹⁵ Der Zweck der Verfügung bestimmt sich nach der Parteiabrede bzw. der Verkehrsauffassung¹⁶ – insofern ist der Ausgangspunkt für diesen Ansatz subjektiv. Allerdings kommt es darauf an, wie sich dieser subjektive Zweck aus einer objektiven Perspektive darstellt.¹⁷ Bei einer Übereignung wäre der Zweck z.B. die Verschaffung des Eigentums.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Hildesheim auf.

Er folgt seiner bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Definition des Vermögensschadens nach der juristisch-ökonomischen Methode, insbesondere auch der Saldierung unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise.¹⁸ Auch wird erneut klargestellt, dass ein Vermögenszuwachs im Befreien von einer, gegebenenfalls schwer zu beweisenden, Verbindlichkeit

bestehen kann.¹⁹ Bezüglich der geforderten unmittelbaren Beziehung zwischen Erlangtem und berechtigtem Anspruch mahnt der BGH zur sorgfältigen Betrachtung des Sachverhalts. So müsse auch ein möglicherweise nur indirekt zum Ausdruck gebrachter Verzicht des Inhabers eines berechtigten Anspruchs auf ebendiesen geprüft werden.²⁰

Völlig Neues ergibt sich in diesem Urteil aus den Ausführungen des BGH zur möglichen **Kompensation** des Vermögensschadens: Der Schaden kann **grundsätzlich auch durch das Erlöschen eines noch nicht fälligen Anspruchs** kompensiert werden.²¹ Diese Änderung der Rechtsprechung wird als Reaktion auf die veränderten Gegebenheiten des Wirtschaftslebens erklärt.²² Vor allem vor dem Hintergrund, dass der Handel mit Optionen²³, Futures²⁴ und Ähnlichem möglich ist, sei die Auffassung, eine noch nicht fällige Forderung habe keinen wirtschaftlichen Wert, nicht mehr zeitgemäß.²⁵

Im vorliegenden Fall sei die Forderung nicht fällig geworden, da die Angeklagten keine prüffähige Rechnung erstellt hätten, wodurch im Endeffekt keine Doppelbelastung der PBDE habe entstehen können.²⁶ Der BGH führt in diesem Zusammenhang aus, dass, wenn die Fälligkeit einer Forderung nicht herbeigeführt wird und die Forderung somit nicht geltend gemacht werden kann, dies nicht der Kompensati-

¹³ Rengier (Fn. 2), § 13 Rn. 177.

¹⁴ Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 35 ff.

¹⁵ Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 248.

¹⁶ Kindhäuser, in: NK (Fn. 10), § 263, Rn. 280.

¹⁷ Insofern besteht eine Parallele zur Auslegung von Willenserklärungen nach den §§ 133, 157, 242 BGB.

¹⁸ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 313.

¹⁹ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 313.

²⁰ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

²¹ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

²² BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

²³ Sog. bedingtes Termingeschäft, bei dem gegen eine Prämie das Recht erworben wird, ein bestimmtes Vertragsangebot zu einem späteren Zeitpunkt annehmen od. anlehnen zu können; Duden, Wirtschaft von A bis Z, 2. Aufl. 2004, S. 457.

²⁴ Beidseitig verpflichtender Vertrag über Abnahme und Kaufpreiszahlung an einem zukünftigen festgelegten Fälligkeitszeitpunkt; Duden (Fn. 23), S. 434.

²⁵ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

²⁶ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

onsfähigkeit entgegenstehen darf,²⁷ sondern gerade Voraussetzung für die Kompensationsfähigkeit einer Forderung ist.²⁸

Allerdings dürfe dem Vermögen nicht einfach ein Wert in Höhe des Nominalwertes der berechtigten Forderung (also ihrem Wert bei Fälligkeit) entnommen werden. Vielmehr müsse dem wirtschaftlichen Wert einer noch nicht fälligen Forderung durch einen **Abschlag** vom Nominalwert entsprochen werden.²⁹ Die Höhe dieses Abschlags bestimme sich nach dem zur Herbeiführung der Fälligkeit notwendigerweise zu betreibenden Aufwand.³⁰ Der wirtschaftliche Wert einer noch nicht fälligen Forderung entspreche also der Differenz zwischen Nominalwert der Forderung und zur Bewirkung der Fälligkeit noch zu erbringenden Leistungen. So sei der Nominalwert kaum zu mindern, wenn schon „ein Federstrich“ die Fälligkeit bewirke.³¹ Im vorliegenden Fall seien zum Beispiel die Faktoren zu berücksichtigen, dass die Höhe der Forderung bis dato lediglich ein Schätzwert war und dass die Arge in einem etwaigen Verfahren die Beweislast zu tragen hätte. Die tatsächlich erlangte Vergütung der Arge betrage circa 2/3 der wahrscheinlichen Höhe der berechtigten Forderung. In diesem Fall sei von einem angemessenen Abschlag auszugehen.³²

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Studierenden stellt sich in der Prüfung des Betrugs zunächst das altbekannte Aufbauproblem, ob der strittige Vermögensbegriff bei der Vermögensverfügung oder dem Vermögensschaden zu erörtern ist.³³

²⁷ Wie bisher angenommen, siehe oben.

²⁸ BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

²⁹ BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

³⁰ BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

³¹ BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

³² BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

³³ Der Tatbestand des Betrugs wird grundsätzlich wie folgt geprüft:

Nach Ansicht der meisten Autoren soll bei der Vermögensverfügung lediglich geprüft werden, ob überhaupt eine Verfügung stattgefunden hat. Auf deren Relevanz für das Vermögen – und in diesem Zuge auch auf den Vermögensbegriff als solchen – wird erst innerhalb des Vermögensschadens eingegangen.³⁴ Dieses Vorgehen ist vor allem dann sinnvoll, wenn man auf das Merkmal der „Vermögensverfügung“ bei den §§ 253, 255 und 266 StGB verzichten will, um eine einheitliche Prüfung zu gewährleisten.³⁵ Jedoch sollte dogmatisch sauber schon innerhalb der Vermögensverfügung der etwaige vermögensrelevante Abfluss erörtert werden. Hier wäre also bereits der Vermögensbegriff zu erklären. Im Prüfungspunkt Vermögensschaden wäre sodann auf die mögliche Kompensation einzugehen.³⁶ Zumindest sofern sich bei der Prüfung das Kompensationsproblem mit einem noch nicht fälligen Anspruch stellt, sollte der letztgenannte Aufbau gewählt werden. Dadurch wird die Darstellung übersichtlicher und schlüssiger.

Studierenden schlagen wir in solchen Fällen im Einzelnen folgende Vorgehensweise zur **Prüfung des Vermögensschadens** vor:³⁷ Zunächst sollte festgestellt werden, dass zwar eine Vermögensminderung eingetreten ist (dem vorgeschlagenen Prüfungsaufbau folgend sollte dies bereits bei der Vermögensverfügung erörtert worden

-
- I. Objektiver Tatbestand
 1. Täuschung
 2. Irrtum
 3. Vermögensverfügung
 4. Vermögensschaden
 - II. Subjektiver Tatbestand
 1. Vorsatz
 2. Bereicherungsabsicht
 3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

³⁴ Exemplarisch: *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

³⁵ *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

³⁶ *Hansen*, JURA 1990, 510, 511 f.; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 72 ff.

³⁷ Nach vorangegangener Verfügungsprüfung wie oben.

sein), diese jedoch bei Befreiung des Schuldners von einer berechtigten Forderung kompensiert wird und somit keinen Vermögensschaden hervorruft. Sodann ist unter der Unterüberschrift **„Berechtigte Forderung“** zu erörtern, dass der Anspruch zwar entstanden, jedoch (noch) nicht fällig ist. An dieser Stelle sollte auf die hier vorgestellte neue Rechtsprechung des BGH eingegangen werden, indem erklärt wird, dass auch einer noch nicht fälligen Forderung ein wirtschaftlicher Wert zukommt und diese somit auch kompensierend wirken kann. Nun kann unter der Unterüberschrift **„Abschlag“** darauf eingegangen werden, dass der wirtschaftliche Wert der nicht fälligen Forderung allerdings nicht dem Nominalwert der Forderung entspricht, sondern gegenüber diesem zu mindern ist.³⁸ Es ergibt sich daraus das Problem der Bestimmung eines angemessenen Abschlags. Genaue Vorgaben zur Abschlagsberechnung gibt der BGH nicht,³⁹ es bleibt dem Einzelfall überlassen, die jeweiligen Umstände zu würdigen und die Angemessenheit anzunehmen oder abzulehnen. In der Vermögensschadensprüfung sollte dann zuletzt unter der Unterüberschrift **„Unmittelbarkeit“** sorgfältig erörtert werden, ob der Handelnde eine unmittelbare Beziehung zwischen bestehendem Anspruch und durch die Verfügung tatsächlich Erlangtem geschaffen hat.⁴⁰

Ferner ist zu beachten, dass es sich bei der Fälligkeit der Forderung um eine zivilrechtliche Frage handelt und in einer strafrechtlichen Klausur gegebenenfalls inzident Schuldrecht geprüft wer-

den muss. Dies sollte jedoch nicht zu umfangreich ausfallen.

5. Kritik

Gegen die wirtschaftliche Definition des Vermögensbegriffs spricht ihre zu enge Bindung an wirtschaftliche Wertungen. Schließlich sind diese nicht sonderlich beständig;⁴¹ sie passen sich fortlaufend den sich schnell wandelnden Gegebenheiten des Wirtschaftslebens an, dadurch ändert sich aber auch das Merkmal des Vermögens in § 263 StGB permanent.⁴² Das ist mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 StGB nicht vereinbar.⁴³

Ebenso schnell können wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzungen die wirtschaftliche Vermögensdefinition und hierüber die Strafbarkeit beeinflussen.⁴⁴ Allerdings sollte das Strafrecht von solchen momentanen, häufig unreflektierten Strömungen unberührt bleiben.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit Strafgerichte im Einzelfall noch den wirtschaftlichen Wert hochkomplexer immaterieller Güter beurteilen können, wenn dies schon Experten, seien es Volkswirtschaftler oder Banker, schwer fällt.⁴⁵

Schließlich macht die wirtschaftliche Herangehensweise beim persönlichen Schadenseinschlag Ausnahmen, die eher von Billigkeitserwägungen als von einem einheitlichen Konzept getragen sind. Resultat sind Einzelfallentscheidungen,⁴⁶ die Rechtsunsicherheit schaffen.

³⁸ Siehe oben.

³⁹ Allerdings hängt die Angemessenheit vom Aufwand zur Fälligkeitsherbeiführung ab, siehe oben.

⁴⁰ Vgl. auch Fn. 33; dann wie folgt innerhalb des Vermögensschadens:

4. Vermögensschaden
 - a. Berechtigte Forderung
 - b. Abschlag
 - c. Unmittelbarkeit

⁴¹ BGH NSTZ-RR 2011, 312, 314.

⁴² *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 24.

⁴³ *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 277.

⁴⁴ *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 4.

⁴⁵ Zur ähnlichen Problematik bei der Bewertung von Anwartschaften und Erwartungen siehe *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 339 ff.

⁴⁶ *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 3), § 263 Rn. 310.

Das insoweit Gesagte lässt sich ebenso gegen den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff vorbringen. Dieser versucht zwar Schwächen einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszugleichen, indem von der Rechtsordnung nicht gebilligte Werte aus dem Vermögensbegriff herausgenommen werden, es fehlt aber wiederum an durchgängigen Kriterien. Dies zeigt sich auch an dem vielfältigen Meinungsspektrum bezüglich der normativen Korrektur des Vermögensbegriffs.⁴⁷

Der funktionale Ansatz ist demgegenüber schlüssiger, indem er von vornherein den Zweck einer Verfügung als maßgebliches Kriterium zur Bestimmung des geschützten Vermögens heranzieht. Korrektive wie den persönlichen Schadenseinschlag braucht dieser Ansatz daher nicht.⁴⁸ Der Wert eines Wirtschaftsgutes lässt sich bei lebensnaher Betrachtung einfach nicht von der Vorstellung der disponierenden Person trennen.⁴⁹

Noch nicht fälligen Forderungen kommt sicher ein gewisser wirtschaftlicher Wert zu, diesen zu berücksichtigen ist nach dem vom BGH vertretenen juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff auch konsequent. Wiederum tritt jedoch das Problem der Wertbemessung auf; hier noch dadurch verstärkt, dass zusätzlich ein angemessener Abschlag vom Wert der Forderung entsprechend des Aufwandes zur Herbeiführung der Fälligkeit vorgenommen werden soll. Dabei müssen zukünftige Ereignisse berücksichtigt werden, die noch nicht zweifelsfrei evaluierbar sind. Für die Bestimmung des Abschlags gibt der BGH zwar Ansatzpunkte, geht jedoch „auf Grund der lückenhaften Ur-

teilsgründe“⁵⁰ nicht detaillierter darauf ein. Angesichts der Anforderungen, die das BVerfG in seiner neuen Entscheidung⁵¹ zur Bestimmtheit des Vermögensschadens aufgestellt hat, erscheint dies bedenklich.

Die größten Bedenken bestehen allerdings dagegen, dass diese noch nicht fälligen Forderungen nunmehr einen Nachteil kompensieren können sollen. Es kann nicht Bestreben der Rechtsprechung sein, Gläubiger zur eigenmächtigen Durchsetzung ihrer Ansprüche durch rechtswidrige Mittel zu ermutigen.

Des Weiteren kann der Gläubiger nach dieser Rechtsprechung das Vermögen des Schuldners nach seinem Belieben umschichten, solange lediglich der Wert gleich bleibt.⁵² Berücksichtigt man, dass es dem Geschädigten letztlich nicht so sehr auf sein Vermögensniveau wie auf seine einzelnen Vermögensbestandteile ankommt, erscheint dieses Ergebnis untragbar.

Der funktionale Ansatz gelangt auch im hier vorliegenden Fall zum schlüssigeren Ergebnis. Eine Kompensation durch einen noch nicht fälligen Anspruch würde hier ausscheiden, da die vorgenommene Verfügung nicht ihren objektiven Zweck erreicht hat.

Ein Rückgriff auf die funktionalen Überlegungen fördert zudem Rechtssicherheit.

In einer früheren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht⁵³ das Vermögen allerdings als wirtschaftliche Größe bezeichnet, daher erscheint ein Umdenken in der Rechtsprechung eher unwahrscheinlich.

(Swantje Maecker/Laura Ornella Leib)

⁴⁷ Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 263 Rn. 33.

⁴⁸ Auch bzgl. der schadensgleichen Vermögensgefährdung; siehe *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 302.

⁴⁹ *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 26.

⁵⁰ BGH NStZ-RR 2011, 312, 314.

⁵¹ BVerfG, Urteil vom 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10.

⁵² Siehe generell zu diesem Problem *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 10), § 263 Rn. 285.

⁵³ BVerfGE 126, 170 ff.

1. Sachverhalt¹

Wegen des Verdachts einer Straftat im Rotlichtmilieu erlässt das Amtsgericht einen Durchsuchungsbeschluss gegen A, ein Mitglied des Motorradclubs „Hells Angels“. Da dieser als gewaltbereit eingeschätzt wird und über eine – behördlich genehmigte – Schusswaffe verfügt, werden SEK-Beamte hinzugezogen, die morgens um 6 Uhr gewaltsam in das Wohnhaus des A eindringen, diesen im Schlaf überraschen und so eine „stabile Lage“ herstellen sollen.

Die praktische Umsetzung dieses Plans scheitert jedoch daran, dass A noch vor Eindringen der Polizisten durch die Türaufbrucharbeiten geweckt wird. Infolge von Gerüchten, aber auch konkreten Drohungen der Vorwochen geht A davon aus, dass es sich um einen Angriff der „Bandidos“, eines verfeindeten Motorradclubs, handelt. Da A keine Personen erkennen kann und sich die Beamten weder nachdem er im Haus das Licht anschaltet noch auf seinen Zuruf („Verpisst Euch!“) hin zu erkennen geben, sieht er sich in seiner Vermutung bestätigt. Da er um sein Leben fürchtet, schießt er zweimal mit bedingtem Tötungsvorsatz auf die Silhouette des sich hinter der teilverglassten Tür befindenden Polizeibeamten K. Einer der Schüsse verletzt diesen töd-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

März 2012

Hells Angels-Fall

Notwehr / Erlaubnistatbestandsirrtum

§§ 212, 32 Abs. 2, 16 Abs. 1 StGB, 102 ff. StPO

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Befindet sich der Täter bei Begehung der Tat in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, so führt dies entsprechend § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld.
2. Ein vorheriger Warnschuss ist im Rahmen einer Notwehrlage dann nicht erforderlich, wenn dieser in der konkreten Situation nicht die Beendigung des Angriffs erwarten lässt, sondern vielmehr eine weitere Eskalation.

BGH, Urteil vom 2. November 2011 – 2 StR 375/11.

lich. Erst jetzt geben sich die Beamten zu erkennen, woraufhin A sofort die Waffe weglegt und sich widerstandslos verhaften lässt.

Das Landgericht verurteilt A wegen Totschlags.² A legt gegen die Entscheidung Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Folgende drei Probleme aus dem Bereich der Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründe stellen sich im vorliegenden Fall: Erstens die Voraussetzungen für das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs durch hoheitliches Handeln, zweitens die Anforderungen an das Merkmal der Erforderlichkeit bei Schusswaffengebrauch in einer Notwehrlage sowie drittens der Erlaubnistatbestandsirrtum.

Grundsätzlich kann auch **hoheitliches Handeln** einen **Angriff** im Sin-

² LG Koblenz; 3 Ks 2090 Js 16853/10.

ne des § 32 StGB³ darstellen. Probleme bereitet jedoch die Frage, wann ein solches hoheitliches Handeln auch das Kriterium der Rechtswidrigkeit erfüllt, den Angegriffenen also zur Notwehr hiergegen berechtigt.

Staatliche Amtsträger müssen zur Rechtsdurchsetzung in vielfältiger Weise Zwangsmaßnahmen vornehmen, die mitunter strafrechtliche Tatbestände wie z. B. Nötigung (§ 240) oder Hausfriedensbruch (§ 123) erfüllen. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Maßnahme setzt daher eine Eingriffsnorm⁴ voraus, die als Rechtfertigungsgrund wirkt.⁵ Lässt sich eine solche nicht finden, so ist die konkrete Maßnahme als rechtswidrig anzusehen, weswegen in einem solchen Fall grundsätzlich auch ein Notwehrrecht gegen die jeweiligen Amtsträger besteht.⁶

Dieses solle nach der h.M., die sich des (auch zu § 113 vertretenen) „strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs“⁷ bedient, aber jedenfalls in den Fällen ausscheiden, in denen aufgrund einer rechtmäßigen Eingriffsbefugnis gehandelt werde und der handelnde Amtswalter nach objektiv pflichtgemäßer Prüfung davon ausgehen dürfe, dass die sachlichen Voraussetzungen für den Eingriff vorliegen.⁸ Der Beamte solle in der jeweiligen Situation nicht in seiner Entschlusskraft beeinträchtigt werden.⁹ Das Ergreifen amtlicher Zwangsmaßnahmen müsse auch bei unklarer Sachlage eine Handlungsalternative darstellen können.¹⁰ Dieser Mei-

nung zufolge handelt ein Amtsträger also unter Umständen auch dann rechtmäßig, wenn sein Verhalten z. B. nach öffentlichem Recht rechtswidrig und anfechtbar ist.¹¹ Betroffene hätten derlei Angriffe nach dieser Meinung zunächst zu dulden und gegebenenfalls nach Abschluss der Maßnahme den bestehenden Rechtsweg zu bestreiten.

Kritiker sehen hierin jedoch eine unzulässige Ausweitung staatlicher Kompetenzen.¹² Auf Grundlage des § 32 werde es dem Betroffenen gerade gestattet, ohne die vorherige Anrufung staatlicher Hilfe Angriffe abzuwehren. Eine Abweichung von dieser Regel führe zu einer unangemessenen Einschränkung des Notwehrrechts¹³. Es sei daran festzuhalten, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche. Bei der Prüfung einer Notwehrlage sei daher allein auf das Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme abzustellen, welche sich auch aus einem Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Normen ergeben würde.

In Bezug auf das Verteidigungsmittel ist zunächst festzuhalten, dass es an sich dem Betroffenen zusteht, bei Vorliegen einer Notwehrlage, die **erforderlichen Verteidigungsmittel** zu ergreifen. Die erfolgte Wahl wird aber im Rahmen der nach § 32 Abs. 2 gebotenen Erforderlichkeitsprüfung aus der ex ante-Perspektive eines besonnenen Dritten einer wertenden Betrachtung unterzogen.¹⁴ Grundsätzlich reicht für die Bejahung der Erforderlichkeit eines Verteidigungsmittels schon dessen Eignung, die sofortige Beendigung des Angriffs herbeizuführen. Unter mehreren zur Verfügung stehenden, gleich wirksamen Mitteln hat der Betroffene allerdings, wenn ihm Zeit zur Auswahl

³ Alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁴ Kurzübersicht über mögliche Eingriffsnormen: *Roxin*, Strafrecht AT I, § 17 Rn. 1.

⁵ *Roxin* (Fn. 4), § 17 Rn. 1.

⁶ *Roxin* (Fn. 4), § 15 Rn. 7.

⁷ BGHSt 21, 363; 24, 125; JR 81, 28 m. Anm. *Thiele* u. Bspr. *Küper*; *Roxin* (Fn. 4), § 17 Rn. 2.

⁸ Parallelproblematik des § 113: *Perron*, in Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 ff. Rn. 86.

⁹ BGHSt 21, 334, 335.

¹⁰ *Erb*, in MüKo, StGB, § 32 Rn. 72.

¹¹ *Roxin* (Fn. 4), § 17 Rn. 2.

¹² *Herzog*, in NK, StGB, § 32 Rn. 34; *Roxin*, (Fn. 4), § 17, Rn. 9.

¹³ *Herzog* (Fn. 12), § 32 Rn. 43, 65; *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 32 Rn. 36a.

¹⁴ *Herzog* (Fn. 12), § 32 Rn. 10; *Rengier*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 47.

bleibt, das mildeste zu wählen.¹⁵ Steht kein milderes Mittel zur Verfügung, so kann selbst der Gebrauch einer Schusswaffe erforderlich sein. Da der lebensgefährliche Schusswaffengebrauch aber die ultima ratio¹⁶ der Verteidigung darstellt, wird der Betroffene hierbei grundsätzlich auf eine gestaffelte Vorgehensweise verwiesen: Nach einem Warnruf ist zunächst ein Warnschuss abzugeben.¹⁷ Erst wenn dieser nicht zu einer wirksamen Abschreckung führt, darf die Schusswaffe direkt gegen den Angreifer eingesetzt werden.

Es handelt sich jedoch nicht um ein starres Modell.¹⁸ Nach einhelliger Auffassung kommt es bei der Bewertung des Verteidigungsmittels sowie dessen Erforderlichkeit und insbesondere Geeignetheit auf die konkrete „Kampflage“¹⁹ im Augenblick der Verteidigung an. Dem Betroffenen ist es jedenfalls dann nicht zuzumuten eigene Rechtsguteinbußen zu riskieren, wenn er sich einem Angriff auf sein Leben gegenüber sieht.²⁰ Führt die Einhaltung der gestaffelten Reihenfolge der Verteidigungsmaßnahmen zu einer signifikanten Schmälerung der Chancen auf eine erfolgreiche Abwehr, so kann der Betroffene auf diese verzichten.²¹ Beim konkreten Gebrauch einer Schusswaffe gegen einen Angreifer gelten vergleichbare Beurteilungsmaßstäbe. Genügt ein Schuss auf die Beine, um den Angriff erfolgreich zu beenden, darf nicht auf den Oberkörper geschossen werden. Birgt ein solcher Schuss jedoch das Ri-

siko, dass der Angreifer wiederum eine Chance zur Durchführung seines Angriffes erhält, sind auch gezielt lebensgefährliche Schüsse erlaubt.

Beim (ges. nicht geregelten) **Erlaubnistatbestandsirrtum**²² geht der Handelnde irrig davon aus, dass Umstände vorliegen, die, wenn sie wirklich vorlägen, anerkannte Rechtfertigungsgründe erfüllen würden. Kennzeichnend für diese Konstellationen ist also gerade das objektive Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes. Vielmehr liegt stattdessen objektiv eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat vor.²³ Es ist deshalb im Wege einer hypothetischen Rechtfertigungsprüfung zu klären, ob der Handelnde bei Zugrundelegung seiner Vorstellungen tatsächlich gerechtfertigt gewesen wäre.²⁴

Ist das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums nach obigen Kriterien zu bejahen, so stellt sich die Frage nach dessen rechtlicher Einordnung und Behandlung.

Vertreter der strengen Schuldtheorie behandeln jeden Irrtum auf der Rechtfertigungsebene wie einen Irrtum nach § 17.²⁵ Dies folgt aus der strengen Trennung der Elemente des Vorsatzes und des Unrechtsbewusstseins.²⁶ Ein Irrtum auf Rechtfertigungsebene lasse die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestandes unberührt. Eine Bestrafung aus Vorsatzdelikt erfolge somit immer dann, wenn der Irrtum nicht unvermeidbar war.

Der Anwendung des § 17 auf den Erlaubnistatbestandsirrtum wird entgegengehalten, dass das Verhalten des Betroffenen kein Ausdruck einer rechtlichen Fehlwertung oder rechtsfeindli-

¹⁵ BGH NStZ 05, 85.

¹⁶ Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 32 Rn. 37.

¹⁷ Beide sind als Mittel der sog. Schutzwehr einzuordnen. Der Schuss auf den Angreifer stellt dagegen Trutzwehr dar.

¹⁸ Herzog (Fn. 12), § 32 Rn. 67.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2004, 10; Tröndle/Fischer, StGB, § 32 Rn. 30; Erb (Fn. 10), § 32 Rn. 167.

²⁰ BGH NStZ 2005, 85, 86; Erb (Fn. 10), § 32 Rn. 167.

²¹ Erb (Fn. 10), § 32 Rn. 167; Rengier (Fn. 14), § 18 Rn. 41.

²² Vgl. dazu Heinrich, Strafrecht AT II, § 31; Kühl, § 13 III, IV; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 11 II, IV.

²³ Rengier (Fn. 14), § 30 Rn. 4.

²⁴ Hecker, JuS 2011, 369, 370; Heinrich (Fn. 22), § 31 Rn. 1125.

²⁵ Bockelmann Strafrecht AT 1979, § 16 C II; Weltzel, JZ 1955, 142.

²⁶ Rengier (Fn. 14), § 30 Rn. 13.

chen Gesinnung sei.²⁷ Der Erlaubnistatbestandsirrtum stehe somit dem Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 strukturell näher als dem Verbotsirrtum des § 17.²⁸ Es habe daher eine Lösung über den § 16 zu erfolgen.

Die hierzu vertretenen Ansichten unterscheiden sich in der Art der Anwendung des § 16. Während die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen²⁹ den § 16 direkt anwendet, erfolgt nach der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung eine Lösung über analoge Anwendung des § 16.

Folgt man der herrschenden Lehre, nämlich der eingeschränkten Schuldtheorie³⁰, entfällt bei analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 beim Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums die Vorsatzschuld, weswegen eine Strafbarkeit aus vorsätzlichem Delikt ausscheidet.³¹ Zu beachten ist, dass dies nicht zu einer Verneinung der vorsätzlichen Verwirklichung des Tatbestandes führt.³² Aufgrund der Doppelfunktion des Vorsatzes bleibt der Tatbestandsvorsatz unberührt.³³

Die bislang von der Rechtsprechung angewandte rechtsfolgenverweissende eingeschränkte Schuldtheorie³⁴ kommt trotz mangelnder dogmatischer Herleitung zum gleichen Ergebnis. Danach ist die irriige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts wie ein den

Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände nach § 16 Abs. 1 S. 1 zu bewerten, so dass der Vorwurf (vorsätzlichen) Totschlags entfällt.

Scheidet nach den genannten Ansichten eine Bestrafung aus vorsätzlichem Delikt aus, kommt weiterhin noch eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 in Betracht, wenn z. B. die Fehlvorstellungen des Betroffenen auf einem Sorgfaltsmangel beruhen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des Landgerichts wegen Totschlags auf und spricht den Angeklagten frei.

In der Begründung der Entscheidung wird zunächst ausgeführt, dass die Tat des A möglicherweise bereits dadurch gerechtfertigt gewesen sein könnte, dass dieser sich in einer tatsächlichen Notwehrlage befand. Dies wäre dann der Fall, wenn der Polizeieinsatz in seiner konkreten Gestalt rechtswidrig gewesen wäre – eine Frage, die das LG rigoros verneinte. Der BGH beurteilt den Sachverhalt differenzierter und listet mehrere Gründe auf, weswegen vorliegend durchaus Bedenken im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes angebracht sind. So sei eine Durchsuchungsmaßnahme, anders als im konkreten Fall geschehen, grundsätzlich offen durchzuführen. Weiterhin werden Zweifel daran geäußert, ob sich für den konkreten Einsatz überhaupt eine adäquate Ermächtigungsgrundlage in der StPO finden lasse.

Der BGH lässt die aufgeworfenen Fragen letztlich aber als in der Sache entscheidungsunerheblich dahinstehen, da A sich jedenfalls in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden habe: A sei von einem Überfall durch die Bandidos ausgegangen. Bei tatsächlichem Vorliegen dieser Umstände hätte er sich in einer ihn zur Notwehr berechtigenden Lage befunden.

In der Rechtsfolge führe dies – und an dieser Stelle schließt sich der BGH

²⁷ BGHSt 3, 105, 107; Rengier (Fn. 14), § 30 Rn. 14; Roxin (Fn. 4), § 14 Rn. 64; Wessels/Beulke (Fn. 22), § 11 Rn. 471.

²⁸ Rengier (Fn. 14), § 30 Rn. 14.

²⁹ Es handelt sich hierbei jedoch um eine Minderansicht, welche im Falle gleicher Ergebnisse keiner weiteren Erörterung bedarf; zu finden bei: Schlehofer, in MüKo, vor §§ 32, Rn. 101.

³⁰ Kindhäuser, Strafrecht AT, § 29 Rn. 24; Roxin (Fn. 4), § 14 Rn. 64.

³¹ OLG Hamm, NJW 1987, 1034; Wessels/Beulke (Fn. 22), § 11 Rn. 476.

