

# *famos*

**Der Fall des Monats im Strafrecht**

**Online-Zeitschrift**

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

**Jahresband 2016**

**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>

Gegen K wird ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung sowie der Mitgliedschaft in dieser geführt. K befindet sich nicht in Haft und wird von seinem Wahlverteidiger F vertreten. Dieser fordert den Generalbundesanwalt auf, K im Vorverfahren als Pflichtverteidiger beigeordnet zu werden. Der Generalbundesanwalt sieht die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung jedoch nicht gegeben und kommt der Aufforderung des F daher nicht nach. Daraufhin beantragt F im Namen des K seine Bestellung als Pflichtverteidiger gemäß § 141 Abs. 3 Satz 1, 2 StPO<sup>2</sup> bei der zuständigen Ermittlungsrichterin des BGH.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Mittelpunkt des Beschlusses steht das Problem, ob dem Beschuldigten im Vorverfahren ein eigenes Antragsrecht auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zusteht. Gemäß § 137 kann sich der Beschuldigte jederzeit eines Verteidigers bedienen. Demgegenüber regelt insbesondere § 140 Fälle der notwendigen Verteidigung, wonach ein Verteidiger im Verfahren mitwirken muss. Hat

## Januar 2016 Pflichtverteidiger-Fall

*Antragsrecht / Pflichtverteidiger / Vorverfahren*  
§ 141 Abs. 3 Satz 1 bis 3 StPO

### Famos-Leitsätze:

1. Es besteht weder ein Antragsrecht des Beschuldigten noch eine autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts hinsichtlich der Pflichtverteidigerbestellung im Vorverfahren. Eine solche setzt vielmehr einen Antrag der Staatsanwaltschaft zwingend voraus.
2. Gegen die ablehnende Entscheidung der Staatsanwaltschaft hat der Beschuldigte keinen Rechtsschutz, sofern nicht willkürliches Verhalten ersichtlich ist.

BGH, Beschluss vom 9. September 2015 – 3 BGs 134/15; veröffentlicht in NJW 2015, 3383.

der Beschuldigte in solchen Fällen noch keinen Verteidiger, wird nach Maßgabe des § 141 ein Pflichtverteidiger bestellt. Anders als die Prozesskostenhilfe im Zivilrecht ist die Pflichtverteidigung unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Ist ein Anwalt gerichtlich bestellt, geht die Staatskasse bei der Verteidigervergütung für den Beschuldigten in Vorleistung (§ 45 Abs. 3 RVG). Nach § 141 Abs. 3 Satz 1 kann die Pflichtverteidigerbestellung bereits im Vorverfahren erfolgen. Diesbezüglich sind die Voraussetzungen nicht nur in der Literatur, sondern auch innerhalb der Rechtsprechung der Instanzgerichte umstritten.

Zum Teil wird vertreten, dass hinsichtlich der Verteidigerbestellung im Vorverfahren ein **exklusives Antragsrecht der Staatsanwaltschaft (StA)**

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

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

besteht.<sup>3</sup> Dies ergebe sich zunächst aus der Gesetzssystematik. Beispielsweise resultiere aus den §§ 120 Abs. 3 Satz 1, 125 Abs. 1, 147 Abs. 5 Satz 1, dass das Gericht keine Maßnahmen gegen den Willen der StA bzw. ohne einen entsprechenden Antrag treffen könne. Aus der Konzeption der StPO lasse sich somit die Stellung der StA als **Herrin des Vorverfahrens** ableiten.<sup>4</sup> Stelle der Beschuldigte seinerseits einen Antrag, sei dieser lediglich als Anregung an die StA zu werten, ihrerseits tätig zu werden.<sup>5</sup> Des Weiteren spreche der Wortlaut des § 141 Abs. 3 Satz 2 gegen eine Antragsbefugnis des Beschuldigten.<sup>6</sup>

Andere wiederum bejahen ein **Antragsrecht des Beschuldigten** auf Pflichtverteidigerbestellung im Vorverfahren.<sup>7</sup> Den Ausgangspunkt der Argumentation bildet das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren („**fair trial**“, Art. 6 Abs. 1 EMRK) und das sich daraus ergebende Gebot der Waffengleichheit.<sup>8</sup> Für eine frühzeitige Beiordnungsbefugnis spreche die Rolle des Vorverfahrens. Die in diesem Stadium gewonnenen Erkenntnisse prägen den Ausgang des Verfahrens erheblich und könnten kaum korrigiert werden.<sup>9</sup> Eine entsprechende Befugnis si-

chere dem Beschuldigten folglich, dass er maßgeblichen Einfluss auf das Verfahren nehmen könne und somit sein Recht auf **effektive Verteidigung**.<sup>10</sup> Darüber hinaus lasse sich in systematischer Hinsicht argumentieren, dass der Beschuldigte nach Maßgabe des § 136 Abs. 1 Satz 3 bei der ersten richterlichen Vernehmung einen Verteidiger beanspruchen könne. Ein solcher Anspruch impliziere, dass der Beschuldigte nicht von einem Antrag der StA abhängig sei. Aufgrund der Verweisungen in § 163a Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 sowie des ständigen Aussagerechts des Beschuldigten gelte dieser Anspruch für das gesamte Vorverfahren.<sup>11</sup> Auch § 141 Abs. 3 Satz 1 räume dem Beschuldigten ein solches Recht ein, während die Sätze 2 und 3 die StA zusätzlich in die Pflicht nehmen würden, eine effektive Verteidigung zu ermöglichen.<sup>12</sup>

Weiterhin lassen sich Stimmen finden, die eine **autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts** auch ohne staatsanwaltlichen Antrag befürworten.<sup>13</sup> Zwar sei die StA Herrin des Vorverfahrens, allerdings beziehe sich dies nur auf die Zweckmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen. Dies betreffe nicht die Einhaltung der Prozessmaximen und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens.<sup>14</sup> Es obliege der Verantwortung des Gerichts, ein den Anforderungen der EMRK genügendes Verfahren zu gewährleisten.<sup>15</sup> Bei anderer Betrachtungsweise müsse das Gericht einen begründeten Antrag des Beschuldigten formal zurückweisen, sofern kein staatsanwaltlicher Antrag vorliege.<sup>16</sup>

<sup>3</sup> LG Cottbus, 22 Qs 15/05, juris Rn. 19; *Laufhütte/Willnow*, in KK, StPO, 7. Aufl. 2013, § 141 Rn. 6, *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 141 Rn. 5.

<sup>4</sup> LG Cottbus, 22 Qs 15/05, juris Rn. 19.

<sup>5</sup> *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 3), § 141 Rn. 5.

<sup>6</sup> *Beulke*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2016, § 141 Rn. 18.

<sup>7</sup> LG Bremen, 27 AR 55/98, juris; LG Heilbronn, 3 Qs 148/79, Die Justiz 1979, 444; *Klemke*, StV 2003, 413; *Lüderssen/Jahn*, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 141 Rn. 24; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 141 Rn. 2; *Thomas/Kämpfer*, in MüKo, StPO, 2014, § 141 Rn. 20; *Zöllner*, in Feigen-FG, 2014, S. 399, 413 ff.

<sup>8</sup> *Klemke*, StV 2003, 413.

<sup>9</sup> *Neuhaus*, JuS 2002, 18, 20.

<sup>10</sup> *Thomas/Kämpfer*, in MüKo (Fn. 8), § 141 Rn. 19.

<sup>11</sup> *Müller-Jacobsen*, NJW 2015, 3383, 3385.

<sup>12</sup> *Thomas/Kämpfer*, in MüKo (Fn. 8), § 141 Rn. 21 f.

<sup>13</sup> *Köster*, StV 1993, 511; *Stalinski*, StV 2008, 500; vgl. *Lüderssen/Jahn*, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 141 Rn. 24, die diese Befugnis zusätzlich fordern.

<sup>14</sup> *Köster*, StV 1993, 511, 512.

<sup>15</sup> *Lüderssen/Jahn*, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 141 Rn. 24.

<sup>16</sup> *Köster*, StV 1993, 511, 512.

Wird dem Beschuldigten kein eigenes Antragsrecht zugestanden, stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Ablehnung der Antragstellung durch die StA bestehen. Teilweise wird vertreten, dass der Beschuldigte die Entscheidung der StA nicht anfechten kann, da diese lediglich eine Prozesshandlung darstelle.<sup>17</sup> Nach anderer Ansicht ist die ablehnende Entscheidung als Justizverwaltungsakt aufzufassen, weshalb die §§ 23 ff. EGGVG dem Beschuldigten Rechtsschutz gewähren.<sup>18</sup> Andere befürworten wiederum eine Anfechtung in analoger Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2, um die Verteidigerbeordnung im Vorverfahren durchsetzen zu können.<sup>19</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Antrag wird von der zuständigen Ermittlungsrichterin des BGH als unzulässig zurückgewiesen. Sie stellt explizit fest, dass dem Beschuldigten kein eigenes Antragsrecht auf Pflichtverteidigerbestellung gemäß § 141 Abs. 3 Satz 1 bis 3 zusteht.

Zwar sei der Wortlaut der Norm insoweit nicht eindeutig, gleichwohl ergebe sich die Notwendigkeit eines staatsanwaltlichen Antrags aus der Gesetzesystematik. Demnach sei eine autonome **Entscheidungsbefugnis des Gerichts** erst dann gegeben, wenn es mit dem Sachverhalt befasst sei. Liege die Sache hingegen dem Gericht noch nicht vor, bedürfe es zum Tätigwerden eines Antrags der StA. Im Rahmen der Pflichtverteidigerbestellung werde die Rolle der StA als Herrin des Vorverfahrens durch § 141 Abs. 3 Satz 3 besonders hervorgehoben, da hiernach das Gericht nach Abschluss der Ermittlungen auf staatsanwaltlichen Antrag zum Tätigwerden verpflichtet sei. Des Weiteren würden sich **Zuständigkeitsprobleme** ergeben. Gemäß § 141 Abs. 4 sei grundsätzlich das Gericht der Hauptsache

für die Pflichtverteidigerbestellung zuständig. Dabei wird das Gericht der Hauptsache durch das Zuständigkeitswahlrecht der StA bestimmt. Es obliege allein dem staatsanwaltlichen Ermessen, bei welchem von mehreren örtlich zuständigen Gerichten die Anklage erhoben werden solle. Ein autonomes Tätigwerden von Amts wegen und ein Antragsrecht des Beschuldigten würden die Wahlmöglichkeit der StA konterkarieren. Dieser Problematik könne man nicht mit einer generellen Zuständigkeitszuweisung an den Ermittlungsrichter begegnen, da eine solche keine Stütze im Gesetz finde. Ein **Antragsrecht des Beschuldigten** lasse sich ebenfalls nicht aus der fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine ablehnende Entscheidung der StA begründen. Einerseits habe das Bundesverfassungsgericht es als unbedenklich eingestuft, dass Prozesshandlungen der StA in der Regel nicht gemäß § 23 EGGVG anfechtbar seien, sofern kein willkürliches Verhalten ersichtlich sei. Andererseits sei die StA nicht Partei im Strafverfahren, sondern vielmehr zur Objektivität verpflichtet und habe insofern eine **Wächterrolle**.

Abschließend stellt die Ermittlungsrichterin in einem obiter dictum fest, dass auch ein Antrag nach § 98 Abs. 2 Satz 2 analog unzulässig wäre. Die Beschlagnahme sei eine Eingriffsmaßnahme im Vorverfahren, die grundsätzlich eine gerichtliche Anordnung erfordere. Mithin fehle es vorliegend an einer vergleichbaren Situation.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In dem Beschluss wird erstmalig die Problematik eines etwaigen Antragsrechts des Beschuldigten auf Pflichtverteidigerbestellung im Vorverfahren höchstrichterlich entschieden.

Die Entscheidung der Ermittlungsrichterin wird eine einheitliche Rechtsprechung der Instanzgerichte bewirken; jedenfalls solange, bis sich die Strafsenate zu dieser Thematik positio-

<sup>17</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 3), § 141 Rn. 5.

<sup>18</sup> Beckemper, NStZ 1999, 221, 224 f.

<sup>19</sup> Sowada, NStZ 2005, 1, 6, Fn. 61.

nieren. Für eine Zusatzfrage im ersten Staatsexamen hat die dargelegte Problematik einiges an Charme. Im Wesentlichen lässt sich die Fragestellung durch Gesetzesauslegung sowie ein grundsätzliches Verständnis der StPO bewältigen. Dabei werden sowohl die Prozessmaximen als auch die Beschuldigtenrechte zu berücksichtigen sein, insbesondere das Gebot auf ein faires Strafverfahren und das Recht auf effektive Verteidigung. Daneben gilt es, den Ablauf des Strafverfahrens und die damit verbundene Leitung des jeweiligen Verfahrensstadiums zu beachten. Besonders mit Hinblick auf das zweite Staatsexamen kann dieses Thema in einer Revisionsklausur bedeutsam werden. Zu denken ist hier an mögliche Beweisverwertungsverbote hinsichtlich gewonnener Erkenntnisse aus Ermittlungsmaßnahmen nach Ablehnung einer Pflichtverteidigerbestellung durch die StA.<sup>20</sup>

## 5. Kritik

Der Beschluss der Ermittlungsrichterin ist im Ergebnis bedauerlicherweise wenig überraschend. Die Entscheidung fügt sich in die restriktive Handhabung der frühzeitigen Pflichtverteidigerbestellung des 5. Strafsenats ein.<sup>21</sup> So entschied der Senat jüngst, dass selbst dann regelmäßig keine notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren gegeben sei, wenn ein Beschuldigter aufgrund eines Haftbefehls wegen Mordverdachts ergriffen wird.<sup>22</sup> Begrüßenswert ist zwar die Ausführlichkeit, in welcher die Ermittlungsrichterin ihren eigenen Standpunkt zu dieser Problemstellung darlegt, gleichwohl bietet ihre Argumentation vielerlei Ansatzpunkte zur Kritik.

Grundsätzlich ist die StA zwar Herrin des Vorverfahrens, hieraus resultiert jedoch nur die staatsanwaltliche Hoheit hinsichtlich der Zweckmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen. Dies darf keinesfalls mit der **Rechtmäßigkeit des Strafverfahrens** gleichgesetzt werden. Die Effektivität der staatsanwaltlichen Ermittlungsarbeit im Vorverfahren wird in prozessrechtlicher Hinsicht durch die Verteidigerbeordnung nicht negativ beeinflusst. Denn aus § 137 Abs. 1 Satz 1 folgt, dass der Beschuldigte sich ohnehin in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen kann. Insofern ist die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Vorverfahren keine Frage der Zweckmäßigkeit. Weder die Leitung noch die Ziele der Ermittlungen werden über diese gesetzliche Möglichkeit hinaus beeinträchtigt.<sup>23</sup> Zudem ist das Argument der staatsanwaltlichen Wächterrolle widersprüchlich. Ungeachtet dessen, ob die StA heute noch eine derartige Rolle verkörpert, dient die Versagung eines eigenen Antragsrechts gerade nicht dem Beschuldigten. Vielmehr wird er eines frühzeitigen effektiven Schutzes beraubt. Es stellt sich weiter die Frage, ob das Wahlrecht der StA nicht der verfassungsrechtlichen Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zuwiderläuft. Hiernach muss im Vorhinein abstrakt feststehen, welches Gericht in der Sache zu befinden hat.<sup>24</sup> Das staatsanwaltliche Wahlrecht bietet aber hinsichtlich der Wahl des Gerichtsstandes Manipulationsmöglichkeiten und ein Einfallstor für sachfremde Erwägungen.<sup>25</sup>

Für ein Antragsrecht des Beschuldigten spricht jedoch bereits die stetig wachsende **Bedeutung des Vorverfahrens**. Stellte einst die Hauptverhandlung das Herzstück des

<sup>20</sup> Vgl. BGHSt 46, 93, 103 ff. für eine Beweiswürdigungslösung; *Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 321 ff. für ein Beweisverwertungsverbot.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu insbesondere BGHSt 47, 233.

<sup>22</sup> BGH NJW 2015, 265.

<sup>23</sup> Ebenso *Köster*, StV 1993, 511, 512 f.

<sup>24</sup> *Beulke*, in *Strafprozessrecht*, 12. Aufl. 2012, § 3 Rn. 34.

<sup>25</sup> *Strate*, in *Widmaier-FS*, 2008, S. 567, 578, mit anschaulichem Beispiel in Fn. 35.

Strafverfahrens dar, bildet heute das Vorverfahren faktisch dessen Schwerpunkt.<sup>26</sup> Vor allem in der ersten Vernehmung durch die Polizei ist der oftmals unvorbereitete Beschuldigte angesichts der ungewohnten Umgebung und Maßnahmen bedrückt und verängstigt.<sup>27</sup> Justizunerfahrene Personen können sich in dieser Ausnahmesituation schnell unbedacht äußern. Die hier drohenden Sachverhaltsfestschreibungen entfalten dauerhaft verfahrensprägende Kraft und stellen somit frühzeitig die Weichen für den Verfahrensausgang.<sup>28</sup>

In diesem wichtigen Verfahrensabschnitt gehört es daher zu den Kernaufgaben der Strafverteidigung, dem Beschuldigten mit Beistand und sachkundigem Rat zur Seite zu stehen sowie über seine Interessen zu wachen. Allein durch die effektive Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte wird die Subjektstellung des Beschuldigten gesichert.<sup>29</sup> Deshalb handelt es sich bei einem Strafverteidiger im Rechtsstaat auch nicht um einen systemwidrigen, sondern einen bewusst eingefügten Störfaktor.<sup>30</sup> Dies ist zugleich völkerrechtlich durch die EMRK abgesichert. Unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3c EMRK hat jeder Angeklagte<sup>31</sup> das Recht, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten. Ein solches Recht ist jedoch nur dann umsetzbar, wenn es die Befugnis umfasst, die Pflichtverteidigerbestellung selbst beantragen zu können. Sofern ein Mitgliedsstaat dieses Recht dem Beschuldigten nicht zugesteht, sondern durch ein Antragserfordernis der StA bedingt, lässt

sich mit guten Gründen ein Verstoß gegen die EMRK annehmen.<sup>32</sup> Dies gewinnt umso mehr an Durchschlagskraft, als der EGMR Art. 6 Abs. 3c EMRK als vollumfängliche Sicherstellung einer wirksamen Verteidigung interpretiert.<sup>33</sup>

Die bloße Aufzählung fundamentaler Rechte und die sich daran anschließende pauschale Ablehnung eines Antragsrechts des Beschuldigten mit Verweis auf die Gesetzssystematik verdeutlicht, dass sich die Ermittlungsrichterin mit dieser Thematik unzureichend auseinandergesetzt hat.

Unabhängig davon muss es für das Gericht stets möglich sein, losgelöst von der StA für ein konventionsgerechtes Verfahren Sorge zu tragen.<sup>34</sup> Dabei lässt sich die dargelegte Argumentation gleichermaßen für eine autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts heranziehen. Zudem verlangt die Konzeption der StPO bezüglich der Einhaltung der Beschuldigtenrechte eine zweifache Überprüfung: nicht nur durch die StA, sondern auch durch das Gericht.<sup>35</sup> Weiterhin ist zu bedenken, dass die Problematik bezüglich einer Verteidigerbeordnung die Rechtmäßigkeit des Verfahrens tangiert. Die abschließende Entscheidungskompetenz über Rechtsfragen unterfällt aber gerade den ureigenen Aufgaben der **unabhängigen Rechtsprechung** (Art. 97 Abs. 1 GG) und nicht den weisungsabhängigen Strafverfolgungsbehörden (§ 147 VVG).<sup>36</sup>

Zugegebenermaßen lässt sich nach den bisherigen Ausführungen ein Verstoß gegen ein faires, rechtsstaatliches Verfahren unter Berücksichtigung des § 137 nicht pauschal annehmen. Jedoch liegt dieser immer dann vor, wenn der Beschuldigte keinen Wahlverteidiger hat und die StA in Fällen notwendiger

<sup>26</sup> Vgl. die statistische Belegung bei Zöller, in Feigen-FG, 2014, S. 399, 2011 endeten nur 11 % aller die Landgerichte betreffenden Sachverhalte im Hauptverfahren.

<sup>27</sup> BGHSt 38, 204, 222.

<sup>28</sup> Köster, StV 1993, 511, 512.

<sup>29</sup> BVerfGE 133, 168, 200 ff.

<sup>30</sup> Sowada, NSTz 2005, 1, 3.

<sup>31</sup> Die Garantien nach Buchstabe c gelten bereits im Ermittlungsverfahren; vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 231.

<sup>32</sup> Ebenso Zöller, Feigen-FG, 2014, S. 399, 413.

<sup>33</sup> Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 194.

<sup>34</sup> BGHSt 43, 93, 99.

<sup>35</sup> Stalinski, StV 2008, 500, 501.

<sup>36</sup> Köster, StV 1993, 511, 513.

Verteidigung keinen entsprechenden Antrag stellt. Dies wird besonders deutlich, wenn ein unverteidigter Beschuldigter zur Mitwirkung an Ermittlungsmaßnahmen herangezogen wird. Aufgrund der beschränkten Akteneinsicht kann dieser keine qualifizierte Entscheidung über seine Verteidigungsstrategie – gerade in Bezug auf sein Aussageverhalten – treffen. Ferner betrifft die Pflichtverteidigung häufig Mittellose. Derjenige, der im Stande ist, sich einen Wahlverteidiger zu leisten, kann sich im Gegensatz zum Mittellosen frühzeitig und somit effektiver im Strafverfahren verteidigen lassen. Insoweit erscheint die Leitsatzentscheidung ebenso in Anbetracht des Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich.

Der vorliegende Fall verdeutlicht die Problematik. Angesichts der Schwere des Tatvorwurfs ist es unter Berücksichtigung des § 140 Abs. 1 Nr. 1 und 2 verwunderlich, dass der Generalbundesanwalt keine Pflichtverteidigerbestellung beantragt hat. Dem lässt sich auch nicht damit begegnen, dass K durch seinen Wahlverteidiger F vertreten wird. In dem Antrag des Wahlverteidigers, zum Pflichtverteidiger bestellt zu werden, ist nämlich regelmäßig die konkludente Erklärung enthalten, dass die ursprünglich angezeigte Wahlverteidigung mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger endet.<sup>37</sup> Ob das Gericht im Hauptverfahren der Bestellung nicht nachkommt oder die StA keinen entsprechenden Antrag im Vorverfahren stellt, hat für den Anwalt keine unterschiedliche Wirkung. In beiden Fällen droht dem Mandanten die Verteidigerlosigkeit. Dieser Umstand erscheint umso besorgniserregender, als K in Anbetracht des Terrorismusverdachts mit erheblichen Eingriffen in seine Grundrechte rechnen muss.<sup>38</sup>

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass bereits de lege lata sowohl ein Antragsrecht des Beschuldigten als auch eine autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts mit Hinblick auf die Pflichtverteidigerbestellung im Vorverfahren gegeben ist. Weder der Wortlaut noch die Systematik sind derart zwingend, dass ein Antragserfordernis von Seiten der StA besteht. Vielmehr resultieren das Antragsrecht des Beschuldigten sowie die autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts aus einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung. Als Konsequenz ergibt sich aus dieser Sichtweise zunächst, dass ein Antrag des Beschuldigten vom Gericht beschieden werden muss. Die ablehnende Entscheidung kann vom Beschuldigten nach § 304 Abs. 1 im Wege der Beschwerde angefochten werden. Weiter muss die Belehrungspflicht in der Praxis konsequent um ein entsprechendes Antragsrecht ergänzt werden. In der Folge wäre die Umsetzung der aktuellen Reformbestrebungen hinsichtlich dieser Problematik rein deklaratorisch.

Abschließend bleibt hervorzuheben, dass nur auf diese Weise der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und die damit verbundene Waffengleichheit vollumfänglich gewahrt werden. Die Strafverteidigung ist eine Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren, welches sich wiederum aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergibt und letztlich in der Würde des Menschen wurzelt.<sup>39</sup> Die Effektivität der Verteidigung bedingt die Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren, welche schlechthin konstitutiv für den Rechtsstaat ist.

*(Janes Holland/David Wagner)*

<sup>37</sup> BGH StV 1981, 12.

<sup>38</sup> Insbesondere Beschränkung des Brief, Post- und Fernmeldegeheimnisses ohne richterliche Kontrolle nach §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 6a G 10.

<sup>39</sup> Ignor/Peters, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Aufl. 2010, S. 67.

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

Journalist B, der für die Berliner Morgenpost arbeitet, reist im Frühjahr 2011 in Begleitung von Polizeioberkommissar N zu Recherchezwecken für vier Tage nach Amsterdam. N, der als Sicherheitsexperte engagiert wurde, stellt dafür eine Rechnung über rund 3.200 € aus mit dem Hinweis, dass er wegen der Konspirativität in dieser Sache um Barauszahlung bitte. Seinem Dienstherrn ist diese Reise nicht bekannt, vielmehr ist N zu dieser Zeit krank gemeldet. Im Zuge eines Ermittlungsverfahrens gegen N wegen Geheimnisverrats stoßen Ermittlungsbeamte auf diese Rechnung. N steht unter Verdacht, eine geplante Razzia der Berliner Polizei im Rockermilieu an Journalisten weitergegeben zu haben. Hierüber hat indes nicht die Berliner Morgenpost, sondern Spiegel-Online berichtet. Im Zuge der Ermittlungen wird zudem ein Handy des N gefunden, auf dem sich eine SMS befindet, in der sich N bei B für die Zahlung von 100 € bedankt.

Daraufhin leitet die Staatsanwaltschaft gegen B ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Bestechung eines Polizeibeamten ein. Aufgrund der Heimlichkeit der Reise, des hohen Rechnungsbetrags, sowie der

Februar 2016

## Berliner Morgenpost-Fall

*Pressefreiheit / Beschlagnahmeverbot / Tatverdacht*  
§ 97 Abs. 5 StPO, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

### Famos-Leitsätze:

1. Durchsuchungen in Redaktionsräumen oder Wohnungen von Journalisten dürfen nicht vorrangig dem Zweck dienen, den Verdacht von Straftaten durch Informanten zu erhärten.
2. Für die Durchsuchung von Redaktion oder Wohnung eines Presseorgans bedarf es zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Straftat des Journalisten, um eine Beschuldigteneigenschaft zu begründen und damit den Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 5 Satz 1 StPO entfallen zu lassen.

BVerfG, Beschluss vom 13. Juli 2015 – 1 BvR 2480/13; veröffentlicht in NJW 2015, 3430.

Bitte um Barauszahlung vermutet die Staatsanwaltschaft, dass der Gegenstand der von N für die Zeitung erledigten Tätigkeiten dienstlichen Bezug hat.

Im November 2012 werden das Redaktionsgebäude der Morgenpost sowie die Privatwohnung des B durchsucht. Der Durchsuchungsbeschluss stützt sich auf die Zahlungen des B an N sowie die an B gerichtete Rechnung des N. Bei der Durchsuchung werden verschiedene Datenträger wie auch elektronische Geräte beschlagnahmt.

Die gegen den Durchsuchungsbeschluss eingelegte Beschwerde des B verwerfen das Amtsgericht Tiergarten und das Landgericht Berlin als unbegründet. Daraufhin legt B Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Vorliegend wird das Problem aufgeworfen, inwieweit strafprozessuale Maß-

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

nahmen wie die Durchsuchung und Beschlagnahme mit der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG grundrechtlich geschützten Pressefreiheit zu vereinbaren sind.

Der **Schutzbereich** des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst die Presstätigkeit in sämtlichen Aspekten.<sup>2</sup> Dabei werden insbesondere auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit sowie das Vertrauensverhältnis zwischen Informanten und Presse von der Pressefreiheit geschützt.<sup>3</sup> **Einschränkungen** erfährt der Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG unter anderem durch die allgemeinen Gesetze. Vorschriften der StPO können somit grundsätzlich Eingriffe in die Pressefreiheit ermöglichen, sofern eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gegeben ist. Dabei spielen besonders der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der in das Grundrecht eingreifenden Norm eine wichtige Rolle.

Als **Eingriffsgrundlage** zur Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts sind im vorliegenden Fall die Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO<sup>4</sup> und die Durchsuchung nach §§ 102 ff. heranzuziehen. Entsprechend dieser Vorschriften können die ermittelnden Behörden bereits dann eine Durchsuchung anordnen, wenn aufgrund des Vorliegens tatsächlicher Anhaltspunkte die Möglichkeit besteht, dass ein Tatverdächtiger sich durch das ihm vorgeworfene Verhalten nach materiellem Recht strafbar gemacht hat.<sup>5</sup> Im Zuge dessen ist dann auch die Beschlagnahme von lediglich potentiellen Beweismitteln erlaubt, was zu einer umfangreichen Sicherstellung führen kann.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BVerfG NJW 1998, 1381, 1382.

<sup>3</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 36 f.

<sup>4</sup> §§ ohne Angabe sind solche der StPO.

<sup>5</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 102 Rn. 2.

<sup>6</sup> Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 10 Rn. 32.

Um den geringen Eingriffsvoraussetzungen eines bereits ausreichenden Anfangsverdachts zu begegnen, hat der Gesetzgeber für besondere Personengruppen jedoch ein **Beschlagnahmeverbot** in § 97 konstituiert. Die Vorschrift ergänzt das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 und stellt faktisch dessen Umgehungsschutz dar.<sup>7</sup> „Denn was der Mund nicht preiszugeben braucht, soll der Hand nicht entrissen werden.“<sup>8</sup> Zudem dient das Beschlagnahmeverbot dem Interesse, das allgemeine Vertrauen in bestimmte Institutionen zu gewährleisten.<sup>9</sup> So müssen Ärzte keine Befunde und Verteidiger keine Gesprächsprotokolle herausgeben.

In Bezug auf die der Pressefreiheit unterliegenden Personen ergibt sich dieses Privileg aus § 97 Abs. 5 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 5. Danach sind Schriftstücke, Ton-, Bild und Datenträger aller Art, die im Gewahrsam von Presseangehörigen stehen, beschlagnahmefrei.<sup>10</sup> Dazu zählen insbesondere auch solche Unterlagen, die Aufschluss über mögliche Informanten geben können.<sup>11</sup>

Das Gesetz sieht allerdings ausnahmsweise einen Ausschluss des Beschlagnahmeverbots vor. In § 97 Abs. 5 Satz 2 wird auf Abs. 2 Satz 3 der Vorschrift verwiesen, in dem normiert ist, dass das Privileg dann ausgeschlossen sein soll, wenn gegen die zeugnisverweigerungsberechtigte Person der Tatverdacht auf strafrechtliche Verstrickung besteht.<sup>12</sup> Grundsätzlich genügt dafür ein einfacher, auf bestimmten

<sup>7</sup> Eschelbach, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2016, § 97 Rn. 3.

<sup>8</sup> Dünnebier, Das Problem einer Sonderstellung der Presse im Strafverfahren, 1966, S. 39.

<sup>9</sup> Volk/Engländer (Fn. 6), § 10 Rn. 36.

<sup>10</sup> Eschelbach, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 7), § 97 Rn. 41.

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2007, 1117, 1120; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 5), § 97 Rn. 45.

<sup>12</sup> Hauschild, in MüKo, StPO, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 56.

Tatsachen beruhender und bereits bei Anordnung der Beschlagnahme bestehender Verdacht.<sup>13</sup>

Für Presseangehörige wird jedoch ein strengerer Maßstab angelegt. Zurückführen lässt sich dies auf die Grundsätze, die das BVerfG bereits in seinem „Spiegel-Urteil“ von 1966<sup>14</sup> und im „**CICERO-Urteil**“ von 2007<sup>15</sup> festgelegt hat. Gerade letztere Entscheidung war für den unabdingbaren Schutz des Informanten und damit auch der Funktionsfähigkeit der Presse wegweisend. Das Magazin CICERO hatte Auszüge eines streng geheimen Auswertungsberichts des Bundeskriminalamts (BKA) veröffentlicht, woraufhin ein Ermittlungsverfahren gegen den Journalisten und Chefredakteur des Magazins eröffnet wurde. Infolgedessen ließ die Staatsanwaltschaft die Redaktionsräume durchsuchen, um den Informanten des BKA ausfindig zu machen. Das BVerfG stellte fest, dass Durchsuchungen in Redaktionsräumen nicht vornehmlich dem Zweck dienen dürfen, die Person des Informanten zu ermitteln. Sie seien nur dann legitim, wenn offenkundige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Journalist selbst den Geheimnisverrat (mit)initiiert hat. Es genüge daher nicht, dass ein Journalist im Besitz von geheimen Dokumenten sei, er müsse vielmehr bereits an der Entwendung dieser beteiligt gewesen sein. Soll durch die Durchsuchung der Presseräume also lediglich der Informant identifiziert werden, so liege ein Verstoß gegen die Pressefreiheit vor. Denn potenzielle Informanten könnten ansonsten davon abgehalten werden, Informationen an die Presse zu liefern, die sie nur im Vertrauen auf die Wahrung ihrer Anonymität herauszugeben bereit sind.<sup>16</sup> Während diese Aussage noch im „Spiegel“-Urteil eher neben-

sächlich fiel, wurde sie im „CICERO“-Urteil zum Leitsatz erkoren und fand nunmehr auch durch das am 01.08.2012 in Kraft getretene **Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG)** Eingang in die Gesetze.<sup>17</sup> Die Arbeitsunterlagen eines Journalisten können danach nur noch dann beschlagnahmt werden, wenn dieser sich der Beteiligung an einer Straftat dringend tatverdächtig gemacht hat.<sup>18</sup> Dieses zusätzliche Erfordernis wurde ausdrücklich in § 97 Abs. 5 Satz 2 normiert, in dem es jetzt heißt, dass die Beteiligungsregelung des Abs. 2 Satz 3 für Presseangehörige nur noch dann gilt, wenn bestimmte Tatsachen einen **dringenden Verdacht der Beteiligung** begründen. Parallel dazu erfuhr auch die Strafnorm des § 353b StGB, die die Verletzung des Dienstgeheimnisses unter Strafe stellt, eine Veränderung, indem ein neuer Absatz 3a eingefügt wurde. Nach diesem sind bestimmte Beihilfehandlungen zum Geheimnisverrat, wie z.B. die Entgegennahme oder Veröffentlichung eines Geheimnisses, von Presseangehörigen als nicht rechtswidrig anzusehen.<sup>19</sup> Auch hier reicht ein allgemeiner Verdacht der Weitergabe dienstlicher Informationen an die Medien nicht aus, sondern es bedarf tatsächlicher Anhaltspunkte, um das Beschlagnahmeprivileg des Journalisten nach § 97 Abs. 5 Satz 1 wegen einer eigenen Straftat entfallen zu lassen.<sup>20</sup> Sobald der betreffende Journalist selbst Beschuldigter ist, entfällt allerdings sein Zeugnisverweigerungsrecht und damit einhergehend auch sein Beschlagnahmeprivileg aus § 97 Abs. 5.

Vereinzelt wird daran kritisiert, dass die Verschärfung dieser Vorschriften systemwidrig sei, da sie dazu führe, dass die Rechtspflege hinter der Presse-

<sup>13</sup> *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, (Fn. 5), § 97 Rn. 20.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG NJW 1966, 1603.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG NJW 2007, 1117.

<sup>16</sup> *Schmidt-De Caluwe*, NVwZ 2007, 640, 642.

<sup>17</sup> BGBl I 2012 S. 1374.

<sup>18</sup> *Greven*, in Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 40.

