

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2017

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

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

1. Sachverhalt¹

A besucht seine Mutter B in ihrer Wohnung. Nach einem gemeinsamen Kaffeetrinken fasst A gegen 08.40 Uhr den Entschluss, B Wertgegenstände zu entwenden. Einen Widerstand will er von vornherein verhindern. Dazu schlägt A der B mit einem stumpfen Gegenstand gegen den Kopf, wodurch B zwar erhebliche Verletzungen erleidet, jedoch nicht, wie von A geplant, das Bewusstsein verliert. A bemerkt, dass B die Verletzung wahrnimmt, aber nicht realisiert, dass A dies durch seinen Schlag verursacht hat. Er verständigt den Rettungsdienst und erkennt die Möglichkeit, sein Vorhaben in veränderter Form doch noch zu verwirklichen. Nunmehr will A nämlich den Krankenhausaufenthalt der B zur Vollendung der Tat nutzen. Als B in Begleitung von A ins Krankenhaus transportiert wird, steckt A im Krankenwagen ihre Wohnungsschlüssel ein. Während der stationären Behandlung der B geht A gegen 10.40 Uhr zurück in die Wohnung und entwendet Bargeld, Goldschmuck und das Auto der B.

Das LG Dresden verurteilt A wegen besonders schweren Raubes gem. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB² in Tateinheit mit gefährlicher Körperverlet-

Januar 2017 Der dreiste Sohn-Fall

Raub / Finalzusammenhang / räumlich-zeitlicher Zusammenhang

§ 249 Abs. 1 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Für die raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme ist maßgeblich, ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist.

BGH, Urteil vom 22. Juni 2016 – 5 StR 98/16; veröffentlicht in NJW 2016, 2900.

zung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5. Daraufhin legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall befasst sich im Wesentlichen mit der notwendigen Verknüpfung von qualifiziertem Nötigungsmittel und der Wegnahme beim Raub. Die Anforderungen an diesen Zusammenhang sind streitig.

Nach einer Ansicht ist erforderlich, dass durch die Anwendung des Nötigungsmittels die Wegnahme **objektiv kausal** gefördert werden muss.³ Denn für den Raub sei die Zweck-Mittel-Relation gerade charakteristisch.⁴

Nach st.Rspr.⁵ und h.L.⁶ ist ein objektiver Kausalzusammenhang zwi-

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

² §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des StGB.

³ Joecks, StGB, 11. Aufl. 2014, Rn. 24 f.

⁴ Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 11.

⁵ BGHSt 4, 210, 211; 20, 32; BGH NJW 2016, 2129.

⁶ Kindhäuser, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 249 Rn. 11; Wessels/Hillenkamp,

schen Nötigungshandlung und Wegnahme hingegen nicht erforderlich. Maßgeblich ist ausschließlich die **subjektive Vorstellung** des Täters, also die subjektiv-finale Verknüpfung (**sog. Finalzusammenhang**). Demzufolge muss die Wegnahme durch die Anwendung des Nötigungsmittels objektiv weder ermöglicht noch gefördert werden.⁷

Als Argument für diese Ansicht kann der Wortlaut des § 249 Abs. 1 herangezogen werden. Dieser spricht nämlich von einer Wegnahme „mit“ Gewalt bzw. „unter“ Anwendung von Drohung, aber nicht „durch“ Gewalt bzw. Drohung.⁸

Als weiteres Argument lässt sich der Umstand anführen, dass der Täter zum qualifizierten Nötigungsmittel für die Wegnahmehandlung greift. Dies begründe den gesteigerten Unrechts- und Schuldgehalt des Raubes.⁹ Dieser bestehe zudem darin, dass der Täter neben dem Eigentum und dem Gewahrsam auch in die Entscheidungsfreiheit des Opfers eingreife.¹⁰

Auch auf Grundlage dieser h.M. stellt sich jedoch im vorliegenden Fall die Frage, wie eine **Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf** zu behandeln ist. Insofern ist hier zu untersuchen, wie es sich auswirkt, dass A zunächst – im Zeitpunkt der Gewaltanwendung – mit dem Schlag auf den Kopf der B ein Entwenden der Gegenstände ermöglichen wollte, er letztlich jedoch erst durch den Krankenhausaufenthalt der B diesen Erfolg herbeiführen konnte.

Mit einer ähnlichen Fallkonstellation hatte sich der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 20. Januar 2016¹¹ zu

befassen. Der Angeklagte A verbrachte hier mit B eine Nacht in dessen Wohnung. Gegen 5 Uhr morgens fasste A den Entschluss, B durch Schläge auf den Kopf kampfunfähig zu machen, um anschließend Wertgegenstände entwenden zu können. Als er B mit einer Sektflasche auf den Kopf schlug, wachte dieser auf und flüchtete in die Küche. A ließ aus unerklärlichen Gründen von seinem Angriff ab und B kümmerte sich um seine schwerwiegenden Verletzungen. Währenddessen duschte A im Badezimmer und entwendete eine Goldkette aus dem Badezimmerschrank. Anschließend zog A sich in der Küche an und steckte das Smartphone des B ein. Die Strafkammer verurteilte A wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung.

Auch hier lag eine Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Geschehensverlauf vor. Der BGH hielt dies jedoch für eine unbeachtliche Abweichung, indem er im Rahmen des Finalzusammenhangs die Grundsätze der Irrtümer über den Kausalverlauf heranzog. Irrtümer beim Finalzusammenhang sind demnach so zu behandeln wie Irrtümer beim objektiven Kausalverlauf¹². Damit ist ein Irrtum insoweit unbeachtlich, als er nicht als erheblich zu bewerten ist.¹³ Das wiederum ist dann der Fall, wenn sich die Abweichung des tatsächlichen Geschehens von der Tätervorstellung innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt.¹⁴

Ferner fordert der BGH¹⁵ neben dem Finalzusammenhang auch eine

Strafrecht BT 2, 39. Aufl. 2016, § 7 Rn. 350.

⁷ Kudlich, JA 2016, 633.

⁸ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT Band 2, 17. Aufl. 2015, S. 110 Rn. 271.

⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), § 7 Rn. 350.

¹⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), § 7 Rn. 350.

¹¹ BGH NJW 2016, 2129.

¹² BGH NJW 2016, 2129, 2130; vgl. auch Albrecht, Die Struktur des Raubtatbestandes, 2011, S. 89; Streng, GA 2010, 671, 676.

¹³ BGH NJW 2016, 2129, 2130; vgl. auch Schaefer, in AnwK, StGB, 2. Aufl. 2014, § 249 Rn. 15.

¹⁴ BGH NJW 2016, 2129, 2130; vgl. auch Schaefer, in AnwK (Fn. 13), § 249 Rn. 15.

¹⁵ BGH NJW 2016, 2129, 2130.

objektive Beziehung zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme in Form eines **räumlich-zeitlichen Zusammenhangs**. Diese begründet er mit dem erhöhten Unrechtsgehalt des Raubes gegenüber dem Diebstahl, der daraus resultiert, dass der Täter die Nötigungsmittel funktional für den Eingriff in das fremde Eigentum einsetzt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des Angeklagten und bestätigt das Urteil des LG Dresden. Er stellt einleitend den notwendigen Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme fest. A habe gegen B Gewalt ausüben wollen, um anschließend ungehindert Wertgegenstände aus der Wohnung entwenden zu können. Diese subjektiv-finale Verknüpfung sei durch die Fehlvorstellung des A von der Wirkungsweise seiner Gewalthandlung, die zur Bewusstlosigkeit der B führen sollte, nicht aufgehoben worden. A habe während seiner Gewaltanwendung bis zur Vollendung der Tat mit ununterbrochenem fortbestehendem Wegnahmeverzweck und Zueignungsabsicht gehandelt. Aufgrund der von ihm verübten Gewalt und der hierdurch bewirkten erheblichen Verletzungen, die eine Krankenhausbehandlung erforderten, sei B nicht mehr in der Lage gewesen, sich dem Gewahrsamsbruch zu widersetzen. Die Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Finalverlauf sei deshalb unerheblich.

Ferner bekräftigt der BGH die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 20. Januar 2016¹⁶ hinsichtlich des zusätzlich erforderlichen räumlich-zeitlichen Zusammenhangs zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme. Für den räumlichen Zusammenhang sei nicht zwingend, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Ort des Gewahrsamsbruchs identisch sind. Für den zeitlichen Zusammenhang sei es nicht möglich, verbindliche Werte als

Höchstmaß zwischen den zwei Elementen zu benennen. Entscheidend sei jedenfalls für die raubspezifische Einheit, ob eine nötigungsbedingte Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft vorliege. Aufgrund der Gewaltanwendung des A und des Krankenhausaufenthalts, sei B nicht in der Lage gewesen, die in ihrer Gewahrsamssphäre befindlichen Wertsachen zu verteidigen. Dadurch sei A ein ungehinderter Zugriff auf die Wertgegenstände in der Wohnung der B ermöglicht worden. Dass zwischen der Nötigungshandlung und der Wegnahme ca. zwei Stunden liegen, stehe dem somit nicht entgegen. Folglich sei auch ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang zu bejahen. Mithin läge eine noch das typische Tatbild eines Raubes begründende Einheit beider Tatbestandselemente vor.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Als Konsequenz dieser Entscheidung kann erwartet werden, dass der BGH auch in Zukunft am Kriterium des räumlich-zeitlichen Zusammenhangs festhalten wird und es als zwingendes Element des Raubtatbestandes anerkennt.

Für Studierende relevant ist eine mögliche Korrektur des Aufbaus des Raubtatbestandes. Entgegen der bisherigen h.L.¹⁷ schlagen wir vor, den Finalzusammenhang künftig im subjektiven Tatbestand zu prüfen. Denn da es sich hierbei um die subjektive Vorstellung des Täters handelt, bietet es sich an, ein subjektives Kriterium auch im subjektiven Tatbestand zu prüfen.

Ein weiterer Unterschied ist das Erfordernis des räumlich-zeitlichen Zusammenhangs. So kann nicht mehr gänzlich auf ein objektives Kriterium

¹⁶ BGH NJW 2016, 2129.