³² A.A. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.

³³ Wessels/Beulke (Fn. 22), § 11 Rn. 478.

³⁴ BGHSt 31, 264, 286; 45, 219, 244; BGHSt 45, 378, 384; Tröndle/Fischer (Fn. 19), § 16 Rn. 20.

nunmehr offiziell der herrschenden Lehre an – analog § 16 Abs. 1 S. 1 zum Wegfall der Vorsatzschuld, weswegen eine Verurteilung aus vorsätzlichem Delikt ausscheide.

Auch eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit komme nicht in Frage, da A keine Möglichkeit gehabt habe, den Polizeieinsatz rechtzeitig als solchen zu erkennen. Er handelte insofern also nicht sorgfaltswidrig.

Zur Problematik der Erforderlichkeit des Schusswaffeneinsatzes erklärt das Gericht, dass dieser vorliegend erforderlich gewesen sei, da A kein weiteres gleich wirksames Mittel zur Verfügung gestanden habe.

Ein vorheriger Warnschuss sei nicht erforderlich gewesen, da ein solcher in der konkreten Situation nicht die Beendigung des Angriffs erwarten lassen hat, sondern vielmehr eine weitere Eskalation.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Notwehr und insbesondere der Erlaubnistatbestandsirrtum stellen beliebte Klausurprobleme dar, die unbedingt beherrscht werden müssen. Berücksichtigt man weiterhin die Aktualität und Brisanz des hier besprochenen Urteils, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass ein ähnlicher Fall in einer zukünftigen Klausur gestellt werden könnte. Neben fundierten juristischen Kenntnissen ist dann vor allem eine gut strukturierte und saubere Vorgehensweise gefragt.

Studierende dürfen sich nämlich, im Gegensatz zum BGH, bei der Prüfung einer objektiven Notwehrlage, keinesfalls den Luxus leisten, die Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns – bzw. in der Folge den kompletten Prüfungspunkt „Rechtswidrigkeit des Angriffes“ – im Ergebnis offen zu lassen. Stattdessen bedarf es hier einer sorgfältigen inzidenten Prüfung etwaiger strafprozessualer oder polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlagen sowie der

Rechtmäßigkeit der konkreten Maßnahme selbst.³⁵

In Bezug auf die Anforderungen, die an den Gebrauch einer Schusswaffe im Rahmen der Erforderlichkeit zu stellen sind, lehrt uns das Urteil des BGH, dass es insofern keine universal gültige Musterlösung gibt, sondern streng auf den Einzelfall abzustellen ist.

Kommt man in der Klausur zu dem Ergebnis, dass eine Notwehrlage objektiv zu verneinen ist, so ist – und nur dann – das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums zu prüfen. Danach folgt die rechtliche Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums anhand der verschiedenen Theorien. Richtigerweise ist die strenge Schuldtheorie aufgrund des Wortlauts des § 17 abzulehnen. Die Vergleichbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtums mit dem Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 spricht für eine Lösung über die eingeschränkte Schuldtheorie. Weiterhin scheint es, als würde zwischen Lehre und Rechtsprechung nach diesem BGH-Urteil nun nicht mehr nur in Bezug auf die Folgen einer analogen Anwendung des § 16 I 1 Einigkeit bestehen, sondern auch in Bezug auf die Rechtskonstruktion des Wegfalls der Vorsatzschuld. Studierende tun also sicherlich gut daran, sich dieser nunmehr wohl herrschenden Meinung in der Klausur anzuschließen.

Schließlich sollte in der Klausur auch keinesfalls übersehen werden, dass bei Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums trotz Ausscheidens einer Bestrafung aus vorsätzlichem Delikt immer noch eine Strafbarkeit aus Fahrlässigkeit gemäß § 16 I 2 in Betracht kommt. Im Urteil des BGH schied eine solche nur aufgrund der ganz besonderen Umstände im konkreten Einzelfall aus (s. o.).

³⁵ Der Klausursachverhalt müsste diesbezüglich allerdings detailliertere Angaben enthalten als hier der Fall.

5. Kritik

Der Tod des K ist tragisch und zweifelsohne bedauernswert. Dennoch darf der tödliche Schuss des A nicht losgelöst von der Gesamtheit aller Einzelheiten des Sachverhalts betrachtet werden. Deshalb und nicht zuletzt auch im Hinblick auf die sehr emotionale Meinungslage³⁶ zu diesem Fall war es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit vorliegend besonders wichtig, streng juristisch und gesinnungsneutral vorzugehen. Dies hat der BGH in seinem Urteil in aner kennenswerter Weise getan, insbesondere indem er sämtliche zugunsten des A in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe in Erwägung zog. Auch im Hinblick auf die Verneinung der Notwendigkeit eines vorherigen Warnschusses in der konkreten Situation ist dem BGH nicht zu widersprechen. Weiterhin ist zu begrüßen, dass der BGH sich in Bezug auf den Wegfall der Vorsatzschuld nunmehr der Literatur anschließt, diesbezüglich fortan also weitgehend Einigkeit zu bestehen scheint.

Dogmatisch nicht schlüssig erscheint hingegen der Teil der Entscheidung, in dem der BGH die Frage der tatsächlichen Notwehrlage im Ergebnis offen lässt und sich stattdessen auf den Erlaubnistatbestandsirrtum konzentriert. So ist Voraussetzung eines Erlaubnistatbestandsirrtums doch gerade das Nichtvorliegen der vom Irrenden subjektiv vorgestellten Rechtfertigungslage. Anders ausgedrückt: Um über-

haupt erst zur Prüfung des Irrtums zu gelangen, muss zunächst das objektive Vorliegen einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung festgestellt werden. Auf den Fall bezogen bedeutet dies, dass der BGH vor Prüfung des Irrtums zunächst das Vorliegen einer objektiven Notwehrlage hätte verneinen müssen. Dies tut er aber, anders als das LG, gerade nicht. Stattdessen weist er sogar noch ausdrücklich auf die verschiedenen Ungereimtheiten rund um die Durchsuchung hin.

Dies legt den Schluss nahe, dass die Frage der Rechtmäßigkeit des Einsatzes bzw. der Rechtswidrigkeit des Handelns des A weiterer Erörterung bedurft hätte. Sie war auch, entgegen der Feststellung des BGH, keineswegs entscheidungsunerheblich. Nicht nur wäre eine Klärung hier aus dogmatischer Sicht unerlässlich gewesen, sie hätte sich auch im Ergebnis ausgewirkt: Laut *Roxin* liegt nämlich „der Unterschied zwischen fehlender Rechtswidrigkeit und fehlender Schuld, zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung darin, dass ein gerechtfertigtes Verhalten vom Gesetzgeber als legal anerkannt wird, während ein entschuldigtes Verhalten nicht gebilligt wird und daher unerlaubt und verboten bleibt.“³⁷ Letzteres werde in der Folge lediglich nicht bestraft.

Für A selbst mag es keine Rolle gespielt haben, ob er einen „Freispruch erster oder zweiter Klasse“ erhält. Auch ist es nicht unser Anliegen, dem BGH an dieser Stelle deswegen einen ernsthaften Vorwurf zu machen. Möglicherweise fühlte sich das Gericht mit einer unbestraften verbotenen Tat einfach wohler als damit, das Handeln des A im Ergebnis für legal zu erklären. Wir wollen aber zumindest deutlich darauf hinweisen, dass Studierende diese Vorgehensweise des BGH aus den angeführten Gründen nicht eins zu eins in der Klausur übernehmen sollten.

(Marco Antretter / Lea Balzer)

³⁶ Die Entscheidung des BGH hat in Teilen der Bevölkerung große Empörung hervorgerufen. Wenigstens partiell dürfte dies allerdings der oftmals stark verkürzten Sachverhaltsdarstellung in den Medien geschuldet sein. Exemplarisch: <http://www.bild.de/news/inland/hells-angels/freispruch-nach-todesschuss-auf-elite-polizist-20804084.bild.html> (zuletzt abgefragt am 23. Februar 2012); <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/polizist-erschossen-bgh-spricht-hells-angel-frei-11516279.html> (zuletzt abgefragt am 23. Februar 2012).

³⁷ *Roxin* (Fn. 4), § 7 Rn. 8.

1. Sachverhalt

Der Angeklagte A lebt mit dem Opfer O zusammen. Für die sieben Jahre jüngere Frau übernimmt er Verantwortung, unter anderem indem er sie in ihrem Bemühen, einen Schulabschluss nachzuholen, unterstützt.

Als O während eines Gaststättenbesuchs über Schwindelanfälle klagt, geht A mit ihr nach Hause. Dort findet er im Zimmer ihres Mitbewohners einen ihrer Slips. Aufgrund dieses Zwischenfalles kommt es zum Streit. Um diesen zu beenden, geht O in ihr Schlafzimmer. Aus nicht aufklärbaren Gründen kippt sie dann gegen 2.35 Uhr nachts über ein 84 cm hohes Balkongeländer.

Im Fallen kann Sie sich jedoch noch am Balkongeländer festhalten und hängt in zwölf Metern Höhe über der darunter liegenden Straße. Sie schreit mehrfach laut um Hilfe, was auch in den umliegenden Häusern vernommen wird. Insbesondere mit den Worten "A, warum hilfst du mir nicht?" Auf diese Rufe reagiert dieser lediglich mit Lachen. A, der die Situation erkennt, greift jedenfalls nicht ein, obwohl ihm dies ohne Weiteres möglich wäre und verlässt die Wohnung. Etwa zu diesem Zeitpunkt kann O sich nicht länger festhalten und stürzt ab. Sie ist sofort tot.

Das Landgericht geht davon aus, dass der Angeklagte erkannte, dass sich O in Todesgefahr befand, wobei er jedoch darauf vertraute, dass am Ende nichts passieren würde, weshalb er hin-

April 2012

Balkonsturz-Fall

Aussetzung / Abgrenzung Tun und Unterlassen / Konkurrenzen

§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3; § 13 Abs. 2 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Eine Aussetzung durch Im-Stich-Lassen gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt.
2. Daher ist eine Strafmilderung gemäß § 13 Abs. 2 StGB nicht möglich.
3. Der Mindeststrafrahmen der Aussetzung mit Todesfolge gemäß § 221 Abs. 3 sperrt den des Totschlags durch Unterlassen gemäß den §§ 212, 13.

BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011 – 1 StR 233/11

sichtlich ihres Todes nur fahrlässig gehandelt habe.

Auf dieser Grundlage verurteilt das Landgericht A gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB¹ (Im-Stich-Lassen) i.V.m. § 221 Abs. 3 zu einer Freiheitsstrafe. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Kernproblem der Entscheidung ist die Frage der rechtlichen Einordnung des Im-Stich-Lassens innerhalb des Tatbestands der Aussetzung. Zunächst wird hierbei diskutiert, ob es sich um ein Tun oder Unterlassen handelt.² Schon dabei stellt sich die Frage, ob § 221 Abs. 1 Nr. 2 ein echtes oder ein

¹ Im Folgenden sind alle Paragraphen solche des StGB.

² Vgl. zur Übersicht des Meinungsstandes ausführlich *Wielant*, Die Aussetzung nach § 221 StGB, 2009, S. 93 ff.

unechtes Unterlassungsdelikt darstellt. Auch wenn diese Frage zunächst sehr theoretisch erscheint, gewinnt der Streit insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit der Strafmilderung gemäß § 13 Abs. 2 an Bedeutung, da dies für die fakultative Strafmilderung entscheidend ist.

Vor der 6. Strafrechtsreform vertrat der BGH die Auffassung, dass es sich bei einem Verlassen in hilfloser Lage um ein Delikt handelt, welches sowohl durch Begehen als auch Unterlassen verwirklicht werden kann.³ Nach der Neufassung des § 221⁴ hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung die Abgrenzung im Rahmen des § 221 bislang noch nicht erneut entschieden.

In der Literatur werden verschiedene Ansätze vertreten.

Eine Ansicht versteht § 221 Abs. 1 Nr. 2 als ein Delikt, welches **sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen** begehbar ist.⁵ Für die Vertreter dieser Auffassung hat die Änderung des Tatbestandes somit keinen Einfluss auf die Natur des Deliktes. Als Begründung wird auf die phänomenologische Eigenschaft des Im-Stich-Lassens abgestellt.⁶ So könne der Tatbestand sowohl durch ein „Sich-Entfernen“ vom Opfer, durch „Einschließen“ des Opfers, aber auch durch bloßes „Untätig-Bleiben“, verwirklicht werden.⁷ Wenn man bei der Einordnung auf den äußeren Vorgang abstelle, so sei die Verhaltensweise des Im-Stich-Lassens immer ein positives

Tun, so dass ein Begehungsdelikt mit begrenztem Täterkreis vorliege.⁸ Dies soll jedoch nicht die Möglichkeit ausschließen, dass das Delikt, wie bei anderen Begehungsdelikten auch, durch Unterlassen erfüllt werden könne.⁹ Auch wenn sich der Täter lediglich entferne und dann nicht zurückkehre, werde der Tatbestand des Im-Stich-Lassens jedenfalls dann erfüllt, wenn eine Beistandspflicht bestehe, beziehungsweise der Täter das Opfer in seiner Obhut habe.¹⁰

Für die Einordnung des § 221 Abs. 1 Nr. 2 als unechtes Unterlassungsdelikt lasse sich weiterhin anführen, dass der Tatbestand in Abs. 1 Nr. 2 einen konkreten „Gefahrenerfolg“ voraussetze.¹¹ Auch weise die Struktur auf ein unechtes Unterlassungsdelikt hin, denn der Tatbestand verlange eine Garantienpflicht des Täters und knüpfe die Strafbarkeit desselben nicht schon an die Unterlassung des gebotenen Tuns.¹²

Die Frage, ob im konkreten Fall ein Tun oder Unterlassen vorliegt, beurteilt eine Meinung streng nach dem Kriterium des Energieeinsatzes,¹³ während eine andere Auffassung das Delikt sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen als erfüllt ansieht und das Problem auf Konkurrenzenebene¹⁴ löst.¹⁵

³ BGH NJW 1992, 581.

⁴ Durch Art. 1 Nr. 37 des 6. StrRG vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 164).

⁵ Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 221 Rn. 10; Fischer, 59. Auflage 2011, StGB, § 221 Rn. 12; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 221 Rn. 4; Jähnke, in Leipziger Kommentar (LK) zum StGB, 11. Auflage, § 221 Rn. 22, 28, 29; Eschelbach, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 01.12.2011, § 221 Rn. 15; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 35. Auflage 2011, Rn. 203.

⁶ Wielant (Fn. 2), S. 114.

⁷ BT-Dr 13/8587.

⁸ Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 10.

⁹ Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 10.

¹⁰ Fischer (Fn. 5), § 221 Rn. 12.

¹¹ Hilgendorf, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Auflage 2009, § 36 Rn 2, 7; Küper, ZStW 111 (1999), 30, 55, 58; vgl. Neumann, in Nomos Kommentar (NK) zum StGB, 3. Auflage 2010, § 221, Rn. 20, der aber eine andere Auffassung vertritt.

¹² Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage 1996, S. 605 f.

¹³ Brammsen, GA 2002, 193; Joecks, Studienkommentar StGB, § 13 Rn. 15a; Freund, in Münchener Kommentar (MüKo) zum StGB, 2. Auflage 2011, § 13 Rn. 8 f; Otto, Jura 2000, 549; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn. 78.

¹⁴ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Auflage 2003, § 15 Rn. 27; Rotsch,

Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Täter einen Erfolg durch Unterlassen herbeigeführt hat, obwohl er zur Verhinderung des Eintritts verpflichtet war, so handele es sich um ein unechtes Unterlassungsdelikt.¹⁶ Folglich wäre eine fakultative Strafminderung gemäß § 13 Abs. 2 möglich.

Andere Stimmen in der Literatur sehen die Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 hingegen als **echtes Unterlassungsdelikt**,¹⁷ denn das Verlassen des Opfers sei nach der heutigen Gesetzeslage nur noch **ein faktischer Anwendungsfall**, nicht aber ein gesetzlicher Unterfall des Im-Stich-Lassens.¹⁸ Dass der Hilfspflichtige die Vornahme der zur Gefahrenabwendung gebotenen Maßnahmen faktisch gerade in der Weise unterlassen könne, dass er sich vom Opfer entferne, verleihe dem Im-Stich-Lassen noch nicht den Charakter eines Begehungsdelikts.¹⁹ Es sei auch insofern ein echtes Unterlassungsdelikt, als die Voraussetzungen im gesetzlichen Tatbestand selbst unmittelbar beschrieben seien. Ein Rückgriff auf § 13 sei daher nicht nötig. Für die Beurteilung sei stets auf eine normative Wertung abzustellen. Entscheidend sei hierbei, worin **der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** liege.²⁰

Gerade bei echten Unterlassungsdelikten reiche es aus, dass sich der Unrechtsgehalt durch das Unterlassen einer gesetzlich geforderten Tätigkeit ergebe. Auf den Erfolg komme es dabei nicht an.²¹

Jus 2004, 607, 612; Walter, ZStW 116 (2004), 555, 567 f.

¹⁵ Detailliert dazu Heinrich, Strafrecht AT II, 2. Auflage 2010, Rn. 865 ff.

¹⁶ Fischer (Fn. 5), vor § 13 Rn. 16.

¹⁷ Horn/Wolters, in Systematischer Kommentar (SK) zum StGB, Stand März 2002, § 221 Rn. 6; Hardtung, in MüKo, 1. Auflage 2003, § 221 Rn. 2.

¹⁸ Neumann, in NK (Fn. 11), § 221, Rn. 19.

¹⁹ Neumann, in NK (Fn. 11), § 221, Rn. 19.

²⁰ BGHSt 6, 46, 59; Stree, in Schönlke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. § 13 ff. Rn. 158; Heinrich (Fn. 15), Rn. 866.

²¹ Küper, ZStW 111 (1999), 30, 52 f.

Diese Ansicht²² stellt darauf ab, ob das Unterlassen im Gesetz ausdrücklich mit Strafe belegt ist, es also zur Begründung der Strafbarkeit eines Rückgriffs auf § 13 Abs. 1 nicht bedarf.²³ Dieser Ansicht folgend wäre dem Täter eine Strafmilderung gemäß § 13 Abs. 2 versagt.²⁴

Eine dritte Auffassung sieht in § 221 Abs. 1 Nr. 2 (im Vergleich zu § 221 Abs. 1 Nr. 1) einen **normierten unechten Unterlassungstatbestand**.²⁵ Begründet wird diese Auffassung damit, dass ein Im-Stich-Lassen als unechtes Unterlassungsdelikt das normierte Gegenstück zu dem durch aktives Tun begehbaren Versetzen in eine hilflose Lage darstelle. Das Im-Stich-Lassen durch Untätig-Bleiben werde der aktiven Versetzung in eine hilflose Lage gesetzgeberisch gleichgestellt.²⁶ Die Variante des § 221 Abs. 1 Nr. 2 sei also nur durch Unterlassen begehbar. Jedoch sei § 13 Abs. 2 nicht generell für Straftaten des Besonderen Teiles ausgeschlossen.²⁷ Gerade aus diesem Grunde und aus Gerechtigkeits-erwägungen heraus, soll somit trotz der Einordnung als ein Unterlassungsdelikt besonderer Form eine Strafmilderung über § 13 Abs. 2 möglich sein.^{28 29}

²² Hartung, in MüKo (Fn. 17), § 221 Rn. 2; Horn/Wolters, in SK (Fn. 17), § 221 Rn. 6; Neumann, in NK (Fn. 5), § 221 Rn. 20; Wielant (Fn. 2), S. 162.

²³ Neumann, in NK (Fn. 5), § 221 Rn. 20.

²⁴ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 10. Auflage 2009, § 4, Rn. 10; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 5), § 221 Rn. 4.

²⁵ Roxin (Fn. 13), § 31 Rn. 18; so auch Kosloh, Das Sechste Strafrechtsreformgesetz – Der Rückgriff des modernen Gesetzgebers auf den E 62, 2000, S. 58; ebenso Küper, ZStW 111 (1999), 30, 59; Küper nennt es ein "kodifiziertes (speziell vertatbestandliches) unechtes Unterlassungs-Erfolgsdelikt".

²⁶ Roxin (Fn. 13), § 31 Rn. 18.

²⁷ Roxin (Fn. 13), § 31 Rn. 250.

²⁸ Roxin (Fn. 13), § 31 Rn. 250.

²⁹ Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle auf Sander verwiesen, der in der Aussetzungsvariante des Im-Stich-

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision gegen das Urteil als unbegründet zurück, stellt jedoch fest, dass das Landgericht keine rechtlichen Überlegungen angestellt hat, ob es sich beim Im-Stich-Lassen um ein Tun oder ein Unterlassen handelt.³⁰ Auch wenn sich am Ergebnis des Schuldspruches grundsätzlich nichts ändere, so sei die Entscheidung dennoch nicht unbeachtlich. Die Beurteilung sei vielmehr dahingehend notwendig, als dass bei einer Verurteilung wegen Unterlassens dem Angeklagten eine Milderung des Strafrahmens gemäß § 13 Abs. 2 zu Gute kommen könne. Hierzu habe sich das Landgericht jedoch nicht geäußert.

In seinem Urteil stellt der BGH nun klar, dass die **Aussetzung im Wege des „Im Stich Lassens“ ein echtes Unterlassungsdelikt** darstellt. Er begründet seine Auffassung damit, dass – anders als nach der früheren Gesetzeslage – das Verlassen des Opfers nur noch ein faktischer Anwendungsfall, aber kein gesetzlicher Unterfall des Im-Stich-Lassens mehr ist.³¹ Es sei mit der ständigen Rechtsprechung³² bei der Bewertung von Verhaltensweisen als strafbares Tun oder Unterlassen darauf abzustellen, worin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu sehen ist. Nach Ansicht des BGH liegt dieser in dem Unterlassen der gebotenen Hilfeleistung. Nicht beachtlich ist dabei, ob der Täter sich (zusätzlich) vom Tatort entfernt.³³ Zu dieser Entscheidung kommt der BGH vor dem Hintergrund, dass echte Unterlassungsdelikte gerade keinen Taterfolg aufweisen müssen.³⁴

Lassens ein Delikt sui generis sieht. Hierzu *Hohmann/Sander*, Strafrecht BT II, 2. Auflage 2011, § 5 Rn. 21.

³⁰ BGH 1 StR 233/11, Rn. 7.

³¹ BGH 1 StR 233/11, Rn. 12.

³² BGH NSTZ 2005, 446, 447; BGH NSTZ-RR 2006, 174, 175.

³³ BGH 1 StR 233/11, Rn. 12.

³⁴ *Fischer* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 16 f.; BGHSt 14, 280.

Weiterhin betont der BGH, dass ein echtes Unterlassungsdelikt auch dann vorliege, wenn die Aussetzung zum Tod des Opfers führt und somit der Qualifikationstatbestand nach § 221 Abs. 3 verwirklicht wird.³⁵

Ohne tatsächlich darüber zu entscheiden, stellt der BGH zudem klar, dass sich durch den von ihm gewählten Weg auch kein Wertungswiderspruch ergebe.³⁶ Dieser könnte darin bestehen, dass das Delikt der Aussetzung mit Todesfolge gemäß § 221 Abs. 3 gegenüber dem vorsätzlichen Totschlag durch Unterlassen zurücktritt.³⁷ In diesem Fall würde derjenige Täter, der die Todesfolge durch einen vorsätzlichen Totschlag durch Unterlassen herbeiführt nur mit einer Mindeststrafe von zwei Jahren sanktioniert (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 2 und § 49 Abs. 1 Nr. 3). Die fahrlässige Begehung des § 221 Abs. 3 sieht jedoch eine höhere Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren vor. Dieser Wertungswiderspruch wird nach Auffassung des BGH dadurch gelöst, dass das zurücktretende Gesetz eine **Sperrwirkung** für die Mindeststrafe entfaltet. Nach diesem Grundsatz darf die Mindeststrafe für die zurücktretende Tat nicht unterschritten werden, da andernfalls der zusätzlich das schwere Delikt verwirklichende Täter ungerechtfertigt besser gestellt würde.³⁸

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH hat mit dem Beschluss eine grundlegende und in der Literatur bis dato äußerst umstrittene Frage entschieden. Wohl auch aus diesem Grunde ist vorgesehen, diese Entscheidung

³⁵ BGH 1 StR 233/11, Rn. 13.

³⁶ BGH 1 StR 233/11, Rn. 13.

³⁷ So auch *Fischer* (Fn. 5), § 221 Rn. 28; *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Auflage 2011, § 10, Rn. 25; BGHSt 4, 113.

³⁸ *Fischer* (Fn. 5), Vor § 52 Rn. 45; vgl. ferner *Stree/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 5), Vorbem. §§ 52 ff Rn. 144.

in die amtliche Sammlung aufzunehmen. Auch wenn das Delikt der Aussetzung in der Rechtsprechung selten behandelt wird,³⁹ so ist die Entscheidung dennoch und vor allem für die Praxis auf der Ebene der Konkurrenzen von nicht zu unterschätzender Relevanz.

Da das Delikt der Aussetzung in den meisten Fällen – auch bei Verwirklichung von § 221 Abs. 3 – auf Konkurrenzebene zurücktritt, wird sich die Auswirkung im Hinblick auf die Strafzumessung zeigen. Erfüllt der Täter sowohl die §§ 212, 13 Abs. 1 als auch § 221 Abs. 3, so ist laut BGH eine fakultative Strafmilderung auf eine Freiheitsstrafe unter drei Jahren nicht mehr möglich. Da kaum ein Fall vorstellbar ist, in dem nur die §§ 212, 13 vorliegen und nicht zugleich § 221 Abs. 3 erfüllt ist, hat der BGH somit de facto das Mindeststrafmaß von zwei Jahren auf drei Jahre angehoben.

Aber auch auf die strafrechtliche Klausur hat die Entscheidung des BGH Einfluss. Der Tatbestand der Aussetzung – oft stiefmütterlich behandelt – ist häufig erfüllt, wird aber bei der Anfertigung des Gutachtens vergessen. Zumindest wenn (wie hier) Verletzungsdelikte nicht erfüllt sind, ist die Aussetzung zwingend zu prüfen. Bei der gutachterlichen Prüfung der Aussetzung durch Im-Stich-Lassen ist sodann die Eigenschaft als echtes Unterlassungsdelikt zu beachten. Sofern man der Auffassung des BGH folgt, so ist eine zusätzliche Prüfung der Voraussetzungen des § 13 nicht erforderlich. Richtigerweise ist für diese Fälle alleine § 221 Abs. 1 Nr. 2 Ausschlag gebend, da § 13

³⁹ *Hartung* (Fn. 13), § 221 Rn. 3: „Die kriminalpolitische Bedeutung des Aussetzungsdeliktes ist gering. [...] die Strafverfolgungsstatistik weist für das frühere Bundesgebiet und Berlin jährlich meist unter 30 Anklagen und unter 20 Verurteilungen aus, [...] da sie häufig hinter dem schwereren Delikt zurücktritt oder zumindest nach § 154a StPO eingestellt wird.“

gerade keine Anwendung auf echte Unterlassungsdelikte findet.

5. Kritik

Der BGH stand hier vor der Aufgabe, den auch nach der großen Strafrechtsreform vom Gesetzgeber (weiterhin) recht ungenau gefassten Tatbestand der Aussetzung näher zu konkretisieren. Ohne Frage hat der Gesetzgeber eine vorher schon nicht sonderlich genaue Fassung durch die große Strafrechtsreform nicht deutlich klarer gemacht. Aus der amtlichen Gesetzesbegründung lassen sich keine Lösungs- oder Klarstellungsansätze entnehmen.⁴⁰

Durch sein Urteil hat der BGH etwas Licht in das Dunkel gebracht. Er hat sich dabei der in der Literatur herrschenden Meinung angeschlossen. Diese Einordnung von § 221 Abs. 1 Nr. 2 als echtes Unterlassungsdelikt erscheint nach der Systematik der Norm, insbesondere gemäß der Ausgestaltung der zweiten Alternative als ein Delikt, das nur von einem Garanten begangen werden kann, nahe liegend und überzeugend.⁴¹ Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Verhältnis zu dem echten Unterlassungsdelikt des § 323c.

Man könnte jedoch kritisch anmerken, dass es nicht ganz ersichtlich ist – insbesondere im Hinblick auf § 323c – warum ein **echtes Unterlassungsdelikt** eine **Garantenstellung** erfordert, denn dies ist typischerweise ein Merkmal für ein unechtes Unterlassungsdelikt.⁴²

Von den Autoren, die § 221 Abs. 1 Nr. 2 für ein unechtes Unterlassungsdelikt halten, wird argumentiert, dass die erforderliche Garantenstellung der Klarstellung diene. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Für die Begehung eines unechten Unterlassungsdeliktes müssen noch alle weiteren Merkmale des § 13 Abs. 1 hinzukommen. Es wäre fraglich,

⁴⁰ BT-Dr 13/8587.

⁴¹ So auch *Eschelbach*, Beck'scher Online-Kommentar StGB (Fn. 5), § 221 Rn. 16.

⁴² So auch *Küper*, ZStW 111 (1999), 30, 58.

welche Merkmale zusätzlich noch bei einer Begehung durch Unterlassen im Fall von § 221 Abs. 1 Nr. 2 hinzukommen müssten. Tatsächlich würden keine weiteren Voraussetzungen durch § 13 hinzukommen, da der Tatbestand bereits alles enthält. Eine Einordnung als unechtes Unterlassungsdelikt würde somit die Tatbestandsmerkmale nur verdoppeln. Dies erscheint weder sinnvoll, noch logisch.⁴³

Auch im Vergleich mit § 323c lässt sich das besondere Merkmal der Garantstellung mit der erhöhten Strafandrohung des § 221 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 im Verhältnis zur der von § 323c begründen.⁴⁴ Das Höchststrafmaß von § 323c liegt bei bis zu einem Jahr, während § 221 Abs. 3 nicht unter drei Jahren Freiheitsstrafe als Mindestmaß ansetzt.

Im Verhältnis zu den unechten Unterlassungsdelikten hebt sich der Tatbestand des Im-Stich-Lassens dahingehend ab, dass die Vollendung hier bereits bei Eintritt einer entsprechend konkreten Gefahr anzunehmen ist. Hierdurch kommt es zu einer Herabsetzung der Strafandrohung. Dies ist als **„Strafzumessungskompromiss“**⁴⁵ anzusehen.

