

# *famos*

**Der Fall des Monats im Strafrecht**

**Online-Zeitschrift**

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

**Jahresband 2015**

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

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

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

Der alkoholisierte J wird verdächtigt, auf einem öffentlichen Platz Passanten belästigt zu haben. Auch kann er sich nicht hinreichend ausweisen. Unter Gegenwehr wird er von dort mit dem Polizeitransporter zur Identitätsfeststellung auf ein Polizeirevier verbracht. Bei seiner Festnahme weist er eine Blutalkoholkonzentration von fast drei Promille auf. Als J sich auf dem Revier weiterhin wehrt, wird er in eine Gewahrsamszelle gebracht. Für eine Verbringung aufgrund der Identitätsfeststellung und für das Einsperren des J in die Zelle ist grundsätzlich eine richterliche Anordnung gem. § 38 I SOG des Landes Sachsen-Anhalt erforderlich. Der Polizeibeamte A ist während der gesamten Dauer des Gewahrsamsvollzugs des J als verantwortlicher Dienstgruppenleiter zuständig. Er holt keine richterliche Anordnung für dessen Freiheitsentziehung ein, denn er hält diese – wie auch sonst in vergleichbaren Fällen – für entbehrlich. In der Zelle wird J auf Empfehlung des Arztes hin auf eine Matratze geschallt und an Händen und Beinen fixiert. Das aufrechte Sitzen ist dem J

### Januar 2015 Hitzeschock-Fall

*Unterlassen / Freiheitsberaubung mit Todesfolge / Rechtliches Gehör / Richtervorbehalt*

§§ 13, 239 Abs. 1 und 4 StGB, Art. 92, 103 Abs. 1, 104 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK

#### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Hat es der verantwortliche Polizeibeamte unterlassen, die für die Fortdauer der Freiheitsentziehung erforderliche richterliche Anordnung unverzüglich herbeizuführen, kann dies den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen.

2. Jedoch entfällt die Kausalität eines solchen Unterlassens jedenfalls dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass der zuständige Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte.

BGH, Urteil vom 4. September 2014 – 4 StR 473/13; veröffentlicht in: NJW 2015, 96

derweil noch möglich. Diese Behandlung soll J vor weiteren Selbstverletzungsversuchen schützen. Die Zelle ist mit zwei Rauchmeldern und einer Wechselsprechanlage ausgestattet. Eine Kamera ist nicht vorhanden, auch eine Überwachung durch einen im Zellentrakt anwesenden Polizeibeamten findet nicht statt. Drei Stunden später entzündet J die Matratze mit einem Feuerzeug. Infolgedessen verstirbt er an einem inhalativen Hitzeschock.

Es kann dabei nicht zweifelsfrei festgestellt werden, wie das Feuerzeug in die Zelle gelangte. Der A überprüft erst nach mehreren Minuten und nach mehrmaligem Ausschalten des Feueralarms, den er für einen Fehlalarm hält, die Zelle. Es ist nicht festzustellen ob A das Leben des J bei pflichtgemäßer sofortiger Reaktion auf den ersten akustischen Alarm hätte retten können.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde leicht verkürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen. Das Famos-Team und die Bearbeiterinnen widmen diesen „Fall des Monats“ dem Begründer dieses Projekts, Herrn Prof. Dr. Klaus Marxen, zu dessen Geburtstag.

Nachdem der BGH das den A vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge freisprechende erstinstanzliche Urteil des LG aufgehoben hatte, verurteilte das LG den A nunmehr wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe. Hiergegen legt A Revision ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Als erstes stellt sich die Frage, an welches Verhalten des A die Strafbarkeit anknüpft und ob man dieses Verhalten als **Tun oder Unterlassen** zu bewerten hat. Probleme bereitet dies insbesondere bei mehrdeutigen Verhaltensweisen.<sup>2</sup> Vorliegend kann der Sachverhalt in drei Abschnitte eingeteilt werden. Zum einen wurde der J in Gewahrsam genommen, ohne dass A die dafür erforderliche richterliche Anordnung einholte. Dies musste gemäß § 38 SOG unverzüglich, d.h. ohne vorwerfbares Zögern,<sup>3</sup> erfolgen. Des Weiteren wurde J während seines Gewahrsams nicht optisch überwacht. Der dritte zu beachtende Abschnitt ist die (Nicht-) Reaktion des A auf den Feueeralarm.

Stellt man nun mit Teilen der Literatur auf das Kriterium des **Energieeinsatzes**<sup>4</sup> ab, wonach ein Tun immer dann vorliegt, wenn der Täter einen Kausalverlauf durch aktives Handeln in Gang setzt,<sup>5</sup> sind die drei Abschnitte unterschiedlich zu bewerten. Insbesondere der erste Abschnitt ist kritisch zu begutachten. J wurde durch aktives Tun in der Gewahrsamszelle untergebracht. Andererseits wurde die Einholung einer richterlichen Anordnung unterlassen, die unverzüglich vorzunehmen war. Beim zweiten Abschnitt, nämlich der

Aufrechterhaltung des Gewahrsams bei fehlender Überwachung, liegt dagegen kein Handeln, sondern lediglich ein Unterlassen vor. Das Ausschalten des Alarmknopfes im dritten Abschnitt ist zwar eine Handlung, diese hat aber nicht kausal zur Tötung des J beigetragen.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung nimmt bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen jedoch eine normative Betrachtung vor und stellt auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** des gesamten Täterverhaltens ab.<sup>6</sup> Betrachtet man den ersten Abschnitt unter diesem Aspekt, so liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Nichteinholung der richterlichen Anordnung, es läge daher ein Unterlassen vor. Auch bei den anderen beiden Tatabschnitten läge unter Berücksichtigung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ein Unterlassen vor.

Voraussetzung für die Strafbarkeit bei unechten Unterlassungsdelikten ist das Vorliegen einer Garantenpflicht. Darunter ist die Pflicht zum Tätigwerden zu verstehen, die sich regelmäßig aus einer Garantenstellung ergibt.<sup>7</sup> Vorliegend könnte diese Pflicht aufgrund einer **Beschützergarantenstellung** des A gegenüber J bestehen. Eine Garantenstellung kann sich dabei aus dem Gesetz ergeben.<sup>8</sup> Gemäß § 38 SOG ist eine richterliche Anordnung unverzüglich einzuholen. Die Einholung fiel in den Aufgabenbereich des A, der an diesem Tag als Dienstgruppenleiter zuständig war und dieser Pflicht nicht nachkam. Für den ersten Abschnitt ergibt sich somit eine Beschützergarantenstellung aus dem Gesetz. Aus der Polizeigewahrsamsordnung,<sup>9</sup> ergibt sich

<sup>2</sup> *Heinrich*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 865; hierzu auch *Marxen*, Strafrecht AT, 2003, S. 224.

<sup>3</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 142 Rn. 26.

<sup>4</sup> Zur Frage der Abgrenzung von Tun und Unterlassen vgl. *Kessler/Klewin*, FAMOS 6/2010.

<sup>5</sup> *Joecks*, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 13 Rn. 18..

<sup>6</sup> BGHSt 6, 46, 59; *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 158a.

<sup>7</sup> *Heinrich* (Fn.2), Rn. 918 ff.

<sup>8</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 13 Rn. 8.

<sup>9</sup> Polizeigewahrsamsordnung vom 27. März 1995, MBl. LSA Nr. 34/1995 S.

ferner, dass beim Gewahrsamsvollzug betrunkene Personen im Abstand von höchstens dreißig Minuten kontrolliert und die Gefahr gesundheitlicher Schäden vermieden werden muss. Diese Vorgaben hat A nicht beachtet. Somit ergibt sich für den zweiten und dritten Abschnitt eine Garantenstellung aus der Verordnung.

**Tötungs- und Körperverletzungsdelikte** scheiden aufgrund des fehlenden Vorsatzes des A aus. In Frage kommt aber eine **Freiheitsberaubung** gem. § 239 StGB.<sup>10</sup> Diese Norm schützt die potentielle persönliche Fortbewegungsfreiheit. In seiner Freiheit beraubt ist derjenige, der für einen nicht unerheblichen Zeitraum seinen Aufenthaltsort nicht oder nur in nicht zumutbarer Weise verlassen kann. Die Rechtswidrigkeit entfällt dabei jedoch grundsätzlich bei einer rechtmäßigen Ausübung amtlicher Befugnisse (z.B. bei einer rechtmäßigen Verhaftung).<sup>11</sup>

J war, an Händen und Füßen gefesselt in der Gewahrsamszelle eingesperrt und insoweit seiner Freiheit beraubt. Dieses Einsperren ist allerdings dann rechtmäßig, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Eine formelle Voraussetzung ist die unverzügliche Einholung der richterlichen Anordnung für die Freiheitsentziehung. Die materiellen Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da die Ingewahrsamnahme unter anderem zur Identitätsfeststellung vollzogen wurde.

Da A keine Anordnung einholte, sind die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt, sodass die Freiheitsentziehung rechtswidrig war. A hätte J somit nicht in Gewahrsam nehmen und auf dem Polizeirevier behalten dürfen. Fraglich ist allerdings, ob das Unterlassen des A auch kausal für den Tod des J

war. Bei den Begehungsdelikten wird zur Ermittlung der Kausalität die *conditio-sine-qua-non-Formel* (Äquivalenztheorie) angewandt.<sup>12</sup> Umstritten ist, wie die Kausalität bei einem Unterlassungsdelikt festzustellen ist. Nach h.M. muss die *conditio-sine-qua-non-Formel* hier modifiziert werden. Ein Unterlassen ist demnach dann kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht **hinzuge-dacht** werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen.<sup>13</sup> Man spricht hierbei von einer **Quasi-Kausalität**.<sup>14</sup> Diese fehlt immer dann, wenn der Täter den Erfolg auch mittels der gebotenen Handlung nicht hätte abwenden können.<sup>15</sup> Die Gegenauffassung vertritt die sogenannte Risikoverminderungslehre. Diese verlangt keine Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie, sondern fordert lediglich, dass bei Vornahme des gebotenen Verhaltens eine reale Chance der Erfolgsverminderung bestanden hätte.<sup>16</sup>

Zwar darf nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch eine solche Sicherungsmaßnahme nicht länger aufrechterhalten werden als es notwendig und angemessen ist.<sup>17</sup> Hätte A jedoch eine richterliche Anordnung eingeholt<sup>18</sup>, hätte man J weiterhin in der Zelle festhalten können. Somit ist das Unterlassen der Einholung nur dann kausal, wenn der Richter die Anordnung **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** nicht erteilt hätte. Allein die Möglichkeit, dass der Richter die Genehmigung erteilt hätte, reicht somit aus, um die Kausalität zu verneinen, da in diesem Fall nicht mit an Sicherheit

1211 ff., insbesondere Nummer 31.3, sowie Nummer 3.1. Satz 2.

<sup>10</sup> Alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>11</sup> *Kindhäuser*, LPK-StGB, 6. Aufl. 2015, § 239 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 222.

<sup>13</sup> BGH NStZ 1985, 26, 27; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 12.

<sup>14</sup> BGHSt 6, 1, 2; *Weigend*, in: LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 13 Rn. 70.

<sup>15</sup> *Weigend*, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 70.

<sup>16</sup> OLG Köln NJW 1991, 764; *Brammsen*, MDR 1989, 123, 126 ff.; *Otto*, NJW 1980, 417, 423 f.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG NStZ 1999, 428, 429.

<sup>18</sup> Die er vermutlich nach der bundesweiten richterlichen Praxis bekommen hätte.

grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könnte, dass sich J rechtswidrig in Gewahrsam befände. Nach der modifizierten *conditio-sine-qua-non*-Formel war das Unterlassen des A somit nicht kausal. Dagegen wäre nach der **Risikoverminderungslehre** die Quasi-Kausalität zu bejahen. Dieser Theorie ist aber entgegenzuhalten, dass durch sie die durch Unterlassen begangenen Erfolgsdelikte gesetzeswidrig in Gefährdungsdelikte mit objektiven Strafbarkeitsbedingungen verwandelt werden.<sup>19</sup> Des Weiteren wird der Grundsatz „in dubio pro reo“ bei Anwendung der Risikoverminderungslehre unterlaufen.<sup>20</sup> Ergibt sich nach Erhebung und Würdigung aller zur Verfügung stehender Beweismittel nämlich kein eindeutiger Sachverhalt (unklare bzw. mehrdeutige Sachverhaltslage), so hat der Richter im Zweifel auf der Grundlage desjenigen Sachverhalts zu entscheiden, der für den Täter günstigere Rechtsfolgen (Freispruch, mildere Bestrafung) nach sich zieht.<sup>21</sup> Eben gegen diesen Grundsatz verstößt die Risikoverminderungslehre.

Folgt man aus diesen Gründen der h.M. muss das Gericht ex post hypothetische Erwägungen anstellen und sich auf deren Grundlage eine Überzeugung bezüglich der Kausalität bilden.<sup>22</sup> Es wird hierbei keine Wahrscheinlichkeitsprognose mit festen Prozentsätzen vorgenommen, sondern eine Entscheidung zwischen zwei Alternativen gefällt: Hätte die unterlassene Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert oder eben nicht?<sup>23</sup> Gibt es vernünftige Zweifel daran, dass die gebotene Handlung den Erfolg abgewendet hätte, darf das Gericht den Erfolg im Rahmen des

Grundsatzes „in dubio pro reo“ nicht als kausal betrachten.<sup>24</sup>

Sollte man im vorliegenden Fall die Quasi-Kausalität beim Grunddelikt bejahen, ist zu fragen, ob auch die Qualifikation des Abs. 4 einschlägig ist. Diese verlangt, dass der Tod entweder aus dem spezifischen Risiko der Freiheitsentziehung oder aus der während der Freiheitsentziehung widerfahrenen Behandlung resultiert. Hiervon sind auch tödlich endende Fluchtversuche<sup>25</sup> oder ein Suizid umfasst.<sup>26</sup> Die Freiheitsberaubung mit Todesfolge ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Diese Delikte setzen eine vorsätzliche Verwirklichung des Grundtatbestandes sowie nach § 18 eine zumindest fahrlässige Verursachung der schweren Folge voraus (Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination). Zwischen beiden Elementen muss zudem, über die objektive Zurechnung hinausgehend, ein enges Verhältnis (sog. „gefahrsspezifischer Zusammenhang“) bestehen.<sup>27</sup> Wird entweder § 239 oder § 239 Abs. 4 abgelehnt, wäre als **Auffangtatbestand** noch eine Strafbarkeit des A gemäß § 222 wegen fahrlässiger Tötung zu prüfen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

A hat es nach Übernahme der Verantwortung für den Gewahrsamsvollzug gesetzeswidrig unterlassen, eine richterliche Anordnung über die Freiheitsentziehung herbeizuführen. Der BGH sieht insoweit zwar grundsätzlich den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen als begründet an, wenn eine richterliche Anordnung nicht eingeholt wird. Jedoch entfällt die Kausalität eines solchen Unterlassens im Hinblick auf den tatbestandsmäßigen Erfolg der Freiheitsentziehung jedenfalls dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen

<sup>19</sup> Gaede/Wohlens, in: NK, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 15.

<sup>20</sup> Engländer, JuS 2001, 958, 960.

<sup>21</sup> Heinrich (Fn. 2), Rn. 42, 1449.

<sup>22</sup> Weigend, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

<sup>23</sup> Engländer, JuS 2001, 958, 960.

<sup>24</sup> Weigend, in LK (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

<sup>25</sup> BGHSt 19, 382.

<sup>26</sup> Kindhäuser, in LPK-StGB (Fn. 11), § 239 Rn. 16 f.

<sup>27</sup> Lackner/Kühl (Fn. 3), § 18 Rn. 1.

ist, dass der zuständige Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte. Entgegen der Revision des A hält der Schuldspruch des LG wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen dagegen stand. Der BGH führt hierzu an, dass das LG rechtsfehlerfrei von einer Pflichtverletzung des A ausgegangen sei, dem es aufgrund des Zustandes und des Verhaltens von J oblag, dessen ständige (auch) optische Überwachung in der Zelle zu veranlassen, um hierdurch der Gefahr eines gesundheitlichen Schadens für J zu begegnen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Examenskandidaten, von denen weder innerhalb der Examensprüfung eine Prognose-Entscheidung abverlangt wird und die innerhalb ihres Studiums den Richtervorbehalt als nicht einschränkbares Verfassungsgut<sup>28</sup> kennengelernt haben, werden über die konkrete Anwendung der Kausalitätsformel des BGH und dem daraus resultierenden Ergebnis in diesem Fall etwas verwundert sein. Die Entscheidung führt nämlich zu kaum hinnehmbaren Eingriffen in den Schutzbereich der Art. 103 Abs. 1<sup>29</sup> und Art. 104 Abs. 2 GG.<sup>30</sup> Trotz der vorliegend betroffenen hohen Verfassungsgüter soll hier die Kausalität des Unterlassens entfallen, wenn ein Richter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Fortdauer der Festnahme angeordnet hätte. Dies wird in der Praxis und bei Anfertigung von Klausuren Probleme bereiten<sup>31</sup>, auch

<sup>28</sup> *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 17. Aufl. 2014, Rn. 907; hierzu auch *Rachor*, in Liske/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E, Rn. 535; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 144.

<sup>29</sup> Zum Schutzbereich *Pieroth*, in Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 5; vgl. auch BVerfGE, 19, 49, 51; 73, 322, 329 f.; 89, 381, 390.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu auch *Jarass*, in Jarass/Pieroth (Fn. 29), Art. 104, Rn. 15.

<sup>31</sup> Hierzu *Heinrich* AT (Fn. 2), Rn. 887.

weil vertreten wird, dass diese Feststellung eine Beweisregel darstelle und insoweit kein Bestandteil des objektiven Tatbestands sei.<sup>32</sup>

Probleme bereitet die Prüfung des Sachverhalts bzgl. der ordnungsgemäßen Freiheitsentziehung innerhalb der Strafrechtsprüfung des § 239. Auch hier muss hinsichtlich der Kausalität eine Prognose getroffen werden. Diese Prognosen müssen den Examenskandidaten zwingend vom Klausursteller in Form von Sachverhaltsangaben<sup>33</sup> vorgegeben werden. Kommt die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren zu der Erkenntnis, dass jedenfalls die Möglichkeit bestand, dass der zuständige Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung angeordnet hätte, so hat sie das Verfahren letztlich nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ einzustellen,<sup>34</sup> denn die Beweislast liegt aufgrund des **Amtsermittlungsgrundsatzes** beim Strafverfolgungsorgan. Dies führt in der Praxis zu einer Extension der Straffreiheit bei diesen Delikten.

#### 5. Kritik

Zu kritisieren ist die Behandlung der Kausalitätsfrage bei Unterlassungsdelikten insgesamt, denn sie führt – wie vorliegend – zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen.

Der BGH hat seine Urteilsbegründung dogmatisch ungenau formuliert; insbesondere ist ihm die **Anwendung** der modifizierten *conditio-sine-quanon*-Formel nicht richtig gelungen. Konsequenterweise hätte nämlich gar nicht festgestellt werden müssen, dass der Richter die Anordnung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erteilt hätte, sondern es wäre schon das Bestehen der bloßen Möglichkeit der Erteilung ausreichend gewesen. Anders her-

<sup>32</sup> *Engländer*, JuS 2001, 958, 960 f.

<sup>33</sup> Zu monierbaren Sachverhaltungenauigkeiten im 1. Staatsexamen vgl. *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 620; ferner *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 264.

<sup>34</sup> Hierzu *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 888.

um formuliert: Angenommen werden kann die Kausalität nur in solchen Fällen, in denen der Richter die Anordnung auf jeden Fall nicht erteilt hätte. Somit hat der BGH vorliegend die Formel **noch zu milde** angewandt. Bereits diese milde Anwendung führt jedoch zu einer Untergrabung des Richtervorbehalts. Die korrekte Anwendung hätte in der Hinsicht noch gravierendere Folgen, da wohl in den seltensten Fällen bewiesen werden kann, dass nicht jedenfalls die Möglichkeit bestünde, dass der Richter die Anordnung erteilt hätte. Folgt man aber stattdessen der Risikoverminderungslehre, hat dies eine Nichtbeachtung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zur Folge. Beide Theorien verstoßen somit letztlich gegen Verfassungsgarantien der Art. 103 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 2 GG.

Das Erfordernis der Gewährung rechtlichen Gehörs i.S.d. Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK bedeutet, sich grundsätzlich **vor Erlass einer Entscheidung** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zur Sache äußern zu können.<sup>35</sup> Soweit dies bei vorläufigen Maßnahmen und Eilmaßnahmen nicht möglich ist, muss das rechtliche Gehör unverzüglich nachgeholt werden.<sup>36</sup> Art. 103 Abs. 1 GG enthält zudem keinen Gesetzesvorbehalt. Eingriffe können ihre Rechtfertigung daher allein in kollidierendem Verfassungsrecht finden; jeder Eingriff ist daher eine Verletzung dieses grundrechtsgleichen Rechts.<sup>37</sup> Der Richtervorbehalt i.S.d. Art. 92 GG dient dabei der **Sicherstellung rechtlichen Gehörs**. Er soll einerseits die Schwere des Freiheitsentzugs als am stärksten in die

persönliche Freiheit eingreifende polizeiliche Maßnahme, andererseits das fehlende vorherige Verwaltungsverfahren kompensieren, wenn ein Gewahrsam ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet wird. Die Frist zur Einhaltung der Einholung der richterlichen Anordnung beginnt hierbei mit der polizeilichen Ingewahrsamnahme.<sup>38</sup> Danach ist ein polizeilicher Gewahrsam von mehr als zwei bis drei Stunden ohne Einschaltung des erreichbaren Richters grundsätzlich unzulässig.<sup>39</sup> Die Entscheidung des BGH fördert zudem einen Eingriff in die Gewaltenteilung, weil die Exekutive (statt der Judikative) in Fällen, in denen keine Gefahr in Verzug vorliegt<sup>40</sup>, in der Sache allein entscheiden kann, da sie keine strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten hätte. Nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG wird die Staatsgewalt nämlich<sup>41</sup> durch besondere Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.<sup>42</sup>

Die Einführung von etwaigen Gefährdungsdelikten im Amt in den 30. Abschnitt des StGB, die eine Verursachung von Verletzungen gegen die Freiheit, die Gesundheit und das Leben einer Person infolge eines Verstoßes gegen Verfahrensvorschriften ausreichen lassen, könnten letztlich dem Problem in Bezug auf die Kausalitätsfrage effektiv entgegenwirken.

(Jessica Ruschin/ Luzie Schrameyer)

<sup>35</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. Jahr 2014, Rn. 1099; § 31 Rn. 1176; *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 943.

<sup>36</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 35), Rn. 1177; hierzu insbesondere auch BVerfGE 18, 399, 404; 65, 227, 233.

<sup>37</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 35), Rn. 1183.

<sup>38</sup> *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 303.

<sup>39</sup> OVG Münster DVBl. 1979, 733; zum sog. „Schmorenlassen“ BVerfG NJW 2011, 2499.

<sup>40</sup> Zum Gefahrenbegriff und zur Gefahr in Verzug insbesondere *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 77 ff., Rn. 156.

<sup>41</sup> Durch Aufgliederung in Teilgewalten und deren wechselseitiger Kontrolle, Hemmung und Mäßigung, sog. „Checks and balances“.

<sup>42</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I, 30. Aufl. 2014, Rn. 295.

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

Nach verheimlichter Schwangerschaft erstickt A ihr Neugeborenes kurz nach der Geburt in den frühen Morgenstunden, nachdem sie die gesamte Nacht nicht geschlafen hatte. Bedingt durch einen beträchtlichen Blutverlust sowie geistiger und körperlicher Entkräftung kommt es in der Folge zu zwei Zusammenbrüchen. Gegen Mittag findet die Mutter der A diese verstört und weinend vor. Am Nachmittag wird A ins Krankenhaus und dort nach einer medizinischen Behandlung um 16 Uhr auf eine Station gebracht. Als sie eine Stunde später von der Polizei vernommen wird, behauptet sie, das Kind sei bereits tot auf die Welt gekommen. Ihr wird im Anschluss hieran erklärt, sie sei vorläufig festgenommen.

A erhält gegen 20 Uhr zur Beruhigung zwei Baldriandragees. Bei einer darauffolgenden Vernehmung leugnet sie die Tat weiterhin. Nachdem um 21 Uhr aus medizinischer Sicht feststeht, dass von einer Lebendgeburt ausgegangen werden kann, konfrontieren die Beamten die A hiermit in einer erneuten Vernehmung. A streitet die Vorwürfe jedoch weiter ab. Um 21.25 Uhr erfolgt die erste schriftlich niedergelegte Befragung. Zu diesem Zeitpunkt ist A

## Februar 2015 Übermüdungs-Fall

*Beweisverwertungsverbote / Verbotene Vernehmungsmethoden*

§§ 136, 136a StPO

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Ein Geständnis, das im Wege einer durch Ermüdung beschränkten freien Willensbetätigung abgelegt wird, steht dem Rechtsgedanken des § 136a StPO entgegen und unterliegt einem Verwertungsverbot.
2. Weder subjektive Einschätzungen der Vernehmungsbeamten noch fachmedizinische Auskünfte, die eine entsprechende Ermüdung ausschließen oder die unterlassene ausdrückliche Berufung auf die Müdigkeit durch den Beschuldigten selbst sind hierfür hinderlich.

BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – 5 StR 296/14; veröffentlicht in: NStZ 2015, 46.

bereits 38 Stunden wach. Nachdem sie zunächst erklärt, dass sie mit der Situation überfordert sei, gesteht sie nach erneutem anfänglichem Bestreiten die Tat. Die Befragung endet am Tattag um 23.25 Uhr.

Das LG verurteilt A wegen Totschlags, wobei es das von A abgelegte Geständnis verwertet. Hiergegen legt A Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall geht es um die Verwertung eines **Geständnisses**, das während der polizeilichen Vernehmung im Vorverfahren abgelegt wurde. Vor Gericht können nur bestimmte Beweismittel verwertet werden. Zu den gesetzlich vorgesehenen Beweismitteln zählen der Zeugen-, der Sachverständigen-, der Urkunden- und der Augen-

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

scheinsbeweis. Die Aussage des Angeklagten in der Hauptverhandlung (z.B. in Form eines Geständnisses), auch Einlassung genannt, ist kein Beweismittel im eigentlichen Sinne (vgl. § 244 Abs. 1 StPO<sup>2</sup>, wonach die Beweisaufnahme der Vernehmung des Angeklagten nachfolgt). Sie findet jedoch Berücksichtigung im Rahmen der freien richterlichen Beweismittelwürdigung gem. § 261 und wird daher als Beweismittel im weiteren Sinne bezeichnet.<sup>3</sup> Die Aussage des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren kann auf zweierlei Weise verwertet werden: Entweder im Wege des Zeugenbeweises, indem der den Beschuldigten vernehmende Polizeibeamte angehört wird, oder in Form des Urkundenbeweises, durch das Verlesen des Vernehmungsprotokolls.<sup>4</sup> Aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. §§ 226, 250, 261 folgt, dass der Zeugenbeweis dem Urkundenbeweis dabei grundsätzlich vorgeht, es sei denn, dies ist, z.B. wegen des Todes des Zeugen, nicht möglich. Hinsichtlich der Art und Weise, wie der Sachverhalt aufzuklären ist, wird zwischen dem Streng- und dem Freibeweisverfahren differenziert. Das **Strengbeweisverfahren** gilt für alle Beweiserhebungen innerhalb der Hauptverhandlung, die sich auf die Schuld- und Rechtsfolgenfrage beziehen. Dabei ist das Gericht an die oben genannten Beweismittel gebunden (numerus clausus der Beweismittel). Ein Geständnis ist das Zugestehen der Tat oder einzelner Tatsachen, die für die Entscheidung zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sein können.<sup>5</sup> Wie bereits gezeigt, erfolgt die Verwertung eines Geständnisses, das während des Ermittlungsverfahrens abgelegt wurde, im Wege des Zeugen- bzw. Urkunden-

beweises, also im Strengbeweisverfahren. Im **Freibeweisverfahren** ist dagegen keine Bindung an bestimmte Beweismittel vorgesehen, d.h. die Beweiserhebung kann auf jede beliebige Art und Weise erfolgen (z.B. durch Einholung einer dienstlichen Stellungnahme des vorsitzenden Richters). Dieses Verfahren gilt für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage außerhalb der Hauptverhandlung und bei prozessualen Fragen.<sup>6</sup>

Bestimmte Arten der Beweiserhebung sind jedoch verboten, um den Beschuldigten vor schwerwiegenden Eingriffen in seine Grundrechte zu schützen. Der Grundsatz des „fair trial“, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, und das Gebot der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verbieten es, die Wahrheit um jeden Preis zu ermitteln.<sup>7</sup>

Diese sog. **Beweiserhebungsverbote** lassen sich unterteilen in Beweisthemaverbote, Beweismittelverbote (insb. §§ 52 ff.) und Beweismethodenverbote, zu denen insbesondere die unzulässigen Vernehmungsmethoden zählen, die in § 136a gesetzlich normiert sind.<sup>8</sup> Geschah die Beweiserhebung in unzulässiger Weise und folgt daraus ein Verwertungsverbot, handelt es sich um ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot. Aus der Unzulässigkeit der Beweiserhebung folgt jedoch nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot.<sup>9</sup> Unabhängig davon kann sich trotz zulässiger Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot ergeben, so z.B. im Falle des Verbots der Verwertung bestimmter Kenntnisse aus einer zulässigen Telefonüberwachung (§§ 100a, 477 Abs. 2).<sup>10</sup> Man spricht dann von einem

<sup>2</sup> Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

<sup>3</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 179.

<sup>4</sup> *Beulke* (Fn. 3), Rn. 203; *Diemer*, in *KK*, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 13.

<sup>5</sup> *Ganter*, in *Graf*, StPO, 2. Aufl. 2012, § 254 Rn. 6.

<sup>6</sup> *Beulke* (Fn. 3), Rn. 180.

<sup>7</sup> BGHSt 5, 332, 333; *Rogall*, in *SK*, 4. Aufl. 2010, vor § 133 Rn. 101 ff.

<sup>8</sup> *Beulke* (Fn. 3), Rn. 456.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2011, 2783; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 23 Rn. 3 ff.

<sup>10</sup> *Beulke* (Fn. 3), Rn. 457.

selbstständigen Beweisverwertungsgebot.<sup>11</sup>

Unterschieden wird zwischen geschriebenen (= gesetzlichen) und ungeschriebenen **Beweisverwertungsverböten**. Zu einem der wenigen explizit in der StPO genannten Verböte gehört das aus einer unzulässigen Vernehmungsmethöde (§ 136a Abs. 1, Abs. 2) folgende Verwertungsverbot (vgl. § 136 Abs. 3 Satz 2). Danach dürfen Aussagen, die unter Verletzung dieses Verböts zustande gekommen sind, auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.<sup>12</sup> Andere explizite Verwertungsverböte finden sich z.B. in §§ 81a Abs. 3, 81c Abs. 3 Satz 5. Ergibt sich ein Verbot nicht direkt aus dem Gesetz, kann sich im Wege einer auf bestimmten Kriterien beruhenden Einzelfallbetrachtung ebenfalls ein solches Verbot ergeben. Die Rechtsprechung folgt in diesem Fall der sog. Abwägungslehre, nach der das staatliche Interesse an der Strafverfolgung im Einzelfall mit den Grundrechten des Betroffenen abzuwägen ist.<sup>13</sup> Dagegen ist nach anderer Ansicht auf den Schutzzweck der verletzten Beweiserhebungsnorm abzustellen.<sup>14</sup> Eine kombinierende Lehre stellt zunächst auf den Schutzzweck der Beweisnorm ab, knüpft aber bei aus dem Grundgesetz abgeleiteten selbstständigen Beweisverwertungsverböten an die Abwägungslehre an.<sup>15</sup>

Der vorliegende Fall hat das aus einer verbotenen Vernehmungsmethöde folgende Beweisverwertungsverbot gem. § 136a zum Inhalt. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass eine Vernehmung vorliegt. Die Rechtsprechung folgt dem **formellen Vernehmungsbegriff**, wonach eine Vernehmung nur gegeben ist, wenn ein

Staatsorgan eine Befragung mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage durchführt und dabei dem Beschuldigten in offizieller Funktion gegenübertritt.<sup>16</sup> Dagegen ist es nach der Lehre des funktionalen Vernehmungsbegriffs ausreichend, dass ein Strafverfolgungsorgan Äußerungen des Beschuldigten direkt oder indirekt herbeigeführt hat.<sup>17</sup> Unerlässliche Voraussetzung der Vernehmung ist aber stets die Beschuldigteneigenschaft. Diese erlangt eine Person mit der tatsächlichen Ingangsetzung des Vorverfahrens aufgrund eines Anfangsverdachts. Wann die Ermittlungen als „tatsächlich aufgenommen“ gelten, ist nicht abschließend geklärt. Spätestens ab der vorläufigen Festnahme wegen des Verdachts des Totschlags ist dieses Merkmal aber hier erfüllt. Die Vernehmung selbst muss damit den Vorgaben in §§ 133 ff. genügen. Diese gelten gem. § 163a Abs. 3, Abs. 4 auch für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei. § 136 regelt den Ablauf der Vernehmung und die Belehrungspflichten. Zunächst ist der Beschuldigte in dreifacher Hinsicht zu belehren: Es muss ihm eröffnet werden, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen (§ 136 Abs. 1 Satz 1), dann ist er auf sein Recht, die Aussage zu verweigern, hinzuweisen (§ 136 Abs. 1 Satz 2) und anschließend ist er darüber zu belehren, dass er einen Verteidiger hinzuziehen darf (§ 136 Abs. 1 Satz 3).

