

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2013

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

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

1. Sachverhalt¹

A fährt am Tagtag gegen 22.30 Uhr mit G, seiner ehemaligen Freundin, unter einem Vorwand in einen Wald. Dort angekommen, bedroht er G über einen Zeitraum von ca. 30 Minuten mit einer Softair-Pistole, die er ihr gegenüber als echte Waffe bezeichnet. Dabei handelt A hektisch mit der Waffe herum und hält sie G für wenige Sekunden an die Schläfe.

Mit seinem Verhalten bezweckt er, G Angst einzujagen. Er denkt, dass dies das letzte Mittel sei, ihr zu zeigen, dass er sich geändert habe. Es ist das Ziel des A, G dazu zu bewegen, die Beziehung zu ihm wieder aufzunehmen.

G, die die Pistole für echt hält und in Todesangst gerät, erzählt A, dass sie ihn noch liebe und dass beide es noch einmal miteinander versuchen sollten. Außerdem schlägt sie vor, gemeinsam wegzuziehen. Daraufhin lässt A von ihr ab und legt die Softair-Pistole in sein Handschuhfach.

Der Aufforderung der G, die Pistole endgültig zu entsorgen, kommt er nicht nach, da es sein könne, dass sie ihn anlüge und er die Waffe noch brauche.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen. Die Ausführungen dieser Bearbeitung beschränken sich im Wesentlichen auf § 240 StGB.

Februar 2013 Erzwungene Liebe-Fall

Eintritt des Nötigungserfolges

§ 240 Abs. 1, Abs. 3 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Vollendet ist die Nötigung, wenn der Genötigte die verlangte Handlung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat.
2. Ein Teilerfolg kann für die Annahme einer vollendeten Nötigung ausreichen, wenn die abgenötigte Handlung des Opfers nach den Vorstellungen des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolges darstellt.
3. Eine Äußerung des Opfers ist nicht als eigenständig bedeutsame Vorstufe anzusehen, wenn die Ankündigung vom Opfer ersichtlich nicht ernst gemeint ist und der Täter die Erklärung auch nicht als verbindlich ansieht.

BGH, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 4 StR 139/12; veröffentlicht in NSTZ 2013, 36.

Das LG verurteilt A wegen Freiheitsberaubung in Tateinheit mit Nötigung.² Hiergegen legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, wann die Vollendung des Nötigungstatbestandes eintritt, in Abgrenzung zur bloßen Versuchsstrafbarkeit.

Das Schutzgut der Nötigung ist die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung.³ Durch Gewalt und

² LG Siegen, Urt. v. 1.12.2011 – 16 Js 364/11.

³ BVerfGE 73, 206, 237; 92, 1, 13; BGHSt 37, 350, 353; Geppert, Jura 2006, 31;

Drohung wird in der Regel der Wille des Opfers gebeugt und darüber hinaus eine Willensbetätigung des Opfers veranlasst.⁴

Da es sich bei § 240 Abs. 1 StGB⁵ um ein Erfolgsdelikt handelt, muss das eingesetzte Nötigungsmittel kausal zum **Nötigungserfolg** führen. Dagegen ist nur von einer versuchten Nötigung auszugehen, wenn der Täter mit der Anwendung des Nötigungsmittels beginnt, ohne dass dies zum Erfolg führt. Das ist insbesondere der Fall, wenn das Opfer nicht einmal einen entsprechenden Entschluss fasst oder wenn es mit der vom Täter erstrebten Handlung noch nicht begonnen hat.⁶ Die Nötigung ist hingegen vollendet, wenn der Genötigte die ihm aufgezwungene Handlung, Duldung oder Unterlassung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat.⁷ Es genügt dabei ein Teilerfolg des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt. Dies gilt jedoch nur, sofern die abgenötigte Handlung des Opfers nach der Vorstellung des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolges darstellt.⁸ Hingegen führt das Erreichen eines bloßen Zwischenziels nicht zur Vollendung des Straftatbestandes, sondern lediglich zur Versuchsstrafbarkeit.⁹ Nicht relevante Zwischenziele sind daher von relevan-

ten Teilerfolgen abzugrenzen. Indem der Täter einer vorgelagerten Handlung eine gewisse Bedeutung beimisst, wird diese zum Teilerfolg. Die Literatur erkennt die vom BGH aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung grundsätzlich an.¹⁰ *Träger/Altvater* sehen dies allerdings dann anders, wenn der Bedrohte die verlangte Handlung gänzlich unbeeinflusst von der Drohung vornimmt, da er nur scheinbar mitwirkt, um den Täter zu überführen.¹¹ Die „notwendige Kausalität“ zwischen Nötigungshandlung und -erfolg bestehe in diesem Falle nicht. Daher sei auch hier nur von einem Versuch auszugehen.¹²

Die Differenzierung eines bloßen Zwischenziels von einem bereits eingetretenen Teilerfolg kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Im Folgenden gilt es daher, die Abgrenzung anhand einiger Beispielsfälle aus der Rechtsprechung aufzuzeigen.

Der BGH hat in einem Fall zur Geiselnahme entschieden, dass eine vollendete Nötigung bereits dann vorliegt, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, aber nur eine davon realisiert wird.¹³ Der Tatbestand der Geiselnahme gemäß § 239b Abs. 1 setzt das Vorliegen eines Nötigungserfolges gemäß § 240 Abs. 1 voraus, sodass die Erwägungen des BGH auf den Tatbestand der Nötigung übertragen werden können. Im zugrundeliegenden Fall zwang der Angeklagte einen Richter unter Vorhaltung einer geladenen Selbstladepestole und einer scharfen Handgranate, seine an andere Behörden gerichteten Forderungen aufzuschreiben und zu versichern, sich für

a.A. *Sinn*, in MüKo-StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 240 Rn. 10.

⁴ *Träger/Altvater*, in LK-StGB, 11. Aufl. 2003 ff., § 240 Rn. 1; *Weber*, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 45.

⁵ Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁶ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 56; *Kindhäuser*, LPK-StGB, 5. Aufl. 2012, § 240 Rn. 37.

⁷ BGH NStZ 2004, 442; *Eser/Eisele*, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 240 Rn. 13; *Fischer* (Fn. 6), § 240 Rn. 55.

⁸ BGH NJW 1997, 1082; BGH NStZ 2004, 442, 443; *Rengier*, Strafrecht BT II, 13. Aufl. 2012, § 23 Rn. 55.

⁹ BGH NJW 1997, 1082.

¹⁰ *Eser/Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 240 Rn. 13; *Fischer* (Fn. 6), § 240 Rn. 55; *Träger/Altvater*, in LK-StGB (Fn. 4), § 240 Rn. 66.

¹¹ *Träger/Altvater*, in LK-StGB (Fn. 4), § 240 Rn. 67.

¹² BGH NStZ 2004, 442, 443; *Kindhäuser* (Fn. 6), § 240 Rn. 40; *Träger/Altvater*, in LK (Fn. 4), § 240 Rn. 67.

¹³ BGH NJW 1997, 1082.

deren Durchsetzung einzusetzen.¹⁴ Der Täter hatte hierbei die Vorstellung, das Tatopfer werde sich in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer alten Adelsfamilie und als Richter an sein Ehrenwort gebunden fühlen. Obwohl der Täter mit der Versicherung des Richters nur eine vorgelagerte Handlung anstrebte, ist darin nach Auffassung des BGH bereits ein Teilerfolg und somit eine vollendete Nötigung zu sehen. Hierbei stellt er maßgeblich auf die Vorstellung des Täters ab, der das abgenötigte Ehrenwort als verbindlich ansah. Ob eine vorgelagerte Handlung bereits einen selbstständig bedeutsamen Teilerfolg darstellen kann, sei nach Ansicht des BGH aus Tätersicht zu beurteilen. Hingegen ist der Eintritt des Teilerfolges objektiv zu bestimmen.

In einer anderen Entscheidung¹⁵ forderte der Täter das sich in seiner Gewalt befindliche Opfer auf, nach dessen Freilassung einen gewissen Geldbetrag an ihn zu leisten und darüber hinaus keine Anzeige bei der Polizei zu erstatten. Nach der Vorstellung des Täters sollten diese Handlungen erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen bzw. unterlassen werden. Hingegen ging es ihm zum Zeitpunkt der Drohung nicht darum, eine verbindliche Erklärung des Opfers zu erzielen. Dessen Zusicherungen waren aus Sicht des Täters somit nicht geeignet, einen selbstständigen Teilerfolg herbeizuführen, da es ihm ausschließlich um die Vornahme der zukünftigen Handlungen ging. Folglich verurteilte der BGH ihn lediglich wegen versuchter Nötigung.

In einer weiteren Entscheidung folgte der BGH zwar seiner bisherigen Argumentationslinie, führte aber ergänzend Kriterien an, die für die Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung relevant sind.¹⁶ In diesem Fall wollte der Täter einen Besuch bei seiner Lebensgefährtin im Krankenhaus über die Besuchszeit hinaus ausdehnen. Die

Nachtschwester wies ihn darauf hin, dass er hierzu das Einverständnis der im Nachbarbett liegenden Patientin benötige. Diese verneinte jedoch seine Bitte, woraufhin er ihr ein Messer gegen den Hals drückte und sie aufforderte, zur Nachtschwester zu gehen und dieser ihr Einverständnis mitzuteilen. Die Patientin begab sich daraufhin zur Nachtschwester und schilderte dieser die Bedrohung durch den Täter. Hierin sah der BGH nur eine versuchte Nötigung. In seinem Urteil zitiert er *Träger/Altvater* und deren Ansicht zum lediglich scheinbaren Mitwirken des Opfers.¹⁷ Dieses Kriterium führt der BGH im Urteil jedoch nicht weiter aus und zieht es auch nicht zur Urteilsbegründung heran. In der Sachverhaltsschilderung finden sich zudem keine Hinweise darauf, dass die Voraussetzungen hierfür erfüllt wären. Vielmehr stützt der BGH seine Argumentation erneut darauf, ob ein selbstständig bedeutsamer Teilerfolg, der sich aus Sicht des Täters bestimmt, objektiv eingetreten ist, was er im vorliegenden Fall verneint.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass der BGH die Auffassung von *Träger/Altvater* generell als Kriterium für vergleichbare Fälle anerkennt. Ob er dies als Ausnahme vom Grundsatz der Bestimmung des Teilerfolges aus Tätersicht versteht oder ob er die Sicht des Opfers generell in die Gesamtbetrachtung miteinbezieht, bleibt offen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH ändert das Urteil des LG im Schuldspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte statt wegen Freiheitsberaubung in Tateinheit mit vollendeter Nötigung lediglich wegen Freiheitsberaubung in Tateinheit mit versuchter Nötigung verurteilt wird.

Entgegen der Auffassung des LG liege in der Erklärung der Geschädigten, zu dem Angeklagten zurückzukehren, kein die Annahme einer vollende-

¹⁴ BGH NJW 1997, 1082.

¹⁵ BGH StV 1997, 302.

¹⁶ BGH NSTZ 2004, 442.

¹⁷ BGH NSTZ 2004, 442, 443.

ten Nötigung rechtfertigender Teilerfolg.

In der Begründung der Entscheidung wird zunächst angeführt, dass das Verhalten des Angeklagten darauf abzielte, die Geschädigte zur Wiederaufnahme und Fortsetzung der Beziehung zu veranlassen. Die Tat sei damit auf ein **Verhalten** der Geschädigten **in der Zukunft** gerichtet gewesen. Eine von ihr abzugebende Erklärung über ihr künftiges Verhalten war nach den Feststellungen des LG dagegen vom Angeklagten nicht gewollt. Gleichwohl hebt der BGH hervor, dass die Äußerungen der Geschädigten ohnehin nicht als **eigenständig bedeutsame Vorstufe** des vom Angeklagten erstrebten künftigen Verhaltens der Geschädigten anzusehen wären. Er begründet dies damit, dass ihre Ankündigung ersichtlich nicht ernst gemeint gewesen sei und darüber hinaus der Angeklagte diese auch nicht als verbindlich angesehen habe, was daraus folge, dass er sich weigerte, die Softair-Pistole zu entsorgen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Nötigungstatbestand birgt häufig auftretende Klausurprobleme, weshalb es wichtig ist, die einzelnen Voraussetzungen zu beherrschen. Beziehungsfälle, in denen es um Eifersucht oder Machtdemonstration geht, sind zudem im alltäglichen Leben keine Seltenheit. Deshalb haben sich die Gerichte häufig mit derartigen Fällen zu befassen. Es ist daher möglich, dass Studierende sich in einer Klausur mit einem solchen Sachverhalt auseinandersetzen müssen.

In einem Fall wie dem vorliegenden muss zunächst ein vollendetes Nötigungsdelikt geprüft werden, da hier problematisch ist, ob der Nötigungserfolg eingetreten ist. Nur dann, wenn offensichtlich nur eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommt, kann auf die Prüfung einer vollendeten Nötigung verzichtet werden.

Im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des Nötigungserfolges gilt es, anhand der vom BGH aufgestellten Kriterien zu entscheiden, ob bereits ein selbstständig bedeutsamer Teilerfolg des Täters erreicht wurde. Wird dies verneint, so ist anschließend die versuchte Nötigung zu prüfen. Besonders wichtig ist hierbei die genaue Abgrenzung eines bloßen Zwischenziels von einem Teilerfolg. Problematisch ist diese Abgrenzung vor allem dann, wenn der Täter das Opfer zu einer Erklärung über ein zukünftiges erstrebtes Verhalten nötigt. Da er sein Endziel hier mit der Erklärung nicht erreichen kann, ist es schwer zu bestimmen, welche Bedeutung er der Erklärung beimisst. Kommt es ihm in der konkreten Situation nicht maßgeblich auf die Erklärung des Opfers an, liegt nur ein Versuch vor. Legt man hingegen zugrunde, dass die Erklärung des Opfers für den Täter bedeutsam ist, so kann diese bereits einen Teilerfolg darstellen und somit zu einer Vollendung des Nötigungstatbestandes führen. Darüberhinaus ist zu unterscheiden, ob der Täter eine bloße Erklärung oder eine ernst gemeinte Erklärung erwirken will. Erstrebt der Täter eine ernsthafte Erklärung, ist für die Beurteilung des Erfolgseintritts maßgeblich, ob die Erklärung objektiv ernst gemeint ist. Dagegen genügt dem Täter bereits die bloße Abgabe der Erklärung, wenn er der Ansicht ist, dass das Opfer sich selbst so an die eigene Aussage gebunden fühlt, dass die Erklärung nur ernst gemeint sein kann. Davon ist jedoch nur in speziellen Konstellationen auszugehen, da der Täter regelmäßig eine ernst gemeinte Erklärung anstreben wird. Als Abwandlungen des oben genannten Sachverhaltes sind folgende Tatbestandsvarianten denkbar:

A bezweckt die ernst gemeinte Erklärung der G. Dem kommt G nach. A glaubt ihr auch. In diesem Fall ist von einer vollendeten Nötigung auszugehen. Nichts anderes gilt, wenn der Täter lediglich die bloße Abgabe einer Erklärung anstrebt, ohne dass es ihm auf

eine Ernsthaftigkeit ankommt, da er in diesem Fall darüber hinaus sogar eine ernst gemeinte Erklärung erhält.

A bezweckt die ernst gemeinte Erklärung der G. Diese gibt die Erklärung auch ernst gemeint ab, A glaubt ihr jedoch nicht. Die Aussage der G stellt einen eigenständig bedeutsamen Teilerfolg dar, der objektiv eingetreten ist. Dass A der G nicht glaubt, ist hierfür unschädlich.

A bezweckt die ernst gemeinte Erklärung der G. Diese gibt die Erklärung nicht ernst gemeint ab, A glaubt ihr jedoch. In diesem Fall liegt nur ein Versuch vor, da der Erfolg objektiv nicht eingetreten ist. Geht es dem Täter hingegen um die bloße Abgabe einer Erklärung, so ist eine vollendete Nötigung anzunehmen, da das Opfer diese abgegeben hat. Im oben geschilderten Richterfall¹⁸ hat der Täter dem Ehrenwort des Richters bereits so viel Gewicht beigemessen, dass die bloße Erklärung für ihn verbindlich war. Ähnlich wäre ein Fall zu bewerten, in dem ein stark religiöses Opfer dazu gezwungen wird, im Hinblick auf ein künftig vorzunehmendes Verhalten auf die Bibel zu schwören. Entscheidend ist daher, dass für den Täter in der Abgabe der Erklärung eine besondere Verbindlichkeit liegt und dass aus seiner Sicht die Erklärung tatsächlich nur ernst gemeint sein kann. Aus diesem Grund genügt dem Täter in diesen besonderen Konstellationen die bloße Abgabe einer Erklärung.

In der letzten denkbaren Fallkonstellation verlangt A – wie im vorliegenden Fall – eine ernst gemeinte Erklärung, die G abgibt, jedoch ohne sie ernst zu meinen. A sieht ihre Erklärung zudem nicht als verbindlich an. In diesem Fall liegt ebenfalls nur eine versuchte Nötigung vor.

In der Praxis ist es von besonderer Wichtigkeit, bei abstrakten Zielen, wie der Wiederaufnahme einer Beziehung, die Intentionen von Täter und Opfer genau zu ermitteln. Im Ergebnis ist

hier festzuhalten, dass der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung treu bleibt und diese in einer anderen Sachverhaltskonstellation präzisiert.

5. Kritik

In seinem Beschluss führt der BGH aus, dass das drohende Verhalten des A darauf abzielte, die G zur Wiederaufnahme und Fortsetzung der Beziehung mit ihm zu bewegen. Grundsätzlich bestimmt sich der Nötigungserfolg danach, was der Täter erreichen will, der Eintritt dieses Erfolges hingegen nach objektiven Gesichtspunkten. Da A ein abstraktes Ziel benennt und nicht formuliert, durch welches Verhalten der G konkret der Nötigungserfolg eintreten soll, stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt man von einer Wiederaufnahme der Beziehung sprechen kann. Fraglich ist, ob bereits eine Erklärung genügt oder ob zwangsweise ein körperlicher Aspekt hinzutreten muss. Nach hier vertretener Auffassung genügt bereits eine Erklärung des Opfers, wenn diese ernst gemeint ist. Nimmt das Opfer eine beziehungsstypische Handlung vor, ist darüber hinaus problemlos von einem Nötigungserfolg auszugehen. Im vorliegenden Fall äußert G, dass sie A noch liebe und zu ihm zurückkehren wolle. Der BGH stellt allerdings fest, dass die Tat des A auf ein Verhalten der G in der Zukunft gerichtet war. Er erkennt hierbei, dass eine Beziehung auch nachts um 22.30 Uhr im Wald beginnen oder fortgeführt werden kann. Als A die Waffe auf G richtet, um sie so zur Wiederaufnahme der Beziehung zu bewegen, nennt er keinen in der Zukunft liegenden konkreten Zeitpunkt, ab dem die Beziehung fortgesetzt werden soll. Er fordert G gerade nicht dazu auf, erst in zwei Tagen oder in einer Woche zu ihm zurückzukehren. Daraus ist zu schließen, dass es A um die sofortige Fortsetzung der Beziehung ging. Insofern läge, hätte es G erst gemeint, doch eine vollendete Nötigung vor.

¹⁸ BGH NJW 1997, 1082.

Kritikwürdig ist ferner die Annahme des LG, dass A eine Erklärung von G über ihr künftiges Verhalten gar nicht gewollt habe. Eine solche Feststellung erscheint lebensfremd. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass A durch sein Vorgehen im Wald die G dazu bewegen wollte, die Beziehung zu ihm wieder aufzunehmen. Dies lässt darauf schließen, dass er eben doch eine von ihr abzugebende Erklärung bezwecken wollte. An die Tatsachenfeststellung des LG ist der BGH jedoch gebunden.

Im Unterschied zu den oben geschilderten Fällen kommt es somit nicht darauf an, die Voraussetzungen eines Teilerfolges zu prüfen, da der Enderfolg (= Wiederaufnahme der Beziehung) bereits in der konkreten Situation eintreten sollte. Anders als im Richterfall erstrebt A hier kein Verhalten, das erst in der Zukunft verwirklicht werden kann. Vielmehr war das Endziel für A in der konkreten Situation bereits erreichbar. Im Richterfall¹⁹ war dem Täter hingegen bewusst, dass er sein Endziel in der konkreten Nötigungssituation noch nicht verwirklichen konnte. Dennoch war das Ehrenwort des Richters für ihn von so großer Bedeutung, dass von einem Teilerfolg auszugehen war. Diese Erwägungen lassen sich auch auf den Entführungsfall²⁰ übertragen. Anders als im Richterfall sah der Täter jedoch die vorgelagerte Handlung hier nicht als selbstständig bedeutsamen Teilerfolg an. Auch im Krankenschwesterfall²¹ war es für den Täter nicht von Bedeutung, dass sich die Bettenachbarin zur Krankenschwester begibt. Vielmehr wollte er, dass das Opfer der Krankenschwester ihre Zustimmung mitteilte.

Im Ergebnis ist der Lösung des BGH im Ausgangsfall zuzustimmen. Wie oben ausgeführt, genügt für die Wiederaufnahme einer Beziehung eine ernst gemeinte Erklärung diesbezüglich. Diese hat G jedoch nicht abgegeben.

Darauf, dass A ihr glaubte oder nicht, kommt es nicht an. Es handelt sich daher lediglich um eine versuchte Nötigung.

Bedauerlicherweise geht der BGH im Hinblick auf die **Nötigungshandlung** nicht darauf ein, ob er das Verhalten der Softair-Pistole als Gewalt oder Drohung einordnet. Er hätte die Möglichkeit nutzen können, seine frühere Rechtsprechung,²² die hierin bereits eine Gewaltanwendung sieht, zu korrigieren. Des Weiteren hätte der BGH klarstellen sollen, welche Bedeutung er dem Kriterium von *Träger/Altvater* generell beimisst und in welchem Umfang er dieses anerkennt.

Zusammenfassend ist die Konstruktion des Teilerfolges insgesamt allerdings kritisch zu sehen. Statt auf das Endziel des Täters abzustellen und in Orientierung daran das Vorliegen eines Zwischenziels zu beurteilen, sollte vielmehr maßgeblich sein, was der Täter in der konkreten Situation gewollt hat. Endziele (wie z.B. das dauerhafte Fortführen einer Beziehung) wären demnach nur noch im Rahmen der Rechtswidrigkeit als Fernziele zu berücksichtigen. Ein solches Vorgehen ist insbesondere bei abstrakten Zielen des Täters praktikabler, fassbarer und dient somit nicht zuletzt auch der Rechtssicherheit.

Die Erwägungen zum Teilerfolg werden letztlich nur relevant in Fällen, in denen ein Täter mehrere Ziele erstrebt, deren Eintritt zeitlich aufeinander folgt. Hier gilt es, die verschiedenen Situationen, in denen der Täter dem Opfer ein Verhalten abnötigt, einzeln zu betrachten. Auf Konkurrenzebene ist zu beachten, dass jedes Verhalten des Opfers, das aufgrund des ursprünglichen Nötigungsmittels vorgenommen wird, allerdings am Ende nur zur Verurteilung wegen einer einheitlichen Nötigung führt.

(Gina Doil / Liesa Gutsch)

¹⁹ BGH NJW 1997, 1082.

²⁰ BGH StV 1997, 302.

²¹ BGH NSTZ 2004, 442.

²² BGH NJW 1970, 61, 62.

1. Sachverhalt¹

Die Angeklagte A und ihre Mutter M² engagieren für 80.000 DM Killer K zur Ermordung des lästig gewordenen Vaters und Ehemanns V. In Ausführung dieses Auftrags erschießt K den V heimtückisch.

Im Verfahren gegen A erscheint ihr Bruder B bei der Polizei, um Angaben zum Tatgeschehen zu machen. Er äußert in dem mit „Zeugenvernehmung“ überschriebenen Protokoll den Verdacht der Beteiligung von A an dem Mord des V. Ferner gibt er an, heimlich ein Gespräch aufgezeichnet zu haben, das verdächtige Äußerungen der M beinhalte, welche die A belasten. Anschließend übergibt er das Tonband der Polizei, dessen Inhalt verschriftlicht wird. In der Hauptverhandlung beruft sich B jedoch auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO³ und widerspricht sowohl der Verwertung seiner damaligen Aussage als auch der Verlesung der Verschriftlichung des Tonbandes. Dennoch verliest und verwertet das LG die Niederschrift des Gesprächs und verurteilt A wegen Anstiftung zum Mord zu

März 2013 Tonband-Fall

Verwertungsverbot bezüglich übergebener Beweisstücke/ Zeugnisverweigerungsrecht/ Tonbandaufzeichnung

§§ 52, 252 StPO

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die von der Rechtsprechung im Rahmen des § 252 StPO entwickelten Grundsätze über die Unverwertbarkeit der vom Zeugen in der Vernehmung übergebenen Schriftstücke, die dadurch zum Bestandteil seiner Aussage werden, sind in gleicher Weise auf Tonbandaufzeichnungen anwendbar.
2. Der Unverwertbarkeit der Tonbandaufnahme steht auch nicht entgegen, dass diese spontan, aus eigener Initiative des Zeugen und ohne gezielte Nachfrage übergeben wurde.

BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2012 – 1 StR 137/12, bisher unveröffentlicht

lebenslanger Freiheitsstrafe. Dagegen legt A Revision ein und rügt einen Verstoß gegen § 252.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falles liegt darin, ob ein von einem Zeugen in der polizeilichen Vernehmung übergebenes Tonband dem Beweisverwertungsverbot des § 252 unterfällt, wenn dieser in der Hauptverhandlung nachträglich sein Zeugnis verweigert.

Schutzzweck des § 252 ist die Gewährleistung der in den §§ 52 ff. verankerten Zeugnisverweigerungsrechte.⁴ Diese erlauben dem Zeugen, der eine persönliche oder berufliche Beziehung zum Angeklagten hat, seine Aussage zu

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um das zentrale Problem deutlicher hervortreten zu lassen.

² Die strafrechtliche Verfolgung der Mutter M ist ungeklärt und bleibt somit unberücksichtigt.

³ Die folgenden §§ ohne Kennzeichnung sind solche der StPO.

⁴ Diemer, in KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 252 Rn. 1.

verweigern.⁵ Im vorliegenden Fall ist das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen gemäß § 52 einschlägig. Dieses soll den Betroffenen vor einer Konfliktlage bewahren, in der er als Zeuge der Wahrheit verpflichtet ist und dadurch einen Angehörigen belasten oder aber lügen müsste, wobei er sich durch Letzteres wiederum selbst strafbar machen würde.⁶

Das Beweisverwertungsverbot des § 252 stellt insofern sicher, dass die vor der Hauptverhandlung getätigte Aussage des Zeugen vom Gericht nicht verlesen werden darf, sodass eine abschließende Entscheidung des Zeugen über die Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechtes gewährleistet ist, wenn er nachträglich von diesem Gebrauch macht.⁷ Über den Gesetzeswortlaut des § 252 hinaus ergibt sich jedoch nach ständiger Rechtsprechung⁸ nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein **umfassendes Verwertungsverbot** im Hinblick auf das in der Vernehmung Gesagte.⁹ Dieses sei notwendig, um den Schutz der §§ 52 ff. zu gewährleisten, da bei der Annahme eines reinen Verlesungsverbots frühere Aussagen des Zeugen stattdessen weiterhin durch die Vernehmung seiner Verhörsperson eingeführt werden könnten.¹⁰ Insoweit würden die Zeugnisverweigerungsrechte umgangen.

Eine Ausnahme von diesem Vernehmungsverbot macht die Rechtsprechung¹¹ allerdings in Fällen der **richter-**

lichen Vernehmung eines Zeugen. Hier darf der Richter über die Aussage des Zeugen selbst vernommen werden. Begründet wird dies damit, dass der richterlichen Vernehmung schon ganz allgemein vom Gesetz ein höheres Vertrauen entgegengebracht werde.¹² Außerdem sei dem Zeugen aufgrund der auch von ihm empfundenen erhöhten Bedeutung von richterlichen gegenüber polizeilichen Vernehmungen deutlich, dass er seine Angaben vor dem Richter trotz seines Zeugnisverweigerungsrechts nicht ohne Weiteres wieder beseitigen könne.¹³

§ 252 begründet mithin ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot,¹⁴ das unabhängig von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung besteht.¹⁵ Bedingung für seine Anwendbarkeit ist zum einen, dass ein Zeuge vor dem Prozess eine Aussage getätigt hat, die in einer Vernehmungssituation entstanden ist.¹⁶ Dabei kann es sich sowohl um eine förmliche Vernehmung als auch um eine ihr in Bezug auf den § 252 gleichstehende informatorische Befragung handeln. Zum anderen muss der Zeuge zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung von einem ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht nach den §§ 52 ff.¹⁷ Gebrauch machen. Liegen diese Voraussetzungen vor, so erstreckt sich die Reichweite des Beweisverwertungsverbots des § 252 grundsätzlich auch auf die frühere Aussage des Zeugen.

Nach ständiger Rechtsprechung sind dann auch **Schriftstücke**, die ein

⁵ Davon ist das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 zu unterscheiden, bei dem der Zeuge die Auskunft einzelner Tatsachen verweigern kann, wenn er sich dadurch selbst oder einen Angehörigen belasten würde.

⁶ Vgl. auch Volk, StPO, 7. Aufl. 2010, § 27 Rn. 12.

⁷ Pauly, in Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 252 Rn. 1.

⁸ BGHSt 2, 99, 102.

⁹ Cierniak, in Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 252 Rn. 12; Diemer, in KK-StPO (Fn. 4), § 252 Rn. 1.

¹⁰ Kraatz, Jura 2011, 170, 171.

¹¹ BGHSt 13, 349; 45, 342.

¹² BGHSt 21, 218, 219.

¹³ BGHSt 49, 72, 77.

¹⁴ Sander/Cirener, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., § 252 Rn. 1.

¹⁵ Zur Abgrenzung von selbstständigen und unselbstständigen Beweisverwertungsverboten vgl. Appel/Teterjukow, in famos 08/2011, S. 2.

¹⁶ Geppert, Jura 1988, 305, 310.

¹⁷ Da § 252 nach h.M. nur Zeugnisverweigerungsrechte erfasst (§§ 52-53a), fällt das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 nicht darunter.

Zeuge bei seiner polizeilichen Vernehmung übergeben hat und zum **Bestandteil seiner Aussage** hat werden lassen, nicht verwertbar.¹⁸ Dies gilt auch für vom Zeugen eigens angefertigte Schriftstücke.

In einem vom BGH entschiedenen Fall¹⁹ handelte es sich bei dem maßgeblichen Schriftstück, welches Gegenstand der Beweisverwertung wurde, um einen vom Angeklagten an die Zeugin gerichteten Brief. Dadurch, dass sich die Zeugin in ihrer Aussage ausdrücklich auf diesen Brief, der Angaben zum Tatgeschehen beinhaltete, bezogen hatte, belastete sie den Angeklagten.

In einem ähnlich gelagerten Sachverhalt²⁰ fertigte die Zeugin eine schriftliche Sachdarstellung der vermeintlich vom Angeklagten begangenen Tat an und erklärte sich bei der Polizei dazu bereit, diese in die Akten aufnehmen zu lassen.

In beiden Fallkonstellationen verwerteten die Tatgerichte die Schriftstücke, ungeachtet dessen, dass die Zeuginnen in der Hauptverhandlung ihr Zeugnis verweigerten, was der BGH jedoch für unzulässig hielt. Zur Begründung führte er an, dass die Schriftstücke zur Ergänzung von Einzelheiten dienten und als Bestandteil der Aussage mithin unverwertbar geworden sind. Die Sachlage sei nicht anders, als wenn die Zeuginnen deren Inhalt mündlich wiedergegeben hätten.

