# famos

### Der Fall des Monats im Strafrecht

**Online-Zeitschrift** 

www.fall-des-monats.de

**Jahresband 2014** 

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

# famos

### Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A ist verantwortlicher Arzt eines Transplantationszentrums und betreut unter anderem Patienten, die auf eine Leberspende warten.

Der für die Vermittlung von Spenderlebern zuständigen Stiftung Eurotransplant meldet mehrere seiner Patienten wahrheitswidrig als Dialysepatienten. Dadurch erlangen sie deutlich bessere Rangplätze auf der Warteliste, was zur Folge hat, dass ihnen schneller ein Organ zugeteilt wird, wohingegen die ursprünglich vor ihnen stehenden Patienten nach hinten verdrängt werden und demnach länger auf eine Spenderleber warten müssen. A ist es dabei iederzeit möglich, den

aktuellen Listenplatz der eigenen Patienten einzusehen. Außerdem geht er davon aus, dass auch andere Transplantationsmediziner manipulieren.

Es kann angesichts der bekannten Knappheit der Spenderorgane nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Manipulation nach hinten gerückte Patienten gerade wegen ihrer schlechteren Position keine Spenderleber mehr bekamen und deshalb verstarben.

Die Staatsanwaltschaft beschuldigt A des versuchten Totschlags zum Nachteil der durch die Manipulation über-

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die wesentlichen Probleme deutlicher hervorzuheben.

### Januar 2014 Wartelisten-Fall

Versuchte Tötung bei Manipulation der Zuteilungsreihenfolge eines Spenderorgans

§§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB

### Leitsätze des Gerichts:

- 1. Vorsätzliche Falschangaben gegenüber der gem. § 12 Transplantationsgesetz zuständigen Vermittlungsstelle (hier: Stiftung Eurotransplant) können als versuchte Tötung zum Nachteil dadurch übergangener Patienten bewertet werden, wenn der Täter weiß, dass seine Angaben nicht weiter überprüft werden, sie die Zuteilungsreihenfolge so weit beeinflussen, dass es in einem engen zeitlichen Zusammenhang unmittelbar zur Zuteilung eines Spenderorgans kommt und die rettende Transplantationsbehandlung anderer Patienten dadurch lebensbedrohlich verzögert wird.
- 2. Medizinische oder juristische Bedenken gegenüber dem derzeitigen Verfahren und die Sorge um den eigenen Patienten rechtfertigen oder entschuldigen die Manipulation der Zuteilungsreihenfolge nicht.

OLG Braunschweig, Beschluss vom 20. März 2013 – Ws 49/13; veröffentlicht in NStZ 2013, 593.

gangenen Patienten und erwirkt einen entsprechenden Haftbefehl. Gegen diesen Haftbefehl wendet sich A mit der Beschwerde.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Betrachtet man die rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft, so stellt sich zunächst die Frage, warum das Verhalten des A "nur" als versuchter und nicht als vollendeter Totschlag bewertet wurde.

Der Tatbestand des § 212 StGB<sup>2</sup> erfordert eine Kausalität zwischen Tat-

**01** 2014

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Alle folgenden Paragraphen ohne weiteren Vermerk sind solche des StGB.

famos · Januar 2014 Seite 2

handlung und Taterfolg. Kausal im Sinne der conditio-sine-qua-non-Formel ist jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.<sup>3</sup> Zur Begrenzung dieser sehr weit gehenden Formel hat sich in der Literatur die Lehre von der objektiven Zurechnung herausgebildet. Danach sei ein durch menschliches Verhalten verursachter Erfolg nur dann objektiv zurechenbar, wenn dieses Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen und gerade diese Gefahr sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht habe.4 Hier haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet. So soll z.B. die objektive Zurechnung entfallen, wenn ein atypischer Kausalverlauf vorliegt, sprich der Geschehensablauf völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten Gleichfalls soll die objektive Zurechnung ausscheiden, wenn der Erfolg zwar Folge einer sorgfaltswidrigen Handlung ist, aber außerhalb Schutzzwecks bzw. der Reichweite der verletzten Verhaltensnorm liegt<sup>6</sup> und ebenso, wenn das zum Erfolg führende Geschehen nicht mehr kontrollierbar, schier unbeherrschbar, ist<sup>7</sup>. Die Rechtsprechung hat sich dieser Lehre zwar nicht ausdrücklich angeschlossen, greift aber zur Begrenzung des weiten Kausalitätsbegriffs gleichwohl auf verschiedene Fallgruppen zurück.8

Um den Kausalverlauf im vorliegenden Fall nachweisen zu können, müsste ermittelt werden, welcher Patient die jeweilige Leber ohne die Manipulation erhalten hätte und ob dessen (eventueller) Tod durch die Organspende verhindert worden wäre. Ein solcher forensischer Beweis lässt sich jedoch angesichts der Tatsache, dass Spenderleihren Empfängern auch von manchmal abgestoßen werden und der Betroffene womöglich sogar ein anderes Organ hätte erhalten können, kaum führen.<sup>9</sup> Eine Verurteilung wegen vollendeten Totschlags kann daher, selbst wenn festgestellt würde, dass tatsächlich Patienten auf der Liste starben, weil sie kein Spenderorgan bekommen hatten, nicht erfolgen.

Eine Verfolgung wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22, 23 Abs. 1 bleibt jedoch möglich. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22). Dabei muss im Rahmen des Tatentschlusses geprüft werden, ob ein Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale vorliegt. Hier liegt das Kernproblem des Falls.

Für die Annahme eines Tatentschlusses bei einer versuchten Tötung genügt das Vorliegen von bedingtem Vorsatz (dolus eventualis). Dieser setzt voraus, dass der Täter den Erfolgseintritt als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigend in Kauf nimmt.11 Der Erfolg kann für den Täter auch unerwünscht sein, sofern er sich mit seinem Eintritt um eines von ihm erstrebten Zieles willen abfindet. 12 Abzugrenzen ist der bedingte Vorsatz von der bewussten Fahrlässigkeit, bei der der Täter zwar die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt, aber ernsthaft darauf vertraut, dass dieser ausbleibt und auch darauf vertrauen darf.13 Bei

Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 22 m.w.N.

Fischer (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 249.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Fischer (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 26 ff.

Siehe Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 76 ff. mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

<sup>8</sup> Vgl. z.B. BGHSt 11, 1; 33, 61, 63; 49, 1, 4 ff.

Schroth, NStZ 2013, 437, 442.

Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 22 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BGHSt 7, 363, 368.

Ständige Rechtsprechung; vgl. nur BGHSt 7, 363, 369.

Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 203.

Tötungsdelikten spielt im Rahmen der Rechtsprechung außerdem der Hemmschwellengedanke eine Rolle, der besagt, dass vor dem Tötungsvorsatz eine viel höhere Hemmschwelle stehe als vor dem Körperverletzungsvorsatz. <sup>14</sup> Im Medizinstrafrecht dürfte für die Annahme eines Tötungsvorsatzes des Arztes eine besonders hohe Hemmschwelle gelten, da der Arzt in der Regel von einem allgemeinen "Heilungswillen" motiviert wird. <sup>15</sup>

Der Tatentschluss muss sich neben dem Erfolg auch auf die Kausalität und die objektive Zurechnung als objektive Tatbestandsmerkmale des § 212 erstrecken. Hierbei ist zu beachten, dass bei einem Versuch die Strafbarkeit nicht weiter reichen kann, als bei der Vollendung; der Tatentschluss muss demnach verneint werden, wenn er sich auf ein Opfer bezieht, dessen tatsächlicher Tod dem Täter objektiv nicht zurechenbar bzw. die Handlung des Täters nicht kausal wäre und er dies auch weiß. 16

Ein weiteres Problem ergibt sich auf der Rechtfertigungsebene. Zwar scheidet eine Rechtfertigung wegen Nothilfe in Ermangelung ξ 32 rechtswidrigen Angriffs aus. In Betracht käme aber ein rechtfertigender Notstand gem. § 34. Dieser erfordert eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen. Überwiegen die zu erhaltenden Interessen, so kann die Tat gerechtfertigt werden. Herrscht zwischen den zu erhaltenden Interessen und denen, in die eingegriffen wird, jedoch Gleichwertigkeit, so scheidet eine Rechtfertigung aus. 17

Problematisch ist schließlich auf Schuldebene die mögliche Annahme eines entschuldigenden Notstandes gem. § 35. Ein solcher käme nur in Betracht, wenn es sich bei den Patienten des A um für ihn nahestehende Personen handelte. Der Begriff "nahestehen-

de Personen" beschreibt persönliche Verhältnisse, die in ihrer Intensität des Zusammengehörigkeitsgefühls der Beziehung zwischen Angehörigen vergleichbar sind. Dies ist nur bei einer auf Dauer angelegten engen persönlichen Beziehung zwischen dem Täter und der betreffenden Person gegeben. De eine solche bei einem Arzt-Patienten-Verhältnis vorliegt, wird wohl grundsätzlich zu verneinen sein. Dennoch erscheint eine Bejahung im Einzelfall zumindest möglich.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Bei dem vorliegenden Beschluss handelt es sich um die Entscheidung über die (weitere) Beschwerde des A gegen den Haftbefehl. Das OLG hatte daher auch nur dessen Voraussetzungen gem. § 112 StPO anhand des derzeitigen Stands der Ermittlungen zu überprüfen. Im Ergebnis wurde die Beschwerde verworfen.

Einen großen Teil und den eigentlichen Kern der Entscheidung stellt die Prüfung eines dringenden Tatverdachts gem. § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO dar. Das OLG bewertet die Falschangaben bezüglich des Dialysebedarfs seiner Patienten durch A als versuchten Totschlag zum Nachteil aller zuvor auf einem besseren Listenplatz stehenden Patienten.

Gestützt wird diese Würdigung vor allem auf die Bejahung des Tötungsvorsatzes. Das Wissenselement begründet das OLG mit den Kenntnissen des A über das Vergabesystem. So habe er gewusst, dass die weit oben auf der Liste stehenden Patienten nur noch eine sehr kurze Zeit zu leben hätten, wenn sie nicht schnellstmöglich eine Spenderleber erhielten.<sup>20</sup> Zum voluntativen Element wird ausgeführt, dass die Hemmschwelle des A durch die Sorge um seine Patienten und die Vermutung,

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BGHSt 36, 1, 15.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Vgl. *Kudlich*, NJW 2011, 2856, 2857.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Kudlich, NJW 2013, 917, 919.

BGHSt 48, 255, 257; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 34 Rn. 23 f.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Zieschang, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff., § 35 Rn. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Zieschang*, in LK (Fn. 18), § 35 Rn. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595.

dass auch andere Ärzte die Liste manipulieren, so weit herabgesetzt worden sei, dass er den Tod der benachteiligten Patienten in Kauf genommen habe. Die Annahme, dass im Medizinstrafrecht an den Tötungsvorsatz des Arztes besonders hohe Anforderungen zu stellen seien, kehre sich im vorliegenden Fall gerade gegen A, da es sich nicht um seine eigenen Patienten gehandelt habe, sondern um fremde, die der Rettung der eigenen entgegengestanden haben. <sup>21</sup>

In Abgrenzung zur fahrlässigen Tötung stellt das OLG heraus, dass A durch seine Möglichkeit, Teile der Warteliste einzusehen, nicht darauf vertrauen konnte, dass es auch die überholten Patienten noch bis zur Transplantation schaffen werden. Da es ihm möglich war, die Folgen seiner Handlung konkret zu verfolgen, konnte er nicht mehr allgemein glauben, es werde schon alles gut gehen. Darüber hinaus hätte er auf einen guten Ausgang auch nicht ernsthaft vertrauen dürfen, da dem die hohe Sterblichkeitsrate der Patienten auf der entsprechenden Rangliste widerspricht.<sup>22</sup>

Eine Rechtfertigung gem. § scheidet dem Gericht zufolge aus. Die gegeneinander abzuwägenden Interessen, das Leben der eigenen Patienten einerseits, das Leben der fremden Personen auf der Rangliste andererseits, seien gleichwertig, deshalb sei eine Rechtfertigung nicht gegeben. Dies sei auch der Fall, wenn an anderen Transplantationszentren in gleicher Weise manipuliert würde. Auch dann befänden sich alle Patienten auf der Warteliste in einer grundsätzlich gleichen Lage. Zwar stehe einem Arzt ein Auswahlermessen zu, sofern ihn eine begrenzte für die ärztliche Behandlung notwendige Ressource, wie hier die Spenderlebern, zur Prioritätensetzung zwingt. Dessen Ausübung habe jedoch nicht A, sondern allein Eurotransplant zugestanden.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595.

Zu einem möglichen entschuldigenden Notstand gem. § 35 stellt das OLG lediglich fest, dass es sich bei den Patienten des A nicht um für ihn nahestehende Personen handele.

Außerdem stellt das OLG klar, dass auch eine nur ganz geringfügige Lebensverkürzung für die Annahme eines Totschlages ausreiche. Deshalb sei der Einwand, dass übergangene Patienten möglicherweise nur kurze Zeit länger auf eine Transplantation haben warten müssen, unbeachtlich.<sup>24</sup>

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In der Praxis ist der vorliegende Beschluss vor allem für Transplantationsmediziner von immenser Bedeutung. So könnte er künftigen Manipulationsversuchen gegenüber eine abschreckende Wirkung entfalten. Außerdem sähen sich Mediziner, die in der Vergangenheit ähnlich wie A gehandelt haben, ebenso einer Strafverfolgung wegen versuchten Totschlags ausgesetzt, sofern sich die Ansicht des OLG in der noch laufenden Hauptverhandlung vor dem LG<sup>25</sup> und in einem sich möglicherweise daran anschließenden Revisionsverfahren dem BGH durchsetzt.

Darüber hinaus ist der Fall auch von politischer Bedeutung. Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf die im Zuge des aktuellen "Organspende-Skandals" bekannt gewordenen Manipulationen den ξ 19 Abs. 2a Transplantationsgesetz (TPG) geschaffen, der für entsprechende Handlungen eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vorsieht. Daraus ließe sich schließen, dass der Gesetzgeber eine Bestrafung der betroffenen Mediziner wegen versuchten Totschlags mit der daraus resultierenden deutlich höheren Strafe gerade vermeiden wollte. Würde vor den Gerichten in gleich gelagerten Fällen

OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595.
 OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 596.

OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595.

Derzeit dauert die Hauptverhandlung noch an, der Haftbefehl wurde jedoch gegen eine Sicherheitsleistung in Höhe von 500.000 € ausgesetzt.

grundsätzlich wegen versuchten Totschlags angeklagt, so würde Abs. 2a TPG weitgehend leer laufen.

#### 5. Kritik

Die grundsätzliche Entscheidung des OLG, die Handlung des A als versuchten Totschlag einzustufen, ist überzeugend und begrüßenswert. Allerdings überschätzt das Gericht die Reichweite des Tatentschlusses, soweit es ihn auf alle durch die Manipulation betroffenen Patienten bezieht.

Dies ergibt sich bereits aus der Bestimmung des Vorsatzes bezüglich des tatbestandlichen Erfolges. A wollte vor allem seinen Patienten bevorzugt eine Spenderleber zukommen lassen und verschaffte ihnen zu diesem Zweck jeweils einen besseren Platz auf der Warteliste. Dabei war A bewusst, dass durch seine Manipulation sein jeweiliger Spenderleber erhalten Patient eine würde, die eigentlich einem anderen Patienten zustand und dadurch dessen Transplantation oder die eines der nachfolgenden Patienten lebensbedrohlich verzögert und womöglich nicht mehr rechtzeitig erfolgen würde und er nahm es im Hinblick auf die Bevorzugung seines Patienten hin. Er rechnete damit, dass es (irgend-)jemanden auf der Liste "treffen werde". Dabei genügte es, dass A das Tatobjekt nur gattungsgemäß bestimmte und es ihm gleichgültig war, welchen Menschen er der Gefahr des Todes aussetzte.<sup>26</sup> Dieser abstrakte Vorsatz war aber jederzeit nur auf einen Menschen bezogen. Sobald nämlich der Patient, für den die Transplantation zu spät käme, gestorben wäre, würden die nachfolgenden Patienten aufrücken und die Zuteilungsreihenfolge wäre wieder korrekt. Ihm Vorsatz hinsichtlich des Todes aller Patienten, die durch die Manipulation nach hinten verschoben wurden, anzulasten, würde zu einer unzulässigen Vorsatz-

vervielfachung führen. Hierbei ist auch folgender Aspekt zu beachten: Wäre die Manipulation des A für den Tod eines Wartenden nachweisbar kausal, würde er wegen vollendeten Totschlags an "lediglich" diesem Patienten bestraft werden. Die Tatsache, dass ihm dieser Kausalverlauf aber gerade nicht nachgewiesen werden kann und A demnach im Versuchsstadium verbleibt, kann ihm nicht dergestalt zum Nachteil gereicht werden, dass er deshalb wegen versuchten Totschlags an mehreren Patienten auf der Warteliste bestraft und damit zum potentiellen Massentotschläger gemacht werden würde.

Grundsätzlich eine versuchte Tötung, wenn auch "nur" zum Nachteil eines einzigen Wartenden, anzunehmen, ist jedoch zutreffend. Sofern der Vorsatz mit dem Hinweis verneint wird, dass Ärzte, die Schäden von ihren Patienten abwenden wollen, generell ein Interesse am Leben haben und deshalb nicht andere zu Tode bringen wollen<sup>27</sup>, wird verkannt, dass gerade die Fürsorge für die eigenen Patienten den entsprechenden Arzt dazu verleiten kann, andere für ihn anonyme Personen zum Wohle seines Patienten in Gefahr zu bringen. Die Argumentation, dass der mögliche Tod des unbekannten Patienten im Motivationsgefüge des Arztes von der Sorge um seinen eigenen Patienten verdrängt wird<sup>28</sup>, ist zumindest fragwürdig. Auch wenn man von der Existenz einer erhöhten Hemmschwelle vor einer Tötung ausgeht, so sind die Ausführungen des OLG zutreffend, nach denen die Abwägung zwischen dem hilfsbedürftigen Patienten auf der einen und dem anonymen Leben auf der anderen Seite diese Hemmschwelle entsprechend herabgesetzt habe.

Auch der Tatentschluss bezüglich der Kausalität und der objektiven Zurechnung ist zu bejahen. Zwar könnte man die objektive Zurechnung des möglichen Todes eines weit hinten auf der Liste stehenden Patienten anhand

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Vgl. BGH VRS 63, 119; Wessels/Beulke/ Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 238.

Schroth, NStZ 2013, 437, 443.

Schroth, NStZ 2013, 437, 442.

der vielen möglichen Kausalketten anzweifeln.<sup>29</sup> Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass A durch die Verschiebung des Patienten nach hinten dessen Risiko, kein rettendes Organ mehr zu bekommen, erhöht hat. Diese Risikoerhöhung ist ausreichend, um den Todeseintritt des Patienten als Werk des A zu klassifizieren.<sup>30</sup>

Schließlich könnte man andenken, aufgrund der niemals positiv nachweisbaren Kausalität die Versuchsstrafbarkeit ausscheiden zu lassen, da diese nicht weiter gehen darf, als die Strafbarkeit wegen Vollendung. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass prozessuale Beweisschwierigkeiten keine Auswirkung auf die materielle Rechtslage haben können. Im Rahmen des Versuchs kommt es allein auf die Vorstellung des Täters an und wenn nach dieser, wie im vorliegenden Fall, eine Kausalität materiell zu bejahen ist, so liegt auch eine Versuchsstrafbarkeit vor.

Bedauerlich ist, dass sich das Gericht nicht mit Überlegungen in der Literatur zu § 12 TPG auseinandergesetzt hat. So wird vertreten, dass § 12 TPG als einschlägige Verbotsnorm nicht das Leben des Einzelnen schütze, sondern lediglich für eine gerechte Verteilung von Lebenschancen sorgen solle<sup>31</sup> und § 12 Abs. 3 TPG als Allokationsregel viel zu unbestimmt und die Regelung ohnehin verfassungswidrig sei<sup>32</sup>. Zumindest die Überlegungen zum Schutzzweck des § 12 TPG verdienen eine gewisse Beachtung, sodass entsprechende Ausführungen des Gerichts wünschenswert gewesen wären.

Weiterhin ist die Aussage des Gerichts, eine geringfügige Lebensverkürzung reiche für die Annahme des Totschlags aus und deshalb sei der Einwand des A, die Patienten hätten nur

unwesentlich länger auf eine Transplantation warten müssen, unbeachtlich, äußerst fragwürdig. Zwar ist der materiell-rechtliche Gehalt klar, die Subsumtion lässt sich aber nur schwer nachvollziehen. Entweder der betreffende Patient erhält noch rechtzeitig eine Spenderleber, wenn auch später, dann dauert sein Leben nach der erfolgten Transplantation voraussichtlich genauso lang, wie wenn er die Leber wenige Tage früher erhalten hätte, oder aber er erhält das rettende Organ nicht mehr rechtzeitig und verstirbt. Im zweiten Fall hätte die Manipulation des A sicherlich eine lebensverkürzende Wirkung, im ersten Fall jedoch nicht.

Die Ausführungen des OLG zum Notstand entschuldigenden schließlich sehr knapp. So wären nähere Erläuterungen zu dem Verhältnis zwischen A und seinen Patienten wünschenswert gewesen. Der pauschale Hinweis, dass die Patienten keine dem A nahestehenden Personen gewesen seien, lässt darauf schließen, dass das OLG ein solches Näheverhältnis zwischen einem Arzt und seinen Patienten grundsätzlich für nicht gegeben ansieht. Diese Ansicht geht jedoch zu weit. Vielmehr muss das Vorliegen einer solchen Beziehung im Einzelfall überprüft werden. Ob eine solche Prüfung vom OLG vorgenommen wurde, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

Schließlich widerspricht der Beschluss auch nicht der gesetzgeberischen Wertung, die durch die Schaffung des § 19 Abs. 2 TPG zum Ausdruck kam. Aus der Stellungnahme der Bundesregierung ergibt sich, dass vor allem beabsichtigt war, entsprechende Handlungen künftig als Urkundsdelikte ahnden zu können. 33 Eine Privilegierung im Rahmen der Tötungsdelikte war also nicht beabsichtigt. Die Norm selbst dürfte allerdings in ihrer Anwendung noch recht viele Fragen aufwerfen. 34

(Susann Helmecke / Sjard Seeger)

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> So z.B. *Kudlich*, NJW 2013, 917, 918.

Zur Risikoerhöhungstheorie vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 88 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Dazu ausführlich *Bülte*, StV 2013, 749, 755 ff.

<sup>32</sup> Schroth, NStZ 2013, 437, 443 f.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BR-Drs. 4/14.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Siehe hierzu *Schroth*, MedR 2013, 645.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A versucht im Einverständnis mit B und in dessen Interesse selbstständig mehrere Gemälde, in einem Gesamtwert von 1,5 Millionen Euro, zu verkaufen.

Diese Bilder wurden einige Jahre zuvor dem Maler M gestohlen und sodann von B in Kenntnis des Diebstahls entgegengenommen. Nach dem

Tod des M beauftragte B den A, 13 dieser Bilder für ihn zu verkaufen. A hält es zwar für möglich, dass B nicht der Eigentümer der Bilder und auch nicht ihr rechtmäßiger Besitzer ist. Dies ist ihm jedoch aufgrund einer versprochenen Provision von 10% des Kaufpreises gleichgültig. A versucht verschiedene Abnehmer für die Gemälde zu finden, bleibt jedoch letztendlich erfolglos.

Das Landgericht verurteilt A wegen vollendeter Hehlerei. Hiergegen richtet sich A mit seiner Revision.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falles ist die Auslegung der Tatmodalität des Absetzens i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB². Hiermit verbunden ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Senat des BGH in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Strafsenats abweichen kann, da sich das Urteil des

### Februar 2014 Erfolgloser-Hehler-Fall

Hehlerei / Absatzerfolg / Anfragebeschluss § 259 StGB; § 132 GVG

### Leitsatz der Bearbeiter:

Die Tatbestandsmerkmale des Absetzens und des Absetzenhelfens i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB erfordern einen Absatzerfolg.

BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 – 3 StR 69/13; veröffentlicht in NStZ 2013, 584

LG in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung befindet.

Als Ausprägung des Rechtsstaatsgebots folgt aus dem Prinzip der Rechtssicherheit, dass die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewahrt werden muss. Folglich kann ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senates nicht ohne weiteres abweichen. Aus diesen Gründen schreibt § 132 GVG ein besonderes Verfahren vor.<sup>3</sup>

Unter folgenden Voraussetzungen muss dabei der Große Senat in Strafsachen, welcher gem. § 132 Abs. 5 S. 1 GVG aus dem Präsidenten des BGH und je zwei Richtern aus jedem Strafsenat besteht,<sup>4</sup> angerufen werden: Zunächst muss eine Divergenz gem. § 132 Abs. 2 GVG bestehen und sodann muss das Anfrageverfahren gem. § 132 Abs. 3 GVG durchgeführt werden. Eine Divergenz gem. § 132 Abs. 2 GVG besteht erstens, wenn die Abweichung eine Rechtsfrage, d.h. zum Beispiel die Auslegung einzelner Vorschriften und

2014

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die wesentlichen Probleme deutlicher hervorzuheben.

Alle folgenden Paragraphen ohne weiteren Vermerk sind solche des StGB.

Frister, in SK, StPO, 4. Auflage 2010 ff., § 132 GVG Rn. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Kissel/Meyer, GVG, 7. Auflage 2013, § 132 Rn. 6; Frister, in SK (Fn. 3), § 132 GVG Rn. 6.

Rechtsbegriffe,<sup>5</sup> betrifft.<sup>6</sup> Zweitens muss diese Rechtsfrage in einer vorangegangen Entscheidung von einem anderen Senat abweichend beantwortet worden sein.<sup>7</sup> Dritte Voraussetzung ist, dass die Rechtsfrage für beide Entscheidungen entscheidungserheblich ist bzw. gewesen ist.<sup>8</sup>

Das Anfrageverfahren gem. § 132 Abs. 3 GVG beginnt mit einem Anfragebeschluss bei den Senaten, von deren Entscheidungen abgewichen werden soll.9 Dies hat den Zweck, vorher zu klären, ob im Zeitpunkt der bevorstehenden Entscheidung überhaupt noch eine Divergenz zwischen den Senaten besteht.10 Halten die Senate, von deren Rechtsprechung abgewichen werden soll, nicht an ihrer früher vertretenen Rechtsansicht fest, so besteht keine Divergenz und mithin gibt es keinen Grund mehr für eine Anrufung des Großen Senats. Folglich kann der anfragende Senat eine Entscheidung im Sinne der von ihm vertretenen Rechtsauffassung erlassen. 11 Zu beachten ist jedoch, dass der Senat an die Rechtsansicht seines Anfragebeschlusses bunden ist, sobald die anderen Senate sich dieser angeschlossen haben. 12 Ansonsten würde möglicherweise wieder eine Divergenz bestehen.

Halten die Senate, bei denen angefragt wurde, jedoch an ihrer Rechtsauffassung fest, so entscheidet der anfragende Senat darüber, ob er an seiner abweichenden Ansicht festhält. Ist dies der Fall, so muss er die Vorlage an den Großen Senat beschließen.<sup>13</sup> Die Rücknahme einer Anfrage ist nur zulässig, wenn es auf die Entscheidung der Rechtsfrage nicht mehr ankommt.<sup>14</sup>

Im vorliegenden Fall beabsichtigt der dritte Strafsenat den Schuldspruch des LG dahingehend abzuändern, dass der Angeklagte lediglich wegen versuchter Hehlerei gem. § 259 Abs. 3 strafbar ist.

Eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat eines anderen liegt vor und die Gemälde sind zudem auch taugliche Tatobjekte einer Hehlerei. Ebenso ist unstreitig, dass die Tatmodalität des Absetzens einschlägig ist, da A selbstständig und im Interesse des Vorbesitzers die Gemälde wirtschaftlich verwerten wollte. 15 Problematisch ist nur, ob die Tatmodalität des Absetzens einen Absatzerfolg, d.h. die tatsächliche Weiterverschiebung Sache an einen Dritten, 16 erfordert. Diese Frage ist im vorliegenden Fall von erheblicher Relevanz. Denn ist ein solcher Absatzerfolg für den Tatbestand der vollendeten Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Voraussetzung, so wäre das Urteil des LG rechtsfehlerhaft. Die Problematik des Erfordernisses eines Absatzerfolges bei der Tatbestandsalternative des Absetzens gilt entsprechend für die Tatbestandsalternative des Absetzenhelfens.

Die für das Verfahren gem. § 132 GVG geforderten Voraussetzungen liegen demnach vor, da die ständige Rechtsprechung<sup>17</sup> einen Absatzerfolg bisher für nicht erforderlich gehalten hat und der dritte Strafsenat somit von einer bereits beantworteten und

Kissel/Meyer (Fn. 4), § 121 Rn. 21.

Frister, in SK (Fn. 3), § 132 GVG Rn. 17; Kissel/Meyer (Fn. 4), § 132 Rn. 19.

Frister, in SK (Fn. 3), § 132 GVG Rn. 14; Kissel/Meyer (Fn. 4), § 132 Rn. 19.

Frister, in SK (Fn. 3), § 132 GVG Rn. 18; Kissel/Meyer (Fn. 4), § 132 Rn. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. 1999, § 132 Rn. 6.

Hannich, in KK, StPO, 7. Aufl. 2013, § 132 GVG Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> *Kissel/Meyer* (Fn. 4), ξ 132 Rn. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Franke, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., § 132 GVG Rn. 21; Frister, in SK (Fn. 3), § 132 GVG Rn. 19; Kissel/Meyer (Fn. 4), § 132 Rn. 28.

Frister, in SK (Fn. 3), § 132 Rn. 20; Kissel/Meyer (Fn. 4), § 132 Rn. 28.

Hannich, in KK (Fn. 10), § 132 GVG Rn. 14 f.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Vgl. zur Definition des Absetzens *Maier*, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 259 Rn. 109.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Berz*, Jura 1980, 57, 64.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BGHSt 29, 239, 241 f.; 27, 45, 49 ff.

entscheidungserheblichen Rechtsfrage abweichen möchte.

Der Ursprung dieser Rechtsprechung lässt sich auf das RG zurückführen, welches entschied, dass ein Absatzerfolg nicht nötig sei. Bereits das Mitwirken zum Absatz sei ausreichend, um den Tatbestand der Hehlerei zu erfüllen.

Das RG stütze seine Entscheidung dabei nicht zuletzt auf den Wortlaut der damaligen Norm (§ 259 StGB a.F.), der "zu deren Absetzen bei anderen mitwirkt" lautete. Die Formulierung der alten Fassung weicht damit von der heutigen ab. Auch die damals noch fehlende Versuchsstrafbarkeit wies das RG als Grund für seine Entscheidung aus.<sup>18</sup>

Aber auch nachdem die heutige Fassung des § 259 ("absetzt oder absetzen hilft") am 1.1.1975 in Kraft getreten und bereits am 15.6.1943 die Versuchsstrafbarkeit eingeführt worden ist, hielt die Rechtsprechung weiterhin daran fest, dass es zur Vollendung des Delikts nicht auf einen erfolgreichen Absatz ankomme. 19 Vielmehr genüge jede "vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter in seinen Bemühungen um wirtschaftliche Verwertung der 'bemakelten' Sache zu unterstützen"20. Als Grund hierfür führte die Rechtsprechung in erster Linie an, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 259 nichts an der bisherigen Rechtsprechung habe ändern wollen.<sup>21</sup>

Dieser ständigen Rechtsprechung steht die "Erfolgstheorie" der herrschenden Lehre gegenüber.<sup>22</sup> Die Literatur sieht die Auslegung des § 259 durch die Rechtsprechung als nicht vereinbar mit dem Wortlaut der Norm an. Nach dem alltäglichen Sprachgebrauch erfasse das Wort "absetzen" nur einen tatsächlich bewirkten Absatzerfolg. Da die Grenze der Auslegung gem. Art. 103 Abs. 2 GG im Wortsinn der jeweiligen Norm läge, sei eine darüber hinausgehende Auslegung nicht zulässig. Zudem sei der Tat bei Nichtvorliegen eines Absatzerfolges durch die Strafbarkeit des Versuchs gem. § 259 Abs. 3 ausreichend Rechnung getragen. Abs. 3 ausreichend Rechnung getragen.

Die Rechtsprechung führte hiergegen neben dem Willen des Gesetzgebers u.a. an, dass unter "Absetzen" rein sprachlich auch die "darauf gerichtete Tätigkeit" verstanden werden kann.<sup>25</sup> Zudem spreche gegen die Erfolgstheorie, dass die rechtswidrige Besitzposition nicht erst in der Hand des Erwerbers, sondern schon in der Hand des Absetzenden perpetuiert werde.<sup>26</sup> Darüber hinaus würde die Erfolgstheorie zu Strafbarkeitslücken führen und es sei daher kriminalpolitisch vorzugswürdig, so viele Absatzbemühungen wie möglich, die weder unter die Versuchsstrafbarkeit noch unter die Sichverschaffensalternative fallen, zu bestrafen.<sup>27</sup> Zum Beispiel würde das Anbringen von unechten Kennzeichen an ein gestohlenes Fahrzeug, um es für den Vorbesitzer zu veräußern, nicht ausreichen um ein unmittelbares Ansetzen zu den.<sup>28</sup> Der BGH hat jedoch eine Strafbarkeit in solch einem Fall bejaht, da er, wie oben erläutert, jede vorbereitende Tätigkeit genügen lässt.<sup>29</sup>

Hiergegen wird jedoch wiederum von der Literatur neben dem gewichtigen Wortlautargument eingewendet, dass es zu Wertungswidersprüchen

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> RGSt 56, 191.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BGH NJW 1990, 2897, 2898.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2000, 266.

BGHSt 26, 358, 360f.; Amtl. Begr. zum Entwurf eines EGStGB BT-Drs. 7/550 S. 252 f.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 36. Aufl. 2013, Rn. 863.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> *Maier*, in MüKo (Fn.15), § 259 Rn. 105 f.

Freund/Bergmann, JuS 1991, 501, 504; Zöller/Frohn, Jura 1999, 378, 383.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> *Maier*, in MüKo (Fn. 15), § 259 Rn. 105. <sup>25</sup> BGHSt 27 45 50: Wessels/Hillenkami

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BGHSt 27, 45, 50; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 21), Rn. 863.

Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), Rn. 863.
 Berz, Jura 1980, 57, 65; Zöller/Frohn, Jura 1999, 378, 383.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Berz*, Jura 1980, 57, 65.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH NJW 1978, 2042.

kommen würde. Denn durch eine vorverlagerte Vollendungsstrafbarkeit im Falle der Absatzhilfe wäre ein Rücktritt mit strafbefreiender Wirkung praktisch ausgeschlossen, während beim Verschaffen zugunsten eines Dritten, welches in systematischer Nähe zum Absetzen stehe,30 die Rücktrittsoption bis zur Erlangung der Sache durch diesen Dritten möglich sei.<sup>31</sup> Dies liegt daran, dass bei der Tatbestandsalternative des Verschaffens für die Vollendung stets ein Erfolg vorausgesetzt ist.32 Es würde somit jeder Anreiz ausgeschlossen, vor Erreichung des Absatzerfolges noch strafbefreiend zurückzutreten (Gedanke der goldenen Brücke<sup>33</sup>).<sup>34</sup> Darüber hinaus würde die Versuchsstrafbarkeit völlig leerlaufen.35

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Im vorliegenden Beschluss ist der dritte Strafsenat der Auffassung, dass die Tatbestandsalternative des Absetzens oder Absetzenhelfens einen Absatzerfolg voraussetzt. Bei seiner Urteilsfindung argumentiert er mithilfe der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden und führt folgende Gründe für seine Rechtsauffassung an: Zunächst argumentiert er mit dem Wortlaut. Denn "schon der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen" 36. Der Begriff des Absetzens stamme aus dem Verkehr unter Kaufleuten und kein Kaufmann würde von einem erfolgreichen Absetzen der Ware sprechen, wenn es sich lediglich um vergebliche Verkaufsbemühungen handele.<sup>37</sup> Diese sprachliche Unterscheidung zwischen Absetzen (bei dem ein Erfolg vorausgesetzt wird) und bloßen Verkaufsbemühungen unterstützt der BGH mit einem **historischen Argument**. Das RG sei nämlich von dem gleichen Verständnis ausgegangen, da es den Verzicht des Absatzerfolges allein aus der Handlungsformulierung des Mitwirkens hergeleitet habe.<sup>38</sup>

Weiter argumentiert der dritte Senat, dass es bei systematischer Auslegung wenig sinnvoll erscheine, für die Tatbestandsalternative des Ankaufens und des sonstigen Sich-Verschaffens einen Erfolg zu fordern, für die Tatbestandsalternative des Absetzens und der Absatzhilfe dagegen nicht. Insbesondere würde dies bei der Variante der Absatzhilfe deutlich. Diese stelle "eigenständige, täterschaftliche Tatbestandsalternative"39 dar, da die Absatzbemühungen des Vortäters nicht § 259 unterfallen würden und somit keine taugliche Vortat vorläge. Somit stehe im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers dem Absatzhelfer bereits keine obligatorische Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 zu. Ohne das Erfordernis eines Absatzerfolges würde dem Absatzhelfer zudem ohne nachvollziehbaren Grund auch eine Strafrahmenverschiebung gem. § 23 Abs. 2 S. 2 genommen werden.<sup>40</sup>

Weiterhin entkräftet der dritte Senat das Gegenargument, die einzelnen Stadien der auf Absatz zielenden Tätigkeiten seien anders als beim Sich-Verschaffen einer klaren Abgrenzung nicht zugänglich, damit, dass durch das Erfordernis eines Absatzerfolges gerade eine klare Abgrenzung zwischen den Stadien vor und nach Vollendung möglich werde. Ebenfalls spreche für die Notwendigkeit eines Absatzerfolges, dass bisher die Versuchstrafbarkeit im

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Zöller/Frohn*, Jura 1999, 378, 383.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> *Zöller/Frohn*, Jura 1999, 378, 383; im Erg. auch *Roth*, JA 1988, 193, 204.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Zöller/Frohn*, Jura 1999, 378, 383.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 760.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> BGH NJW 1990, 2897; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2009, § 39 Rn. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> *Berz*, Jura 1980, 57, 65.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGH NStZ 2013, 584, 585.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BGH NStZ 2013, 584, 585.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BGH NStZ 2013, 584, 585; so auch schon RGSt 5, 241, 242f.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BGH NStZ 2013, 584, 585.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Vgl. hierzu und im folgenden BGH NStZ 2013, 584, 586.

Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe leerlaufen würde. Das Argument, Strafbarkeitslücken entstehen dass würden, weist der dritte Senat damit zurück, dass, soweit der Täter zum Absetzen (bzw. zur Absatzhilfe) unmittelbar angesetzt habe, die Versuchsstrafbarkeit greifen würde. In den Fällen, in denen die Versuchsstrafbarkeit entfallen würde, sei dies aber der Wille des Gesetzgebers und zudem sei "die Schließung Strafbarkeitslücken von nicht Sache der Rechtsprechung, sondern die der Gesetzgebung"<sup>41</sup>.

Ferner spreche auch der **Sinn und Zweck** des § 259 für das Erfordernis eines Absatzerfolges. Dieser liege in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage. Eine Vollendungsstrafbarkeit könne sinnvollerweise daher auch erst vorliegen, wenn die Weiterverschiebung abgeschlossen sei.

Zuletzt stehe auch der Wille des Gesetzgebers dem Erfordernis eines Absatzerfolges nicht entgegen. Zwar habe der Gesetzgeber nichts an der früheren Rechtslage ändern wollen, jedoch ließe sich daraus nicht schließen, dass er die bisherige Auslegung durch die Rechtsprechung festschreiben wollte, zumal sich diese von Beginn an systematischer und teleologischer Kritik ausgesetzt sah.

Die anderen Strafsenate haben bereits beschlossen, dass sie nicht an ihrer bisherigen Rechtsaufassung festhalten, sodass nun Einigkeit über das Erfordernis eines Absatzerfolgs für die Tatbestandsalternativen des Absetzens und Absetzenhelfens besteht. Folglich kommt es nicht zu einer Anrufung des Großen Senats.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Fazit sowohl für die Ausbildung als auch für die Praxis ist, dass sich ein jahrelanger Streit zwischen Rechtsprechung und Literatur über die Auslegung der Tatbestandsalternativen des Absetzens und Absetzenhelfens mit den Beschlüssen der anderen Senate, nicht an der bisherigen Rechtsauffassung festzuhalten, gelegt hat. Studierende sollten somit fortan zwar noch kurz den Streit erwähnen, können sich jedoch mit zwei oder drei Argumenten der Meinung der Literatur sowie der heutigen Rechtsprechung anschließen. In den kommenden Jahren wird die Auseinandersetzung mit dem Streit aber fortwährend an Bedeutuna verlieren.

Ferner sind nun die allgemeinen Regeln der Versuchsstrafbarkeit bei der Hehlerei anzuwenden, da durch das Erfordernis eines Absatzerfolges Versuch und Vollendung klar voneinander abgetrennt werden können. Hat der "Täter" die Ware noch nicht abgesetzt, sondern sich lediglich erfolglos darum bemüht, liegt eine Vollendung mangels Absatzerfolg noch nicht vor. Mithin ist nach den allgemeinen Regeln der Versuchsstrafbarkeit zu prüfen, ob der "Täter" gem. § 22 unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt insbesondere ob er die "Schwelle zum jetzt geht's los" bereits überschritten hat. Allerdings müsste dann in Zukunft noch geklärt werden, wann genau dieser Zeitpunkt vorliegt. Für eine Versuchsstrafbarkeit wird wohl mindestens eine Handlung nötig sein, die Außenwirkung entfaltet. Das reine Lesen von Anzeigen, die Suche nach potentiellen Abnehmern, sowie das Anfertigen von Bildern der Ware werden hierfür noch nicht genügen.

Darüber hinaus könnten "Täter" dazu veranlasst werden, die Vollendung zu verhindern, da sie noch strafbefreiend zurücktreten können (Idee der goldenen Brücke). Dies erscheint kriminalpolitisch vorzugswürdig.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BGH NStZ 2013, 584, 586.

BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 ARs 6/13; BGH, Beschluss vom 15. August 2013 – 2 ARs 299/13; BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013 – 4 ARs 7/13; BGH, Beschluss vom 20. August 2013 – 5 ARs 34/13.

#### 5. Kritik

Der Beschluss des dritten Strafsenats ist äußerst begrüßenswert und findet sicherlich regen Zuspruch in der Literatur, da sich der BGH nunmehr in Einklang mit der herrschenden Meinung der Literatur befindet. Überaus überzeugend und lehrbuchartig argumentiert der dritte Strafsenat, warum ein Absatzerfolg erforderlich ist. Mithilfe der klassischen vier Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung) analysiert er § 259 und begründet somit seine These.

Der Senat kommt in seinem Beschluss nicht nur zu einem nachvollziehbaren und juristisch äußerst sauber argumentierten Schluss, sondern er verdeutlicht, wie hilfreich es – auch für Studierende in einer Klausur – ist, diese vier Auslegungsmethoden zu beherrschen. Sie geben allgemeine Regeln vor, welche für die Anwendung von Gesetzen auf Sachverhalte gelten und stärken mithin nicht nur das Gesetzlichkeitsprinzip, 45 sondern helfen auch dabei, Gesetze richtig anzuwenden.

Die Auslegung nach dem Wortlaut beispielsweise soll dazu dienen, dass zunächst eine Orientierung am Wortsinn der Norm stattfindet, also danach was im allgemeinen Sprachgebrauch unter einem bestimmten Wort zu verstehen ist. Erst bei unpräzisen Begriffen soll dann auf eine juristische Interpretation zurückgegriffen werden. Dies dient vor allem dem Zweck, dass jeder Bürger die Norm verstehen kann.<sup>46</sup> Weiterhin gebietet die systematische Auslegung von Normen, diese nicht nur isoliert, sondern als Teil eines ganzen Rechtssystems zu betrachten.<sup>47</sup> Hilfreich hierfür können schon der äußere Aufbau eines Gesetzes sowie die Einordnung der Norm in ein Teilgebiet sein. Häufig lässt sich so auch das Schutzgut der Norm ermitteln.<sup>48</sup>

Wer neben der teleologischen Auslegung diese beiden Auslegungsmethoden beherrscht und anzuwenden weiß, dem wird es in der Regel auch in einer Klausur nicht schwer fallen, sich mit unbekannten Normen zu beschäftigen. Die durch die Auslegungsmethoden vorgegebenen Herangehensweisen bieten nicht nur eine Orientierung beim Arbeiten mit einer Norm, sondern werden in den meisten Fällen auch zu einem tieferen Verständnis derselben führen. Wer eine Norm dann durchdrungen hat, dem wird es später auch regelmäßig keine Probleme bereiten, diese richtig anzuwenden.

Wegen dieser sauberen und ordentlichen Begründung empfiehlt es sich auch für Studierende, den Beschluss zu lesen, zumal er relativ kurz und übersichtlich ist. Er vermittelt das juristische Handwerkszeug, welches auch von Studierenden in einer Klausur erwartet wird.

Zum Beschluss des dritten Strafsenats ist jedoch auch anzumerken, dass die Sachverhaltsschilderung leider etwas knapp geraten ist und für die Begründung des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung zu wenige Anhaltspunkte bietet. Wenn mangels eines Absatzerfolges der Tatbestand der Hehlerei nicht vollendet wurde, so bedarf es einer weiteren Prüfung, ob ein Versuch vorliegt. Denn die Versuchsstrafbarkeit folgt nicht zwangsläufig daraus, dass eine Vollendungsstrafbarkeit ausscheidet. Die anschließende zwingende Versuchsprüfung wird im Beschluss des dritten Strafsenats nicht angesprochen. Vielmehr geht der Senat ohne nähere Erläuterung von einem Versuch aus. Der Versuch mag zwar im vorliegenden Fall gegeben sein, bedarf aber trotzdem einer Begründung.

(Sonia Krogmann / Fabius Wittmer)

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> So schon *Jäger*, JA 2013, 951; *Jahn*, JuS 2013, 1044.

<sup>44</sup> *Hassemer/Kargl*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 104 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> *Hassemer/Kargl* (Fn. 44), § 1 Rn. 104.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> *Hassemer/Kargl* (Fn. 44), § 1 Rn. 106a.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Hassemer/Kargl (Fn. 44), § 1 Rn. 107.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> *Hassemer/Kargl* (Fn. 44), § 1 Rn. 107a.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A und B sind auf dem Weg zur Wohnung des Vaters des A, um sich mit C und D zu treffen. Kurz bevor sie die Wohnung erreichen, begegnet ihnen O mitsamt fünf weiteren Personen. Die streitlustige Gruppe ist alkoholisiert und beschimpft A und B als "Hurensöhne". B gibt ihnen zu verstehen, dass man wenige Minuten abwarten solle, dann "würden sie schon sehen".

A und B begeben sich in die Wohnung und B berichtet C und D, dass

sie auf der Straße "angemacht" worden seien. Draußen warte eine aggressive Gruppe und man solle gemeinsam nach unten gehen. Zunächst gibt sich A abgeneigt, doch schließlich ergreift er zwei Küchenmesser und übergibt diese an B und D.

Auf der Straße liefern sich die Gruppen zunächst ein Wortgefecht. In der Zwischenzeit trennen sich einzelne Personen aus den jeweiligen Gruppen heraus. Es kommt erneut zu Beleidigungen zwischen B und zwei Mitgliedern der Gruppe des O, bei denen B das Küchenmesser zur Drohung einsetzt. Diverse Anwesende schubsen einander, wobei sowohl D als auch O zu Boden gehen. Der sich gegen die Gewalt sträubende A steht zunächst abseits und versucht dann den D vom Geschehen zurückzuhalten. Dies gelingt jedoch nicht. Vielmehr prügelt sich D schließlich heftig mit O.

### März 2014 **Straßenauseinandersetzungs-Fall**

Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale Schlägerei und Beteiligung

§ 231 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Eine Schlägerei nach § 231 StGB liegt bei gegenseitigen Körperverletzungen mindestens dreier Personen vor.
- 2. Auch körperliche Auseinandersetzungen in mehreren Zweier-Konstellationen können eine Schlägerei konstituieren, sofern sie in der Zusammenschau ein einheitliches Geschehen bilden.

BGH, Urteil vom 19. Dezember 2013 – 4 StR 347/13; veröffentlicht in NStZ 2014, 147.

B, C und D verlässt der Mut und sie ergreifen die Flucht in Richtung eines nahegelegenen Spielplatzes und lassen A alleine zurück. Beim Weglaufen drückt D dem A noch sein Küchenmesser in die Hand.

Nach einem nicht eindeutig zuzuordnenden Flaschenwurf in Richtung des O, bewegt sich die Gruppe des O auf A zu. O versetzt dem A zwei Schläge und Tritte. A führt daraufhin das Messer einmal zwecks Verteidigung mit iedenfalls bedingtem Körperverletzungsvorsatz ziellos nach vorne in die Richtung des O und trifft diesen im Halsbereich. O erliegt später der 11 cm tiefen Stichverletzung. Das Landgericht hat A wegen § 231 StGB<sup>2</sup> verurteilt, vom Vorwurf des § 227 hingegen freigesprochen. Die Revision des A sowie die der Nebenklage rügen jeweils die Verletzung materiellen Rechts.

U3 2014

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die wesentlichen Probleme deutlicher hervorzuheben.

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

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zunächst ergeben sich einige "klassische" Probleme, was die Strafbarkeit des A wegen des Messerstichs an sich betrifft. Der Messerstich könnte als Totschlagshandlung nach § 212 gewertet werden, sofern ein entsprechender Tötungsvorsatz nachzuweisen wäre. Nach den Feststellungen des Landgerichts handelte A nur mit bedingtem Verletzungs-, nicht aber mit Tötungsvorsatz. Jedenfalls stellt sich die Frage, ob A hierbei in Notwehr nach § 32 gehandelt hat.

Das zentrale Problem des Falls ist jedoch, ob eine Schlägerei i.S.d. § 231 Abs. 1 vorliegt. Nach dieser Vorschrift ist strafbar, wer sich an einer Schlägerei oder einem von mehreren verübten Angriff beteiligt, sofern dabei der Tod oder eine schwere Körperverletzung nach § 226 verursacht wird.

Nach h.M. handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das die generelle Gefährlichkeit von Gruppengewalttätigkeit unter Strafe stellt.<sup>3</sup> Da bei körperlichen Auseinandersetzungen zwischen mehr als zwei Personen regelmäßig Unübersichtlichkeit herrscht, stellt die Vorschrift praktisch eine "materiellrechtlich formulierte Beweiserleichterung" dar.<sup>4</sup>

Der **objektive Tatbestand** verlangt zunächst nur die Beteiligung des Täters an einer Schlägerei oder an einem Angriff mehrerer.

Eine **Schlägerei** ist eine mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundene Auseinandersetzung, an der gleichzeitig mehr als zwei Personen aktiv mitwirken.<sup>5</sup> Eine körperliche Auseinandersetzung zwischen zwei Personen wird zur Schlägerei, wenn eine dritte Person hinzutritt und auf einen der bei-

den einschlägt.<sup>6</sup> Wenn sich der Dritte jedoch lediglich auf das Anfeuern, also eine bloße psychische Beteiligung, beschränkt, vermag dies keine Schlägerei zu konstituieren.<sup>7</sup> Ebenso verliert eine tätliche Auseinandersetzung zwischen drei Personen ihren Charakter als Schlägerei wieder, wenn ein Beteiligter sich entfernt.<sup>8</sup>

Teilweise wird vertreten, dass im Lichte des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG eine Schlägerei i.S.d. Tatbestandes nur dann vorliegen kann, wenn auch tatsächlich geschlagen wird. Überwiegend soll jedoch jede andere beliebige Körperverletzung ausreichen. So hat auch das Reichsgericht bereits im Jahr 1899 entschieden, dass Körperverletzungen durch das Werfen von Steinen für eine Schlägerei genügen. 11

Zu einer klassischen Massenschlägerei ist es nicht gekommen. Vielmehr beleidigten und schubsten sich die Beteiligten. Eine tätliche körperliche Auseinandersetzung führten nur D und O. Zwischenzeitlich verließen B, C und D den Ort des Geschehens. Kurze Zeit später kam es dann zum tödlichen Messerstich des A. Im Fall wird darauf einzugehen sein, ob solche Tätlichkeiten, die nach Feststellung des Gerichts zwischen jeweils nur zwei Personen und zeitlich versetzt stattfinden, ein einheitliches Tatgeschehen zur Konstituierung einer Schlägerei i.S.d. Tatbestandes bilden.

So liegt auch eine Schlägerei vor, wenn in gewissem Abstand jeweils zwei Personen miteinander kämpfen, aber dennoch ein enger innerer Zusammenhang zwischen den Zweikämpfen be-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> BGHSt 33, 100, 103; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 231 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Paeffgen, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 231 Rn. 2.

Kindhäuser, BT I, 6. Aufl. 2014, § 11 Rn 3.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGH GA 1960, 213.

Stree/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 231 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> *Henke*, Jura 1985, 585, 586.

Hohmann, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 231 Rn. 8.

Hirsch, in LK, StGB, 11. Auflage 1998 ff., § 231 Rn. 4; Stree/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 231 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> RGSt 32, 33 f.

steht, weshalb eine Aufspaltung in jeweils separate Auseinandersetzungen nicht sachgemäß wäre.<sup>12</sup>

Die zweite Alternative des § 231 Abs. 1 verlangt einen von mehreren verübten Angriff. Relevant wird diese Variante nur dann, wenn keine wechselseitigen körperlichen Auseinandersetzungen stattfinden. 13 Das ist der Fall, wenn ein von mindestens zwei Personen angegriffenes Opfer sich entweder nicht wehrt oder sich auf Schutzwehr beschränkt, da dann mangels wechselseitiger Tätlichkeiten keine Schlägerei gegeben ist.

An einer Schlägerei beteiligt sich, wer am Tatort anwesend ist und an der Aggression aktiv Anteil nimmt. 14 In erster Linie kann dies durch die Ausübung physischer Gewalt geschehen. Rechtsprechung und weite Teile der Literatur lassen aber – anders als bei der Frage, ob überhaupt eine Schlägerei vorliegt auch eher unterstützende Beiträge, wie anfeuernde Zurufe oder ein wirksames Abhalten von Hilfe, für eine täterschaftliche Beteiligung an einer bereits stattfindenden Schlägerei genügen. 15 Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes ist zumindest ein bedingter Vorsatz erforderlich.<sup>16</sup>

Wichtig für das Verständnis von § 231 sind Bedeutung und dogmatische Behandlung der schweren Folge (Tod oder schwere Körperverletzung). Die Mitwirkung als solche an einer Schlägerei wird nämlich erst bestraft, wenn es zu einer der beiden genannten schweren Folgen bei einem Beteiligten oder auch einem Außenstehenden<sup>17</sup> kommt. Damit stellen diese kein gewöhnliches Tatbestandsmerkmal dar, auf das sich

dann der Vorsatz gem. § 15 beziehen müsste. Andernfalls liefe nämlich der Anwendungsbereich der Norm gerade bei verabredeten, in einem Mindestmaß regulierten Schlägereien leer, denn die Mitwirkenden würden wohl vortragen, den Eintritt der schweren Folge keinesfalls gebilligt zu haben. Konzeptuell handelt es sich bei der schweren Folge nach h.M. um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, auf die sich Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld nicht erstrecken müssen. 18 Dem Einzelnen muss die schwere Folge nicht kausal und objektiv zugerechnet werden, es muss nur ein Kausalzusammenhang zur Schlägerei insgesamt bestehen.<sup>19</sup>

In zwei Konstellationen wird über die Auslegung der schweren Folge diskutiert: Zum einen stellt sich die Frage, ob auch derjenige nach § 231 zu bestrafen ist, bei dem die schwere Körperverletzung eintritt (der Tod scheidet in dieser Variante logischerweise aus). Ganz überwiegend wird eine Strafbarkeit auch des Verletzten unter dem Hinweis auf den klaren Wortlaut und den Zweck der Norm (Schutz vor Gefahren einer Schlägerei) bejaht.<sup>20</sup> Allerdings kann hier einzelfallabhängig nach § 60 von Strafe abgesehen werden. Sehr umstritten ist zum anderen vor allem ein zweiter Fall: Liegt eine Strafbarkeit nach § 231 auch dann vor, wenn die schwere Folge nachweislich zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem der Täter entweder nicht mehr oder noch nicht beteiligt war?<sup>21</sup> Während es vor allem die Rechtsprechung für irrelevant hält, wann genau die schwere Folge im Laufe einer Schlägerei eingetreten ist<sup>22</sup>, wird vielfach gefordert, jedenfalls den

<sup>. .</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BGH NStZ 1997, 402, 403; Fischer (Fn. 3), § 231 Rn. 2; Paeffgen, in NK (Fn. 4), § 231 Rn. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> *Hohmann*, in MüKo (Fn. 9), § 231 Rn 13.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Fischer (Fn. 3), § 231 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> BGHSt 15, 369, 371; Hirsch, in LK (Fn. 10), § 231 Rn. 7; a.M. Paeffgen, in NK (Fn. 4), § 231 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Hohmann*, in MüKo (Fn. 9), § 231 Rn. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Fischer (Fn. 3), § 231 Rn. 5.

Statt vieler Fischer (Fn. 3), § 231 Rn. 5 m. w. N. und zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Figur.

Darüber hinaus für die Anwendung der objektiven Zurechnungskriterien Hardtung, JuS 2008, 1060, 1064 f.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGHSt 33, 100, 104; *Fischer* (Fn. 3), § 231 Rn. 6; a.M. *Hirsch*, in LK (Fn. 10) § 231 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 5), § 11 Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BGHSt 14, 132; 16, 130, 132.

nachträglich Hinzutretenden nicht zu bestrafen. Denn anders als der vor dem Eintritt der schweren Folge Aussteigende habe der erst später Hinzukommende zur Gefahrschaffung in keiner Form abstrakt beigetragen.<sup>23</sup>

Die **Rechtswidrigkeit** der Tat kann nicht durch Einwilligung aller involvierten Personen ausgeschlossen werden, weil wegen der generellen Gefährlichkeit von Schlägereien kein der Dispositionsfreiheit des Einzelnen unterliegendes Rechtsgut betroffen ist und sich bereits die Einwilligung in tötungstaugliche vorsätzliche Handlungen Dritter wegen § 216 verbietet. Ebenso sind die Grenzen einer einverständlichen Selbstgefährdung wegen der mangelnden Beherrschbarkeit überschritten.<sup>24</sup>

Nach § 231 Abs. 2 entfällt die Strafbarkeit<sup>25</sup>, wenn man an der Schlägerei bzw. dem Angriff beteiligt war, ohne dass einem dies vorzuwerfen ist. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn zugunsten des Täters im Hinblick auf das gesamte Geschehen ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund eingreift. Ist jedoch nur eine Teilhandlung gerechtfertigt oder entschuldigt, kann nur deren Strafbarkeit entfallen, wohingegen diejenige bezüglich § 231 bestehen bleibt.<sup>26</sup>

Der Fall erweist sich hinsichtlich der objektiven Bedingung der Strafbarkeit als unproblematisch: O ist gestorben und ob A bezüglich der Todeshandlung gerechtfertigt ist, ist im Hinblick auf § 231 unerheblich. Zu erörtern ist dagegen, ob überhaupt eine Schlägerei vorlag, an der sich A beteiligt hat.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält zunächst eine Verurteilung des A wegen des Messerstichs nach § 212 nicht für eindeutig ausge-

schlossen und mahnt eine fundiertere Vorsatzprüfung an.<sup>27</sup> Gerade der bloße Hinweis auf eine erhöhte Tötungshemmschwelle vermöge kein argumentatives Gewicht zu entfalten.<sup>28</sup> Vorrangig beanstandet das Gericht die Annahme, die Handlung sei durch Notwehr nach § 32 gerechtfertigt. Die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ließen nicht den sicheren Schluss zu, dass der Messerstich eine nach § 32 Abs. 2 erforderliche Notwehrhandlung darstellte, da A dem O nicht vorher mit dem Einsatz des Messers drohte.<sup>29</sup> Zudem wird auf eine mögliche Einschränkung des Notwehrrechts des A mangels Gebotenheit (Fallgruppe: Notwehrprovokation) hingewiesen.30

Der BGH weist die Ansicht des Landgerichts zurück, A habe sich von Beginn an psychisch an einer Schlägerei beteiligt und der Messerstich stünde hierzu in hinreichendem Zusammenhang.<sup>31</sup> Aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils ergäbe sich nicht, dass es im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens zu Tätlichkeiten unter mindestens drei Personen gekommen ist.<sup>32</sup>

Der Nachweis wechselseitiger Körperverletzungen konnte zunächst nur im Hinblick auf den Zweikampf zwischen O und D erbracht werden. Ansonsten sei es nur zu Schubsereien zwischen diversen Gruppenmitgliedern und verbalen Auseinandersetzungen zwischen B und zwei Mitgliedern der Gruppe des O gekommen, wobei B sein Küchenmesser zur Drohung eingesetzt habe. Dies seien keine als Tätlichkeiten zu qualifizierenden Handlungen.<sup>33</sup> Auch dass D und O im Rahmen der Schubsereien zu Boden gingen, lasse nicht den eindeutigen Schluss auf beigefügte Körperverletzungen zu. Der Flaschenwurf sei schließlich keine schlägerei-

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Hirsch, in LK (Fn. 10), § 231 Rn. 8; Paeffgen, in NK (Fn. 4), § 231 Rn. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> *Paeffgen,* in NK (Fn. 4), § 231 Rn. 13.

Die dogmatische Einordnung der Vorschrift ist streitig; vgl. Hohmann, in Mü-Ko (Fn. 9), § 231 Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> *Hohmann*, in MüKo (Fn. 9), 231 Rn. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BGH NStZ 2014, 147, 149 Rn. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> So auch jüngst BGHSt 57, 183, 190 f.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH NStZ 2014, 147, 149 Rn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH NStZ 2014, 147, 149 Rn. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BeckRS 2014, 01026 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> BGH NStZ 2014, 147, 148 Rn. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGH NStZ 2014, 147, 148 Rn. 14.

konstitutive Handlung, da es auch möglich sei, dass dieser von D und mithin nicht von einer dritten Person vorgenommen wurde.

Der BGH moniert ferner, dass eine Nachprüfung dahingehend unterblieben ist, ob ein einheitliches Gesamtgeschehen bis zum Ende vorlag, das nötig wäre, um die Konfrontation zwischen A und O (noch) als Teil einer Schlägerei zu werten.

Die Revision des A hat damit Erfolg und der BGH verweist die Sache zwecks neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurück. Ausdrücklich wird dabei nicht ausgeschlossen, dass es im Lichte weiterer Tatsachenfeststellungen doch noch zu einer Verurteilung des A wegen Beteiligung an einer Schlägerei kommen könnte.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil bietet Studierenden Gelegenheit, sich Struktur und Probleme von § 231 zu vergegenwärtigen.<sup>34</sup> Wichtig ist zunächst ein korrekter Prüfungsaufbau. Die schwere Folge ist als objektive Bedingung der Strafbarkeit erst nach dem subjektiven Tatbestand (oder alternativ nach der Schuld) anzusprechen. Aber auch schon im Tatbestand ist Vorsicht geboten, voreilig eine Auseinandersetzung unter mehreren Personen als Schlägerei zu bewerten.

Der bloße Hinweis auf ein vermeintlich zusammenhängendes Geschehen ohne die detaillierte Feststellung von tätlichen wechselseitigen Verletzungen mindestens dreier Personen soll gerade nicht ausreichen. Vielmehr wird es – bei richterlicher Prüfung als auch in der Klausur gleichermaßen – darauf ankommen die jeweiligen Einzelakte genau zu untersuchen, um zu ermitteln, ob diese ein taugliches tatbestandliches

Handeln darstellen und in einem ausreichenden räumlich-zeitlichen Zusammenhang stehen, um den Schluss auf ein einheitliches Gesamtgeschehen und mithin eine Schlägerei zu ziehen.

Präzision ist vor allem gefragt, die Schubsereien nicht als Schlägerei zu werten, da es zu erheblichen Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens i.S.v. § 22335 nachweislich nur bei zwei Anwesenden (O und D) gekommen ist. Der Flaschenwurf hätte dann als Tätlichkeit einer dritten Person und möglicherweise als Bindeglied der Handlungskomplexe beiden können, allerdings nur, sofern ihn B oder C als dritte Tatbeteiligte getätigt hätten, was so (bisher) nicht festgestellt werden konnte. Hier steckt der Teufel tatsächlich im Detail.

Schließlich darf im zweiten Teil des Geschehens kein Angriff mehrerer angenommen werden. Dieser scheitert bereits an der aktiven Verteidigung des A, weil er sich weder den Tätlichkeiten entzog noch reine Schutzwehr übte.

Wenn letztlich Zweifel bestehen, ob die für die schwere Folge ursächliche Handlung im Rahmen einer Schlägerei begangen wurde, ist § 231 in dubio pro reo nicht anwendbar.<sup>36</sup>

#### 5. Kritik

Das Urteil des BGH erscheint begrüßenswert, doch wirft es gleichzeitig auch Fragen auf.

Der 4. Strafsenat ist insoweit konsequent, als dass er die Voraussetzungen des § 231 minutiös überprüft und deren Vorliegen einfordert. Die Entscheidung stellt eine deutliche Positionierung dar und schiebt einer laschen Handhabung der Vorschrift durch Gerichte der unteren Instanzen einen Riegel vor.

Zur Einordnung des Urteils lohnt zunächst nochmal ein Blick auf die

<sup>35</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 223 Rn. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Zu einer Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 231 im Rahmen der Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen nach § 228 vgl. *Epik/Krey*, famos 5/2013, S. 5 f.

<sup>36</sup> Stree/Sternberg-Lieben, in Schönke/ Schröder (Fn. 7), § 231 Rn. 2.

Zwecke, die man § 231 primär zuschreibt.<sup>37</sup>

Konsequent erschiene das Urteil besonders, wenn man mit weiten Teilen der Literatur fordert, dass die an einer Schlägerei Beteiligten auch die Wegbereiter der schweren Folge seien müssen. Zwar muss ihnen auch nach dieser Lesart keine kausale Verursachung nachgewiesen werden, doch müssen sie im Rahmen einer Schlägerei zumindest abstrakt zum Eintritt der schweren Folge beigetragen haben. Von dieser Annahme ausgehend wird nicht bestraft, wer sich nachweislich erst nach Eintritt des Todes oder der schweren Körperverletzung an der Schlägerei beteiligt. 38

A und auch wenigstens D als potenziell weiterer Beteiligter wären somit nämlich nur dann nach § 231 zu bestrafen, wenn sie für den Tod des O praktisch den Grundstein gelegt hätten, indem sie an einer Schlägerei mitwirkten und somit nicht ausschließbar ursächlich für die Folge geworden sein könnten. Dann wäre es angebracht, neben der Bestrafung für den eigentlichen Messerstich auch eine Vorfeldstrafbarkeit über § 231 anzunehmen.

Wenn man jedoch mit der Rechtsprechung jegliches Erfordernis einer Mitverursachung abstrakten ablehnt und den im Anschluss an die schwere Folge Hinzutretenden auch bestraft<sup>39</sup>, fragt sich, ob man nicht gleichzeitig weniger strenge Maßstäbe für die Existenz einer Schlägerei anlegen sollte. Eine "tumultartige" Straßenauseinandersetzung, wie im vorliegenden Fall, die bei lebensnaher Betrachtung die Annahme einer Schlägerei nahelegen würde, könnte als Ergebnis kleinteiliger juristische Analyse ansonsten oft nicht mehr als tatbestandsmäßige Schlägerei gesehen werden.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob das Urteil nicht gleichzeitig dem allseitig anerkannten Beweiserleichterungszweck des § 231 zuwiderläuft.

Der von der Regierung vorgelegte Entwurf zum 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.01.1998<sup>40</sup> sah vor, den Tatbestand mangels Effizienz und eigenständiger praktischer Bedeutung abzuschaf-Strafbarkeitslücken fen. entstünden aufgrund der im selben Zuge eingeführten Versuchsstrafbarkeit des § 223 und dessen erhöhtem Strafmaß keine. 41 Das Vorhaben wurde aber vom Bundesrat mit der Begründung unterbunden, dass § 231 einen unentbehrlichen Auffangtatbestand, insbesondere in Fällen von Beweisschwierigkeiten, darstelle.<sup>42</sup>

Tatsächlich ist die praktische Relevanz des § 231 im Vergleich zu anderen Tatbeständen jedoch verschwindend gering. So wurden im Jahr 2011 allein zwei Ermittlungsverfahren wegen Beteiligung an einer Schlägerei mit Todesfolge eingeleitet und im Jahr 2012 kein einziges. Die Zahl von Verfahren wegen Schlägereien mit schwerer Körperverletzung war nur unwesentlich höher.<sup>43</sup>

Im Lichte dieses vorangegangenen Streites zur Daseinsberechtigung des § 231 erscheint der Ansatz des BGH etwas verwunderlich. Wenn es gerade ein Zweck der Vorschrift sein soll, in unübersichtlichen Situationen Einzelbeweis entbehrlich zu machen und das Landgericht den § 231 auch entsprechend anwendet, vereitelt der BGH durch überzogene Anforderungen den intendierten Zweck. Weiterhin besteht die Gefahr, dass man eine neue Hintertür für Schutzbehauptungen auf Tatsachenfeststellungen Ebene der schafft, da ein etwaiger Beklagter durch Behauptung von Erinnerungslücken oder Schweigen bereits die Qualifikation eines Geschehens als Schlägerei verhindern könnte.