§ 136a ist Ausdruck des **nemo tenetur-Grundsatzes** (nemo tenetur se ipsum accusare), dem Selbstbelastungsverbot. Hiernach ist der Beschuldigte nicht verpflichtet, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken. Er hat nicht nur das Recht zu schweigen, sondern er darf sogar lügen, um einer Selbstbelastung zu entgehen.<sup>18</sup> Gem. § 136a

<sup>11</sup> BGHSt 28, 122, 124; *Finger*, JA 2006, 529, 530.

<sup>12</sup> *Rogall*, in SK (Fn. 7), § 136a Rn. 98.

<sup>13</sup> BGHSt 47, 172, 179 f.

<sup>14</sup> *Kindhäuser* (Fn. 9), § 23 Rn. 14.

<sup>15</sup> BGHSt 46, 189, 195; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 458.

<sup>16</sup> BGHSt 42, 139, 145.

<sup>17</sup> *Monka*, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 4.

<sup>18</sup> So auch *Satzger*, in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 2014, Art. 6 EMRK Rn. 40.

Abs. 1 darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten nicht durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung oder durch Hypnose beeinträchtigt werden. Dieser Katalog ist nicht abschließend, sondern stellt nur beispielhaft einige verbotene Methoden dar.<sup>19</sup> Die Freiheit der Willensentschließung ist nicht beeinträchtigt, soweit der Beschuldigte unbeeinflusst und frei über das „Ob“ und „Wie“ seiner Aussage entscheiden kann. Dies ist gewährleistet, wenn er bei der Ausführung seiner Entschlüsse frei disponieren kann.<sup>20</sup> Von den Ermittlungsbehörden wird jedoch nicht verlangt, auf jeden Zustand einer körperlichen oder seelischen Beeinträchtigung, der sich nachteilig auf Entschlüsse des Beschuldigten auswirken kann, Rücksicht zu nehmen. Vielmehr muss eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten werden.<sup>21</sup> Daran fehlt es, wenn das gewählte Mittel i.S.d. § 136a neben der zu treffenden Willensentschließung „von vornherein bedeutungslos erscheinen muss“.<sup>22</sup>

Vorliegend ist die Fallgruppe der **Ermüdung** einschlägig. Der Zustand der Ermüdung hindert die Vernehmung nur in Extremfällen, weswegen die Berufung auf dieses Merkmal vor Gericht nur selten Erfolg verspricht. Denn Ermüdungserscheinungen stellen sich bei Vernehmungen sehr häufig ein und lassen sich oft kaum vermeiden.<sup>23</sup> Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung muss vielmehr dadurch beeinträchtigt sein, dass die Vernehmung bis zur Erschöpfung der Willenskraft weitergeführt wird.<sup>24</sup> Der Beschuldigte darf also nicht durch Dauervernehmungen systematisch zermürbt werden. Nach Ansicht der Rechtsprechung kommt es dabei auf den **ob-**

**jektiven Zustand** der Ermüdung an, nicht entscheidend sei daher, ob der Vernehmungsbeamte den Zustand bewusst herbeigeführt oder ob er ihn überhaupt erkannt habe.<sup>25</sup> Vielmehr genüge es, dass tatsächlich eine Ermüdung bestanden habe und die Vernehmung begonnen oder fortgesetzt wurde, obwohl eine ermüdungsbedingte Beeinträchtigung der Willensfreiheit zu befürchten war.<sup>26</sup> Dies mag zwar dem Wortlaut (sowohl „-methode“ als auch die Wendung „durch“ sprechen für eine aktive Herbeiführung des Ermüdungszustands) entgegenstehen, steht aber in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung.<sup>27</sup> Auch nächtliche Vernehmungen schließt § 136a nicht zwingend aus.<sup>28</sup> So kann z.B. in Verkehrsstrafsachen eine nächtliche Besichtigung der Unfallstelle geboten sein.<sup>29</sup>

Strittig ist, ob sich der Beschuldigte bereits während der Vernehmung auf seine Ermüdung berufen muss oder ob es ausreicht, wenn er diese nachträglich geltend macht. Nach bisher h.M. ist eine solche Berufung während der Vernehmung erforderlich. Mache der Beschuldigte nachträglich geltend, dass er keinen Schlaf gefunden habe, so sei dies für sich gesehen unerheblich, da die geistige Leistungsfähigkeit auch durch Ruhe und Entspannung ohne Schlaf wiederhergestellt werden könne.<sup>30</sup>

Problematisch ist im vorliegenden Fall auch, ob die Vernehmung der A nicht schon deshalb unverwertbar war, weil dabei kein Verteidiger anwesend war. A ist wegen Totschlags angeklagt. Totschlag ist ein Verbrechen (vgl. § 212

<sup>19</sup> BGHSt 5, 332, 334.

<sup>20</sup> Rogall, in SK (Fn. 7), § 136a Rn. 36.

<sup>21</sup> Monka, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 6.

<sup>22</sup> BGH NJW 1953, 1114, 1115.

<sup>23</sup> Monka, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 11.

<sup>24</sup> BGHSt 38, 291, 293.

<sup>25</sup> BGHSt 1, 376, 379.

<sup>26</sup> BGHSt 1, 376, 379; 12, 332, 333; Diemer, in KK (Fn. 4), § 136a Rn. 13.

<sup>27</sup> BGHSt 1, 376, 379; 12, 332, 333; 38, 291; Beulke (Fn. 3), Rn. 132.

<sup>28</sup> BGHSt 1, 376, 376 f.

<sup>29</sup> BGHSt 12, 332, 333.

<sup>30</sup> BGHSt 38, 291, 292; BGH NStZ 1999, 630; in diesem Fall war der Beschuldigte 30 Stunden wach, hatte zwar zwischenzeitlich die Möglichkeit zu schlafen, er konnte jedoch nicht einschlafen.

Abs. 1 StGB i.V.m. § 12 StGB). Es liegt daher ein Fall der **notwendigen Verteidigung** i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 2 vor. Ein Verbrechen in diesem Sinne wird auch schon dann „zur Last gelegt“, wenn wegen eines solchen nur ermittelt wird.<sup>31</sup> Fraglich ist aber, ab welchem Zeitpunkt der notwendige Verteidiger mitwirken muss und ob dies, falls dies bereits für den Zeitpunkt des Vorverfahrens bejaht wird, bedeutet, dass ein Verteidiger zwingend bei der (ersten) Vernehmung anwesend muss. Diese Frage ist strittig, wobei die Rechtsprechung eine restriktive Linie vertritt. Gem. § 141 Abs. 3 Satz 1 kann ein Pflichtverteidiger bereits im Vorverfahren bestellt werden. Allerdings verfügt die Staatsanwaltschaft über einen Beurteilungsspielraum: Sie beantragt dies gem. § 141 Abs. 3 Satz 2, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Nach einer Ansicht soll dieser Beurteilungsspielraum und das Ermessen des Gerichts (§ 141 Abs. 3 Satz 1) dann auf Null reduziert sein, wenn mit einer Anklageerhebung i.S.d. § 140 Abs. 1 oder 2 zu rechnen ist und eine effektive Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen des Beschuldigten die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich machen. Dies sei im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK geboten.<sup>32</sup> Nach h.M. besteht hingegen keine Pflicht, dem Beschuldigten stets bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen.<sup>33</sup> Dies gelte insbesondere deswegen, weil der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts im Jahr 2009 den Zeitpunkt der rechtlich zwingenden Bestellung eines Pflichtver-

teidigers in § 140 Abs. 1 Nr. 4 in Kenntnis der bestehenden Rechtsprechung bewusst auf den Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft festgelegt hat.<sup>34</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stellt, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung, ausdrücklich fest, dass es nicht darauf ankommt, dass sich die Beschuldigte schon während der Vernehmung auf Müdigkeit beruft. Ebenso wenig sei entscheidend, dass die Beschuldigte in der Lage war, Fragen sinnvoll zu beantworten. Zudem lägen hier eine Fülle von gewichtigen Gründen vor, aufgrund derer sich die Annahme tiefgreifender Erschöpfung und daraus resultierender Besorgnis der Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung geradezu aufdränge. Um eine Ermüdung im Rechtssinne auszuschließen, hätte es demgemäß gewichtiger Anhaltspunkte bedurft. Weder die subjektive Einschätzung der Polizeibeamten noch die Wahrnehmung der Ärzte und Krankenschwestern, die sich zudem auf einen früheren Zeitpunkt als dem des Geständnisses bezieht, reichten dafür aus. Daher läge hier ein Verwertungsverbot i.S.d. § 136a vor. Dieses könne auch nicht durch die Vernehmung des die A vernehmenden Polizeibeamten umgangen werden.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Hinsichtlich des Merkmals der Ermüdung müssen Ausbildung und Praxis der Besonderheit dieser Variante des § 136a Rechnung tragen: Während die anderen Tatbestandsalternativen dem Wortlaut bzw. der Logik nach ausschließlich durch eine aktive Handlung des Vernehmenden (also z.B. durch Folter) verwirklicht werden können, kann eine Ermüdung auch ohne eine bewusste Herbeiführung durch die Vernehmungsbeamten vorliegen. Da der

<sup>31</sup> Lüderssen/Jahn, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007 ff., § 140 Rn. 24; Wohlers, in SK (Fn. 7), § 140 Rn. 7.

<sup>32</sup> BGHSt 47, 233, 236; BGH NJW 2002, 1280.

<sup>33</sup> BGHSt 47, 233, 236 f.

<sup>34</sup> BGH NSTZ 2014, 722, 723.

Wortlaut des § 136a jedoch keine solche Differenzierung enthält, liegt eine Regelungslücke vor, die es mittels extensiver Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals zu schließen gilt. Insoweit kann es im Hinblick auf den Schutzzgedanken des § 136a keinen Unterschied machen, ob der Vernehmende die Ermüdung aktiv herbeiführt oder aber diese von ihm lediglich ausgenutzt wird.

Allerdings mangelt es an einem einheitlichen, gesetzlich definierten Maßstab für das Vorliegen des Merkmals der Ermüdung. Sowohl die Kriterien für das Bestehen einer vorsätzlich herbeigeführten Ermüdung als auch die für die Feststellung, das bereits unabhängig von den Vernehmungsmethoden eine Ermüdung bestanden hat, können allenfalls aus der einzelfallorientierten Rechtsprechung abgeleitet werden. Denkbar wäre es, im Lichte des „fair trials“ verschiedene Anforderungen an die Intensität der Ermüdung zu stellen: Während eine vom Vernehmungsbeamten vorsätzlich herbeigeführte Ermüdung geringeren Anforderungen standhalten müsste, da der Vernehmende dann bewusst auf einen den Willen beschränkenden Zustand hinarbeitet, bedürfte es bei einer aus anderen Gründen vorliegenden Ermüdung des Angeklagten eines erheblichen Ausmaßes, um eine solche aus objektiven Gesichtspunkten zugunsten des Betroffenen annehmen zu können.

Für die Praxis ist zu erwarten, dass sich die spätere Berufung auf eine Ermüdung i.S.d. § 136a von nun an häufen wird, da sich der Beschuldigte nicht mehr unmittelbar während der Vernehmung darauf berufen muss.

## 5. Kritik

Der BGH hat zutreffend die einzelnen Umstände herausgearbeitet, die auf eine Ermüdung der A schließen lassen. Dennoch mangelt es an einer dogmatisch fundierten Begründung. Zwar macht er durch die extensive Auslegung deutlich, dass eine Ermüdung auch ohne Fremdeinwirken oder ein entspre-

chendes Bewusstsein seitens des Vernehmenden von § 136a erfasst wird, allerdings unterbleiben Ausführungen hinsichtlich des Schutzzwecks: Ob § 136a den Betroffenen nur vor Willkürmaßnahmen der Vernehmungsbehörde oder aber vor jedweden Umständen schützen soll, die ihn zu selbstbelastenden Aussagen aufgrund einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensfähigkeit verleiten, bleibt weiterhin offen. Obwohl die extensive Auslegung im vorliegenden Fall zu einem sinnvollen Ergebnis führt, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der BGH zudem, insbesondere aufgrund seiner Stellung als höchste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Kriterien für das Vorliegen einer Ermüdung im Rechtssinne aufgestellt hätte. Die intendierte Differenzierung zwischen aktiver und passiver Ermüdung lässt jedoch zwei Probleme unberücksichtigt. Zum einen bleibt offen, **wann** genau eine Ermüdung, die vom Vernehmenden nicht erkannt wird, vorliegen muss und zum anderen, **wer** diese im konkreten Fall zu beweisen hat. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der extensiven Auslegung von Bedeutung. Während bei einer vorsätzlich herbeigeführten oder bewusst ausgenutzten Ermüdung durch den Vernehmenden der Staat in der Pflicht steht, im Wege des Freibeweisverfahrens nachzuweisen, dass die durchgeführte Vernehmung den Anforderungen des § 136a standhält,<sup>35</sup> könnte man vertreten, dass der Angeklagte im Falle einer nicht intendierten Ermüdung selbst in der Pflicht stünde, diese nachzuweisen. Da der BGH jedoch keinen objektiven Maßstab festlegt, besteht die Gefahr in zukünftigen Verfahren darin, dass sich viele Angeklagte unter dem Deckmantel des § 136a mittels einer Schutzbehauptung der Verwertung einer sie belastenden Aussage zu entziehen versuchen könnten.

*(Cathrin Cordes/ Arne Zabel)*

---

<sup>35</sup> *Beulke* (Fn. 3), Rn. 205.

## 1. Sachverhalt

F leitet als Fahrlehrer und Beifahrer eine Ausbildungsfahrt. Die Fahrschülerin hatte bereits sechs Fahrstunden absolviert und war somit in der Ausbildung fortgeschritten.

Während der Fahrt telefoniert F ohne Freisprecheinrichtung mit einem Mobiltelefon. Es bestand kein Anlass, der bereits geübten Fahrschülerin besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Auch war für F nicht damit zu rechnen, in ihr Fahrverhalten eingreifen zu müssen.

Das Gericht verurteilt F wegen der Verkehrsordnungswidrigkeit der vorsätzlichen verbotswidrigen Benutzung eines Mobiltelefons zu einer Geldbuße von 40 €.

Da hinsichtlich des hier entscheidenden Tatbestandsmerkmals des Fahrzeugführens mehrere Oberlandesgerichte unterschiedlich entschieden haben, wurde dem BGH die in Leitsatz 1 formulierte Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall geht es zwar konkret um die Fahrzeugföhreigenschaft i.S.v. § 23 Abs. 1a StVO. Die Fahrzeugföhreigenschaft spielt aber auch allgemein in vielen Straßenverkehrsdelikten eine wichtige Rolle, da diese häufig den Begriff des Föhrens eines Fahrzeugs enthalten. Die folgenden Ausführungen sollen einen Überblick über den Begriff des Fahrzeugföhrens i.S.d. StVG, der StVO und des StGB geben. Insbesondere soll auf die §§ 315c, 316 StGB eingegangen werden.

März 2015

### Telefonierender Fahrlehrer-Fall

#### *Föhren eines Kraftfahrzeugs*

§§ 315c, 316 StGB, § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG, § 23 Abs. 1a StVO

#### **Leitsätze der Bearbeiterinnen:**

1. Ein Fahrlehrer, der als Beifahrer während einer Ausbildungsfahrt einen Fahrschüler begleitet, dessen fortgeschrittener Ausbildungsstand zu einem Eingreifen in der konkreten Situation keinen Anlass gibt, ist nicht „Föhrer“ des Kraftfahrzeugs.
2. Die Fiktion des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG, nach der der Fahrlehrer als Föhrer des Kraftfahrzeugs gilt, bezieht sich nicht auf die §§ 315c, 316 StGB.

BGH, Beschluss vom 23. September 2014 – 4 StR 92/14; veröffentlicht in: BeckRS 2015, 00391.

ungen sollen einen Überblick über den Begriff des Fahrzeugföhrens i.S.d. StVG, der StVO und des StGB geben. Insbesondere soll auf die §§ 315c, 316 StGB eingegangen werden.

**Föhrer eines Kraftfahrzeugs** ist nach h.M., wer das Kraftfahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzt oder unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrtbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil lenkt.<sup>1</sup>

Für die Subsumtion des Fahrlehrers unter diese Definition ist besonders relevant, dass es sich bei den genannten Tatbeständen häufig um sog. eigenhändige Delikte handelt. **Eigenhändige**

<sup>1</sup> BGHSt 35, 390; *Quarch*, in: Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 3. Aufl. 2013, § 315c Rn. 4.

**Delikte** zeichnen sich dadurch aus, dass die Tatbestandshandlung nur durch den Täter persönlich ausgeführt werden kann.<sup>2</sup> Eine mittelbare Täterschaft sowie eine mittäterschaftliche Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB sind in diesen Fällen nicht möglich.<sup>3</sup> Ebenso scheidet bei eigenhändigen Delikten eine Strafbarkeit durch Unterlassen aus. § 13 StGB verlangt nämlich die Äquivalenz des Unterlassens mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun. Bei eigenhändigen Delikten liegt der Unwertgehalt gerade in der höchstpersönlichen Vornahme der Tathandlung. Unterlassen im Sinne des § 13 StGB, wo eine Tathandlung gerade nicht vorgenommen, sondern unterlassen wird, ist daher bei eigenhändigen Delikten nicht möglich.<sup>4</sup> Die in ständiger Rechtsprechung<sup>5</sup> bestätigte Definition des Fahrzeugführers erfordert gerade das persönliche Lenken des Fahrzeugs und qualifiziert die in Rede stehenden Delikte damit als eigenhändig.

Zunächst ist festzustellen, dass der Fahrlehrer wegen der besonderen technischen Ausstattung von Fahrschulautos theoretisch selbst die Funktion des Fahrzeugführers übernehmen kann. Denn das Fahrschulauto verfügt über einen eigenen (vorrangigen) Pedalsatz auf der Beifahrerseite. Der Fahrlehrer ist also jederzeit in der Lage, durch Betätigen von Gas oder Bremse und einen Griff ins Lenkrad die Steuerung des Fahrzeugs zu übernehmen.

Um die Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers zu begründen, kommen zwei Argumentationsstränge in Betracht: Zum einen ist die Subsumtion des Verhaltens des Fahrlehrers unter die oben genannte Definition mit **konkreten Zurechnungskriterien** denkbar. Zum anderen könnte aus § 2 Abs.

15 Satz 2 StVG die **Fiktion der Fahrzeugführereigenschaft** folgen.

Innerhalb des ersten Begründungsansatzes ist umstritten, ob der Fahrlehrer beim Vorliegen besonderer **Zurechnungskriterien** zum Fahrzeugführer werden kann. Denn nicht ohne Grund ist er während einer Fahrstunde der „Verantwortliche für die Ausbildungsfahrt“ (§ 6 Abs. 2 FahrlG). Dem Fahrlehrer wird bereits seit Entwicklung der Definition des Fahrzeugführers<sup>6</sup> eine Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr und zur Beaufsichtigung des Fahrschülers auferlegt.<sup>7</sup> Dies bedeutet, dass der Fahrlehrer dafür verantwortlich ist, dass sich der Fahrschüler verkehrsgerecht verhält.<sup>8</sup> Es gibt daher Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, die mit unterschiedlichen Argumenten versuchen, die Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers zu begründen.<sup>9</sup>

So wollen einige Stimmen eine Art Billigkeitshaftung des Fahrlehrers aus seiner grundsätzlichen Verantwortung begründen:<sup>10</sup> Er sei schon deshalb Fahrzeugführer, weil er sich ein **Ein greifen** in die technischen Vorrichtungen des Fahrzeugs jederzeit **vorbehielte**.<sup>11</sup> Die technische Sonderausstattung von Fahrschulautos ermögliche es dem Fahrlehrer jederzeit auch vom Beifahrersitz aus das Auto selbst durch die Betätigung von Bremse, Kupplung und

<sup>2</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 44. Auflage 2015, Rn. 41.

<sup>3</sup> *Satzger*, Jura 2011, 103.

<sup>4</sup> *Satzger*, Jura 2011, 103.

<sup>5</sup> Vgl. nur BGHSt 35, 393; BGHSt 36, 343.

<sup>6</sup> BGH NJW 1962, 2069.

<sup>7</sup> BGH NJW 1990, 1245.

<sup>8</sup> BGH NJW 1990, 1245; vgl. auch *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229.

<sup>9</sup> So insb. OLG Bamberg NJW 2009, 2393; OLG Saarbrücken VRS 46 (1974), 212; *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229; *Thiele*, DAR 2006, 368, 370.

<sup>10</sup> *Hufnagel*, NJW 2014, 3265, 3266; *Jancker*, in: *Burmann/Heß/Jahnke/Jancker*, Straßenverkehrsrecht, 23. Aufl. 2014, § 2 StVG Rn. 55.

<sup>11</sup> So OLG Bamberg NJW 2009, 2393; *Ernemann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, 2. Aufl. 2014, § 315c Rn. 4.

Gaspedal zu bedienen.<sup>12</sup> Dagegen wird von der h.M. vorgebracht, der Fahrlehrer werde erst in dem Moment zum Fahrzeugführer, in dem er von dieser technischen Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch macht.<sup>13</sup> Die Definition des Fahrzeugführers erfordere nicht bloß die abstrakte Möglichkeit des Eingreifens, sondern darüber hinaus ein tatsächliches Eingreifen im konkreten Fall.<sup>14</sup> Sinn der etablierten Definition des Fahrzeugführers sei es gerade, nur denjenigen in die Verantwortung zu nehmen, der die sich aus der Fahrt ergebenden Gefährdungen kontrolliert.<sup>15</sup> Es sei schon wegen des Gebots der Rechtssicherheit unmöglich, den Fahrlehrer nur auf Grund seiner generellen Verantwortung bei der Übungsfahrt unter den Begriff des Fahrzeugführers zu fassen.<sup>16</sup> Der bloße Vorbehalt des Eingreifens könne somit eine Eigenschaft als Fahrzeugführer nicht begründen.<sup>17</sup> Die Befürworter der Billigkeitshaftung sehen dagegen in einer entsprechend weiten Auslegung der Definition des Fahrzeugführers **keinen Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit**. Zwar dürfe eine Strafbestimmung nicht über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus allein im Hinblick auf die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens angewendet werden.<sup>18</sup> Jedoch sei es auch im Strafrecht zwingend notwendig, das Gesetz auszulegen. Je nach Schutzzweck der Norm kann hierbei auch eine weite Auslegung geboten sein.<sup>19</sup> Vorlie-

gend sei der Normzweck des Schutzes der Sicherheit des Straßenverkehrs so eindeutig und es gleichzeitig für den Normadressaten so offensichtlich, welche Anforderungen die Rechtsordnung an sein Verhalten stellt (nämlich die volle Aufmerksamkeit des für die Fahrt Verantwortlichen während der Fahrt), dass eine weite Auslegung der Definition geboten sei.<sup>20</sup> Es sei insbesondere im Vergleich mit anderen technischen Innovationen beim Autofahren nicht mehr vertretbar, nur denjenigen als Fahrzeugführer anzusehen, der die meisten tatsächlichen Eingriffe ins Verkehrsgeschehen vornimmt. So bliebe auch der Fahrer, der unterwegs den Tempomat die Geschwindigkeitsregelung übernehmen lässt oder der sein Fahrzeug mit Hilfe eines Parkassistenten im öffentlichen Verkehrsraum einparkt, selbstverständlich Führer des Fahrzeugs.<sup>21</sup> Entscheidend sei heute also nicht mehr, ob der Betreffende in einer bestimmten Zeitspanne einen konkreten Eingriff in das Fahrgeschehen vornimmt, sondern, dass er durchgängig die Verantwortung für die Fahrt trägt.<sup>22</sup>

Andere greifen zur Begründung der Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers auf seinen das Geschehen beherrschenden **Einfluss** zurück.<sup>23</sup> Demnach folge aus dem mündlichen Weisungsrecht des Fahrlehrers eine überlegene Stellung, die ihn als mittelbaren Täter qualifiziere.<sup>24</sup> Dagegen wird insbesondere vorgebracht, dass es sich bei den in Rede stehenden Tatbeständen eben gerade um eigenhändige Delikte handle<sup>25</sup> und der Täter daher die Tatbe-

<sup>12</sup> *Hufnagel*, NJW 2014, 3265, 3266; *Jancker*, in: *Burmann/Heß/Jahnke/Jancker* (Fn. 11), § 2 StVG Rn. 55.

<sup>13</sup> *Eisele*, JA 2007, 168; vgl. auch BGH NZV 1995, 364; *König*, DAR 2003, 448; *Mitsch*, NZV 2011, 281, 282.

<sup>14</sup> So auch OLG Hamm NJW 1969, 1975; OLG Köln NJW 1971, 670.

<sup>15</sup> BGH NJW 1962, 2069; vgl. auch BT-Drucks. II/2368, S. 23.

<sup>16</sup> OLG Dresden NZV 2006, 440 f.

<sup>17</sup> *Quarch*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 2), § 315c Rn. 4.

<sup>18</sup> Siehe hierzu auch BVerfG NJW 1982, 1512.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 1982, 1512.

<sup>20</sup> So auch *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229.

<sup>21</sup> *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229.

<sup>22</sup> *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229.

<sup>23</sup> Vgl. nur *Blum/Weber*, NZV 2007, 228, 229.

<sup>24</sup> *Herzog*, in: NK StGB, 3. Auflage 2010, § 316 Rn. 8, der eine „Mitführerschaft kraft Wortes“ vorschlägt.

<sup>25</sup> BGH StraFo 2007, 475; *Grupp/Kinzig*, NStZ 2007, 132, 136; *Pegel*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2012, § 315c Rn. 27;

standsausführung nur selbst vornehmen könne.<sup>26</sup> Eine mittelbare Täterschaft scheidet damit aus.<sup>27</sup>

Wieder andere Stimmen wollen den Fahrlehrer als **Nebentäter** zum Fahrzeugführer machen.<sup>28</sup> Es sei grundsätzlich möglich, dass mehrere Personen das Fahrzeug gemeinsam führten.<sup>29</sup> Hierfür sei es nach h.M. jedoch notwendig, dass jeder Beteiligte an der zielgerichteten Fortbewegung des Fahrzeugs so teilnimmt, dass sie ohne ihn nicht möglich wäre.<sup>30</sup> So würden etwa Mehrere das Fahrzeug führen, wenn ein Beteiligter das Auto mithilfe des Lenkrads steuert, während der andere Kupplung, Gaspedal und Bremse bedient.<sup>31</sup> Nicht ausreichend soll es dagegen auch für eine Nebentäterschaft sein, wenn der Beifahrer bloß mündliche Anweisungen gibt oder sich ein Eingreifen vorbehält.<sup>32</sup>

Ein weiterer Begründungsansatz wird dahingehend unternommen, dass die Handlungen des Fahrlehrers **anderweitige straf- oder zivilrechtliche Folgen** haben könnten.<sup>33</sup> So könne ein unaufmerksamer (weil telefonierender) Fahrlehrer durchaus nach §§ 222, 229 StGB für fahrlässiges Verhalten verantwortlich sein.<sup>34</sup> Es sei nun aber

---

*Sternberg-Lieben/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 315c Rn. 43.

<sup>26</sup> OLG Dresden NJW 2006, 1013, 1014; *Satzger*, Jura 2011, 103.

<sup>27</sup> *König*, in: LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 315c Rn. 23; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, 25. Auflage 2014 § 315c Rn. 11.

<sup>28</sup> So insbesondere OLG Saarbrücken VRS (1974) 46, 212; *Thiele*, DAR 2006, 368, 370.

<sup>29</sup> OLG Celle NJW 1965, 1773.

<sup>30</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 26), § 316 Rn. 20.

<sup>31</sup> OLG Dresden, NJW 2006, 1013, 1014.

<sup>32</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 26), § 316 Rn. 20.

<sup>33</sup> Dazu grundsätzlich *Ernemann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 12), § 315c Rn. 31.

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken VRS 46 (1974), 212; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 24.

wertungswidersprüchlich, den Fahrlehrer dort in die Verantwortung zu nehmen, ihn bei den einschlägigeren Straßenverkehrsdelikten aber auszuklamern. Dem wird wiederum entgegengehalten, dass die Verantwortlichkeit wegen fahrlässigen Handelns bei den genannten Normen aber gerade nicht an die Eigenschaft des Fahrzeugführers anknüpft und der Vergleich deshalb nicht zielführend ist.<sup>35</sup>

Unabhängig vom Vorliegen dieser tatsächlichen Voraussetzungen im Einzelfall könnte sich die Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers aber auch schon aus **§ 2 Abs. 15 Satz 2 StVG** ergeben. Nach dieser Vorschrift gilt der Fahrlehrer bei den Übungsfahrten als Führer des Kraftfahrzeugs „im Sinne dieses Gesetzes“, wenn der Kraftfahrzeugführer keine entsprechende Fahrerlaubnis besitzt. Ein solches Ergebnis wäre aber nur möglich, wenn § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG auf den jeweiligen Tatbestand auch tatsächlich anwendbar ist. Zwar ist dem **Wortlaut** nach („dieses Gesetzes“) eine Anwendung neben der StVG zumindest auch auf die StVO denkbar, da diese als Rechtsverordnung zum StVG erlassen wurde.<sup>36</sup> Eine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG auf das StGB erscheint hiernach jedoch ausgeschlossen.<sup>37</sup> **Systematische Erwägungen** sprechen zudem sogar gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG auf das StVG und die StVO. Wäre die Fiktion des Fahrlehrers als Führer nämlich auf das StVG und die StVO uneingeschränkt anwendbar, ergäbe sich folgender Wertungswiderspruch: Ein alkoholisierter Fahrlehrer wäre nach § 316 StGB mangels Anwendbarkeit des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG nicht strafbar, gleichzeitig aber wegen der Anwendbarkeit dieser Norm auf das StVG nach § 24a StVG verantwortlich. Dies ist insbesondere wegen des identischen Wortlauts und dem einheitlichen

---

<sup>35</sup> Vgl. nur *König*, DAR 2003, 448, 449.

<sup>36</sup> *Hufnagel*, NJW 2014, 3265, 3266.

<sup>37</sup> BGH BeckRS 2015, 00391 Rn. 20.

Schutzzweck beider Normen gesetzes-systematisch kaum haltbar. Zudem wollte der Gesetzgeber mit § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG lediglich dem Konflikt Rechnung tragen, dass der Fahrschüler vor Ableistung der Prüfung im allgemeinen Straßenverkehr fahren müsse und sich dabei an sich mangels Fahrerlaubnis strafbar machen würde (§ 21 StVG). **Zweck** der gesetzlichen Fiktion war also ausschließlich die Vermeidung einer Haftung des Fahrschülers wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis aus 21 StVG bzw. der Schutz vor der Ersatzpflicht des Fahrschülers als Fahrzeugführer aus § 18 StVG.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stellt, abweichend von der früheren Entscheidung eines OLG,<sup>38</sup> ausdrücklich fest, dass es für die Beurteilung einer Fahrzeugführereigenschaft gerade darauf ankommt, ob der Fahrlehrer in einer gebotenen Notsituation in das Fahrgeschehen eingreift. Denn erst in dem Moment, in dem er aktiv eingreift, führt er das Fahrzeug selbst. Nicht entscheidend sei es dagegen, dass sich der Fahrlehrer durch die zusätzlichen technischen Einrichtungen des Fahrschulautos oder durch sein Weisungsrecht gegenüber dem Fahrschüler ein Eingreifen vorbehält. Auch reiche es für die Begründung der Fahrzeugführereigenschaft nicht aus, dass er während einer Fahrstunde gem. § 6 Abs. 2 FahrlG der „Verantwortliche für die Ausbildungsfahrt“ ist. Dieser Auffassung stehe schon entgegen, dass es sich bei den §§ 315c, 316 StGB (ebenso wie bei § 23 Abs. 1a StVO) um eigenhändige Delikte handle. Um eine Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers anzunehmen, hätte es demgemäß besonderer Zurechnungskriterien, wie dem Vorliegen einer Notsituation und der Berücksichtigung des Ausbildungsstandes bedurft. Die vom BGH und auch der h.L. notwendigen „gewichtigen Anhaltspunkte“ können daher nur in

<sup>38</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2393.

einer konkreten Notsituation oder einer völligen Unerfahrenheit des Fahrschülers bestehen.<sup>39</sup>

Unter Betonung des Analogieverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG und mit Hinweis auf die Eigenhändigkeit der in Rede stehenden Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände beschränkt der BGH zudem die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG auf die §§ 18 und 21 StVG.<sup>40</sup> Er schließt sich bezüglich der Frage einer Anwendbarkeit der Fiktion der Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers der herrschenden Meinung an. Demnach ist eine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG auf andere Normen des StVG oder der StVO oder gar des StGB nicht länger denkbar.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Hinsichtlich der Fahrzeugführereigenschaft müssen Ausbildung und Praxis der Bedeutung dieser Entscheidung, die an sich nur zur StVO und dem StVG erging, auch im Hinblick auf die §§ 315c, 316 StGB Rechnung tragen: In Anbetracht des von §§ 315c, 316 StGB und § 23 Abs. 1a StVO geschützten Rechtsguts – der Sicherheit des Straßenverkehrs<sup>41</sup> – muss das Vorliegen einer Fahrzeugführereigenschaft innerhalb dieser Normen einheitlich beurteilt werden. Wenn also der Fahrlehrer nach dieser Entscheidung im Regelfall kein Fahrzeugführer ist, dann kann die Fahrzeugführereigenschaft auch bei einem betrunkenen Fahrlehrer nicht grundsätzlich (also unabhängig von seinem Eingreifen) angenommen werden. Allerdings mangelt es an einem einheitlichen, gesetzlich definierten Maßstab für das Vorliegen der Merkmale „fortgeschrittener Ausbildungsstand“ und „Notsituation“.