Ausgenommen vom Beweisverwertungsverbot des § 252 sind allerdings Äußerungen, die **außerhalb der Vernehmung** vom Zeugen **aus freien Stücken** abgegeben werden.²¹ Darunter fallen unter anderem Spontanäußerungen, Angaben in einer Strafanzeige und telefonische Notrufe.²²

Dagegen hat der BGH die Verwertung einer Äußerung aus freien Stücken bei einer Minderjährigen abgelehnt, die einem Polizisten erst auf dessen gezielte Nachfrage von einer von ihrem Vater an ihr begangenen sexuellen Handlung erzählte. Dies hatte zur Folge, dass das Verwertungsverbot des § 252 bejaht wurde, weil sie sich nicht aus eigener Initiative an die Polizei gewandt und um ihre Hilfe gebeten hatte.²³

Hingegen lehnte der BGH im Container-Fall²⁴ ein Beweisverwertungsverbot ab. Hier hatte die Ehefrau des Angeklagten die Polizei zu einer nächtlichen Such- und Sicherstellungsaktion veranlasst. In dieser führte sie die Beamten zu zwei versteckten Containern, die die mit der Tat des Angeklagten in Zusammenhang stehenden Waffen enthielten. Die Container sowie die Waffen durften als Beweismittel in den Prozess eingeführt werden, da die Suchaktion mitten in der Nacht, spontan und aus eigener Initiative der Zeugin veranlasst wurde. Entscheidend war hierbei, dass vorher keine Vernehmung stattgefunden hatte und die Polizei aufgrund der von den Waffen ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit präventiv tätig werden musste.

Darüber hinaus hat der Gerichtshof ein Beweisverwertungsverbot in einem Fall²⁵ verneint, in dem die Ehefrau des Angeklagten sich per telefonischem Notruf an die Polizei wandte und angab, ihr Ehemann vergehe sich an ihrer minderjährigen Tochter. Auf die Frage des daraufhin bei der Zeugin eintreffenden Beamten, was denn los sei, belastete sie den Angeklagten schwer. Der BGH wertete diese Frage des Polizisten jedoch noch nicht als Beginn einer Vernehmung, sondern als Ergänzung des Notrufs, den die Zeugin freiwillig und eindeutig eigeninitiativ getätigt hatte.

Eine weitere sich hier aufdrängende Frage ist, ob die Tonbandaufzeichnung

¹⁸ BGH StV 1998, 470; NSTZ-RR 2001, 171, 172.

¹⁹ BGHSt 22, 219.

²⁰ BGH StV 1996, 196.

²¹ Eisele, JuS 2008, 631, 633; Joecks, StPO, 3. Aufl. 2011, § 252 Rn.7.

²² Cierniak, in Meyer-Großner (Fn. 9), § 252 Rn. 8.

²³ BGHSt 29, 230.

²⁴ BGH NSTZ 1988, 419.

²⁵ BGH NSTZ 1986, 232.

überhaupt vom LG verwertet werden durfte, obwohl sie **heimlich** von einer Privatperson angefertigt wurde. Der BGH konnte auf nähere Ausführungen hierzu allerdings verzichten, da die Verteidigung diesen Aspekt, so wie es für die Verfahrensrüge erforderlich ist, nicht explizit gerügt hatte. Grundsätzlich erfüllt die heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes den Tatbestand des § 201 StGB. Aus der Rechtswidrigkeit der Erlangung eines Beweismittels würde sich jedoch nicht ohne Weiteres dessen Unverwertbarkeit ergeben.²⁶ Vielmehr muss im Rahmen der Abwägungslehre eine umfassende Berücksichtigung der betroffenen Interessen erfolgen. Im vorliegenden Fall muss demnach das Interesse an der Strafverfolgung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Angeklagten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgewogen werden, wobei die Kriterien der vom BVerfG entwickelten Sphärentheorie²⁷ zu beachten sind. Da die heimliche Aufzeichnung des Gesprächs wenn überhaupt die Privat- und nicht die Intimsphäre der Angeklagten verletzt, ihr jedoch Anstiftung zum Mord vorgeworfen wird, könnte im Ergebnis, aufgrund der Schwere der Tat, die Verwertbarkeit der Tonbandaufzeichnung angenommen werden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt die Entscheidung des Landgerichts dahingehend, dass er die Verurteilung der Angeklagten wegen Anstiftung zum Mord aufrechterhält und ihre Revision als unbegründet zurückweist.

Gleichwohl stellt er einen Verstoß gegen das Beweisverwertungsverbot des § 252 fest. Dieser führe jedoch nicht zur Aufhebung des Schuldspruchs, da die Entscheidung gem. § 337 Abs. 1 auch auf andere Beweismittel gestützt

werden könne und somit nicht auf dem aufgezeigten Rechtsfehler beruhe.

Zur Begründung beruft sich der BGH darauf, dass das vom Zeugen übergebene Tonband Bestandteil der polizeilichen Vernehmung geworden ist. Anlehnend an die von der Rechtsprechung zu § 252 entwickelten Grundsätze, in denen sich das Verwertungsverbot auch auf die vom aussageverweigerungsberechtigten Zeugen in der Vernehmung übergebenen Schriftstücke erstrecke, müsse das Beweisverwertungsverbot in gleicher Weise für Tonbandaufzeichnungen gelten. Dabei betont der BGH ausdrücklich, dass die Sachlage hier nicht anders sei, als wenn der Zeuge den Inhalt der Tonbandaufnahme mündlich wiedergegeben hätte. Die Art des Informationsträgers, auf dem die Beweisstücke gespeichert seien, könne mithin nicht für eine andere rechtliche Bewertung ausschlaggebend sein.

Entgegen der Annahme des Landgerichts nimmt der BGH bei dem hier geschilderten Sachverhalt auch keine Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 an. Zwar erschien der Zeuge spontan und aus eigener Initiative bei der Polizei, er habe seine Aussage jedoch nicht außerhalb einer Vernehmung getätigt. Dies belege vor allem die mit „Zeugenvernehmung“ überschriebene Niederschrift der Beamten.

Das übergebene Tonband und die daraus gefertigte Verschriftlichung seien somit vom Beweisverwertungsverbot des § 252 umfasst. Demnach sei auch die Verlesung und Verwertung unzulässig gewesen. Jedoch konnte die Verurteilung der A letztendlich aufrechterhalten werden, da zusätzliche belastende Beweise gegen sie vorlagen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zunächst ist festzustellen, dass der BGH mit seinem Beschluss Rücksicht auf **den technischen Wandel** der Kommunikation nimmt. Dadurch kann nunmehr angenommen werden, dass die Grundsätze zur Unverwertbarkeit

²⁶ BGHSt 27, 355, 357.

²⁷ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von Häußer/Martin, in famos 05/2012, S. 2.

von Schriftstücken auch auf jedes andere Speichermedium übertragen werden können. So wird es zukünftig nicht darauf ankommen, ob das Beweismittel in Form eines Tonbandes, als SMS oder mittels eines Datenträgers, wie beispielsweise eines USB-Sticks, übergeben wird.²⁸ Des Weiteren bestätigt der BGH in dieser Entscheidung die seit Jahren von ihm angewandten Kriterien zur Auslegung des Beweisverwertungsverbots des § 252.

Aufgrund der besonderen Examensrelevanz sind für die Studierenden im Hinblick auf die Klausur demnach folgende Prüfungspunkte zu beachten: Im Hinblick auf die Annahme der Unverwertbarkeit einer Zeugenaussage ist stets zu prüfen, ob es sich im zu bearbeitenden Fall überhaupt um eine Vernehmungssituation handelt oder ob der Zeuge die Äußerung außerhalb der Vernehmung aus freien Stücken gemacht hat und sie deshalb nicht dem Beweisverwertungsverbot des § 252 unterliegt. Wurde die Vernehmung von einem Richter durchgeführt, ist diese durch dessen Aussage vor Gericht jedoch immer verwertbar. Anschließend ist genau darauf zu achten, ob sich der Zeuge in seiner Vernehmung auf das von ihm übergebene Beweismittel bezogen und es somit zum Bestandteil seiner Aussage hat werden lassen.

5. Kritik

Die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Unverwertbarkeit übergebener Schriftstücke haben zu Recht auch in der Literatur²⁹ Anerkennung erfahren. So ist vor allem im Hinblick auf den Schutzzweck des § 252, der jede Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte verhindern soll, eine extensive Auslegung des Begriffes der Aussage unab-

dingbar. Dies lässt sich damit begründen, dass es bei der rechtlichen Bewertung keinen Unterschied machen darf, ob der Zeuge in seiner Vernehmung über die Geschehnisse gesprochen, sie aufgezeichnet oder zu ihrer Ergänzung Beweismittel übergeben hat. Sobald er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, muss alles, was er zum Bestandteil seiner Aussage hat werden lassen, dem Verwertungsverbot unterliegen.

Demzufolge ist es angesichts des technischen Wandels nur konsequent, eine Ausweitung des Beweisverwertungsverbots von Schriftstücken auf andere Speichermedien vorzunehmen.

Problematisch ist hingegen die Tatsache, dass der BGH seit der Entwicklung seiner Grundsätze **keine** weiteren **Konkretisierungen** hinsichtlich ihrer Auslegung vorgenommen hat. So führt er in jeder seiner Entscheidungen lediglich an, dass Schriftstücke dann unverwertbar sind, wenn der Zeuge sie zum Bestandteil der Aussage hat werden lassen, da er ihren Inhalt auch mündlich hätte wiedergeben können. Greifbare Kriterien dazu, wann und wie der Zeuge etwas zum Bestandteil der Aussage macht, sucht man in den Entscheidungen jedoch vergeblich.

Ferner ist zweifelhaft, ob der BGH, so wie es dem Wortlaut seines Beschlusses entnommen werden kann, tatsächlich für die Unverwertbarkeit jeglicher in der Vernehmung übergebener Schriftstücke plädiert. Dies hätte zur Folge, dass neben selbst angefertigten Aufzeichnungen des Zeugen und den an ihn gerichteten Dokumenten auch solche Beweismittel dem Verwertungsverbot des § 252 unterlägen, die den Zeugen in keinerlei Weise betreffen.

Zur Veranschaulichung dieses Problems soll folgender Fall beitragen: Die Ehefrau des in einem Strafverfahren wegen Mordes angeklagten A findet zufällig einen Brief in der Jackentasche ihres Mannes. Dieser Brief, der an einen guten Freund gerichtet ist, beinhaltet das Tatgeständnis des A. In der polizei-

²⁸ Vgl. hierzu auch Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2010, § 252 Rn. 1; Sander/Cirener, in Löwe-Rosenberg (Fn. 14), § 252 Rn. 36.

²⁹ Diemer, in KK-StPO (Fn. 4), § 252 Rn. 3; Ganter, in BeckOK-StPO, Ed. 15, § 252 Rn. 20; Sander/Cirener, in Löwe-Rosenberg (Fn. 14), § 252 Rn. 36.

lichen Vernehmung der Ehefrau berichtet sie vom Fund des Briefes und übergibt diesen der Polizei. Während der Hauptverhandlung macht sie dann von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Gebrauch. Würde man diesen Fall ausschließlich nach dem Wortlaut des Beschlusses bewerten, so könnte der Brief nicht als Beweismittel verwertet werden, da er von der Zeugin zum Bestandteil der Aussage gemacht worden ist.

Es erscheint jedoch höchst unwahrscheinlich, dass der BGH dieses Ergebnis mit seinen Grundsätzen zu § 252 beabsichtigt hat. Denn eine konsequente Übertragung dieser Rechtsprechung auf Gegenstände im Allgemeinen hätte letztlich zur Folge, dass neben dem gestohlenen Brief auch die in der Vernehmung übergebene Tatwaffe und sogar die gefundene Leiche nicht verwertet werden dürften. Dies bedeutet auch, dass Zeugen die zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind, den Strafverfolgungsbehörden mehr schaden als nützen würden, da die gewonnenen Beweise nicht mehr in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürften. Die Ermittler stünden somit besser da, wenn sie selbst, ohne die Hilfe von solchen Zeugen, die Beweismittel aufgefunden hätten.

Überdies ergibt sich das Problem, dass eine solche Situation rechtsmissbräuchlich für eine erfolgreiche Verteidigungsstrategie ausgenutzt werden könnte. Belastende Beweise gegen den Angeklagten, die vom Zeugnisverweigerungsberechtigten bei seiner früheren Vernehmung übergeben wurden, könnten somit unverwertbar gemacht und damit auch nicht mehr als Beweismittel in den Prozess eingebracht werden.

Daraus lässt sich folgern, dass der BGH für die Begründung seiner Grundsätze zur Unverwertbarkeit von Schriftstücken detailliertere Kriterien aufstellen sollte. Hierbei könnte es nützlich sein, darauf abzustellen, dass die übergebenen Beweismittel den Zeugen in irgendeiner Art und Weise betreffen müssen, sei es, dass z.B. ein Brief an

den Zeugen adressiert ist oder sein Inhalt sich auf diesen bezieht. Dies würde auch im Einklang mit den Zeugnisverweigerungsrechten der §§ 52 ff. stehen, die gerade nur den betroffenen Zeugen schützen sollen. Außerdem könnten somit Gegenstände wie Tatwaffen oder die Leiche verwertet werden, da diese eben nicht mit dem Zeugen in Zusammenhang stehen.

Weiterhin könnten zur Auslegung der Kriterien des BGH auch die §§ 97 ff. herangezogen und es könnte dabei darauf abgestellt werden, dass alles, was nicht beschlagnahmt werden darf, dem Beweisverwertungsverbot des § 252 unterliegt. Dies bietet sich an, da in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StGB explizit schriftliche Äußerungen zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten genannt sind. Die Rechtsprechung hat jedoch die Beschlagnahmefreiheit bei der Bewertung bisher durchgehend unberücksichtigt gelassen.³⁰

Dass aber das Beweisverwertungsverbot sowohl Schriftstücke als auch Speichermedien unabhängig von ihrer Art erfasst,³¹ muss ungeachtet davon gelten, welche der Kriterien zur Auslegung der vom BGH entwickelten Grundsätze herangezogen werden.

Abschließend ist zu erwähnen, dass der BGH zur Bestätigung seiner im Rahmen von § 252 entwickelten Grundsätze anführt, dass diese auch große Anerkennung in der Literatur gefunden haben. Hierzu sei angemerkt, dass er dabei quasi auf sich selbst verweist, denn von den vier erbrachten Nachweisen zitiert der BGH zwei literarische Äußerungen seiner eigenen Richter, die auch an genau dieser Entscheidungsfindung beteiligt waren.

(Katja Eckoldt / Vanessa Gölzer)

³⁰ Sander/Cirener, in Löwe-Rosenberg (Fn. 14), § 252 Rn. 36.

³¹ Die Rechtsprechung wendet hierbei auf § 97 den § 11 Abs. 3 StGB analog an.

1. Sachverhalt¹

O ist nachts auf dem Heimweg und wird 100m vor ihrem Ziel von einem zunächst unbekannten Täter unter Einsatz massiver Gewalt zum Geschlechtsverkehr gezwungen.

Während der laufenden Ermittlungen erwirkt die Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Anordnung zur Vornahme eines Reihengentests gemäß § 81h StPO². An diesem nehmen 2406 Männer im Alter zwischen 18 und 40 Jahren freiwillig teil, unter anderem auch Verwandte von A. Bei der Untersuchung wird eine Teilübereinstimmung zweier DNA-Proben mit der Täterspur festgestellt, die auf eine Verwandtschaft mit dem Täter schließen lässt. Diese Feststellung wird der zuständigen Staatsanwaltschaft mitgeteilt und es wird eine Entanonymisierung der beiden Proben veranlasst. Dabei stellt sich heraus, dass es sich bei den hinter diesen Proben stehenden Personen um den Onkel und Vater des A handelt. Durch einen Melderegisterabgleich werden die Behörden dann auf A, der wegen seines jugendlichen Alters nicht in das Raster der Reihenuntersuchung gefallen ist, aufmerksam. Die Staatsanwaltschaft lässt sodann auf richterlichen Beschluss eine DNA-Speichelprobe nach § 81a bei A

April 2013 Gentest-Fall

DNA-Massentest, Beweisverwertungsverbot
§ 81h StPO

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Eine Teilübereinstimmung, die bei der Untersuchung von freiwillig abgegebenen DNA-Proben und Täterspuren festgestellt wird und die auf ein verwandtschaftliches Verhältnis zum Täter schließen lässt, darf nicht verwendet werden, um weitere Maßnahmen zu ergreifen, die zur Überführung des Täters führen können.
2. Die rechtswidrige Verwendung einer Teilübereinstimmung begründet allein kein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Folgemaßnahmen.

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – 3 StR 117/12; bisher unveröffentlicht

entnehmen. Diese DNA-Probe entspricht der Täterspur.

Das LG verwertet in seinem Urteil die bei A entnommene DNA-Probe und verurteilt ihn wegen einer besonders schweren Vergewaltigung zu einer Jugendstrafe von fünf Jahren. Dagegen legt A Revision ein und rügt, dass die Ermittlung seiner DNA verfahrensfehlerhaft erfolgt sei.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falles liegt darin, ob der Beschluss zur Entnahme der Speichelprobe bei A überhaupt hätte ergehen und das LG die DNA-Probe von A im Verfahren hätte verwerten dürfen. Ersterer erging nur aufgrund der Feststellung einer Teilübereinstimmung beim DNA-Abgleich, der darauf folgenden Entanonymisierung und des Melderegisterabgleiches. Der Täter wurde gerade nicht unmittelbar durch

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

² Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

den Massengentest ermittelt. Fraglich ist also, ob die aus einem Reihengentest resultierende Teilübereinstimmung dazu verwendet werden darf, einen Tatverdacht zu begründen, auf dem wiederum die Einleitung weiterer Maßnahmen basiert, die den Täter überführen können.

Molekulargenetische Reihenuntersuchungen können die Chance eines raschen und eindeutigen Aufklärungserfolges erhöhen.³ Sinn und Zweck von § 81h ist es, von Personen, die bestimmte, auf einen unbekannten Täter vermutlich zutreffende Merkmale aufweisen, auf freiwilliger Basis Körperzellen zu entnehmen. Diese werden dann molekulargenetisch untersucht und das so erlangte Identifizierungsmuster wird mit tatrelevantem Spurenmaterial automatisiert abgeglichen.

Zur Einleitung eines Reihengentests setzt § 81h zunächst voraus, dass ein Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begangen wurde. Der betroffene Personenkreis muss anhand bestimmter Merkmale, die dem vermeintlichen Täter entsprechen, deutlich umgrenzt sein. Des Weiteren muss die Maßnahme erforderlich und verhältnismäßig sein. Für die Beurteilung sind die Schwere der Tat und die Anzahl der betroffenen Personen ins Verhältnis zu setzen. Auch hat eine schriftliche Einwilligung der Betroffenen, welcher eine schriftliche Belehrung vorauszugehen hat, zu erfolgen. Die Betroffenen müssen dabei darüber belehrt werden, dass ihre Körperzellen nur für den in § 81h genannten Zweck verwendet, danach unverzüglich vernichtet und nicht gespeichert werden.

Die Voraussetzungen der Maßnahme sind sehr streng, da sie sich gegen Betroffene richtet, die zunächst weder als Beschuldigte noch als Zeugen in

Betracht kommen.⁴ Somit ist die von § 81h normierte Maßnahme ultima ratio.⁵ Folglich kommt eine Reihenuntersuchung nur dann in Betracht, wenn alle anderen Ermittlungsmaßnahmen erfolglos geblieben sind.⁶

Im Zusammenhang mit § 81h ist nun problematisch, ob eine Teilübereinstimmung festgestellt und daran anknüpfend weitere Maßnahmen durchgeführt werden dürfen, um den Täter zu ermitteln. Die Norm regelt nicht ausdrücklich, wie die Behörden bzw. das zur Untersuchung bestimmte Labor mit einer Teilübereinstimmung umgehen sollen. Es wird jedoch teilweise angenommen, dass § 81h hinsichtlich der anwendbaren Untersuchungsmethoden und der Untersuchungszwecke eine Beschränkung enthält.⁷ Aus dieser könnte sich ergeben, dass nur die vollständige Identität von freiwillig abgegebener DNA-Probe und „Täter-DNA“ festgestellt werden darf.⁸ Somit wäre die Ermittlung einer Teilübereinstimmung verboten und würde einen von § 81h nicht erfassten Untersuchungszweck darstellen.⁹ Dem wird entgegen gehalten, dass es sich bei der Feststellung einer Teilübereinstimmung allein um ein zufälliges, zusätzliches Resultat handele.¹⁰ Dieses falle nur in Ausführung des eigentlich angestrebten Ziels der Ermittlungen an.¹¹ Das deutsche Strafverfah-

³ Krause, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., § 81h Rn. 3.

⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 34 Rn. 34; Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, § 10 Rn. 30.

⁵ BT-Drucks. 15/5674, S. 14; Busch, NJW 2001, 1335, 1336; Roxin/Schünemann, (Fn. 4), § 34 Rn. 34.

⁶ Saliger/Ademi, JuS 2008, 193, 195.

⁷ Graalman-Scheerer, NStZ 2004, 297, 300; Saliger/Ademi, JuS 2008, 193, 198; Volk, NStZ 2002, 561, 563 f.

⁸ Vgl. Brocke, StraFo 2011, 298, 299 (entwickelt diesen Aspekt, lehnt ihn dann aber ab).

⁹ Vgl. Brocke, StraFo 2011, 298, 299 (entwickelt diesen Aspekt, lehnt ihn dann aber ab).

¹⁰ Brocke, StraFo 2011, 298, 299.

¹¹ Brocke, StraFo 2011, 298, 299.

rensrecht lasse solche Zufallsfunde auch regelmäßig zu, so z.B. in § 108.

Ein Feststellungsverbot könnte sich durch den Verweis in § 81h Abs. 3 auf die Regelung des § 81g Abs. 2 S. 2 ergeben. Denn die Verwendung der Körperzellen sei nach dieser Norm auf die Prüfung beschränkt, ob das aufgefundene Spurenmaterial von einem Teilnehmer an der Reihenuntersuchung stamme oder nicht.¹² Dagegen wird angeführt, dass sich das dort normierte Feststellungsverbot nur auf die Untersuchung gemäß § 81h Abs. 1 Nr. 2 und nicht auf den automatisierten Abgleich gemäß § 81h Abs. 1 Nr. 3 bezieht.¹³ Die Teilübereinstimmung sei erst das Ergebnis dieser automatisierten DNA-Abgleichung gemäß § 81h Abs. 1 Nr. 3.¹⁴

Auch ergebe sich ein Hindernis für die Verwendung nicht aus § 81h Abs. 4, denn die erforderliche Belehrung beziehe sich auf die Freiwilligkeit, die Beschränkung des Untersuchungszwecks und der zulässigen Untersuchungsmaßnahme, auf das Gebot der unverzüglichen Vernichtung der DNA-Probe und auf das Verbot einer längerfristigen Speicherung, aber nicht auf die Frage wie mit einer eventuellen Zufallserkenntnis umzugehen sei.¹⁵ Im Umkehrschluss könnte jedoch angenommen werden, dass die Einwilligung nur für Maßnahmen gilt, über die belehrt wurde. An einer Belehrung darüber, dass die Teilübereinstimmung auch dazu verwendet werden darf, den Tatverdacht hinsichtlich eines nahen Verwandten zu begründen, fehlt es. Somit wurde in eine solche Verwendung auch nicht eingewilligt. Folglich wäre diese von einer Einwilligung nicht gedeckt und daher verboten.

Wenn man § 81h als Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung

und Verwendung einer Teilübereinstimmung ablehnt, kann man noch an § 163 als Rechtsgrundlage denken. Dieser stellt für die Polizei eine Ermächtigungsgeneralklausel dar und gestattet Ermittlungen jeder Art.¹⁶ Jedoch können Maßnahmen, die gesetzlich durch eine Spezialermächtigung gesondert geregelt und deren Voraussetzungen gerade nicht erfüllt sind, nicht auf diese Generalklausel gestützt werden (§ 163 Abs. 1 S. 2). Dies wäre hier aber der Fall, wenn § 81h als eine abschließende Regelung zu verstehen wäre. Des Weiteren folgt aus dem Parlamentsvorbehalt¹⁷ das Verbot, die Feststellung und Verwendung von Teilübereinstimmungen auf § 163 zu stützen, denn wesentliche Grundrechtseingriffe müssen danach gesetzlich in Tatbestand und Rechtsfolge eigenständig geregelt werden. Vorliegend kommt ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) der Teilnehmer an der Reihenuntersuchung in Betracht, der eine spezielle gesetzliche Ermächtigungsnorm erforderlich machen könnte.

Nähme man ein Feststellungs- und Verwendungsverbot für die Teilübereinstimmung an, müsste in einem nächsten Schritt darüber entschieden werden, wie sich dieses auf die daran anknüpfenden Maßnahmen auswirkt. Es ist dabei u.a. über die Rechtmäßigkeit des richterlichen Beschlusses gemäß § 81a, der die Entnahme der Speichelprobe beim Täter anordnete, zu entscheiden. Sollte dieser wiederum rechtswidrig sein, muss weiterhin über ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der beim Täter entnommenen DNA-Probe entschieden werden. § 81h selbst normiert nicht, ob sich aus der rechtswidrigen Feststellung und Verwendung

¹² Rogall, in SK-StPO, 4. Aufl. 2010 ff., § 81h Rn. 28.

¹³ Krause, in Löwe/Rosenberg, (Fn. 3), § 81h Rn. 29.

¹⁴ Brocke, StraFo 2011, 298, 300.

¹⁵ Brocke, StraFo 2011, 298, 300.

¹⁶ BT-Drucks. 14/1484, S. 17; Schmitt, in Meyer-Goßner, 55. Aufl. 2012, § 163 Rn. 1; Roxin/Schünemann, (Fn. 4), § 9 Rn. 19.

¹⁷ Grzeszick, in Maunz/Dürig, 67. Erg.-Lfg. 2013, Art. 20 Rn. 135.

von Teilübereinstimmungen die Rechtswidrigkeit für daran anknüpfende Maßnahmen ergibt. Zur Problematik von Folgefehlern im Zusammenhang mit § 81h und deren Wirkung ist bis zu dem vorliegenden noch kein höchstrichterliches Urteil ergangen. Die Entscheidung über ein Beweisverwertungsverbot hat der BGH hier auf Grundlage seiner entwickelten Abwägungslehre¹⁸ getroffen. Es werden das Interesse an der Strafverfolgung und die Interessen des Angeklagten abgewogen.¹⁹

Problematisch erscheint vorliegend auch die Rechtmäßigkeit der erfolgten Entanonymisierung der von den Verwandten abgegebenen Speichelproben. § 81f Abs. 2 normiert eine Anonymisierung des Untersuchungsmaterials und gilt durch den Verweis aus § 81h Abs. 3 auch für die Speichelproben aus einer Reihenuntersuchung. Jedoch enthält die Vorschrift keine Voraussetzungen für eine etwaige Entanonymisierung, sodass sie dafür keine Rechtsgrundlage darstellen kann. Man könnte im Umkehrschluss sogar annehmen, dass das, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, verboten ist. Folglich wäre eine Entanonymisierung zumindest nach den Regeln der StPO nicht zulässig.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des Angeklagten.

In der Begründung führt er zunächst aus, dass die Entanonymisierung der Körperzellen keinen Verfahrensfehler begründet.²⁰ Die Polizei erhebe die Körperzellen nicht in anonymisierter Form. Ihr liegen hinsichtlich aller Probanden die notwendigen Informationen vor. Die über § 81h Abs. 3 S. 1 anwendbare Vorschrift des § 81f Abs. 2 S. 3 regele nur, dass die Proben in teilanonymisierter Form an die Sachverständigen zu versenden

sind. Dies sei vorliegend erfolgt, denn die Proben wurden durch die Sachverständige weder entanonymisiert, noch lagen sie ihr in dieser Form vor. Erst auf den Hinweis, dass eine hohe Übereinstimmung zwischen zwei Proben und der Täterspur festgestellt wurde, kam es zur Entanonymisierung. Das verletze § 81f Abs. 2 S. 3 gerade nicht.

Des Weiteren sei die Einwilligung von Vater und Onkel nicht unwirksam, denn die Belehrung entsprach der in § 81h Abs. 4 vorgesehenen Form.²¹ Auch könne sie nicht durch spätere Vorgänge, die bei der Belehrung nicht absehbar waren, verfahrensfehlerhaft werden.

Die Feststellung einer Teilübereinstimmung an sich stelle ebenfalls keinen Verstoß gegen das Untersuchungsverbot dar, weil es sich dabei um eine zufällige Erkenntnis handle, deren Nichtfeststellung durch die Sachverständigen nicht verlangt werden könne.²² Jedoch sei die Mitteilung der teilweisen Übereinstimmung der DNA-Identifizierungsmuster zwischen den beiden Proben von Vater und Onkel und der Täterspur an die Behörden nicht von § 81h Abs. 1 gedeckt gewesen.²³ Dadurch erfolge eine Verwertung als Verdachtsmoment von personenbezogenen Daten, die zu diesem Zweck nicht erhoben wurden. Dies stelle einen Eingriff in die Rechte des Vaters und des Onkels aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG dar.

Eine für diesen Eingriff erforderliche gesetzliche Grundlage ergebe sich nicht aus § 160 oder aus den Vorschriften des allgemeinen Datenschutzes. Somit sei die Begründung eines Verdachtsmoments gegen den Angeklagten nicht durch die Einwilligung von Vater und Onkel in den Reihengentest gedeckt.

Der BGH bestätigt das Vorliegen eines Verfahrensfehlers von dem auch der Beschluss nach § 81a betroffen sei.

¹⁸ BGHSt 19, 325, 329; 32, 34, 35; 46, 189, 195.

¹⁹ Dazu bereits in famos 08/2011, S. 3.

²⁰ BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 17.

²¹ BGH (Fn 19), Rn. 18.

²² BGH (Fn 19), Rn. 23 f.

²³ BGH (Fn 19), Rn. 25.

Die daraus gewonnenen Beweismittel seien folglich rechtswidrig erlangt.

Unter Anwendung der Abwägungslehre lehnt der BGH jedoch ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der bei A entnommenen Probe ab.²⁴ Die Verwendung der durch den Reihengentest zufällig gewonnenen Erkenntnis, dass zwischen dem Täter und dem Vater und Onkel des A ein verwandtschaftliches Verhältnis besteht, sei ein Gesetzesverstoß von erheblichem Gewicht. Die Zweckbindung des § 81h Abs. 1, Abs. 3 S. 1, § 81g Abs. 2 S. 2 solle eine solche Datenverwendung gerade verhindern. Jedoch stehe diesem Gesetzesverstoß gegenüber, dass der Reihengentest ansonsten in rechtmäßiger Art und Weise richterlich angeordnet und die Probanden ordnungsgemäß belehrt wurden. Auch kam es bei der Durchführung der Maßnahme und der Untersuchung der Proben zu keinerlei Rechtsverstößen.

Nach Ansicht des BGH sei aber das entscheidende Kriterium, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, den Umgang mit solchen Teilübereinstimmungen zu regeln. Die Rechtslage sei ungeklärt gewesen und eine systematische Auslegung habe auch keine Klarheit verschafft. Andere strafprozessuale Regelungen verböten nicht generell die Verwertung von Zufallserkenntnissen. Somit sei die Annahme der Beamten, dass die Teilübereinstimmung als Ermittlungsansatz verwertet werden könne, nicht völlig unvertretbar. Des Weiteren ließe sich gerade keine willkürliche Umgehung des Gesetzes feststellen. Somit scheidet nach Ansicht des BGH eine Unverwertbarkeit aus.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Nach den Feststellungen des BGH müssen die Ermittler künftig wegsehen, wenn sie bei Reihengentests auf DNA-Spuren stoßen, die eine Verwandtschaft mit dem Täter nahelegen. Die auf sol-

chen Beinahetreffern beruhenden Ermittlungsergebnisse dürften nicht mehr verwendet werden. Für die Praxis ist damit vorerst Klarheit geschaffen.