<sup>19</sup> *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 353b Rn. 29.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG NJW 2007, 1117, 1119.

und Rundfunkfreiheit in zu großem Maße zurückstehe.<sup>21</sup> Aufgrund des Erfordernisses eines dringenden Tatverdachts seien Beschlagnahmen und Durchsuchungen, die regelmäßig zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens angeordnet werden, bei Presse- und Rundfunkorganen nahezu ausgeschlossen, da in diesem frühen Stadium nur in wenigen Ausnahmefällen bereits ein dringender Tatverdacht vorliege.<sup>22</sup> Für die Staatsanwaltschaft gestalte es sich beim Geheimnisverrat regelmäßig als schwierig, die Haupttäter zu ermitteln.<sup>23</sup> Mangels anderer Zeugen bieten die Journalisten, die über die geheimen Informationen berichten, den entscheidenden Ermittlungsansatz, auf den man gerne zurückgreifen möchte.<sup>24</sup>

Dem Gesetzgeber ging es dagegen um einen tragfähigen Ausgleich zwischen dem Schutz der Presse einerseits und dem legitimen Strafverfolgungsinteresse andererseits.<sup>25</sup> Daher ist in § 97 Abs. 5 Satz 2 Hs. 2 auch eine eigenständige Verhältnismäßigkeitsklausel enthalten, um zu gewährleisten, dass die der Beschlagnahme entgegenstehenden Grundrechte hinreichend berücksichtigt werden.<sup>26</sup> Unzulässig sei vor allem, ein Ermittlungsverfahren gegen einen Pressemitarbeiter zu eröffnen, nur um das Beschlagnahmeverbot zu umgehen.<sup>27</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerde für offensichtlich begründet und bezeichnet sowohl die Anordnung der Durchsuchung als auch die Be-

schlagnahme der dabei gefundenen Beweismittel als verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Pressefreiheit. Die Norm des § 97 in ihrer neuen Fassung hält das BVerfG zudem für verfassungsgemäß.

Dazu wird zunächst ausgeführt, dass die Pressefreiheit nicht nur den Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit umfasse. Vielmehr sei darüber hinaus auch die Vertrauenssphäre zwischen Presseorganen und ihren Informanten, insbesondere die Geheimhaltung der Informationsquelle, geschützt. Dies sei besonders wichtig, weil die Presse auf private Informationen nicht verzichten könne, diese aber dadurch gefährdet würden, dass sich der Informant auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses nicht verlassen könne. Die Durchsuchung von Presseräumen stelle eine Störung der redaktionellen Arbeit dar; die Beschlagnahme von Datenträgern eröffne den Ermittlungsbehörden Zugriff auf redaktionelles Datenmaterial. Dadurch werde besonders intensiv in das Grundrecht der Pressefreiheit und damit in die Vertraulichkeit der Pressearbeit und auch in etwaige Vertrauensverhältnisse zu Informanten eingegriffen, die bei einer Durchsuchung die Feststellung ihrer Identität befürchten müssen.

An zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Straftat, die den Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 5 entfallen ließen, mangle es vorliegend. Ein bloß allgemeiner Verdacht, dass dienstliche Informationen an die Presse gegeben wurden, genüge den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Vor allem seien die durchgeführten Maßnahmen nicht nur unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln<sup>28</sup>, sondern auch dann, wenn es darum gehe, den Verdacht gegen einen bereits identifizierten Informanten zu erhärten oder aufzuklären. Dies unterlaufe den von der

<sup>21</sup> Ritzert, in Graf, StPO, 2. Aufl. 2012, § 97 Rn. 20.

<sup>22</sup> Ritzert, in Graf StPO (Fn. 19), § 97 Rn. 20.

<sup>23</sup> Schork, NJW 2012, 2694, 2695.

<sup>24</sup> Schork, NJW 2012, 2694, 2695.

<sup>25</sup> BT-Drs. 14/5166 S. 10.

<sup>26</sup> Gercke, in HK-StPO, 5. Aufl. 2012, § 97 Rn. 65.

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2007, 1117, 1120; Menges, in Löwe-Rosenberg StPO, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 137.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG NJW 2007, 1117.

Pressefreiheit umfassten Informantenschutz in besonderem Maße.

Auch die Zahlung eines Honorars als Gegenleistung für die Preisgabe dienstlich erlangter Informationen könne zwar als Bestechung im strafrechtlichen Sinne einen Verdacht gegen Medienorgane begründen. In diesem Fall seien die Durchsuchungen jedoch nicht auf einen Verdacht gegen die Presseorgane selbst gestützt worden. Es sei den Ermittlungsbehörden vielmehr darum gegangen, Verdachtsgründe gegen den Informanten zu finden. Ein Verdacht gegen den Beschwerdeführer folge hieraus allerdings noch nicht und würde den Schutz des Informanten ebenfalls nicht entfallen lassen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall wirft auf der einen Seite klassische Probleme der Pressefreiheit auf, nimmt aber zum anderen auch Bezug auf die Neuregelungen im Rahmen des PrStG. Vorstellbar ist vor allem das Aufgreifen der dargelegten Probleme im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Klausur mit Bezug zum Grundrecht der Pressefreiheit. Allerdings kann der Fall ebenso in eine Klausur mit strafprozessualen Schwerpunkt eingekleidet werden, in der ein Presseangehöriger Ziel einer Zwangsmaßnahme wird.

Haben die Studierenden die Unzulässigkeit der Beschlagnahme im Zeitpunkt der Anordnung herausgearbeitet, darf dabei nicht vergessen werden, dass dies zu einem Verwertungsverbot der beschlagnahmten Beweisgegenstände führen kann. Dies ergibt sich aus § 160a.

In der Praxis führt das Urteil des BVerfG zu einer weiteren Stärkung der presserechtlichen Freiheiten. Ermittlungsbehörden werden zukünftig nur noch dann dazu übergehen dürfen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen anzuordnen, wenn sie tatsächlich konkrete Anhaltspunkte für die Beteiligung von Presseangehörigen an Straftaten haben. So etwa, wenn Medienmitarbei-

ter nachweisbar für den Erhalt dienstlich erlangter Informationen Honorare zahlen und damit zum Geheimnisverrat anstiften.<sup>29</sup> Dies dürfte indes eher selten der Fall sein.

#### 5. Kritik

Bereits zum dritten Mal nach „Spiegel“ und „CICERO“ hatte das Bundesverfassungsgericht im Fall „Berliner Morgenpost“ über eine verfassungsrechtliche Überprüfung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen gegen Journalisten zu entscheiden. Insofern ist es nicht verwunderlich, aber sehr begrüßenswert, dass die bisherige Rechtsprechung, die wegweisend für das Presserecht und die Bedeutung der Pressefreiheit in Deutschland war, weitergeführt wurde. Grundlegende Neuerungen ergeben sich aus diesem Urteil jedenfalls nicht.

Im „CICERO-Fall“ stand für die ermittelnden Behörden noch im Vordergrund, den bis dahin unbekannt gebliebenen Informanten der Zeitschrift zu ermitteln. Zu diesem Zweck wurde ein Ermittlungsverfahren gegen den Journalisten und den Chefredakteur eröffnet. Im Gegensatz dazu gab es im „Morgenpost-Fall“ einen den Behörden schon konkret bekannten Informanten. Lediglich an tatüberführenden Beweisen hat es der Staatsanwaltschaft gefehlt, weshalb sie diese bei der in Verdacht geratenen Morgenpost zu finden glaubte. Die unklaren Beziehungen zwischen der Morgenpost und dem Polizeikommissar reichten aus, um auch hier das Ermittlungsverfahren zu eröffnen.

Mit dieser Vorgehensweise könnte der Staatsanwaltschaft eine geschickte Umgehung des § 97 Abs. 5 vorgeworfen werden. Denn wie das BVerfG erneut zutreffend festgestellt hat, gelten die Privilegien der Zeugnisverweigerung ab dem Zeitpunkt nicht mehr, ab dem die zeugnisverweigerungsberechtigte Person selbst Beschuldigter oder Mitbeschuldigter der Straftat ist, um deren Aufklärung es geht.

<sup>29</sup> Fischer, StGB (Fn. 19), § 353b Rn. 30.

Verwunderlich ist deshalb nicht, dass sich das BVerfG in seiner Begründung nicht auf den überarbeiteten § 97 Abs. 5 stützt. Vielmehr leitet es den Schutz der vormals zeugnisverweigerungsberechtigten Journalisten direkt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ab. Dies erscheint auch richtig und notwendig, denn andernfalls würden die Ermittlungsbehörden, wie oben dargestellt, die Presseprivilegien auf einfache Weise umgehen können. Durch die Ermittlung gegen Pressemitarbeiter würde deren Zeugnisverweigerungsrecht ausgehebelt und auch der damit verbundenen Beschlagnahme- und Durchsuchungsschutz aberkannt. Eine solche faktische Umgehung der Pressefreiheit ist somit folgerichtig vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden.

Da das BVerfG den so gewährten Schutz der Presseangehörigen, welcher sich nicht mehr auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann, direkt aus der Verfassung ableitet, lässt sich die Frage stellen, inwieweit das PrStG überhaupt zur Stärkung der Pressefreiheit beigetragen hat. Die wesentlichen Grundsätze waren, wie bereits erwähnt, spätestens seit „CICERO“ gängige Praxis. Die Einführung des zusätzlichen Erfordernisses eines „dringenden Tatverdachts“ in § 97 Abs. 5 erscheint zudem obsolet, da bereits in der alten Fassung der Norm eine strenge Verfassungsmäßigkeitsprüfung enthalten war. Aus dieser leitete der Senat in „CICERO“ die zum Informantenschutz gebotene verfassungsrechtliche Auslegung der strafprozessualen Normen über die Durchsuchung und Beschlagnahme ab.<sup>30</sup> Diese bedürfen spezifischer tatsächlicher Anhaltspunkte. Andernfalls bestünde das Risiko, dass ein Ermittlungsverfahren nur eingeleitet würde, um den Beschlagnahmeschutz auszuhebeln und um über diesen Weg an den Informanten zu gelangen.<sup>31</sup> Dies würde dann, wie dargestellt, ohnehin die Anwendung des gesamten § 97 verbieten,

da kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr bestünde.

Es bleibt wie auch nach dem „CICERO-Urteil“ außerdem ein bitterer Beigeschmack in Bezug auf die praktische Anwendung dieser Grundsätze. Denn so wünschenswert und wichtig der Schutz der Presse auch ist, so lebensfremd und in der Praxis nicht umsetzbar ist die aus dem Urteil folgende Konsequenz, dass eine Durchsuchung bei Journalisten nur noch dann möglich sein soll, wenn der beteiligte Journalist sich der strafrechtlichen Verstrickung dringend tatverdächtig gemacht hat. Gerade dies können die Behörden im Ermittlungsverfahren in der Regel ja noch gar nicht wissen, weswegen das Urteil zwar in der Theorie mehr als willkommen ist, den Rechtsanwender in der Praxis aber vor die unlösbare Aufgabe stellt, in welchen Fällen denn ein dringender Tatverdacht anzunehmen sei und in welchen nicht. Das Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprivileg der Presseorgane wird dadurch nahezu zu einem Schlupfloch für Journalisten und Informanten. Das BVerfG lässt zumindest offen, welche Kriterien für die Annahme eines solchen Verdachts herangezogen werden sollen und stellt nur fest, dass jedenfalls die Anhaltspunkte im vorliegenden Fall nicht ausreichen würden. Folglich stellt sich zukünftig vor allem die Frage, welche Anforderungen konkret zu stellen sind und wie das Merkmal des dringenden Tatverdachts ausgefüllt werden könnte. Möglicherweise hätte es hier bereits an Verdachtsgründen gegen B gereicht, wenn es tatsächlich nicht Spiegel Online gewesen wäre, die über die bevorstehende Razzia der Polizei berichtet hätte, sondern die in dieser Angelegenheit unbeteiligte Berliner Morgenpost.

*(Dennis Janik/Liesa Rebbig)*

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2007, 1117, 1119.

<sup>31</sup> Schork, NJW 2012, 2694, 2695.

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

A, B und weitere Personen treffen sich zum Konsum von Alkohol und Betäubungsmitteln in der Wohnung des A. Nach einiger Zeit bietet A der Gruppe den Industriereiniger GBL zur Einnahme an. GBL hat u. a. eine euphorisierende sowie betäubende Wirkung und ist eine Vorstufe des nach Maßgabe des BtmG verbotenen Stoffes GHB.<sup>2</sup> Es wird rechtlich als bedenkliches Arzneimittel i.S.d. AMG eingestuft und kann bereits bei geringer Überdosierung lebensbedrohlich sein.<sup>3</sup> A weist ausdrücklich darauf hin, dass GBL nicht unverdünnt konsumiert werden darf und nimmt selbst zwei bis drei Milliliter mit einem halben Liter Wasser verdünnt ein. Danach lässt A die Flasche frei zugänglich in der Wohnung stehen.

Einige Zeit später setzt B diese Flasche an und trinkt unverdünnt eine nicht mehr feststellbare Menge GBL. A bemerkt dies und versucht B zum Erbrechen zu bringen, da er davon ausgeht, dass B eine tödlich wirkende Menge konsumiert hat. B verliert das Bewusstsein. A bringt B daraufhin in die stabile Seitenlage und kontrolliert fortan dessen Atemfrequenz. Spätestens

## März 2016 Industriereiniger-Fall

*Garantenstellung / Verkehrssicherungspflicht / Ingenrenz / eigenverantwortliche Selbstgefährdung*

§§ 212, 13 Abs. 1 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Der eintrittspflichtige Garant hat den Erfolg abzuwenden, wenn das vom Selbstgefährder eingegangene Risiko in einen erwartungswidrigen Rechtsgutsverlust einzumünden droht.
2. Dies gilt auch dann, wenn der Garant ausdrücklich auf die Gefährlichkeit hinweist und konkrete Handlungsanweisungen zum Umgang mit der Sache gibt.

BGH, Urteil vom 5. August 2015 – 1 StR 328/15; veröffentlicht in NJW 2016, 176-178.

als sich diese verringert, erkennt A, dass B ohne ärztliche Hilfe an den Folgen der GBL-Einnahme sterben wird und nimmt dies zu diesem Zeitpunkt billigend in Kauf. Erst nach einiger Zeit ruft A einen Rettungswagen. Die Rettungskräfte unternehmen Wiederbelebungsversuche, jedoch ohne Erfolg. B verstirbt durch den vom GBL verursachten Atemstillstand. Bei rechtzeitigem Verständigen eines Rettungswagens hätte B mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können.

A wird vom LG München wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212, 13 Abs. 1 StGB<sup>4</sup> verurteilt und legt dagegen Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Fall behandelt die Strafbarkeit eines unechten Unterlas-

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

<sup>2</sup> Weber, BtMG, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 571.

<sup>3</sup> BGH NJW 2010, 2528, 2531.

<sup>4</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

sungsdelikt. Problematisch sind dabei die Garantenstellung des Täters und die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers.

Bezüglich der Garantenstellung wird zwischen Beschützergaranten und Überwachergaranten unterschieden. Vorliegend kommt nur letztere Garantenstellung in Frage. Eine **Überwachergarantenstellung** kann sich aus verschiedenen Zusammenhängen ergeben. Entstehungsgründe sind die Verantwortlichkeit für Sachen oder Personen als Gefahrenquelle oder für ein eigenes vorausgegangenes Tun (sog. Ingerenz).<sup>5</sup> Daneben kann auch eine Verantwortlichkeit aus Produkthaftung erwachsen. Vorliegend kommt eine Garantenpflicht aus der Schaffung einer Gefahrenquelle und aus einem vorangegangenen Tun in Betracht.

Die Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle knüpft an die **allgemeine Verkehrssicherungspflicht** an.<sup>6</sup> Wer eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, hat die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen, sofern dies nach den Gesamtumständen zumutbar ist und von einem verständigen sowie umsichtigen Menschen für notwendig und ausreichend gehalten wird.<sup>7</sup> Der Garant ist folglich verpflichtet seine Sache so zu überwachen und zu unterhalten, dass von dieser keine Gefahr für andere Rechtsgüter ausgeht.<sup>8</sup> Umstritten ist jedoch, wie weit diese Garantenpflicht reicht.

Eine Meinung leitet aus der Verkehrssicherungspflicht auch eine Rettungspflicht ab.<sup>9</sup> So sei es beispielsweise

se nicht vertretbar, dass der Hundehalter bezüglich der Überwachung seines Hundes zum Handeln verpflichtet sei, aber nachfolgend für eine über die Bissverletzung des Opfers hinausgehende Folge, etwa ein anschließendes Verbluten, nicht zu belangen sei.<sup>10</sup>

Dagegen wird argumentiert, dass eine Überwachergarantenstellung aus einer Verkehrssicherungspflicht eben nur eine Sicherungspflicht mit sich bringe, die gerade keine weitere Rettungspflicht begründe.<sup>11</sup> Der Inhalt der Garantenpflicht ist nach dieser Ansicht nur auf die Verkehrssicherung beschränkt. Eine Rettungspflicht ergäbe sich nachfolgend nur aus Ingerenz.<sup>12</sup>

Die **Garantenstellung** aus Ingerenz knüpft an ein vorausgegangenes Tun des Garanten an. Nach h.M. muss das Vorverhalten dabei objektiv pflichtwidrig sein und bezüglich des konkreten Erfolges die nahe Gefahr des Eintritts geschaffen haben.<sup>13</sup> Daher sei auch ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen gefährlichem Vorverhalten und dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs notwendig.<sup>14</sup>

Eine weitere Problemsphäre eröffnet die **eigenverantwortliche Selbstgefährdung** des Opfers. Hier ist zunächst zu beachten, dass sowohl eine Selbstgefährdung als auch eine Selbsttötung keinen gesetzlichen Tatbestand erfüllen und folglich straflos und nicht teilnahmefähig sind.<sup>15</sup> Daher ist, wer eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder Selbsttötung fahrlässig oder vorsätzlich ermöglicht oder fördert,

<sup>5</sup> Rengier, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, § 50 Rn. 43.

<sup>6</sup> Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 45; Stree/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 11.

<sup>7</sup> BGH NJW 2009, 240, 241.

<sup>8</sup> Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 45.

<sup>9</sup> Weigend, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 59; Wohlers/Gaede, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 49; Heinrich, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 965.

<sup>10</sup> Heinrich (Fn. 9), Rn. 965.

<sup>11</sup> Roxin, Strafrecht AT/2, 3. Aufl. 2003, § 32 Rn. 124.

<sup>12</sup> Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 53a.

<sup>13</sup> Freund, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 118; Wohlers/Gaede, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 43; Rengier (Fn. 5), § 50 Rn. 72.

<sup>14</sup> Brüning, ZJS 2012, 691, 693; Stree/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 13 Rn. 45.

<sup>15</sup> BGH NStZ 1984, 410, 411; NStZ 1985, 319, 320; Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 77.

nicht strafbar.<sup>16</sup> Schwierigkeiten ergeben sich regelmäßig dann, wenn eine Folge eintritt, die vom Selbstschädiger nicht beabsichtigt war.

Nach **Ansicht des BGH** muss der Garant, wenn eine vom Opfer nicht gewollte Rechtsgutverletzung droht, rechtlich für die Erfolgsabwendung einstehen.<sup>17</sup> Die Straflosigkeit bezüglich der bloßen Herbeiführung des Risikos schließe nicht aus, dass eine Garantspflicht in dem Zeitpunkt begründet werde, in dem sich das Risiko erkennbar verwirkliche.<sup>18</sup> Grund hierfür ist nach dieser Auffassung, dass die eigenverantwortliche Selbstgefährdung gerade nicht auf den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs abziele.<sup>19</sup>

Diese Grundsätze gelten nach dem viel beachteten **Cleanmagic-Urteil**<sup>20</sup> insbesondere auch für den Konsum von GBL. Hiernach ist der Garant mit dem Eintritt einer besonderen Gefahrenlage verpflichtet, den drohenden Erfolg abzuwenden.<sup>21</sup> Diese Gefahrenlage entsteht regelmäßig dann, wenn das Opfer bewusstlos wird und dadurch die Gefahr des Todes droht. In diese Rechtsprechung wurde die Tatsache der vorangegangenen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht einbezogen, was stark kritisiert wird.<sup>22</sup>

Die **Literatur** lehnt demgegenüber eine Garantstellung bei einer eigenverantwortlichen bewussten Selbstgefährdung überwiegend ab.<sup>23</sup> Es wird als

Wertungswiderspruch kritisiert, dass die Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung für den Garant straffrei sei, jedoch bei Realisierung des vom Rechtsgutsinhaber eingegangenen Risikos eine strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aus § 13 Abs. 1 resultieren solle.<sup>24</sup> Auch sei der freie Entschluss zur Selbstschädigung oder Selbstgefährdung Ausdruck der Autonomie und strafrechtlich nicht angreifbar.<sup>25</sup>

Als Differenzierungskriterium dazu wird auch die **Legalität der Gefahrenquelle** diskutiert. Eine Verbotsnorm impliziert schließlich, dass mit der verbotenen Gefahrenquelle Risiken behaftet sind, die es grundsätzlich zu vermeiden gilt. Eine Meinung sieht etwa für Betäubungsmittel grundsätzlich keine Dispositionsmöglichkeit und dementsprechend keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Beteiligten, da die Volksgesundheit dem Einzelnen überhaupt nicht zur Disposition stünde.<sup>26</sup> Handelt es sich bei dem Rauschmittel etwa um einen unter Maßgabe des BtmG verbotenen Stoff, so treffe denjenigen, der das Rauschmittel abgibt oder zur Verfügung stellt, stets eine paternalistische Sorgfaltspflicht.<sup>27</sup> Eine Eigenverantwortlichkeit sei in diesen Fällen immer abzulehnen, da sie dem Sinn und Zweck einer solchen Sorgfaltsnorm widerspreche, gerade weil der Täter sich auf die Eigenverantwortlichkeit des Opfers berufen könne, obwohl er bereits gegen geltendes Recht verstoßen hat.<sup>28</sup>

Die Rechtsprechung hält hingegen auch bei der Abgabe von Betäubungsmitteln an dem Grundsatz fest, dass aufgrund der Straflosigkeit der Teilnahme an einer vorsätzlichen Selbsttö-

<sup>16</sup> BGH NJW 1972, 1476; *Heinrich* (Fn. 9), Rn. 252; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 12; *Vogel*, in LK, § 15 Rn. 235.

<sup>17</sup> BGH NSTz 1984, 452; NSTz 1985, 319, 320.

<sup>18</sup> BGH NSTz 1984, 452.

<sup>19</sup> BGH NSTz 1984, 452.

<sup>20</sup> BGH NSTz 2012, 319.

<sup>21</sup> BGH NSTz 2012, 319, 320.

<sup>22</sup> *Brüning*, ZJS 2012, 691, 693; *Murmann*, NSTz 2012, 387, 388.

<sup>23</sup> *Duttge*, in MüKo, StGB 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 151; *Puppe*, in NK, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 13 Rn. 189; *Rengier* (Fn. 5), § 50 Rn. 101; *Walter*, in LK, Vor § 13 Rn. 115.

<sup>24</sup> *Roxin*, Strafrecht AT/1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 112.

<sup>25</sup> *Duttge*, in MüKo (Fn. 23), § 15 Rn. 153.

<sup>26</sup> *Duttge*, in MüKo (Fn. 23), § 15 Rn. 153; *Walter*, in LK (Fn. 23), Vor § 13 Rn. 115.

<sup>27</sup> *Puppe*, in NK (Fn. 23), Rn. 189.

<sup>28</sup> *Puppe*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2011, § 6 Rn. 16.

tung und Selbstverletzung auch eine Verursachung einer vorsätzlichen und verantwortlichen Selbstverletzung genauso straflos sein müsse.<sup>29</sup> Anders liegt es jedoch dann, wenn der Täter kraft überlegenen Wissens das Risiko besser einschätzen kann als der sich selbst Gefährdende. Ein solches Wissen könne eine Eigenverantwortlichkeit ausschließen und eine Strafbarkeit für den Garanten begründen.<sup>30</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision des Angeklagten zurück und bestätigt das Urteil des LG München. Er bekräftigt damit seine bisherige Rechtsprechung zur Garantenpflicht bei der Schaffung einer Gefahrenquelle, die er im Cleanmagic-Fall auch schon konkret im Hinblick auf GBL entschieden hatte.<sup>31</sup> Auch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers lässt die Garantenpflicht nicht entfallen.

Aus der Sachherrschaft über die Gefahrenquelle folge eine Erfolgsabwendungspflicht für den Fall, dass das vom Opfer eingegangene Risiko in einen erwartungswidrigen Rechtsgutsverlust einzumünden droht. Dies gelte gerade dann, wenn der Täter die potentiell gefährliche Sache als frei zugänglich in seinem Wirkungskreis zur Verfügung stellt. Die enthemmende Wirkung konsumierter Rauschmittel sei dabei grundsätzlich als vorhersehbare Entwicklung anzusehen und vom Garanten zu berücksichtigen. Auf die jeweiligen individuellen Auswirkungen des Konsums komme es hingegen nicht an.

Auch der Hinweis auf die Gefährlichkeit und eine genaue Anweisung zur konkreten Benutzung befreien hier nicht von der Garantenpflicht. Vielmehr müsse der noch im Zeitpunkt der Selbstgefährdung durch das Opfer straflose Garant bei einem erwartungs-

widrigen Geschehensverlauf rechtlich für den Tötungserfolg eintreten.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Unechte Unterlassungsdelikte haben für das Studium große Relevanz. Regelmäßig steht hier die Garantenpflicht im Fokus. Wichtig sind dabei das richtige Ermitteln und die Unterscheidung der Garantenstellungen. Nicht vergessen werden darf in diesem Kontext die Eigenverantwortlichkeit des Opfers, da eine solche grundsätzlich den Zurechnungszusammenhang entfallen lassen kann.

Der vorliegende Fall stellt dafür ein atypisches Beispiel dar. Der vorstehende Grundsatz, dass der Zurechnungszusammenhang für den Garanten entfallen kann, wird hier durchbrochen. In einer Klausur müsste dementsprechend auf den angestrebten und den tatsächlich eingetretenen Erfolg abgestellt werden. Ist etwa seitens des Opfers nur eine Selbstgefährdung gewollt und entwickelt sich diese aber nachfolgend in Richtung Verlust des Rechtsgutes, trifft den Garanten immer eine Erfolgsabwendungspflicht.

### 5. Kritik

Der vorliegende Beschluss des BGH ist hinsichtlich der unscharfen Abgrenzung der Garantenpflicht des Täters sowie der Wertung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers zu kritisieren.

Zunächst ist festzuhalten, dass der BGH eine Garantenpflicht wegen Beherrschung einer Gefahrenquelle annimmt und eine Garantenstellung aus Ingerenz daher nicht näher erörtert. Dabei geht aus dem Beschluss allerdings nicht eindeutig hervor, ob er sich der in der Literatur vertretenen Meinung anschließt, die aus der Verkehrssicherungspflicht auch eine Rettungspflicht begründet wissen will. Diese Schlussfolgerung drängt sich jedoch auf, da diese Literaturmeinung im Ergebnis mit dem BGH übereinstimmt. Denn sowohl der BGH als auch Teile der

<sup>29</sup> BGH NSTZ 1984, 410; 1984, 452; 2001, 205.

<sup>30</sup> BGH NSTZ 1984, 410, 411; *Kühl*, (Fn. 16), Vor § 211 Rn. 12.

<sup>31</sup> BGH NSTZ 2012, 319.

Literatur sehen für den Überwachergaranten eine Erfolgsabwendungspflicht vor, die über eine bloße Sicherungspflicht hinausgeht.

Anders wertet es in gleicher Fallkonstellation *Rengier*, der das bloße Abstellen einer Flasche GBL zwar als ursächlich für eine Verkehrssicherungspflicht hält, aber aus dieser keine Rettungspflicht ableitet.<sup>32</sup> Nach seiner Meinung wandelt sich in dem Zeitpunkt, indem der Konsum in den drohenden Rechtsgutverlust mündet, die Garantenstellung aus der bloßen Sicherungspflicht in eine Garantenstellung aus Ingerenz um, da das Nichteinschreiten des Garanten ein pflichtwidriges Tun darstelle.<sup>33</sup> Der BGH sieht einen solchen Wechsel in der Garantenstellung ausdrücklich nicht.<sup>34</sup> Vielmehr begründet er ein Inkrafttreten der Erfolgsabwendungspflicht alleine aus der Verkehrssicherungspflicht.<sup>35</sup> Dies geschieht ebenfalls zu dem Zeitpunkt, in dem sich das vom Opfer bewusst eingegangene Risiko zum Schlechteren auswirkt und ein Rechtsgutverlust droht. Hierin liegt eine starke Ähnlichkeit beider Argumentationslinien.

Hauptkritikpunkt bleibt jedoch, unabhängig von der soeben diskutierten dogmatischen Unschärfe, die rechtliche Wertung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des B. Die Einschätzung des BGH wirkt an dieser Stelle künstlich und lebensfremd. Denn anders als der BGH meint, ist es gerade nicht naheliegend, dass erwachsene Personen ein Gift nur deshalb konsumieren, weil es sich in ihrer unmittelbaren Reichweite befindet.<sup>36</sup> Vielmehr spielt der freie Entschluss zum Konsum eine tragende Rolle. Dieser beinhaltet der Sache nach auch das Erkennen und Einschätzen von Risiken. A weist vorliegend auf die Gefährlichkeit von GBL

hin, gibt entsprechende Handlungsanweisungen und konsumiert selbst in der vorgegebenen Weise. Insofern ist es evident, dass alle Beteiligten das Risiko hätten einschätzen können. Dass darüber hinaus verschiedene Rauschmittel von den Anwesenden konsumiert wurden, reicht nach Ansicht des BGH dafür aus, dass an A eine hohe Sorgfaltspflicht hinsichtlich des Umgangs mit GBL zu stellen ist. Zudem soll es trotz expliziter Warnung für A voraussehbar sein, dass einer der Beteiligten ohne jegliche Bedenken zur Flasche mit GBL greift und dieses unverdünnt trinkt.

Fraglich ist dabei aber gerade, welche geeigneten Maßnahmen A hätte ergreifen müssen, um seiner Sorgfaltspflicht ausreichend nachzukommen. Möglich wäre nach dem Anbieten wohl nur ein sicheres Verwahren der Flasche, beispielsweise in einem Schrank, oder aber eine entsprechende Portionierung des GBL. Abstrakt gesehen müsste somit jedermann bei Anwesenheit betrauschter Personen jede Gefahrenquelle entsprechend sichern um einen Missbrauch zu verhindern.

Eben dies erscheint absolut realitätsfern, da ein Missbrauch grundsätzlich immer stattfinden kann und dementsprechend vorhersehbar sein muss. Somit wären beispielsweise immer dann hohe Sorgfaltspflichten an Wohnungsinhaber anzulegen, sobald im eigenen Haushalt Alkohol konsumiert würde. Jedoch ist gerade nach Ansicht des BGH eine Garantenpflicht gegenüber erwachsenen, verantwortlichen Personen bezogen auf die Verhinderung vorsätzlicher Selbstschädigungen und Selbstgefährdungen im Vorhinein gerade nicht notwendig.<sup>37</sup>

In dieser Hinsicht verwundert der vorliegende Beschluss doch sehr. Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers wird bejaht, die rechtliche Verantwortung nachfolgend aber auf den Garanten übertragen. Dies geschieht nach Ansicht des BGH deswegen, weil sich die Gefahr für das

<sup>32</sup> *Rengier* (Fn. 5), § 50 Rn. 53a.

<sup>33</sup> *Rengier* (Fn. 5), § 50 Rn. 53a.

<sup>34</sup> BGH NStZ 2012, 319, 320.

<sup>35</sup> BGH NStZ 2012, 319, 320.

<sup>36</sup> So bereits *Murmann*, NStZ 2012, 387, 388.

<sup>37</sup> BGH NStZ 1984, 410, 411.

Rechtsgut Leben zu realisieren beginnt. Dass vorher ganz eindeutig auf eben diese Lebensgefährlichkeit hingewiesen wurde, bleibt rechtlich ohne Bedeutung.

B hat es vorliegend aber nur selbst zu verantworten, das GBL konsumiert zu haben und trägt damit einhergehend auch das rechtliche Risiko einer Überdosierung. Der BGH spricht B diese Verantwortung ab, obwohl er eigenverantwortlich handelt. B wird hierdurch im weitesten Sinne entmündigt, da er das eigene Handeln mit seinen darauffolgenden Konsequenzen nicht mehr selbst verantworten muss. Damit wird das Prinzip der Eigenverantwortung in seinem Grundgedanken aufgelöst.

Dem kann nicht zugestimmt werden, da der Entschluss zum Handeln und die Verantwortung für dieses Handeln als eine Einheit zu sehen sind. Der Umstand, dass sich ein bereits erkanntes Risiko nun tatsächlich verwirklicht, vermag nicht dazu zu führen, diese natürliche Einheit von Handeln und Verantwortung aufzulösen. Handelt ein erwachsener und mündiger Mensch entgegen einer Warnung, stellt dies eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung dar, die auch nur er selbst zu verantworten hat.

Diese Wertung der Eigenverantwortlichkeit durch den BGH überrascht allerdings wenig. Sie entspricht der stark kritisierten Rechtsprechung bezüglich der Veranlassung einer Selbstgefährdung durch eine Heroininjektion.<sup>38</sup> Beide Entscheidungen sind wertungsgleich, besonders im Hinblick auf das Inkrafttreten der Erfolgsabwendungspflicht nach dem Entstehen einer besonderen Gefahrenlage. Durch die vorliegende Entscheidung gelten ebendiese Grundsätze nun auch für die Abgabe nicht verbotener Stoffe. Die Aspekte Legalität und soziale Akzeptanz der Rauschmittel bleiben somit für das strafrechtliche Ergebnis ohne Bedeutung. Sobald eine besondere Gefahrenlage entsteht, ist somit jeder Überwachergarant zur Erfolgsabwendung ver-

pflichtet, egal ob es sich um eine pflichtwidrige Abgabe handelt.

Weiterhin ist auch die unzureichende Untersuchung der individuellen Auswirkungen des Rauschmittelkonsums zu kritisieren. Dies gilt sowohl für A, als auch für B. Nicht eindeutig geklärt ist, ob B eventuell Beurteilungs- oder Willensmängel hätten attestiert werden müssen. Das Tatgericht stellte hierzu lediglich fest, dass B keinen Selbsttötungswillen hatte. Hier wäre womöglich eine Rückverweisung an das Tatgericht sinnvoll gewesen, da so letzte Bedenken hätten ausgeräumt werden können.

Inbesondere ist auch nicht geklärt inwieweit A aufgrund des Konsums diverser Rauschmittel noch tatsächlich einsichtsfähig gewesen ist. Die individuell zu bestimmende Einsichtsfähigkeit stellt schließlich ein wichtiges Kriterium bei der rechtlichen Beurteilung von Unterlassungsdelikten dar. Eine mögliche Schuldunfähigkeit gem. § 20, 21 wird überhaupt nicht diskutiert. Jedenfalls scheint es in der Gesamtschau der Umstände nicht gerechtfertigt, den Rauschzustand Dritter als Kriterium für die Voraussehbarkeit des allgemeinen Geschehens hervorzuheben und dann nachfolgend für den Garanten selbst überhaupt nicht zu beleuchten. Denn unstrittig ist, dass alle Beteiligten Rauschmittel konsumiert haben. Dass diese Tatsache nicht für alle gleich gewertet wird, ist nicht nachvollziehbar.

Im Ergebnis bleiben somit berechnete Zweifel an der Richtigkeit der vorliegenden Entscheidung, insbesondere bezüglich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des B. Bei Vorliegen einer solchen wäre wohl nur eine Verurteilung nach § 323c in Frage gekommen, die für A ein weitaus geringeres Strafmaß zur Folge gehabt hätte.