<sup>39</sup> BGH BeckRS 2015, 00391 Rn. 10.

<sup>40</sup> So auch schon OLG Dresden NJW 2006, 1013; vgl. ferner *Blum/Weber*, NZV 2007, 228 f.

<sup>41</sup> *Quarch*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 2), § 315c StGB Rn. 2, § 316 StGB Rn. 1.

Für die Praxis sind daher jedenfalls abstruse Konstellationen zu erwarten. So ist es z.B. vorstellbar, dass ein betrunkenener oder telefonierender Fahrlehrer gerade deshalb nicht in ein Verkehrsgeschehen eingreift, weil er auf diese Weise eine Strafbarkeit aus § 315c oder § 316 StGB, bzw. eine Verantwortlichkeit nach § 23 Abs. 1a StVO vermeiden kann. Es ist allerdings fraglich, ob es die Rechtsprechung dauerhaft akzeptieren wird, dass Fahrlehrer sich hinter dieser engen Auslegung des Fahrzeugführerbegriffs so problemlos verstecken können. Insbesondere in Anbetracht des Schutzzwecks der §§ 315c, 316 StGB bleibt es daher abzuwarten, ob der Begriff des Fahrzeugführers in der Rechtsprechung angepasst wird.

## 5. Kritik

Zunächst verkennt der BGH ganz grundsätzlich die Rolle des Fahrlehrers während einer Ausbildungsfahrt: Der Fahrlehrer ist sowohl nach allgemeinem Rechtsverständnis als auch ausdrücklich wegen § 6 Abs. 2 FahrlG und infolge des Rechtsgedankens des § 2 Abs. 15 Satz 2 StVG derjenige, der im Fahrschulauto die entscheidende Verantwortung trägt. Er muss daher jederzeit in der Lage sein, ins Verkehrsgeschehen eingreifen zu können. Die Verantwortung des Fahrlehrers wird auch dadurch deutlich, dass ein Fahrschüler den Anweisungen seines Fahrlehrers ganz regelmäßig Folge zu leisten hat und hierzu im Rahmen der Fahrausbildung auch immer wieder angehalten wird. Demzufolge ist die Ablehnung einer Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers rechtspolitisch unter dem Aspekt der Sicherheit des Straßenverkehrs jedenfalls fragwürdig.

Begrüßenswert ist hingegen zumindest in didaktischer Hinsicht, dass der BGH im Ansatz die einzelnen Umstände herausgearbeitet hat, wegen denen eine Fahrzeugführereigenschaft des Fahrlehrers abzulehnen ist. Der BGH macht deutlich, dass ein Fahrlehrer dann als

Fahrzeugführer anzusehen ist, wenn sein Eingreifen in einer Situation notwendig ist. Er gibt hierfür aber keine Maßstäbe vor. Außerdem unterbleiben Ausführungen hinsichtlich des Schutzzwecks der §§ 315c, 316 StGB sowie des § 23 Abs. 1a StVO.

Ob in Zukunft in den oben geschilderten Konstellationen ein Führen durch Unterlassen möglich ist, spricht der BGH in der Entscheidung nicht an. Es wäre wünschenswert gewesen, dass der BGH Kriterien für das Vorliegen einer Notfallsituation und eines fortgeschrittenen Ausbildungsstands aufstellt. Momentan können diese Kriterien allenfalls aus der einzelfallorientierten Rechtsprechung abgeleitet werden. Der BGH lässt offen, wann eine solche Notsituation gegeben ist oder wer über das Vorliegen einer solchen entscheidet. Ebenso wenig lässt es sich abstrakt feststellen, wann ein Fahrschüler einen fortgeschrittenen Ausbildungsstand erreicht hat. Es kann nicht sicher angenommen werden, dass dies immer erst nach sechs Fahrstunden der Fall ist. Genauso kann ein fortgeschrittener Ausbildungsstand im Einzelfall schon nach weniger Fahrstunden erreicht sein. Dies hängt eher von den subjektiven Fähigkeiten des Fahrschülers und der ebenso subjektiven Beurteilung des Fahrlehrers ab, als von abstrakt festgelegten Maßstäben. Zusätzlich stellt sich die Frage, wer das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall zu **beweisen** hat.

Da der BGH jedoch keine näheren objektiven Maßstäbe bezüglich dieser Tatbestandsmerkmale festlegt, besteht die Gefahr, dass in zukünftigen Fällen wiederum Unklarheit herrscht, wie die genannten Kriterien ausgelegt werden müssen.

*(Katharina Baudisch / Audrey Duffner)*

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

H leitet einen privaten Kfz-Zulassungsdienst und bietet dabei verschiedenen Fahrzeughändlern an, für diese Fahrzeugzulassungen vorzunehmen. Im Rahmen seiner Tätigkeit lernt H die J kennen. Diese arbeitet als Verwaltungsangestellte bei einer Kfz-Zulassungsstelle und ist mit der Bearbeitung von Zulassungsanträgen betraut.

Die Kunden des H legen in einer Vielzahl von Fällen Wert darauf, dass in den Fahrzeugpapieren (den Zulassungsbescheinigungen Teil I und II) als letzter Halter eine Privatperson eingetragen ist. In Fällen, in denen die Fahrzeuge zuvor auf einen gewerblichen Halter zugelassen waren, bevorzugen es die Händler (die Kunden des H), wenn eine neue Zulassungsbescheinigung Teil II (früher: Fahrzeugbrief) ausgestellt wird, aus der der gewerbliche frühere Halter nicht mehr ersichtlich ist. H bittet deshalb die J in die Fahrzeugpapiere unbeteiligte Privatpersonen, die in keiner Beziehung zu den Fahrzeugen stehen, statt der früheren gewerblichen Halter einzutragen. Diese Bitte setzt J in 491 Fällen gegen Bezahlung von 20 Euro pro Kfz-Zulassung um. Im Rahmen des § 348 ist dabei nicht problematisch, dass die bisherigen Halter gelöscht wurden, sondern, dass die Mittelsper-

April 2015

## Zulassungsstellen-Fall

*Öffentliche Urkunde / erhöhte Beweiskraft / mittelbare Falschbeurkundung*

§§ 348, 271 StGB

### Leitsatz des Gerichts:

Die Zulassungsbescheinigung Teil II ist hinsichtlich der darin enthaltenen Angaben zur Person keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 348 StGB. Sie beweist weder zu öffentlichem Glauben, dass die Eintragungen zur Person richtig sind, noch dass die eingetragene Person Verfügungsberechtigter oder Halter des Fahrzeugs ist, auf das sich die Zulassungsbescheinigung bezieht.

BGH, Beschluss vom 2. Dezember 2014 – 1 StR 31/14; veröffentlicht in: NJW 2015, 802.

sonen nichts von ihrer Eintragung wussten.

In nahezu allen Fällen setzt J neue, unbeteiligte Privatpersonen als Halter ein, obwohl dies gegen § 12 Abs. 1 S. 1 der Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) verstößt. Danach kann eine Zulassung nur dann vorgenommen werden, wenn vom Antragsteller die Verfügungsberechtigung (der Kaufvertrag) über das Fahrzeug nachgewiesen wird.

Das LG verurteilte H wegen 491 tatmehrheitlicher Fälle der Bestechung, jeweils begangen in Tateinheit mit Anstiftung zur Falschbeurkundung im Amt. J wurde wegen Bestechlichkeit in 491 Fällen in Tateinheit mit Falschbeurkundung im Amt verurteilt. H legte daraufhin Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall ist problematisch, ob der für eine Verurteilung nach § 348

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

StGB<sup>2</sup> erforderliche öffentliche Glaube der Zulassungsbescheinigung Teil II auch die Anzahl und Angaben der früheren Halter einschließt.

Täter des § 348 kann dabei gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 nur ein **Amtsträger** sein, der nach Bundes- oder Landesrecht zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist.<sup>3</sup> Der Täter hat folglich die Berechtigung, durch schriftliche Fixierung einer von ihm gemachten Wahrnehmung, ein Beweismittel für und gegen jedermann zu schaffen.<sup>4</sup> Ferner muss der Amtsträger auch sachlich und örtlich zuständig sein.<sup>5</sup> § 348 ist ein echtes Amtsdelikt, es kann nur unter Ausnutzung der Position des Amtsträgers, der eine besondere Sorgfalts- und Neutralitätspflicht hat, vollendet werden (wie auch §§ 331, 332, 339, 343). Als unechte Amtsdelikte werden hingegen Straftaten bezeichnet, die allgemein strafbar sind, bei Amtsträgern jedoch zu einem höheren Strafmaß führen (z.B. §§ 340, 258a, 240 Abs. 4 Nr. 3). Demnach kann ein Nichtamtsträger nach § 348 StGB nie Täter sein, eine Teilnahme ist jedoch möglich. Ist der Teilnehmer einer Falschbeurkundung im Amt selbst kein Amtsträger, findet § 28 Abs. 1 Anwendung. Bedient sich ein Nichtamtsträger eines gutgläubig handelnden Amtsträgers zur Herbeiführung einer inhaltlich unwahren Beurkundung, kommt dagegen eine mittelbare Falschbeurkundung gemäß § 271 in Frage.<sup>6</sup>

Bei dem Tatobjekt der §§ 348, 271 muss es sich um eine **öffentliche Ur-**

**kunde** handeln, bei der eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet wird. In der Literatur trennt man begrifflich zwischen der „öffentlichen Urkunde“ und dem „öffentlichen Glauben“ hinsichtlich einer ganz konkreten, beurkundeten Tatsache. Wenn grundsätzlich eine öffentliche Urkunde vorliegt, heißt dies also noch nicht zwingend, dass jede hierin niedergelegte Tatsache auch öffentlichen Glauben genießt.<sup>7</sup>

Eine **Urkunde** ist jede dauerhaft verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist, und die ihren Aussteller erkennen lässt.<sup>8</sup> Eine Urkunde hat demnach drei Funktionen: Die Perpetuierungsfunktion, die Beweisfunktion und die Garantiefunktion.

Unter dem Begriff der „**öffentlichen Urkunde**“ werden gem. § 415 ZPO nur Urkunden erfasst, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person (wie z.B. einem Notar oder Gerichtsvollzieher) im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in der vorgeschriebenen Form errichtet worden sind.<sup>9</sup> Öffentliche Urkunden im Rahmen des § 348 sind nur solche, die bestimmt und geeignet sind, Beweis für und gegen jedermann zu erbringen, d.h. gegenüber einem beliebigen Dritten.<sup>10</sup> Im Gegensatz dazu sind schlichte amtliche Urkunden solche, die lediglich für den inneren Dienstbetrieb bestimmt sind (z.B. Dienstregister oder Kassenbücher des Gerichtsvollziehers).<sup>11</sup>

Bei der **Falschbeurkundung im Amt** wird die Herstellung einer öffentli-

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

<sup>3</sup> Freund, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 348 Rn. 3; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 348 Rn. 2.

<sup>4</sup> RGSt 61, 36; Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 348 Rn. 3; Hoyer, in SK-StGB, 8. Aufl. 2013, § 348 Rn. 4.

<sup>5</sup> BGHSt 12, 85, 86; Freund, in MüKo (Fn. 3), § 348 Rn. 5.

<sup>6</sup> Freund, in MüKo (Fn. 3), § 348 Rn. 3; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 38. Aufl. 2014, Rn. 904.

<sup>7</sup> BGHSt 44, 186, 188; 53, 34, 36 (bzgl. der Zulassungsbescheinigung Teil I); Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 348 Rn. 12.

<sup>8</sup> Joecks, StGB, 11. Auflage 2014, § 267 Rn. 16.

<sup>9</sup> Freund, in MüKo (Fn. 3), § 348 Rn. 9.

<sup>10</sup> Joecks (Fn. 8), § 271 Rn. 8; Wessels/Hettinger (Fn. 6), Rn. 905.

<sup>11</sup> RGSt 53, 224; Wessels/Hettinger (Fn. 6), Rn. 908.

chen Urkunde, die einen unwahren Inhalt hat, unter Strafe gestellt. Betroffen ist also die schriftliche Lüge. Das Ziel der Vorschrift ist es, den Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Wahrheitspflicht der mit der Aufnahme öffentlicher Urkunden betrauten Personen sicherzustellen.<sup>12</sup> Vollendet ist die Tat dabei nicht bereits dann, wenn der Amtsträger die Beurkundung oder Eintragung bewirkt hat. Auch wenn § 348 kein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr voraussetzt, besteht Einvernehmen, dass der Tatbestand dann nicht erfüllt ist, wenn der Täter lediglich eine Urkunde anfertigt, die nach seiner Vorstellung aber den Beweisverkehr niemals gefährden wird.<sup>13</sup>

Die öffentliche Urkunde nach § 348 muss **unwahr** sein. Der gedankliche Inhalt darf also nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Insbesondere muss sich diese Unwahrheit gerade auf jene Inhalte beziehen, die zum öffentlichen Glauben beurkundet worden sind.<sup>14</sup> Die fälschlicherweise vorgenommenen Eintragungen von Privatpersonen in die Zulassungspapiere und die Änderung der Anzahl der früheren Halter der Kraftfahrzeuge durch J sind zwar unwahr, jedoch ist fraglich, ob auch diese Tatsachen zum **öffentlichen Glauben** beurkundet wurden. Dem öffentlichen Glauben unterliegen, jene Tatsachen im Rechtsverkehr, die mit einer besonderen amtlichen Richtigkeitsbestätigung (und insoweit einer erhöhten Beweiskraft) versehen sind.<sup>15</sup> Es ist anerkannt, dass nicht jede Erklärung, die sich in einer öffentlichen Urkunde befindet, von deren öffentlichen

Glauben umfasst wird, also eine solche erhöhte Beweiskraft aufweist.<sup>16</sup>

Der **erhöhten Beweiskraft** unterliegen insbesondere diejenigen Tatsachen, deren Angabe gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist. Solche Tatsachen, die weder nach dem Gesetz noch nach anderen Vorschriften zwingend anzugeben sind und deren unwahre Kundgabe die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt, unterliegen dieser dagegen in der Regel nicht.<sup>17</sup> Gegen diese Ansicht der Rechtsprechung wendet sich *Puppe*, die meint, der öffentliche Glaube erfasse darüber hinaus auch alle Soll-Angaben einer öffentlichen Urkunde und nicht nur jene zwingenden gesetzlichen Angaben (Mussvorschriften).<sup>18</sup>

Aus den Gesetzesformulierungen von § 271 „für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit“ und „beurkundet“ folgt, dass sich die erhöhte Beweiskraft auf die unrichtige Angabe erstrecken muss.<sup>19</sup> Fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift, sind diejenigen Teile der öffentlichen Urkunde, auf die sich die erhöhte Beweiskraft erstreckt, nach **Urkudentyp** und nach **Sinn** und **Zweck** der für die Errichtung der Urkunde geltenden Vorschriften zu ermitteln. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen.<sup>20</sup> Fehlt es an einer klaren Bestimmung der Reichweite der Beweiskraft durch den Gesetzgeber, ist nach der Rechtsprechung des BGH zur Auslegung neben dem Beurkundungsinhalt auch die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit der Beurkundung zu überprüfen, in den Blick zu nehmen.

<sup>12</sup> BGH NJW 1991, 576; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 348 Rn. 1; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 348 Rn. 1.

<sup>13</sup> BGH NJW 1951, 1064; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 348 Rn. 14; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 348 Rn. 9.

<sup>14</sup> BayObLG NJW 1990, 655, 656; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 348 Rn. 10.

<sup>15</sup> Freund, in MüKo (Fn. 3), § 271 Rn. 12.

<sup>16</sup> BGHSt 21, 201, 203; BayObLG NJW 1990, 655, 657.

<sup>17</sup> BGHSt 44, 186; 47, 39, 42.

<sup>18</sup> Puppe, in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 271 Rn. 11, § 348 Rn. 4a.

<sup>19</sup> Heine/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 271 Rn. 19; Joecks (Fn. 8), § 271 Rn. 16.

<sup>20</sup> BGHSt 22, 201, 203; 42, 131; 44, 188; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 348 Rn. 12.

Kann der Amtsträger die Richtigkeit der Angabe nicht überprüfen, fehlt ihm regelmäßig auch der Wille, die entsprechende Tatsache zu öffentlichem Glauben zu beurkunden.<sup>21</sup> Die Beweiswirkung kann dabei auf den Wahrnehmungsmöglichkeiten des Amtsträgers beruhen. Es handelt sich demnach um Einzelfallentscheidungen, die zu einer unüberschaubaren Kasuistik geführt haben.<sup>22</sup>

Die im vorliegenden Fall problematische Urkunde ist die **Zulassungsbescheinigung Teil II** (nachfolgend „Fahrzeugbrief“). Die Zulassungspapiere bestehen aus zwei Teilen: Der erste Teil entspricht dem früheren Fahrzeugschein, der zweite Teil hingegen dem ehemaligen Fahrzeugbrief. Diese werden von der Kraftfahrzeugzulassungsbehörde (Straßenverkehrsbehörde) gem. §§ 11 Abs. 2 S. 1, 12 Abs. 2 S. 1 FZV bei der An- oder Ummeldung von Straßenfahrzeugen, unter die auch Kraftfahrzeuge fallen, ausgestellt und dienen der Identifizierung eines zulassungspflichtigen Fahrzeugs. Teil I enthält die technischen Angaben, die der Betriebserlaubnis zugrunde liegen, sowie Name und Anschrift desjenigen, auf den das Fahrzeug zugelassen ist. Amtliches Kennzeichen und Vermerke über die Durchführung der Hauptuntersuchung sind dort ebenfalls aufgeführt.<sup>23</sup>

Der zweite Teil der Zulassungsbescheinigung dient der Individualisierung des Fahrzeugs anhand der Fahrzeug-Identifizierungsnummer und der Zuteilung eines Kraftfahrzeugkennzeichens. Die eingetragenen Personalien bezeichnen die Person (den Halter), welche die öffentlich-rechtliche Verantwortung für das Fahrzeug trägt. Ursprünglich sollte der „Fahrzeugbrief“ bei seiner Einfüh-

rung 1934 zur Transparenz auf dem Automobilmarkt beitragen, jedoch dient er wohl aus heutiger Sicht nur noch zur Feststellung der öffentlich-rechtlichen Verantwortung einer Person für ein Kraftfahrzeug.<sup>24</sup>

Fraglich ist, ob bei dem „Fahrzeugbrief“ die Haltereigenschaft oder die Eigentümerstellung (Verfügungsberechtigung) beurkundet wird, da ein Fahrzeugbrief gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 FZV nicht ausgestellt werden darf, wenn die Verfügungsberechtigung nicht nachgewiesen wird. Halter ist immer derjenige, der das Kfz auf eigene Rechnung mit Verfügungsgewalt in Gebrauch hat,<sup>25</sup> also für die Schäden haftet, die entstehen, wenn beim Betrieb des Fahrzeugs ein Mensch verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Eigentümer ist dagegen die Person, die die Verfügungsberechtigung über das Auto besitzt, also in der Regel den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Aus § 12 Abs. 6 FZV ergibt sich, dass Halter und Eigentümer eines Kraftfahrzeuges auseinanderfallen können.

Das Eigentum am Kraftfahrzeug ergibt sich demnach nicht durch die Eintragung als Halter, obwohl das Fehlen des „Fahrzeugbriefes“ in der Regel die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs ausschließt.<sup>26</sup> Bereits für das Vorgängerdokument der Zulassungsbescheinigung Teil II, dem Fahrzeugbrief, wurde durch den BGH entschieden, dass es sich bei ihm um eine rein verwaltungsrechtliche Urkunde ohne öffentlichen Glauben handelt.<sup>27</sup> Aus dem Fahrzeugbrief könne weder zwingend auf den Halter des Fahrzeugs, noch auf den Eigentümer geschlossen werden. Demnach kam es beim Fahrzeugbrief nicht mehr darauf an, ob die einzelnen

<sup>21</sup> BGHSt 22, 201, 203; 44, 186, 187.

<sup>22</sup> Siehe *Fischer*, StGB, 62. Auflage 2015, § 271 Rn. 9 ff., § 348 Rn. 12; *Weidemann*, in BeckOK, StGB, Stand: 1.11.2014, § 348 Rn. 7.1; Versuch der Kategorisierung bei *Puppe*, in NK (Fn. 18), § 348 Rn. 25.

<sup>23</sup> Nach § 11 Abs. 1 i.V.m. Anlage 5 FZV.

<sup>24</sup> *Oechsler*, in MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 932 Rn. 53.

<sup>25</sup> BGHZ 13, 351.

<sup>26</sup> *Janker*, in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 23. Aufl. 2014, § 1 StVG Rn. 2a.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 6.11.1952, Az: 5 StR 341/52 [juris].

Tatsachen mit öffentlichem Glauben versehen waren. Daraus folge, dass der Besitz des Fahrzeugbriefes zwar keine rechtliche Bestätigung des Eigentums am Kraftfahrzeug bedeute, aber tatsächlich dafür spreche, dass der Besitzer des Briefes Eigentümer des Fahrzeuges sei.<sup>28</sup>

Da der öffentliche Glaube nicht ausdrücklich durch gesetzliche Regelung ermittelt werden kann, ist er nach Sinn und Zweck der Urkunde zu ermitteln. Im „Fahrzeugbrief“ wird keine Person ausdrücklich als „Eigentümer“ ausgewiesen. Weiterhin enthält die Urkunde den Hinweis, dass der Inhaber der Zulassungsbescheinigung nicht als Eigentümer ausgewiesen wird. Zudem wird in den „Fahrzeugbrief“ nicht eingetragen, wie die Verfügungsberechtigung nachgewiesen wurde. Die besondere Beweiskraft erstreckt sich aber höchstens auf die in der Urkunde enthaltenen Angaben und es fehlt eine schriftliche Verknüpfung von „Fahrzeugbrief“ und Nachweis der Verfügungsberechtigung (z.B. der Kaufvertrag oder Originalrechnung).<sup>29</sup> Dass der Nachweis zwingende Voraussetzung für die Ausstellung des Fahrzeugbriefes ist, ändert daran nichts.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung seine frühere Rechtsprechung<sup>30</sup> zum Fahrzeugbrief und stellt klar, dass es sich bei diesem Dokument um eine rein **verwaltungsrechtliche Urkunde** handelt, bei der keine Tatsache mit öffentlichem Glauben versehen ist. Insbesondere erstreckt sich der öffentliche Glaube nicht auf die Halterdaten (Anzahl und Personalien der früheren Halter) und die Verfügungsberechtigung der die Zulassung beantragenden Person. Diese Angaben im „Fahrzeugbrief“

werden daher nicht mit der besonderen Beweiskraft im Sinne des § 348 Abs. 1 beurkundet. Demnach kann eine Änderung der Anzahl der früheren Halter und eine Änderung der Angaben des letzten Halter keine Falschbeurkundung im Amt darstellen. Der Zweck des „Fahrzeugbriefes“ ist der Nachweis der Verfügungsberechtigung über das Fahrzeug **im Zulassungsverfahren**. Die Aufnahme des Halters in den Fahrzeugbrief beweist also nicht gegenüber jedermann, wer als Halter anzusehen ist, sondern dient lediglich dazu, den Steuerpflichtigen bzw. Haftenden für das Kfz zu ermitteln.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Durch diese Bestätigung der ständigen Rechtsprechung, ergeben sich keine Änderungen für Ausbildung und Praxis.

Die Falschbeurkundung im Amt und die mittelbare Falschbeurkundung können zwar in jeder (Examens-) Klausur auftauchen, genießen jedoch ein Schattendasein in der universitären Ausbildung und in der Prüfung. Ursache dafür ist der unscheinbare Tatbestand, der aber eine komplizierte Prüfung des Tatobjekts beinhaltet. Damit es sich um ein taugliches Tatobjekt handelt, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt werden: Man benötigt eine öffentliche Urkunde und es muss eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet worden sein. Demnach besteht für Studierende in der Examensklausur die Schwierigkeit, durch Auslegung zu ermitteln, welche Angaben in einer öffentlichen Urkunde vom öffentlichen Glauben erfasst sind. Mangels einer gesetzlichen Regelung können die Kriterien dafür oft ausschließlich aus der einzelfallorientierten Rechtsprechung abgeleitet werden. Studierenden verbleibt in der Prüfungssituation allein die teleologische Auslegung. Da nur wenige beurkundete Tatsachen überhaupt mit öffentlichem Glauben versehen sein können, ist eine restriktive Auslegung zu bevorzugen.

<sup>28</sup> Oechsler, in MüKo, BGB (Fn. 24), § 932 Rn. 53.

<sup>29</sup> BGHSt 20, 186, 188; 22, 201, 203; OLG Hamm NSTz 1988, 26.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 6.11.1952, Az: 5 StR 341/52 [juris].

Demnach muss vorrangig der primäre Zweck der öffentlichen Urkunde erforscht werden. Der öffentliche Glaube erfasst zumindest jene Angaben, die diesen Zweck verfolgen. Alle anderen gesetzlich vorgeschriebenen Angaben können, müssen aber nicht vom öffentlichen Glaube erfasst sein.

Die Praxis kann sich zur Auslegung der umfangreichen Kasuistik bedienen. Im Zweifel ist aber nicht vom Vorliegen des öffentlichen Glaubens auszugehen.

## 5. Kritik

Lobend zu erwähnen ist der Umstand, dass der BGH seine Entscheidung umfangreich begründet und sich nicht schlicht der Rechtsprechung zum früheren Fahrzeugbrief kommentarlos anschließt. Im Beschluss wird auch auf die Gefahren hingewiesen, die sich aus unrichtigen Personenangaben in Fahrzeugpapieren ergeben. Jedoch lässt der BGH die Gelegenheit ungenutzt, zwei Probleme zu lösen, die mit dieser Rechtsprechung in Zusammenhang stehen:

Zum einen sucht der BGH die Verantwortung für die ungenauen Formulierung der §§ 348, 271 beim Gesetzgeber. Diesem war bei Ersetzung der Vorschriften über den Fahrzeugbrief durch diejenigen über die Zulassungsbescheinigung Teil II die Rechtsprechung zum Fahrzeugbrief bekannt. Hätte der Gesetzgeber den Angaben besondere Beweiskraft zumessen wollen, hätte dies ohne weiteres im Gesetzeswortlaut oder der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommen können.<sup>31</sup> So allerdings sieht der BGH sich in der Untätigkeit des Gesetzgebers bestätigt. Er übergeht damit schlichtweg das Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit und versteckt sich hinter einer unüberschaubaren Kasuistik. Der BGH hat, als oberstes ordentliches Gericht, die Obliegenheit, eindeutige Kriterien zu

schaffen, wonach die Reichweite des öffentlichen Glaubens in einer öffentlichen Urkunde überprüft werden kann. Er ignoriert dies jedoch und zementiert die fehlende Rechtssicherheit.

Zum anderen ist diese Rechtsprechung äußerst praxisfern. Zwar ist der Inhaber des Fahrzeugbriefes nicht stets auch Eigentümer des Fahrzeuges, jedoch deutet der schlichte Besitz des „Fahrzeugbriefes“ auf die Eigentümerstellung hin. So wird kein Fahrzeug in der Praxis verkauft und übereignet, ohne dass der „Fahrzeugbrief“ und der „Fahrzeugschein“ vorliegen. Um einen gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten zu ermöglichen, ist zumindest der Fahrzeugbrief vorzulegen, um die Berechtigung des Veräußerers zu prüfen.<sup>32</sup> Des Weiteren obliegt dem Erwerber eine Nachforschungspflicht, sofern der Eingetragene im Fahrzeugbrief nicht mit der Person des Veräußerers übereinstimmt.<sup>33</sup> Ferner wird der Wert eines Fahrzeuges an der Art und Zahl der früheren Halter bemessen. Das einzige Dokument, was einem Käufer verlässliche Informationen über die frühere Nutzung gibt, ist aber der „Fahrzeugbrief“. In der Laiensphäre besteht Konsens, dass die Zahl der Halter, die von der Kfz-Zulassungsstelle eingetragen wurde, mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Demnach ist die Feststellung des BGH, dass es sich um eine rein verwaltungsrechtliche Urkunde handelt nicht identisch mit der Verkehrsanschauung. Denn die Beteiligten im Fahrzeughandel verlassen sich auf die Angaben in den Fahrzeugpapieren genauso wie auf Angaben in einem Grundbuchauszug.

*(Christopher Lück / Claire Schreyer)*

<sup>31</sup> BGH NJW 2015, 802, Beschl. v. 2.12.2014 – 1 StR 31/14, Rn. 46, BeckRS 2015, 00632.

<sup>32</sup> Berger, in Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 932 Rn. 15.

<sup>33</sup> Oechsler, in MüKo, BGB (Fn. 24), § 932 Rn. 55.

## 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 Drogensubstituten versorgt werden.

Nach Abbruch der 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

## Mai 2014 Schmerzpflaster-Fall

*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.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

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

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falles bildet die Abgrenzung zwischen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und 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.<sup>3</sup> Der Tatbestand des § 227 enthält zwar den des § 222, geht aber darüber hinaus und fordert einen spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang. 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 gewonnenen 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 äußere-

ren Tatbestand des § 223 erfüllt.<sup>5</sup> Vorliegend wird der Tatbestand des § 223 dadurch verwirklicht, dass das unbedingte Verschreiben von Medikamenten mit eigenem Suchtpotential als körperliche Misshandlung gesehen wird.<sup>6</sup> Grundlage hierfür ist die *conditio-sine-qua-non*-Formel. Das Verschreiben des Arztes kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die spätere Körperverletzung, vorliegend das Injizieren des Wirkstoffes, entfiel. 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.<sup>8</sup> Zu dieser Rechtfertigungsebene gelangt man aber gar nicht, wenn die Verwirklichung des (objektiven) Tatbestandes bereits an der objektiven Zurechnung scheitert. Systematisch dient die objektive 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.<sup>10</sup> 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 Selbstgefährdung des Opfers.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 227 Rn. 12 m.w.N.

<sup>4</sup> *Rengier*, Strafrecht BT II, 15. Auflage 2014, § 16 Rn. 4 f.

<sup>5</sup> BGHSt 11, 111.

<sup>6</sup> BGH NJW 2003, 371.

<sup>7</sup> *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.

<sup>9</sup> *Heuchemer*, in BeckOK (Fn. 7), § 13 Rn. 23.

<sup>10</sup> *Heuchemer*, in BeckOK (Fn. 7), § 13 Rn. 23.

<sup>11</sup> *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 Tequila 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.<sup>15</sup> Dies 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

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 Rauschgifts.<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 eigener Rechtsgüter bewusst ist und dementsprechend handelt.<sup>22</sup> Kann z.B. nachgewiesen werden, dass der sich selbst Gefährdende unter Einfluss des Zwangs

<sup>12</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 186.

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

<sup>14</sup> BGH NSTz 2009, 504.

<sup>15</sup> *Joecks*, Studienkommentar StGB, 9. Auflage 2010, § 222 Rn. 15.

<sup>16</sup> BGHSt 19, 135.

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

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

<sup>19</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 11), Rn. 518.

<sup>20</sup> OLG Zweibrücken NSTz 1995, 89; BayObLGSt 1994, 231; BayObLG NJW 2003, 371.

<sup>21</sup> BGH NSTz 2011, 341.

<sup>22</sup> *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 Garantstellung keine Grenze des Grundsatzes der einverständlichen Selbstgefährdung darstellen.<sup>26</sup> Denn 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.<sup>27</sup> Andernfalls würde das 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 ist.

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.<sup>32</sup> Konsequenterweise scheidet diese in den betreffenden Fällen aus den gleichen

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

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

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

<sup>26</sup> OLG Zweibrücken NStZ 1995, 89; Hirsch, JR 1979, 429, 430; Roxin, NStZ 1984, 411, 412.

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

<sup>28</sup> Paeffgen, in NK, StGB, 4. Auflage 2013, § 227 Rn. 13 m.w.N.

<sup>29</sup> BGH NStZ 1992, 335.

<sup>30</sup> BGH NStZ 2003, 149.

<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 führenden 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 der 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 Examenskandidat/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>33</sup> BGH 1 StR 389/13 Rn. 19.

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

<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. „Ärzt hopping“ 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 und einvernehmlicher Fremdgefährdung. 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 entzugsbedingtem Suchtdruck leidet, sodass eine eigenverantwortliche Entscheidung ausscheidet. Soll daraus nun folgen, dass, wenn der Wissensstand des Opfers nicht ex ante beurteilt werden kann, immer in dubio pro reo eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung anzunehmen bzw.

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 die §§ 223, 229, 222 zu sanktionieren.