§ 81h regelt die **freiwillige** Mitwirkung an der Verbrechensaufklärung. Und genau dies dürfte der BGH wohl zum Anlass genommen haben, die Verwendung von Beinahetreffern zu untersagen. Denn der Betroffene kann eine Entscheidung „aus freiem Willen“ nur dann treffen, wenn er weiß, worauf er sich einlässt. Mit anderen Worten, er muss darüber informiert sein, was mit seinem Genmaterial passiert.

Insbesondere darf derjenige, der sich freiwillig an der Verbrechensaufklärung beteiligt, nicht um seine Rechte als potenzieller Zeuge gebracht werden. Ist der Täter ein naher Verwandter des Freiwilligen, so steht ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 zu. Darauf darf er verzichten, doch muss er es hierzu kennen. Die Strafverfolgungsbehörden müssen ihn entsprechend belehren. Dies ist bei freiwilligen Gentests nicht möglich. Zwar könnten die Behörden alle Freiwilligen über potenzielle Zeugnisverweigerungsrechte im Falle eines Beinahetreffers belehren, nicht aber mit der hinreichenden Konkretheit, die § 52 verlangt. Denn dass ein naher Verwandter der Täter sein könnte, erwartet der Freiwillige in aller Regel nicht.

Genau so verhielt es sich im vorliegenden Fall: Die Behörden haben die Testteilnehmer nicht darüber belehrt, dass der Gentest eventuell auch die Täterschaft oder einen dringenden Tatverdacht bezüglich eines Verwandten ergeben könnte, der nicht an dem Gentest teilnimmt. Vater und Onkel des A haben im sicheren Wissen teilgenommen, nichts befürchten zu müssen. Dass sie mit ihrer Teilnahme möglicherweise einen jüngeren Verwandten belasten könnten, war ihnen im Zeitpunkt der Einwilligung nicht bewusst.

Um Beinahetreffer weiter nutzen zu können, ist eine Änderung der StPO erforderlich. Es stellt sich daher die

²⁴ BGH (Fn 19), Rn. 30 ff.

Frage, ob sich der Gesetzgeber erneut mit der Regelung des § 81h befassen sollte.

Für eine Gesetzesänderung, bestehen unserer Meinung nach zwei Möglichkeiten. Die erste Möglichkeit: Man belässt die Rechtslage, wie sie ist, und stellt dies durch eine ausdrückliche Formulierung klar. Die Feststellung von Verwandtschaftsverhältnissen durch Ermittlungsbehörden ist dann weiterhin von vornherein ausgeschlossen. Die zweite Möglichkeit: Man lässt die Verwendung von Beinahetreffern gesetzlich ausdrücklich zu und führt eine qualifizierte Belehrung über die mögliche Verwendung ein. Jeder freiwillige Proband müsste dann darüber belehrt werden, dass auch alle Verwandten, denen gegenüber er ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, in den Abgleich mit seiner Speichelprobe einbezogen werden können. Eine solche Belehrung muss hinreichend konkret und auf einen Sachverhalt bezogen sein, sodass sie der Belehrung über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 gleichkommt.

Für eine entsprechende Belehrungspflicht bei etwaiger Neuregelung spricht der Vergleich mit § 81c Abs. 3, wonach Untersuchungen und Entnahmen von Blutproben aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden können.

5. Kritik

In ihrem Ergebnis bietet die Entscheidung durchaus Anlass für Kritik. Der BGH stellt einerseits fest, dass der Gesetzestext des § 81h der Verwendung der bei Vater und Onkel des A entnommenen DNA-Proben zu weiteren auf der Teilüberstimmung mit den Tatspuren beruhenden Ermittlungsmaßnahmen entgegensteht. Andererseits sieht der 3. Senat die Verwertung der Probe des A im konkreten Fall nach der gebotenen Abwägung als noch rechtmäßig an. Die Strafverfolgungsorgane hätten vor einer „völlig ungeklärten“

Rechtsfrage gestanden und nicht willkürlich das Gesetz missachtet.²⁵

Dadurch billigt der BGH im konkreten Fall eine Art „Verbotsirrtum“ über die Grenzen des Eingriffs durch die Ermittlungsbehörden. Sie hätten sich nicht über die Grenzen des § 81h informieren können, da kaum Literatur und keine Rechtsprechung zu den sich stellenden Fragen zu finden waren. Dies ist ein höchst fraglicher Ansatz, vergleicht man die Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen eines Verbotsirrtums beim Täter: Er führt in der Praxis so gut wie nie zu einer Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortung. Die Entscheidung verfestigt somit die Tendenz der Verwandlung des deutschen Strafprozessrechts in ein **case law** – es gilt nunmehr der Präzedenzfall, anders als im case law-System freilich mit dem Unterschied, dass das Ergebnis im vorliegenden Präzedenzfall nicht dem entspricht, was künftig gelten soll.

Die primär entscheidende Äußerung zur Rechtslage ist jedoch nach dem deutschen Rechtssystem das Gesetz, nicht das Urteil des BGH. Zwar stellt das Richterrecht im Sinne der richterlichen Rechtsfortbildung eine anerkannte Rechtsquelle dar. Neben einigen gewohnheitsrechtlichen Rechtsinstituten ist das Richterrecht vor allem in sehr dynamischen Lebensbereichen gefragt, in denen das kodifizierte Recht der Entwicklung hinterherhinkt (z.B. im Urheber- oder Internetrecht). Handelt es sich jedoch um das Strafprozessrecht, so ist wegen der weitgehenden Konsequenzen für den Einzelnen Zurückhaltung geboten und die Entscheidung für oder gegen eine Lösung nach dem verfassungsrechtlich verbrieften Grundsatz der Gewaltenteilung dem Gesetzgeber zu überlassen.

Es drängt sich der Verdacht auf, dass der BGH in der hier zu bespre-

²⁵ BGH Mitteilung der Pressestelle bei <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

chenden Entscheidung²⁶ vom Ergebnis her argumentiert hat, denn der Angeklagte war einer schweren Straftat schuldig.

(Yulia Fayt/Johanna Kulbach)

²⁶ Der Angeklagte hat gegen die Entscheidung des BGH eine Verfassungsbeschwerde eingelegt (www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-dna-test-verwandte-verfassungsbeschwerde; zuletzt abgerufen am 24.4.2013). Die rechtliche Aufarbeitung des Falles ist somit noch nicht abgeschlossen.

1. Sachverhalt¹

Nach vorangegangenen Tötlichkeiten von Mitgliedern rivalisierender Jugendgruppen stehen sich diese nun gegenüber.

Die Stimmung heizt sich schnell auf und den Beteiligten beider Gruppen ist bewusst, dass es alsbald zu körperlichen Auseinandersetzungen kommen wird. Aufgrund einer stillschweigenden Übereinkunft stimmen die Beteiligten zu, die Streitigkeiten mit Faustschlägen und Fußtritten auszutragen, wobei sie den Eintritt auch erheblicher Folgen billigen. Im Zuge der Tötlichkeiten erleiden verschiedene Personen teils schwerwiegende Verletzungen. Einige Beteiligte müssen stationär im Krankenhaus behandelt werden. S, M und Z können für die genannten Handlungen als Mittäter ermittelt werden. Das LG verurteilt die Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung. Dagegen richtet sich ihre Revision zum BGH.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Beschluss befasst sich mit der Frage, wann eine Körperverletzung gegen die **guten Sitten** verstößt. Im Falle eines solchen Verstoßes ist eine **Einwilligung in die Körperver-**

Mai 2013 Gruppenprügelei-Fall

Sittenwidrigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung

§ 228 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die Einwilligung in eine Körperverletzung, die im Rahmen einer verabredeten Schlägerei rivalisierender Gruppen begangen wird, ist gemäß § 228 StGB sittenwidrig, wenn es an Absprachen und effektiven Sicherungen für deren Einhaltung fehlt, die das Gefährlichkeits- und Eskalationspotential begrenzen.
2. Die im Verlauf einer solchen Auseinandersetzung begangenen Körperverletzungen verstoßen selbst dann gegen die guten Sitten, wenn im Einzelfall keine konkrete Todesgefahr bestand.

BGH, Beschluss vom 20. Februar 2013 – 1 StR 585/12; veröffentlicht in NJW 2013, 1379.

letzung gemäß § 228 StGB² unwirksam, die Tat mithin **rechtswidrig**. Die rechtfertigende Einwilligung stellt einen von der h.M. gewohnheitsrechtlich³ anerkannten Rechtfertigungsgrund dar.⁴ Ihr liegt gedanklich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zu Grunde, welches in Art. 2 Abs. 1 GG seine verfassungsrechtliche Verankerung gefunden hat.⁵ Nimmt man diese Herleitung ernst, so ergeben sich aus ihr bereits einige wesentliche Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung. Diese vari-

¹ Der Sachverhalt ist verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, um die Probleme zu verdeutlichen.

² Im Folgenden sind alle §§ ohne Gesetzesangabe solche des StGB.

³ Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 438.

⁴ Rengier, Strafrecht AT, 4. Auflage 2012, § 23 Rn. 1; a.A. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.

⁵ Rengier (Fn. 4), § 23 Rn. 7.

ieren je nach Art der Einwilligung.⁶ Im vorliegenden Fall ist jedoch nur die im Voraus erklärte Einwilligung von Bedeutung. Über die Voraussetzungen für eine solche ist sich die h.M. einig.⁷ Für die hier relevanten Körperverletzungsdelikte sieht § 228 zudem eine spezielle Einwilligungsschranke vor, die ebenfalls zu beachten ist und in bestimmten Fällen zu einem Ausschluss der Einwilligung führt, selbst wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen.⁸ § 228 stellt somit eine täterbelastende Einschränkung des Rechtfertigungsgrundes Einwilligung dar.⁹ Fraglich ist, welche Gründe sich für diese Einschränkung anführen lassen. Zwar ist das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit grundsätzlich disponibel,¹⁰ jedoch wird eine Beschränkung mit dem Schutz des Einzelnen vor kurzsichtigen irreversiblen Eingriffen in seine körperliche Integrität sowie mit Interessen der Allgemeinheit, die durch die Tat ebenfalls betroffen sein können, begründet.¹¹ Ferner wird zur Rechtfertigung das Interesse der Rechtsgemeinschaft an gesunden Mitgliedern, das paternalistische Wachen des Staates über die körperliche Unversehrtheit seiner Bürger sowie das allgemeine Interesse an der Tabuisierung schwerwiegender Eingriffe angeführt.¹² Aus diesen Erwägungen folgt aber zugleich, dass die Einschränkung der Dispositionsbefugnis nur bei drohenden gravierenden Verletzungen legitim ist.¹³

⁶ Neben der erklärten Einwilligung gibt es noch die mutmaßliche und die hypothetische Einwilligung.

⁷ Zu den Voraussetzungen der Einwilligung siehe *Heinrich* (Fn. 3), Rn. 453 ff.

⁸ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 112.

⁹ *Hardtung*, in *MüKo*, StGB, 2. Aufl. 2012, § 228 Rn. 2.

¹⁰ *Rengier*, Strafrecht BT, 13. Aufl. 2012, § 20 Rn. 1.

¹¹ *Weber*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf*, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 33.

¹² *Hardtung*, in *MüKo* (Fn. 9), § 228 Rn. 23.

¹³ BGHSt 49, 166, 171.

Die Auslegung des § 228 ist nicht unumstritten¹⁴ und auch im hier zu behandelnden Fall geht es vor allem um die Frage, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist. Problematisch ist, dass es sich bei den guten Sitten um einen weiten und **unbestimmten Rechtsbegriff** handelt.¹⁵ Teilweise wird die Vorschrift insgesamt für verfassungswidrig erachtet, da sie dem **Bestimmtheitsgebot** nach Art. 103 Abs. 2 GG zuwiderlaufe.¹⁶ Überwiegend wird die Norm aber als verfassungskonform angesehen, insbesondere, da durch Rechtsprechung und Literatur eine ausreichende Konkretisierung erreicht und im Rahmen der Rechtfertigungsgründe eine offenere Formulierung notwendig sei, um die verschiedenen Konstellationen zu erfassen.¹⁷

Wenn man mit der h.M. die Verfassungswidrigkeit des § 228 verneint, stellt sich weiter die Frage, wie das Merkmal **Verstoß gegen die guten Sitten** zu verstehen ist. Einigkeit herrscht darüber, dass es dabei nicht auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung, sondern auf die der Tat ankommt.¹⁸ Nach der herkömmlichen Definition ist ein Verstoß gegeben, wenn die Tat dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.¹⁹

Das RG hat dazu entschieden, dass die Tat als sittenwidrig anzusehen sei, wenn der mit der Tat verfolgte Zweck sowie die zugrundeliegenden Ziele und Beweggründe der Beteiligten als sittlich-moralisch verwerflich anzusehen

¹⁴ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 228 Rn. 8.

¹⁵ *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 8), § 17 Rn. 112; *Stree/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 228 Rn. 2.

¹⁶ *Stree/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 228 Rn. 2.

¹⁷ *Hardtung*, in *MüKo* (Fn. 9), § 228 Rn. 29; *Hirsch*, in *LK*, StGB, 11. Aufl. 1998 ff., § 228 Rn. 2.

¹⁸ *Hirsch*, in *LK* (Fn. 17), § 228 Rn. 7.

¹⁹ *Hirsch*, in *LK*, (Fn. 17), § 228 Rn. 6.

sind.²⁰ Im konkreten Fall ging es um einen Arzt, der eine schmerzhaft „Scheidenmassage“ bei mehreren erkrankten Frauen durchgeführt hatte. Das RG sah die Einwilligung der Frauen als unbeachtlich an, da die Tat des Arztes gegen die guten Sitten verstoßen habe. Der **Sittenverstoß** wurde nicht mit der Gefährlichkeit der Handlung begründet, sondern damit, dass die Handlung „masturbatorisch wirk[te]“²¹. Hier wird deutlich, dass der als unlauter angesehene Zweck der Handlung nach dieser Rechtsprechung bereits die Sittenwidrigkeit begründete. Dieser Ansicht ist die spätere Rechtsprechung²² zunächst gefolgt, auch die Literatur²³ hat ihr anfänglich mehrheitlich zugestimmt, so dass sie als früher h.M. angesehen werden konnte.²⁴ Gegen diese Sichtweise hat sich jedoch bereits frühzeitig Widerstand geregt. Nach der sogenannten Rechtsgutslösung ist die Sittenwidrigkeit der Tat allein nach dem Gewicht des tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs zu bestimmen.²⁵ Demnach kommt es gerade nicht auf den verfolgten Zweck an, sondern vielmehr auf den Erfolgsumfang und den Gefahrengrad der Handlung.²⁶

Dieser Lösung folgen in jüngerer Zeit auch mehrheitlich die Literatur²⁷ sowie die Rechtsprechung²⁸, so dass sich folgende Auslegung wohl durchgesetzt hat: Es geht bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit nicht um die mit der Tat verfolgten Zwecke. Vielmehr sind der Umfang der eingetretenen Körperverletzung und der damit verbundene Gefahrengrad für Leib und Leben des Opfers entscheidend.²⁹ Dass

der BGH eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung vollzogen hat, belegt insbesondere der sogenannte Sado-Maso-Fall.³⁰ Hier hatte der Täter das Opfer (seine Lebensgefährtin) auf deren ausdrücklichen Wunsch hin mit einem Metallrohr gewürgt, um ihr sexuelle Befriedigung zu verschaffen. Während das RG³¹ sadomasochistische Handlungen per se als gegen die guten Sitten verstößend angesehen hatte, stellt der BGH ausdrücklich nicht darauf ab, dass der Täter die Körperverletzung zu eventuell moralisch verwerflichen sexuellen Zwecken beging. Vielmehr wird für die Bejahung der Sittenwidrigkeit allein die konkrete Todesgefahr der Handlung als Entscheidungskriterium herangezogen.³² Wäre die Handlung nicht lebensgefährlich gewesen, so hätte der BGH auch keine Sittenwidrigkeit der Körperverletzung angenommen.

Dies stellt den wesentlichen Unterschied zur früher h.M. dar. Ob die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist, ist zudem nach einer ex-ante-Betrachtung zu entscheiden.³³ Die Sittenwidrigkeit soll in der Regel vorliegen, wenn bei **vorausschauender objektiver Betrachtung** aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in **konkrete Todesgefahr** gebracht wird.³⁴ Dafür spreche insbesondere der Normzweck der §§ 216 und 228, die die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung begrenzen.³⁵ Nur in diesen Fällen sei eine Einschränkung der Einwilligungsmöglichkeit gerechtfertigt.³⁶

Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz macht der BGH jedoch bei Einwilligungen in ärztliche Heileingriffe, selbst wenn diese konkret lebensge-

²⁰ RGSt 74, 91, 94.

²¹ RGSt 74, 91, 94.

²² OLG Düsseldorf MDR 1997, 933, 943.

²³ Roxin, JuS 1964, 373, 379.

²⁴ Vgl. Hirsch, in LK (Fn. 17), § 228 Rn. 8, mit Fallbeispielen.

²⁵ Hirsch, in LK (Fn. 17), § 228, Rn. 9.

²⁶ Hirsch, in LK (Fn. 17), § 228, Rn. 9.

²⁷ Hardtung, in MüKo (Fn. 9), § 228 Rn. 15.

²⁸ BGHSt 49, 34, 40 ff.; 49, 166, 169 ff..

²⁹ BGHSt 49, 166, 170 f.

³⁰ BGHSt 49, 166 ff.

³¹ RG JW 1928, 2229.

³² BGHSt 49, 166, 170 f.

³³ BGHSt 49, 166, 173.

³⁴ BGHSt 49, 34, 44.

³⁵ BGHSt 49, 166, 173.

³⁶ Fischer (Fn. 14), § 228 Rn. 9a.

fährlich sind.³⁷ Der aner kennenswerte Zweck, nämlich die Heilung eines Menschen, überwiege – bei Abwägung der Interessen – in diesen Fällen die aufgrund der lebensgefährlichen Behandlung normalerweise gegebene Sittenwidrigkeit.³⁸

Auch im Rahmen von sportlichen Wettkämpfen³⁹ sieht der BGH eine weitergehende Gefährdung nicht als sittenwidrig an, soweit sich die Handlungen im Rahmen der Wettkampfrege len halten.⁴⁰ Zwar ist nicht zwangsläufig davon auszugehen, dass gefährliche Sportarten als **positiver Zweck** anzusehen sind, jedoch lässt der BGH auch **einsehbare Zwecke** genügen, soweit zusätzliche Sicherungsmittel vorhanden sind.⁴¹ Im Sport ist durch das vorhandene Regelwerk und die es überwachenden Personen (Schiedsrichter, Ringrichter) eine solche Sicherung gewährleistet. Somit ist eine Kompensation der (eigentlich gegebenen) Sittenwidrigkeit durch anerkannte Zwecke möglich. Folglich wird zu Gunsten des Täters ausnahmsweise auch von der heute h.M. eine Betrachtung der Tat zwecke weiter vorgenommen. Dies führt gewissermaßen zu einer **Abwägung** zwischen Gefährlichkeit und Zweck.⁴²

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt in seinem Beschluss die Verurteilung der Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung. Zwar seien die allgemeinen Voraussetzungen der Einwilligung in die, hier tatbestand-

lich unzweifelhaft erfüllte, gefährliche Körperverletzung⁴³ nach dem Sachverhalt gegeben, jedoch seien die erteilten Einwilligungen aufgrund der Sittenwidrigkeit der Körperverletzungen unwirksam.⁴⁴ Die Entscheidung bekräftigt zunächst die neuere Rechtsprechung zum Problem der **Sittenwidrigkeit**. Insbesondere das Kriterium der konkreten Todesgefahr wird als weiterhin maßgeblich anerkannt.⁴⁵ Zugleich legt der BGH dar, dass dieses Kriterium nicht abschließend sei. Ausdrücklich werden die Fälle des ärztlichen Heileingriffs und der lebensgefährlichen Sportarten als anerkannte Ausnahmen zu Gunsten des Täters genannt.⁴⁶

Vorliegend lässt der BGH für die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung die Gefährlichkeit der Tatumstände genügen, ohne dass es zu einer konkreten Todesgefahr durch die einzelnen Körperverletzungen gekommen sein muss. So sei bei Auseinandersetzungen unter Beteiligung mehrerer Personen die derartigen Situationen typischerweise anhaftende Eskalationsgefahr zu berücksichtigen. Dies sei notwendig, um die Gefährlichkeit gruppenspezifischer Prozesse und die unkalkulierbaren Folgen einer solchen Auseinandersetzung strafrechtlich zu erfassen.⁴⁷ Ähnlich wie bei lebensgefährlichen Sportarten bedürfe es zur Kompensation der Sittenwidrigkeit spezieller Absprachen, die das Gefährlichkeitspotenzial begrenzen, sowie effektiver Sicherungen für deren Einhaltung.⁴⁸ Wenn es daran fehlt, sei unabhängig vom Kriterium der konkreten Todesgefahr die Sittenwidrigkeit zu bejahen.⁴⁹

³⁷ BGHSt 49, 166, 171.

³⁸ BGHSt 49, 166, 171.

³⁹ Beispielsweise Boxkämpfe oder Eishockey.

⁴⁰ BGHSt 4, 88, 92.

⁴¹ BGHSt 4, 24, 26 f.

⁴² Zur Kompensation der Sittenwidrigkeit durch positive Zwecke vgl. BayObLG NJW 1999, 372, 373. In diesem Fall wurde ein positiver Zweck jedoch verneint, da es um Körperverletzungen als Aufnahme ritual in eine Jugendgang ging.

⁴³ Eine gefährliche Körperverletzung lag wegen der gemeinschaftlichen Begehung durch mehrere Beteiligte vor.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 7.

⁴⁵ BGH (Fn. 44), Rn. 8.

⁴⁶ BGH (Fn. 44), Rn. 9, 12.

⁴⁷ BGH (Fn. 44), Rn. 16.

⁴⁸ BGH (Fn. 44), Rn. 13.

⁴⁹ BGH (Fn. 44), Rn. 21.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung ist von hoher praktischer Bedeutung. Die für den konkreten Sachverhalt genannten Erwägungen werden in der künftigen Rechtsprechung, insbesondere auch bei einvernehmlichen Prügeleien zwischen Hooligans, Anwendung finden. In Zukunft dürfte es kaum mehr möglich sein, im Rahmen von Gruppenprügeleien eine Rechtfertigung des Einzelnen anzunehmen. Studierende werden bei der Prüfung der rechtfertigenden Einwilligung in eine Körperverletzung diese Entscheidung ebenfalls zu berücksichtigen haben. Das bisherige Prüfungsprogramm für die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung erforderte (nach Darstellung der unterschiedlichen Auslegungsansätze) die Untersuchung, ob eine konkrete Todesgefahr gegeben war. Falls dies zu bejahen war, musste festgestellt werden, ob eine der anerkannten Ausnahmen (Heileingriff, Sport) vorlag, so dass die Sittenwidrigkeit kompensiert werden konnte. Mithin war nach der h.M. eine relativ eindeutige Lösung möglich, die in Klausuren flüssiges Argumentieren möglich machte.

Mit der nun vorliegenden Entscheidung tritt eine weitere Ausnahme hinzu. Diese führt jedoch nicht zu einer Kompensation der Sittenwidrigkeit trotz gegebener Todesgefahr, sondern erweitert die von § 228 erfassten Fälle.

Beschreibt der Klausursachverhalt eine tätliche Auseinandersetzung zwischen mehreren Personen, ist in Zukunft festzustellen, ob Regeln zur Eingrenzung des Gefahrenpotenzials vereinbart wurden und Sicherungen vorhanden sind, die deren Einhaltung gewährleisten. Fehlt es an einer der genannten Voraussetzungen wird man, sofern man der Entscheidung des BGH folgt, die Sittenwidrigkeit bejahen und eine rechtfertigende Einwilligung ablehnen müssen. Es darf dann aber nicht vergessen werden, weitere – im Einzelfall unter Umständen denkbare – Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Durch die

Schaffung einer weiteren Fallgruppe wird die Stofffülle vermehrt. Eine Diskussion des Problems ist in künftigen Klausuren aber unverzichtbar.

5. Kritik

Der Beschluss weicht die zuletzt gefundene h.M. ein Stück weit auf, indem für Prügeleien mit mehreren Beteiligten das Kriterium der konkreten Todesgefahr oder schweren Körperverletzung durch die einzelnen Körperverletzungshandlungen als verzichtbar betrachtet wird.⁵⁰ Zu begrüßen ist aber zunächst, dass der BGH die jüngere Rechtsprechung im Prinzip beibehält und jedenfalls nicht ausdrücklich zur Zweckbetrachtung zurückkehrt.⁵¹ Ein solches Abstellen auf die mit der Tat verbundenen **Zwecke** liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass der entscheidende Spruchkörper nur allzu leicht seine eigenen Moralvorstellungen als allgemeinverbindlich ansehen könnte, indem er sie bei der Einordnung einer Tat als sittenwidrig seiner Entscheidung zu Grunde legt. Als Folge drohte eine unübersichtliche und unvorhersehbare Judikatur. Gegen eine solche Auslegung des § 228 sprechen nicht zuletzt **verfassungsrechtliche Bedenken** im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. Insofern ist dem BGH zuzustimmen. Auch der generalpräventive Ansatz, solche üblicherweise unkalkulierbaren, gefährlichen tätlichen Auseinandersetzungen durch die Androhung einer strafrechtlichen Sanktion zu unterbinden, ist dem Grunde nach zu begrüßen.

Der Wortlaut des § 228 steht einer solchen Auslegung auch nicht entgegen. Dem BGH kann ferner nicht vorgeworfen werden, dass er sich in Bereiche der Legislative vorwage und Entscheidungen, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind, selbst treffe. Dieser hat nämlich durch die Wahl einer sehr offenen Formulierung des § 228 zum Ausdruck gebracht, dass er die finale Ent-

⁵⁰ BGH (Fn. 44), Rn. 21.

⁵¹ BGH (Fn. 44), Rn. 8.

scheidung der Rechtsprechung überlassen möchte.

Dennoch bleiben gewisse **Bedenken**. Zum einen wird das schon gefundene klare **Abgrenzungskriterium** der konkreten Lebensgefahr oder Gefahr einer schweren Körperverletzung durch das Abstellen auf die abstrakte Lebensgefahrlichkeit einer Erweiterung zugänglich. Zum anderen kann auch die Begründung nicht gänzlich überzeugen. Als Argument für die Berücksichtigung der Eskalationsgefahr zieht der BGH den Schutzzweck des § 231 heran. Mit § 231 wolle der Gesetzgeber bereits im Vorfeld die Allgemeinheit vor dem Gefährdungspotenzial von körperlichen Auseinandersetzungen zwischen mehreren Personen schützen.⁵² Dies ist unzweifelhaft. Jedoch überzeugt es nicht, wenn der Schutzzweck des § 231 als Argument für die Notwendigkeit der Einschränkung der Einwilligung genannt wird. Denn § 231 fordert den Eintritt einer schweren Folge, namentlich den Tod oder die schwere Körperverletzung eines Menschen. In den Fällen, in denen eine solche bereits ex-ante erwartet werden kann, scheidet schon nach der bisherigen Rechtsprechung eine Einwilligung aufgrund dann gegebener Sittenwidrigkeit aus. Wenn der Gesetzgeber aber mit der Einschränkung einer **objektiven Bedingung der Strafbarkeit** im Rahmen des § 231 arbeitet, ergibt sich daraus eher, dass er im Falle des Ausbleibens der schweren Folge davon ausgeht, dass die allgemeinen Regeln Anwendung finden, so dass das Verhalten im Ergebnis straflos bleiben muss. Die Argumentation des BGH ist folglich nicht zwingend.

Hinzu kommt, dass der BGH in seiner Entscheidung andeutet, dass selbst bei Vorhandensein gefahrbegrenzender Absprachen und Sicherungen unter Umständen dennoch die Sittenwidrigkeit bejaht werden könne, da die abstrakt-generelle Eskalationsgefahr weiterhin nicht ausgeschlossen werden

könne.⁵³ Einerseits wirkt dies widersprüchlich. Andererseits spricht einiges dafür, das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 231 hier als abschließende Sondernorm zu betrachten. Andernfalls droht in der Konsequenz eine faktische Abschaffung des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung im Rahmen von Gruppenprügeleien. Dies würde aber zu einer Erweiterung der Strafbarkeit führen, welche aus dem Gesetz so nicht ersichtlich ist.

Zudem setzt sich der BGH dem Verdacht aus, auf Umwegen den Zweckgedanken zu reaktivieren. Anders lässt sich schwerlich erklären, warum der BGH gerade in diesen Fällen zu einem annähernd vollständigen Ausschluss der Einwilligung gelangen möchte. Etabliert sich die Ausnahme-rechtsprechung auch für andere Fallgruppen, so ist zudem einmal mehr die Gefahr gegeben, dass eine klare Linie durch Schaffung verschiedener Fallkonstellationen nicht mehr erkennbar ist. Zurzeit sind (mit der jetzt neu hinzukommenden Fallgruppe) bereits drei Ausnahmen zu berücksichtigen. Mit ähnlichen Argumenten wird es in späteren Entscheidungen nicht schwer fallen, weitere abstrakt gefährliche Konstellationen als sittenwidrig anzusehen. Dies ist im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu befürworten. Eine Konkretisierung des § 228 durch Rechtsprechung und Literatur war zur Wahrung des Bestimmtheitsgebotes dringend erforderlich. Eine solche darf aber nicht dazu führen, dass durch verschiedene Einzelfallentscheidungen die Rechtssicherheit wieder vermindert wird. Unter diesen Gesichtspunkten kann die Entscheidung als nachvollziehbar, jedoch in der rechtlichen Begründung nicht als bis ins letzte Detail überzeugend angesehen werden.

(Aziz Epik/Anna Krey)

⁵² BGH (Fn. 44), Rn. 16.

⁵³ BGH (Fn. 44), Rn. 22.

1. Sachverhalt¹

A, B und C kommen überein, O zu verprügeln. Dabei gehen sie nach einem vereinbarten und bei vorangegangenen Taten bewährten Muster vor: Sie treten überraschend und in einer vorher bestimmten Reihenfolge auf ihr Opfer ein.

Zunächst tritt A dem O seitlich ins Gesicht, so dass dieser nach hinten umfällt. Nachdem O sich wieder aufgerichtet hat, tritt B ihm mit dem Spann seines Fußes ins Gesicht. Dieses Mal bleibt O reglos liegen und blutet leicht aus der Nase. Daraufhin tritt C mit zwei Stampfritten ins Gesicht des O, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nimmt. A zieht C weg und fragt: „Bist du verrückt? Willst du ihn etwa umbringen? Komm, wir gehen!“ Gleichwohl tritt C dem O nochmals wuchtig von oben ins Gesicht. A, B und C lassen den schwer verletzten O zurück und entfernen sich vom Tatort. O verstirbt durch Blutaspilation in Folge mehrerer Gesichtsfrakturen.

Das LG verurteilt A und B wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchtem Totschlag durch Unterlassen. Hiergegen legen beide Revision zum BGH ein.²

Juni 2013

Der Kopftritt-Fall

Körperverletzung mit Todesfolge, Exzess, Mittäterschaft, Fahrlässigkeit

§§ 227, 18; 25 Abs. 2 StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Im Rahmen der §§ 227, 18 StGB ist jeder Beteiligte nur für seine eigene Fahrlässigkeit strafbar.

2. Der objektive Exzess eines Mittäters des § 223 Abs. 1 StGB beseitigt hinsichtlich des § 227 StGB den Vorwurf der eigenen Fahrlässigkeit nach § 18 StGB jedenfalls dann nicht, wenn dem vorangegangenen Tun bereits die spezifische Gefahr der schweren Folge anhaftet.

BGH, Beschluss vom 5. September 2012 – 2 StR 242/12; veröffentlicht in NSTZ 2013. 280.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zentrales Problem des Falles ist die Reichweite der eigenen Fahrlässigkeit im Rahmen der §§ 227, 18 StGB³. Es ist zu klären, ob sich der Fahrlässigkeitsvorwurf auch auf die Verursachung fremden Verhaltens erstrecken kann, welche dann den erwünschten Erfolg herbeiführt. Dieser Fragestellung sind jedoch die Auswirkungen einer Exzesshandlung auf die mittäterschaftliche Zurechnung nach § 25 Abs. 2 voranzustellen.