(Felix Niedermaier / Vincent Wangelow)

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Vgl. zum (historischen) Normverständnis Zopfs, Jura 1999, 172 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Val. die Nachweise in Fn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> BGBI. I S. 164.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BT-Drucks. 13/8587, S. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BT-Drucks. 13/8587, S. 61.

Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) 2012, S. 52 f.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A produziert seit 1995 Rockmusik, deren Liedtexte politisch rechtes Gedankengut enthalten. Im Jahr 2008 möchte er eine neue CD veröffentlichen. Zur Klärung etwaiger strafrechtlicher Relevanz der darauf befindlichen Liedtexte bittet er die Rechtsanwältin R gegen Honorar um die Erstellung eines umfassenden rechtlichen Gutachtens. R hat bereits in der Vergangenheit zahlreiche Stellungnahmen zu eventuellen strafbaren Inhalten der Liedtexte des A angefertigt. Diese Auskünfte erwiesen sich bislang insofern

als zutreffend, als dass A wegen des Inhalts seiner CDs noch nie strafrechtlich belangt wurde.

Vor Erstellung des aktuellen Gutachtens unternimmt A Versuche, R dazu zu veranlassen, gegen ihre Überzeugung die rechtliche Unbedenklichkeit der Liedtexte zu bescheinigen. Dies lehnt sie jedoch ab. Auf Empfehlung von R werden anschließend einige Passagen abgeändert, den Rest hält sie für strafrechtlich unbedenklich. Sodann lässt A im Vertrauen auf die Stellungnahme der R durch ein Presswerk 1000 Exemplare der CD herstellen. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien indiziert die CD des A zwar, so dass sie nicht mehr an Jugendliche ver-

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

# April 2014 Rechtsrat-Fall

Anforderungen an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums

§§ 17, 86 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) schließt schuldhaftes Handeln aus.
- 2. Die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums ergibt sich nicht bereits aus dem Vertrauen auf ein die Straflosigkeit bescheinigendes anwaltliches Rechtsgutachten.
- 3. Die Unvermeidbarkeit kann nur dann angenommen werden, wenn sich der Täter im Einzelfall auf das anwaltliche Votum verlassen durfte.
- 4. Lässt sich das Verbotensein des Handelns entgegen der Auskunft ohne weiteres erkennen, ist die Unvermeidbarkeit hingegen nicht zu begründen.

BGH, Urteil vom 4. April 2013 – 3 StR 521/12; veröffentlicht in StV 2014, 13.

kauft werden darf, verneint aber einen strafrechtlich relevanten Inhalt der Liedtexte.

Das Landgericht sieht durch die Auftragserteilung zur Herstellung der CDs jedoch den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 86 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 StGB², das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen, in der Form des Herstellens in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Alt. 2) als erfüllt an, spricht A jedoch aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 S. 1) frei. Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft.

**04**2014

Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem<sup>3</sup> des Falls ist die Frage, ob ein unvermeidbarer Verbotsirrtum im Sinne des § 17 S. 1 vorliegt. Fehlt dem Täter bei der Begehung der Tat die Einsicht Unrecht zu tun, handelt er schuldlos, sofern sein Irrtum unvermeidbar war. Im Falle der Vermeidbarkeit eröffnet § 17 S. 2 lediglich die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung nach § 49 Abs. 1. Demgemäß sind zwei Fragen aufzuwerfen. Erstens ist zu untersuchen, ob dem Täter bei Begehung der Tat das Unrechtsbewusstsein fehlte. Zweitens, und hier liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung, ist zu fragen, ob dieser Irrtum für den Täter unvermeidbar war.

Das Unrechtsbewusstsein fehlt dem Täter, wenn er bei voller Tatsachenkenntnis irrig die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens annimmt.<sup>4</sup> Hier wird der Unterschied zum Tatbestandsirrtum aus § 16 Abs. 1 deutlich. Dort irrt der Täter über Tatsachen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.<sup>5</sup> Im Rahmen des Verbotsirrtums kennt der Täter hingegen alle tatsächlichen Umstände, geht aber davon aus, sein Verhalten sei nicht pönalisiert. Er irrt sich insoweit über die rechtliche Bewertung seines Verhaltens.<sup>6</sup>

Schuldlos handelt der Täter aber nur, wenn sein Irrtum auch unvermeidbar war, er also Unrechtsbewusstsein hätte haben können (potenzielles Unrechtsbewusstsein). Vermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn dem Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen und er auf diesem Weg das Unrecht der Tat hätte einsehen können.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung verlangt insoweit eine bestimmte Gewissensanspannung.<sup>8</sup> Bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit seines Handelns hat der Täter eine Erkundigungspflicht.9 In der Regel wird der Verbotsirrtum insoweit vermeidbar sein, es existieren jedoch Fallgruppen, in denen eine Unvermeidbarkeit ausnahmsweise angenommen werden kann.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass ein direkter unvermeidbarer Verbotsirrtum<sup>10</sup>, also der Irrtum über die Existenz eines Verbots als solches, vor allem bei entlegenen Tatbeständen des ist.<sup>11</sup> Nebenstrafrechts möglich Normen des Kernstrafrechts wird in der Praxis eine Berufung auf § 17 S. 1 zuals Schutzbehauptung abgelehnt. 12 Darüber hinaus ist zu beachten, dass geschäftlich Tätige sich auch über einschlägige Rechtsvorschriften des Nebenstrafrechts ihres konkreten Geschäftskreises grundsätzlich zu informieren haben. 13

Weiterhin kommt eine Unvermeidbarkeit in Betracht, wenn es um eine in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Rechtsfrage geht, insbesondere, wenn es sich um eine höchstrichterli-

Auf eine Darstellung des § 86 Abs. 1 wird verzichtet. Seine Examensrelevanz ist praktisch nicht vorhanden, vgl. Joecks, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, Allgemeine Hinweise zum BT Rn. 1 f.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 1114.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 15 Rn. 2.

Heinrich (Fn. 4), Rn. 1067.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 17 Rn. 7.

<sup>8</sup> BGHSt 3, 357; Fischer (Fn. 7), § 17 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGHSt 4, 1, 5; 40, 257, 263 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 466.

Bei einem indirekten Verbotsirrtum irrt der Täter im rechtlichen Bereich auf Ebene der Rechtswidrigkeit (auch: Erlaubnisirrtum), vgl. Vogel, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff., § 17 Rn. 31.

Joecks (Fn. 3), § 17 Rn. 6; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 51a.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Heinrich (Fn. 4), Rn. 1116.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> *Vogel*, in LK (Fn. 10), § 17 Rn. 56.

famos · April 2014 Seite 3

che, gefestigte Rechtsprechung handelt, welche das Gericht zuungunsten des Täters ändert<sup>14</sup>.

Ferner wird in Fällen des Systemunrechts die Anwendung von § 17 diskutiert, so zum Beispiel im Rahmen der sog. Mauerschützenprozesse. 15

Eine weitere und letztendlich für den vorliegenden Fall entscheidende Fallgruppe, aus der sich die Unvermeidbarkeit ergeben kann, ist das Vertrauen auf einen falschen Rechtsrat eines Anwalts. 16 Die Pflicht eines Rechtsunkundigen zur Einholung Rechtsauskunft ergibt sich, sobald dieser ausreichend Anlass hat, das Verbotensein seines Handelns zu bedenken und er sich mithin nicht mehr auf sein eigenes Urteil verlassen darf.17 Daraus folgt jedoch im Umkehrschluss, dass niemand stets sein gesamtes Verhalten auf dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen hat, erforderlich ist vielmehr ein erkennbarer konkreter Anlass. 18 Ist eine solche Pflicht begründet, genügt der falsch erteilte Rechtsrat jedoch nur dann für die Annahme einer Unvermeidbarkeit, wenn sich der Täter auf die Einschätzung des Anwalts verlassen durfte. Verlässlichkeit Die Rechtsauskunft ist gegeben, wenn sie einen unrechtsverneinenden Inhalt hat sowie nach pflichtgemäßer Prüfung des Einzelfalls objektiv, sorgfältig und ver-

14 Vogel, in LK (Fn. 10), § 17 Rn. 58 ff.

antwortungsbewusst erteilt worden und die Auskunftsperson persönlich und fachlich zuverlässig ist. 19 Die persönliche Zuverlässigkeit lässt sich immer dann bejahen, wenn der Täter keine greifbaren Anhaltspunkte für das Gegenteil, die Unseriösität, hat. In Bezug auf die sachliche Fachkunde eines Anwalts darf und muss sich der Rechtsunkundige grundsätzlich an der formalen Qualifikation "Rechtsanwalt" orientieren. Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn ein Anwalt auffällig häufig unrechtsverneinende Rechtsauskünfte erteilt, die sich später als haltlos erweisen.<sup>20</sup> Außerdem ergibt sich eine mangelnde Fachkunde bei fehlender fachlicher Zuständigkeit der Auskunftsperson (bspw. Auskunft eines Fachanwalts für Familienrecht in schwierigen Baurechtsfragen) oder wenn die Person, die einen Rechtsrat erteilt, zwar Kenntnisse auf dem Gebiet hat, aber offensichtlich kein ausgebildeter Jurist (Rechtsauskunft eines Studierenden) und man sich somit an keiner formalen Qualifikation orientieren kann.<sup>21</sup> Kann eine ausreichende Sachkunde angenommen werden, muss der Rechtsrat jedoch auch unvoreingenommen und ohne Verfolgung von Eigeninteressen erteilt werden.<sup>22</sup> Eigeninteresse nimmt der BGH bspw. dann an, wenn die Auskunftsperson von einem mit der Thematik des Gutachtens zusammenhängenden Geschäftsmodell in Zukunft weiterhin finanziell profitieren will und diesem deshalb Straflosigkeit bescheiniat.<sup>23</sup>

Bei komplexen Rechtsfragen ist es regelmäßig erforderlich, dass der Anwalt ein detailliertes und schriftliches Gutachten erstellt, auf das sich das

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich in diesen Fällen allerdings grundsätzlich um einen vermeidbaren Verbotsirrtum, vgl. BGHSt 39, 169; 40, 101; ferner Fischer (Fn. 7), § 17 Rn. 8b; Neumann, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 17 Rn. 99 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 1118.

Vogel, in LK (Fn. 10), § 17 Rn. 57; selbst Anwälte müssen sich z.B. bei schwierigen Fragen zur Berufspflicht vom Vorstand der Rechtsanwaltskammer beraten lassen.

So die heute h.M.: Vogel, in LK (Fn. 10), § 17 Rn. 52 m.w.N.; die frühere Rspr. (BGHSt 2, 194, 201) erachtete dagegen einen konkreten Anlass als nicht erforderlich.

BGHSt 40, 264; *Joecks*, in MüKo, StGB,
 2. Aufl. 2011 ff., § 17 Rn. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> *Vogel*, in LK (Fn. 10), § 17 Rn. 80.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> OLG Celle NJW 1967, 1921.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BGH NJW 2000, 2368; *Joecks*, in MüKo (Fn. 19), § 17 Rn. 55.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGHSt 58, 15.

Vertrauen des Täters stützen kann.<sup>24</sup> Die umfassende Prüfung des Sachverhalts durch einen Anwalt lässt sich somit in den meisten Fällen als Begründungsgrundlage für einen unvermeidbaren Verbotsirrtums heranziehen.

Ausnahmen hiervon ergeben sich jedoch insbesondere dann, wenn der Rechtsrat nur unter Vorbehalten erteilt worden und somit nicht bestimmt und eindeutig ist.<sup>25</sup> Dem Täter muss infolgedessen die Zweifelhaftigkeit des Rechtsrats bewusst werden, so dass er fortan mit potentiellem Unrechtsbewusstsein handelt, da ihm die Einstufung seines Verhaltens als rechtswidrig als möalich erscheinen muss.<sup>26</sup> Für die Annahme eines vermeidbaren Verbotsirrtums ist das Handeln mit potentiellem Unrechtsbewusstsein ausreichend, was mit der sog. Appellfunktion des **Tatbestands** zusammenhängt: Wer vorsätzlich sämtliche objektive Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestands verwirklicht, der hat auch Anlass, sich über die rechtliche Qualität seines Verhaltens zu informieren.<sup>27</sup> Als taugliche Grundlage glaubhafter Verbotsirrtümer scheiden außerdem sog. Gefälligkeitsgutachten aus, die mehr zur Absicherung als zur Klärung einer Rechtsfrage bestellt werden.<sup>28</sup> Zudem scheidet die Annahme einer Unvermeidbarkeit aus, wenn für den Täter das Verbotensein seines Handelns leicht erkennbar ist und so eine anwaltliche Rechtsauskunft nicht einmal mehr zur Absicherung geeignet wäre. 29

Der BGH hatte somit im vorliegenden Fall zu klären, ob R bei Erstellung des Gutachtens unvoreingenommen und ohne Eigeninteresse gehandelt hat, A sich also auf ihr Votum verlassen

durfte und er folglich einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Senat stellt fest, dass die Revision der Staatsanwaltschaft nicht durchgreift. Das Urteil des Landgerichts enthalte keine Rechtsfehler zu Lasten oder zu Gunsten des Angeklagten.

Das Rechtsgutachten der R sei in den Urteilsgründen ausreichend wiedergegeben. Eine vollständige Wiedergabe, wie von der Revision gefordert, sei nicht notwendig.<sup>30</sup>

Allerdings reiche allein das Vorliegen eines Rechtsgutachtens für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht aus. Auskunftsperson und Inhalt müssen sich für den Täter als verlässlich darstellen. Gefälligkeitsgutachten, die lediglich eine "Feigenblattfunktion" für den Täter erfüllen, seien keine taugliche Grundlage.

Das Gericht stellt dann fest, dass die Anforderungen an die Unvermeidbarkeit im vorliegenden Fall erfüllt seien. A ist nach den Feststellungen des Gerichts den hohen Anforderungen der Erkundigungsund Prüfungspflicht nachgekommen. Das von R erstellte Gutachten sei zwar mit erheblichen Mängeln in seiner rechtlichen Beurteilung behaftet. Daraus folge aber für A noch keine Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums. A durfte sich auf das Gutachten der R verlassen. Er habe sich in der Vergangenheit schon oft an R gewandt, damit diese gegen Honorarzahlung von ihm erstellte Liedtexte auf ihre strafrechtliche Relevanz hin überprüfe. Versuche des A, die R zu einer für ihn günstigen rechtlichen Beurteilung zu bewegen, habe R stets zurückgewiesen. Alle Ausführungen der R stellten sich für A somit als richtig dar. In der Vergangenheit sei er zudem noch nie für seine Liedtexte strafrechtlich verfolgt worden. Weiterhin habe die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien das Ergebnis des Rechtsgutachtens

Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 17 Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> OLG Bremen NStZ 1981, 265, 266.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> *Neumann*, in NK (Fn. 15), § 17 Rn. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Rengier (Fn. 5), § 31 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 17 Rn. 9a.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> *Kunz*, GA 1983, 457, 458.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH StV 2014, 13.

famos · April 2014 Seite 5

geteilt. Für A habe es folglich keinerlei Anlass gegeben, die Einschätzungen der R in Zweifel zu ziehen.<sup>31</sup>

Auch die Beweiswürdigung rechtsfehlerfrei erfolgt. Spricht der Tatrichter den Angeklagten unter Berufung auf den Grundsatz in dubio pro reo frei, so sei diese Feststellung regelmä-Big vom Revisionsgericht hinzunehmen, da der Gesetzgeber die Beweiswürdigung nach § 261 StPO dem Tatrichter übertragen habe. Seine Feststellungen können durch das Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler hin überprüft werden. Solche lägen hier aber nicht vor.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zunächst ergibt sich durch das Urteil des BGH als Konsequenz für die Praxis, dass ein Täter, der einem Verbotsirrtum unterliegt und sich auf dessen Unvermeidbarkeit berufen will, meist an den hohen Anforderungen, die daran gestellt werden, scheitern wird und somit in aller Regel schuldhaft handelt.<sup>32</sup>

Insbesondere hinsichtlich des anwaltlichen Rechtsrates ergeben sich durch das Urteil einige Konkretisierungen: Das Urteil stärkt grundsätzlich das Vertrauen in ein anwaltliches Gutachten und steigert insoweit dessen generelle Verlässlichkeit. Auch wird klargestellt, dass für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums keine überzogenen Anforderungen gelten. Eine Unvermeidbarkeit kann schon dann angenommen werden, wenn der Rechtsunkundige nur einen einzigen Rechtsrat einholt, auf den er sich in der Folge verlässt. Die Rechtsordnung verpflichtet ihn also nicht, mehrere schriftliche Gutachten einzuholen, was schon vor dem Hintergrund, dass solche meist nicht unerhebliche Kosten verursachen, folgerichtig erscheint.

Für die Ausbildung ergibt sich, dass Studierende durch dieses Urteil veranlasst werden sollten, sich noch einmal die genannten Fallgruppen der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums zu vergegenwärtigen. Dabei ist darauf zu achten, dass im Rahmen der Prüfung des § 17 S. 1 nicht pauschal eine Vermeidbarkeit angenommen werden kann. Vielmehr ist bei konkreten Hinweisen im Sachverhalt eine etwaige Unvermeidbarkeit genau zu prüfen, der gebotene restriktive Umgang damit jedoch im Hinterkopf zu behalten.

#### 5. Kritik

Das Urteil ist insgesamt begrüßenswert. Deutlich wird, dass die hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Erkundigungs- und Prüfungspflicht dennoch erfüllbar und Berufungen auf § 17 S. 1 nicht immer erfolglos sind. Die folgenden Entscheidungen verdeutlichen, dass die Rechtsprechung mit der Annahme einer Unvermeidbarkeit schon immer sehr restriktiv umgegangen ist:

1952 definierte der BGH erstmals einen unvermeidbaren Verbotsirrtum.<sup>33</sup> Er änderte die bis dato geltende Rechtsprechung<sup>34</sup>, die einen Verbotsirrtum als sog. unbeachtlichen Irrtum über das Strafgesetz bezeichnete, was dazu führte, dass ein Täter in Fällen der Unvermeidbarkeit dieses Irrtums dennoch schuldhaft handelte und folglich bestraft wurde.

Im Mannesmann-Prozess hatte der BGH im Jahre 2005 über die Strafbarkeit von Präsidiumsmitgliedern Mannesmann-AG gem. § 266 zu urteilen, die nach einer Übernahme durch das britische Unternehmen Vodafone die Auszahlung von Sonderprämien in zweistelliger Millionenhöhe standsmitglieder beschlossen.<sup>35</sup> Diese erfolgten nach den getroffenen Festiedoch stellungen erkennbar ohne Grund und somit willkürlich. Der BGH verdeutlichte, dass die Täter sich auf-

\_

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGH StV 2014, 13, 14.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> So auch schon *Marxen/Braeuer*, famos 11/2006, S. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGHSt 2, 194.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> RGSt 4, <sup>3</sup>79, 380; 19, 298, 301.

Vgl. dazu eingehend Marxen/Balz, famos 02/2006.

grund der offensichtlichen Rechtswidrigkeit von willkürlichen Sonderzahlungen in keinem unvermeidbaren Verbotsirrtum befinden konnten.<sup>36</sup>

2012 sprach das LG Köln einen Arzt, der eine Beschneidung ohne medizinische Indikation an einem vierjährigen Jungen durchführte, frei. Die Kammer führte dabei aus, dass eine Beschneidung ohne Indikation zwar tatbestandlich eine gefährliche Körperverletzung darstelle und auch rechtswidrig sei, der Arzt sich jedoch aufgrund des extrem unübersichtlichen Meinungsstands bzgl. der rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Eingriffs in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe.<sup>37</sup>

Die Tatsache, dass es nur wenige Fälle dieser Art gibt, verdeutlicht, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum sehr selten angenommen wird und der BGH im vorliegenden Fall insoweit die bisherige Rechtsprechung fortführt, indem er hohe Anforderungen an die Unvermeidbarkeit stellt, an denen sich die Praxis auch in den nächsten Jahren zu orientieren haben wird.

In formeller Hinsicht ist jedoch anzuführen, dass das Urteil des BGH in der Sachverhaltsdarstellung durchaus verbesserungsfähig ist. So tauchen einige für die rechtliche Beurteilung wichtige Tatsachen, wie zum Beispiel der Versuch des A, die R dazu zu bewegen, eine für ihn günstige rechtliche Bewertung im Gutachten vorzunehmen, erst am Ende des Urteils auf.

Inhaltlich ist positiv hervorzuheben, dass das Urteil der bisherigen Linie der Rechtsprechung<sup>38</sup> des Bundesgerichtshofes treu bleibt und durch die Konkretisierung der Voraussetzungen für die Berufung auf § 17 S. 1 in Fällen des fehlerhaften Rechtsrats Klarheit geschaffen hat. Auch vor dem Hintergrund

der Rechtssicherheit ist das Urteil daher begrüßenswert.

Problematisch erscheint aber folgende, sich aus der Rechtsprechung ergebende Konsequenz: In Fällen, in denen der Täter sich von Anfang an gar keine Gedanken über sein Tun macht, also nur potenzielles Unrechtsbewusstsein hat, wird der Verbotsirrtum regelmäßig als vermeidbar zurückgewiesen werden. In Fällen, in denen der Täter sich vorher Gedanken macht und an der Rechtmäßigkeit seines Handelns zweifelt, kann dieser Zweifel durch ein Rechtsgutachten ausgeräumt werden. Es wird also in aller Regel so sein, dass nur der Zweifelnde, der schon damit rechnet, sich in rechtlich problematischen Zonen zu bewegen, den Schutz von § 17 S. 1 in Anspruch nehmen kann. Der Unbedarfte, dem die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gar nicht erst in den Sinn kommt, hat das Nachsehen. Ihm wird attestiert, er hätte das Unrecht seiner Tat erkennen müssen. Im Rahmen der Mauerschützenprozesse hat man 18-jährige Wehrdienstleistende, die über Jahre hinweg politisch indoktriniert wurden, zu Bewährungsstrafen verurteilt, mit dem Hinweis darauf, das Unrecht ihrer Taten sei offensichtlich gewesen<sup>39</sup>. Gleichzeitig stellte man bei ehemaligen DDR-Richtern in Fällen der Rechtsbeugung eben das Gegenteil fest. 40 Dies wirft die Frage auf: Ist § 17 mithin eine Vorschrift nur für Privilegierte?

(Carlo Conze / Marcel Küster)

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGHSt 50, 331; das LG Düsseldorf nahm hingegen erstinstanzlich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> LG Köln NJW 2012, 2128; vgl. dazu umfassend *Gordjy/Nagel*, famos 12/2012.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BGH NStZ-RR 2009, 13 f.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BGHSt 39, 1 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Dreier, JZ 1997, 422, 430 f.; Homann, KJ 1996, 494, 499 f.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

Arzt A führt seit November 2005 bei dem heroinabhängigen S eine sogenannte Substitutionsbehandlung durch, bei welcher Drogenabhängige zur Behandlung ihrer Sucht mit Drogenersatzstoffen versorgt werden.

Nach Abbruch Therapie im Januar 2006 und zwischenzeitlich drei erfolglosen stationären Behandlungen, von denen A auch Kenntnis hat, erscheint S im September 2010 mit aufgeklebtem Fentanyl-Schmerzpflaster in der Praxis des A. Jene Pflaster werden zur Therapie bei akuten und chronischen Schmerzen eingesetzt und fallen in Deutschland unter das Betäubungsmittelgesetz. S spiegelt A eine schwere Hüftverletzung vor und bittet unter Hinweis auf

diese um weitere Pflaster. A verordnet S an diesem und auch an drei weiteren Tagen jeweils zehn dieser Fentanyl-Schmerzpflaster. A ist sich dabei bewusst, dass S infolge der Abhängigkeit als Hochrisikopatient in Bezug auf einen möglichen Missbrauch der Pflaster einzustufen ist. Dennoch nimmt er keine eingehende Untersuchung des S auf eine mögliche Drogenfreiheit vor.

Am Abend des letzten Arztbesuches kocht S die Pflaster aus, injiziert sich

Körperverletzung mit Todesfolge / Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung

§ 227 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Wer eine fremde Selbstgefährdung veranlasst, macht sich nicht wegen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten strafbar, wenn sich das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko realisiert.
- 2. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung ist die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme.
- 3. Die Beurteilung der Überlegenheit des Sachwissens setzt Feststellungen zum Wissensstand sowohl des die Selbstgefährdung Fördernden als auch des sich selbst Gefährdenden voraus.
- 4. Die Feststellung der Opiatabhängigkeit des Geschädigten führt nicht zwingend zum Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit.

BGH, Beschluss vom 16. Januar 2014 – 1 StR 389/13; veröffentlicht in BeckRS 2014, 03571

eine Überdosis des Wirkstoffes und verstirbt schließlich daran. Dies war für A als spezifische Folge seiner Verschreibung voraussehbar und insofern auch vermeidbar, da das Auskochen der Pflaster in Suchtkreisen üblich ist.

Das Landgericht hat A wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB<sup>2</sup> verurteilt. Die Revision des A rügt die Verletzung materiellen Rechts.

Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

2014

25

Mai 2014
Schmerzpflaster-Fall

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falles bildet die Abgrenzung zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung einvernehmlicher Fremdgefährdung im Rahmen der objektiven Zurechnung des § 227. Um dieses Problem im Prüfungsaufbau richtig verorten zu können ist es wichtig, sich zunächst den Unterschied zwischen § 227 und § 222 vor Augen zu führen. Ferner ist kurz zu wiederholen, warum sich die Abgrenzungsfrage im Rahmen der objektiven Zurechnung stellt. Darüber hinaus gilt es, sich zu vergegenwärtigen, was eigentlich Sinn und Zweck der objektiven Zurechnung im strafrechtlichen Prüfungsaufbau ist. Im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt § 227 als lex specialis den § 222.3 Der Tatbestand des § 227 enthält zwar den des § 222, geht aber darüber hinaus und fordert einen spezi-Gefahrverwirklichungszusamfischen menhang. Dieses Kriterium geht über den herkömmlichen Kausalzusammenhang hinaus und wird gefordert, da die Strafe des § 227 bei weitem die einer Straftat nach den §§ 223, 222, 52 II übersteigt.<sup>4</sup> Zuerst stellt sich allerdings die Frage, inwiefern der Arzt vorliegend den Tatbestand des § 223 erfüllt hat.

Da der Arzt weder die von ihm verschriebenen Pflaster dem Opfer selbst aufgeklebt hat, noch die Pflaster einkochte und den so gewonnen Wirkstoff dem Opfer eigenhändig spritzte, ist es zu erörtern, ob man das bloße Verschreiben jener Pflaster als ausreichende Tathandlung einer Körperverletzung ansehen kann. Das Handeln des Arztes in seiner Gesamtheit lässt sich unter den Begriff des ärztlichen Heileingriffs fassen, welcher nach gefestigter Rechtsprechung selbst im Falle einer ordnungsgemäßen Ausführung den äuße-

ren Tatbestand des § 223 erfüllt.<sup>5</sup> Vorliegend wird der Tatbestand des § 223 dadurch verwirklicht, dass das unbegründete Verschreiben von Medikamenten mit eigenem Suchtpotential als körperliche Misshandlung gesehen wird.<sup>6</sup> Grundlage hierfür ist die conditio-sinequa-non-Formel. Das Verschreiben des Arztes kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die spätere Körperverletzung, vorliegend das Injizieren des Wirkstoffes, entfiele. Es kann hingegen nicht auf die Möglichkeit abgestellt werden, dass S auf anderem Wege die Pflaster erlangt hätte, da hypothetische Reserveursachen unerheblich sind.<sup>7</sup>

Erst auf der Ebene der Rechtfertigung kann es bei einer ärztlichen Heilbehandlung durch eine (wirkliche oder mutmaßliche) Einwilligung zum Ausschluss der Strafbarkeit kommen.8 Zu Rechtfertigungsebene gelangt man aber gar nicht, wenn die Verwirklichung des (objektiven) Tatbestandes bereits an der objektiven Zurechnung scheitert. Systematisch dient die obiektive Zurechnung dazu, die Kausalität haftungsbeschränkend zu korrigieren.<sup>9</sup> Dabei ist ein Erfolg dem Täter nur dann zuzurechnen, wenn sich ein von ihm geschaffenes unerlaubtes Risiko im Erfolg verwirklicht hat. 10 Auf der Grundlage dieser allgemeinen Formel wurden verschiedene Fallgruppen entwickelt, in welchen die objektive Zurechnung ausgeschlossen ist, so z.B. die Fallgruppen des eigenverantwortlichen Dazwischentretens eines Dritten und der freiverantwortlichen Selbstaefährdung Opfers. 11

<sup>-</sup>

Stree/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 227 Rn. 12 m.w.N.

Rengier, Strafrecht BT II, 15. Auflage 2014, § 16 Rn. 4 f.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGHSt 11, 111.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGH NJW 2003, 371.

Heuchemer, in BeckOK, StGB, 23. Auflage 2013, § 13 Rn. 29.

<sup>8</sup> BGHSt 11, 111; 43, 308; 45, 219, 221; BGH NStZ 1996, 34.

Heuchemer, in BeckOK (Fn. 7), § 13
 Rn. 23.

Heuchemer, in BeckOK (Fn. 7), § 13 Rn. 23.

Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Auflage 2013, Rn. 179.

Bei letzterer, für den vorliegenden Fall einschlägiger Fallgruppe ist der tatbestandliche Erfolg dem Beteiligten dann nicht zuzurechnen, wenn er aus einer bewussten, eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung folgt; die Mitwirkung des Beteiligten beschränkt sich dabei auf eine bloße Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung.<sup>12</sup>

Der generelle Unterschied zwischen einer Selbst- und einer Fremdgefährdung lässt sich anhand einiger Beispielfälle veranschaulichen: Eine Selbstgefährdung liegt beispielsweise vor, wenn sich jemand durch übermäßigen Genuss von Teguila bei einem Wetttrinken zu Tode trinkt<sup>13</sup> oder aufgrund einer Verwechslung sich Heroin spritzt, welches er für Kokain hält<sup>14</sup>. Inwieweit diese Selbstgefährdung strafrechtlich relevant wird, beurteilt sich jedoch nach der eigenverantwortlichen Durchführung. Hingegen liegt eine Fremdgefährdung vor, wenn jemand einen anderen unmittelbar mit dessen Einverständnis bzw. Einwilligung gefährdet. 15 nahm der BGH z.B. im so genannten Gisela-Fall<sup>16</sup> an: Ein Pärchen wollte zusammen eine Selbsttötung begehen, indem ein Schlauch mit Abgasen in ihr geschlossenes Auto gelenkt werden sollte. Der Mann betätigte nach Anbringen des Schlauches das Gaspedal, während die Frau derweil auf dem Beifahrersitz saß und an sich in der Lage war, jederzeit auszusteigen. Sie tat es jedoch nicht und beide wurden ohnmächtig, wobei nicht festgestellt werden konnte, wer zuerst bewusstlos wurde. Der Mann wurde schließlich gerettet während, die Frau verstarb.

Als maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen einer Selbst- und einer Fremdgefährdung wird die Grenze

Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 11), Rn. 186. zwischen Täterschaft und Teilnahme angeführt. <sup>17</sup> Die Annahme einer unmittelbaren Täterschaft erfolgt durch Feststellung der Handlungsherrschaft, während bei der mittelbaren Täterschaft eine Wissens- oder Willensüberlegenheit nachzuweisen ist. <sup>18</sup> In Abgrenzung dazu nimmt jemand an einer Tat teil, wenn er ohne Tatherrschaft fremdes Tun oder Unterlassen bewirkt oder fördert. <sup>19</sup> Es ist schließlich im Zuge einer wertenden Betrachtung festzustellen, bei welchem Beteiligten die Tat- bzw. Gefährdungsherrschaft liegt.

Kommt man zu dem Schluss, dass es sich um eine Selbstgefährdung handelt, muss des Weiteren geprüft werden, ob diese eigenverantwortlich vollzogen wurde. Eine solche liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: Der sich selbst Gefährdende muss zum einen volle Kenntnis über das von ihm zu übernehmende Risiko besitzen.<sup>20</sup> Diese Kenntnis scheidet aus, wenn er einem rechtserheblichen Irrtum über entscheidende Umstände des eingegangenen Risikos unterliegt, z.B. bei einem Irrtum über die tatsächliche Dosierung eines abgegebenen Rauschqifts.<sup>21</sup> Zum anderen muss der sich selbst Gefährdende fähig sein, die Tragweite seiner Handlung zu erfassen und eine Abwägung vorzunehmen, wobei es darauf ankommt, ob er sich der Verantwortung gegenüber Rechtsgüter bewusst ist und dementsprechend handelt.<sup>22</sup> Kann z.B. nachgewiesen werden, dass der sich selbst Gefährdende unter Einfluss des Zwangs

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> LG Berlin ZJJ 2010,78.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BGH NStZ 2009,504.

Joecks, Studienkommentar StGB, 9. Auflage 2010, § 222 Rn. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> BGHSt 19, 135.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BGHSt 49, 34; 53, 55.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 11), Rn. 518.

Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 11), Rn. 518.

OLG Zweibrücken NStZ 1995, 89; BayObLGSt 1994, 231; BayObLG NJW 2003, 371.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BGH NStZ 2011, 341.

Weber, BtMG, 4. Auflage 2013, § 30 Rn. 212.

seiner Sucht handelt, ist ein autonomes Handeln abzulehnen.<sup>23</sup>

Hat der Außenstehende jedoch überlegenes Sachwissen, wird die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht als einschlägig betrachtet, da es ihm aufgrund seines Wissensstandes möglich ist, das Risiko besser zu erfassen.<sup>24</sup> Hierbei geht gewissermaßen die Tatherrschaft auf den Außenstehenden über.<sup>25</sup>

Demgegenüber soll eine etwaige Garantenstellung keine Grenze des Grundsatzes der einverständlichen darstellen.<sup>26</sup> Selbstgefährdung wenn schon derjenige Garant, welcher z.B. den Suizid aktiv fördert, nicht strafbar ist, dann kann erst Recht nicht derjenige strafbar sein, der den Suizidenten an seinem Freitod nicht hindert, solange dieser eigenverantwortlich geschieht.27 würde Andernfalls Selbstbestimmungsrecht an Wert verlieren und die danach zu bestimmende Verantwortung leerlaufen.

Dagegen wäre bei einer Fremdgefährdung die objektive Zurechnung zu bejahen und es müsste auf Rechtfertigungsebene eine mögliche Einwilligung des Fremdgefährdeten geprüft werden. Vorher müsste man im Rahmen des § 227 jedoch den oben angeführten Ursachenzusammenhang zwischen den §§ 223 ff. als Grunddelikt und dem tödlichen Erfolg bejahen.