*(Tim Puskeiler/Florentine Rudzio)*

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

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

A lässt für seinen Auftraggeber Sprengsätze vor Wohnhäusern explodieren. Bei einer Polizeikontrolle am Tatort werden im Pkw des A weitere Sprengkörper gefunden, deren Einfuhr nach Deutschland gemäß § 40 SprengG strafbar ist. A gibt während des Ermittlungsverfahrens wahrheitswidrig zu Protokoll, die Sprengkörper gehörten seinem Sohn B und wiederholt dies in der Hauptverhandlung. Gegen den zuvor unverdächtigen B wird daraufhin wegen Verbringens nicht zugelassener pyrotechnischer Gegenstände ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Das LG Traunstein<sup>2</sup> verurteilt A unter anderem wegen falscher Verdächtigung nach § 164 Abs. 1 StGB<sup>3</sup>. A legt daraufhin Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Vorliegend steht die Frage im Fokus, ob A sich der falschen Verdächtigung gemäß § 164 Abs. 1 strafbar gemacht hat oder ob sein Verhalten als eine straflose Verteidigungshandlung als Beschuldigter im Prozess anzusehen ist.

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

<sup>2</sup> LG Traunstein, Urteil vom 27. Mai 2014, Az: 2 Kls 110 Js 7453/14.

<sup>3</sup> Alle weiteren §§ ohne Kennzeichnung sind solche des StGB.

Juni 2015

## Verdächtigungsfall-Fall

*Falsche Verdächtigung / Nemo-tenetur-Grundsatz / Selbstbegünstigungsprinzip*

§ 164 Abs. 1 StGB, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Der Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB wird nicht durch die Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten im Strafverfahren eingeschränkt, wenn ein Beschuldigter bewusst wahrheitswidrig einen bisher unverdächtigen Dritten der Täterschaft bezichtigt.

2. Aus der Selbstbelastungsfreiheit gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO kann kein „Recht zur Lüge“ abgeleitet werden.

BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 – 1 StR 488/14; veröffentlicht in StraFo 2015, 215.

§ 164 Abs. 1 sanktioniert es, öffentlich oder gegenüber Stellen, die für Straf- oder Disziplinarverfahren zuständig sind, eine andere Person bewusst wahrheitswidrig zu bezichtigen, eine rechtswidrige Tat begangen zu haben.<sup>4</sup> Dabei wird das Tatbestandsmerkmal „**Verdächtigen**“ als das Hervorrufen eines neuen oder Bestärken eines bestehenden Verdachts durch Vorlegen oder Zugänglichmachen von Tatsachenmaterial definiert.<sup>5</sup>

Umstritten ist, ob und wie der Tatbestand der falschen Verdächtigung in Fällen einzuschränken ist, in denen sich ein Beschuldigter im Zuge von Strafverfolgungsmaßnahmen durch ein Umlenken des gegen ihn gerichteten Verdachts zu verteidigen versucht (Prozesslüge). Über eine solche teleologi-

<sup>4</sup> Vormbaum, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 164 Rn. 1.

<sup>5</sup> Lenckner/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 164 Rn. 5.

sche Reduktion von § 164 Abs. 1 wird nachgedacht, weil die Norm in Fällen der Prozesslüge mit dem Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ und dem Schweigerecht des Beschuldigten kollidieren kann.<sup>6</sup>

#### Der **Nemo-tenetur-Grundsatz**

gewährt dem Beschuldigten im Strafprozess das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Er wird verfassungsrechtlich überwiegend aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.<sup>7</sup> Aus der Selbstbelastungsfreiheit resultiert auch das Schweigerecht des Beschuldigten. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist durch § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO einfachgesetzlich abgesichert.<sup>8</sup>

Vielfach wird diskutiert, ob aus der Selbstbelastungsfreiheit und dem Schweigerecht auch ein Recht des Beschuldigten zu lügen erwächst und der Straftatbestand des § 164 Abs. 1 aufgrund eines solchen Selbstbegünstigungsprivilegs einzuschränken ist.<sup>9</sup> Neben der Frage, ob ein solches prozessrechtliches „Recht zur Lüge“ besteht, ist auch umstritten, ob prozessrechtliche Erwägungen überhaupt Auswirkungen auf die Auslegung von materiellem Strafrecht haben dürfen.

Zum Bestehen eines „**Rechts zur Lüge**“ wird zunächst folgendes vertreten. Nach allgemeiner Auffassung wird angenommen, dass den Beschuldigten aufgrund des Nemo-tenetur-Grundsatzes **keine Wahrheitspflicht** trifft.<sup>10</sup> Mangels einer solchen Wahrheitspflicht wird teilweise vertreten, der Beschuldigte habe „ein Recht zur Lüge“.<sup>11</sup> Ein

Beschuldigter sei ansonsten im Falle einer Einlassung gezwungen, sich selbst zu belasten, was mit dem Verfassungsgrundsatz der Selbstbelastungsfreiheit nicht zu vereinbaren sei.<sup>12</sup> Über sein Recht, wahrheitswidrig zu leugnen, müsse der Angeklagte im Unterschied zu seinem Recht zu schweigen auch nicht belehrt werden.<sup>13</sup> Eine Unterscheidung zwischen einer mangelnden Wahrheitspflicht einerseits und einer subjektiv-rechtlichen Freiheit zu lügen andererseits führe zu Widersprüchen im Rechtssystem.<sup>14</sup>

Gegen ein solches Recht zur Lüge wird angeführt, die Selbstbelastungsfreiheit schütze lediglich passives Verhalten.<sup>15</sup> Durch den Nemo-tenetur-Grundsatz sei der Täter nur dann zu einer Selbstbegünstigung privilegiert, wenn sein Handeln lediglich die eigene Strafverfolgung beeinträchtige. Dabei seien ihm aber keine Befugnisse verliehen, in Rechtsgüter anderer einzugreifen.<sup>16</sup> Auch gebe es im materiellen Strafrecht keinen Rechtfertigungsgrund, der sich allein aus der Vernehmung als Beschuldigter ergibt.<sup>17</sup> Es gehöre zum allgemeinen Risiko eines Straftäters, bei seiner Tat überführt zu werden. Drittverletzende Selbstbegünstigungsaktivitäten vorzunehmen, um einer Entdeckung der Tat zu entgehen, sei deshalb keineswegs ein genuines Recht des Beschuldigten und eine materiell-rechtliche Sanktionierung dritt-

<sup>6</sup> Vormbaum, in NK, StGB (Fn. 4), § 164 Rn. 23.

<sup>7</sup> BVerfGE 56, 37; Roxin, NStZ 1995, 465, 467; Verrel, NStZ 1997, 361, 364.

<sup>8</sup> Beulke, StPO, 12. Aufl. 2012, Rn. 125; Kühne, StPO, 8. Aufl. 2010, Rn. 103.

<sup>9</sup> Kölbl, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 403; Marxen/Wolter, famos 5/2006, S. 2.

<sup>10</sup> BGH NJW 1958, 956; BGH NJW 1993, 273; BGHSt 38, 345, 352.

<sup>11</sup> Bosch, Aspekte des nemo-tenetur Prinzips aus verfassungsrechtlicher und

strafprozessualer Sicht, 1998, S. 194; Paeffgen, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 106; Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 349 f.

<sup>12</sup> Bosch, (Fn. 11), S. 191 ff.

<sup>13</sup> Kohlhaas, NJW 1965, 2282, 2284.

<sup>14</sup> Lesch, in KMR, 2001, § 136 Rn. 49, zitiert in Kölbl (Fn. 9), S. 26.

<sup>15</sup> Fezer, in Wessels-FS, 1993, S. 664 ff.; Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip, 1991, S. 244.

<sup>16</sup> Verrel, Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 86 f.

<sup>17</sup> Fezer, in Wessels-FS, 1993, S. 663.

verletzenden Verhaltens mithin auch konsequent.<sup>18</sup>

In Bezug auf die Auslegung falscher Verdächtigung komme dies auch in der Täterprivilegierung in § 258 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 zum Ausdruck<sup>19</sup>, nach welcher der Täter die Bestrafung der eigenen Tat straflos vereiteln darf<sup>20</sup>. Im Rahmen von § 164 könne eine Selbstbegünstigungsmotivation deshalb nur dann zur Straflosigkeit führen, wenn das Unrecht der falschen Beschuldigung nicht über das in § 258 enthaltene Unrecht, der Vereitelung des staatlichen Strafanspruches, hinausgeht.<sup>21</sup>

Eine Entscheidung des Meinungsstreits um ein mögliches Recht zur Lüge ist jedoch letztlich nur dann für die Auslegung von § 164 Abs. 1 entscheidend, wenn man diesen prozessrechtlichen Erwägungen eine Auswirkung auf das materielle Strafrecht beimisst.

Teilweise wird diesbezüglich vertreten, dass eine striktere Auslegung des materiellen Strafrechts geboten sei, wenn ansonsten Prozessgrundrechte gefährdet wären.<sup>22</sup> Dies wird damit begründet, dass materielles Strafrecht das Prozessrecht nicht unterlaufen dürfe. Weil es eine Wahrheitspflicht für Beschuldigte im Strafprozess nicht gebe, dürfe eine solche nicht indirekt über das Strafrecht begründet werden.<sup>23</sup> Nach einer anderen Ansicht lässt das Strafprozessrecht gar keine Rückschlüsse auf die Auslegung materiellen Rechts wie des hier in Frage stehenden § 164 Abs. 1 zu. Vielmehr begrenze das materielle Recht die Interpretation prozessrechtlicher Grundsätze dahingehend, dass die Grenze einer zulässigen

Prozesslüge durch materielles Recht definiert wird.<sup>24</sup> Demnach stünden nur strafatbestandslose Lügen dem Beschuldigten frei.<sup>25</sup>

In Bezug auf eine mögliche Tatbestandseinschränkung des § 164 haben Rechtsprechung und Literatur aus diesen Überlegungen heraus bei Verteidigungsmaßnahmen des Täters eine detaillierte Kasuistik entwickelt. Um Auswirkungen der Selbstbelastungsfreiheit auf den Tatbestand der falschen Verdächtigung zu untersuchen, ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden. Zum einen gibt es die **Zwei-Personen-Konstellation**, bei der jeweils nur ein Alternativtäter in Frage kommt, zum anderen die Konstellation, in der jeder beliebige Dritte als möglicher Täter in Frage kommt. Für diese Zwei-Personen-Konstellationen lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden.

**Schweigt** der Täter bezüglich des Tatvorwurfs (erste Konstellation), ist nach einhelliger Meinung die Tatbestandsvoraussetzung des „Verdächtigen“ i.S.d. § 164 Abs. 1 nicht erfüllt. Ein Ausschluss des Tatbestandes von § 164 Abs. 1 sei selbst dann anzunehmen, wenn auf der Grundlage des Schweigens Schlüsse zu Lasten eines anderen gezogen werden können, weil nur ein alternativer Täter in Betracht kommt.<sup>26</sup> Beispielhaft sei eine Unfallsituation mit nur zwei Pkw-Insassen genannt. Schweigt einer der beiden Insassen zum Vorwurf, das Fahrzeug geführt zu haben, mit dem ein Unfall verursacht wurde, geht dies zumeist automatisch zu Lasten der anderen Person im Pkw, die als einziger alternativer Täter in Frage kommt. Die Straflosigkeit des Schweigens ergebe sich aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz und dem

<sup>18</sup> Verrel (Fn. 16), S. 88.

<sup>19</sup> Fahrenhorst, JuS 1987, 707, 708.

<sup>20</sup> Ruhmannseder, in Beck-OK, StGB, § 258 Rn. 41 ff.

<sup>21</sup> Fahrenhorst, JuS 1987, 707, 708.

<sup>22</sup> Aselmann, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, 2004, S. 239; Lenckner/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), Vor § 153 Rn. 36

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1119; BayOLG, NJW 1986, 441, 442; Fahrenhorst, JuS 1987, 707, 708.

<sup>24</sup> Fezer, in Wessels-FS, 1993, S. 674; Kölbl (Fn. 9), S. 403 f.; Schneider (Fn. 15), S. 217.

<sup>25</sup> Fezer, in Wessels-FS, 1993, S. 678.

<sup>26</sup> Vormbaum, in NK, StGB (Fn. 4), § 164 Rn. 24.

Schweigerecht des Beschuldigten gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO.<sup>27</sup>

Auch wenn der Täter seine Täterschaft aktiv **leugnet** (zweite Konstellation), wird in Zwei-Personen-Konstellationen ein anderer zwangsläufig der Tat beschuldigt.<sup>28</sup> Bestreitet der Täter seine Tat ohne den alternativ in Frage kommenden Täter direkt zu bezichtigen, unterfällt dies nach h.M. ebenfalls nicht dem Tatbestand des § 164 Abs. 1, da es an der Verdächtigung des anderen fehlt.<sup>29</sup> Dafür wird angeführt, dass auf Grund des Individualschutzes des Bezichtigten erst eine bestimmte Verdachtsschwelle erreicht werden müsse, um ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Ein bloßes Leugnen überschreite diese Verdachtsschwelle noch nicht, sodass der Tatbestand des § 164 Abs. 1 nicht erfüllt sei.<sup>30</sup> Auch sei ein Geständniszwang dem Strafverfahren fremd.<sup>31</sup> Steht nach der Sachlage fest, dass einer der zwei Verdächtigen der Täter ist und streitet dieser durch Leugnen seine Täterschaft ab, so handle er im Rahmen strafloser Selbstbegünstigung.<sup>32</sup> Dagegen wird allerdings teilweise argumentiert, dass durch das aktive Leugnen der Verdacht automatisch auf den Alternativtäter falle, was nicht von der Selbstbelastungsfreiheit aus § 136 StPO umfasst sei.<sup>33</sup>

**Leugnet** der Beschuldigte bei seiner Vernehmung die Tatbegehung **unter gleichzeitiger Bezichtigung** des Alternativtäters (dritte Konstellation), handelt es sich nach h.M. auch nicht um ein „Verdächtigen“ i.S.d.

§ 164 Abs. 1.<sup>34</sup> Die Befürworter dieser Ansicht verneinen die Erfüllung des Merkmals „Verdächtigen“, weil der durch das bloße Leugnen begründete Verdacht durch das ausdrückliche Bezichtigen nicht verstärkt werde.<sup>35</sup> Es wird vertreten, dass eine Verurteilung gem. § 164 Abs. 1 jedenfalls dann nicht in Betracht komme, wenn keine weiteren Umstände hinzutreten, die den Verdacht zum Nachteil der anderen Person wesentlich verstärken.<sup>36</sup> Damit von einer falschen Verdächtigung gesprochen werden könne, müsse zusätzlich eine missbilligungswerte Einstellung des Beschuldigten vorliegen. Dies sei auch anzunehmen, wenn der Täter **durch das Aufzeigen von Beweisen**, die belastende Aussage eines Zeugen **qualifiziert leugnet** und diesen der Falschaussage bezichtigt.<sup>37</sup> Für diese Ansicht wird angeführt, dass sich auch in dieser Situation das Leugnen ausschließlich auf den Anklagevorwurf, nicht aber auf die Zeugenaussage beziehe.<sup>38</sup>

Die Gegenansicht misst der Prozesslüge in dieser Konstellation keine einschränkende Wirkung bei und bejaht das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Verdächtigen“.<sup>39</sup> Gegen eine tatbestandsausschließende Selbstbegünstigung wird argumentiert, dass ein direktes Beschuldigen eines anderen ein tatbestandsausfüllendes „Mehr“ und somit im Gegensatz zum bloßen Leugnen keine straflose Selbstbegünstigung darstelle.<sup>40</sup> Hiergegen wird wiederum angeführt, dass durch ein Verstärken oder ein Hinlenken des Verdachts die

<sup>27</sup> *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester BT, 2009, Rn. 1768; *Meyers-Mews*, DStR 2013, 161.

<sup>28</sup> *Zopfs*, in *MüKo*, StGB, 2. Aufl. 2012, § 164 Rn. 25.

<sup>29</sup> *Rogall/Rudolphi*, in *SK*, StGB, 8. Aufl. 2012, § 164 Rn. 14.

<sup>30</sup> *Vormbaum*, in *NK*, StGB (Fn. 4), § 164 Rn. 25.

<sup>31</sup> *Torka*, *Nachtatverhalten und Nemo teneatur*, 1999, S. 133 ff.

<sup>32</sup> *Ruß*, in *LK*, StGB, § 164 Rn. 6.

<sup>33</sup> OLG Hamm Urteil vom 13.10.1964, Az.: 3 Ss 965/64.

<sup>34</sup> BayObLG NJW 1986, 441; *Rogall/Rudolphi*, in *SK*, StGB (Fn. 29), § 164 Rn. 15.

<sup>35</sup> *Langer*, in *Lackner-FS*, 1987, S. 562 ff.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1119.

<sup>37</sup> *Marxen/Wolter*, *famos* 5/2006, S. 1.

<sup>38</sup> *Langer*, *JZ* 1987, 805 ff.

<sup>39</sup> *Langer*, in *Lackner-FS*, 1987, S. 562 ff.

<sup>40</sup> *Langer*, in *Lackner-FS*, 1987, S. 563.

gleiche Folge eintrete, die auch bei einem bloßen Leugnen zu erwarten sei.<sup>41</sup>

Im vorliegenden Fall wird erstmals über eine Konstellation entschieden, in der ein Beschuldigter zur Verteidigung einen nicht schon ohnehin alternativ als Täter in Betracht kommenden Dritten einer rechtswidrigen Tat beschuldigt. Abermals ist zu entscheiden, ob ein Verdächtigen aus Gründen einer Selbstbelastungsfreiheit ausgeschlossen werden kann. In der Literatur wird in diesen Fällen angenommen, dass eine falsche Verdächtigung vorliegt und eine zulässige Verteidigungshandlung des Beschuldigten zu verneinen ist.<sup>42</sup>

Eine eingehende Auseinandersetzung des BGH mit den Grenzen strafreier Selbstbegünstigung im Rahmen des § 164 Abs. 1 wurde ferner nötig, um den 2009 neugeschaffenen Qualifikationstatbestand des § 164 Abs. 3 zu berücksichtigen. Diese Qualifikation soll verhindern, dass mit der Falschverdächtigung das Ziel verfolgt wird, eine Strafmilderung gemäß § 46b zu erlangen.<sup>43</sup> In vorangegangenen Entscheidungen zu Verteidigungsfällen lag dieser Qualifikationstatbestand den Gerichten noch nicht vor.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision des A zurück. Eine Einschränkung des Tatbestandes des § 164 Abs. 1 sei in Fällen, in denen der Verdacht auf einen Dritten gelenkt wird, für dessen Tatbeteiligung es vorher keinen Bezugspunkt gab, nicht geboten.

Der BGH lässt in seiner Entscheidung die umstrittene Frage offen, ob die wahrheitswidrige Beschuldigung des einzigen alternativ als potentieller Täter in Betracht kommenden Dritten aus dem Tatbestand herausfällt,<sup>44</sup> da sich

<sup>41</sup> *Lenckner/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 164 Rn. 5.

<sup>42</sup> *Schneider*, NVZ 1992, 471, 473; *Zopfs*, in Müko, StGB (Fn. 28), § 164 Rn. 26.

<sup>43</sup> *Vormbaum*, in Dencker-FS, 2012, S. 371.

<sup>44</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1119.

die hier vorliegende Fallgruppe deutlich von der sonst im Fokus der Debatte stehenden Zwei-Personen-Konstellation unterscheidet.

Gegen eine Tatbestandseinschränkung des § 164 führt der BGH systematische Gesichtspunkte an. Während im Rahmen des § 258 Abs. 1 und Abs. 5 eine Bestrafung wegen Strafvereitelung ausgeschlossen sei, wenn der Täter die Verfolgung der eigenen Tat vereiteln will, sei in § 164 Abs. 1 gerade kein solches Selbstbegünstigungsprivileg enthalten. Auch die Schaffung des § 164 Abs. 3 im Jahr 2009 spreche gegen eine Tatbestandseinschränkung zugunsten eigener Verteidigung. Mit der Einführung der Qualifikation des § 164 Abs. 3 habe der Gesetzgeber gerade verhindern wollen, dass sich ein Täter durch Falschbeschuldigung Vorteile in der Strafzumessung verschafft und § 46b missbraucht. Der BGH lehnt entschieden ab, den Tatbestand aufgrund eines zulässigen Verteidigungsverhaltens einzuschränken. Aus dem verfassungsrechtlichen Nemo-tenetur-Grundsatz lasse sich zwar ein Recht des Angeklagten zu schweigen ableiten, nicht jedoch ein „Recht zur Lüge“. Die Selbstbelastungsfreiheit schützt nach Ansicht des BGH nur die eigene Informationssphäre, berechtigt jedoch nicht zur wahrheitswidrigen Bezichtigung Dritter. Insgesamt hat der BGH damit ein Selbstbegünstigungsprivileg des Beschuldigten in Konstellationen, in denen fälschlicherweise ein unbeteiligter Dritter beschuldigt wird, umfassend ausgeschlossen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Ein Angeklagter kann in jedem Fall unproblematisch sein Recht zu schweigen aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nutzen oder seine Täterschaft leugnen, selbst wenn dadurch der Tatverdacht zwangsläufig auf den anderen alternativ in Frage kommenden Täter gelenkt wird. Aktiv darf der Beschuldigte eine andere Person nur dann einer Tat bezichtigen,

wenn dadurch lediglich die Konsequenz des Abstreitens der eigenen Tat geäußert wird und den Behörden kein „Mehr“ an Informationen zufällt. Letzteres ist nicht der Fall, wenn die bezichtigte Person ein unbeteiligter Dritter ist, der vor der Bezichtigung für die Behörden noch völlig unverdächtig war. Ansonsten kann eine falsche Verdächtigung nun nicht mehr durch Erwägungen der Selbstbegünstigungsfreiheit ausgeschlossen werden.

## 5. Kritik

Der BGH stellt lobenswerterweise für die Praxis klar, wie weit die Grenzen einer straffreien Selbstbegünstigung reichen und ab welchem Punkt es sich um eine falsche Verdächtigung handelt. Dass ein Bezichtigen eines bisher unverdächtigen Dritten, der dadurch ungerechtfertigt Maßnahmen der Strafverfolgung ausgesetzt wird, das Tatbestandsmerkmal „Verdächtigen“ gemäß § 164 Abs. 1 erfüllt, entspricht dem Wortlaut und Zweck der Norm und ist demnach zu begrüßen.

Präzisierungswürdig scheint indes die pauschale Aussage des BGH, es gebe kein „Recht zur Lüge“. Ein solches wird dem Beschuldigten schließlich gerade in Fällen des wahrheitswidrigen Leugnens seiner tatsächlichen Täterschaft gewährt. Es ist allgemein anerkannt, dass das Abstreiten der eigenen Tatbegehung nicht strafbar ist, auch wenn dadurch ein Belastungszeuge des Meineids beschuldigt wird. Das Lügen ist nicht de lege lata prozesswidrig.<sup>45</sup> Auch erscheint die Unterscheidung des BGH zwischen dem Nichtvorliegen einer Wahrheitspflicht und dem „Recht zur Lüge“ schwer nachvollziehbar.

Das Differenzieren zwischen den Zwei-Personen-Konstellationen und denen, in welchen ein bisher nicht verdächtiger Dritter in Betracht kommt, kann noch durch weitere Fälle vervollständigt werden, die dem BGH bisher

noch nicht zur Entscheidung vorlagen. So bleibt offen, wie Fälle zu entscheiden wären, in denen drei oder mehrere Personen in gleicher Weise unter Tatverdacht stehen. Hier ist zu fragen, ob in diesen Fällen das Leugnen unter Bezichtigung eines anderen noch eine strafbefreiende Selbstentlastungshandlung des Beschuldigten, oder schon ein „Verdächtigen“ i.S.d § 164 Abs. 1 darstellt.

Für eine straflose Selbstbegünstigung spricht in diesen Fällen die tatbestandliche Ähnlichkeit zu den Zwei-Personen-Konstellationen. Auch bei mehreren potentiellen Tätern wird durch eine Bezichtigung einer bestimmten Person aus dem Kreis der Verdächtigen den Ermittlungsbehörden kein „Mehr“ an Informationen geliefert, denn die bezichtigte Person war auch vorher schon verdächtig. Auch die Unterscheidung des BGH zwischen einem alternativ in Betracht kommenden Täter und einem bisher nicht verdächtigen Dritten spricht für eine strafbefreiende Selbstbegünstigung.

Überzeugender ist es aber, bei den Mehr-Personen-Konstellationen eine falsche Verdächtigung gemäß § 164 Abs. 1 anzunehmen. Hierfür lässt sich nämlich argumentieren, dass durch das falsche Beschuldigen einer Person bei mehreren gleichermaßen verdächtigen Personen nicht mehr lediglich die logische Konsequenz des Schweigens oder des Abstreitens der eigenen Tat geäußert würde. Denn ein Schweigen oder ein Leugnen der eigenen Täterschaft würde in diesem Fall nicht gleichsam zur Verdächtigung einer bestimmten anderen Person führen, sondern den Verdacht auf mehrere mögliche Täter lenken. Der konkret Bezichtigte indes stünde durch die Verdächtigung in diesem Fall schlechter da, als die anderen.

*(Marie Lüders / Sophie Seulberger)*

<sup>45</sup> Rogall/Rudolphi, in SK, StGB (Fn. 29), § 164 Rn. 14.

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

A mietet zusammen mit seiner Freundin B einen PKW bei der Autovermietung C. Bald darauf trennen sich A und B, weshalb A nicht länger in der Wohnung der B übernachten kann. Er entschließt sich daher kurzerhand, den gemieteten PKW als neuen Schlafplatz zu nutzen. Ob er den Wagen in diesem Zeitraum auch als Fortbewegungsmittel gebraucht, ist nicht zweifelsfrei feststellbar. Erst als seine Freundin ihn wieder bei sich aufnimmt, fährt A den Wagen zu C zurück. Der vereinbarte Rückgabetermin ist zu diesem Zeitpunkt um sechs Wochen überschritten. C stellt Strafantrag gegen A.

Das LG Aachen verurteilt A wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs gemäß § 248b StGB.<sup>2</sup> A legt Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im deutschen Strafrecht wird die bloße unbefugte Gebrauchsanmaßung (**furtum usus**) grundsätzlich nicht pönalisiert.<sup>3</sup> Sofern der Täter plant, die Sache zurückzugeben, scheidet ein Diebstahl gemäß § 242 an der fehlenden Zueig-

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

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

<sup>3</sup> Vogel, in LK, StGB, 12. Aufl. ff., § 248b Rn.1.

Juli 2015

### Notquartier-Fall

*Ingebrauchnahme eines PKW / Nicht-Mehr-Berechtigter / mutmaßliches Einverständnis / Gebrauchsrecht als Schutzgut*

§ 248b StGB

#### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs i.S.d. § 248b StGB setzt eine vorübergehende bestimmungsgemäße Nutzung voraus.
2. Erfolgt die Ingebrauchnahme zur Rückführung des Fahrzeugs an den Berechtigten, ist dies regelmäßig von dessen mutmaßlichen Willen gedeckt.

BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 2 StR 73/14; veröffentlicht in NStZ 2015, 156.

nungsabsicht.<sup>4</sup> Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung nach § 246 scheidet mangels Manifestation des Zueignungswillens ebenfalls aus.<sup>5</sup> Zur Vermeidung einer Strafbarkeitslücke bezüglich der Gebrauchsanmaßung an Fahrzeugen wurde § 248b eingeführt.<sup>6</sup>

Bei diesem Dauerdelikt wird die unbefugte Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs gegen den Willen des Berechtigten unter Strafe gestellt.<sup>7</sup> Gilt der Tatbestand mit der Ingebrauchnahme als vollendet, so tritt die Beendigung erst mit Abschluss der unbefugten Nutzung des Fahrzeugs ein.<sup>8</sup> Als **Fahrzeug** i.S.d. § 248b Abs. 1 gelten sowohl

<sup>4</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 248b Rn. 1.

<sup>5</sup> Vgl. Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 246 Rn. 10 ff.

<sup>6</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl. 2014, § 6 Rn. 4.

<sup>7</sup> Hohmann, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 248b Rn. 4.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1985, 413.

Kraftfahrzeuge (Legaldefinition in Abs. 4) als auch Fahrräder.

Geschützt wird nach h.M. das **Gebrauchsrecht** als vom Eigentum unabhängiges Rechtsgut.<sup>9</sup> Dementsprechend ist „**Berechtigter**“ i.S.d. § 248b der Nutzungsberechtigte und nicht, wie von der a.M. vertreten,<sup>10</sup> ausschließlich der Eigentümer. Nutzungsberechtigter ist hierbei derjenige, dem das Recht zusteht, über die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel zu bestimmen.<sup>11</sup>

Die Tathandlung wird durch eine **Ingebrauchnahme** des Fahrzeugs gegen den Willen des Berechtigten verwirklicht. In Gebrauch genommen wird ein Fahrzeug nach allgemeiner Ansicht durch die – seinem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechende – Nutzung als Fortbewegungsmittel.<sup>12</sup> Sofern eine unberechtigte Nutzung dieses Kriterium nicht erfüllt, liegt keine tatbestandsmäßige Handlung vor. Folgt man dieser Ansicht, so fällt das Einschalten des Radios in einem parkenden Wagen ebenso wenig unter den Tatbestand wie das bloße Anlassen des Motors.<sup>13</sup>

Kontrovers diskutiert wird, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der ursprüngliche Berechtigte das Fahrzeug nach Wegfall der Berechtigung weiter gebraucht. Der Täter stellt sich hier als „**Nicht-Mehr-Berechtigter**“ dar.

Die h.M. spricht in solchen Fällen allgemein von einem **Ingebrauchhalten**.<sup>14</sup> Mit der Begründung, dass ein Gewahrsamsbruch nicht erforderlich

sei, stellt sie das Ingebrauchhalten der Ingebrauchnahme gleich.<sup>15</sup>

Die Gegenansicht sieht in der Gleichsetzung der beiden Begriffe einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da die Wortlautgrenze überschritten sei.<sup>16</sup>

*Hohmann* unterteilt die Fälle des Weitergebrauchens in zwei Fallgruppen.<sup>17</sup> Die erste Fallgruppe erfasst Konstellationen, in denen der Täter bei der Ingebrauchnahme fälschlicherweise davon ausgeht, berechtigt zu sein, während der Fahrt aber seinen Irrtum bemerkt und das Fahrzeug dennoch weiter fährt. Allein hierbei könne von einem Ingebrauchhalten gesprochen werden, dessen Einbeziehung in den Tatbestand die Wortlautgrenze überschreite.

Die zweite Fallgruppe kennzeichnet sich dadurch, dass der vormals Berechtigte das Fahrzeug nach dem Wegfall der Berechtigung erneut in Gang setzt (**erneute Ingebrauchnahme**). Folglich sei in solchen Fällen die Frage, ob ein Ingebrauchhalten tatbestandsmäßig ist, bedeutungslos.<sup>18</sup>

Sofern zwischen den Beteiligten ein Vertragsverhältnis bestand, lässt sich diskutieren, ob die erneute Ingebrauchnahme vom Schutzbereich des § 248b erfasst sein sollte. Gegen eine strafrechtliche Erfassung derartiger Konstellationen spricht einer Meinung nach, dass das Zivilrecht hierfür ausreichenden Schutz biete.<sup>19</sup> Das Strafrecht als ultima ratio sei schließlich nicht dazu da, vertragswidriges Verhalten zu pönalisieren.<sup>20</sup>

Die Gegenauffassung hält eine strafrechtliche Sanktionierung dennoch für geboten, da bei § 248b auf den Willen des Berechtigten abzustellen sei,

<sup>9</sup> BGH NJW 1958, 151; *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 4.

<sup>10</sup> *Eser/Bosch*, (Fn. 5), § 248b Rn. 1; *Hohmann*, in MüKo, (Fn. 7), § 248b Rn. 1.

<sup>11</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 4.

<sup>12</sup> *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 248b Rn. 4; *Hohmann*, (Fn. 7), § 248b Rn. 10.

<sup>13</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 5.

<sup>14</sup> BGH NJW 1958, 151; *Fischer*, StGB, (Fn. 12), § 248b, Rn. 4.

<sup>15</sup> BGH NJW 1958, 151; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 37. Aufl. 2014, Rn. 435.

<sup>16</sup> *Vogel*, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

<sup>17</sup> *Hohmann*, in MüKo, (Fn. 7), § 248b Rn. 16 f.

<sup>18</sup> *Hohmann/Sander*, Strafrecht BT I, 3. Aufl. 2011, § 4 Rn. 9.

<sup>19</sup> *Vogel*, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

<sup>20</sup> AG München NSTZ 1986, 458, 459.

sodass unabhängig vom Vorliegen eines Vertragsverhältnisses der Tatbestand erfüllt sei.<sup>21</sup> Zudem bestehe in der Praxis aufgrund der Regelungen in §§ 153, 153a StPO (Einstellung wegen Geringfügigkeit bzw. gegen Erfüllung von Auflagen) die Möglichkeit, solche tatbestandsmäßigen Handlungen nicht zu ahnden.<sup>22</sup>

§ 248b setzt tatbestandsmäßig ein Handeln **gegen den Willen** des Berechtigten voraus. Ein solches Handeln liegt zweifelsfrei dann vor, wenn der Berechtigte seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich oder konkludent geäußert hat.<sup>23</sup> Ebenfalls unproblematisch sind Fälle, in denen der Berechtigte sein Einverständnis erklärt hat, sodass die Verwirklichung des Tatbestands ausgeschlossen ist (**tatbestandausschließendes Einverständnis**).<sup>24</sup> Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen der Rechtsgutsinhaber keinen Willen gebildet hat, weil er erst nachträglich von dem Angriff auf sein Rechtsgut erfährt. Es wird hierbei diskutiert, ob man nun auf den mutmaßlichen Willen des Berechtigten abstellen kann.<sup>25</sup> So ist im Rahmen der Einwilligung, bei deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit des tatbestandlichen Handelns entfällt, ein Abstellen auf den mutmaßlichen Willen allgemein anerkannt.<sup>26</sup> Zu der Frage, ob dies auch auf Tatbestandsebene möglich sein soll, werden verschiedene Ansichten vertreten.