Mittäterschaftlich handelt, wer mit mindestens einem anderen bewusst und gewollt auf Grundlage eines ge-

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

² Im Nachhinein kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob O durch das Herbeirufen medizinischer Hilfe rechtzeitig hätte gerettet werden können oder ob

bereits die Tritte von A und B zum Tode geführt hätten. Für beide Fragen gilt daher in dubio pro reo. Das LG verurteilt C wegen Mordes. Die weiteren Ausführungen beschränken sich auf die Strafbarkeit von A und B aus § 227.

³ Die folgenden §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des StGB.

meinsamen Tatplanes zusammenwirkt.⁴ Die Täter müssen dabei arbeitsteilig vorgehen und den jeweils eigenen Beitrag als unverzichtbaren Teil der Handlung des Partners ansehen.⁵ Sofern vom gemeinsamen Tatentschluss gedeckt, rechtfertigt dies eine wechselseitige Zurechnung der einzelnen objektiven Tatbestandsmerkmale.⁶ Geht die Handlung eines Beteiligten aber über das mittäterschaftlich Gewollte hinaus, liegt ein **Exzess** vor.

Bei Überschreitungen im objektiven Tatbestand wirkt dieser für die Partner grundsätzlich vorsatzausschließend.⁷ Allerdings ist dabei die generell-hypothetische Natur von Plänen sowie deren Umsetzung in einem dynamischen Geschehen zu berücksichtigen. Lediglich unwesentliche Abweichungen vom Vorgestellten lassen den Vorsatz daher nicht entfallen.⁸ Genauso wird verfahren, wenn geplante Handlungen durch in ihrer Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt werden;⁹ so beispielsweise wenn zur Misshandlung des Opfers statt der vereinbarten Knüppel ein Fahrtenmesser verwendet wird.¹⁰

Davon zu unterscheiden ist der auf rein subjektiver Ebene angesiedelte Exzess. Ein solcher liegt vor, wenn ein Täter zwar objektiv im Rahmen der vereinbarten Körperverletzungstat bleibt, dabei aber mit Tötungsvorsatz agiert. Aus Sicht des Mittäters unterscheidet sich dies nicht vom vorab gebilligten Vorgehen, eine Zurechnung findet mithin statt.¹¹

Folglich stellt sich die Frage, ob ein **objektiver Exzess** im Rahmen des § 212 auch bei § 227 zu beachten ist. Insbesondere wenn dieser in der die schwere Folge des Todes herbeiführenden (Körperverletzungs-)Handlung liegt.

Der Straftatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge ist in die Gruppe der erfolgsqualifizierten Delikte einzuordnen. Solche setzen die vorsätzliche Verwirklichung des Grundtatbestandes sowie nach § 18 eine zumindest fahrlässige Verursachung der schweren Folge voraus (Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination).

Zwischen beiden Elementen muss, über die objektive Zurechnung hinausgehend, ein enges Verhältnis bestehen. Dafür spricht der gegenüber einer tat-einheitlichen Begehung der §§ 222, 223 stark erhöhte Strafraum. Dieser sog. **spezifische Gefahrzusammenhang** verlangt nach einer Ansicht¹², dass sich im Tod des Opfers gerade das spezifische Risiko verwirklicht, welches der Körperverletzungshandlung anhaftet. Die Letalitätstheorie¹³ hingegen verknüpft die Gefahrverwirklichung direkt mit dem Körperverletzungserfolg.

Der Unterschied kann am Pistolenschläger-Fall¹⁴ verdeutlicht werden: T schlägt dem O vorsätzlich mit einer geladenen Waffe auf den Kopf. Für T unerwartet, löst sich ein Schuss, der O tötet.

Wählt man als Ansatzpunkt die Körperverletzungshandlung, ist § 227 problemlos erfüllt. Die dem Schlag auf den Kopf des Opfers mit einer geladenen Schusswaffe anhaftende Gefahr hat sich realisiert. Nach der Letalitätslehre ist festzustellen, dass der direkte Erfolg des Schlages ein Hämatom am Kopf des Opfers ist. Da dies aber nicht todesursächlich war, scheidet § 227 aus.

⁴ Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 98.

⁵ B. Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 1218.

⁶ Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 44 Rn. 3.

⁷ M. Heinrich, NStZ 2005, 95, 96.

⁸ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 6), § 44 Rn. 23.

⁹ BGH NStZ 2001, 143, 144.

¹⁰ BGH Beschluss vom 29.04.1974 – 5 StR 470/74.

¹¹ BGHSt 48, 34, 39; Sowada, Schroeder-FS, 2006, S. 621, 631; Stuckenberg, Jakobs-FS, 2007, S. 693, 706.

¹² BGHSt 48, 34, 37 f.; Rengier, Strafrecht BT II, 13. Aufl. 2012, § 16 Rn. 11.

¹³ Stree/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 227 Rn. 9.

¹⁴ BGHSt 14, 110.

Die alte Rechtsprechung stellte in Fällen der Abgrenzung vom Verantwortungsbereich Dritter erhöhte Anforderungen an eine Unmittelbarkeit der schweren Folge.¹⁵ Ergab sich der Tod des Opfers nicht unmittelbar aus der Körperverletzungshandlung, sondern aus dem Verhalten Dritter bzw. des Opfers, sollte § 227 nicht erfüllt sein. Diese restriktive Handhabung wurde jedoch im Zuge des Gubener-Hetzjagd-Falles¹⁶ gelockert.

Bei erfolgsqualifizierten Delikten ist für die schwere Folge der Tat nur derjenige verantwortlich, der bezüglich ihres Eintritts wenigstens fahrlässig handelt, § 18. Der BGH entnimmt dem eine Strafbarkeit für das vorherige Verhalten von Partnern eines Exzesstäters.

Exemplarisch dafür steht der Schweinetrog-Fall¹⁷. Hier schlugen und demütigten die Angeklagten ihr Opfer gemeinschaftlich und zwangen es, in die Steinkante eines Schweinetrogs zu beißen. Einer der Täter sprang sodann spontan, mit direktem Tötungsvorsatz, auf den Kopf des Opfers. Die anderen Täter hatten damit nicht gerechnet. Vor dieser Handlung war das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt. Der BGH sah trotz eines festgestellten objektiven Exzesses eine Strafbarkeit der Mittäter aus §§ 227, 25 Abs. 2 als gegeben an. Entscheidend sei, dass der „spontane tödliche Angriff [...] unmittelbar im Anschluss an gemeinsame, sich steigernde, mit Demütigung, Einschüchterung und Nötigung einhergehende körperliche Misshandlungen des Opfers erfolgte.“¹⁸ Beinahe gleichlautend ist die Begründung im ähnlich gelagerten Butterflymesser-Fall.¹⁹

Anknüpfungspunkt für die fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge sei daher das vorangegangene Tun der Beteiligten, verbunden mit dessen Planung.²⁰ Hierin wird die Erfüllung des gegebenenfalls mittäterschaftlich verwirklichten Grunddelikts gesehen. Obwohl nicht lebensgefährlich, schaffe es eine enthemmende Eskalationsatmosphäre. Diese **Gefahrenlage** bestärke den Tötungsvorsatz des Exzesstäters.²¹ Damit wird die gescheiterte mittäterschaftliche Handlungszurechnung bezüglich § 212 durch das Herbeiführen einer Risikosituation im Rahmen des § 227 aufgefangen.²²

Dogmatisch handelt es sich hier um die fahrlässige Verursachung einer fremden Vorsatztat. Die Mittäter der Körperverletzung müssten die nicht eigenhändig begangene schwere Folge des Todes des Opfers somit im Wege der Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Im Hinblick auf die objektive Zurechnung kommt es darauf an, ob sich das in der Verwirklichung des Grunddelikts liegende unerlaubte Risiko im Taterfolg realisiert hat.²³ Dies ist dann der Fall, wenn der **Exzess vorhersehbar** war. Die skizzierte Rechtsprechungslinie geht dahin, dies in Fällen massiver Gewaltbeibringung durch mehrere anzunehmen.²⁴ Es sei bewusst eine aufgrund der Gruppendynamik nicht mehr zu kontrollierende Situation geschaffen worden. Flankierend wird angeführt, dass das Opfer durch die Vortaten ersichtlich der Möglichkeit einer effektiven Selbstverteidigung beraubt sei.²⁵

Mithin sei die Gefahr des Todes der misshandelten Person bereits im voran-

¹⁵ Rötzel-Fall, BGH NJW 1971, 152.

¹⁶ BGHSt 48, 34.

¹⁷ BGH NSTZ 2005, 93.

¹⁸ BGH NSTZ 2005, 93, 94.

¹⁹ BGH NSTZ 2004, 684: Eine bewaffnete Gruppe bedrohte und attackierte einen Widersacher. Plötzlich zog einer der Täter für alle anderen überraschend ein Butterflymesser und erstach das Opfer mit Tötungsvorsatz.

²⁰ BGH NSTZ 2005, 93, 94; vgl. Kudlich, JuS 2005, 568, 570.

²¹ Vgl. Stuckenberg (Fn. 11), S. 693, 708.

²² Ähnlicher Grundtenor im Gubener-Hetzjagd-Fall, wo ebenfalls die Schaffung einer Gefahrenlage für die Zurechnung als ausreichend erachtet wird.

²³ So auch Stuckenberg (Fn. 11), S. 693, 709.

²⁴ Sowada (Fn. 11), S. 621, 626.

²⁵ Ingerenzargument von Jakobs, in FG 50 Jahre BGH, Bd. IV, 2000, S. 29, 46.

gegangenen Tun der übrigen Täter angelegt gewesen. Der tatsächliche Eintritt der schweren Folge stelle lediglich das vorhersehbare und daher fahrlässig zu verantwortende Umschlagen dieser Gefahr dar.²⁶

Daher hindere ein die schwere Folge des Todes herbeiführender objektiver Exzess eines Beteiligten nicht die eigene Strafbarkeit aus § 227. Nach § 18 komme es ausschließlich darauf an, ob die den Exzess beinhaltende Handlung durch eigenes vorsätzliches Tun fahrlässig herbeigeführt wurde.

Neben dem soeben skizzierten Ansatz zeichnet sich in der Rechtsprechung eine weitere Argumentationsstruktur ab. So wird eine **zweigeteilte Bewertung der Exzesshandlung** durch die übrigen Täter angenommen. Damit liege im Schweinetrog-Fall zwar ein objektiver Exzess vor, dennoch sei der Sprungtritt als „weitere fortgesetzte Gewalthandlung gewollt“²⁷ gewesen. Im strukturell gleichartigen Butterfliesmesser-Fall sei „das in dem [tödlichen Exzess-] Angriff liegende Weniger der Körperverletzung von dem Angeklagten mittäterschaftlich gewollt“²⁸ gewesen. Auch hier ist der die mittäterschaftliche Begehung des § 212 ausschließende objektive Exzess demnach unschädlich für eine Strafbarkeit aus § 227.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In seinem Beschluss bestätigt der BGH im Ergebnis die Verurteilung von A und B aus § 227 durch das LG. Jedoch wird die ursprüngliche Begründung der Strafbarkeit beider Täter verworfen. Es sei in dubio pro reo gerade nicht sicher, ob O bereits den Tritten von A und B erlegen wäre.

Stattdessen wird auf die fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge durch das vorsätzliche Schaffen einer Risikosituation abgestellt. Die letztlich tödlichen Tritte des C entsprechen der

Verwirklichung dieser Gefahr. Der Erfolg der Exzesshandlung sei A und B demnach zurechenbar.

Weiter wird ausgeführt, dass sich C bei seinem Vorgehen im Grundsatz noch innerhalb des gemeinsamen Tatplanes bewege. Dies impliziere die Annahme einer Billigung desselben durch A und B. Die tödlichen Tritte seien ihnen auch daher zurechenbar.

Anders als noch im Schweinetrog-Fall verurteilt der BGH hier nicht aus einem mittäterschaftlich begangenen Delikt. Aufgrund der dargestellten Anknüpfung an den jeweils eigenen Fahrlässigkeitsvorwurfs des § 18 besteht hierzu aber auch kein Anlass. In seiner inhaltlichen Begründung liegt dieser Beschluss somit auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 227.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Körperverletzung mit Todesfolge ist nicht erst durch die medial präsenten Fälle der jüngeren Vergangenheit verstärkt in den Fokus gerückt. Gerade die eskalierende Misshandlung eines Opfers durch mehrere Täter scheint die Gerichte mittlerweile in erschreckender Regelmäßigkeit zu beschäftigen.

Die praktische Bedeutung derartiger Geschehnisse findet zwangsläufig ihren Niederschlag in der Ausbildung. Der Reiz für die Klausur liegt ersichtlich im Abfragen mehrerer zentraler Problemfelder. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Thematik ist daher empfehlenswert. Dennoch schreckt die Komplexität des § 227 zahlreiche Studierende ab. Aufgrund dessen soll an dieser Stelle eine knappe Anleitung zum Vorgehen in der Prüfung erfolgen.²⁹

In den einschlägigen Fallkonstellationen ist mit der Prüfung des Haupttäters zu beginnen. Dessen Strafbarkeit aus § 212 und gegebenenfalls § 211 dürfte unproblematisch zu begründen sein. Bei den übrigen Beteiligten sind

²⁶ M. Heinrich, NStZ 2005, 95, 97.

²⁷ BGH NStZ 2005, 93, 94.

²⁸ BGH NStZ 2004, 684.

²⁹ Orientiert an B. Heinrich/Reinbacher, JURA 2005, 743, 746 ff.

zunächst die §§ 212, 25 Abs. 2 und unter Umständen die Unterlassensvariante nach den §§ 212, 13³⁰ zu prüfen. Bei Vorliegen eines objektiven Exzesses scheidet eine diesbezügliche Strafbarkeit jedoch mangels Vorsatzes regelmäßig aus. Dazu kommen Beweisschwierigkeiten oder ein zu plötzlicher Geschehensablauf beim Tatgeschehen. Somit stellt § 227 die letzte Möglichkeit dar, einen relativ hohen Strafraum dem Unrechtsgehalt entsprechend auszuschöpfen.³¹

Im Rahmen des § 227 ist als erstes die vorsätzliche Körperverletzung des § 223 Abs. 1 als Grunddelikt zu prüfen. Dabei dürfen die zwangsläufig mit erfüllten Qualifikationen der §§ 224 Abs. 1 Nr. 4 und 5 nicht übersehen werden. Die Körperverletzung wird bei gemeinsamer Misshandlung regelmäßig im Wege der Mittäterschaft verwirklicht sein. Das so ermittelte Grunddelikt ist der Ausgangspunkt für die Zurechnung der Erfolgsqualifikation. An diese Handlung muss nun die schwere Folge geknüpft werden. Dafür genügt laut § 18 Fahrlässigkeit.

Soweit ist zu fragen, ob der Täter den Tod des Opfers **fahrlässig herbeigeführt** hat. Dafür müsste durch die vorsätzliche Verwirklichung des Grunddelikts eine eskalationsfördernde Situation geschaffen worden sein, deren Gefährlichkeit sich in der schweren Folge realisiert hat. Gleichzeitig ist auf die bekräftigende Wirkung der gemeinsamen Tatplanung zu verweisen. An der bekannten Grundstruktur zur Fahrlässigkeitsprüfung kann festgehalten werden.

Zunächst ist der Eintritt der schweren Folge positiv festzustellen. Der Tod muss kausal auf die vom Vorsatz umfasste Körperverletzung zurückzuführen sein (*conditio sine qua non*). Die anschließend erforderliche objektive Sorg-

faltspflichtverletzung ergibt sich aus der Erfüllung des Grunddeliktes. In der folgenden **objektiven Zurechnung** muss die Frage geklärt werden, ob sich die objektive Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Täters in der schweren Folge verwirklicht hat.

Der Kausalverlauf darf daher nicht atypisch sein, d.h. außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegen. Weiter muss der Tod des Opfers bei pflichtgemäßem Alternativverhalten objektiv vermeidbar gewesen sein. Anschließend ist von den Verantwortungsbereichen Dritter abzugrenzen. Hier stellt sich die Frage, ob der vorsätzlich handelnde Exzesstäter nicht unter Verfolgung eigener Ziele eine neue Gefahr schafft und dabei die bereits vorgefundene Situation lediglich ausnutzt. Auf diese Weise wäre der Zurechnungszusammenhang hinsichtlich der Vortäter unterbrochen.³² Jedoch handelt der Exzesstäter aufgrund einer gemeinsamen Übereinkunft. Auch wenn er letztlich darüber hinausgeht, liegt sein Verhalten doch typischerweise in der gemeinsam gebilligten Ausgangsgefahr begründet. Der Erfolg erscheint demnach auch als Werk der Vortäter.

Den letzten Punkt der objektiven Zurechnung sollte der **Schutzzweck der Norm** bilden. Die verletzte Verhaltensregel muss also gerade dazu dienen, den konkret eingetretenen Erfolg zu verhindern. Vorliegend handelt es sich dabei um vorsätzliche Körperverletzungen, die den Tod des Opfers zur Folge haben. Mit anderen Worten soll gerade die Verwirklichung der dem Grunddelikt anhaftenden Gefährlichkeit erfasst werden. Dies bezeichnet nichts anderes als den **spezifischen Gefahrzusammenhang**. In der Klausur ist nun zu klären, ob die schwere Folge durch den unmittelbaren Körperverletzungserfolg (Letalitätstheorie) oder die Körperverletzungshandlung verursacht wurde.

Gibt man der Letalitätstheorie den Vorzug, ist festzustellen, dass sich nicht

³⁰ Zum Prüfungsaufbau des Unterlassungsdelikts siehe *Marxen/Göhle*, famos 10/2009, S. 4.

³¹ Vgl. das „Drei-Stufen-Modell“ von *M. Heinrich*, NStZ 2005, 95.

³² *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 90.

das dem Körperverletzungserfolg typischerweise anhaftende Risiko realisiert hat. Vielmehr ist die schwere Folge unmittelbar auf den Erfolg der Exzesshandlung zurückzuführen. Die auf die Körperverletzungshandlung abstellende Ansicht führt zu abweichenden Ergebnissen. So hat sich die spezifische Gefahr in der schwere Folge niedergeschlagen, wenn voraussehbar durch die Handlung eine nicht mehr zu kontrollierende, enthemmende Eskalationsatmosphäre geschaffen wurde, die letztlich im Tod des Opfers gipfelte.

Scheitert die Strafbarkeit aus § 227 am spezifischen Gefahrezusammenhang, so bleibt noch § 222 zu prüfen. Zwar ist auch hier eine objektive Zurechnung erforderlich. Der Schutzzweck des § 222 geht aber über den des § 227 hinaus. Es bedarf nicht der Verwirklichung der spezifischen Gefahr, die der Körperverletzung anhaftet. Vielmehr genügt die Verwirklichung jeder eigens geschaffenen Gefahr, wenn dadurch der Tod des Opfers fahrlässig herbeigeführt wird.

5. Kritik

Mit der Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge kommt der BGH zu einem angemessenen Ergebnis. Gleichzeitig führt er eine konstante Rechtsprechungslinie fort.

Zu begrüßen ist insbesondere, dass der spezifische Gefahrezusammenhang nicht mehr von Unmittelbarkeitserwägungen getragen wird. Vorliegend hätte es dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprochen, wenn eine Strafbarkeit von A und B nach § 227 daran gescheitert wäre, dass deren Tritte für sich genommen in wohl nicht zum Tod geführt hätten.

Allerdings ist die Begründung des BGH zum Exzess des C teilweise in sich nicht stimmig. So stellt er einerseits einen objektiven Exzess des C fest. Diese habe sich andererseits aber „jedenfalls im Grundsatz genau an den zuvor vereinbarten, von allen Angeklagten gebil-

igten Tatplan“³³ gehalten. Hier wird die oben vorgestellte Argumentationsstruktur einer zweigeteilten Bewertung der Exzesshandlung deutlich. Bezüglich des Tötungsakts solle der Vorsatz von A und B also entfallen, während ihnen die zugrundeliegende Körperverletzung aufgrund deren Billigung trotzdem zuzurechnen sei. Eine solche doppelstufige Einschätzung eines einheitlichen Geschehens erscheint lebensfern. Üblicherweise heißt man eine Tat im Ganzen gut oder lehnt sie ab. Somit kann ein einheitliches Geschehen nicht gleichzeitig außerhalb des gemeinsamen Tatplans liegen und andererseits davon umfasst sein. Folglich ist diese Argumentation abzulehnen.

Anderes gilt bezüglich der Ausführungen des BGH zum Fahrlässigkeitsvorwurf. Die Herleitung der Strafbarkeit aus §§ 227, 18 erfolgt hier einwandfrei.

Leider werden im Urteil die einzelnen Elemente aus Kausalität, Fahrlässigkeit und objektiver Zurechnung stark miteinander vermengt. Dies hat zur Folge, dass eine hinsichtlich des Fahrlässigkeitsvorwurfs rechtspolitisch und dogmatisch überzeugende Lösung an Klarheit einbüßt. So könnten die Ausführungen in Randziffer 14 auch so gedeutet werden, dass A und B das Handeln des C als Mittäter nach § 25 Abs. 2 zugerechnet wird. Ein solches ist jedoch aufgrund des vorsatzausschließenden Exzesses nicht möglich. Im Rahmen des § 18 haftet jeder für seine eigene Fahrlässigkeit. Eine darüber hinausgehende Zurechnung ist nicht möglich. Um derartigen Fehldeutungen vorzubeugen, wären trennscharfe Ausführungen wünschenswert gewesen.

(Nicole Klär / Jan Würfl)

³³ BGH NStZ 2013, 280, 281.

1. Sachverhalt¹

Dem Urteil des BVerfG liegen drei Verfahren zugrunde, die zur gemeinsamen Entscheidung verbunden werden.

In zwei Verfahren werden A und B jeweils zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt. Den Verurteilungen gehen verständigungsbedingte Geständnisse voraus, wobei in beiden Fällen eine Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO² unterbleibt, was von A und B gerügt wird. Der BGH verwirft die Revisionen.

Auch in dem Verfahren gegen C wird eine Verständigung ausgehandelt. Dabei wird ihm nahegelegt, die Tat zu gestehen, damit das Gericht einen minder schweren Fall des Raubes annehmen könne, wozu ansonsten „wenig Neigung“ bestehe. Das Geständnis erfolgt in Form einer schlichten Bestätigung des Anklagesatzes. Eine spätere Beweisaufnahme ergibt, dass C bei Begehung der Tat seine geladene Dienstwaffe bei sich führte. C wird wegen schweren Raubes verurteilt und ein minder schwerer Fall verneint. C legt dagegen Revision ein, die vom BGH ebenfalls zurückgewiesen wird.

A, B und C erheben Verfassungsbeschwerden zum BVerfG.

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

² Alle folgenden §§ sind solche der StPO.

Juli 2013 Verständigungs-Fall

Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes / Belehrungspflicht / „Sanktionsschere“

§ 257c StPO

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Das Verständigungsgesetz ist verfassungsgemäß.
2. Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende „informelle“ Absprachen sind unzulässig.
3. Die gesetzlich geregelten Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten stellen nicht bloße Ordnungsvorschriften dar, sodass ein Verstoß gegen diese regelmäßig zur Rechtswidrigkeit der Verständigung führt. Das Urteil beruht in der Regel auf diesem Verstoß.
4. Die im Falle einer Verständigung in Aussicht gestellte Strafobergrenze darf nicht übermäßig von der in einer herkömmlichen Hauptverhandlung zu erwartenden Strafe abweichen.

BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11; veröffentlicht in HRRS 2013 Nr. 222.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das BVerfG hat sich in den vorliegenden Fällen mit der Frage nach den Folgen einer fehlenden Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 und dem Problem einer angekündigten „Sanktionsschere“ beschäftigt. Zudem hat es § 257c auf dessen Verfassungsmäßigkeit hin überprüft sowie die praktisch häufig vorkommenden „informellen“ Absprachen thematisiert.

Unabhängig von der Bezeichnung als Absprache, „Deal“ oder Verständigung ist die Praxis, Geständnisse gegen Strafnachlass auszuhandeln, bereits seit Jahrzehnten zentraler Bestandteil des deutschen Strafprozesses. In der Literatur wird der „Deal“ seit jeher kritisch gesehen und als unvereinbar mit

wesentlichen Grundsätzen des Strafprozesses erachtet.³

Stand der BGH Absprachen ursprünglich ebenfalls kritisch gegenüber,⁴ billigte er diese jedoch 1997 in einer Grundsatzentscheidung.⁵ Die dort aufgestellten Richtlinien wurden aber von den Tatgerichten vielfach missachtet und drohten, das strafprozessuale Ziel der materiellen Wahrheitsfindung zu gefährden. Deshalb appellierte der Große Senat für Strafsachen im Jahre 2005 an den Gesetzgeber, eine gesetzliche Regelung für die Absprachenpraxis zu schaffen.⁶

Das am 4.6.2009 in Kraft getretene Verständigungsgesetz knüpft an diese Rechtsprechungslinie an und integriert Urteilsabsprachen in die StPO. Herzstück des Regelungskonzepts ist die neu eingeführte Vorschrift des § 257c,⁷ die verfahrensbeendende Verständigungen ausdrücklich zulässt und deren inhaltliche Grenzen festlegt. Sog. „informelle“ Absprachen, die außerhalb der Hauptverhandlung und somit unter Umgehung des Gesetzes stattfinden, sind nunmehr untersagt, so dass man diesbezüglich von „illegalen“ Absprachen sprechen müsste.

Zunächst dürfen Absprachen nach § 257c Abs. 1 nur in „**geeigneten Fällen**“ erfolgen. Wann ein Fall geeignet ist, hängt von den konkreten Umständen ab.⁸ Jedenfalls ist zu beachten, dass Gerichte nicht vorschnell und ohne eingehende rechtliche Prüfung der Anklage Absprachen durchführen dürfen.⁹ Dies wird durch Satz 2, der auf die

Amtsaufklärungspflicht nach § 244

Abs. 2 verweist, nochmals klargestellt.

§ 257c Abs. 2 regelt den Inhalt einer Verständigung. So bildet die **Rechtsfolge** regelmäßig den Verständigungsgegenstand auf Seiten des Gerichts. Dabei kann das Gericht eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben, während das Vereinbaren einer bestimmten Strafe untersagt ist.¹⁰ Der Schuldspruch selbst sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung werden ebenfalls ausgeschlossen. Im Gegenzug **soll**¹¹ der Angeklagte ein Geständnis ablegen. Obwohl nicht explizit verlangt, muss es sich dabei nach allgemeiner Ansicht um ein **glaubhaftes und qualifiziertes Vollgeständnis** handeln, das den Anklagevorwurf durch eine eingehende und glaubhafte Schilderung des Tathergangs bestätigt.¹²

Das Initiativrecht für eine Verständigung liegt grundsätzlich beim Gericht, die übrigen Verfahrensbeteiligten können nur unverbindliche Anregungen geben.¹³ Gemäß § 257c Abs. 3 darf allein das Gericht bekanntgeben, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Sie kommt nur zustande, wenn alle Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme hatten und dem Vorschlag zustimmen.

Grundsätzlich sind Absprachen für alle Beteiligten bindend. Die **Bindungswirkung** für das Gericht entfällt nach § 257c Abs. 4 lediglich dann, wenn sich neue, rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände ergeben, die den vereinbarten Strafraum als nicht mehr tat- und schuldangemessen erscheinen lassen. Gleiches gilt bei

³ Siehe dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 394a.

⁴ Vgl. BGHSt 37, 298; 42, 46.

⁵ BGHSt 43, 195; nähere Ausführungen in *Marxen/Voigt*, famos 06/2005, S. 3.

⁶ BGHSt 50, 40.

⁷ Eingefügt wurden außerdem §§ 35a, 160b, 202a, 212, 257b; geändert wurden §§ 243, 267, 273 und 302.

⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 13; Beispiele für ungeeignete Fälle nennt *Stuckenberg*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., § 257c Rn. 26 m.w.N.

⁹ BGHSt 50, 40, 49.

¹⁰ BGH NSTZ 2010, 650; *Stuckenberg*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 8), § 257c Rn. 32.

¹¹ Zu der Problematik dieser Soll-Vorschrift siehe *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 330 f. sowie *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 257c Rn. 16.

¹² *Meyer-Goßner* (Fn. 11), 257c Rn. 17 f.; *Niemöller*, in Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Teil B § 257c Rn. 91.

¹³ *Stuckenberg*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 8), § 257c Rn. 47.

Nichteinhaltung der Verständigung durch den Angeklagten. Ist das Gericht aufgrund dessen nicht mehr an die Absprache gebunden, ist dies dem Angeklagten unverzüglich mitzuteilen. Bezüglich des Geständnisses tritt dann ein Beweisverwertungsverbot ein.

In formeller Hinsicht treffen das Gericht bei Verständigungen umfassende **Belehrungs-, Mitteilungs- und Dokumentationspflichten**, um die erforderliche Transparenz und eine effektive Kontrolle durch die Öffentlichkeit sicherzustellen.¹⁴ So muss der Angeklagte gemäß § 257c Abs. 5 schon in den Gesprächen über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem vereinbarten Ergebnis belehrt werden, um eine autonome Entscheidung des Angeklagten nicht zu gefährden.¹⁵ Verletzt das Gericht Abs. 5, hat die Rechtsprechung Revisionen bislang stets mit der Begründung verworfen, das Urteil beruhe nicht auf diesem Fehler.¹⁶ Sofern die angekündigte Strafobergrenze eingehalten wurde, müssten Gründe erkennbar sein, dass der Angeklagte eine Absprache bei erfolgter Belehrung abgelehnt hätte.¹⁷ Dass fehlendes Beruhen derart generell angenommen wird, sieht ein Teil der Literatur dagegen kritisch.¹⁸

Damit hat der Gesetzgeber Verständigungen im Strafprozess lediglich in einem begrenzten Rahmen zugelassen und sein Regelungskonzept mit spezifischen Schutzmechanismen versehen. Auf diese Weise sollten Transpa-

renz, Überprüfbarkeit und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Praxis sichergestellt werden.¹⁹ Unter dem Gesichtspunkt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und dem damit zusammenhängenden Beschleunigungsgebot begrüßt insbesondere der BGH Absprachen.²⁰ Auch könnten Verständigungen eine Verbesserung des Opferschutzes bewirken, wenn ein Geständnis die quälenden Befragungen von Opferzeugen über die Tat in der Hauptverhandlung entbehrlich mache.²¹ Allerdings erscheint dieses Argument fraglich, da das Opfer beim „Deal“ überhaupt kein Mitspracherecht hat.²²

Bedenken bestehen weiterhin dahingehend, ob die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Strafprozess bei Absprachen gemäß § 257c gewahrt bleiben. Die dahingehende Kritik betrifft vor allem den im GG verankerten **Schuldgrundsatz** und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit.²³ Es habe mit der Schwere der Tat des Angeklagten nichts zu tun, wenn er lediglich deshalb eine Strafmilderung erhalte, weil er sich auf einen „Deal“ eingelassen habe.²⁴

Zwar versucht der Gesetzgeber in § 257c Abs. 1 S. 2 ausdrücklich, die Verständigung mit den Grundsätzen der Amtsaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 und der richterlichen Überzeugungsbildung in Einklang zu bringen. So könne eine Verständigung niemals die alleinige Urteilsgrundlage bilden und das Geständnis sei zwingend auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen.²⁵ Dennoch bleiben Zweifel, ob dies nicht bloß ein Lippenbekenntnis darstelle, wenn man sich zum Beispiel vor Augen führe,

¹⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 1; vgl. insb. auch das sog. „Negativattest“ in § 273 Abs. 1a S. 3, das eine Protokollierung sogar bei nicht stattgefundenen Verständigungsgesprächen verlangt.