¹⁷ Vgl. etwa *Eser/Bosch*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 249 Rn. 6 f.; *Rengier*, Strafrecht BT I, 18. Aufl. 2016, § 7 Rn. 7; *Sander*, in *MüKo*, StGB, 2. Aufl. 2012, § 249 Rn. 24.

wie bisher verzichtet werden. Daher könnte das Schema unter Berücksichtigung dieser Kriterien wie folgt aussehen:

Vorschlag für das Prüfungsschema des § 249 StGB	
I. Tatbestand	
1.) Objektiver Tatbestand	
a.) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	
b.) Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben	
c.) Räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme	
2.) Subjektiver Tatbestand	
a.) Vorsatz bzgl. objektive Tatbestandsmerkmale	
b.) Finalzusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme	
P: Irrtum über Finalverlauf	
c.) Absicht rechtswidriger Zueignung	
II. Rechtswidrigkeit	
III. Schuld	

Der räumlich-zeitliche Zusammenhang ist am Einzelfall zu messen. Das bedeutet aber nicht, dass willkürlich darüber entschieden werden darf. Ausschlaggebend für einen räumlich-zeitlichen Zusammenhang ist nämlich, dass es zu einer nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist.¹⁸ Damit muss in zeitlicher Hinsicht das Nötigungsmittel vor bzw. während der Wegnahmehandlung

eingesetzt werden, spätestens allerdings bis zur Vollendung.¹⁹

Für Studierende, aber auch für die Praxis, mag die Subsumtion unter den räumlich-zeitlichen Zusammenhang noch schwierig und ungewohnt erscheinen. Bis dato gibt es nur zwei Präzedenzfälle²⁰, die diesen räumlich-zeitlichen Zusammenhang berücksichtigen.

Im objektiven Tatbestand kann zunächst die Erforderlichkeit der Kausalität problematisiert werden. In der Klausur fehlt es nur in sehr seltenen Fällen einmal an der Kausalität, z.B. wenn das Opfer zum Widerstand gar nicht im Stande ist. In diesen Fällen ist es aus klausurtaktischen Gründen empfehlenswert der Ansicht zu folgen, die eine Kausalität als notwendiges Kriterium ablehnt, damit später der Finalzusammenhang noch angesprochen werden kann. Sodann ist im objektiven Tatbestand der räumlich-zeitliche Zusammenhang anzusprechen. Dazu gelten dann die obigen Ausführungen des BGH.

Wird unserem Aufbauschema gefolgt, so ist im subjektiven Tatbestand ist neben dem Vorsatz und der Absicht der rechtswidrigen Zueignung auch auf den Finalzusammenhang einzugehen. Liegt wie im vorliegenden Fall ein Irrtum über den vorgestellten Kausalverlauf vor, dann muss dies im Rahmen des Finalzusammenhangs problematisiert werden. Zur Lösung sind hier die Grundsätze über die Abweichung vom tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf heranzuziehen.

5. Kritik

Grundsätzlich ist die neue Rechtsprechungslinie des BGH zu begrüßen. Der Finalzusammenhang wird weiterhin wie gewohnt berücksichtigt. Es wird jedoch eine Korrektur insofern vorgenommen,

¹⁸ BGH NJW 2016, 2129.

¹⁹ *Habetha*, in AK, StGB, 2. Aufl. 2014, § 249 Rn. 13.

²⁰ BGH NJW 2016, 2129; BGH NJW 2016, 2900.

als ein objektives Kriterium hinzutritt, sodass es nicht mehr nur noch auf die Vorstellung des Täters ankommt, sondern auch auf tatsächliche Umstände. Somit liegt eine Begrenzung des Tatbestandes vor, da neben dem Finalzusammenhang ein weiteres Kriterium erforderlich ist. Diese geht aber nicht so weit, einen Kausalzusammenhang zu fordern wie dies teilweise vertreten wird. Anders als die Finalität, welche die subjektive Vorstellung des Täters von der Verknüpfung zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme beschreibt, handelt es sich bei dem räumlich-zeitlichen Zusammenhang faktisch um ein objektives Element des Tatbestandes. Der BGH sieht dieses objektive Kriterium als eigenständigen Prüfungspunkt an. Damit nähert er sich an die Literaturmeinung an, die den nötigungsspezifischen Zusammenhang objektiv bestimmt und ein kausales Verhältnis fordert. Das Urteil gibt im Ergebnis einen Mittelweg vor, mit dem vor allem die Fälle erfasst werden können, in denen eine zeitliche Zäsur vorliegt. Auch in diesen Fällen kann der dem Raub zugrundeliegende Unrechtsgehalt berücksichtigt werden.

Jedoch wäre eine konkretere Bestimmung des räumlich-zeitlichen Zusammenhangs für Studierende und Praktizierende hilfreich. Es ist zwar nachvollziehbar, dass eine starre zeitliche bzw. örtliche Begrenzung problematisch ist. Denn nur bei einer Einzelfallprüfung können die in einem Fall vorherrschenden Umstände in ihrer spezifischen Ausprägung zueinander berücksichtigt werden. Daraus resultiert aber zugleich die Gefahr, kein konkretes Wertungskriterium zugrunde legen zu können. Der BGH bietet als Wertungskriterium die nötigungsbedingte Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft an, was aber den räumlich-zeitlichen Zusammenhang nicht näher bestimmt.

Es bietet sich an, sich bei dem Kriterium des räumlich-zeitlichen Zusam-

menhangs an der Frische der Tat in § 252 zu orientieren.²¹ Der in § 252 geregelte räuberische Diebstahl ist vom tatbestandlichen Aufbau vergleichbar mit dem des Raubes. Beide Delikte setzen sich aus jeweils einer Wegnahmehandlung und einer qualifizierten Nötigungshandlung zusammen. Der einzige und wesentliche Unterschied ist nur die Reihenfolge. § 252 verknüpft diese beiden Elemente mit dem Merkmal der Tatfrische. Nach h.M. liegt eine Tatfrische vor, wenn der Täter alsbald nach Vollendung der Tat noch am Tatort oder in dessen Nähe betroffen wird, d.h. ein enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen der Vortat des Diebstahls und der folgenden Nötigungshandlung vorliegt.²²

Des Weiteren spricht der BGH in seiner Entscheidung von einer „noch“ das typische Tatbild eines Raubes begründenden raubspezifischen Einheit von Nötigungsmittel und Wegnahme. Diese Formulierung wirft Fragen auf. Beachtlich ist diese Aussage schon deshalb, weil der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung eine raubspezifische Einheit bei Vorliegen des Finalzusammenhangs erfüllt sah. In seiner neuen Rechtsprechung sieht er das Erfordernis des räumlich-zeitlichen Zusammenhangs als entscheidend für das Vorliegen einer raubspezifischen Einheit. D.h. beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Der Finalzusammenhang alleine genügt demnach nicht mehr. Dies ist eine enorme Veränderung, die einer weitergehenden Erklärung bedarf.

Insgesamt sind die Ausführungen des BGH zu befürworten. Es wäre wünschenswert gewesen, eine strukturiertere Herangehensweise und auch eine dogmatisch sauberere Erklärung für die neuen Anforderungen anzuführen. Denn eine nachvollziehbare Herleitung des Erfordernisses des räumlich-zeitlichen Zusammenhangs ist nicht zu

²¹ Vgl. *Maier*, NStZ 2016, 474, 475 f.

²² *Eser/Bosch*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 17), § 252 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 17), § 10 Rn. 7.

sehen. Vielmehr scheint es, als ob die Einzelfälle den BGH in die Richtung gedrängt haben, um eine raubspezifische Einheit bejahen zu können. Dies würde auch die Formulierung erklären, in der die Rede von einer „noch“ das typische Tatbild eines Raubes begründenden raubspezifischen Einheit ist.

(Katja Hellmys / Feride Özdemir)

1. Sachverhalt¹

Im Jahr 1942 tritt A als SS-Mitglied in dem Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz seinen Dienst an.

Bei der ab 1944 eingeleiteten sog. „Ungarn-Aktion“ werden ungarische Juden mithilfe von Zügen nach Auschwitz deportiert. Daraufhin findet eine so genannte „Selektion“ in „arbeitsfähige“ und „arbeitsunfähige“ Personen statt. Die Menschen der letzteren Gruppe werden direkt zur qualvollen Tötung in die Gaskammer geleitet. Den Opfern wird dies jedoch verschwiegen und fälschlicherweise erzählt, es gehe zum „Duschen“.

Im Rahmen dieser „Ungarn-Aktion“, bei der mindestens 300.000 Menschen getötet werden, leistet A an zumindest drei Tagen den so genannten „Rampendienst“. Hierbei bewacht er an der Stelle, wo die Menschen aus den Zügen gelassen werden und die „Selektion“ vorgenommen wird, uniformiert und bewaffnet das von den Deportierten abgestellte Gepäck. Dies ist notwendig, um Plünderungen durch SS-Angehörige vor den Augen der ahnungslosen Opfer zu verhindern und mögliche Unruhen zu vermeiden. Zudem gehört es zur Aufgabe des A, das Geld der Deportierten in Auschwitz als Buchhalter zu verwal-

Februar 2017 Der Auschwitz-Fall

Beihilfe / Hilfeleistung

§§ 211, 27 StGB

Famos-Leitsätze:

1. Bereits durch die allgemeine Dienstaussübung in dem Lager Auschwitz kann man i.S.d. § 27 StGB Hilfe geleistet haben, indem man die von den Haupttätern geplanten und angeordneten Massentötungen half umzusetzen.

2. Eine Beihilfe ist jedenfalls anzunehmen, wenn bestimmte Handlungsweisen mit unmittelbarem Bezug zu dem organisierten Tötungsgeschehen in Auschwitz im Rahmen eines konkret umgrenzten Sachverhaltskomplexes (hier sog. „Ungarn-Aktion“) festgestellt wurden.

BGH, Beschl. vom 20. September 2016 – Az. 3 StR 49/16; veröffentlicht in NJW 2017, 498.

ten und schließlich nach Berlin auf ein SS-Bankkonto zu bringen, wobei er bis zur Übergabe für das Geld verantwortlich ist. Während seiner gesamten Diensttätigkeit ist es auch seine Aufgabe, die Deportierten zu überwachen, um Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu unterbinden.

A wird vom LG Lüneburg wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 27 StGB² zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Daraufhin legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob A Gehilfe im Sinne des § 27 bei dem heimtückischen und grausamen Mord

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

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

der Menschen im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ war.