Es ist daher, gerade auch aufgrund der Änderung des Wortlautes von einem „Verlassen“, in ein Im-Stich-Lassen, der Entscheidung des BGH zuzustimmen. Nur ein Abstellen auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit und somit auf die Vorwerfbarkeit des reinen Unterlassens wird dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 221 Abs. 1 Nr. 2 gerecht. Das Abstellen auf eine räumliche Nähebeziehung würde den Wortlaut überstrapazieren.⁴⁶ Es ist **gerade die Verletzung der Obhuts- oder Beistandspflicht** durch einen Ga-

ranten, die das **tatbestandliche Verhalten** der zweiten Tatvariante darstellt. Aufgrund dieses Charakters entsteht eine weitere **Ähnlichkeit zu** dem als echtes Unterlassungsdelikt anerkannten **§ 323c**.

Zuletzt führt vor allem auch eine Kausalitätsbetrachtung zu der Einordnung als Unterlassen und nicht als Begehen durch aktives Tun. Dies ergibt sich durch die (konsequente) Anwendung der „conditio-sine-qua-non“-Formel. Denkt man sich die Verletzung der Obhuts- oder Beistandspflicht weg, so wäre dem Opfer noch nicht gedient. Vielmehr bliebe durch das Wegdenken (mitsamt dem Garant) ein hilfloser Zustand des Opfers bestehen. Dies kann an einem typischen Beispiel zum Verlassen nach § 221 Abs. 1 a.F. verdeutlicht werden: Entfernt sich der Garant, so dass sein hilfloser Schützling in Gefahr gerät, hätte es dem Opfer ebenso wenig geholfen, wenn der Garant untätig bei ihm geblieben wäre. Allein das Leisten von Hilfe würde dem Opfer hier helfen. Geholfen wird dem Opfer daher nicht durch das Wegdenken des Sich-Entfernens, das die Obhuts- oder Beistandspflicht verletzt, sondern durch das Hinzudenken des garantenpflichtgemäßen Tuns. Erst dieses ist geeignet, die Entstehung des Taterfolges zu verhindern und die hilflose Lage des Opfers durch die Hilfeleistung des Täters in eine nicht mehr hilflose Lage zu verwandeln.⁴⁷

Dem Beschluss des BGH und der damit einhergehenden Grundsatzentscheidung, dass § 221 Abs. 1 Nr. 2 ein echtes Unterlassungsdelikt ist, kann somit vollumfänglich zugestimmt werden.

(Michael Epping / Adrian Lingens)

⁴³ So auch *Wielant* (Fn. 2), S. 152 f.

⁴⁴ Vgl. hierzu auch: *Horn/Wolters*, in SK (Fn. 17), § 221 Rn. 6.

⁴⁵ So *Hilgendorf*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 11), § 36 Rn. 3.

⁴⁶ So auch *Horn/Wolters*, in SK (Fn. 17), § 221 Rn. 6.

⁴⁷ *Wielant* (Fn. 2), S. 154 f.

1. Sachverhalt¹

Aufgrund des eigenen unerfüllten Kinderwunsches intervenieren die Angeklagten W und I zunehmend in die Erziehung des Kindes des S, Bruder der I, und dessen Ehefrau L. Dadurch kommt es zu Spannungen zwischen den Eheleuten S und L, bis L mit dem Kind auszieht und die Scheidung einreicht. Alle Versuche der Eheleute W und I, wieder mehr Kontakt zu dem Kind aufzubauen bleiben erfolglos. Außerdem befürchten sie, dass L nach der Scheidung weit wegzieht, um den Umgang des S mit dem Kind zu unterbinden.

Um dies zu verhindern und ein Aufwachsen des Kindes bei den Eheleuten I und W zu ermöglichen, dringt S, im Einverständnis mit I und W, in die Wohnung der L ein und tötet diese. Einzelheiten der Tötung sind mangels auffindbarer Spuren nicht bekannt. Auch kann die Leiche der L trotz umfangreicher Suche durch die Ermittlungsbehörden nicht aufgefunden werden.

Hinweise liefern aber die umfangreichen Aufzeichnungen von Selbstgesprächen des S. Diese stammen aus einer elektronischen Überwachung des Autos des S, welche der Ermittlungsrichter auf § 100 f StPO i.V.m. §§ 100 b

Mai 2012

Selbstgespräche im Auto – Fall

Beweisverwertungsverbot

Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, § 100 f StPO

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Ein in einem PKW geführtes Selbstgespräch über eine Straftat gehört zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung.
2. Die Aufzeichnung eines solchen Selbstgesprächs unterliegt einem sich aus der Menschenwürde ergebenden Beweisverwertungsverbot.
3. Dieses Beweisverwertungsverbot gilt auch gegenüber Mittätern.

BGH, Urteil vom 22. Dezember 2011 – 2 StR 509/10; NJW 2012 945.

Abs. 1, 100 d Abs. 2 StPO² gestützt hat. Die Selbstgespräche beinhalten Bemerkungen wie „oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...“ und „wir haben sie tot gemacht“. Das Landgericht sieht darin ein geständnisgleiches Indiz für die Tötung der L seitens S, in Mittäterschaft mit I und W.

Das Landgericht verurteilt die Angeklagten als Mittäter wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen.³

Die Angeklagten machen ein Beweisverwertungsverbot geltend und legen Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falls liegt in der Frage der Verwertbarkeit von Beweismaterial, das durch Abhören eines

¹ Der Sachverhalt des Urteils wurde gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

² Nachfolgende §§ ohne Kennzeichnung sind solche der StPO.

³ LG Köln, 90 Js 196/07.

Selbstgesprächs in einem Pkw gewonnen wurde.

Mangels gesetzlich normierter Ausnahmen zur Beweisverwertung beim kleinen Lauschangriff, stellt sich die Frage der Verwertbarkeit von Beweismaterial, das im Zuge eines kleinen Lauschangriffs i.S.v. § 100 f gesammelt wurde und der Eingrenzung des Bereichs privater Lebensgestaltung in diesem Zusammenhang.

Für den großen Lauschangriff sind in § 100 c Abs. 5, 6 Ausnahmen zur Beweisverwertung gesetzlich kodifiziert. Doch wird ein Pkw nach ständiger Rechtsprechung nicht als einer Wohnung gleichzusetzender Lebensbereich angesehen und fällt daher in den Bereich des kleinen Lauschangriffs nach § 100 f.⁴ Allerdings sind neben den normierten Beweisverwertungsverböten diejenigen zu beachten, die sich direkt aus der Verfassung ergeben. Dies folgt daraus, dass zwar grundsätzlich eine umfassende Beweismüdigung nach § 244 Abs. 2 geboten ist, doch ist damit noch keine Wahrheitswürdigung um jeden Preis impliziert.⁵ Vielmehr muss diese im Einklang mit der Werteordnung des GG vorgenommen werden.⁶ Von besonderer Relevanz ist dies im Bereich von Ermittlungen, die in die Privatsphäre des Betroffenen eingreifen, wie im Falle eines kleinen Lauschangriffs nach § 100 f. Dabei kommt es zu einem Eingriff in den Bereich des Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, wodurch ein eigenständiges Beweisverwertungsverbot von Verfassungswegen begründet werden könnte.

In diesem Kontext wurde vom BVerfG die **Dreistufentheorie** entwickelt, deren drei zu differenzierende Stufen des Persönlichkeitsrechts unterschiedliche Schutzwirkungen gegenüber staatlichen Eingriffen entfalten. Die ers-

te und schwächste Stufe umfasst die Sozialstufe, welche keinen Schutz vor staatlichen Eingriffen erfährt.⁷ Unter die zweite Stufe fällt der relativ geschützte Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, bei dem es zu einer Abwägung des Strafverfolgungsinteresses zum Privatschutz kommt.⁸ Die dritte und stärkste Stufe beinhaltet die sog. Intimsphäre. In dieser Sphäre soll dem Bürger ein letzter unantastbarer Kernbereich an privater Lebensgestaltung verbleiben, der auch bei der Aufklärung schwerster Verbrechen dem Eingriff staatlicher Gewalt in seiner Gesamtheit entzogen sein soll.⁹ Ein Eingriff in diesen Bereich sei eine Verletzung der Menschenwürde und daher stets verboten.¹⁰ Es findet also, im Unterschied zur zweiten Stufe, grundsätzlich keine Güterabwägung statt.¹¹

Das BVerfG entwickelte die Dreistufentheorie im Zusammenhang mit seiner Tagebuchentscheidung. In diesem Kontext beschäftigte er sich mit der Frage, ob bei der Fixierung der eigenen Gedanken- und Gefühlswelt in tagebuchähnlicher Form noch die Eindimensionalität im Sinne einer Selbstreflexion bestehen bleibe, sodass sie dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet werden könnten. Die schriftliche Fixierung könne aber auch ein Indiz zur Entlassung der eigenen Gedanken und Gefühle aus dem selbst beherrschbaren Bereich darstellen und somit der Gefahr eines Zugriffs Dritter unterliegen. Letztlich konnte das BVerfG aufgrund von Stimmgleichheit keine Grundrechtsverletzung feststellen.¹²

In diese Richtung scheint auch die partielle Kodifizierung der Dreistufentheorie in den Normen zum großen Lauschangriff zu weisen. Dort heißt es

⁷ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 470.

⁸ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 470.

⁹ *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, 6. Auflage 2011, Rn. 608.

¹⁰ *Haller/Conzen* (Fn. 10), Rn. 608.

¹¹ *Beulke*, (Fn. 5), Rn. 470.

¹² Vgl. BVerfGE 80, 367.

⁴ Vgl. BGHSt 50, 206, 211.

⁵ BGHSt 14, 358, 365; 38, 372, 374; *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Auflage 2010, Rn. 454.

⁶ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 455, 458.

in § 100 c Abs. 4, dass die Überwachung von Wohnräumen nur dann stattfinden darf, wenn nicht der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung tangiert wird. In der Regel vom absoluten Kernbereich ausgenommen sind jedoch Betriebs- und Geschäftsräume und Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen mittels derer Straftaten begangen werden, vgl. § 100 c Abs. 4 S. 2, 3. Solche Äußerungssituationen bzw. Gesprächsinhalte sind dann in der ersten Stufe, also im Sozialbereich anzusiedeln und unterliegen deshalb keinem Schutz vor staatlichen Eingriffen.

So entschied auch der BGH in seiner Entscheidung zum Krankenzimmerfall, in welcher er ein nichtöffentliches Selbstgespräch in einem Krankenzimmer beurteilen musste. Im Kontext von Selbstgesprächen wurde vom vorlegenden LG München auf den **Sozialbezug** der Äußerungen abgestellt, der im gesteigerten Maße bei schweren Straftaten vorliege. Der BGH stellte jedoch fest, dass für einen Sozialbezug eine Kommunikation mit anderen Personen erforderlich sei. Hingegen solle der innerhalb von Selbstgesprächen geäußerte Lebenssachverhalt regelmäßig geheim bleiben, wodurch diesen ein höchstpersönlicher Charakter zukomme, der dem unantastbaren Kernbereich zugeordnet werden könne.¹³ Dies lasse sich aus der Verbindung von Selbstgesprächen „als lautes Denken“ zur grundsätzlich absoluten Gedankenfreiheit begründen.¹⁴ Dabei beschränkte sich das Gericht jedoch konkret auf das nichtöffentlich gesprochene Wort. Diese Nichtöffentlichkeit werde für Wohnungen i.S.v. Art. 13 GG vermutet, könne jedoch auch auf andere Räumlichkeiten ausgedehnt werden, sofern diesen die **Funktion als Rückzugsort für private Lebensgestaltung** zukomme.¹⁵ Zwar sei das Krankenzimmer aufgrund der Überwachungs- und Kontrollbefug-

nisse nicht vor dem Zugriff des Krankenhauspersonals geschützt, doch werde dadurch allein noch nicht der Privatcharakter des Krankenzimmers aufgehoben. Selbstgespräche seien daher unter den Schutz der dritten Sphäre, also den absolut geschützten Kernbereich, zu subsumieren. Der Inhalt des nichtöffentlichen Selbstgesprächs und dessen mehr oder weniger großer Sozialbezug seien in dieser Sphäre dann von keiner weiteren Relevanz.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stellt in seiner Entscheidung fest, dass auch das nichtöffentliche Selbstgespräch im Kraftfahrzeug aufgrund einer Kumulation von Umständen in den absoluten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung fällt. Im Einzelnen sind die Eindimensionalität der „Selbstkommunikation“, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes die maßgeblichen Kriterien.

Die durch akustisches Abhören dieser nichtöffentlichen Selbstgespräche gewonnenen Aufzeichnungen seien daher grundsätzlich unverwertbar, weshalb es auf ihren mehr oder weniger großen Sozialbezug nicht mehr ankomme. Das gleiche Ergebnis gelte auch für Mitbeschuldigte.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Aktualität des Urteils macht die vorliegende Problematik des Beweisverwertungsverbots wegen Betroffenheit des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung für Klausuren sehr interessant.

Wichtig ist dabei für die Bearbeitung zunächst, dass darauf geachtet wird, ob die zutreffende Ermächtigungsgrundlage gewählt wurde, ob also § 100 c oder § 100 f einschlägig ist. Dafür sollte man, anders als der BGH,

¹³ BGHSt 50, 206, 213.

¹⁴ BGHSt 50, 206, 213.

¹⁵ BGHSt 50, 206, 211f.

zunächst diskutieren, ob ein Kraftfahrzeug nicht doch einer Wohnung i.S.d. § 100 c gleichgesetzt werden kann.¹⁶ Wird dies im Ergebnis verneint, kommt § 100 f als einschlägige Ermächtigungsgrundlage in Betracht. In einem zweiten Schritt ist dann eine klare Abgrenzung der verschiedenen Sphären der Dreistufentheorie, insbesondere der zweiten und dritten Stufe, vorzunehmen. Konkret geht es dabei um die Frage, ob ein aufgezeichnetes Selbstgespräch in einem Kraftfahrzeug einem Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen unterliegt, da dieses Selbstgespräch möglicherweise dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist. Der BGH hat für eine Bejahung der Betroffenheit des Kernbereiches fünf Kriterien aufgestellt, die auch in der Bearbeitung genannt werden sollten: die Eindimensionalität der Äußerung, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerungen mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes.

Hier sollte äußerst sauber argumentiert werden, um das eigene Verständnis der StPO-/Grundgesetz-Systematik zu verdeutlichen. Auch wenn durchaus auf die vorangegangene Entscheidung des BGH hinsichtlich der Eindimensionalität und Intimität von Selbstgesprächen zu verweisen ist,¹⁷ sollte das Für und Wider der Annahme einer solchen nichtöffentlichen Äußerungssituation für ein Selbstgespräch in einem Kraftfahrzeug, dass sich zwischen anderen Fahrzeugen im Straßenverkehr bewegt, abgewogen werden. Ob man letztlich der Auffassung des BGH folgt und Selbstgespräche im Kraftfahrzeug dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung

zuordnet, bleibt der eigenen Entscheidung überlassen.

Für die Praxis stellt sich die Frage, ob nunmehr eine Reform des § 100 f notwendig geworden ist, die, ähnlich dem § 100 c Abs. 4, Abs. 5, den Kernbereich privater Lebensgestaltung von einer Überwachung ausschließt. Diese Reform ist 2008 bedauerlicherweise unterblieben.¹⁸ Eine solche Reform würde die Strafverfolgungsorgane schon an Aufzeichnungen von Äußerungen die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, hindern – und nicht erst ein Verbot der Verwertung schon erfolgter Aufzeichnungen im Strafverfahren durch ein richterliches Urteil erfordern.

5. Kritik

Das Urteil des BGH erweitert dessen Rechtsprechungsstrang zum Selbstgespräch dahingehend, dass auch Selbstgespräche im Auto zum absoluten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zu zählen sind. Vorliegend wird auf eine Kumulation von Umständen abgestellt, die diese Einordnung begründen soll.¹⁹ In der folgenden Kritik werden Zweifel an dieser Einordnung geäußert und die Konsequenzen dargelegt, die sich daraus ergeben, das Selbstgespräch nicht in den absoluten Kernbereich einzuordnen.

Zum einen stellt sich die Frage, ob ein Selbstgespräch schon von sich heraus eine Einordnung in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung begründet. Zum anderen ist zu prüfen, ob eine Äußerung in einem Pkw eine nichtöffentliche Äußerungssituation darstellt, die wiederum eine Zurechnung dieser Äußerung zum absolut geschützten Kernbereich zur Folge hätte.²⁰

¹⁶ So der BGH für ein Krankenzimmer im Krankenhaus, BGHSt 50, 206, 211.

¹⁷ BGHSt 50, 206, 212f.

¹⁸ Vgl. *Wolter* in SK-StPO, 4. Auflage 2010, § 100 c, Rn. 30.

¹⁹ S.o.: 3. Kernaussagen der Entscheidung.

²⁰ Die „Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation“ wurde vom BGH als ein Umstand zur Ermittlung der Betroffenheit

Eine generelle Einordnung von Selbstgesprächen in den absolut geschützten Kernbereich scheint unter Betrachtung der gesetzlichen Kodifizierung des großen Lauschangriffs nach § 100 c Abs. 4 S. 3 Alt. 1 zweifelhaft. Diese Norm bestimmt, dass Gespräche über begangene Straftaten sogar innerhalb einer Wohnung grundsätzlich nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind. Dabei ist es unerheblich, dass ausschließlich auf Gespräche und nicht auch auf Äußerungen abgestellt wurde.²¹ Entsprechend könnte gefolgert werden, dass wenn schon für den großen Lauschangriff Äußerungen über schwerste Straftaten nicht in den absoluten Kernbereich fallen, dies erst recht für den kleinen Lauschangriff gelten müsste. Schließlich unterliegen die von § 100 f betroffenen Räumlichkeiten nicht schon der gesetzlichen Vermutung eines absolut geschützten Kernbereichs nach Art. 13 GG. Allerdings ist ein solcher Rückschluss nur „in aller Regel“ zulässig, wie sich aus § 100 c Abs. 4 S. 2, auf den sich der § 100 c Abs. 4 S. 3 Alt. 1 bezieht, ergibt. Eine solche Formulierung lässt Raum für Ausnahmen.

Eine solche Ausnahme begründet der BGH auch für Selbstgespräche im Auto. Er stellt dabei schlüssig und nachvollziehbar dar, weshalb das Selbstgespräch als eine unbewusste Äußerung von inneren Gedanken anzusehen ist. Das Selbstgespräch in Form eines lauten Denkens in einer Situation, in der sich der Sprechende unbeobachtet fühlt, sei als Teil der Gedankenfreiheit einzuordnen.²² Schon aus sich heraus könne das Selbstgespräch also eine Vermutung für seine Zurechnung in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung begründen. Ent-

scheidend ist jedoch, dass diese Vermutung sich auf nichtöffentliche Selbstgespräche bezieht. Eine solche nichtöffentliche Äußerungssituation wird vom BGH für Selbstgespräche im Pkw ohne schlüssige Begründung angenommen. Die Annahme einer Nichtöffentlichkeit in einem PKW ist jedoch zweifelhaft.

In seinem Urteil spricht der BGH lediglich davon, dass auch das „Alleinsein mit sich selbst“ in einem Pkw den Schutz der Intimsphäre begründen kann.²³ Weiter meint der BGH, dass aus Sicht des S nicht die Gefahr bestand, dass andere Personen den Inhalt des Selbstgesprächs erfassten.²⁴ Es scheint also, als sei der BGH der Auffassung, dass ein subjektives Gefühl der Intimität ausreiche, um eine nichtöffentliche Äußerungssituation anzunehmen.

Auf den subjektiven Eindruck des Äußernden kann es jedoch nicht ankommen. Ein Selbstgespräch kann auch an anderen Orten, wie einem Einkaufszentrum oder einer Flughafenwarte Halle stattfinden, und auch wenn der Äußernde sich unbeobachtet fühlt oder der Situation sogar einen gewissen Grad an Intimität beimisst, kann doch keineswegs davon ausgegangen werden, dass Äußerungen in solchen Räumlichkeiten vor der möglichen Kenntnisnahme durch Dritte geschützt sind. Daher sollte das maßgebliche Kriterium für die Annahme einer nichtöffentlichen Äußerungssituation sein, ob die Räumlichkeiten in denen sich der Äußernde während des Selbstgesprächs aufhält, nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Intimität, also eine Sphäre des absolut geschützten Kernbereichs, begründen können.

In einem Kraftfahrzeug sind zunächst die Regeln der Straßenverkehrsordnung zu beachten und es besteht eine Situation der permanenten Konzentration auf die momentanen Gegebenheiten. Anders als auf einer einsamen Parkbank, können die Gedanken, wenn fatale Konsequenzen vermieden

des Kernbereichs formuliert, vgl. BGH NJW 2012, 945, 946.

²¹ So auch *Wolter*, in SK-StPO (Fn 18), § 100 c, Rn. 63; *Nack*, in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, § 100c, Rn. 22.

²² BGH NJW 2012, 945, 946.

²³ BGH NJW 2012, 945, 946.

²⁴ BGH NJW 2012, 945, 946.

werden wollen, also nur zu einem gewissen Grad abschweifen. Durch die wiederholten Blicke in Rück- und Seitenspiegel wird außerdem permanenter Kontakt zu anderen Verkehrsteilnehmern und Fahrzeugführern/-innen hergestellt. Auch beim Abbiegevorgang wird durch das Blinken bewusst Kontakt zu anderen Fahrzeugführer/-innen aufgenommen. Weiter besteht die Möglichkeit, durch Betätigung der Hupe bewusst auf sich aufmerksam zu machen. Diese Faktoren für sich lassen es schon zweifelhaft erscheinen, die Intimität einer nichtöffentlichen Äußerungssituation anzunehmen.

Außerdem ist ein Pkw kein absolut von der Außenwelt abgeschirmter Raum. Durch die Fenster besteht die Möglichkeit in den Pkw hineinzusehen. Im Straßenverkehr ist man also einem gewissen Grad an Beobachtung ausgesetzt. Bei geschlossenen Fenstern ist die akustische Kenntnisnahme durch sich außerhalb des Pkws befindende Dritte zwar nahezu ausgeschlossen, jedoch besteht schon bei leicht geöffneten Fenstern in vielerlei Verkehrssituationen (beispielsweise beim Halten an einer roten Ampel, oder einem Bahnübergang, bei dem man nach § 30 Abs. 1 S. 2 StVO sogar zum Abstellen des Motors verpflichtet ist) die Möglichkeit, den Inhalt von Äußerungen zu erfassen. Bei einem verdecktfreien Pkw, wie einem Cabriolet, ist die Möglichkeit der akustischen Kenntnisnahme durch Dritte sogar noch um einiges erhöht. Sogar wenn im vorliegenden Fall eine Kenntnisnahme durch Dritte ausgeschlossen wäre, kann dennoch aus den oben dargelegten Gründen keine absolut geschützte Intimsphäre angenommen werden.

Mag der BGH auch schlüssig und zutreffend geschildert haben, dass bei einem Selbstgespräch wegen seiner Eindimensionalität und seiner Verknüpfung zur inneren Gedankenwelt generell eine Vermutung für die Betroffenheit des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung vorliegt, so

hat er sich doch bei der Annahme des Vorliegens einer nichtöffentlichen Äußerungssituation auf die subjektive Wahrnehmung des Äußernden gestützt. Dabei sollten jedoch schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit objektive Kriterien maßgeblich sein. Bei einer Betrachtung der objektiven Umstände ist eine nichtöffentliche Äußerungssituation im vorliegenden Fall zu verneinen.

Aufgrund der Eindimensionalität und den weiteren vom BGH aufgeführten Kriterien zum Selbstgespräch kommt ihm eine hervorgehobene Stellung zu. Auch wenn die Äußerungssituation nicht als eine nichtöffentliche zu kategorisieren ist, bekommt sie durch das Selbstgespräch doch einen privaten Charakter. Dies führt dazu, dass sie der zweiten Stufe, der Privatsphäre, unterfällt. In dieser Stufe findet eine Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen an Privatsphäre und dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung statt.

Im konkreten Fall ging es um Äußerungen in Bezug auf einen Mord, also um eine schwere Straftat. Damit überwiegt das staatliche Interesse an der Strafverfolgung gegenüber dem Schutz der Privatsphäre des Betroffenen.

Das so gewonnene Beweismaterial ist dann auch gegenüber Mittätern verwendbar.

(Karen Häußer / Edward Martin)

1. Sachverhalt¹

A ist seit Frühsommer 2006 bei der Straßenbauabteilung der Stadt H angestellt und Vorarbeiter einer Kolonne, welcher auch die Mitarbeiter S, K und B angehören. Auch D ist beim städtischen Bauhof angestellt, jedoch in einer anderen Kolonne tätig.

Im Februar 2006 bemerkt A, dass die Mitarbeiter S, K und B den D in ihrer Mittagspause in eine Friedhofskapelle drängen, wo sie ihm durch wuchtige Schläge auf den Oberkörper mittels eines Holzknüppels eine Rippenfraktur zufügen. Gleichgültig lassen S, K und B den durch die starken Schmerzen bewegungsunfähigen D in der Friedhofskapelle zurück und begeben sich wieder zu ihrem Arbeitsplatz. A kümmert sich nicht weiter darum, dass D nach Ende der Mittagspause nicht wieder auftaucht.

Anfang 2008 locken S und K den D zu einem zu dem Bauhof gehörenden Fahrzeug, um ihm einen vermeintlichen Schaden daran zu zeigen. Sie warten, bis er sich dem Fahrzeug genähert hat, packen ihn sodann von hinten und stoßen seinen Kopf heftig auf die Motorhaube. Auch dies bekommt A mit, bleibt jedoch wiederum untätig.

Im Frühjahr 2008 schlagen S und K den D beim Beladen eines Fahrzeugs

Juni 2012 Mobbing-Fall

Garantenpflicht eines Arbeitgebers

§§ 224, 27, 13; § 323c; § 357 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Ein Vorarbeiter hat gegenüber seinen ihm untergeordneten Mitarbeitern eine Überwachergarantenstellung mit der Pflicht, betriebsbezogene Straftaten zu verhindern.
2. Betriebsbezogen ist eine Straftat, wenn sie in einem inneren Zusammenhang zu der betrieblichen Tätigkeit oder der Art des Betriebes steht.

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 71/11; veröffentlicht in NStZ 2012, 142 ff.

während der Arbeitszeit und unter Anwesenheit des A aus Wut, dass D sich für eine berufliche Fortbildung angemeldet hat.

Eine aktive Beteiligung kann A in keinem der Fälle nachgewiesen werden.

Das Landgericht hat A in allen Fällen vom Vorwurf einer Beihilfe durch Unterlassen mangels einer Garantenpflicht freigesprochen. Hiergegen legt die Staatsanwaltschaft Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falles ist, ob sich aus der Stellung als Vorgesetzter eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten im Betrieb ergibt.

§ 13 StGB² regelt die sog. unechten Unterlassungsdelikte. Danach macht sich derjenige strafbar, der rechtlich

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

² Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

dafür einzustehen hat, dass ein zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörender Erfolg nicht eintritt, wenn er diesen Erfolg nicht abwendet. Voraussetzung für dieses Einstehenmüssen ist einerseits, dass der Täter eine **Garantenstellung** innehat, aus der sich die Pflicht zur Verhinderung solcher Erfolge ergibt, andererseits, dass das Unterlassen bei der Tatbestandsverwirklichung einem Tun entspricht.³

Ob eine besondere Rechtspflicht zum Handeln, also eine Garantenpflicht, besteht, beurteilt sich wie folgt: Die einhellig von Literatur und Rechtsprechung vertretene Funktionenlehre⁴ unterscheidet zwei Gruppen von Garanten nach ihren unterschiedlichen Aufgaben: die Beschützergaranten und die Überwachungsgaranten.

Dem **Beschützergaranten** obliegt eine Obhutspflicht für ein bestimmtes Rechtsgut, welches er vor von außen drohenden Gefahren beschützen muss. Diese Pflicht besteht aufgrund einer rechtlichen oder tatsächlichen Bindung zu dem Rechtsgut⁵, wie z.B. aus familiärer Verbundenheit, aus enger persönlicher Lebensbeziehung, Gefahrengemeinschaft, aus Vertrag oder tatsächlicher Übernahme.⁶ So kann sich beispielsweise eine Beschützergarantenpflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten aufgrund des Arbeitsvertrages gem. § 611 BGB ergeben.

Der **Überwachungsgarant** ist demgegenüber für eine bestimmte Gefahrenquelle verantwortlich. Seine Garantenpflicht ergibt sich nicht aus der Beziehung zu einem bestimmten Rechtsgut, vielmehr ist er der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, sie vor Schädigungen, die von der Gefahren-

quelle ausgehen, zu schützen.⁷ Als Gefahrenquellen kommen Sachen, aber auch Menschen, in Betracht.⁸ Eine Rechtspflicht zum Handeln folgt beispielsweise aus Ingerenz, d.h. aus pflichtwidrigem Vorverhalten, aus der Schaffung von Gefahrenquellen, aus dem Inverkehrbringen gefährlicher Produkte oder aus Beaufsichtigungspflichten gegenüber Dritten.⁹

Bei der **Beaufsichtigungspflicht gegenüber Dritten**, die im vorliegenden Fall besonders relevant ist, geht es darum, inwieweit der Unterlassende für das Verhalten einer anderen Person einzustehen hat.¹⁰ Generell herrscht dabei der Grundsatz der Selbstverantwortung. Danach soll keine Garantenpflicht zur Verhütung von Straftaten anderer bestehen, weil jeder für seine Taten selbst verantwortlich ist.¹¹ Etwas anderes kann sich indessen aus gewissen Autoritäts- und Aufsichtsverhältnissen ergeben. So haften Aufsichtspersonen für nicht voll verantwortlich handelnde Personen, die ihnen unterstellt sind, z.B. Eltern für ihre minderjährigen Kinder¹² oder das Anstaltspersonal für die dort untergebrachten Geisteskranken.¹³ Umstritten ist hingegen, ob eine solche **Garantenpflicht** auch **für voll verantwortlich handelnde Personen** besteht. Die Überwachergarantenpflicht der Eltern für ihre Kinder soll jedenfalls mit der Volljährigkeit des Kindes enden.¹⁴ Auch bei Ehegatten kann sich

³ Joecks, Studienkommentar StGB, 9. Auflage 2010, § 13 Rn. 3 ff.