*(Maximilian Gubitsch / Alexandra Schmidt)*

<sup>38</sup> BGH NSTz 1985, 319.

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

A fährt auf der Landstraße mit einer Geschwindigkeit von ca. 65 km/h und will eine Ampelkreuzung geradeaus überqueren. Von der linken Seite nähert sich B mit einer Geschwindigkeit von ca. 30 km/h. Die Höchstgeschwindigkeit beträgt für beide Fahrer 50 km/h. Die Kreuzung ist für A gut einsehbar, der B bereits eine Zeit lang vor der Einfahrt in die Kreuzung erblickt, jedoch davon ausgeht, dass dieser anhalten wird. A bemerkt B erst wieder, als sich beide Fahrzeuge bereits auf der Kreuzung befinden, auf die sie gleichzeitig fahren. Hierbei begeht eines der Fahrzeuge einen Rotlicht-Verstoß. Wer verantwortlich ist, kann nicht festgestellt werden. Obwohl A stark abbremst, kann die Kollision nicht mehr verhindert werden. Sowohl B als auch sein Beifahrer C erleiden Verletzungen, wobei C später stirbt.

Hätte A sich an die Höchstgeschwindigkeit gehalten, wäre er durch eine rechtzeitige Bremsung 0,7 Sekunden später am Unfallort eingetroffen. Zu dieser Zeit hätte das Fahrzeug des B die Unfallstelle bereits um sechs Meter passiert.

A wird gem. §§ 222, 229 StGB<sup>2</sup> wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit

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

April 2016  
**Ampel-Fall**

*Pflichtwidrigkeitszusammenhang / Schutzzweck der Norm / Rotlicht-Verstoß / Mitverschulden des Opfers*

§§ 222, 229 StGB

### **Famos-Leitsätze:**

1. Der Schutzzweck der Norm über die Geschwindigkeitsbegrenzung erfasst den Erfolg, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zu sein, wenn die Geschwindigkeitsüberschreitung bei Eintritt der kritischen Verkehrslage vorliegt.
2. Ein qualifizierter Rotlicht-Verstoß des Opfers schließt im Rahmen der Fahrlässigkeit als gänzlich vernunftwidriges Verhalten den Zurechnungszusammenhang aus.

OLG Hamm, Beschluss vom 20. August 2015 – III-5 Rvs 102/15; veröffentlicht in NSTZ-RR 2016, 27.

mit fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Zugunsten des A wird der Rotlicht-Verstoß B angelastet. A legt Revision zum OLG Hamm ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Beschluss des OLG Hamm befasst sich mit verschiedenen rechtlichen Problemerkisen innerhalb der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung und der objektiven Zurechnung. Folgende Fallgruppen werden dabei relevant: die objektive Vorhersehbarkeit, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, der Schutzzweck und das Mitverschulden des Opfers.

Unter dem Punkt der objektiven **Sorgfaltspflichtverletzung** ist zu prüfen, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt

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

außer Acht gelassen wurde.<sup>3</sup> Um eine Überspannung der Sorgfaltspflicht zu vermeiden und um vor allem einen flüssigen Verkehrsablauf zu ermöglichen, wird eine Begrenzung durch den **Vertrauensgrundsatz** angenommen.<sup>4</sup> Hiernach dürfen sich selbst verkehrsgerecht Verhaltende darauf vertrauen, dass auch die übrigen Verkehrsteilnehmenden die gebotene Sorgfalt beachten und den Verkehr nicht pflichtwidrig gefährden.<sup>5</sup> Vorliegend hätte A sich allerdings an die vorgegebene Geschwindigkeitsbegrenzung halten müssen. Indem er zu schnell fuhr, verletzte er seine Sorgfaltspflichten als Fahrzeugführer, sodass der Vertrauensgrundsatz hier nicht greift.

Auch bei Vorliegen einer kausalen Sorgfaltspflichtverletzung muss der Erfolg allerdings nicht stets objektiv zurechenbar sein. Um eine hinreichende Grundlage der Erfolgszurechnung zu erreichen, werden normative Wertungen einbezogen. Es wird gefragt, ob der Erfolg tatsächlich in den Verantwortungsbereich des Täters fällt, indem er gerade als sein Werk und nicht das des Zufalls erscheint.<sup>6</sup>

So ist ein Erfolg grundsätzlich **objektiv vorhersehbar**, wenn ein umsichtig handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung mit dem Eintritt hätte rechnen müssen.<sup>7</sup> Zu fragen wäre also, ob ein durchschnittlicher Autofahrer einen Rotlicht-Verstoß an einer Kreuzung voraussehen hat oder ein solcher Umstand als **gänzlich vernunftwidriges** oder außerhalb der Lebenserfahrung liegen-

des **Verhalten** des Geschädigten zu werten ist.<sup>8</sup>

Es wird vertreten, dass grundsätzlich alle Rotlicht-Verstöße aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit als grob fahrlässig zu qualifizieren seien.<sup>9</sup> Jedoch würde diese Annahme systemwidrig verkennen, dass im Einzelfall besondere Umstände eine Rolle spielen, die die Indizwirkung eines Rotlicht-Verstoßes entkräften, wie zum Beispiel ein Augenblicksversagen.<sup>10</sup> So stellt ein **sog. qualifizierter Rotlicht-Verstoß** (länger als 1 Sekunde Rot) gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BKatV i.V.m. Nr. 132.3 eine grobe Verletzung der Pflichten des Kraftfahrzeugführers iSd § 25 Abs. 1 Satz 1 StVG dar,<sup>11</sup> welcher zum Ausschluss der Vorhersehbarkeit führen könnte.

Des Weiteren erfordert der **Pflichtwidrigkeitszusammenhang**, dass sich im konkreten Erfolg gerade die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens, das heißt diejenige rechtlich missbilligte Gefahr verwirklicht, die durch die Sorgfaltspflichtverletzung geschaffen wurde. Dies ist dann zu verneinen, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.<sup>12</sup> Hier ist allerdings unklar, was passiert wäre, wenn A tatsächlich 50 km/h gefahren wäre.

Ferner muss für eine Zurechnung der **Schutzzweckzusammenhang** hergestellt werden. Dabei werden solche Erfolge ausgeschlossen, die nicht vom Schutzbereich der verletzten Norm erfasst sind.<sup>13</sup> In unserem Fall bestehen

<sup>3</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 939.

<sup>4</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 945.

<sup>5</sup> BGHSt 9, 92, 94; 12, 81, 83.

<sup>6</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 246.

<sup>7</sup> BGH StV 2013, 150, 151.

<sup>8</sup> BGHSt 12, 75, 78.

<sup>9</sup> OLG Frankfurt/M. VersR 2001, 1276.

<sup>10</sup> *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG, 3. Aufl. 2015, § 28 Rn. 102.

<sup>11</sup> OLG Zweibrücken, NZV 1994, 160; *Janker/Hühnermann*, in Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, StVO, 24. Aufl. 2014, § 37 Rn. 30h.

<sup>12</sup> *Wessel/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 294.

<sup>13</sup> *Heinrich*, Strafrecht AT, 4. Aufl., Rn. 954; *Heinrich*, JURA 2003, 236, 243; *Kretschmer*, JURA 2000, 267, 275.

Zweifel darüber, ob Geschwindigkeitsbegrenzungen das Eintreffen des Schädigenden zu einem bestimmten Zeitpunkt am Unfallort verhindern sollen, damit dem Geschädigten genug Zeit verbleibt, den potenziellen Unfallort zu verlassen, bevor es zum Zusammenstoß kommt.

Bei enger Auslegung der Geschwindigkeitsnormen haben diese lediglich den Zweck, in Kollisionssituationen ein **rechtzeitiges Anhalten oder auch gefahrloses Ausweichen** zu ermöglichen.<sup>14</sup> So entschied der BGH 1960, dass es gerade nicht der Sinn einer Geschwindigkeitsbegrenzung sein könne, sicherzustellen, dass ein Fußgänger, der verkehrswidrig vor einem nahenden Fahrzeug die Fahrbahn kreuzt, es noch schafft, die Fahrbahn zu überqueren.<sup>15</sup> In weiteren Entscheidungen hielt der BGH an dem Grundsatz fest. Ein Fall betraf einen Polizisten, der beim Überholvorgang mit dem Streifenwagen zwei Kinder auf einem Fahrrad überfuhr, als diese unvermittelt nach links abbogen.<sup>16</sup> Hier stellte das Gericht fest, dass es auch beim pflichtmäßigen Einhalten der Geschwindigkeit zum Zusammenstoß gekommen wäre. Ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang ließe sich auch nicht über die Ausweitung des Schutzzweckes einer Geschwindigkeitsbegrenzung wiederherstellen.

Konsens besteht inzwischen darüber, dass Geschwindigkeitsbegrenzungsnormen nicht einen noch gar nicht erkennbaren Unfall dadurch verhindern sollen, dass der Fahrende den Unfallort aufgrund der Verzögerung erst erreicht, nachdem der andere Verkehrsteilnehmende ihn passiert hat.<sup>17</sup> Auf jeden Fall nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst wird somit die folgende Konstellation: In Potsdam verletzt A eine Geschwindigkeitsbeschränkung. Später kommt es in Berlin zu einem Unfall, bei

dem A ein auf die Straße laufendes Kind überfährt. Das Argument, dass bei Einhaltung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit der Unfallort erst später erreicht worden wäre, sodass ein Zusammenstoß mit dem Opfer ausgeblieben wäre, ist unbeachtlich für die Begründung des Schutzzweckzusammenhangs. Für den konkreten Fall wurde nämlich keine relevante Gefahr geschaffen.<sup>18</sup>

Im Beschluss des Jahres 1984 hat der BGH hierzu eine differenziertere Ansicht entwickelt<sup>19</sup>: Die Entscheidung bezog sich ebenfalls auf einen Unfall, bei dem der Angeklagte mit zu hoher Geschwindigkeit auf die Kreuzung zufuhr und trotz Vollbremsung aus einer Entfernung von 35 m in dem Moment, in dem er das von links kommende Fahrzeug erblickte, die Kollision nicht vermeiden konnte. Auch bei pflichtmäßiger Geschwindigkeit wäre der Zusammenstoß unvermeidbar gewesen, da der Bremsweg mindestens 75 m betragen hätte. Darauf komme es aber nicht an. Eine Strafbarkeit soll auch eintreten, wenn der Unfall auf andere Weise als durch Anhalten hätte vermieden werden können. Denn es gehöre zum Schutzzweck, den anderen Verkehrsteilnehmenden einen gefahrlosen Begegnungs- und Kreuzungsverkehr zu ermöglichen. Es sei unerheblich, dass das Ausbleiben des Zusammenstoßes hierbei nur auf die Fortbewegung des anderen Verkehrsteilnehmers zurückzuführen ist, denn auch dieser Fall sei von § 3 Abs. 3 Nr. 2 c StVO erfasst.<sup>20</sup>

Demnach werden Geschwindigkeitsüberschreitungen, die vor dem Eintritt der kritischen Verkehrslage begangen wurden, nicht vom Schutzbereich erfasst; anders ist es hingegen mit Geschwindigkeitsüberschreitungen **bei Eintritt der Gefährdungslage**. Im Sinne der Rechtsprechung ist hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung stets

<sup>14</sup> Ebert, JR 1985, 356, 357.

<sup>15</sup> BGH VRS 20, 129.

<sup>16</sup> BGH VRS 23, 369, 371.

<sup>17</sup> BGHSt 33, 61, 64; Erb, JuS 1994, 449, 454; Schünemann, JA 1975, 715 f.

<sup>18</sup> Wessel/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn 251.

<sup>19</sup> BGHSt 33, 61 ff.

<sup>20</sup> BGHSt 33, 61, 65.

auf die konkrete Gefährdungslage abzustellen, die unmittelbar zum schädigenden Ereignis geführt hat.<sup>21</sup>

Dieses Kriterium wird in der Literatur kritisiert, weil es zwar zum richtigen Ergebnis führe, aber unklar sei, wann und in welchem Sinne die Anwendung richtig ist.<sup>22</sup> Teilweise werde das Kriterium dazu missbraucht, eine nicht gegebene Zurechnung zu begründen. So wird zum Beispiel der betrunkenen Autofahrer dafür belangt, dass er in der kritischen Situation zu schnell gefahren ist, weil er als Betrunkener langsamer hätte fahren müssen, obwohl der eigentliche Grund für den Unfall seine Trunkenheit war.<sup>23</sup>

Abschließend ist auf die **Zuweisung der Verantwortungsgebiete** einzugehen. Es gilt der Grundsatz, dass jeder für sein Verhalten selbst verantwortlich ist.<sup>24</sup> Hiernach sind alle Risiken, die das Opfer selbst eingeht, nicht dem Täter anzulasten.<sup>25</sup> Dabei muss das Opfer allerdings freiverantwortlich gehandelt haben, während der Täter lediglich eine Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder gefördert hat.<sup>26</sup> Der Sorgfaltspflichtverstoß des Opfers müsse dabei schwerer wiegen als der Verstoß des Täters.<sup>27</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Hamm verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück an das LG Essen. Es stimmt in den folgenden Punkten der Vorinstanz zu: Bei rechtmäßigem Alternativverhalten des A zum Zeitpunkt der kritischen Verkehrslage hätte sich der Unfall nicht ereignet. Aufgrund der Ge-

schwindigkeitsüberschreitung erreichte A den Unfallort früher, als er es bei erlaubter Geschwindigkeit getan hätte. Hier habe sich gerade die Gefahr des Fahrens mit überhöhter Geschwindigkeit verwirklicht.

Jedoch seien die bisher getroffenen Feststellungen nicht ausreichend, um ein gänzlich vernunftwidriges Verhalten des B auszuschließen. Die Annahme eines solchen Verhaltens würde unter dem Aspekt des überwiegenden Mitverschuldens zum Ausschluss der Vorhersehbarkeit des Unfalls führen. Als ein gänzlich vernunftwidriges Verhalten könne ein sog. qualifizierter Rotlicht-Verstoß gesehen werden.

Der Zweifelsgrundsatz zugunsten des Angeklagten sei nur bezüglich eines einfachen Rotlicht-Verstoßes angewandt worden. Jedoch müsse weitergehend im Sinne eines gänzlich vernunftwidrigen Verhaltens ein qualifizierter Rotlicht-Verstoß des B angenommen werden. Aufgrund mangelnder Bestimmungen hinsichtlich der Qualifizierung seien vom LG Essen noch weitere Feststellungen zu treffen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Fahrlässigkeitsdelikte sind meist unbeliebt, da ihre Prüfung Studierenden oftmals Schwierigkeiten bereitet. Dies hat in der Regel damit zu tun, dass es keine einheitliche Prüfungsreihenfolge gibt, auf die sich geeinigt werden kann. Hinzu kommt, dass die verwendeten Begrifflichkeiten oft miteinander verschwimmen und aufgrund der Uneinheitlichkeit für Verwirrung sorgen.

Der vorliegende Beschluss verdeutlicht, dass vor allem in der objektiven Zurechnung auf eine saubere dogmatische Trennung zwischen den einzelnen Prüfungspunkten zu achten ist. Bei der Betrachtung des Schutzzweckes einer Geschwindigkeitsnorm ist entscheidend, wann die Sorgfaltspflichtverletzung begangen wurde. Folgt man der Rechtsprechung und fasst den Schutzzweck der Norm weit, ist auf das Verhalten bei

<sup>21</sup> BGHSt 24, 31, 34; 33, 61, 64; *Freund*, JuS 1990, 213, 215; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 17 Rn 71.

<sup>22</sup> *Puppe*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 13.

<sup>23</sup> *Puppe* (Fn. 22), § 4 Rn. 13.

<sup>24</sup> *Heinrich* (Fn. 13), Rn. 1047.

<sup>25</sup> *Kretschmer*, JURA 2000, 267, 275.

<sup>26</sup> *Heinrich* (Fn. 13), Rn. 1048.

<sup>27</sup> BGHSt 32, 262, 265; BGH NStZ 1985, 25, 26.

Eintritt der kritischen Verkehrslage abzustellen.

### Prüfungsschema § 222<sup>28</sup>

- |   |
|---|
| <p>I. Tatbestand</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges</li> <li>2. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung</li> <li>3. Kausalität</li> <li>4. Objektive Zurechnung               <ol style="list-style-type: none"> <li>a) objektive Vorhersehbarkeit</li> <li>b) Pflichtwidrigkeitszusammenhang</li> <li>c) Schutzzweck der Norm</li> <li>d) Zuweisung von Verantwortungsbe-<br/>reichen</li> </ol> </li> </ol> <p>II. Rechtswidrigkeit</p> <p>III. Schuld</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolges</li> <li>2. Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung</li> </ol> |
|---|

## 5. Kritik

Dem OLG Hamm ist insofern zuzustimmen, dass tatsächlich an die Strafkammer zurückverwiesen werden muss, um nähere Feststellungen bezüglich des Rotlicht-Verstoßes zu treffen. Falls die Umstände nicht aufgeklärt werden können, ist der Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden und zwar bezüglich beider Tatsachen, sodass dem Opfer nicht nur der Rotlicht-Verstoß an sich zugeschrieben wird, sondern auch dessen Qualifizierung. Es sind nämlich stets alle Unklarheiten zugunsten des Angeklagten auszulegen.

Anders als in vergleichbaren Fällen findet in diesem Beschluss keine Erwähnung der jeweiligen Bremswege statt. Diese sind für die Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs relevant, weswegen eine ordnungsgemäße Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs anzuzweifeln ist. Folgt man bei der Prüfung der auch von der Rechtsprechung vertretenen Vermeid-

barkeitstheorie, so kann der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nur bejaht werden, wenn bei Einhaltung der Sorgfaltsnorm der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre.<sup>29</sup> Die einzige Variable, die dabei verändert werden darf, ist die Geschwindigkeit des Fahrzeugs des Angeklagten. In unserer hypothetischen Überlegung fährt A die erlaubten 50 km/h. Auch bei Vollbremsung könnte er aber die Kollision mit B nicht vermeiden, weil der Bremsweg immer noch zu lang wäre. In diesem Fall entfiere der Pflichtwidrigkeitszusammenhang und somit auch die Strafbarkeit des A.

Das Gericht bedient sich hier jedoch einer Konstruktion, bei der es die Prüfung der Pflichtwidrigkeit stark mit dem Schutzzweck der Norm vermischt beziehungsweise die Prüfung sogar umgeht, indem es zum Schutzzweck der Geschwindigkeitsnorm erklärt, dass B die Kreuzung bei ordnungsgemäßem Verhalten des A bereits passiert hätte. Durch diese Ausweitung des Schutzzweckes der Norm wird eine Prüfung der Pflichtwidrigkeit obsolet gemacht. Ein solches Vorgehen erscheint nicht zustimmungswürdig. Es wirkt willkürlich, jemanden für einen Erfolg verantwortlich machen zu wollen, den er auch bei pflichtgemäßen Verhalten nicht hätte verhindern können. Vielmehr zeugt es davon, dass das Gericht keine dogmatisch saubere Prüfung vornimmt. Dies kann auch als ein Versuch verstanden werden, die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit auszuweiten. Das Strafgesetzbuch sieht nur einzelne Straftatbestände für Fahrlässigkeit vor. Jede Ausweitung der Bestrafung aufgrund von Fahrlässigkeit stimmt mit dieser restriktiven Handhabung nicht überein.

An der Deutung des Schutzzweckes einer Geschwindigkeitsbegrenzungsnorm ist weiterhin zu kritisieren, dass darin eine Animation zur intensiveren Verletzung der Geschwindigkeitsnorm gesehen werden könnte. Denn auch bei

<sup>28</sup> Angelehnt an *Heinrich* (Fn.13), Rn. 1026; *Kühl* (Fn. 21), § 17 Rn. 574.

<sup>29</sup> *Kühl*, (Fn. 21), § 17 Rn. 51.

noch schnellerem Fahren des A wäre es nicht zum Zusammenstoß der beiden Fahrzeuge gekommen.<sup>30</sup>

Hinzu kommt in diesem Fall, dass hier von Mehrfachkausalität gesprochen werden müsste: Immerhin war sowohl das zu schnelle Fahren des A kausal für den Unfall als auch der mögliche Rotlicht-Verstoß des B. Schwierig ist auch die Bewertung des Rotlicht-Verstoßes. Klar ist, dass A, der die Geschwindigkeitsbegrenzung in hohem Maße überschreitet, sich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen kann. Sinn und Zweck des Vertrauensgrundsatzes ist es nicht, einen Freifahrtschein für jede Situation zu gewähren, in der sich zufälligerweise auch das Opfer nicht pflichtgemäß verhält.

Jedoch bleibt zu klären, ob der Rotlicht-Verstoß für A vorhersehbar war. Muss ein durchschnittlicher Autofahrer davon ausgehen, dass ein anderer Verkehrsteilnehmer die rote Ampel missachtet? Auch wenn die Ansicht vertreten wird, dass mit Verkehrsunfällen bei Autofahrten grundsätzlich gerechnet werden müsse und diese daher nicht unvorhersehbar sein könnten,<sup>31</sup> ist hier zu differenzieren. Bei einfachen Rotlicht-Verstößen kann die Vorhersehbarkeit angenommen werden, da solche aufgrund von Unaufmerksamkeit und Eile relativ oft begangen werden. Zu verneinen ist dies bei qualifizierten Rotlicht-Verstößen. Wenn die Ampel für den Querverkehr bereits über eine Sekunde Rot zeigt, sollte eine Behinderung des eigenen Verkehrs nicht mehr zu erwarten sein, sodass dem Beschluss auch in diesem Punkt zuzustimmen ist.

Zu guter Letzt könnte das Verhalten des B dazu führen, dass der Erfolg, namentlich der Unfall mit A, in dessen Verantwortungsbereich fällt. Stellt man auf die besondere Situation an einer Kreuzung ab, so wiegt der qualifizierte Rotlicht-Verstoß schwerer als die Ge-

schwindigkeitsüberschreitung bei freier Fahrt.

Insgesamt macht dieser Fall deutlich, wie wichtig die Trennung der einzelnen Prüfungspunkte der Fahrlässigkeit für eine dogmatische saubere Lösung ist.

*(Amina Saitova/ Galina Wedel)*

---

<sup>30</sup> Vgl. Ebert, JR 1985, 356, 359.

<sup>31</sup> Puppe (Fn. 22), § 4 Rn. 2.

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

A verwendet nicht gedeckte Schecks, um über seine fehlende Bonität und Zahlungsunwilligkeit hinwegzutäuschen. U.a. vereinbart er mit der Prostituierten P, dass diese ihm über mehrere Tage hinweg Dienste als „Domina“ zu einem Preis von 4.000 € leisten soll.

Zu diesem Zweck mietet P Räumlichkeiten für 2.000 € an. Einen Tag vor Leistungserbringung übergibt A der P dann – in Kenntnis der fehlenden Deckung – einen Verrechnungsscheck über 4.000 €. Daraufhin nimmt er zwei Tage lang die Dienste der P in Anspruch, ebenso wie Unterbringung und Verpflegung in den gemieteten Räumlichkeiten. Mangels Deckung des Schecks erhält P keinerlei Zahlungen.

A wird wegen Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB<sup>2</sup> vom LG Mannheim verurteilt und legt dagegen Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall ergeben sich zwei Hauptprobleme im Zusammenhang mit dem Vermögensschaden beim Betrug. Zunächst ist fraglich, ob die sexuellen

## Mai 2016 Domina-Fall

*Strafrechtlich geschütztes Vermögen / Sittenwidrigkeit der Prostitution / Berechnung des Vermögensschadens*

§§ 263 StGB, 138 Abs. 1 BGB, 1 Satz 1 ProstG

### Famos-Leitsätze:

1. Die von einer Prostituierten in Erwartung einer Gegenleistung erbrachten sexuellen Leistungen gehören zum strafrechtlich geschützten Vermögen.

2. In Fällen der fehlenden Zahlungsbereitschaft des Käufers kann sich die Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens nach der intersubjektiven Wertsetzung der Parteien richten, sofern kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15; veröffentlicht in BeckRS 2016/04877.

Handlungen und die dadurch entstandene Forderung der Prostituierten zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören. Denn der herrschende **juristisch-ökonomische Begriff**<sup>3</sup> geht zwar davon aus, dass jede Position von wirtschaftlichem Wert, so auch entstandene Forderungen, einen Vermögensbestandteil darstellt.<sup>4</sup> Um gravierende Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung zu verhindern, wird jedoch eine normative Korrektur vorgenommen: Die im Ausgangspunkt wirtschaftliche Betrachtungsweise wird

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen. Weitere Betrugsdelikte wurden außen vor gelassen.

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

<sup>3</sup> Nicht dargestellt werden der wirtschaftliche, der personale und der rein juristische Vermögensbegriff; vgl. dazu *Hefendehl*, in *MüKo, StGB*, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 337 ff.

<sup>4</sup> *Beuckelmann*, in *BeckOK, StGB*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 40.

durch das Kriterium der rechtlichen Schutzwürdigkeit relativiert.<sup>5</sup>

Der BGH ging vor Erlass des ProstG im Jahr 2001 davon aus, dass Prostitution gegen die guten Sitten verstoße und somit die Vereinbarung gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei. Dementsprechend gehörte die Entgeltforderung einer Prostituierten nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen.<sup>6</sup> Wie diese Frage nach **Änderung der Gesetzeslage** zu beurteilen ist, ist umstritten. Eine Ansicht sieht die Sittenwidrigkeit auf Grund des ProstG als entfallen an.<sup>7</sup> Dies ergebe sich aus der durch § 1 Satz 1 ProstG angeordneten Rechtswirksamkeit von Vereinbarungen zwischen Prostituierten und Freiern<sup>8</sup> und entspreche außerdem dem Willen des Gesetzgebers.<sup>9</sup> Die Gegenansicht sieht in § 1 Satz 1 ProstG dagegen nur eine Modifikation der Rechtsfolgen eines weiterhin sittenwidrigen Rechtsgeschäfts.<sup>10</sup> Die Deutung des § 1 Satz 1 ProstG als Ausnahmenvorschrift wird mit einer Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG sowie der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG begründet, die zur grundsätzlichen Sittenwidrigkeit von Prostitution führe.<sup>11</sup> Da ungeachtet dessen jedoch beide Meinungen von einem geschützten Anspruch der Prostituierten auf ihren Lohn ausgehen, ist die Forderung der P inzwischen nach beiden Ansichten ein **Bestandteil des Vermögens** i.S.d. juristisch-ökonomischen Begriffs.

<sup>5</sup> *Beuckelmann*, in BeckOK (Fn. 4), § 263 Rn. 44; *Mitsch*, Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2015, S. 307.

<sup>6</sup> BGH NJW 1953, 1839, 1840; NStZ 1987, 407, 407; BeckRS 1988, 04205.

<sup>7</sup> *Rengier*, Strafrecht BT 1, 18. Aufl. 2016, § 13 Rn. 133; *Armbrüster*, NJW 2002, 2763, 2764; *Zimmermann*, NStZ 2012, 211, 213.

<sup>8</sup> *Ziethen*, NStZ 2003, 184.

<sup>9</sup> *Zimmermann*, NStZ 2012, 211, 213.

<sup>10</sup> BGH NStZ 2011, 278, 278; NStZ 2015, 699, 700; *Majer*, NJW 2008, 1926, 1928.

<sup>11</sup> *Majer*, NJW 2008, 1926, 1928.

Der zweite Problemschwerpunkt liegt in der **Bestimmung des Vermögensschadens** bei § 263 Abs. 1. Nach st.Rspr. ist dazu das **Prinzip der Gesamtsaldierung** anzuwenden. Ein Vermögensschaden tritt demnach ein, wenn die Verfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht kompensierten Minderung des Gesamtwerts des Vermögens führt.<sup>12</sup> Umstritten ist jedoch, worauf zur Wertbestimmung einer Leistung abzustellen ist. Grenzen zieht dabei zunächst das Verfassungsrecht. So muss nach dem **Bestimmtheitsgrundsatz** gemäß Art. 103 Abs. 2 GG der Vermögensschaden – abgesehen von eindeutigen Fällen – der Höhe nach beziffert und in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise im Urteil dargelegt werden.<sup>13</sup>

Damit ist der Wert der Leistung im Grundsatz objektiv-individuell zu bestimmen.<sup>14</sup> Fraglich ist allerdings, ob auf die Preisfestlegung der Parteien zurückgegriffen werden kann oder ob der wirtschaftliche Wert nach Einschätzung eines objektiven Dritten bestimmt werden muss.<sup>15</sup>

Zunächst ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Fragestellung zu systematisieren. Der 1. Strafsenat des BGH war im Jahr 2010 mit einem Fall befasst, in dem ein Verkäufer durch Manipulation von Umsatzzahlen bei einem Unternehmensverkauf einen Betrug beging. Der BGH nahm dabei an, dass in Fällen, in denen lediglich ein Nachfrager auf dem Markt vorhanden ist, der von den Parteien **vereinbarte Preis** den wirtschaftlichen Wert der Leistung darstellt.<sup>16</sup> Die beiden Parteien würden dann zu den entscheidenden

<sup>12</sup> BGH NStZ 2009, 330; NStZ 2013, 711, 712; NStZ 2015, 89, 91.

<sup>13</sup> BVerfGE 130, 1, 47; BGH NStZ 2013, 37, 38.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2010, 700; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 37.

<sup>15</sup> So BGH NStZ 2008, 96, 98.

<sup>16</sup> BGH NStZ 2010, 700.

Marktteilnehmern und könnten selbst den Marktpreis bestimmen. Auch der 5. Strafsenat des BGH ging in seinem Urteil von 2013 davon aus, dass der frei von Wissens- und Willensmängeln bzgl. der Kaufsache von den Parteien bestimmte Preis den Wert des Kaufgegenstandes darstellt.<sup>17</sup> Hier ging es um den Verkauf eines einmaligen Rundfunkgeländes, bei dem der Käufer über seine Zahlungsbereitschaft täuschte, indem er den Kauf über eine eigentlich vermögenslose GmbH abwickeln ließ. Der BGH führte aus, dass es in solchen Fällen nicht der Feststellung des objektiven Wertes der Kaufsache bedürfe. Vielmehr legen in einem marktwirtschaftlichen System die Parteien selbst den Wert der Leistung fest. An dieser **intersubjektiven Wertsetzung** sei auch in Fällen, in denen eine Partei von Anfang an nicht zahlungsbereit ist, nicht zu zweifeln. Davon wurden lediglich Fälle eines **augenfälligen Missverhältnisses** zwischen Leistung und Gegenleistung ausgeschlossen.

Die Möglichkeit auf die Parteivereinbarung abzustellen, lehnte der 3. Strafsenat in seinem Urteil von 2007 dagegen ausdrücklich ab. Hier ging es um einen Geschäftsmann, der Anleger über die Gewinnchancen von Aktiengeschäften täuschte und sie so zum Abschluss von verlustreichen Geschäften animierte. Der BGH war hier der Auffassung, der Wert der Leistung sei durch das Urteil eines **objektiven Dritten** zu bestimmen und nicht mittels Preis oder subjektiver Einschätzungen der Vertragsparteien.<sup>18</sup> Mit einem weiteren Betrugsfall war wieder der 1. Strafsenat befasst. Hier ging es um Verkäufer, die mit Hilfe falscher Angaben zu Immobilien und deren Finanzierung die Käufer dazu brachten, „Schrottimobilien“ zu erwerben. Mit dem Urteil von 2014 entschied der BGH, dass der Wert der Immobilien **objektiv** zu bestimmen sei und nicht anhand des Verkaufspreises. Dieser Unterschied

zum Urteil des 5. Strafsenats ergebe sich daraus, dass im vorliegenden Fall der Käufer nicht über seine Zahlungsbereitschaft täusche, sondern der Verkäufer über Eigenschaften der Sache.<sup>19</sup> In einem Beschluss von 2015 nahm der 5. Strafsenat außerdem an, dass es zwar für den vorliegenden Fall nicht entscheidend sei, ob an der im „Rundfunkgelände“-Urteil aus 2013 vertretenen Auffassung festzuhalten sei. Gegen das Abstellen auf die Preisvereinbarung der Parteien bestünden aber **beachtliche Argumente**.<sup>20</sup>

Die Ansichten der einzelnen Senate scheinen auf den ersten Blick stark zu divergieren. Gleichwohl ist zu beachten, dass die Sachverhalte unterschiedlich gelagert sind. So fand in dem Urteil von 2013 die Täuschung auf Käuferseite statt und betraf die **Zahlungsbereitschaft**. Die Urteile von 2007 und 2014 behandeln dagegen Fälle, in denen der Verkäufer über **Eigenschaften der Sache** täuschte. Für die Annahme, dass der Preis den wirtschaftlichen Wert der Sache darstellt, spricht in Fällen, in denen die Täuschung nur die Zahlungsbereitschaft betrifft, mehr als in Fällen, in denen über Eigenschaften der Sache getäuscht wird. So führt die falsche Einschätzung des Kaufgegenstands leicht zu einer unzutreffenden Bewertung. Bei einer Täuschung über die Zahlungsbereitschaft ist dagegen die Preisvereinbarung nicht vom Irrtum betroffen.<sup>21</sup> Diese Prämisse vorausgesetzt fällt lediglich der „Unternehmenskauf“-Beschluss aus 2010 aus der Reihe. Erklären lässt sich dies möglicherweise durch die Besonderheiten des Falles: So handelte es sich um einen Vermögensschaden in Form des persönlichen Schadenseinschlags. Außerdem war für das besagte Unternehmen lediglich ein Interessent auf dem Markt vorhanden.<sup>22</sup> Diese Umstände erschweren die Feststellung eines unabhängi-

<sup>17</sup> BGH NJW 2013, 1460, 1461.

<sup>18</sup> BGH NSTZ 2008, 96, 98.

<sup>19</sup> BGH NSTZ 2015, 89, 92.

<sup>20</sup> BGH NSTZ-RR 2015, 374, 375.

<sup>21</sup> Dannecker, NZWiSt 2015, 173, 175.

<sup>22</sup> BGH NSTZ 2010, 700.

gen Marktwertes jenseits der Parteivereinbarung und sprechen dafür, trotz Täuschung bezüglich der Kaufsache den Preis zur Wertbestimmung heranzuziehen.

Auch wenn sich so scheinbare Widersprüche zwischen den Senaten auflösen lassen, trifft das Abstellen auf den Preis in der Literatur auf einige Kritik. So wird angeführt, dass der objektive Wert i.S.e. Verkehrswerts durch die Parteivereinbarung ersetzt werde, um den Berechnungs- und Begründungserfordernissen des BVerfG aus dem Weg zu gehen.<sup>23</sup> Auch sei einem Schuldner, der ohnehin nicht plane, seiner Verpflichtung nachzukommen, der Umfang seiner Leistung gleichgültig. Dadurch würden überhöhte Preisverlangen leicht akzeptiert.<sup>24</sup> Damit könne der letztendliche Preis völlig losgelöst von den eigentlichen Wertvorstellungen der Parteien sein. Schließlich wird angeführt, dass Preis und Wert einer Sache nicht gleichzusetzen sind. Geschehe dies, stelle der Vermögensschaden nicht länger das Ergebnis einer Vermögenssaldierung vor und nach der Verfügung dar. Es finde vielmehr die Bestrafung einer vorsätzlichen und einseitigen Verletzung des vertraglichen Synallagmas statt, was gerade nicht dem Telos des § 263 Abs. 1 und einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entspreche.<sup>25</sup>

Dementsprechend wird alternativ vorgeschlagen, der Parteivereinbarung nur eine **Indizwirkung** zuzugestehen und aus ihr einen Verkehrswert abzuleiten,<sup>26</sup> oder den Preis nur dann als Ausgangspunkt zu nehmen, wenn die Parteien in **ernsthafte Verhandlungen** eingetreten sind.<sup>27</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH weist die Revision zurück und bestätigt das Urteil des LG Mannheim. Dabei erkennt der BGH Forderungen

<sup>23</sup> Dannecker, NZWiSt 2015, 173, 179.