Für die Annahme einer Beihilfe gem. § 27 Abs. 1 bedarf es einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat und einer Hilfeleistung. Haupttäter des Mordes sind hier jedenfalls die SS-Männer, die die Tötungshandlung (Einlassen des Gases in die Gaskammern) unmittelbar vornahmen.³ Die zweite Komponente bei der Beihilfe, die Teilnahmehandlung, besteht in einem **Hilfeleisten**. Fraglich ist, ob die Tatbeiträge des A als ein solches Hilfeleisten i.S.d. § 27 Abs. 1 gesehen werden können. Hier kommen folgende Handlungen in Betracht: Die Ableistung des Rampendienstes, die Verwaltung des Vermögens der Opfer und die allgemeine Diensttätigkeit in dem Lager.

Es stellt sich die Frage, welche Qualität das Hilfeleisten haben muss.

Nach der **Kausalitätstheorie** kommt Beihilfe nur in Betracht, wenn das Verhalten für die Haupttat kausal geworden ist.

Dabei wird einmal eine strenge Kausalität i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel gefordert, d.h. der Beitrag des Gehilfen müsste in vollem Umfang für den konkreten Taterfolg ursächlich sein.⁴

Einige Anhänger dieser Theorie fordern jedoch eine abgeschwächte Form der Kausalität, eine sog. Verstärkungskausalität. Der Gehilfenbeitrag ist nach dieser Ansicht bereits kausal, wenn die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht, erleichtert, intensiviert oder abgesichert wird.⁵

Ein Teil der Literatur, die Vertreter der **Risikoerhöhungstheorie**, fordern dagegen nur, dass der Gehilfe das Risiko der Verletzung des angegriffenen Rechtsguts erhöht. Er muss danach lediglich die Erfolgchancen der Haupttat steigern, ohne diese jedoch zu verursachen.⁶

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur verlangen mit der **Förderungstheorie** hingegen keine Kausalität zwischen dem Gehilfenbeitrag und der Verwirklichung der Haupttat. Es sei demnach ausreichend, wenn der Gehilfenbeitrag die Tat erleichtert oder objektiv fördert.⁷

Für ein Kausalitätserfordernis wird der Strafgrund der Beihilfe angeführt, der in der Mitwirkung an fremdem Unrecht besteht.⁸ Der Gehilfe nehme wenigstens eine mittelbare Verletzung des Rechtsguts des Opfers vor.⁹ Zudem wird angeführt, dass eine Abgrenzung der vollendeten zur versuchten Beihilfe erforderlich ist. Die versuchte Beihilfe ist im Umkehrschluss zu § 30 Abs. 1, der nur die versuchte Anstiftung unter Strafe stellt, nicht strafbar.¹⁰

Dem wird aber entgegengehalten, dass dadurch die Beihilfe zu stark an die Voraussetzungen der Mittäterschaft geknüpft werde.¹¹ Dem Gehilfen werde der Taterfolg eben nicht als „sein“ Werk zugerechnet.¹² Zudem sei er als Teilnehmer nur als Randfigur des Tatgeschehens anzusehen, weshalb nicht zu

³ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – Az. 27 Ks 1191 Js 98402/13, 36.

⁴ Heinrich, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2016, Rn. 1326; Jakobs, Strafrecht AT 2, 22. Abschnitt Rn. 34 ff.; Kaspar, JuS 2004, 409, 412.

⁵ Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 64 II 2c; Joecks, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017 ff., § 27 Rn. 33 ff.; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 215.

⁶ Puppe, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2016, § 26 Rn. 17; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 26 Rn. 212 f.

⁷ RGSt 8, 267, 268; BGHSt 42, 135, 136; 46, 107, 109; 54, 140, 142 f.; BGH NJW 2007, 384, 388 f.; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, Rn. 1079; Seher, JuS 2009, 793, 795.

⁸ Heine/Weißer, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 6.

⁹ Jäger, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, Rn. 266.

¹⁰ Heinrich (Fn.4), Rn. 1329, 1367.

¹¹ Vgl. Seher, JuS 2009, 793, 794.

¹² Heinrich (Fn. 4), Rn. 1327.

enge Kriterien an die Beihilfehandlung anzulegen sind.¹³

Im vorliegenden Fall stehen mehrere Handlungen im Mittelpunkt, die im Rahmen eines staatlich organisierten Massenverbrechens getätigt wurden. Dabei besteht einmal die Besonderheit, dass an jeder einzelnen Mordtat eine Vielzahl von Personen ohne eigenhändige Ausführung an einer Tötungshandlung beteiligt waren und zum anderen, eine Mehrzahl von Personen auf verschiedenen Ebenen unmittelbar an den Tötungen mitwirkten.

Gerade bei organisierten Massenverbrechen gelten andere Maßstäbe zur Beurteilung der Hilfeleistung. Im Laufe der Prozesse zu den NS-Verbrechen hat sich die Beurteilung über das Vorliegen einer Hilfeleistung derjenigen Bediensteten, die in Konzentrations- und Vernichtungslagern als „kleines Rädchen“ tätig waren, gewandelt. In früheren Entscheidungen zu reinen Vernichtungslagern wie Sobibór, Belzec, Treblinka und Chelmno wurde festgestellt, dass alle Angehörigen des Lagerpersonals bei der Tötung der Opfer Hilfe geleistet haben, da sie in einen Betrieb eingegliedert waren, dessen alleiniger Zweck darin bestand, die industriell organisierte Massenvernichtung durchzuführen.¹⁴ In dieser Mordmaschinerie spielte die Art der Aufgabe keine Rolle¹⁵, selbst ein Buchhalter wurde wegen seiner Verwaltungstätigkeit in Sobibór wegen Beihilfe zum Mord verurteilt.¹⁶ Es gebe keine wertneutralen Tätigkeiten in diesen Lagern.¹⁷ Die Beihilfehandlungen der Angeklagten standen im Verhältnis der Tateinheit zueinander, die Handlungen

wurden jeweils durch einen einzigen Willensakt des Beteiligten veranlasst.¹⁸

Bei den Auschwitz-Prozessen ab 1963 wurde durch das LG Frankfurt a.M. jedoch eine andere Beurteilung vorgenommen, da es sich bei Auschwitz nicht um ein reines Vernichtungslager handelte, sondern dieses zum Teil auch ein Zwangsarbeitslager war, dessen Zweck nicht ausschließlich in der sofortigen Tötung lag. Bei jedem Angehörigen des Lagerpersonals in Auschwitz war, dem Gericht zufolge, daher jeweils ein Nachweis erforderlich, dass der Verdächtige an einer zeitlich und räumlich eng gefassten, speziellen Tötungshandlung mitwirkte.¹⁹ Dieser „konkrete Einzeltatnachweis“ war häufig nicht zu erbringen²⁰, womit die Annahme einer Beihilfe zum Mord nicht möglich war.

Das Gericht ging damals also davon aus, dass in Auschwitz (im Gegensatz zu den reinen Vernichtungslagern) neutrale Tätigkeitsbereiche existierten.²¹ Der hessische Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer und mit ihm die zuständige Staatsanwaltschaft kritisierte das Urteil des LG Frankfurt a.M. Statt einer Fragmentierung sei eine Bewertung des Geschehens als eine Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit erforderlich. Die Zurechnung der Gesamtzahl der Opfer einer gesamten Vernichtungsaktion sei nur mit dieser Annahme möglich.²² Eine natürliche Handlungseinheit könne angenommen werden, wenn sich für einen Dritten das Tätigwerden als einheitliches, zusammengehöriges Tun erkennbar macht.²³ Bei den Vernichtungsaktionen gegen

¹³ Krey/Esser (Fn. 7), Rn. 1079; Kühl (Fn. 5), § 20 Rn. 211.

¹⁴ LG Bonn, Urt. v. 23.7.1965 – Az. 8 Ks 3/63; LG Hagen, Urt. v. 20.12.1966 – Az. 11 Ks 1/64.

¹⁵ BGH, Urt. v. 25.11.1964 – Az. 2 StR 71/64.

¹⁶ BGH, Urt. v. 25.3.1971 – Az. 4 StR 47-48/49.

¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1964 – Az. 2 StR 71/64, 352.

¹⁸ LG Bonn, Urt. v. 23.7.1965 – Az. 8 Ks 3/63, 261.

¹⁹ LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – Az. 4 Ks 2/63; Kurz, ZIS 2013, 122, 125.

²⁰ Kurz, ZIS 2013, 122, 123.

²¹ Werle/Burghardt, in Beulke-FS, 2015, S. 339, 350.

²² Bauer, JZ 1967, 625, 628.

²³ BGHSt 4, 219, 220; Roxin (Fn. 6), § 33 Rn. 30 f.

die Juden könne damit eine natürliche Handlungseinheit aufgrund der einheitlichen Planung, der räumlich-zeitlichen Begrenzung und dem gleichförmigen Ablauf angenommen werden.²⁴

Weiterhin meinte Bauer, dass schon mit dem Eintritt in das Lager Auschwitz die Kenntnis von der Tötungsmaschinerie vorhanden wäre. Die Anwesenheit genüge, um eine Hilfeleistung anzunehmen. Neben der physischen Hilfeleistung ist nämlich auch eine psychische Beihilfe möglich.²⁵ Diese liege mit der bloßen Anwesenheit als Bediensteter in Auschwitz vor. Dadurch wirke man von dem Beginn des Beschäftigungsverhältnisses in dem Lager Auschwitz fortlaufend und ununterbrochen bei den Tötungen mit.²⁶

Der BGH schlussfolgerte hingegen, dass nicht jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, für alles, was auf Grund dessen geschah, verantwortlich sei.²⁷ Durch dieses Urteil wurde z.B. der SS-Zahnarzt Dr. Schatz, dem jedenfalls die Anwesenheit an der Rampe nachgewiesen werden konnte, freigesprochen.