⁴ BGHSt 48, 77, 91; Kühl, JuS 2007, 497, 500.

⁵ Heinrich, Strafrecht AT II, 2. Auflage 2009, Rn. 929; Rengier, Strafrecht AT, 3. Auflage 2011, § 50 Rn. 4.

⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Auflage 2011, Rn. 718 ff.

⁷ Heinrich (Fn. 5), Rn. 952; Stree/Bosch, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage 2010, § 13 Rn. 11.

⁸ Kindhäuser, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage 2010, § 13 Rn. 44; Kühl, JuS 2007, 497, 502.

⁹ Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 722 ff.

¹⁰ Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 62.

¹¹ OLG Celle NJW 2008, 1012, 1013; Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 62; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 32 Rn. 126.

¹² BGH FamRZ 1958, 211, 212.

¹³ BGHSt 49, 1; OLG Celle NJW 2008, 1012, 1013.

¹⁴ BGH FamRZ 1958, 211; Arzt, JA 1980, 647, 652; Heinrich (Fn. 5), Rn. 970.

aufgrund der Selbstverantwortung keine Pflicht ergeben, die Straftaten des anderen Ehegatten zu verhindern.¹⁵

Problematisch ist nun, ob der Betriebsinhaber für die Straftaten seiner untergeordneten Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen werden kann. Die in der Literatur herrschende Meinung bejaht eine solche Garantenpflicht des Betriebsinhabers.¹⁶ Die Rechtspflicht zum Handeln soll hierbei aus der Befehlsgewalt der Leitungsperson folgen. Dies wird damit begründet, dass der Geschäftsherr durch entsprechende Anweisungen und Kontrollen die Möglichkeit zur Verhinderung einer Straftat im Betrieb habe. Demzufolge hat der Geschäftsherr die Pflicht, betriebsbezogene Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern.¹⁷ **Betriebsbezogen** ist eine Tat, wenn ein spezifischer Bezug zu der betrieblichen Tätigkeit besteht.¹⁸ Damit sollen zumindest Taten ausgeschlossen werden, die nur bei Gelegenheit während der Tätigkeit im Betrieb begangen werden.¹⁹ Zu den betriebsbezogenen Taten gehören z.B. Bestechungsdelikte oder Betrügereien gegenüber Kunden.²⁰ Eine solche Überwachungspflicht soll nach herrschender Meinung außerdem nicht nur für den Betriebsinhaber gelten, sondern auch für diejenigen Personen in einem Betrieb, denen ähnliche Aufgaben oder Aufsichtspflichten vom Geschäftsherrn übertragen wurden,²¹ z.B. für Vorarbei-

ter oder Geschäftsführer. Gerade auch für sogenannte Compliance-Officer soll diese Pflicht bestehen.²² Compliance-Officer sind Angestellte eines Betriebes, deren Aufgabengebiet die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden, ist.²³

Eine andere Meinung lehnt eine Garantenstellung des Geschäftsherrn strikt ab.²⁴ Hauptargument dafür ist der dieser Pflicht entgegenstehende Grundsatz der Selbstverantwortung.²⁵ Demnach unterstehen voll verantwortlich handelnde Arbeitnehmer keiner allgemeinen Überwachung durch den Vorgesetzten. Weiterhin wird argumentiert, dass Ausnahmen von diesem Grundsatz ausdrücklich im Gesetz normiert sein müssen, wie dies z.B. in § 130 OWiG²⁶ und § 357 der Fall ist. Der Gesetzgeber habe daneben jedoch keine weitere Ausnahme vorgesehen.²⁷

Sofern eine Garantenpflicht ausscheidet, kommt jedoch zumindest eine Strafbarkeit gemäß § 323c wegen unterlassener Hilfeleistung in Betracht.

Wird indes eine Garantenpflicht wegen einer betriebsbezogenen Straftat bejaht, ist weiterhin zu prüfen, ob sich der Vorarbeiter als Mittäter oder Gehilfe strafbar gemacht hat.²⁸

¹⁵ *Kühl*, JuS 2007, 497, 500; *Kretschmer*, JURA 2006, 898, 902; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 724.

¹⁶ *Roxin* (Fn. 11), § 32 Rn. 134; *Wohlens*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Auflage 2010, § 13 Rn. 53.

¹⁷ *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage 2011, § 13 Rn. 14; *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 970.

¹⁸ OLG Celle NJW 2005, 1816.

¹⁹ *Stree/Bosch*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 13 Rn. 53.

²⁰ *Rengier* (Fn. 5), § 50 Rn. 68.

²¹ *Stree/Bosch*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 13 Rn. 53; a.A. OLG Karlsruhe GA 1971, 281, 282 f.; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 13 Rn. 44.

²² BGHSt 54, 44; *Warneke*, NStZ 2010, 312; a.A. *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 724.

²³ BGH NJW 2009, 3173, 3175.

²⁴ *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 724.

²⁵ *Roxin* (Fn. 11), § 32 Rn. 126.

²⁶ Gem. § 130 OWiG begeht der Betriebsinhaber eine Ordnungswidrigkeit, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich wären, um Zuwiderhandlungen der Mitarbeiter zu verhindern.

²⁷ *Rudolphi*, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Loseblattsammlung, Stand: März 2012, § 13 Rn. 35a; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 724.

²⁸ Zu den verschiedenen Auffassungen siehe *Joecks*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Auflage 2011, § 25 Rn. 267 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 734.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des Landgerichts auf, bestätigt aber im Ergebnis, dass hier keine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts vorliegt, weil der Angeklagte keine Garantstellung hatte.²⁹

In der Begründung der Entscheidung wird zunächst ausgeführt, dass eine Beschützergarantenstellung gegenüber dem Opfer nicht bestand. Zwar sei eine arbeitsvertragliche Übertragung von Schutzpflichten grundsätzlich möglich (§ 618 BGB), jedoch habe diese gegenüber dem Opfer nie bestanden, weil der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt dessen Vorgesetzter war.³⁰

Auch eine auf die Verhinderung von Straftaten untergeordneter Mitarbeiter gerichtete Überwachungsgarantenpflicht lehnen das Landgericht und der BGH einhellig ab. Zwar könne eine solche Pflicht zur Überwachung und Verhinderung von Straftaten untergeordneter Mitarbeiter den Vorgesetzten treffen, jedoch lediglich dann, wenn es sich um **betriebsbezogene Straftaten** handelt. Umfasst sind somit nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht. Das Merkmal der Betriebsbezogenheit definiert der BGH dahingehend, dass die Tat im **inneren Zusammenhang** mit der betrieblichen Tätigkeit stehen muss.³¹

Weiterhin wird in der Entscheidung problematisiert, ob **Mobbing** unter das Merkmal der Betriebsbezogenheit fällt. Dies lehnt der BGH jedoch ab. Auch wenn die Betriebsbezogenheit von Mobbing in der Literatur³² teilweise bejaht wird, sei dies für Fälle wie den vorliegenden zu weit gefasst. Mobbing sei eine Gefahr, die in jedem Betrieb mit

mehr als einem Mitarbeiter bestehe und keine einem bestimmten Betrieb anhaftende Gefahr.³³

Eine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten voll verantwortlich handelnder Mitarbeiter, die in keinem Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehen, sondern sich auch außerhalb des Betriebes genauso ereignen könnten, bestehe somit nicht. Weder könne diese Pflicht mit dem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht noch mit der Herrschaft über die „Gefahrenquelle Betrieb“ begründet werden. Die Haftung des Vorgesetzten müsse daher auf betriebsbezogene Taten beschränkt werden, da sonst seine Verantwortlichkeit überdehnt würde.³⁴

Genau wie das Landgericht schließt auch der BGH ferner eine Strafbarkeit des A gemäß § 357 aus. Die rechtswidrige Tat des Untergebenen müsse gem. § 357 in Ausübung des Amtes, nicht lediglich bei Gelegenheit, begangen werden. Wie bereits dargestellt, fehlt auch hier der Zusammenhang zwischen den Handlungen und der betrieblichen Tätigkeit.³⁵

Auch wenn sich das Landgericht und der BGH bis hierhin einig waren, hebt der BGH das Urteil des Landgerichts mit der Begründung auf, dass der Freispruch mangels einer Prüfung der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c keinen Bestand habe. Eine Straftat Dritter komme jedenfalls als Unglücksfall im Sinne des § 323c in Betracht.³⁶

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In dem Urteil konkretisiert der BGH die Haftung eines Vorarbeiters aufgrund einer Garantienpflicht gegenüber seinen ihm untergeordneten Mitarbeitern. Dafür verwendet er erstmals das Kriterium der Betriebsbezogenheit einer Handlung, welches dem StGB unbekannt ist.

²⁹ BGH NSTz 2012, 142, 143, Rn. 9.

³⁰ BGH NSTz 2012, 142, 143, Rn. 10 f.

³¹ BGH NSTz 2012, 142, 143, Rn. 13.

³² So etwa *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke?, 2006, S. 244 ff.; *Wolmerath*, Mobbing, 3. Auflage, S. 80.

³³ BGH NSTz 2012, 142, 143, Rn. 16 f.

³⁴ BGH NSTz 2012, 142, 143, Rn. 14.

³⁵ BGH NSTz 2012, 142, 144, Rn. 18.

³⁶ BGH NSTz 2012, 142, 144, Rn. 19 ff.

Dies hat insbesondere die Konsequenz, dass der Betriebsleiter sich bei betriebsbezogenen Taten durch bewusstes Wegsehen selbst strafbar machen kann.

Ist in einem juristischen Gutachten das Einstehenmüssen eines Vorarbeiters für im Betrieb begangene strafbare Handlungen nachgeordneter Mitarbeiter zu prüfen, so müssen im objektiven Tatbestand insbesondere folgende Merkmale erörtert werden:³⁷

Zunächst muss geprüft werden, ob der Vorarbeiter eine Überwachungs-pflicht gegenüber dem nachgeordneten Mitarbeiter, der die strafbare Handlung begangen hat, innehat. Zudem ist an eine Beschützerpflicht des Vorarbeiters hinsichtlich anderer nachgeordneter Mitarbeiter zu denken. Herausgearbeitet werden muss daher, ob sich die jeweils betroffenen Mitarbeiter im **personellen Verantwortungsbereich** des Vorarbeiters befinden. Des Weiteren ist zu erörtern, ob die strafbare Handlung des Mitarbeiters betrieblicher Natur ist, wobei der Begriff der Betriebsbezogenheit so sorgfältig wie möglich ausgelegt werden muss.

Handelt es sich in dem zu prüfenden Fall um **Mobbing**, ist darzulegen, dass der BGH dieses Handeln **nicht** als **betriebsbezogen** qualifiziert.

Wird die Garantenstellung des Vorarbeiters oder die Betriebsbezogenheit der strafbaren Handlung verneint, so muss der Vorgesetzte nicht rechtlich für die Taten seiner nachgeordneten Mitarbeiter einstehen. Ein unechtes Unterlassungsdelikt ist folglich auszuschließen.

In einem Fall, in dem es um die mögliche Strafbarkeit eines Vorgesetzten geht, sollte zudem die Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat gemäß § 357 geprüft werden.

Weiterhin ist in der Prüfung zu berücksichtigen, dass auch eine Strafbarkeit gemäß § 323c in Betracht kommt.

³⁷ Allgemeines Prüfungsschema zum unechten Unterlassungsdelikt siehe: *Heinrich* (Fn. 5), Rn. 881.

Da es sich hierbei um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, ist eine Garantenstellung nicht erforderlich. Vielmehr kann § 323c gegenüber Jedermann eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung begründen.

5. Kritik

Der BGH stand bei diesem Urteil vor der Aufgabe, den Streit bezüglich der Garantenpflicht eines Vorarbeiters zur Verhinderung von Straftaten seiner ihm untergebenen Mitarbeiter zu entscheiden, indem er die Garantenpflicht konkretisiert. Dies ist ihm weitestgehend gelungen.

Im Ergebnis ist es richtig, dass der BGH eine Garantenpflicht des Vorgesetzten in bestimmten Fällen für möglich hält. Zwar stellt er sich gegen den Grundsatz der Selbstverantwortung, was in diesem speziellen Fall jedoch nicht zu beanstanden ist. Man mag sich wohl zunächst fragen, warum ein Vorgesetzter für voll verantwortlich handelnde Personen haften soll, wenn gerade diese Art der Haftung bei Eltern gegenüber ihren volljährigen Kindern und Ehegatten untereinander ausgeschlossen ist.³⁸ Für die Garantenpflicht des Vorgesetzten spricht allerdings, dass im Arbeitsverhältnis ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber oder dem Vorgesetzten und dem Arbeitnehmer besteht, welchem sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer bewusst durch Arbeitsvertrag zugestimmt haben. Aufgrund dieses Verhältnisses ergeben sich für den Geschäftsherrn umfassendere Möglichkeiten, solche betriebsbezogenen Handlungen zu überwachen und zu unterbinden. Daher ist es gerecht, dass eine weiterreichende Überwachungs-pflicht des Vorgesetzten gegenüber seinen ihm untergeordneten Mitarbeitern besteht.

Hätte der Vorgesetzte keine Pflicht zur Überwachung, käme lediglich eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfe-

³⁸ Siehe oben unter Fn. 14, 15.

leistung gemäß § 323c in Betracht, die einen wesentlich geringeren Strafraumen³⁹ als eine durch Unterlassen begangene Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung gemäß den §§ 223, 224, 27 I, 13 I vorsieht. In Fällen, in denen kein Unglücksfall vorliegt und daher eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung ausgeschlossen ist und auch § 357 nicht greift, bliebe das vorsätzliche Wegsehen des Betriebsleiters sogar straflos. Es erscheint jedoch nicht billig, einen Vorarbeiter, der weitreichendere Möglichkeiten zur Verhinderung solcher Straftaten hätte, ebenso mild zu bestrafen wie einen außenstehenden Dritten oder eine Strafbarkeit sogar ganz entfallen zu lassen. Daher ist eine (schärfere) Bestrafung des Vorarbeiters zu bezagen.

Aufgrund der durch die Garantienpflicht einschlägigen Strafnorm bzw. des höheren Strafraumens, ist jedoch eine Einschränkung der Strafbarkeit auf bestimmte Fälle geboten. Diese versucht der BGH anhand des Kriteriums der Betriebsbezogenheit vorzunehmen.

Hilfreich wäre hierfür eine umfassendere Definition des Begriffs der Betriebsbezogenheit. Der BGH stellt auf einen inneren Zusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und der betrieblichen Tätigkeit oder der Art des Betriebes ab. Er definiert jedoch nicht genau, was unter einem solchen Zusammenhang zu verstehen ist. Um die Strafbarkeit des Vorarbeiters, welche für ihn einen weitreichenden Grundrechtseingriff wie einen möglichen Freiheitsentzug zur Folge hätte, genau umgrenzen zu können, ist eine solch unbestimmte Terminologie nicht ausreichend. Mit der Aussage, dass zumindest nicht Taten, die nur bei Gelegenheit begangen werden, nicht erfasst werden können, lässt sich aber zumindest negativ erschließen, was mit einem inneren Zusammenhang gemeint sein könnte. Ebenso behandelt auch das Zivil-

³⁹ Strafraumen gemäß § 323c: „Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe“.

recht eine mögliche Haftung des Geschäftsherren für seinen Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB.⁴⁰

Weiterhin entscheidet der BGH, dass Mobbing innerhalb eines Betriebes einen solchen inneren Zusammenhang nicht aufweist. Hierbei stellt sich der BGH gegen die Auffassung des Generalbundesanwalts, der Mobbing als betriebsbezogene Tat anerkennt. Dieser begründet seine Meinung damit, dass sich mit dem Mobbing eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirklichen würde.⁴¹ Hiergegen argumentiert der BGH zu Recht, dass Mobbing eine Gefahr sei, die in jedem Betrieb mit mehr als einem Mitarbeiter bestehe und somit keine dem konkreten Betrieb anhaftende Gefahr darstelle. Dem ist zuzustimmen, da ein solches Verständnis der Betriebsbezogenheit die Strafbarkeit enorm ausdehnen würde. Aufgrund der Unbestimmtheit von § 13 ist eine restriktive Auslegung gemäß Art. 103 II GG geboten. Würde man Mobbing als betriebsbezogene Tat verstehen, würde man der gebotenen Restriktion nicht gerecht werden. Eine umfassendere Strafbarkeit wäre folglich nicht verfassungskonform.

Der Entscheidung des BGH kann somit insoweit zugestimmt werden, als eine Garantienstellung eines Vorarbeiters bestehen kann, diese jedoch auf betriebsbezogene Taten beschränkt werden muss.

(Nerina Buchmann/ Franziska Ruft)

⁴⁰ Dafür spricht schon der Wortlaut „in Ausführung der Verrichtung“; BGHZ 11, 151; Spindler, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 23, Stand: 01.03.2011, § 831 Rn. 21.

⁴¹ BGH NSTZ 2012, 142, 143, Rn. 16.

1. Sachverhalt¹

A und B sind alkoholisiert am Tatabend in der Stadt unterwegs. Nachdem sie bereits gegenüber einem anderen Passanten gewalttätig in Erscheinung getreten sind, wenden sie sich nunmehr dem bislang unbeteiligten C zu. A fordert diesen auf, mit ihm zu kämpfen und beginnt, auf ihn einzuschlagen. B, der sich an den Gewalttätigkeiten gegen C nicht beteiligt, versucht A zu beschwichtigen, den C in Ruhe zu lassen.

Im weiteren Verlauf wendet sich A dem unbeteiligten D zu und schlägt ihm unvermittelt heftig ins Gesicht. Der durch einen Schlaganfall gesundheitlich vorgeschädigte D geht sofort zu Boden und bleibt verteidigungsunfähig liegen. Daraufhin tritt A ihm mehrfach in den Bauch und gegen den Oberkörper.

Unvorhergesehen läuft nun B zu dem am Boden liegenden D und tritt ihm mit roher Gewalt von oben auf den Kopf. Unmittelbar danach flüchtet B, während A mit der Faust noch zwei- bis dreimal „in Richtung Gesicht, möglicherweise auch gegen den Körper“ des D schlägt. D erleidet potentiell lebensgefährliche Schädelverletzungen wodurch ein erhöhtes Risiko eines weiteren Schlaganfalls für ihn besteht.

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

Juli 2012

Der wankelmütige Mittäter

Sukzessive Mittäterschaft / Mittäterexzess

25 Abs. 2 StGB

Leitsatz der Bearbeiter:

1. Ein gemeinsamer Tatplan kann konkludent durch arbeitsteilige Tatausführung gefasst werden.
2. Für die Annahme der sukzessiven Mittäterschaft muss das Fördern der weiteren Tatausführung durch den Hinzutretenden von dessen Vorstellung getragen werden, dass der Taterfolg eintritt.
3. Eine außerplanmäßige Handlung eines Täters kann im Rahmen der Mittäterschaft einen Mittäterexzess darstellen.

BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – 5 StR 360/11; veröffentlicht in NSTZ 2012, 207

Das Landgericht verurteilt B wegen gefährlicher sowie schwerer Körperverletzung. Von einer Verurteilung wegen versuchten Totschlags sieht es mangels Einsichtsfähigkeit ab und hält eine kurzzeitige, tiefgreifende Bewusstseinsstörung des B für gegeben. A wird wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit schwerer und gefährlicher Körperverletzung verurteilt. A legt Revision zum BGH ein. Zu Ungunsten des B legt auch die Staatsanwaltschaft Revision zum BGH ein. Der Sachverhalt bleibt insgesamt jedoch aufklärungsbedürftig.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kernproblematik des Urteils besteht in der Anwendung der Rechtsinstitute sukzessive Mittäterschaft und Mittäterexzess.

Mittäterschaft ist die gemeinschaftliche Begehung einer Tat. Sie setzt ei-

nen gemeinsamen Tatplan und eine gemeinsame Durchführung voraus. § 25 Abs. 2 StGB² fungiert insofern auch als Zurechnungsnorm. Das Institut der Mittäterschaft regelt, dass Tat handlungen wechselseitig zugerechnet werden, sofern keine speziellen Tätermerkmale verwirklicht werden müssen. Das Wesen der Mittäterschaft ist es, durch funktionales arbeitsteiliges Handeln den größtmöglichen Taterfolg zu erzielen.³

Wesentliches subjektives Erfordernis der Mittäterschaft ist der gemeinsame Tatplan. Dieser bestimmt auch die Grenze der Zurechenbarkeit.⁴ Der BGH führt hinsichtlich des **Tatplans** aus es sei notwendig für die Mittäterschaft, „dass [...] alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln“, ausdrücklich oder konkludent.⁵ In jedem Fall muss ein irgendwie gearteter Kommunikationsvorgang zwischen den Beteiligten bestehen.

Keinen Tatplan hingegen verlangt *Jakobs*, der einen Einpassungsbeschluss genügen lässt.⁶ Durch einen solchen verbindet der nicht unmittelbar ausführende, aber gestaltend mitwirkende Beteiligte seinen Beitrag mit dem Tun des Ausführenden. Im Endeffekt wird man verneinen müssen, dass die bloße Einpassung einer Handlung in eine Tat ausreichend für die Annahme eine Mittäterschaft ist, da gerade die beidseitig bewusste Arbeitsteilung das Kernstück der Mittäterschaft darstellt.⁷ Das erforderliche Einvernehmen zwischen den Beteiligten kann sowohl vor als auch

noch während der Ausführung der Tat begründet werden, wobei man dann von sukzessiver Mittäterschaft spricht.⁸

Generell anerkannt ist die Möglichkeit der **sukzessiven Mittäterschaft**, wenn jemand in eine begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt.⁹ Sukzessiver Mittäter ist beispielsweise jemand, der bei einem Diebstahl nach der Entwendung eines Teils der Beute bei der Wegnahme des restlichen Diebesguts mitwirkt, sofern die nachträgliche Beteiligung im Einverständnis aller anderen Mittäter erfolgt. Voraussetzung für die Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft ist, dass sich der Handelnde dem Täter durch Förderung der Tat im Sinne eines für die Tatbestandsverwirklichung ursächlichen Beitrags anschließt.¹⁰

Verdeutlicht sei dies an einem kürzlich vom BGH entschiedenen Fall:¹¹ X und Z machen beide amouröse Avancen gegenüber einer Dritten. Das Verhalten von Z gefällt dem ebenfalls anwesenden Y überhaupt nicht, der daraufhin beginnt auf diesen einzuschlagen. Nach einigen Schlägen beteiligt sich X an den Körperverletzungshandlungen gegenüber Z. Dieser verstirbt an den Folgen der Verletzungshandlungen. Generell müssen beide Täter sich auf Grund der mittäterschaftlichen, iterativen Begehungsweise die Tatbeiträge des anderen zurechnen lassen. Es konnte jedoch nicht festgestellt werden, welche Handlung den Tod herbeigeführt hat. Daher ist der BGH in dubio pro reo davon ausgegangen, dass bereits vor Hinzutreten des X der Z die todesursächliche Handlung ausgeführt haben könnte. X musste sich infolgedessen zwar die Körperverletzungshandlungen des Z zurechnen lassen, jedoch nicht den Eintritt der

² Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

³ *Joecks*, Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 25 Rn. 67; *Schünemann*, in Leipziger Kommentar (LK), 12. Aufl. 2006, § 25 Rn. 155.

⁴ *Joecks*, in Münchener Kommentar (MüKo), Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 233.

⁵ BGHSt 37, 292.

⁶ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 21/43.

⁷ *Hoyer*, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Stand 2012, § 25 Rn. 127.

⁸ BGH NSTe, § 25 Nr. 4; *Joecks*, in MüKo (Fn. 7), § 25 Rn. 230.

⁹ BGHSt 2, 345; BGH GA 1986, 229; *Schünemann*, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 197.

¹⁰ *Heine*, in Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 91.

¹¹ BGH NSTz 2009, 631.

schweren Folge. Er konnte lediglich wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt werden.

Eine Mittäterschaft ist abzulehnen, wenn das Tun des später Eintretenden auf den weiteren Geschehensverlauf ohne Einfluss bleibt. So verhält es sich in dem folgenden Fall:¹² X und Y geraten nach einem Überfall auf Z mit diesem in eine tätliche Auseinandersetzung. Y will den Z als einzigen Zeugen der Tat beseitigen. Er sticht aus diesem Grund mit einem Messer in dessen Rumpf, wobei dieser Stich nicht tödlich ist. Im weiteren Verlauf wird sechsmal auf Z eingestochen und er verstirbt. Wer dem Z die tödliche Verletzung beigebracht hat, lässt sich im Nachhinein nicht mehr feststellen. X billigt Ys Verhalten, spätestens als Z bereits tödlich verletzt am Boden liegt. Er ist gleichzeitig mit der Tötung einverstanden und schneidet Z noch zweimal mit dem Messer in den Hals. Zu X Gunsten ist jedoch davon auszugehen, dass Y den tödlichen Stich ausgeführt hat und die durch ihn ausgeführten Schnitte den Eintritt des Todes auch nicht beschleunigten. Somit konnte X keinen für die Tötung ursächlichen Tatbeitrag leisten und eine mittäterschaftliche Mitwirkung kommt nicht in Betracht.

Ein weiteres Problem, welches das Urteil aufwirft, ist der **Exzess eines Mittäters**. Dieses Rechtsinstitut wird nicht kontrovers diskutiert. Einem Mittäter sind generell nur diejenigen Tatbeiträge Anderer zuzurechnen, welche sich im zumindest grob umrissenen Rahmen eines gemeinsamen Tatplans bewegen.¹³ Dabei ist zu beachten, dass der Einzelne nur bis zur Grenze seines Vorsatzes haftet.¹⁴ Verwirklicht also ein Mittäter Qualifikationsmerkmale oder Straftaten, die vom Vorsatz des anderen abweichen, scheidet eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 aus. Ein Mittäter kann aufgrund zusätzlich begangener

Straftaten oder Qualifikationen nur dann bestraft werden, wenn er mit der Begehung dieser wenigstens gerechnet und sie in Kauf genommen hat. Anders verhält es sich, wenn ein Mittäter sich aus Gleichgültigkeit auch ohne konkretisierende Vorstellung von vornherein mit allem ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt oder an der Vollendung nicht im Tatplan enthaltener Taten vorsätzlich mitgewirkt hat.¹⁵ In diesem Falle ist eine mittäterschaftliche Strafbarkeit nicht ausgeschlossen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Ingesamt rügt der BGH in seinem Urteil Unklarheiten hinsichtlich des Zurechnungsmaßstabes. Er stimmt dem Landgericht darin zu, dass der gemeinsame Tatplan auch konkludent durch arbeitsteilige Tatausführung gefasst werden kann. Jedoch weist er darauf hin, dass die Feststellung, B habe D völlig unvorhergesehen auf den Kopf getreten, vom Landgericht nicht berücksichtigt wurde. Nach Ansicht des BGH kommt im Hinblick auf dieses Geschehen unter Umständen ein Mittäterexzess in Betracht.

Als fragwürdig erweisen sich nach Auffassung des BGH die Anknüpfungstatsachen des Landgerichts bezüglich des mittäterschaftlichen Totschlagsversuchs. Es ergeben sich auch aus dem Zusammenhang der bezüglich des Zurechnungsmaßstabes widersprüchlichen Urteilsgründe keine tragfähigen Anknüpfungspunkte. Dabei ist die Angabe des Maßstabes, an welchem das Landgericht die Bewertung des Tatgeschehens als mittäterschaftlich begangenen Totschlagversuch misst, unentbehrlich.

Abschließend sieht der BGH für die Annahme eines sukzessiv gefassten Tatplans die nachträgliche Billigung einer Handlung als nicht ausreichend an. Offen bleibt, ob A seine an den Fußtritt von B anschließenden Gewaltanwendungen möglicherweise als todesför-

¹² BGH NSTz 1998, 565.

¹³ BGHSt 36, 231; BGH, GA 1986, 450.

¹⁴ Joecks, in Studienkommentar (Fn. 3), § 25 Rn. 73.

¹⁵ Joecks, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 236; Schönemann, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 176.

dernd oder todesbeschleunigend erfasst hat. Dabei wird ebenfalls nicht eingehend vom Landgericht erörtert, in welchem Zustand sich A befand, nachdem B den Tritt ausgeführt hatte und A anschließend wieder hinzutrat. Zudem erscheint die Ablehnung des Tötungsvorsatzes bei B rechtlich bedenklich. Dies wurde vom Landgericht zwar mit der Annahme einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung gerechtfertigt, jedoch erscheint diese Begründung dem BGH lückenhaft und widersprüchlich.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Auch wenn der vorliegende Sachverhalt aufklärungsbedürftig ist, sind für die Studierenden wichtige Erkenntnisse aus dem Urteil ableitbar. Die Aktualität der Thematik bedeutet eine besondere Examensrelevanz. Denn in jüngster Zeit haben deutschlandweit eine Reihe von gewalttätigen Übergriffen von aggressiven und alkoholisierten Jugendlichen gegenüber unbeteiligten Passanten für Aufsehen gesorgt.¹⁶ Zudem besitzen Täterschaft und Teilnahme in der juristischen Ausbildung eine immer währende Aktualität. Als Spezialproblem stellt sich dabei die sukzessive Mittäterschaft dar. Für die Behandlung dieses problembehafteten Rechtsinstituts gilt es, einigen Kerngedanken des deutschen Strafrechts in besonderem Maße Beachtung zu schenken.

In einer Sachverhaltsbeurteilung ist der Zeitpunkt, in welchem der Vorsatz gefasst wird, entscheidend. Nach dem Simultaneitätsprinzip muss dieser zum Zeitpunkt der Tat vorliegen. Ein nachträglich gefasster **dolus subsequens** reicht insofern nicht aus.¹⁷ Lässt sich der Zeitpunkt des Vorsatzes nicht eindeutig feststellen, muss nach dem

¹⁶ *Eppelsheim*, Wer gegen den Kopf tritt, will töten, FAZ - Online vom 06.10.2009, <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/jugendliche-gewalt-gegen-den-kopf-tritt-will-toeten-1624226.html>.

¹⁷ *Vogel*, in LK (Fn. 3), § 15 Rn. 52.