¹⁵ Meyer-Goßner (Fn. 11), § 257c Rn. 30; Weider, in Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Teil C Rn. 67.

¹⁶ BGH StV 2010, 675; StV 2011, 75, 76.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 17.8.2010 – 4 StR 228/10; Stuckenberg, in Löwe/Rosenberg (Fn. 8), § 257c Rn. 80; Velten, in SK, StPO, 4. Aufl. 2012, § 257c Rn. 53.

¹⁸ Weider (Fn. 15), Teil C Rn. 68.

¹⁹ Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2626.

²⁰ BGHSt 50, 40, 53 f.

²¹ BT-Drs. 16/12310, S. 14, 19.

²² Brunhöber, AnwBl 2012, 417, 418 mit weiteren Argumenten; Stuckenberg, in Löwe/Rosenberg (Fn. 8), § 257c Rn. 5.

²³ Beulke (Fn. 3), Rn. 394a; Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, § 30 Rn. 4.

²⁴ Brunhöber, AnwBl 2012, 417.

²⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

dass eine Einigung darüber, weitere Beweise nicht mehr zu erheben, zulässig sei, obwohl der Sachverhalt noch nicht vollständig aufgeklärt sei.²⁶

Überdies führe die mit der Absprachenpraxis verfolgte Verfahrensvereinfachung und -verkürzung in der Praxis regelmäßig zu einer Einschränkung der Amtsaufklärungspflicht.²⁷ Schließlich dürften die Prozessökonomie und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht das eigentliche Problem des ständig wachsenden Effizienzdrucks und der zu hohen Belastung der Justiz überlagern.²⁸

Regelmäßig wird bei Absprachen schon vor Abschluss der Beweisaufnahme von der Schuld des Angeklagten ausgegangen, was dem Grundsatz der Unschuldsvermutung jedoch entgegenstehen könnte.²⁹ Darüber hinaus müssen die Gerichte beachten, dass die für den Fall eines Geständnisses angebotene Strafe von der ansonsten als möglich erklärten Sanktion nicht unverhältnismäßig stark abweichen darf und in jedem Fall schuldangemessen sein muss (sog. „**Sanktionsschere**“).³⁰ Die dabei entstehende **unzulässige Drucksituation** für den Betroffenen, sich selbst zu belasten, könnte das nemo-tenetur-Prinzip tangieren und die Gefahr falscher Geständnisse begründen.³¹ Die freie Willensentschließung des Angeklagten dürfe folglich weder durch Drohung mit einer höheren Strafe noch durch das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils beeinträchtigt und dieser somit zu einem Geständnis gedrängt werden.³² Der BGH hatte bereits in einigen Fällen

über solche unzulässigen „Sanktionsscheren“ zu entscheiden.³³ In einem besonders prägnanten Fall lehnte der Angeklagte das Angebot von zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Bewährung gegen ein Geständnis ab und wurde später zu sieben Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, ohne dass eine wesentliche Änderung der Sach- und Verfahrenslage erkennbar gewesen wäre.³⁴

Weiterhin könnte das beim Angeklagten entstandene Vertrauen in die Absprache bei Nichteinhaltung der Zusage durch das Gericht erschüttert und das Verfahren dadurch insgesamt unfair gemacht werden.³⁵ Um das **fair-trial-Gebot** und die Subjektstellung des Angeklagten zu wahren, hat der Gesetzgeber die Belehrung in § 257c Abs. 5 als zwingende Voraussetzung für eine wirksame Verständigung geregelt. Ein aus echter Reue früh abgegebenes Geständnis würde aber im Gegensatz zu einem aus taktischen Gründen zurückgehaltenen Geständnis entwertet.³⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG hat in dem mit Spannung erwarteten Urteil die Verfassungsmäßigkeit des § 257c festgestellt und sog. „informelle“ Absprachen, die außerhalb der gesetzlichen Regelung erfolgen, ausdrücklich für unzulässig erklärt.³⁷

Aufgrund des Spannungsverhältnisses zu wesentlichen strafverfahrensrechtlichen Grundsätzen, insbesondere des im GG verankerten Schuldprinzips und der mit ihm eng verbundenen Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie dem Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, seien die im Gesetz ausreichend vorgesehenen Schutzmechanismen nicht als bloße Ordnungsvorschriften zu verstehen.³⁸

²⁶ Meyer-Goßner (Fn. 11), § 257c Rn. 3.

²⁷ Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2631.

²⁸ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 58 (Stellungnahme des Dt. Anwaltvereins).

²⁹ Beulke (Fn. 3), Rn. 394a.

³⁰ Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 6. Aufl. 2011, Rn. 629; vgl. auch Bittmann, wistra 2009, 414, 415.

³¹ Vgl. Beulke (Fn. 3), Rn. 395a; Haller/Conzen (Fn. 30), Rn. 629.

³² BGH StV 2007, 619 m.w.N.

³³ BGH StraFo 2003, 97; vgl. auch Kempf, StV 2009, 269, 271 m.w.N.

³⁴ BGH StraFo 2003, 97.

³⁵ Volk (Fn. 23), § 30 Rn. 6.

³⁶ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 57 (Stellungnahme des Dt. Richterbundes).

³⁷ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 77 ff.

³⁸ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 109.

Damit die Schutzfunktion der Belehrungspflicht ihre vorgesehene Wirkung entfalten könne und somit die Fairness des Verständigungsverfahrens und die Autonomie des Angeklagten sichergestellt sei, sei eine Verständigung regelmäßig rechtswidrig, wenn die Belehrung nach § 257c Abs. 5 unterblieben sei. Es sei dann grundsätzlich davon auszugehen, dass das Geständnis und damit auch das Urteil auf dem Unterlassen der Belehrung beruhe.³⁹ Damit erklärt das BVerfG die Verfassungsbeschwerden des A und B für begründet.

Ebenso verbiete es der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, dem Angeklagten eine geständnisbedingte Strafmilderung in Aussicht zu stellen, die von der in einer herkömmlichen Hauptverhandlung erwarteten Strafobergrenze übermäßig abweiche und diesen dadurch mittels eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilsversprechens zu einem Geständnis dränge.⁴⁰ Zwar sei das Inaussichtstellen eines „minder schweren Falles“ nicht per se unzulässig, da es sich hierbei um eine Strafzumessungsregel handle, die im Gegensatz zu einer Qualifikation den Schuldspruch nicht tangiere. Zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde des C führe dennoch die willkürlich bemessene Sanktionsschere des Gerichts.

Die dargelegten Ausführungen gälten trotz des defizitären Vollzugs des Verständigungsgesetzes in der Praxis. Obwohl die gesetzlichen Vorgaben in vielen Fällen missachtet werden, könne derzeit noch nicht auf ein Versagen der Norm selbst bezüglich der Wahrung der Schutzmechanismen geschlossen werden. Der Gesetzgeber müsse jedoch fortwährend sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben und habe die weitere Entwicklung sorgfältig im Auge zu behalten und gegebenenfalls das Gesetz nachzubessern.⁴¹

Das BVerfG hebt die Urteile gegen A, B und C auf und weist sie zurück.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Mahnung des BVerfG an die Strafrechtspraxis, das Verständigungsgesetz genau einzuhalten, verdeutlicht bereits, dass die Realität in den Gerichtssälen weitgehend anders aussieht als durch die Regelung vorgeschrieben. So werden einer empirischen Untersuchung zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren von Prof. Dr. Altenhain zufolge etwa ein Fünftel aller erstinstanzlichen Strafverfahren durch Absprachen erledigt.⁴² Dabei kommen mehr als die Hälfte aller Verständigungen „informell“ oder zumindest unter Verletzung der Voraussetzungen des § 257c zustande. Diese Angaben belegen die sehr hohe Praxisrelevanz dieser Entscheidung. Fraglich ist jedoch, inwieweit dieses Urteil die gerichtliche Praxis tatsächlich beeinflussen kann, wenn doch bereits die seit 2009 bestehende klare Regelung laufend ignoriert wurde. Außerdem hat das Verbot „informeller“ Absprachen nur dann praktische Konsequenzen, wenn eine unzulässige Verständigung letztlich auch gerügt wird. Dies wird in der Regel aber nicht der Fall sein, da das Ergebnis zwischen den Verfahrensbeteiligten einverständlich ausgehandelt wurde.⁴³ Auch die stets betonte herausgehobene Bedeutung der Staatsanwaltschaft bei der Kontrolle von Verständigungen zum Zwecke der Sicherung der Gesetzmäßigkeit wird daran kaum etwas ändern können.⁴⁴ Denkbar wäre höchstens die Einführung eines absoluten Revisionsgrundes bei Missachtung des § 257c, um die Praxis zu dessen Einhaltung zu zwingen.

Allerdings ist es möglich, dass sich die Richter bei Regelverstößen selbst strafrechtlich verantworten müssen. Insbesondere § 348 StGB könnte bei

³⁹ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 112.

⁴⁰ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 126.

⁴¹ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 129, 134.

⁴² BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 60 f.

⁴³ Brunhöber, AnwBl 2012, 417, 418.

⁴⁴ Vgl. König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 322 f.

Abgabe eines falschen Negativattests relevant werden.

Auch wird die Formstrenge des § 257c als praxisuntauglich angesehen,⁴⁵ weil der „Deal“ ein ansonsten langwieriges Verfahren gerade erleichtern und beschleunigen soll. Als Folge des vorliegenden Urteils könnte diese Art der Prozesserledigung in Zukunft ihren Reiz verlieren, Verfahren zügig zu erledigen. Vielmehr könnte eine offene, kommunikative Verhandlungsführung nach § 257b an Bedeutung gewinnen.⁴⁶

Das Urteil hat darüber hinaus das Potential, die Klausur- und Examensrelevanz der Verständigungsproblematik zu erhöhen. In strafrechtlichen Prüfungen bietet sich die Untersuchung der einzelnen Voraussetzungen des § 257c an, im Rahmen einer mündlichen Examensprüfung die Frage nach dessen Verfassungsmäßigkeit.

5. Kritik

An kaum einem strafprozessualen Thema wird die Diskrepanz zwischen Wissenschaft und Praxis so deutlich wie bei der Verständigungsproblematik. Gerade vor diesem Hintergrund verdient die Entscheidung, die einen Ausgleich beider Pole anstrebt, Zustimmung.

Zu begrüßen an dem Urteil ist zunächst die vom BVerfG vorgenommene Klarstellung, dass zwischen dem unzulässigen „Deal“ und der grundsätzlich zugelassenen Verständigung nach § 257c unterschieden werden muss. Auch das Betonen der hohen Relevanz der formellen Voraussetzungen einer Verständigung, insbesondere der Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5, war notwendig, um die vom BGH als bislang quasi folgenlos verletzbar gesehene „Ordnungsvorschrift“ zum zwingenden Verfassungsgebot zu erheben.⁴⁷

Positiv anzumerken ist, dass das BVerfG in dem ausführlichen Urteil ver-

sucht hat, sich mit Hilfe verschiedener Stellungnahmen nicht nur ein Bild von der Gesetzeslage, sondern insbesondere auch von der tatgerichtlichen Praxis zu machen und diese Erkenntnisse in das Urteil mit einzubeziehen. Dem BVerfG ist auch darin zuzustimmen, dass die defizitäre Praxis und die angebliche Praxisuntauglichkeit der Schutzmechanismen die Norm nicht überflüssig mache. Denn in unserem Rechtsstaat bestimme „das Recht die Praxis und nicht die Praxis das Recht“.⁴⁸

Zwar appelliert das Gericht an den Gesetzgeber, das Gesetz in Zukunft unter Umständen nachzubessern, es nimmt jedoch nicht konkret dazu Stellung, wie eine solche Reform aussehen könnte. Die Reformbedürftigkeit besteht aber bereits jetzt. Sie betrifft unter anderem die Stellung des Opfers. Führt man sich nämlich vor Augen, dass der Opferschutz ein wesentliches Argument des Gesetzgebers ist, fragt man sich, warum gerade das Opfer keinerlei Mitspracherecht bei Verständigungen hat. Zuletzt darf auch die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als allübergreifender Gedanke nicht dazu führen, Verständigungen zum Regelfall in Strafverfahren werden zu lassen, nur weil die Justiz dauerhaft überlastet ist und sich über mangelnde Ressourcen beklagt. Dies darf gerade kein Argument sein, um die verfassungsmäßig geschützten Rechte des Angeklagten einzuschränken. Das Problem der Überlastung muss vielmehr durch organisatorische Maßnahmen gelöst werden.

Um die Wahrheitsfindung als zentrales Anliegen des Strafprozesses so weit wie möglich zu wahren, müssen Verständigungen daher die Ausnahme bleiben und sollten nur dann Anwendung finden, wenn die Gerichte auch gewillt sind, die erforderlichen Voraussetzungen zu beachten.

(Katharina Dorr/Sirkka Schrader)

⁴⁵ vgl. BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 45 (Stellungnahme des Dt. Richterbundes).

⁴⁶ König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321 f.

⁴⁷ Jahn, NJW 15/2013, NJW-Editorial.

⁴⁸ BVerfG HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 132.

1. Sachverhalt¹

A und B nehmen durch Zahlungen an Spieler oder Schiedsrichter regelmäßig Einfluss auf Ergebnisse von Fußballspielen. Sie schließen gezielt Wettverträge auf die manipulierten Spiele ab. Beim Platzieren der Werten legen sie nicht offen, dass auf die gewetteten Spiele eingewirkt wurde. Überwiegend kommt es zu dem angestrebten Spielausgang, sodass A und B erhebliche Gewinnschancen ausbezahlt werden. In wenigen Fällen gehen die Spiele jedoch anders aus als erwartet, sodass es zu einem Verlust des Wetteinsatzes kommt.

Das LG verurteilt A und B in Fällen der Gewinnausschüttung wegen vollendeten Betrugs und nimmt hinsichtlich der verlorenen Werten einen Versuch an. Dagegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft zum BGH.²

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bei manipulierten Sportwetten sind sämtliche Tatbestandsmerkmale des Betrugs umstritten. Das Hauptproblem dieses Falls liegt in der Berechnung des Vermögensschadens bei fehlender Gewinnausschüttung.

August 2013 Der Sportwetten-Fall

Vermögensschaden beim Wettbetrug

§ 263 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Bei manipulierten Sportwetten mit festen Quoten ist der Betrug unabhängig von der Gewinnausschüttung bereits mit Abschluss des Wettvertrags vollendet.
2. Der Vermögensschaden bestimmt sich nach der Wahrscheinlichkeit des gewetteten Spielausgangs, die sich durch eine nicht offen gelegte Manipulation erhöht und den Geldwert des Anspruchs des Wettanbieters mindert.

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – 4 StR 55/12; veröffentlicht in NStZ 2013, 234.

Der Betrugstatbestand des § 263 Abs. 1 StGB³ setzt zunächst eine Täuschung seitens des Täters voraus. Da in der Regel bei Vertragsschluss keine Angaben über die Beeinflussung der gewetteten Spiele gemacht werden, kommt eine ausdrückliche Täuschung nicht in Betracht. Die Täuschungshandlung könnte jedoch auch in einem konkludenten Tun oder einem Unterlassen liegen. Bei einer **konkludenten Täuschung** wird dem Verhalten des Täters eine stillschweigende Erklärung beigegeben, die nach dem objektiven Empfängerhorizont unter der Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist.⁴

So hatte das RG bereits 1928 einen Fall zu entscheiden, in dem der Wettende über den Ausgang eines Pferde-

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

² Aus anderen Gründen eingelegte Rechtsmittel bleiben unberücksichtigt. Insoweit wird auf die Entscheidung verwiesen.

³ Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁴ BGH NStZ 2001, 430; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 16. Aufl. 2013, Rn. 494.

rennens informiert war.⁵ Das Gericht schlussfolgerte, dass sowohl Wettanbieter als auch Wettender sich stillschweigend das Nichtwissen bzgl. des Rennergebnisses zusichern und nahm deshalb eine Täuschung durch konkludentes Tun an. Diese Ansicht hat sich durch richterliche Rechtsfortbildung weiterentwickelt.⁶

Im Fall Hoyzer⁷ stellte der BGH fest, man könne bei kommentarlosen Wettabschlüssen annehmen, der Wettende erkläre konkludent die **Manipulationsfreiheit des Spiels**.⁸ Grundlage dieser Entscheidung stellt die Eigenart des Glücksspiels, nämlich die Nichtkenntnis des in der Zukunft liegenden Sportergebnisses, dar. Daraus schlussfolgerte der BGH, dass die Manipulationsfreiheit als ein unverzichtbarer Vertragsbestandteil miterklärt werde.⁹ Teile der **Geschäftsgrundlage** werden demnach durch die Vertragsparteien konkludent vereinbart.

Teile der Literatur wenden sich gegen einen solch extensiven Auslegungsmaßstab. Dieser überlagere den subjektiven Empfängerhorizont und führe zu einer Fiktion des Sinngehalts.¹⁰ Dem Platzieren von Wetten liege ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen Wettendem und Wettanbieter zugrunde, der durch Angebot und Annahme geschlossen werde. Mit dem Angebot erkläre der Wettende lediglich, dass er auf das folgende Spiel setzen wolle, während der Wettanbieter durch das Stellen der Quote den Antrag annehme. Weitere Erklärungsinhalte lägen nicht vor, sodass die Versicherung über die Manipulationsfreiheit des Spiels willkür-

lich konstruiert sei.¹¹ Aus diesem Grund wird seitens der Kritiker eine restriktive Bestimmung des konkludenten Verhaltens gefordert, die auf den konkreten Kommunikationsverlauf abstellt.¹² Ferner wird kritisiert, dass die Grundsätze der Unterlassensstrafbarkeit nach § 13 durch die zusätzlichen Aufklärungspflichten bei Wettverträgen umgangen würden.¹³ Dieser Ansicht verbleibt schließlich nur ein Ausweichen auf die §§ 263, 13. Eine Unterlassensstrafbarkeit kommt hier jedoch kaum ernsthaft in Betracht, da eine Garantenstellung regelmäßig noch nicht aus der einmaligen Vornahme eines Rechtsgeschäfts folgt.

Spiegelbildlich zur Täuschung muss bei der anderen Person gemäß § 263 Abs. 1 ein Irrtum erregt oder unterhalten worden sein. Aufgrund des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung und Irrtum setzen sich die Auslegungsschwierigkeiten der Willenserklärungen bei der Prüfung des Irrtums fort. Die Rechtsprechung nimmt einen Irrtum bereits an, wenn der Wettanbieter bzw. dessen Angestellten, zumindest in Form des **sachgedanklichen Mitbewusstseins**, davon ausgeht, das wettgegenständliche Risiko sei nicht durch Manipulation verändert worden.¹⁴

Dem wird entgegengehalten, dass dem Wettanbieter hierbei eine Fehlvorstellung unterstellt wird.¹⁵ Ohne Hinweis auf eine mögliche Manipulation des Spiels, wird sich der Wettanbieter bei lebensnaher Betrachtung wohl nur Gedanken über die Entgegennahme des Wetteinsatzes und dem Bereitstellen der Quote beziehungsweise der Gewinnausschüttung machen. Ein Irrtum über die Manipulationsfreiheit werde durch die Erklärung des Wettenden damit gerade nicht erregt.

⁵ RGSt 62, 415.

⁶ BGHSt 16, 120; 29, 165; zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe auch *Marxen/Heduschka*, famos 10/2006 S. 2.

⁷ BGHSt 51, 165.

⁸ BGHSt 51, 165, 172; zustimmend: *Hefendehl*, in *MüKo, StGB*, 2. Aufl. 2011 ff., § 263 Rn. 113.

⁹ BGHSt 51, 165, 171 f.

¹⁰ *Trüg/Habetha*, JZ 2007, 878, 880.

¹¹ *Schlösser*, NStZ 2005, 423, 425 f.

¹² *Trüg/Habetha*, JZ 2007, 878, 880.

¹³ *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215, 217.

¹⁴ BGHSt 51, 165, 173.

¹⁵ *Radtke*, Jura 2007, 445, 449.

Ferner muss der Irrtum den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung veranlasst haben. Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal erfordert ein zu einer Vermögensminderung führendes Verhalten.¹⁶ Im Abschluss des Wettvertrags liegt laut Rechtsprechung eine Vermögensverfügung des Wettanbieters,¹⁷ sodass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Schaden zu Lasten des Wettanbieters gegeben sein kann. Diese Konstellation wird als **Eingehungsbetrug** bezeichnet. Dabei begründet bereits die Entstehung einer Verbindlichkeit einen Vermögensschaden.¹⁸ Die vereinbarten Leistungen stehen in einem Missverhältnis zueinander.

Zentrales Problem stellt hierbei die Feststellung des Schadens dar. Zur Bestimmung des Schadens wird der Vermögensbestand vor und nach der schädigenden Handlung nach dem Prinzip der **Gesamtsaldierung** verglichen.¹⁹ Ergibt sich daraus ein Negativsaldo, liegt ein Schaden vor. Auch eine **schadensgleiche Vermögensgefährdung** stellt einen Schaden im Sinne von § 263 dar. Die Gefahr eines solchen muss zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits so konkret sein, dass sie just in diesem Moment eine Vermögensminderung zur Folge hat.²⁰ Diese tritt ein, wenn durch das Missverhältnis der gegenseitigen Ansprüche bereits gegenwärtig eine Verschlechterung der Vermögenslage droht.²¹

Die Literatur erhebt hiergegen jedoch den Einwand, dass ein bloßer Schadensverdacht die zulässige Auslegung des Tatbestandsmerkmals überschreite.²² Dadurch werde der Betrug

zu einem Gefährdungsdelikt umqualifiziert.²³ Ferner bestehen hinsichtlich der Schadensgleichheit der Vermögensgefährdung verfassungsrechtliche Bedenken.²⁴

Im Fall Hoyzer trat die rechtliche Problematik der schadensgleichen Vermögensgefährdung bei manipulierten Sportwetten mit festen Quoten auf. Dabei wies der BGH den Ansatz, dem Wettanbieter sei ein Schaden in Form einer konkreten Vermögensgefährdung entstanden, zurück.²⁵ Aufgrund der Ungewissheit des Spielausgangs sei bei Abschluss des Wettvertrages das Vermögen des Wettanbieters noch nicht derart ernstlich und konkret gefährdet, dass es bereits gegenwärtig zu einer Minderung des Gesamtvermögens komme. Dennoch verneinte der BGH hier nicht das Vorliegen eines Vermögensschadens, sondern stellte auf einen **Quotenschaden** ab.²⁶ Durch diese neue Kategorie kann eine Strafbarkeit wegen vollendeten Eingehungsbetrugs zu Lasten des Wettanbieters auch bei Verlust des Einsatzes angenommen werden. Die bei einer Risikoanalyse festgelegten Quoten entsprächen infolge der Manipulation nicht mehr der gewinnbringenden Kalkulation des Wettanbieters. Dieser räume dem Wetten den hier täuschungsbedingt eine zum Wetteinsatz unverhältnismäßige Gewinnchance ein. Hätte der Täuschende dem Wettanbieter die Manipulation des gewetteten Spiels offen gelegt, wäre die Quote aufgrund treffender Risikoeinschätzung dementsprechend geringer gewesen.²⁷ Bei Wetten zu flexiblen Quoten läge hingegen kein Vermögensschaden vor,²⁸ da die Gewinnquote nicht bei Abschluss der Wette, sondern erst nach Spielausgang festgelegt wird.

¹⁶ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 515.

¹⁷ BGHSt 51, 165, 173.

¹⁸ BGHSt 16, 220, 221; Rengier, Strafrecht BT 1, 15. Aufl. 2013, § 13 Rn. 183.

¹⁹ BGH NSTZ 2011, 638, 639; Tiedemann, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff., § 263 Rn. 159 ff.

²⁰ BGHSt 21, 112, 113.

²¹ BGHSt 51, 165, 174 ff.

²² Rönna/Soyka, NSTZ 2009, 12, 14.

²³ Schlösser, NSTZ 2009, 663, 664 ff.

²⁴ Siehe dazu: Rengier (Fn. 18), § 13 Rn. 185; Rübenstahl, NJW 2009, 2392.

²⁵ BGHSt 51, 165, 174 ff.

²⁶ BGHSt 51, 165, 175.

²⁷ BGHSt 51, 165, 177; Radtke, Jura 2007, 445, 451.

²⁸ Eisele, Strafrecht BT 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 597.

Mithin stelle der Quotenschaden die Differenz zwischen Wetteinsatz und der höherwertigen Gewinnchance dar.²⁹ Der BGH sieht den Quotenschaden als Vorstufe zu einem realen Vermögensverlust, der Gewinnauszahlung, an.³⁰

Die Literatur kritisiert die Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts, da hierdurch ein Rücktritt des Täters weitgehend ausgeschlossen werde.³¹ Ferner richten sich Teile des Schrifttums gegen die Annahme eines Eingehungs Betrugs.³² Dieser setze voraus, dass die rechtsgeschäftlich übernommene Leistungspflicht noch nicht erbracht wurde. Durch die Einräumung der Gewinnchance werde jedoch ein Vertragsteil bereits erfüllt. Weiterhin sei es fragwürdig, ob der Wettanbieter bei Kenntnis der Manipulation tatsächlich seine Gewinnquoten verändert hätte. Es ist wohl eher anzunehmen, dass der Wettanbieter Verträge auf das manipulierte Spiel gar nicht erst abschließen würde.³³

Nach Auffassung des BGH musste bislang der Quotenschaden nicht beziffert werden.³⁴ Um einen Vermögensschaden zu bejahen, genügte es, die einschlägigen Risikofaktoren festzustellen und zu bewerten. Jüngst forderte jedoch das **BVerfG** in einer **Grundsatzentscheidung**³⁵ die Strafgerichte zu einer konkreten Bezifferung der Vermögensschäden auf. Angesichts der erhöhten Anforderungen müsse der Vermögensverlust nun in ökonomisch nachvollziehbarer Weise dargelegt werden,³⁶ um künftig verfassungswidrige Überdehnungen des Merkmals des Vermögensschadens zu verhindern und

eine Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG zu sichern.³⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Entgegen der Auffassung des LG bejaht der BGH auch bei fehlender Gewinnauszahlung einen Vermögensschaden und hebt aufgrund dessen das Urteil hinsichtlich der Verurteilung von A und B wegen versuchten Betrugs auf.

In der Begründung geht der BGH davon aus, dass A und B den Wettanbieter konkludent über die Manipulationsfreiheit getäuscht haben, sodass dieser irrtumsbedingt die Wettverträge abschloss, wodurch dem Wettanbieter bereits aktuell ein Schaden entstanden sei.³⁸

In Bezug auf die **Schadensberechnung** ergibt sich jedoch etwas Neues. Der BGH konzipiert innerhalb seiner Entscheidung eine Formel, um den Vermögensschaden näher zu beziffern. Ausgangspunkt seien die gegenseitigen Ansprüche der Vertragsparteien, deren objektive wirtschaftliche Werte miteinander verglichen werden müssen. Der Geldwert setze sich aus zwei Komponenten, der vereinbarten Höhe sowie der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des zur Bedingung gemachten Spielausgangs, zusammen.³⁹ Die Höhe sei für den Wettenden aus der Formel $\text{Einsatz} \times \text{Quote} - \text{Einsatz}$ zu berechnen, während für den Wettanbieter der Einsatz den entscheidenden Bezugspunkt darstelle. Bei einer manipulierten Wette verschiebe sich die zunächst gleichermaßen verteilte Wahrscheinlichkeit zugunsten des Täuschenden. Diese Veränderung mache sich in der Berechnungsformel bemerkbar, da eine **Erhöhung der Wahrscheinlichkeit** gleichzeitig eine Erhöhung des Geldwerts seines Anspruchs gegen den Wettanbieter und des Haftungsrisikos bewirke. Umgekehrt vermindere sich der geldwerte Anspruch des Wettanbie-

²⁹ BGHSt 51, 165, 175.

³⁰ BGH NSTZ 2007, 151, 154.

³¹ Jahn/Maier, JuS 2007, 215, 219.

³² Krack, ZIS 2007, 103, 109 f.

³³ Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NSTZ 2007, 361, 366.

³⁴ BGHSt 51, 165, 175; Engländer, JR 2007, 471, 479.

³⁵ BVerfGE 130, 1.

³⁶ BVerfGE 130, 1, 42 ff.

³⁷ Vgl. BVerfGE 126, 170, 226 ff.

³⁸ BGH NSTZ 2013, 234, 235 f.

³⁹ BGH NSTZ 2013, 234, 237.

ters auf ein Behaltendürfen des Einsatzes. Nach Ansicht des BGH stellt der mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit behaftete Anspruch des Täuschenden auf Auszahlung des vereinbarten Wettgewinns den Schaden des getäuschten Wettanbieters dar.⁴⁰

Insoweit verweist der BGH die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück, um den genauen Schaden zu beziffern.⁴¹

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil weist eine hohe Klausur- und Examensrelevanz auf. Sowohl die mediale Präsenz als auch die Bedeutung des § 263 innerhalb der Vermögensdelikte könnten einen Klausursteller veranlassen, einen Sportwetten-Fall zu bilden. Neben einer Kenntnis der divergierenden Ansichten von Rechtsprechung und Schrifttum in Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale, wird vom Bearbeiter eine gefestigte Methodik zur Darstellung von Meinungsstreitigkeiten gefordert. Auch der Eingehungsbetrug ist Gegenstand der Fallbearbeitung und muss zum Erfüllungsbetrug abgegrenzt werden.

Wie können nun die aufgezeigten Schwierigkeiten des Falls konkret innerhalb der Bearbeitung gelöst werden? Schildert der Sachverhalt einen Wettbetrug mit festen Quoten, der sowohl zur Gewinnausschüttung als auch zum Verlust des Einsatzes führt, so müssen diese Informationen in der Fallbearbeitung verwertet werden. Der Klausursteller zielt hier jedoch nicht auf eine Differenzierung zwischen Vollendung und Versuch ab, sondern erwartet vielmehr präzise Ausführungen zum Vermögensschaden. Während sich bei einem Wettgewinn der Schaden durch die Auszahlung verwirklicht, sollte bei fehlender Gewinnausschüttung der Eingehungsbetrug geprüft werden. Auch wenn keine Auszahlung stattgefunden hat, kann

sich der Schaden bereits durch den Vertragsabschluss realisiert haben. Der Klausurbearbeiter muss in solchen Fällen also exakt bestimmen, worin der Schaden liegt. Dabei ist auf die gegenseitigen Ansprüche abzustellen. In der Regel stehen sich die auszutauschenden Leistungen äquivalent gegenüber. Liegt dem Wettvertrag jedoch ein manipuliertes Spiel zugrunde, geraten die Geldwerte der gegenseitigen Ansprüche in ein Missverhältnis. Für die Bestimmung des Schadens ist auf die Verschiebung der Wahrscheinlichkeiten des gewetteten Spielausgangs zugunsten des Täuschenden abzustellen. Außerdem müssen für ein umfangreiches strafrechtliches Gutachten Betrugsstrafbarkeiten sowohl gegenüber weiteren Geschädigten als auch zu anderen Zeitpunkten in Betracht gezogen werden.⁴² So könnte sich der Wettbetrug auch zu Lasten der Mitwetter, Spieler oder Zuschauer verwirklicht haben, ebenso kann eine Strafbarkeit durch das bloße Einwirken auf den Schiedsrichter angeprüft werden.

Die Entscheidung wirkt sich nicht nur auf die Klausurlösung, sondern auch auf die Praxis aus. Nunmehr sind die Tatgerichte dazu angehalten, eine präzise Schadensbestimmung vorzunehmen. Dabei muss der zuständige Richter, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen, die Wahrscheinlichkeit eines Wetterfolges und damit die gegenüberstehenden geldwerten Ansprüche bestimmen. Sollte ein Mindestschaden nicht ermittelt werden können, scheidet ein Schuldspruch wegen vollendeten Betrugs aus. Insofern wird durch die Entscheidung sichergestellt, dass eine präzise Bestimmung der Höhe des Schadens für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens notwendig ist.

Aufgrund der Aktualität von Wettskandalen empfiehlt es sich, künftige Entscheidungen im Blick zu haben.