Diese Rechtsprechung etablierte sich als Leitlinie und führte darüber hinaus zu zahlreichen Verfahrenseinstellungen vonseiten der Staatsanwaltschaften in Verfahren gegen NS-Verbrecher.²⁸

Ein späteres Urteil des LG München aus dem Jahre 2011 wurde wiederum durch die Strafverfolgungsbehörden zum Anlass genommen, Strafverfahren

gegen noch lebende ehemalige Angehörige des Lagerpersonals zu führen. In dem Urteil wurde nämlich der in Sobibór tätige John Demjanjuk wegen seines allgemeinen Dienstes in dem Lager wegen Beihilfe zum Mord verurteilt. Ein konkreter Einzelnachweis war nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich.²⁹ Das LG München folgte damit in seiner Argumentation der früheren Rechtsprechung zu den reinen Vernichtungslagern, die anfangs erwähnt wurde. Das Urteil wurde jedoch nie rechtskräftig, da Demjanjuk vor der Revisionsentscheidung des BGH starb.³⁰

Bei dem Verfahren gegen A stand nun die Frage im Raum, ob diese Grundsätze auf einen Angehörigen des Lagerpersonals in Auschwitz mit den dargestellten Tätigkeitsbereichen übertragen werden können. Bis zu der hier im Zentrum stehenden Entscheidung war seit langer Zeit keine höchstgerichtliche Entscheidung zu der Beurteilung der Strafbarkeit eines Bediensteten in Auschwitz ergangen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH lehnte die Revision des A ab und bestätigte damit das Urteil des LG Lüneburg. A habe sich durch seine Tätigkeiten in Auschwitz wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 27 strafbar gemacht. Das Gericht nahm eine Gesamtbetrachtung aller Tatbeiträge des A vor, um ein Hilfeleisten zu begründen. A habe das insgesamt auf die Tötung von Menschen ausgerichtete System von Auschwitz durch seinen Rampendienst, die Verwaltung des Geldes und die durchgehende Überwachung der Deportierten unterstützt.

Durch seinen Rampendienst habe A als SS-Angehöriger im Sinne des § 27 Abs. 1 Hilfe geleistet, indem er einerseits durch die Bewachung des Gepä-

²⁴ Bauer, JZ 1967, 625, 628; Nestler, Plädoyer im Strafverfahren Oskar Gröning vom 8. Juli 2015 (abrufbar unter <https://nebenklage-auschwitz.de>).

²⁵ BGHSt 40, 490, 491; Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 27 Rn. 9.

²⁶ Bauer, JZ 1967, 625, 628.

²⁷ BGH NJW 1969, 2056.

²⁸ Z.B.: Staatsanwaltschaft Frankfurt a.M., Einstellungsverfügung v. 21.4.1982 – Az. 50/4 Js 1173/62; Staatsanwaltschaft Dortmund, Einstellungsverfügung v. 28.11.1991 – Az. 45 Js 84/88.

²⁹ LG München II, Urte. v. 12.5.2011 – Az. 1 Ks 12496/08.

³⁰ <http://www.faz.net/aktuell/nach-urteil-nazi-verbrecher-demjanjuk-ist-tot-11687775.html> (zuletzt besucht am 02.01.2017).

ckes dazu beitrug, die Arglosigkeit der Angekommenen aufrechtzuerhalten und andererseits als Teil der Drohkulisse dabei mitwirkte, jedes Aufkommen eines Gedankens an Widerstand oder Flucht zu vermeiden. Der Rampendienst des A habe die schnelle und reibungslose Selektion gewährleistet und die spätere Tötung der Deportierten in die Gaskammern erleichtert und beschleunigt. Ohne diese Drohkulisse, die von den bewaffneten SS-Wachmännern auf der Rampe ausging, wäre der konkrete Ablauf der Vernichtung nicht möglich gewesen.

Zudem habe A durch die Verwaltung der Vermögenswerte der Opfer und das Transportieren des Geldes nach Berlin den Tätern die finanziellen Mittel zur Aufrechterhaltung des Mordapparats Verfügung gestellt.

Letztendlich habe sich A nicht nur bezüglich der Opfer, bei deren Ankunft er den Rampendienst ausübte, wegen Beihilfe zum Mord strafbar gemacht. Auch während seiner gesamten Diensttätigkeit in Auschwitz habe A den Organisatoren der „Ungarn-Aktion“ Hilfe bzgl. der Ermordung aller Opfer dieser konkreten Vernichtungsaktion geleistet.

Das Bestehen einer organisierten Tötungsmaschinerie mit vielen Beschäftigten, die ihren Dienst jeden Tag erbrachten, sei die Voraussetzung dafür gewesen, dass sich die Organisatoren auf die Durchführung der „Ungarn-Aktion“ verlassen konnten. A sei durch seinen allgemeinen Dienst in diesen personellen Apparat eingebunden gewesen und habe damit die Haupttat gefördert.

Der BGH rechnet dem A somit konkrete Handlungsweisen mit unmittelbarem Bezug zu der „Ungarn-Aktion“ zu.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Trotz des geschichtlichen Ausnahmecharakters des hier zu Grunde liegenden Sachverhalts hat der vorliegende Beschluss des BGH Bedeutung für Ausbildung und Praxis.

In ersterer Hinsicht zeigt der Fall die Anwendung der Rechtsprechungslösung, die bei der Annahme eines Hilfeleistens keine hohen Anforderungen stellt. In Fällen, in denen die Kausalität der Beihilfe problematisch ist, kommen die verschiedenen Theorien der Literatur und Rechtsprechung jedoch in der Regel zum gleichen Ergebnis, womit für Studierende ein Streitentscheid häufig entbehrlich sein wird.³¹

Es handelt sich zudem um ein Grundsatzurteil, das neue Weichen für den Umgang mit NS-Verbrechen stellt. Zwar sind aufgrund der zeitlichen Distanz zu den Tatgeschehnissen die Verdächtigen älter als 90 Jahre alt. Das Erreichen eines hohen Alters ist jedoch kein Grund, von einer weiteren Strafverfolgung abzusehen.³² Einige wenige Verfahren stehen somit noch aus,³³ für die dieser Beschluss durchaus Bedeutung hat.

5. Kritik

Bei dem vorliegenden Beschluss des BGH handelt es sich um eine historische Entscheidung. Die rechtliche Wertung der Beiträge des A als Hilfeleistung ist zu begrüßen. Damit wurde festgestellt, dass auch ein „kleines Rädchen“, das an der systematischen Ermordung der Juden in Auschwitz mitwirkte, Beihilfe zum Mord begangen hat.

Dadurch wird ein Teil des Rechtsfriedens wiederhergestellt, die Überlebenden und die Verwandten der vielen Opfer, die ums Leben kamen, erfahren durch die Bestätigung des Lüneburger Urteils teilweise Genugtuung.

Diese erstmals höchstrichterlich vorgenommene Feststellung bewirkt auch eine Korrektur der früheren Rechtsprechung zu Auschwitz, indem betont wird, dass Auschwitz ein Ort war, „an dem man nicht mitmachen

³¹ BGH NJW 2007, 384, 389; Rengier, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2016, § 45 Rn. 92; Roxin (Fn. 6), § 26 Rn. 187.

³² Kuchenbauer, NJW 2009, 14, 20.

³³ Siehe: <https://nebenklage-auschwitz.de>.

durfte³⁴. Gerade durch die Gesamtbeurteilung der Eingliederung des A in den personellen Vernichtungsapparat von Auschwitz wurde nicht erneut eine „Atomisierung“³⁵ des Tatgeschehens in Auschwitz vorgenommen, wie im Jahr 1965 geschehen.

Dass die Beihilfe hier zu weit gefasst wäre, kann dagegen nicht kritisiert werden. Dieser Beschluss reiht sich vielmehr in die ständige Rechtsprechung zur Beihilfe³⁶ ein. Das wird insbesondere anhand des Falls El Motassadeq deutlich, bei dem ein Bekannter der Terroristen vom 11. September 2001 der Beihilfe zum Mord schuldig gesprochen wurde.³⁷ Ein Hilfeleisten durch Motassadeq wurde schon in der Verschleierung des wahren Aufenthaltsorts der Attentäter durch Zahlung laufender Rechnungen und Abholen der Post gesehen. Denn dadurch war den Behörden in Deutschland nicht aufgefallen, dass die Attentäter sich tatsächlich in den USA aufhielten. Motassadeq förderte objektiv die Haupttat, da durch eine Entdeckung des wahren Aufenthaltsorts die Durchführung der Anschläge verhindert worden wäre. Diese Entscheidung verdeutlicht, dass auch vergleichsweise „harmlose“ oder untergeordnete Handlungen nach der Konzeption der Rechtsprechung zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Mord führen können.³⁸

Allerdings hätte diese Entscheidung, die möglicherweise die letzte Möglichkeit für den BGH bot, sich mit der Materie der nationalsozialistischen Verbrechen zu befassen, eine Auseinandersetzung mit den früheren Entscheidungen des BGH zu Auschwitz sein können. Eine solche wird in dieser Entscheidung leider nicht vorgenommen. Es wird auf die damalige Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1969 zwar verwiesen, jedoch

wird eine nähergehende inhaltliche Betrachtung nicht angestellt, vielmehr wird nur auf den unterschiedlichen Sachverhalt hingewiesen.³⁹ Vor allem hätte man in dieser Entscheidung die Grundsätze der Rechtsprechung über die reinen Vernichtungslager (s.o.) auf Auschwitz im Hinblick auf die „Ungarn-Aktion“ übertragen können.

Das zeigt sich daran, dass Auschwitz ab 1942, jedenfalls für alle Juden, ein Lager mit dem einzigen Zweck der Vernichtung war, die entweder in der direkten Ermordung der Menschen in den Gaskammern bestand oder die durch eine „Vernichtung durch Arbeit“ vorgenommen wurde.⁴⁰

Dies stellt der BGH jedoch nicht eindeutig fest. Er stützt sich vielmehr auf die konkreten Handlungsweisen des A mit unmittelbarem Bezug zur „Ungarn-Aktion“.

(Laura Marie Pelz / Giovanni Vavalle)

³⁴ Nestler (Fn. 24).

³⁵ Bauer, JZ 1967, 625, 627.

³⁶ BGHSt 46, 107, 109; BGH NJW 2001, 2409, 2410; NStZ 2004, 499, 500.

³⁷ BGH NJW 2007, 384.

³⁸ Vgl. Kudlich, JA 2007, 309, 311.

³⁹ BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – Az. 3 StR 49/16, 14.

⁴⁰ Vgl. Nestler (Fn. 24).

1. Sachverhalt¹

A wird vom LG Köln wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Das Gericht stützt die Verurteilung auf Angaben, die As Tochter B im Rahmen des Ermittlungsverfahrens bei ihrer Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter getätigt hat. Erst in der Hauptverhandlung macht B von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO² Gebrauch.