Grundsatz „**in dubio pro reo**“ davon ausgegangen werden, dass dieser zum Zeitpunkt der Tat (noch) nicht vorlag. Aus dem Grundsatz folgt, dass das Gericht seine Verurteilung nur auf Tatsachen stützen darf, die nachgewiesen sind.¹⁸

Der Klassiker unter den Meinungsstreitigkeiten über die Anwendung von sukzessiver Mittäterschaft zwischen Vollendung oder Beendigung spielt ausschließlich bei Delikten mit überschießender Innentendenz eine Rolle. Bei den hier einschlägigen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten ist dieser nicht relevant, da Vollendung und Beendigung der Tat zusammenfallen. Dennoch soll an dieser Stelle aufgrund der hohen Examensrelevanz dieser wichtige Streitstand kurz erläutert werden.

Generell sind zeitliche Grenzen und Zurechenbarkeit der sukzessiven Mittäterschaft umstritten.¹⁹ Erforderlich für die sukzessive Mittäterschaft ist – wie oben unter 2. erwähnt – ein nachträgliches gegenseitiges Einverständnis sowie Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen.²⁰ Wenn dies vorliegt, wird dem Eintretenden nach Meinung des BGH das bisher Geschehene, sofern es sich dabei nicht um bereits abgeschlossene Tatteile handelt, gem. § 25 Abs. 2 stets zugerechnet. Er ist der Ansicht, dass sukzessive Mittäterschaft auch zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat noch möglich ist und geht damit von einem extensiven Begriff der Mittäterschaft aus.²¹ Ein Großteil der Literatur verfolgt hingegen einen restriktiven Mittäterschaftsbegriff;

¹⁸ *Danecker*, in LK (Fn. 3), Anh. § 1 Rn. 1.

¹⁹ Beispiel: X entwendet in der Fabrikanlage des O schwere Metallteile und versteckt sie in einem Gebüsch unmittelbar neben der Fabrik. Y billigt die Tat des X und unterstützt diesen gegen Zuspruch eines Anteils an der Beute beim Wegschaffen der Teile.

²⁰ *Joecks*, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 216.

²¹ BGH NStZ 2000, 594; *Fischer*, StGB Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 25 Rn. 21.

hiernach soll sukzessive Mittäterschaft nur bis zur tatbestandlichen Vollendung des jeweiligen Delikts möglich sein.²²

Erwähnenswert für die sachgerechte Erfassung der Thematik ist, dass sich Probleme ergeben können, wenn die Tat im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Dabei ist es umstritten, ab welchem Zeitpunkt die Tatbeiträge der Mittäter als gemeinsam erbracht angesehen werden. Nach der **Gesamtlösung** beginnt der Versuch der mittäterschaftlichen Tat dann, wenn ein Mittäter das Versuchsstadium erreicht hat.²³ Die **Einzellösung** stellt demgegenüber auf den Tatbeitrag des Einzelnen ab.²⁴

5. Kritik

Wir empfinden es als erfreulich, dass der BGH im Ausgangsfall mit der ungenauen Annahme der sukzessiven Mittäterschaft des Landgerichts nicht übereinstimmt und den Fall zurück verweist. Denn die Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft würde zu einem paradoxen Ergebnis führen: Wäre der Erfolg des Todes bei D eingetreten, könnte dies dem A nicht über § 25 Abs. 2 zugerechnet werden. Die Tat wäre bereits beendet und eine Zurechnung der Beiträge, wie oben bereits dargestellt, somit nicht möglich. Da jedoch der Tritt lediglich zum Versuch des Totschlags führte, ist eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 möglich. Generell lässt sich auch im vorliegenden Fall die Tendenz des BGH erkennen, die Mittäterschaft extensiv auszulegen.²⁵

Anstelle der sukzessiven Mittäterschaft empfiehlt der BGH eine erneute Sachverhaltsüberprüfung dahingehend, ob ein Mittäterexzess vorliegt. Für uns ist nicht ersichtlich, inwiefern in der vorliegenden Konstellation zum Zeit-

punkt des Fußtritts durch B überhaupt noch von einer Mittäterschaft ausgegangen werden kann. Wie oben ausgeführt, setzt die Mittäterschaft einen gemeinsamen Tatplan voraus. Laut Sachverhalt wirkt B auf A beschwichtigend ein und hält ihn davon ab, weitere Gewalttaten gegen C zu begehen. Daher erscheint es uns inkonsequent nach diesem Vorfall weiterhin von dem Bestehen eines gemeinsamen Tatplans auszugehen.

Eine Mittäterschaft durch die erneute Fassung eines gemeinsamen Tatplans wäre nur dann denkbar, wenn es zwischen A und B wiederum zu einem verbalen oder physischen Kommunikationsvorgang gekommen wäre. Umgekehrt wäre eine mittäterschaftliche Beteiligung abzulehnen, wenn A die Tat des B nicht wahrgenommen hätte und keine vorherige Verabredung stattfand. Hätten sich A und B geeinigt, D gemeinschaftlich zu verprügeln sowie ihm mit (bedingtem) Tötungsvorsatz auf den Kopf zu treten, wäre eine Mittäterschaft hinsichtlich eines versuchten Totschlags gegeben. Anders liegt der Fall jedoch, wenn bei A kein bedingter Tötungsvorsatz vorläge. Dann wäre die Tathandlung durch B ein, wie vom BGH angedachter, dem A nicht zurechenbarer Mittäterexzess. Eine sukzessive Mittäterschaft zum versuchten Totschlag, welche das Landgericht in seiner ursprünglichen Entscheidung angenommen hat, könnte allenfalls auf der Grundlage anzunehmen sein, dass A sich seine Handlungen als todesfördernd vorgestellt hat. Darüber hinaus wäre in diesem Falle jedoch zu beachten, dass A mit dem Ablassen von D von dem versuchten Totschlag zurückgetreten sein könnte.

Nimmt das Landgericht nach erneuter Überprüfung des Sachverhalts eine Mittäterschaft an, würde dies nicht zu demselben Paradoxon führen wie die bisherige Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft des A; eine Zurechnung des Totschlagsversuchs hinge wie bei einer Beendigung von der vorherigen

²² *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., 2009, Rn. 1237; *Schünemann*, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 197.

²³ *Joecks*, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 260.

²⁴ *Hillenkamp*, in LK (Fn. 3), § 22 Rn. 171.

²⁵ Siehe schon *Marxen/Rösing*, in FAMOS 12/08; BGH NSTZ 2008, 280.

Billigung der Handlung des B durch A ab. Der gemeinsame Tatplan müsste dann noch bestanden haben. Wie oben bereits erwähnt, führt der BGH zum Tatplan aus, dass ein "bewusstes und gewolltes Zusammenwirken" erforderlich ist. Ob und wie sich ein derartiges Zusammenwirken nach dem Beschwichtigungsversuch des B noch annehmen lässt, erscheint höchst fraglich.

(Bosse Kühn / Leonie Lockau)

1. Sachverhalt¹

A und B leben in einer losen Beziehung, welche B gerne vertiefen würde, für A jedoch nur eine kurzweilige Unterhaltung darstellt. B ist ihm daher mit ihren Wünschen zunehmend lästig.

Am Tatabend holt A die B mit dem Auto ab und sie fahren auf einen abgelegenen Feldweg. Dort kommt es zum Geschlechtsverkehr, wonach A der B mit einem Messer mindestens dreimal in den Hals sticht und diese kurz darauf verblutet.

Es kann nicht eindeutig festgestellt werden, ob der Geschlechtsverkehr gegen den Willen des Opfers oder einvernehmlich stattfand. Aus diesem Grund werden mit Hilfe von Sachverständigen zwei alternative Tatabläufe als Grundlage des Urteils angenommen.

Für den ersten Fall wird unterstellt, dass der Geschlechtsverkehr einvernehmlich stattfand und A bei der Tötung handelte, weil er das Opfer durch das Drängen auf eine längerfristige Beziehung als störend empfand. Ging dem Tötungsgeschehen hingegen eine Vergewaltigung voraus, so wäre in diesem alternativen Fall anzunehmen, dass A durch die Tötung das Entdecken dieser Straftat verhindern wollte.

¹ Der vorliegende Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

August 2012

Der austauschbare Mord-Fall

Die Wahlfeststellung

§ 211 StGB, Art. 103 II GG

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage ist auch im Hinblick auf die alternative Verwirklichung verschiedener Mordmerkmale rechtlich möglich.

2. Voraussetzung ist, dass unter Ausschluss anderweitiger Geschehensabläufe immer jeweils eines der Mordmerkmale erfüllt ist.

BGH, Urteil vom 8. März 2012 – 4 StR 498/11

Das Landgericht verurteilt den Angeklagten aufgrund der alternativen Tatfeststellungen wegen Mordes; für die erste Variante nimmt es dabei niedrige Beweggründe, für den zweiten Fall Verdeckungsabsicht an. A legt gegen die Entscheidung Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Problematik des Falles liegt in dem Umgang mit Sachverhaltsungewissheiten. Für diese spielt die Anwendung des **Grundsatzes „in dubio pro reo“** eine große Rolle.

Dieser Grundsatz, der im deutschen Recht aus Art. 103 II GG hergeleitet wird,² aber auch in Art. 6 II EMRK festgeschrieben ist, besagt, dass das Ge-

² *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 5. Auflage 2011, § 48 Rn. 1.

richt nach Abschluss der Beweisaufnahme für eine Verurteilung vollständig von der Schuld des Angeklagten und dessen Begehung der Tat überzeugt sein muss. Andernfalls muss er freigesprochen werden.³ Daher muss bei Einzelfragen im Zweifel die für den Angeklagten günstigere Variante angenommen werden.⁴

Steht der Tathergang nicht sicher fest, hat der Täter sich am Ende aber nach allen noch übrig bleibenden Möglichkeiten strafbar gemacht, wäre ein Freispruch bei konsequenter Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo in vielen Fällen unbillig,⁵ so zum Beispiel, wenn der Angeklagte, in dessen Besitz gestohlene Sachen gefunden werden, nach der Überzeugung des Richters entweder einen Diebstahl gemäß § 242 StGB⁶ oder eine Hehlerei gemäß § 259 begangen hat.⁷

Daher wurden von Rechtsprechung und Lehre Kriterien entwickelt, die einerseits unangemessene Freisprüche verhindern, andererseits den Beschuldigten vor einer unverdienten Verurteilung schützen sollen.

Das Gericht kann den Täter bei Bestehen eines zeitlichen oder normativen Stufenverhältnisses wegen eines konkreten Delikts verurteilen. Dafür muss jedenfalls feststehen, dass er dieses Delikt begangen hat, auch wenn zusätzliche Tatumstände nicht eindeutig geklärt sind.

Zeitliche Stufenverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass bei zwei

aufeinanderfolgenden Sachverhalten einer sicher feststeht, der andere jedoch nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann. Stellt sich der spätere Sachverhalt als sicher dar (Postpendenzfeststellung), so wird der Täter nur wegen des später festgestellten Delikts verurteilt. Steht hingegen der frühere Sachverhalt fest (Präpendenzfeststellung), wird er nur aufgrund dessen Verwirklichung verurteilt.⁸

Normative Stufenverhältnisse können in zwei Formen vorliegen. Kann die Begehung eines Tatbestandes festgestellt werden, ohne dass Klarheit darüber besteht, ob der Täter darüber hinaus möglicherweise noch weitere Merkmale (zum Beispiel einer Qualifikation) erfüllt hat, ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo nur das sicher erfüllte Delikt zu bestrafen. Kann im anderen Fall nicht geklärt werden, welche Begehungsform der Täter gewählt hat, und schließen sich dabei das schwerere und das leichtere Delikt gegenseitig aus, so wird in dubio pro reo nur nach dem milderen Delikt bestraft (normatives Stufenverhältnis im engeren Sinne).⁹ Dies ist beispielsweise bei Vorsatz und Fahrlässigkeit der Fall.

Hat der Täter jedoch unter Ausschluss sämtlicher anderer Möglichkeiten entweder das eine oder das andere in etwa gleich schwere Delikt verwirklicht, schließen sich die Delikte aber gegenseitig aus (Tatbestandsalternativität), so kommt eine sog. „**echte Wahlfeststellung**“ in Betracht. Diese stellt eine ungeschriebene Ausnahme vom Grundsatz in dubio pro reo dar, wonach der Täter unter bestimmten Voraussetzungen wahlweise nach dem einen oder dem anderen Tatbestand verurteilt werden kann.¹⁰

Dieses Instrumentarium wird allerdings von einigen Stimmen in der Lite-

³ Heinrich, Strafrecht AT II, 2. Auflage 2010, Rn. 1449 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 3. Auflage 2011, § 57 Rn. 1.

⁴ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Auflage 2011, § 18 Rn. 802.

⁵ Ganz h.M., so Beulke/Fahl, Jura 1998, 265; Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 1 Rn. 58 ff; Norouzi, JuS 2008, 17; abweichend Frister, in Nomos-Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2010, nach § 2 Rn. 83 ff.

⁶ Folgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁷ Beispiel aus Haft, Strafrecht AT, 9. Auflage 2004, S. 41.

⁸ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Auflage 2003, § 10 Rn. 25 ff.

⁹ Heinrich (Fn. 3), Rn. 1459 ff.

¹⁰ Wessels/Beulke (Fn. 4), § 18 Rn. 805.

ratur abgelehnt.¹¹ Die wahlweise Verurteilung gerate aufgrund der mit ihr verbundenen Unsicherheiten in einen nicht hinnehmbaren Konflikt mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit sowie dem Grundsatz in dubio pro reo.

Eine andere Ansicht stellt hingegen das ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip enthaltene Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit in den Vordergrund und erklärt damit jede Wahlfeststellung für zulässig.¹²

Die ganz h. M. vertritt hingegen einen vermittelnden Ansatz.¹³ Zum Erreichen einer „praktischen Konkordanz“ von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit soll durch verhältnismäßige Beschränkung des einen zugunsten des anderen jedem zu optimaler Wirksamkeit verholfen werden. Im Wesentlichen müssen demnach die folgenden Voraussetzungen gegeben sein.

Zunächst muss eine Unsicherheit im Sachverhalt vorliegen, die sich auch unter Ausschöpfung aller prozessualen Erkenntnismittel nicht aufklären lässt, wobei aber jede der in Frage kommenden tatsächlichen Konstellationen unter Ausschluss jeder weiteren Möglichkeit ein Strafgesetz verletzt.¹⁴

Weiterhin müssen die in Betracht kommenden Straftatbestände in etwa gleich schwer wiegen. Stehen diese in einem normativen Stufenverhältnis, also wie oben dargelegt in einem Verhältnis des „Mehr oder Weniger“ zu einander, so gilt der Grundsatz in dubio pro reo, sodass der Täter nach dem minder schweren Delikt zu bestrafen

ist. Für die Wahlfeststellung bleibt dann kein Raum mehr.¹⁵

Außerdem müssen die Tatbestände einander ähneln. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH müssen die in Betracht kommenden Tatbestände deswegen sowohl rechtsethisch als auch psychologisch vergleichbar oder gleichwertig sein.¹⁶ Unter **rechtsethischer Vergleichbarkeit** versteht man eine annähernd gleiche Schwere der Schuld und eine nach allgemeinem Rechtsempfinden sittlich und rechtlich vergleichbare Bewertung. Dies setzt beispielsweise voraus, dass durch die Taten annähernd gleiche Rechtsgüter verletzt werden und für sie auch in etwa die gleiche Strafe festgesetzt werden müsste.¹⁷ Die **psychologische Vergleichbarkeit** erfordert eine einigermaßen gleich gartete seelische Beziehung des Täters zu den in Frage stehenden Verhaltensweisen. Eine solche ist gegeben, wenn die Einstellung des Täters zu den Rechtsgütern und seine Motivation ähnlich sind.¹⁸ So hat die Rechtsprechung beispielsweise eine Wahlfeststellung zwischen Diebstahl gemäß § 242 und Hehlerei gemäß § 259 für zulässig erklärt.¹⁹ Durch den BGH und Teile der Lehre wird auch die echte Wahlfeststellung (im Gegensatz zur später dargestellten unechten Wahlfeststellung) bei den verschiedenen Tatbestandsvarianten des Mordes gemäß § 211 bejaht.²⁰ Unzulässig hingegen ist eine Wahlfeststellung zwischen Betrug gemäß § 263 und Hehlerei gemäß § 259 wegen man-

¹¹ Alwart, GA 1992, 562; Frister (Fn. 5), nach § 2 Rn. 97; Gaede, in Anwaltskommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 51.

¹² Nüse, GA 1953, 39; von Hippel, NJW 1963, 1533; Zeiler, ZStW 1964, 156.

¹³ BGHSt 22, 12; Eser/Hecker (Fn. 5), § 1 Rn. 67 f.; Wolter, JuS 1983, 363.

¹⁴ BGHSt 12, 386, 388; Fischer, StGB, 59. Auflage 2012, § 1 Rn. 19.

¹⁵ BGHSt 22, 154, 156; Heinrich (Fn. 3), Rn. 1469; Rengier (Fn. 3), § 57 Rn. 7, 14; Wessels/Beulke (Fn. 4), § 18 Rn. 806.

¹⁶ RGSt 68, 257; BGHSt 9, 390, 394; 21, 152, 153.

¹⁷ BGH wistra 1985, 67; Heinrich (Fn. 3), Rn. 1470.

¹⁸ BGHSt 9, 390, 394; Wessels/Beulke (Fn. 4), § 18 Rn. 806.

¹⁹ RGSt 68, 257, 262; BGHSt 1, 302; 9, 390, 393; 12, 386.

²⁰ BGHSt 22, 12; Kraatz, JURA 2006, 615; Rengier (Fn. 3), § 57 Rn. 29.

gelnder Vergleichbarkeit der Tatbestände.²¹

Gegen diese vom BGH entwickelten Kriterien wird eingewandt, sie seien konturenlos und willkürlich.²² Es handle sich dabei um eine Leerformel, die jeglicher Rechtssicherheit entbehre. Nach dieser Ansicht wird darauf abgestellt, ob der **Unrechtskern der Taten identisch** ist, was dann vorliegen soll, wenn sich Taten gegen dasselbe Rechtsgut richten und der Handlungsunwert gleichwertig ist.

Fällt die Ähnlichkeitsentscheidung positiv aus und sind beide Tatbestände verschieden schwer, ist in dubio pro reo die Strafe dem milderen Gesetz zu entnehmen.²³ Die wahldeutige Verurteilung ist im Schuldspruch offen auszuweisen, d.h. der Schuldspruch ist alternativ zu fassen.²⁴

Die echte Wahlfeststellung ist von der so genannten „**unechten Wahlfeststellung**“ abzugrenzen. Hier steht fest, dass der Täter einen Straftatbestand verwirklicht hat, unklar ist jedoch, durch welche Verhaltensweise er dies erreichte (Tatsachenalternativität).²⁵ Erforderlich und ausreichend ist hier, dass bei sämtlichen Sachverhaltsvarianten, welche der Tatrichter nach Ausschöpfung aller Beweismittel unter Ausschluss anderweitiger Geschehensabläufe für möglich erachtet, der betreffende Tatbestand erfüllt ist.²⁶ In solchen Fällen erfolgt eine eindeutige Verurteilung auf einer wahldeutigen Tatsachengrundlage.²⁷

Dem sind Fälle gleichzustellen, in denen feststeht, dass der Täter eine von mehreren gleich schweren Begehungsformen oder eines von mehreren Qualifikationsmerkmalen einer Straftat mit Sicherheit verwirklicht hat.²⁸ Voraussetzung ist aber, dass die zur Wahl stehenden Modalitäten im Unrechts- und Schuldgehalt vergleichbar sind, weswegen auf obige Ausführungen verwiesen werden kann.²⁹ Die unechte Wahlfeststellung kann demnach einer Ansicht nach auch bei den verschiedenen Motivmerkmalen des Mordtatbestandes gemäß § 211 II, 1. und 3. Gruppe zulässig sein.³⁰

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung, dass eine Verurteilung unter Anwendung der Wahlfeststellung auch im Hinblick auf die alternative Verwirklichung verschiedener Mordmerkmale möglich ist.³¹

Voraussetzung hierfür ist, dass bei sämtlichen Sachverhaltsvarianten, welche der Tatrichter nach Ausschöpfung aller Beweismittel unter Ausschluss anderweitiger Geschehensabläufe für möglich erachtet, eines der Mordmerkmale erfüllt ist.³² In einem solchen Fall müssen die Urteilsgründe anstelle der für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen die Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, den äußeren und inneren Sachverhalt der Verhaltensweisen schildern, die nach Überzeugung des Gerichts allein in Betracht

²¹ BGH NSTZ 1985, 123.

²² Hruschka, MDR 1967, 267; Jakobs, GA 1971, 257.

²³ Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 8), § 10 Rn. 49; Haft (Fn. 7), S. 42.

²⁴ Beispiel: Der Angeklagte X ist des Diebstahls oder der Hehlerei schuldig; Rengier (Fn. 3), § 57 Rn. 10

²⁵ Fischer (Fn. 14), § 1 Rn. 25; Rengier, (Fn. 3), § 57 Rn. 17; Beispiel: Unklarheit darüber, welcher Sexualkontakt zur HIV-Infektion geführt hat; BGHSt 36, 269.

²⁶ Vgl. Fischer (Fn. 14), § 1 Rn. 27.

²⁷ Heinrich (Fn. 3), Rn. 1474; Rengier (Fn. 3), § 57 Rn. 17.

²⁸ Wessels/Beulke (Fn. 4), § 18 Rn. 808.

²⁹ Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 8), § 10 Rn. 21; a. A. Rudolphi/Wolter, Systematischer Kommentar zum StGB, Stand 2009, Anhang zu § 55 Rn. 28.

³⁰ Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 8), § 10 Rn. 22; Heinrich (Fn. 3), Rn. 1475.

³¹ BGH, Urteil vom 8. März 2012 – 4 StR 498/11 Rn. 8; so auch schon BGHSt 22, 12; BGH NSTZ-RR 1999, 106.

³² BGH, Urteil vom 8. März 2012 – 4 StR 498/11 Rn. 9.

kommen; andere Möglichkeiten müssen sicher ausgeschlossen sein.³³

Offen lässt der BGH in seiner Entscheidung, welche Wahlfeststellung genau er erfüllt sieht. Auch die Vergleichbarkeit der beiden Mordmerkmale prüft er nicht.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Umgang mit Sachverhaltsungleichheiten ist immer wieder Gegenstand von Examensklausuren. Die Schwierigkeit liegt für den Bearbeiter häufig in dem eher ungewohnten Aufbau, der im Folgenden näher erläutert wird.

Liegen in einem Sachverhalt tatsächliche Zweifel vor, so ist in einem ersten Schritt jede mögliche Sachverhaltskonstellation getrennt und vollständig zu erörtern.³⁴ Erst in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, wie sich die Zweifel auf eine Bestrafung auswirken:³⁵

Ergibt sich aus der Prüfung, dass der Täter in einer der in Betracht kommenden Konstellationen straflos ist, so muss er auch im Ergebnis straflos sein. Macht er sich hingegen in jeder Konstellation strafbar, so ist zu differenzieren. Wird in allen Konstellationen derselbe Straftatbestand verwirklicht (unechte Wahlfeststellung), ist eine eindeutige Verurteilung ohne Verstoß gegen den Grundsatz in dubio pro reo möglich. Werden hingegen in den verschiedenen Konstellationen unterschiedliche Straftatbestände verwirklicht, so ist zunächst zu prüfen, ob ein Stufenverhältnis vorliegt. Hier ist ggf. in dubio pro reo nach dem milderem Delikt zu bestrafen. Ist zwischen den verschiedenen Straftatbeständen kein Stufenverhältnis vorhanden, so ist das Vorliegen

einer echten Wahlfeststellung möglich, soweit die in Betracht kommenden Straftaten rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind bzw. der Unrechtskern der Taten identisch ist. Ist dies nicht gegeben, ist der Täter ebenfalls in dubio pro reo straflos.

5. Kritik

Zuerst ist der Verwendung der Wahlfeststellung in ihren Grundsätzen zuzustimmen, denn mit ihr können wirksam die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips in Einklang gebracht werden. In problematischen Fällen, bei denen es möglicherweise einzelne Beweisschwierigkeiten gibt, kann sie den Ausgleich schaffen, der für eine angemessene Verurteilung von Nöten ist. Auf der anderen Seite erscheint auch die Eingrenzung durch verschiedene Kriterien notwendig, um gleichzeitig den Angeklagten zu schützen. Ansonsten wäre die Gefahr einer willkürlichen Verurteilung zu groß, die es unter allen Umständen zu vermeiden gilt.

Kritikwürdig ist vor allem die Tatsache, dass der BGH in seinem Urteil nicht darauf eingeht, welche Wahlfeststellung (echte oder unechte) er letztendlich annimmt. Der Wortlaut des Urteils ist in dieser Hinsicht bestenfalls zweideutig und kann kaum weiterhelfen. Da Mord das schwerste Delikt des Strafrechts ist, sollte zumindest eine Klarstellung der zugrunde liegenden rechtlichen Figuren erfolgen, vor allem bei einer ungeschriebenen Ausnahme von dem so tragenden Grundsatz in dubio pro reo, der sogar ausdrücklich durch die Verfassung und die EMRK in das deutsche Recht integriert wurde. Dies tut der BGH vorliegend nicht.

Geht man davon aus, dass der BGH seiner vorherigen Rechtsprechung folgt und bei Mordmerkmalen die echte Wahlfeststellung bejaht, so fehlt jeder Verweis auf die selbst aufgestellten Kriterien der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit, welche zumindest angesprochen werden sollten.

³³ BGH, Urteil vom 8. März – 4 StR 498/11 Rn. 9; so auch schon BGH StV 1987, 378 m.w.N.

³⁴ *Kindhäuser* (Fn. 2), § 48 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 3), § 57 Rn. 5.

³⁵ Vgl. zum Fallaufbau *Norouzi* (Fn. 5), 18 ff.

Zuzustimmen ist aber ohnehin der Ansicht, dass im vorliegenden Fall eine unechte Wahlfeststellung einschlägig ist. Diese liegt, wie unter 2. geschildert, dann vor, wenn auf jeden Fall ein bestimmtes Delikt begangen wurde, jedoch unklar ist auf welche Weise. Die echte Wahlfeststellung hingegen findet Anwendung, wenn Unklarheit besteht, welches von zwei unterschiedlichen Delikten begangen worden ist. Hier liegt in beiden alternativen Tatabläufen ein Mord vor, es ist jedoch nicht sicher, ob dieser mit Verdeckungsabsicht oder aus niedrigen Beweggründen begangen wurde. Es kommen also unterschiedliche Merkmale einer Straftat in Betracht.

Dies allein begründet jedoch nicht die Annahme, dass aus verschiedenen Delikten bestraft wird, vielmehr ist schon durch die Fassung des § 211 klargestellt, dass ein gemeinsamer Straftatbestand vorliegt.

Deutlich wird dies, wenn man sich die Grundstruktur der Wahlfeststellung erneut vor Augen führt: Während die unechte Wahlfeststellung auf einer Tatsachenalternativität beruht, verlangt die echte Wahlfeststellung eine Tatbestandsalternativität. Letzteres bedeutet, dass die alternativ verwirklichten Delikte sich gegenseitig ausschließen müssen. Mordmerkmale jedoch schließen sich gegenseitig nicht aus, sie können auch kumulativ vorliegen.

Ein weiteres anzuführendes Argument ist eher praktischer Natur, es bezieht sich auf den Schuldspruch. Bei einer echten Wahlfeststellung wird wegen des einen oder des anderen Deliktes verurteilt, bei einer unechten jedoch nur wegen eines Delikts, da ja nur die konkrete Art der Verwirklichung unklar ist. So wird die Art der Wahlfeststellung schon im Schuldspruch deutlich. Bei Mord wird jedoch generell nie das Merkmal in den Schuldspruch aufgenommen, so dass auch im Urteil zum vorliegenden Fall A nur „wegen Mordes“ verurteilt wurde. Damit deutet alles auf eine unechte Wahlfeststellung hin.

Wird die zusätzliche Prüfung der Vergleichbarkeit in Unrecht und Schuld durchgeführt, die teilweise bei verschiedenen Modalitäten gefordert wird, so gelangt man zum gleichen Ergebnis. Hier ist vor allem zu beachten, dass die Merkmale der ersten und dritten Gruppe des § 211 sich beide auf Motivlagen beziehen. Ihnen ist damit gemeinsam, dass sie auf die innere Motivation des Täters abstellen und somit in dieser Hinsicht vollständig vergleichbar sind. Sowohl das egoistische Bestreben, eine vorhergegangene Straftat zu verdecken, als auch eine Tötung allein aus dem Grund, Forderungen nach einer Beziehung zu entgehen, sind gleich verwerflich in Schuld und Unrecht und genügen damit den Anforderungen der Modalitätvergleichbarkeit im Rahmen der unechten Wahlfeststellung.

Schwieriger (aber nicht ausgeschlossen) wäre dies wohl bei Merkmalen aus der zweiten Gruppe in Kombination mit einem Merkmal aus den anderen beiden, da diese auf die Ausführung der Tat und nicht auf ein Motiv abstellen. Für den vorliegenden Fall ist das jedoch unerheblich.

Es bleibt damit festzustellen, dass bei der Verwirklichung verschiedener Mordmerkmale eine unechte Wahlfeststellung vorliegt und nicht, wie vom BGH häufig angenommen, eine echte Wahlfeststellung. Die Darstellung des BGH bleibt im vorliegenden Urteil unkonkret und lässt eine Klarstellung zu seiner Haltung vermissen.

(Jenny Barthel/Louise Pullmann)

1. Sachverhalt¹

Der 85-jährige P lässt zur Aufklärung von Verdauungsbeschwerden eine Darmspiegelung durch den Arzt A vornehmen. Dieser klärt P über die Risiken der Untersuchung auf und lässt ihn eine Einwilligungserklärung zur Ausführung der Darmspiegelung unterschreiben. Um die Untersuchung schließlich realisieren zu können, wird P unter starke Narkotika gesetzt. Da die Ursache der Beschwerden des P durch die Darmspiegelung nicht geklärt werden kann, beschließt A, gleich im Anschluss eine Magenspiegelung vorzunehmen.