⁴⁰ BGH NSTZ 2013, 234, 237.

⁴¹ BGH NSTZ 2013, 234, 237.

⁴² Fasten/Oppermann, JA 2006, 69 ff. m.w.N.

5. Kritik

Insgesamt ist der Entscheidung des BGH zuzustimmen. Zunächst ist positiv zu bewerten, dass der BGH seine Rechtsprechungslinie fortführt und als Ausgangspunkt in Wettbetrugsfällen an eine konkludente Täuschung anknüpft. Zwar sprechen ernstzunehmende Argumente der Literatur gegen den weitreichenden Inhalt einer solchen Erklärung, jedoch können diese die Begründung des BGH nicht entkräften. Bei Glücksspielen liegt die Unkenntnis über den Spielausgang gerade in der Natur der Sache. Es ist dementsprechend als selbstverständlich zu erachten, dass sich die Parteien nicht noch ausdrücklich die fehlende Einflussnahme auf das Spiel zusichern müssen. Deshalb nimmt der BGH hier zu Recht die Manipulationsfreiheit als Geschäftsgrundlage an.

Die Ausführungen zur Schadensfeststellung bieten jedoch Anlass zur Kritik. Der BGH klärt in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich, ob er sich von dem im Hoyzer-Fall entwickelten Quotenschaden verabschiedet, sondern verweist lediglich auf eine abweichende Bestimmung der Vermögensminderung. Zumindest bedient er sich einer neuen Schadensberechnungsformel und stellt dabei die Komponente der Wahrscheinlichkeit in den Vordergrund. Dies zeugt von einer verfeinerten Schadensbegründung, die den Quotenschaden zu verdrängen scheint. Auslöser dafür ist die Grundsatzentscheidung des BVerfG, die einen Vermögensschaden ohne Bezifferung nicht ausreichen lässt. Es erscheint daher naheliegend, die Formel des BGH als Kompromisslösung anzusehen. Zum einen sollen die Anforderungen des BVerfG berücksichtigt werden, zum anderen ist der BGH damit nicht gezwungen, seine eigene Rechtsprechungslinie vollständig aufzugeben.

Es ist zu begrüßen, dass der BGH bemüht ist, den Tatgerichten durch die Formel sowie ergänzende Hinweise eine Art Leitfaden an die Hand zu geben. Danach bieten beispielsweise die anfänglich angebotenen Quoten Anhalts-

punkte für die Bewertung des Wetttrisikos vor der Manipulation, während Zahl und Bedeutung der beeinflussten Spieler für die Ermittlung des Risikos durch die Manipulation von Bedeutung sind.⁴³

Um in Fällen ohne Gewinnauszahlung einen vollendeten Eingehungsbetrug annehmen zu können, reizte der BGH durch die bloße Feststellung und Bewertung der Risiken bislang die Grenzen des Tatbestandsmerkmals des Vermögensschadens aus.⁴⁴ Als Folge drohte eine Umwandlung des § 263 vom Erfolgs- in ein Gefährdungsdelikt. Aus dogmatischer Sicht ist es deshalb erfreulich, dass der BGH nun unter Berücksichtigung der BVerfG-Entscheidung hohe Anforderungen an die Schadensbezifferung stellt. Dies ist unter anderem deshalb positiv zu bewerten, weil die Schadenshöhe für die Strafzumessung und für die Prüfung des Regelbeispiels gemäß § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 ausschlaggebend ist.

Bedenken erweckt jedoch die **Leistungsfähigkeit der Formel**. So scheint doch der Versuch, eine festgeschriebene Berechnungsgrundlage zur Schadensbestimmung zu finden, problematisch, da sich Risiken durch ihre eingeschränkte Kalkulierbarkeit auszeichnen. Dies kann auch nicht damit aufgewogen werden, dass unter Umständen einem Sachverständigen diese kaum lösbare Aufgabe auferlegt wird.

Im Hinblick auf die dargelegten Schwachstellen der Schadensbezifferung wird sich zeigen, ob sich die Formel in der Zukunft bewährt. Zudem bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber einen neuen Tatbestand einführen wird, damit bei einem unbestimmbaren Vermögensschaden nicht nur ein versuchter, sondern ein vollendeter Betrug angenommen werden kann.

(Madlen Lehmann / Lisa Zerbe)

⁴³ BGH NStZ 2013, 234, 237.

⁴⁴ Erstmaliger Zuspruch für eine Schadensbezifferung beim Eingehungsbetrug: BGH NJW 2012, 2370 Rn. 7.

1. Sachverhalt¹

A ist mit ihrer Rolle als Mutter überfordert. Als sie erneut ihre zwei Wochen alte Tochter nicht beruhigen kann, stopft sie ihr das Spucktuch in den Mund und hält ihr gleichzeitig die Nase zu, wodurch das Kind stirbt. In der gleichen Weise verfährt sie später bei ihrem eineinhalb Monate alten Sohn. Die Obduktion gibt in beiden Fällen keinen Hinweis auf einen unnatürlichen Tod, weshalb man von einem plötzlichen Kindstod als Todesursache ausgeht.

Als A einen weiteren Sohn zur Welt bringt, verschreiben die Ärzte nun einen Überwachungsmonitor, der Herzschlag und Atmung des Babys während des Schlafs kontrollieren soll. Nach etwa vier Wochen schlafen A und ihr Sohn im Schlafzimmer, während ihr Ehemann E wach bleibt und den Säugling überwacht. Am Morgen des Tattages weckt E seine Ehefrau, woraufhin sie aufsteht und er sich in einem anderen Zimmer schlafen legt. Nach knapp einer Stunde schaltet A den Überwachungsmonitor aus. Kurz darauf beginnt das Kind zu schreien, sodass sich A erneut überfordert fühlt. Aus diesem Grund erstickt A ihren Sohn auf gleiche Weise, wie die beiden anderen Kinder zuvor. Als das Kind aufhört zu atmen, verständigt A den Notarzt.

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die Probleme des Falles zu verdeutlichen.

September 2013 Säuglings-Fall

Heimtückemord an einem Kleinstkind

§ 211 Abs. 2 Var. 5 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Bei der Tötung eines nicht argwohnfähigen Kleinstkindes kann auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten abgestellt werden.
2. Es ist weder erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des schutzbereiten Dritten herbeiführt, noch dass sich dieser bei der Tatbegehung im selben Raum befindet und wach ist.

BGH, Urteil vom 21. November 2012 – 2 StR 309/12; veröffentlicht in NSTZ 2013, 158.

A wird in allen drei Fällen vom LG wegen Totschlags verurteilt. Hiergegen legt die Staatsanwaltschaft eine auf den dritten Fall beschränkte Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falles ist die Frage, wann ein heimtückischer Mord gemäß § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB² an einem Kleinstkind möglich ist.

Das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke kennzeichnet die besonders gefährliche Ausführungsart der Tötung. Zur Begründung der Erhöhung des Strafmaßes bei einer heimtückisch begangenen Tötung wird die einerseits durch Tücke hervorgerufene große Gefährlichkeit³, andererseits die besondere Verwerflichkeit⁴ angeführt. Indem

² Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

³ BGHSt 11, 139, 141 f.; vgl. auch BGHSt 20, 301, 302.

⁴ Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 211 Rn. 26.

der Täter mit List und Tücke handelt, überrascht er das Opfer in einer hilflosen Lage und verhindert, dass es den Anschlag abwehrt oder wenigstens erschwert.

Nach der von der Rechtsprechung entwickelten Definition liegt das Merkmal der Heimtücke dann vor, wenn der Täter in feindlicher Willensrichtung die **Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁵ Erst recht handelt der Täter heimtückisch, wenn er dabei noch ein besonderes Vertrauensverhältnis missbraucht. Allerdings sieht die Rechtsprechung im Gegensatz zur herrschenden Meinung in der Literatur einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch nicht als Voraussetzung der Heimtücke an.⁶

Damit eine heimtückische Tötung in Betracht kommt, muss das Opfer arg- und wehrlos sein. Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tötungshandlung keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁷ Wehrlos ist, wer in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit eingeschränkt ist. Der Zustand der Wehrlosigkeit muss auf der Arglosigkeit beruhen.⁸ Vorausgesetzt wird außerdem die konstitutionelle Fähigkeit des Opfers, dem Angriff auf sein Leben entgegenzutreten zu können.⁹

Diese Fähigkeit zum Argwohn ist in der Regel bei **Kleinst- und Kleinkindern** problematisch, da sie konstitutionell bedingt arg- und wehrlos sind. Der BGH lehnt die heimtückische Tötung eines sehr kleinen Kindes bisher ab, weil es die böse Absicht des Täters

nicht erkennen kann und verteidigungsunfähig ist.¹⁰ Selbst wenn der Täter eine Person aus dem sehr engen Lebensumfeld des Kleinkindes sei, reiche die Annahme, das Kind sei „instinktmäßig“ arglos, nicht aus.¹¹ Teile der Literatur sehen allerdings die Fähigkeit zum Argwohn nicht als eine Voraussetzung der Arglosigkeit. Jedoch erachten sie es im Ergebnis für sinnvoll, die Arglosigkeit auf diese Weise einzuschränken, um zu vermeiden, dass bei jeder Tötung eines Säuglings beziehungsweise Kleinkindes ein heimtückischer Mord vorliegt, mithin also ganze Personengruppen dem § 211 unterstellt werden.¹² Der BGH geht davon aus, dass normal entwickelte Kinder grundsätzlich erst im Alter von etwa drei Jahren im Stande sind, Argwohn zu entwickeln, einen auf ihr Leben zielenden Angriff zu erkennen und zu versuchen, diesen abzuwehren.¹³

Eine klare Grenze zwischen aus entwicklungspsychologischer Sicht bereits vorhandener und noch fehlender Argwohnfähigkeit ist nur sehr schwer zu ziehen. Im Brei-Fall bejahte der BGH ausnahmsweise die Argwohnfähigkeit eines Kleinkindes und somit die Heimtücke. Hierbei stellte er auf die „Ausschaltung des natürlichen Abwehrinstinkts“ des Kindes ab, weil der Täter bittere Schlafmedikamente in die süß schmeckende Nahrung des Kindes mischte und dadurch das Ausspeien verhinderte.¹⁴

Selbst, wenn das Opfer konstitutionell nicht fähig ist, Argwohn zu entwickeln, kommt eine heimtückische Tötung aber auch dann in Betracht, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit von **schutzbereiten Dritten** ausnutzt.

⁵ BGHSt 32, 382, 383; BGH NStZ 2009, 569, 570; *Fischer*, StGB, 60. Auflage 2013, § 211 Rn. 34; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Auflage 2012, § 4 Rn. 23.

⁶ BGHSt 28, 210 f; 30, 105.

⁷ BGH NStZ 1993, 341.

⁸ BGH NStZ 2009, 569, 570; *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 211 Rn. 24a; *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 39.

⁹ BGHSt 2, 11, 12; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil/1, 36. Auflage 2012, Rn. 110.

¹⁰ BGHSt 3, 330, 332; BGH NStZ 2006, 338, 339; vgl. auch *Mitsch*, in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 2010, § 211 Rn. 53.

¹¹ BGH NJW 1953, 633, 634.

¹² *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 43.

¹³ BGH NStZ 1995, 230, 231; BGH NStZ 2006, 338, 339.

¹⁴ BGHSt 8, 216, 218.

Durch deren Ausschaltung wird das Kind nicht mehr behütet, sodass der Täter die Tötung ungehindert begehen kann.¹⁵ Als schutzbereiter Dritter ist nach der Rechtsprechung jede Person anzusehen, die den Schutz dauernd oder vorübergehend übernommen hat und zum Tatzeitpunkt auch tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut.¹⁶ Der schutzbereite Dritte muss folglich in einem Garantenverhältnis zum Opfer stehen.

Eine der Voraussetzungen der heimtückischen Tötung ist, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bzw. des schutzbereiten Dritten bewusst ausnutzt. Nicht erforderlich ist dagegen deren Herbeiführung oder Bestärkung.¹⁷ Es genügt demnach, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bzw. des schutzbereiten Dritten wahrgenommen und sie zur Tatbegehung instrumentalisiert hat.¹⁸

Allerdings muss die Schutzperson ausgehend vom Einzelfall im Stande sein, den Schutz auch wirksam zu erbringen. Es ist daher eine **gewisse räumliche Nähe**, sowie eine überschaubare Anzahl von zu schützenden Personen notwendig. So kommt eine grundsätzlich schutzbereite Mutter, die zum Tatzeitpunkt nicht in unmittelbarer Nähe des Tatorts gewesen ist, nicht als Schutzperson in Betracht.¹⁹

Heimtückisch handelt in der Regel auch die Person, die die Arg- und Wehrlosigkeit eines schlafenden Opfers zur Tötung ausnutzt, weil das Opfer nach der Rechtsprechung seine Arg- und Wehrlosigkeit mit in den Schlaf nimmt.²⁰ Im Gegensatz dazu werden aber bewusstlose Personen nicht als

arglos angesehen, da sie den Zustand der Bewusstlosigkeit nicht abwenden konnten, und somit nicht in ihrer Erwartung, von niemandem angegriffen zu werden, enttäuscht werden könnten.²¹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass das LG den rechtlichen Maßstab der Heimtücke bei Kleinstkindern verkannt hat und den Fall zurück an eine andere Kammer des LG verwiesen.

Der BGH hält an hierbei an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. In Anlehnung an die bereits zuvor entwickelten Grundsätze führt er aus, dass die Annahme des Landgerichts, das Kleinkind sei noch nicht argwohn- und gegenwehrfähig, weswegen auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Vaters als schutzbereitem Dritten abgestellt werden müsse, richtig sei. Jedoch stelle das „Zugegen-sein“ dieser Schutzperson keine Voraussetzung dar. Vielmehr komme es darauf an, dass er den Schutz des Kindes vor Leib- und Lebensgefahr übernommen habe und ihn zum Tatzeitpunkt ausübe oder es deshalb nicht tue, weil er dem Täter Vertrauen entgegenbringe.²² Auf Grund der Umstände des Einzelfalls sei zudem zu prüfen, ob er den Schutz auch wirksam erbringen könne, wofür räumliche und zeitliche Nähe Indizien darstellen könnten.²³

Das LG habe fälschlicherweise angenommen, eine bloße Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit reiche nicht aus, um Heimtücke zu bejahen. Es verlange vielmehr eine bewusste Herbeiführung dieser Heimtückelage zum Zweck der Tatbegehung.

¹⁵ BGHSt 3, 330, 332; BGH NStZ 2008, 93, 94.

¹⁶ BGH NStZ 2006, 338, 339 f.; NStZ 2008, 93, 94.

¹⁷ BGHSt 8, 216, 219.

¹⁸ BGH NStZ 2006, 167, 168.

¹⁹ Vgl. BGH NStZ 2006, 338.

²⁰ BGH NStZ 2006, 338, 339.

²¹ BGHSt 23, 119, 120; *Neumann*, in NK, StGB, 4. Auflage 2013, § 211 Rn. 55.

²² BGH NStZ 2013, 158 f.; so schon BGHSt 8 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.

²³ BGH NStZ 2013, 158 f.; so schon BGH NStZ 2008, 93, 94.

Nach Ansicht des BGH genüge es jedoch, diese Lage bewusst zu missbrauchen, und zwar unabhängig davon, woher sie rühre.²⁴ Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass E einem offenen Angriff auf das Kleinkind entgegengetreten und dazu auch in der Lage gewesen wäre, hätte er sich nicht im Vertrauen auf A schlafen gelegt.²⁵ Daher sei der Fall neu zu entscheiden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In der Praxis sollte man beachten, dass bei der Tötung von Kleinstkindern weder generell auf die Arglosigkeit, noch auf eine generelle Ausscheidung der Heimtücke in Ermangelung der Argwohnfähigkeit geschlossen werden kann. Vielmehr sollte man am konkreten Fall prüfen, ob das Kind aufgrund der konkreten Tatausübung ausnahmsweise arglos ist, da sein natürlicher Abwehrinstinkt durch List ausgeschaltet wurde, und sofern dies nicht der Fall ist, ob ein schutzbereiter Dritter zugegen ist und seine Arglosigkeit ausgenutzt wird. Bei der Prüfung sind die Kriterien der bisherigen Rechtsprechung weiterhin zu berücksichtigen. Beispielsweise gilt bei Bewusstlosen, Besinnungslosen oder Komapatienten²⁶ der gleiche rechtliche Maßstab wie bei Kleinkindern und Säuglingen.

Bei einer Tötung von Klein- und Kleinstkindern durch die eigene Mutter ist zudem noch an das subjektive Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ zu denken. Hierbei entscheiden bereits wenige Nuancen, ob die Tötung unter § 211 Abs. 2 Var. 4 fällt. Empfindet eine Mutter ihr Kind als einen „Störfaktor“, so kommt dieses Mordmerkmal eher in Betracht, als wenn die Tat spontan aufgrund von Verzweiflung, Überforderung oder Gefühlsausbrüchen ge-

schieht.²⁷ Selbst wenn das Motiv nach allgemeiner Anschauung die Tötung nicht rechtfertigt, führt dies alleine noch nicht zur Annahme niedriger Beweggründe.²⁸

Unter Umständen könnte die Tötung eines Kindes während oder unmittelbar nach der Geburt auch als minder schwerer Fall qualifiziert und von § 213 umfasst werden.²⁹ Dieser stellt jedoch nicht, wie der frühere § 217 a.F., einen Privilegierungstatbestand dar, sondern einen Strafmilderungsgrund nach § 12 Abs. 3. Bei Wiederholungstaten soll aber gerade der Strafmilderungsgrund nicht zur Anwendung kommen, weil, wie auch in dem hier zu entscheidenden Fall, die Täterin der tatauslösenden Situation bereits vorher ausgesetzt war.³⁰

Des Weiteren kann in solchen Fällen auch die Rechtsfolgenlösung der Rechtsprechung diskutiert werden. Hierbei kann bei Tötungen, bei denen es auf Grund besonderer Umstände unverhältnismäßig erscheint eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, die eigentlich absolute Strafandrohung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 gemildert werden. Diese Lösung kann jedoch nur angewendet werden, wenn trotz besonders enger Auslegung des Mordtatbestandselements der Heimtücke die Annahme von Mord unumgänglich ist.³¹ Dies ist hier gerade nicht der Fall.

5. Kritik

Der BGH hat in seiner Entscheidung zutreffend festgestellt, dass die Schutzbereitschaft eines Dritten bei der Tötung von nicht argwohnfähigen Kleinkindern dann vorliegt, wenn dieser sich noch im räumlichen Umfeld befindet.

Die Schutzbereitschaft liegt demnach dann vor, wenn der Dritte den

²⁴ BGH NSTZ 2013, 158 f.; so schon BGH NSTZ-RR 2006, 43; NSTZ 2008, 93, 94.

²⁵ BGH NSTZ 2013, 158 f.

²⁶ BGH NSTZ 2008, 93.

²⁷ *Schneider*, in MüKo, zum StGB, 2. Auflage, 2012, Band 2, § 211 Rn. 72.

²⁸ *Kudlich*, JA 2006, 573, 574.

²⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 213 Rn. 16; *Schneider*, in MüKo (Fn. 27), § 213 Rn. 46.

³⁰ *Schneider*, in MüKo (Fn. 27), § 213 Rn. 46.

³¹ BGHSt 30, 105, 119 ff.

Schutz des Kindes selbst ausübt, oder, wie im vorliegenden Fall, einem Anderen berechtigter Weise übertragen hat und sich in räumlicher Nähe zum Schutzobjekt befindet. Dass er schläft, ist irrelevant, da hierbei der gleiche Maßstab herangezogen werden muss wie beim Opfer selbst. Es genügt also auch hier, dass der schutzbereite Dritte sich mit der Vorstellung, niemand werde das spätere Opfer angreifen, schlafen legt.³² Vorliegend hat sich E gerade im Vertrauen darauf, dass A das Kind überwacht und der Monitor die Atmung und den Herzschlag kontrolliert, schlafen gelegt. Weiterhin ist der Annahme des BGH zu folgen, dass der Tötungsvorsatz des Täters nicht schon in dem Zeitpunkt vorliegen muss, wenn sich der schutzbereite Dritte schlafen legt. Vielmehr reicht es aus, dass die Tat im Wissen um diesen Zustand ausgeführt wird. Nach der Feststellung des BGH, handelt es sich bei E somit prinzipiell um einen schutzbereiten Dritten.

Dieser muss jedoch auch in der Lage sein, den Schutz zum Zeitpunkt der Tat auch tatsächlich auszuüben. Hierfür lässt der BGH eine gewisse räumliche Nähe ausreichen, die zu bejahen ist, wenn sich die betreffenden Personen in derselben Wohnung aufhalten.

Unklar bleibt jedoch, wie eng das Kriterium der räumlichen Nähe ausgelegt werden muss. Es bleibt daher abzuwarten, wie der BGH in ähnlich gelagerten Fällen entscheiden wird, bei denen der schutzbereite Dritte sich für kurze Zeit von der Wohnung entfernt, um beispielsweise die Post aus dem Briefkasten zu holen. Dabei wird es darauf ankommen, ob der Dritte noch in der Lage sein könnte, den Angriff bei einer zeitnahen Rückkehr zu verhindern oder den Erfolg einer Tötung abzuwenden.

Weiterhin erscheint die Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die Argwohnfähigkeit von Kleinstkindern inkonsequent. Noch im Brei-Fall³³ hat der

BGH diese bejaht und dies damit begründet, dass durch das Beimischen von Gift in den süß schmeckenden Brei der natürliche Abwehrinstinkt des Kindes außer Kraft gesetzt wurde. Jedoch ist fraglich, inwieweit das Kind in der Lage gewesen wäre, die Zuführung des Giftes zu verhindern, wenn es dieses bemerkt hätte. Es erscheint hier unbefriedigend, es für die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag auf den Geschmack des Breis ankommen zu lassen. Eine generelle Ablehnung der Argwohnfähigkeit von Kleinstkindern würde die Grenzen deutlicher machen und würde für Rechtsklarheit sorgen.

Die Heimtücke kann nach Ansicht des BGH deswegen angenommen werden, weil E sich im Vertrauen auf Schutzbereitschaft und -übernahme seiner Frau hinsichtlich ihres Sohnes schlafen gelegt und A dies ausgenutzt hat. Dabei ist es aber nicht zweifelsfrei, ob in dieser konkreten Situation von der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des E ausgegangen werden kann. Generell ist zu beachten, dass Mordmerkmale, insbesondere das der Heimtücke, besonders eng ausgelegt werden müssen.³⁴ Das Tatbestandsmerkmal der Heimtücke sollte nur solche Begehungsformen erfassen, bei denen die absolute Strafandrohung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gerechtfertigt ist. Bei der Beurteilung sollten nicht nur äußere Tatumstände und die Gefährlichkeit der Tat, sondern auch das Maß an der verwerflichen, tückischen und hinterlistigen Gesinnung und dem vorwerfbaren Verhalten Berücksichtigung finden. Des Weiteren muss auch die subjektive Komponente der Heimtücke, das Ausnutzungsbewusstsein, nachgewiesen werden.

Vorliegend hat A aus einer Überforderungssituation heraus gehandelt. Die Tötung hätte zwar wahrscheinlich nicht vollendet werden können, wenn der E als schutzbereiter Dritter wach und eingriffsbereit gewesen wäre. Jedoch reicht allein das Vorliegen dieses tatför-

³² BGHSt 23, 119, 121; 32, 382, 386.

³³ BGHSt 8, 216 f.

³⁴ NJW 1977, 1525 f.

dernden Zustandes nicht aus um hier auch die besondere Hinterlist zu bejahen, die die Heimtücke voraussetzt. Allein die Tatsache, dass A die Möglichkeit gehabt hätte, ihren Mann aufzuwecken, um der Überforderungssituation zu entgehen, gibt keinen Anlass für die Annahme einer vorsätzlichen geschickten Täuschung und besonderer Tücke gegenüber ihrem Ehemann. Als Indiz für das fehlende Ausnutzungsbewusstsein der A kann die Spontaneität des Tatentschlusses dienen. Außerdem erscheint es möglich, dass A sich in einem psychischen Ausnahmezustand befand, was zwar nicht grundsätzlich, aber doch im Einzelfall das Ausnutzungsbewusstsein nicht ausschließen kann. Daher fehlte es hier zumindest am subjektiven Tatbestand des § 211 II Var. 5. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung verkannt.

Jedoch hat der BGH die Sache richtigerweise an eine andere Schwurgerichtskammer zurückverwiesen. Es ist nicht auszuschließen, dass das LG nicht nur belastende, sondern auch entlastende Beweise zur subjektiven Tatseite der Heimtücke berücksichtigen wird.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass den Ausführungen des BGH über die Voraussetzung der Arglosigkeit bei Kleinstkindern unter Rückgriff auf die Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten zuzustimmen ist. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob und wie er in zukünftigen Fällen der Tötung von Kleinstkindern die Grenze der Schutzbereitschaft zieht. Auch die Rechtsfolge des Urteils, die Rückverweisung an das LG ist zu befürworten. Jedoch findet der subjektive Tatbestand der Mordqualifikation in der Urteilsbegründung keinerlei Erwähnung. Das Vorliegen des Ausnutzungsbewusstseins ist im vorliegenden Fall aber gerade nicht zweifelsfrei gegeben. Der BGH hätte in seinem Urteil zumindest auf diese Problematik hinweisen müssen. Da er aber nicht selbst abgeurteilt hat, sondern den Sachverhalt zur Entscheidung an eine andere Kammer des LG verwiesen hat, wird diese als

Tatsacheninstanz die abschließende Feststellung über das Vorliegen der objektiven und subjektiven Komponenten der Heimtücke und der diesen zugrunde liegenden Beweiswürdigung treffen. Mithin ist die Entscheidung des BGH nicht gänzlich falsch und den Feststellungen grundsätzlich zuzustimmen.

(Alina Widiker / Nora Young)

1. Sachverhalt¹

In einem Nachtzug bestehlen A und B die in ihren Abteilen schlafenden Reisenden, wobei A Abteil für Abteil durchsucht und bei Möglichkeit die Wertgegenstände der Schlafenden an sich nimmt. Die bereits erlangte Diebesbeute bringt B zur Zwischenlagerung in ein anderes Abteil. Ungeklärt bleibt später, zu welchem genauen Zeitpunkt die Diebstähle begangen wurden, denn erst in den frühen Morgenstunden wird der Zugbegleiter Z auf das Verhalten des A aufmerksam und hegt Verdacht. Nachdem er ihn zunächst zur Rede gestellt hat, gehen sie gemeinsam in den anderen Bereich des Zuges, in dem B das Diebesgut überwacht. Als sich Z noch immer nicht mit Ausreden zufrieden gibt, zieht A die Notbremse. Mit den gestohlenen Wertgegenständen eilen sie an Z vorbei zum Ausstieg. Sie hoffen so, das Diebesgut sichern zu können und einer Identifizierung zu entgehen. B kann unerkannt den Zug verlassen. Zwischen A und Z hingegen kommt es zu einer Rangelei um das Diebesgut, wobei A den Z an die Wand drückt und drohend ein bei sich geführtes Messer auf ihn richtet. So gelingt es A schließlich, samt Diebesgut aus dem Zug zu springen. Während A später verhaftet wird, ist eine strafrechtliche

Oktober 2013 Schlafwagen-Fall

Betroffensein auf frischer Tat beim räuberischen Diebstahl

§ 252 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Ein Betroffensein auf frischer Tat setzt einen engen zeitlich-räumlichen Zusammenhang zwischen der Wegnahme der Beute und dem Einsatz des Raubmittels zur Beutesicherung voraus.
2. Dieser Zusammenhang ist nicht gegeben, wenn der Dieb seine Beute zwischenlagert und erst später, nach der Entdeckung durch einen Dritten, unter Einsatz des Raubmittels wieder an sich nimmt.

BGH, Beschluss vom 22. November 2012 – 1 StR 378/12; veröffentlicht in BGH StV 2013, 445.

Verfolgung des B nicht möglich, da seine Identität nicht festgestellt werden kann.

Das Landgericht verurteilt A unter anderem wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe. Hiergegen legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Kernproblem des Falles liegt in dem Betroffensein auf frischer Tat, als objektive Tatbestandsvoraussetzung des räuberischen Diebstahls gemäß § 252 StGB². Tatbestandsmäßig im Sinne dieser Vorschrift handelt, wer bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen gegen eine Person eine qualifizierte Nötigungshandlung zur Beutesicherung vornimmt. Als geeignete Vortat kommt dabei nicht nur der genannte Diebstahl

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

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

in all seinen Erscheinungsformen in Betracht, sondern nach überwiegender Ansicht auch ein vollendeter Raub gemäß § 249, da in diesem sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Diebstahls enthalten sind.³ Eine lediglich versuchte Wegnahme soll hingegen nach herrschender Auffassung nicht genügen.⁴

Weitaus umstrittener als die geeignete Vortat ist das Tatbestandsmerkmal des **Betreffens auf frischer Tat**. Diesem kommt die Funktion zu, den Anwendungsbereich des § 252 räumlich und zeitlich einzugrenzen, um die im Gesetz angeordnete Gleichstellung des räuberischen Diebstahls mit dem Raub zu legitimieren.⁵ Anhand dieses Merkmals werden hauptsächlich zwei Problemkreise diskutiert: Einerseits geht es um den spezifischen Inhalt des Betroffenseins, vor allem um die Beurteilung der Fälle, in denen der Täter dem Betroffensein durch die Gewaltanwendung zuvorkommt und dadurch das Betroffensein gerade verhindert. Umstritten ist insoweit schon, was unter **Betreffen** zu verstehen ist. Nach der engsten dazu vertretenen Ansicht liegt ein Betreffen nur vor, wenn das Opfer den Täter als Dieb wahrnimmt.⁶ Nach überwiegender Ansicht muss es sich bei dem anderen aber nicht um das Opfer des Diebstahls selbst handeln, vielmehr reicht ein Zusammentreffen mit einem beliebigen Dritten aus.⁷ Die herrschende Meinung verlangt zudem nicht notwendiger Weise eine tatsächliche

Kenntnis davon, dass es sich bei der wahrgenommenen Person um den Dieb handelt.⁸ Mit anderen Worten bedarf es seitens des Wahrnehmenden keines Verdachtsmoments des Diebstahls, es genüge vielmehr, dass der Täter lediglich als Individuum wahrgenommen wird.⁹

Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung soll auch derjenige betroffen sein, der dem Bemerktwerten, etwa durch ein schnelles Zuschlagen, zuvorkommt.¹⁰ Dafür spreche bereits die ratio legis des § 252, die allgemein die Verteidigung der Diebesbeute durch Einsatz eines Raubmittels pönalisieren will.¹¹ Es erscheine daher nicht sachgerecht, das dem Bemerkten unmittelbar bevorstehende Stadium des Zusammentreffens nicht unter § 252 zu fassen.¹²

Dagegen wendet sich eine verbreitete Auffassung im Schrifttum und verneint die Fälle des Zuvorkommens des Betroffenenwerdens.¹³ Das Tatbestandsmerkmal des Betroffenseins sei dann nicht mehr vom Wortsinn gedeckt. Denn hier sei die Tat weder objektiv noch subjektiv aus Sicht des Täters entdeckt.

Zum anderen besteht Uneinigkeit hinsichtlich der Kriterien zur Festlegung

³ BGHSt 3, 76, 77; 21, 377, 379; BGH NSTZ 2002, 542, 544; Dehne-Niemann, Jura 2008, 742.

⁴ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 34. Aufl. 2011, § 9 Rn. 398.; Hohn, JuS 2004, 982, 984; a.A. Küper, Jura 2001, 21, 23 f.

⁵ Zu den Gründen dieser Gleichstellung näher Küper, JZ 2001, 730, 735; Weigend, GA 2007, 274 ff.

⁶ Geppert, Jura 1990, 554, 556 f.; Schnarr, JR 1979, 314, 316; Seier, JuS 1979, 336, 338.