<sup>24</sup> Albrecht, NSTZ 2014, 17, 18.

<sup>25</sup> Sinn, ZJS 2013, 625, 628.

<sup>26</sup> Dannecker, NZWiSt 2015, 173, 175.

<sup>27</sup> Albrecht, NSTZ 2014, 17, 18.

Prostituiertes aus sexuellen Leistungen erstmals ausdrücklich als strafrechtlich geschütztes Vermögen i.S.d. § 263 Abs. 1 an und gibt seine bisherige Rspr. auf. Er reagiert damit auf die durch den Erlass des ProstG veränderte Rechtslage. Gleichwohl sieht er in § 1 Satz 1 ProstG nur eine Modifikation der Rechtsfolgen des § 138 Abs. 1 BGB und nimmt weiterhin die Nichtigkeit der Vereinbarung an.

Weiterhin geht der BGH davon aus, dass Grundlage der Berechnung des objektiven Marktwerts **entweder** ein von der Parteivereinbarung unabhängig bestimmter **Marktwert** oder die **Wertbestimmung** durch die Parteien sein kann, wenn kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe.<sup>28</sup> Letzteres sei insbesondere möglich, wenn sich der wirtschaftliche Wert der Leistung am Markt nicht präziser bestimmen lasse als durch die Parteivereinbarung.<sup>29</sup>

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Durch das Urteil wird höchstrichterlich bestätigt, was in der Literatur schon seit langem anerkannt ist. Als Konsequenz aus dem Erlass des ProstG haben Entgeltforderungen aus Vereinbarungen über sexuelle Leistungen einen betrugsstrafrechtlich relevanten Vermögenswert. Die dadurch entstandene Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu § 263 Abs. 1 dürfte wohl kaum überraschen.

Interessanter – insbesondere für die Praxis – ist, dass eine **Parteivereinbarung als objektiver Marktwert** herangezogen werden kann, auch wenn nur ein einzelner Nachfrager auf dem Markt existiert. Damit schließt sich der BGH dem „Unternehmenskauf“-Beschluss aus dem Jahr 2010 und dem „Rundfunkgelände“-Urteil aus dem Jahr 2013 an und übernimmt das Ausschlusskriterium des krassen Missver-

<sup>28</sup> BGH BeckRS 2016/04877, Rn. 33.

<sup>29</sup> BGH BeckRS 2016/04877, Rn. 42.

hältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>30</sup> Der im Beschluss von 2015 getroffene Aussage, gegen eine derartige Wertbemessung bestünden „beachtliche Argumente“,<sup>31</sup> erteilt der BGH so eine Absage und räumt entstandene Zweifel aus dem Weg. Damit scheint zumindest in Fällen, in denen die Preisfestlegung der Parteien nicht irrtumsbehaftet ist, ein Abstellen auf ebenjene höchstrichterlich anerkannt. Gerade für die Praxis bedeutet dies eine erhebliche Erleichterung, da keine objektive Ermittlung des Marktwerts verlangt wird. So wird in vielen Fällen die Notwendigkeit zur Bestellung eines Sachverständigen entfallen, was Prozesse beschleunigen und Kosten senken könnte.<sup>32</sup>

Für Studierende bedeutet dies, dass für die Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens bei § 263 genau herausgearbeitet werden muss, **auf wessen Seite** die Täuschung stattfindet und ob **Kaufsache oder Zahlungsbereitschaft** betroffen sind. Ist Letzteres der Fall, kann mit dem BGH auf den vereinbarten Preis als objektiven Wert abgestellt werden – natürlich nicht ohne ein Anführen der Kritik aus der Literatur. Haben die Beteiligten jedoch ihrer Preisbildung falsche Tatsachen zu Grunde gelegt, muss die Vereinbarung in Zweifel gezogen werden und – wenn möglich – ein objektiver Marktwert bestimmt werden.

## 5. Kritik

Das Urteil des BGH ist bezüglich der weiterhin angenommenen **Sittenwidrigkeit** der Prostitution zu kritisieren. Zwar ist begrüßenswert, dass der BGH seine bisher vertretene Haltung, derartige Forderungen gehörten nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen i.S.v. § 263 Abs. 1, aufgibt. Gleichwohl wäre diese Aktualisierung der Recht-

sprechung ein guter Anlass gewesen, Prostitution endgültig vom Makel der Sittenwidrigkeit zu befreien und so die soziale Realität in letzter Konsequenz anzuerkennen.<sup>33</sup> Dies nicht zu tun, ist gerade in Anbetracht des Zieles des ProstG, nicht nur die rechtliche, sondern auch die soziale Diskriminierung Prostituiertes zu beenden,<sup>34</sup> fragwürdig.

Zuzustimmen ist dem BGH dagegen bezüglich des Abstellens auf die Parteienvereinbarung in Fällen einer Täuschung über die Zahlungsbereitschaft.

Auch wenn die **Gefahr verfälschter Preise** auf Grund von nicht ernsthaft geführten Verhandlungen nicht von der Hand zu weisen ist, ist auf das Ausschlusskriterium des krassen Missverhältnisses hinzuweisen. Jedenfalls in Extremfällen wird so eine unwirtschaftliche Abweichung zu Lasten des Täters ausgeschlossen. Außerdem ist zu bedenken, dass derjenige, der ohne Zahlungswilligkeit in Verhandlungen einsteigt, einen möglicherweise überhöhten Preis vorsätzlich akzeptiert. Den Täter später an seine geäußerten Preisvorstellungen zu binden, erscheint nicht unbillig.

Das wohl stärkste Argument gegen eine Gleichsetzung von Wert und Preis ist der Hinweis darauf, dass so nicht mehr das Vermögen sondern auch das Ausbleiben einer versprochenen Vermögensmehrung geschützt wird.<sup>35</sup> Es ist allerdings zu beachten, dass es sich bei der Berechnungsgrundlage des BGH nicht um einseitig subjektive Wert einschätzungen handelt, sondern um einen durch Verhandlung und Einigung der Parteien entstandenen Preis. Dies gleichzusetzen, erscheint verfehlt.

Hinzu kommt, dass bei einer derart personalisierten Leistung ein unabhängiger Marktwert ohnehin schwer zu ermitteln ist. So ist unwahrscheinlich, dass der wirtschaftliche Wert der Leistung am Markt präziser zu erfassen ist,

<sup>30</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1460, 1461; hier noch „augenfällige[s] Missverhältnis“.

<sup>31</sup> BGH NSTZ-RR 2015, 374, 375.

<sup>32</sup> Albrecht, NSTZ 2014, 17, 21, Dannecker, NZWiSt 2015, 185

<sup>33</sup> Vgl. Rautenberg, NJW 2002, 650 ff.

<sup>34</sup> Augstein, ProstG, 1. Aufl. 2002, Rn. 1.

<sup>35</sup> Dannecker, NZWiSt 2015, 173, 175; Sinn, ZJS 2013, 625, 628.

als durch das Abstellen auf die Parteivereinbarung.<sup>36</sup> Auch der BGH greift das bereits im „Rundfunkgelände“-Urteil angeführte Argument der Scheingenaugigkeit von objektiven Beurteilungen auf, welche auch nur auf Beobachtungen von Marktgegebenheiten beruhen.<sup>37</sup> Dem ist insbesondere vor dem Hintergrund zuzustimmen, dass es in einer Marktwirtschaft selten einen objektiven Wert gibt, was sich an schwankenden Preisen für denselben Gegenstand – exemplarisch zu beobachten an changierenden Immobilienpreisen – zeigt.<sup>38</sup>

Für das Heranziehen der Parteivereinbarung spricht weiterhin, dass es sich um die Werteinschätzung einer sexuellen Leistung handelt. Dabei gelten andere Maßstäbe zur Wertfeststellung als bei Geschäften des täglichen Lebens. So stellen sexuelle Dienste höchstpersönliche Leistungen dar, die der Intimsphäre des Menschen zuzuordnen sind. Deshalb muss der intersubjektiven Wertsetzung der Parteien ein besonderes Gewicht zukommen. Auch die bereits angeführten Schwierigkeiten der Bestimmung eines objektiven Marktwerts jenseits der Parteivereinbarung stellen sich – wie auch der BGH erkennt<sup>39</sup> – in besonderem Maße. Gleichwohl gilt zu bedenken, dass durch das ProstG die rechtliche Diskriminierung von Prostituierten beseitigt werden soll.<sup>40</sup> Dem kann der Gedanke entnommen werden, dass es sich heutzutage bei gegen Entgelt erbrachten sexuellen Leistungen um eine marktübliche Leistung handelt. Dieser gesetzgeberischen Wertung wird durch das Kriterium des krassen Missverhältnisses hinreichend Rechnung getragen, da dieses ein Minimum an objektiver Einschätzbarkeit voraussetzt.

Trotz der grundsätzlichen Richtigkeit bleibt daran zu erinnern, dass die

Annahme eines „Markt“-wertes bei einer derart personalisierten Leistung mit Vorsicht zu genießen ist. Denn im Idealmodell eines funktionierenden Marktes werden die preisbildenden Faktoren von einer Mehrzahl von Anbietern und Nachfragern bestimmt. Dadurch entsteht unter Konkurrenzdruck der Gleichgewichtspreis.<sup>41</sup> Ebenfalls einen Marktpreis anzunehmen, wenn lediglich zwei aktive Marktteilnehmer existieren, vermag nur bedingt zu überzeugen. Eben durch die limitierte Teilnehmerzahl findet der Preisbildungsprozess nicht unter wettbewerbsfähigen Bedingungen statt, die sonst für ein ausgeglichenes Verhältnis von Angebot und Nachfrage sorgen.<sup>42</sup> Derartige Zweifel verlangen, dass das Kriterium des krassen Missverhältnisses ernst genommen wird und nicht zu einer bloßen Leerformel verkommt.

Dies vorangestellt ist dem Urteil des BGH insgesamt zuzustimmen. Gerade in Bereichen von Leistungen, die in einen derart persönlichen Bereich fallen, ist es nach Meinung der Verfasserinnen vertretbar, die Wertsetzung der Parteien heranzuziehen. Gleichwohl wäre aus Rechtssicherheitserwägungen eine klare Herausarbeitung der Anwendungsfälle der intersubjektiven Wertsetzung wünschenswert. Die sich in der dargestellten Rechtsprechung des BGH abzeichnende Linie, den Preis nicht heranzuziehen, wenn die Preisbestimmung selbst vom Irrtum erfasst ist,<sup>43</sup> sollte deutlich herausgestellt werden, ebenso wie die bisher ungeklärten Anforderungen an das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses.

*(Sophie Jendro/Ann-Kathrin Kober)*

<sup>36</sup> BGH BeckRS 2016, 04877, Rn. 42.

<sup>37</sup> BGH NStZ 2013, 404, 405.

<sup>38</sup> *Bittmann*, wistra 2013, 449, 453.

<sup>39</sup> BGH BeckRS 2016, 04877, Rn. 42.

<sup>40</sup> *Augstein*, (Fn. 34), Rn. 1.

<sup>41</sup> *Weitz/Eckstein*, Grundwissen VWL, 3. Aufl. 2013, S.32

<sup>42</sup> Ähnlich *Albrecht*, NStZ 2014, 17, 19.

<sup>43</sup> So auch *Bittmann*, wistra 2013, 449, 454.

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

Zwischen A und seinem Nachbarn N kam es in der Vergangenheit immer wieder zu Wortgefechten und schließlich auch zu einer körperlichen Auseinandersetzung, bei der N das Grundstück des A betrat und dieser ihm den Arm brach. Am Tagg arbeiten beide in ihren Gärten und tauschen über den Zaun hinweg wieder Beleidigungen aus, wobei A droht, N „platt zu machen“. Mit einem Rundspaten in der Hand ruft er N zu, er solle herüberkommen, er schlage ihn tot. N ergreift einen Axtstiel, betritt das Grundstück des A und geht auf diesen zu. A weicht dabei zurück, lockt N allerdings mit den Worten „Komm, komm, komm!“. Als N den Axtstiel in Richtung des A schlägt, holt dieser mit dem Spaten aus und schlägt mit voller Wucht das Spatenblatt senkrecht auf den Kopf des N. Dieses durchschlägt die Schädeldecke und dringt in das Hirngewebe ein. N erleidet ein Schädel-Hirn-Trauma, verliert irreversibel sein Sprachvermögen und kann selbst kurze Strecken nur mit einem Gehstock zurücklegen.

Das LG Gießen verurteilt A wegen schwerer Körperverletzung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung. A sei

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

Juni 2016

## Gespaltene Nachbarn-Fall

*Notwehrprovokation / Notwehrexzess*

§§ 32, 33 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Das Notwehrrecht aus § 32 StGB ist nicht ausgeschlossen, sondern lediglich eingeschränkt, wenn der Notwehrtäter den Angriff ohne Absicht provoziert hat.
2. Der Entschuldigungsgrund des § 33 StGB entfällt nicht schon dadurch, dass der Notwehrtäter den Angriff provoziert hat, solange er die Grenzen der ggf. eingeschränkten Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet.

BGH, Urteil vom 3. Juni 2015 – 2 StR 473/14; veröffentlicht in BGH NSTZ 2016, 84.

insbesondere nicht gemäß § 33 StGB<sup>2</sup> entschuldigt – einer von A angeführten Todesangst stehe bereits entgegen, dass er die Notwehrlage selbst provoziert habe. Daraufhin legt A Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Fall behandelt zwei Probleme: erstens ob in Konstellationen der Notwehrprovokation das Notwehrrecht aus § 32 eingeschränkt ist; zweitens (als Folgeproblem) wie sich die Notwehrprovokation auf die Anwendbarkeit des Entschuldigungsgrundes nach § 33 auswirkt.

Die **Notwehrprovokation** stellt eine Fallgruppe der sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts dar, welche im Rahmen der Gebotenheit der Notwehr diskutiert werden. Bei der Fra-

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

ge, ob das Notwehrrecht des Provokateurs eingeschränkt werden soll, ist zunächst zwischen der sog. Absichtsprovokation und der sonstig schuldhaften Provokation zu unterscheiden. Die **Absichtsprovokation** zeichnet sich dadurch aus, dass der Provokateur die Angriffslage absichtlich herbeiführt, um den Angreifer „unter dem Deckmantel“ der Notwehr zu verletzen.<sup>3</sup> Nach ganz herrschender Meinung wird dem Notwehrtäter hier die Notwehr insgesamt versagt.<sup>4</sup> Da das LG hier keinen Hinweis für das Vorliegen einer Absichtsprovokation sah, wird im Folgenden nur auf die durch **sonstig vorwerfbares Vorverhalten** herbeigeführte Notwehrlage eingegangen. Streitig ist hierbei, welche Qualität das Vorverhalten aufweisen muss.

Im Schrifttum wird teilweise ein **rechtswidriges Vorverhalten** gefordert.<sup>5</sup> Dies wird damit begründet, dass die allgemeine Handlungsfreiheit unvertretbar beeinträchtigt werde, wenn rechtmäßiges Verhalten allein wegen seines Provokationspotentials das Notwehrrecht einschränken könne.<sup>6</sup> Ferner sei es ansonsten allein der Angreifer, der den Rechtsfrieden breche, wohingegen der Provokateur den Boden des Rechts nicht verlassen habe.<sup>7</sup> Weiterhin unterscheidet der BGH bei der Subsumtion unter das erlaubte, aber sozial inadäquate Verhalten zwischen erlaubten, aber „guten“ oder „schlechten“ Verhaltensweisen. Dies sei eine Einteilung, die der Rechtsordnung fremd sei

und damit fragwürdig bezüglich ihrer Legitimation.<sup>8</sup>

Die herrschende Meinung, insbesondere die Rechtsprechung, nimmt trotz alledem an, dass ein lediglich **sozial-ethisch vorwerfbares Vorverhalten** als notwehreinschränkende Provokation genügt.<sup>9</sup> Es wird argumentiert, dass ein Verhalten (unabhängig davon, ob es rechtswidrig oder „nur“ sozial inadäquat ist) gleichermaßen provozieren kann. Das Schrifttum kritisiert hingegen, dass die Kategorie des sozial-ethisch zu missbilligenden Vorverhaltens zu vage sei, als dass man sein Verhalten daran ausrichten könnte.<sup>10</sup> Im Urteil zum „Zugabteil“-Fall,<sup>11</sup> in dem ein Zugreisender, der sich durch einen anderen alkoholisierten Fahrgast gestört fühlte, diesen durch wiederholtes Öffnen des Fensters aus dem Abteil ekeln wollte und ihn im Verlauf des daraufhin entbrannten Streits erstach, hat der BGH das Kriterium des sozialwidrigen Vorverhaltens noch daran festgemacht, dass das Verhalten das Gewicht einer schweren Beleidigung haben muss. In einem Beschluss aus dem Jahr 2010 entschied der BGH, dass zwischen dem sozial-ethisch zu missbilligenden Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang bestehen muss und das Vorverhalten nach Kenntnis des Provokateurs geeignet sein muss, einen Angriff zu provozieren.<sup>12</sup> Im vorliegenden Fall ist selbst nach der restriktiven Ansicht ein vorwerfbares Verhalten zu bejahen, weil die vorangegangenen Beleidigungen des A rechtswidrig waren.

Unabhängig von der Frage der Qualität des Vorverhaltens stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge, die ein

<sup>3</sup> BGH NJW 1983, 2267; *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2013, S. 73.

<sup>4</sup> BGH NJW 1983, 2267; *Roxin*, ZStW, 1981, 68, 86 f; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 522 m.w.N.

<sup>5</sup> *Erb*, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 32. Rn. 232 f.; *Kühl*, JURA 1991, 175; *Rengier*, Strafrecht AT, 7. Auflage 2015, § 18 Rn. 78; *Roxin*, ZStW, 1981, 68, 91; *Schuhmann*, JuS 1979, 559, 565.

<sup>6</sup> *Rönnau/Hohn*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff., § 32, Rn. 255.

<sup>7</sup> *Perron*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 59.

<sup>8</sup> *Rönnau/Hohn*, in LK (Fn. 6), § 32 Rn. 255.

<sup>9</sup> *Schünemann*, JuS 1979, 279; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 4), Rn. 524.

<sup>10</sup> *Erb*, NStZ 2012, 194, 198; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Auf. 2006, § 15 Rn. 73.

<sup>11</sup> BGHSt 42, 97, 101.

<sup>12</sup> BGH NStZ-RR 2011, 74.

vorwerfbares Verhalten nach sich zieht. Nach der **Bewährungstheorie**<sup>13</sup> soll dem Täter weiterhin das volle Notwehrrecht zustehen. Danach wird eine Einschränkung des § 32 als unzulässig angesehen, da seine ratio nicht nur den Schutz der persönlichen Rechtsgüter des Notwehrtäters umfasse, sondern auch das überindividuelle Interesse der Bewährung des Rechts. Da der Provokateur durch sein Vorverhalten aber nicht die Verwirklichung des Schutzes der Rechtsordnung verwirken könne, sei auch eine Einschränkung des Notwehrrechts unzulässig. Ferner sei das Notwehrrecht ein „natürliches Recht zur Selbstverteidigung“ und keine Vergünstigung, die man sich erst verdienen müsse oder die man verwirken könne.<sup>14</sup>

Die herrschende **Rechtsmissbrauchstheorie**<sup>15</sup> lehnt dies allerdings ab und schränkt das Notwehrrecht ein. Es wird argumentiert, dass der Grundgedanke der Bewährung der Rechtsordnung gerade dem Provokateur gegenüber versage. Vielmehr sei auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs abzustellen: Derjenige, der die Notwehrlage in vorhersehbarer und vorwerfbarer Weise (mit-)verschuldet, bedürfe nicht des Schutzes der Rechtsordnung.<sup>16</sup> Nach dieser Ansicht ist das Notwehrrecht zu beschränken und zwar im Sinne der Drei-Stufen-Theorie, nach welcher der Notwehrtäter zunächst nach Möglichkeit ausweichen muss. Sollte dies nicht ausreichen, darf er zur (defensiven) Schutzwehr und, sollte diese keinen Erfolg versprechen, schließlich zur (aggressiven) Trutzwehr übergehen.<sup>17</sup> Hier dürfe er sich ggf. sogar mit

einer lebensgefährlichen Waffe verteidigen.

Eine dritte Ansicht will solche Fälle über die Rechtsfigur der sog. **actio illi-cita in causa** lösen.<sup>18</sup> Dabei wird die Provokationshandlung nicht als Grund für eine Einschränkung des § 32 angesehen, sondern als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit. Das Notwehrrecht deckt demnach zwar die Notwehrhandlung, nicht aber das vorangegangene Vorverhalten (vgl. die zugrundeliegende Figur der actio libera in causa).<sup>19</sup> Im Ergebnis soll dann eine fahrlässige Provokation nach dem betreffenden Fahrlässigkeitsdelikt bestraft werden, eine vorsätzliche Provokation aus Vorsatzdelikt.<sup>20</sup> Allerdings wird die Frage nach der Einschränkung von § 32 mit dieser Theorie gerade nicht geklärt, sondern umgangen.

Steht wie hier dem Täter ein (wenn auch eingeschränktes) Notwehrrecht zu, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Entschuldigungsgrundes des **Notwehrexzesses** nach § 33. Dazu müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die objektive Komponente besteht jedenfalls in einer Überschreitung der Erforderlichkeit des Notwehrrechts.<sup>21</sup> Die subjektive Komponente erfordert ein Überschreiten aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, also aus einem sog. asthenischen Affekt heraus.<sup>22</sup> Diese Affekte können selbst dann auftreten, wenn der Angriff nicht unerwartet kam<sup>23</sup> oder wenn sie selbst verschuldet sind – gefordert wird lediglich eine Mitursächlichkeit des Affekts für die Exzesshandlung.<sup>24</sup> Dabei genügt nach der Rechtsprechung nicht schon

<sup>13</sup> *Baumann/Mitsch/Weber*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 38; *Drescher*, JR 1994, 424; *Rönnau/Hohn*, in LK (Fn. 6), § 32 Rn. 281 ff.; *Mitsch*, GA 1986, 533, 545.

<sup>14</sup> *Matt*, NStZ 1993, 271, 273.

<sup>15</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 525 f.

<sup>16</sup> BGH NJW 1983, 2267.

<sup>17</sup> BGHSt 26, 256, 257; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 258 ff.

<sup>18</sup> *Arzt*, in Schaffstein-FS, 1975, S. 77, 83.

<sup>19</sup> Näher dazu: *Doernberg/Hahme*, famos 03/2001.

<sup>20</sup> *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 32 Rn. 61.

<sup>21</sup> *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 33 Rn. 2.

<sup>22</sup> *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 33 Rn. 3.

<sup>23</sup> BGHSt 3, 194.

<sup>24</sup> *Kühl* (Fn. 17), § 12 Rn. 147.

jedes „normalpsychologisch nahe liegende“ Angstgefühl<sup>25</sup> als Furcht i.S.d. § 33. Vielmehr muss ein Störungsgrad vorliegen, bei dem der Täter in seiner Fähigkeit, das Geschehen richtig einzuschätzen, erheblich reduziert ist,<sup>26</sup> mithin ein „psychischer Ausnahmezustand“<sup>27</sup>.

Eine **pauschale Einschränkung** des § 33 im Falle einer vorherigen Provokation<sup>28</sup> – wie sie ursprünglich auch vom BGH vertreten worden ist<sup>29</sup> – ist nach ganz herrschender Meinung nicht haltbar. Dies folge schon daraus, dass bei § 33 eine dem § 35 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Formulierung fehle, welche die Anwendbarkeit auf unverschuldete Fälle beschränkt.<sup>30</sup> Eine solche Formulierung dennoch in § 33 hineinzulesen sei ein Verstoß gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege*.<sup>31</sup> Eine pauschale Einschränkung des § 33 könne es nur bei der Absichtsprovokation geben, da hier schon das zugrundeliegende Notwehrrecht gänzlich ausgeschlossen ist, sodass es in der Folge auch nicht mehr überschritten werden kann. Ist das Notwehrrecht hingegen wegen einer sonstigen Provokation nur eingeschränkt, so liege in der Überschreitung ein Notwehrexzess.<sup>32</sup> § 33 entfalle demnach nicht schon dann, wenn der Exzedent die Situation mitverursacht hat.<sup>33</sup> Falls noch ein (eingeschränktes) Notwehrrecht besteht, sei auch noch Raum für § 33.<sup>34</sup>

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 21), § 33 Rn. 3

<sup>26</sup> BGH NStZ 01, 591; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 33 Rn. 3.

<sup>27</sup> Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 33 Rn. 2.

<sup>28</sup> So gefordert von Baumann, MDR 1962, 349.

<sup>29</sup> BGH NJW 1962, 308.

<sup>30</sup> Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 33 Rn. 9.

<sup>31</sup> Roxin, NStZ 1993, 335, 336.

<sup>32</sup> Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 33 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 666 f.

<sup>33</sup> Kindhäuser, in NK, 4. Aufl. 2013, § 33 Rn. 28.

<sup>34</sup> Fischer (Fn. 21), § 33 Rn. 6.

Inzwischen hat auch der BGH im sog. „**Bordell-Fall**“<sup>35</sup> seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass auch er die pauschale Versagung des § 33 bei einer sonstig vorwerfbaren Provokation verneint. In dem Fall unterließ es der Angeklagte, trotz Ankündigung eines Angriffs durch Rechtsextreme auf sein Bordell, die Polizei zu benachrichtigen, obwohl genügend Zeit dafür war. Im Verlauf des Angriffs schoss er auf einen der Angreifer und traf ihn tödlich am Kopf. Da es möglich gewesen wäre, etwa auf die Beine zu schießen, überschritt der Angeklagte die Grenzen der Notwehr, tat dies jedoch aus einem asthenischen Affekt. Der BGH entschied, dass grundsätzlich Raum für die Anwendung des § 33 sei, auch wenn die Notwehrlage von dem Angegriffenen mitverursacht wurde und somit sein Notwehrrecht eingeschränkt sei – sofern die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschritten wurden. Diesen Grundsatz beschränkte der BGH jedoch sofort wieder für den zu entscheidenden Fall: Eine Anwendung des § 33 sei hier trotz asthenischem Affekt ausgeschlossen, da der Täter sich **planmäßig** in die tätliche Auseinandersetzung eingelassen hatte, um unter Ausschaltung der Polizei einen ihm angekündigten Angriff mit eigenen Mitteln abzuwehren.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine Rechtsprechung fort. Er hebt das Urteil des LG teilweise auf und verweist die Sache an eine andere Strafkammer des LG. Die Sachrüge des A hat insoweit Erfolg, als dass der BGH feststellt, das LG habe die Rechtswidrigkeit der Tat zu Recht bejaht, sich jedoch rechtsfehlerhaft von der Schuldhaftigkeit überzeugt. Zwar habe A sich in einer Notwehrlage befunden, allerdings sei sein Notwehrrecht auf Grund seines pflichtwidrigen Vorverhaltens eingeschränkt gewesen. Seiner bishe-

<sup>35</sup> BGHSt 39, 133.

gen Rechtsprechung folgend wiederholt der BGH, dass derjenige, der durch ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert, nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen darf. Vielmehr müsse er zunächst alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausnutzen, bevor er zur Trutzwehr übergehen dürfe. Dies sei hier nicht geschehen.

Zudem betont der Senat, das LG sei zu Unrecht von der Schuld des A ausgegangen indem es einen Notwehrexzess gemäß § 33 deswegen für ausgeschlossen hielt, weil A die Notwehrlage selbst provoziert hatte. Richtig sei aber, dass § 33 selbst dann anwendbar bleibt, wenn der Notwehrtäter den Angriff provoziert hat und ihm dadurch nur ein beschränktes Notwehrrecht zusteht. Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 33 sei allein, dass der Notwehrtäter die Grenzen dieses Notwehrrechts aus einem der in § 33 genannten Gründe überschreitet. Demnach sei das LG von einem falschen rechtlichen Maßstab ausgegangen, als es feststellte, der behaupteten Todesangst stehe bereits entgegen, dass A die Notwehrlage selbst provoziert habe und infolgedessen § 33 ausgeschlossen sei. Die nun zuständige andere Strafkammer des LG müsse das Vorliegen eines asthenischen Affekts als Tatsachenfrage einer Beweiswürdigung unterziehen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Dieser Fall eignet sich besonders für Prüfungen, da nicht nur Standardprobleme der Rechtfertigung anzusprechen sind, sondern auf der Schuldebene auch auf § 33 eingegangen werden muss. In der Klausur empfiehlt es sich daher, der herrschenden Meinung folgend dem Täter das Notwehrrecht nicht zu versagen, sondern nach der Drei-Stufen-Theorie einzuschränken. Sodann ist bei den Entschuldigungsgründen § 33 zu prüfen. Zu beachten ist, dass § 32 und § 33 sich spiegelbildlich zueinander verhalten: Wird das Notwehrrecht aus

§ 32 versagt, kann es zu keiner Anwendung von § 33 kommen; kommt es nur zu einer Einschränkung des § 32, so bleibt § 33 anwendbar.

In der Praxis ist zu beachten, dass § 33 trotz einer Notwehrprovokation weiterhin anwendbar bleibt und lediglich das planmäßige Vorgehen des Täters vom BGH ausgenommen wird. Ob ein asthenischer Affekt vorliegt, ist eine Tatsachenfrage und muss daher einer Beweiswürdigung unterzogen werden. Kann ein solcher Affekt nicht sicher ausgeschlossen werden, ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass er die Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschritten hat. Bezüglich der Beweiswürdigung muss beachtet werden, dass im Rahmen des § 33 das Vorliegen der Todesangst bei Fällen der Provokation besonders sorgfältig zu prüfen ist.<sup>36</sup> Zu bedenken ist die ratio des § 33, durch welchen der Gesetzgeber das Risiko, dass der Notwehrtäter in einem asthenischen Affekt zu einem unzulässigen Mittel greift, dem Angreifer auferlegt.<sup>37</sup> Das Risiko eines asthenischen Affekts wird aber gerade bei einer Notwehrprovokation in der Regel gemindert sein, da der Provokateur gerade nicht überrascht wird – wenngleich nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Provokateur das Ausmaß des Angriffs unterschätzt und infolgedessen einem asthenischen Affekt unterliegt, der für die Exzesshandlung mitursächlich sein kann.

#### 5. Kritik

Das vorliegende Urteil ist im Ergebnis zu begrüßen, weil A (entgegen der Ansicht des LG) der Entschuldigungsgrund aus § 33 nicht versagt werden darf, nur weil er die Notwehrlage auf sonstig vorwerfbare Weise provoziert hat.

<sup>36</sup> BGH NSTZ-RR 1997, 194, 195; *Erb*, in MüKo (Fn. 5), § 33 Rn. 13; *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 33 Rn. 9.

<sup>37</sup> *Rosenau*, in Beulke-FS, 2015, S. 225, 232.

Dass der BGH das Kriterium der **sozialen Inadäquanz** heranzieht, erschließt sich den Verfassern allerdings nicht. Nicht nur scheint der Umweg über dieses Kriterium im vorliegenden Fall überflüssig (da schon die Beleidigung rechtswidrig war), sondern es ist auch im Allgemeinen schwierig zu bestimmen, wie an der Entwicklung der Rechtsprechung festzumachen ist. Der BGH scheint sich dieser Schwäche bewusst zu sein, da er fortwährend versucht, das unbestimmte Kriterium der Sozialwidrigkeit zu umgrenzen. Trotz dieser Bemühungen bleibt der Begriff jedoch unklar. Das Bestreben, den Kreis der relevanten sozial-ethisch missbilligenswerten Verhaltensweisen einzugrenzen, wird im Schrifttum begrüßt. Allerdings wird gerade durch dieses Bestreben deutlich, dass es kaum möglich ist, allgemeine Maßstäbe für das Erfordernis eines sozial inadäquaten Vorverhaltens aufzustellen. Es wird deshalb wiederholt gefordert, von diesem Kriterium Abstand zu nehmen (außer im Fall einer Absichtsprovokation) und die Notwehrein-schränkung auf die Fälle eines rechtswidrigen Vorverhaltens zu beschränken.<sup>38</sup> Dieser Ansicht ist zu folgen, da die praktische Erwägung der Rechtsprechung, einem sozial inadäquaten Verhalten wohne ein genauso großes Provokationspotential inne wie einem rechtswidrigen Vorverhalten, nicht die Rechtsunsicherheit zu kompensieren vermag, die aus der unklaren Umgrenzung der sozialen Inadäquanz resultiert. Auch wenn das praktische Gegenargument des BGH nicht abwegig ist, präsentiert das Schrifttum hier die überzeugenderen Argumente.

Bezüglich der **Anwendbarkeit von § 33** hat der BGH dogmatisch korrekt dargelegt, dass diese zu bejahen ist, sofern noch ein Notwehrrecht besteht. Zu Recht hat er die fragwürdige Einschränkung des „planmäßigen Einlassens“ aus dem Bordell-Fall nicht aufgegriffen.<sup>39</sup> Zu kritisieren ist dennoch,

dass der BGH das vorliegende Urteil nicht zum Anlass genommen hat, diese Rechtsprechung offen aufzugeben oder zumindest das Merkmal der Planmäßigkeit näher zu definieren. Somit stellt der Bordell-Fall weiterhin einen Fremdkörper in der hier behandelten Systematik dar. Es bleibt bedauerlicherweise weiterhin ungeklärt, wie sich der Bordell-Fall in die Rechtsprechung des BGH einfügen soll, inwiefern sich das planmäßige Einlassen von einer Absichtsprovokation oder einer sonstig vorwerfbareren Provokation unterscheidet. Immerhin hätte man hier auch unter das planmäßige Einlassen subsumieren können, da es in der Vergangenheit bereits im Anschluss an Beleidigungen auch zu körperlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Insofern hätte man A ein planmäßiges Vorgehen unterstellen können, da er trotz Vorhersehbarkeit die Konfrontation gesucht hat. Nach dem BGH wäre sodann der Entschuldigungsgrund aus § 33 zu versagen – auf eine Beweiswürdigung käme es nicht mehr an. Es ist mithin ungewiss, wo die Grenze zur Planmäßigkeit zu ziehen ist. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH im Interesse der Rechtssicherheit hier klare Richtlinien aufstellt oder aber von der Bordell-Fall-Rechtsprechung gänzlich Abstand nimmt.

*(Ptryk Majewski-Zarin / Alicia Müller)*

<sup>38</sup> Erb, NStZ 2012, 194, 198.

<sup>39</sup> So auch Hecker, JuS 2016, 177, 179.

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

A wurde im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen schweren Bandendiebstahls und Hehlerei von der Polizei observiert. Das dabei entstandene Protokoll wird im darauf folgenden Prozess gestützt auf § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO<sup>2</sup> verlesen. Einen Beweisantrag dahingehend, die Verfasser des Protokolls zu vernehmen, hat weder A noch seine Verteidigung gestellt. A sieht in der Verlesung eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes aus § 250 Satz 2 und legt Revision zum BGH ein. Eine Verletzung des Aufklärungsgrundsatzes aus § 244 Abs. 2 wird nicht gerügt.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall behandelt die Frage, ob die Verlesung polizeilicher Observationsprotokolle den Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzt oder von der Ausnahmenvorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 5 umfasst ist.