Parallel zur mutmaßlichen Einwilligung auf Rechtswidrigkeitsebene wird auch die Möglichkeit eines **mutmaßlichen Einverständnisses** auf Tatbestandsebene für zulässig erachtet.<sup>27</sup> Im

vorliegenden Fall müsste anhand des mutmaßlichen Willens des Geschäftsführers der C ermittelt werden, ob sie die Rückführung des PKW durch A in Kenntnis der Umstände untersagt hätte. Läge die Wiedererlangung jedoch in ihrem Interesse, wäre ein „mutmaßliches Einverständnis“ gegeben.

Gegen die befürwortende Ansicht wird vorgebracht, dass der „entgegenstehende Wille“ als Tatbestandsmerkmal faktisch vorliegen müsse und nicht gemutmaßt werden dürfe.<sup>28</sup> Ein mutmaßliches Einverständnis sei somit grundsätzlich nicht möglich.<sup>29</sup> Diese Ansicht spricht sich für eine Lösung auf der Rechtfertigungsebene aus und wendet mangels vorliegenden Einverständnisses die Figur der **mutmaßlichen Einwilligung** an.<sup>30</sup> Jedoch entstehen bei einer solchen Vorgehensweise Schwierigkeiten. Als Einwilligungssurrogat ist die mutmaßliche Einwilligung subsidiär.<sup>31</sup> Daher scheitert die Rechtfertigung, wenn die vorherige Einholung der rechtfertigenden Einwilligung möglich gewesen wäre. A hätte demnach vor seiner Rückfahrt bei C anfragen müssen, ob er den Wagen zurückbringen dürfe.

Darüber hinaus wird vertreten, eine Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung sei prinzipiell überflüssig.<sup>32</sup> Dies resultiert einer Ansicht nach aus dem grundsätzlich vorzugswürdigen Deliktsaufbau als Gesamtunrechtstatbestand, innerhalb dessen keine Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit erfolgt.<sup>33</sup> Eine andere dogmatische Herleitung ist, dass auch bei willensunabhängigen Delikten durch eine Zustimmung bereits der Tatbestand mangels Beeinträchtigung des disponiblen Rechtsguts

<sup>21</sup> Vogel, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

<sup>22</sup> Vogel, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

<sup>23</sup> Vgl. Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

<sup>24</sup> Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

<sup>25</sup> Vgl. Ludwig/Lange, JuS 2000, 446 ff.; Marlie, JA 2007, 112 ff.

<sup>26</sup> Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2014, § 23 Rn. 47; Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 3.

<sup>27</sup> Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

<sup>28</sup> Vgl. Marlie, JA 2007, 112, 115.

<sup>29</sup> Rengier, Strafrecht AT, (Fn. 26), § 23 Rn. 48.

<sup>30</sup> Vgl. Marlie, JA 2007, 112, 117.

<sup>31</sup> Roxin, (Fn. 26), § 18 Rn. 10 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Marlie, JA 2007, 112.

<sup>33</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in MüKo, (Fn. 7), § 22 Rn. 155.

nicht verwirklicht werde.<sup>34</sup> Die Figur eines mutmaßlichen Einverständnisses müsste demnach nicht konstruiert werden.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Aachen auf. Die bisher vom LG getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um die Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale hinreichend nachzuweisen.

Zunächst führt der BGH im Allgemeinen aus, dass die Ingebrauchnahme i.S.d. § 248b stets die bestimmungsgemäße Nutzung des Fahrzeugs voraussetze. Zur Bestimmung des Berechtigten stellt er wie die h.M. nicht auf das Eigentum, sondern auf die Nutzungsberechtigung ab.

Der BGH bestätigt zudem seine frühere Rechtsprechung<sup>35</sup> und die herrschende Lehre, wonach ein Ingebrauchhalten einer Ingebrauchnahme gleichzusetzen ist. Eine Differenzierung nach den oben genannten Fallgruppen findet nicht statt.

Der BGH unterscheidet sodann zwischen den Übernachtungen im Fahrzeug und der Rückfahrt des Wagens zu der Autovermietung. Das Schlafen im Wagen stelle zwar eine unberechtigte, allerdings keine bestimmungsgemäße Nutzung dar, sodass keine Ingebrauchnahme vorliege.

Anders zu beurteilen sei die Rückführung des Wagens an den Berechtigten. Hierbei liege zwar zweifelsohne eine tatbestandsmäßige Ingebrauchnahme vor, jedoch könne der entgegenstehende Wille der Autovermietung nicht ohne weiteres vermutet werden. Bei der Rückführung komme es dem Täter regelmäßig nicht auf eine Verletzung der uneingeschränkten Verfügungsmöglichkeit des Berechtigten an, sondern vielmehr auf deren Wiedereinräumung. Hieran habe der Nutzungsberechtigte aber regelmäßig ein Interesse, sodass die Rückführung von seinem

mutmaßlichen Willen gedeckt sei. Die in einem solchen Fall notwendigen ausdrücklichen Feststellungen zu einem entgegenstehenden Willen seien trotz des Vorliegens eines Strafantrags nicht entbehrlich. Der Strafantrag erfasse eine unbefugte Nutzung in dem gesamten Zeitraum der verspäteten Rückgabe, sodass sich daraus nicht zwangsläufig auch ein Rückschluss in Bezug auf die Rückführung herleiten lasse.

Das Tatbestandsmerkmal des entgegenstehenden Willens sei in Fällen der Rückführung daher nicht erfüllt.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit dem examensrelevanten § 248b, dem in der universitären Ausbildung oft nicht genügend Aufmerksamkeit gewidmet wird. Scheitert in der Fallbearbeitung eine Strafbarkeit wegen Diebstahls oder Unterschlagung eines Fahrzeugs am Rückführungswillen des Täters, so muss nun der Blick auf § 248b fallen. Wird dieser Tatbestand vergessen, werden Punkte verschenkt. Vorsicht ist als nächstes bei dem Tatbestand der Ingebrauchnahme geboten. Dass dieses Merkmal eine bestimmungsgemäße Nutzung voraussetzt, ergibt sich nicht aus dem Gesetzestext, sondern muss gelernt werden. Sobald aber eine Fortbewegung stattfindet, liegt eine tatbestandsmäßige Handlung vor, unabhängig von der zurückgelegten Distanz.

Weiterhin befasst sich die Entscheidung mit grundlegenden dogmatischen Fragen, die bei willensbezogenen Delikten auftreten. Erforderlich ist hier stets ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten. Wird ein solcher Wille weder ausdrücklich noch konkludent geäußert, tritt die Problematik eines mutmaßlichen Einverständnisses auf.

### 5. Kritik

Im Aufbau überzeugt die Entscheidung des BGH durch die anschauliche Unter-

<sup>34</sup> Roxin, (Fn. 26), § 13 Rn. 12.

<sup>35</sup> Vgl. BGH NJW 1958, 151.

gliederung in zwei Handlungskomplexe, die die Problemschwerpunkte innerhalb des § 248b klar hervortreten lassen. Jedoch lässt die rechtliche Würdigung an manchen Stellen Fragen offen, lässt sogar Raum für Zweifel, ob dem BGH in allen Punkten gefolgt werden kann. Überzeugender wäre es, wenn sich der BGH, anstelle einer schlichten Wiederholung vergangener Rechtsprechung, kritisch mit dieser auseinandersetzen würde.

So stellt er kurz und knapp fest, dass ein Fahrzeug nur dann tatbestandsmäßig in Gebrauch genommen werde, wenn es – seinem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechend – fortbewegt wird. Bei der Übernahme der Definition aus dem Jahre 1957 mangelt es allerdings an einer Reflexion, ob diese dem modernen Verständnis des Rechtsguts des § 248b noch gerecht wird.

Eine grammatikalische Auslegung führt nicht zwingend zu einem solchen Verständnis. Zwar argumentierte der BGH in früheren Entscheidungen, die Wortwahl des Gesetzgebers „Ingebrauchnahme“ fordere – im Gegensatz zu einer „Benutzung“ – eine bestimmungsgemäße Nutzung.<sup>36</sup> Der Sprachgebrauch legt diese Unterscheidung jedoch nicht nahe, sondern verwendet die Begriffe synonym.

Auch eine kritische Überprüfung der historischen Entwicklung des § 248b bestärkt die Zweifel hinsichtlich der Sinnhaftigkeit einer solchen Auslegung. § 248b wurde im Jahr 1932 per Notverordnung erlassen.<sup>37</sup> Der BGH führte dazu in einer Entscheidung aus dem Jahr 1957 aus: *„Die neue Bestimmung sollte abschreckend und vorbeugend wirken, der Verkehrssicherheit dienen, weil die Zahl der Verkehrsunfälle auf Schwarzfahrten unverhältnismäßig groß ist, das öffentliche Vertrauen auf die Sicherheit der auf den Straßen abgestellten Fahrzeuge stärken und sowohl die Privatrechtsordnung als sol-*

*che wie auch den einzelnen strafrechtlich schützen, der seine Rechte aus ihr herleitet“.*<sup>38</sup>

Aus historischer Sicht sollte mithin sowohl die öffentliche Sicherheit als auch der Inhaber des Gebrauchsrechts geschützt werden. Ausgangspunkt war, dass sog. Schwarzfahrten durch betrunkene Jugendliche in zahlreichen Fällen zu gravierenden Verkehrsunfällen führten.<sup>39</sup>

Auf den Schutz des Straßenverkehrs wird seitdem jedoch nicht mehr abgestellt, was wohl auch daran liegt, dass die Sicherheit des Straßenverkehrs bereits durch die §§ 315 ff. hinreichend gewährleistet wird. Das geschützte Rechtsgut des § 248b ist nach h.M. nun allein das Gebrauchsrecht. Jedoch wird gerade in dieses Rechtsgut durch jedwede unberechtigte Benutzung des Fahrzeugs eingegriffen. Unabhängig davon, ob ein Unberechtigter ein fremdes Fahrzeug fortbewegt, darin schläft oder lediglich darin sitzt, um Radio zu hören: Dem wahren Inhaber steht sein PKW in dieser Zeit nicht zur Fortbewegung zur Verfügung.

Dass es nicht darauf ankommen kann, ob das Fahrzeug fortbewegt wird oder nicht, wird auch durch folgende Erwägung gestützt: Selbst ein wenige Sekunden andauernder Vorgang, bei dem das Fahrzeug nur um Zentimeter fortbewegt wird, würde den Tatbestand erfüllen, ein wochenlanges Nächtigen im parkenden Fahrzeug hingegen nicht. Im Hinblick auf die Intensität der Beeinträchtigung des Gebrauchsrechts stellt dies einen Wertungswiderspruch dar. Man könnte allenfalls argumentieren, dass nur eine bestimmungsgemäße Nutzung zur Fortbewegung den PKW von seinem bisherigen Standort entfernen und so die Zugriffsmöglichkeiten des Inhabers einschränken könne. Jedoch zeigt gerade der Fall des Nicht-Mehr-Berechtigten, dass eine solche Argumentation nicht durchgreifen kann. Ein Abstellen auf die bestimmungsge-

<sup>36</sup> BGH NJW 1958, 151.

<sup>37</sup> RGBl. I S. 496.

<sup>38</sup> BGH NJW 1958, 151.

<sup>39</sup> BGH NJW 1958, 151.

mäße Nutzung könnte in anderen Fallgestaltungen außerdem zu kuriosen Ergebnissen führen: Wann wird beispielsweise ein Wohnwagen bestimmungsgemäß benutzt? Säge der BGH hier ein Schlafen als ausreichend an?

Aus teleologischer Sicht erscheint letztlich folgende Definition vorzugswürdig: In Gebrauch genommen wird ein Fahrzeug bei jeder unberechtigten Benutzung, die dem Berechtigten für einen nicht nur ganz unerheblichen Zeitraum den Zugriff auf sein Fahrzeug verwehrt.

Auch innerhalb des zweiten Tatkomplexes setzt sich der BGH nur oberflächlich mit der diskussionsbedürftigen Fallgruppe des Nicht-Mehr-Berechtigten auseinander. Indem er das Ingebrauchhalten dem Ingebrauchnehmen gleichsetzt, bezieht er den Nicht-Mehr-Berechtigten in den Anwendungsbereich des § 248b mit ein. Man kann sich allerdings fragen, ob die Erfassung des Nicht-Mehr-Berechtigten geboten ist.

Die unbefugte Benutzung von Kraftfahrzeugen stellt sich als Ausnahmetatbestand im StGB dar, welcher möglichst restriktiv gehandhabt werden sollte. Auch der Wille des historischen Gesetzgebers, der neben dem Gebrauchsrecht insbesondere auch die Sicherheit im Straßenverkehr als geschütztes Rechtsgut des § 248b festlegte, spricht nicht zwingend für die Einbeziehung des Nicht-Mehr-Berechtigten. So geht von einem zunächst berechtigten Autofahrer nach Wegfall der Berechtigung kaum ein gesteigertes Sicherheitsrisiko aus, im Gegensatz zu sog. Schwarzfahrten, die grundsätzlich den Straßenverkehr gefährden können.<sup>40</sup>

Allerdings sollte man sich vor Augen führen, dass § 248b nach heutigem Verständnis allein das Gebrauchsrecht schützt. § 248b dient nun einmal gerade dazu, sicherzustellen, dass dem Berechtigten sein Fahrzeug jederzeit zur Verfügung steht. Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein Autovermieter, der

von der Gebrauchsmöglichkeit seiner Fahrzeuge finanziell abhängig ist, aus dem Schutzbereich des Strafrechts herausfallen sollte.

Darüber hinaus führt der Umgang des BGH mit der Figur des mutmaßlichen Einverständnisses nicht zu den klaren Maßstäben, die man für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gegen den Willen des Berechtigten“ benötigt hätte. So formuliert der BGH, die Ingebrauchnahme zur Rückführung „erfolgt (daher) regelmäßig nicht „gegen den Willen des Berechtigten“, sondern ist von dessen mutmaßlichem Interesse gedeckt.“<sup>41</sup>

Es erscheint äußerst zweifelhaft, ob der BGH mit diesem Urteil die umstrittene Frage nach der Möglichkeit eines mutmaßlichen Einverständnisses klären wollte. Da er aufgrund des gemutmaßten Willens den Tatbestand entfallen lässt, wendet er diese Figur – vielleicht auch unbemerkt – an. Eine mögliche Parallele zur Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung lässt er jedoch völlig außer Acht. Da A vor der Rückfahrt nicht bei C angerufen hatte, war der Weg über die mutmaßliche Einwilligung nicht möglich. Dass eine Strafbarkeit des A alleine von diesem Anruf abhängt, erscheint jedoch nicht nur lebensfremd, sondern lässt sich auch mit rechtspolitischen Wertungen nicht in Einklang bringen.

Die Entscheidung des BGH ist demnach zwar interessengerecht, allerdings hätte er bei einer Anwendung des mutmaßlichen Einverständnisses dessen Voraussetzungen klären müssen. Man hätte sich im Großen und Ganzen mehr dogmatische Klarheit gewünscht.

*(Carolin Coenen / Vera Rubow)*

<sup>40</sup> Vgl. *Theile/Stürmer*, ZJS 2015, 123, 124.

<sup>41</sup> BGH NSTZ 2015, 156.

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

A ist bei dem Unternehmen des B als Auslieferungsfahrer beschäftigt und erhält für diese Tätigkeit eine Tankkarte. Die Karte berechtigt zum Tanken an S-Tankstellen auf Kosten von B. Er nutzt die Karte für dienstlich veranlasste Tankvorgänge bis zu seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen.

Nachdem A gekündigt worden ist, verlangt B sämtliche noch in seinem Besitz befindliche Arbeitsmittel heraus. A folgt dieser Anweisung, behält jedoch die Tankkarte in seinem Besitz. Drei Monate nach seiner Kündigung fasst A den Entschluss, die Tankkarte für sich zu verwenden und verschafft sich an verschiedenen Tankstellen insgesamt 3790 Liter Diesel im Wert von insgesamt 5334,92 Euro. Die Zahlung erfolgt dadurch, dass die Karte in das entsprechende Lesegerät eingeschoben und die dazugehörige PIN eingegeben wird. Der Computer überprüft anhand der auf der Karte gespeicherten Daten, ob die eingegebene PIN zu der benutzten Tankkarte passt. Alle durch das Tanken verursachten Kosten werden auf einem Zwischenkonto erfasst, welches zwischen dem Arbeitgeber (B) und der Tankstelle besteht. Nach Ablauf des Abrechnungszeitraums erhält B eine detaillierte Rechnung und der Gesamt-

## August 2015 Tankkarten-Fall

*Computerbetrug / Unerlaubte Weiternutzung einer Tankkarte / unbefugte Verwendung von Daten*

§ 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

### Leitsatz der Bearbeiterinnen:

Ein Arbeitnehmer, der die ihm von seinem Arbeitgeber überlassene Tankkarte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für seinen privaten PKW weiter verwendet, erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal der unbefugten Verwendung von Daten.

OLG Koblenz, Beschluss vom 2. Februar 2015 – 2 OLG 3 Ss 170/14; bislang unveröffentlicht

betrag wird von seinem Bankkonto abgebucht. Aufgrund der gesicherten Ansprüche der Tankstelleninhaber gegen das die Karte nutzende Unternehmen, ist B ein Schaden in Höhe der genannten Summe entstanden.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das hauptsächlich in Betracht kommende Delikt ist § 263a StGB<sup>2</sup>. Schwerpunkt des Falles ist, was unter „**unbefugt**“ i.S.v. § 263a Abs. 1 Var. 3 (unbefugte Verwendung von Daten) zu verstehen ist. Es handelt sich dabei um ein Tatbestandsmerkmal, da die Variante andernfalls kein Unrecht verkörpert („Verwendung von Daten“).<sup>3</sup> Zur Auslegung werden drei verschiedene Ansichten vertreten, die computerspezifisch

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

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

<sup>3</sup> Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 3, 14.

sche, die subjektive und die betrugs-spezifische.

Nach den Vertretern der **computerspezifischen Auslegung**<sup>4</sup> liegt eine unbefugte Verwendung von Daten vor, wenn das System programmwidrig bedient bzw. überlistet wird<sup>5</sup>. Ginge man von dieser Interpretation aus, wäre § 263a Abs. 1 Var. 3 nicht erfüllt, da das Programm richtig bedient wurde.

Allerdings bemängeln Kritiker, dass durch diese Interpretation der Anwendungsbereich der dritten Alternative zu stark eingeschränkt wird.<sup>6</sup> Bei Verwendung richtiger Daten verbleibe nur die Versuchsstrafbarkeit. Eine Strafbarkeit wegen Vollendung sei nur bei gefälschter oder manipulierter Zugangsberechtigung möglich.<sup>7</sup> Darüber hinaus seien die Konstellationen, für die § 263a StGB geschaffen wurde, unter anderem der Missbrauch einer Geldautomatenkarte, nicht mehr erfasst.<sup>8</sup>

Nach anderer Auffassung muss das Tatbestandsmerkmal **subjektivierend**<sup>9</sup> ausgelegt werden. Danach liege eine unbefugte Verwendung vor, wenn sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des verfügungsberechtigten Rechtsgutinhalters entgegenstehe.<sup>10</sup> Der Berechtigte im Fall der Tankkarten ist der ehemalige Arbeitgeber B, da über dessen Vermögen verfügt wird. Das Arbeitsverhältnis mit A war bereits beendet und die Karte zurückgefordert. Somit geschah das Verwenden der Tank-

karte eindeutig gegen den Willen des Berechtigten. Nach der subjektiven Auslegung wäre A daher nach § 263a Abs. 1 Var. 3 strafbar.

Argumentiert wird, dass nur dieses Verständnis dem allgemeinen Sprachgebrauch des Wortes „unbefugt“ entspreche<sup>11</sup> und es darüber hinaus auch in anderen Normen (z.B.: § 17 Abs.2 UWG<sup>12</sup>) derart ausgelegt werde.<sup>13</sup> Von Gegnern der subjektiven Auslegung wird hingegen eingewandt, dass die grammatikalische Auslegung nur die äußerste Grenze des noch Zulässigen markiere.<sup>14</sup> Daneben müsse man beim Vergleich mit anderen Normen darauf achten, welche Funktion das Merkmal „unbefugt“ in dem Fall erfülle<sup>15</sup> und welche Rechtsgüter geschützt würden<sup>16</sup>. Auch wird bemängelt, dass die subjektive Auslegung keine, für einen Straf-tatbestand wichtigen, klaren Grenzen setze.<sup>17</sup> Man könnte, ihr folgend, so gut wie jeden vertragswidrigen Gebrauch von elektronischen Geräten, bei dem ein Schaden entsteht, unter § 263a subsumieren.<sup>18</sup> Dieser Anwendungsspielraum erscheine jedoch wesentlich zu weit, da so ein Verhalten, das eigentlich nur eine Vertragsverletzung im Rahmen der Privatautonomie darstelle, strafrechtlich sanktioniert und damit letztendlich kriminalisiert werde.<sup>19</sup> Hin-

<sup>4</sup> Es werden weitere Interpretationen vertreten, vgl. Achenbach, JR 1994, 293 f.

<sup>5</sup> OLG Celle wistra 1989, 355 f.; OLG Düsseldorf NJW 2000, 158.

<sup>6</sup> Rengier, BT I, 17. Aufl., 2015, § 14 Rn. 17.

<sup>7</sup> Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 263a Rn. 10a.

<sup>8</sup> Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 10a; Lampe, JR 1988, 437, 438 f.

<sup>9</sup> Auch vertragspezifische oder subjektive Auslegung genannt.

<sup>10</sup> BGH NJW 1995, 669 f.; BayObLG NJW 1991, 438, 440; Bühler, MDR 1991, 14, 16; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 132; Scheffler/Dressler, NJW 2000, 2645, 2645f.

<sup>11</sup> BGH NJW 1995, 669 f.; BayObLG NJW 1991, 438, 440; Bühler, MDR 1991, 14, 16; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 132; Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645, 2645f.

<sup>12</sup> Beruht auf der grundsätzlichen Änderung im 2. WiKG vom 15. 5. 1986, durch das auch § 263a eingeführt wurde.

<sup>13</sup> Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645, 2645 f.

<sup>14</sup> Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 5.

<sup>15</sup> Mühlbauer, wistra 2003, 244, 246 f.

<sup>16</sup> Achenbach, JR 1994, 293, 295; Arloth, Jura 1996, 354, 356, 358.

<sup>17</sup> Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 16.

<sup>18</sup> Mühlbauer, wistra 2003, 244, 248; Schulz, JA 1995, 538, 540; Zielinski, NStZ 1995, 345, 346.

<sup>19</sup> Mühlbauer, wistra 2003, 244, 247; Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 16.

gegen dürfe das Strafrecht nur als ultima ratio zur Geltung kommen.<sup>20</sup> Außerdem würde der Anwendungsbereich im Endeffekt vom Befugten bestimmt, indem er festlege, was gegen seinen Willen verstößt.<sup>21</sup> Daher sei es notwendig, den Anwendungsbereich enger auszulegen.

Von einer Mehrheit der Vertreter in Lehre und Praxis wird das Merkmal **betrugsspezifisch** ausgelegt. Man müsse sich an den Voraussetzungen des § 263 orientieren. Jede Nutzung sei unbefugt, die der Täuschungshandlung beim Betrug entspreche<sup>22</sup>, also Täuschungsäquivalenz besitze. Dies sei zu bejahen, wenn einer natürlichen Person gegenüber die Verwendungsberechtigung zumindest konkludent miterklärt werde.<sup>23</sup> Unter den Vertretern der betrugsspezifischen Auslegung herrscht wiederum Uneinigkeit darüber, welche Prüfungskompetenz die fingierte natürliche Person haben müsse. Einig ist man sich darüber, dass man nicht von einer Person ausgehen darf, die umfassend alle Interessen des Berechtigten vertritt und deshalb eine vollständige Prüfung vornimmt. Denn bei vollkommener Prüfung wäre ein Irrtum der natürlichen Person nicht mehr möglich. Einige sind der Meinung, dass auf eine Person abzustellen ist, die sich nur mit den gleichen Fragen beschäftigt, die auch im Computerprogramm bearbeitet werden (limitierter Mensch).<sup>24</sup>

Nach anderer Interpretation der betrugsspezifischen Auslegung ist darauf abzustellen, welche Pflichten ein Ange-

stellter hätte, der die Aufgabe des Computerprogramms übernehme.<sup>25</sup> Maßstab seien also die Anforderungen, die an eine Person gestellt würden, damit sie einschätzen könne, ob sich der Verwender im Verhältnis zum Belasteten an die objektiven Grundlagen des Geschäftstypus halte. Die Verfügungsbefugnis gehöre zu den Grundlagen des objektiven Geschäftstypus, wenn sie objektiv so wesentlich sei, dass sie einer natürlichen Person gegenüber zumindest konkludent miterklärt werde.<sup>26</sup> Ist der Erklärungswert unzutreffend, handle der Verwender unbefugt.<sup>27</sup> Gegen die erste Ansicht spricht, dass man die fiktive Person von den Beschränkungen befreien muss, um der betrugsspezifischen Auslegung gerecht zu werden und sie von der computerspezifischen Auslegung abzugrenzen.<sup>28</sup>

Im Fall der Tankkarten wird vom System überprüft, ob die Tankkarte mit der PIN übereinstimmt. Ist dies der Fall, geht der Kassierer davon aus, dass nur dem berechtigten Kartennutzer die PIN bekannt ist und erfasst die Kosten des Tankens auf dem Zwischenkonto. Somit würde einer natürlichen Person zumindest konkludent miterklärt, dass A mit Wissen und Willen des Kartenausstellers handelte. Ob A damit nach § 263a strafbar ist, hängt davon ab, ob diese Erklärung als Täuschung im Sinne des § 263 anzusehen ist. Eine Täuschung läge vor, wenn er gegenüber dem Kartenaussteller nicht zur Verwendung berechtigt gewesen wäre. Allgemein wird vertreten, dass der Verwender nicht berechtigt ist, wenn er die Karte gefälscht, manipuliert, oder durch verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) erlangt hat.<sup>29</sup> A verwendete eine

<sup>20</sup> Rengier (Fn. 3), § 3 Rn. 5 ff.

<sup>21</sup> Altenhain, JZ 1997, 752, 758; Mühlbauer, wistra 2003, 244, 247.

<sup>22</sup> BGH NJW 2002, 905, 906; BGH NJW 2008, 1394; BGH STV 2014, 684, 685; vgl. Meier, JuS 1992, 1017, 1018 f.; Möhrenschrager, wistra 1986, 128, 132; Mühlbauer, NStZ 2003, 650; Schulz, JA 1995, 538, 540; Zielinski, JR 2002, 342 ff.

<sup>23</sup> Lackner in Tröndle-FS, 1989, S. 41, 53; Mühlbauer, wistra 2003, 244, 249.

<sup>24</sup> BGHSt 47, 160 f.; Altenhain, JZ 1997, 758.

<sup>25</sup> Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 22.

<sup>26</sup> Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 11; Lackner in Tröndle-FS, 1989, S. 41, 53; vgl. Mühlbauer, wistra 2003, 244, 249.

<sup>27</sup> Wohlers/Mühlbauer, in MüKo, 2. Aufl. 2014, §263a Rn. 47.

<sup>28</sup> Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 22.

<sup>29</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1017.

nichtmanipulierte Originalkarte, die ihm der Kartenaussteller übergeben hatte. Somit hätte A auch nach dieser Auslegungsart nicht unbefugt gehandelt und wäre somit nicht gemäß § 263a strafbar.

Als historisches Argument für die betrugsspezifische Auslegung wird angeführt, dass § 263a 1986 vom Gesetzgeber geschaffen worden sei, um die Strafbarkeitslücke zu schließen, die sich durch die Technisierung der Gesellschaft geöffnet habe.<sup>30</sup> Darüber hinaus bestehe in systematischer Hinsicht eine beachtliche strukturelle Ähnlichkeit der Normen, die auch schon in der Stellung des § 263a angedeutet sei.<sup>31</sup> Außerdem werde der relativ unbestimmte Tatbestand durch die Betrugsähnlichkeit näher bestimmt.<sup>32</sup>

Kritiker hingegen stellen die strukturelle Ähnlichkeit zwischen § 263a Abs. 1 Var. 3 und § 263 in Frage. § 263a habe eher Fremd- als Selbstschädigungscharakter.<sup>33</sup> Dies wird daraus abgeleitet, dass ein Computer keine eigenständigen Entscheidungen treffen könne.<sup>34</sup> Der menschliche Empfänger der Täuschungserklärung sei für den Charakter des § 263 eine zentrale Voraussetzung.<sup>35</sup> Bei § 263a könne eben gerade keine täuschungsäquivalente Handlung durchgeführt werden, da die Vermögensverfügung gerade auf dem Umstand beruhe, dass eine Information nicht abgefragt werde.<sup>36</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Koblenz bestätigt die Entscheidung des LG Koblenz.

Zunächst führt das OLG Koblenz aus, dass der Angeklagte sich nicht wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 zum Nachteil des Geschädigten strafbar gemacht habe. Es liege keine tatbestandliche Täuschungshandlung vor, weder gegenüber seinem Arbeitgeber durch Einreichen der Tankquittungen, noch gegenüber der Tankstelle durch ausdrückliches oder konkludentes Erklären, dass die Tankvorgänge beruflich veranlasst seien. Auch die Konstellation eines Dreiecksbetruges komme nicht in Betracht, da ohnehin keine Verfügung von Seiten der Tankstellen über das Vermögen der B vorliege.

Eine Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 auf Grund unbefugter Verwendung von Daten komme ebenfalls nicht in Betracht. Zwar habe der Angeklagte nach Meinung des Gerichts mit der Codekarte auf einen Datenverarbeitungsvorgang im Sinne des § 263a eingewirkt, indem beim Bezahlvorgang die auf der Karte gespeicherten Informationen eingesetzt wurden, um Rechenergebnisse des Computerprogramms zu erzielen. Dieses Ergebnis werde nach der Überprüfung von Karte und PIN auf dem Zwischenkonto erfasst. Ausreichend für eine unbefugte Einwirkung auf den Datenbearbeitungsvorgang sei bereits das Ingangsetzen des Vorgangs selbst. Das Gericht führt weiter aus, dass die Benutzung der Tankkarte durch den Angeklagten nicht unbefugt im Sinne des § 263a Abs. 1 Var. 3 sei. Das Tatbestandsmerkmal unbefugt sei wegen seiner Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand betrugsspezifisch auszulegen. Insofern sei die Verwendung von Daten nur dann als „unbefugt“ anzusehen, wenn ein Täuschungsäquivalent vorliege. Ein solches sei nur dann gegeben, wenn die Verwendung der Daten gegenüber einem menschlichen Empfänger, der sich mit denselben Fragen wie

<sup>30</sup> BT-Drucks. 10/318, S. 19; *Zielinski*, JR 2002, 342 f.

<sup>31</sup> BGH NJW 2002, 905, 906; *Zielinski*, JR 2002, 342 f.

<sup>32</sup> *Lackner*, in *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263a Rn. 13.

<sup>33</sup> Vgl. *Mitsch*, JZ 1994, 877, 884; *Ranft*, NJW 1994, 2574 ff.

<sup>34</sup> *Ranft*, wistra 1987, 79, 83 f.; *Scheffler/Dressel*, NJW 2000, 2645.

<sup>35</sup> *Haft*, NStZ 1987, 6, 8.

<sup>36</sup> *Kindhäuser*, BT II, Aufl. 8 2014, § 28 Rn. 25.

auch das Computerprogramm befasse, eine Täuschung darstelle.

Beim Einsatz einer Tankkarte werde lediglich überprüft, ob die zur Bezahlung verwendete Karte mit der ihr zugeordneten PIN übereinstimmt. Wenn diese Überprüfung positiv ausfalle, werde automatisch eine Belastungsbuchung erstellt. Auch eine natürliche Person würde nicht weitergehender prüfen, weil der Tankende zumindest konkludent miterkläre, dass er die Tankkarte mit einer bestehenden Autorisierung des Karteninhabers einsetze.

Nach dieser Ansicht sei das Merkmal „unbefugt“ nur zu bejahen, wenn der Handelnde gegenüber dem Lesegerät eine nicht vorhandene Berechtigung zur Nutzung der Karte als solcher vorspiegelt. Dies sei bei dem Einsatz einer Codekarte nur dann der Fall, wenn der Täter die Karte gefälscht, manipuliert oder mittels verbotener Eigenmacht gemäß § 858 Abs. 1 BGB erlangt habe. Verbotene Eigenmacht liege vor, wenn der Täter die Karte gegen den Willen des Besitzers erlangt habe. Bei der dargestellten Konstellation irre der Getäuschte lediglich über die Befugnis zur Weiternutzung. Die nicht erfolgte Rückgabe der Karte an den Arbeitgeber stelle indes keine verbotene Eigenmacht dar, weil die Tankkarte A von B zur berechtigten Nutzung ausgehändigt worden war.