⁷ Sander, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 9.

⁸ Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 2. Aufl. 2009, § 17 Rn. 20.

⁹ Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 252 Rn. 4; Mitsch, BT II/1, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 32; Rengier, Strafrecht BT I, 15. Aufl. 2013, § 10 Rn. 10.

¹⁰ BGHSt 26, 95, 97; Perron, GA 1989, 145, 163; Rengier (Fn. 9), § 10 Rn. 8.

¹¹ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT II, 16. Aufl. 2012, § 3 Rn. 310.

¹² Kindhäuser, Strafrecht BT II, 7. Aufl. 2012, § 16 Rn. 7.

¹³ Geppert, Jura 1990, 554, 556 f.; Haas, Maiwald-FS, 2003, S. 145, 147 f.; Seelmann, JuS 1986, 201, 206.

der frischen Vortat.¹⁴ Im vorliegenden Fall ging es in diesem Zusammenhang um die strittige Frage, welcher **zeitliche und räumliche Zusammenhang** zwischen Vortat und Gewaltanwendung zu fordern sei, damit das Tatbestandsmerkmal auf **frischer Tat** betroffen erfüllt ist. Nach herrschender Meinung ist der Täter dann auf frischer Tat betroffen, wenn er bei Ausführung oder alsbald nach Vollendung der Wegnahme am Tatort oder in unmittelbarer Nähe von einem anderen wahrgenommen, bemerkt oder angetroffen wird.¹⁵ Notwendig sei nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der Wegnahme und der Gewaltanwendung.¹⁶

Wie sich auch aus dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Beutesicherungsabsicht ergibt, handelt es sich bei § 252 um ein Delikt der Gewahrsamssicherung,¹⁷ so dass die Vortat in **zeitlicher Hinsicht** nach herrschender Meinung bereits **vollendet, nicht jedoch beendet** sein darf.¹⁸ Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls sei daher insoweit wichtig, als die Gewaltanwendung nach Beendigung des Diebstahls nur unter den Tatbestand der Nötigung nach § 240 falle; vor dem Gewahrsamswechsel hingegen sei unmittelbar der Raub einschlägig.¹⁹ Eine Vollendung der Vortat sei gegeben, wenn der Täter alle Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht hat.²⁰ Die tatsächliche Beendigung trete hingegen erst ein, sobald die Sachherrschaft des Tä-

ters einigermaßen gesichert erscheine²¹ oder der Täter den Gewahrsam an der Beute gefestigt und gesichert habe.²² Das sei beispielsweise der Fall, wenn der Täter die von ihm entwendeten Sachen in seine Wohnung oder ein anderes Versteck geschafft hat.²³ Solange der Täter dem gesteigerten Risiko der Entdeckung und des Gewahrsamsverlustes ausgesetzt sei, fehle es dagegen an der erforderlichen Gewahrsamssicherung.²⁴ Folglich ist der Diebstahl regelmäßig nicht beendet, sofern sich der Täter noch im räumlichen Herrschaftsbereich des Bestohlenen aufhält.²⁵

Allgemeine Ablehnung erfährt inzwischen die Auffassung, die überhaupt erst nach Beendigung der Vortat den Anwendungsbereich des § 252 eröffnen möchte.²⁶ Für diese Meinung wurde angeführt, dass der Wortlaut „bei“ einem Diebstahl nicht „während“ des Diebstahls impliziere. Vielmehr müsse es nach dem Wortlaut möglich sein, dass die Beute „nach“ einem Diebstahl gesichert werden könne.²⁷

Die herrschende Meinung allerdings gehe gerade davon aus, dass die Beute noch nicht gesichert und die Vortat somit nicht beendet sein dürfe, so dass das Merkmal „bei“ einem Diebstahl den beendeten Diebstahl ausschließe.²⁸ Ansonsten werde sowohl § 249 als auch § 252 überdehnt.²⁹

Wie lange der Zeitrahmen nach Vollendung der Wegnahme ausgestaltet

¹⁴ Zu den genannten Problemkreisen näher Küper, Strafrecht BT, 8. Aufl. 2012, S. 97 ff.

¹⁵ Wessels/Hillenkamp, (Fn. 4), § 9 Rn. 397.

¹⁶ Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 8), § 17 Rn. 20.

¹⁷ Küper (Fn. 14), S. 98.

¹⁸ Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 11), § 3 Rn. 310.

¹⁹ BGH JZ 1988, 471, 471; Sander, in MüKo (Fn. 7), § 252 Rn. 7.

²⁰ Kühl, JuS 2002, 729, 730.

²¹ BGH GA 1969, 347.

²² BGH JR 1988, 425; Eisele, Strafrecht BT II, 2. Aufl. 2012, Rn. 403; Kratzsch, JR 1988, 397, 400.

²³ Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), § 9 Rn. 131.

²⁴ Sinn, in SK, 4. Aufl. 2012, § 252 Rn. 7.

²⁵ BGH NJW 1987, 2687, 2688.

²⁶ Dreher, MDR 1979, 529 f.; näher dazu Kindhäuser, in NK, 4. Aufl. 2013, § 252 Rn. 13.

²⁷ Gössels, Strafrecht BT II, 1996, § 15 Rn. 14.

²⁸ BGHSt 22, 227, 230; Perron GA 1989, 145, 148.

²⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), § 9 Rn. 398.

sein muss, um noch von einer frischen Tat ausgehen zu können, ist umstritten. So wurde vertreten, dass eine Tat zwischen der Vollendung und Beendigung stets frisch sei.³⁰ Der BGH verneinte dies und stellte fest, dass nicht jede Tat frisch sei, solange eine Beendigung noch ausstehe.³¹ In jenem Fall stahl ein Taxifahrer während einer langen Taxifahrt die Brieftasche seines Fahrgastes. Erst nach 50 km bemerkte dies der Fahrgast und der Taxifahrer begann gegen diesen tätlich zu werden. Der BGH ging nicht mehr von einer frischen Tat aus, da zwischen der Wegnahme und der Gewaltanwendung ein zu großer zeitlicher Abstand bestanden habe.

Andere wiederum vertreten die Ansicht, dass die Frische der Vortat den Zeitraum umgrenze, in dem noch Notwehr- oder Nothilferechte gemäß § 32 Abs. 2 oder solche aus § 127 StPO, §§ 229, 859 Abs. 2 BGB wahrgenommen werden dürfen.³²

Hingegen bedienen sich die vorherrschende Meinung und die Rechtsprechung zur Bestimmung der Frische der Vortat des Beendigungskriteriums. Danach verliere die Vortat ihre Frische, sobald der Täter gesicherte Sachherrschaft erlangt habe und die Tat damit als beendet anzusehen sei.³³ Nach Beendigung des Diebstahls liegt also kein gegenwärtiger Angriff und damit auch keine frische Tat vor.

Eine andere Auffassung lehnt die strikte Grenze des BGH ab, nach der die Tatfrische mit Beendigung des Diebstahls notwendig entfalle.³⁴ So sei dies zwar regelmäßig der Fall, allerdings entspreche das Kriterium nicht in allen Fällen dem zeitlich-räumlichen

Zusammenhang.³⁵ Als Beispiel wird hier der Diebstahl aus der Nachbarwohnung genannt, bei dem ein enger zeitlicher und örtlicher Rahmen vorliegen könne, obwohl der Diebstahl bereits beendet sei.³⁶

Was die **räumliche Komponente** betrifft, so müsse der Täter alsbald nach Vollendung der Wegnahme am Tatort selbst oder in dessen **unmittelbarer Nähe** betroffen sein.³⁷ Somit müsse der Täter zwar auf frischer Tat betroffen werden, es genüge aber, dass das Nötigungsmittel erst während der sofort aufgenommenen Verfolgung, der sogenannten „**Nacheile**“ eingesetzt werde.³⁸ Es solle das gesamte Geschehen erfasst werden, während dessen für den Täter ein erhöhtes Risiko bestehe, die Beute zu verlieren, z.B. wenn der Dieb auf dem Parkplatz vor dem Geschäft verfolgt wird und es erst dort zu einer tätlichen Auseinandersetzung um die Beute kommt.³⁹ Zu beachten ist dabei, dass die Flucht nicht eine solche Entfernung zwischen Täter und Verfolger schafft, dass die Vortat durch eine Gewahrsamssicherung beendet wird.⁴⁰ Folgerichtig scheide § 252 auch aus, wenn der Diebstahl zwar sofort oder gar schon bei Ausführung der Tat⁴¹ bemerkt, der Täter aber erst bei der anschließenden Suche entdeckt werde und es dann zur Gewaltanwendung seitens des Täters kommt.⁴² Hier bleibe lediglich Raum für § 240.

3. Kernaussagen der Entscheidung

³⁰ OLG Celle HEST 1, 12.

³¹ BGHSt 28, 224, 228 f.

³² *Kindhäuser*, in NK (Fn. 26), § 252 Rn. 12; *Rengier* (Fn. 9), § 10 Rn. 7.

³³ BGHSt 28, 224, 229; *Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011, § 252 Rn. 5; *Geilen*, Jura 1979, 614, 670.

³⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 252 Rn. 4.

³⁵ *Küper* (Fn. 14), S. 99.

³⁶ *Lackner/Kühl* (Fn. 34), § 252 Rn. 4.

³⁷ BGHSt 9, 255, 257; 28, 224, 228.

³⁸ BGHSt 3, 76, 78; BGH GA 1962, 145; *Vogel*, in LK, 12. Aufl. 2006 ff., § 252 Rn. 57.

³⁹ *Vogel*, in LK (Fn. 38), § 252 Rn. 57.

⁴⁰ *Heinrich*, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 8), § 17 Rn. 20.

⁴¹ Zum Betreffen während der Tatausführung RGSt 73, 345; BGH NJW 1958, 1547.

⁴² *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 11), § 3 Rn. 310.

Entgegen der Auffassung des LG sieht der BGH den Tatbestand des räuberischen Diebstahls als nicht verwirklicht an. Zwar habe A die Diebesbeute verteidigen wollen, indem er Z gegen die Wand drückte und das Messer auf ihn richtete. Jedoch fehle es hier an der Voraussetzung des Betroffenseins auf frischer Tat.⁴³ Mitbestimmend für die Entscheidung des BGH war, dass die Diebesbeute zwischenzeitlich in einem anderen Wagen des Zuges versteckt und erst später wieder durch A und B an sich genommen worden war. Aus diesem Umstand lasse sich schließen, dass der Besitz an der Diebesbeute nicht unmittelbares Ergebnis der Wegnahme der Diebstähle war.⁴⁴ Demnach fehle es bereits an dem erforderlichen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Wegnahme des Diebesguts einerseits und der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels zur Besitzverteidigung andererseits. Ein solcher enger zeitlicher Zusammenhang könne hier schon deshalb nicht mehr gegeben sein, da Z das Geschehen zunächst beobachtet, dann A zur Rede gestellt habe und es erst im Anschluss zu dem Kampf um das Diebesgut gekommen sei. Hinzu kommt, dass der genaue Zeitpunkt der Diebstähle nicht festgestellt werden konnte, so dass auch nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ der längst mögliche Zeitraum Berücksichtigung bei der Beurteilung des engen zeitlichen Zusammenhangs zugunsten des A finden müsse.⁴⁵ Danach handle es sich bei dem Kampf um das Diebesgut lediglich um eine Nötigung nach § 240.⁴⁶

Der BGH hob das Urteil insoweit auf und verwies die Sache an das LG zurück.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zu einer inhaltlichen Präzisierung des umstrittenen Tatbestandmerkmals des Betroffenseins auf frischer Tat kann der Beschluss nicht beitragen. Daraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass die Entscheidung nicht von erheblicher Klausurrelevanz ist. Denn bei den Klausurstellern erfreut sich die Prüfung des § 252 nach wie vor großer Beliebtheit. Die hiesige Fallkonstellation eignet sich unter gewissen Präzisierungen des Sachverhalts gut, um die Grundkenntnisse und einschlägigen Meinungsstände zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 252 abzufragen. Neben den bereits aufgezeigten Problemen zur Bestimmung der tauglichen Vortat sowie zum Betreffen auf frischer Tat ist unter nur geringer Abwandlung des Sachverhalts als möglicher Prüfungsgegenstand die Beteiligung am räuberischen Diebstahl denkbar. In diesem Zusammenhang sind in Prüfungen häufig solche Konstellationen gefragt, in denen ein Vortatteilnehmer oder Vortatunbeteiligter das Raubmittel ausschließlich in der Absicht anwendet, dem Vortäter den Beutebesitz zu sichern, ohne dass dieser die Tathandlung des § 252 selbst ausführt. Dieses Problem ergibt sich aus dem Verzicht des Gesetzgebers, die Besitzerhaltungsabsicht in § 252 altruistisch auszugestalten.⁴⁷

Auf subjektiver Tatbestandsebene gleichwohl prüfungsrelevant ist die Frage, ob die Beuteerhaltungsabsicht einzig anerkanntes Motiv ist, oder ob es genügt, dass der Täter das Gewaltmittel zur Ermöglichung einer Flucht oder Verhinderung der Festnahme einsetzt. Anerkannt ist dabei, dass die Beutesicherungsabsicht nicht das einzige Ziel des Handelnden zu sein braucht; mithin schade es nicht, wenn der Handelnde sich zugleich der Ergreifung entziehen möchte.⁴⁸ Anders soll es sich verhalten, wenn der Nötigende nur noch dieses

⁴³ BGH StV 2013, 445.

⁴⁴ BGH StV 2013, 445.

⁴⁵ BGH StV 2013, 445.

⁴⁶ BGH StV 2013, 445.

⁴⁷ *Dehne-Niemann*, JuS 2008, 589, 589.

⁴⁸ BGHSt 13, 64, 65; BGH GA 1984, 475, 476; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), § 9 Rn. 404.

Ziel im Auge habe und der Besitzerhalt lediglich notwendiges Zwischenziel der ein Strafverfahren abwehrenden Selbstbegünstigung darstelle.⁴⁹ Hier fehle es dann an der nach § 252 geforderten Beuteerhaltungsabsicht.⁵⁰

5. Kritik

Insgesamt lässt sich feststellen, dass der BGH auch in diesem Fall seiner Rechtsprechung hinsichtlich der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des Betroffenseins auf frischer Tat, treu geblieben ist. Was jedoch die zukünftige Beurteilung ähnlich gelagerter Fälle anbelangt, ist aus der Begründung des Beschlusses nicht viel zu gewinnen. So verlangt der BGH zwar weiterhin, dass es zur Annahme der Tatfrische bei einem räuberischen Diebstahl eines engen zeitlich-räumlichen Zusammenhangs zwischen der Vortat und dem Einsatz des Raubmittels bedarf, nimmt dann aber nur kurz Stellung dazu, warum es im vorliegenden Fall schon an der zeitlichen Komponente gefehlt habe. Unstrittig dürfte sein, dass die einzelnen Diebstähle zwar vollendet, jedoch noch nicht beendet waren und damit die Annahme des § 252 nicht schon anhand des Beendigungskriteriums als zeitliche Grenze ausgeschlossen werden konnte. Vielmehr lag die Problematik des Falles darin, dass sich zeitlich nicht genau ermitteln ließ, wann die Diebstähle durch A begangen worden sind. Insofern war in dubio pro reo zugunsten des Täters davon auszugehen, dass die einzelnen Diebstähle durchaus länger zurücklagen und daher die Tat nicht mehr frisch gewesen sei und demzufolge eine Bestrafung aus § 252 ausscheiden müsse.

Ausführungen zum erforderlichen räumlichen Zusammenhang lässt die Entscheidung vermissen. Somit bleibt

offen, ob der BGH hier tatsächlich die Meinung vertritt, es fehle neben der zeitlichen Komponente auch am erforderlichen räumlichen Zusammenhang. Zwar führt er zur Begründung aus, dass die Beute in einem anderen Wagen zwischendeponiert worden war und der Besitz an der Diebesbeute folglich nicht unmittelbares Ergebnis der Wegnahme gewesen sei.⁵¹ Dies bedeutet allerdings nicht zugleich, dass damit keine räumliche Nähe mehr bestanden habe. Die Verneinung einer räumlichen Beziehung wäre unter den gegebenen Umständen auch äußerst zweifelhaft. Wird die Beute nämlich lediglich in einem anderen Abteil, jedoch innerhalb eines Zuges zwischengelagert, ist davon auszugehen, dass dies noch eine unmittelbare Nähe darstellt und somit der räumliche Zusammenhang gegeben ist. Die Annahme des räuberischen Diebstahls wäre insofern naheliegend gewesen; vorausgesetzt, der Zeitpunkt der Diebstähle hätte sich dahingehend bestimmen lassen, dass das Erfordernis des engen zeitlich-räumlichen Zusammenhangs auch in zeitlicher Hinsicht erfüllt gewesen wäre.

Ausschlaggebend für die Entscheidung des BGH, § 252 abzulehnen, dürfte lediglich der Umstand gewesen sein, dass sich im Nachhinein nicht mehr der genaue Zeitpunkt der Diebstähle feststellen ließ. Grundsätzlich ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen. Eine nähere Begründung bezüglich der räumlichen Komponente wäre dennoch wünschenswert gewesen.

(Stefanie Jauernik/ Ehlin Steinert)

⁴⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), § 9 Rn. 404.

⁵⁰ BGHSt 9, 162; OLG Köln StV 2004, 490, 491.

⁵¹ BGH StV 2013, 445.

1. Sachverhalt¹

A hat Interesse an einem „Playboy“ und betritt deshalb einen Supermarkt. Dieser bietet die Möglichkeit an einer Selbstbedienungskasse zu bezahlen.

A reißt den Strichcode der Tageszeitung „WAZ“ heraus, nimmt einen „Playboy“ im Wert von 5 € und geht damit zur Kasse. Dort hält er den ausgerissenen Strichcode der „WAZ“ unter das Lesegerät und bezahlt den ausgewiesenen Preis von 1,20 €. Als A mit dem „Playboy“ den Laden verlassen will, wird er vom Ladendetektiv D, der den Vorgang beobachtet hat, aufgehalten.

A wird vom AG und LG wegen Computerbetrugs schuldig gesprochen. Er rügt mit der Revision die Verletzung materiellen Rechts.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall kommt es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Diebstahl (§ 242 StGB²) und Computerbetrug (§ 263a). Da der Straftatbestand des Computerbetrugs an dem des Betrugs orientiert ist,³ sollten zunächst

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die Probleme des Falles deutlicher herauszuarbeiten.

² Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

³ Rengier, BT I, 15. Aufl. 2013, § 14 Rn. 1.

November 2013

Strichcode-Fall

Abgrenzung zwischen Diebstahl und Computerbetrug

§§ 242, 263a StGB

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Der Tatbestand des § 263a StGB erfordert den Eintritt eines Zwischenerfolgs in Form einer Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs, eine Tathandlung im Sinne einer der vier tatbestandsmäßigen Varianten und einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen den beiden.
2. Ein Datenverarbeitungsvorgang wird nicht beeinflusst, wenn an einer Selbstbedienungskasse ein korrekter Strichcode eingescannt wird.
3. Eine unbefugte Verwendung von Daten im Sinne der Var. 3 des § 263a StGB liegt nicht vor, wenn an einer Selbstbedienungskasse der Strichcode eines anderen als des mitgenommenen Produkts eingescannt wird.
4. An der Unmittelbarkeit fehlt es, wenn durch die Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorgangs nur die Voraussetzungen für eine weitere vermögensmindernde Straftat, wie bspw. eines Diebstahls, geschaffen wurde.

OLG Hamm, Beschluss vom 8. August 2013 – 5 RVs 56/13; veröffentlicht bei BeckRS 2013, 16642.

Betrug und Diebstahl klar definiert und von einander abgegrenzt werden.

Diebstahl ist die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁴ In einem Selbstbedienungsladen wird der fremde Gewahrsam des Ladeninhabers an einem offen in der Hand getragenen Gegenstand frühestens gebrochen, wenn der Dieb den Kassensbereich passiert, spätestens, wenn er diesen einige Meter hinter sich gelassen hat.⁵

⁴ Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 4 ff., 10.

⁵ Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 26.

Betrug erfordert einen auf einer Täuschung beruhenden Irrtum, der eine Vermögensverfügung bedingt, die ihrerseits wiederum einen Vermögensschaden verursacht. Die Verfügung ist demnach ein selbstständiger Akt des Getäuschten, der bewirkt, dass das Vermögen des Betrugsopfers dadurch unmittelbar geschädigt wird. Die Fremdschädigung des Diebstahls steht folglich der Selbstschädigung des Betrugs gegenüber. Daher schließen sich Wegnahme und Vermögensverfügung logisch aus. Während beim Diebstahl der Täter die „Vermögensverschiebung“ bewirkt, ist es beim Betrug das Opfer. Die beiden Straftatbestände stehen somit in einem Exklusivitätsverhältnis.⁶

Um nun eine Beziehung zum Fall herzustellen, erscheint es hilfreich, ergangene Entscheidungen zur Mitnahme von Waren in Selbstbedienungsläden zu betrachten, in denen eine Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl vorgenommen wurde. Zunächst gibt es solche Fälle, in denen eine Ware im Einkaufswagen unter anderen Waren oder in den Händen an der Kasse vorbeigeschmuggelt wurde. Die h.M. nimmt hier einen Diebstahl an, da der Kassierer die Ware nicht wahrnehmen konnte und damit auch keine Möglichkeit hatte, darüber zu verfügen.⁷ Das OLG Düsseldorf entschied abweichend und bejahte einen Betrug mit der Begründung, dass der Täter den Kassierer darüber getäuscht habe, nur die offen gezeigten Waren mitgeführt zu haben, andere Waren jedoch nicht erwerben zu wollen.⁸ Diese Ansicht findet aber heute kaum noch Zustimmung.

Umstrittener sind die Fälle, in denen eine bestimmte Ware verpackt war und der Täter in der Verpackung weitere Waren verbirgt.⁹ Hier ist fraglich, über was der Kassierer verfügen kann. Nach einer Ansicht wird hier nur über das

verfügt, was sich typischerweise im Karton befindet. Damit läge hinsichtlich der hinzugefügten Waren ein Diebstahl vor. Hierfür spricht, dass der Kassierer den sozialen Konventionen nach¹⁰ nicht damit rechnen kann, dass in dem Karton weitere Waren versteckt sind und somit diese nicht mit übereignet, sondern nur über das verfügt, was normalerweise den Inhalt darstellt.¹¹

Einer anderen Ansicht nach wird über den gesamten Kartongehalt verfügt. Dass der Kassierer nicht wusste, was sich konkret im Karton befindet, hebt den Gewahrsam des Ladenbesitzers nicht auf.¹² Es handelt sich daher um eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung. Eine Differenzierung im Hinblick auf den Inhalt wird nicht vorgenommen. Auch wird auf die Fälle verwiesen, in denen der komplette Inhalt eines Kartons ausgeleert und mit einer teureren Ware gefüllt wird. Dort würde in der Regel ebenfalls ein Betrug angenommen. Eine Unterscheidung der beiden Fälle sei jedoch nicht nachvollziehbar.

Mit dem vorliegenden Fall am besten vergleichbar scheint die Fallgruppe des Preisetikettenaustauschs zu sein. Dabei vertauscht der Täter das Preisetikett von zwei verschiedenen Waren, um anschließend eine deutlich teurere Ware günstiger zu erwerben. Das OLG Hamm entschied, dass in diesem Fall ein Diebstahl vorliegt,¹³ während das OLG Düsseldorf einen Betrug annimmt.¹⁴ Eine Gemeinsamkeit zwischen den beiden Entscheidungen wurde aber vom OLG Düsseldorf bestritten, da sich die Fälle insofern unterscheiden, als dass im ersten Fall die Verfügungsgewalt an der Kasse noch nicht auf den Täter übergegangen war. Am Ausgang des Geschäfts erfolgte nämlich noch eine Kontrolle, bei der der Austausch bemerkt worden wäre. Inwiefern das Vorliegen

⁶ Tiedemann, in LK, StGB, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 105.

⁷ BGHSt 41, 198 ff.

⁸ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407.

⁹ OLG Düsseldorf NJW 1988, 922.

¹⁰ Welzel, NJW 1961, 328.

¹¹ Hillenkamp, JuS, 1997, 217, 218 ff.

¹² OLG Düsseldorf NJW 1988, 922.

¹³ OLG Hamm NJW 1968, 1894.

¹⁴ OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268.

von Kontrollen die Verfügungsgewalt beeinflusst, soll hier dahinstehen. Vielmehr ist von Bedeutung, dass in solchen Fällen die neuere Rechtsprechung, wie das OLG Düsseldorf, inzwischen durchweg von Betrug ausgeht.¹⁵

Zwar hat die dritte Fallgruppe eine große Nähe zum besprochenen Fall, allerdings ist vorliegend kein Kassierer, sondern ein Scangerät „getäuscht“ worden, weshalb nur ein Computerbetrug in Betracht kommt. Der Computerbetrug wurde ursprünglich eingeführt, um eben solche Strafbarkeitslücken zu schließen, die bei Datenverarbeitungsmanipulationen entstehen, weil es an der täuschungsbedingten Irrtumserregung einer natürlichen Person mangelt.¹⁶ Daher haben beide Straftatbestände einen ähnlichen Aufbau. Das Täuschungsmerkmal des § 263 wird in § 263a durch die vier aufgezählten Handlungsmodalitäten ersetzt. Der Irrtum und die Vermögensverfügung werden durch die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs in den Computerbetrug übertragen.¹⁷ Insoweit kann hier das Vorliegen des § 263a erst bejaht werden, wenn die Handlung des A unter einer der vier Varianten subsumierbar ist.

Die Var. 1 des § 263a ist zu bejahen, wenn Programme oder Programmteile neu geschrieben, verändert oder gelöscht wurden.¹⁸ A greift aber zu keinem Zeitpunkt auf ein Programm oder Programmteil zu. Var. 2 ist ebenfalls nicht auf den Fall anwendbar, weil durch das Einscannen des „WAZ“-Strichcodes weder unrichtige noch unvollständige Daten verwendet wurden. Die Var. 3, die unbefugte Verwendung von Daten, erfasst überwiegend diverse Formen der Automatenmanipulation.¹⁹ Der Automat, der an der Selbstbedienungskasse den Scanvorgang durch-

führt, den Preis auswirft und an dem auch bezahlt werden kann, fällt demnach grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Var. 3. Entscheidend ist jedoch die Auslegung des Merkmals „unbefugt“. Nach h.M. und ständiger Rechtsprechung geht es hierbei um das „betrugsspezifische“ Unrecht,²⁰ d.h. die Verwendung müsste gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter haben. Dies ist der Fall, wenn eine natürliche Person, beschränkt auf die Fähigkeiten des Automaten, mit derselben Handlung getäuscht worden wäre²¹ oder, mit anderen Worten, wenn die Handlung des Täters täuschungsähnlich war. Dies soll danach bestimmt werden, ob der Einsatz der Daten oder Informationen gegenüber einer Person eine zumindest konkludente Täuschung hervorgerufen hätte.²²

Die Var. 4 ist ein Auffangtatbestand für alle nicht unter Var. 1, 2 und 3 subsumierbaren Anwendungsbeispiele.²³ Der in Var. 4 erneut verwendete Begriff „unbefugt“ soll Verhaltensweisen abdecken, die nicht in den Anwendungsbereich der drei anderen Varianten fallen aber eine vom Handlungs- und Erfolgsunwert vergleichbare Manipulation darstellen.²⁴ Ob nun der vorliegende Fall unter § 263a Abs. 1 Var. 3 subsumiert und somit ähnlich wie beim Preisetiketaustausch ein (Computer-)Betrug angenommen werden kann, wurde bis jetzt noch nicht entschieden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Hamm entschied, dass die Revision des Angeklagten zu einer Änderung des Schuldspruchs führt. A habe

¹⁵ OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268.

¹⁶ BGH NJW 2007, 2864, 2866.

¹⁷ Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 1.

¹⁸ Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 263 a Rn. 6.

¹⁹ Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 15, 18, 21.

²⁰ Eine umfassende Darstellung der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten des Merkmals findet sich bei Marxen/Bashi/Burghardt/Elsner, famos 5/2002 S. 2.

²¹ Fischer (Fn. 18), § 263 a Rn. 11.

²² OLG Dresden StV 2005, 443; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 137.

²³ Tiedemann/Valerius, in LK (Fn. 7), § 263a Rn. 62.

²⁴ Wohlers, in MÜKo, StGB, Band 4, 2006, § 263a Rn. 56.

sich nicht wegen Computerbetrugs, sondern wegen Diebstahls strafbar gemacht.

Das Gericht verneinte den Eintritt des Zwischenerfolges der Tat, das Vorliegen einer Tathandlung des § 263a und den unmittelbaren Zusammenhang zwischen den beiden. Für den Zwischenerfolg bedarf es der Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs. Hieran lässt es das OLG Hamm scheitern, da das Einscannen des Strichcodes der „WAZ“ nur zum Auswerfen des tatsächlichen Preises dieser Zeitung führe, über den „Playboy“ dadurch aber nicht verfügt wurde. Die Mitnahme des „Playboys“ stehe daher in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Datenverarbeitungsvorgang, da die Mitnahme der falschen Zeitung durch das Einscannen des Strichcodes nicht erleichtert oder ermöglicht werde.

Auch verneint das OLG das Vorliegen einer der Tathandlungen des § 263a. Die ersten beiden Varianten schließt es aus, da weder ganze Programmteile verändert noch unrichtige oder unvollständige Daten verwendet worden seien. Der korrekte Strichcode der „WAZ“ werde eingelesen und der ihm zugewiesene Preis ausgeworfen.

Bei der Auslegung der 3. Tatvariante, der unbefugten Verwendung von Daten, folgt das OLG der bisherigen Rechtsprechung und legt das Tatmerkmal unbefugt, wie oben erläutert, „betrugsspezifisch“ aus. Das heißt, es wird ein fiktiver Kassierer erdacht, der blind für all das ist, was auch die Selbstbedienungskasse nicht wahrnehmen kann.²⁵ Dieser fiktive Kassierer würde, genauso wie die Kasse, nur den Preis einscannen und nicht überprüfen, ob die mitgenommene Ware auch die eingescannte ist. Insofern würde der Kassierer nicht getäuscht. Der Auffangtatbestand der sonstigen Einwirkung wird abgelehnt, da keine Einwirkung auf den Ablauf des Programms erfolge und die Var. 4 des § 263a kein Einfallstor für

Verhaltensweisen sein könne, die sich unter § 242 subsumieren lassen.

Das Vorliegen des § 242 begründet das OLG Hamm mit dem Gewahrsamsübergang der Zeitschrift gegen den Willen des Geschäftsinhabers. Nach dem Beschluss des OLG liegt zwar in der Aufstellung von Selbstbedienungskassen ein generelles Einverständnis in den Gewahrsamsübergang vor, allerdings nur unter der Bedingung, dass die Kasse ordnungsgemäß bedient wird. Dies sei nicht der Fall, wenn eine falsche Ware eingescannt wird. Auch scheitere § 242 nicht daran, dass ein Ladendetektiv die Tat beobachtet hat, da Diebstahl keine Heimlichkeit voraussetze.²⁶

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die strafrechtlichen Probleme, die durch die Nutzung von Selbstbedienungskassen entstehen, sind aufgrund ihrer bisher geringen Zahl noch neu, gewinnen aber durch die langsame Verbreitung immer mehr an Bedeutung. Insofern ist die Entscheidung des OLG Hamm schon deshalb praktisch relevant, weil sie die erste zu dieser Thematik war. Für Studierende könnte der Fall vor allem fürs Examen wichtig werden, da er nicht nur ein aktuelles Problem aufzeigt, sondern juristisches Geschick in der Abgrenzung dreier Tatbestände erfordert.

Wenn sich die zukünftige Rechtsprechung an diesem Beschluss orientiert, würde es kaum Fälle geben, in denen ein Gericht einen Computerbetrug in Selbstbedienungsläden feststellen wird, da eine der anfälligsten Stellen einer Selbstbedienungskasse die ist, dass sie nicht wahrnehmen kann, ob die eingescannte Ware der physisch-reale aus dem Laden getragene Ware entspricht. Auch ist es wahrscheinlich, dass dieses Vorgehen, einen Gegenstand aus dem Laden zu entwenden, mit steigender Zahl der Selbstbedienungskassen zunehmen wird.