Die Ausgestaltung des Ursachenzusammenhangs ist umstritten. Nach der von Teilen der Literatur vertretenen sog. Letalitätstheorie<sup>28</sup> ist es gerade der vorsätzlich herbeigeführte Körperverletzungserfolg, aus dem sich der tödliche

Erfolg entwickeln muss. Demgegenüber erachtet es v.a. die Rechtsprechung als ausreichend, wenn der tödliche Erfolg lediglich durch die Körperverletzungshandlung herbeigeführt wird. <sup>29</sup> Somit genügt für eine Annahme des Tatbestandes sowohl etwaiges Panikverhalten des Opfers als auch ein Drittverhalten. Für die Rechtsprechung spricht, dass der Unrechtsgehalt der Tat sich nicht nur aus dem herbeigeführten Erfolg ergibt und dieser daher nur von untergeordneter Bedeutung sein sollte. <sup>30</sup>

Zu welchen unterschiedlichen Ergebnissen die beiden Ansichten führen, lässt sich am sog. Pistolenschlägerfall<sup>31</sup> veranschaulichen: D schlägt dem F mit einer geladenen Waffe vorsätzlich gegen den Kopf. Hierbei löst sich unerwartet ein Schuss, der zum Tod des F führt. Folgt man der Letalitätstheorie, ist festzustellen, dass der vorsätzlich herbeigeführte Körperverletzungserfolg die Gesundheitsschädigung in Form einer Schwellung ist. Diese führt nicht zum Tod, § 227 ist demnach nicht einschlägig. Nach der Rechtsprechung reicht es hingegen aus, dass durch den vorsätzlichen Schlag mit der Pistole auf den Kopf der tödliche Erfolg eingetreten

Bejaht man den tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhang und stellt eine Fahrlässigkeit bzgl. des eingetretenen Todes gem. § 18 fest, gelangt man zur Ebene der Rechtfertigung und der Prüfung der möglichen Einwilligung des Fremdgefährdeten in die Körperverletzung. Eine wirksame Einwilligung setzt im Hinblick auf die konkrete Sachlage Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Verletzten voraus, welche ernstlich und freiwillig erfolgen muss, in Kenntnis der vollen Tragweite des Risikos. 32 Konsequenterweise scheidet diese in den betreffenden Fällen aus den gleichen

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGHSt 33, 66; 53, 288; BGH NStZ 1983, 72.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> BGHSt 32, 262; BayObLGSt 1996, 96; BayObLG NJW 2003, 371.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Weber (Fn. 22), § 13 Rn. 180.

OLG Zweibrücken NStZ 1995, 89;
 Hirsch, JR 1979, 429, 430; Roxin, NStZ 1984, 411, 412.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Eisele, JuS 2012, 577, 580.

Paeffgen, in NK, StGB, 4. Auflage 2013, § 227 Rn. 13 m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH NStZ 1992, 335.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH NStZ 2003, 149.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGHSt 14, 110.

<sup>32</sup> Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage 2014, § 228 Rn. 5.

Gründen aus wie die eigenverantwortliche Selbstgefährdung.

Der BGH sah sich daher in dieser Entscheidung mit der Frage konfrontiert, ob das Opfer sich eigenverantwortlich selbst gefährdete bzw. ob dem angeklagten Arzt ein Teil der Tatherrschaft zukam.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit dem Beschluss des 1. Strafsenats wird der Revision des Angeklagten stattgegeben und das Urteil des LG aufgehoben.

Im Rahmen der Prüfung einer etwaigen Beteiligung des Angeklagten am Tod des Opfers bestätigt der Senat allerdings zunächst den zutreffenden Ansatzpunkt des LG: Als erstes müsse festgestellt werden, ob und inwieweit der Angeklagte an der zum Tode füh-Körperverletzung mitgewirkt habe, da dieser dem Geschädigten das Fentanyl nicht eigenhändig injizierte. Der BGH stellt dabei fest, dass die Veranlassung einer fremden Selbstgefährdung nicht zu einer Strafbarkeit führen kann, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert.<sup>33</sup> Zwar habe das LG als maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung und einverständlicher Fremdgefährdung die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme anerkannt und eine Handlungsherrschaft des Angeklagten kraft überlegenen Sachwissens bejaht, diese aber rechtsfehlerhaft begründet. Bei der Feststellung des überlegenen Wissensstandes des Angeklagten habe das LG die Sachkenntnis des Geschädigten völlig unberücksichtigt gelassen. Der Geschädigte habe nämlich über eine lange Suchtkarriere verfügt, die die Kenntnis von grundlegenden Risiken des Drogenkonsums mit einschließe.

Im Folgenden wird dargelegt, dass die von der Strafkammer rechtsfehlerfrei getroffene Feststellung der Opiatabhängigkeit des Geschädigten nicht zu einem zwingendem Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit führen könne. Vielmehr bedürfe es der Feststellung hinzutretender einschränkender Umstände wie etwa entzugsbedingten Suchtdruckes verbunden mit der Angst vor Entzugserscheinungen oder konsumbedingte schwere Persönlichkeitsveränderungen, die zum Verlust der Eigenverantwortlichkeit führen.<sup>34</sup> Diese Feststellungen seien von der Strafkammer aber nicht getroffen worden.

Schließlich wird der Annahme einer Garantenpflicht seitens des behandelnden Substitutionsarztes, welche zu einer Täterschaft begründenden Herrschaft des Angeklagten über das selbstschädigende Verhalten des Geschädigten führen könnte, eine Absage erteilt.<sup>35</sup> Zusammenfassend stellt BGH in vorliegendem Fall keine neuen Kriterien auf, sondern legt dar, dass das LG den objektiven Tatbestand des § 227, vor allem das angenommene überlegene Sachwissen des Arztes, rechtlich falsch bzw. unzureichend gewürdigt hat.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für Studierende und Examenskanditat/innen betrifft der zugrundeliegende Sachverhalt einen bedeutenden Problembereich, der immer wieder gerne abgeprüft wird: die Abgrenzung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von der einvernehmlichen Fremdgefährdung. Im Rahmen der objektiven Zurechnung bietet diese Fallgruppe dem Prüfer Stoff für einen detailreichen Sachverhalt, den es durch die Studierenden zu bearbeiten gilt.

Aus praktischer Sicht wird der Beschluss sich als hilfreich für kommende Entscheidungen erweisen. Vor dem Hintergrund, dass nicht nur Fentanyl, sondern auch andere Wirkstoffe als Drogen immer häufiger im Rahmen ärztlicher Behandlungen eingesetzt werden, gilt

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGH 1 StR 389/13 Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> BGH 1 StR 389/13 Rn. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> BGH 1 StR 389/13 Rn. 33.

es als nicht unwahrscheinlich, dass es vermehrt zu einem Erschleichen dieser Mittel durch Drogenabhängige in Form der Verschreibung durch Ärzte kommen wird. Ebenso könnte das sog. "Ärztehopping" zur gängigen Methode werden, um Wirkstoffe ausgehändigt zu bekommen und diese dann zu konsumieren bzw. zu missbrauchen. Geht der Arzt darauf ein, fällt dies unter die Vorschriften zum unerlaubten Verschreiben von Arzneimitteln des BtMG.

#### 5. Kritik

Der BGH beschäftigt sich mit der schwierigen Abgrenzung zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung einvernehmlicher Fremdgefährund dung. Der die mögliche Gefährdungsherrschaft seitens des Arztes begründende Begriff des "überlegenen Sachwissens" erfährt eine Konkretisierung: Es sei nicht nur das Sachwissen des Arztes bei der Prüfung in Rechnung zu stellen, sondern man könne dieses nur beurteilen, wenn man auch den Wissensstand des Konsumenten berücksichtige. Jedoch werden hierfür leider keine konkreten Anhaltspunkte geliefert, außer dass es nicht erforderlich sei, dass der Geschädigte komplexe medizinische Vorgänge nachvollziehen könne. Davon abgesehen erscheint es schwierig, den exakten Wissensstand des Gefährdeten überhaupt zu beurteilen. In den meisten derart gelagerten Fällen kommt es zum Tod des Gefährdeten, weshalb es ohne mögliche Zeugen schwierig ist, seinen Zustand und sein Wissen ex ante zu beurteilen. Der BGH liefert zwar Anhaltspunkte, wie z.B. eine lange Suchtkarriere, doch diese reichen nicht aus um festzustellen, ob der Gefährdete zum Zeitpunkt der Handlung z.B. unter entzugsbedingten Suchtdruck leidet, sodass eine eigenverantwortliche Entscheidung ausscheidet. Soll daraus nun folgen, dass, wenn der Wissenstand des Opfers nicht ex ante beurteilt werden kann, immer in dubio pro reo eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung anzunehmen

das überlegene Sachwissen stets zu verneinen ist?

Des Weiteren erscheint es fraglich, ob der Beschluss des BGH womöglich eine Schutzwirkung zugunsten unsorgfältiger Ärzte entfaltet, welche unbedacht ein Rezept ausstellen und sich später auf die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Patienten berufen können. Der angeklagte Arzt hat trotz seines Wissens, dass der Konsument ein Hochrisikopatient in Bezug auf einen möglichen Missbrauch ist und ohne eine Untersuchung auf dessen Drogenfreiheit vorzunehmen, diesem die Pflaster verschrieben. Zwar führt der BGH aus, dass das Urteil des LG rechtlicher Prüfung nicht standhält, weil es den Wissensstand des Konsumenten außer Acht gelassen hat. Trotz alledem drängt sich aber die Frage auf, welche Kriterien letztendlich erfüllt sein müssten, um zu einer die Täterschaft begründenden Tatherrschaft des Arztes zu kommen. Denn an anderer Stelle stellt der BGH klar, dass aus der Behandlung eines opiatabhängigen Patienten keine besondere Sorgfaltspflicht des Arztes folgen kann.<sup>36</sup>

Es stellt sich die Frage, ob der Arzt durch die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eine Art Freifahrtschein zum Verschreiben von Rezepten erlangt, die von Patienten missbraucht werden können, ohne dass dies für ihn strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Dies erscheint zwar nicht erstrebenswert, von der Schutzrichtung her sind die §§ 223, 222 allerdings nicht darauf ausgerichtet, das Verschreiben von Betäubungsmitteln zu verhindern, sondern die körperliche Integrität des Gefährdeten zu beschützen. Insofern erscheint es sinnvoller, ein solch unsorgfältiges Verhalten des Arztes mit den entsprechenden Vorschriften des BtMG oder des AMG entgegenzutreten und nicht über §§ 223, 229, 222 zu sanktionieren.

(Tim Puskeiler/Florentine Rudzio)

30

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGH 1 StR 389/13 Rn. 33.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



 $Humboldt-Universit\"{a}t\ zu\ Berlin\cdot Juristische\ Fakult\"{a}t\cdot Professur\ f\"{u}r\ Strafrecht,\ Strafprozessrecht\ und\ Urheberrecht\ Prof.\ Dr.\ Bernd\ Heinrich\ sowie\ Mitarbeiterinnen\ und\ Mitarbeiter\ der\ Professur\ und\ Studierende$ 

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A ist Strafrichter in Bußgeldsachen am AG und bearbeitet im Jahr 2005 diverse Verfahren wegen Verkehrsdelikten. In den Verfahrensakten fehlen wiederholt die für die Aufklärung erforderlichen Messprotokolle und Eichscheine der Blitzanlagen. Dies moniert A mehrfach gegenüber den zuständigen Bußgeldbehörden, da die Beschaffung der fehlenden Unterlagen mit einer erhöhten Arbeitsbelastung für den Richter verbunden ist. Er teilt mit, dass "in Zukunft mit

anderen Entscheidungen zu rechnen" ist, sollte sich nichts an dieser Situation ändern.

In den folgenden Jahren spricht er mehrere Angeklagte wegen Unvollständigkeit der Akten frei. Das zuständige OLG hebt in der nächsten Instanz diese Beschlüsse auf und verweist sie an das AG zurück. Daraufhin behandelt A die Sachen ordnungsgemäß.

Im Jahr 2011 spricht A erneut Angeklagte wegen fehlender Messprotokolle frei. Als Begründung führt er an, dass das OLG in seinen vorherigen Entscheidungen die Funktion der gerichtlichen Aufklärungspflicht verkannt und die Rolle von Ermittlungsbehörden und Gericht vertauscht hat.

Das LG sieht in den letztgenannten Entscheidungen des A den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung, § 339

Der Sachverhalt wurde leicht verändert und gekürzt, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

# Juni 2014 Richter-im-Unrecht-Fall

Rechtsbeugung/Subjektiver Tatbestand § 339 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Der subjektive Tatbestand der Rechtsbeugung setzt mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich eines Verstoßes gegen geltendes Recht sowie einer Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei voraus. Das darüber hinausgehende subjektive Element einer bewussten Abkehr von Recht und Gesetz bezieht sich auf die Schwere des Rechtsverstoßes.
- 2. Auf eine persönliche Gerechtigkeitsvorstellung des Richters kommt es nicht an.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 2 StR 479/13; veröffentlicht in NJW 2014, 1192.

StGB<sup>2</sup>, erfüllt, verneint jedoch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes. A wird daher freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt durch eine Sachrüge die fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum der Problematik stehen die Auslegung des Tatbestandes des § 339 und dabei insbesondere die konkreten Anforderungen an die subjektive Tatbestandsseite. Ähnlich wie bei den Aussagedelikten sind die Trennlinien zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandselementen bei der Rechtsbeugung wenig eindeutig. Deswegen überrascht es kaum, dass für den Problemschwerpunkt des Falles im subjektiven Tatbestand zunächst ein Anknüpfen an

2014

Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des Strafgesetzbuches.

famos · Juni 2014 Seite 2

den objektiven Tatbestand – genauer an die Tathandlung – geboten ist.

Die Tathandlung des § 339 ist die "Beugung des Rechts". Unter einer solchen wird eine Verletzung prozessualen oder materiellen Rechts (zum Vorteil oder zum Nachteil einer Verfahrenspartei) verstanden.<sup>3</sup> Aus Sorge vor einer möglichen Überdehnung des Tatbestandes ist im Einzelnen jedoch stark umstritten, welche Anforderungen an die Tathandlung zu stellen sind. Bedenken entstehen insbesondere dadurch, dass der Richter einem Entscheidungszwang unterliegt und die Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung nicht schon immer dann bejaht werden soll, wenn er Zweifel an der Korrektheit seiner Entscheidung hegt.4 Ferner soll auch nicht jede Entscheidung, die später von einer höheren Instanz aufgehoben wird, den Makel tragen, den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt zu haben. Zudem spricht auch die hohe Mindeststrafandrohung für eine Einschränkung des Tatbestandes.<sup>5</sup> Grundsätzlich werden in Rechtsprechung und Literatur vier Theorien zur genauen Umschreibung der Tathandlung angeführt.

Nur noch sehr vereinzelt wird eine subjektive Theorie vertreten,<sup>6</sup> nach der der objektive Tatbestand des § 339 immer dann (aber auch nur dann) zu bejahen ist, wenn der Richter bewusst gegen seine Rechtsauffassung verstößt, selbst dann, wenn das Ergebnis noch vertretbar wäre. Hiergegen spricht jedoch zum einen der Wortlaut der Norm,<sup>7</sup> da das "Beugen" einen objekti-

ven Vorgang beschreibt und nach objektiven Maßstäben zu bestimmen ist.<sup>8</sup> Zum anderen besteht die Gefahr, dass der Rechtsbeugungstatbestand als reines Gesinnungsstrafrecht behandelt wird.<sup>9</sup>

Im Gegensatz dazu misst die h.M. in der Literatur die Beugung des Rechts an objektiven Maßstäben und bejaht das Vorliegen einer Tathandlung stets dann, wenn sich die getroffene Entscheidung nicht mehr im Rahmen des Vertretbaren bewegt. 10 Diese Ansicht ist jedoch den oben genannten Bedenken hinsichtlich einer Überdehnung des Tatbestandes ausgesetzt. So läge schon immer dann "prima facie" eine Beugung des Rechts vor, wenn das übergeordnete Gericht nach Einlegen von Rechtsmitteln die Entscheidung der Unterinstanz aufheben würde. Dieser Kritik begegnen die Vertreter der objektiven Theorie teilweise mit der Forderung nach einem eindeutigen Rechtsverstoß, der sich durch das Vorliegen objektiver Willkür auszeichnet. Ob diese zu der gewünschten Einschränkung führt, bleibt wegen der Unbestimmtheit der Kriterien jedoch zweifelhaft.

Der ausgeprägten Divergenz und der Kritik an der subjektiven und der objektiven Theorie begegnet vermittelnd die Pflichtverletzungslehre. <sup>11</sup> Nach ihr bestimmt über das Vorliegen der Tathandlung der Umstand, ob der Richter bei seiner Entscheidung eine ihm obliegende Pflicht verletzt. Einerseits

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. BGHSt 32, 357; 38, 381, 382; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 339 Rn. 10 f. m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Übele, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 339 Rn. 63; vgl. auch Fad, Jura 2002, 632, 639; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 430.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Vgl. BGHSt 34, 146, 148; Fischer (Fn. 3), § 339 Rn. 14a.

Mohrbotter, JZ 1969, 491, 494; Sarstedt, in FS-Heinitz, 1972, S. 427, 429 ff.; v. Weber, NJW 1950, 272.

Übele, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 27; Putzke, Rechtsbeugung in Kollegialge-

richten, 2012, S. 123; Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung, 1982, S. 68; Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 198.

<sup>8</sup> Putzke (Fn. 7), S. 123.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Rudolphi, ZStW 82 (1970), 610, 632; Schmidt-Speicher (Fn. 7), S. 68; ähnlich Fischer (Fn. 3) § 339 Rn. 9a.

Vgl. beispielhaft BGHSt 41, 247, 251;
 42, 343, 345; OLG Bremen NStZ 1986,
 120.

Behrend, JuS 1989, 945, 948f; Geppert, Jura 1981, 78, 80; Schmidt-Speicher (Fn. 7), S. 81; Stein/Rudolphi, in SK, 8. Aufl. 2013 (Stand: September 2011), § 339 Rn. 17d.

famos · Juni 2014 Seite 3

geht sie daher weiter als die objektive Theorie, da es auch dann zu einer Tatbestandsverwirklichung kommen kann, wenn die Entscheidung noch im Rahmen des rechtlich Vertretbaren liegt, aber auf sachfremden Erwägungen des Täters gründet. Andererseits bleibt ein sorgfältiger Richter, der sich in seinem Pflichtenkreis bewegt, aber eine objektiv nicht vertretbare Entscheidung trifft, straflos. In diesem Zusammenhang lassen sich die Parallelen in der Literatur zu den Aussagedelikten noch einmal hervorheben. Denn der Theorienstreit erinnert stark an jenen in Bezug auf die Falschheit der Aussage. 12

Interessant ist jedoch die Position der Rechtsprechung, die sich bei § 339, anders als bei den Aussagedelikten, mit der Entwicklung einer vierten Theorie, nämlich der "Schweretheorie", von den Positionen in der Literatur entfernt. Diese Schweretheorie ähnelt in ihren Grundzügen der objektiven Theorie.<sup>13</sup> Jedoch bekannte sich der BGH aufgrund des Verbrechenscharakters des § 339<sup>14</sup> schon früh dazu, die objektive Theorie einzuschränken und stellt seitdem erhöhte Anforderungen an den Tatbestand. Dabei soll eine Strafbarkeit nur vorliegen, wenn der "Rechtsbruch als elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege"15 anzusehen ist. Dieser wird seinerseits mit dem subjektiven Element zum Ausdruck gebracht, dass sich der Täter "bewusst in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz" entfernen muss. 16 Nicht immer deutlich wird hingegen, an welcher Stelle der Tatbestandsprüfung - im objektiven oder im subjektiven Tatbestand – dieses einschränkende Element einzuordnen ist. In einer jüngeren Entscheidung des BGH<sup>17</sup> lassen sich zudem mit dem Abstellen auf sachfremde Motive des Täters Annäherungen an die Pflichtverletzungslehre erkennen, wodurch die Grenze zwischen objektiven und subjektiven Elementen weiter verschwimmt.<sup>18</sup>

Ferner besteht bei der "Schweretheorie" Unklarheit, an welchen Bezugspunkt die Schwerebeurteilung anzuknüpfen ist. Zum einen könnte auf die Entfernung zum richtig angewandten Recht, zum anderen auf die Bedeutung der dem Verfahren zugrundeliegenden Rechtsnormen abgestellt werden. Nach Letzterem würde beispielsweise die Missachtung eines Verbrechenstatbestandes schwerer wiegen als die eines Vergehenstatbestandes. Die wenigen Stimmen in der Literatur, die zu dieser Frage Stellung nehmen, tendieren zum Ersteren. 19 Sie bemängeln iedoch, dass in dieser Hinsicht der BGH sehr unklar und vage ist.<sup>20</sup>

Letztlich war in Bezug auf den subjektiven Tatbestand früher noch umstritten, ob ein direkter Vorsatz oder
lediglich ein bedingter Vorsatz vorliegen
muss. Mit der Neufassung des Tatbestandes im Zuge der Strafrechtsreform
im Jahre 1974<sup>21</sup> herrscht nun aber Einigkeit in Judikatur und Lehre, dass die
Unvertretbarkeit der eigenen Rechtsansicht lediglich für möglich gehalten und
billigend in Kauf genommen werden
muss.<sup>22</sup> Diese Auffassung wird zudem
auf die Gesetzeserläuterungen gestützt,

Vgl. hierzu Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 37. Aufl. 2013, Rn. 741 ff.; Rengier, Strafrecht BT II, 15. Aufl. 2014, § 49 Rn. 7 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Fischer (Fn. 3), § 339 Rn. 9c.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BGHSt 24, 326, 328; 38, 381 383; OLG Düsseldorf NJW 1990, 1374, 1375.

St. Rspr., vgl. BGHSt 41, 247, 251; 42, 343, 345; BGH NStZ-RR 2010, 310.

St. Rspr., vgl. BGHSt 41, 247, 251; 42, 343, 345; 44, 258, 260; BGH NStZ-RR 2010, 310.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BGHSt 47, 105, 106.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Kühl/Heger, JZ 2002, 201, 202; Übele, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 26 m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Foth*, JR 2002, 257, 259; *Übele*, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 43.

Übele, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 33.
 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 3.3.1974, BGBl. I S. 469.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ganz h.M., vgl. BGHSt 40, 272, 276; Sinner, in Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 339 Rn 28; Übele, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 62; krit. Heine/Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 339 Rn. 7a.

famos · Juni 2014 Seite 4

da diese einen bedingten Vorsatz für ausreichend erklären.<sup>23</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der 2. Strafsenat hebt das Urteil des LG mit der Begründung auf, dass das Gericht bei seinen Ausführungen einen "unzutreffenden Beurteilungsmaßstab" angelegt hat und das Urteil "Erörterungsmängel" aufweist.<sup>24</sup> Als rechtsfehlerfrei wird hingegen die Feststellung der objektiven Unvertretbarkeit der Entscheidung des A angesehen.

Ausgehend davon wird in der Entscheidung das Erfordernis des einschränkenden Elements der bewussten und schwerwiegenden Entfernung von Recht und Gesetz hervorgehoben und damit an der "Schweretheorie" festgehalten. In aller Deutlichkeit wird jedoch vom BGH auf eine Differenzierung zwischen der objektiven – Rechtsverstoß und "Beugung des Rechts" – und subjektiven Tatbestandsseite – bedingter Vorsatz und bewusste Entfernung von Recht und Gesetz – hingewiesen und somit das einschränkende Element dem subjektiven Tatbestand zugeordnet.<sup>25</sup>

Mit besonderem Augenmerk auf den subjektiven Tatbestand betont der BGH im Einklang mit der ganz h.M., dass ein bedingter Vorsatz hinsichtlich einer Rechtsnormverletzung für den subjektiven Tatbestand der Rechtsbeugung genügt.<sup>26</sup> Dieser müsse sich allein auf die objektive Unvertretbarkeit der dargelegten Rechtsauffassung beziehen, sodass hier persönliche Gerechtigkeitsvorstellungen des Richters unbeachtet bleiben müssten. Die Ausführungen des LG ließen jedoch besorgen, dass es die Unerheblichkeit dieser Vorstellungen verkannt habe. Das LG habe nämlich den Umstand gewürdigt, dass der Richter von der Nachvollziehbarkeit seiner Rechtsauffassung gewesen sei.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> BT-Drs. 7/1221, S. 22.

In Bezug auf das Element der bewussten und schwer wiegenden Entfernung von Recht und Gesetz stellt der BGH fest, dass dessen Anknüpfungspunkt die Bedeutung der verletzten Rechtsvorschrift ist. Der Täter müsse dafür mit Bedeutungskenntnis im Sinn direkten Vorsatzes handeln.<sup>28</sup> Als Begründung wird angeführt, dass diese Differenzierung innerhalb des subjektiven **Tatbestandes** einerseits Verbrechenstatbestand Rechtsbeugung Rechnung trägt, anderseits aber dem Richter, der sich der Bedeutung der fehlerhaft angewandten Norm bewusst ist, kein Privileg einräumt. Hier bemängelt der BGH die Unvollständigkeit der Ausführungen des LG hinsichtlich der Bedeutungskenntnis. Insbesondere habe es das LG versäumt, die Bedeutung der verletzten Rechtsnorm Einzelfall im § 72 OWiG i.V.m. der gerichtlichen Aufklärungspflicht<sup>29</sup>) als Indiz im Rahmen der Schwerebeurteilung mit einzubeziehen.30

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Tatbestand der Rechtsbeugung ist fester Bestandteil einiger Landesprüfungsordnungen, 31 wird jedoch in der Examenspraxis sehr stiefmütterlich behandelt. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass der kundige Sachverhaltssteller auf den § 339 zurückgreift, sodass sich hier die Möglichkeit bietet, mit der Kenntnis dieses "Randtatbestandes" aus der Masse hervorzustechen. Die gute Nachricht ist, dass die Problembereiche des § 339 sehr übersichtlich sind. Gerade deswegen ist aber eine gute Kenntnis und die strukturierte

<sup>28</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 9 f.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Für dessen Bedeutung, vgl. BVerfGE 70, 297, 309.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 15 f.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Vgl. z.B. § 18 Abs. 2 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (JAPO), GVBl. 2003, S. 758 [Bayern]; § 3 Abs. 4 Berliner Juristenausbildungsordnung (JAO), GVBl. S. 232 [Berlin].

famos · Juni 2014 Seite 5

Darstellung des oben angeführten Theorienstreites in der Klausurbearbeitung ein Muss. Lohnenswert ist die Vertiefung auch im Hinblick auf die mündliche Examensprüfung.<sup>32</sup>

Im Zuge der Aufarbeitung des DDR-Justizunrechts in den 90er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts erreichten die öffentliche Diskussion und die mediale Präsenz des Rechtsbeugungstatbestands ihren Höhepunkt.<sup>33</sup> Statistisch gesehen<sup>34</sup> stehen Verfahren zum § 339 dagegen heutzutage nicht unbedingt an der Tagesordnung. Gerade wegen der seltenen Gelegenheiten, die sich für die Rechtsprechung zur Stellungnahme im **Tatbestand** auf den Rechtsbeugung bieten, sind iedoch Klarstellungen des BGH aus Sicht der Praxis umso begrüßenswerter. Denn dem potenziellen Täterkreis wird durch eine präzisere Umschreibung der Tatbestandsmerkmale die Entscheidungsfindung im Rahmen von Recht und Gesetz erheblich erleichtert.

Die Richterschaft wird beim Lesen der Entscheidung (gewiss nicht mit Unbehagen) feststellen, dass der BGH seinem Kurs treu bleibt und an seinen erhöhten Anforderungen an die Verwirklichung des Rechtsbeugungstatbestands festhält. Als praktisch wertvoll wird sich auch erweisen, dass der Senat die strikte Trennung zwischen dem "Richtigen" im Sinne von Recht und Gesetz und den persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen des Richters verdeutlicht hat.

#### 5. Kritik

Zwar gelingt es dem BGH, bestehenden Unklarheiten in Einzelfragen (zumindest teilweise) zu begegnen, jedoch versäumt er dabei die Gelegenheit, mit seinem Urteil den Konturen des Rechtsbeugungstatbestandes die nötige Schärfe zu verleihen.

<sup>32</sup> So auch *Hecker*, JuS 2012, 1042, 1044.

Begrüßenswert erscheint zunächst, dass der BGH eine klare Trennung zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandselementen fordert und auch versucht, mit seiner deutlichen Kritik am Urteil des LG die unteren Instanzen für diese Trennung zu sensibilisieren.

Des Weiteren überzeugt, dass zum Anknüpfungspunkt der Schwerebeurteilung deutlich Stellung genommen wird, indem der BGH die Bedeutung der zugrundeliegenden Rechtsvorschrift als maßgebliches Kriterium hervorhebt. Obwohl er wenig Konkretes zur Anwendung dieses Elements im vorliegenden Fall feststellt, sondern vielmehr die Neubeurteilung durch das LG anregt, schaffen die Ausführungen zumindest abstrakt die oft vermisste Klarheit. Jedoch erscheint die Ansicht der oben genannten Literaturmeinung gegenüber der Ansicht des BGH vorzugswürdig. Denn das Unrecht der Rechtsbeugung besteht gerade darin (wie übrigens auch der BGH mit seiner Definition des Schwereelements ausdrückt), dass sich der Entscheidungsträger vom "Richtigen" im Sinne von Recht und Gesetz entfernt, sodass sich der Unrechtsgehalt mit der Entfernung zum richtig angewandten Recht erhöhen muss. Nur auf die Bedeutung der verletzten Rechtsnorm (zumal dies ein objektives Kriterium in einem eigentlich subjektiven Element bildet) abzustellen, kann nur unzureichend erfassen, dass der Richter seine grundlegende Aufgabe, eine Entscheidung im Einklang mit der Rechtsordnung zu fällen, missachtet.

Auch deshalb bleibt nach diesem Urteil die Schweretheorie des BGH weiterhin dogmatisch schwer zu fassen. Insbesondere kann der BGH die Stimmen in der Literatur, die in dem geforderten Element der bewussten und schwer wiegenden Abkehr von Recht und Gesetz eine Art Hintertür für den direkten Vorsatz sehen,35 nicht verstummen lassen. Er bestreitet in seinem Urteil zwar vehement, dass durch

<sup>33</sup> Hierzu *Fischer* (Fn. 3), § 339 Rn. 16; Übele, in MüKo (Fn. 4), § 339 Rn. 35 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Vgl. *Putzke* (Fn. 7), S. 151.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Seebode, JR 1994, 1, 6; ders., Jura 1999, 418, 420.

die Differenzierung im subjektiven Tatbestand ein Widerspruch entsteht,<sup>36</sup> verpasst es jedoch, diese Behauptung mit einer Präzisierung der Kriterien für das zusätzlich einschränkende Element zu unterfüttern. Fest steht, dass sich der Gesetzgeber mit der Neufassung des Tatbestandes vom direkten Vorsatz distanzieren wollte und dieser Intention in der Rechtsprechung nicht ausreichend Rechnung getragen wird.

Vereinzelte Stimmen in der Literatur wollen darin sogar einen Verstoß gegen das grundgesetzlich verankerte Bestimmtheitsgebot im Strafrecht sehen, das in Art. 103 GG sowie in § 1 zum Ausdruck gebracht wird.<sup>37</sup> Dem ist im Ergebnis nicht zuzustimmen. Es ist zwar richtig, dass die Ausgangsformel von außerordentlicher Unbestimmtheit und Vagheit ist und das gleiche für deren Umschreibungen gilt, wie z.B., dass sich ein Richter strafbar mache, wenn er "in elementarer und völlig unvertretbarer Weise"38 entscheide oder wenn er "eine elementare, das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts erschütternde" Rechtsverletzung begehe.<sup>39</sup> Dennoch sind die grundsätzlich Bedenken des BGH hinsichtlich eines Ausuferns des Tatbestandes im Ausgangspunkt nicht von der Hand zu weisen. Der Rechtsprechung ist daher ein gewisser Entscheidungsspielraum einzuräumen. Dies wird im Übrigen auch bei den Vertretern der objektiven Theorie in der Literatur deutlich, die mit der Einschränkung durch die Voraussetzung der "objektiven Willkür" ebenfalls ein recht vages Kriterium geschaffen haben.

Wie so oft ist es daher geboten, einen Mittelweg zu beschreiten. In diesem Zusammenhang erscheint es sinnvoll, die bewusste Abkehr von Recht und Gesetz mit präziseren Kriterien anzureichern, unter die das Vorliegen die-

ses Elements subsumiert werden kann. Neben dem schon genannten Grundkriterium der Entfernung zum richtig angewandten Recht, würden sich hierbei Kriterien, wie z.B. das Vorliegen sachfremder Motive oder auch das Einhalten des richterlichen Sorgfaltsmaßstabs, anbieten, die sich gegenwärtig auch schon in der Pflichtverletzungslehre wiederfinden. Des Weiteren könnte auf Umstände abgestellt werden, die das Wissen des Richters hinsichtlich der rechtmäßigen Anwendung der Rechtsnorm zum Ausdruck bringen. Bezogen auf den vorliegenden Fall würde es demnach insbesondere schwer wiegen, dass A trotz mehrerer Zurechtweisungen des OLG bewusst an seiner Auffassung bezüglich der Aufklärungspflicht der Gerichte festhielt und somit die Schwere seines Rechtsverstoßes steiaerte.

Solche Präzisierungen, die in Urteilsbegründungen auch hinreichend darzustellen sind, würden die Verwirklichung des Tatbestandes von einer zu starken Einzelfallorientierung loslösen und der Rechtsprechung gleichwohl daverhelfen, ihre Entscheidungen nachvollziehbarer zu gestalten. Denn was man bei all den Konsequenzen für den Richter, der sich wegen Rechtsbeugung strafbar macht, nicht verkennen darf, ist, dass die gerichtliche Entscheidungsfindung eine der Säulen des demokratischen Rechtsstaats darstellt und Erodierungen mit zutreffender Härte begegnet werden muss. Der Gesetzgeber hat bewusst ein hohes Strafmaß für den § 339 gewählt, um diese Präventionswirkung zu erreichen und es ist daher nicht befriedigend, dass die Rechtsprechung dies zu einem gewissen Grad konterkariert. Es wäre demnach zu begrüßen, wenn der BGH kommende Gelegenheiten ergreifen würde um diesen Missstand zu beseitigen.

(Christian Kolb/Jana Leusing)

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGH NJW 2014, 1192 Rn. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> So ausdrücklich *Herdegen*, NStZ 1999, 456, 457.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BGHSt 42, 343, 348.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BGHSt 42, 343, 349.

## famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A führt eine Beziehung zu B, die im selben Gebäude wohnt. Am Abend kommt es in der Wohnung des A zu einem Streitgespräch zwischen A und B, insbesondere über die Alkoholund Aggressionsprobleme des A. Als B die Wohnung verlassen will, zieht der alkoholisierte A sie an den Haaren zurück, wirft sie auf ein Sofa und setzt sich auf sie.

Nunmehr dazu entschlossen, B durch anhaltendes Würgen zu quälen und dann zu töten, drückt A ihr unter Todesdrohungen über geraume Zeit

hinweg wiederholt den Hals zu bis sie erschlafft und lockert dann jeweils seinen Griff, um sie wieder zu Bewusstsein gelangen zu lassen. Hierdurch will er der B besondere Leiden zufügen und den Tötungsprozess hinauszögern. Als A kurz unaufmerksam ist, gelingt es B, ein Mobiltelefon zu ergreifen. A gerät daraufhin in Wut und lässt sie wissen, dass sie nun "wirklich" dran sei. Unter der wiederholten Drohung, dass sie heute sterben werde, drückt er ihr ein Kissen auf das Gesicht, bis sie in Atemnot gerät.

Während A auf B sitzt und ihr den Mund zuhält, meldet er sich telefonisch bei seiner Arbeitsstelle "krank". Danach erklärt er B, er habe sich jetzt Zeit genommen, um sie weiter zu quälen, mit einem Messer zu entstellen und dann

# Juli 2014 Grausamer-Nachbar-Fall

Mord / Unmittelbares Ansetzen / Vorverlagerung der Grausamkeit

§§ 211 II 6. Var., 22, 23 I StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Das unmittelbare Ansetzen zur grausamen Tötung ist nach der subjektiven Vorstellung des Täters zu bestimmen. Diese kann auch zeitlich gestreckte Geschehensabläufe erfassen.
- 2. Ein unmittelbares Ansetzen liegt bereits vor, wenn der Täter die nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlichen Gewaltakte noch weiter selbst mit zeitlich erheblichen Unterbrechungen hinausschieben wollte.

BGH, Urteil vom 20. März 2014 – 3 StR 424/13; veröffentlicht in BeckRS 2014, 09508.

zu töten. A holt Paketklebeband und fesselt damit die nun auf dem Boden liegende B an Armen und Beinen. Im Anschluss trinkt A in kurzer Zeit zwei Flaschen Wein und schläft, ohne es zu wollen, ein. B nutzt dies, um sich zu befreien und zu fliehen.

Das LG hat A wegen versuchten Mordes gem. §§ 211 II 6 Var., 22, 23 I StGB<sup>2</sup> verurteilt. Die Revision des A rügt die Verletzung materiellen Rechts.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum der Entscheidung des BGH steht die Abgrenzung zwischen unmittelbarem Ansetzen gemäß § 22 und bloßen Vorbereitungshandlungen, speziell in Bezug auf den Tatbestand

2014

Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die wesentlichen Probleme deutlicher hervorzuheben.

Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

des Mordes in der Variante der Grausamkeit.<sup>3</sup>

Das unmittelbare Ansetzen entspricht dem objektiven Teil des Versuchstatbestandes, neben dem auf subjektiver Ebene noch der Tatentschluss des Täters steht. Für ein unmittelbares Ansetzen ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat.<sup>4</sup> In diesem Fall gestaltet sich die Abgrenzung von Vorbereitung und unmittelbarem Ansetzen, in Ansehung des fehlenden tatbestandlichen Anknüpfungspunktes, allerdings besonders schwierig.

Die Rechtsprechung verwendet zur Definition des eigentlich objektiven Tatbestandsmerkmals eine objektivsubjektive Begriffsbestimmung, sammen mit einer sehr ausgeprägten, konkretisierenden Kasuistik. Maßgeblich ist hiernach die sogenannte Zwischenaktslehre, nach welcher der Täter unmittelbar ansetzt, wenn er "objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, sodass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung einmündet". 5 Wird diese Formel beim Wort genommen, so kann aber nahezu jedes Geschehen in einzelne, immer kleiner werdende Teilakte aufgespalten werden.<sup>6</sup> Dies würde dazu führen, dass regelmäßig noch weitere Teilakte vor der Erfüllung des Tatbestandes gefunden werden können und deshalb das unmittelbare Ansetzen zur Ausnahme wird. Daher entwickelte der BGH in ständiger Rechtsprechung das normativ-objektive Erfordernis der Wesentlichkeit des Zwischenaktes<sup>7</sup>, sowie die Notwendigkeit einer subjektiven Überschreitung der Schwelle zum "Jetztgehts-los"<sup>8</sup>.

Die h.M. in der Literatur<sup>9</sup> folgt zwar ebenfalls der Zwischenaktstheorie. Allerdings verwenden Teile der Literatur andere Konkretisierungsvarianten, welche etwa auf einen zeitlichen Zusammenhang oder die Schaffung einer Gefahr der Tatbestandsverwirklichung durch den Täter abstellen.<sup>10</sup>

Doch auch die Frage, ob ein unmittelbares Ansetzen stets dann vorliegt, wenn ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht wurde, ist nicht unumstritten. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur gehen in einem solchen Fall regelmäßig Tatbestandsverwirklichung aus.11 Grund ist ein "a minori ad maius"-Schluss, welcher besagt, dass ein unmittelbares Ansetzen "erst recht" vorliegen muss, wenn nicht nur eine für sich genommen tatbestandlich irrelevante Handlung vorliegt, sondern bereits ein objektives Tatbestandsmerkmal verwirklicht wurde. Demgegenüber fordern Teile der Literatur<sup>12</sup>, dass selbst bei der Verwirklichung jedenfalls eines Tatbestandsmerkmales eine Handlung vorliegen muss, welche auf die Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale gerichtet ist. Dies wird vor allem damit begründet, dass im Gesetz eine Versubjektivem knüpfung von Tatentschluss und objektivem Ansetzen gefordert wird. Ein bloßer objektiver Anknüpfungspunkt innerhalb des unmittelbaren Ansetzens könne folglich für eine Strafbarkeit nicht ausreichen.

Im vorliegenden Fall eröffnen sich neben der aufgezeigten Problematik innerhalb des Versuchstatbestandes im Allgemeinen zudem Fragen hinsichtlich

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2014 – 3 StR 424/13, Fn. 6 ff.

Statt aller BGHSt 26, 201, 203 f.

BGHSt 26, 201, 202 f.; 28, 162, 163; Marxen/Doernberg/Elsner, famos 3/2002, S. 3.

Vgl. Herzberg/Hoffmann-Holland, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 22 Rn. 109.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BGH NJW 1980, 1759.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BGH NStZ 2004, 28, 29.

Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 22 Rn. 10; Zaczyk, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 22 Rn. 23 f.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 6), § 22 Rn. 118 ff. m.w.N.

So z.B. OLG Bamberg NStZ 1982, 247, 247; Fischer (Fn. 9), § 22 Rn. 9 ff.

Hillenkamp, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff. § 22 Rn.93 ff.; Roxin JuS 1979, 7.

der Anwendbarkeit des Mordmerkmals Grausamkeit im Besonderen. Die h.M.<sup>13</sup> beschreibt das Mordmerkmal als Zufügung von Schmerzen oder Qualen, körperlicher oder seelischer Art, die nach Stärke und Dauer über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Zudem müsse eine gefühllose unbarmherzige Gesinnung auf Seiten des Täters vorliegen. Folglich hat die Grausamkeit auf der Grundlage der h.M., obwohl sie an sich ein objektives Mordmerkmal darstellt, neben der objektiven auch eine subjektive Seite. Auf dieser werde allerdings nicht die Gesinnung als charakterliches Merkmal des Täters, sondern dessen Motivation gewürdigt.14 Dagegen richten sich Teile der Literatur mit der Auffassung, dass bereits die Kenntnis des Täters von der durch ihn geschaffenen grausamen Behandlung des Opfers genüge, um das Mordmerkmal subjektiv zu erfüllen. 15

Dem Merkmal nach § 211 II 6. Var. ist immanent, dass es tendenziell der Tötungshandlung vorgelagert ist. Deshalb kann eine grausame Tatbegehung nach Rechtsprechung und Literatur schon dann vorliegen, wenn sich die Grausamkeit aus den Umständen ergibt unter denen die Tötung eingeleitet oder vollzogen wird und nicht erst, wenn die Grausamkeit in der konkreten Tötungshandlung und der durch sie verursachten Leiden des Opfers liegt. 16 Einigkeit besteht darüber hinaus auch insoweit, als ein Mord nach § 211 II 6. Var. nur dann angenommen werden kann, wenn bereits die tatbestandlich grausame Handlung von einem Tötungsvorsatz und nicht lediglich von einem Körperverletzungsvorsatz getragen wird, der dann später in einen Tötungsvorsatz übergeht.<sup>17</sup> Eine grausame Tötung liegt regelmäßig in den Fällen des "Russisch Roulette" vor, in denen der Täter wissentlich mit seinem, nur mit einem Schuss geladenen Revolver das Opfer anvisiert, um es erst nach mehrmaliger Betätigung des Abzuges, zu erschießen. Hier soll aus Sicht des Täters der gesamte Tötungsprozess und nicht bloß die der Tötung vorgelagerten Handlungen grausam sein.

Umstritten sind ferner diejenigen, mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbaren Fälle, in denen der Täter zeitlich weit vor der Tötungshandlung das Opfer grausam misshandelt, um es später zu töten, wobei hinsichtlich der eigenen Tötungshang kein im Vorhinein Grausamkeitsvorsatz konkretisierter festzustellen ist. Grausamkeit wird in diesen Fällen von der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur angenommen.<sup>18</sup> Die Gegenansicht lehnt dies ab und wendet ein, dass die Begehung einer grausamen Tötung zwar normativ betrachtet eine einheitliche Handlung bilden könne, hier aber subjektiv eine Kombination einer Körperverletzung und einer nicht-grausame Tötung vorliege. Alles andere stünde im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut. 19

Diskutiert wird außerdem, ob innerhalb des Mordmerkmales Grausamkeit auch bereits die Ankündigung einer bevorstehenden Tötung und die daraus resultierende Wartezeit tatbestandsmäßig sein kann.<sup>20</sup> Reine Vorbereitungshandlungen, die vor dem Opfer vorgenommen werden, wie zum Beispiel das Laden der Waffe, reichen grundsätzlich

BGHSt 3, 180, 181; 36, 40; 49, 189, 195; Fischer (Fn. 9), § 211 Rn. 56; Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BGHSt 3, 264; BGH NStZ, 1982, 379 f.; Lackner/Kühl (Fn. 14), § 211 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> *Neumann*, in NK (Fn. 9), § 211 Rn 79.

So Neumann, in NK (Fn. 9), § 211 Rn. 81.

BGH NStZ 2007, 403, 404; Neumann, in NK (Fn. 9), § 211 Rn. 83; Jähnke in LK (Fn. 12), 11. Auflage 2002 ff., § 211 Rn. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BGHSt 37, 40, 41 f.; BGH NJW, 1986 266; *Fischer* (Fn. 9), § 211 Rn. 58.

Schneider, in MüKo (Fn. 6), § 211 Rn. 137; Küper, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 188 f.

Witt, Das Mordmerkmal "grausam", 1996, S. 159.

aber nicht aus.<sup>21</sup> Die entstehende Zeitspanne muss mit seelischen Leiden, welche über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen, angefüllt sein. Erst diese rechtfertigen es, die Tötung als grausam anzusehen.<sup>22</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Zuerst stellt der BGH fest, dass durch die Handlungen des A noch kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwirklicht wurde. Insbesondere stelle das an sich grausame Verhalten in Form des wiederholten Zudrückens des Halses keine Teilverwirklichung des Mordtatbestandes dar, sondern könne normativ betrachtet lediglich als eine Vorbereitungshandlung zur Tötung angesehen werden, da das Zudrücken noch nicht als Bestandteil der Tötungshandlung selbst gewertet werden könne.

Die guälenden Handlungen des A seien aber dennoch, so der BGH, unter einer gebotenen, wertenden Gesamtbetrachtung der Tatumstände, als unmittelbares Ansetzen zu qualifizieren. Sie seien nämlich, für sich betrachtet, keine Zwischenakte vor der eigentlichen Tötungshandlung, welche der Annahme eines unmittelbaren Ansetzens widersprechen würden. Vielmehr erscheinen sie nach dem Tatplan des Täters als notwendiger Bestandteil der Tathandlung. Auch unter Einräumung der Möglichkeit einer weiteren Hinauszögerung der Tötungshandlung stellten die Handlungen eine Gefährdung von Leib und Leben der B dar. Grund dafür sei auch der seit dem Beginn des Festhaltens von B bestehende Tötungswille des A.

Schließlich führt der BGH an, dass es für die Beurteilung des Gesamtgeschehens im Rahmen des unmittelbaren Ansetzens vorrangig auf einen situativwertenden und weniger auf einen zeitlichen Zusammenhang ankommt. Im Ergebnis verneint der BGH also die Teilverwirklichung des Tatbestandes,

Joecks, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 211 Rn. 48.

<sup>22</sup> BGH NJW 1951, 666, 667.

nimmt aber dennoch ein unmittelbares Ansetzen zum grausamen Mord an.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil zeigt deutlich, dass auch in vermeintlich bekannten Tatbeständen relativ unbekannte Probleme liegen können. Der Mordtatbestand gem. § 211 ist bundesweiter Pflichtstoff im ersten juristischen Staatsexamen.<sup>23</sup> Seine Probleme sollten deshalb von allen Studierenden beherrscht werden.

Obgleich die Grausamkeit nicht zu den Schwerpunkten in Examensklausuren gezählt wird, bieten sich hier zahlreiche Fallkonstellationen für zukünftige Klausuren an.

Ähnlich wie im besprochenen Urteil, wird in Klausuren oft die zeitliche Komponente problematisiert. Hier soll auf folgende Fallgruppen hingewiesen werden: Im Fall der vorbereitenden Grausamkeit misshandelt der Täter sein Opfer schon vor Beginn der vorsätzlichen Tötungshandlung auf grausame Art und Weise, tötet es dann jedoch, wobei der konkrete Tötungsakt selbst nicht als "grausam" anzusehen ist. Hier kommen BGH und h.L. zu dem Ergebnis, dass sich die Grausamkeit aus den Umständen, durch welche die Tötung eingeleitet und vollzogen wird, ergibt. In Fällen, in denen der Täter das Opfer nach der Tötungshandlung, aber vor dem Tötungserfolg, grausam quält, verneinen BGH und h.L. die Grausamkeit<sup>24</sup>, wenn die grausame Handlung nicht mehr zum Tötungserfolg beiträgt<sup>25</sup>.

Weiterhin gilt es, grundsätzliche Fragestellungen und Einzelfragen im Rahmen der Grausamkeit zu beherrschen. So ist die häufig genutzte Formulierung "der gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung" missverständlich. Grausamkeit stellt ein "unechtes" Ge-

<sup>25</sup> Küper (Fn. 19), S. 188.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Vgl. z.B. § 3 Abs. 4 Nr. 2 JAO Berlin; § 11 Abs. 2 Nr. 7 JAG NRW; § 18 Abs. 2 Nr. 4 JAPO Bayern; § 14 Abs. 2 Nr. 3 ThürJAPO.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> *Neumann*, in NK (Fn. 9), § 211 Rn. 83a.

sinnungsmerkmal dar.26 Es wird nicht ausschließlich die Motivation des Täters beurteilt, vielmehr handelt es sich um eine vom Vorsatz umfasste Tathandlung, aus der auf die Gesinnung des Täters geschlossen wird.<sup>27</sup> Grausamkeit hat demnach eine objektive und eine subjektive Seite. Objektiv muss der Täter dem Opfer mit der Tötung nicht notwendigerweise einhergehende Qualen bereitet haben, welche in ihrer konkreten Ausführung mit Leiden verbunden waren.<sup>28</sup> Subjektiv muss er lediglich im Hinblick auf den Taterfolg und die Tatumstände mit Vorsatz gehandelt haben.<sup>29</sup> Demnach ist die Grausamkeit ein tatbezogenes objektives Unrechtsmerkmal, der subjektiven Tatseite kommt somit keine eigenständige Bedeutuna zu.<sup>30</sup>

Weiterhin ist ein grausames Töten auch durch Unterlassen möglich. <sup>31</sup> Beispielhaft ist hier das Verhungernlassen von Kleinkindern zu nennen. <sup>32</sup> Eine Versuchsstrafbarkeit ergibt sich, wenn das Opfer entgegen der Erwartung des Täters ohne zu leiden verstirbt. <sup>33</sup> Im Rahmen des § 28 bereitet die Grausamkeit, als tatbezogenes Mordmerkmal, keine Probleme. <sup>34</sup>

Für die praktische Anwendung zeigt das Urteil einmal mehr, dass es für die Grausamkeit auf die Umstände, durch welche die Tötung eingeleitet und vollzogen wird, ankommen kann. Eine Verteidigungsstrategie, die sich auf fehlende Koinzidenz zum Tatzeitpunkt bezieht, hätte somit keine Aussichten auf Erfolg.

Roxin, Strafrecht AT I, 4. Auflage 2006, § 10 Rn. 79.

Im Rahmen der aktuellen Entwicklung ist an dieser Stelle noch auf eine mögliche Novellierung der Tötungsdelikte einzugehen.<sup>35</sup> Kritik an der Regelung der §§ 211 ff. gibt es aus verschiedenen Gründen. So ist z.B. schon das systematische Verhältnis zwischen § 211 und § 212 strittig<sup>36</sup>. Auch wird die absolute Strafdrohung des § 211 in Verbindung mit der Kasuistik der Mordmerkmale als verfassungswidrig erachtet.<sup>37</sup> Es sei problematisch, dass eine Tat, der nicht das mordtypische Merkmal einer besonderen objektiven Verwerflichkeit anhafte, ggf. mit einer unverhältnismäßig hohen Strafe geahndet werde.<sup>38</sup>

Der aktuelle Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins sieht einen Wegfall des § 211 vor. <sup>39</sup> § 212 bliebe in seiner bisherigen Gestalt bestehen, würde jedoch einen neuen Namen und erweiterte Sanktionsbestimmungen erhalten. <sup>40</sup> Hierbei handelt es sich jedoch nur um einen von vielen Vorschlägen zur Neustrukturierung der Tötungsdelikte. <sup>41</sup> Weitere Entwicklungen sollten auch von Examenskandidaten im Auge behalten werden.

#### 5. Kritik

Zuerst ist festzustellen, dass der BGH durch seine Entscheidung die Chance nicht wahrnahm, die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und unmittelbarem Ansetzen zu klären sowie bestehende Fragen bezüglich der Vorverlagerung der Grausamkeit zu beantworten. Materielle Neuerungen enthält die Entscheidung folglich nicht.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> *Küper*, in FS Seebode, 2008, S. 199.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Jähnke*, in LK (Fn. 12), § 211 Rn. 58.

<sup>29</sup> Schneider, in MüKo (Fn. 6), § 211 Rn. 139.

Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I 6. Auflage 2014, § 2 Rn. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGH NJW 1988, 2682; *Grünewald*, Jura 2005, 521.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> BGH NStZ 2007, 402.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> *Jähnke*, in LK (Fn. 12), § 211 Rn. 58.

Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Auflage 2012, Rn. 136.

Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 ff.

Neumann, in NK (Fn. 9), Vor § 211 Rn. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Jähnke, in LK (Fn. 12), Vor § 211 Rn. 25; Mitsch, JZ 2008, 336 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Vgl. *Schneider*, in MüKo (Fn. 6), § 211 Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Stellungnahme DAV, 1/2014, S. 3 f.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> *Mitsch*, StV 2014, 366.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Vgl. Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9, 11 ff.

Dem Tenor des Urteils selbst ist zuzustimmen. Die Handlungen des A sind als ein unmittelbares Ansetzen zur grausamen Tötung anzuerkennen. Kritikwürdig sind diesbezüglich allerdings die Gründe. Zunächst kann mit guten Gründen bezweifelt werden, dass die für sich betrachtet grausamen Handlungen des A noch keine Verwirklichung des Tatbestandsmerkmales "Grausam" nach sich ziehen und dass hier eine Teilverwirklichung folglich nicht der Grund für ein unmittelbares Ansetzen sein könne. Der BGH überträgt durch diese Entscheidung das Prinzip der Koinzidenz von Grausamkeit und Tötung auf die Versuchskonstellation. Die grausame Handlung müsse, wertend betrachtet, ein Teil der Tötungshandlung sein, um das Mordmerkmal zu erfüllen. Eine solche Annahme engt den Tatbestand allerdings ohne überzeugende Argumente ein und ist überdies auch nicht von einer natürlichen Würdigung des Geschehens getragen. Da grausame Handlungen der Tötung in der Regel vorgelagert sind und für die Einstufung als Mordmerkmal beim vollendeten Delikt nicht notwendigerweise Teil der unmittelbaren Tötungshandlung sein müssen<sup>42</sup>, ist davon auszugehen, dass vorgelagerte Quälereien beim Versuch eigenständig das Mordmerkmal der Grausamkeit erfüllen können. Alles andere würde auch dem Strafgrund der Mordvariante, nämlich vorsätzlichen Leidenszufügung durch den Täter neben der eigentlichen Tötung<sup>43</sup>, widersprechen. Innerhalb der Begründung des BGH findet sich diesbezüglich auch ein Wertungswiderspruch. Einerseits werden, wie eben dargestellt, die guälenden Handlungen des A mit der Begründung, es seien "[B]loße Vorbereitungen eines Tötungsdelikts<sup>44</sup>, nicht als Erfüllung eines Mordmerkmales angesehen. Andererseits sieht der BGH die Zufügungen von

Qualen gerade nicht als bloße Vorbereitungshandlung an, da der A, wie dargestellt, unmittelbar ansetzender Mörder wegen Versuchs verurteilt wird. Grund dafür ist wohl ein anderer Wertungsmaßstab, nämlich ein situativwertender, auf den im Folgenden einzugehen ist.

Die Begründung der Annahme des unmittelbaren Ansetzens mithilfe der situativ-wertenden Gesamtbetrachtung des Geschehens ist grundlegend fragwürdig. Ein derartig wertender Maßstab kann nicht überzeugend angewendet werden, um dem an sich bestimmungsbedürftigen Rechtsbegriff des unmittelbaren Ansetzens eine Bestimmung zu geben. Damit wird lediglich der Entscheidungsspielraum des erkennenden Spruchkörpers soweit ausgedehnt, dass nahezu jede, aufgrund der Würdigung des objektiven Geschehens nicht ganz fernliegende, Kategorisierung vertretbar ist. Allein materielle Kriterien, welche kategorisch für oder gegen die Einordnung als Versuchsbeginn sprechen, können in Anbetracht des stimmtheitsgebots, welches den Gesetzes- und nicht den Richterstaat fordert<sup>45</sup>, überzeugend für die Auslegung des Begriffes herangezogen werden. Allerdings ist die weitaus höhere praktische Handhabbarkeit der Wertungsformel und ihre daraus resultierende Bevorzugung durch die Richterschaft, aufgrund des großen Bewertungsspielraums gut nachvollziehbar. Verfassungsrechtlich ist sie auch insofern zulässig und sogar geboten, als sie eine Einzelfallentscheidung überhaupt erst ermöglicht, was zu starre oder kasuistische Formulierungen wiederum nicht erlauben würden.46

(Jan-Christoph Brylla/ Robert Süß)

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Siehe oben unter 2.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> *Schneider,* in MüKo (Fn. 6), § 211 Rn.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> BGH, in BeckRS 2014, 09508, Rn. 7.

<sup>45</sup> Hassemer/Kargl, in NK (Fn. 9), § 1 Rn. 17.

Vgl. Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 103 II Rn. 186.

## famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A will mithilfe eines Computerprogramms massenhaft Mobiltelefonnummern anrufen, jedoch jeweils nur einmal klingeln lassen. Damit erhofft er sich, die Angerufenen zu einem Rückruf auf der hinterlassenen Nummer zu animieren. Ein Computerprogramm ermöglicht es ihm, auf dem angerufenen Telefon nicht den Festnetzanschluss anzuzeigen, von dem der Anruf ausgegangen ist, sondern die Nummer eines Mehrwertdienstes - einer nicht tarifgebundenen, für den Anrufer kostenpflichtigen Rufnummer. Beim Anruf der von A angemie-

teten Mehrwertdienstnummer ertönt nur eine nutzlose Ansage vom Band und es werden mindestens 0,98 € pro Anruf fällig.

Zwischen dem Mehrwertdienstbetreiber und dem Netzanbieter ist vereinbart, dass letzterer die Forderungen für den Mehrwertdienst einzieht und nach Abzug des eigenen Anteils an diesen auszahlt. Aus dem so generierten Geld soll A in einem weiteren Schritt seinen Anteil bekommen. Zur Verschleierung der Kostenpflichtigkeit des Rückrufs entscheidet sich A für eine Mehrwertdienstnummer mit der Vorwahl "0137", da diese der Vorwahl des Netzbetreibers "Vodafone" sehr ähnelt ("0173").

### August 2014 Ping-Anruf-Fall

Konkludente Täuschung / Stoffgleichheit § 263 StGB

#### Leitsätze der Bearbeiter

- 1. Das einmalige Anklingeln einer Mobilfunknummer mit dem Hinterlassen einer kostenpflichtigen Mehrwertnummer stellt eine konkludente Täuschung über die Tatsache dar, dass der Anrufende mit dem Angerufenen inhaltlich kommunizieren will.
- 2. An einer Stoffgleichheit fehlt es auch dann nicht, wenn zwischen Täter und Opfer Personen für den Forderungseinzug zwischengeschaltet werden, da trotz einer Abrechnungskette der angestrebte Vorteil aus dem Vermögen des Opfers stammt.

BGH, Urteil vom 27. März 2014 – 3 StR 342/1 – veröffentlicht in BeckRS 2014, 11012

Dem Tatplan entsprechend ruft A mithilfe des Computerprogramms eine Vielzahl von Mobilfunknummern an. Bei ca. 660.000 Rückrufen kommt es zu einer ausreichenden Verbindung, die den Mehrwertdienst auslöst.

Das LG verurteilte den Angeklagten gem. § 263 Abs. 1 StGB<sup>2</sup> wegen vollendeten Betrugs. A rügt die Verletzung materiellen Rechts.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem des Falls liegt darin, unter welchen Voraussetzungen eine Täuschung i.S.d. § 263 angenommen werden kann.

Eine **Täuschung** liegt vor, wenn auf das Vorstellungsbild eines anderen

<u>08</u>

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

Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des StGB.

Menschen mit dem Ziel der Irreführung eingewirkt wird.<sup>3</sup> Dies kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen erfolgen.4 Das "Anpingen" ist grundsätzlich lediglich ein Vorgang, indem eine Telekommunikationsverbindung hergestellt und eine Mehrwertdienstnummer hinterlassen wird. Der Anrufende erklärt dadurch jedenfalls nicht ausdrücklich, dass er mit dem Angerufenen in eine inhaltliche Kommunikation treten möchte und entsprechend einen Rückruf erwartet. Auch eine strafbare Täuschung durch Unterlassen bzgl. des Aufklärens über das nicht bestehende Kommunikationsverlangen kommt vorliegend nicht in Betracht, da es insoweit an einer notwendigen Garantenpflicht fehlt.<sup>5</sup>

Da aber durch das Fordern einer ausdrücklichen Erklärung viele Fälle mangels Aufklärungspflicht vom Betrugstatbestand nicht erfasst werden würden, kann nach ganz h.M.<sup>6</sup> eine Täuschung durch aktives Tun auch in einem konkludenten Verhalten liegen, wenn diesem nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Verkehrsanschauung eine stillschweigende Erklärung zu entnehmen ist.

Eine klassische Fallgruppe für konkludente Täuschungshandlungen sind manipulierte Sportwetten.<sup>7</sup> Ein Wettvertrag reicht noch nicht für die Begründung einer Garantenstellung, weshalb eine strafbare Täuschung durch Unterlassen nicht in Betracht kommt. In diesem Fall wird von der Rspr. jedoch angenommen, dass die Parteien eines Wettvertrags mit dem Abschluss desselben konkludent die Manipulationsfreiheit des Spiels erklären.<sup>8</sup> Dies wird damit begründet, dass die Geschäftsgrundlage von Wettspielen gerade die Tatsache ist, dass für beide Vertragsparteien der Ausgang des zukünftigen Sportereignisses ungewiss ist.<sup>9</sup> Dem Eingehen einer Sportwette kommt nach dem objektiven Empfängerhorizont folglich die Vereinbarung der Manipulationsfreiheit als Geschäftsgrundlage zu.

Ein weiteres besonders praxisrelevantes Beispiel für konkludente Täuschungen sind die sog. Kostenfallen im Internet. Bei solchen wird der Nutzer durch die unübersichtliche Gestaltung der Website oder schwer erkennbare Hinweise bzgl. entstehender Kosten konkludent über die Zahlungspflichtigkeit bestimmter Dienstleistungen getäuscht.<sup>10</sup>

Eine derart weit gehende Annahme konkludenter Täuschungen und das daraus resultierende hohe Schutzniveau für mögliche Betrugsopfer werden in der Literatur jedoch auch kritisch gesehen. So würde die allgemeine Verkehrsauffassung als Auslegungsmaßstab zu uferlosen und nicht mehr tragbaren Ergebnissen führen. 11 Ferner wird diskutiert, ob die Mitverantwortung des Opfers mehr in den Fokus gerückt und demjenigen, der sich selbst leicht vor einer Täuschung schützen kann, kein Strafrechtsschutz gewährt werden soll. (sog. Viktimodogmatik). 12 Dies wird damit begründet, dass ein zu weiter Schutz des Verbrauchers vor Kostenfallen im Rahmen des § 263 auch im Widerspruch zur europarechtlichen Entwicklung stehe, denn hier wird weitge-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 6.

Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 12.

Vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGHSt 47, 1, 3; BGH NStZ, 2001, 430; Hefendehl, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 263 Rn. 95; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 16. Aufl. 2013, Rn. 494.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Vgl. hierzu *Lehmann/Zerbe*, famos 8/2013, S. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BGHSt 51, 165.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGHSt 51, 165, 171 f.

Vgl. OLG Frankfurt NJW 2011, 398, 399 ff.; Rengier, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. 2014, § 13 Rn. 14a.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> *Trüg/Habetha,* JZ 2007, 878, 879.

Eiden, Jura 2011, 866 f.; Jahn, JuS 2010, 1119; zusammenfassend: Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 16.

hend von einem informierten, aufmerksamen und aufgeklärten Verbraucher ausgegangen. <sup>13</sup> Folgt man einer solchen engen Auslegung des Wortlauts stellt sich zwingend die problematische Folgefrage, was noch als zumutbare Selbstschutzmaßnahme anzusehen ist, die zu Einschränkungen des Betrugstatbestands führen kann.

Kommt man zur Annahme einer Täuschung muss aus dieser auch ein **Irrtum** auf Seiten des Opfers resultieren. Ein Irrtum ist eine unrichtige Vorstellung von der Wirklichkeit. Hei den Ping-Anrufen entspricht die Vorstellung der Opfer über den Telekommunikationswunsch des Anrufenden nicht der Wirklichkeit, da dieser keine Kommunikation, sondern nur den kostenpflichtigen Rückruf anstrebt.

Des Weiteren müsste auch eine **Vermögensverfügung** vorliegen. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt. Diese ist in dem Tätigen des kostenpflichtigen Anrufs zu sehen. Spätestens durch den Einzug der 0,98 € liegt auch ein **Vermögenschaden** vor, da die getätigte Verfügung wegen der mangelnden Gegenleistung für den Anruf nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbundenen Vermögenszuwachs wieder ausgeglichen wird. Die des Handelnen vorliegenszuwachs wieder ausgeglichen wird.

Ein weiteres Problem besteht innerhalb des subjektiven Tatbestands. Beim Betrugstatbestand ist neben dem Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale auch eine Absicht des Täters, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern, notwendig. Da der Betrug ein Vermögensverschiebungsdelikt ist, muss der angestrebte Vermögensvorteil das Spiegelbild des eingetretenen Vermögensschadens sein. 17 Von einer solchen "Stoffgleichheit" kann dann nicht ausgegangen werden, wenn der Vermögenswert, der dem Täter oder einem Dritten zufließen soll, nicht aus dem Vermögen des Betrugsopfers, sondern aus einer anderen Quelle stammt. 18 Beispielhaft für eine fehlende Stoffgleichheit sind Fälle, in denen der Täter einen Anderen durch eine Täuschung schädigt, um hierfür von einem Dritten eine Belohnung zu erlangen.<sup>19</sup> Bekanntestes Beispiel für eine solche Konstellation sind die sog. "Provisionsvertreterfälle".20

In der vorliegenden Konstellation ist bezüglich der Stoffgleichheit zwischen eingetretenem Schaden und angestrebter Bereicherung zunächst danach zu unterscheiden, ob der Mehrwertdienstleister seine Vergütung aus dem Vermögen der Anrufer oder des Netzwerkbetreibers erhält.<sup>21</sup> In der Praxis haben sich dabei hauptsächlich zwei Verfahren zum Einzug der Forderungen bei entstandenen Mehrwertdienstkosten entwickelt. Beim sog. "Offline-Billing" zieht der Netzwerkbetreiber auf Grundlage eines Vertrages mit dem Mehrwertdienstleister die entstandenen Forderungen für diesen ein und leitet sie abzüglich einer Vergütung an den Mehrwertdienstleister weiter. Zahlt der Anrufer nicht, liegt es am Mehrwertdienstleister, die Forderung einzutreiben, dieser trägt in dem geschilderten Verfahren somit das Ausfallrisiko.<sup>22</sup> Es entsteht also eine Abrechnungskette zwischen Anrufer, Netzwerkbetreiber und Mehrwertdienstleister, bei der der ange-

Ygl. Erb, ZIS 2011, 368, 375; Joecks, Studienkommentar, StGB, 10 Aufl. 2012, § 263 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 496.

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 263 Rn. 33; Samson, JA 1978, 469, 472.

Kindhäuser, in NK, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 196; Rengier (Fn. 10), § 13 Rn. 61.

Ygl. Hefendehl, in MüKo (Fn. 6), § 263 Rn. 489 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263 Rn. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Vgl. BGHSt 6, 115, 116; Kindhäuser, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 2014, § 27 Rn. 79.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Mitsch, Strafrecht BT 2/2, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 119.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Kindhäuser* (Fn. 17), § 27 Rn. 80.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Val. BGH NJW 1968, 261.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Brand/Reschke, NStZ 2011, 379, 381.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Brand/Reschke, NStZ 2011, 379, 381.

strebte Vorteil jedoch immer noch aus dem Vermögen der Opfer stammt. Die Stoffgleichheit wäre in diesem Verfahren folglich zu bejahen.