Bevor diese Fragestellung näher erörtert werden kann, muss ein genauerer Blick auf den Regelungszusammenhang des § 256 im Rahmen der §§ 250 ff. geworfen werden. Ausgangspunkt hierfür ist der in § 250 verankerte **Un-**

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

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

Juli 2016

## Observationsprotokoll-Fall

*Unmittelbarkeitsgrundsatz / Observationsprotokoll / Aufklärungsgrundsatz*

§§ 250 Satz 2, 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO

### famos-Leitsätze:

1. Die Verlesung von Protokollen nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO ist nicht auf Routinevorgänge beschränkt.
2. Observationsprotokolle stellen Routinevorgänge dar und sind grundsätzlich im Rahmen des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO verlesbar.
3. Ob darüber hinaus eine Vernehmung der Ermittlungspersonen notwendig ist, entscheidet sich lediglich nach den Vorgaben des Aufklärungsgrundsatzes aus § 244 Abs. 2 StPO.

BGH, Beschluss vom 8. März 2016 – 3 StR 484/15; veröffentlicht in NSTZ 2016, 301.

**mittelbarkeitsgrundsatz.** Er wird vom BVerfG zwar nicht als vom Anspruch auf rechtliches Gehör erfasst angesehen,<sup>3</sup> aber als tragender Grundsatz des Strafprozesses anerkannt<sup>4</sup> und entwickelte sich als Reaktion auf den geheimen und nicht waffengleichen Inquisitionsprozess Mitte des 19. Jahrhunderts.<sup>5</sup> Unter anderem durch ein Verbot der Verlesung von Vernehmungsprotokollen sollte ein „Totaleindruck“ vom Zeugen ermöglicht werden.<sup>6</sup> Nur so könne einerseits dem Ge-

<sup>3</sup> BVerfGE 1, 429.

<sup>4</sup> BGHSt 9, 24.

<sup>5</sup> *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2014, Rn. 158; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn. 5; *Velten*, in SK, StPO, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 250 ff. Rn. 1.

<sup>6</sup> *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchfüh-

richt und andererseits dem Angeklagten ein hinreichender Überblick über und Einfluss auf die Beweisaufnahme ermöglicht werden.<sup>7</sup>

Regelmäßig werden dem Unmittelbarkeitsgrundsatz ein formelles und ein materielles Element entnommen.<sup>8</sup> Das **formelle Element** bedeutet, dass das Gericht die Beweisaufnahme selber durchführen muss.<sup>9</sup> So sollen bezüglich des Beweismaterials rechtliches Gehör und Öffentlichkeit hergestellt werden.<sup>10</sup> Es steht einer Verlesung grundsätzlich nicht entgegen,<sup>11</sup> sodass dieser Aspekt des Grundsatzes hier nicht von Bedeutung ist. In § 250 drückt sich vielmehr das **materielle Element** aus, das vom Gericht verlangt, ein unmittelbares Beweismittel – je nach Ansicht stets<sup>12</sup> oder möglichst<sup>13</sup> – einem Surrogat vorzuziehen. Das bedeutet nach der herrschenden Meinung, dass das Gericht einem Personalbeweis gegenüber einem Urkundenbeweis den Vorrang einräumen muss.<sup>14</sup> Dies soll für eine qualitativ höherwertige Beweiserhebung sorgen<sup>15</sup>

---

rung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845, S. 246.

<sup>7</sup> Mittermaier (Fn. 6), S. 246.

<sup>8</sup> Frister, in Fezer-FS, 2008, S. 211; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 914.

<sup>9</sup> Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. 2016, § 250 Rn. 3; Ranft, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2005 Rn. 1657; Roxin/Schünemann (Fn. 5), § 46 Rn. 3.

<sup>10</sup> Velten, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 8.

<sup>11</sup> Velten, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 8.

<sup>12</sup> Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1978, S. 27 ff. m.w.N.; Velten, in SK-StPO (Fn. 5), Vor § 250 ff. Rn. 7 ff.

<sup>13</sup> Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 9), § 250 Rn. 5; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 250 Rn. 3.

<sup>14</sup> BGHSt 15, 253; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 250 Rn. 2; Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010 ff., § 250 Rn. 1.

<sup>15</sup> Kreicker, in MüKo, StPO, 1. Aufl. 2016, § 250 Rn. 2.

und wird häufig als eine Konkretisierung der gerichtlichen Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 gesehen.<sup>16</sup> Darüber hinaus wird von Velten als drittes Element des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ein **Transferverbot** erkannt, das sich grundsätzlich gegen eine Übertragung von Beweiserhebungen der Ermittlungsbehörden in das Erkenntnisverfahren richtet.<sup>17</sup> Nach diesem Prinzip, dessen Zweck insbesondere die Stärkung der Rechte der Verteidigung ist, ist § 250 Satz 2 als eine „Trennwand zwischen Haupt- und Ermittlungsverfahren“<sup>18</sup> zu sehen.

Es findet sich nur eine geringe Zahl an gesetzlichen **Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz**, deren prominenteste wohl § 251 sein dürfte.<sup>19</sup> Entgegen dem Grundsatz des § 250 dürfen auf Grundlagen dieser Norm unter bestimmten Voraussetzungen Urkunden verlesen werden, anstatt einen Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten zu vernehmen. Hierbei geht es um Ausnahmen von der grundsätzlichen Vernehmungspflicht.

Auch der hier relevante § 256, auf den das Landgericht die Verlesung stützte, stellt eine solche der Prozessökonomie dienende Ausnahmenvorschrift zu dem Grundsatz des § 250 dar.<sup>20</sup> Ursprünglicher Grundgedanke der Norm war es, dass die Aussagekraft bestimmter Schriftstücke, etwa eines Auszuges aus dem Bundeszentralregister, nicht auf Wahrnehmungen des

---

<sup>16</sup> BVerfGE 57, 250, 278; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2016, § 21 Rn. 113; Kühne (Fn. 8), Rn. 914; a.M. Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 250 Rn. 3.

<sup>17</sup> Velten, in SK (Fn.5), Vor § 250 ff. Rn. 15.

<sup>18</sup> Velten, in SK (Fn.5), Vor § 250 ff. Rn. 24.

<sup>19</sup> Kreicker, in MüKo (Fn. 15), § 251 Rn. 8. Eine Auflistung der Ausnahmen findet sich bei Kramer (Fn. 5), Rn. 159; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 242.

<sup>20</sup> Krüger, in MüKo (Fn. 15), § 256 Rn. 1; Ranft (Fn. 9), Rn. 1726.

Amtsträgers beruht.<sup>21</sup> § 256 sollte daher die Verlesung von Schriftstücken aus den in der Norm aufgezählten Fallgruppen ermöglichen, da bei ihnen vom Gesetzgeber eine hohe Beweisqualität der Urkunde vermutet wird.<sup>22</sup> Als solche wurden ursprünglich Erklärungen öffentlicher Behörden und ärztliche Atteste über Körperverletzungen eingestuft.<sup>23</sup> Nach ganz allgemeiner Ansicht konnte hierauf nicht die Verlesung von aus Anlass des Strafverfahrens erstellten Schriftstücken der Polizei gestützt werden.<sup>24</sup> Folglich verneinte der BGH die Möglichkeit, Observationsprotokolle zu verlesen.<sup>25</sup>

Seit dem 2003 erlassenen Justizmodernisierungsgesetz (JuMoG), das unter anderem den hier relevanten § 256 Abs. 1 Nr. 5 einfügte, ist dies jedoch streitig. Durch die Novellierung wollte der Gesetzgeber sowohl die Hauptverhandlung als auch die Strafverfolgungsbehörden entlasten.<sup>26</sup> Zum einen sollten Angehörige von Strafverfolgungsbehörden, die dem Aussagegehalt von routinemäßig erstellten Protokollen ohnehin häufig nichts mehr hinzufügen können, nicht aussagen müssen; zum anderen wurde die Objektivität solcher Protokolle als hinreichend gewährleistet angesehen.<sup>27</sup> Diese Gesetzesänderung wird vielfach als erhebliche Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes kritisiert.<sup>28</sup> Insbesondere wird auf die Einschränkung von Befragungsrechten des Angeklagten beziehungsweise der Verteidigung hin-

gewiesen.<sup>29</sup> Zumindest eine pauschale Ersetzung der Vernehmung von Strafverfolgungsbeamten durch Protokollverlesungen wird für unvereinbar mit dem Recht auf Befragung des Belastungszeugen aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK erachtet.<sup>30</sup> Aufgrund dieser Gefahren wird in der Literatur vielfach eine restriktive Anwendung der Vorschrift gefordert.<sup>31</sup>

Gleichzeitig wird aber auch von Kritikern der Gesetzesänderung anerkannt, dass gerade bei oft und routinemäßig erfolgenden Ermittlungsvorgängen fraglich sein kann, ob die Vernehmung einer Ermittlungsperson oder eine Verlesung aussagekräftiger und zuverlässiger ist.<sup>32</sup> Letzteres hat der BGH beispielsweise für den exakten Zeitpunkt einer Anzeigeerstattung bejaht.<sup>33</sup> Es stellt sich das Problem einer klaren Abgrenzung danach, welche Protokolle noch von der Norm umfasst sein sollen.

Umstritten ist, ob die Anwendung von § 256 Abs. 1 Nr. 5 auf **Routinevorgänge** beschränkt ist. In den Materialien zum JuMoG werden als Beispiele für solche Routinevorgänge Beschlagnahme, Spurensicherung, Durchführung einer Festnahme, Sicherstellungen und Hausdurchsuchungen genannt.<sup>34</sup> Unter Berufung auf die Materialien zum JuMoG wird teilweise diese Beschränkung abgelehnt, da dort lediglich von „meist routinemäßig erstellten Protokollen“<sup>35</sup> die Rede ist.<sup>36</sup> Für die Gegner der

<sup>21</sup> Velten, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 4.

<sup>22</sup> Stuckenberg, in Löwe/Rosenberg, (Fn. 14), § 256 Rn. 4.

<sup>23</sup> Gollwitzer, in Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl. 1987, § 256 Rn. 2; Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, 1957, § 256 Rn. 1.

<sup>24</sup> Gollwitzer, in Löwe/Rosenberg (Fn. 23), § 256 Rn. 22.

<sup>25</sup> BGH NSTZ 1982, 79.

<sup>26</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>27</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>28</sup> Frister, in Fezer-FS (Fn. 8), S. 215 m.w.N.; Krüger, in MüKo (Fn. 15), § 256 Rn. 42; Neuhaus, StV 2005, 47, 52.

<sup>29</sup> Julius, in HK, StPO, 5. Aufl. 2012, § 256 Rn. 9; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2936.

<sup>30</sup> Velten, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 16.

<sup>31</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 417; Julius, in HK (Fn. 29), § 256 Rn. 9; Krüger, in MüKo (Fn. 15), § 256 Rn. 43 m.w.N.; Stuckenberg, in Löwe/Rosenberg (Fn. 14), § 256 Rn. 56.

<sup>32</sup> Vgl. Stuckenberg, in Löwe/Rosenberg (Fn. 14), § 256 Rn. 8.

<sup>33</sup> BGH NSTZ 2008, 529.

<sup>34</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>35</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>36</sup> OLG Celle StV 2015, 742; LG Berlin, StV 2015, 544.

Beschränkung setzt § 256 Abs. 1 Nr. 5 der Verlesung von Ermittlungsprotokollen und -vermerken keine über den Wortlaut hinausgehende Grenze. Eine solche wird dann nur noch in der Aufklärungspflicht des Gerichtes gemäß § 244 Abs. 2 gesehen.<sup>37</sup>

Von der Gegenansicht wird denselben Materialien allerdings eine Beschränkung entnommen, da in ihnen „Protokolle und Vermerke über Routinevorgänge“<sup>38</sup> genannt werden.<sup>39</sup> Selbst wenn sich aus dieser Gesetzesbegründung direkt keine Beschränkung auf Routinevorgänge ergebe, sei sie zudem als Ergebnis einer **teleologischen Reduktion** geboten: Demnach könne § 256 Abs. 1 Nr. 5 nur gerechtfertigt sein, soweit es sich um Fälle handle, in denen der Verfasser des Schriftstückes nichts über dessen Inhalt hinausgehendes aussagen könne.<sup>40</sup> Eine angebliche Objektivität des Schriftstückes könne hingegen nicht als Rechtfertigung herangezogen werden.<sup>41</sup>

Befürwortet man die Beschränkung auf Routinemaßnahmen, so stellt sich die Frage, ob **Observationsprotokolle** als solche anzusehen sind.

Unter einer Observation versteht man die „planmäßige Beobachtung einer Person mit dem Ziel, deren Verhalten, Vorhaben oder Kontakte zu erheben“<sup>42</sup>. Strafverfahrensrechtlich ist die „längerfristige Observation“ in § 163f geregelt. Auf diese Norm werden Überwachungen gestützt, die über 24 Stunden andauern.<sup>43</sup> Kürzere Observations sind hingegen schon durch die Ermitt-

lungsgeneralklausel der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 gedeckt.<sup>44</sup>

In einem Beschluss des LG Berlin wird zuerst eine Beschränkung des § 256 Abs. 1 Nr. 5 auf Routinevorgänge angezweifelt, danach Observationsprotokolle aber als Routinevorgänge gewertet.<sup>45</sup> Dies wird auf eine Vergleichbarkeit mit Protokollen von Hausdurchsuchungen gestützt, deren Erstellung zwar ebenso von der Wahrnehmung des Ermittlungsbeamten beeinflusst werden kann, was grundsätzlich mehr für ein obligatorisches Vernehmung sprechen würde,<sup>46</sup> deren Verlesung aber gerade laut Gesetzesbegründung ermöglicht werden soll. Andere Stimmen verweisen hingegen weiterhin auf das Urteil des BGH vor der Gesetzesänderung.<sup>47</sup>

Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, ob Observationsprotokolle unter § 256 Abs. 1 Nr. 5 fallen, lag bis zum hier behandelten Beschluss nicht vor.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision als unbegründet. Sich die Argumentation des Generalbundesanwaltes zu eigen machend, stellt er fest, dass ein Observationsprotokoll nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 verlesen werden kann.

Zum einen sei die Vorschrift nicht grundsätzlich auf routinemäßig erstellte Protokolle beschränkt. Dies folge aus einer historischen Auslegung, nach der die Formulierung der Gesetzesmaterialien zum JuMoG entsprechend zu verstehen sei. Außerdem spreche aus systematischen Gründen für diese Ansicht, dass von § 256 Abs. 1 Nr. 1 und 2 auch nicht routinemäßige Erklärungen von Behörden und Ärzten erfasst sind.

Zum anderen würden Observationsprotokolle aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit den vom Gesetzgeber aus-

<sup>37</sup> OLG Celle StV 2015, 742; LG Berlin, StV 2015, 544, 545.

<sup>38</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf NStZ 2008, 358; *Stuckenberger*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 14), § 256 Rn. 57.

<sup>40</sup> *Velten*, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 33.

<sup>41</sup> *Velten*, in SK (Fn. 5), § 256 Rn. 33.

<sup>42</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 14 Rn. 100.

<sup>43</sup> *Beulke* (Fn. 31), Rn. 233e; *Roxin/Schünemann* (Fn. 5), § 36 Rn. 35.

<sup>44</sup> *Beulke* (Fn. 31), Rn. 233e.

<sup>45</sup> LG Berlin StV 2015, 544, 545.

<sup>46</sup> *Sander/Cirener*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 14), § 250 Rn. 4.

<sup>47</sup> *Lickleder/Sturm*, HRRS 2012, 74, 77.

drücklich als verlesbar angesehenen Durchsuchungsberichten aber ohnehin Routinevorgänge darstellen. Auch könne der Ermittlungsbeamte oft nicht mehr bezeugen als das Protokoll. Gerade in solchen Fällen habe der Gesetzgeber die Verlesung ermöglichen wollen.

Die Erforderlichkeit der zusätzlichen Vernehmung der Ermittlungsbeamten sei eine Frage der Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 und nicht des § 256. Halte die Verteidigung die Verlesung für unzureichend, müsse sie einen Beweis Antrag stellen oder in der Revisionsinstanz eine Aufklärungsrüge erheben. Dies sei nicht geschehen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz und auch der bisher wenig beachtete § 256 Abs. 1 Nr. 5 gehören zum Kernstoff der juristischen Ausbildung. Nach dem Beschluss des BGH könnte das Problem im Examen etwa in Form einer strafprozessrechtlichen Zusatzfrage auftauchen. Über eine Fragestellung zur Möglichkeit der Verlesung von Ermittlungsprotokollen lassen sich die Prozessmaximen Unmittelbarkeitsprinzip und Aufklärungsgrundsatz sowie ihr Verhältnis zueinander gut abfragen.

Für die Rechtsprechung ergibt sich aus dem Urteil die grundsätzliche Möglichkeit, bei der Einbringung von Protokollen zu Ermittlungshandlungen in das Erkenntnisverfahren auf die Vernehmung des Beamten zu verzichten. Ob eine Vernehmung geboten ist, muss dennoch in jedem Einzelfall am Maßstab des Aufklärungsgrundsatzes überprüft werden.

Die Verteidigung muss im Besonderen darauf achten bei geplanten Verlesungen von Protokollen einen Beweis Antrag zu stellen. Außerdem scheint eine Rüge wegen einer möglichen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch eine Verlesung jenseits von Vernehmungsprotokollen nicht mehr zielführend. Stattdessen muss die Rüge

nun komplett auf eine Verletzung des Aufklärungsgrundsatzes gestützt werden.

#### 5. Kritik

Der Beschluss des BGH setzt eine abzulehnende von Rechtspolitik und Rechtsprechung vorangetriebene Entwicklung fort, die sich der Verfahrensökonomie verschrieben hat. Mit der Neuregelung des § 256 durch das JuMoG und insbesondere der neuen Vorschrift des Abs. 1 Nr. 5 wurde zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung eine weitgehende Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes vorgenommen.<sup>48</sup> Hierin ist eine nicht zu unterschätzende Verschiebung der Gewichte im Strafprozess zu Ungunsten der Strafverteidigung und somit letztlich des Angeklagten zu sehen.<sup>49</sup> Durch jede Erweiterung der Option, ohne Einvernehmen mit dem Angeklagten einen Urkunden- einem Personalbeweis vorzuziehen, wird die Möglichkeit, Beweismittel zu hinterfragen, weiter eingeschränkt.<sup>50</sup> Es wird übergangen, dass, anders als bei Protokollen von Ärzten, für Ermittlungsbehörden nicht von vorneherein eine Objektivität vermutet werden kann, da es zumindest zweifelhaft ist, ob sie nicht – schon aus ihrer Aufgabe der Strafverfolgung heraus – ein Interesse an einer Bestrafung haben. Auch verbietet schon das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit eine solche Vermutung: In einem rechtsstaatlichen Prozess kann die Richtigkeit der Angaben von Ermittlungsbehörden nicht vermutet werden, denn erst die Überprüfung dieser Behörden macht die Rechtsstaatlichkeit des Prozesses aus.<sup>51</sup>

Wäre § 256 Abs. 1 Nr. 5 ohne Beschränkung zu verstehen, so würde dies eine drastische Abkehr vom Unmittelbarkeitsgrundsatz bedeuten. Seine Bedeutung ginge nahezu komplett in

<sup>48</sup> *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2932, 2936.

<sup>49</sup> *Sommer*, StraFo 2004, 295, 298.

<sup>50</sup> *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2932, 2934f.

<sup>51</sup> Vgl. *Velten*, SK (Fn. 5), § 256 Rn. 11.

der Aufklärungspflicht des Gerichtes auf. Dies scheint aus mehreren Gründen problematisch.

Erstens wäre es dann für die Verteidigung oft notwendig, einen Beweis Antrag nach § 244 Abs. 3 zu stellen, um die Vernehmung einer Ermittlungsperson zu ermöglichen. Dies ist zwar grundsätzlich möglich, stellt die Verteidigung aber vor zusätzliche Hürden. So muss sie nachweisen können, dass der Ermittlungsbeamte etwas zum Beweisthema bekunden kann, denn eine bloße Beweisbehauptung ins Blaue hinein ist nicht zulässig.<sup>52</sup> Ob dies aber bereits vor der Vernehmung der Ermittlungsperson in allen Fällen möglich ist, erscheint fragwürdig.

Des Weiteren wäre dies für einen Angeklagten, der sich im Prozess nicht von einem Anwalt vertreten lässt, eine starke Benachteiligung. Der somit gerade durch das Transferverbot als ein Element des Unmittelbarkeitsgrundsatzes entstehende Schutz für den Angeklagten wird somit verkannt. So wird einer der Gründe für den Grundsatz, nämlich die Stärkung von Rechten des Angeklagten, ignoriert und diese Maxime des Strafprozessrechtes zu einer reinen Konkretisierung des Aufklärungsgrundsatzes reduziert. Dass § 250 aber auch den Zweck hat, Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einzuräumen, Fragen an Zeugen und Sachverständige zu stellen, ist bisher vom BGH selber nicht bestritten worden.<sup>53</sup> Dieses Recht folgt schon aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Darüber hinaus heißt, den Unmittelbarkeitsgrundsatz als die historische Gegenbewegung zu den Inquisitionsprozessen zu verstehen, seine Bedeutung als eine über § 244 hinausgehende zu erkennen.

Eine Beschränkung über das Verbot der Verlesung von Protokollen, die Zeugenvernehmungen wiedergeben, hinaus erscheint somit notwendig. Fraglich bleibt jedoch weiterhin, auf welches

Kriterium bei dieser Einschränkung abgestellt werden sollte. Die aus der BT-Drs. gefolgerte Begrenzung auf Routinemaßnahmen führt jedenfalls nicht zu der notwendigen Klarheit. Ob sich das Merkmal der Routine an quantitativen oder qualitativen Charakteristika messen lassen soll, ist gänzlich ungeklärt. So kann beispielsweise eine, in den Materialien zum JuMoG als Beispiel für einen Routinevorgang genannte, Hausdurchsuchung für eine Ermittlungsperson durchaus zur Routine gehören. Insofern es sich bei den dabei ermittelten Fakten lediglich um eine Aufzählung gefundener Gegenstände handelt, scheint dies auch nicht problematisch. Spielen jedoch andere Faktoren, wie etwa das Verhalten des Besitzers während der Durchsuchung, die genaue Position eines Gegenstandes oder in sonstiger Weise der subjektive Eindruck der Ermittlungsperson eine Rolle, so ist eine Vernehmung notwendig. Letztlich wären Rechtsprechung oder Gesetzgeber gefragt, Klarheit in diesen Begriff zu bringen.

Es scheint aber darüber hinaus ohnehin zweifelhaft, ob das Abstellen auf die Routine des Vorgangs dem tatsächlichen Problem, nämlich einer zu weitgehenden Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, gerecht wird. Vielmehr wäre es sinnvoll, eine obligatorische Vernehmung des Ermittlungsbeamten dann zu fordern, wenn es sich bei den für das Erkenntnisverfahren relevanten Fragen um solche handelt, die prinzipiell von der Wahrnehmung der Ermittlungsperson abhängig sein könnten. Diese Grenze geht über den Aufklärungsgrundsatz hinaus, indem sie an einer hypothetischen Fragestellung ansetzt. Rein technische Fragen könnten so der Verlesung weiterhin zugänglich sein. Problematisch bleibt dabei aber weiterhin, dies vor der Vernehmung des Beamten nur anhand des Protokolls festzustellen.

*(Daniel Haefke / Johannes Rabe)*

<sup>52</sup> BGH NSTz 2013, 476.

<sup>53</sup> Vgl. *Kreicker*, in MüKo (Fn. 15), § 250 Rn. 2 m.w.N.

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

Der BGH hatte bereits im Jahr 2005 über den spektakulären Fall des so genannten Kannibalen von Rothenburg zu entscheiden,<sup>2</sup> welcher großes Aufsehen in der Öffentlichkeit erregte. Jüngst kam es jedoch erneut zu einem ganz ähnlichen Fall, dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag.

K, der sich an sexuell motivierten kannibalistischen Praktiken erfreut und diese gerne ausleben möchte, registriert sich auf einer entsprechenden Internetplattform. Auf seinem Profil gibt er an, dass er äußerst interessiert an der „realen Schlachtung und Verspeisung“ eines anderen Mannes ist – allerdings ausschließlich mit dessen Einverständnis.

Über das Forum lernt er infolgedessen O kennen, welcher die sexuellen Vorlieben des K teilt. Die beiden einigen sich im Laufe ihres Treffens darauf, dass O im Keller des K zunächst erhängt werden soll. Anschließend soll K die Leiche sorgfältig zerteilen und das Geschlechtsorgan verspeisen. Von diesen Vorgängen verspricht sich K sexuellen Lustgewinn. Er führt die Prozedur wie vereinbart aus. Dies entspricht auch dem ausdrücklichen Wunsch des O.

Das LG Dresden verurteilt K wegen Mordes in Tateinheit mit Störung der

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde leicht verkürzt und geändert, um Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Vgl. BGHSt 50, 80.

August 2016

## Kannibale – Fall II

*Mord / Befriedigung des Geschlechtstriebes / Ermöglichungsabsicht / Übermaßverbot / Rechtsfolgenlösung*

§§ 211 Abs. 1, 49 Abs. 1, 216 Abs. 1 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Die Rechtsfolgenlösung eröffnet nicht allgemein einen Sonderstrafrahmen für „minder schwere“ Fälle.
2. Eine Übertragung der Rechtsfolgenlösung ist auf die Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes sowie der Ermöglichungsabsicht von Verfassungen wegen nicht ohne Weiteres geboten.
3. Der ausdrückliche Wunsch des Opfers, getötet zu werden, stellt keinen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Rechtsfolgenlösung dar.

BGH, Urteil vom 6. April 2016 – 5 StR 504/15; veröffentlicht in BeckRS 2016, 07793.

Totenruhe gemäß den §§ 211 Abs. 1, 168 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB<sup>3</sup>. Es verhängt indessen nur eine entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 gemilderte Freiheitsstrafe von acht Jahren. Die Staatsanwaltschaft legt Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall beinhaltet u.a. ein Problem des Rechtsfolgenausspruchs, nämlich ob die absolute Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß § 211 Abs. 1 bei Verwirklichung von Mordmerkmalen stets tat- und schuldangemessen ist und insbesondere, ob sie in Fällen wie diesen gerechtfertigt ist. Daneben wirft der Fall auch einige andere Fragen über die Auslegung der einschlägigen Mordmerkmale (Befriedigung des Geschlechtstriebes und Ermöglichungsab-

<sup>3</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

sicht) sowie der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 auf. Diese wurden im Wesentlichen schon im famos „Kannibalen-Fall“<sup>4</sup> aus dem Jahr 2005 behandelt, weshalb in dieser Bearbeitung nicht mehr näher darauf eingegangen wird. Zum besseren Verständnis sei noch kurz erklärt, aus welchem Grund für K die Privilegierung des § 216 nicht gelten kann. Ähnlich wie bei den Motivbündeln muss auch bei § 216 untersucht werden, ob das „Verlangen“ i.S.d. § 216 handlungsleitend war.<sup>5</sup> K hatte hier allerdings bereits einen eigenen Tatentschluss gefasst, welcher nicht erst durch den Wunsch des O hervorgehoben wurde. Deswegen wurde er nicht erst durch O zur Tat „bestimmt“. Im Unterschied zum Vorgängerfall war O aber nicht nur mit seinem Tod einverstanden, sondern wollte ihn sogar unbedingt. Die Voraussetzungen des § 216 liegen zwar immer noch nicht vor, doch es entsteht eine größere Nähe zu diesem Tatbestand. § 216 sieht ein Strafmaß von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vor, wohingegen § 211 die absolute Strafandrohung einer lebenslangen Freiheitsstrafe beinhaltet. Auf Grund dieses enormen Sanktionssprunges könnte die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe hier unverhältnismäßig sein. Das Gesetz sieht auf Mord jedoch keine andere Strafe außer einer lebenslänglichen vor.

Rechtsprechung und Lehre verfolgen unterschiedliche Ansätze in Konstellationen, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe weder tat- noch schuldangemessen erscheint. Das BVerfG fordert eine an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte **restriktive Auslegung**.<sup>6</sup> Die einzelnen Mordmerkmale sollen demnach in strenger Ausrichtung an den Leitprinzipien besonderer Verwerf-

lichkeit ausgelegt werden.<sup>7</sup> Das Mordmerkmal der Heimtücke beispielsweise wird nur als erfüllt angesehen, wenn der Täter in feindseliger Willensrichtung handelt.<sup>8</sup> Darüber hinaus wird teilweise ein verwerflicher Vertrauensbruch gefordert.<sup>9</sup> Hieran wird indes kritisiert, dass der besonders hinterlistige Täter, der keine persönliche Beziehung zum Opfer hatte, privilegiert würde.<sup>10</sup> Weiterhin wird diskutiert, ob und gegebenenfalls wie der Tatbestand des Verdeckungsmordes eingeschränkt werden muss.<sup>11</sup> Insbesondere wird vertreten, es könne die besondere Verwerflichkeit bei Taten fehlen, in denen sich der Täter in einer ihn überraschenden Konfliktsituation zur Tötung hinreißen lässt.<sup>12</sup> Eine Restriktion des Merkmals der Befriedigung des Geschlechtstribs findet nach h.M. dahingehend statt, dass sich die Tötungshandlung unmittelbar gegen das Objekt der sexuellen Begierde richten muss.<sup>13</sup> Daneben verlangen einige Autoren für die Verwirklichung der sexualbezogenen Mordqualifikation noch eine enge raum-zeitliche Verknüpfung zwischen Tötung und er-

<sup>4</sup> Vgl. *Marxen/Gleinig/Neutschmann*, famos 07/2005.

<sup>5</sup> *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2004, Rn. 9; *Schneider*, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 216 Rn. 14.

<sup>6</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>7</sup> *Müller-Dietz*, in Nishihara-FS, 1998, S. 248, 251; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 133.

<sup>8</sup> *Kindhäuser*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 72; *Seebode*, StV 2004, 597; *Spendel*, JR 1983, 271; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1 (Fn. 7), Rn. 108.

<sup>9</sup> *Bosch/Schindler*, JURA 2000, 77, 81; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 26; *Hassemer*, JuS 1971, 626, 630.

<sup>10</sup> *Mitsch*, JuS 1996, 213, 214; *Rengier*, MDR 1980, 1, 3.

<sup>11</sup> Vgl. *Jescheck*, in *Jescheck/Triffterer*, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?, 1978, S.130.

<sup>12</sup> *Lange*, in *Schröder-GS*, 1978, S. 229, 231 ff.

<sup>13</sup> *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 211 Rn. 9; *Hilgendorf*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 55; *Mitsch*, in *AnwK-StGB*, 2. Aufl. 2015, § 211 Rn. 221.

strebter Triebbefriedigung.<sup>14</sup> Ob und inwieweit der Tatbestand der Ermöglichungsabsicht eingeschränkt werden könnte, wurde bislang noch nicht abschließend diskutiert. Es wird lediglich angeführt, dass die Ermöglichung einer Ordnungswidrigkeit nicht ausreichend sei.<sup>15</sup> Dies erschließt sich jedenfalls bereits aus dem Wortlaut.

Allerdings gibt es immer noch Fälle, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe des § 211 auch bei einer restriktiven Auslegung der Mordmerkmale unverhältnismäßig erscheint. Auch im vorliegenden Fall sind zum derzeitigen Stand die Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes und der Ermöglichungsabsicht auch bei einer restriktiven Auslegung einschlägig. Der Umgang mit solch atypischen Mordfällen ist in Literatur und Rechtsprechung höchst umstritten.

Die Literatur nimmt eine sogenannte **Typenkorrektur** auf der Tatbestandsseite vor, wendet also § 211 in bestimmten Fällen trotz einschlägiger Mordmerkmale nicht an.<sup>16</sup> Die Mordmerkmale seien Beispiele für einen bestimmten Typus, der aufgrund seiner besonderen Verwerflichkeit den Sanktionssprung rechtfertige.<sup>17</sup> In Fällen, in denen trotz Bejahung von Mordmerkmalen dieser Typus nicht gegeben sei, müsse eine Typenkorrektur erfolgen.<sup>18</sup> Neben der Erfüllung eines geschriebenen Mordmerkmals soll die Bestrafung aus § 211 also von einem weiteren, ungeschriebenen Mordmerkmal abhängig gemacht werden; nämlich von der besonderen Verwerflichkeit der Tat. Teilweise wird dabei der positive Nach-

weis besonderer Verwerflichkeit (positive Typenkorrektur)<sup>19</sup> verlangt. Eine andere weiter verbreitete Ansicht sagt, dass § 211 nicht eingreife, wenn aufgrund besonderer Umstände die Verwerflichkeit zu verneinen ist (negative Typenkorrektur)<sup>20</sup>. Kritiker der Lehre der Typenkorrektur führen an, dass zumindest terminologisch die Lehre vom Tätertypen nachklinge, die bei der Formulierung des § 211 im Jahre 1941 dem Zeitgeist entsprochen habe.<sup>21</sup> Außerdem komme den Mordmerkmalen so nur eine indizielle Bedeutung zu. Dies sei aber kaum mit dem Prinzip der Tatbestimmtheit zu vereinbaren, da an die Stelle regelgebundenen Entscheidens ein moralischer Wertungsakt trete.<sup>22</sup>

Des Weiteren kommt auch die Anwendung des § 213 in Betracht. Diese Norm regelt zwei Alternativen der privilegierten vorsätzlichen Tötung. § 213 wurde indessen übergangen, als der minder schwere Fall des Mordes (§ 211 Abs. 3 RStGB) im Jahre 1953 bei Abschaffung der Todesstrafe (§ 211 Abs. 2 RStGB) ersatzlos gestrichen wurde.<sup>23</sup> Bis dahin gab es eine Milderung im Strafmaß des Mordparagraphen, die es heute nicht mehr gibt. Nach einer Mindermeinung im Schrifttum könne daraus resultierend § 213 auch dann Anwendung finden, wenn ein Mordmerkmal erfüllt ist.<sup>24</sup> Die h.M. und die Rechtsprechung lehnen dies jedoch vehement ab. Aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm („Totschläger“) sowie der

<sup>14</sup> Neumann, in NK (Fn. 8), § 211 Rn. 12a; Otto, JZ 2005, 799; Schiemann, NJW 2005, 2350.

<sup>15</sup> Rössner/Wenkel, in NK-Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 211 Rn. 33.

<sup>16</sup> Kindhäuser, Strafrecht BT 1, 7. Aufl. 2015, § 2 Rn. 6.

<sup>17</sup> Hilgendorf, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 13), § 2 Rn. 15.

<sup>18</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 211 Rn. 10.

<sup>19</sup> Lange, in Schröder-GS, 1978, S. 217, 231 ff.

<sup>20</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 211 Rn. 10; Geilen JR 1980, 309; Saliger ZStW 1997, 302, 303; Sinn, in SK (Fn. 7), § 211 Rn. 6.

<sup>21</sup> Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, Rn. 104 ff.

<sup>22</sup> Hilgendorf, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 13), § 2 Rn. 15.

<sup>23</sup> Eschelbach, in BeckOK, StGB, 30. Edition, Stand: 01.03.2016, § 213 Rn. 27.