A greift seine Verurteilung mit der Revision zum BGH an. Er sieht in der Verurteilung einen Verstoß gegen die §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3. Seine Verurteilung sei vor allem auf die Angaben seiner Tochter gestützt worden, die diese im Ermittlungsverfahren getätigt hat. Eingebracht wurde die Aussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters im Hauptverfahren, nachdem B von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hatte. Dies geschah, obwohl B in der Hauptverhandlung darauf hingewiesen hatte, dass sie mit einer Verwertung ihrer zuvor gemachten Angaben nicht einverstanden sei. A ist der Meinung, bereits der Ermittlungsrichter habe über eine etwaige Verwertbarkeit der durch die ermittelungsrichterliche Vernehmung erlangten der Zeugenaus-

März 2017

Ermittlungsrichter-Fall

Zeugnisverweigerungsrecht / qualifizierte Belehrung / Ermittlungsrichterprivileg / Verwertungsverbot

§§ 252, 52 StPO

Famos-Leitsätze:

1. Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, so kann die Aussage vor dem Ermittlungsrichter durch Vernehmung des Ermittlungsrichters verwertet werden.
2. Einer qualifizierten Belehrung, die über die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht hinausgehend eine mögliche Verwertung der Aussage im Hauptverfahren beinhaltet, bedarf es nicht.

BGH, Beschluss vom 15. Juli 2016 - GSSt 1/16; veröffentlicht in NJW 2017, 94.

sage in der Hauptverhandlung belehren müssen.

Gem. § 132 GVG fragt der Zweite Strafsenat bei den anderen Strafsenaten an, ob sie von ihrer bisherigen Rechtsprechung abrücken und eine qualifizierte Belehrung neben der Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung für erforderlich halten, um für den Fall, dass ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, diesen auf die Verwertbarkeit der Aussage im weiteren Verfahren hinzuweisen. Die anderen Strafsenate teilen die Rechtsauffassung des Zweiten Senats nicht, woraufhin dieser sein Anliegen als Rechtsfrage dem Großen Senat für Strafsachen vorlegt.

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

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falles stehen zwei Rechtsfragen. Darf der Ermittlungsrichter über die Zeugenaussage der B im Ermittlungsverfahren vernommen werden, wenn diese erst im Hauptverfahren von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Gebrauch macht? Dies betrifft die Frage des Umfangs des Verwertungsverbots gem. § 252. Und hätte sie, wenn dies bejaht wird, bereits vom Ermittlungsrichter im Hinblick auf die Konsequenzen ihrer Aussage und deren Verwertung in der Hauptverhandlung „qualifiziert“ belehrt werden müssen?

Ausgangspunkt dieser Problematik ist das Verständnis und die Auslegung des § 252. Danach darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht das Zeugnis zu verweigern (§ 52) Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Er statuiert damit das Verbot der Protokollverlesung nach einer Zeugnisverweigerung.

Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts für nahe Angehörige ist es, sie vor einer Zwangslage zu bewahren. Sie können durch ihre Verbindung zum Angeklagten leichter in eine schwere Konfliktlage geraten, da sie auf der einen Seite der Aussagepflicht folgen wollen bzw. müssen und auf der anderen Seite den Wunsch haben, den Betroffenen nicht zu belasten.³ Eine uneingeschränkte Aussage könnte den Familienfrieden nachhaltig beeinträchtigen und liefere damit auch dem in Art. 6 GG verankerten Prinzip des Schutzes der Familie zuwider.⁴ Macht der Zeuge erst während der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Ge-

brauch, so ist bezüglich der früheren Aussage grundsätzlich das Protokollverlesungsverbot gem. § 252 einschlägig.

Neben dem ausdrücklich normierten Verlesungsverbot wird nach überwiegender Auffassung der Regelung ein umfassendes **Verwertungsverbot** entnommen.⁵ Die vor der Hauptverhandlung gemachten Aussagen dürfen demnach weder durch Verlesen der Vernehmungsprotokolle noch durch die Vernehmung der (nicht-richterlichen) Verhörspersonen eingeführt werden.⁶

Es ist streitig, ob in gewissem Umfang **Ausnahmen** von diesem umfassenden Verwertungsverbot des § 252 zulässig sind. Nach h.M. sollen solche Aussagen ausgenommen werden, die der Zeuge nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht vor einem Ermittlungsrichter getätigt hat, sog. Ermittlungsrichterprivileg.⁷ Früher wurde dies durch den BGH damit begründet, dass nach der damaligen Rechtslage nur den Ermittlungsrichter eine Belehrungspflicht traf.⁸ Seit Inkrafttreten der Belehrungspflicht für Vernehmungen durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft ist diese Begründung jedoch hinfällig geworden. Seitdem wird die Ausnahme darauf gestützt, dass das Gesetz durch die §§ 168 c, 251 Abs. 2, 254, 255a den höheren Stellenwert einer richterlichen Vernehmungen belege.⁹ Ferner beruft sich die Rechtsprechung auf eine Güterabwägung.¹⁰ Es gebe ein Span-

³ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 24 Rn. 9; Velten, in SK-StPO, 5. Aufl. Bd. 5, 2016, § 252 Rn. 7.

⁴ BGHSt 12, 235, 239; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 52 Rn. 1.

⁵ BGHSt 2, 99, 104 f.; Velten, in SK (Fn. 3), § 252 Rn. 3; a.A. RGSt 5, 142 f.; 16, 119 f.; 48, 246; 72, 221 f.

⁶ BGHSt 2, 99, 104 ff.; 7, 194 f.; 32, 25, 29; 45, 342, 345; Ellbogen, in MüKo, StPO, 2016, § 252 Rn. 1; Furhmann, JuS 1963, 273; Velten, in SK (Fn. 3), § 252 Rn. 3a.

⁷ BGH NJW 2000, 1274, 1275; Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 9.

⁸ BGH NJW 1952, 356.

⁹ BGH NJW 2000, 1274, 1275; Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg (Fn. 7), § 252 Rn. 9.

¹⁰ BGH NSTZ 2014, 596, 597.

nungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege und dem Interesse des Zeugen, sich die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts bis zur Hauptverhandlung vorzubehalten.¹¹ Letzteres überwiegt grundsätzlich in § 252.

Andererseits spricht sich eine andere Auffassung **gegen eine Ausnahme** vom umfassenden Verwertungsverbot aus.¹² Diese Ausnahme finde bereits im Gesetzeswortlaut des § 252 keine Stütze. Vielmehr stelle die ermittelungsrichterlich begründete Ausnahme eine mit der Gesetzlage unvereinbare Rechtsfortbildung dar.¹³ Sie sei eine bloße „kriminalpolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung“¹⁴, um Beweisverluste, die eine konsequente Anwendung des Verwertungsverbots mit sich bringen würde, zu vermeiden. Dies sei eine völlige Umgehung des ausdrücklich verbotenen Verlesungsverbots. Auch könne die Konfliktsituation des Zeugen nicht durch eine Belehrung beseitigt werden. Die Zulässigkeit richterlicher und nicht-richterlicher Verhörspersonen müsse vielmehr einheitlich beurteilt werden.¹⁵ Vertreter dieser Auffassung führen darüber hinaus ein historisches Argument an. Nach den Materialien zur Entstehungsgeschichte habe der Gesetzgeber mit § 252 bereits die Grundentscheidung getroffen, dem Zeugen bis zur Hauptverhandlung und nicht nur bis zur ersten ermittelungsrichterlichen Ver-

nehmung die freie Entscheidung zuzugestehen, ob seine Aussage verwertet werden darf.¹⁶

Hält man mit der h.M. eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot des § 252 jedoch für zulässig, stellt sich folgerichtig die Frage nach den **Voraussetzungen der Belehrung** im Ermittlungsverfahren. Diesbezüglich hält es die bisherige Rechtsprechung nicht für erforderlich, dass der Zeuge neben der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 auch noch „qualifiziert“ darüber belehrt werden muss, dass seine Angaben nach einer späteren eventuellen Zeugnisverweigerung durch Vernehmung eines Ermittlungsrichters verwertbar blieben. Begründet wird dies unter anderem damit, dass man den Zeugen nicht auf die Möglichkeit des Widerrufs des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrechts „stoßen“ solle (vgl. § 52 Abs. 3 Satz 2). Schon allein aus diesem Grund sei eine qualifizierte Belehrung bei einer lediglich ermittelungsrichterlichen Vernehmung nicht erforderlich. Für eine solche Belehrungs- bzw. Hinweispflicht fehle es außerdem an einer gesetzlichen Regelung.¹⁷

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung fordert der Zweite Strafsenat des BGH hingegen eine **qualifizierte Belehrung** des Zeugen bei der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung. Eine solche Belehrung solle beinhalten, dass der Zeuge über die bleibende Verwertbarkeit der Aussage trotz geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung informiert wird.¹⁸ Erst die qualifizierte Belehrung über die Ausnahme vom Verwertungsverbot versetze den ermittelungsrichter-

¹¹ BGHSt 45, 342, 346; 46, 189, 195 f.

¹² Beulke, StPO, 12. Aufl. 2012, Rn. 420; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1287 f.; Hartmann/Schmidt, Strafprozessrecht, 2008, Rn. 918; Hellmann, Strafprozessrecht, 2006, Rn. 670; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2015, § 21 Rn. 66.

¹³ El-Ghazi, JR 2015, 343, 344 f.; Ellbogen, in MüKo (Fn. 6), § 252 Rn. 1.

¹⁴ Eisenberg, NStZ 1988, 488 f.; Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg (Fn. 7), § 252, Rn. 10.

¹⁵ BGH NStZ 2014, 596; Beulke (Fn. 12), Rn. 420; Roxin/Schünemann (Fn. 3), § 46 Rn. 29.

¹⁶ BGHSt 45, 203, 208.

¹⁷ BGH NStZ 2014, 596, 598 ff.; 1985, 36; Meyer-Goßner, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 4), § 52 Rn. 26.