Diese Entscheidung teilt er P mit, wobei ihm bewusst ist, dass eine wirksame Einwilligung dazu von ihm nicht erteilt werden kann, da dieser nach wie vor unter dem Einfluss der Medikamente steht. Dennoch versucht A die Untersuchung durchzuführen, wobei diese daran scheitert, dass P das Einführen des Endoskops nicht durch Schluckbewegungen unterstützen kann. Angesichts dieser Situation ist A sofort klar, dass das der Untersuchung innewohnende bekannte Risiko einer Perforation der Speiseröhre, die zu einer lebensbedrohlichen Mittelfellentzündung führen kann, signifikant erhöht ist, was er aber in Kauf nimmt. Nach mehreren Versu-

September 2012 Speiseröhren-Fall

Die hypothetische Einwilligung

Leitsatz der Bearbeiterinnen:

Die Rechtswidrigkeit eines medizinischen Eingriffs entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – 1 StR 134/11, veröffentlicht in NSTZ 2012, 205

chen lässt die Wirkung der Narkotika nach, was A dazu veranlasst, P erneut eine Ampulle des Wirkstoffes zu spritzen. Es schließen sich weitere erfolglose Versuche an, das Endoskop in die Speiseröhre des P einzuführen. Bei einem der Versuche kommt es zu einer Perforation der Speiseröhre. P muss stationär in einem Krankenhaus behandelt werden und verstirbt schließlich an den sich aus der Speiseröhrenperforation ergebenden Komplikationen.

A wird vom Landgericht vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 StGB, freigesprochen, wogegen die Staatsanwaltschaft und die Nebenklägerin, die Ehefrau des P, Revision zum BGH einlegen.

¹ Aufgrund von ungeklärten Umständen im Originalsachverhalt wurde dieser zum besseren Verständnis leicht gekürzt und abgeändert.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem dieses Urteils liegt in der höchst umstrittenen Figur der hypothetischen Einwilligung.

Nach Auffassung der Rechtsprechung erfüllt der medizinische Eingriff eines Arztes den Tatbestand einer Körperverletzung.² Es wird dabei überwiegend davon ausgegangen, dass die Strafbarkeit des Arztes lediglich gerechtfertigt sein kann, insbesondere durch die Einwilligung³ des Patienten.

Bislang sind zwei Formen der Einwilligung anerkannt. Darunter fallen die unproblematischen Fälle, in denen der Patient nach ordnungsgemäßer Aufklärung tatsächlich in den körperlichen Eingriff einwilligt.⁴ Kann eine **tatsächliche Einwilligung** hingegen nicht eingeholt werden (z.B. bei Notfallpatienten), kommt eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der **mutmaßlichen Einwilligung** in Betracht.⁵ Eine solche liegt vor, wenn es unmöglich ist, die tatsächliche Einwilligung einzuholen und nach der ex ante zu bestimmenden Wahrscheinlichkeit der Patient in den Eingriff eingewilligt hätte.⁶ Dabei wird nicht auf die objektiven Umstände abgestellt, sondern lediglich auf die

(mutmaßlichen) persönlichen und individuellen Interessen des Patienten.⁷

Davon abzugrenzen ist die Figur der **hypothetischen Einwilligung**, bei der es sich um ein aus dem Zivilrecht übernommenes Rechtsinstitut handelt. Hierdurch sollen jene Fälle erfasst, in denen die Zustimmung eines Patienten nicht vorliegt oder diese wegen eines Aufklärungsmangels unwirksam ist, der Patient aber ex post betrachtet bei genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.⁸ Ein Beispiel für die Anwendung der hypothetischen Einwilligung findet sich im **Bandscheibenfall**⁹, in dem eine Ärztin bei einer Patientin, die einen leichten und einen schweren Bandscheibenvorfall in verschiedenen Bereichen der Wirbelsäule erlitten hatte, versehentlich statt des vorgesehenen schweren den leichten Bandscheibenvorfall operierte. Auf Anraten des Chefarztes verschwieg sie der Patientin die Verwechslung und erklärte ihr die Notwendigkeit eines zweiten Eingriffs mit einem Frührezidiv. Aufgrund dieser wahrheitswidrigen Aufklärung erteilte die Patientin die Einwilligung zur weiteren Operation, in welcher der schwere Bandscheibenvorfall entfernt wurde. Die hypothetische Einwilligung wurde in diesem Fall angenommen, weil die Patientin auch bei korrekter Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte.

Die **Anwendung** dieser Rechtsfigur im Strafrecht ist allerdings stark umstritten. Von einem Großteil der Literatur wird sie als unvereinbar mit den Grundsätzen der herrschenden strafrechtlichen Dogmatik komplett abgelehnt.¹⁰ Demgegenüber scheint insbesondere die Rechtsprechung ein Bedürfnis hinsichtlich der Anerkennung

² RGSt 25, 375; seither st. Rspr. (vgl. z.B. BGHSt 11, 111, 112; 43, 306, 308); ablehnend hingegen die h.L. (vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 30 m.w.N.).

³ Zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2011, § 12 Rn. 2 m.w.N.; zur Einwilligung als Ausschluss des obj. Tatbestandes vgl. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.

⁴ Zu den Voraussetzungen einer tatsächlichen Einwilligung vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl. 2011, Rn. 371 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 7 ff.

⁵ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 381; Kindhäuser (Fn. 3), § 19 Rn. 2.

⁶ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 382.

⁷ Heinrich, Strafrecht AT I, 2. Aufl. 2010, Rn. 475; Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 382; Rengier (Fn. 4), § 23 Rn. 58 ff.

⁸ Kuhlen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331, 333.

⁹ BGH NStZ-RR 2004, 16ff.

¹⁰ Überblick zu der Argumentation: Jansen, ZJS 2011, 482, 489-494 m.w.N.

der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht zu sehen.¹¹

Im Falle ihrer Anwendung stellt sich indes die Frage, wo die Figur **dogmatisch einzuordnen** ist. Hier lassen die Entscheidungen des BGH unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten zu.

Im Schrifttum wird zum Teil angenommen, das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung müsse im Rahmen der objektiven Zurechnung auf **Tatbestandsebene** geprüft werden.¹² Unter objektiver Zurechnung versteht man, dass der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert haben muss.¹³ Die objektive Zurechenbarkeit soll dann aber bei Fällen entfallen, in denen ein Erfolg zwar durch ein pflichtwidriges Verhalten verursacht wurde, dieser aber auch eingetreten wäre, wenn der Täter pflichtgemäß gehandelt hätte (Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens).¹⁴ Demnach soll der eingetretene Erfolg nicht als Unrechtserfolg qualifiziert werden, wenn der Patient bei pflichtgemäßer ärztlicher Aufklärung in die konkrete Operation durch den konkret handelnden Arzt eingewilligt hätte.¹⁵ Insofern sei die hypothetische Einwilligung eine Ausprägung des Zurechnungsausschlusses.¹⁶

Es kann aber auch aus dem Wortlaut der neueren Judikate, die von „Rechtswidrigkeit entfällt“¹⁷ sprechen, abgeleitet werden, dass es sich bei der Figur um einen **eigenständigen Rechtfertigungsgrund** handelt. Dem-

nach entfielen bei Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung die Rechtswidrigkeit.¹⁸

Teilweise wird auch erwogen, eine Prüfung der **objektiven Zurechnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit** zu übertragen.¹⁹ Dabei wird davon ausgegangen, dass es zur Begründung der Rechtswidrigkeit einer Tat nicht ausreiche festzustellen, dass ein Rechtfertigungsmangel vorliegt.²⁰ Vielmehr müsse zudem geprüft werden, ob der Taterfolg objektiv zurechenbar auf diesem Rechtfertigungsmangel beruhe.²¹ Die Ansicht geht insofern von einer „strukturellen Analogie“²² von objektiver Zurechnung im Tatbestand und Zurechnung von Rechtfertigungsmängeln aus. Im Falle der hypothetischen Einwilligung fehle es somit an dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Taterfolg und Rechtfertigungsmangel, da der Patient auch dann in den Eingriff eingewilligt hätte, wäre er wirksam aufgeklärt worden.²³ Diese Ansicht lässt im Ergebnis aufgrund dieser fehlenden Zurechnung das Erfolgsunrecht der Tat entfallen. Bestehen bleibt hingegen das Handlungsunrecht, welches durch die Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit Berücksichtigung finde.²⁴

Schließlich gibt es Stimmen, die die hypothetische Einwilligung außerhalb des klassischen Deliktaufbaus als **Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund** prüfen.²⁵ Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe sind dabei Umstände, die eine Strafbar-

¹¹ BGH NStZ-RR 2004, 16; BGH NStZ 2004, 442; BGH NStZ-RR 2007, 340; BGH NStZ 2008, 150.

¹² Roxin (Fn. 3), § 13 Rn. 122 (welcher die Einwilligung insgesamt auf Tatbestandsebene prüft und, insofern konsequent, auch die hypothetische Einwilligung dorthin verortet); Ulsenheimer, NStZ 1996, 132, 133.

¹³ Heinrich (Fn. 7), Rn. 243 m.w.N.

¹⁴ Heinrich (Fn. 7), Rn. 251.

¹⁵ Kuhlen, JR 2004, 227, 229.

¹⁶ Kuhlen (Fn. 8), S. 337.

¹⁷ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; NStZ-RR 2007, 340.

¹⁸ BGH JR 2004, 251, 252; BGH JR 2004, 469; BGH NStZ-RR 2007, 340; BGH NStZ 2012, 205 (dazu unter 3.)

¹⁹ Kuhlen (Fn. 8), S. 338 ff.

²⁰ Kuhlen (Fn. 8), S. 339.

²¹ Kuhlen (Fn. 8), S. 339.

²² Kuhlen (Fn. 8), S. 340.

²³ Kuhlen (Fn. 8), S. 340.

²⁴ Kuhlen, JZ 2005, 713, 716; ders. in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 431, 443.

²⁵ Böcker, JZ 2005, 925, 929.

keit aus kriminalpolitischen Gründen entfallen bzw. nicht entstehen lassen.²⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Auch wenn der BGH den konkreten Fall aufgrund von Sachverhaltsunklarheiten an das Landgericht zurückverweist, kann dennoch aus der Entscheidung abgeleitet werden, dass er die hypothetische Einwilligung prinzipiell zulassen will und dogmatisch auf der Rechtfertigungsebene verortet. Das Gericht scheint bei der hypothetischen Einwilligung von einem eigenständigen Rechtfertigungsgrund auszugehen. Darauf weist hin, dass der BGH einen Erlaubnistatbestandsirrtum prüft, wenn auch unklar bleibt, was er als Voraussetzungen für das Vorliegen eines solchen annimmt. Er stellt somit den Irrtum über das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung dem Irrtum über den anerkannten Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gleich.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Im Rahmen einer Klausur muss auf der Ebene der Rechtswidrigkeit das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen geprüft werden. Dabei gilt es zunächst festzustellen, ob eine tatsächliche Einwilligung vorliegt.²⁷ Ist dies nicht gegeben, muss geprüft werden, ob eine Einwilligung aufgrund zwingender Umstände nicht eingeholt werden konnte, was dann den Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung eröffnet. Liegt hingegen eine tatsächliche Einwilligung vor, muss geprüft werden, ob alle Voraussetzungen der tatsächlichen Einwilligung, insbesondere die Verfügbarkeit des Rechtsguts und die Einwilligungsfähigkeit, gegeben sind. Ist die erklärte Einwilligung unwirksam, insbesondere aufgrund von Aufklärungsmängeln, ist an die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zu denken. Da-

für muss zunächst ermittelt werden, wie ordnungsgemäß aufzuklären gewesen wäre, um dann die Frage zu beantworten, ob der Patient im konkreten Fall daraufhin eingewilligt hätte.²⁸ Stimmen der hypothetische Wille bei korrekter Aufklärung und der nach fehlerhafter Aufklärung tatsächlich erklärte Wille überein, wäre eine hypothetische Einwilligung zu bejahen. An dieser Stelle kann dann diskutiert werden, inwiefern es überhaupt möglich ist, Hypothesen über die Willensbildung aufzustellen. Dies kann als Überleitung zu einer kurzen Darstellung der Argumente für und gegen die Anwendung der hypothetischen Einwilligung dienen. Im Ergebnis sollte man aufgrund der großen Rechtsunsicherheiten die Figur ablehnen.²⁹ Der Arzt wäre dann nach einem vollendeten Delikt zu bestrafen.

5. Kritik

Fraglich ist, ob die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung des BGH überzeugen kann. Leitet man aus der Formulierung „die Rechtswidrigkeit entfällt“ ab, dass es sich bei der hypothetischen Einwilligung um einen selbstständigen Rechtfertigungsgrund handelt, wäre bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen das eigentlich pflichtwidrige Verhalten gerechtfertigt. Gegen diese Einordnung sprechen allerdings die strukturellen Unterschiede, welche zwischen den anerkannten Rechtfertigungsgründen der tatsächlichen bzw. mutmaßlichen Einwilligung und der hypothetischen Einwilligung bestehen.

Das Bedürfnis der Strafrechtsordnung, in bestimmten Fällen das Unrecht einer Tat entfallen zu lassen, ist zuvorderst in der Idee begründet, dass das Interesse am Schutz des verletzten Rechtsguts in Widerstreit mit anderen wichtigeren Interessen gerät und durch

²⁶ *Kindhäuser* (Rn. 3), § 6 Rn. 14; *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 494 ff.

²⁷ A.A. *Roxin* (Fn. 3), § 13 Rn. 12 ff.

²⁸ *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908, 913.

²⁹ Vgl. dazu unter 5.

diese verdrängt wird (Notwehr, Notstand etc.).³⁰

Bei der Einwilligung sowie der mutmaßlichen Einwilligung leitet sich der rechtfertigende Charakter sodann aus der Regel „volenti non fit iniuria“ („dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht“) ab.³¹ Es entfällt dabei das Bedürfnis des Schutzes eines Rechtsguts, weil der Einzelne über seine Güter frei verfügen und somit auch auf seinen strafrechtlichen Schutz verzichten kann.³² Diesen Verzicht macht der Patient bei der tatsächlichen Einwilligung durch seine Äußerung deutlich. In Falle einer mutmaßlichen Einwilligung wird die Patientenautonomie dadurch sichergestellt, dass bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens auf die persönlichen und individuellen Umstände des Patienten abgestellt wird.³³ Die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens beruht dabei auf dem Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnissesatzes in der konkreten Situation des Tatzeitpunktes.³⁴ Es geht also um die Frage, ob von einem generellen Verbot im Einzelfall eine Ausnahme gemacht werden sollte.³⁵

Bei der hypothetischen Einwilligung liegt jedoch keine wirksame Einwilligung in den Verzicht auf den Schutz eines Rechtsguts zum Zeitpunkt der Tat vor, welche das Unrecht der Tat entfallen ließe.³⁶ Der Betroffene hat keinen wirksamen Einfluss auf seinen Rechtsgüterschutz genommen. Fraglich ist, ob dieser fehlende Einfluss zum Tatzeitpunkt durch die Annahme einer Einwil-

ligung im Nachhinein ersetzt werden kann. Dagegen spricht zunächst, dass ein tatsächliches Geschehen schon aus naturgesetzlichen Gründen nicht mit Wirkung für die Vergangenheit verändert werden kann.³⁷ Es bliebe folglich nur noch die Möglichkeit, die nachträglich abgegebene Einwilligung auf den Tatzeitpunkt rückwirken zu lassen. Gegen die Anerkennung der Rückwirkung der nachträglich abgegebenen Einwilligung kann angeführt werden, dass dies zu einer unvertretbaren Rechtsunsicherheit führe, da Umfang und Inhalt einer Strafe zum Zeitpunkt der Tat festliegen müssen.³⁸ Im Fall der Anwendung der hypothetischen Einwilligung hinge ansonsten die Strafbarkeit des Arztes von der Disposition des Patienten ab. Die Entscheidung, welche der Patient im Nachhinein treffen wird, ist im Zweifelsfall von dem (Miss-)Erfolg der Heilbehandlung beeinflusst. Es kann zudem von einer „Regelvermutung“ dahingehend ausgegangen werden, „dass sich niemand von einem Arzt operieren lassen möchte, der ihn vorsätzlich nicht über bestehende Risiken etc. aufklärt“.³⁹ Die wirklichen Umstände des Tatzeitpunktes werden bei einer nachträglichen Willensbildung völlig ausgeblendet.⁴⁰ Die Konstruktion einer Einwilligung ex post käme somit (zumindest psychologisch) einer nachträglichen Genehmigung gleich.⁴¹ Allerdings hat die nachträgliche Genehmigung im Strafrecht keine rechtfertigende Wirkung, was schon aus § 228 StGB deutlich wird, der nur die (vorherige) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anerkennt, indem er eine „Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person,“ voraussetzt.⁴² Die nachträgliche Ge-

³⁰ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 2), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 7.

³¹ *Lenckner*, GA 1985, 301, 304; eine a.A. nimmt auch bei der Einwilligung eine Interessenabwägung vor: *Jansen* (Fn. 10), 485; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 265.

³² *Lenckner*, GA 1985, 301, 304.

³³ Vgl. unter 2.

³⁴ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 2), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 10a; *Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 335.

³⁵ *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 273.

³⁶ *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 269.

³⁷ *Albrecht* (Fn. 33), S. 353.

³⁸ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT Tb. 1, § 34 Rn. 14.

³⁹ *Bosch*, JA 2008, 70, 72.

⁴⁰ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6.

⁴¹ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6.

⁴² *Schlehofer*, in: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 952, 967.

nehmung wird auch dort, wo sie geregelt wird, etwa in § 331 Abs. 3 StGB, nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt, sondern als die bloße Aufhebung der Strafbarkeit.⁴³ Durch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung würde somit der Genehmigung systemwidrig ein Anwendungsbereich als Rechtfertigungsgrund zukommen.

Ferner wird davon ausgegangen, dass sich Rechtfertigungsgründe immer aus einem objektiven und einem subjektiven Element zusammensetzen. Das subjektive Element verlangt, dass der Täter im Bewusstsein gehandelt hat, das Rechtsgut eines anderen in der konkreten Situation nicht in rechtswidriger Weise zu beeinträchtigen.⁴⁴ Bei der hypothetischen Einwilligung ist dem Arzt aber bewusst, dass er nicht auf Grundlage einer Einwilligung, sondern auf Grundlage eines lediglich erdachten Sachverhaltes handelt, denn anderenfalls hätte er auch ohne weiteres vollständig aufklären können.⁴⁵ Im dem Moment, in dem der Arzt an das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung glaubt, vermeint er die Lage des Patienten besser einschätzen zu können als dieser selbst.⁴⁶ Er bevormundet den Patienten somit im Moment des Eingriffes in der Hoffnung, dass der Patient danach mit der ärztlichen Einschätzung konform gehe und diesen „rechtfertige“. Damit fehlt es bei der hypothetischen Einwilligung an dem subjektiven Rechtfertigungselement, denn der Arzt geht bewusst nicht von dem Vorliegen einer wirksamen Einwilligung zum Tatzeitpunkt aus. Er hat lediglich den Glauben daran, durch eine spätere Einwilligung gerechtfertigt zu handeln.

Auch scheint die Figur der hypothetischen Einwilligung den Grundsatz der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung zu unterlaufen. Damit ist gemeint, dass die Figur der mutmaßlichen Einwilligung immer nur dann Anwendung fin-

det, wenn die rechtzeitige Einholung einer tatsächlichen Einwilligung des Berechtigten im Tatzeitpunkt unmöglich ist.⁴⁷ Dadurch wird dem Betroffenen prinzipiell garantiert, eigenverantwortlich mit seinen Rechten umgehen zu können.⁴⁸ Bei der hypothetischen Einwilligung hingegen gibt es keine Voraussetzungen, die eine solche Subsidiarität garantieren würden, denn es fehlt ein Grund, weshalb die Einwilligung des Patienten nicht im Tatzeitpunkt eingeholt wird.⁴⁹ Folglich könnte der Arzt seine Pflicht zur Aufklärung bewusst missachten, bzw. sogar gezielt täuschen und darauf vertrauen, dass er straflos bleibt, denn jeder Zweifel an der Übereinstimmung des hypothetischen Willens mit dem tatsächlichen Patientenwillen oder die Unmöglichkeit einen solchen festzustellen (bei verstorbenen Patienten) wird nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Täters entschieden.⁵⁰ Im Ergebnis gäbe es dann Fälle, in welchen es unerheblich ist, ob eine Einwilligung des Patienten vorlag oder nicht.⁵¹ Die hypothetische Einwilligung stellt sich mithin als äußerst „selbstbestimmungsfeindlich“ dar und kann sogar bis hin zur vollständigen Unterhöhlung der Patientenautonomie führen. Folglich kann dem BGH bei seiner dogmatischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung nicht zugestimmt werden. Im Hinblick auf die weiteren vielen Unklarheiten und Streitigkeiten, welche sich in der Literatur in Bezug auf die Einordnung und den Anwendungsbereich dieser Figur finden lassen, ist der Eingliederung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht insgesamt nicht zuzustimmen.

(Naemi Czempiel/Hannah Mugler)

⁴³ Schlehofer (Fn. 42), S. 968.

⁴⁴ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 277.

⁴⁵ Böcker, JZ 2005, 925, 927.

⁴⁶ Albrecht (Fn. 34), S. 377.

⁴⁷ Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 2), Rn. 54.

⁴⁸ Albrecht (Fn. 34), S. 346.

⁴⁹ Albrecht (Fn. 34), S. 347.

⁵⁰ Sowada, NStZ 2012, 1, 7.

⁵¹ Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 233.

1. Sachverhalt¹

Im Regionalexpress wird A von Beamten der Bundespolizei angesprochen und gebeten, sich auszuweisen. Der Grund dafür ist, dass die Polizei nach Anschlagdrohungen von islamistischen Gruppierungen ein verstärktes Augenmerk auf Personen mit „anderer“² Hautfarbe richtet.

A reagiert darauf aggressiv und verweigert zudem, sich auszuweisen. Nach einer längeren Diskussion folgen ihm die Beamten, darunter auch Polizist B, zu seinem Sitzplatz. Die anderen Fahrgäste beobachten das Geschehen. Als B nach dem Rucksack des A greift, erklärt dieser aufgebracht, dass er sich dadurch an etwas erinnert fühle. Auf die Nachfrage des B, was er meine, sagt A, dass ihn dieses Vorgehen an die Methoden der SS erinnere. B fragt, ob A ihn beleidigen wolle, was dieser verneint. Daraufhin provoziert ihn B nun mit den Worten: „Dann sagen Sie doch, dass ich ein Nazi bin“, worauf A entgegnet: „Nein, das sage ich nicht.“

Das Amtsgericht Kassel verurteilt A wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB³ und behält sich eine Geldstrafe vor.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

² Diese Formulierung wurde aus dem Beschluss übernommen.

³ Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB

Oktober 2012

„SS-Methoden“-Fall

Wahrnehmung berechtigter Interessen

Art. 5 Abs. 1 GG, §§ 185, 193 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Bei einer scharfen Kritik ist es bezüglich der Schwere der Ehrverletzung und ihrer Gewichtung im Rahmen der Gesamtabwägung nach § 193 StGB von entscheidender Bedeutung, ob sich der Beleidigende unmittelbar gegen eine Person oder gegen eine Maßnahme wendet, aus der sich die Beleidigung erst mittelbar ergibt.

2. Es kommt hinsichtlich der kritisierten Maßnahme nicht auf die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit derselben an.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.3.2012 – 2 Ss 329/11; veröffentlicht in NStZ-RR 2012, 244

Hiergegen legt A Sprungrevision zum OLG Frankfurt a.M. ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem des Falles liegt in der Anwendung des Rechtfertigungsgrundes der **Wahrnehmung berechtigter Interessen** nach § 193 hinsichtlich der Beleidigung.

Die **Beleidigung** fällt in die Kategorie der Ehrdelikte und bezeichnet eine Kundgabe der Geringschätzung, Nichtachtung oder Missachtung. Die Kundgabe kann hierbei gemäß Alt. 1 in mündlicher oder schriftlicher Form, symbolischem Verhalten, aber gemäß Alt. 2 auch in Tätlichkeiten bestehen.⁴ Im Gegensatz zur üblen Nachrede und der Verleumdung, die sich auf die Äußerungen ehrenrühriger Tatsachenbe-

⁴ *Joecks*, Studienkommentar StGB, 9. Aufl. 2010, § 185 Rn. 1.

hauptungen gegenüber Dritten beschränken, umfasst die Beleidigung alle ehrverletzenden **Werturteile** (Kundgabe sowohl gegenüber dem Betroffenen als auch einem Dritten möglich) sowie **Tatsachenbehauptungen**, die gegenüber dem Betroffenen gemacht werden.⁵ Werturteile sind subjektive Wertungen und Einschätzungen, die sich aufgrund ihres meinungsäußernden Charakters einem Beweis entziehen, während Tatsachen objektiv bestimmbare vergangene und gegenwärtige Vorgänge oder Zustände sind.⁶ Bei § 185 ist die Unwahrheit Voraussetzung des Tatbestands.⁷

Beleidigungsfähig sind alle lebenden Menschen, unabhängig von der Geschäftsfähigkeit. Umstritten ist, ob auch Personengemeinschaften, wie z.B. die Polizei, beleidigungsfähig sind. Die heutige h.M. bejaht dies in den Fällen, in denen die Personen-gemeinschaften rechtlich anerkannte soziale Funktionen erfüllen und einen einheitlichen Willen bilden können.⁸ So sind zum Beispiel politische Parteien, aber auch Institutionen wie die Bundeswehr als Personengemeinschaften geschützt.⁹ Im vorliegenden Fall liegt eine Beleidigung gegenüber einem Polizisten vor. Jedoch fällt die Polizei als Ganzes nicht unter die Definition der beleidigungsfähigen Personengemeinschaft, da eine einheitliche Willensbildung im Polizeiapparat aufgrund der Länderbezogenheit nicht gegeben ist. Jedoch kann sich bei Polizisten eine Beleidigungsfähigkeit aus der Kollektivität der Bezeichnung ergeben, solange sie hinreichend abgegrenzt und bestimmt

ist.¹⁰ Inwieweit eine Äußerung als inhaltlich **ehrverletzend** angesehen werden kann, ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem objektiven Sinn der Bedeutung der Begleitumstände.¹¹ Bei der Bezeichnung einer verdeckten Radarkontrolle als „Wegelagerei“ liegt beispielsweise keine Individual-beleidigung des kontrollierenden Beamten vor. Das liegt daran, dass der Begriff der „Wegelagerei“ sich auf die Maßnahme und nicht auf die Personen bezieht.¹² Ebenso ist die Bezeichnung eines Polizisten als „Bulle“ unter Umständen nicht als ehrverletzend anzusehen, da die Gleichsetzung mit einem starken, ausdauernden Tier auch positiv aufgefasst werden kann.¹³

Bei Ehrdelikten gibt es auf der Rechtswidrigkeitsebene neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen zusätzlich den speziellen Rechtfertigungsgrund der **Wahrnehmung berechtigter Interessen** gemäß § 193, welcher nach h.M. auf die §§ 185 f. beschränkt ist.¹⁴ Da die allgemeinen Rechtfertigungsgründe weitreichender sind, werden sie nach h.M. vor § 193 geprüft.¹⁵ Der Grundgedanke des § 193 ist nicht unumstritten. Während der BGH¹⁶ die Norm als Ausprägung der freien Meinungsäußerung gemäß Art. 5 GG sieht, bezieht sich eine andere Ansicht auf den Gesichtspunkt des erlaubten Risikos,¹⁷ wobei in diesem Fall das Unrecht ausgeschlossen werden kann, wenn der Täter innerhalb dieses z.B.

⁵ Rengier, Strafrecht BT II, 12. Aufl. 2011, § 29 Rn. 20 f.

⁶ Joecks (Fn. 4), § 186 Rn. 5.

⁷ Rengier (Fn. 5), § 29 Rn. 30 ff.

⁸ BGHSt 6, 186; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 467 ff.

⁹ BGHSt 36, 83; vgl. jedoch BVerfGE 93, 266.

¹⁰ Vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 1977, 1353 für die „Frankfurter Polizei“; BayObLG NJW 1990, 1742.

¹¹ Joecks (Fn. 4), § 185 Rn. 5.

¹² OLG Düsseldorf NStZ-RR 2003, 295, 296.

¹³ LG Regensburg, 3 Ns 134 Js 97458/04.

¹⁴ Kindhäuser, Lehrbuch des Strafrechts BT I, 5. Aufl. 2012, § 27 Rn. 1.

¹⁵ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage 2011, § 193 Rn. 4; Joecks, (Fn.4), § 193 Rn.1.

¹⁶ BGHSt 12, 293.

¹⁷ Vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 193 Rn. 1; Welzel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. 1969, S. 320.

berufsbezogenen Risikos handelt. Die h.L.¹⁸ folgt dem Prinzip der **Interessenabwägung**, welches sachlich durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung mitbestimmt wird, sofern es sich um Problematiken der öffentlichen Meinungsbildung handelt.¹⁹

Formalbeleidigungen, deren kränkender Charakter sich bereits aus der Form der Äußerung ergibt, und Schmähkritiken, die der bloßen Diffamierung dienen, werden durch den § 193 jedoch nicht gerechtfertigt.²⁰ Zudem kann, im Gegensatz zur Beleidigung und der üblen Nachrede, eine Verleumdung generell nicht der Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen, da eine unwahre Tatsachenbehauptung wider besseren Wissens nicht schutzwürdig sein kann.²¹ Dennoch sind, besonders im **politischen Meinungskampf**, auch scharfe Worte und herabsetzende Äußerungen zulässig, solange sie, gemessen an dem Vorverhalten des Betroffenen noch als adäquat einzustufen sind.²² Hintergrund ist, dass derjenige, der sich aufgrund einer vorhergegangenen Äußerung provoziert fühlt, ein **„Recht auf einen Gegenschlag“** haben soll. Wer sich freiwillig in der politischen Öffentlichkeit an einer Diskussion beteiligt, muss demnach auch heftige Kritik in Kauf nehmen.²³ So kann die Beleidigung eines bei einer Versammlung in Zivil gekleideten Poli-

zisten als „Spitzel“ in diesem Sinne gerechtfertigt sein, wenn der Beamte den Täter zuvor provoziert hat.²⁴

Als berechtigte Interessen kommen alle in der Norm konkret aufgezählten, aber auch die so genannten ähnlichen Fälle in Betracht. So sind nicht nur tadelnde Urteile, Vorhaltungen und Rügen in verschiedenen Konstellationen²⁵ gerechtfertigt, sondern auch Interessen, die von der Rechtsordnung als schutzwürdig angesehen werden, erfasst. Hier liegt der Hauptanwendungsbereich der Norm. Neben Allgemeininteressen, die sich aus **Art. 5 GG** ergeben, können dies eigene ideelle oder vermögensrechtliche Privatinteressen sein, aber auch fremde private Interessen, soweit sie den Täter nach objektiven Ermessen betreffen und er sich „zu ihrem Verfechter aufwerfen darf“, z.B. als Anwalt oder Steuerberater.²⁶ Ein Beispiel für öffentliche Interessen ist der Leserbrief mit scharfer Kritik bezüglich der Abschiebung von Asylbewerbern.²⁷ Bei der Anwendung des § 193 wird eine inzidente Grundrechtsprüfung vorgenommen²⁸.