Eine Benutzung der Karte, die lediglich im Innenverhältnis eine abredewidrige Benutzung darstelle und im Außenverhältnis wirksam eingesetzt wurde, stelle keine für § 263a täuschungsäquivalente Handlung dar. Die Handlung entspreche dem Missbrauch einer im Außenverhältnis wirksamen Bankvollmacht, die regelmäßig ebenfalls keine Strafbarkeit im Sinne der dritten Variante von § 263a begründet.

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

Interessant ist dieses Urteil des OLG Koblenz vor allem für Studierende in der Examensvorbereitung.

Aktuelle Rechtsprechung zum Computerbetrug wird gerne zum Anlass für zukünftige Examensklausuren genommen. Vor allem, weil die Weiterverwendung der Tankkarte durch einen ehemals Berechtigten, eine zuvor noch nicht entschiedene Fallkonstellation darstellt.

Sofern eine Strafbarkeit wegen Computerbetruges gemäß § 263a in Betracht kommt, sollte trotzdem zunächst ein Betrug i.S.v. § 263 geprüft werden. Dieser könnte zum einem gegenüber und zu Lasten des kartenausstellenden Unternehmens oder gegenüber dem Tankwart und zu Lasten des kartenausstellenden Unternehmens verwirklicht worden sein. Der Betrug gemäß § 263 ist jedoch nicht erfüllt, da keine Täuschung gegenüber einem Menschen vorliegt.

Schwerpunktmäßig sollten bei der Prüfung des § 263a Abs. 1 Var. 3 die drei Auslegungen des Wortes „unbefugt“ mit den jeweiligen Argumenten dargestellt werden. Die herrschende betrugsspezifische Auslegung orientiert sich an den Voraussetzungen des § 263.<sup>37</sup> Die Studierenden bewegen sich auf gewohntem Terrain, wenn sie bei dem Prüfungspunkt – unbefugte Verwendung von Daten – eine Täuschung und einen Irrtum prüfen.<sup>38</sup> Umstritten ist weiterhin, welchen Horizont der Prüfungsmaßstab des fiktiven Menschen umfasst.

Bei der Klausurbearbeitung sollte beachtet werden, welches System von Tankkarte vorliegend gegeben ist. Dieses Urteil unterstreicht erneut, die Tendenz zur betrugsspezifischen Auslegung.

Auch für die Praxis bestätigt sich, dass Urteile, die auf einer anderen Auslegung beruhen, wie die subjektive Auslegung des AG Montabaur,<sup>39</sup> aufgehoben werden.

<sup>37</sup> Rengier (Fn. 6), § 263a Rn. 19.

<sup>38</sup> Rengier (Fn. 6), § 263a Rn. 19.

<sup>39</sup> AG Montabaur, AZ: 2b Ls 2020 Js 29929/13.

## 5. Kritik

Die Entscheidung des OLG Koblenz stellt grundsätzlich keine Überraschung dar, indem sie der betrugsspezifischen Auslegung folgt.<sup>40</sup>

Allerdings wäre mit Hinblick auf das Urteil des BGH zum Sportwettenbetrug an Wettautomaten<sup>41</sup> auch eine andere Interpretation des Prüfungshorizontes hinsichtlich des Täuschungsäquivalents denkbar gewesen. Zwar folgt der BGH der betrugsspezifischen Auslegung, lässt jedoch eine nach den Grundsätzen des Betrugs entsprechende konkludente Täuschung über die Befugnis zum Abschluss eines Vertrages als Täuschungsäquivalent ausreichen. Eine solche liege vor, wenn die Befugnis des Täters typischerweise zur Grundlage des betreffenden Geschäfts gehört und nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt wird.<sup>42</sup> Selbstverständlich liegt die Befugnis nur zum Abschluss von Wettverträgen über Spiele vor, wenn diese nicht eigenhändig manipuliert worden sind. Mit Abschluss der Wettverträge erklärten die Täter, dass die jeweils gewetteten Spiele nicht von ihnen beeinflusst worden seien.<sup>43</sup> Das Gericht wertete die Verheimlichung manipulationsbezogenen Sonderwissens als täuschungsäquivalent<sup>44</sup>, ohne dass der Wettautomat dies überprüfen kann.

Insofern könnte man im Fall der Benutzung einer Tankkarte Parallelen ziehen. Im Fall des OLG Koblenz hatte A konkludent miterklärtes Sonderwissen gegenüber dem Tankwart. Er war sich darüber bewusst, dass er nach der Kündigung keine Befugnis mehr hatte, die Tankkarte weiterhin zu benutzen. Durch Eingabe der PIN erklärte er konkludent mit, zur Nutzung der Karte weiterhin berechtigt zu sein. Es ist nicht ersichtlich, warum es einen Unterschied

machen soll, ob durch eine konkludente Täuschung ein bereits bestehender Vertrag abredewidrig weiter ausgereizt wird oder ein neues Vertragsverhältnis begründet werden soll. Ebenso wie kein Unterschied in dem Unrechtsgehalt zwischen der Nutzung einer rechtswidrig erlangten Tankkarte und der unerlaubten Weiternutzung einer Tankkarte besteht. Das OLG Koblenz belässt es bei der Prüfung, ob verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB vorliege. Das starre Festhalten an drei Fallgruppen zur Bestimmung des Begriffes „unbefugt“ ist dogmatisch nicht überzeugend. Der Gesetzgeber zielte mit der Einführung des § 263a darauf ab, Strafbarkeitslücken im Bereich neuer Manipulationsformen, die mangels eines getäuschten Menschen nicht unter § 263 fallen, zu schließen.<sup>45</sup> Vielmehr sollten die Betrugsmerkmale stringent angewandt werden, um dem gesetzgeberischen Willen gerecht zu werden. Dies bedeutet eine genaue Anwendung der Merkmale Täuschung und Irrtum von § 263 im Rahmen des Merkmals unbefugte Verwendung von Daten.

Das Urteil des OLG Koblenz befasst sich nicht mit der Frage, ob eine konkludente Täuschung von Seiten des A über die Befugnis zur Weiternutzung vorliege. Im Ergebnis ist dem Gericht jedoch zuzustimmen, denn A ist jedenfalls mangels Irrtums nicht strafbar, obwohl eine konkludente Täuschung in Anlehnung an den Sportwetten-Automat-Fall<sup>46</sup> angenommen werden müsste.

*(Ines Tacke/ Laura Wolf)*

<sup>40</sup> BGHSt 38, 120, 121 f.; Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 11 ff.

<sup>41</sup> BGH NJW 2013, 1017.

<sup>42</sup> BGH NJW 2013, 1017, 1018.

<sup>43</sup> BGH NJW 2013, 1017, 1018.

<sup>44</sup> BGH NJW 2013, 1017, 1018.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 30.

<sup>46</sup> BGH NJW 2013, 1017 f.

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

A und B fahren auf der Autobahn neben den Lkw des C, um diesen zu überfallen. B gibt C ein Handzeichen. Daraufhin fährt dieser, wie von A und B geplant, auf einen Parkplatz und schaltet den Motor ab, weil er denkt, dass es sich um Polizisten in Zivil handle. A, der vorgibt, eine polizeiliche Fahrzeugkontrolle durchzuführen, fordert C auf, ihm seine Papiere zu zeigen. Sodann hält er C eine ungeladene Schusswaffe vor, befiehlt ihm, sich auf die Liege hinter den Sitzen zu legen und fesselt ihn. Daraufhin fahren A und B mit dem Lkw zu einer Raststätte, an der sie die Waren des LKW im Wert von 450.000 Euro in ein anderes Fahrzeug umladen. Das LG verurteilt A und B wegen eines schweren Raubes in Tateinheit mit Amtsanmaßung und Kennzeichenmissbrauch. Die Staatsanwaltschaft legt Revision zum BGH ein, da sie auch § 316a StGB<sup>2</sup> für erfüllt hält.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der § 316a StGB geht auf das zur NS-Zeit erlassene Gesetz gegen Straßen-

## September 2015 Polizeikontrolle - Fall

*Eigenschaft als Kraftfahrzeugführer / Angriff auf Entschlussfreiheit / objektiv nötigungsgleiche Wirkung*

§ 316a StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die Eigenschaft eines Kraftfahrzeugführers entfällt bei einem nicht verkehrsbedingten Halt mit Ausschalten des Motors.
2. Das Vortäuschen einer Polizeikontrolle stellt einen Angriff auf die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers i.S.d. § 316a StGB dar, weil die Täuschung eine nötigungsgleiche Wirkung entfaltet.

BGH, Urteil vom 23. April 2015 – 4 StR 607/14; veröffentlicht in BeckRS 2015 09421.

raub mittels Autofallen zurück.<sup>3</sup> 1947 wurde es vor allem wegen seiner Unbestimmtheit aufgehoben und 1952 in veränderter Fassung als § 316a wieder eingeführt.<sup>4</sup> Der § 316a schützt sowohl Eigentum und Vermögen als auch die Sicherheit des Straßenverkehrs und dessen Funktionsfähigkeit.<sup>5</sup> Die Mindeststrafe von 5 Jahren wird mit diesem doppelten Rechtsgutschutz erklärt.<sup>6</sup>

In Bezug auf § 316a stehen hier zwei Fragestellungen im Vordergrund: erstens, bis wann das Tatopfer noch die Eigenschaft eines Kraftfahrzeugführers besitzt und zweitens, wann ein Angriff

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

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

<sup>3</sup> Kraemer, JA 2011, 193; Steinberg, NZV 2007, 545.

<sup>4</sup> Kraemer, JA 2011, 193; Sander, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 316a Rn. 25.

<sup>5</sup> BGHSt 39, 249, 250; 52, 44, 46.

<sup>6</sup> Sander, in MüKo (Fn. 5) § 316a Rn. 1.

auf die Entschlussfreiheit i.S.d. § 316a vorliegt.

Um die Frage beantworten zu können, ob C noch Kraftfahrzeugführer war, als er überfallen wurde, ist der Zeitpunkt des Angriffes entscheidend. Dafür kommen zwei Zeitpunkte in Betracht. Als ein möglicher Zeitpunkt für einen Angriff springt zunächst das Geschehen auf dem Parkplatz ins Auge.

Ein Angriff ist jede feindselige Handlung, die sich gegen eines der in § 316a genannten Rechtsgüter Leib, Leben oder Entschlussfreiheit richtet.<sup>7</sup> Mit dem Vorhalten der Schusswaffe hat B einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des C ausgeübt. Weitere Voraussetzung ist jedoch die Kraftfahrzeugführereigenschaft zum Zeitpunkt des Angriffes.

Führer eines Kfz ist, wer beginnt, dieses in Bewegung zu setzen, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.<sup>8</sup>

Sobald der Fahrer, wie vorliegend C, **anhält**, ist umstritten, in welchem Fall es sich dann noch um ein Führen eines Fahrzeuges handelt. Grundsätzlich werden zwei Arten des Halts unterschieden. Einerseits gibt es den **verkehrsbedingten Halt**, bei dem sich der Fahrzeugführer noch im fließenden Verkehr befindet und deshalb seine Aufmerksamkeit weiter auf den Verkehr richten muss.<sup>9</sup> Dies ist beispielsweise bei einem Halt an einer roten Ampel der Fall. Andererseits gibt es den **nicht verkehrsbedingten Halt**, bei dem der Fahrer das Auto aus anderen Gründen stoppt.<sup>10</sup> Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen nicht verkehrsbedingten Halt, da C sich auf dem Parkplatz

nicht mehr im fließenden Verkehr befand.

Bei einem solchen nicht verkehrsbedingten Halt ist strittig, wann genau die Kraftfahrzeugführereigenschaft endet. Es wird die Ansicht vertreten, dass ausschlaggebend sei, ob der **Motor weiterläuft oder ausgeschaltet wird**.<sup>11</sup> Dies wird damit begründet, dass durch das Einstellen der kraftfahrzeugbedingten Vorgänge keine erhöhte Aufmerksamkeit und keine spezifische Anfälligkeit des Opfers mehr gegeben seien.<sup>12</sup> C hatte den Motor des LKWs ausgeschaltet, er wäre kein geeignetes Tatobjekt mehr. Dieser Ansicht wird entgegengehalten, dass der Wortlaut der Norm nicht an die Handlung des Fahrzeugführens anknüpfe, sondern weiter zu verstehen sei.<sup>13</sup>

Eine andere Auffassung trifft die Unterscheidung anhand des Straßenverkehrsrechts. Hier soll die Unterscheidung mithilfe von **Parken und Halten** erfolgen. Gemäß § 12 Abs. 2 StVO parkt sein Fahrzeug, wer aussteigt oder länger als drei Minuten hält. Wenn der Fahrer nur hält, so ist er immer noch Fahrzeugführer. Dies sei in Fällen angebracht, in denen der Fahrer zwar nicht mehr den Motor laufen lässt, allerdings für den Weiterbetrieb erforderliche Tätigkeiten (z.B. Blick in den Atlas) oder durch die Bewegung des Fahrzeugs entstandene Pflichten wahrnimmt (z.B. Warndreieck aufstellen).<sup>14</sup> Wenn er noch nicht länger als drei Minuten hält, wäre er noch taugliches Tatobjekt, dies ist hier ungewiss.

Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, dass der Fahrer, wenn er in den

<sup>7</sup> Sternberg-Lieben/Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 316a Rn. 3.

<sup>8</sup> BGHSt 49, 8, 14 f.; 50, 169, 171.

<sup>9</sup> Zieschang, in NK, 4. Aufl. 2013, § 316a Rn. 29.

<sup>10</sup> Sander NSTZ, 2004, 501, 502.

<sup>11</sup> BGHSt 5, 280, 282; 49, 8, 15; Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl. 2015, § 12 Rn. 21; Sander, NSTZ 501, 502.

<sup>12</sup> Sternberg-Lieben/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 9) § 316a Rn. 8.

<sup>13</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 37. Aufl. 2014, Rn. 419.

<sup>14</sup> Duttge/Nolden, JuS 2005, 193, 196; Sowada, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007, § 316a Rn. 22.

Atlas blickt oder das Warndreieck aufstellt, nicht mehr unbedingt mit der Wahrnehmung verkehrsbedingter Aufgaben beschäftigt und § 316a wegen des hohen Strafmaßes restriktiv auszulegen sei.<sup>15</sup> Ob die Meinung letztlich von der oben genannten abweicht, entscheide sich am Prüfungspunkt des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr.<sup>16</sup>

Eine weitere Ansicht stützt sich darauf, dass § 316a die eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten des Fahrzeugführers schütze. Hier ist entscheidend, ob der Fahrer auf Grund der Teilnahme am Verkehr von seiner **Umwelt isoliert** sei und somit leichter Opfer werden könne.<sup>17</sup> An dieser Ansicht wird kritisiert, dass dies nicht die dem fließenden Verkehr innewohnende spezifische Gefahr darstelle.<sup>18</sup> Folgt man dieser Ansicht so wäre C auch nach Ausschalten des Motors noch taugliches Tatobjekt, da es ihm nicht möglich war, schnell Hilfe zu holen.

Ein zweiter möglicher Zeitpunkt für einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des C wäre der Moment, indem B das Handzeichen gab, an den Rand zu fahren. Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit eines Menschen liegt bei allen Nötigungsakten, die nicht mittels Gewalt gegen Leib oder Leben begangen werden, vor.<sup>19</sup> Als Maßstab wird § 240 herangezogen.<sup>20</sup> Problematisch ist hierbei, ob auch Täuschung und List zulässige Angriffsmittel sind und wenn ja, inwiefern.

Eine Ansicht in der Literatur und die frühere Rechtsprechung vertreten die Auffassung, dass täuschendes Verhal-

ten **stets als Angriff** auf die Entschlussfreiheit gewertet werden soll.<sup>21</sup> B hätte danach mit dem durch das Handzeichen bewirkten Vortäuschen einer Polizeikontrolle einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des C verübt.

Dafür spreche, dass das Gesetz die Einwirkungsmittel des § 316a nicht begrenze.<sup>22</sup> Jegliche Einwirkung auf die Entschlussfreiheit des Opfers sei umfasst. Dagegen wird jedoch wegen des hohen Strafmaßes des § 316a und der daher notwendigen restriktiven Auslegung ein systematisches Argument angeführt:<sup>23</sup> Neben einem Angriff auf die Entschlussfreiheit sind die weiteren Alternativen des § 316a ein Angriff auf Leib oder Leben. Der Vergleich mit diesen Alternativen und die Verbindung zu §§ 249, 252, 255 legen nahe, bei einem Angriff auf die Entschlussfreiheit eine vergleichbare, ähnlich intensive Tathandlung zu verlangen.<sup>24</sup>

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum und nunmehr auch der BGH schränken weiter ein: Sie nehmen einen Angriff mittels Täuschung oder List nur dann an, wenn die Täuschung bzw. List eine **nötigungsgleiche Wirkung** entfaltet, das heißt das Opfer gegen seinen Willen zu einem Verhalten veranlasst wird.<sup>25</sup>

Wenn die Täuschung eine Willensbetätigung zulasse und das Opfer über Entscheidungsmöglichkeiten verfüge, liege kein Angriff vor.<sup>26</sup> Zu nennen sind

<sup>15</sup> *Duttge/Nolden*, JuS 2005, 193, 195; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 1.

<sup>16</sup> *Sowada*, in LK, StGB (Fn. 16), § 316a Rn. 2; *Kraemer*, JA 2011, 193, 194.

<sup>17</sup> *D/I Sternberg-Lieben*, JZ 2004, 636.

<sup>18</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 8.

<sup>19</sup> BGH StV 1988, 342; *Sander*, in MüKo (Fn. 5), § 316a Rn. 10.

<sup>20</sup> *Zieschang*, in NK, StGB (Fn. 11), § 316a Rn. 20.

<sup>21</sup> BGH NJW 1954, 1168, 1169; *Geppert*, Jura 1995, 310, 312.

<sup>22</sup> Für Taxifälle: *Roßmüller/Rohrer*, NZV 1995, 253, 263.

<sup>23</sup> *Heintschel-Heinegg*, in BeckOK, StGB, § 316a Rn. 15.2.

<sup>24</sup> BGH NJW 2004, 786, 787; *Günther*, JZ 1987, 16, 26; *Heintschel-Heinegg*, in BeckOK, StGB, § 316a Rn. 15.2; *Sowada*, in LK, § 316a Rn. 32.

<sup>25</sup> BGHSt 49, 8; *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn.13), § 12 Rn. 11, *Sander*, in MüKo, StGB, § 316a, Rn. 11; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 5.

<sup>26</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 5.

hier die Fälle, in denen sich der Täter als Taxikunde oder als Anhalter ausgibt oder er unter einem Vorwand sein Opfer bittet, an eine einsame Stelle zu fahren.<sup>27</sup> In diesen Fällen unterliege das Opfer zwar einer Fehlvorstellung, es sei aber keine nötigungsgleiche Wirkung gegeben, da der Auto- bzw. Taxifahrer in seiner Entscheidung frei sei, ob er jemanden mitnehme.<sup>28</sup> Wenn das Opfer jedoch aufgrund der Täuschung glaube, eine Rechtspflicht befolgen zu müssen, sei ein Angriff gegeben.<sup>29</sup> Eine derartige nötigungsgleiche Wirkung liege in den Fällen vor, in denen das Opfer beispielsweise durch ein Stoppschild oder einen vermeintlichen Unglücksfall getäuscht werde, da dem Opfer eine rechtliche Verhaltenspflicht vorgespiegelt werde.<sup>30</sup>

C glaubte, von A und B, die sich als Polizisten in Zivil ausgaben, für eine Fahrzeugkontrolle angehalten worden zu sein. Ein Weiterfahren hätte aus Sicht des C eine Verletzung der Weisungsbefugnis von Polizisten bedeutet und somit ein Bußgeld nach sich gezogen. C sah sich daher einem von ihm zu befolgenden Normenbefehl ausgesetzt, der eine Freiheit der Willensbetätigung nicht mehr zuließ.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der 4. Senat des BGH hebt die Entscheidung des LG auf und verurteilt A und B gemäß § 316a. Der BGH stellt mit seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung fest, dass zum Zeitpunkt des Halts auf dem Parkplatz kein Angriff mehr möglich gewesen sei, da C die Kraftfahrzeugführereigenschaft nicht mehr besessen habe. C hatte auf dem

Parkplatz den Motor abgestellt, er sei daher nicht mehr mit der Bewältigung von Betriebs- und Verkehrsvorgängen beschäftigt gewesen und erfülle somit die Anforderungen eines Kfz-Führers nicht. Jedoch habe mit dem Herauswinken auf der Autobahn schon vorher ein Angriff stattgefunden. Für einen Angriff auf die Entschlussfreiheit verlangt der BGH eine Handlung, die für das Opfer einen objektiven Nötigungscharakter darstellt. Das Opfer brauche dafür die feindliche Willensrichtung des Täters nicht erkannt zu haben.

Der BGH macht deutlich, dass es nicht ausreicht, wenn auf einen Kfz-Führer mit List eingewirkt werde, um ihn in eine Situation zu bringen, in der ein Raub begangen wird. Davon abzugrenzen seien jedoch Fälle wie dieser, in denen eine Handlung nötigungsgleiche Wirkung entfalte. Diese seien mit Fällen der Straßensperre vergleichbar. C habe bei dem Haltezeichen des B, der vorgab ein Polizist in Zivil zu sein, kein Ermessen mehr bezüglich seiner Handlungen gehabt. C sei gezwungen gewesen - unter Androhung einer Geldbuße gem. § 49 Abs. 3 Nr. 1 StVO - das Haltezeichen des B zu befolgen. Dass die Angeklagten A und B dies in Zivilkleidung taten sei unerheblich. Entscheidend sei allein, dass C das Haltezeichen als Polizeikontrolle verstanden und die Angeklagten es auch so beabsichtigt hatten.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der § 316a ist nicht nur ein in universitären Zwischenprüfungen gern genommener Aufhänger einer Vermögensdeliktssklausur, sondern wird auch im Examen mit Vorliebe abgeprüft - sei es im mündlichen oder schriftlichen.

So bietet die Prüfung des § 316a die Möglichkeit, systematisches Verständnis, Argumentationsfähigkeit und Kenntnis der neuesten Rechtsprechung der Studierenden abzufragen.

Innerhalb des Klausuraufbaus muss darauf geachtet werden, dass zunächst

<sup>27</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 5; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 316a Rn. 7.

<sup>28</sup> BGH 49, 12 f.; NStZ-RR 04, 172.

<sup>29</sup> *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 5.

<sup>30</sup> *Sander*, in MüKo, StGB (Fn. 5), § 316a Rn. 11; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 316a Rn. 5.

die §§ 249 ff. geprüft werden, um eine inzidente Prüfung zu vermeiden. Was die Prüfung des § 316a angeht, so sollte nicht vergessen werden, dass für ein Vorliegen des § 316a der Angriff ausreicht und keine Vollendung der §§ 249 ff. notwendig ist. Die bloße Absicht ist ausreichend – ein Umstand der von Studierenden nicht verkannt werden sollte.

Drei Schwerpunkte für mögliche Problemfelder können im § 316a gesetzt werden. Hinsichtlich eines „Angriffes auf die Entschlussfreiheit“ kann sich die Frage der nötigungsgleichen Wirkung bei einer Täuschung bzw. List stellen. Bei dem Tatopfer muss darauf geachtet werden, dass dieses zur Zeit des Angriffes noch Kraftfahrzeugführer ist. Hier öffnet sich das Feld für zahlreiche Fallkonstellationen des verkehrs- oder nicht verkehrsbedingten Haltens. Dem Prüfungspunkt „Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“ kommt eine Einschränkungsfunktion zu.<sup>31</sup> Der Täter nutzt die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs aus, wenn er sich die dem fließenden Straßenverkehr eigentümlichen Gefahren zu Nutze macht.<sup>32</sup> In Fällen, in denen die Kraftfahrzeugführereigenschaft trotz eines nicht verkehrsbedingten Halts bejaht wird, sollte hier besonders sorgfältig geprüft werden, ob auch gerade ein Ausnutzen der Verhältnisse des Straßenverkehrs vorliegt. Wichtig ist es, sich in diesem Zusammenhang die von § 316a geschützten Rechtsgüter in Erinnerung zu rufen, da diese bezüglich der Argumentation die richtige Richtung weisen.

In Klausuren nicht vergessen werden sollte auch, obwohl meist nicht einschlägig, der erpresserische Menschenraub, § 239a.

<sup>31</sup> Jesse, JR 2008, 448, 451.

<sup>32</sup> BGHSt 49, 8, 11.

## Prüfungsschema § 316a<sup>33</sup>

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) Tatopfer: Führer eines Kfz oder Mitfahrer

**P:** nicht verkehrsbedingter Halt

b) Angriff auf Leib, Leben o. Entschlussfreiheit

**P:** Täuschung und List: nötigungsgleiche Wirkung

c) unter Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

**P:** nicht verkehrsbedingter Halt

#### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. Obj. Tatbestandsmerkmale

b) Absicht bzgl. Begehung §§ 249 ff.

**!!!** vor Beendigung der Fahrt

### II. Rechtswidrigkeit

### III. Schuld

## 5. Kritik

Das Urteil des BGH bleibt in Bezug auf den nicht verkehrsbedingten Halt auf der Linie der ständigen Rechtsprechung<sup>34</sup> und überrascht deshalb nicht.

Der BGH ordnet jedoch die vorge-täuschte Polizeikontrolle der Kategorie der nötigungsgleichen Wirkung zu. Dies ist bedenklich. Nach der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung reicht eine bloße List oder Täuschung nur dann aus, um den Tatbestand zu verwirklichen, wenn ihr eine

<sup>33</sup> Angelehnt an: Heinrich, Vorlesung Strafrecht BT, Arbeitsblatt Nr. 26, § 316a; Sowada, in LK, StGB (Fn. 16), 316a; bzgl. der Prüfungsreihenfolge: Unter 3. wurde der Angriff vor der Kfz-Führereigenschaft geprüft, um beide für einen Angriff in Betracht kommenden Zeitpunkte zu verdeutlichen.

<sup>34</sup> BGHSt 50, 171.

nötigungsgleiche Wirkung zukommt.<sup>35</sup> Der Begriff der nötigungsgleichen Wirkung muss dabei restriktiv gehandhabt werden, denn auch bei der Nötigung wird eine Vergeistigung des Gewaltbegriffes abgelehnt.<sup>36</sup> Zwar muss ein nötigungsgleicher Angriff auf die Entschlussfreiheit nicht exakt den Anforderungen an die Nötigung entsprechen, jedoch sollten diese als Auslegungshilfe herangezogen werden. Deshalb wäre es nur dann berechtigt, eine nötigungsgleiche Wirkung anzuerkennen, wenn den Kraftfahrzeugführer eine Rechtspflicht trafe, vorausgesetzt die subjektiv vorgestellte Situation läge tatsächlich vor.

In Fällen einer Polizeikontrolle ist die Rechtspflicht zum Anhalten in § 36 Abs. 5 StVO statuiert, die bußgeldbedroht ist.

Kritik äußert hierzu Jahn:<sup>37</sup> Problematisch sei, dass in den Verwaltungsvorschriften zu § 36 Abs. 1 StVO angeordnet wird, dass grundsätzlich im fließenden Verkehr nur Anordnungen von Polizeibeamten gegeben werden dürfen, die als solche erkennbar sind. A und B seien hier mangels Kleidung, Wagenkennzeichnung oder Polizeikelle nicht als Polizisten zu erkennen gewesen. Eine Gehorsamspflicht habe nicht bestanden, eine Rechtspflicht, dem sich das Opfer hätte unterwerfen müssen, somit ebenfalls nicht.

Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 36 Abs. 1 StVO eine grundsätzliche Verbindlichkeit der Weisungen festsetzt. Die Verwaltungsvorschrift, die bestimmt, dass Weisungen nur von Polizisten erteilt werden sollen, die eindeutig als solche erkennbar sind, führt nicht zur Unwirksamkeit der Weisung, da Verwaltungsvorschriften keine Außenwirkung entfalten.<sup>38</sup>

Eine Rechtspflicht des C kann daher nicht mit Jahns Argumentation abgestritten werden.

Problematisch bleibt jedoch - und das zeigt der BGH mit dieser Entscheidung erneut auf - die starke Tendenz den Tatbestand des § 316a im Punkt des Angriffes auf die Entschlussfreiheit zu versubjektivieren. Im Hinblick auf das bereits erwähnte systematische Verständnis des § 316a - den Alternativen des Angriffes auf Leib oder Leben - sollte der Angriff auf die Entschlussfreiheit weitaus enger gefasst werden. Dies sollte durch eine objektive Auslegung geschehen. Denn während die Alternativen des Angriffes auf Leib oder Leben eng gefasst sind, bietet die Auslegung der nötigungsgleichen Wirkung beim Angriff auf die Entschlussfreiheit einen zu weiten Spielraum. Gerade mit Blick auf die Abgrenzung der Autopannen- und Anhalterfälle unterhalb der Schwelle des § 323c, die gerade nicht die objektiv nötigungsgleiche Wirkung aufweisen, zu den Fällen im Bereich des § 323c, ist dies von größter Bedeutung.

Im Gegensatz zu den Forderungen unserer Vorgänger<sup>39</sup>, die eine Abschaffung des § 316a befürworteten, sind wir der Auffassung, dass durch eine engere Auslegung der dritten Alternative kasuistische Unklarheiten vermieden werden könnten.

*(Andreas Knecht / Luise Zacharias)*

<sup>35</sup> BGHSt 49, 8, 12 f.; v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK, StGB, § 316a Rn. 14.

<sup>36</sup> Eisele/Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 240 Rn. 3.

<sup>37</sup> Jahn, JuS 2014, 1135, 1137.

<sup>38</sup> Jäger, JA 2015, 235, 236.

<sup>39</sup> Marxen/Bäcker, famos 1/2003, S. 5; Marxen/Reinhardt, famos 5/2008, S. 6.

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

A steht im Verdacht, in Betäubungsmitteldelikte verwickelt zu sein.

Zur Aufklärung werden umfangreiche Observationen und mehrere Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen durchgeführt, jedoch ohne Erfolg. Daraufhin setzt die Staatsanwaltschaft den Polizeibeamten B zu verdeckten Ermittlungen ein. Dieser versucht A dazu zu überreden, ihm größere Mengen der Droge Ecstasy zu besorgen. A lehnt dies jedoch ab. Infolgedessen bedroht B den A und täuscht diesem bewusst wahrheitswidrig vor, dass er die Drogen brauche, um sie an Dritte zu übergeben. Diese hätten seine Familie mit dem Tod bedroht. Von dieser Geschichte beeindruckt, besorgt A das Ecstasy und übergibt es B, ohne selbst eine Gegenleistung zu erhalten.

Das LG Bonn verurteilt A nach dem BtMG zu einer Freiheitsstrafe. A legt hiergegen Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall operierte B als **verdeckter Ermittler**. Dies sind Polizeivollzugsbeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten Identität (Legende) zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden,

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

Oktober 2015

### Staatliche Einflussnahme-Fall

*Tatprovokation durch verdeckten Ermittler / Strafzumessungslösung / Einfluss von Urteilen des EGMR / Einstellung wegen Verfahrenshindernis*

Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 260 Abs. 3 StPO

#### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation stellt regelmäßig ein nicht behebbares Verfahrenshindernis dar.
2. Urteile des EGMR lassen die Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung entfallen; einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen bedarf es nicht.

BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14; bisher unveröffentlicht.

§ 110a Abs. 2 StPO.<sup>2</sup> B wurde nicht nur zwecks Ermittlungen eingesetzt, sondern als ein „**agent provocateur**“<sup>3</sup> dazu beauftragt, eine Straftat polizeilich kontrolliert herbeizuführen, um die spätere Festnahme und Verfolgung des Beschuldigten zu ermöglichen. Ein solcher **Lockspitzeinsatz**<sup>4</sup> grenzt sich vom bloßen Mitmachen an einer Tat dadurch ab, dass die Tatbereitschaft geweckt oder intensiviert wird,<sup>5</sup> wie dies vorliegend auch seitens B geschehen ist.

Die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes eines Lockspitzels wird unterschiedlich beurteilt: Nach Ansicht des BGH ist ein rechtlich unbedenklicher

<sup>2</sup> Vgl. auch § 20g Abs. 2 Nr. 5 BKAG; *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 24.

<sup>3</sup> Vgl. *Esser*, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 252.

<sup>4</sup> *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 27.

<sup>5</sup> *Bruns*, in Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 110c Rn. 10.

Einsatz möglich.<sup>6</sup> Für die Zulässigkeit verweist er insbesondere auf ein praktisches Bedürfnis, gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, da die Täter ansonsten oftmals nicht überführt werden könnten.<sup>7</sup> Dies wird durch die gesetzliche Wertung bestätigt, denn § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO normiert gerade den Einsatz im Betäubungsmittelbereich. Nötig sei in jedem Fall ein bestehender Anfangsverdacht.<sup>8</sup> Das tatprovokierende Verhalten sei jedoch nur insoweit statthaft, solange eine Abwägung im Rahmen einer Gesamtschau ergebe, dass die polizeilich angeleitete Provokation „**unvertretbar überge-  
wichtig**“ war und damit einem Rechtsstaat nicht mehr entspreche.<sup>9</sup> Hierfür müssten Art, Intensität und Dauer der Einflussnahme in den Blick genommen werden. Diese seien mit der eigenen Tatbereitschaft des Beschuldigten sowie seinen sonstigen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten abzuwägen.<sup>10</sup> Es solle darauf ankommen, ob das Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht aufweist, dass der Beitrag des Beschuldigten demgegenüber in den Hintergrund tritt, was insbesondere bei Anwendung von Gewalt oder massivem psychischen Druck anzunehmen sei.<sup>11</sup>

Gemessen an diesen Kriterien müsste im vorliegenden Fall von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszugehen sein, da B den A psychisch auf massive Weise beeinflusste.