¹⁸ BGH NStZ 2014, 598; vgl. auch El-Ghazi, JR 2015, 343 f.; Jahn, JuS 2014, 1138 ff.

lich vernommenen Zeugen in die Lage, über seine Aussagebereitschaft und deren mögliche Folgen für das spätere Verfahren, aber auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Aussage zu entscheiden.¹⁹ Erst mit einer qualifizierten Belehrung werde die umfassende Informations- und geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen geschaffen, die zur Legitimation der Ausnahme erforderlich sei.²⁰ Zumal zwischen der ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung oftmals eine zeitliche Zäsur liege und sich lediglich Zeuge und Ermittlungsrichter gegenüber sitzen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Große Senat hält an seiner früheren Rechtsprechung und den Ausnahmen vom umfassenden Verwertungsverbot nach § 252 fest. Er bestätigt die Möglichkeit, den Ermittlungsrichter im Hauptverfahren über die Angaben eines Zeugen zu vernehmen, die dieser im Ermittlungsverfahren gemacht hat. Dem Wortlaut des § 252 zufolge bestehe ohnehin nur ein Protokollverlesungsverbot. Auch in systematischer Hinsicht vermittele § 252 kein derartiges Verwertungsverbot. Zudem stehe diese Möglichkeit der Verwertung der Aussage dem Willen des Gesetzgebers und damit dem Sinn und Zweck des § 252 nicht entgegen. Das bereits genannte Spannungsverhältnis, in dem sich ein Zeuge mit Zeugnisverweigerungsrecht befinde, wirke sich in solchen Fällen zugunsten des öffentlichen Interesses aus. Außerdem räume der Gesetzgeber der Zeugenvernehmung durch einen Ermittlungsrichter an verschiedenen Stellen eine besondere Bedeutung ein.²¹ Ferner trage § 52 der besonderen Lage des Zeugen Rechnung und damit seinem Interesse, gegenüber dem Be-

schuldigten seine soziale Bindung zu wahren. Die von der Reichsjustizkommission vorgeschlagene Fassung, die dem heutigen § 252 entspricht, seien unverändert übernommen worden. Bis heute habe der Gesetzgeber keinen Anlass gesehen, die Auslegung der Norm durch die Rechtsprechung zu korrigieren. Er habe auch an dieser Ansicht festgehalten, als die Vorschrift des § 163a Abs. 5 a.F. eingeführt wurde, nach der sowohl Staatsanwaltschaft als auch Polizei verpflichtet wurden, den Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren.

Die daraus folgende unterschiedliche Behandlung von richterlichen und nicht-richterlichen Vernehmungen begründet der Große Senat schließlich mit dem allgemein höheren Vertrauen des Gesetzes in ermittelungsrichterliche Vernehmungen. Auch sei für den Zeugen die gesteigerte Bedeutung einer Vernehmung vor dem Ermittlungsrichter erkennbar.

Für die Einführung und Verwertung des Inhalts der Bekundungen des Zeugen hält der BGH es jedoch für erforderlich, dass der Ermittlungsrichter ihn über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 belehrt. Einer darüber hinausgehende qualifizierte Belehrung über die Möglichkeit der Verwertung der Aussage im weiteren Verfahren bedarf es nach Meinung des Großen Senats hingegen nicht. Eine solche sei schon deshalb nicht notwendig, da im Vergleich mit der Rechtslage bei einem Beschuldigten, dessen Aussagefreiheit und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung in der Verfassung verankert sind, auch dieser lediglich über seine Aussagefreiheit in Kenntnis gesetzt werden müsse. Lässt er sich dennoch zur Sache ein, können seine Angaben später jedenfalls durch Zeugnis der Vernehmungsperson in das weitere Verfahren eingeführt und verwertet werden. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um eine nicht-richterliche oder ermittelungsrichterliche Vernehmung handle, wenn der Beschuldigte

¹⁹ BGH NStZ 2014, 596, 598 f.

²⁰ BGH NStZ 2014, 596, 598; vgl. auch *El-Ghazi*, JR 2015, 343 f.; *Jahn*, JuS 2014, 1138 ff.

²¹ Vgl. z.B. § 251 Abs. 2, § 168c Abs. 2 und § 161a Abs. 1 Satz 3.

sich in der Zwischenzeit entschlossen hat, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Außerdem sei die Position des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen zwar ebenfalls von großer, aber nicht von höherer Bedeutung als die Position des Beschuldigten. Eine Belehrung, die für den Zeugen, nicht aber für den Beschuldigten, gilt, führe zu einem Wertungswiderspruch.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für die juristische Ausbildung ist die Entscheidung des Großen Senats nicht nur besonders examensrelevant, sondern bietet den Studierenden eine lehrbuchartig strukturierte Argumentation für die Behandlung des § 252. In Zukunft kann von den Studierenden beispielsweise in einer strafprozessualen Zusatzfrage erwartet werden, dass sie nicht nur Antwort auf die Frage geben, ob eine Zeugenaussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters verwertet werden darf. Vielmehr müssen sie in einem Streit erörtern, wie eine Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 begründet wird und ob darüber hinaus besondere Voraussetzungen an eine Belehrung gestellt werden. Für die Praxis hat der Große Senat endgültig über die Zulässigkeit einer Vernehmung des Ermittlungsrichters und die Anforderungen an die Belehrung entschieden. Dies bietet Rechtssicherheit und sollte zukünftig eine einheitliche Rechtsprechung zur Folge haben. Von nun an können die Gerichte mit Gewissheit die Aussage eines Angehörigen durch die Vernehmung eines Ermittlungsrichters in den Prozess einführen und als Beweis verwerten. Ferner muss der Zeuge wie bisher nicht qualifiziert belehrt werden.

5. Kritik

Im Hinblick auf die hier behandelte Problematik sind verschiedene Lösungswege denkbar: So könnte man der Meinung folgen, die ein absolutes Verwertungsverbot für sämtliche Verhörspersonen statuiert. Eine andere

Lösung wäre, eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot anzunehmen, die entweder nur für die ermittelungsrichterliche Vernehmung oder sogar für alle, auch nicht-richterlichen, Verhörspersonen, also auch Staatsanwaltschaft und Polizei, gelten könnte. Diese Alternativen könnten jeweils mit oder ohne qualifizierte Belehrung diskutiert werden.

Vorzugswürdig erscheint es, für sämtliche Verhörspersonen eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot des § 252 unter der Bedingung anzunehmen, dass eine qualifizierte Belehrung stattfindet. Diese soll dem Zeugen vor Augen führen, dass sein Beitrag zur Wahrheitsfindung, den er mit der Aussage im Ermittlungsverfahren leistet, unumkehrbar ist. Denn nur dann kann man davon ausgehen, dass der Zeuge „in Kenntnis der Tragweite seines Verhaltens“²² aussagen kann. Eine qualifizierte Belehrung könnte bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung auch die mögliche Strafbarkeit wegen einer Falschaussage beinhalten. So würde die Bewusstseinslage geschärft, da der Zeuge im Hinblick auf mögliche strafrechtliche Konsequenzen einer Falschaussage aufgeklärt ist und ihm insofern auch seine strafrechtliche Tragweite der Aussage erläutert wird.

Ferner liegt oftmals zwischen der ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung eine längere Zeitspanne. Hier muss man in Betracht ziehen, dass der Zeuge seine Einstellung zu seiner Aussagebereitschaft noch ändern kann. Zudem ist der angehörige Beschuldigte bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung in den meisten Fällen nicht anwesend, sondern nur der Zeuge und der Ermittlungsrichter. In dieser Situation kann dem Zeugen die Bedeutung seiner Aussage für seinen Angehörigen und die Endgültigkeit des mit der Aussage geleisteten Beitrags zur Wahrheitsfindung deshalb

²² BGHSt 13, 394, 396; BGH NSTZ 2014, 596, 598.

durchaus weniger bewusst sein als in der Hauptverhandlung, da er dort in der Regel dem Angeklagten, seinem Angehörigen, gegenübersteht.²³ Durch die qualifizierte Belehrung würde so einerseits die Stresssituation des Zeugen in der Verhandlung vermieden und andererseits seinem Privatleben dahingehend ausreichend Rechnung getragen, indem er selbst entscheiden kann, ob und inwiefern er seinen Angehörigen belastet. Ansonsten wäre es fraglich, ob ihm die Tragweite seiner Aussage trotz bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts überhaupt bewusst ist.

Außerdem stellt der Große Senat schwer nachvollziehbar dar, weswegen die Qualität einer ermittlungsrichterlichen Vernehmung höher sein soll als bei anderen Vernehmungen und weswegen deshalb der Zeuge ein besonderes Bewusstsein in Bezug auf seine Aussage habe.²⁴ Die Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt, zumal der Aussagende aus seiner Sicht bei allen Vernehmungen der gleichen Vernehmungs- und daraus resultierenden Stresssituation ausgesetzt ist.

Auch wenn es der qualifizierten Belehrung an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, ist anzumerken, dass es sich bei der Ausnahme vom Verwertungsverbot ebenfalls um ungeschriebenes Richterrecht handelt, weswegen dieses Argument nicht überzeugt.

Zusammenfassend kann insofern also angemerkt werden, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn sich der Große Senat zumindest zugunsten einer qualifizierten Belehrung entschieden hätte. Zudem sollte die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen und dabei als Voraussetzung derselben auch die qualifizierte Belehrungspflicht gesetzlich normiert werden.

(Amanda Hermann / Chiara Streitbö-
ger)

²³ BGH NSTZ 2014, 596, 598 f.

²⁴ Vgl. auch *Beulke* (Fn. 12), Rn. 420; *Eisenberg*, NSTZ 1988, 488 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 3), § 46 Rn. 29.

1. Sachverhalt¹

Mehrere Polizeibeamte wollen im ersten Stock eines Mehrfamilienhauses einen Durchsuchungsbeschluss vollstrecken. Im Treppenhaus fällt ihnen ein starker Marihuanageruch auf, der aus der Wohnung des A im dritten Stock zu kommen scheint. Die Feststellung, dass sich der Stromzähler im Keller für die Wohnung des A ungewöhnlich schnell dreht, erhärtet bei den Beamten den Verdacht, dass A Marihuana anbaut.

Daraufhin versucht der leitende Polizeibeamte B innerhalb von 15 Minuten während der Mittagszeit mindestens dreimal erfolglos den Eildienst der Staatsanwaltschaft telefonisch zu erreichen, um diesen zu veranlassen, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Als dies nicht gelingt, beschließen die Polizisten, an der Haustür des A zu klopfen, um durch freiwillige Angaben der Herkunft des Geruchs auf den Grund zu gehen. A hat die Beamten in seinem Hausflur zu diesem Zeitpunkt noch nicht bemerkt.