Fernerhin ist jedoch umstritten, welche **subjektiven Anforderungen** der Täter erfüllen muss, um durch § 193 gerechtfertigt zu sein. Eine Ansicht²⁹ verlangt die Absicht des Täters, ein berechtigtes Interesse wahrzunehmen. Die h.M. hingegen vertritt den Standpunkt, dass allein das Handeln in Kenntnis der Umstände, die die Rechtfertigungslage begründen, genügen soll.³⁰ Dabei spricht für die h.M., dass der Täter, der ein Beleidigungsdelikt begeht, mitunter nicht weiß, dass er durch § 193 gerechtfertigt ist, aber

¹⁸ Vgl. BGHSt 18, 184; *Rudolphi/Rogall*, Systematischer Kommentar (SK) zum StGB, § 193 Rn. 2.

¹⁹ Vgl. auch *Joecks* (Fn. 4), § 193 Rn. 2; *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 515.

²⁰ Ausführlicher *Krey/Heinrich*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. 2005, Rn. 407 b; *Marxen/Doernberg*, FAMOS 09/2002, S. 3.

²¹ *Haft*, Strafrecht BT Teil II, 8. Aufl. 2005, § 185 unter 2.; *Kindhäuser* (Fn. 14), § 27 Rn. 1.

²² BVerfGE 54, 129, 138; BVerfG NJW 1992, 2815; *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 518 a.

²³ BVerfGE 24, 278; vgl. auch *Marxen/Doernberg*, FAMOS 09/2002, S. 3.

²⁴ BayObIG NSTZ 2005, 215, 216.

²⁵ Ausführlicher dazu: *Kindhäuser* (Fn. 14), § 27 Rn. 2 ff.

²⁶ *Rengier* (Fn. 5), § 29 Rn. 40.

²⁷ BVerfG NJW 1992, 2815 („Gestapo-Methoden“).

²⁸ BVerfGE 93, 266, 292 ff.; BVerfG NJW 2009, 3016 ff.

²⁹ *Rengier* (Fn. 5), § 29 Rn. 47.

³⁰ *Joecks* (Fn. 4), § 193 Rn. 14.

durchaus die Umstände erkennen kann, die ihn rechtfertigen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Frankfurt a.M. hebt das Urteil des AG Kassel auf und spricht den Angeklagten frei.

In der Begründung wird dabei zwar der Tatbestand des § 185 bejaht, allerdings seine Rechtfertigung gemäß § 193 angenommen. Es wird darauf hingewiesen, dass bei der vorzunehmenden Interessenabwägung die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG überwiegt. Es wird insbesondere hervorgehoben, dass es für die Beurteilung des Falles von Bedeutung ist, dass der Angeklagte mit seiner scharfen Wortwahl nicht unmittelbar den Polizisten, sondern die von ihm und seinen Kollegen durchgeführte Maßnahme kritisierte. Dies sei daran zu erkennen, dass sich der Angeklagte auf die Nachfrage des Beamten klar von einer persönlichen Herabwürdigung als „Nazi“ distanzierte, so dass keine Schmähkritik vorliege.

Zudem wird bemerkt, dass die Rechtfertigung der Äußerung nicht an der Rechtmäßigkeit der Ausweiskontrolle scheitert, da darauf abzustellen sei, dass sich der Angeklagte durch die polizeiliche Maßnahme diskriminiert gefühlt habe und dies mit seiner Kritik bei den anderen Fahrgästen und Beamten gegenüber zum Ausdruck bringen wollte. Daher war der Angeklagte auch in Bezug auf die stark polemisierte Wortwahl seiner Äußerung gerechtfertigt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Prüfung von Ehrdelikten gestaltet sich insbesondere auf der Rechtswidrigkeitsebene interessant, da der spezielle Rechtfertigungsgrund des § 193 ein Einfallstor für grundrechtliche Erwägungen bietet.

Dabei muss jedoch sehr genau vorgegangen werden, damit eine klare Struktur im Gutachten erhalten bleibt. Wichtig ist zunächst die richtige Reihenfolge bei der Prüfung der Ehrdeliktstat-

bestände. Da die Beleidigung gemäß § 185 nicht als Grundtatbestand zu den §§ 186, 187 zu verstehen ist,³¹ muss bei der zu untersuchenden Äußerung genau auf die Begehungsform eingegangen werden: Liegt ein Werturteil gegenüber dem Betroffenen oder einem Dritten vor, ist § 185 einschlägig, bei einer Tatsachenbehauptung nur, wenn diese laut Sachverhalt dem Betroffenen gegenüber gemacht wurde. Der Drittbezug ist bei den §§ 186, 187 dementsprechend tatbestandsmäßig. Die Verleumdung kann hierbei als Qualifikation der üblen Nachrede gesehen werden.³² Diese Unterscheidung ist auch für die spätere Rechtfertigungsprüfung wichtig, da nach h.M. die Verleumdung nicht von § 193 erfasst wird. Eine Ausnahme kann in diesem Fall nur gemacht werden, wenn die Verleumdung das einzige Mittel ist, um einen bestehenden, jedoch unbegründeten Verdacht zu entkräften und ein Fehlurteil zu vermeiden. Eine andere Lösung dieses Problems wäre die Anwendung von § 34.³³

Da die Anwendung des § 193 bei dem Vorliegen einer Formalbeleidigung oder einer Schmähkritik ausgeschlossen ist, sollte zuerst untersucht werden, ob deren Voraussetzungen erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, sind als Nächstes das berechnete Interesse und die Wahrnehmungsberechtigung des Beleidigten zu prüfen.

Der weitere Aufbau ist das Kernstück der Rechtfertigung und kann als inzidente **Verhältnismäßigkeitsprüfung** im Hinblick auf die Beschränkung der Meinungsfreiheit betrachtet werden. Dabei ist die ehrenrührige Äußerung nur dann gerechtfertigt, wenn sie zur Interessenwahrnehmung geeignet, erforderlich und nicht unangemessen ist.³⁴ **Geeignet** ist eine Äußerung dann, wenn sie ex-ante betrachtet dem wahrgenommenen Interesse dienlich ist. Dies wird zu verneinen sein, wenn die

³¹ Wessels/Hettinger (Fn. 8), Rn. 490.

³² Joecks (Fn. 4), § 185 Rn. 4.

³³ Joecks (Fn. 4), § 187 Rn. 3.

³⁴ Kindhäuser (Fn. 14), § 27 Rn. 9 ff.

Äußerung jemandem gegenüber erfolgt, der dem Beleidigenden in der Sache in keiner Weise zu helfen vermag.³⁵

Erforderlich ist eine Beleidigung zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses dann, wenn sie das relativ mildeste Mittel darstellt. Wer zum Beispiel seinen Standpunkt in einer öffentlichen Diskussion darlegen möchte, ist nicht auf die mildeste Äußerungsform beschränkt. Hingegen ist es jedoch nicht erforderlich, eine Person vor einem großen Publikum bloßzustellen, wenn die Angelegenheit auch in einem Zwei-Personen-Gespräch geklärt werden könnte (z.B. Verdacht auf Diebstahl).³⁶

Bei der Angemessenheit müssen noch einmal alle Umstände des Sachverhaltes ausgewertet und gegeneinander abgewogen werden. So sollte derjenige, der ein berechtigtes Interesse verfolgt, eine Flucht in die Öffentlichkeit erst dann anstreben, wenn z.B. die Beschwerde bei der zuständigen Behörde erfolglos geblieben ist, oder von vornherein nicht möglich war.

Sobald es sich um eine Äußerung im öffentlichen Meinungskampf handelt, sind besondere Maßstäbe anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht prägte hierbei den Begriff der „**Vermutung der Freiheit der Rede**“³⁷, um die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Funktionsfähigkeit der Demokratie zu betonen. Die Meinungsfreiheit wird umso weiter ausgelegt, je größer der Belang der diskutierten Angelegenheit für die Allgemeinheit ist. Besonders in Zeiten des Wahlkampfes oder generell in der politischen Debatte muss das „Recht zum Gegenschlag“³⁸ beachtet werden. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass bei kleinerem Adressatenkreis strengere Anforderungen an die Ange-

messenheit gelten und die Schärfe der Äußerung stärker ins Gewicht fällt.³⁹

Ein wichtiger Argumentationspunkt ist außerdem die grundsätzliche **Informationspflicht**⁴⁰ des Täters, bevor er sich mit einer ehrenrührigen Tatsache an die Öffentlichkeit wendet, unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände sowie der Zumutbarkeit. Dies ist insbesondere für Presseveröffentlichungen von Bedeutung. Weniger streng wird dies bei Strafanzeigen gehandhabt.⁴¹

Wurden alle Merkmale bejaht, so bleibt nur noch das **subjektive Rechtfertigungselement** zu prüfen. Wie oben bereits ausgeführt, genügt nach h.M. dass der Täter in Kenntnis der Situation, die die Rechtfertigung objektiv begründet, handelt.⁴² Im Folgenden muss dann noch auf die Schuld und den Strafantrag gemäß § 194 eingegangen werden.

5. Kritik

Das OLG Frankfurt a.M. hat im vorliegenden Fall den Angeklagten freigesprochen, da die Voraussetzungen des § 193 erfüllt waren. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da wie die Beschlussbegründung zeigt, genügend Anhaltspunkte für die Annahme der Rechtfertigungslage bestehen.

Problematisch erscheint uns jedoch, dass einige dieser Punkte nicht genauer erläutert werden. Das Gericht führt aus, dass die Äußerung des Angeklagten unter die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG fällt und bezieht sich hierbei insbesondere auf die „Gestapo-Methoden“-Entscheidung⁴³ des Bundesverfassungsgerichtes. Diese Entscheidung stellt vor allem darauf ab, dass die Meinungsfreiheit im öffentli-

³⁵ Joecks (Fn. 4), § 193 Rn. 10.

³⁶ Kindhäuser (Fn. 14), § 27 Rn. 10.

³⁷ BVerfGE 7, 198 („Lüth-Urteil“).

³⁸ BVerfGE 24, 278.

³⁹ Joecks (Fn. 4), § 193 Rn. 11 f.; Kindhäuser (Fn. 14), § 27 Rn. 12 ff.

⁴⁰ Beispielhaft dazu BGHSt 3, 73.

⁴¹ Kindhäuser (Fn. 14), § 27 Rn. 18; Rengier (Fn. 5), § 29 Rn. 45.

⁴² Joecks (Fn. 4), § 193 Rn. 14; Rengier (Fn. 5), § 29 Rn. 47.

⁴³ BVerfG NJW 1992, 2815.

chen Meinungskampf besonders zu schützen sei. Dies bezieht sich jedoch generell auf politische Debatten und öffentliche Diskussionen. Somit ist fraglich, inwiefern im gegebenen Fall ein öffentlicher Meinungskampf vorlag, der die scharfe, eindringliche Äußerung des Angeklagten rechtfertigt.

Das OLG Frankfurt a.M. geht diesbezüglich auf zwei Faktoren ein: die Maßnahme der Polizisten einerseits und die Anwesenheit weiterer Fahrgäste andererseits. Als Erstes stellt das Gericht dabei fest, dass es nicht auf die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit der Maßnahme ankommt, sondern darauf, ob sich die Äußerung des A hauptsächlich gegen die Person des Polizisten oder die Polizeikontrolle richtete. Dies erscheint sinnvoll, besonders da der Angeklagte nicht hinreichend erkennen konnte, ob die Kontrolle rechtmäßig war, sich jedoch trotzdem aufgrund dieser diskriminiert fühlte. Zutreffend hat das Gericht ausgeführt, dass A sich angemessen von der persönlichen Herabsetzung des B distanziert hat, indem er auf dessen Nachfrage sagte, dass er ihn nicht beleidigen wolle. Ferner wird darauf eingegangen, dass der Angeklagte seinen Unmut gegenüber den anderen Fahrgästen zum Ausdruck bringen wollte und so um „Solidarität warb“.⁴⁴

Dies wirkt unschlüssig, da somit die Frage entsteht, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn keine weiteren Fahrgäste im Abteil gesessen hätten. In diesem Fall hätte sich die Kritik des A trotzdem noch auf die Maßnahme selbst bezogen und wäre auch subjektiv begründbar gewesen. Wird bei der Rechtfertigung der drastisch formulierten Kritik jedoch vor allem auf die Anwesenheit anderer abgestellt, so wäre die Anwendbarkeit des § 193 dann zu verneinen, da A sich allein gegen den Polizisten wendete. Dies ist unserer Ansicht nach nicht vertretbar, da diese Lösung außer Acht lässt, dass im Zweipersonenverhältnis die ehr-

schmälernde Wirkung der Beleidigung nicht viel geringer ist als in der breiten Öffentlichkeit.

Weitergedacht wäre es fraglich, wie der Fall läge, wenn A und B zwar allein gewesen wären, die durchgeführte Maßnahme hingegen offensichtlich rechtswidrig war.

Da es laut Bundesverfassungsgericht, welches vom OLG Frankfurt a.M. zitiert wird, nicht auf die Rechtswidrigkeit der Maßnahme ankommt, wäre die Bejahung des § 193 dahingehend problematisch, als dass A sich mangels eines öffentlichen Meinungskampfes nicht mit scharfen Worten verteidigen dürfte. Hier würde dann unter Umständen § 32 greifen.

Eine weitergehende Ausführung, inwiefern die Anwesenheit der anderen Fahrgäste ins Gewicht fällt, wäre unserer Meinung nach erforderlich gewesen.

(Stefanie Maaß / Anna-Louise Müller)

⁴⁴ OLG Frankfurt a.M., 2 Ss 329/11, Rn. 7.

1. Sachverhalt¹

T entwendet O gegen dessen Widerstand ein Mobiltelefon. Er beabsichtigt dabei, auf dem Handy nach Beweisen für das Bestehen einer Beziehung zwischen O und S zu suchen. T ist es dabei gleichgültig, ob O das Gerät zurückerlangt. Später überträgt T auf dem entwendeten Mobiltelefon gespeicherte Bilddateien auf sein eigenes Handy, um sie an Dritte zu verschicken. Ob er dies bereits zum Zeitpunkt der Wegnahme vorhatte, konnte nicht ermittelt werden. Das Landgericht verurteilt T u.a. wegen Raubes. Hiergegen legt er Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem des Falls liegt in der Frage, ob der Wille, mit dem Handy in oben genannter Weise zu verfahren, eine Zueignungsabsicht oder lediglich einen Willen zur Gebrauchsanmaßung darstellt.

Die Zueignungsabsicht ist die gewollte Anmaßung einer Eigentümerstellung (*se ut dominum gerere*). Sie ist besonderes subjektives Merkmal des Diebstahls, § 242 StGB², und des Rau-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen. Die Ausführungen dieser Bearbeitung beschränken sich im Wesentlichen auf § 249 StGB.

² Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

November 2012 Handyspeicher-Fall

Zueignungsabsicht / Gebrauchsanmaßung

§ 249 Abs. 1 StGB

Leitsatz der Bearbeiter:

Wer einem anderen gewaltsam ein Mobiltelefon entwendet, um darauf gespeicherte Dateien einzusehen und auf das eigene Mobiltelefon zu übertragen, handelt ohne die für § 249 Abs. 1 StGB erforderliche Zueignungsabsicht.

BGH, Beschluss vom 14. Februar 2012 – 3 StR 392/11; veröffentlicht in *NStZ* 2012, 627.

bes, § 249. Für die Zueignungsabsicht kommt es allein auf die subjektive Zielvorstellung zum Zeitpunkt der Wegnahme an.³ Da sie keinen Bezugspunkt im objektiven Tatbestand hat, spricht man auch von einer „überschießenden Innentendenz“ im subjektiven Tatbestand der §§ 242, 249.⁴

Die Zueignungsabsicht grenzt Diebstahl und Raub von der milder bestrafte Sachbeschädigung, § 303, der straffreien Sachentziehung und der lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 248b, 290 strafbaren Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) ab.⁵ Hierbei sind die Abgrenzungskriterien umstritten:

Die h.L. teilt die Zueignungsabsicht in eine **Enteignungs-** und eine **Aneignungskomponente** auf.⁶ Die Ent-

³ BGH *NStZ-RR* 2007, 15.

⁴ *Rengier*, Strafrecht BT I, 14. Aufl. 2012, § 2 Rn. 38; *Schmitz*, in *MüKo*, StGB, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 110.

⁵ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, 35. Aufl. 2011, Rn. 142.

⁶ Vgl. im Folgenden *Kauffmann*, Zur Identität des strafrechtlichen Zueignungsbegriffes, 2005, S. 87 ff.; *Rengier* (Fn. 4),

eignung muss dabei auf Dauer angelegt sein; für die Aneignung reicht ein vorübergehender Gebrauch. Hinsichtlich der Enteignung wird lediglich Eventualvorsatz, hinsichtlich der Aneignung Absicht gefordert. Hierbei bedarf es nach h.L. keines funktionalen Korrespondenzverhältnisses der beiden Komponenten.⁷ Die Enteignung muss also nicht durch die Aneignung geschehen.

Auch die Rspr. folgt in vergleichbarer Weise der Aufteilung der Zueignungsabsicht in ein positives und ein negatives Element.⁸ Sie differenziert zwischen diesen jedoch nicht in vergleichbarer Konsequenz. Am Ende kommen h.L. und Rspr. jedoch überwiegend zum selben Ergebnis.

So soll bspw. in Fällen, in denen der Täter die Sache lediglich vorübergehend seinen Zwecken unterwerfen will, diese nach Benutzung alsbald jedoch wieder an den Berechtigten zurückgeben möchte, lediglich eine Gebrauchsanmaßung vorliegen.⁹ Grund hierfür ist, dass der Täter die übergeordnete Rolle des Eigentümers zumindest noch geringfügig anerkennt und diesen **nicht dauerhaft vom Eigentum ausschließen möchte**.¹⁰ Die vorübergehende Ingebrauchnahme ohne Enteignung stellt also eine Gebrauchsanmaßung dar.

Darüber hinaus soll die Wegnahme einer Sache, lediglich um sie zu zerstören oder den Eigentümer zu ärgern, eine Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung darstellen.¹¹ Hier komme es dem Täter nämlich nicht auf die Änderung des Bestandes seines Vermögens an. Für eine Zueignungsabsicht müsste der Täter **die Sache den eigenen**

Zwecken unterwerfen.¹² Hier soll zwar der Eigentümer auf Dauer enteignet werden, eine Aneignungsabsicht liegt jedoch nicht vor.

Schwieriger sind Situationen zu entscheiden, in denen der Täter die Sache lediglich vorübergehend nutzen möchte, es ihm jedoch gleichgültig ist, ob der Eigentümer diese zurückbekommt. Eine solche Konstellation von vorübergehendem Gebrauch plus Enteignung beinhaltet der vorliegende Fall.

Die h.L. müsste hier konsequenterweise zur Bejahung einer Zueignungsabsicht kommen: T war es gleichgültig, ob O das Handy zurückerlangt. Daher kann zunächst auf eine eventualvorsätzliche dauerhafte Enteignung geschlossen werden. Hinsichtlich der Aneignungskomponente soll bereits der vorübergehende Gebrauch ausreichen. Die Nutzung des Handys im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs wäre danach eine Aneignung. T wollte die Nutzung auch als notwendiges Zwischenziel. Ohne die Nutzung des Handys hätte T nämlich nicht an die Bilddateien gelangen können.

Auch die Rspr. gelangt bisher in solch gelagerten Fällen regelmäßig zu einer Bestrafung wegen Diebstahls. Fehle es dem Täter an einem Rückgabewillen, genüge bereits das Fahren mit einem entwendeten Kfz, das einmalige Benutzen eines Schlüssels oder das einmalige Lesen eines Briefes für eine Zueignungsabsicht.¹³

Wenn hingegen ein Täter bspw. eine Handtasche entwendet, um später in dieser nach Wertgegenständen zu suchen und sich ihrer im Anschluss zu entledigen, tendiert der BGH dazu, hinsichtlich der Tasche – als Behältnis – keine Zueignungsabsicht anzunehmen.¹⁴ Da es hier dem Täter lediglich

§ 2 Rn. 39 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 150 ff.

⁷ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 160.

⁸ So etwa BGH NStZ 1981, 63.

⁹ RGSt 64, 259 f.; BGHSt 22, 45 f.; BGH NStZ 1996, 38.

¹⁰ *Heinrich*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf*, *Strafrecht BT*, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 78.

¹¹ RGSt 61, 229, 233; BGH NJW 1985, 812; BGH NStZ 2011, 699, 701.

¹² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 144.

¹³ RGSt 64, 259 f.; BGH MDR 1960, 689; BGH NStZ 1981, 63; vgl. auch OLG Celle JR 1964, 266.

¹⁴ BGH NStZ-RR 2000, 343; BGH GA 1962, 144 f.; ebenfalls *Eser/Bosch*, in *Schön-*

auf den Inhalt des Behältnisses ankomme, beabsichtige er gerade nicht den wirtschaftlichen Wert des Behältnisses für sich auszunutzen. Hier scheidet nach dem BGH grds. die Aneignung aus. Diese Fälle sind mit dem vorliegenden insofern vergleichbar, als dass es T ebenfalls primär auf den Inhalt des Handys, die Bilddateien, ankommt.

Diese Lösung des BGH ist jedoch in ihrer Pauschalität umstritten. So wird von einem Teil der Lehre gefordert, dass es einer gegenteiligen Beurteilung bedarf, wenn der Täter das Behältnis benutzen will, um bspw. die Beute zu transportieren.¹⁵ Auch die h.L. kommt zu diesem Ergebnis, da der vorübergehende absichtliche Gebrauch auch als Zwischenziel für die Aneignungskomponente genügen soll. Die restriktive Rechtsprechung des BGH widerspreche diesen sonst anerkannten Rechtssätzen.¹⁶ Das LG Düsseldorf bejahte Zueignungsabsicht zumindest in einem Fall, in dem die Täter das Behältnis zum Transport des Inhalts benötigten.¹⁷ Der BGH hat sich zu dieser Differenzierung jedoch noch nicht klärend geäußert.¹⁸

Vereinzelt vertretene Meinungen verneinen hingegen grds. eine Zueignungsabsicht, wenn ein vorübergehender Gebrauch beabsichtigt und eine dauerhafte Enteignung billigend in Kauf genommen wird. Entschiede man anders, führe dies zu einer sachwidrigen Verknüpfung von Sachbeschädigung und Gebrauchsanmaßung zu einem Diebstahl. Hierbei wird vereinzelt die Aufteilung der Zueignungsabsicht in eine Aneignungs- und eine Enteignungskomponente abgelehnt, da diese keinen Halt im Wortlaut der §§ 242,

249 finde. Die Zueignungsabsicht sei stattdessen vornehmlich durch quantitative Merkmale (Dauer/Intensität) zu bestimmen.¹⁹ Andere fordern hingegen, dass die Enteignung **durch** die Aneignung erfolgen muss.²⁰ Im vorliegenden Fall liegt in der Sacheinwirkung durch das Benutzen des Handys nur eine Aneignung aber keine Enteignung. Die losgelöste eventualvorsätzliche Enteignung würde nach dieser Meinung für eine Zueignungsabsicht nicht genügen. Auch nach quantitativen Merkmalen erscheint die nur kurzfristige Benutzung des Handys für eine Zueignungsabsicht möglicherweise als unzureichend.

Der Gegenstand der Zueignungsabsicht ist ebenfalls umstritten. Nach der **Substanztheorie** hat derjenige Zueignungsabsicht, der die Sache unter Ausschließung des Eigentümers der physischen Substanz nach seinem Vermögen einverleiben möchte.²¹ Sie bildet noch heute die Grundlage aller vertretenen Meinungen. Unzureichend ist die Substanztheorie nur in Fällen, in denen eine entwendete Sache der Substanz nach zurückgegeben, die Sache jedoch zuvor entwertet („verbraucht“) werden soll. Diese Konstellation tritt vornehmlich bei Wertpapieren, wie z.B. Sparbüchern, auf.²² Da der Täter den Berechtigten von der Substanz der Sache nicht ausschließen möchte, kommt die Substanztheorie konsequenterweise zum Ergebnis des Vorliegens einer Gebrauchsanmaßung. Das RG erweiterte daher die Substanztheorie um den Gedanken der **Sachwerttheorie**.²³ Diese stellt auf den Entzug des wirtschaftlichen Werts der Sache ab. Verknüpft ergeben die Theorien die heute vom

ke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 63.

¹⁵ Ruß, Pfeiffer-FS, 1988, S. 61, 65 f.

¹⁶ Vogel, in LK, StGB, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 162.

¹⁷ LG Düsseldorf NStZ 2008, 155 f.; vgl. hierzu ausführlich: FAMOS April 2008.

¹⁸ Vgl. jedoch BGH v. 22.8.1962 – 2 StR 336/62, unveröffentlicht, zitiert nach Vogel, in LK (Fn. 16), § 242 Rn. 162.

¹⁹ Heinrich (Fn. 10), § 13 Rn. 79 ff., 87.

²⁰ Androulakis, JuS 1968, 409, 413; Hoyer, in SK, StGB, Stand: 2/1999, § 242 Rn. 84.

²¹ BGH NJW 1985, 812; Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT, 2. Aufl. 1902, S. 264; Rengier (Fn. 4), § 2 Rn. 44.

²² RGSt 10, 369, 371.

²³ RGSt 40, 10, 11 f.

BGH und der h.L. vertretene **Vereinigungstheorie**. Danach liegt das Wesen der Zueignung darin, „daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, [mit Ausschlußwirkung gegen den Eigentümer] vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird.“²⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH ändert das Urteil des LG im Schuldspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte, statt wegen Raubes, lediglich wegen Nötigung verurteilt wird.

In der Begründung führt er zunächst aus, dass T hinsichtlich des Handys keine Zueignungsabsicht gehabt habe. Hierbei stellt er auf die Aneignungskomponente ab. T habe sich weder den Substanz- noch den Sachwert des Geräts aneignen wollen, noch dessen Wert durch den vorübergehenden Gebrauch gemindert.

Es fehle immer dann an dem für eine Aneignung erforderlichen Willen, den Bestand seines Vermögens oder den eines Dritten zu ändern, wenn das Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung eingesetzt werde oder die Sache weggenommen werde, um sie zu zerstören o.ä., sie als Druckmittel einer Forderung zu benutzen oder den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern. Einen solchen Fall nimmt der BGH hier an.

Weiter führt er aus, dass das beabsichtigte Durchsuchen des Speichers und das Kopieren der gefundenen Bilddateien zwar im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache lägen, dies jedoch nicht zu deren Verbrauch führe.²⁵

Der BGH prüft zudem eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung, §§ 253 Abs. 1, 255. Auch diese scheide hier aber aus, da T keine Bereicherungsabsicht gehabt habe.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der vorliegende Beschluss wird die Abgrenzung von Raub und Diebstahl zur Gebrauchsanmaßung weiter erschweren.

Bisher ließen sich mit der Aufteilung der Zueignungsabsicht in eine Aneignungs- und eine Enteignungskomponente die meisten Fälle problemlos im Einklang mit der Rspr. lösen. Wendet man diese auf den vorliegenden Fall an, so kommt man entgegen dem BGH jedoch zu einer Bejahung der Zueignungsabsicht.

Nach der Ansicht des BGH soll die Nutzung des Handys für die Aneignungskomponente hingegen nicht ausreichen. Aus welchen Gründen der BGH hier eine Zueignungsabsicht verneint, ist anhand des Beschlusses jedoch nicht eindeutig ersichtlich. Denkbar sind folgende Ansätze:

Zunächst könnte darin, dass der BGH zwar erkennt, dass sich die Nutzung des Handys im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs bewegt, dies gleichwohl für eine Aneignung jedoch nicht ausreichen lässt, eine Abkehr von früheren Entscheidungen gesehen werden. Wie oben nämlich bereits dargestellt, sollte das einmalige Benutzen eines Schlüssels oder das Fahren eines entwendeten Autos bisher ausreichen, wenn der Täter keinen Rückgabewillen hinsichtlich dieser Sachen hat.

Insofern könnte das durch den BGH verlangte „Mehr“ als Annäherung zu quantitativen Gesichtspunkten gewertet werden. Dann wären in Zukunft die Dauer und Intensität der Nutzung im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs stärker zu berücksichtigen.

Andererseits könnte die Aussage des BGH, dass die beabsichtigte Benutzung des Handys zwar im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache läge, dies jedoch nicht zu deren Verbrauch führe, als Forderung nach einem funktionalen Korrespondenzverhältnis von Enteignung und Aneignung

²⁴ RGSt 61, 228, 233; vgl. BGH NSTZ 2011, 699, 701; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 148.

²⁵ BGH NSTZ 2012, 627.

verstanden werden. Immerhin hätte der BGH bei der Enteignungskomponente allein darauf abstellen können, dass es T gleichgültig war, ob O die Sache zurückerlangt.

Dass der BGH hier zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangt als die h.L., könnte schließlich in der oben angesprochenen Parallele zu den „Behältnisfällen“ liegen. Hier gelangt der BGH regelmäßig zu einer Verneinung einer Aneignungsabsicht hinsichtlich des Behältnisses.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der BGH die Benutzung eines Handys, um darauf enthaltene Informationen einzusehen und zu kopieren, trotz mangelnden Rückgabewillens, für eine Zueignungsabsicht nicht ausreichen lassen möchte. Dies muss dann auch für andere Datenträger gelten. Ob er sich tatsächlich von seiner bisherigen Rspr. abwenden möchte, ist zweifelhaft und muss abgewartet werden. Bis dahin sollte jedoch in ähnlich gelagerten Fällen eine kritische Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Beschluss nicht ausbleiben.