Beim Verfahren des "Online-Billing" hingegen verkauft der Mehrwertdienstleister zuvor die Forderungen an den Netzwerkbetreiber, der gegenüber den Anrufern als Forderungsinhaber auftritt und die Mehrwertdienstforderungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einzieht und auch das Ausfallrisiko trägt.<sup>23</sup>

Ob eine Stoffgleichheit in diesem Verfahren noch gegeben ist, wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Eine Ansicht betont, dass die Stoffgleichheit hier ausscheide, da das Vermögen nicht vom Opfer, sondern vom Netzwerkbetreiber entstammt.<sup>24</sup> Dem wird von einer anderen Ansicht widersprochen, da die schadensbegründende Vermögensminderung nicht erst in der Entgeltzahlung zu sehen sei, sondern bereits im Entstehen der entsprechenden Forderung.25 Um genau diesen Entgeltanspruch wolle sich der Mehrwertdienstleister aber bereichern. Eine Stoffgleichheit zwischen Opferverlust und Täterziel liege in diesem Fall somit vor. 26

Lehnt man beim "Online-Billing" eine Stoffgleichheit ab, könnte aber auch an einen Betrug des Mehrwertdienstanbieters zum Nachteil der Anrufer mit Fremdbereicherungsabsicht zu Gunsten des Netzwerkbetreibers gedacht werden. Hierfür müsste die Schädigung der Anrufer zugunsten des Netzwerkbetreibers notwendiges Zwischenziel sein, damit der Mehrwertdienstanbieter A an den erstrebten Vermögensvorteil gelangt, da er nunmehr gegenüber dem Netzwerkbetreiber einen entsprechenden Anspruch geltend machen kann.<sup>27</sup> Es ist jedoch gerade fraglich, ob die Schädigung als Zwischenziel erforderlich ist. Denn dem Mehrwertdienstanbieter könnte es beim System des "Online-Billing" an sich gleichgültig sein, ob die Netzwerkbetreiber bereichert werden, da der Mehrwertdienstanbieter durch den Vorabverkauf der Forderungen die Vergütung vom Netzwerkbetreiber unabhängig davon bekommt, ob dieser mit der Einziehung seiner Forderungen gegenüber den Anrufern erfolgreich ist. <sup>28</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung die Auffassung des LG, dass mit dem "Anpingen" und dem Hinterlassen einer Rufnummer nach der objektiv zu bestimmenden Verkehrsanschauung konkludent die Tatsache erklärt wird, mit dem Angerufenen ernsthaft inhaltlich kommunizieren zu wollen.<sup>29</sup> Nach der Ansicht des BGH stellt ein Telefon allgemeiner Anschauung nach Kommunikationsmittel dar, weshalb der Angerufene damit rechnen darf, dass der Anrufende dies auch für einen solchen Zweck nutzen wolle.

Außerdem macht der dritte Strafsenat deutlich, dass im vorliegenden Fall nicht nur über einen tatsächlich nicht vorliegenden Kommunikationswunsch getäuscht wurde. Durch das Hinterlassen der "verschleierten" Mehrwertdienstnummer wird dem Angerufenen zudem vorgespiegelt, einen Rückruf zu den mit dem Mobilfunkanbieter vereinbarten Konditionen ohne darüber hinausgehende Kosten durchführen zu können.30 Dies sei auch vor dem Hintergrund zu verstehen, dass gem. § 66k Abs. 1 S. 3 TKG das Hinterlassen von Mehrwertdienstnummer verboten ist. Eine solche gesetzliche Wertung sei für die Bestimmung des Inhalts einer konkludenten Erklärung miteinzubeziehen.31

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Brand/Reschke, NStZ 2011, 379, 381.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Brand/Reschke, NStZ 2011, 379, 382.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Kölbel, JuS 2013, 193, 198.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Kölbel, JuS 2013, 193, 198.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Brand/Reschke, NStZ, 2011, 379, 382.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Vgl. *Brand/Reschke*, NStZ, 2011, 379, 382.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH, 3 StR 342/13, Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH, 3 StR 342/13, Rn. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGH, 3 StR 342/13, Rn. 17.

Der BGH bestätigt hier zudem seine bisherige Rechtsprechung<sup>32</sup>, dass das Opfer den Sachverhalt, über den es irrt, nicht aktiv reflektieren muss, sondern ein "sachgedankliches Mitbewusstsein" über die fehlende Zahlungspflichtigkeit ausreichend ist.<sup>33</sup>

Zudem äußert sich das Gericht auch zu der Bedeutung der Vermeidbarkeit eines Irrtums auf Seiten des Opfers im Rahmen des § 263. Zwar sei zumindest der Irrtum über die Zahlungspflichtigkeit möglicherweise vermeidbar gewesen; jedoch hindere dies nicht die Erfüllung des Tatbestands des § 263.<sup>34</sup> Eine Begründung hierfür liefert das Gericht iedoch nicht.

Bezüglich der Stoffgleichheit scheint der BGH die Auffassung zu favorisieren, die zwischen den unterschiedlichen Abrechnungsmodalitäten differenzieren möchte. Das Gericht bezieht sich in seiner Argumentation ausschließlich darauf, dass beim vorliegenden "Offline-Billing", anders als beim "Online-Billing", der Mobilfunkanbieter die Forderungen lediglich für den Mehrwertdienstleister einziehe und die Erlöse an diesen auszahle, so dass über diese Abrechnungskette das Vermögen der Opfer spiegelbildlich auch A zugekomwäre.<sup>35</sup> men Das Kriterium Stoffgleichheit sei deshalb erfüllt. Ob diese Differenzierung dazu führt, dass beim Verfahren des "Online-Billings" die Stoffgleichheit zu verneinen wäre, lässt das Gericht mangels Entscheidungsrelevanz dahinstehen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH hat durch seine Entscheidung der Ansicht, die in dem "Anpingen" noch keine schlüssige Erklärung über einen Kommunikationswunsch, sondern nur das Herstellen einer Telefonverbin-

Für die Praxis dürfte in der Ablehnung der "Viktimodogmatik" eine Stärkung des Verbrauchers vor Betrugsfallen zu sehen sein, da auch die weniger umsichtigen und weniger aufmerksamen Bevölkerungskreise vor Betrugshandlungen geschützt werden sollen. In der vorliegenden Konstellation scheint jedoch bereits fraglich, ob man selbst bei einer Einbeziehung des Opferverhaltens tatsächlich zu einer Ablehnung der Strafbarkeit des A gekommen wäre. Denn es scheint nur schwer vertretbar anzunehmen, dass es den Opfern leicht erkennbar gewesen war, dass es sich bei der 0137-Vorwahl nicht um eine Mobilfunknummer, sondern um eine Mehrwertdienstnummer gehandelt hat.37

Ferner stellt sich für die Zukunft die Frage, ob das Urteil tatsächlich die Gefahr der "Ping"-Anrufe eindämmen kann oder ob die Anrufbetrüger durch eine

dung sieht,36 eine klare Absage erteilt. Damit hat der BGH seine Kasuistik der konkludenten Täuschungshandlungen um eine weitere Fallgruppe erweitert. Diese dürfte auch eine hohe Examensrelevanz aufweisen. Hier kann exemplarisch abgeprüft werden, wie man trotz fehlender Garantenpflicht bei nicht ausdrücklichen Erklärung im Ergebnis dennoch zu einer Täuschungshandlung kommen kann. Attraktiv könnte der Fall für Prüfende auch deshalb werden, weil die Studierenden durch sauberes Arbeiten am Sachverhalt zeigen können, dass in der vorliegenden Konstellation nicht nur eine Täuschungshandlung über des Kommunikationsverlangen des Anrufenden, sondern zudem auch eine solche über die Unentgeltlichkeit des Rückrufs vorliegt. Das Herausarbeiten Stoffgleichheitsproblematik bei Anrufbetrugsfällen dürfte in einer Klausur dagegen nur dann verlangt werden, wenn die Abrechnungsmodalitäten explizit in den Sachverhalt aufgenommen wurden.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Vgl. BGH NStZ 2014, 215, 216; *Mitsch* (Fn. 18), § 7 Rn. 57.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGH, 3 StR 342/13, Rn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> BGH, 3 StR 342/13, Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> BGH, 3 StR 324/13, Rn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Vgl. *Ladgies,* JuS 2012, 50, 54 f.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> So aber *Jahn*, JuS 2010, 1119.

Verlagerung ihrer Tätigkeit ins Ausland einer Strafbarkeit entgehen können. Gerade Betrugshandlungen mittels technischer Kommunikation können nämlich ohne besonderen technischen Aufwand gleich effektiv vom Ausland aus durchgeführt werden. Auf diese Frage, die tief hinein in die Problematik des Strafanwendungsrechts führen würde, kann an dieser Stelle allerdings nicht näher eingegangen werden.

#### 5. Kritik

Der BGH legt im vorliegenden Urteil den Begriff der konkludenten Täuschung wiederum sehr weit aus. Zwar könnte man, wie Teile der Literatur dies tun, die Allgemeinheit des Auslegungs-"Verkehrsauffassung" maßstabs der kritisieren. Jedoch ist die weite Ausleaunasmöalichkeit der konkludenten Täuschung bisweilen notwendig, da es ansonsten auf Grund der strengen Anforderung an die Garantenstellung häufig zur Straflosigkeit kommen würde.<sup>38</sup> Das nicht ausdrückliche Handeln mit dem Bewusstsein, in dem anderen eine Fehlvorstellung hervorzurufen, enthält jedoch keinen geringeren Unrechtsgehalt, weshalb es zu Wertungswidersprüchen kommen würde, wenn der konkludent Täuschende straffrei bliebe.

Begrüßenswert ist auch die Ablehnung der Relevanz der Vermeidbarkeit des Irrtums beim Opfer wegen Erkennbarkeit der hinterlassenen Nummern als Mehrwertdienste. Das Gesetz macht im Rahmen der Regelung des § 66k TKG nämlich deutlich, dass eine irrtumsgeneigte Situationsstruktur und Aufmerksamkeitsdefizite bzgl. der Erkennbarkeit von Mehrwertdienstsummer nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen sollen.<sup>39</sup> Zudem gebietet auch die sozialstaatliche Funktion des Strafrechts, besonders leichtgläubige und unerfahrene Personen vor Täuschungshandlungen zu schützen.40

Die im Urteil scheinbar befürwortete Auffassung der Literatur, nach der die Annahme der Stoffgleichheit von der jeweiligen Abrechnungskonstellation abhängt, ist jedoch kritisch zu sehen. Denn es ist fraglich, ob das Kriterium der Abrechnungsmodalität dogmatisch und rechtstatsächlich überzeugen kann. Stellt man darauf ab, dass der Mehrwertdienstbetreiber beim "Online-Billing" sein Entgelt vom Netzwerkbetreiber bekommt und nicht vom Anrufer, wird zu spät angesetzt, da die schadensbegründende Vermögensminderung bereits mit Entstehen der Forderung vorliegt.41 Somit sind der Schaden und der angestrebte Vorteil noch stoffgleich.

Die Differenzierung zwischen "Online-Billing" und "Offline-Billing" würde jedenfalls Türen für den Missbrauch öffnen, da das Verfahren des "Online-Billings" nicht vom Betrugstatbestand erfasst wäre. Die Abgrenzung zwischen "Offline-Billing" und "Online-Billing" erscheint somit als ein sehr formalistisches Abgrenzungskriterium, das zu Wertungswidersprüchen führt. Anzumerken ist ebenfalls, dass der BGH Entscheidungserheblichkeit auch nicht auf eine mögliche Drittbereicherungsabsicht eingeht, obwohl diese im Vergleich mit den Provisionsvertreterfällen<sup>42</sup> jedenfalls nicht abwegig erscheint.

(Malaika Jores/Jurij Müller)

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> *Becker,* JuS 2014, 307, 308.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Vgl. *Kölbel,* JuS 2013, 193, 196.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Achenbach, Jura 1984, 602, 603; Loos/Krack, JuS 1995, 204, 208.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> *Kölbel,* JuS 2013, 193, 198.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Vgl. BGH NJW 1968, 261.

## famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

Bei Durchsuchungen werden bei L und E Gegenstände sichergestellt, die sie entweder entwendet oder mit Wissen um deren Herkunft vom Täter erworben haben.

Da das LG nicht feststellen kann, welche der beiden Handlungen L und E tatsächlich vornahmen, es aber davon überzeugt ist, dass sie zumindest eine der beiden ausführten, verurteilt es sie wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe.

Da die Mindeststrafe bei gewerbsmäßiger Hehlerei höher ist als bei einem besonders schweren

Fall des Diebstahls, geht das LG vom Strafrahmen des Letzteren aus. Gegen das Urteil legen L und E Revision ein.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Rechtsfigur der Wahlfeststellung wurde gegen Ende des 19. Jh. vom RG mittels Richterrecht entwickelt und 1935 als § 2b RStGB kodifiziert. Diese Regelung wurde 1946 durch den Alliierten Kontrollrat aufgehoben. Ab 1951 wurde die Rechtsfigur vom BGH in Anknüpfung an das RG erneut etabliert.<sup>2</sup>

# September 2014 Wahlfeststellungs-Fall

Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung Art. 103 II GG

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Die Zulässigkeit der Wahlfeststellung ist insgesamt am Maßstab des Art. 103 II GG zu messen, da es sich bei den Voraussetzungen der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tat um ein materiellrechtliches Element handelt.
- 2. Die zur Legitimation der gesetzesalternativen Wahlfeststellung angeführten Gründe, die ausschließlich auf einer Abwägung von Gerechtigkeitsüberlegungen und kriminalpolitischen Erwägungen beruhen, halten einer Überprüfung anhand der Verfassungsnorm des Art. 103 II GG nicht stand.

BGH, Beschluss vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12; veröffentlicht in BeckRS 2014, 11953

Innerhalb der Rechtsfigur der Wahlfeststellung ist zwischen der echten (gesetzesalternativen) und der unechten (tatsachenalternativen) Wahlfeststellung zu unterscheiden. Bei Letztgenannter steht fest, dass der Täter eine strafbewehrte Handlung vornahm und damit einen konkreten Straftatbestand verwirklichte, die zugrundeliegenden Tatsachen können aber nicht abschlie-Bend geklärt werden, da unklar bleibt, durch welche Handlung er den Tatbestand erfüllt hat. So liegt der Fall z.B. dann, wenn feststeht, dass T den O schlug, jedoch nicht nachvollzogen werden kann, bei welcher von mehreren Begegnungen dies geschah. Hier wird eine eindeutige Verurteilung auf

09 2014

Der Sachverhalt wurde von den Bearbeitern ergänzt, um das Problem deutlicher hervortreten zu lassen.

Näheres in BGH, Beschluss vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12, Rn. 6 ff.;
 Frister in NK, 4. Aufl. 2013, Nach § 2,

Rn. 2 ff; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, § 16 III 1.

wahldeutiger Tatsachengrundlage ausgesprochen.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Beschluss beschäftigte sich der Senat hingegen mit der echten Wahlfeststellung. Diese wird bislang von der h.M. dann für zulässig angesehen, wenn dem Täter nicht nachgewiesen werden kann, dass er von mehreren möglichen und allesamt strafbaren Handlungsalternativen eine bestimmte mit Sicherheit verwirklichte, es aber zur Überzeugung des Gerichts<sup>4</sup> feststeht, dass entweder die eine oder die andere im Sinne einer "exklusiven Alternativität"<sup>5</sup> vorliegt,<sup>6</sup> d.h., dass entweder der eine oder der andere Ablauf möglich ist, eine straffreie Alternative jedoch ausgeschlossen ist

Wird etwa ein Warenlager mit gestohlenen Sachen gefunden und lässt sich nicht aufklären, ob der Besitzer die Sachen selbst stahl oder bösgläubig erwarb, kann er wegen "Diebstahls oder Hehlerei" verurteilt werden.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung hat eine Anwendbarkeit der Rechtsfigur unter der Voraussetzung von **vier Kriterien** für weitere Fallgruppen etabliert.<sup>8</sup>

Zunächst ist eine Wahlfeststellung nur zulässig, sofern eine **eindeutige Feststellung** nach Ausschöpfung sämtlicher Ermittlungsmöglichkeiten **unmöglich** ist.<sup>9</sup> Als zweite Voraussetzung

Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2011, Rn. 897.

Begriff von der Rspr. eingeführt, vgl. BGHSt 9, 390. muss jede der in Frage kommenden, bestimmt umschriebenen tatsächlichen Möglichkeiten, unter Ausschluss jeder weiteren Möglichkeit, zusammen mit dem eindeutig festgestellten Sachverhalt **ein Strafgesetz verletzen**. 10 Dabei dürfen die Strafnormen nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen, 11 d.h. sie müssen als gleich-Tatbestände nebeneinander wertige vorliegen können ohne dass die eine Strafnorm die andere verdrängt; ansonsten muss in dubio pro mitius eine eindeutige Verurteilung nach dem milderen Gesetz erfolgen. 12 So kann ein wegen Raub angeklagter Täter, dem zwar die Wegnahme, nicht aber die Gewaltanwendung nachgewiesen werden kann nur wegen Diebstahls verurteilt werden. Das vierte Kriterium ist das Vorliegen einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftaten.<sup>13</sup> Dabei liegt eine rechtsethische Vergleichbarkeit dann vor, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände, die den Unrechtscharakter der Straftatbestände ausmachen, den möglichen Taten im Rechtsempfinden der Allgemeinheit eine ähnliche sittliche

ungewissheit in dem Sinne besteht, dass von zwei Sachverhalten der zeitlich frühere möglicherweise, der zeitlich spätere aber sicher gegeben ist (Fischer, StGB, 61. Auflage 2014, § 1 Rn. 45). Wenn z.B. nicht festgestellt werden kann, ob der Angeklagte die Sachen gestohlen oder vom Dieb erlangt hat, er aber mit Sicherheit versucht hat, sie später zu verkaufen, kann eine eindeutige Verurteilung wegen des sicher festgestellten, zeitlich nachfolgenden Deliktes (=Hehlerei) erfolgen, eine Wahlfeststellung ist hier unzulässig.

<sup>4</sup> Vgl. § 261 StPO.

Walper, Aspekte der strafrechtlichen Postpendenz, 1999, S. 19 f.

BGHSt 1, 203; 21, 154; BGH NStZ 2008, 646; Frister, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, 3. Kapitel Rn. 34.

So etwa für verschiedene Tatbestandsvarianten desselben Delikts BGHSt 22, 12; BGH NStZ 2012, 441; für Meineid und falsche Verdächtigung vgl. BayObLG MDR 1977, 860.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGHSt 12, 386, 388; 21, 152; Heintschel-Heinegg in BeckOK StGB, 23. Edition 2013, § 1 Rn. 49. Davon abzugrenzen ist der Fall der sog. Postpendenz, bei welchem eine "einseitige" Sachverhalts-

Fischer (Fn. 9), § 1 Rn. 33; Lack-ner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 1 Rn. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 57 Rn. 14, 22.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Heintschel-Heinegg, in Beck-OK (Fn. 9), § 1 Rn. 49; Rengier (Fn. 11) § 57 Rn.

<sup>BGHSt 9, 390, 394; 11, 28; 21, 153; 25, 182, 183 f.; 30, 77, 78; BGH NStZ 1985, 123, NStZ 2008, 646.</sup> 

Bewertung zuteil wird. 14 Anhaltspunkte dafür können das jeweilige Rechtsgut und die Schwere des Schuldvorwurfes sein.<sup>15</sup> Die psychologische Gleichwertigkeit erfordert eine im Wesentlichen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu den alternativ in Frage kommenden Verhaltensweisen, 16 d.h. eine ähnliche Motivationslage oder Haltung oder eine Ähnlichkeit der subjektiven Unrechts- oder Schuldelemente.<sup>17</sup> Eine psychologische und rechtsethische Vergleichbarkeit sah die Rechtsprechung bislang z.B. bei Diebstahl und Begünstigung, 18 Betrug und Hehlerei 19 und Betrug und Untreue als gegeben an.<sup>20</sup> Abgelehnt<sup>21</sup> wurde sie für eine Beteiligung an der Vortat und der Strafvereitelung<sup>22</sup> oder für Totschlag und Körperverletzung mit Todesfolge.<sup>23</sup> Verneint wurde eine Vergleichbarkeit ferner für Diebstahl und Betrug,<sup>24</sup> wobei das OLG Karlsruhe<sup>25</sup> hier aber differenziert und eine Vergleichbarkeit zwischen Betrug und Trickdiebstahl annimmt. Bezüglich einer Vergleichbarkeit von Unterschlagung und Raub schloss der BGH zunächst eine Vergleichbarkeit aus. 26 In einem nachfolgenden Urteil<sup>27</sup> reduzierte der gleiche Senat den Raub auf den in ihm enthaltenen Diebstahl und verur-

Eser/Hecker, in Schönke/Schröder, 29. Auflage 2014, § 1 Rn. 70. teilte wahldeutig wegen Diebstahls oder Unterschlagung. Wie hier noch eine psychologische Gleichwertigkeit angenommen werden kann, ist schwer nachvollziehbar. Daran wird deutlich, dass eine eindeutige Feststellung der geforderten Vergleichbarkeit schwer fällt und eine Differenzierung eher nach dem konkreten Einzelfall als anhand von allgemeinen Kriterien stattfindet.<sup>28</sup>

Es überrascht daher nicht, dass die Vergleichbarkeitsformel auf teilweise erhebliche Kritik trifft. So stelle sie eine zur Rechtsunsicherheit beitragende, inhaltslose Leerformel dar, <sup>29</sup> auch könne nicht die sittliche Wertung, die viel zu unbestimmt und darüber hinaus irrelevant sei, oder das "unreflektierte allgemeine Rechtsempfinden der Bevölkerung" maßgeblich sein. <sup>30</sup>

Aus diesem Grund versucht ein Teil der Literatur<sup>31</sup> auf die "**Identität des Unrechtkerns**" abzustellen, wobei auch dieser unterschiedlich behandelt wird. So soll der gleiche Unrechtskern gegeben sein, wenn sich die Angriffe gegen gleiche oder ähnliche Rechtsgüter bzw. solche gleicher Art richten und wenn sie den gleichen Handlungsunwert aufweisen.<sup>32</sup> Die Akzentuierung wird dabei uneinheitlich gesetzt.<sup>33</sup> Eine

Dannecker, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007, Anh. § 1 Rn. 136 f. m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 28.

OLG Hamm NJW 1974, 1957; OLG Saarbrücken NJW 1976, 65; OLG Karlsruhe NJW 1976, 902; Heintschel-Heinegg, in Beck-OK (Fn. 9), § 1 Rn. 49.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BGHSt 23, 360 f.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BGH NJW 1974, 804, 805.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGH GA 1970, 24 f.

Ebenfalls verneint für Diebstahl und Erpressung (BGH DRiZ 1972, 30, 31) und Betrug und versuchtem Schwangerschaftsabbruch (BGH bei Dallinger, MDR 1958, 739).

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BGHSt 30, 77, 78.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGH NJW 1990, 130 f.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> BGH NStZ 1985, 123.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> OLG Karlsruhe NJW 1976, 902.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BGH NJW 1967, 359.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BGHSt 25, 182, 186.

Gaede in AnwaltKommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 52; vgl. zu den teilweise nicht nachvollziehbaren Urteilen Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 263 Rn. 186a

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 115; Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 83 ff.

Wolter, in SK, StGB, 8. Aufl. 2013, Anh. zu § 55 Rn. 37; vgl. zusammenfassend *Dannecker*, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 149.

Jescheck/Weigend (Fn. 2), § 16 III 3, Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, § 48 Rn. 17; Dannecker, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 150 m.w.N.

Wolter, in SK (Fn. 30), Anh. zu § 55 Rn. 38 ff.

<sup>33</sup> Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 75.

reine Abgrenzung nach dem Rechtsgut würde zwar zu einer klaren Abgrenzung, gleichzeitig aber auch zu einer Ausweitung der Wahlfeststellung führen. Denn in diesem Fall wären etwa alle Vermögensdelikte miteinander vergleichbar. Durch die Einbeziehung des Handlungsunwertes, der sich nicht an eindeutigen Kriterien bemessen lässt, wird zwar eine Eingrenzung erreicht, jedoch erneut um den Preis einer klaren Differenzierung.

Dennoch wird die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung heute weitgehend angenommen.<sup>34</sup> Zwar geht die h.L.35 wohl davon aus, dass das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 II GG aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Grundlage durch die Wahlfeststellung durchaus berührt wird, lässt dies aber wegen des Bedürfnisses nach materieller Gerechtigkeit – man könne einen Täter, von dem man sicher wisse, dass er eine Straftat beging, nicht freisprechen – sowie kriminalpolitischer Überlegungen zu.36 Von anderen wird angeführt, dass Art. 103 II GG nicht berührt werde, da das Gesetzlichkeitsprinzip nur verlange, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Voraus feststehen müssen, jedoch zu einer mehrdeutigen Verurteilung schweigt.<sup>37</sup> Ferner wird vorgetragen, dass es sich bei der echten Wahlfeststellung um ein prozessrechtliches Institut mit materiellem Einschlag handle und die Rechtsfigur daher zwar Art. 20 III GG, nicht aber Art. 103 II GG genügen müsse.<sup>38</sup> Zwar wäre eine entsprechende gesetzliche Regelung am ehesten in der Nähe der §§ 52-55 StGB anzusiedeln und die eigentliche Strafzumessung ergäbe sich aus der materiellen Vergleichbarkeit der Strafgesetze. Die Wahlfeststellung stelle aber eine Rechtsfolge an eine prozessuale Lage in Form einer Handlungsanweisung an das Gericht dar. Diese Handlungsanweisung wiederum gebe vor, wie den einzelnen Taten im Falle alternativen Verletzung der soll.39 Rechtsfolge gegeben werden Damit sei die echte Wahlfeststellung prozessrechtlicher Natur. Eine intensive Auseinandersetzung mit der Einordnung in das materielle oder Prozessrecht findet nicht statt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der 2. Strafsenat des BGH sieht zwar keine Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten. Auch die Ablehnung einer eindeutigen Verurteilung sei rechtlich zunächst nicht zu beanstanden, da dies im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH stehe. Diese Rechtsprechung beabsichtigt der Senat jedoch aufzugeben und fragt daher bei den übrigen Strafsenaten an, ob sie der Entscheidung zustimmen und ihre entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben.<sup>40</sup>

Dazu führt er an, dass der BGH zwar daran festhält, dass die gesetzes-alternative Wahlfeststellung eine richterrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit der gesetzesalternativen Verurteilung hinsichtlich der "nulla poena, nullum crimen sine lege"-Formel darstelle. Diese Ausnahme sei aber so ausgedehnt worden, dass eine Verschiebung des Regel- und Ausnahmeverhältnisses stattgefunden habe. Neue

Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 64, 67; Joecks, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 1 Rn. 17; Kühl, Stafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 21 Rn. 68d; Lackner/Kühl (Fn. 10), § 1 Rn. 9; Satzger, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB Kommentar, 2. Aufl 2014, Rn. 62 ff.; a.M. Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 30a.

Dannecker, in LK (Fn. 15), Anh. § 1 Rn. 18; Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 1 Rn. 67; beide m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Vgl. Walper (Fn. 6), S. 24 ff.; a.M. Frister, in NK (Fn.2), Nach § 2 Rn. 83 ff., 97

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Greff, Wahldeutige Verurteilungen, 2002, S. 36 f. m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Für eine materiellrechtliche Einordnung aber z.B. *Gaede* in AnwaltKommentar (Fn. 28), § 1 Rn. 51.

Wolter, in SK (Fn. 30), Anh. zu § 55 Rn. 5a.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 3.

Gründe für die Legitimation seien nichtgenannt worden. Auch mit der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG habe keine Auseinandersetzung stattgefunden. Nach diesem Prinzip kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde. Die Rechtsfigur müsse sich jedoch an dem Gesetzlichkeitsprinzip messen lassen, da sie strafbegründend wirke und somit dem materiellen Recht zuzuordnen sei. 42

Der Senat stellt fest, dass die echte Wahlfeststellung keine Entscheidungsregel darstellt, da diese neben den Möglichkeiten einer Verurteilung und eines Freispruchs im Falle einer exklusiven Alternativität eine dritte Entscheidungsvariante sei. Diese eröffne die Möglichkeit, nur aufgrund eines ge-Unrechtskerns, meinsamen "Rumpftatbestands", zu verurteilen. Somit stelle die Rechtsfigur eine ungeschriebene dritte Norm dar, "die - angeblich - übereinstimmende Unrechtselemente der beiden gerade nicht zur Anwendung gelangenden Normen in sich vereinigen soll<sup>w43</sup>. Dafür werde ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal in Gestalt einer rechtsethischen gleichbarkeit fiktiv ergänzt. 44

Dies stelle jedoch ein materiellrechtliches Element dar, anhand dessen
über das Vorliegen von Schuld und das
Erfordernis von Strafe entschieden
werde. Somit müsse eine Überprüfung
anhand des Art. 103 II GG vorgenommen werden. Dieser normiere einen
uneingeschränkten Gesetzesvorbehalt
und könne daher nicht mit Hinweis auf
Gebote materieller Strafgerechtigkeit
durch Richterrecht beschränkt werden. 45

Ferner könne man sich nicht darauf berufen, dass der Gesetzgeber die Frage der Zulässigkeit bewusst "der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen" habe. 46 Denn der Gesetzgeber könne sich nicht der Aufgabe, die Voraussetzungen der Strafbarkeit selbst zu bestimmen, durch einen Verweis auf mögliches Richterrecht entziehen. 47

Schließlich müssten auch Grundlagen der Strafzumessung nach Art. 103 II GG eindeutig sein. Dafür müsse die Qualität der Strafe mit Blick auf eine bestimmte strafbare Handlung und eine diesbezügliche Schuld bewertet werden. Wenn jedoch unklar sei, Unrechtshandlung begangen wurde, führe dies zu Ungenauigkeiten im Strafzumessungsvorgang und zu einer nur "per Saldo" festgestellten Schuld des Angeklagten. Dies sei mit Art. 103 II GG unvereinbar. 48

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Da es sich um einen Vorlagebeschluss nach § 132 III GVG handelt, tritt mit diesem noch keine Änderung der Rechtsprechung ein. Daher heißt es zunächst für Rechtsanwender und Studierende aufmerksam den weiteren Verlauf der Diskussion in Rechtsprechung und Lehre zu beobachten.

Mit der erneuten Aktualität des Themas könnten sich die Studierenden durch eine kritische Sichtweise, die über das bloße Aufzählen der Kriterien hinausgeht, Zusatzpunkte sichern.

Der Strafverteidiger wird im Falle der Aufgabe der Rechtsprechung eventuell damit rechnen müssen, dass es, um eine Strafbarkeitslücke zu verhindern, vermehrt zu eindeutigen Verurteilungen kommen wird, die auf einem ungenauen Ermittlungsergebnis beruhen. Ob sich dieses von den Befürwortern der echten Wahlfeststellung prophezeite Risiko realisieren wird, bleibt jedoch abzuwarten.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 31 f.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 33; BT-Drucks. I/3713, S. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> BGH (Fn. 2), Rn. 35 f.

#### 5. Kritik

Die Entscheidung des 2. Strafsenats ist zu begrüßen, der Argumentation ist zuzustimmen. <sup>49</sup> Zwar stellt ein Urteil, welches auf einer grundgesetzwidrigen Figur beruht sehr wohl einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten dar, dass der Senat dies fälschlicherweise nicht so benennt, dürfte jedoch mit diplomatischem Verhalten gegenüber den anderen Senaten zu erklären sein.

Da es sich bei der gesetzesalternativen Wahlfeststellung um – wie der Senat überzeugend darlegt – materielles Strafrecht handelt, verstößt die Anwendung dieser Rechtsfigur gegen das Rückwirkungs- und Analogieverbot aus Art. 103 II GG. Außerdem genügt sie dem Bestimmtheitsgebot nicht. So weit das RG argumentierte, die Rechtsprechung sei berechtigt, zur Ergänzung vorhandener Gesetzeslücken im Verfahrensrecht rechtsschöpferisch tätig zu werden, um damit die Wahlfeststellung erstmals zu legitimieren<sup>50</sup>, ging es also von einer falschen Annahme aus.<sup>51</sup>

Es besteht ferner die Möglichkeit einer Aufweichung des nemo tenetur-Grundsatzes, des § 55 StPO und der Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52 ff. StPO. Wenn z.B. jemand Geschenke bekommt, die sich später als Diebesbeute herausstellen, könnte der Beschenkte sich auf der Anklagebank wiederfinden. Aufgrund der Möglichkeit, mittels Wahlfeststellung verurteilt zu werden, wird er, selbst wenn ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, zwungen, den Schenkenden zu belasten um sich selbst zu entlasten. Eine solche Entlastungspflicht kennt unser Rechtssystem jedoch nicht. Hier findet eine unzulässige Beweislastumkehr statt.

Auch fehlt es bei einem wahlweisen Urteilsspruch an der von § 261 StPO geforderten richterlichen Überzeugung. Stemmer zucht die Gefahr eines Irrtums, und als Folge ein Fehlurteil, bedenklich nahe, wenn der Richter bei der Erforschung der Wahrheit keinen bestimmten tatbestandsmäßigen Vorgang erkennen, sondern nur Möglichkeiten vorfinden kann. Dies wiederum beeinträchtigt die Erklärung über den strafrechtlichen Gehalt der Tat.

Soweit kriminalpolitische Aspekte zur Rechtfertigung herangezogen werden, werden hier vermeintliche Erfordernisse der Praxis den Grundlagen der Rechtstaatlichkeit vorgezogen.<sup>55</sup> Ansicht, dass dies zu ertragen sei, da die Delikte, zwischen denen gewählt wird, gleichartig und gleichwertig sein müssen, "schlägt der modernen Ver-Gesicht."56 brechensauffassung ins Denn Arbeiten über die Erscheinungsformen und die Strafzumessung eines Delikts werden sinnlos, wenn es letzten Endes gleichgültig sein soll, ob dieses oder ein ähnliches begangen wurde. Tatsächlich spielt die konkrete Tatausführung eine bedeutende Rolle für das Maß der Schuld.<sup>57</sup> Daraus folgt, dass eine vernünftige Strafzumessung nicht möglich ist, wenn über den Hergang der Tat nichts weiter bekannt ist, als dass der Täter sich unredlich verhielt.<sup>58</sup>

Letztlich behält *Heinitz* Recht: Wenn eine Überführung nicht gelingt muss freigesprochen werden, dies ist für die Strafrechtspflege eher erträglich als die "Mißgeburt" einer alternativen Verurteilung". <sup>59</sup>

(Thomas Richter / Kai Schober)

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Vgl. *Freund*, in Wolter-FS, 2013, S. 35, 35 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> RGSt 68, 257, 259.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Zumindest einfachgesetzliche Regelungen standen einer Zulässigkeit entgegen, so z.B. § 2 preußisches StGB von 1851 und § 2 RStGB von 1871. Auf Verfassungsebene findet sich der Vorläufer von Art. 103 Abs. 2 in Art. 116 WRV, lediglich von 1935-1946 gab es keinerlei Hindernis für diese Rechtsfigur.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> *Schorn*, DRiZ 1964, 45, 49.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> RGSt 68, 257.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> RGSt 68, 257.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Schorn, DRiZ 1964, 45, 48 f;

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 101.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> *Heinitz* in JZ 1952, 100, 102.

# famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

A verliebt sich in ihren Fahrlehrer F, versucht ihn fortan für sich zu gewinnen und erbittet mehrfach ein Treffen. Weil F den Kontakt ablehnt, gerät sie zunehmend in Verzweiflung und fühlt sich in ihrem Stolz verletzt.

Eines Tages sieht A den F auf dem Fahrschulparkplatz. Daraufhin begibt sie sich mit einer verborgenen Pistole zum Auto des F. Sie plant, ihn unter Vorhalten der Waffe zu einem Gespräch zu zwingen und ihn, sollte er dies erneut ablehnen, zu erschießen. A zieht die

Waffe, richtet sie durch das geöffnete Fahrerfenster auf F und fordert ihn mit den Worten, dass sonst "etwas Böses" geschehen werde, zum Offnen der Tür auf. Als F, der die Waffe irrtümlich für eine Spielzeugpistole hält, dies verweigert, erkennt A, dass sie ihn auch auf diese Weise nicht zum Gespräch zwingen kann. Sie betätigt deshalb den Abzug, wobei sich zu ihrer Überraschung kein Schuss löst, da sie vergessen hat, den Schlitten der Pistole durchzuziehen. Als sie die Waffe nun durchlädt, bekommt F Angst, startet den Motor und flieht. A schießt daraufhin mit Tötungsabsicht vier Mal auf den davonfahrenden Wagen, wobei F unverletzt bleibt.

Das LG verurteilte A wegen versuchten heimtückischen Mordes. Hiergegen legt A Revision ein.

## Oktober 2014 **Kuss-oder-Schuss-Fall**

Unmittelbares Ansetzen / Heimtücke §§ 211, 22 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Macht der Täter die Tatausführung von dem Eintritt eines bestimmten Verhaltens des Tatopfers abhängig, so setzt er erst dann zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar an, wenn sich die Bedingung erfüllt.
- 2. Arglosigkeit i.S.d. Heimtücke nach § 211 StGB kann grundsätzlich nur dann vorliegen, wenn sich das Opfer bei Eintritt in das Versuchsstadium keines erheblichen Angriffs auf Leib oder Leben versieht.

BGH, Urteil vom 29. April 2014 – 3 StR 21/14; veröffentlicht in: BeckRS 2014, 12662

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Schwerpunkte des Falls liegen zum einen bei der Frage, wann ein Tatentschluss und ein unmittelbares Ansetzen i.R.d. Versuchs vorliegen, wenn der Täter die tatsächliche Tatausführung von einem bestimmten Verhalten des Opfers abhängig macht. Zum anderen betrifft er das Folgeproblem, wie sich dieser Zeitpunkt auf das Vorliegen von Arg- und Wehrlosigkeit i.R.d. versuchten heimtückischen Mordes auswirkt.

Während sich bei einer vollendeten Vorsatztat grundsätzlich objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale decken, ist es für den Versuch kennzeichnend, dass dem Handlungsunwert der Tat kein gleichwertiger Erfolgsunwert entspricht.<sup>2</sup> Wegen dieser besonderen subjektiven Prägung des Versuchs steht der subjektive Tatbestand, der **Tatent**-

2014

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde von den Bearbeitern gekürzt, um das Problem zu verdeutlichen.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Vgl. *Eser/Bosch,* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 23 Rn. 6.

**schluss**, vor den objektiven Merkmalen einer Versuchsprüfung.<sup>3</sup>

Erforderlich ist, dass der Täter zur Tat fest entschlossen ist und keines weiteren subjektiven Willensanstoßes mehr bedarf.<sup>4</sup> Anders liegen Fälle, in denen er die Begehung einer Straftat zwar durchdacht hat, aber noch nicht tatentschlossen ist (**Tatgeneigtheit**).<sup>5</sup>

Die erforderliche Tatentschlossenheit ist ebenfalls bei einem **Tatentschluss unter innerem Vorbehalt** zu verneinen.<sup>6</sup> Ein solcher liegt z.B. dann vor, wenn der Täter einen Überfall auf eine Tankstelle ins Auge gefasst hat und diese mit dem Bewusstsein betritt, den Überfall möglicherweise sogleich durchzuführen, wenn nur der Angestellte anwesend ist. Hier hat er sich noch nicht endgültig entschlossen, ob er gerade diese Tankstelle ausrauben wird. Er hat einen inneren Vorbehalt gegen die Tat und bedarf noch eines weiteren subjektiven Willensimpulses.

Anders zu beurteilen und für den subjektiven Tatbestand hinreichend ist hingegen ein Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage. Während der Täter bei einem Tatentschluss unter innerem Vorbehalt noch subjektiv unentschlossen ist, hat er in letztgenannter Konstellation keine inneren Vorbehalte mehr gegen die Tat. Fr hat einen festen Willen zur Tat gefasst und macht einzig ihre tatsächliche Begehung davon abhängig, dass bestimmte äußere Umstände eintreten, auf die er keinen Einfluss hat.8 Der Täter würde den Überfall auf die Tankstelle also nicht nur möglicherweise zugleich durchführen, wenn nur der Angestellte anwesend ist, sondern wäre hierzu bereits fest entschlossen. Nur noch die tatsächliche Ausführung hinge

von diesem äußeren Umstand ab, jedoch nicht sein Wille zur Tat.

Vorliegend ist A ohne inneren Vorbehalt entschlossen, F zu erschießen, sofern er ihre Forderung ablehnt. Sie hat folglich einen Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage.<sup>9</sup>

Eine hiervon zu trennende Frage ist, ob der Täter zur Tatbestandsverwirklichung auch unmittelbar angesetzt hat. Den Tatentschluss fasst er meist nicht erst direkt bei Ausführung der Tat, sondern schon weit früher. Um das strafbare Versuchsstadium nicht zu weit vorzuverlagern, dient das unmittelbare Ansetzen i.S.d. § 22 StGB<sup>10</sup> als Anknüpfungspunkt für den Versuchsbeginn.<sup>11</sup>

Für die schwierige Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium haben Rechtsprechung und Literatur verschiedene Leitlinien entwickelt. Nach der **Zwischenaktstheorie**, angereichert mit der "Jetzt-geht-es-los"-Formel, liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum "Jetzt-geht-es-los" überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die - nach seinem Tatplan - in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder in einem unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu ihr stehen. 12 Die Gefährdungstheorie fragt danach, ob das Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet ist, während die **Sphärentheorie** darauf abstellt, ob der Täter in den Schutzbereich des Opfers eingedrungen ist und nach seiner Vorstellung zwischen der Handlung und dem erwartetem Erfolgseintritt ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang besteht.<sup>13</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 34 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, Rn. 287.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Rengier (Fn. 3), § 34 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> *Jäger* (Fn. 4), Rn. 287.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 34 Rn. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Rengier (Fn. 3), § 34 Rn. 11.

 <sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. April 2014
 – 3 StR 21/14, Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Folgende Paragraphen sind solche des StGB.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Rengier (Fn. 3), § 33 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BGHSt 48, 34, 35 f.; BGH NStZ 2013, 156, 157.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Jäger (Fn. 4), Rn. 297 f.

Allen diesen Theorien ist der Gedanke gemein, dass ein enger Bezug zum Opfer bestehen muss. 14 Der konkrete Fall erfordert immer eine Einzelfallbetrachtung, so dass im Wege einer normativen Gesamtbetrachtung die Kriterien aller drei Theorien zu berücksichtigen und zu kombinieren sind. 15 Sokann es für die Bestimmung des für sich genommen unscharfen Begriffs des "wesentlichen" bzw. "unwesentlichen" Zwischenakts hilfreich sein zu fragen, inwieweit der Täter bereits in die Opfersphäre eingedrungen und das betroffene Rechtsgut gefährdet ist.

Teilweise wird über das Fehlen wesentlicher Zwischenakte hinaus eine unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung gefordert. Hillenkamp zufolge liegt eine solche vor, wenn sich die Verwirklichung des Tatbestandes als nahe Folge des Ansetzens zur Tathandlung schon abzeichnet und ihr Eintritt nach dem geplanten Ablauf der Tat wahrscheinlich, d.h. nicht mehr erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt ist. 17

Problematisch ist das unmittelbare Ansetzen in denjenigen Konstellationen, in denen der Täter die Ausführung der Tat von **äußeren Bedingungen** abhängig macht, auf deren Eintritt er keinen Einfluss hat. Der BGH differenziert hier wohl danach, ob der Eintritt der Bedingung von einer Sache oder von einem menschlichen Verhalten abhängt.

Im Rüttel-Fall rüttelte der Täter an den Vorderrädern eines Autos, das er unmittelbar danach stehlen wollte, falls das Lenkradschloss nicht eingerastet war. 18 Der BGH nahm einen Diebstahlsversuch an und stellte darauf ab, dass ein unbedingter Tatentschluss vorlag und der Gewahrsam des Berechtigten aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Rütteln und

der geplanten, sich daran anschließenden Entwendung schon gefährdet war. 19

Anders entschied er in einem Fall, in dem zwei Täter eine Frau zu erpresserischen Zwecken entführen wollten, dies aber davon abhängig machten, dass sie nach dem Klingeln ohne ihr Kind an der Tür erscheinen würde. Als die Frau die Tür mit dem Kind auf dem Arm öffnete, brachen sie die Tat ab.<sup>20</sup> Der BGH lehnte hier einen versuchten erpresserischen Menschenraub ab. Da die Täter die weitere Tatausführung von vornherein davon abhängig gemacht hatten, dass das Opfer ohne ihr Kind erscheint, hätten sie eines weiteren Willensimpulses bedurft, damit ihre Handlung unmittelbar in die Tathandlung übergehe.<sup>21</sup> Der Tatentschluss wurde hier also bejaht, während ein unmittelbares Ansetzen abgelehnt wurde. Diese Auffassung bestätigte der BGH in einer anderen Entscheidung, in der er klarstellte, dass bei menschlichem Verhalten die Tatausführung nicht automatisiert erfolge, ein unmittelbares Ansetzen also erst nach Eintritt der Bedingung angenommen werden könne.<sup>22</sup>

Auch *Hillenkamp* lehnt den Versuchsbeginn in den Fällen ab, in denen der Eintritt der Bedingung ausschließlich vom Opferverhalten abhängt und sich das Opfer dessen bewusst ist.<sup>23</sup> Er stützt sich darauf, dass nach dem Tatplan bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Gefahr der Tatbestandsverwirklichung bestehe.<sup>24</sup> Auch *Vogler* führt bei derartigen Konstellationen an, die bloße Bedrohung mit einer Tötung sei eine typische Vorbereitungshandlung.<sup>25</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 729.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Heinrich (Fn. 14), Rn. 728 f.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Hillenkamp*, in LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 22 Rn. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> *Hillenkamp*, in LK (Fn. 16), § 22 Rn. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BGHSt 22, 80.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BGHSt 22, 80, 82.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGH NStZ 1999, 395, 396.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BGH NStZ 1999, 395, 396.

BGH NJW 1991, 1963; vgl. auch BGH NStZ-RR 2004, 361, 361 f.; BGH NStZ 2012, 85; anders BGH NJW 1952, 514, 514 f.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> *Hillenkamp*, in LK (Fn. 16), § 22 Rn. 129

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> *Hillenkamp*, in LK (Fn. 16), § 22 Rn. 130.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Vogler*, in LK, 10. Aufl. 1985 ff., § 22 Rn. 86 f.

Bei Zugrundelegung der Zwischenaktstheorie mit der "Jetzt-geht-es-los"-Formel, der Gefährdungstheorie und der Sphärentheorie kann man freilich zu einem anderen Ergebnis kommen. Wenn der tatentschlossene Täter das Handlungsgeschehen bereits derart in Gang gesetzt hat, dass sich seine von ihm ins Auge gefasste Reaktion unmittelbar an ein bestimmtes Opferverhalten anschließen soll, lässt sich eine unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts, die direkte Berührung der Opfersphäre, sowie ein Überschreiten der Schwelle "Jetzt-geht-es-los" zum schwerlich leugnen.<sup>26</sup> Bei losgelöster Betrachtung ließe sich im erforderlichen Opferverhalten zwar ein wesentlicher Zwischenakt sehen. Da indes die Bestimmung der Wesentlichkeit unter Zugrundelegung der anderen Abgrenzungsformeln im Wege einer normativen Betrachtung erfolgt, kann man das Opferverhalten wohl nur noch als unwesentlichen Zwischenschritt ansehen.

A befand sich unstreitig jedenfalls beim ersten Schussversuch im Versuchsstadium. Ob sie erst hierbei oder schon zu einem früheren Zeitpunkt zur Tat unmittelbar angesetzt hat, kann nach den genannten Ansichten unterschiedlich beurteilt werden.

Für den vorliegenden Fall ist zudem entscheidend, wie sich äußere Bedingungen auf den Versuchsbeginn bei der Heimtücke nach § 211 auswirken. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>27</sup> Der Strafgrund der Heimtücke liegt in dem Überraschungsmoment, das die Verteidigungschangen des Opfers erheblich mindert.<sup>28</sup> Arglos ist das Opfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit Anders liegt es, wenn man das unmittelbare Ansetzen bereits in der Drohung sieht. Dann stellt sich diese als zeitlicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Arglosigkeit dar und es kommt darauf an, ob das Opfer zu diesem Zeitpunkt arglos war.

Ist dies zu bejahen, müsste das Opfer gerade wegen seiner Arglosigkeit auch wehrlos sein. 30 Wehrlosigkeit liegt vor, wenn das Opfer keine Möglichkeiten zur Gegenwehr mehr hat, die auch in einem Umstimmen des Täters liegen kann.<sup>31</sup> In den Fällen, in denen der Täter das Opfer vor eine Wahl stellt, hat es iedoch in besonderem Maße die Möglichkeit, sich des Angriffs zu erwehren. Das Opfer ist nicht nur auf Hilferufe oder Umstimmungsversuche angewiesen, sondern kann die Attacke durch bloßes Herbeiführen der Bedingung abwenden. Dies kann die Wehrlosigkeit ausschließen, wenn die Erfüllung der Bedingung noch zumutbar ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich das Opfer einer abgenötigten Bedingung grundsätzlich nicht beugen muss. Im vorliegenden Fall kann diese Frage iedoch dahinstehen, da F überhaupt nicht erkannt hat, dass es sich um eine echte Pistole handelt und sein Leben bedroht wird. Zudem muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzen.<sup>32</sup>

gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff rechnet.<sup>29</sup> Wendet man die Grundsätze der Rechtsprechung und Hillenkamps auf die Fälle an, in denen das Opfer über den weiteren Verlauf in Kenntnis der Angriffsmöglichkeit "entscheidet", wird seine Arglosigkeit regelmäßig bei Versuchsbeginn bereits entfallen sein. Schon vor dem unmittelbaren Ansetzen versieht sich das Opfer wegen der gestellten Bedingung eines erheblichen Angriffs auf Leib oder Leben, denn es weiß genau, was es bei Nicht-Erfüllung dieser zu erwarten hat.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> So auch: *Hillenkamp*, in LK (Fn. 16), § 22 Rn. 130.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 15. Aufl. 2014, § 4 Rn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Rengier* (Fn. 27), § 4 Rn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Rengier (Fn. 27), § 4 Rn. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Rengier* (Fn. 27), § 4 Rn. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Rengier (Fn. 27), § 4 Rn. 31, 23.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Rengier* (Fn. 27), § 4 Rn. 41.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung<sup>33</sup>

Der BGH hebt den Schuldspruch wegen versuchten Mordes auf. Er führt hinsichtlich des Versuchsbeginns aus, dass A zwar beim Herantreten und Ziehen der Pistole bereits einen unbedingten Tatentschluss gefasst habe. Denn nur die Tatausführung selbst, nicht aber der Wille zur Tat sei davon abhängig gewesen, dass F auch unter Vorhalten der Pistole weiterhin nicht bereit war, mit A ein Gespräch zu führen. Allerdings kam es für die Umsetzung des geplanten Tötungsverhaltens noch auf den – von A nicht zu beeinflussenden - Eintritt der Bedingung an, dass F sie wieder abweisen würde. Darin liege ein wesentlicher Zwischenakt, der dem Eintritt in das Versuchsstadium entgegenstehe. komme also nicht darauf an, dass sich F offensichtlich keines Angriffs auf sein Leben versah, als A zu ihm ans Fahrzeug trat und die Pistole auf ihn richtete. A habe erst unmittelbar angesetzt, als sie den Abzug der Waffe betätigte. Allein dieser Zeitpunkt sei für die Bestimmung der Arglosigkeit maßgeblich.

Das Gericht scheint F zwar auch hierbei noch für arglos zu halten, da dieser die Waffe bloß für eine Spielzeugpistole gehalten hat. A habe jedoch bei Vornahme ihrer Drohung mit der vorgehaltenen Pistole nicht gewusst, dass F die Waffe nur für eine Spielzeugpistole hielt und sie deshalb nicht ernst nahm. Somit habe sie diesen Umstand nicht bewusst ausgenutzt.

Der BGH setzt sich zudem mit der Frage auseinander, ob A aber deswegen heimtückisch gehandelt haben könnte, weil sie dem Opfer zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz war, dass für F keine Möglichkeit blieb, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Es sei allerdings nicht ausgeschlossen, dass F noch die Möglichkeit gehabt habe, ver-

<sup>33</sup> Siehe zum gesamten Abschnitt: BGH, Urteil vom 29. April 2014 – 3 StR 21/14, Rn. 6 f. bal auf sie einzuwirken und so den nicht gänzlich aussichtslosen Versuch zu unternehmen, diese von ihrem Vorhaben. Heimtücke käme deshalb nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat nicht mehr in Betracht, A habe daher nur einen versuchten Totschlag nach §§ 212, 22 begangen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das unmittelbare Ansetzen ist in nahezu jeder Klausur mit Versuchsproblematik von Belang. Es gibt über die einfach gelagerten Fälle hinaus, die sich mit der Zwischenakts- i.V.m. der "Jetztgeht-es-los"-Formel lösen lassen, allerdings eine Vielzahl problematischer Konstellationen, für die ein fundiertes Wissen über die vielschichtigen Probleme des unmittelbaren Ansetzens von Vorteil ist. An die hier erörterte Problematik muss immer gedacht werden, wenn ein Täter (z.B. unter Vorhalten einer Waffe) das Opfer mit einer "entweder-oder"-Situation konfrontiert, vorausgesetzt, er hat den Tatentschluss, seine Drohung auch umzusetzen. An dieser Stelle bietet es sich auch in (Examens-)Klausuren an, die Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen und sich vor allem mit den Folgeproblemen wie oben bei der Heimtücke - arguauseinanderzusetzen. Richter muss die einzelnen Zeitpunkte jedenfalls strikt auseinanderhalten.

### 5. Kritik

Zweifelhaft ist, ob der BGH hinsichtlich des unmittelbaren Ansetzens nicht an einen zu späten Zeitpunkt anknüpft. Er bestätigt in dieser Entscheidung vielmehr seine widersprüchliche ständige Rechtsprechung: Im Rüttel- und Klingel-Fall sowie auch im vorliegenden Fall stellt sich dieselbe Ausgangslage im Hinblick auf die Rechtsgutsgefährdung und die Nähe zur Opfersphäre. 34 Unverständlich ist daher, wieso der Täter bei Bedingungen, die von einem menschli-

59

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Vgl. hierzu unter 2.

chen Verhalten abhängen, eines weiteren Willensimpulses bedürfen soll, während er diesen bei Sachen richtigerweise nicht benötigt. Der Täter, der für den Eintritt einer ganz bestimmten Bedingung seine darauf erfolgende Reaktion von vornherein festgelegt hat, handelt unabhängig davon gleichsam automatisiert, ob es sich hierbei nun um eine Sache oder um einen Menschen handelt. Es ist also nicht die tatsächliche Ausführung der Tat, sondern ein Ablassen von ihr, welches eines weiteren Willensanstoßes bedarf, außer das Opfer reagiert völlig anders als geplant.

Auch soweit man der Linie des BGH zustimmt, ist jedenfalls seine Begründung aus anderen Gesichtspunkten äu-Berst fragwürdig. Für die Frage, ob ausnahmsweise doch ein heimtückischer Mord zu bejahen ist, obwohl der Eintritt ins Versuchsstadium vor Eintritt der Bedingung noch nicht erfolgte, stellt der BGH darauf ab, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass F zwischen Gefahrerkennung und unmittelbarem Angriff noch die Möglichkeit eines Umstimmens hatte. Da für eine Versuchsstrafbarkeit allein das subiektive Vorstellungsbild des Täters die ausschlaggebende Grundlage bildet, hätte es der BGH bei der Feststellung belassen können, dass F nach der Vorstellung der A die Gefahr bereits bei Vorhalten der Pistole erkannte und sie von ihrem Tötungsvorhaben durch Worte hätte abbringen können (gerade das war schließlich auch ihr Ziel).

Aus demselben Grund übersieht der BGH, dass es überhaupt nicht darauf ankommt, ob A gewusst und insoweit bewusst ausgenutzt hat, dass F die Waffe für eine Spielzeugpistole hielt und die Drohung deshalb nicht ernst nahm, da F im Vorstellungsbild der A zum Zeitpunkt des Schusses nicht mehr arglos und auch nicht wehrlos war.

Widerspricht man der Linie des BGH, könnte man mit *Hillenkamp* darauf abstellen, ob neben nur noch unwesentlichen Zwischenakten bereits die "unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung" bestand. Inwieweit sich hiervon jedoch das Kriterium der "unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts" unterscheiden soll, ist nicht zu erkennen. In einem auf Rechtsgüterschutz ausgerichteten Strafrecht kann (jedenfalls bei Verletzungsdelikten) eine unmittelbare Gefährdung eines Rechtsguts nur vorliegen, wenn auch die unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung vorliegt. Zudem besteht die unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung durchgängig von dem Moment an, in dem der Täter dem Opfer die Bedingung stellt. Der Täter wird jedes weitere Verhalten des Opfers (Zögern, Beschwichtigen etc.) innerlich dahingehend bewerten, ob es die Bedingung ablehnt, erfüllen wird oder sich noch nicht "entschieden" hat. Es könnte also stets der Zeitpunkt erreicht sein, in dem der Täter das Verhalten als Ablehnung versteht und die Tat begeht. Zudem erscheint es kaum sachgemäß, das Opfer bestimmen zu lassen, wann der gegen ihn gerichtete Versuch beginnt.

Voglers Ansicht, eine Todesbedrohung stelle eine typische Vorbereitungshandlung eines Tötungsversuchs dar, ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. Anders liegt es aber, wenn der Täter bereits einen festen Tatentschluss hat, d.h. nicht nur etwa zeitlich vorgelagert drohen will, sondern sich die Tötung zeitlich und räumlich unmittelbar an das Opferverhalten anschließen soll.

Ratsam wäre also, konsequent die allgemeinen Abgrenzungsformeln in wertender Kombination anzuwenden, um zu widerspruchsfreien Begründungen und Lösungen zu kommen. So fällt es z.B. auch nicht schwer, dem Opfer rechtzeitig ein Notwehrrecht zuzugestehen, ohne sich mit der Problematik der Präventivnotwehr auseinandersetzen zu müssen.<sup>35</sup>

(Serkan Güngör/Louise Dietz)

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Vgl. hierzu *Rengier* (Fn. 3), § 18 Rn. 22, § 19 Rn. 15.

## famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

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

Der in Lettland lebende A arbeitet seit 2001 für eine lettische Spedition als Fahrdienstleister. Sein Chef und zwei weitere Personen schließen sich zusammen, um Deutschland wiederholt hochwertige Kraftfahrzeuge zu entwenden. Die Fahrzeuge sollen gewinnbringend nach Lettland verschoben und dort verkauft werden. Dies gelingt in den nächsten zwei Monaten der Abrede entsprechend mehrmals. Es

werden insgesamt vier Fahrzeuge der Marke BMW im Wert zwischen 44.000 und 61.000 € entwendet.

Aufgabe des A ist es, den Kontakt zwischen seinem Chef und den Tätern in Deutschland zu halten, indem er telefonisch Sprechzeiten vermittelt. Dabei geht es darum, ihnen eine abhörsichere Kommunikation zu ermöglichen. Weiterhin überweist er seiner Kontaktperson in Deutschland im Auftrag seines Chefs Geld zur Entlohnung der Tat. A ist sich bewusst, dass er durch sein Handeln die Koordination der Diebstähle in Deutschland ermöglicht. Auch weiß A, dass er eine in Deutschland agierende feste Tätergruppierung bei der Entwendung hochwertiger Fahrzeuge unterstützt.

Das LG verurteilt A wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl in vier

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

# November 2014 **Autoschieber-Fall**

Bandendiebstahl / Beihilfe / Akzessorietätslockerung §§ 242, 244a Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

- 1. Die Bandenmitgliedschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB.
- 2. Um Teilnehmer an dem Delikt des schweren Bandendiebstahls gem. § 244 a StGB zu sein, ist eine Mitgliedschaft in der Bande obligatorisch. Ansonsten kann nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden. Das Bewusstsein, an einem Bandendiebstahl teilzunehmen, reicht nicht aus.

BGH Urteil vom 6. August 2014 – 2 StR 60/ 14; veröffentlicht in: Beck RS 2014, 17469

Fällen. Die Staatsanwaltschaft legt Revision beim BGH ein.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zunächst soll zum Verständnis des Falles kurz dargelegt werden, warum hier überhaupt deutsches Strafrecht anwendbar ist. Daran könnten auf den ersten Blick Zweifel entstehen, da A sich während der gesamten Zeit in Lettland aufhält. Grundsätzlich ist deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Tat auf deutschem Staatsgebiet verübt wird.<sup>2</sup> Das ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip des § 3 StGB<sup>3.</sup> Anknüpfend daran regelt § 9 Abs. 1, dass eine Tat an dem Ort begangen ist, an dem der Täter gehandelt (oder etwas unterlassen) hat oder an dem der Erfolg eintritt oder hätte eintreten sollen (Ubiquitätsprinzip). Noch weiter erstreckt sich

**11** 2014

Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

gem. § 9 Abs. 2 der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts für den Teilnehmer, da für ihn sowohl der Ort der Haupttat als auch der Ort der Teilnahme gilt.<sup>4</sup> Das deutsche Strafrecht ist also sowohl für den Fall, dass A hier Täter ist, als auch für den Fall, dass A Teilnehmer ist, anwendbar, da der Taterfolg in Deutschland eintrat. Sollten die Tatopfer Deutsche gewesen sein, würde sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts schon aus § 7 Abs. 1 ergeben.

Zentrale Problematik des Falls ist, ob die Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 anzusehen ist. Davon abhängig ist, ob die Handlung des A als Beihilfe zum qualifizierten Delikt des Bandendiebstahls oder lediglich zum Grunddelikt des Diebstahls anzusehen ist. Zur Erörterung dieses Problems soll zunächst auf die Anforderungen an die Bandenmitgliedschaft gem. § 244 eingegangen werden. Die bandenmäßige Begehung Diebstahls eines § 244 Abs. 1 Nr. 2 ist eine Qualifikation zum Grunddelikt des § 242.5 Bei § 244a handelt es sich wiederum um eine Oualifikation des § 244 wegen einer schweren Begehungsweise des bandenmäßigen Diebstahls.

Nach einem Beschluss des Großen Senats vom 22. März 2001 setzt eine "Bande" den **Zusammenschluss von mindestens drei Personen** (vorher zwei) voraus. Diese drei Personen müssen sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.<sup>6</sup> Dass sie dabei hierarchisch organisiert sind oder mit einem übergeordneten Bandeninteresse vorgehen, ist nicht erforderlich.<sup>7</sup> Es genügt, wenn die

einzelnen Bandenmitglieder individuelle Interessen an einer risikolosen, effektiven Tatausführung und Beuteerzielung verfolgen.<sup>8</sup>

Anders als bei vielen anderen Bandendelikten (wie z.B. der Bandenhehleaem. § 260a) reicht es § 244 Abs. 1 Nr. 2 nicht aus, dass eine Bande vorliegt. Zusätzlich muss der Diebstahl "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" begangen werden. Auch in dieser Hinsicht ist der Beschluss des Großen Senats richtungsweisend, da er dieses Mitwirkungserfordernis nicht mehr als ein zeitlich und örtliches Zusammenwirken am Tatort interpretiert. Er bewertet es als ausreichend und dem Wortlaut des § 244 entsprechend, wenn eine Person vor Ort, die andere aber nur aus der Ferne mitwirkt – ein irgendwie geartetes Zusammenwirken reiche also aus.9

Die Gegenansicht verlangt, dass mindestens zwei Personen am Tatort mitwirken und sieht in der Änderung durch den Großen Senats eine ausufernde Lockerung, sodass die tatbestandseinschränkende Funktion dieses Merkmals verloren ginge. 10 Eine Bande und die Tatbegehung unter Mitwirkung sind im vorliegenden Fall nach beiden Ansichten gegeben. Zu prüfen ist hier aber, ob A als Mitglied dieser Bande anzusehen ist. Dies bestimmt sich allein nach der Bandenabrede. Darunter ist der ernsthafte Wille, sich mit anderen zur fortgesetzten Begehung von Straftaten zusammenzuschließen, zu verstehen.<sup>11</sup> Dies kann ausdrücklich oder konkludent vereinbart werden. 12 Auch müssen sich die Mitglieder dazu nicht untereinander kennen oder gar persönlich verabredet haben. 13 Entscheidend ist: Wer sich der Bande nicht durch Ab-

Heinrich, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 64.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, 5. Aufl. 2012, § 244 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGHSt 46, 321.

Kindhäuser (Fn. 5), § 244 Rn. 32.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BGHSt 46, 321, 325.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGHSt 46, 321, 332.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> *Oğlakcıoğlu*, Jura 2012, 770, 775.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BGHSt 46, 321.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Vogel, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2008 ff., § 244 Rn. 60 f.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl., § 4 Rn. 93.

rede angeschlossen hat, ist kein Bandenmitglied. Die Qualität der so verabredeten Teilnahmehandlung ist dabei irrelevant. Eine Abrede zur Gehilfentätigkeit kann aber ausreichen.<sup>14</sup>

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass Täter des § 244 Abs. 1 Nr. 2 nur Bandenmitglieder sein können. Umgekehrt ist aber **nicht jedes Bandenmitglied Täter**, sondern kann auch im konkret zu beurteilenden Fall nur Teilnehmer sein. Dabei sind die Bandenmitgliedschaft und die Beteiligung an der konkreten Tat unabhängig voneinander zu beurteilen. Diesbezüglich müssen also die allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme angewandt und demnach bewertet werden, ob der Einzelne als Täter oder Teilnehmer zu bestrafen ist. Diesbezüglich müssen also die allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme angewandt und demnach bewertet werden, ob der Einzelne als Täter oder Teilnehmer zu bestrafen ist.

Das LG und der BGH haben A als Gehilfen, also lediglich als Teilnehmer, ohne Bandenmitgliedschaft eingestuft. Für Teilnehmer, die keine Bandenmitglieder sind, könnte nun aber die Akzessorietätslockerung des § 28 relevant werden. Der Teilnehmer wird dafür bestraft, dass er in einer bestimmten Form an der Begehung einer anderen vorsätzlichen rechtswidrigen Tat mitwirkt. Von dieser Haupttat hängt seine Strafbarkeit akzessorisch ab. 17 spricht hier von einer "limitierten" Akzessorietät, da die Schuld beim Haupttäter fehlen darf. 18 Die §§ 26, 27 sind keine eigenen Straftatbestände, sondern Zurechnungsnormen, weshalb die Strafe des Teilnehmers grundsätzlich von der des Täters abhängt. 19 Hiervon sieht § 28 Ausnahmen vor, wenn besondere persönliche Merkmale vorliegen. Diese sollen (nur) für denjenigen nachteilig wirken, der sie selbst aufweist. <sup>20</sup> Die entscheidende Frage des vorliegenden Falls ist somit, ob die Bandenmitgliedschaft ein solches besonderes persönliches Merkmal darstellt, sodass § 28 anwendbar ist.

Dabei enthält § 28 zwei Regelungen: Gem. § 28 Abs. 1 kann die Strafe für den Teilnehmer gemildert werden, wenn das besondere persönliche Merkmal beim Täter vorliegt, beim Teilnehmer jedoch nicht. Anwendbar ist Abs. 1 jedoch nur, sofern das besondere persönliche Merkmal strafbegründend ist, d.h. das Merkmal muss Grund für die Strafe sein. Das Unrecht des Teilnehmers wird dann weiter von der des Täters abgeleitet, die Akzessorietät wird nicht unterbrochen. Es wird lediglich der Strafrahmen verschoben.<sup>21</sup> Ein klassisches Beispiel dafür ist die Bestechlichkeit gem. § 332. Nur derjenige, der Amtsinhaber ist, kann sein Amt auch missbrauchen und damit den Tatbestand überhaupt erfüllen.

Anders verhält es sich bei § 28 Abs. 2. Hier wird die Akzessorietät durchbrochen, wenn entweder ein Täter oder ein Teilnehmer ein besonderes persönliches Merkmal aufweist, der andere aber gerade nicht. Als Folge ist nur bei demjenigen das besondere persönliche Merkmal strafmodifizierend zu berücksichtigen, der es selbst aufweist. Haupttäter und Teilnehmer werden nicht aus dem gleichen Tatbestand be-Dabei kann § 28 Abs. 2 die Strafandrohung verringern oder erhöhen und gilt, anders als Abs. 1, gleichermaßen für Täter und Teilnehmer. Anwendbar ist Abs. 2 bei strafmodifizierenden besonderen persönlichen Merkmalen, also z.B. solchen, die eine Qualibegründen.<sup>22</sup> Insbesondere fikation beim Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag, also hinsichtlich der Fra-

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> *Vogel*, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 244 Rn. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme siehe FAMOS Oktober 2006, Text nach einem Entwurf von Madeleine Heduschka.

Joecks, in: MüKo, 2. Aufl. 2011 ff., Vor §§ 26, 27 Rn. 18 f.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 1278.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Rengier* (Fn. 2), § 8 Rn. 1.

Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 28 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> *Joecks*, in: MüKo (Fn. 17), § 28 Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Heinrich (Fn. 4), Rn. 1357.

ge ob Mord als Grunddelikt<sup>23</sup> oder als Qualifikation<sup>24</sup> des Totschlags anzusehen ist, wird die Unterscheidung der Anwendung von § 28 Abs. 1 oder Abs. 2 relevant.