<sup>24</sup> Neumann, Esser-FS, 2005, S. 431, 436 ff; Sinn, in SK, StGB, 8. Aufl. 2015, § 211 Rn. 7.

amtlichen Gesetzesüberschrift folge eindeutig, dass § 213 ausschließlich auf Fälle des Totschlages anwendbar ist.<sup>25</sup>

Der BGH entwickelte im so genannten „Onkel-Fall“<sup>26</sup> die **Rechtsfolgenlösung**. In diesem Fall tötete der Täter seinen Onkel heimtückisch, welcher zuvor die Frau des Täters mehrfach vergewaltigt und sich ihm gegenüber mit der Tat auch noch gebrüstet hatte. § 211 war demnach zwar einschlägig, die Strafe wurde aber nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 entsprechend gemildert. Voraussetzung für eine solche Milderung sei das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern.<sup>27</sup> Als Beispiele für außergewöhnliche Umstände wurden eine Notstandsnahe, Mitleid, gerechter Zorn, schwere Provokation und ein zermürbender Dauerkonflikt genannt.<sup>28</sup> Bei der Rechtsfolgenlösung wird die Korrektur also auf der Rechtsfolgenseite vorgenommen.

Abgesehen vom „Onkel-Fall“ wurden außergewöhnliche Umstände bislang nur noch in einem einzigen anderen Fall angenommen, nämlich im „Haustyrannen-Fall“<sup>29</sup>. Hier hatte die Täterin nach jahrelangem Martyrium ihren Ehemann im Schlaf getötet, nachdem dieser betrunken nach Hause gekommen war und gedroht hatte, sie und ihr Sohn würden am folgenden Tag erneut schwer misshandelt. Auch hier wurde das Mordmerkmal der Heimtücke bejaht. Die Sache wurde allerdings an das Landgericht zurückverwiesen, denn dort hatte man nach Ansicht des BGH nicht ausreichend das Vorliegen des § 35 Abs. 1 geprüft und vorschnell die Anwendbarkeit der Rechtsfolgenlösung bejaht. Diese dürfe nur angewendet

werden, wenn andere gesetzliche Milderungsgründe nicht eingreifen.

Die Rechtsfolgenlösung wurde noch in einigen anderen Fällen erwogen, in denen das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht bzw. der Habgier angenommen wurde.<sup>30</sup> Im Ergebnis konnten jeweils aber keine außergewöhnlichen Umstände festgestellt werden und eine Milderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 wurde abgelehnt.

Kritisiert wird an der Rechtsfolgenlösung schließlich, dass sie eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem beinhalte.<sup>31</sup> Außerdem kollidiere sie mit Art. 103 Abs. 2 GG, denn sie sei von großer Unbestimmtheit.<sup>32</sup>

Wie angeführt wurde sie bislang auch lediglich beim Mordmerkmal der Heimtücke explizit angewandt.

Können die außergewöhnlichen Umstände i.S.d. Rechtsfolgenlösung also auch vorliegen, sofern die Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes und der Ermöglichungsabsicht bejaht wurden? Das LG Dresden ging genau davon aus und entschied sich für die Anwendbarkeit Rechtsfolgenlösung. Diese Konstellation wurde so konkret bisher weder in Rechtsprechung noch in der Literatur beantwortet.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit dem Urteil des 5. Strafsenats wird der Revision der Staatsanwaltschaft stattgegeben.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> BGHSt 11, 139, 143 f.; 30, 105, 120; *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 23), § 213 Rn. 27; *Schneider*, in MüKo (Fn. 5), § 213 Rn. 2.

<sup>26</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>27</sup> BVerfGE 34, 269, 290.

<sup>28</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>29</sup> BGHSt 48, 255.

<sup>30</sup> Vgl. BGHSt 35, 116; 41, 358; 42, 301.

<sup>31</sup> *Bruns*, JR 1981, 358, 362; *Müller-Dietz*, in Nishihara-FS, 1998, S. 248, 254; *Spendel*, JR 1983, 269, 271.

<sup>32</sup> *Hirsch*, in Tröndle-FS, S. 19, 27 ff.; *Küper*, JuS 2000, 740, 746.

<sup>33</sup> Neben den nun folgenden Aussagen des Senates, stellte der BGH auch eine widersprüchliche und lückenhafte Beweiswürdigung des LG fest. Eine Selbsttötung des O könne nämlich nicht abschließend ausgeschlossen werden. Wegen der nicht vorhandenen Relevanz von Beweiswürdigungsfragen in der universitären Ausbildung wurden entsprechende Details des Sachverhaltes jedoch weggelassen.

Eine Anwendung der aufgestellten Grundsätze der Rechtsfolgenlösung auf die Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes sowie der Ermöglichungsabsicht sei von Verfassungs wegen nicht ohne weiteres geboten.

Weiterhin seien die Voraussetzungen der Rechtsfolgenlösung hier nicht erfüllt. Die Rechtsfolgenlösung eröffne nicht allgemein einen Sonderstrafrahmen für „minder schwere Fälle“. Eine Milderung sei nur unter den engen vom BGH in der Vergangenheit entwickelten Voraussetzungen möglich, welche hier nicht vorlägen. Bei einer Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes erwachse nämlich der gesteigerte Unwert der Tat daraus, dass der Täter das Leben eines anderen Menschen der Befriedigung eigener Geschlechtslust unterordne. Der ausdrückliche Wunsch des Opfers, getötet zu werden, stelle keinen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Rechtsfolgenlösung dar.

Der 5. Strafsenat lässt jedoch offen, ob grundsätzlich an der Rechtsfolgenlösung festzuhalten ist.

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

Für die juristische Ausbildung sollten die Präzedenzfälle bekannt sein. Besonders in Grenzfällen der Einzelfallgerechtigkeit und im Zusammenhang mit dem äußerst examensrelevanten Mordmerkmal der Heimtücke sollte dargestellt werden können, ob eine Korrektur auf der Tatbestandsseite oder auf der Rechtsfolgenseite erfolgen soll. Infolge der vorliegenden Entscheidung sollten die Studierenden auch weiterhin die Diskussion nur dann eröffnen, wenn die Voraussetzungen der Rechtsfolgenlösung im Sachverhalt vorliegen und die gesetzlichen Milderungsgründe nicht greifen.

Abschließend sei für Studierende noch auf die Abgrenzung zwischen den §§ 211, 212 und § 216 verwiesen. So wird sich der Korrektor besonders freuen, wenn Sie in Fällen wie diesem die Tötung auf Verlangen erkennen, aber

aus den oben genannten Gründen verneinen können. Übrigens: Das Vorliegen von Mordmerkmalen schließt die Anwendung des nicht § 216 aus.<sup>34</sup>

Für die Praxis besteht auch weiterhin insoweit Rechtsunsicherheit, als unklar bleibt, ob an der Rechtsfolgenlösung generell festzuhalten ist. Ebenso wurde nicht entschieden, ob die Rechtsfolgenlösung auch für andere Mordmerkmale als die Heimtücke gelten kann.

#### **5. Kritik**

Es wäre wünschenswert gewesen, explizit zu erklären, warum die Anwendung der Rechtsfolgenlösung auf die Mordmerkmale der Befriedigung des Geschlechtstriebes und der Ermöglichungsabsicht vorliegend von Verfassungs wegen nicht ohne weiteres geboten ist. Denn ausgehend von der grundsätzlichen Anwendbarkeit und Verfassungsmäßigkeit der Rechtsfolgenlösung - gegen deren Existenzberechtigung das Schrifttum gute Gründe vorweist - erschließt sich nicht, weshalb von dieser Ausnahmeregelung nicht alle Mordmerkmale gleichermaßen umfasst sein sollen. Die besondere Verwerflichkeit in die Befriedigung des Geschlechtstriebes zu projizieren, scheint in Fällen wie diesem fraglich - denn nicht nur der Täter, sondern auch das Opfer handeln zur Befriedigung ihres Geschlechtstriebes unter der Prämisse des gegenseitigen Einverständnisses.

Weiterhin hätte die Feststellung, dass der ausdrückliche Wunsch des Opfers keinen außergewöhnlichen Umstand i.S.d. Rechtsfolgenlösung darstellt, mehr Begründungsaufwand erfordert. Es ist zwar richtig, dass das menschliche Leben in der Werteordnung des Grundgesetzes an oberster Stelle der zu schützenden Rechtsgüter steht. Dennoch zeigt § 216, dass der Wille eines selbstbestimmten Getöteten sehr wohl Bedeutung erlangt. Zwar wird richtig festgestellt, dass die strengen

<sup>34</sup> Fischer, StGB (Fn. 25), § 216 Rn. 2.

Voraussetzungen des § 216 hier nicht vorlagen. Dennoch hätte berücksichtigt werden müssen, dass die Tat ohne den ausdrücklichen Wunsch des Opfers nicht ausgeführt worden wäre. Dadurch hat die Tat einen niedrigeren Unrechtsgehalt als eine solche, die gegen den Willen des Opfers stattfindet.

Dass der BGH offen ließ, ob an der Rechtsfolgenlösung festzuhalten ist, scheint auf den ersten Blick kritikwürdig. Denn der allgemeinen Rechtssicherheit hätte eine klare Positionierung diesbezüglich durchaus zugutekommen können. Die Zurückhaltung des BGH wird nachvollziehbar, wenn man sich Folgendes vor Augen führt: Vor mehr als drei Jahrzehnten kam es erstmals im „Onkel-Fall“ zu einem nach der Gesetzeslage so unbefriedigenden Ergebnis, dass der BGH sich nicht anders zu helfen wusste, als die später so scharf kritisierte Rechtsfolgenlösung zu entwickeln. Erst im Jahr 2014 traf sich im Bundesjustizministerium die Reformkommission, die dafür sorgen sollte, dass die §§ 211 ff. geändert werden.<sup>35</sup> Bekanntermaßen schafft der § 211 nicht nur in Bezug auf die lebenslange Freiheitsstrafe Probleme. Weil die Reform und der Erlass neuer Gesetze immer Aufgabe der Legislative ist, kann dem BGH kaum der Vorwurf gemacht werden, dass er sich vorliegend nicht explizit gegen die Rechtsfolgenlösung ausgesprochen hat. Denn wer weiß, ob er diese Hintertür in der Zukunft nicht erneut durchschreiten muss. Und wer weiß schon, ob und wann es eine Reform des Mordparagraphen geben wird? Falls es zu einer Reform des § 211 kommen sollte, bleibt zu hoffen, dass Fälle im potenziellen Anwendungsbereich der Rechtsfolgenlösung nicht mehr „contra legem“ entschieden werden müssen.

*(Antonia Radüg / Tiana Toth)*

---

<sup>35</sup> Vgl. Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 - 213, 57a StGB).

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

A wird vor dem LG Mannheim angeklagt. Zwischen der Einreichung der Anklageschrift und der ersten Eröffnungsentscheidung liegen bereits 45 Monate. Diesbezüglich stellt das LG Mannheim eine überlange Verfahrensdauer fest. Das LG möchte zur Kompensation einen Teil der Strafe als vollstreckt ansehen. Über ebendiese Kompensation möchten die Verfahrensbeteiligten eine Verständigung treffen. Die Strafkammer schlägt vor, den A für den Fall eines glaubhaften Geständnisses zu einer Gesamtfreiheitsstrafe innerhalb eines Strafrahmens von 4 Jahren und 3 Monaten bis zu 4 Jahren und 9 Monaten zu verurteilen, wobei für die eingetretene Verzögerung 9 Monate als vollstreckt angerechnet werden sollen. Diesem Vorschlag stimmen alle Verfahrensbeteiligten zu.

Dennoch legt A Revision zum BGH ein. Er beanstandet eine Verletzung des § 257c StPO<sup>2</sup>, da die Höhe der Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer nicht zum Gegenstand der Verständigung hätte gemacht werden dürfen.

September 2016

## Kompensationsverständigungs-Fall

*Überlange Verfahrensdauer / Kompensation / Verständigung*

Art. 6 Abs. 1 EMRK, § 257c StPO

### Famos-Leitsatz:

Die Höhe der Kompensation für eine ordnungsgemäß festgestellte überlange Verfahrensdauer ist ein zulässiger Verständigungsgegenstand im Sinne des § 257c Abs. 2 StPO.

BGH, Beschluss vom 25. November 2015 – 1 StR 79/15; veröffentlicht in BeckRS 2016, 04206.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Problem dieses Falles liegt in der Frage, ob man sich über die Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer verständigen kann. Vorliegend handelt es sich um zwei ineinander verschränkte Problemkomplexe, die ihrerseits umstritten sind. Dies sind die Kompensation für eine überlange Verfahrensdauer und der Prozessgegenstand der Verständigung.

Zunächst soll geklärt werden, was unter einer überlangen Verfahrensdauer zu verstehen ist und wie der Verfahrensverstöß kompensiert werden kann.

Der aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK und dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitete Beschleunigungsgrundsatz normiert das individuelle Recht des Beschuldigten,<sup>3</sup> dass über eine gegen ihn erhobene

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

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

<sup>3</sup> *Demko*, HRRS 2005, 283, 295; *Gaede*, wistra 2004, 166, 168; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR, 2005, MRK Art. 6, Rn. 1; *Pieck*, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren, 1966, S. 12.

strafrechtliche Anklage „innerhalb angemessener Frist“ gerichtlich entschieden wird. Danach soll ein Strafverfahren zwar nicht schnellstmöglich durchgeführt,<sup>4</sup> aber insgesamt zügig erledigt werden.<sup>5</sup> Bei einer überlangen Verfahrensdauer ist dieses Gebot verletzt.<sup>6</sup>

Fraglich ist, wie eine festgestellte Überlänge des Verfahrens angemessen für den Beschuldigten berücksichtigt, d.h. **kompensiert**, werden kann. Zu der Frage werden verschiedene Ansichten vertreten. Einigkeit besteht allein dahingehend, dass im Hinblick auf das garantierte Menschenrecht des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK die Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer einem Ausgleich für objektiv entstandenes Verfahrensunrecht dient.<sup>7</sup>

Die stärkste Form der Kompensation liegt in der **Einstellung** des Verfahrens **wegen eines Verfahrenshindernisses**. Diese Möglichkeit der Kompensation ist mittlerweile sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum anerkannt,<sup>8</sup> wobei einschränkend zu berücksichtigen ist, dass sie nur in Extremfällen Anwendung findet und somit die ultima ratio darstellt.<sup>9</sup> Im vorliegen-

den Fall hat das LG keinen solchen Extremfall angenommen.

In allen anderen Fällen nahm die Rechtsprechung eine Kompensation lange Zeit auf Strafzumessungsebene (§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB) vor.<sup>10</sup> So wurde die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung als schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund eingestuft<sup>11</sup> und konnte sich entweder bei der Strafrahmenwahl, z.B. durch die Annahme eines minder schweren Falls, auswirken oder bei der konkreten Festsetzung der Strafe zu einer Strafmilderung führen.<sup>12</sup> Im Jahr 2008 nahm der Große Senat für Strafsachen des BGH in seiner Grundsatzentscheidung<sup>13</sup> von der **Strafzumessungslösung** Abstand. Der Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, in dem das LG in erster Instanz aufgrund der eingetretenen Verfahrensverzögerung eine unter der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe liegende Strafe ausgesprochen hatte.<sup>14</sup> Der BGH stellte fest, dass eine solche Strafrahmenunterschreitung gesetzeswidrig sei und vertritt seither die sog. **Vollstreckungslösung**. In den Fällen, in denen eine überlange Verfahrensdauer festgestellt wird, gilt nunmehr ein Teil der ausgesprochenen Strafe als vollstreckt.<sup>15</sup> Dieser Ausgleich wird von vornherein von Fragen des Unrechts,

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Tepperwien*, NStZ 2009, 1; *Roxin*, GA 2010, 425, 431.

<sup>5</sup> BGH NJW 2008, 860, 861; NStZ 2011, 524, 525; *Dölling*, in FS für Meyer-Gossner, 2001, S. 101.

<sup>6</sup> Vgl. *Baumanns*, Der Beschleunigungsgrundsatz im Strafverfahren, 2011, S. 49 ff.; *Möller*, Der Wechsel vom Strafabschlagsmodell hin zur Vollstreckungslösung, 2012, S. 8; *Plankemann*, Überlange Verfahrensdauer im Strafverfahren, 2015, S. 23.

<sup>7</sup> *Krehl*, ZIS 2006, 168, 178; siehe auch *Gaede*, wistra 2004, (Fn. 3), S. 168.

<sup>8</sup> BVerfG NJW 1984, 967; NJW 2003, 2897, 2899; BGHSt 46, 159; *Kempf*, StV 2001, 134; *Schroth* NJW 1990, 29, 31; *Waßmer*, ZStW 118 (2006), 159, 188 ff.; a.A. seit der Vollstreckungslösung: *Roxin*, StV 2008, 14, 15; *Ziegert*, StraFo 2008, 321, 325.

<sup>9</sup> Vgl. dazu BGHSt 46, 159, 171. In dem Fall vergingen 13 ½ Jahre seit der erstmaligen Bekanntgabe an den Angeklag-

ten, wobei der BGH nicht konkret Stellung bezog.

<sup>10</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 1984, 967; 1995, 1277, 1278; 1993, 3254, 3255; 2003, 2225, 2225 f.; BGHSt 24, 239, 242.

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Baumanns*, (Fn. 6), S. 206; *Biehl*, Die Vollstreckungslösung des BGH, S. 91; *Bruns*, MDR 1987, 177, 181; *Ziegert*, StraFo 2008, 321, 322; vgl. ferner BGH StV 1988, 552; NStZ 1992, 78.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1, 8; *Schäfer/Sander/VanGemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., 2012, Rn. 767.

<sup>13</sup> BGHSt 52, 124.

<sup>14</sup> BGH NJW 2007, 3294; BGHSt 52, 124.

<sup>15</sup> BGH NJW 2007, 3294; BGHSt 52, 124; vgl. dazu *Marxen/Schomburg*, Famos 02/2008.

der Schuld und der Strafhöhe abgekoppelt,<sup>16</sup> sodass die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe berücksichtigt werden kann.<sup>17</sup> Die Kompensation der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung wird also aus dem Strafzumessungsvorgang herausgelöst und erfolgt im Rahmen einer Anrechnung auf die Strafvollstreckung.<sup>18</sup> Überdies trägt die Vollstreckungslösung den inhaltlichen und formellen Vorgaben der Art. 13, 34 EMRK Rechnung, indem ein Konventionsverstoß in den Urteilsgründen ausdrücklich anerkannt und durch den Vollstreckungsabschlag kompensiert wird.<sup>19</sup>

Fraglich ist jedoch, ob man sich über diese Kompensation verständigen kann. Die Verständigung in Strafverfahren ist eine Verfahrensweise, bei welcher sich das Gericht mit den Prozessbeteiligten über den weiteren Verlauf und den Ausgang des Verfahrens einigt.<sup>20</sup> Nachdem lange Zeit eine gesetzliche Regelung fehlte, wurde durch das im Jahr 2009 in Kraft getretene „Gesetz zur Regelung der Verständigung in Strafverfahren“<sup>21</sup> **§ 257c als zentrale Vorschrift** für die Verständigung in die StPO eingefügt.<sup>22</sup>

Der **Normzweck** des § 257c ist insbesondere die Effektivität des Strafverfahrens.<sup>23</sup> Durch eine erfolgreiche Verständigung kann auf eine komplexe und unter Umständen schwierige Beweisaufnahme verzichtet und das Verfahren zu einem frühzeitigen Abschluss

geführt werden.<sup>24</sup> Dadurch können die Ressourcen der Justiz geschont und damit Kosten reduziert werden.<sup>25</sup> Auch dem Beschleunigungsgebot wird Rechnung getragen. Zugleich bedeutet die Verständigung für den Angeklagten (mehr) Sicherheit über den Ausgang des Verfahrens, eine mögliche Strafmilderung und einen weniger einschneidenden Eingriff in die Privatsphäre.<sup>26</sup> Da in der Verständigung kein Rechtsmittelverzicht vereinbart werden darf, hat der Angeklagte auch immer noch die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen.<sup>27</sup>

Das BVerfG setzte sich in seiner Entscheidung vom 19. März 2013<sup>28</sup> mit der Verfassungsmäßigkeit des § 257c auseinander. Es bestätigte diese zwar, stellte dabei jedoch für die Verständigung enge Grenzen auf.<sup>29</sup>

Einige Stimmen in der Literatur stehen der gesetzlichen Regelung allerdings nach wie vor kritisch gegenüber.<sup>30</sup> Bedenken bezüglich der Legitimationsfrage betreffen vor allem den in Art. 20 Abs. 3 und in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Schuldgrundsatz und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit.<sup>31</sup> Zwar versucht der Gesetzgeber mit § 257c Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich, die

<sup>16</sup> BGH NJW 2008, 860, 864.

<sup>17</sup> BGH NJW 2008, 860, 863; vgl. dazu Möller, (Fn. 6), S. 81; Plankemann, (Fn. 6), S. 142.

<sup>18</sup> BGHSt 52, 124, 141; Biehl, (Fn. 11), S. 114; Plankemann, (Fn. 6), S. 162.

<sup>19</sup> BGHSt 52, 124, 136 ff.

<sup>20</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2016, § 19 Rn. 1.

<sup>21</sup> BGBl. 2009, 2353 f.

<sup>22</sup> Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2014, Rn. 194; siehe zur Historie Dorr/Schrader, Famos 07/2013.

<sup>23</sup> Velten, in SK, StPO, 5. Aufl., 2016 § 257c, Rn. 1.

<sup>24</sup> Vgl. dazu Kühne, StPO, Rn. 749.3; Heinrich/Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, 2014, § 40 Rn. 1.

<sup>25</sup> Velten, in SK-StPO, Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 2; Schroeder/Verrel, (Fn. 22), Rn. 194.

<sup>26</sup> Jahn/Kudlich, in MüKo, StPO, 2014 ff., § 257c Rn. 7.

<sup>27</sup> Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., 2016, § 257c Rn. 15b.

<sup>28</sup> BVerfGE 133, 168-241, 2 BvR 2628/10.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058; Knauer, NStZ 2013, 433; Bittmann, NStZ 2015, 545, 546; siehe dazu vertiefend Dorr/Schrader, Famos 07/2013.

<sup>30</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 394.

<sup>31</sup> Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 30 Rn. 4.

Verständigung mit den Grundsätzen der Amtsaufklärung nach § 244 Abs. 2 und der richterlichen Überzeugungsbildung in Einklang zu bringen. Dennoch bleiben Zweifel, wenn man sich z.B. vor Augen führt, dass eine Einigung darüber, weitere Beweise nicht mehr zu erheben, zulässig sei, obwohl der Sachverhalt noch nicht vollständig aufgeklärt ist.<sup>32</sup> Außerdem erhöhe sich die Fehlerurteilsquote durch Absprachen erheblich.<sup>33</sup> Die verbesserte Prozessökonomie steht der einzuhaltenden Rechtsstaatlichkeit folglich diametral gegenüber.

Der Wortlaut des § 257c Abs. 2 bestimmt, dass es sich bei dem Gegenstand der Verständigung um eine **Rechtsfolge** handeln muss. Rechtsfolge einer Tat kann im Gegensatz zur Tatbestandsseite vor allem die Art der Strafe sein (§§ 38 StGB ff.).<sup>34</sup> Danach können Verständigungsinhalte Entscheidungen sein, bei denen dem Gericht ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist.<sup>35</sup> Zwingendes Recht darf im Verständigungsverfahren nicht übergangen werden.<sup>36</sup> Auch die Sachverhaltsaufklärung (§ 244 Abs. 2) und die rechtliche Beurteilung der Tat sind der Verständigung nicht zugänglich.<sup>37</sup> Die Absprache darf sich damit gem. § 257c Abs. 2 Satz 2 nur auf den Strafausspruch, nicht auf den Schuldpruch (z.B. „wegen Totschlages“ oder „wegen Mordes“) beziehen. Des Weiteren darf das Gericht selbst nur eine Ober- und Untergrenze der Strafe festlegen, wohingegen nach § 257c Abs. 3

Satz 2 die Vereinbarung einer bestimmten Strafe (Punktstrafe) unzulässig ist.<sup>38</sup> Häufigster Anwendungsfall ist die Einigung über das zu erwartende Strafmaß für den Fall eines Geständnisses.<sup>39</sup>

Hinsichtlich der konkreten Frage, ob die Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer zum Inhalt einer Verständigung gemacht werden darf, besteht Uneinigkeit. Einige sehen dies ohne weiteres als zulässigen Verständigungsgegenstand an.<sup>40</sup> Teilweise wird hingegen angeführt, dass gerade die Kompensation wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nicht „verhandelbar“ sei.<sup>41</sup> Begründet wird dies u.a. damit, dass das (regelmäßig notwendige) Geständnis für die Höhe des Vollstreckungsabschlags ohne Belang ist.<sup>42</sup> Das Kernproblem liegt also in der Frage, was genau unter Rechtsfolgen zu fassen ist und ob die Strafvollstreckung noch unter diesen Begriff subsumiert werden kann.

Bislang hat sich der BGH mit den hier thematisierten Problemkomplexen erst ein einziges Mal auseinandersetzen müssen. In dem in Rede stehenden Beschluss ging es um die Voraussetzungen der Verständigung. Der 1. Strafsenat stellte im Jahr 2010 fest, dass eine Verständigung über den Vollstreckungsabschlag nicht wirksam zustande gekommen war,<sup>43</sup> da die Voraussetzungen einer rechtsstaatswidrigen Verfah-

<sup>32</sup> Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl, 2016, § 257c Rn. 3.

<sup>33</sup> Eschelbach, in Graf, StPO, 2. Aufl. 2012, § 257c Rn. 1.

<sup>34</sup> Jahn/Kudlich, in MüKo, StPO, § 257c Rn. 99.

<sup>35</sup> Moldenhauer/Wenske, in KK, StPO, 7. Aufl. 2013, § 257c Rn. 15 m.w.N.

<sup>36</sup> Velten, in SK-StPO, § 257c Rn. 15.

<sup>37</sup> BVerfGE 133, 186, Rn. 67; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 395a.

<sup>38</sup> BGH NStZ 2010, 650; m. Anm. Bockemühl/Staudinger, StraFo 2010, 425; BGH StV 2011, 75, 76; Stuckenberg, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007 ff., § 257c Rn. 32.

<sup>39</sup> Moldenhauer/Wenske, in KK, StPO, § 257c Rn. 22.

<sup>40</sup> Graf, NZWiSt 2012, 121, 128 f.; ohne Begründung: Moldenhauer/Wenske, in KK, § 257c, Rn. 15.

<sup>41</sup> Ohne Begründung Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 257c Rn. 10; vgl. dazu auch Biehl, (Fn. 11), S. 200.

<sup>42</sup> Biehl, (Fn. 11), S. 199.

<sup>43</sup> BGH StV 2011, 74, 75.

rensverzögerung und somit ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK nicht vorlagen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der 1. Strafsenat weist die Revision des Angeklagten zurück. Dabei betont der Senat in seiner Entscheidung zunächst, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Verständigungsgegenstand u.a. grundsätzlich die Maßnahmen sein können, über die das erkennende Gericht verfügen kann. Dies seien solche Maßnahmen, die es im Erkenntnisverfahren treffen kann. Zugleich weist der BGH darauf hin, dass die Grundsätze der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung nicht angetastet werden sollen. Diese Prinzipien stünden nicht zur Disposition der an der Verständigung Beteiligten.

Die Kernaussage wird bereits aus dem Leitsatz des Beschlusses deutlich: der so genannte Vollstreckungsabschlag zur Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer ist ein zulässiger Verständigungsgegenstand, da dieser als „Rechtsfolge“ i.S.d. § 257c Abs. 2 Satz 1 einzustufen ist. Nach Ansicht des Senats liegt kein Grund vor, diese Rechtsfolge von der Verständigungsmöglichkeit auszunehmen, da die Pflicht zur Wahrheitserforschung und zur Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe hiervon unangetastet bleiben.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die vorliegende Entscheidung ist zunächst für die juristische Ausbildung relevant, da sie zwei examensrelevante Bereiche – das Beschleunigungsgebot und die Verständigung – miteinander verknüpft.

Wenn einem die Norm des § 257c in der Klausur begegnet, sollte man einen kühlen Kopf bewahren und sich mit dem Begriff der Rechtsfolgen auseinander setzen. Dies gilt umso mehr, als dass für den Verständigungsgegenstand i.S.d. § 257c Abs. 2 Satz 1 keine ein-

heitliche Definition existiert, sondern dieser von der Rechtsprechung konkretisiert wird. Zudem erscheint es aufgrund des Rechtsprechungswandels im Jahr 2008<sup>44</sup> hilfreich, den sogenannten Vollstreckungsabschlag rechtlich und tatsächlich einordnen zu können.

Wie dieser Fall zudem zeigt, lassen sich die zwei oben genannten für die Praxis äußerst bedeutsamen Rechtsinstitute schnell miteinander verknüpfen. Die Studierenden sollten versuchen, die Schwerpunkte getrennt voneinander zu durchdringen und diese anschließend in der gebotenen Kürze im Rahmen der Prüfung des § 257c zu erläutern.

Auf der anderen Seite ist die Bedeutung der Entscheidung für die Strafrechtspraxis zu betonen. So ist es auch vor deutschen Gerichten mittlerweile üblich, Verständigungen zu treffen, um Verfahren zu verkürzen und seitens des Angeklagten für Rechtssicherheit zu sorgen. Wenn die Überlänge des Verfahrens seitens des Gerichts zutreffend festgestellt wird, ist es nunmehr möglich, den konkret bezifferten Vollstreckungsabschlag zum Gegenstand einer Verständigung zu machen. Dabei muss die vollständige Sachverhaltsaufklärung jedoch weiterhin gewährleistet sein. Unzulässig bleibt hingegen eine Verständigung, die das „Ob“ einer überlangen Verfahrensdauer zum Gegenstand hat. Die Voraussetzungen als gegeben oder nicht gegeben anzusehen, ist allein Sache des Tatrichters und unterliegt nicht der Disposition der Verfahrensbeteiligten.

### 5. Kritik

Die vorliegende Entscheidung kann einerseits positiv gewertet werden, bietet jedoch andererseits auch Anlass zur Kritik. Vorweg ist festzuhalten, dass aus dem Beschluss des Strafsenats nicht hinreichend deutlich wird, ob der konkret bezifferte Vollstreckungsabschlag – isoliert – zum Verständigungsgegen-

---

<sup>44</sup> BGHSt 52, 124.

stand gemacht worden ist oder ob sich die Verfahrensbeteiligten „nur“ über einen Strafraum verständigt haben.

Auf den ersten Blick erscheint es fraglich, inwiefern dem Angeklagten ein Vorteil entsteht, wenn der Vollstreckungsabschlag zum Inhalt einer Verständigung gemacht wird. Dahingehend ist aber zu berücksichtigen, dass dem Angeklagten dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, ggf. Einfluss auf die Höhe des Vollstreckungsabschlags zu nehmen. So hat das LG Mannheim hier einen Vollstreckungsabschlag in Höhe von 9 Monaten vorgeschlagen. Ein Vollstreckungsabschlag in dieser Höhe liegt durchaus im oberen Bereich und ist eher ungewöhnlich.<sup>45</sup>

Bei alledem stellt sich jedoch die Frage, wieso der Angeklagte bei einer der Justiz zurechenbaren Verfahrensverzögerung überhaupt mitwirken soll, um einen entsprechenden Ausgleich zu erhalten. Bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung geht es schließlich um den Ausgleich für ein objektiv entstandenes Verfahrensunrecht,<sup>46</sup> welches von staatlichen Behörden zu verantworten ist. Die Justiz ist daher ohnehin von rechtsstaatlich verpflichtet, eine entsprechende Kompensation vorzunehmen.<sup>47</sup>

Auch unter Berücksichtigung der vom BVerfG und der Literatur aufgestellten Grenzen ist eine restriktive Auslegung des § 257c angezeigt. Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei dem Vollstreckungsabschlag um die Kompensation einer Menschenrechtsverletzung handelt.<sup>48</sup> Ob diese überhaupt konkret beziffert werden kann, wird vom BGH leider offen gelassen.

Bei der Diskussion der hier in Rede stehenden Problematik ist zu berücksichtigen,

dass diese (in ihrer Ausprägung) erst durch den Rechtsprechungswandel im Jahr 2008 entstanden ist. Denn hätte man an der Strafzumessungslösung festgehalten, ergäben sich die hier diskutierten Fragen nicht, da die ausgesprochene Gesamtstrafe unter den Voraussetzungen des § 257c Abs. 2, Abs. 3 unproblematisch zum Verständigungsgegenstand hätte gemacht werden können. Wie aber verhält es sich mit dem Vollstreckungsabschlag? Der Wortlaut des § 257c Abs. 2 lässt keine Rückschlüsse auf diese Frage zu. Unter systematischen Gesichtspunkten könnte man anführen, dass es sich bei der Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer insbesondere um ein Verfahrensunrecht handelt, welches ausgeglichen werden soll und mithin nicht als klassische Rechtsfolge eingestuft werden kann. Dennoch ist der Vollstreckungsabschlag eher eine Rechtsfolge als ein Tatbestandsmerkmal, da er gerade als Folge einer überlangen Verfahrensdauer ausgesprochen wird. Sind Rechtsfolgen im Gegensatz zum Schuldspruch und den Maßregeln der Besserung und Sicherung in § 257c Abs. 2 Satz 3 solche Folgen, bei denen dem Gericht ein quantitativer Spielraum überlassen ist,<sup>49</sup> müsste auch der Vollstreckungsabschlag darunter fallen, da die konkrete Bezifferung des Abschlags ureigene Aufgabe des Tatrichters ist. Eine Erläuterung des Begriffs, die für Klarheit sorgen könnte, bleibt der Gesetzgeber leider schuldig.

Gerade deshalb wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Strafsenat den Begriff der Rechtsfolgen in seinem Beschluss konkretisiert und seine Position präziser begründet hätte.

*(Melina Mähler/Hannah Möller)*

<sup>45</sup> Vgl. etwa BGH NStZ-RR 2008, 208, 209; StV 2010, 228, 230; 2011, 603, 604.

<sup>46</sup> Demko, HRRS 2005, 283, 295; Krehl, ZIS 2006, 168, 178; siehe auch Gaede, (Fn. 3), S. 168.

<sup>47</sup> Vgl. Biehl, (Fn. 11), S. 200.

<sup>48</sup> Vgl. dazu BGHSt 52, 124 (138).

<sup>49</sup> Vgl. dazu Velten, in SK-StPO, § 257c Rn. 11.

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

A fährt, ohne über einen gültigen Fahrschein zu verfügen, im ICE. Vor Fahrtantritt hat er sich einen Zettel mit der Aufschrift „Ich fahre schwarz“ in seine umgeklappte Wollmütze gesteckt. Weder beim Einsteigen noch bei der Sitzplatzsuche wird A von Mitarbeitenden der Deutschen Bahn wahrgenommen. Erst bei der routinemäßigen Fahrkartenkontrolle wird Zugbegleiter B auf A und seine fehlende Zahlungsbereitschaft aufmerksam.

Das AG Siegburg verurteilt A wegen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB<sup>2</sup> in Hinblick auf diese Schwarzfahrt. Nach gescheiterter Berufung beim LG Bonn legt A Revision zum OLG Köln ein. A rügt dabei insbesondere, dass sein Verhalten als Erschleichen von Leistungen im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 gewertet wird.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Ausgangspunkt der Problematik ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erschleichen von Leistungen“ i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3 bei der Beförderung durch ein Verkehrsmittel. In die-

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

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

## Oktober 2016 Schwarzfahrer-Fall II

*Erschleichen von Beförderungsleistungen / Anschein der Ordnungsgemäßheit*

§ 265a Abs. 1 Var. 3 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Wird beim unentgeltlichen Benutzen eines öffentlichen Verkehrsmittels (Schwarzfahren) der Anschein der Ordnungsgemäßheit erweckt, ist das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt.