Für die Täter hat die Entscheidung

²⁵ BGHSt 47, 160, 163.

²⁶ So schon BGHSt 16, 271, 273.

vor allem wegen der Qualifikationsmöglichkeiten des Diebstahls schwerwiegende Konsequenzen, da der Straftatbestand des Betrugs bis auf Abs. 5 nicht qualifiziert werden kann. Gerät der Täter in eine Auseinandersetzung mit dem Ladendetektiv, so liegt bei einem Diebstahl der § 252 nahe und hätte die Bestrafung gleich dem Räuber zur Folge. Im Falle des Betrugs kommt dagegen lediglich eine einfache Körperverletzung sowie eine Nötigung in Tateinheit mit Betrug infrage.²⁷ Dagegen ist die Anwendbarkeit der §§ 253 und 255 bei voriger Annahme eines Betrugs fraglich. Ein ähnliches Problem gilt für den Fall, dass der Täter Waffen bei sich führt. Den Straftatbestand des Betrugs mit Waffen gibt es nicht, den des Diebstahls mit Waffen schon (§ 244).

Darüber hinaus lässt sich feststellen, dass bei einer möglichen Präzedenzwirkung des Beschlusses künftige Anwendungsbereiche des § 263a Abs. 1 Var. 3 ausgeschlossen würden. Eine eventuelle Rechtsfortbildung durch eine neue Interpretation der bereits bestehenden Norm würde zumindest in dieser Form verhindert. Möglicherweise könnte der Gesetzgeber auch gerade infolge dieses Beschlusses und seiner möglichen Auswirkung auf die Rechtspraxis Nachholbedarf bei der Formulierung des § 263a sehen. Außerdem könnte diese Rechtsprechung für Ladenbesitzer einen finanziellen Vorteil bedeuten, da Versicherungen bei Betrug regelmäßig nicht leisten, bei Diebstahl in vielen Fällen aber schon²⁸. Für die Versicherungen könnten dadurch höhere Kosten entstehen, wenn sich die Zahl der Selbstbedienungskassen stark vergrößert und die Täter insoweit nur noch einen Diebstahl begehen können.

5. Kritik

Festzuhalten ist, dass anhand der bisher gängigen Rechtsprechung der Be-

schluss des OLG Hamm bezüglich der Unmittelbarkeit des Zwischenerfolgs und des Merkmals „unbefugt“ gedanklich folgerichtig ist. Es ist jedoch auch folgende Argumentation denkbar:

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob das Verhalten des A nicht vielmehr im Gesamtkontext gesehen werden muss und dadurch die für den Taterfolg notwendige Unmittelbarkeit eben doch gegeben ist. Die Mitnahme des Playboys und das Vorbeilaufen an der Kasse wäre von A nicht in der Form versucht worden, wenn eine natürliche Person vor ihm gesessen hätte. A versuchte nicht einfach, mit dem unbezahlten „Playboy“ in der Hand aus der Tür zu laufen. Sein Handeln war konkret daran orientiert, es aus der Sicht eines objektiven Dritten so aussehen zu lassen, als bezahle er eine Zeitschrift, und zwar die, die er mitnimmt. A versuchte im Hinblick auf einen Detektiv, dessen Anwesenheit er möglicherweise befürchtet hat, eine eventuell angebrachte Kamera oder dem vielleicht in der Nähe stehenden Ladenpersonal etc. den Eindruck zu vermitteln, er kaufe ganz normal ein, wie jeder andere auch.

Obwohl also das Einscannen des Strichcodes das physische Herausragen des „Playboys“ weder ermöglicht noch erleichtert, hat dennoch die Handlung des A im sozialen Kontext eine unmittelbare Verbindung zum Einscannen. Der gesamte Handlungskomplex lässt sich nicht zerlegen, da A ausschließlich deshalb einen „WAZ“-Strichcode einscannet und den dafür ausgeworfenen Preis bezahlt, damit er den „Playboy“ aus dem Laden tragen kann, ohne dabei Aufsehen bei ihm potenziell beobachtenden Angestellten, Kameras oder Detektiven zu erregen. Die beiden Handlungen stehen mithin in einem kausalen Zusammenhang. Es gäbe keinen Grund für A, den Code der „WAZ“ einzuscannen, wenn es ihm lediglich darum ginge, den „Playboy“ physisch aus dem Laden zu tragen. Das laut OLG vermeintlich fehlende Kriterium der

²⁷ Wessels/Hillenkamp, BT 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 622.

²⁸ Hillenkamp, JuS 1997, 217, 219.

Unmittelbarkeit könnte mit dieser Argumentation also bejaht werden.

Noch eindeutiger könnte von einer unmittelbaren Computerverfügung gesprochen werden, wenn es eine Schranke an der Kasse gäbe, die durch das Öffnen nach dem abgeschlossenen Bezahlvorgang dem Käufer signalisieren würde, dass er nun mit der Ware den Laden verlassen darf. Auch eine solche zusätzliche Sicherung dürfte nicht zu einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung führen, da auch ein Kassensautomat mit Schranke keine bessere Möglichkeit hätte, zu überprüfen, ob A tatsächlich das mitnimmt, was er einscann und bezahlt.

Gleiches gilt für das Merkmal „unbefugt“. Dem oben erwähnten, auf die Fähigkeiten des Automaten limitierten Menschen, d.h. dem fiktiven Kassierer gegenüber, müsste die Handlung Täuschungscharakter gehabt haben. Da, wie gerade festgestellt, die Mitnahme und das Einscannen nicht isoliert voneinander betrachtet werden können, ohne eine natürliche Handlungseinheit in lebensfern anmutende Fragmente zu zerreißen, muss das Vorgehen des A im Gesamtkontext gewertet und auch als solches danach beurteilt werden, ob es gegenüber einem „limitierten“ Menschen Täuschungscharakter gehabt hätte. Dies wäre hier der Fall gewesen, da ein Kassier, der lediglich eingescannt und nicht weiter geprüft hätte, ebenfalls getäuscht worden wäre.

Allerdings lässt sich in diesem Zusammenhang die berechtigte Frage aufwerfen, ob aufgrund des erweiterten Verständnisses der Täuschungshandlung der Schwerpunkt noch auf der Täuschung des Automaten oder nicht vielmehr auf der Täuschung der Umwelt liegt. Fraglich ist, wen A täuschen will, wenn er so tut, als verhalte er sich regelkonform. Es scheint zunächst, dass A darauf aus ist, primär die potenziellen Beobachter zu täuschen, was eine Subsumtion unter die Täuschungshandlung gegenüber dem Automaten ausschließt. Dieses Problem lässt sich mit fol-

gender Überlegung lösen: Wenn A mit der Gesamtheit seines Handelns lediglich Dritte und nicht den Automaten täuschen will, wäre fraglich, wie es sich dann auf den Erfolg der Tat auswirken würde, wenn kein auf die Fähigkeiten eines Automaten limitierter Mensch, sondern eine natürliche Person an der Kasse säße. Die natürliche Person hätte den vorbei getragenen „Playboy“ gesehen und A darauf angesprochen. Die „Täuschung“ funktioniert hier also nur, weil sie sich gegen den „limitierten“ Automaten richtet, da eine natürliche Person sich bei dem Vorhalten des falschen Strichcodes nicht geirrt hätte. Auf die Täuschung des Umfelds kann daher nicht abgestellt werden.

Da der A die Unmöglichkeit der Einsichtsfähigkeit des Computers ausnutzt und durch das Einscannen einen zu bezahlenden Preis auswerfen lässt, der geringer ist als der Preis der mitgenommenen Ware, tritt der Vermögensschaden in der Differenz des Preises des „Playboys“ und der „WAZ“ ein. Streng genommen verfügt der Computer, wie dies auch das OLG ausführt, über die „WAZ“, im Gesamtkontext der Handlung betrachtet, verfügt der Computer hingegen über die Zeitschrift, die A in der Hand trägt. Es wurde mithin ein Datenverarbeitungsvorgang in Gang gesetzt, der zu einer unmittelbar vermögensmindernden Computerverfügung führt. Der Täuschungszwischenerfolg läge somit nach dieser Argumentation ebenfalls vor.

Würde man diesem Argumentationsstrang folgen, lägen alle erforderlichen Elemente des objektiven Tatbestandes des § 263a vor. Es könnte somit aufgrund des Exklusivitätsverhältnisses²⁹ keine durch A verursachte Fremdschädigung vorliegen. Ein Diebstahl wäre demnach ausgeschlossen und A hätte sich wegen eines Computerbetrugs strafbar gemacht.

(Mitra Darvish / Christian Kaufhold)

²⁹ Tiedemann/Valerius, in LK (Fn. 6), § 263a Rn. 65.

1. Sachverhalt¹

Der Angeklagte wird wegen Beihilfe zur Unterschlagung vor dem Landgericht angeklagt.

Der Pflichtverteidiger des Angeklagten erscheint am 4. Hauptverhandlungstag nicht, da er aufgrund von Herzrhythmusstörungen stationär behandelt werden muss. An diesem Tag soll die Vernehmung eines Auslandszeugen, eines belgischen Polizisten, erfolgen. Die Vernehmung dieses Zeugen wurde zuvor von der Verteidigung beantragt. Um dem Zeugen eine erneute Anreise zu ersparen, ordnet das Gericht dem Angeklagten einen anderen Verteidiger bei. Der Angeklagte und auch der neu bestellte Verteidiger erheben keine Einwendungen, obwohl dem Verteidiger Zeit zur Akteneinsicht fehlt und er lediglich ein kurzes Gespräch mit dem Angeklagten führen kann. Während der Vernehmung stellt der Verteidiger keine Fragen an den Zeugen.

Zu den folgenden Hauptverhandlungstagen erscheint wieder der bisherige Verteidiger. Dieser stellt einen Antrag auf erneute Vernehmung des Zeugen, welcher allerdings von der Strafkammer nach § 244 Abs. 5 StPO² abgelehnt wird.

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

² Alle folgenden Paragraphen sind solche der StPO, soweit nicht anders benannt.

Dezember 2013

Erkrankter-Verteidiger-Fall

Unzulässige Beschränkung der Verteidigung / kurzfristige Erkrankung des Pflichtverteidigers

§§ 140, 145 Abs. 1 StPO

Leitsatz des Gerichts:

Der Angeklagte ist nicht hinreichend verteidigt, wenn bei kurzfristiger Erkrankung des Pflichtverteidigers ein anderer Verteidiger für einen Tag der Hauptverhandlung bestellt wird, um die Vernehmung eines Zeugen zu ermöglichen, ohne dass der Ersatzverteidiger sich in die Sache einarbeiten konnte.

BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 StR 113/13; veröffentlicht in NJW 2013, 2981.

Der Angeklagte wird zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt. Daraufhin rügt der Verteidiger mit der Revision beim BGH einen Verfahrensfehler.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Ein zentrales Problem des Falls ist zum einen die Frage, ob bei Verhinderung des beigeordneten Pflichtverteidigers an einem Hauptverhandlungstermin die Bestellung eines neuen Verteidigers nach § 145 Abs. 1 Satz 1 oder eine Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 145 Abs. 1 Satz 2 zu erfolgen hat. Zum anderen ist die Beurteilung problematisch, wann eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten i.S.d. § 338 Abs. 1 Nr. 8 wegen fehlender Einarbeitungszeit eines neu bestellten Pflichtverteidigers vorliegt.

Der Verteidiger hat die Aufgaben, die Gesetzlichkeit des Verfahrens zu überwachen, die Rechte des Beschuldigten zur Geltung zu bringen und auf alle für den Beschuldigten günstigen

Umstände hinzuweisen.³ Dem Verteidiger steht daher in der Hauptverhandlung stets ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht zu, das sich aus seiner Funktion als Beistand ableitet.⁴ Für den Fall einer notwendigen Verteidigung besteht sogar eine Anwesenheitspflicht in der Hauptverhandlung,⁵ ohne Anwesenheit eines Verteidigers kann in solchen Fällen nicht verhandelt werden.⁶

§ 140 stellt sich in Verbindung mit § 141 als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung dar.⁷ In den hier aufgezählten Fällen wird dem Angeklagten, soweit er noch keinen Wahlverteidiger im Sinne von § 138 hat, ein Pflichtverteidiger bestellt, wobei der Beschuldigte grundsätzlich ein Auswahlrecht nach § 143 Abs. 1 Satz 3 hat. Der Beschuldigte muss zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen können und dabei in Fällen, in denen dies zu einer Interessenwahrung erforderlich ist, durch einen Verteidiger unterstützt werden.⁸

Wann ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, bestimmt sich nach § 140. Die Vorschrift zählt in Abs. 1 acht Fälle der notwendigen Verteidigung katalogmäßig auf, während Abs. 2 eine Generalklausel mit unbestimmten Rechtsbegriffen enthält. Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt z.B. vor, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird (§ 140 Abs. 1 Nr. 2), das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann (§ 140 Abs. 1 Nr. 3) oder wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint (§ 140 Abs. 2 Satz 1).

³ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 170.

⁴ Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 156.

⁵ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 44 Rn. 40.

⁶ Heger, Strafprozessrecht, 2013, Rn. 149.

⁷ Laufhütte/Willnow, in KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 140 Rn. 1.

⁸ Laufhütte/Willnow (Fn. 7), § 140 Rn. 1.

Nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 ist eine Mitwirkung eines Verteidigers immer dann notwendig, wenn die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem OLG oder dem LG stattfindet.⁹ Im vorliegenden Fall findet die Hauptverhandlung vor dem LG statt. Damit ist ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 1 Nr. 1 gegeben.

Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, so kann der Beschuldigte auch selbst einen Verteidiger wählen, den sogenannten Wahlverteidiger. Tut er dies nicht wird ihm ein Verteidiger beigeordnet, der sogenannte Pflichtverteidiger. Das bedeutet, die Begriffe „notwendiger Verteidiger“ und „Pflichtverteidiger“ sind nicht deckungsgleich aber jeder „Pflichtverteidiger“ ist zugleich auch ein „notwendiger Verteidiger“.¹⁰ Das Institut der Pflichtverteidigung sichert ein ordnungsgemäßes prozessuales Strafverfahren, ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeklagten. Der Pflichtverteidiger wird von Amts wegen bestellt und muss zunächst auch ohne finanzielle Beteiligung des Beschuldigten tätig werden. Allerdings gehören die Kosten eines Pflichtverteidigers zu den Verfahrenskosten, die bei einer Verurteilung der Angeklagte zahlen muss. Der Pflichtverteidiger rechnet seine Gebühren gegenüber der Staatskasse ab, diese kann jedoch später die Kosten von dem Verurteilten einfordern. Ein Pflichtverteidiger ist somit kein Anwalt auf Staatskosten. Bei einem Freispruch hingegen muss die Staatskasse die Kosten und Auslagen des Verfahrens tragen.

§ 145 ergänzt die Regelungen über die Pflichtverteidigung. Die Vorschrift soll dazu dienen, die vom Gesetz eröffnete Möglichkeit für den Beschuldigten, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers zu bedienen, in der Hauptverhandlung zu sichern.¹¹ Das vorrangi-

⁹ Roxin/Schünemann (Fn. 5), § 19 Rn. 18.

¹⁰ Beulke (Fn. 4), Rn. 165.

¹¹ Lüderssen/Jahn, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010 ff., § 145 Rn. 1.

ge Ziel dieser Vorschrift ist die Wahrung des Rechts des Beschuldigten auf eine **effektive und angemessene Verteidigung** und nicht das Ziel der Verfahrenssicherung.¹²

Bleibt der notwendige Verteidiger zu Beginn eines Hauptverhandlungstages trotz ordnungsgemäßer Ladung aus, liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, entweder einen neuen Verteidiger zu bestellen (§ 145 Abs. 1 Satz 1) oder die Verhandlung auszusetzen (§ 145 Abs. 1 Satz 2).¹³ Dem Wortlaut nach ist in § 145 Abs. 1 Satz 2 nur von einer Aussetzung die Rede, allerdings ergibt ein Erst-Recht-Schluss, dass das Gericht stattdessen auch eine Unterbrechung anordnen kann, da sie die geringeren Auswirkungen für den Verfahrensablauf hat.¹⁴ Eine **Aussetzung** bedeutet den Abbruch der Verhandlung. Die Wirkung besteht darin, dass es nach der Aussetzung zu einer Wiederholung des gesamten Verfahrens kommt. Eine **Unterbrechung** der Verhandlung hingegen ist der verhandlungsfreie Zeitraum, der die zeitlichen Grenzen des § 229 nicht überschreitet.¹⁵ Die Unterbrechung hat zur Folge, dass danach die Verhandlung an der Stelle fortgesetzt wird, an der sie unterbrochen wurde.

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur ist die Aussetzung bzw. Unterbrechung der Hauptverhandlung in der Regel geboten, wenn der Verteidiger unverschuldet und nur kurzfristig – z.B. wegen Erkrankung – ausfällt, und dem Angeklagten ein Verteidigerwechsel erspart bleiben soll.¹⁶ Es müsse eine Abwägung erfolgen, ob dem Grundsatz der **Kontinuität der Verteidigung** durch Aufrechterhaltung des bestehenden Verteidigungsverhältnisses oder der **Maxime des beschleunigten Verfah-**

rensfortgangs der Vorzug zu geben ist.¹⁷ Grundsätzlich habe die Aussetzung bzw. Unterbrechung Vorrang vor der Neubestellung eines Pflichtverteidigers, da dem Angeklagten der eingearbeitete und vertraute Verteidiger zu erhalten sei.¹⁸ Letztlich müsse aber im Einzelfall entschieden werden, ob die Fürsorgepflicht des Gerichts es gebietet, wegen der Verhinderung eines Verteidigers einen Termin zu verlegen, damit die Mitwirkung des Verteidigers im Interesse des Betroffenen möglich wird.¹⁹ Bei der Neubestellung eines Pflichtverteidigers entscheidet dann in erster Linie der Rechtsanwalt, als unabhängiges Organ der Rechtspflege, selbst, ob er für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist.²⁰

Mit der konkreten Frage der Aussetzung nach § 145 Abs. 1 Satz 2 hat sich der BGH bis zur vorliegenden Entscheidung noch nicht auseinandergesetzt.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1965 hat er festgestellt, dass in einem Fall, in dem § 145 Abs. 3 nicht einschlägig ist, der neu bestellte Pflichtverteidiger mithin meint, die zur Vorbereitung erforderliche Zeit sei ausreichend, der Beschuldigte allerdings Zweifel daran hegt, eine Pflicht des Gerichts zur Aussetzung bestehen könne. Dies ergebe sich aus § 265 Abs. 4, denn eine veränderte Sachlage könne auch durch Verfahrensvorgänge wie z.B. den Wechsel des Verteidigers eintreten.²¹ Die Fürsorgepflicht des Gerichts gebiete es, wenn dem Verteidiger nicht genügend Zeit zur Verfügung stünde, um sich angemessen vorzubereiten, die Verhandlung von Amts wegen auszusetzen, ansonsten sei der Angeklagte in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt.²²

Der BGH verwarf ferner 1976 eine Verfahrensrüge, die eine mögliche Verletzung des § 145 sowie der Fürsorge-

¹² Lüderssen/Jahn, in Löwe-Rosenberg (Fn. 11), § 145 Rn. 1.

¹³ Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 145 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. Wohlers, in SK-StPO, 4. Aufl. 2010 ff., § 145 Rn. 16.

¹⁵ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 228 Rn. 2.

¹⁶ Meyer-Goßner (Fn. 15), § 145 Rn. 12.

¹⁷ Julius, in HK, Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 145 Rn. 1.

¹⁸ Lüderssen/Jahn, in LR (Fn. 11), § 145 Rn. 19.

¹⁹ Pfeiffer (Fn. 13), § 145 Rn. 3.

²⁰ Pfeiffer (Fn. 13), § 145 Rn. 3.

²¹ BGH NJW 1965, 2164, 2165.

²² BGH NJW 1965, 2164, 2165.

pflicht des Gerichts zum Gegenstand hatte.²³ In jenem Fall war der Wahlverteidiger am ersten Tag der Hauptverhandlung nicht erschienen. Daher wurde dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger bestellt, der ihn für diesen Tag vertrat. Am folgenden Verhandlungstag war wieder der Wahlverteidiger anwesend. Der BGH verwarf die Verfahrensrüge u.a. mit der Begründung, es habe immerhin ein kurzes Informationsgespräch mit dem neuen Pflichtverteidiger stattgefunden. Der entscheidende Unterschied zur Verfahrenslage des Falls von 1965 bestehe darin, dass der Angeklagte diesmal keine Einwendungen gegen einen neuen Verteidiger erhoben habe. Somit seien seine Rechte gewahrt.²⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des Angeklagten hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

Die Neubestellung des Pflichtverteidigers stehe nicht in Einklang mit § 145 Abs. 1 Satz 2 und stelle somit eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung dar, auf der das Urteil auch beruhen könne. Das Gericht habe nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob der Vorsitzende einen neuen Verteidiger zu bestellen oder die Hauptverhandlung auszusetzen habe. Darüber hinaus habe das Gericht auch zu prüfen, ob nicht eine Unterbrechung der Hauptverhandlung der entstandenen Konfliktlage angemessen Rechnung tragen würde. Erfolge keine Prüfung von Amts wegen, ob eine Verhandlung auszusetzen oder zu unterbrechen sei, sei dies eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung und begründe damit einen bedingten Revisionsgrund (§ 338 Nr. 8). Hierbei muss die Beeinträchtigung der Verteidigung aber durch einen in der Hauptverhandlung ergangenen Gerichtsbeschluss erfolgt sein²⁵.

Im vorliegenden Fall erweise sich die Beiordnung eines neuen Verteidigers als evident Interessenwidrig. Das LG hätte stattdessen die Hauptverhandlung unterbrechen und in einem der Folgetermine den Auslandszeugen erneut laden und vernehmen müssen. Die Beiordnung eines neuen Pflichtverteidigers schränke die Verteidigungsrechte des Angeklagten in erheblicher Weise ein. Es habe zwar ein kurzes Gespräch mit dem Angeklagten stattgefunden, allerdings läge es angesichts des Verfahrensablaufes und des Aktenumfangs auf der Hand, dass eine ausreichende und umfängliche Einarbeitung in den Fall durch den neuen Pflichtverteidiger nicht erfolgt sein könne. Dabei betont der BGH ausdrücklich, dass nur ein Verteidiger, der den Stoff des Verfahrens ausreichend beherrscht, eine Verteidigung mit der Sicherheit führen könne, die das Gesetz verlangt.²⁶

Weiter wird ausgeführt, dass auch die Absicht, einem Auslandszeugen die erneute Anreise zu ersparen, nicht das rechtsstaatlich gebotene Recht auf eine angemessene und effektive Verteidigung, welches sich aus Art. 6 Abs. 3 c EMRK ableitet, wirksam beschränken könne. Es sprach auch nichts dagegen, dass der Auslandszeuge noch einmal an einem späteren Fortsetzungstermin erschienen wäre. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass offenbar keine Anhaltspunkte für eine längerfristige Erkrankung des bisherigen Pflichtverteidigers vorlagen und er selbst den Antrag auf Vernehmung des Auslandszeugen gestellt hatte.

Schlussendlich bekräftigt der BGH, dass ein Verteidiger, der ohne weitere Beteiligung in der Sache lediglich formal die Verteidigung übernimmt, nicht in der Lage sei, eine sachgerechte und angemessene Verteidigung des Angeklagten zu übernehmen.

Anders als noch in dem 1976 entschiedenen Fall schenkte der BGH dem Umstand, dass der Angeklagte keine Einwendungen gegen den neuen Pflicht-

²³ BGH MDR 1977, 767 f.

²⁴ BGH MDR 1977, 767 f.

²⁵ *Temming* in HK (Fn. 17), § 338 Rn. 37.

²⁶ So schon BGHSt 13, 337, 344 unter Hinweis auf RGSt 71, 353, 354.

verteidiger erhoben hat, keine maßgebliche Bedeutung. Aus dem Regelungsgefüge des § 145 ergäbe sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Angeklagten diesbezüglich keine maßgeblichen Verfahrensrechte eingeräumt worden sind. Ein Antragsrecht auf Aussetzung des Verfahrens gem. § 145 Abs. 3 steht lediglich dem Verteidiger zu. Außerdem sei es auch unbeachtlich, dass der neue Pflichtverteidiger nicht selbst Einwendungen gegen das prozessuale Vorgehen erhoben hat und einen Antrag gem. § 145 Abs. 3 auf Aussetzung des Verfahrens gestellt habe. Die besondere Sachlage des Falls gebiete es diese Gesichtspunkte außer acht zu lassen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die Ausbildung hat die Entscheidung insofern Relevanz, als sie sich mit der Rolle des Strafverteidigers im Allgemeinen und dem Institut der Pflichtverteidigung im Besonderen auseinandersetzt.

Indem die Effektivität der Verteidigung und das Vertrauensverhältnis zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger herausgestellt wird, wird die Aufgabe und Bedeutung des Strafverteidigers im Strafverfahren deutlich. Außerdem beschäftigt sich die Entscheidung mit wichtigen strafprozessualen Grundsätzen, Rechten und Institutionen, wie dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung, dem Recht auf Verteidigung und der Fürsorgepflicht des Gerichts.

Darüber hinaus gibt das Urteil Anlass dazu, sich mit der Unterbrechung und der Aussetzung der Hauptverhandlung, vor allem deren Unterscheidung und den jeweiligen Konsequenzen zu befassen.

In beruflicher Hinsicht ist die Befassung mit der Situation der Pflichtverteidigung in der Rechtspraxis von Interesse. Indem der neu bestellte Pflichtverteidiger nicht von der nach § 145 Abs. 3 bestehenden Möglichkeit einer Unterbrechung zur Vorbereitung Gebrauch machte und sich trotz kürzerer Einarbeitungszeit zur Verteidigung

bereit erklärte, handelte er nach Ansicht des BGH evident gegen die Interessen des Angeklagten.

Mit dieser Feststellung stärkt der BGH die Rechte des Angeklagten und beugt einer für diesen unvorteilhaften Zusammenarbeit zwischen Gericht und Pflichtverteidiger vor. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Gericht bei der Wahl des Pflichtverteidigers auf einen Anwalt zurückgreift, der ihm genehm ist und von dem es keine Probleme, wie etwa Verfahrensverzögerungen, erwartet. Der bestellte Pflichtverteidiger wiederum könnte an der Bestellung in weiteren Verfahren interessiert sein und sich deswegen dem Willen des Gerichts entsprechend verhalten.

Warum der neu bestellte Pflichtverteidiger sich im vorliegenden Fall interessenwidrig verhielt, indem er auf eine ausreichende Vorbereitung verzichtete, lässt sich nur vermuten, wobei der BGH darauf hinweist, dass ein anders handelnder Verteidiger vom Gericht nicht beigeordnet worden wäre. Hieraus lässt sich schließen, dass sowohl das Gericht als auch der Pflichtverteidiger die Beschleunigung des Verfahrens hinsichtlich des aus dem Ausland angereisten Zeugen über die Verteidigungsinteressen des Angeklagten gestellt haben. Die Entscheidung verdeutlicht hingegen, dass die Rechte des Angeklagten, vor allem sein Recht auf effektive Verteidigung, eben gerade nicht den Erwägungen der Beschleunigung und Verfahrensökonomie untergeordnet werden dürfen.

Die Entscheidung könnte jedoch auch Raum für Missbrauch bieten. Indem ein Verteidiger eine Erkrankung vortäuscht, könnte er eine Unterbrechung, wenn nicht gar Aussetzung, der Hauptverhandlung und damit eine von ihm geplante Verfahrensverzögerung herbeiführen. Ob diese Möglichkeit tatsächlich zu Missbrauch führen wird, kann sich jedoch erst in der Zukunft zeigen.

5. Kritik

In seiner Entscheidung hat sich der BGH für eine Wahrung der Rechte des Angeklagten ausgesprochen und den Gerichten die Pflicht auferlegt, in Fällen des Ausbleibens des Verteidigers im Sinne des § 145 von Amts wegen zu prüfen, ob eine Ersatzverteidigung möglich ist oder eine Aussetzung bzw. Unterbrechung der Hauptverhandlung notwendig ist.

Problematisch erscheint hierbei, dass die Entscheidung auf das Gericht verlagert wird und nicht dem Verteidiger überlassen wird. Dieser wird dadurch in seiner grundsätzlich frei getroffenen Entscheidung für oder gegen eine unterbrechungsfreie Verteidigung eingeschränkt. Dies erscheint zunächst als unsachgemäße Verkürzung der Rechte des Verteidigers als selbstständigem Organ der Rechtspflege. Darüber hinaus könnte man meinen, durch diese Einschränkung seien auch die Rechte des Angeklagten betroffen. Schließlich steht diesem das Recht auf effektive Verteidigung zu und die Übernahme einer Entscheidung, die eigentlich dem Verteidiger zusteht, durch das Gericht könnte auch dieses Recht einschränken.

Allerdings ist zu beachten, dass es sich hier um einen Fall handelt, in dem der Pflichtverteidiger offensichtlich gegen die Interessen des Angeklagten handelt. Diese Offensichtlichkeit verpflichtet zum einen das Gericht, sich des Angeklagten anzunehmen, um seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem Angeklagten gerecht zu werden. Dieser wird letztlich als rechtlicher Laie auf die Einschätzung eines Pflichtverteidigers als professionellem Juristen vertrauen, ohne sich über die kurze Einarbeitungszeit zu beschweren. Zum anderen muss ein Verteidiger abwägen können, wann er genug Zeit zur Vorbereitung auf einen neuen Fall hatte und wann nicht. Verkennt er die Situation in einem derartigen Maße und verletzt er damit die Rechte des Angeklagten, dessen Rechte er eigentlich wahren soll, ist er in seiner Entscheidungsfreiheit nicht schützenswert. Auch die Rechte des Angeklagten werden durch eine Entscheidung des

Gerichts nicht beeinträchtigt. Eine dahingehende Entscheidung soll im Gegenteil gerade der Wahrung seiner Rechte dienen und die effektive Verteidigung schützen.

Diese eindeutige Stellungnahme des BGH für die Rechte des Angeklagten und eine effektive Verteidigung gegenüber und trotz des Zeitdrucks der Gerichte ist begrüßenswert. Wünschenswert wären allerdings konkretere Kriterien gewesen, anhand derer die Gerichte eine Abwägung vornehmen können beziehungsweise, die sie bei ihrer Abwägung berücksichtigen müssen. Solche Kriterien könnten zum Beispiel die Kontinuität der Verteidigung, die Prozessökonomie, das Gebot des fairen Verfahrens, die Sachaufklärung sowie die Rücksichtnahme auf die Interessen der Verfahrensbeteiligten sein.²⁷

Auchnimmt der BGH keine Stellung zur konkreten Frage der objektiv angemessenen Vorbereitungszeit, die dem neu bestellten Pflichtverteidiger gewährt werden muss. Zwar arbeitet er diese Fragestellung zu Beginn des Urteils heraus, jedoch vermischt er diese mit der Frage der Entscheidung zwischen einer Aussetzung bzw. Unterbrechung und einer Bestellung eines neuen Verteidigers nach § 145 Abs. 1 im weiteren Verlauf der Ausführungen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die dem Neubestellten Verteidiger zur Verfügung zu stellende Einarbeitungszeit an sich als Erstes festgestellt werden müsste. Denn erst dann steht fest, ob nicht in der gleichen Zeit der ursprüngliche Anwalt wieder genesen sein könnte und damit, ob eine Entscheidung zwischen Aussetzung bzw. Unterbrechung und Neubestellung überhaupt getroffen werden muss.

(Laura Dochow/Annika Schöttker)

²⁷ Vgl. Keller, in Alternativkommentar StPO, 1988, § 228 Rn. 3.