Im Hinblick auf A könnte die Strafe gem. § 28 Abs. 2 zu mildern sein. Als Qualifikation wird § 244 wegen der bandenmäßigen Begehung schärfer bestraft als das Grunddelikt. A ist jedoch kein Mitglied der Bande. Die Akzessorietätslockerung wäre für A anwendbar, sofern die Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal bewertet wird. Generell sind besondere persönliche Merkmale individuelle Umstände, Motive, Beweggründe, Gesinnungen oder besondere Pflichten, die zum Deliktstypus gehören und sich auf den konkreten Täter beziehen. Man spricht insoweit auch von täterbezogenen Merkmalen in Abgrenzung zu tatbezogenen Merkmalen.<sup>25</sup> Oft handelt es sich dabei um subjektive Tatbestandsmerkmale, aber auch objektive Tatbestandsmerkmale, wie z. B die Amtsträgerschaft, können besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 sein.<sup>26</sup> Im Gegensatz zu den in § 14 genannten besonderen persönlichen Merkmalen geht es bei § 28 vor allem um vorübergehende, momentane Beweggründe und Gesinnungen.<sup>27</sup> Kein besonderes persönliches Merkmal ist hingegen das schon erörterte Erfordernis "unter Mitwirkung", da es sich dabei um ein tatbezogenes Merkmal handelt, das austauschbar ist und keinen personalen Bezug hat.<sup>28</sup>

Eine Ansicht lehnt es ab, die Bandenmitgliedschaft als besonderes per-

22

sönliches Merkmal anzusehen und verdie daher Anwendung § 28 Abs. 2. Begründet wird dies mit dem Strafgrund des § 244.29 Der Bandenverbindung wohne eine objektive Gefährlichkeit inne, durch die die geschützten Rechtsgüter gegenüber dem Grunddelikt gesteigert gefährdet seien, da mehrere Personen zusammenwirken.<sup>30</sup> Neben dieser Ausführungsgefahr bestehe vor allem eine erhöhte Organisationsgefahr. Die Täter einer Bande hätten einen steten Anreiz, die Tat wirklich zu begehen, die Willensbildung der Einzelnen und die Richtung der Tatbegehung würden durch die Existenz der Bande stark beeinflusst.31 Des Weiteren müssten die einzelnen Mitglieder immer damit rechnen, einer zur Tat entschlossenen Mehrheit gegenüber zu stehen, was den psychischen Druck enorm erhöhe.<sup>32</sup> Daher sei eine streng akzessorische Haftung geboten.

Die Gegenauffassung, der sowohl der BGH<sup>33</sup> als auch die h.L.<sup>34</sup> folgt, stellt auf die persönliche Stellung des Bandenmitglieds ab, da das Merkmal "Mitglied" nur in eigener Person und nicht durch einen anderen als Werkzeug verwirklicht werden § 28 Abs. 2 sei daher anwendbar. Die Ratio des § 28 sei es gerade, dass man nur für die Tat bestraft werden soll, die man auch wirklich begangen habe.<sup>36</sup> Nach dieser Ansicht wäre § 28 Abs. 2 anwendbar und A nur wegen Beihilfe (einfachen) Diebstahl §§ 242, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 strafbar.

 <sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGHSt 1, 360.
 <sup>24</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), Vorbem. § 211 Rn. 5; Schünemann, in: LK (Fn. 12), § 28 Rn. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Lackner/Kühl,* StGB, 28. Aufl. 2014, § 28

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 158.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> *Radtke*, in: MüKo (Fn. 18), § 14 Rn. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Oğlakcıoğlu*, Jura 2012, 770, 772.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 244 Rn. 27.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Oğlakcıoğlu*, Jura 2012, 770, 772.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> *Vogel*, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 52 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Rönnau*, JuS 2001, 594, 596.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BGHSt 12, 220; BGHSt 46, 120; BGHSt 46, 321; BGHSt 47, 214;.

Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 244 Rn. 28/29; Fischer (Fn. 15), § 244 Rn. 39; Lackner/Kühl (Fn. 25), § 28 Rn. 7; Vogel, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 71.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> *Schünemann*, in: LK (Fn. 12), § 28, Rn.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 28 Rn. 1.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Während das OLG Frankfurt infolge der bewussten Teilnahme an einer Bandentat eine Beihilfe zum Bandendiebstahl annimmt, kommt der BGH zu einem anderen Ergebnis. Er bewertet A nicht als Mitglied der Bande und wendet § 28 Abs. 2 an. Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass allein das Kriterium des Bewusstseins, einer Bande Hilfe zu leisten, nicht ausreiche, um selbst Bandenmitglied zu sein. Denn wer Bandenmitglied ist, muss zwingend aus der Qualifikation bestraft werden. Nur aufgrund einer bewussten Unterstützungshandlung für die Bande darf aber kein zwingender Rückschluss auf die Zugehörigkeit zu ebendieser bandenmäßigen Gruppierung gezogen werden.

Indem der BGH § 28 Abs. 2 anwendet, erkennt er die Bandenmitgliedschaft als ein besonderes persönliches Merkmal an. Verwirklicht der Tatbeteiligte nicht selbst das besondere persönliche Merkmal der Bandenmitgliedschaft, so kann er nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden. Eine Akzessorietätslockerung ist dann erforderlich. Damit bestätigt der BGH frühere in gleicher Sache getroffenen Entscheidungen<sup>37</sup> und liegt in allen Fragen auf einer Linie mit den Beschlüssen des Großen Senats, begründet dies aber nicht weiter.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Schwierigkeit der Bandendelikte besteht in ihrer Vielschichtigkeit. Sowohl Probleme des Allgemeinen Teils als auch Probleme des Besonderen Teils müssen für eine schlüssige Bearbeitung solcher Fälle beherrscht und sorgfältig differenziert werden. Es ist ratsam, sich erstens zu fragen, ob die Voraussetzungen einer Bande gegeben sind. Trifft dies zu, sollte zweitens die zu prüfende Person unter dem Aspekt der Banden-

mitgliedschaft betrachtet werden. Wie erläutert, ist dafür die Bandenabrede maßgeblich. Elementar ist es, dass die Bandenmitgliedschaft unabhängig von der Bewertung als Täter oder Teilnehmer zu prüfen ist. Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist es unerlässlich, dass die verschiedenen Theorien erörtert werden. Nur, wenn sowohl das Merkmal der Bandenmitgliedschaft als auch die Täterschaft im konkreten Fall verneint wird, kommt man zu der hier zentralen Frage, ob die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal darstellt. Im Ergebnis könnte aus klausurtaktischen Gründen anzuraten sein, der Rechtsprechung zu folgen, da sonst die Problematik des § 28 nicht eröffnet wird.

#### 5. Kritik

In seinem Revisionsurteil stuft der BGH den A als Gehilfen ein, ohne dies zu diskutieren. Jegliche Auseinandersetzung damit, ob seine Handlungen Qualitäten eines Teilnehmers oder Täters aufweisen, fehlt. So wird die entscheidende Abgrenzungsproblematik umgangen. Diese Vorgehensweise wirkt übereilt und macht die Entscheidung undurchsichtig. Wenngleich die Bewertung des A als Gehilfe im Ergebnis richtig ist, wäre es wünschenswert gewesen, hätte der BGH sein Vorgehen wenigstens kurz begründet.

Ebenso wenig wird diskutiert, ob A der Bande durch eine Bandenabrede beigetreten sein könnte. Der BGH führt aus, A habe lediglich das Bewusstsein gehabt, an einem Bandendelikt teilzunehmen und dies sei für eine Mitgliedschaft in der Bande nicht ausreichend. Dabei lässt der BGH jedoch außer Acht, dass A der Bande durch seine Handlungen auch konkludent beigetreten sein könnte. Ist dies der Fall, wäre A zwingend als Mitglied der Bande und daher aus der Qualifikation des § 244a zu bestrafen gewesen. An dieser Stelle wird deutlich, dass das Merkmal der Bandenabrede Schwächen aufzeigt. In der Form, in der der BGH das Merkmal der

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BGHSt 47, 214.

Bandenabrede ausgestaltet, ist es jedoch praktisch grenzenlos: Wie oben erläutert, bedarf es nach derzeitiger Rechtsprechung nur dem ernsthaften Willen, sich mit anderen zu einer Bande zusammenzuschließen. Weder muss dieser Wille ausdrücklich geäußert werden, noch müssen sich die potenziellen Bandenmitglieder untereinander kennen. Da es also allein auf den übereinstimmenden Willen ankommt, bezieht sich die Definition ausschließlich auf subjektive Elemente. Daraus ergeben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten.

Die Bandenabrede ist die wesentliche Voraussetzung für eine Bandenmitgliedschaft. Ihr Vorliegen ist letztendlich ausschlaggebend dafür, ob die Person Bandenmitglied ist oder nicht. Andere Voraussetzungen wurden stark abgeschwächt. Nötig ist neben der Bandenabrede nur, dass sich die Bande aus mindestens drei Personen zusammensetzt und dass das Mitwirkungserfordernis erfüllt ist – gerade letzteres wurde in der Vergangenheit aber, wie schon ausgeführt, stark gelockert. Da die bandenmäßige Begehung eines Diebstahls aber mit einer enormen Strafschärfung verbunden ist (§ 244a wird mit einer Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsentzug geahndet, wohingegen die Höchststrafe des Grunddeliktes des § 242 bei fünf Jahren liegt), ist eine restriktive Auslegung geboten.<sup>38</sup>

Des Weiteren ist problematisch, dass der Wille als subjektives Element schwer nachweisbar ist. Soll nun schon eine konkludente Willenserklärung ausreichen, erweist sich der Nachweis als noch schwieriger, da der Wille nicht ausdrücklich ausgesprochen einmal werden muss und so nur über ein Geständnis zweifelsfrei festgestellt werden kann. Um einem Ausufern der §§ 244, 244a entgegenzuwirken, wäre es angebracht, objektive Kriterien, wie zum Beispiel die sorgfältige Planung, als Erfordernis für die Bandenabrede mit aufzunehmen. Da schon durch eine kon-

<sup>38</sup> Schöch, NStZ 1996, 166, 167.

kludente Willensbekundung der Bande beigetreten werden kann, handelt es sich um eine höchst fragile Konstruktion. Genau diese Schwierigkeit hätte in Bezug auf A genauer geklärt werden müssen. Dass A die Bande als Gehilfe unterstützt, könnte auch als konkludenter Wille, der Bande beizutreten, verstanden werden. Die Grenze zwischen der Teilnahme am Grunddelikt und der Mitgliedschaft in der Bande als Qualifikation verschwimmt. Letztlich kann so jede Teilnahmehandlung als Willenserklärung, der Bande beizutreten, gedeutet werden. Der BGH "löst" das Problem im vorliegenden Fall, indem er zwischen dem Bewusstsein, eine Bande zu unterstützen und dem Willen, Mitglied in einer Bande zu sein, differenziert. Das Bewusstsein reiche jedenfalls nicht aus. Damit verschiebt der BGH das Problem der zu weichen Anforderungen an die Bandenabrede auf die Abgrenzung von Wille und Bewusstsein. Aber auch diese Abgrenzung ist von Nachweisproblemen beeinträchtigt.

Als letzter Kritikpunkt ist anzumerken, dass der BGH der bisher schon nahezu unüberschaubaren Kasuistik einen neuen Mosaikstein hinzufügt, indem er auch in der Bandenabrede ein besonderes persönliches Merkmal sieht. Dabei sind keine klaren abstrakten Strukturen zu erkennen, wann ein Merkmal tatbezogen und wann es täterbezogen ist.

Zu begrüßen an der Entscheidung ist hingegen, dass der BGH genau zwischen Bandenmitgliedschaft und Teilnahme bzw. Täterschaft am Delikt differenziert. Dass A bewusst an einem bandenmäßigen Delikt teilgenommen hat, bewertet er nicht als ausschlaggebend für eine Bandenmitgliedschaft. Er differenziert insoweit genau zwischen Bandenmitgliedschaft und Teilnahme/Täterschaft an dem Delikt und macht deutlich, dass es mehr auf die Bandenabrede ankommt, als auf das Bewusstsein, einer Bande Hilfe zu leis-

(Marie Hertling, Sina Jakob)

## famos

Der Fall des Monats im Strafrecht



Humboldt-Universität zu Berlin · Juristische Fakultät · Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht Prof. Dr. Bernd Heinrich sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur und Studierende

Beziehen Sie den Fall des Monats als Newsletter. Anmeldung unter www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt

Der sich auf freiem Fuß befindliche A ist wegen Beihilfe zu einer schweren räuberischen Erpressung angeklagt und vom LG zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt worden, die zur Bewährung ausgesetzt wurde. Die Staatsanwaltschaft legt Revision ein.

Am Tag der Revisionshauptverhandlung erscheint V, der gewählte Verteidiger des A, nicht. Tags zuvor hatte er schriftlich seine Abwesenheit angekündigt. Der Bescheid lag dem Gericht aber erst am Verhand-

lungstag vor. Auch A erscheint nicht. Da die Angeklagtenseite folglich nicht vertreten ist, stellt sich die Frage, ob die Revisionshauptverhandlung durchgeführt werden kann.

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Beschluss betrifft Grundprobleme der Verteidigung (notwendige Verteidigung, Pflichtverteidigung, Wahlverteidigung). Daher soll zuerst dargelegt werden, wann ein Verteidiger in der Tatsacheninstanz mitzuwirken hat.

Jeder Beschuldigte hat nach § 137 Abs. 1 S. 1 StPO<sup>2</sup> (vgl. auch Art 6 Abs. 3 lit. c EMRK) das Recht, sich des Bei-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde von den Bearbeitern gekürzt und verändert, um die Probleme deutlich hervorzuheben.

### Dezember 2014 Verhinderter-Verteidiger-Fall

Notwendige Verteidigung / Anwesenheit des Verteidigers / Pflichtverteidigung

§§ 140, 350 Abs. 2 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

### Leitsätze der Bearbeiter:

- 1. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK erfordert die Anwesenheit eines Verteidigers bei der Revisionshauptverhandlung.
- 2. Erscheint der gewählte Verteidiger des Angeklagten nicht zur Revisionshauptverhandlung oder entschuldigt er sich, ist er in der Regel als Pflichtverteidiger beizuordnen, um die Durchführung des Verfahrens zu sichern.

BGH, Urteil vom 25. September 2014 – 2 StR 163/14; veröffentlicht in: NJW 2014, 3527

standes eines Verteidigers zu bedienen. Dieses Recht erstreckt sich auf jeden Abschnitt des Verfahrens. Er kann hierfür einen Wahlverteidiger beauftragen. In diesem Fall schließen die Beteiligten einen Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB. Die Kosten der Verteidigung trägt dabei der Angeklagte. Der Umfang der Kosten ist gesetzlich im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) geregelt, es können aber darüber hinaus gehende Honorarvereinbarungen getroffen werden, die sich aber nicht an dem Erfolg oder Misserfolg der Verteidigung orientieren dürfen. Eine Unterschreitung der im Gesetz vorgesehenen Gebühren ist hingegen nicht zulässia.

In bestimmten Fällen ist der Beistand eines Verteidigers jedoch notwendig. In diesen Fällen der **notwendigen Verteidigung** kann sich der Beschuldigte bzw. Angeklagte entweder durch den gewählten Verteidiger

**12** 

Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

(§ 138) als auch durch einen beigeordneten Pflichtverteidiger (§ 141) vertreten lassen.<sup>3</sup>

Die Fälle der notwendigen Verteidigung sind in **§ 140** geregelt. Hintergrund ist, dass die Interessen des Beschuldigten in Verfahren, die besonders gravierende Rechtsfolgen nach sich ziehen können, aber auch in rechtlich besonders komplizierten Verfahren, geschützt werden sollen.<sup>4</sup> Das BVerfG sieht darin eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips.<sup>5</sup>

§ 140 Abs. 1 enthält dabei eine Aufzählung von konkreten Fallgruppen, in denen die Verteidigung notwendig ist. Beispiele hierfür sind u.a. wenn die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem OLG oder LG stattfindet (vgl. Nr. 1) oder dem Angeklagten ein Verbrechen vorgeworfen wird (vgl. Nr. 2).<sup>6</sup> Auch die Beihilfe zu einem Verbrechen fällt unter § 140 Absatz 1 Nr. 2.<sup>7</sup>

Gemäß § 140 Abs. 2 liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann. Diese unbestimmte Regelung lässt dem Gericht einen gewissen Spielraum zukommen.<sup>8</sup> Mittlerweile wurde die Norm jedoch durch die Rechtsprechung konkretisiert.

Die **Schwere der Tat** richtet sich nach dem Ausmaß der Rechtsfolge.<sup>9</sup> Die Rechtsprechung geht davon aus, dass hierfür eine einjährige Freiheitsstrafe gilt, 11 wird generell bei der Begehung mehrerer Straftaten von der vom Gericht ausgesprochenen Gesamtstrafe ausgegangen. 12 Eine **Sachlage** ist dann als **schwierig** anzusehen, wenn aus der Perspektive des Beschuldigten<sup>13</sup> nur der Verteidiger in der Lage ist, den Umfang der Beweisaufnahme sachgerecht zu bewältigen. Dies ist beispielweise der Fall, wenn viele Mitangeklagte existieren, sodass der Beschuldigte leicht den Überblick verlieren kann. 14 Auch Konstellationen, in denen Aussage gegen Aussage steht, ohne dass weitere Indizien vorliegen, begründen insoweit notwendige Verteidigung. 15 Schwierig ist die Rechtslage, wenn es sich um bislang ungeklärte Rechtsfragen handelt, wenn sonstige Schwierigkeiten bei der Anwendung des formellen oder materiellen Rechts vorliegen oder wenn noch keine Rechtsprechung zu dem vorliegenden Sachverhalt vorhanden ist.16 Unfähig zur Eigenverteidigung ist der Beschuldigte dann, wenn sich aufgrund äußerer oder in seiner Person beruhender Gründe Zweifel an seinen Fähigkeiten ergeben, die eigenen Interessen durchzusetzen und normale Verteidigungshandlungen durchzuführen.<sup>17</sup> Beispiele hierfür sind Blindheit<sup>18</sup> oder auch geistige Schwächen wie klinische Hirnschäden<sup>19</sup>

bereits genügt. 10 Während es zweifel-

haft ist, ob dies auch bei Strafen, die

zur Bewährung ausgesetzt worden sind,

oder Legasthenie<sup>20</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 165.

Joecks, Studienkommentar StPO, 3. Aufl. 2011, § 140 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BVerfGE 46, 202.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Joecks (Fn. 4), § 140 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Lüderssen/Jahn in: Löwe/Rosenberg, 26. Auflage 2006 ff., § 140 Rn. 22.

Beulke in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Kommentar StPO, 2014, § 140 Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Joecks (Fn. 4), § 140 Rn. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> OLG Naumburg StV 2013, 433.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> OLG Karlsruhe NStZ 1991, 505.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> OLG Naumburg NStZ 2013, 287.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, (Fn. 7), § 140 Rn. 73.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Lüderssen/Jahn, in: Löwe/Rosenberg, (Fn. 7), § 140 Rn. 75.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Beulke in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 8), § 140 Rn. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Joecks, (Fn. 4), § 140 Rn. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Julius in: Heidelberger Kommentar, 5. Auflage 2012, § 140 Rn. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BGH NStZ 1988, 374.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> LG Lübeck StV 1986, 147.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> LG Hildesheim StraFo 1997, 75.

In Fällen der notwendigen Verteidigung muss ein Verteidiger für den Angeklagten tätig werden. Dies wird in erster Linie der vom Angeklagten gewählte Verteidiger sein. In diesem Fällen besteht zwischen diesem und dem Angeklagten auch weiterhin ein Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB.

Beauftragt der Angeklagte keinen Wahlverteidiger, sei es, weil er sich einen solchen nicht leisten kann, sei es, dass er einen solchen nicht wünscht, ist dem Angeklagten in den Fällen der notwendigen Verteidigung von Amts wegen nach §§ 141 ff. ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Seine Finanzierung, die zu den Kosten des Verfahrens zählt, wird zuerst vom Staat übernommen. Bei einer Verurteilung hat der Angeklagte am Ende allerdings die Kosten des Verfahrens zu tragen, auch wenn er mittellos ist.<sup>21</sup> Bei einem Freispruch hingegen trägt der Staat die Kosten des Verfahrens. Von einem Angeklagten, welcher trotz finanzieller Möglichkeiten keinen Wahlverteidiger beauftragt oder dem aus anderen Gründen ein Pflichtverteidiger beigeordnet wurde, kann der Staat aber auch bei einem Freispruch den Betrag zurückfordern. Somit ist der Pflichtverteidiger nicht zwingend ein Verteidiger auf Staatskosten. Gegenüber einem Wahlverteidiger sind die gesetzlichen Gebühren, die ein Pflichtverteidiger verlangen kann, geringer. Deshalb ist die Ubernahme einer Pflichtverteidigung für einen Anwalt weniger attraktiv.

Generell hat der Angeklagte dabei das Recht zu entscheiden, welcher Anwalt ihm als Pflichtverteidiger beigeordnet werden soll. Er hat insoweit ein Vorschlagsrecht gem. § 142 Abs. 1 S. 1. Hierzu wird ihm vom Vorsitzenden regelmäßig eine Frist zur Erklärung gesetzt und eine Liste möglicher Pflichtverteidiger übersandt, an die er aber nicht gebunden ist. Hat der Angeklagte einen Wahlverteidiger kann er auch den Antrag stellen, ihm diesen als Pflicht-

verteidiger beizuordnen (Wahlpflichtverteidiger). Diesen Verteidiger hat das Gericht zu akzeptieren, es sei denn, dass dem ein wichtiger Grund entgegensteht. Schlägt der Angeklagte keinen Verteidiger vor oder akzeptiert der Vorsitzende den Verteidiger nicht, so hat der Vorsitzende das Wahlrecht, § 142 Abs. 1 S. 2. Wünscht der Angeklagte keinen Verteidiger oder benennt er einen solchen nicht, kann der Vorsitzende daher einen Pflichtverteidiger seiner Wahl bestimmen. Auch die Erkrankung des Wahlverteidigers gestattet die Beiordnung eines Pflichtverteidigers durch das Gericht, um die Verhandlung nicht unterbrechen zu müssen.<sup>22</sup> Ziel der Beiordnung eines Pflichtverteidigers kann z.B. sein, die Dauer der Untersuchungshaft des Angeklagten möglichst kurz zu halten. Auch darüber hinaus kann – selbst neben einem Wahlverteidiger - ein Pflichtverteidiger zur Verfahrenssicherung bestellt werden, wenn zu befürchten ist, dass der Wahlverteidiger zur Hauptverhandlung nicht erscheint oder kurzfristig sein Mandat niederlegt und eine Fortsetzung des begonnenen Prozesses daher gefährdet ist.<sup>23</sup>

Während sich ein Wahlverteidiger im Hinblick auf seine Teilnahme an der Hauptverhandlung entschuldigen kann, hat der Pflichtverteidiger stets zur Verhandlung zu erscheinen. Fällt in Fällen notwendigen Verteidigung Wahl- oder Pflichtverteidiger aus bzw. erscheint er nicht zur Hauptverhandlung, kann diese nicht durchgeführt werden.<sup>24</sup> Der Pflichtverteidiger kann ferner sein Mandat auch nicht eigenmächtig niederlegen. In Fällen der Zerdes Vertrauensverhältnisses kann er jedoch beim Gericht einen Antrag auf Entpflichtung stellen, § 48 Abs.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2000, 160.

Kortz, Die Notwendigkeit der Verteidigung im Strafverfahren, 2009, S. 147 f.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> OLG Hamburg NStZ-RR 1997, 63.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Zur Problematik des Nichterscheinen des Pflichtverteidigers in einer Verhandlung vgl. *Dochow/Schöttker*, Famos, Dezember 2013 ("Erkrankter-Verteidiger-Fall").

2 BRAO. Die Interessen des Angeklagten müssen aber stets gewahrt und vertreten werden.

Diese Regelungen hinsichtlich der Verteidigung in der Tatsacheninstanz gelten nun aber nicht gleichermaßen für die **Revision**. Der Anwendungsbereich des § 140 erstreckt sich zwar auch auf das Revisionsverfahren, nicht jedoch Revisionshauptverhandlung. auf die Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus der Spezialregelung des § 350. Dem Wortlaut nach kann der Angeklagte sich auch hier durch einen Verteidiger vertreten lassen. Im Unterschied zur Tatsacheninstanz bleibt es aber - jedenfalls bei dem sich auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten - sowohl dem Angeklagten als auch dem Wahlverteidiger freigestellt, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Dass das Institut der "notwendigen Verteidigung" in der Revisionshauptverhandlung nicht angewendet wird, wurde - jedenfalls bisher - mit dem Wesen der Revision begründet. In der Revisionsbegründung, einem komplizierten Schriftverfahren, bleibt der Beistand eines Verteidigers bestehen. Auf die Anwesenheit in der Revisionshauptverhandlung könne aber dann nach § 350 Abs. 2 verzichtet werden, da zu den in der Tatsacheninstanz und in der Revisionsbegründung dargelegten Schriftsätzen erwartungsgemäß keine neuen Erkenntnisse mehr hinzukommen.<sup>25</sup> Im Hinblick auf diese an sich eindeutige Gesetzeslage gibt es jedoch einen Streit, in welchem zwei weitere Ansichten vertreten werden. Eine Meinung fordert, die Notwendigkeit der Anwesenheit eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung an den Grundsätzen des § 140 Abs. 2 zu orientieren und verlangt eine solche Anwesenheit eines Verteidigers jedenfalls in schwerwiegenden Fällen oder bei besonders schwieriger Rechtslage.<sup>26</sup> Eine auf verfahrensrechtliche Grundsätze wie den des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens verweisende Ansicht

<sup>25</sup> BGH NJW 1964, 1035, 1037.

vertritt weitergehend, dass gerade mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK die Bestellung und Anwesenheit eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung stets geboten sei und dem Angeklagten daher zur Not ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss.<sup>27</sup> Nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hat ieder Angeklagte das Recht, sich selbst zu verteidigen, einen Verteidiger zu wählen oder unentgeltlich den Beistand ei-Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Der EGMR hat mit einem Urteil vom 25.4.1983 klargestellt, dass nach diesem Artikel einem mittellosen Angeklagten Pflichtverteidiger beizuordnen ist, wenn dies im Interesse der Rechtspflege geboten sei.<sup>28</sup> Ein solches "Interesse der Rechtspflege" sei wegen der Bedeutung der Revisionshauptverhandlung für die zu treffende Entscheidung und der Gewährleistung eines fairen Verfahrens aber stets gegeben. Ist dem inhaftierten oder nicht inhaftierten Angeklagten ein Pflichtverteidiger beigeordnet worden, so muss nach Ansicht des BVerfG im Hinblick auf den Anspruch des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren die Revisionshauptverhandlung bei Abwesenheit des Pflichtverteidigers ausgesetzt werden.<sup>29</sup> Der BGH hatte nun zu entscheiden, welchem Ansatz im Hinblick auf die Anwesenheit eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung zu folgen ist.

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Ein Wahlverteidiger, der nicht zur Revisionshauptverhandlung erscheint oder der vorab mitteilt, dass er nicht erscheinen werde, ist vom Vorsitzenden des Gerichts zum Zwecke der Sicherung des Verfahrens als Pflichtverteidiger zu bestellen. Nach Auffassung des 2. Senats genügt die bisherige Rechtspraxis

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BVerfGE 46, 202; BGHSt 19, 258.

Wohlers, in: SK-StPO, 4. Auflage, 2011,
 § 350 Rn. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> EGMR NStZ 1983, 373.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH NStZ 1984, 82.

nicht, eine Revisionshauptverhandlung auch ohne den gewählten Verteidiger durchzuführen. Bei Abwesenheit des Angeklagten bliebe dieser laut Art. 6. Abs. 3 lit. c EMRK ohne rechtliches Gehör. Denn die Revision zum Bundesgerichtshof sei das einzige Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte und Urteile der großen Strafkammern der Landgerichte. Deshalb sei es unabhängig davon, welche Partei Revision eingelegt hat, nicht vertretbar, den Angeklagten in einer Hauptverhandlung, an deren Ende eine ihn beschwerende Entscheidung ergehen kann, ohne jegliche Vertretung zu lassen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Dieser Verfügung zufolge kann Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK auch dann die Anwesenheit eines Verteidigers begrünwenn die Rechtslage schwierig ist, noch der Angeklagte mittellos ist. Die EMRK gewinnt innerhalb Deutschlands somit an Bedeutung. Sowohl in der Ausbildung als auch in der Praxis ist darauf Acht zu geben. Damit ändert die Rechtsprechung ihre bisherige Position drastisch – während zuvor weder der Angeklagte noch der Verteidiger in der Revisionshauptverhandlung anwesend zu sein brauchten, ist nun ein Verteidiger in der Revisionshauptverhandlung praktisch anwesenheitspflichtig. Dies widerspricht zwar auf den ersten Blick der Vorschrift des § 350 Abs. 2. Bei näherer Betrachtung lässt sich jedoch eine Vereinbarkeit der Entscheidung mit § 350 Abs. 2 begründen. Denn die Norm regelt nur das Recht des Angeklagten, an der Revisionshauptverhandlung teilzunehmen oder sich von einem gewählten Verteidiger vertreten zu lassen. Eine Regelung darüber, ob im Zweifel ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, enthält § 350 Abs. 2 hingegen nicht. Ziel muss es letztlich sein, dass jemand für die Angeklagtenseite erscheint. Auch lässt sich aus der Verfügung die Bedeutung der Unterscheidung von Wahl-, Pflicht- und Wahlpflichtverteidiger sowie der notwendigen Verteidigung herauslesen. Ein Verständnis dieser unterschiedlichen Rechtsinstitute ist erforderlich, um die Verfügung zu begreifen. Studierende sollten sich deshalb mit den Begriffen vertraut machen, um so eine Verwechslung oder Vermischung der Bezeichnungen in der Klausurbearbeitung zu vermeiden.

Für die Praxis scheint die Verfügung zunächst ein Hindernis darzustellen. Denn nach bisher geltendem Recht kann eine Revisionshauptverhandlung auch ohne die Anwesenheit des Wahlverteidigers durchgeführt werden. Das Verfahren könnte so zu einem schnellen Abschluss kommen. Nach dem Inhalt der Verfügung kann nun aber eine Anwesenheitspflicht für den säumigen Wahlverteidiger angeordnet werden, indem er zum Pflichtverteidiger bestellt wird. Das Gericht umgeht auf diese Weise wiederholte Verlegungen des Gerichtstermins wegen Abwesenheit des Wahlverteidigers. Damit macht es sich unabhängig von der Unzuverlässigkeit Wahlverteidigers oder einem möalichen prozesstaktischen welches hinter seiner Abwesenheit stehen mag.

#### 5. Kritik

Leider lassen sich aufgrund fehlender Angaben zum Sachverhalt nur Vermutungen und Interpretationsvorschläge hinsichtlich des tatsächlichen Geschehens aufstellen.

Lobenswert ist vor allem, dass die Verfügung eine EMRK-freundliche Rechtsprechung erkennen lässt. 31 Jahren nach dem Urteil des EGMR von 1983 sind BGH und EGMR nun in dieser Thematik der gleichen Ansicht.

Mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens, der in Art. 6 EMRK seinen Ausdruck gefunden hat, wird in der Verfügung allerdings nicht argumentiert, da gegen ihn nicht verstoßen wurde. Der Angeklagte hatte einen Wahlverteidiger und die Revisionshauptverhandlung

wurde bei Abwesenheit beider ausgesetzt. Laut Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ist allerdings ein Pflichtverteidiger dann zu bestellen, "wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist". Bedauerlicherweise geht die Verfügung nicht deutlich genug auf Art. 6 EMRK ein, sondern spricht nur allgemein von seinen Anforderungen. Ein solches "Interesse der Rechtspflege" soll nunmehr aber stets gegeben sein, wenn dem Angeklagten in der Revisionshauptverhandlung ohne Vertretung eine ihn beschwerende Entscheidung droht. Ob der BGH dies tatsächlich so sieht, wird nicht mit ausreichender Sicherheit deutlich.

Das Kernargument der Verfügung beruht auf der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör durch die Abwesenheit des Wahlverteidigers, der durch die Verfügung nunmehr zur Anwesenheit in einem solchen Verfahren verpflichtet wird. Diese Verpflichtung lässt sich nur über die Bestellung des Wahlverteidigers zum Pflichtverteidiger herbeiführen. Die Bestellung zum Pflichtverteidiger setzt nach ständiger Rechtsprechung eine schwierige Rechtslage voraus. Da hier jedoch primär das rechtliche Gehör garantiert werden soll, wird konsequenterweise die Anforderung an die Schwierigkeit der Rechtslage so weit aufgeweicht, dass sie keine Hürde mehr für die Beiordnung eines Pflichtverteidigers darstellen kann. Allein die Tatsache, dass eine Revision durchgeführt wird, begründet die Notwendigkeit der Anwesenheit eines Verteidigers, die durch die Anordnung ei-Pflichtverteidigung ner sichergestellt werden kann.

Begrüßenswert ist, dass es durch die Verfügung somit unmöglich gemacht wird, künftig ohne den Angeklagten bzw. ohne den Verteidiger eine Revisionshauptverhandlung durchzuführen. Positiv zu bewerten ist auch, dass die Verfügung dem Angeklagten zugutekommt, der bisher keinen Verteidiger gewählt hat, da allein die Möglichkeit einer ihn beschwerenden Ent-

scheidung ausreicht, um ihm einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

Ob der Beschluss nur für die Revisionshauptverhandlung vor dem BGH oder auch für eine solche vor den Oberlandesgerichten gilt, lässt sich nicht erkennen, da der BGH insoweit nicht differenziert. Während im Leitsatz des Gerichts nur von Revisionsgerichten allgemein gesprochen wird, wird innerhalb der Verfügung argumentativ auf die Revisionsverhandlung vor dem BGH Bezug genommen. Dieser ist jedoch auch die Instanz, welche die vorliegende Verfügung getroffen hat, weshalb möglicherweise auch nur deshalb der BGH ausdrücklich erwähnt wurde. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob diese Leitsätze auch für die Oberlandesgerichte gelten.

Zu fragen ist abschließend, ob das rechtliche Gehör nicht schon dadurch gesichert wäre, dass die Revisionshauptverhandlung vertagt wird und beim nächsten Termin mit einem Verteidiger verhandelt würde. Die Verfügung scheint die Sicherung der Durchführung des Verfahrens zumindest bei dem zweiten anberaumten Termin zur Revisionshauptverhandlung zum Ziel zu haben und nimmt dafür die Gefahr eines Abnehmens des Engagement des Verteidigers in Kauf, die daher rühren kann, dass ein Pflichtverteidiger einen geringeren Gebührenanspruch besitzt als ein Wahlverteidiger. Im schlechtesten Fall könnte sich das sogar negativ auf die Effektivität des rechtlichen Gehörs des Angeklagten auswirken.

(Johanna Buttler / Marcel de la Chevallerie)