Bejaht man eine Zueignungsabsicht und damit einen Raub, hängt die weitere Prüfung davon ab, ob man mit der h.L. davon ausgeht, dass Raub und Erpressung sich ausschließen.²⁶ Dann kommt eine räuberische Erpressung hier nicht in Betracht. Geht man hingegen mit der Rspr. davon aus, dass eine Erpressung als Grunddelikt immer in einem Raub enthalten ist,²⁷ liegt gleichzeitig eine räuberische Erpressung vor, die aber hinter den Raub zurücktritt.²⁸ Verneint man die Zueignungsabsicht, kommt man lediglich mit der Rspr. im Rahmen der räuberischen Erpressung zur Prüfung der Bereicherungsabsicht. Diese verneint der BGH im vorliegenden Fall überraschend.²⁹ Der Übersicht-

lichkeit des Textes geschuldet, soll hierauf jedoch nicht weiter eingegangen werden.

5. Kritik

Die Argumentation des BGH führt in mehreren Punkten zu Unklarheiten. Bezeichnend ist folgende Passage: „Es fehlt an dem für eine Aneignung erforderlichen Willen, den Bestand [...] seines Vermögens zu ändern, wenn er das Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung einsetzt.“³⁰ Dies ist ein Zirkelschluss. Hier wird das Ergebnis der Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung mit sich selbst begründet. Zudem entspricht es dem Wesen der Gebrauchsanmaßung, dass jemand etwas den eigenen Zwecken unterwerfen möchte. Dies ist jedoch zugleich das Wesensmerkmal der Aneignungsabsicht.

Abgesehen von dieser Undurchsichtigkeit des Beschlusses ist insbesondere dessen Ergebnis kritikwürdig. Dieses wäre nämlich nur durch eine nicht zu begrüßende Abkehr von den bisherigen Abgrenzungskriterien von Rspr. und h.L. möglich.

Eine alternative Abgrenzung nach quantitativen Merkmalen vermag bereits deshalb nicht zu überzeugen, da sie in ihrer Ungenauigkeit nicht praktikabel ist. Die Forderung nach einem funktionalen Korrespondenzverhältnis zwischen Ent- und Aneignung führt hingegen zu empfindlichen Strafbarkeitslücken. Die Verknüpfung ist vielmehr auf subjektiver Ebene dahingehend zu sehen, dass im Zeitpunkt der Wegnahme Aneignung und Enteignung zugleich vom Tatplan umfasst sein müssen.³¹

Der Einwand, dass die Aufteilung der Zueignungsabsicht, wie sie die h.L. vornimmt, Sachbeschädigung und Ge-

für die Bereicherungsabsicht notwendigen Vermögensvorteil darstellen sollte; BGHSt 14, 386, 388 f.; vgl. auch Jäger, JA 2012, 709 f.

²⁶ Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 255 Rn. 2.

²⁷ BGHSt 14, 386, 390 f.

²⁸ Lackner/Kühl (Fn. 26), § 255 Rn. 2 ff.

²⁹ Überraschend insofern, als dass der vorübergehende Besitz bisher bereits einen

³⁰ BGH NSTZ 2012, 627.

³¹ Vgl. Kauffmann (Fn. 6), S. 111 ff.; Wesels/Hillenkamp (Fn. 5), Rn. 160.

brauchsanmaßung sachwidrig, weil nicht vom Wortlaut der §§ 242, 249 gedeckt, zu einem Diebstahl verknüpft, überzeugt ebenfalls nicht. Der geringere Unrechtsgehalt der Gebrauchsanmaßung liegt nämlich gerade darin, dass der Täter den Berechtigten nicht gänzlich von der Sache ausschließen möchte. Diese Anerkennung der übergeordneten Stellung des Eigentümers fehlt jedoch gerade in Konstellationen, in denen die Sache nach Benutzung zerstört oder deren Verbleib dem Zufall überlassen werden soll. Daher kann die Gebrauchsanmaßung bereits keinen Baustein dieser „Konstruktion“ darstellen. Außerdem ergibt sich die Aufspaltung der Zueignungsabsicht aus dem Begriff der „Zu“-eignung selbst. Dieser beschreibt eine Bewegung und enthält daher zwei Standpunkte.³²

Allein die von der h.L. vorgenommene Aufspaltung der Zueignungsabsicht vermag Rechtssicherheit zu erzeugen. Eine Abkehr hiervon wäre daher der falsche Weg. Gefordert werden muss vielmehr eine stringenter Anwendung der von der h.L. entwickelten Abgrenzungskriterien.

Zu vermuten ist auch, dass der BGH zu dem vorliegenden Ergebnis gelangt, da er eben nicht in dieser Konsequenz zwischen den Abgrenzungskriterien differenziert:

Indem der BGH einen durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch bedingten „Verbrauch“ fordert, stellt er auf Sachwertaspekte ab. Hierauf muss und sollte jedoch immer nur dann abgestellt werden, wenn die Sache ihrer Substanz nach an den Eigentümer zurückgelangen soll. Auch die vom BGH zitierte Passage in Schönke/Schröder sagt nichts anderes.³³ T hatte jedoch gerade keinen Rückgabewillen, weswegen sich die Frage nach dem Verbrauch erübrigt.

Auch ist die Heranziehung von Sachwertaspekten auf der Seite der

Aneignung überflüssig. Getreu der bisher vom BGH gezeichneten Linie (Schlüssel, Kfz), muss der vorübergehende Gebrauch des Handys für eine Aneignung ausreichen.³⁴

So müsste in Fällen, in denen ein Sparbuch entwendet wird, um das darauf enthaltene Geld abzuheben, ebenfalls nicht auf den Sachwert abgestellt werden, wenn der Täter keinen Rückgabewillen hinsichtlich der Substanz des Sparbuchs hat. Bereits in der Benutzung des Sparbuchs läge hier die Aneignung. Auf etwaig abgehobenes Geld, das sich in einem „Verbrauch“ auf Enteignungsseite widerspiegelt, müsste dabei nicht abgestellt werden. Alles andere wäre eine Vermengung von Aneignung und Enteignung.

Wollte der BGH im vorliegenden Fall, ähnlich den Behältnis-Fällen, eine Aneignungsabsicht im Hinblick auf den Datenträger verneinen, da es T vornehmlich auf den Inhalt ankam, so ändert dies an der Kritik nichts. Ob jemand Aneignungsabsicht hinsichtlich eines Datenträgers oder auch Behältnisses hat, muss anhand der subjektiven Zielvorstellung des Täters im Einzelfall bestimmt werden. Will der Täter den Datenträger benutzen, um an den Inhalt zu gelangen, muss eine Aneignungsabsicht angenommen werden. So der vorliegende Fall. Auf eine Notwendigkeit der Benutzung des Behältnisses sollte hierbei entgegen dem LG Düsseldorf nicht abgestellt werden. Dies würde dem subjektiven Charakter der Zueignungsabsicht nicht gerecht werden.

Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass der BGH mangels einer klaren Abgrenzung der verschiedenen Komponenten des Zueignungsbegriffs und aufgrund eines voreiligen Rückgriffs auf Sachwertaspekte eine klare Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung nicht zu ziehen vermag. Dies schadet nicht zuletzt der Rechtssicherheit.

(Moritz Rudolf Dittmer /
Natalia Hartenstein)

³² Vgl. *Kauffmann* (Fn. 6), S. 87 ff.

³³ *Eser/Bosch*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 14), § 242 Rn. 63.

³⁴ Vgl. *Jäger*, JA 2012, 709 f.

1. Sachverhalt¹

Arzt K führt in seiner Praxis eine Beschneidung (Zirkumzision) an dem zum Tatzeitpunkt 4-jährigen J durch. Dies geschieht auf Wunsch der Eltern des J, die dem muslimischen Glauben angehören. Eine medizinische Indikation für den Eingriff liegt nicht vor. Der Eingriff erfolgt *lege artis*, gleichwohl wird J zwei Tage später in die Kindernotaufnahme einer Klinik gebracht, um Nachblutungen zu stillen.

Die Staatsanwaltschaft klagt K wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB²) an, das Amtsgericht spricht ihn jedoch von dem Vorwurf frei. Hiergegen legt die Staatsanwaltschaft Berufung ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zentrales strafrechtliches Problem des Falles ist die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung seitens der Eltern in eine Körperverletzung des Kindes. Ausgangspunkt ist zunächst die Frage, ob eine Beschneidung, also ein medizinischer Eingriff, den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Die Rspr. bejaht dies, unabhängig von der medizinischen Erforderlichkeit, für jedweden ärztlichen

Dezember 2012 Beschneidungs-Fall

Rechtfertigende Einwilligung/Dispositionsbefugnis
§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 17 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Eine Beschneidung aus religiösen Gründen ist nicht aufgrund von „Sozialadäquanz“ vom Tatbestand der Körperverletzung ausgeschlossen.
2. Die Beschneidung eines minderjährigen Kindes ohne medizinische Indikation kann nicht durch eine Einwilligung der Erziehungsberechtigten gerechtfertigt werden, da die Grundrechte des Kindes diejenigen der Eltern überwiegen.

LG Köln, Urteil vom 7. Mai 2012 – 151 Ns 169/11; veröffentlicht in NJW 2012, 2128.

Eingriff.³ Demgegenüber wird in der Lehre teils danach differenziert, ob der Eingriff indiziert ist (nicht tatbestandsmäßig) oder nicht (tatbestandsmäßig).⁴

Bezogen auf § 223 Abs. 1 wird bei einer Beschneidung die Vorhaut teilweise oder ganz entfernt, es findet also ein **Substanzverlust** statt, der auch nicht regenerierbar ist. Folglich ist die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich verletzt.⁵ Auch entsteht ein Wundrand, der einen vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden, mithin krankhaften Zustand darstellt, sodass auch eine Gesundheitsschädigung und damit

¹ Wir haben den Sachverhalt vereinfacht, um die zentralen Probleme stärker hervortreten zu lassen.

² Im Folgenden sind §§ ohne Gesetzesbezeichnung solche des StGB.

³ RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111, 112; zust. etwa Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 223 Rn. 9; Rengier, BT II, 13. Aufl. 2012, § 13 Rn. 17.

⁴ Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 50; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 10.

⁵ Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 673; ders., NJW 2008, 1568, 1569.

im Ergebnis der Tatbestand der Körperverletzung zu bejahen wäre.⁶

Teilen der Literatur zufolge ist die religiös motivierte Beschneidung eines Jungen hingegen als **sozialadäquat** schon vom Tatbestand ausgeschlossen.⁷ Diese Auffassung wird damit begründet, dass die Beschneidung eine sozial unauffällige, allgemein gebilligte und geschichtlich übliche Handlung sei.⁸ Der überwiegende Teil der Lehre lehnt dies jedoch ab.⁹

Umstritten ist ferner, inwiefern ein solcher Eingriff auch den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 erfüllt, also ob ein von einem Arzt bestimmungsgemäß gebrauchtes Skalpell ein **gefährliches Werkzeug** darstellt. Von der Rspr. wird dies verneint,¹⁰ anders jedoch Teile der Lehre.¹¹

Es bleibt die Frage, ob die tatbestandliche Körperverletzung durch eine **Einwilligung** gerechtfertigt werden kann. Deren Charakter ist umstritten: Nach herrschender Meinung handelt es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund.¹² Abgegrenzt wird die Einwilligung damit vom **Einverständnis**, das den Tatbestand entfallen lässt. Während letzteres nur bei Delikten einschlägig ist, die nach dem Normzweck

ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen verlangen, soll die Einwilligung für Delikte gelten, die diesen speziellen Charakter nicht aufweisen.¹³

Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung sind: Disponibilität des Rechtsguts, Verfügungsbefugnis des Einwilligenden (i.d.R. als Rechtsgutininhaber), Erklärung der Einwilligung vor der Tat und tatsächliche Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden.¹⁴

Fraglich sind hier lediglich die Einsichtsfähigkeit und die Verfügungsbefugnis. **Einsichtsfähigkeit** meint hierbei die Fähigkeit, sowohl die Bedeutung des Rechtsguts als auch die Wichtigkeit des Rechtsgutsverzichts zu erkennen und seine Meinungsbildung hiernach auszurichten.¹⁵ Im Falle der Beschneidung eines 4-Jährigen scheidet dessen Einsichtsfähigkeit von vornherein aus.¹⁶ Fraglich ist daher, ob stattdessen die Inhaber der Personensorge, also die Eltern als gesetzliche Vertreter, eine wirksame Einwilligung erklären können. Hierfür müssten sie die **Verfügungsbefugnis** über das betroffene Rechtsgut, also die körperliche Unversehrtheit des Kindes, besitzen.¹⁷

Diese ergibt sich primär aus dem elterlichen Sorgerecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, konkretisiert durch die

⁶ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 223 Rn. 5; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 681.

⁷ So noch Tröndle/Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 223 Rn. 6b.

⁸ Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung, 2011, S. 189 f.; vgl. auch Goerlich/Zabel, JZ 2012, 1058, 1059.

⁹ Fateh-Moghadam, RW 2010, 115, 122; Fischer (Fn. 3), § 223 Rn. 6c; Gropp, AT, 3. Aufl. 2005, Rn. 231; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 680; Schwarz, JZ 2008, 1125, 1128.

¹⁰ BGH NJW 1978, 1206; BGH NStZ 1987, 174.

¹¹ Herzberg, JZ 2009, 332; Jerouschek, NStZ 2008, 313, 317; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 681 f.

¹² BGHSt 49, 34, 40; Krey/Esner, AT, 5. Aufl. 2012, Rn. 655; Kühl, AT, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 22; Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl. 2012, Rn. 361; siehe auch Czempiel/Mugler, Famos 9/2012, S. 6.

¹³ Heinrich, AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 441 f.; Krey/Esner (Fn. 12), Rn. 656 f.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 4), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 33; a.A. Roxin, AT I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11 f. m.w.N., der die Differenzierung zwischen Einwilligung und Einverständnis verneint. Ein Handeln im Einvernehmen mit dem Rechtsgutsinhaber schließt stets den Tatbestand aus und sei eine Unterstützung in der Ausübung des gewährten Rechts.

¹⁴ Zu den Voraussetzungen siehe Heinrich (Fn. 13), Rn. 454 ff.

¹⁵ Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 223 Rn. 38; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 683; vgl. auch BGHZ 29, 33, 36.

¹⁶ Vgl. Putzke, NJW 2008, 1568, 1569 f.

¹⁷ Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 686.

§§ 1626 Abs. 1, 1627 S. 1 BGB. Demnach haben die Eltern die elterliche Sorge zum Wohl des Kindes auszuüben. Ob eine ausschließlich religiös motivierte, also medizinisch nicht indizierte, Beschneidung dem **Kindeswohl** entspricht, wie dieses zu bestimmen ist und ob es überhaupt der maßgebliche Faktor ist, wird in Literatur und Rspr. unterschiedlich beantwortet.

Nach einer Ansicht¹⁸ hat die Religionsfreiheit eine derart zentrale Bedeutung, dass Handlungen, die zum kulturell-religiösen Selbstverständnis der Betroffenen gehören, wie etwa die Beschneidung, grundsätzlich nicht in Konflikt mit dem Kindeswohl geraten. Etwas anderes gelte nur, wenn die Handlungen im Widerspruch zu Grundentscheidungen der Rechtsordnung stehen. Da der Akt der Beschneidung etwa im Judentum als Eintritt in den Bund mit Gott gelte, sei er vom Schutzbereich der Religionsfreiheit jedenfalls erfasst.

Nach anderer Ansicht¹⁹ steht die Abwägungsentscheidung über das Kindeswohl primär den Sorgeberechtigten zu. Diese werde vom Staat nur einer Unvertretbarkeitskontrolle unterzogen. Diesem komme zwar gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ein Wächteramt zu, gleichwohl dürfe er nur im Ausnahmefall in das Elternrecht eingreifen, nämlich dann, wenn **das Kindeswohl aufgrund Missbrauchs der elterlicher Sorge gefährdet** werde, § 1666 BGB. Dies sei bei einer lege artis durchgeführten Beschneidung aber ausgeschlossen, da dem Kind kein „Schaden“ drohe.²⁰ Denn eine Beschneidung sei ein relativ leichter Eingriff mit geringem Komplikationsrisiko, der keine negativen gesundheitlichen Folgen mit sich bringe, sondern im Gegenteil hygienische und präventiv medizinische Vorteile.²¹

¹⁸ Schwarz, JZ 2008, 1125 f.

¹⁹ Fateh-Moghadam, RW 2010, 115, 131 f., 138 ff.; Rox, JZ 2012, 806 ff.; ähnlich hilfsweise Schwarz, JZ 2008, 1125 ff.

²⁰ Schwarz, JZ 2008, 1125, 1128.

²¹ Fateh-Moghadam, RW 2010, 115, 133 ff.

Nach einer dritten Ansicht²² dürfen Entscheidungen der Eltern für ihre Kinder in Religionsangelegenheiten nicht am familienrechtlichen Kriterium „Wohl des Kindes“ gemessen werden. Diese seien für das Kindeswohl weder zu- noch abträglich. Zudem kann die Religionsfreiheit nie die Verwirklichung von Straftatbeständen (insbesondere von Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit) rechtfertigen. Dies ergebe sich aus den verfassungsimmanenten Schranken des Art. 4 GG sowie aus der **Verweigerung des Art. 140 GG auf Art. 136 Abs. 1 WRV**, wonach eine Beschränkung der Grundrechte durch die Religionsfreiheit ausgeschlossen sei.²³ Daher findet keine Abwägung statt.

Einer vierten Auffassung²⁴ zufolge hat eine umfassende **Abwägung** des Nutzens einer Zirkumzision gegenüber dem dadurch verursachten Schaden stattzufinden, wobei ausschließlich die Interessen des Kindes zu berücksichtigen seien. Als Nutzen könne hierbei in erster Linie die Identifikation mit der Glaubensgemeinschaft²⁵ bzw. die Zugehörigkeit der Beschneidung zum Muslim-Sein²⁶ angeführt werden. Gegen eine Zulässigkeit der Beschneidung spreche etwa das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (ÜRK)²⁷, das gebiete, Maßnahmen zu treffen, um Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen. Dies sei bei einer Zirkumzision der Fall. Letztlich stünden sich das Verbot der Körperver-

²² Herzberg, JZ 2009, 332 ff.

²³ Herzberg, JZ 2009, 332, 337 f.

²⁴ Jerouschek, NStZ 2008, 313 ff.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 4), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 41; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669 ff.

²⁵ Vgl. Schreiber/Rösch, in Komplikationen in der Urologie, 2002, S. 345, 346.

²⁶ Vgl. Kelek, Die verlorenen Söhne: Plädoyer für die Befreiung des türkisch-muslimischen Mannes, 2. Aufl. 2006, S. 118.

²⁷ In der Fassung vom 20.11.1989, in Deutschland in Kraft getreten am 5.4.1992 (BGBl. II, S. 990 ff.).

letzung als Ausformung des Grundrechtsschutzes des Kindes auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf der einen Seite sowie das elterliche Erziehungsrecht gem. §§ 1626, 1629 BGB als Ausfluss des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und dem Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung gem. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als kollidierendes Verfassungsrecht auf der anderen Seite gegenüber. Die körperliche Unversehrtheit des Kindes überwiege hierbei.²⁸

Auch die Rspr. vermag kein einheitliches Bild zu zeichnen und kommt zu konträren Ergebnissen.²⁹ Allerdings hat eine explizite gerichtliche Klärung der vorliegenden Frage jedenfalls bis zur vorliegenden Entscheidung nicht stattgefunden.³⁰

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Landgericht hat in diesem Urteil als erstes Gericht deutlich Stellung zu der Strafbarkeit religiös motivierter Eingriffe an Kindern genommen.

Die Richter stellen in ihrer Entscheidung das Recht des Kindes auf **körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung** deutlich über die Grundrechte der Eltern aus Art. 4 und 6 GG. Dem Kriterium der Sozialadäquanz komme nach Ansicht des Gerichts keine strafrechtliche, schon gar nicht tatbestandsausschließende Wirkung zu. Des Weiteren könne ein rein religiös motivierter Eingriff auch nicht durch die Ein-

willigung der Eltern gerechtfertigt werden, da sich deren Erziehungsrecht nur auf Maßnahmen beschränke, die dem Wohl des Kindes dienen. Dies sei aber bei einem medizinisch nicht indizierten Eingriff nicht der Fall.

Gleichwohl sei K entschuldigt, da er in einem **unvermeidbaren Verbotsirrtum** gehandelt habe. Dem soll auch nicht entgegenstehen, dass K keinerlei Rechtsrat eingeholt habe. Denn aufgrund des unübersichtlichen Meinungsstands hätte dies zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil des LG hat eine breite gesellschaftliche Debatte losgetreten. Darüber hinaus hat es unverzüglich zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers geführt,³¹ dessen Anliegen es ist, der rechtlichen Bewertung des Gerichts aus politischen Erwägungen durch Veränderung der gesetzlichen Grundlage entgegenzutreten.³² Für die Zwischenzeit resultierte aus dem Urteil, etwa in Berlin, die Dienstanweisung des Generalstaatsanwaltes, keine Verfahren wegen kunstgerechter Beschneidung anzustrengen.³³ Des Weiteren fühlte sich die Bundesministerin der Justiz durch die Entscheidung veranlasst, zur Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil zu ermuntern.³⁴

²⁸ Jerouschek, NStZ 2008, 313, 319; Lenckner/Sternberg-Lieben, in Schöнке/Schröder (Fn. 4), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 41; Putzke, in Herzberg-FS, 2008, S. 669, 707.

²⁹ Vgl. einerseits AG Erlangen, Beschl. v. 30.7.2002 (4 F 1092/01) – rechtswidrig; andererseits LG Frankenthal MedR 2005, 243; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290 – jeweils nicht rechtswidrig.

³⁰ Lenckner/Sternberg-Lieben, in Schöнке/Schröder (Fn. 4), Vorbem. § 32 Rn. 41.

³¹ Gesetzentwurf abgedruckt bei Herzberg, ZIS 2012, 486.

³² Allgemein zum Gesetzesentwurf und zu den Reaktionen auf das Urteil Herzberg, ZIS 2012, 486 ff.

³³ „Beschneidung in Berlin bleibt straffrei“ <http://www.tagesspiegel.de/zeitung/beschneidung-in-berlin-bleibt-straffrei/7099170.html> (zuletzt abgerufen am 22.11.2012).

³⁴ „Justizministerin hat eine Klage gegen Beschneidungsurteil angeregt“; http://www.focus.de/politik/deutschland/gang-nach-karlsruhe-erwuenscht-justiz-ministerin-hat-eine-klage-gegen-beschneidungsurteil-angeregt_aid_779622.html (zuletzt abgerufen am 22.11.2012).

In strafrechtlichen Klausuren ist die Einwilligung ein häufig zu prüfender Rechtfertigungsgrund, der beherrscht werden muss. Auszugehen ist zunächst von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung. Sodann ist festzustellen, ob eine tatsächliche Einwilligung vorliegt und wenn ja, von wem sie stammt. Erst dann sind anhand der Person des Einwilligenden die oben erörterten Voraussetzungen zu prüfen.

Im konkreten Fall wäre in der Person der Eltern lediglich die **Verfügungsbefugnis** näher zu prüfen. Hierbei müssen zunächst die unterschiedlichen Theorien sauber dargestellt werden.

Folgt man der oben **zuerst erläuterten Ansicht**, so ist zunächst festzustellen, dass für die Rechtfertigung nicht auf das Kindeswohl, sondern auf die Religionsfreiheit abzustellen ist. Anschließend muss die existenzielle Bedeutung der Beschneidung für das religiöse Selbstverständnis dargelegt werden.

Bei der **zweitgenannten Ansicht** muss darauf eingegangen werden, dass das zentrale Rechtfertigungselement für den Eingriff in die Rechte des Minderjährigen (das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) ein „Recht im Interesse des Kindes“ ist. Anschließend muss auf die Deutungshoheit der Sorgeberechtigten eingegangen werden, in die lediglich in den in § 1666 BGB genannten Fällen durch den Staat eingegriffen werden darf.

Bei der **dritten Ansicht** muss zunächst auf Art. 140 GG und den Inhalt von Art. 136 Abs. 1 WRV bzw. auf die verfassungsimmanente Schranken von Art. 4 GG eingegangen werden. Aufgrund dieser Schranken scheitert eine Rechtfertigung durch die Religionsfreiheit. Eine Abwägung komme mithin nicht in Betracht.

Folgt man der zuletzt genannten herrschenden **Kollisionstheorie**, ist als erster Schritt eine genaue Darstellung der kollidierenden Grundrechte der Eltern und des Kindes und ihrer ein-

fachrechtlichen Ausprägungen notwendig. In die Abwägung müssen dann die Vor- und Nachteile einer Beschneidung für das Wohl des Kindes einfließen.

Darüber hinaus zeigt das Urteil einen seltenen Fall des unvermeidbaren **Verbotsirrtums**. Bei diesem würde sich dann die Frage stellen, inwiefern das Einholen von Rechtsrat dem Betroffenen abverlangt werden kann. Bejaht man die Rechtswidrigkeit, darf eine Strafbarkeit der Eltern wegen Anstiftung nicht übersehen werden. Der konkrete Fall (einschließlich des zu erwartenden Gesetzentwurfes) birgt außerdem interessante verfassungsrechtliche Fragen, so dass eine Verwendung etwa in Examensklausuren durchaus möglich erscheint.

5. Kritik

Das Ergebnis, zu dem das LG kommt, ist in jeder Hinsicht zu befürworten. Zu Recht löst es den Fall über die Kollisionstheorie und stellt hierbei das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung über die Grundrechte der Eltern.

Allerdings muss sich das Gericht sowohl im Hinblick auf die Begründung der Entscheidung als auch die Systematik seiner Prüfung Kritik gefallen lassen. So begrüßenswert es ist, dass sich die Kammer mit den Gegenansichten auseinandersetzt, fällt doch auf, dass die Ablehnung dieser Meinungen teils sehr verkürzt ausfällt.

So wird die Ansicht von *Schwarz* mit dem in seiner Pauschalität unzutreffenden Hinweis, sie könne schon deshalb nicht überzeugen, weil sie die Grundrechte des Kindes nicht berücksichtige, abgetan. Die – in sich – schlüssigere Ansicht von *Fateh-Moghadam* wird gar nicht erst erwähnt.

Die Ansicht *Exners* zur Sozialadäquanz wird zwar relativ ausführlich, aber unstrukturiert wiedergegeben. Das Landgericht beginnt mit der Darstellung der Konsequenzen dieser Ansicht für die Schuld des Täters, stellt dann die Rechtswidrigkeit des Verhaltens fest,

um schlussendlich zu der Konsequenz zu gelangen, es sei schon der Tatbestand nicht erfüllt, was die vorherigen Ausführungen gegenstandslos macht.

Inhaltlich kann *Exner* deshalb nicht zugestimmt werden, da die Klassifizierung der Beschneidung als sozial unauffällige, allgemein gebilligte und geschichtlich übliche Handlung im Lichte des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (das die Kammer trotz mehrmaliger Erwähnung in den im Urteil zitierten Quellen³⁵ nicht thematisiert) nicht bestehen bleiben kann.

Zu Recht folgt das Gericht auch nicht der Ansicht von *Schwarz*. Zwar ist die Religionsfreiheit ein hohes Gut, jedoch kommt ihr nicht eine derart übertragende Bedeutung zu, dass allein sie die Begehung von Straftaten rechtfertigen kann.

Auch die Meinung von *Fateh-Moghadam* und *Rox* ist abzulehnen. Würde man ihr folgen, käme man zu einer elterlichen Dispositionsbefugnis über die Grundrechte des Kindes, da es zunächst ihnen selbst überlassen bleibt, das „Wohl des Kindes“ zu definieren. Einen solchen subjektiven Begriff des Kindeswohls gibt das GG aber nicht her.

Ebenso kann die Ansicht von *Herzberg* nicht überzeugen, da diese den historischen Kontext der Art. 140 GG und 136 WRV nicht ausreichend beachtet. Ursprünglich sollte Art. 136 WRV nämlich lediglich sicherstellen, dass die staatsbürgerlichen Rechte des Einzelnen trotz Ausübung des eigenen religiösen Bekenntnisses nicht beschränkt werden dürfen.³⁶ Auch durch die Inkorporation ins GG ergibt sich nichts anderes, da die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zum damaligen Zeitpunkt noch nicht entwickelt war.³⁷ Im Ergeb-

nis kann also nur der Kollisionstheorie gefolgt werden, wie es das LG auch tut.

Allerdings wählt das Gericht in seinen Begründungen teilweise den dogmatisch falschen Ansatz. So wird ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als „jedenfalls unangemessen“ bezeichnet, was aus der Wertung von § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB folge. Mit anderen Worten zieht das Landgericht eine Norm des einfachen Rechts zur Auslegung des Grundgesetzes heran. Richtigerweise ist diese Vorschrift als einfachrechtliche Ausprägung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG zu klassifizieren. Auch missachtet die Kammer die Entstehungsgeschichte des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Norm dient dem gesetzlichen Ausschluss des früher gewohnheitsrechtlich anerkannten Züchtigungsrechts von Eltern und Lehrern³⁸ und ist mithin für den Bereich des Arztstrafrechts irrelevant.

Die Kammer hat sich zur Frage der Rechtswidrigkeit geäußert, obwohl dies nicht entscheidungserheblich war, da der Angeklagte nach den Feststellungen jedenfalls ohne Schuld handelte. Insofern stellt die Kernaussage der Entscheidung ein obiter dictum dar. Obgleich die allumfassende Klärung sämtlicher Rechtsfragen nicht Aufgabe der Gerichte ist, soll dies in diesem Fall nicht kritisiert werden. Maßvoll eingesetzt, können obiter dicta eine wichtige Grundlage für die Entscheidung zukünftiger Fälle liefern.

Die Entscheidung des Landgerichts hat eine praktisch extrem relevante Frage endlich juristisch geklärt. Die weitere Entwicklung darf mit Spannung erwartet werden.

(Christopher Gordjy /Albrecht Nagel)

³⁵ *Herzberg*, JZ 2009, 332, 334; *Putzke*, in *Herzberg-FS*, 2008, S. 669, 704.

³⁶ *Ehlers*, in *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 136 WRV Rn. 2; *Morlok*, in *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 136 WRV Rn. 11.

³⁷ Die mittelbare Drittwirkung entwickelte erst das BVerfG im Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198.

³⁸ Vgl. *Beulke*, in *Schreiber-FS*, 2003, S. 29, 31; *Huber*, MüKo-BGB, 6. Aufl. 2011, § 1631 Rn. 17.