Erst auf das Klopfen hin verschließt er von innen die Tür. Da die Beamten davon ausgehen, dass A nun Beweismittel vernichtet, entscheidet B, dass

April 2017 Marihuana-Fall

Gefahr im Verzug / Richtervorbehalt / Beweisverwertungsverbot / Fernwirkung

Art. 13 Abs. 2 GG; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO

Famos-Leitsätze:

1. Die Selbsterbeiführung von Gefahr im Verzug zur Umgehung des Richtervorbehalts führt als grober Verstoß gegen Verfahrensnormen zu einem Beweisverwertungsverbot.
2. Ein hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff kann eine schwerwiegende Missachtung des Richtervorbehalts nicht heilen.
3. Ein Beweisverwertungsverbot kann ausnahmsweise eine Fernwirkung entfalten, wenn der Angeklagte unter dem Eindruck von unzulässig gewonnenen Erkenntnissen vernommen wird und keinen Grund mehr sieht, seine Aussage zu verweigern.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2016 – III-3 RVs 46/16; veröffentlicht in NStZ 2017, 177-180.

Gefahr im Verzug i.S.d. § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO² vorliegt. Er ordnet die sofortige Durchsuchung der Wohnung an. Dort stellen die Beamten zahlreiche Pflanzen und mehr als ein Kilogramm Marihuana sicher. Nach Belehrung als Beschuldigter gibt A gegenüber den Beamten vor Ort an, dass er an ADHS leide und deshalb „ohne Ende kiffe“.

Das AG Wuppertal verurteilt A wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe. Das LG Wuppertal verwirft die Berufung des A. Daraufhin legt A Revision zum OLG Düsseldorf ein.

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

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Mittelpunkt des Falles stehen drei Fragen des Beweisrechts: Wann führt ein Verfahrensverstoß zu einem Beweisverwertungsverbot? Wann ist ein hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff zu berücksichtigen? Kann ein Verwertungsverbot eine Fernwirkung für eine Aussage entfalten, die unter dem Eindruck von unzulässig gewonnenen Erkenntnissen gemacht wird?

Der Verfahrensverstoß könnte hier in Form der Durchsuchung ohne ordnungsgemäße Anordnung im Sinne des § 105 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 GG vorliegen. In der Regel muss eine Hausdurchsuchung von einem Richter angeordnet werden. Nur bei Gefahr im Verzug darf die Durchsuchung durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen veranlasst werden.

Gefahr im Verzug liegt vor, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Durchsuchung gefährdet wird.³ Den Ermittlungsbehörden soll so ein schnelles und situationsgerechtes Handeln ermöglicht werden, wenn der Verlust von Beweismitteln droht.⁴ Ziel des Richtervorbehalts ist allerdings die vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige, neutrale Instanz.⁵ Wortlaut und Systematik des Art. 13 GG zeigen deutlich, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme sein soll.⁶ Der Begriff der Gefahr im Verzug ist daher eng auszulegen.⁷ Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte Ver-

mutungen als Grundlage einer Annahme von Gefahr im Verzug sind daher nicht ausreichend.⁸ Die Strafverfolgungsbehörden dürfen die tatsächlichen Voraussetzungen der Gefahr im Verzug deshalb auch nicht selbst herbeiführen und den Richtervorbehalt so unterlaufen.⁹ Im vorliegenden Fall könnte der Richtervorbehalt in diesem Sinne durch planmäßige Herbeiführung der Gefahr im Verzug bewusst umgangen worden sein.

Liegt insofern ein Verfahrensverstoß vor, ist weiterhin zu fragen, ob daraus ein **Beweisverwertungsverbot** folgt. Die betreffenden Beweisergebnisse sind dann von der Berücksichtigung im Urteil ausgeschlossen.¹⁰ Eine allgemeine Regel, wann ein Verfahrensverstoß zu einem Verwertungsverbot führt, existiert nicht. Daher muss stets eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden, deren Kriterien umstritten sind. Im Wesentlichen gibt es diesbezüglich drei Meinungen.

Ursprünglich entwickelte die Rspr. die **Rechtskreistheorie**.¹¹ Danach ist darauf abzustellen, ob die Verletzung der Verfahrensnorm den Rechtskreis des Beschuldigten wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter Bedeutung ist. Bei dieser Untersuchung sei vor allem der Sinn und Zweck der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie erschaffen wurde, zu berücksichtigen.¹² Diese Theorie wurde für Verstöße gegen die Belehrungspflicht gegenüber Zeugen mit Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 2 entwickelt. Wird ein Zeuge bei einer Vernehmung falsch oder gar nicht über sein Aussageverweigerungs-

³ BVerfG NJW 2001, 1123; Hadamitzky, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Auflage 2016, § 105 Rn. 17.

⁴ BVerfG NJW 2015, 2787, Rn. 68.

⁵ Vgl. BVerfG NJW 2015, 2787, Rn. 69; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Auflage 2016, Rn. 258.

⁶ BVerfG NJW 2001, 1122.

⁷ Hadamitzky (Fn. 3), § 104 Rn. 17.

⁸ BVerfG NJW 2001, 1123; Beulke (Fn. 5), Rn. 258; Hadamitzky (Fn. 3), § 105 Rn. 17.

⁹ BVerfG NJW 2001, 1123; BGH NSTZ 2016, 552.

¹⁰ Beulke (Fn. 5), Rn. 455.

¹¹ BGHSt [GrS] 11, 213.

¹² BGHSt [GrS] 11, 215; vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, § 24 Rn. 24.

recht belehrt, führe dies zu keinem Verwertungsverbot, weil nicht der Rechtskreis des Beschuldigten, sondern lediglich der des Zeugen durch den Verstoß verletzt werde.¹³ Eine genaue Abgrenzung des Rechtskreises ist jedoch nicht in allen Fällen möglich, da ein Angeklagter auch dann ein Recht auf ein justizförmiges Verfahren hat, wenn Verfahrensvorschriften nicht speziell seinem Schutz dienen. Daher wird die Rechtskreistheorie heute so nicht mehr vertreten, lebt aber als Kriterium für die Einzelfallabwägung fort.¹⁴

Eine weitere Theorie modifiziert die Rechtskreistheorie und stellt stattdessen auf den **Schutzzweck** der verletzten Beweiserhebungsnorm ab. Die Verwertung der unrechtmäßig erhobenen Beweise sei nur dann zulässig, wenn sie mit dem Schutzzweck der Norm vereinbar ist.¹⁵ Ein Beispiel ist die körperliche Untersuchung gem. § 81a. Schutzzweck dieser Norm ist der Gesundheitsschutz des Betroffenen, weshalb die Untersuchung auch von einem Arzt vorgenommen werden muss. Bei Verletzung dieser Norm bliebe der Schutzzweck solange gewahrt, wie keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei dem Untersuchten eintreten.¹⁶ Ergibt sich ein Verwertungsverbot direkt aus dem Grundgesetz (sog. selbstständiges Verwertungsverbot), so halten einige Stimmen eine bloße Betrachtung des Schutzzwecks der Verfahrensnorm allerdings nicht für ausreichend.¹⁷

Demgegenüber verlangt die **Abwägungslehre** der h.M., dass das staatliche Strafverfolgungsinteresse im Ein-

zelfall gegen das Individualinteresse des Bürgers auf Wahrung seiner Rechte abgewogen werde. Dabei spielen vor allem die Schwere des Delikts und das Gewicht des Verfahrensverstößes eine Rolle.¹⁸ Der BGH erkennt im Rahmen der Abwägungslehre an, dass ein bei einer Durchsuchung gefundenes Beweismittel unverwertbar ist, wenn die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen bewusst, schwerwiegend oder willkürlich gegen Verfahrensvorschriften verstoßen und so die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht lassen.¹⁹ Einen solch schwerwiegenden Verfahrensverstoß nahm der BGH beispielsweise in folgendem Fall an: Der Beschuldigte einer Tat, die bereits zehn Tage zurücklag, befand sich in Untersuchungshaft. Trotzdem durchsuchten die Ermittlungspersonen sein Auto, ohne zuvor einen richterlichen Beschluss beantragt zu haben.²⁰ Die Abwägung führte in diesem Fall zur Annahme eines Verwertungsverbots. Der BGH begründet dies vor allem damit, dass der Staat aus rechtswidrigem Handeln keinen Nutzen ziehen dürfe.²¹

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Verfahrensverstoß dadurch geheilt werden kann, dass die Strafverfolgungsbehörden auf legalem Wege ohnehin das gleiche Beweisergebnis erzielt hätten (**hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff**).²² Der BGH berücksichtigt diesen Aspekt im Rahmen der Abwägung.²³ So hat er für den Fall, dass eine bei einer Durchsuchung sichergestellte Geldkassette später ohne richterlichen Beschluss aufgebrochen wird, entschieden, dass das

¹³ BGHSt 11, 213; vgl. *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, 2. Auflage 2017, Problem 28 Rn. 8.

¹⁴ *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 13), Problem 26 Rn. 9.

¹⁵ *Roxin/Schünemann* (Fn. 12), § 24 Rn. 25.

¹⁶ *Schünemann*, JA 1972, 633, 640 f.; vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 14), § 24 Rn. 25.

¹⁷ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 458; *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 370.

¹⁸ *Beulke* (Fn. 5), Rn. 458; *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 367.

¹⁹ BGH StV 2016, 539.

²⁰ BGH StV 2016, 539.

²¹ BGH NJW 2007, 2269; BGH NSTZ-RR 2007, 242.

²² *Beulke* (Fn. 5), Rn. 483; *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 409.

²³ BGH NSTZ 2016, 552; BGH NSTZ 2007, 601.

Interesse an der Verwertung der gefundenen Sachbeweise dem Interesse des Angeklagten überwiegt, da ein Ermittlungsrichter der Öffnung der Geldkassette höchstwahrscheinlich ohnehin zugestimmt hätte.²⁴ Nach der h.M. ist eine heilende Wirkung bei einer **bewussten Missachtung** des grundgesetzlich vorgeschriebenen Richtervorbehalts für die Durchsuchung einer Wohnung jedoch in jedem Fall ausgeschlossen.²⁵ Dürften Beweise unter bewusstem Rechtsbruch erlangt werden, werde das wesentliche Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben.²⁶

Darüber hinaus ist umstritten, ob Ermittlungsergebnisse, die durch ein unverwertbares Beweismittel erzielt wurden, ebenfalls einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Terminologisch ist hier zwischen Fort- und Fernwirkung zu unterscheiden.