Der EGMR misst den Lockspitzeinsatz an Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, dem Recht auf ein faires Verfahren. Anders als der BGH nimmt der Gerichtshof an, dass verdeckte Ermittler unter keinen Umständen tatprovokierend tätig wer-

den dürfen.<sup>12</sup> Ihre Betätigung müsse sich vielmehr auf eine **weitgehend passive Strafermittlung** beschränken.<sup>13</sup> Sobald der Ermittler die Tat initiiert oder sonst auf den Beschuldigten einwirkt, sei dies konventionswidrig und verletze Art. 6 EMRK.<sup>14</sup> Es sei Aufgabe der Polizei, Straftaten zu verhindern, nicht sie zu erzeugen. Daher könne das öffentliche Interesse an der Verurteilung den Einsatz von Lockspitzeln in keinem Fall rechtfertigen.<sup>15</sup>

Der Gerichtshof prüft hierfür anhand einer **hypothetischen Überlegung**, ob die spätere Tat auch ohne eine staatliche Einflussnahme begangen worden wäre.<sup>16</sup> Selbst der passive Einsatz verdeckter Ermittler bedürfe konkreter objektiver Verdachtsmomente zu Beginn der staatlichen Aktivität,<sup>17</sup> sowie eine dauerhafte Überwachung der Handlungen des Ermittlers durch eine staatliche Stelle.<sup>18</sup> Mittels einer **materiell-rechtlichen Prüfung** soll anhand der genannten Kriterien das Vorliegen einer Tatprovokation festgestellt werden.

Wie die beiden Gerichte ist sich auch die Literatur in der Beurteilung der Zulässigkeit uneins: Teilweise wird der Argumentation des BGH gefolgt.<sup>19</sup> Teil-

<sup>6</sup> BGHSt 45, 321.

<sup>7</sup> BGH NJW 1980, 1761; BGH, Urteil vom 10. Juni 1975 – 1 StR 165/75 –, juris.

<sup>8</sup> Vgl. für den Fall des Lockspitzeinsatzes gegen einen völlig Unverdächtigen: famos, 06/2000.

<sup>9</sup> BGH NJW 1981, 1626.

<sup>10</sup> BGH NJW 1980, 1761.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2009, 405, 406; vgl. EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 52.

<sup>12</sup> EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 49; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 32.

<sup>13</sup> EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 48; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 38; EGMR, Ramanauskas v. Lithuania, 74420/01, Rn. 55.

<sup>14</sup> EGMR, Calabro v. Italy and Germany, 59895/00, Rn. 5; vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 121.

<sup>15</sup> EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 36; EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 47.

<sup>16</sup> EGMR, Bannikova v. Russia, 18757/06, Rn. 37.

<sup>17</sup> EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 50.

<sup>18</sup> *Esser* (Fn. 3), Art. 6 EMRK Rn. 255.

<sup>19</sup> *Bruns* (Fn. 5), § 110c Rn. 9; *Hegmann*, in Graf, StPO, 20. Aufl. 2015, § 110c Rn. 8 ff.; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. 2005, § 110a Rn. 1.

weise wird der tatprovokierende Einsatz verdeckter Ermittler wegen einer fehlenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für rechtswidrig erachtet,<sup>20</sup> insbesondere reiche § 110a Abs. 1 StPO nicht aus, da dieser den Einsatz nur zur „Aufklärung von Straftaten“ erlaube. Eine solche gesetzliche Ermächtigung könne aber, da sie in jedem Fall verfassungs- und konventionswidrig wäre, auch nicht eingeführt werden.<sup>21</sup>

Genauso umstritten wie die Frage, wann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt, ist, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Auch hierbei werden in der Literatur unterschiedliche Standpunkte vertreten: Eine Meinung nimmt ein **Verfahrenshindernis** an.<sup>22</sup> Begründet wird dies mit einer Verwirkung des Strafanspruchs sowie einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Strafrechtspflege.<sup>23</sup> Teilweise werden zur Begründung auch Art. 1 und 2 GG herangezogen oder das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörde (**venire contra factum proprium**) angeführt.<sup>24</sup> Ebenso verbreitet ist die Ansicht, dass ein **Beweisverwertungsverbot** der durch den Lockspitzel gewonnenen Erkenntnisse anzunehmen sei.<sup>25</sup> Die Folge einer belastenden Ermittlungsmaßnahme ohne eine tragfähige Rechtsgrundlage bestimme sich nach den allgemeinen Regeln, die zwar nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hätten, sich bei schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte jedoch aus dem Grundgesetz

ergäben.<sup>26</sup>

Teilweise wird eine materiell-rechtliche Lösung vertreten, wonach die unzulässige Tatprovokation zu einem **Strafaufhebungs-** oder **Strafausschließungsgrund** führe. Wenn es zu einer Hauptverhandlung kommt, sei der Freispruch alleinig geeignet, der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation Genüge zu tun.<sup>27</sup> Die Einstellung gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (bei Annahme eines Verfahrenshindernisses) oder der Freispruch „aus Mangel an Beweisen“ (bei einem Beweisverwertungsverbot) würden der begangenen Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs des Angeklagten nicht gerecht.<sup>28</sup> Gegen diese Lösung wird aber angeführt, dass eine Unterscheidung zwischen materiellem Strafrecht und Prozessrecht nötig sei.<sup>29</sup> Außerdem seien Strafausschließungsgründe auf Personen oder Tatsituationen zugeschnitten, nicht auf Ermittlungsmaßnahmen.<sup>30</sup>

Der EGMR sieht sich bei seinem Rechtsfolgenausspruch zunächst der Einschränkung ausgesetzt, dass er lediglich einen Konventionsverstoß feststellen kann (vgl. Art. 34, 41 EMRK). Demnach seien Ermittlung und Erhebung der Beweise Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte; der EGMR habe sich auf die Prüfung zu beschränken, ob das **Verfahren als Ganzes „fair“** war (sogenannte Gesamtbeurteilungslehre).<sup>31</sup> Der Gerichtshof betont, dass dem Opfer eines Lockspitzeleinsatzes bereits durch die Tatprovokation selbst sein Recht auf ein faires Verfahren endgültig genommen werde – eine Heilung komme nicht in Betracht.<sup>32</sup>

<sup>20</sup> Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 96; Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, 128.

<sup>21</sup> Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 141 f.; a.M. vgl. Voller (Fn. 20), S. 60.

<sup>22</sup> Herzog, StV 2003, 410, 412; Hillenkamp, NJW 1989, 2843; Meyer, ZStW 1983, 834, 853.

<sup>23</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 37 Rn. 7.

<sup>24</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 20.

<sup>25</sup> Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292.

<sup>26</sup> Vgl. BGHSt 57, 71; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13.

<sup>27</sup> Wolter, NStZ 1993, 1, 10.

<sup>28</sup> Vgl. Roxin, JZ 2000, 369; Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 141 f.

<sup>29</sup> Tyszkiewicz (Fn. 2), S. 212.

<sup>30</sup> Voller (Fn. 20), S. 107.

<sup>31</sup> EGMR, Furcht v. Germany, 54648/09, Rn. 46; EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 34.

<sup>32</sup> EGMR, Teixeira de Castro v. Portugal, 44/1997/828/1034, Rn. 39.

Da es auf die konkrete Verwendung von durch den Lockspitzel gewonnenen Beweismitteln im Prozess nicht mehr ankomme, könnte man dies als Einstehen des EGMR für ein Verfahrenshindernis ansehen.<sup>33</sup> Die gefestigte Formel des EGMR, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Straftat den Gebrauch der durch eine Tatprovokation gewonnenen Beweismittel niemals rechtfertigen könne,<sup>34</sup> wird in der aktuellen Entscheidung „Furcht v. Germany“ zur Thematik präzisiert: Dort heißt es, dass nur ein „Ausschluss“ sämtlicher Beweismittel eine angemessene Wiedergutmachung des Lockspitzeinsatzes sein könne.<sup>35</sup> Alle anderen Lösungen müssten als unzureichend ausscheiden. Dies spricht eher für die Annahme eines (unselbstständigen)<sup>36</sup>

**Beweisverwertungsverbotes.** Bei einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz kann es daher nach Ansicht des EGMR kein faires Strafverfahren geben.

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die **Strafzumessungslösung**. Demnach muss die rechtsstaatswidrige Tatprovokation materiell als schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund innerhalb der Strafzumessung berücksichtigt werden. Dafür wird zunächst eine tat- und schuldangemessene Strafe im Urteil bestimmt, die sodann (massiv) zu mildern ist.<sup>37</sup> Hierbei muss der Verstoß gegen Art. 6 EMRK im Urteil ausdrücklich festgestellt werden, da die Strafmilderung als gerechte Entschädigung i.S.d. Art. 41 EMRK gelten soll.<sup>38</sup>

Der Ansatzpunkt früherer Entscheidungen des BGH, wonach ein Verfah-

renshindernis bei Lockspitzeinsätzen in Betracht komme,<sup>39</sup> wurde durch die Strafsenate aufgegeben; eine Einstellung komme keinesfalls in Betracht.<sup>40</sup> Der BGH führte bislang gegen die Einstellung an, dass auch der Einsatz verbotener Vernehmungsmassnahmen lediglich ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe (§ 136a Abs. 3 StPO) und gerade nicht zur Einstellung des Verfahrens führe.<sup>41</sup> Außerdem werde sonst der Individualrechtsgüterschutz unbeteiligter Dritter in Gefahr gebracht. Auch die Lösung mittels eines Beweisverwertungsverbotes wird – in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR – verworfen, denn ein solches könne immer nur die einzelne Ermittlungsmaßnahme betreffen und nicht die provozierte Tat insgesamt.<sup>42</sup>

Ferner bemängelte der BGH bei den materiellen Lösungen sowie bei der Annahme eines Verfahrenshindernisses oder eines Beweisverwertungsverbotes, dass es sich hierbei um „Alles-oder-Nichts“-Lösungen handle. Demgegenüber könne man durch die flexible Strafzumessung der unterschiedlichen Intensität der staatlichen Beeinflussung gerecht werden und Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen.<sup>43</sup> Dieses Argument trägt freilich nur, wenn man den nichtpassiven Lockspitzeinsatz nicht per se für unzulässig erachtet.

Das BVerfG misst den Lockspitzeinsatz am Recht auf ein faires Verfahren, das grundgesetzlich durch **Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG** geschützt sei.<sup>44</sup> Hierbei müsse der Anspruch des Angeklagten, nicht zum **Objekt staatlichen Handelns** gemacht zu werden<sup>45</sup>, mit dem durch das Rechtsstaatsprinzip verbürgten kollekt-

<sup>33</sup> Gaede, *Fairness als Teilhabe* 2007, S. 209; *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 130.

<sup>34</sup> EGMR, *Furcht v. Germany*, 54648/09, Rn. 47; EGMR, *Teixeria de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, Rn. 36.

<sup>35</sup> EGMR, *Furcht v. Germany*, 54648/09, Rn. 64.

<sup>36</sup> Vgl. *Kindhäuser*, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl. 2013, § 23 Rn. 5.

<sup>37</sup> BGHSt 45, 321, 332.

<sup>38</sup> Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 215.

<sup>39</sup> BGH NJW 1980, 1761; BGH NJW 1981, 1626.

<sup>40</sup> BGHSt 32, 345, 350; 45, 321, 333.

<sup>41</sup> Vgl. *Voller* (Fn. 20), S. 110.

<sup>42</sup> BGHSt 45, 321, 335.

<sup>43</sup> Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 2), S. 216.

<sup>44</sup> BVerfGE 133, 168, 200; BVerfG NJW 2015, 1083, 1085.

<sup>45</sup> BVerfG NSTZ 1995, 95, 96.

tivrechtlichen **Gebot materieller Gerechtigkeit**<sup>46</sup> abgewogen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren sei dabei nur verletzt, wenn „rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben“ wurde.<sup>47</sup> Demgemäß könne bei einer Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen eine Verfahrenseinstellung verfassungsrechtlich geboten sein.<sup>48</sup> Im Übrigen sei die Strafzumessungslösung des BGH ausreichend. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der EMRK, die – obwohl innerstaatlich im Range eines Bundesgesetzes stehend – bei der Auslegung der Verfassung zu berücksichtigen sei.<sup>49</sup> Zwar stimme die Strafzumessungslösung dogmatisch nicht mit der Lösung des EGMR überein, das BVerfG betont allerdings die Eigenständigkeit der deutschen Rechtsordnung. So dürfe es keine „schematische Vollstreckung“ der EGMR-Urteile geben. Diese müssten vielmehr „möglichst schonend“ in die deutsche Strafrechtsdogmatik eingeführt werden, was durch den BGH hinreichend geschehe.<sup>50</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Bonn auf und stellt das Verfahren ein. A sei durch B rechtsstaatswidrig zur Straftat provoziert worden. Dies stelle ein nicht behebbares Verfahrenshindernis dar, das zur Einstellung des Verfahrens führe.

Dies ist eine eindeutige Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung und der Strafzumessungslösung. Dabei nimmt der 2. Strafsenat des BGH das EGMR-Urteil „Furcht v. Germany“ zum Anlass, seine Rechtsprechung zum rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz an die des EGMR anzugleichen. Der EGMR habe in diesem Urteil ausgesprochen, dass die Strafzumessungslösung als

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1085; auch BGHSt 57, 250, 284.

<sup>47</sup> BVerfGE 57, 250, 276.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.

<sup>49</sup> BVerfGE 111, 307, 316 ff.; 128, 326, 327 f.

<sup>50</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1086.

Kompensation nicht hinreichend sei. Deshalb müsse, zumindest in den Fällen, in denen der BGH bisher eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation angenommen hat, das Verfahren aufgrund eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden.

Offen bleibt, ob sich der BGH in Zukunft auch bei der Frage, wann der Lockspitzeinsatz zulässig ist, an den wesentlich weiteren Kriterien des EGMR orientieren will.

Die Abweichung des 2. Senats von den anderen Strafsenaten bedeute keine **Divergenz**, die ein Vorlageverfahren gemäß § 132 Abs. 2 GVG nötig machen würde. Die Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen sei entbehrlich, da durch das EGMR-Urteil die Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung des BGH entfallen sei.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Insbesondere die Staatsanwaltschaften werden sich mit den Konsequenzen des Urteils auf ihre Ermittlungspraxis auseinandersetzen müssen. Konsequenterweise müssten sie, sollte es zu einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz kommen, bereits im Ermittlungsverfahren eine Verfahrenseinstellung verfügen. Geht man noch einen Schritt weiter, wird man ganz grundsätzlich über den Einsatz von nicht lediglich passiv agierenden verdeckten Ermittlern nachdenken müssen. Auch im Rahmen der universitären Fallbearbeitung muss der Rechtsprechungswandel künftig miteinbezogen und auf ihn hingewiesen werden. Dabei könnte von den Studierenden zu erwarten sein, in einer Klausur neben der grundsätzlichen Rolle von EMRK und EGMR, auch die Unzulänglichkeiten der bisher vertretenen Strafzumessungslösung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK herauszuarbeiten.

### 5. Kritik

Das Urteil ist aus zweierlei Gründen zu begrüßen: Materiell überzeugt die An-

nahme eines Verfahrenshindernisses, weil sie die einzig sachgerechte Lösung der Lockspitzelproblematik darstellt. Der BGH scheint zu erkennen, dass es Aufgabe der Ermittlungsbehörden ist, Straftaten aufzuklären, anstatt sie herbeizuführen. Es scheint paradox, einerseits Straftaten auszulösen, um sie dann andererseits von einer vermeintlich moralisch höheren Ebene aus abzuurteilen.

Auch die Kammern des BVerfG hatten zwar die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung erkannt, dies trotz zahlreicher Fälle, in denen eine Verfahrenseinstellung in Erwägung gezogen wurde, jedoch nie angenommen.<sup>51</sup> Umso mehr erfreut das aktuelle Urteil des BGH, das die wünschenswerte Konsequenz erhoffen lässt, dass jede rechtsstaatswidrige Tatprovokation ein Verfahrenshindernis nach sich zieht.

Der Einsatz der verdeckten Ermittler sollte – streng nach § 110a StPO und entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EGMR – auf den ausschließlich passiv ermittelnden Einsatz beschränkt bleiben. Hierbei wird nicht in die Willensbildung des Beschuldigten eingegriffen und somit nicht gezielt ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt.

Ferner ist positiv hervorzuheben, dass sich die deutsche Rechtsordnung durch das Urteil ein wenig weiter für die Rechtsprechung des EGMR geöffnet hat. Dies korrespondiert mit jüngeren Entscheidungen des BVerfG, das diese Öffnung verfassungsrechtlich billigt und begrüßt.<sup>52</sup> Allerdings könnte die unterschiedliche Bindungskraft der EMRK noch weitere Konsequenzen nach sich ziehen: Da die EMRK innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes steht,<sup>53</sup> ist der BGH unmittelbar an diese gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>54</sup>. Außerdem müssen die Entscheidungen des EGMR

Demgegenüber stellt die EMRK für die Interpretation des Grundgesetzes lediglich eine „Auslegungshilfe“ dar.<sup>55</sup> Durch sein obiter dictum, zukünftig womöglich bei jedem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz ein Verfahrenshindernis anzunehmen, geht der BGH bedeutend weiter als das BVerfG. Dies hält eine Einstellung, wie dargestellt, nur in „extremen Ausnahmefällen“<sup>56</sup> für geboten, um auch das Gebot materieller Gerechtigkeit<sup>57</sup> durchzusetzen. Die weite Auslegung des BGH könnte verfassungsrechtlich bedenklich sein, weil sie dieses Prinzip nicht hinreichend berücksichtigt. Zutreffend wird man jedoch annehmen müssen, dass das Gebot materieller Gerechtigkeit gar nicht tangiert ist, weil bei einem rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatz durch eine Verurteilung wegen der staatlichen Intervention keine Sühne und damit keine Gerechtigkeit erbracht werden kann. Jedenfalls muss dem Recht auf ein faires Verfahren der Vorrang eingeräumt werden.

Die Bedeutung der EMRK für das nationale Recht wurde durch die Entscheidung deutlich gestärkt. Das Argument des BGH, durch die Rechtsprechungsänderung künftig weitere Völkerrechtsverletzungen Deutschlands zu vermeiden, überzeugt nachhaltig: Durch die Internationalisierung des Rechts hat die Einhaltung völkervertraglicher Verpflichtungen enorme Bedeutung erlangt. Die Entscheidung des BGH ist daher aufgrund der stärkeren Berücksichtigung der EMRK der Entscheidung des BVerfG vorzuziehen. Dies liegt auch an der Entschlossenheit, eine gut 30-jährige Rechtsprechung<sup>58</sup> zu ändern.

*(Laura vom Kolke / Kolja Ellerbrok)*

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2015, 1083; BVerfG, Beschluss v. 11.01.2005 – 2 BvR 1389/04 – juris; BVerfG NJW 1995, 95.

<sup>52</sup> BVerfGE 120, 180, 199.

<sup>53</sup> BVerfGE 111, 307, 315 f.

<sup>54</sup> BVerfGE 111, 307, 323.

<sup>55</sup> BVerfGE 120, 180, 200.

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2015, 1083.

<sup>57</sup> BVerfG NJW 2015, 1083.

<sup>58</sup> Seit BGHSt 32, 345.

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

Der aus dem Irak stammende A lebt seit 2002 in Deutschland. Sein Asylantrag ist 2005 rechtskräftig abgelehnt worden und A besitzt seitdem eine befristete Duldung. Die Ausländerbehörde ordnet nunmehr seine Abschiebung für Februar 2014 an.

Im Januar 2014 wird A jedoch eine weitere Duldung (Abschiebestopp) bis April 2014 erteilt. Bereits eine Woche nach Erlass der Duldung beauftragt die Ausländerbehörde die zuständige Polizeidirektion trotzdem mit der Abschiebung des A. Der Polizei wird zudem mitgeteilt, dass A über die Abschiebung informiert worden sei. Diese Ankündigung ist jedoch versehentlich nicht erfolgt.

Als zwei Beamte bei A erscheinen, um die Rückführung durchzuführen, reagiert A überrascht und übergibt seine bis April 2014 ausgestellte Duldung. Als die Polizisten ihn trotzdem auffordern, sie zu begleiten, weigert sich A. Stattdessen ergreift er ein Küchenmesser, hält sich dieses an den Hals und fordert die Duldung zurück.

Auf Grund dieser Suiziddrohung händigen die Beamten dem A die Duldung wieder aus und verlassen die Wohnung. Während die Polizei Verstärkung zur Wohnung des A schickt, be-

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

## November 2015 Abschiebungs-Fall

*Rechtswidrigkeit von Amtshandlungen i.S.d. Notwehrlage / Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff*

§ 32 Abs. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiter:

1. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Angriffs i.S.d. Notwehrrechts gem. § 32 Abs. 2 StGB findet bei Hoheitsträgern ein spezieller strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff Anwendung.
2. Eine hoheitliche Maßnahme gilt als rechtmäßig, soweit der Beamte örtlich und sachlich zuständig ist, die wesentlichen Förmlichkeiten einhält und sein Ermessen pflichtgemäß ausübt.
3. Die Duldungspflicht des Bürgers endet, wenn der Beamte schuldhaft irrt, willkürlich handelt, sein Amt missbraucht oder der Verwaltungsakt nichtig ist.

BGH, Urteil vom 9. Juni 2015 –1 StR 606/14; veröffentlicht in NSTZ 2015, 574.

gibt sich dieser mit dem Küchenmesser in den Geräteschuppen eines Nachbarn.

Die anrückende Polizei findet A schließlich dort vor. Um sich den Weg freizukämpfen, sticht A dreimal auf den später hinzugekommenen Beamten B ein. Dabei rechnet er damit, dass B durch die Stiche getötet werden könnte. Der durch ein Kettenhemd geschützte B bleibt jedoch unverletzt.

Das LG Stuttgart verurteilt A wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB.<sup>2</sup> A legt daraufhin Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem liegt hierbei in der Frage, ob A in Notwehr nach § 32

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

Abs. 1 gehandelt hat. Notwehr setzt nach § 32 Abs. 2 einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus. Die Festnahme des A stellt einen gegenwärtigen Angriff auf dessen Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG dar. Die Rechtswidrigkeit eines polizeilichen Angriffs wird jedoch anders beurteilt als die eines Angriffs durch Private.

Teile der Literatur knüpfen diesbezüglich an die **verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit** an, wohingegen insbesondere die Rechtsprechung losgelöst vom Verwaltungsrecht einen eigenen **strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff** verfolgt.

Ausgangspunkt des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs ist die materielle Rechtmäßigkeit des Handelns der Beamten.<sup>3</sup> Alleinige Voraussetzung ist hiernach, dass der handelnde Amtsträger sachlich und örtlich zuständig ist, die wesentlichen Förmlichkeiten einhält und innerhalb seines Ermessensspielraums pflichtgemäß vorgeht.<sup>4</sup> Den Bürger treffe beim Vorliegen dieser Voraussetzungen eine Duldungspflicht, selbst wenn sich bei einer ex-post-Betrachtung die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts herausstellt.<sup>5</sup>

Der Schutz des Hoheitsträgers ende jedoch, sobald dieser sich in einem schuldhaften Irrtum über die Situation befindet, willkürlich handelt oder sein Amt missbraucht. Dann sei der Angriff ohnehin als rechtswidrig anzusehen und dem Bürger stehe ein Notwehrrecht zu.<sup>6</sup> Zentrales Argument ist der **Schutz der Vollzugsbeamten**, welcher nur durch den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff gewährleistet werden könne.

In den Fokus wird auch der wirksame Schutz des Rechts und der staatlichen Ordnung gestellt. Die vollstreckenden Amtsträger müssten sich meist auf die Ermittlung des äußeren Sachverhalts beschränken, rasche Entschei-

dungen treffen und alsbald durchführen können. Es sei regelmäßig keine Zeit für genauere rechtliche Erörterung. Die Entschlusskraft der Vollstreckungsbeamten bei der Amtsausübung solle nicht gelähmt werden.<sup>7</sup> Außerdem würde die Staatstätigkeit bei Gewährung des Notwehrrechts behindert werden, sofern Beamte aus Angst vor Notwehrakten ihren Vollstreckungspflichten nicht nachkämen.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung gewährt damit dem Staat ein Irrtumsprivileg.<sup>9</sup>

Zudem könne **späterer Rechtsschutz** erlangt werden, um somit die Rechtmäßigkeit eines Handelns festzustellen.<sup>10</sup> In der konkreten Situation müsse der Bürger das Irrtumsrecht des Staates auch deshalb hinnehmen, da die Gründe wirksamer polizeilicher Vollzugstätigkeit darüber hinaus im Interesse des Bürgers selbst stünden.<sup>11</sup>

Schließlich lehnt die Rechtsprechung die Gewährung des vollumfänglichen Notwehrrechts als eine untragbare Konsequenz für den Vollzugsbeamten ab. In einer Situation, in der ein Privater sich in Notwehr gegen einen Beamten wehrt, würde dieser wiederum umso stärker dagegenhalten, da er wohl trotzdem von der Rechtmäßigkeit seines Vorgehens überzeugt wäre. Es würde somit einer massiven Gegenwehr bedürfen, um sich gegen einen bewaffneten Polizisten zu wehren. Eine solche Gegenwehr könne im Zweifel zum Tod des Beamten führen.<sup>12</sup> Dies soll mit einem eigenen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff vermieden werden.

Der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff erfährt in der Literatur in unterschiedlicher Richtung Kritik.

Zum einen wird gegen ein **Irrtumsprivileg des Staates** argumentiert, ein solches entbehre der erforderlichen

<sup>3</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 217, 223.

<sup>4</sup> BGHSt 4, 161, 164.

<sup>5</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 227.

<sup>6</sup> BGHSt 21, 334, 363; 4, 161, 164 f.

<sup>7</sup> BGHSt 4, 161, 163, 164.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe NJW 1974, 2142, 2143.

<sup>9</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 11.

<sup>10</sup> BVerfGK 11, 102, 110.

<sup>11</sup> BGHSt 4, 161, 164.

<sup>12</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 222.

gesetzlichen Grundlage und der Staat schaffe sich eigenmächtig hoheitliche Eingriffsbefugnisse.<sup>13</sup> Zudem würden dem rechtsunterworfenen Bürger höhere Duldungspflichten auferlegt, als es das Gesetz verlange.<sup>14</sup> Die Bürgerrechte würden unangemessen eingeschränkt, was für einen Rechtsstaat nicht tragbar sei.<sup>15</sup> Darüber hinaus sei es in einem solchen auch nicht hinnehmbar, mit einem besonderen Irrtumsrecht für den Staat die **Einheit der Rechtsordnung** zu durchbrechen<sup>16</sup>.

Auch wird teilweise die von der Rechtsprechung gesetzte Willkürgrenze des Vollzugshandelns für unzumutbar gehalten. Es könne vom Angegriffenen nicht verlangt werden zu wissen, ob der handelnde Amtsträger gerade irrt oder willkürlich handelt.<sup>17</sup> Auch die Möglichkeit des späteren Rechtsschutzes könne nicht überzeugen, denn beispielsweise in Fällen von Freiheitsberaubung oder Körperverletzung ließen sich unzulässige Rechtsgutverletzungen nicht mehr ungeschehen machen.<sup>18</sup> Es sei demnach notwendig, dass ein Bürger sich auch bei rechtswidrigem Handeln von Amtsträgern der Notwehr bedienen könne. Schließlich sei, anders als z.B. das Selbsthilferecht aus § 229 BGB, die Notwehr primär ein Recht, das keine Anrufung obrigkeitstaatlicher Hilfe voraussetze.<sup>19</sup> Den Schutz des irrenden Beamten gewährleisteten bereits spezielle Verdachtstatbestände wie § 127 Abs. 2 StPO, der eine vorläufige Festnahme bei dringendem Tatverdacht erlaubt.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> *Rönnau*, in LK, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 64.

<sup>14</sup> *Rönnau/Hohn*, in LK (Fn. 13), § 32 Rn. 119.

<sup>15</sup> *Kindhäuser*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 69.

<sup>16</sup> *Erb*, Gössel-FS, 2002, S. 225.

<sup>17</sup> *Kindhäuser*, in NK (Fn. 15), § 32 Rn. 69.

<sup>18</sup> *Roxin* (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>19</sup> *Kindhäuser*, in NK (Fn. 15), § 32 Rn. 69.

<sup>20</sup> *Roxin* (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

Vor allem um den Schutz der Bürger zu verbessern oder die Einheit der Rechtsordnung sicherzustellen, legen verschiedene Meinungen in der Literatur den Fokus auf die dem Vollzugsakt zu Grunde liegende Verfügung, stellen also regelmäßig eine Verbindung zur betreffenden verwaltungsrechtlichen Entscheidung her. Wie dieser Anknüpfungspunkt zum Verwaltungsrecht ausgestaltet sein soll, ist allerdings umstritten.

Vertreter der sog. **Wirksamkeitslehre** stellen auf die Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Verwaltungsakts ab.<sup>21</sup> Nur ein nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtiger Verwaltungsakt begründe die Rechtswidrigkeit des Handelns des Amtsträgers.<sup>22</sup> Die bloße Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes reiche hingegen nicht aus.<sup>23</sup> Dafür wird im Wesentlichen aufgeführt, dass kein strafrechtliches Notwehrrecht bestehen könne, sofern eine verwaltungsrechtliche Duldungspflicht vorliege.<sup>24</sup> Die Wirksamkeitslehre geht somit im Gegensatz zum strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff noch weiter.

Der **vollstreckungsrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff** verlangt darüber hinaus die Vollstreckbarkeit des Vollzugsaktes.<sup>25</sup> Hierbei wird die Rechtmäßigkeit an den Normen gemessen, an denen sich der Beamte beim Vollzug zu orientieren hat. Ohnehin dürfe der Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtswidrig und somit nichtig sein.<sup>26</sup> Diese Ansicht setzt demnach an die Rechtmäßigkeit höhere Voraussetzungen als die Rechtsprechung und die Wirksamkeitslehre. Hierzu wird angeführt, dass bei Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Duldungspflicht kein

<sup>21</sup> *Wagner*, JuS 1975, 224, 225 ff.

<sup>22</sup> *Engländer*, NStZ 2015, 574, 584.

<sup>23</sup> *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. 2015, § 7 Rn. 668.

<sup>24</sup> *Erb*, Gössel-FS, 2002, S. 226.

<sup>25</sup> *Paeffgen*, in NK, StGB, Band 2, 4. Auflage 2013, § 113 Rn. 40.

<sup>26</sup> *Amelung*, JuS 1986, 329, 336.

strafrechtliches Notwehrrecht entgegenstehen könne.<sup>27</sup>

Der **materielle Rechtmäßigkeitsbegriff** fordert die vollständige verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Hoheitsaktes. Eine Duldungspflicht sei abzulehnen, wenn die Voraussetzungen der zugrundeliegenden verwaltungsrechtlichen Bestimmungen nicht vorliegen.<sup>28</sup> Maßgeblich sei dabei eine ex-post-Betrachtung des Handelns des Amtsträgers. Eine sich nachträglich herausstellende Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führe daher zu einem rechtswidrigen Angriff des Beamten. Sich dagegen wehrende Bürger blieben somit straffrei.<sup>29</sup> Als maßgebliche Begründung führen die Vertreter an, dass das vom BGH verfolgte Irrtumsprivileg des Staates in einer Demokratie der Relativierung bedürfe. Die Freiheit der Bürger müsse gewahrt werden. Hierzu reiche ein nachträglicher Rechtsschutz bei unzulässigen Vollstreckungen, insbesondere bei schwerwiegenden Rechtsgüterverletzungen, nicht aus.<sup>30</sup>

Gegen die verwaltungsrechtsorientierten Ansichten wird wiederum eingewendet, dass auch diese nicht unbedingt zu einer Besserstellung des Bürgers führten. Zum einen spreche gegen den materiellen Rechtmäßigkeitsbegriff, dass dieser den Bürgern nicht mehr Rechtssicherheit gewährleiste, sondern vielmehr solche nehmen würde. Denn die Bürger könnten sich in der Tatsituation nicht an das polizeiliche Handeln halten, sondern seien abhängig von einer später ergehenden Gerichtsentscheidung, die dann ggf. die Rechtswidrigkeit seines Handelns feststelle.<sup>31</sup> Zum anderen schränke bei näherer Betrachtung auch die Wirksamkeitslehre die Rechte der Bürger ein, da nicht einmal das Fehlen der rechtlichen Anforderungen an das Handeln von Beamten zur Nichtigkeit der Anordnung und

somit zu dessen Rechtswidrigkeit führe. Somit würden Beamte noch stärker privilegiert werden.<sup>32</sup> Zuletzt wird gegen die Vollstreckungstheorie eingewendet, dass fast jeder Fehler der Beamten zum Entfall der Duldungspflicht führen würde. Vollzugsbeamte müssten dann oftmals eine (durch Notwehr gerechtfertigte) Gegenwehr befürchten und würden selbst ein Strafbarkeitsrisiko eingehen, wenn sie auf diese mit Gegengewalt reagierten.<sup>33</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision zurück und bestätigt das Urteil des LG Stuttgart. Der Gerichtshof hält an seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>34</sup> bezüglich der Voraussetzungen an die Rechtmäßigkeit i.R.d. § 113 Abs. 3 und damit am strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff fest. Erstmals wendet er diesen auf die Rechtswidrigkeit eines Angriffes gem. § 32 Abs. 2 an.