2. Das sichtbare Tragen eines Zettels mit dem Hinweis auf die Schwarzfahrt während der Beförderung ist nicht geeignet, den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern.

OLG Köln, Beschluss vom 2. September 2015 – 1 RVs 118/15; veröffentlicht in BeckRS 2015, 16686.

sem Zusammenhang ist zu klären, inwieweit das unentgeltliche Benutzen eines Verkehrsmittels, das schlichte Schwarzfahren, vom Tatbestandsmerkmal erfasst wird. Bejaht man die Möglichkeit, dass reines Schwarzfahren ein Erschleichen darstellt, stellt sich anschließend die Frage, welche Auswirkung es hat, dass A seine Schwarzfahrt nach außen kundgetan hat.

§ 265a wurde als Auffangtatbestand des § 263 im Jahr 1935 eingeführt und sanktioniert das Erschleichen von entgeltlichen Leistungen.<sup>3</sup> Die Norm soll Strafbarkeitslücken für Fälle schließen, in denen die Tathandlung nicht in der Täuschung einer Person liegt.<sup>4</sup> Vielmehr

<sup>3</sup> Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 265a Rn. 1; Wohlers/Mühlbauer, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2014, § 265a Rn. 2

<sup>4</sup> RGSt 68, 65; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 670.

führt der Täter durch unentgeltliche Inanspruchnahme einer wirtschaftlich wertvollen Leistung einen Vermögensschaden herbei.<sup>5</sup> Der Tatbestand kennt vier Varianten, bei denen der Täter durch sein Verhalten den betrugsähnlichen Charakter herbeiführen muss.<sup>6</sup> Der BGH konkretisierte den Begriff des Erschleichens in seiner Leitsatzentscheidung aus dem Jahr 2009, in der er ein Erschleichen als „Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege“ definierte.<sup>7</sup> Variante 1 betrifft den Automatenmissbrauch, etwa durch Einwerfen von Falschgeld in einen Fahrkartenautomaten.<sup>8</sup> Indem der Täter den Mechanismus der Entgeltabgabe täuschungsähnlich manipuliert, erschleicht er sich die Leistung des Automaten. Eine ebensolche Manipulation ist auch bei der Inanspruchnahme eines dem öffentlichen Zweck dienenden Telekommunikationsnetzes (Var. 2) zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig. Die höchste Praxisrelevanz hat die 3. Tatbestandsvariante, das Erschleichen einer Beförderungsleistung durch ein Massenverkehrsmittel. Die Einführung dieser Variante diene der Sanktionierung des vermehrten Schwarzfahrens, das sich durch die Abschaffung von persönlichen Fahrkartenkontrollen im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelte.<sup>9</sup> Heute beträgt die Beförderungsererschleichung ungefähr ein Viertel aller betrugsnahen Delikte.<sup>10</sup>

Welches konkrete Verhalten als Erschleichen, insbesondere i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3, zu verstehen ist, ist umstritten. Ähnliche Probleme ergeben sich auch für die 4. Tatbestandsvariante. In Bezug auf die 3. Variante des § 265a bestätigte der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 die langjährig praktizierte Rechtsprechung der OLG.<sup>11</sup> Der BGH führte aus, dass der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzen und allgemein den **Anschein eines ordnungsgemäßen Verhaltens** erwecken müsse, indem er ohne Aufsehen das Verkehrsmittel betrete und somit signalisiere, im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, um § 265a zu erfüllen.<sup>12</sup> Ausreichend hierfür sei daher das „einfache Schwarzfahren“. Daraus wird teilweise gefolgert, dass ein Täuschungsmoment nicht notwendig ist.<sup>13</sup> Begründet wird dies unter anderem mit der Einheit der Rechtsordnung. Denn mit Betreten des Verkehrsmittels geben Mitfahrende jedenfalls konkludent eine Willenserklärung ab, einen zivilrechtlichen Beförderungsvertrag abschließen zu wollen. Die fehlende Entgeltabgabe sei als zivilrechtliche Vertragsverletzung für die Täuschungsähnlichkeit ausreichend.<sup>14</sup>

Nach Teilen der Literatur genügt das reine Schwarzfahren hingegen nicht, um ein betrugsähnliches Verhalten und damit eine Strafbarkeit zu begründen. Schon der **Wortlaut** „Erschleichen“ verlange dem allgemeinen Sprachgebrauch ein „Erringen durch

<sup>5</sup> *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 265a Rn. 21; *Heger*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 265a Rn. 8; *Hellmann*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 265a Rn. 32; *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 265a Rn. 2;

<sup>6</sup> *Valerius*, in von Heintschell-Heinegg, StGB, 2. Aufl. 2015, § 265a Rn. 16.

<sup>7</sup> BGHSt 53, 122.

<sup>8</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 674, weitere Beispiele bei *Wohlens/Mühlbauer*, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 11.

<sup>9</sup> *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500, 503.

<sup>10</sup> Bundeskriminalamt (BKA), Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, S. 80 f.

<sup>11</sup> Eine ausführliche Fallanmerkung findet sich dazu bereits bei *Marxen/Bartels*, famos 10/2001.

<sup>12</sup> BGHSt 53, 122, 127.

<sup>13</sup> Vgl. *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500; dem BGH inhaltlich zustimmend *Martin*, JuS 2001, 364, 366; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 223; *Rengier*, Strafrecht BT I, 18. Aufl. 2016, § 16 Rn. 6.

<sup>14</sup> *Exner*, JuS 2009, 990, 993; *Preuß*, ZJS 2013, 257, 262.

List<sup>15</sup>, also ein täuschungsäquivalentes Verhalten.<sup>16</sup> Daher bedürfe es jedenfalls einer täuschungsähnlichen Handlung, die im Falle der Beförderungserschleichung etwa im Überwinden von Kontrollmechanismen zu finden sein könnte.<sup>17</sup> Ebenso in Betracht komme das Hineingelangen in das Verkehrsmittel auf unüblichen Wegen als Täuschungssubstitut, etwa das Klettern durch einen Schacht.<sup>18</sup> Zudem sei es **systematisch** inkonsequent, bei der Tatbestandsvariante der Beförderungserschleichung bereits das ordnungsgemäße Verhalten als ausreichend zu erachten. Jedenfalls bei Var. 1, 2 fordert auch der BGH eine aktive Manipulation. Daher liege es nahe, einen ähnlichen Maßstab auch bei Var. 3 zu verfolgen.<sup>19</sup>

Auch die Betrachtung des Willens des Gesetzgebers im Rahmen der **historischen Auslegung** offenbare die Fehler der höchstrichterlichen Definition.<sup>20</sup> Der BGH erweitere, so die Kritik, durch seine Auslegung den Anwendungsbereich des § 265a übermäßig. Eine Strafbarkeit durch reines Schwarzfahren komme nämlich immer häufiger nur dadurch zustande, dass die Bahnbetriebe selbstverantwortlich ihre Kontrollmechanismen immer weiter abbauen. Dadurch entferne sich das beanstandete Täterverhalten immer mehr von einem täuschungsähnlichen Verhalten.<sup>21</sup>

Folgt man nun aber der Auffassung des BGH, dass der Anschein der Ordnungsgemäßheit genügt, so ergeben

sich weitere Abgrenzungsschwierigkeiten. Ungeklärt bleibt noch immer, welches Verhalten bei unentgeltlichem Benutzen eines Verkehrsmittels tauglich ist, um den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Die Ordnungsgemäßheit ist insbesondere in Fällen fraglich, bei denen der „Schwarzfahrer“ durch Kundgabe seiner fehlenden Zahlungsbereitschaft ein strafbares Verhalten umgehen will.<sup>22</sup>

Zunächst unproblematisch sind die so genannten **Protestfälle**. Ein dafür typischer Sachverhalt lag dem BayObLG bereits im Jahr 1969 vor: S verteilte während einer Zugfahrt Flugblätter, die sich gegen die Erhöhung des Beförderungsentgelts richteten. Dabei besaß er offenkundig keinen gültigen Fahrausweis und war sich dessen auch bewusst. Nach Ansicht des Gerichts erfüllte S den Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var. 3 nicht, da er durch einen besonderen Akt akustisch und visuell wahrnehmbar seine Zahlungsunwilligkeit zum Ausdruck brachte und andere Fahrgäste zum Boykott aktivierte.<sup>23</sup> Dem folgt die h.M.<sup>24</sup> Jedoch ist in solchen Fällen eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 denkbar.<sup>25</sup>

Noch im Grundsatz einig sind sich Rechtsprechung und Literatur, dass der Anschein der Ordnungsgemäßheit nicht bereits entfalle, sofern Zahlungsverweigernde vor Fahrtantritt einen Brief an die Zentrale der Bahn schicken und darin zum Ausdruck bringen, dass sie die Entrichtung des Entgelts verweigern.<sup>26</sup> Der Anschein der Ordnungsgemäßheit werde dabei nicht zum tatbestandsrele-

<sup>15</sup> Duden, [www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen](http://www.duden.de/rechtschreibung/erschleichen)

<sup>16</sup> Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 501.

<sup>17</sup> Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 501; Roggan, JURA 2012, 299, 300; Wohlers/Mühlbauer, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 42.

<sup>18</sup> Mitsch, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, S. 447; Tiedemann, in LK, 12. Aufl. 2007 ff., § 265a Rn. 45.

<sup>19</sup> BGHSt 53, 122, 123 m.w.N.

<sup>20</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 300 m.w.N.

<sup>21</sup> Exner, JuS 2009, 990, 993; Ranft, JURA 1993, 84, 86.

<sup>22</sup> Jahn, JuS 2011, 1042; Wohlers/Mühlbauer, in Müko (Fn. 2), § 265a Rn. 74.

<sup>23</sup> BayObLG NJW 1969, 1042, 1043.

<sup>24</sup> zustimmend KG NJW 2011, 2600, 2601; Hellmann, in NK (Fn. 2), § 265a Rn. 15; Valerius, in von Heintschel-Heinegg (Fn. 5), § 265a Rn. 20 m.w.N.

<sup>25</sup> BayObLG NJW 1969, 1042; Wesels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 677.

<sup>26</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2011, 206, 207; Oglakcioglu, JA 2011, 588, 590.

vanten Zeitpunkt – dem Einsteigen – erschüttert.<sup>27</sup>

Uneinigkeit besteht hingegen bei Fällen, in denen der Täter bei Fahrtantritt, wie hier A, lediglich einen Anstecker, ein T-Shirt oder Ähnliches mit der sinnbildlichen Aufschrift „Ich fahre schwarz“ trägt; also rein visuell seine Zahlungsunwilligkeit darstellt. Für den überwiegenden Teil der Rechtsprechung<sup>28</sup> scheidet ein Erschüttern des Anscheins der Ordnungsgemäßheit in diesen Fällen aus. Nur bei Protestfällen offenbare der Schwarzfahrende seine Zahlungsunwilligkeit hinreichend. Andere Formen des – primär visuellen – Protests könnten hingegen auch als politische Botschaft oder reine Provokation zu verstehen sein.<sup>29</sup> Insbesondere sei gegenüber einem fiktiven Beobachter nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob sich der Schwarzfahrende wirklich entgegen den Geschäftsbedingungen verhalten wolle.<sup>30</sup>

In der Rechtsprechung wird zudem vertreten, dass sich Schwarzfahrende bereits vor Fahrtantritt gegenüber Kontrolleuren als zahlungsunwillig zu erkennen geben müssen.<sup>31</sup> Erschüttert sei der Anschein der Ordnungsgemäßheit lediglich, wenn ein Schwarzfahrer nach Bekundung seiner Zahlungsunwilligkeit gegenüber einer Kontrollperson entgegen deren Willen die Fahrt antritt.<sup>32</sup> Das Bekunden während der routinemäßigen Fahrkartenkontrolle im Verkehrsmittel sei aber nicht dazu geeignet, den einmal gesetzten Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern.<sup>33</sup>

In Anbetracht der strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung kritisiert ein Großteil der Literatur, dass es ohne

einen Kommunikationsakt außerhalb der Protestfälle nahezu unmöglich sei, den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Dies sei insbesondere unangemessen in Fällen, die nach äußerlichem Anschein den Protestfällen sehr nahe stehen.<sup>34</sup> Folgte man der Rechtsprechung konsequent – so die Kritik –, dürfte der Anschein der Ordnungsgemäßheit selbst dann nicht erschüttert sein, wenn jemand ein T-Shirt mit greller Aufschrift „Ich fahre schwarz“ trägt. Dadurch sei aber es kaum möglich, gegenüber einem fiktiven Beobachter umfassend die fehlende Zahlungsbereitschaft zu demonstrieren.<sup>35</sup> Keine Strafbarkeit sei hingegen anzunehmen, wenn jemand durch Rufen und ein nur kleines Hinweisschild auf sich aufmerksam macht.<sup>36</sup>

Stellt man wie die Rechtsprechung darauf ab, dass ein fiktiver Beobachter das Verhalten des Täters wahrnehmen muss, ist weiterhin fraglich, gegenüber wem der Anschein der Ordnungsgemäßheit erweckt werden muss. Die übrigen Fahrgäste scheiden als „**Anscheinsempfänger**“ aus. Ihnen fehle nämlich regelmäßig das Interesse, die Zahlungsmoral der Mitreisenden zu hinterfragen.<sup>37</sup> Die Rechtsprechung stellt auf sämtliche Hilfspersonen der Beförderungsunternehmen ab.<sup>38</sup> In der Literatur wird hingegen vertreten, dass Zugführer als Anscheinsempfänger ausscheiden, da sie in der Regel nicht zur Fahrkartenkontrolle eingesetzt werden. Mithin hätten sie auch kein Interesse an einer Überprüfung der Fahrgäste.<sup>39</sup>

Die allgemeinen Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich der Literatur nach insbesondere daraus, dass es das typische Verhalten redlicher Fahrgäste als solches nicht gebe. Denn aufgrund unbegrenzter Zugangsmöglich-

<sup>27</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2011, 206, 207; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500, 504; a.A. Preuß, ZJS 2013, 257, 263.

<sup>28</sup> BayObLG NJW 1969, 1042; KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>29</sup> KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>30</sup> KG NJW 2011, 2600, 2601 m.w.N.

<sup>31</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 1049.

<sup>32</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 1049.

<sup>33</sup> BayObLG StV 2002, 428, 429.

<sup>34</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043 m.w.N.

<sup>35</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043.

<sup>36</sup> Hinrichs, NJW 2001, 932, 935; Jahn, JuS 2011, 1042, 1043.

<sup>37</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 303.

<sup>38</sup> LG Hannover BeckRS 2009, 10497.

<sup>39</sup> Roggan, JURA 2012, 299, 303.

keiten zu dem Beförderungsmittel unterscheidet sich das Verhalten zwischen Fahrgästen mit und ohne gültige Fahrkarte äußerlich kaum.<sup>40</sup> Insgesamt stehe es daher infrage, ob es tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspreche, nahezu jedes Schwarzfahren unter Strafe zu stellen. Andernfalls bedürfe es mangels einer plausiblen Abgrenzung in Bezug auf die Demonstrationsintensität einer gesetzgeberischen Tätigkeit.<sup>41</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Köln lehnt die Revision des A ab. Der Beschluss reiht sich damit in zahlreiche Entscheidungen der OLG der letzten Jahre ein. Das Gericht führt aus, dass das LG rechtsfehlerfrei den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit umgesetzt habe. Der an der Mütze des A angebrachte Zettel sei nicht geeignet gewesen, den Anschein der Ordnungsgemäßheit aufzuheben. A habe seine Zahlungsunwilligkeit nicht eindeutig genug demonstriert. Hierzu hätte A offen und unmissverständlich zeigen müssen, die Beförderungsbedingungen nicht erfüllen zu wollen. Sein Verhalten erschien jedenfalls beim Einsteigen nach außen regelkonform, da ein Nachlösen einer Fahrkarte im Zug noch möglich gewesen wäre. Der Senat betont, dass es insbesondere nicht auf die Wahrnehmung anderer Fahrgäste ankomme. Zum einen seien diese regelmäßig nicht an der Zahlungsmoral anderer Fahrgäste interessiert. Zum anderen stehe ihnen die Durchsetzung ausstehender Entgeltforderungen gegen Fahrgäste nicht zu.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Auch wenn diese Vorschrift unter Studierenden wenig bekannt ist und auch

in Prüfungen nur selten auftritt, sollte sie keineswegs unterschätzt werden. Denn zum einen ist sie höchst praxisrelevant. Von ca. 570.000 erfassten Straftaten pro Jahr in Berlin macht das Erschleichen von Beförderungsleistungen mit ca. 34.000 Fällen einen nicht unbeträchtlichen Anteil aus.<sup>42</sup> Nach dem Betrug ist das Erschleichen von Beförderungsleistungen zudem das am zweithäufigsten begangene Vermögensdelikt. Daher erscheint es wahrscheinlich, dass sich die Studierenden im späteren Berufsalltag mit dem Tatbestand des § 265a Abs. 1 Var. 3 auseinandersetzen müssen. Zum anderen sind parallele Probleme des „Schwarzfahrens“ im Zivilrecht zu finden. Auch dort ist zu problematisieren, inwiefern ein Vertrag zwischen Schwarzfahrer und Beförderungsunternehmen zustande kommt. Mithin sollte die Thematik des Schwarzfahrens auch außerhalb des Strafrechts sicher beherrscht werden. Des Weiteren ist denkbar, dass § 265a als Auffangtatbestand des § 263 innerhalb einer Klausur mit vermögensrechtlichem Schwerpunkt abgeprüft wird. Daher sollten sich Studierende merken: § 265a muss immer dann angedacht werden, wenn keine Person getäuscht wird. Keinesfalls sollte man die betrugsähnlichen Delikte mangels einer Personentäuschung übersehen.

### 5. Kritik

Die Entscheidung des OLG Köln ist grundsätzlich abzulehnen.

Einfaches Schwarzfahren kann nicht ausreichen, um den Tatbestand des § 265a zu erfüllen. Es müssen vielmehr Kontrollvorrichtungen umgangen werden, um diesen zu erfüllen. Auch entfällt die Notwendigkeit dieses Kriteriums nicht durch den eigenverantwortlichen Abbau von Kontrollen der Beförderungsunternehmen. Grundsätzlich sind die öffentlichen Massenbeförderungsun-

<sup>40</sup> Exner, JuS 2009, 990, 991; Mitsch (Fn. 14), S. 450; Roggan, JURA 2012, 299, 303.

<sup>41</sup> Jahn, JuS 2011, 1042, 1043; Tiedemann, in LK (Fn. 14), § 265a Rn. 47.

<sup>42</sup> Veröffentlichung der Polizeilichen Kriminalstatistik Berlin 2015.

ternehmen gesetzlich<sup>43</sup> dazu verpflichtet, jeden zu befördern, der die Beförderungsbedingungen erfüllt und können sich gerade nicht ihre Kontrahierungspartner aussuchen. Zwar steht ihnen auch gegen Schwarzfahrer ein Anspruch auf Zahlung eines (erhöhten) Beförderungsentgeltes zu. Dieser Anspruch ist jedoch in vielen Fällen nicht durchsetzbar, sodass wirtschaftliche Einbußen auf Seiten der Unternehmen entstehen. Die Beförderungsunternehmen können sich allein durch Wiedereinführung vermehrter Kontrollen dagegen wehren. Ein präventives Einwirken des Strafrechts scheint daher durchaus sinnvoll.

Strafrechtliche Sanktionen müssen allerdings dort ihre Grenze finden, wo ein tatbestandliches Merkmal übermäßig ausgedehnt wird. Aufgrund der Betrugsnähe des § 265a muss ein täuschungsäquivalentes Verhalten vorliegen. So legt die Rechtsprechung das „Erschleichen“ jedenfalls auch bei § 265a Abs. 1 Var. 1 und 2 aus. Gleiches muss für die 3. Variante gelten. Denn wo kein täuschungsähnliches Verhalten gegeben ist, kann ein solches durch einen Anschein der Ordnungsgemäßheit nicht fingiert werden. Das BVerfG erachtet jedoch die Auslegung der Rechtsprechung in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG als bestimmt genug. Insbesondere sei eine weite Auslegung allein aus der Funktion des Tatbestandsmerkmals des Erschleichens zur Füllung von strafrechtlichen Lücken geboten.<sup>44</sup> Dennoch erscheint der Maßstab des Anscheins der Ordnungsgemäßheit aus Gründen des Bestimmtheitsgebots verfehlt. Es scheint insbesondere fraglich, wodurch dieser Anschein bestimmt wird, durch wen er wahrgenommen werden muss und welches Verhalten eben diesen erschüttern kann. Allein aus Rechtssicherheitsgründen scheint es unerlässlich, eine einheitliche und klare Auslegung des Anscheins der Ordnungsgemäßheit zu fordern. In die-

sem Zusammenhang kann jedoch kein Vorwurf gegenüber der Rechtsprechung erfolgen. Es ist vielmehr der Gesetzgeber gefragt, einen auf das „Schwarzfahren“ zugeschnittenen Tatbestand zu schaffen, der eben dieses spezifische, nicht täuschende Verhalten erfasst.

Die Kasuistik lässt zudem offen, welches Verhalten konkret verlangt wird, um den Anschein der Ordnungsgemäßheit zu erschüttern. Letztlich scheint das Erschüttern nur dann von der Rechtsprechung akzeptiert zu werden, sofern der Schwarzfahrer seine Zahlungsunwilligkeit äußert und auch andere Fahrgäste ebenfalls zum Boykott aufruft. Das Aktivieren der Fahrgäste kann als Differenzierungskriterium aber nicht ausreichen. Einerseits erschließt sich nicht, weshalb die Rechtsprechung das Aktivieren als notwendiges Kriterium erachtet, um den Anschein zu erschüttern. Andererseits erscheint unschlüssig, wie das OLG Köln betont, dass der Anschein nicht bereits dadurch erschüttert wird oder werden kann, dass Fahrgäste die Zahlungsunwilligkeit wahrnehmen.

Zudem lohnt sich ein Blick auf die Systematik des § 265a. Dass die Rechtsprechung das täuschungsähnliche Verhalten bereits durch die konkludente Willenserklärung des Schwarzfahrers bejaht, erscheint bei den Tätern, die sich rechtsmissbräuchlich verhalten, noch unbilliger. Denn zeigt jemand offenkundig, dass er kein Entgelt entrichtet, fehlt es doch gerade an der Täuschungsäquivalenz. Ein auch nur täuschungsäquivalentes Verhalten liegt damit nicht vor. Um der ultima ratio-Funktion des Strafrechts gerecht zu werden, bedarf es daher dringend einer Konkretisierung des § 263a Abs. 1 Var. 3.

(Céline Feldmann/Nella Sayatz)

<sup>43</sup> Gem. § 10 Allgemeines Eisenbahngesetz.

<sup>44</sup> BVerfG NJW 1998, 1135 f.

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

Strafverteidiger A vertritt einen Mandanten, gegen den ein Haftbefehl erlassen wird. Bei der Haftbefehlsverkündung kommt es zwischen A und der zuständigen Staatsanwältin B zu einer verbalen Auseinandersetzung. Am selben Abend wird A telefonisch von dem Journalisten C kontaktiert, der sich über das medial bekannt gewordene Verfahren informieren möchte. Auf wiederholte Nachfrage zum Stand der Ermittlungen verleiht A seinem Ärger über den Haftbefehl Ausdruck und bezeichnet dabei die B als „dahergelaufen“, „durchgeknallt“, „widerwärtig“, „boshaft“, „dümmlich“ und „geisteskrank“. A wird vom LG Berlin wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB<sup>2</sup> zu einer Geldstrafe verurteilt, seine dagegen eingelegte Revision wird vom KG verworfen. Daraufhin legt A Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falls steht das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und den Beleidigungsdelikten der §§ 185 ff., die dem

November 2016

## „Durchgeknallte Staatsanwältin“-Fall

*Meinungsfreiheit / Schmähkritik / Beleidigung*

Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG; §§ 185, 193 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Bei der Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik trifft die Fachgerichte aufgrund der einschneidenden Folgen für die Meinungsfreiheit des Betroffenen ein erheblicher Begründungsaufwand.
2. Wird eine Äußerung ohne hinreichende Begründung als Schmähkritik eingestuft und unterbleibt aus diesem Grund die gebotene Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht, so liegt darin ein eigenständiger verfassungsrechtlicher Fehler.

BVerfG, Beschluss vom 29. Juni 2016 – 1 BvR 2646/15; veröffentlicht in NJW 2016, 2870.

Schutz der Ehre als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dienen.<sup>3</sup>

Eine **Beleidigung i.S.d. § 185** wird als Angriff auf die Ehre eines anderen durch Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung definiert,<sup>4</sup> entweder durch eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung dem Betroffenen gegenüber oder durch ein ehrverletzendes Werturteil.<sup>5</sup> Werturteile sind subjektive Wertungen, Einschätzungen oder Schlussfolgerungen, die im Gegensatz zu Tatsachen dem Beweis

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

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

<sup>3</sup> *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 31. Aufl. 2015, Rn. 415; *Rengier*, Strafrecht BT II, 17. Aufl. 2016, § 28 Rn. 1.

<sup>4</sup> BGHSt 1, 288, 289; *Hilgendorf*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2007 ff., § 185 Rn. 1.

<sup>5</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 29 Rn. 20 ff.

nicht zugänglich sind,<sup>6</sup> typischerweise etwa Beschimpfungen oder Kraftausdrücke.<sup>7</sup>

Im vorliegenden Fall betrachtete das LG Berlin die Bezeichnung der Staatsanwältin als „dahergelaufen“, „durchgeknallt“ usw. als Beleidigung i.S.d. § 185, das KG schloss sich dieser Bewertung an.<sup>8</sup> Durch die strafgerichtliche Verurteilung sah sich A allerdings in seinen Grundrechten verletzt. Bei der Prüfung, ob A sich gem. § 185 strafbar gemacht hat, sind neben dem einfachen Recht auch die Grundrechte durch das LG und KG in die Entscheidung miteinzubeziehen. Denn diese sind nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern müssen als „objektive Werteordnung“ auch bei Auslegung und Anwendung der einfachen Gesetze durch die Fachgerichte berücksichtigt werden.<sup>9</sup> Verkennen die Gerichte Bedeutung und Tragweite der Grundrechte, liegt darin eine Grundrechtsverletzung, welche im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Vorliegend rügt A eine Verletzung seiner **Meinungsfreiheit** durch die Entscheidungen des LG und des KG.

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit spielt im Kontext der §§ 185 ff. eine entscheidende Rolle. Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst Meinungen, das heißt Äußerungen, die durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind,<sup>10</sup> also in erster Linie Werturteile.<sup>11</sup> Diese können gerade auch in „überspitzter und polemischer Form“<sup>12</sup>

geäußert werden. Sogar Beleidigungen i.S.d. § 185 fallen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG,<sup>13</sup> folglich auch die Beschimpfungen der Staatsanwältin im vorliegenden Fall.

Die Meinungsfreiheit ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet: Art. 5 Abs. 2 GG nennt als Schranke die **allgemeinen Gesetze**. Nach Ansicht des BVerfG sind darunter solche Gesetze zu verstehen, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit als solche oder die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, sondern vielmehr „dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.<sup>14</sup> Zu den allgemeinen Gesetzen gehören auch die §§ 185 ff.<sup>15</sup> Diese knüpfen zwar an Meinungsinhalte an, richten sich aber nicht gegen bestimmte Meinungen, sondern dienen wie ausgeführt, dem Schutz der Ehre, also eines allgemein von der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts.<sup>16</sup>

Dabei sind die §§ 185 ff. als Schranken von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ihrerseits im Hinblick auf die Bedeutung dieses Grundrechts für die freiheitliche Demokratie zu interpretieren und so in ihrer die Meinungsfreiheit begrenzenden Wirkung selbst wieder einzuschränken (sog. Wechselwirkungslehre).<sup>17</sup>

Für die Fachgerichte ist die Wechselwirkungslehre auf zwei Ebenen beachtlich: So dürfen sie bei mehreren Deutungsmöglichkeiten einer Äußerung nicht einfach auf die ehrverletzendste abstellen. Stattdessen müssen die Gerichte zunächst mit schlüssiger Begründung solche Deutungen ausschließen, die keine strafrechtlichen Sanktionen

<sup>6</sup> Joecks, Studienkommentar StGB, 11. Aufl. 2014, § 186 Rn. 5 f.

<sup>7</sup> Zur umfangreichen Kasuistik vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 185 Rn. 9; Lenckner/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 185 Rn. 13.

<sup>8</sup> KG BeckRS 2016, 15727.

<sup>9</sup> BVerfGE 7, 198, 205 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 105.

<sup>10</sup> BVerfGE 61, 1, 9.

<sup>11</sup> Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013 ff., Art. 5 I, II Rn. 62.

<sup>12</sup> BVerfGE 82, 272, 282; 124, 300, 322.

<sup>13</sup> Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 615.

<sup>14</sup> BVerfGE 7, 198, 209 f.; Schulze-Fielitz, in Dreier (Fn. 11), Art. 5 I, II Rn. 142.

<sup>15</sup> BVerfGE 93, 266, 290 ff.

<sup>16</sup> Bethge, in Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 162 f.; Schulze-Fielitz, in Dreier (Fn. 11), Art. 5 I, II Rn. 177.

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198, 207 ff.

nach sich ziehen würden (Deutungsebene).<sup>18</sup> Dies geschieht bereits auf Tatbestandsebene. Ob eine Äußerung mehrere Deutungsmöglichkeiten hat, hängt maßgeblich vom Äußerungskontext ab und kann daher nicht pauschal beurteilt werden.<sup>19</sup> Im vorliegenden Fall war also zu prüfen, ob die Äußerungen des A in ihrem konkreten Kontext verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zuließen.

Auf der zweiten Ebene haben die Fachgerichte eine **einzelfallbezogene Abwägung** zwischen der Meinungsfreiheit des Äußernden und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Angegriffenen vorzunehmen (Abwägungsebene).<sup>20</sup> Eine Ausnahme besteht beim Vorliegen sog. **Schmähschmähkritik**. Darunter werden solche Äußerungen verstanden, bei denen nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern Beschimpfungen, Schmähschmähungen und die Diffamierung der Person im Vordergrund stehen.<sup>21</sup> In diesen Fällen tritt die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Schutz der Ehre zurück, eine Abwägung findet nicht statt.<sup>22</sup>

Aufgrund dieser einschneidenden Folge für die Meinungsfreiheit sind an die Einstufung als Schmähschmähkritik hohe Anforderungen zu stellen. Auch eine überzogene oder ausfällige Kritik stellt noch nicht automatisch eine Schmähschmähung dar.<sup>23</sup> Entscheidend ist der **Kontext der Äußerung**: Schmähschmähkritik zeichnet sich dadurch aus, dass sie keinen sachlichen Bezugspunkt aufweist, sondern auf persönliche Herabsetzung abzielt.<sup>24</sup> Bei Äußerungen zu Fragen,

welche die Öffentlichkeit wesentlich betreffen, ist in der Regel von einem solchen Sachbezug auszugehen, daher liegt Schmähschmähkritik hier nur äußerst selten vor und ist im Wesentlichen auf die sog. Privatfehde beschränkt.<sup>25</sup> Insbesondere im „Kampf ums Recht“, also bei Auseinandersetzungen im Rahmen eines Rechtsstreits, ist regelmäßig von einem Öffentlichkeitsbezug auszugehen.<sup>26</sup>

Irrelevant ist der Äußerungskontext nur in den seltenen Fällen einer sog. **Formalbeleidigung**. Diesen Begriff verwendet das BVerfG häufig im Zusammenhang mit Schmähschmähkritik, ohne ihn jedoch näher zu definieren.<sup>27</sup> Er umfasst jedenfalls den Gebrauch obszöner, tabuisierter Schimpfwörter und stellt einen Unterfall der Schmähschmähkritik dar.<sup>28</sup> Bei Formalbeleidigungen ist der diffamierende Gehalt der Äußerung so erheblich, „dass der Ausdruck in jedem denkbaren Zusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint“<sup>29</sup>, unabhängig vom Äußerungskontext. Nicht zu verwechseln ist die verfassungsrechtliche Kategorie der Formalbeleidigung mit der „Beleidigung aus der Form der Behauptung“ i.S.d. § 192, der die Beleidigung durch Behauptung oder Verbreitung wahrer Tatsachen erfasst.<sup>30</sup>

Vor dem Hintergrund der Frage, ob die Äußerungen des A als Schmähschmähkritik anzusehen sind, ist eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2009<sup>31</sup> beachtenswert. Im damaligen Fall war die Bezeichnung eines Staatsanwalts als

<sup>18</sup> BVerfGE 82, 43, 52 f.; 114, 339, 349 f.; *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 670; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 662.

<sup>19</sup> BVerfGE 93, 266, 295.

<sup>20</sup> BVerfGE 93, 266, 293.

<sup>21</sup> BVerfGE 82, 272, 283 f.; 85, 1, 16.

<sup>22</sup> BVerfGE 82, 43, 51; 85, 1, 16; 93, 266, 294.

<sup>23</sup> BVerfGE 82, 272, 283.

<sup>24</sup> BVerfGE 82, 272, 284; *Murswiek*, in Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 128.

<sup>25</sup> BVerfGE 82, 272, 281; 93, 266, 294; *Grabenwarter*, in Maunz/Dürig, GG, Stand: 77. EL Juli 2016, Art. 5 Rn. 61.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2000, 199 ff.; 2014, 3357 f.; BVerfG NJW-RR 2012, 1002 f.

<sup>27</sup> BVerfGE 82, 272, 281; 86, 1, 13; 93, 266, 294.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2009, 749, 750; 2009, 3016, 3018; *Grabenwarter*, in Maunz/Dürig (Fn. 26), Art. 5 Rn. 62.

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2009, 749, 750.

<sup>30</sup> *Lencker/Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 192 Rn. 1.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2009, 3016.

„durchgeknallt“ im Rahmen eines Fernsehinterviews von den zuständigen Fachgerichten als Schmähkritik eingestuft worden. Das BVerfG stellte zunächst fest, dass sich das Wort „durchgeknallt“ im Kontext des Falls nur als ehrverletzend auslegen ließe.<sup>32</sup> Es beanstandete allerdings die Einstufung der Äußerung als Schmähkritik, da nach seiner Auffassung nicht auszuschließen war, dass sich die Begriffswahl direkt auf das Vorgehen der Staatsanwaltschaft in einem konkreten Verfahren – und nicht auf den Staatsanwalt als Person – bezog, weshalb ein Sachbezug vorlag.<sup>33</sup>

Diese Entscheidung deutet darauf hin, dass auch im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres Schmähkritik angenommen werden kann. Allerdings kann eine frühere Rechtsprechung zu einer konkreten Wortwahl nicht beliebig auf jeden Fall mit derselben Wortwahl angewendet werden, stattdessen ist stets auf den konkreten Äußerungskontext abzustellen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerde für offensichtlich begründet. Es sieht in den angegriffenen Entscheidungen des LG und KG eine Verletzung der Meinungsfreiheit des A.

LG und KG werteten die Äußerungen des A als Schmähkritik, da beide Gerichte einen Sachzusammenhang verneinten. Die Äußerungen seien außerhalb des Gerichtssaals gefallen und wiesen keinen Bezug zu den Ermittlungen auf.<sup>34</sup> Nach Auffassung des BVerfG haben die Instanzgerichte die Einstufung der Äußerungen des A als Schmähkritik hingegen nicht hinreichend begründet und dadurch Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit verkannt.

Der Begriff der Schmähkritik sei äußerst restriktiv zu handhaben, insbe-

sondere bei Auseinandersetzungen mit Öffentlichkeitsbezug. Dabei betont das BVerfG, dass die Fachgerichte bei der Feststellung, ob Schmähkritik vorliegt, ein erheblicher Begründungsaufwand trifft, um einen etwaigen Sachzusammenhang der angegriffenen Äußerungen gänzlich ausschließen zu können. Denn bei Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik unterbleibe die grundsätzlich notwendige Abwägung der Meinungsfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht automatisch. Dieser Wegfall der Abwägung sei aber nur bei hinreichender Begründung hinnehmbar. Werde eine solche Begründung nicht geführt, sei bereits dies ein eigenständiger verfassungsrechtlicher Fehler.

Bezogen auf diesen Fall sei – entgegen der Ausführungen von LG und KG – ein Sachzusammenhang der Äußerungen des A in Anbetracht der vorangehenden Auseinandersetzung mit der Staatsanwältin zumindest denkbar. Die Instanzgerichte hätten also näher darlegen müssen, dass sich die Äußerungen vom Ermittlungsverfahren völlig gelöst hatten. Angesichts des Fehlens einer solchen Darlegung hätte A folglich nicht ohne die grundsätzlich erforderliche Abwägung zwischen seiner Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht der B verurteilt werden dürfen. Doch deutet das BVerfG auch an, dass sich bei derartigen Beschimpfungen, gerade gegenüber der Presse, im Falle einer Abwägung – hätte sie denn stattgefunden – das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Staatsanwältin hätte durchsetzen müssen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In Zukunft ist zu erwarten, dass die Fachgerichte angesichts der hohen Anforderungen des BVerfG von der vorschnellen Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik absehen und stattdessen im Bereich der Beleidigungsdelikte nahezu immer eine Abwägung der Meinungsfreiheit mit der Ehre des Betroffenen vornehmen werden.

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2009, 3016, 3018.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2009, 3016, 3018.

<sup>34</sup> KG BeckRS 2016, 15727.

Auch im Rahmen der juristischen Ausbildung empfiehlt es sich, sehr restriktiv mit dem Begriff der Schmähkritik umzugehen. Dabei fragt sich jedoch, auf welcher **Ebene des strafrechtlichen Gutachtens** (Tatbestand oder Rechtswidrigkeit) diese Überlegungen zu Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG anzubringen sind. Auch hier ist wieder zwischen Deutungs- und Abwägungsebene zu unterscheiden (s.o.). Die Deutungsebene muss bereits bei der Prüfung des objektiven Tatbestands beachtet werden: Wenn eine Äußerung sich auch als nicht-ehrverletzend interpretieren lässt, ist § 185 tatbestandlich schon nicht erfüllt.<sup>35</sup>

Schwieriger gestaltet sich die Verortung der Abwägungsebene. Das Meinungsspektrum hierzu ist breit, lässt sich jedoch in drei Grundstränge einteilen: Auf Tatbestandsebene besteht die Möglichkeit, den Begriff der Beleidigung bereits restriktiv verfassungskonform auszulegen, sodass Äußerungen, die von der Meinungsfreiheit gedeckt sind, schon nicht den Tatbestand des § 185 erfüllen.<sup>36</sup> Dies entspricht der Praxis der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts.

Auf Ebene der Rechtswidrigkeit wird teilweise vorgeschlagen, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als eigenständigen außerstrafrechtlichen Rechtfertigungsgrund heranzuziehen.<sup>37</sup> Dies scheint jedoch in systematischer Hinsicht fragwürdig: Denn für die §§ 185 ff. existiert mit § 193 („Wahrnehmung berechtigter Interessen“) bereits eine besondere Regelung, die **spezielle Rechtfertigungsgründe für die Beleidigungsdelikte** normiert.<sup>38</sup> Diesem Gedanken ent-

spricht auch die h.M.: Sie betrachtet § 193 aufgrund seines generalklauselartigen Charakters als geeignetes „Einfallstor“ für grundrechtliche Erwägungen und als Ausdruck des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.<sup>39</sup> Nach dieser Auffassung ist die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht auf Rechtfertigungsebene im Rahmen des § 193 vorzunehmen.

Regelmäßig kommen die vorgestellten Ansichten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die verschiedenen Einkleidungsmöglichkeiten zu kennen, ist für Studierende jedoch unerlässlich, denn sie müssen die Meinungsfreiheit im Rahmen der §§ 185 ff. systematisch prüfen. Insgesamt empfiehlt es sich, in einer gutachterlichen Prüfung im ersten Schritt auf Tatbestandsebene die Äußerung selbst auf verschiedene Deutungsmöglichkeiten hin zu untersuchen. Lässt sie sich auch als nicht-ehrverletzend auslegen, entfällt bereits der Tatbestand. In einem zweiten Schritt ist dann innerhalb der Rechtswidrigkeit intensiv auf die grundrechtliche Abwägung einzugehen. Ob dies entsprechend der h.M. im Rahmen des § 193 oder im Wege der Heranziehung der Meinungsfreiheit als außerstrafrechtlicher Rechtfertigungsgrund erfolgt, bleibt den Klausurbearbeitenden überlassen. Ein Hinweis auf die Konsequenzen des Vorliegens von Schmähkritik erscheint dabei sinnvoll, doch sollten auch Studierende – entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG – restriktiv mit dem Begriff umgehen.

<sup>35</sup> Vgl. Rengier (Fn. 3), § 29 Rn. 27.

<sup>36</sup> KG NStZ 1992, 385; Pressemitteilung der StA Mainz vom 04.10.2016, Zusammenfassung in FD-StrafR 2016, 381775; vgl. dazu auch Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 50.

<sup>37</sup> Hilgendorf, in LK (Fn. 4), § 193 Rn. 5 f.; Roxin (Fn. 36), § 18 Rn. 34.

<sup>38</sup> Hilgendorf, in LK (Fn. 4), § 193 Rn. 11; Lenckner/Eisele, in Schönke/Schröder

(Fn. 7) § 193 Rn. 1; Rogall, in SK, StGB, 8. Aufl. 2007 ff., § 193 Rn. 1.

<sup>39</sup> BVerfGE 42, 143, 52; BGHSt 12, 287, 293.; Joecks, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 193 Rn. 1; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 193 Rn. 1; Lenckner/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 193 Rn. 1; Rogall, in SK (Fn. 8), § 193 Rn. 1; Roxin (Fn. 36), § 18 Rn. 34.; a.M. Zaczyk, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 193 Rn. 6.

Die Examensrelevanz strafrechtlicher Fälle mit Grundrechtsbezug ist angesichts der Aktualität und Brisanz der sog. „Böhmermann-Affäre“ nicht zu unterschätzen, auch weil sie eine „Transferleistung“ in Form einer Verknüpfung des einfachen Rechts mit den Grundrechten erfordert. Allerdings sollten Studierende nicht undifferenziert auf die Meinungsfreiheit verweisen, sondern zugleich auch die Kunst-, Presse- oder Wissenschaftsfreiheit im Hinterkopf behalten.

## 5. Kritik

Die hohen Anforderungen, die das BVerfG im vorliegenden Fall an die Kategorisierung einer Äußerung als Schmähkritik stellt, sind nicht überraschend. Vielmehr stellt die Entscheidung eine Verfestigung seiner bisherigen Rechtsprechung zum Thema dar.<sup>40</sup> In der geforderten restriktiven Handhabung der Schmähkritik durch die Fachgerichte liegt eine begrüßenswerte Stärkung der Meinungsfreiheit.

Dennoch lässt sich Kritik an der Entscheidung üben. Der durch das BVerfG geforderte hohe Begründungsaufwand könnte die Fachgerichte vor praktische Probleme stellen. So formuliert das BVerfG auch in der vorliegenden Entscheidung keine neuen Kriterien, die den Fachgerichten als einheitlicher Maßstab für die Einstufung einer Äußerung als Schmähkritik dienen könnten. Es beruft sich lediglich auf das bekannte Kriterium des Öffentlichkeitsbezugs. Wann ein solcher vorliegen soll, bleibt allerdings oftmals unklar. Das zeigt sich auch bei der Anwendung auf den vorliegenden Fall: Das abendliche Telefonat des A mit dem Journalisten ist zwar einerseits durch die vorangehende Haftbefehlsverkündung in einem medial begleiteten Verfahren motiviert, sodass sich durchaus ein gewisser Öffentlichkeitsbezug bejahen lässt. Andererseits könnte man auch stärker auf

die zeitliche Verzögerung zwischen Telefonat und Haftbefehlsverkündung abstellen. Dann lassen sich die Äußerungen des A ebenso als Teil einer privaten Fehde und somit eher als Schmähkritik kategorisieren. Hinreichend justitiabel ist das angeführte Kriterium des Öffentlichkeitsbezugs folglich nicht. Eine weitere Konkretisierung durch das BVerfG erscheint daher wünschenswert. Außerdem sind Szenarien denkbar, in denen der Öffentlichkeitsbezug die ehrverletzende Wirkung einer Äußerung gerade verstärkt. Durch mediale Berichterstattung beispielsweise perpetuiert sich ein kränkendes Werturteil und beeinträchtigt die betroffene Person somit wesentlich intensiver. Auch dies verdeutlicht die Notwendigkeit weiterer Kriterien zur Einstufung.

Insgesamt ist aber zu erwarten, dass die Entscheidung des BVerfG positive Konsequenzen nach sich ziehen wird: Mit den steigenden Anforderungen an das Vorliegen von Schmähkritik wird sich die fachgerichtliche Abwägung vermutlich zum Regelfall entwickeln. Dadurch wird sichergestellt, dass Gesichtspunkte der Meinungsfreiheit in jedem Fall in die gerichtliche Entscheidung einfließen und nicht im Wege der vorschnellen Einstufung des angegriffenen Verhaltens als Schmähkritik außer Acht gelassen werden.

Begrüßenswert ist auch, dass das BVerfG die Bezeichnung einer Staatsanwältin durch einen Rechtsanwalt als „durchgeknallt“ usw. grundsätzlich als unzulässig erachtet. Dadurch macht es deutlich, dass auch im „Kampf ums Recht“ ein respektvoller Umgangston zwischen den Beteiligten gewahrt werden muss.

*(Elisabeth Bogomolni / Lola Petersen)*

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266; BVerfG NJW 2009, 3016; BVerfG JA 2016, 635.

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

A beaufsichtigt als „1-Euro-Kraft“ eine erste Klasse gemeinsam mit dem hauptamtlichen Pädagogen B auf dem Schulhof.

Während des Spiels kommt es zum wilden Toben. A wird dies zu viel, woraufhin er sich in den hinteren Teil des Hofes zurückzieht. Fünf Schüler, darunter der sechsjährige C, folgen ihm. Sie beginnen, A anzuspucken und zu schlagen. Durch die Schläge drohen A keine erheblichen Verletzungen, denn er ist den Kindern körperlich weit überlegen. Jedenfalls zu Beginn meinen die Kinder es noch spaßig. Auf seine Aufforderung, ihn in Ruhe zu lassen, reagieren sie nicht. A will die Situation beenden.

Zwar könnte A seinem fünf Meter entfernten Kollegen B Bescheid geben, doch fühlt er sich von diesem in seiner Position als „1-Euro-Kraft“ unerwünscht und nicht fair behandelt. Auch könnte A die Kinder einzeln wegtragen oder wegschubsen, doch hält er ersteres für entwürdigend, letzteres hingegen für zu gefährlich für die Kinder. Daher entscheidet sich A, dem ihm am nächsten stehenden C eine Ohrfeige zu versetzen. Die Angriffe aller Kinder hören daraufhin auf. Die Ohrfeige verursacht bei C Schmerzen, die nach zehn Minuten abklingen.

## Dezember 2016 Ohrfeigen-Fall

*Notwehr / Erforderlichkeit / Gebotenheit / Angriffe schuldlos Handelnder*

§§ 32, 19 StGB

### Famos-Leitsätze:

1. Bei Angriffen schuldlos Handelnder muss der Angegriffene nicht die Flucht ergreifen, wenn ihm dabei ein substanzieller Rechtsverlust droht.
2. Droht eine substanzielle Rechtseinbuße, darf auch gegenüber schuldlos handelnden Kindern der Angriff mit einer Ohrfeige abgewehrt werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Juni 2016 – III – 1 Ws 63/16; veröffentlicht in BeckRS 2016, 14622.

Das AG verurteilt A wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB<sup>2</sup> zu einer Geldstrafe. Dagegen legt A erfolglos Berufung zum LG und anschließend Revision zum OLG ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falls stehen das Notwehrrecht und dessen Begrenzung.

Nach § 32 Abs. 1 handelt nicht rechtswidrig, wer eine durch Notwehr gebotene Tat begeht. Notwehr ist gem. § 32 Abs. 2 die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwehren.

Das Notwehrrecht ist ein sehr weitgehendes Abwehrrecht zur Verteidigung der Rechtsgüter des Angegriffenen. Es beruht nach h.M. auf zwei Prinzipien:<sup>3</sup> Erstens dient es dem **Selbstschutz**. Der Angegriffene muss eine Verletzung

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

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

<sup>3</sup> BGHSt 24, 356, 359; Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 32 Rn. 2 m.w.N.

seiner Rechte nicht hinnehmen, er darf sich aktiv dem Angreifer zur Wehr setzen und seine Güter verteidigen.<sup>4</sup> Zweitens liegt der Notwehr auch das **Rechtswahrungsinteresse** zugrunde. Das Recht soll sich auch dann gegenüber dem Unrecht durchsetzen können, wenn staatliche Hilfe gerade nicht zur Verfügung steht. Jeder Angriff auf ein Rechtsgut stellt auch einen Angriff auf die Rechtsordnung dar, deren Verteidigung der Notwehrausübende stellvertretend für den Staat übernimmt.<sup>5</sup> Die Abwehr des Angriffs darf daher nicht als Unrecht eingestuft werden.

Doch gilt das Notwehrrecht nicht uneingeschränkt. Die zentralen zwei Begrenzungen finden sich in den im Gesetz genannten Merkmalen der Erforderlichkeit und Gebotenheit:

**Erforderlich** ist eine Notwehrhandlung, wenn sie das mildeste Mittel unter mehreren gleich effektiven ist, um den Angriff zu beenden.<sup>6</sup> Zu beurteilen ist dies aus einer ex-ante-Perspektive eines verständigen Dritten, der auch über etwaiges Sonderwissen des Angegriffenen verfügt.<sup>7</sup> Wann ein Mittel erforderlich ist, richtet sich nach der konkreten „Kampflage“<sup>8</sup>, also nach Art und Maß des Angriffs.<sup>9</sup> So kann auch der Einsatz lebensgefährdender Maßnahmen erforderlich sein.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Rengier, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1.

<sup>5</sup> Rengier (Fn. 4), § 18 Rn. 1; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 2.

<sup>6</sup> BGHSt 3, 217, 218; 42, 97, 100 (st.Rspr.); Fischer (Fn. 3), § 32 Rn. 30; Heinrich, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2016, Rn. 355.

<sup>7</sup> BGH NStZ-RR 2013, 139, 140; NStZ 2015, 151, 152; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 32 Rn. 10.

<sup>8</sup> BGH NStZ 1983, 117; NStZ-RR 2004, 10, 11; Rönna/Hohn, in LK, StGB, 12. Aufl. 2006 ff., § 32 Rn. 172.

<sup>9</sup> BGH NStZ 1987, 172; Fischer (Fn. 3), § 32 Rn. 30.

<sup>10</sup> BGH NStZ-RR 2007, 199, 200; 2013, 105, 106; zu den Einschränkungen: BGH

Die Inanspruchnahme fremder, insbesondere staatlicher Hilfe ist vorrangig. Das gilt aber nur dann, wenn die Hilfe unmittelbar zur Verfügung steht.<sup>11</sup> Es darf zu keiner Verzögerung kommen.

Im vorliegenden Fall standen A andere Abwehrmaßnahmen zur Verfügung. Er hätte die Kinder wegtragen, wegschubsen oder seinen Kollegen B um Hilfe bitten können. Zentrale Frage ist daher, ob diese Maßnahmen milder als die Ohrfeige und mindestens gleichsam effektiv waren.

Häufig kann dem Angriff auch durch Flucht entkommen werden. Die Flucht ist jedoch keine Abwehr.<sup>12</sup> Sie ist deshalb nie das erforderliche Mittel, weil das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.<sup>13</sup> Dahinter steht das oben erläuterte Rechtswahrungsprinzip: Wer flieht, setzt die Rechtsordnung nicht durch, sondern beugt sich dem Angriff. Das Notwehrrecht dient aber gerade auch der Behauptung der Rechtsordnung.

Sind andere Abwehrmöglichkeiten nicht gleichsam erfolgsversprechend und die gewählte mithin erforderlich, gelangt man zur zweiten Einschränkung der Notwehr:

§ 32 Abs. 1 normiert, dass die Notwehr **geboten** sein muss. Unter diesem Tatbestandsmerkmal<sup>14</sup> werden „sozial-ethische Einschränkungen“<sup>15</sup> eingeführt, die sich aus den oben erwähnten Prinzipien ergeben: dem Selbstschutz und der Rechtswahrung.<sup>16</sup> Das Notwehr-

NStZ 2015, 151, 152; dazu: Eisele, JuS 2015, 465, 466.

<sup>11</sup> Vgl. Erb, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 32 Rn. 141.

<sup>12</sup> Roxin (Fn. 5), § 15 Rn. 2.

<sup>13</sup> Erb, in MüKo (Fn. 11), § 32 Rn. 118.

<sup>14</sup> Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 163; Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 44.

<sup>15</sup> Kritisch zum Begriff: Erb, in MüKo (Fn. 11), § 32 Rn. 201.

<sup>16</sup> Fischer (Fn. 3), § 32 Rn. 36; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 32 Rn. 47; auf Rechtsmissbrauch abstellend: BGHSt

recht ist deshalb ein so scharfes Abwehrrecht, weil es sowohl dem Selbstschutz als auch der Rechtsbewahrung dient. Doch gibt es Konstellationen, in denen eines oder gar beide der Prinzipien zurücktreten. Notwendige Folge ist dann eine Einschränkung des Notwehrrechts.

Diese Konstellationen werden von der Literatur in mehrere, nicht abschließende Fallgruppen eingeteilt.<sup>17</sup> Die hier einzig relevante Fallgruppe betrifft die Angriffe schuldlos handelnder Kinder gem. § 19. Die Rechtsordnung missbilligt zwar den Angriff schuldlos Handelnder, sie begegnet ihm aber nicht mit gleicher Schärfe wie dem Angriff eines schuldhaft Handelnden, denn sie sieht von einer Bestrafung ab. Das Rechtsbewährungsprinzip fällt weniger stark ins Gewicht.<sup>18</sup> Die Fallgruppe erfasst nicht nur schuldlos handelnde Kinder, sondern auch alle anderen Personen, deren Schuld entfällt (z.B. gemäß den §§ 19, 20, 33, 35).<sup>19</sup>

Bei allen Fallgruppen gilt nach überwiegender Ansicht ein **dreifach abgestuftes Notwehrrecht**: Flucht vor Schutzwehr vor Trutzwehr.<sup>20</sup>

Auf erster Ebene muss der Angegriffene entgegen dem erläuterten Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche, alle Flucht- und Ausweichmöglichkeiten ausschöpfen.<sup>21</sup> Auch sind dabei leichte, nicht **substanzielle Beeinträchtigungen** hinzunehmen, wenn die stattdessen

notwendige Verteidigung mit erheblichen Verletzungen für den Angreifenden verbunden wäre.<sup>22</sup> Unter diesen beiden Voraussetzungen muss der Angegriffene zwecks schonender Beendigung des Angriffs auch fremde Hilfe herbeiholen und somit eine zeitliche Verzögerung in Kauf nehmen.<sup>23</sup> Auch hier wirkt sich das Selbstschutzprinzip aus. Dieses wiegt dann weniger schwer, wenn der Angriff nur zu leichten Beeinträchtigungen führt.

Wann genau eine substanzielle Rechtsverletzung vorliegt, wird allerdings unterschiedlich beurteilt:

Einer Ansicht zufolge soll jede Körperverletzung bereits eine substanzielle Beeinträchtigung darstellen.<sup>24</sup> Denn Körperverletzungen wiesen per se solch eine Nachhaltigkeit auf, dass sie dem Einzelnen auch dann nicht zugemutet werden könnten, wenn sie von schuldlos Handelnden verübt würden.<sup>25</sup> Nach anderer Auffassung kann der Angegriffene zur Hinnahme jedenfalls einiger Schläge verpflichtet sein.<sup>26</sup> Die Rechtsprechung verlangt vom Angegriffenen, „leichte Beeinträchtigungen und Verletzungen“<sup>27</sup> oder gar mehrere Faustschläge<sup>28</sup> hinzunehmen.

Im vorliegenden Fall ist problematisch, ob sich A während einer möglichen Flucht ins Schulgebäude bzw. während des Hilfesuchens an B weiterer Angriffe hätte aussetzen müssen. Ist dies zu bejahen, so fragt sich, ob die Angriffe substanzielle Rechtsverletzungen darstellten.

Nur wenn Flucht- und Ausweichmöglichkeiten nicht erfolgversprechend sind, muss sich der Angegriffene auf

24, 356, 359; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 508.

<sup>17</sup> Eine Darstellung der klassischen vier Fallgruppen findet sich bei *Rönnau*, JuS 2012, 404, 405 ff.

<sup>18</sup> *Heinrich* (Fn. 6), Rn. 383; *Kühl* (Fn. 14), § 7 Rn. 195; *Perron*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 14), § 32 Rn. 52.

<sup>19</sup> Strittig für Betrunkene und vermindert Schuldfähige, vgl. *Erb*, in *MüKo* (Fn. 11), § 32 Rn. 213.

<sup>20</sup> BGHSt 26, 143, 145 f.; 42, 97, 100; *Fischer* (Fn. 3), § 32 Rn. 37; *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 32 Rn. 14.

<sup>21</sup> *Rönnau/Hohn*, in *LK* (Fn. 8), § 32 Rn. 243 m.w.N.

<sup>22</sup> *Erb*, in *MüKo* (Fn. 11), § 32 Rn. 210; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 62.

<sup>23</sup> *Erb*, in *MüKo* (Fn. 11), § 32 Rn. 209; *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 62.

<sup>24</sup> *Erb*, in *MüKo* (Fn. 11), § 32 Rn. 211.

<sup>25</sup> *Erb*, in *MüKo* (Fn. 11), § 32 Rn. 211.

<sup>26</sup> *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 62; zustimmend: *Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 112; *Kühl* (Fn. 14), § 7 Rn. 196.

<sup>27</sup> BGHSt 26, 243, 245 f.

<sup>28</sup> BSG NJW 1999, 2301, 2302.

zweiter Stufe auf hinhaltende, defensive Schutzwehr beschränken.<sup>29</sup>

Wenn jedoch sowohl Ausweich- als auch Schutzmaßnahmen keinen Erfolg versprechen, ist eine tätliche Abwehr im Sinne von scharfer Trutzwehr zulässig.<sup>30</sup> Dabei ist zu betonen, dass bei Angriffen schuldlos Handelnder eine gewisse Rücksichtnahme und Nachsicht auszuüben sind, da das Bedürfnis der Rechtsbehauptung weniger schwer wiegt als bei schuldhaft Handelnden.<sup>31</sup> Aus diesem Grund sind hier auch der aktiven Gegenwehr Grenzen gesetzt. Der Angegriffene darf nur maßvolle Abwehr üben. Er kann daher auch verpflichtet sein, nicht sofort zum schärfsten, aber effektivsten (also erforderlichen) Mittel zu greifen.<sup>32</sup> Das BayObLG beschäftigte sich bereits mit der Frage, ob eine Ohrfeige gegen ein schuldlos handelndes Kind eine maßvolle Gegenwehr darstellt.<sup>33</sup> Es stellte fest, dass unter Berücksichtigung des Alters, der Reife und des äußeren Erscheinungsbildes des Kindes eine Ohrfeige gegen nur verbale Beleidigungen eine maßvolle Gegenwehr darstellen kann.<sup>34</sup>

Die Einzelfallbezogenheit der Einschränkungen der Notwehr führt dazu, dass trotz gefestigter Rechtsprechung zahlreiche „Notwehr-Urteile“ wegen Rechtsfehlerhaftigkeit aufgehoben werden.<sup>35</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf wird der Revision des A stattgegeben.

A habe durch die Ohrfeige den Tatbestand der Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 verwirklicht. Allerdings habe er in Notwehr gemäß § 32 und somit gerechtfertigt gehandelt.

Das OLG stellt fest, dass die Ohrfeige des A eine erforderliche Verteidigungshandlung gemäß § 32 Abs. 2 war. Insbesondere habe A ein milderes, gleichsam effektives Mittel nicht zur Verfügung gestanden. Weder eine nochmalige verbale Einwirkung auf die Kinder noch deren Wegtragen oder Wegschubsen seien erfolgversprechend gewesen. Es habe keine Anzeichen dafür gegeben, dass die Kinder einer zweiten Aufforderung des A gefolgt wären. Außerdem habe A sich nicht der Gefahr einer intensivierenden Rangelei aussetzen müssen.

A habe zwar in das Schulgebäude fliehen oder den im vorderen Teil des Hofes anwesenden Pädagogen um Hilfe bitten können. Jedoch hätten beide Alternativen den Angriff nicht in gleich wirksamer Weise wie die Ohrfeige beendet. Im Fall der Flucht sei zu befürchten gewesen, dass die Schüler dem A gefolgt wären und ihren Angriff somit fortgesetzt hätten. Im Fall des Hilferufs an den Kollegen sei angesichts dessen Beschäftigung mit anderen Kindern eine sofortige Reaktion höchst unwahrscheinlich gewesen. Die Ohrfeige sei somit erforderlich gewesen.

Bezüglich der Gebotenheit der Notwehrhandlung führt das OLG aus, dass die Einschränkungen (siehe unter 2.) im vorliegenden Fall nicht greifen. Das Bespuken und Schlagen durch eine Gruppe Erstklässler stellen einen substanziellen Rechtsverlust dar. A sei dadurch in seiner körperlichen Integrität und Ehre nicht unerheblich verletzt worden. Er habe keine Möglichkeit gehabt, den Angriffen der Erstklässler zu entkommen, ohne dass er diese noch hätte kurzweilig dulden müssen.

<sup>29</sup> *Erb*, in MüKo (Fn. 11), § 32 Rn. 120; *Heinrich* (Fn. 6), Rn. 361.

<sup>30</sup> *Mitsch*, JuS 1991, 292; *Rönnau/Hohn*, in LK (Fn. 8), § 32 Rn. 243.

<sup>31</sup> *Roxin* (Fn. 5), § 15 Rn. 19; ähnlich *Peron*, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 32 Rn. 52.

<sup>32</sup> *Heinrich* (Fn. 6), Rn. 361; *Rengier* (Fn. 4), § 18 Rn. 56.

<sup>33</sup> BayObLG NStZ 1991, 433.

<sup>34</sup> BayObLG NStZ 1991, 433, 434; kritisch: *Vormbaum*, JR 1992, 163, 164.

<sup>35</sup> Aus der neuesten Zeit: BGH NStZ 2016, 526; NStZ-RR 2016, 272; NStZ 2016, 593.

In solch einer Situation dürfe der Angegriffene sich der aktiven Gegenwehr, welche auch eine Ohrfeige gegen einen der Angreifer umfasse, bedienen. Sie stehe nicht außer Verhältnis zu den Angriffen der Schüler. Denn eine Ohrfeige, die zehnteilige Schmerzen verursache, stelle keine erhebliche Verletzung dar.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Beschluss stellt für die gerichtliche Praxis eine Verfestigung der bisher angenommenen Grundsätze zu Angriffen von Kindern dar: Kinder genießen keine allgemeine „Narrenfreiheit“<sup>36</sup>. Der Angegriffene übt ausreichend Rücksicht, wenn er mangels erfolgversprechender Flucht- und Schutzwehrmaßnahmen maßvolle Gegenwehr übt. Wenn schon bei rein verbalen Beleidigungen eines Kindes eine Ohrfeige unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände als maßvolle Gegenwehr angesehen werden kann,<sup>37</sup> dann kann dies erst recht für tätliche Beleidigungen und Körperverletzungen gelten.

Für die Ausbildung zeigt der Fall die Relevanz der sozialen Einschränkungen der Notwehr. Dabei müssen die Studierenden die dogmatischen Grundkenntnisse des § 32 beherrschen. Von ihnen wird insbesondere eine saubere Differenzierung zwischen den Merkmalen der Erforderlichkeit und Gebotenheit erwartet. Alle in Betracht kommenden Mittel, mit denen der Angriff hätte beendet werden können, sind unter diese zu subsumieren. Keineswegs darf der Fehler gemacht werden, eine Maßnahme schon deswegen als geboten anzusehen, weil sie erforderlich ist. Die gebotene Maßnahme muss nicht das effektivste, sondern kann auch ein weni-

ger effektives, aber deutlich milderes Mittel sein.

#### 5. Kritik

Die Entscheidung des OLG stößt in mehrererlei Hinsicht auf Bedenken.

Erstens fällt auf, dass das OLG die Tatsachenfeststellungen des LG unzulässig ergänzt. Beispielsweise stellt es fest, dass eine Flucht nicht ohne weitere Verfolgung und somit fortdauernder Schläge der Kinder möglich gewesen sei. Dies geht aus den vom LG festgestellten Tatsachen indes nicht zwingend hervor. A war den Kindern körperlich weit überlegen und konnte wohl auch bedeutsam schneller laufen als sie. Wenn die Kinder ihn nicht vollständig umzingelt haben und ihm deshalb eine Flucht nach hinten unmöglich gewesen wäre, dann hätten die Kinder ihn zwar weiter verfolgt, jedoch nicht einholen und folglich auch nicht bespuken und schlagen können. Auch hätte das OLG Düsseldorf sich näher mit der Frage beschäftigen müssen, ob nicht ein Hilferuf an B ausgereicht hätte. Es ist durchaus vorstellbar, dass das Machtwort des Lehrers zur Beendigung des Angriffs geführt hätte. Hier fehlen Feststellungen zur Autorität des Lehrers und zu den voraussichtlichen Reaktionen der Kinder. Das alleinige Abstellen auf die Beschäftigung des B mit anderen Kindern reicht nicht aus, denn eine kurze, aber prägnante Aufforderung hätte womöglich den Angriff schon beenden können.

Außerdem hätte das OLG das Unrechtsbewusstsein der Kinder bei der Bewertung der Angriffe berücksichtigen müssen. Das Unrechtsbewusstsein spielt für die Beurteilung der Ohrfeige als maßvolle Gegenwehr eine entscheidende Rolle. Dieses Kriterium findet seine Berechtigung in dem der Notwehr zugrunde liegenden Rechtsbewährungsinteresse. Auch ein schuldlos Handelnder kann wissen, dass sein Angriff Unrecht ist. Dann tritt das Rechtsbewährungsinteresse stärker in den Vordergrund, denn die Gleichordnung der

<sup>36</sup> Erb, in MüKo (Fn. 11), § 32 Rn. 212.

<sup>37</sup> BayObLG NStZ 1991, 433; zustimmend: Erb, in MüKo (Fn. 11), § 32 Rn. 212; Mitsch, JuS 1992, 289, 293; Roxin (Fn. 5), § 16 Rn. 62; ablehnend: Kindhäuser, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 108; Vormbaum, JR 1992, 163, 164.

Rechtssubjekte ist stärker gestört.<sup>38</sup> Wäre der Angriff zum Beispiel von Dreizehnjährigen begangen worden, dann wäre ein Unrechtsbewusstsein wohl eher zu bejahen gewesen, weil diese das Unrecht einsehen können. Nicht zufällig stellt auch das BayObLG auf die Reife, insbesondere das Alter und das Erscheinungsbild des angreifenden Kindes ab.<sup>39</sup> Am Unrechtsbewusstsein der Kinder kann man deshalb zweifeln, weil sie ihre Angriffe zumindest zunächst noch spaßig meinten. Zudem realisierten sie nicht, dass A sich deswegen in den hinteren Teil des Hofes zurückzog, weil er nicht mehr mit ihnen spielen wollte.

Das OLG hätte also an das Tatgericht zurückverweisen sollen, anstatt die gegebenen Tatsachen zu ergänzen.

Zweitens verweist das OLG Düsseldorf zwar auf das erwähnte Urteil des BayObLG,<sup>40</sup> stellt aber nicht wie dieses auf Reife, Alter und äußeres Erscheinungsbild der Kinder ab. Vielmehr wird oberflächlich angenommen, dass die Ohrfeige bei tätlichen Angriffen erst recht eine maßvolle Gegenwehr darstellt. Das BayObLG hält aber die Ohrfeige weder pauschal für maßvoll noch pauschal für maßlos. Es stellt nur fest, dass eine Ohrfeige gegen verbale Beleidigungen eines Kindes gerechtfertigt sein kann, nicht dass sie es grundsätzlich ist. Folglich hätte das OLG das Alter und die Reife der Erstklässler bei der Beurteilung des Falls berücksichtigen müssen. Ausführungen dazu fehlen.

Drittens überzeugt es nicht, eine substantielle Rechtsverletzung zu bejahen, selbst wenn die von dem OLG ohnehin schon ergänzten Tatsachen zugrunde gelegt werden. Zur Frage der substantiellen Rechtsverletzung führt das OLG lediglich aus, dass die A drohende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und der Ehre nicht gänzlich unerheblich war. Gleichwohl

hält es fest, dass A durch die Angriffe der Schüler keine erheblichen Verletzungen drohen.

Wann eine substantielle Rechtseinbuße vorliegt, wird in der Literatur und Rechtsprechung vorwiegend anhand von Beispielen umschrieben.<sup>41</sup> Kriterien liefern diese Beispiele jedoch nicht.

Man sollte jedoch in Anlehnung an die Beispiele der Literatur auf **Art und Intensität** des Angriffs als maßgebliches Kriterium abstellen. Hierfür lässt sich das Selbstschutzprinzip anführen, welches dann schwerer ins Gewicht fällt, wenn der Angriff erheblich ist, also nicht nur leichte Beeinträchtigungen zu befürchten sind.

Die Kinder haben A geschlagen und bespuckt. Darin liegt ein nicht nur verbaler, sondern tätlicher Angriff auf die körperliche Integrität und Ehre des A. Dieser Angriff war jedoch nicht sehr intensiv. Zwar ging er von mehreren Schülern aus, allerdings drohten A keine Verletzungen, denn er war den Kindern körperlich weit überlegen. A hätte sich sehr schnell dem Angriff durch eine Flucht ins Schulgebäude entziehen können. Die Kinder hätten ihn also – wenn überhaupt – nur für kurze Zeit weiter schlagen und bespucken können. Aus diesen zwei Gründen stellen die Angriffe der Erstklässler keine substantielle Rechtsverletzung dar.

A hätte dem Angriff somit ohne substantiellen Rechtsverlust entkommen können. Stattdessen bediente er sich der Ohrfeige, die zu zehn Minuten andauernden Schmerzen bei C führte. Die Ohrfeige war daher nicht geboten. A kann sich nicht auf Notwehr gemäß § 32 berufen und hat somit rechtswidrig gehandelt.

*(Isabella Poewe / Nils Weinberg)*

<sup>38</sup> Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 32 Rn. 52; Rönnau/Hohn, in LK (Fn. 8), § 32 Rn. 242.

<sup>39</sup> BayObLG NSTZ 1991, 433, 434.

<sup>40</sup> BayObLG NSTZ 1991, 433.

<sup>41</sup> Siehe Fn. 26-28; Lesch, in FS Dahs, 2005, S. 81, 104.