Ein Angriff durch Polizeibeamte soll demnach auch weiterhin strafrechtlich rechtmäßig sein, wenn diese sachlich und örtlich zuständig sind und die wesentlichen Förmlichkeiten einhalten. Die Duldungspflicht ende, sobald die Beamten in einem schuldhaften Irrtum oder willkürlich handeln. Als weitere Grenze der Rechtmäßigkeit des Polizeihandelns nennt der BGH die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes.

Der Angriff des B auf A sei demnach nicht rechtswidrig gewesen, denn B und die restlichen Beamten handelten innerhalb der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und hielten die wesentlichen Förmlichkeiten ein.

Zudem verneint der BGH einen schuldhaften Irrtum des B über die Erforderlichkeit der Ingewahrsamnahme des A. Es sei zwar nicht aufgeklärt worden, ob B Kenntnis von der Duldung des A hatte, jedoch läge auch bei Kenntnis kein schuldhafter Irrtum vor.

<sup>27</sup> Pfaeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 42.

<sup>28</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>29</sup> Paeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 45.

<sup>30</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 11.

<sup>31</sup> Paeffgen, in NK (Fn. 25), § 113 Rn. 46.

<sup>32</sup> Roxin (Fn. 9), § 17 Rn. 8.

<sup>33</sup> Erb, Gössel-FS, 2002, S. 230.

<sup>34</sup> BGHSt 21, 334, 363; 4, 161, 164 f.

Begründet wird dies zum einen mit der Information durch die Ausländerbehörde an die Polizei, welche keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebung hervorgerufen habe. Auch das Vorzeigen der Duldung durch A am Tattag konnte zu keinem schuldhaften Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Rückführung führen. Es sei den Polizisten wegen des Zeitpunkts der Rückführung (4.30 Uhr) nicht möglich gewesen, die Echtheit der Duldung zu klären.

Zudem führt der BGH an, dass kein endgültiger Rechtsverlust des A gedroht habe, da eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Abschiebung bis zum Abflug um 10.10 Uhr noch möglich gewesen wäre. Darum habe A die Freiheitsentziehung dulden müssen.

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

§ 32 ist eine Norm von höchster Prüfungsrelevanz. Da ein Fall, der die Problematik der Rechtswidrigkeit eines Angriffs durch Vollzugsbeamte mit sich bringt, fundierte Kenntnisse im Strafrecht, aber auch im Verwaltungsrecht voraussetzt, ist eine solche Konstellation im Hinblick auf das erste Examen oder auch auf das Referendariat interessant.

Bei der Bearbeitung sollte beachtet werden, dass die Beurteilung eines rechtswidrigen Angriffs i.S.d. § 32 Abs. 2 in Form einer hoheitlichen Maßnahme noch immer umstritten ist.

Hält man sich mit dem BGH an den Begriff der strafrechtlichen Rechtmäßigkeit, müssen stets die Grenzen, die der Duldungspflicht des Bürgers gesetzt sind, beachtet werden. Die weiteren Voraussetzungen der Notwehr<sup>37</sup> dürfen darüber hinaus nicht unbeachtet bleiben. Im Übrigen ist auf § 113 Abs. 3 hinzuweisen, für welchen schon vorher der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff galt. Hier kann derselbe Meinungsstreit geführt werden.

<sup>37</sup> Rengier, Strafrecht AT, 7. Auflage 2015, § 18 Rn. 5 ff.

In der Praxis bleibt es dabei, dass Betroffene kaum eine Möglichkeit haben, sich direkt gegen den Angriff eines Vollzugsbeamten zu wehren, denn der BGH hält an der weitreichenden Duldungspflicht fest. Da es in der Praxis häufig Schwierigkeiten bereiten dürfte, festzustellen, ob ein Beamter noch innerhalb seiner gesetzten Grenzen handelt, sollte den Anweisungen Folge geleistet werden, um sich nicht strafbar zu machen. Eine Gegenwehr wäre in vielen Fällen wohl nicht vom Notwehrrecht gedeckt und führte zu einer Strafbarkeit, auch wenn der Verwaltungsakt, aufgrund dessen die Polizei tätig wird, rechtswidrig ist. Später sollte im Zweifelsfall eine gerichtliche Entscheidung eingeholt werden.

#### **5. Kritik**

Der BGH macht in seiner Entscheidung deutlich, in welchem Rahmen der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff anzuwenden ist und welche Grenzen ihm gesetzt sind.

Zum einen wird den Betroffenen durch die geringen Anforderungen, die an den Beamten gestellt werden, allerdings eine zu hohe Duldungspflicht auferlegt. Denn sie befinden sich schließlich ohnehin in der schwächeren Position gegenüber dem Staat. Dass die Polizei innerhalb der wesentlichen Förmlichkeiten und nicht willkürlich handelt, sollte in einem Rechtsstaat selbstverständlich sein. Bürgern schon bei Vorliegen dieser Voraussetzungen das Notwehrrecht abzuspochen, kann deren Schutz nicht genügen. Grundsätzlich ermöglicht der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff auch über das Erfordernis des pflichtgemäßen Ermessens des Beamten allerdings die nötige Flexibilität, um auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles einzugehen.

Die Anwendung auf den konkreten Fall überzeugt hier jedoch nicht vollends. Der BGH übergeht die selbst gesetzten Grenzen seines strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes. So schenkt er der vorgezeigten Duldung kaum Be-

achtung, indem er argumentiert, dass die Einsicht der Beamten in das Dokument zu kurz gewesen sei, um die Echtheit festzustellen. Doch spätestens nach Verlassen der Wohnung hätten sich die Beamten um Informationen über A bemühen müssen.

Außerdem habe A die Prüfung durch seine Suiziddrohung selbst vereitelt und eine solche sei ohnehin zwischen 4:00 Uhr und 4:30 Uhr nicht durchführbar gewesen. Die Argumentation der frühen Tageszeit überzeugt nicht. Der Staat muss dafür sorgen, dass die Möglichkeit für Rückfragen besteht sofern eine Abschiebung um diese Uhrzeit angeordnet wird.

Der BGH spricht den Vollzugsbeamten jegliche Eigenverantwortung ab, obwohl ein flexibles Handeln der Beamten in solchen Situation maßgeblich sein kann. A wurde nicht über die Abschiebung informiert und war auf eine Prüfung der Duldung durch die Beamten angewiesen. Es schränkt den Rechtsschutz des Einzelnen ein, wenn Beamte blind ihre Anordnungen befolgen, denn bei extremen Fällen wie einer Abschiebung ist ein ausreichender präventiver Rechtsschutz in hohem Maße entscheidend.

Bei tief in die Lebensgestaltung eingreifenden Maßnahmen wie einer Abschiebung sollte es möglich sein, die Anforderungen an das Handeln der Beamten im Sinne des Bürgers anzuheben. Schließlich macht es durchaus einen Unterschied, ob eine Ausweiskontrolle oder eine Festnahme zwecks Abschiebung geduldet werden muss. Bei Eingriffen in hochrangige Rechtsgüter reicht auch ein nachträglicher Rechtsschutz daher nicht immer aus. Schließlich wäre der dem Abflug für A endgültig gewesen und hätte die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes für ihn in hohem Maße erschwert oder sogar unmöglich gemacht. Der BGH geht auf diesen Umstand in keiner Weise ein.

Ob B über die Möglichkeit des Vorhandenseins einer Duldung unterrichtet wurde, blieb unklar. Der BGH erklärt

diesen Umstand auch für unerheblich. Selbst wenn B von der vorgezeigten Duldung gewusst habe, liege kein schuldhafter Irrtum vor.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Kenntnis von der Duldung keine Konsequenzen für die pflichtgemäße Ermessensausübung des B gehabt haben soll. Wusste B von der Duldung, wären die Grenzen des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs überschritten gewesen und es hätte ein rechtswidriger Angriff auf A vorgelegen. Demnach wäre es wünschenswert gewesen, wenn der BGH diesen Umstand genauer beleuchtet hätte.

Der BGH führt weiterhin aus, dass A kein endgültiger Rechtsverlust gedroht habe, da bis zum Abflug um 10:10 Uhr genügend Zeit gewesen sei, um die Echtheit der Duldung zu prüfen. Dabei kann es A aber nicht zugemutet werden, darauf zu hoffen, dass die Rechtswidrigkeit der Maßnahme später noch rechtzeitig erkannt wird. Auch ist zu beachten, dass A, sobald die Polizei ihn in Gewahrsam nahm, wohl nicht mehr mit einer Korrektur des Verwaltungsfehlers rechnete, sondern davon ausging sofort in sein Heimatland rückgeführt zu werden. Auch reicht gerade bei Eingriffen in hochrangige Rechtsgüter ein nachträglicher Rechtsschutz nicht aus. So wie sich der Sachverhalt hier darstellt, ist daher von einer groben Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen.

Im Prinzip überzeugt also der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, indem er die besondere Situation des Vollstreckungsbeamten mit derjenigen des Bürgers in Einklang zu bringen versucht. Allerdings wendet der BGH den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff in diesem Fall zu pauschal an und missachtet die Eigenheiten des Falles.

Im Rahmen des Ermessens des Beamten hätte eine Differenzierung vorgenommen und der Intensität der Rechtsgutsverletzung Rechnung getragen werden sollen.

*(Frederic Cremer / Sophie Humbert)*

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

A bringt im Dezember 2006 seine damals 15-jährige Tochter T mit Zustimmung der allein sorgeberechtigten Mutter M nach Syrien, um sie dort entfernt jeglicher deutscher Einflüsse im Familienverband leben zu lassen. T erklärt er unterdessen, es handele sich um einen kurzzeitigen Besuch zum Zwecke einer Namensänderung.

In Syrien leidet T zunehmend unter den gegebenen Umständen. So ist es ihr verwehrt, die Schule zu besuchen und das ansonsten unverschlossene Haus ohne Begleitung älterer Verwandter zu verlassen. Als M im Oktober 2007 nach Syrien zu Besuch kommt, drängt T sie darauf, wieder zurückkehren zu dürfen. Da A der T die deutschen Ausweispapiere abgenommen hat, suchen M und T die Deutsche Botschaft auf. Dort wird T ein vorläufiger deutscher Reisepass ausgestellt, allerdings aber mitgeteilt, dass eine Ausreise Minderjähriger aus Syrien ohne Zustimmung des Vaters nicht möglich sei. Die Zustimmung zur Ausreise der T verweigert A jedoch in der Folge und reagiert hierauf mit Gewalttätigkeiten gegenüber T und M. Nach diesen Vorfällen wird A zunehmend strenger und begegnet T, auf den wiederholt geäußerten Wunsch auszureisen, mit weiteren Gewalttätigkeiten. Erst im Januar 2009

## Dezember 2015 Syrien-Fall

*Freiheitsberaubung / persönliche Fortbewegungsfreiheit / Staatsgebiet als Erfolgsort*

§ 239 Abs. 1 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Ein Staatsgebiet von der Größe Syriens genügt nicht als Erfolgsort einer Freiheitsberaubung.
2. Die Fortbewegungsfreiheit des Opfers muss vollständig aufgehoben sein. Eine Erschwerung der Fortbewegungsfreiheit ist für die Annahme der Freiheitsberaubung nicht ausreichend.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – 3. StR 410/14; veröffentlicht in NSTZ 2015, 338-341.

nach ihrem 18. Geburtstag gelingt T die Rückreise nach Deutschland.

Das LG Koblenz verurteilt den A wegen Kindesentziehung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung. Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit ihrer zum BGH eingelegten Revision u.a. auch eine Verurteilung auch wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB.<sup>2</sup>

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

§ 239 bestraft den Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit, durch den das Opfer des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird. Als Tathandlung kommen dabei das Einsperren oder die Freiheitsberaubung auf andere Weise in Betracht.<sup>3</sup> Im Folgenden sollen der Taterfolg und die Tathandlung gesondert behandelt werden.

Der **Taterfolg** zeichnet sich durch die Beraubung der Freiheit aus. Dabei

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

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

<sup>3</sup> *Wieck-Noodt*, in *MüKo, StGB*, 2. Aufl. 2012, § 239 Rn. 16.

stellen sich im vorliegenden Fall zwei Probleme. Das erste Problem betrifft die räumliche **Bestimmung des Aufenthaltsortes**, von dem sich die jeweilige Person aufgrund einer etwaigen Tathandlung nicht mehr entfernen kann. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, wie weit die Grenzen für diesen Ort zu ziehen sind und ob eine Person auch dann ihrer Freiheit beraubt sein kann, wenn der geschlossene Raum, wie im Falle Syriens, ein Staat ist. Rechtsgut des § 239 ist die persönliche Fortbewegungsfreiheit bzw. das Selbstbestimmungsrecht einer Person über ihren Aufenthaltsort.<sup>4</sup> § 239 schützt aber nur die Freiheit zur Ortsveränderung. Damit fällt das Ausgesperrtsein oder der Wunsch an einem Ort zu verweilen nicht in den Schutzbereich des § 239.<sup>5</sup> Geschützt ist vielmehr die Möglichkeit, sich von seinem gegenwärtigen Aufenthaltsort zu entfernen. Dieser Ort kann eng bestimmt sein, wie etwa ein Bett, ein Stuhl, ein Raum oder auch weit, wie etwa ein Gebäude oder ein Geländekomplex.<sup>6</sup> Erwägungen für die möglichst weite Bestimmung des Begriffs des Aufenthaltsortes nennt *Schumacher*. Er geht davon aus, dass die relative Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit für die Bejahung von § 239 ausreicht. Es könne nicht erst dann von einer Freiheitsberaubung gesprochen werden, wenn eine vollständige Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit vorliegt, sodass nur Fälle der Fesselung an einen Gegenstand, nicht aber das Einsperren auf einem Gelände erfasst wären. Vielmehr könne eine Freiheitsberaubung ebenso trotz Vorhandenseins vielfältiger Beschäftigungs- und Freizeitmöglichkeiten, wie z.B. in einem Altenpflegeheim, vorliegen.<sup>7</sup> Nicht erst dort, wo die Qualität des Aufenthaltsor-

<sup>4</sup> *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 239 Rn. 2; *Wieck-Noodt*, in MüKo (Fn. 3), § 239 Rn. 12.

<sup>5</sup> *Fischer*, StGB (Fn. 4), § 239 Rn. 2.

<sup>6</sup> *Fischer*, StGB (Fn. 4), § 239 Rn. 2.

<sup>7</sup> *Schumacher*, in Wessels/Stree-FS, 1993, S. 431, 440.

tes dieser Möglichkeiten ermangelt, beginnt der Rechtsgüterschutz bei der Fortbewegungsfreiheit. Der Erfolg der Freiheitsentziehung liegt zumindest dann vor, wenn die Person das entsprechende **Gelände nicht mehr verlassen kann**.<sup>8</sup> Wie weiträumig jedoch dieses Gelände oder ein anderer Aufenthaltsort genau sein kann, wird im Schrifttum nicht diskutiert. In vereinzelt Fällen wird jedoch auch für das Ausmaß eines Staates ein hinreichender Taterfolg angenommen.<sup>9</sup>

Als zweites Problem im Rahmen des Taterfolges stellt sich die Frage, ob eine Person auch dann ihrer Fortbewegungsfreiheit beraubt sein kann, wenn sie ausschließlich in **Begleitung einer anderen Person**, wie im vorliegenden Fall nur mit älteren Familienmitgliedern, das Haus verlassen kann. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass der Fortbewegungswille vollständig aufgehoben sein muss, so dass weder eine bloße Einschränkung noch die Erschwerung der Fortbewegung für die Annahme einer Freiheitsberaubung ausreichend ist.<sup>10</sup> Schutzgut des § 239 ist nicht die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern nur ein Ausschnitt aus einer generellen Freiheit jeglicher Willensbetätigung.<sup>11</sup> Eine bestimmte Art der Fortbewegung oder Angriffsmodalität ist damit nicht geschützt. Jedoch kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Kriteriums der Zumutbarkeit auch die Erschwerung der Fortbewegung des Opfers tatbestandsmäßig sein.<sup>12</sup> Explizit wird auf diese Fragestellung im Schrifttum jedoch nicht verwiesen.

Als **Tathandlung** kommen gem.

<sup>8</sup> *Amelung/Brauer*, JR 1985, 474, 475.

<sup>9</sup> *Horn/Wolters*, in SK, StGB, 148. Lfg. 2014, § 239 Rn. 4a; *Wieck-Noodt*, in MüKo (Fn. 3), § 239 Rn. 20.

<sup>10</sup> BGH NJW 1993, 1807; *Valerius*, in Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. 2015, § 239 Rn. 11.

<sup>11</sup> *Schluckebier*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2014, § 239 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Wieck-Noodt*, in MüKo (Fn. 3), § 239 Rn. 28.

§ 239 Abs. 1 zwei Alternativen in Betracht. Alt. 1., d.h. die Begehungsweise des „Einsperrens“, würde dann vorliegen, wenn das Opfer in einem umschlossenen Raum festgehalten und durch äußere Vorrichtungen davon abgehalten wird, den Raum zu verlassen<sup>13</sup>. Dies ist hier jedoch bereits deshalb nicht einschlägig, weil das Haus, in dem T sich befand, nicht verschlossen war. Von Bedeutung ist vorliegend lediglich die Begehungsweise „**auf andere Weise**“ gem. § 239 Abs. 2 Alt. 2. Die Begehungsform „auf andere Weise“ scheint zunächst streng dem Wortlaut nach hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung zu finden. Es reicht jedes Mittel aus, das geeignet ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen.<sup>14</sup>

Im vorliegenden Fall kommen im Rahmen dieser Tatbestandsalternative wiederum zwei Verhaltensweisen in Betracht. Zuerst ist fraglich, ob durch die Ohrfeigen und Schläge des V eine solche Drohlage für T entstanden ist, dass sie aus Angst vor weiteren Gewalttätigkeiten das Haus nicht bzw. nicht ohne Begleitung verlassen hat. Diese **Bedrohung** müsste sich als eine konkrete **unüberwindliche psychische Schranke** darstellen, die ähnlich wie ein physisches Hindernis die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen vermag.<sup>15</sup> Bei Fällen mit ungewöhnlicher, beschwerlicher oder anstößiger Entfernungsmöglichkeit, insbesondere auch psychischen Hindernissen, wird eine Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit jedoch erst dann anerkannt, wenn zusätzlich eine unzumutbare Gefahr für Leib oder Leben besteht.<sup>16</sup> Eine anstößige, aber nicht ausreichend bedrohliche Tathand-

lung kann bspw. das Verstecken der Wäsche eines nackt Badenden darstellen. Dagegen wird jedoch vereinzelt eingewendet, dass in diesen Fällen verkannt werde, dass schon eine reale fremd ausgelöste Hemmung eine bestimmte Entfernungsmöglichkeit zu nutzen, nicht erst durch eine Gefahr für Leib oder Leben unzumutbar wird.<sup>17</sup> Jedenfalls wird im Einzelfall angenommen, dass ein Verlassen des Ortes nicht mehr zumutbar ist, wenn die Wahrscheinlichkeit der Leibes- oder Lebensgefahr gegeben ist.<sup>18</sup> Eine solche Hemmung, eine bestimmte Entfernungsmöglichkeit zu nutzen, beginne beispielsweise nicht erst bei einem lebensgefährlichen Sprung aus dem Hochhaus.<sup>19</sup> Dergestalt hat der BGH in einem anderen Urteil unproblematisch die Freiheitsberaubung bei einem 16-Jährigen angenommen, den man in einen Keller gesperrt hatte und den die Angst vor weiteren Sanktionen und Schlägen sowie die Angst, draußen zu übernachten, so sehr psychisch hemmten, dass er nicht die Möglichkeit nutzte, sich mittels eines Werkzeugs zu befreien.<sup>20</sup> Letztlich kommt es auch in diesem Zusammenhang auf eine individuell zu bestimmende Zumutbarkeitsgrenze an.<sup>21</sup> Hierbei muss insbesondere das vorangegangene Täterverhalten berücksichtigt werden. Gegebenenfalls kann jedoch auch eine Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 und 2 in Frage stehen.

Als zweites Verhalten könnte die **Verweigerung der Zustimmung** des A **zur Ausreise** seiner Tochter aus Syrien eine Freiheitsberaubung darstellen. Auch wenn das Verweigern der Zustimmung kausal dafür war, dass T das

<sup>13</sup> *Wieck-Noodt*, in MüKo (Fn. 19), § 239 Rn. 28.

<sup>14</sup> *Schluckebier*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 239 Rn. 4.

<sup>15</sup> *Schluckebier*, in LK (Fn. 11), § 239 Rn. 16.

<sup>16</sup> *Eser*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 239 Rn. 6.

<sup>17</sup> *Schumacher*, in Wessels/Stree-FS, S. 431, 443.

<sup>18</sup> RGSt 2, 292, 296; 27, 360, 361; *Utsch*, Strafrechtliche Probleme des Stalking, 2007, S. 59f.

<sup>19</sup> *Schumacher*, in Wessels/Stree-FS, S. 431, 443.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2001, 420.

<sup>21</sup> RGSt 2, 292, 296; 27, 360, 361.

Land nicht verlassen konnte, fragt sich, ob es sich hierbei überhaupt um ein **strafrechtlich relevantes Verhalten** handeln kann. Denn einerseits macht A in Anbracht der Äußerung der Deutschen Botschaft, dass Minderjährige aus Syrien nur mit Zustimmung des Vaters ausreisen können, lediglich von seinem Recht als Vater Gebrauch, diese zu verweigern. Andererseits kann jedoch auch das „Angewiesensein auf die Hilfe Dritter“, um sich von einem Ort selbstbestimmt fortbewegen zu können, eine Begehung „auf andere Weise“ begründen.<sup>22</sup> Dies spielt insbesondere bei geistig oder körperlich behinderten Menschen eine Rolle.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision der Staatsanwaltschaft auf eine Verurteilung nach § 239 wird vom BGH verworfen. Die räumlichen Grenzen des Erfolgsortes seien eng auszuliegen und dürften nicht beliebig weiträumig sein, da ansonsten der Schutzwirkung der Norm überdehnt werde. Ein Erfolgsort von der Größe des Staatsgebiets von Syrien mit mehr als 185.000 km<sup>2</sup> scheide daher jedenfalls aus. Auch das gegenüber T ausgesprochene Verbot, nicht ohne Begleitung älterer Verwandter das Haus verlassen zu dürfen, wird zwar als erschwerende Bedingung erkannt, sei aber nicht vom Schutzzweck des § 239 erfasst. Da nicht eine bestimmte Art des Wegbewegens geschützt sei, sondern die Fähigkeit sich überhaupt von einem Ort zu entfernen. Diese Möglichkeit bestehe für T aber weiterhin, sodass ein Begleitungszwang damit nicht tatbestandsmäßig sei.

Zur Tathandlung führt der BGH aus, dass ein „Einsperren“ mangels Abgeschlossenheit des Hauses von vornherein nicht in Betracht komme. Möglich sei lediglich eine Begehung „auf andere Weise“. Der BGH verneint jedoch in der Folge eine Kausalität für eine etwaige

Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit der T.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

§ 239 wird eher unwahrscheinlich den Schwerpunkt einer Klausur ausmachen, sollte aber nicht vernachlässigt werden, da er sich gut mit anderen Delikten kombinieren lässt. Der vorliegende Fall zeigt gleichwohl, dass schon die Subsumtion unter den Erfolgsort problematisch sein kann. Gerade in Fällen wie dem vorliegenden ist es unabdinglich sich über die räumlichen Grenzen des Ortes Gedanken zu machen, die genügen, damit ein räumlich begrenzendes Täterverhalten noch tatbestandsmäßig sein kann. Insbesondere wirft aber die Begehungsalternative „auf andere Weise“ Fragen zur Abgrenzung von nicht strafrechtlich relevantem Verhalten auf. Nicht ungeprüft bleiben darf zudem das Vorverhalten des Täters, das wie auch in Fällen des sog. Stalkings bei Bejahung der Kausalität und individueller Unzumutbarkeit schließlich zu einer Bestrafung nach § 239 führen kann. Selbst wenn das Urteil auf die Problematik der Grenzen des Erfolgsortes nur ungenügend eingeht, wird es in Zukunft als Präzedenzfall zu dieser Frage nicht unbeachtet bleiben.

### 5. Kritik

Der BGH erweckt im vorliegenden Urteil den Anschein, entweder pauschal ohne Betrachtung der Einzelsituation oder intuitiv ohne Für und Wider entschieden zu haben. Oftmals wirkt jedoch auch der Sachverhalt unbefriedigend geklärt, sodass eine Verwunderung mangels der nicht erfolgten Nachforschung seitens des Gerichts bleibt.

Im Rahmen der Betrachtung des **Erfolgsortes** ist es äußerst unbefriedigend, wenn der BGH innerhalb weniger Sätze feststellt, dass „jedenfalls ein Gebiet von der Größe Syriens“ zu weiträumig für die Annahme einer Freiheitsberaubung sei. Bei Fällen der Freiheitsberaubung muss unweigerlich an

<sup>22</sup> BGHSt 32, 183, 187.

das Grundgesetz gedacht werden, dass vor allem in Art. 104 GG - wenn dort auch lediglich im Staat-Bürger-Verhältnis - einen Eingriff in die Freiheit nur unter sehr strengen Voraussetzungen erlaubt. Dies legt den Schluss nahe, dass es einer besonders umfassenden Abwägung bedarf. Das RG verdeutlichte dies bereits und führte aus, dass es in diesem Rahmen gerade auf eine individuelle und konkrete Betrachtung unter Berücksichtigung aller Einzelumstände ankomme.<sup>23</sup> Diese Leitlinie scheint der BGH im vorliegenden Fall jedoch nur wenig konsequent zu verfolgen. Vielmehr wären ausführlichere Begründungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen zu erwarten gewesen. Vor allem auch, weil es zu der konkreten Frage, inwiefern Staatsgrenzen den Erfolgsort genügend beschränken, wenig Handfestes in Literatur und Rechtsprechung gibt und genau deshalb ein Bedürfnis nach einer ausführlich begründeten Stellungnahme besteht. Im Rahmen einer ordentlich durchgeführten Abwägung hätte man durchaus einige Entscheidungshilfen zur Verfügung gehabt, die eine andere Beurteilung aufgedrängt hätten. Wie unter Punkt 2. bereits angedeutet, schließen einzelne Quellen eine weite Auslegung mit der Einbeziehung von Städten, Gemeinden und auch Staaten nicht per se aus. Stellt man außerdem auf den Einzelfall ab, hat man eine 15-Jährige vor Augen, die von ihrem Vater in einem ihr fremden Land festgehalten wird. T ist es außerdem gleich, ob die Fläche, innerhalb der sie sich „frei“ bewegen kann, nur ihre unmittelbare Nachbarschaft oder das ganze Land umfasst, solange sie den jeweiligen Raum nicht verlassen kann. Um dies zu verdeutlichen ließe sich folgendes Gedankenspiel anbringen: Der Ort von dem T oder sonst eine Person sich nicht mehr entfernen kann, wäre nicht Syrien, sondern der Mond. Man bedenke dabei, dass der Mond im Gegensatz zum 185.000 km<sup>2</sup> großen Staat Syrien meh-

<sup>23</sup> RGSt 2, 292, 296; 27, 360, 361.

rere Millionen Quadratmeter umfasst. Man mag behaupten, dass ein Großteil der Lesenden dort feststehend sich seiner Fortbewegungsfreiheit beraubt fühlen würde. Damit soll verdeutlicht werden, dass es bei der Feststellung des Taterfolges im Rahmen des § 239 zumindest nicht auf eine feste Größe ankommen kann, wie es im Urteil anhand der Fläche des Staatsgebiets Syriens geschehen ist.

Würde man allerdings dem BGH folgen und die Strafbarkeit anhand der Größe eines Staates beurteilen, führte dies zu unstimmgigen Ergebnissen. Vor allem im Vergleich mit bedeutend kleineren Staaten, wie z.B. Monaco mit 2,02 km<sup>2</sup>. Hätte der BGH die Strafbarkeit in diesem Fall eher angenommen, obwohl es dem Opfer in beiden Fällen nicht möglich ist, das Land zu verlassen? Dies würde unweigerlich zu einer unterschiedlichen Behandlung ähnlicher Ausgangslagen führen.

Zustimmen muss man dem BGH jedoch darin, dass er den Erfolg nicht in dem Verbot, das Haus nicht ohne Begleitung zu verlassen, sieht. So kann T nach wie vor ihren Aufenthaltsort ändern. Ob sie sich bei lebensnaher Erwägung nun tatsächlich überall in Begleitung eines Verwandten hinzubewegen vermag, kann dahinstehen. Übereinstimmend wird für die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit nicht vorausgesetzt, wie oder wohin man sich bewegen kann.<sup>24</sup> Diesbezüglich bestehen Tatbestände wie beispielsweise die Nötigung, die gerade solche Fälle aufzwingender Verhaltensweisen erfassen.<sup>25</sup>

Im Rahmen der Betrachtung der **Tathandlung** sind die Feststellungen des Gerichts zur Möglichkeit der Begehung der Tat auf „andere Weise“ verwunderlich. Der BGH spricht von „gelegentlichen Schlägen“ des Vaters, die keine Kausalität für die Einhaltung des Verbots begründen könnten. Man sollte

<sup>24</sup> Fischer, StGB (Fn. 4), § 239 Rn. 2.

<sup>25</sup> Siehe bspw. Fischer, StGB (Fn. 4), zur Nötigung gem. § 240.

sich jedoch wieder die 15-jährige T in Syrien fern ihrer gewohnten deutschen Lebensverhältnisse vorstellen, die auf der einen Seite mit Schlägen des Vaters konfrontiert ist und für die auf der anderen Seite eine Flucht nur unter erheblichen und unzumutbaren Schwierigkeiten möglich ist. Gerade auch im direkten Vergleich zu dem im Keller eingesperrten 16-Jährigen, in dessen Fall ohne große Umschweife die Kausalität der vorherigen Schläge des Täters zu der nicht wahrgenommenen Fluchtmöglichkeit hergestellt wurde, erstaunt es doch, dass vorliegend die Kausalität der Gewalttätigkeiten des Vaters für die Nichtwahrnehmung einer etwaigen Fluchtmöglichkeit der T nicht angenommen wurde. Insbesondere die väterlichen „kleineren“ Übergriffe lassen doch darauf schließen, dass dann, wenn sich T tatsächlich widersetzt hätte, noch viel mehr zu erwarten gewesen wäre. Besonders auch, da der Vater nach dem Bitten zur Zustimmung zur Ausreise strenger und rabiater wurde. Es erstaunt hier die geringe Sachverhaltsermittlung bereits in den vorherigen Instanzen und die dadurch schnell abgelehnte Kausalität doch sehr und es bleibt die Frage, warum die vom Vater aufgebaute strenge Atmosphäre der Bedrohung so wenig Beachtung in der Urteilsbegründung findet. In konsequenter Anwendung des Grundsatzes, konkret auf den Einzelfall abzustellen, hätte man schon in der ersten Instanz alle Umstände genau untersuchen müssen. Gleichfalls lässt sich die nichterfolgte Ausreisezustimmung des Vaters nicht so lapidar wie vom BGH geschehen als Tathandlung zurückweisen. Jede Person soll ihren Aufenthaltsort willkürlich verändern können, d.h. selbstbestimmt entscheiden können, sich von einem Ort zu entfernen und diesem Willen Taten folgen lassen.<sup>26</sup> Bezogen auf ein Staatsgebiet könnte mit Blick auf das „Elfes-Urteil“<sup>27</sup> des Bundesverfas-

sungsgerichts, in dem die Ausreisefreiheit gerade als Ausfluss des Art. 2 Abs. 1 GG anerkannt wird, auch das Verhindern am Verlassen eines Landes als tatbestandlich gesehen werden. Wenn man nun die Notwendigkeit der Zustimmung des Vaters seitens der Tochter als ein „angewiesen sein auf die Hilfe Dritter“ zur Verwirklichung dieses Selbstbestimmungsrechts ansieht, könnte die Zustimmungsverweigerung als Tathandlung gesehen werden. Auch wenn man sich vorstellt, dass der Vater hier Inbegriff eines vorenthaltenen Schlüssels oder einer geschlossenen Schranke ist, wirkt ein Vergleich mit der Tathandlung des „Einsperrens“ gar nicht mal so unrealistisch. Ebenso hätte man hier an ein Begehen durch Unterlassen durch die Nichterfüllung der Pflicht zur Ausreise zuzustimmen denken können.

In der Summe lässt die kaum vorhandene Begründung deutlich zu wünschen übrig. Es scheint als hätte sich der BGH vor allem die Rosinen herausgepickt, welche die Entscheidung möglichst einfach und alternativlos plausibel erscheinen lassen. Hier stellt das Urteil nicht die ausführliche Abwägung an, welche gerade Güter solchen Rechtsranges bedürften. Es bleibt zu hoffen, dass in künftigen ähnlich gelagerten Fällen mehr Feingespür gezeigt und eine realitätsnahe Betrachtung des Einzelfalls angestellt wird.

*(Jascha Fröhler/Charlotte Noltemeyer)*

<sup>26</sup> Schluckebier, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 15), § 239 Rn. 2.

<sup>27</sup> BVerfGE 6, 32ff.