Die **Fortwirkung** bezieht sich auf die Fälle, in denen ein Beschuldigter eine Aussage macht, die wegen einer fehlerhaften Belehrung unverwertbar ist, ihm aber im weiteren Verlauf des Prozesses wieder vorgehalten wird.²⁷ Hier ist fraglich, ob der erste Verfahrensfehler fortwirkt. Nach h.L. ist die zweite Aussage nur verwertbar, wenn der Beschuldigte zuvor qualifiziert belehrt darüber wurde, dass seine vorherige Aussage nicht verwertet werden darf.²⁸ Der BGH folgt dem zwar, macht die Gültigkeit der zweiten Aussage aber weiterhin von einer Abwägung im Einzelfall abhängig.²⁹

Bei der **Fernwirkung** geht es um die Frage, ob ein Verwertungsverbot auch zur Unzulässigkeit der Verwertung

von mittelbar über dieses erste Beweismittel erlangten neuen Beweisen führt.³⁰ Spuren, welche an einer Leiche gefunden werden (mittelbarer Beweis), können einem Verwertungsverbot unterliegen, wenn der Fundort dieser Leiche nur unter Androhung von Folter in Erfahrung gebracht worden ist (unmittelbarer rechtswidriger Beweis).³¹

Der **BGH** hat bisher allein dem Verwertungsverbot im Falle eines Verstoßes gegen Art. 10 GG eine Fernwirkung zugebilligt, diese ansonsten aber verneint. Ein Verfahrensfehler dürfe nicht dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt wird.³²

Die Gegenmeinung folgt der US-amerikanischen „**fruit of the poisonous tree doctrine**“. Sinn und Zweck des Beweisverbotes würden unterlaufen, wenn auch mittelbar rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafverfahren verwertbar blieben.³³ Zum gleichen Ergebnis gelangt die Theorie, welche auf den **Schutzzweck** der verletzten Norm abstellt. Eine Verwertung der mittelbar erlangten Beweise würde den Verfahrensverstoß noch intensivieren.³⁴

Eine vermittelnde Ansicht fordert, auch hier eine **Einzelfallabwägung** vorzunehmen, da beide genannten Ansichten der Problematik nicht in vollem Umfang gerecht würden. Das Gewicht des ursprünglichen Verfahrensverstößes müsse mit der Schwere der begangenen Tat in Verhältnis gesetzt werden.³⁵

²⁴ BGH NStZ 2016, 551, 552.

²⁵ BGH StV 2016, 539, *Amelung*, NStZ 2001, 337; *Jahn*, JuS 2016, 1138; *Schroeder*, JuS 2004, 858, 862.

²⁶ BGHSt 51, 285, 296.

²⁷ *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 13), Problem 32 Rn. 7.

²⁸ *Schünemann*, MDR, 1969, 101 ff.

²⁹ BGHSt 53, 112; vgl. *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 13), Problem 32 Rn. 7.

³⁰ *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 403; *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 13), Problem 32 Rn. 1.

³¹ Vgl. LG Frankfurt StV 2003, 325 (Hier wurde die Fernwirkung allerdings im Rahmen der Abwägung abgelehnt).

³² BGHSt 29, 244.

³³ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 482; *Roxin/Schünemann* (Fn. 11), Rn. 59.

³⁴ Vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 482; *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 408.

³⁵ LG Frankfurt StV 2003, 325; vgl. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 482; *Eisenberg* (Fn. 11), Rn. 408.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf nimmt im vorliegenden Fall ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der durch die Durchsuchung der Wohnung erlangten Beweise an. Das Verhalten der Polizisten würdigt das Gericht nicht als bloße Verkennung des Zustandekommens der Gefahr im Verzug, sondern als planvolle Herbeiführung einer Situation, die entweder zu einem freiwilligen Öffnen der Tür oder der drohenden Vernichtung von Beweismitteln führen würde. Die Beamten hätten die Gefahr im Verzug durch das Klopfen an der Wohnungstür des A selbst herbeigeführt, obwohl genug Zeit gewesen wäre, um abzuwarten bis der Eildienst der Staatsanwaltschaft erreichbar gewesen wäre. Gerade weil die Anrufe zur Mittagszeit getätigt wurden, hätte ohne weiteres in absehbarer Zeit mit der Erreichbarkeit des Richters gerechnet werden können.

Daher sei die Vorgehensweise der Polizeibeamten in ihrer Gesamtheit jedenfalls als eine einer willkürlichen und zielgerichteten Umgehung des Richtervorbehalts gleichwertige gröbliche Missachtung dieses Vorbehalts anzusehen. Obwohl ein Beweisverwertungsverbot den Grundsatz der Wahrheitserforschung im Strafverfahren einschränkt, müsse es bei einem solch schwerwiegenden Verstoß gegen § 105 Abs. 1 Satz 1 angenommen werden. Der Unverwertbarkeit der Beweise stehe aus diesem Grund auch nicht entgegen, dass ein Durchsuchungsbeschluss theoretisch hätte erlangt werden können.

Das Beweisverwertungsverbot erstreckte sich ferner nicht nur auf die gefundenen Beweismittel, sondern ebenfalls auf die vor Ort getätigte Aussage des A. Obwohl wegen eines Verfahrensfehlers nicht das gesamte Strafverfahren „lahmgelegt“ werden dürfe, entfalte das Verwertungsverbot hier eine Fernwirkung. Dies sei der Besonderheit des Falles geschuldet. Die Vernehmung habe noch unter dem Eindruck der auf unzulässige Weise gewonnenen Be-

weismittel stattgefunden. Der A habe keinen Anlass gesehen, von seinem Recht auf Schweigen Gebrauch zu machen, da er sich als offensichtlich überführt betrachtete. Dass die vorgefundenen Beweismittel unverwertbar waren, sei ihm nicht bewusst gewesen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Für Studierende sollte die Entscheidung des OLG Düsseldorf ein Anstoß sein, sich nochmals intensiv mit der Begründung von Beweisverwertungsverböten zu befassen. Das OLG zeigt mit seiner Entscheidung, dass eine Abwägung unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen im Einzelfall erfolgen muss. Die Frage nach einer allgemeingültigen Regel, wann Beweisverwertungsverbote greifen und eventuell sogar eine Fernwirkung entfalten, ist noch immer nicht abschließend geklärt und deshalb weiterhin von größter Relevanz. Zudem sollten die Unterscheidung zwischen Fort- und Fernwirkung von Verwertungsverböten und die dazu vertretenen Meinungen beherrscht werden.

In der Praxis wird der Richtervorbehalt durch die Entscheidung des OLG nochmals gestärkt, auch wenn das Gericht den Ausnahmecharakter seiner Entscheidung betont. Obwohl Strafverfahren nicht allein aufgrund eines Verfahrensfehlers komplett lahmgelegt werden dürfen, wird den Strafverfolgungsbehörden dadurch deutlich gemacht, dass sie nicht willkürlich auf ihre Eilkompetenz zurückgreifen und sich hinterher mit der Aussage rechtfertigen können, dass ein Richter den Durchsuchungsbeschluss in jedem Fall erlassen hätte.

5. Kritik

Das Urteil des OLG Düsseldorf ist im Ergebnis zu begrüßen. Die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 Abs. 2 GG muss auch für mutmaßliche Straftäter im Rahmen des § 105 Abs. 1 Satz 1 gewährleistet bleiben. Es ist deshalb in jedem Fall unab-

dingbar, dass von einer neutralen Instanz eine Abwägung im Einzelfall vorgenommen wird. Genau das soll der Richtervorbehalt bei der Durchsuchung einer Wohnung bezwecken. Da er hier bewusst umgangen wurde, war es richtig und wichtig, dass das OLG ein Beweisverwertungsverbot für die rechtswidrig erlangten Beweise angenommen hat.

Nicht eindeutig ist hier jedoch die Verwendung des Begriffs der Fernwirkung für die Unverwertbarkeit der Aussage des A. Ein klassischer Fall der Fernwirkung liegt hier nicht vor. Es wird kein neuer Beweis erhoben, sondern lediglich die Aussage des Angeklagten aufgenommen, der unter dem Eindruck stand, dass er bereits überführt worden sei. Trotzdem spricht das OLG von Fernwirkung, ohne die Möglichkeit einer Fortwirkung in Betracht zu ziehen und eventuell auszuschließen.

Dabei beruft es sich auf ein Urteil des BGH, laut dem ein Beweisverwertungsverbot für Bekundungen von Beschuldigten besteht, die unter dem Eindruck des Vorhalts von unzulässig gewonnen Erkenntnissen aus einer Telefonüberwachung gemacht worden sind.³⁶ In diesem Fall lehnt der BGH eine Fernwirkung nach Abwägung jedoch zugunsten der Effektivität der Strafverfolgung ab. Die Parallelität der beiden Fälle erschließt sich hier aber nicht eindeutig. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das OLG nur eine Unverwertbarkeit der Aussage des A und der Polizeibeamten meint oder tatsächlich von einer echten Fernwirkung ausgeht, die sich auch auf weitere Beweise erstrecken würde. Aus dem Verweis auf das Urteil des BGH und der kurzen Begründung des OLG zur Annahme der Fernwirkung geht dies nicht hervor.

Unter diesem Aspekt wäre interessant, wie das OLG in Anbetracht des fehlenden Durchsuchungsbeschlusses entschieden hätte, wenn es nicht um ein Betäubungsmitteldelikt, sondern beispielsweise um einen Mordfall ginge.

Wären bei einer unzulässigen Durchsuchung Beweise für ein Tötungsdelikt gefunden worden, hätte das Gericht sowohl in Bezug auf das Verwertungsverbot, als auch auf die Fernwirkung vermutlich anders entschieden.

Grundsätzlich ist es unerlässlich, dass bestimmte Argumente die Abwägung nicht von vornherein entscheiden. Der hypothetisch rechtmäßige Ersatzeingriff darf deshalb nicht als Allheilmittel bzw. einziges Kriterium gelten, sondern lediglich als ein Argument bei der Abwägung Berücksichtigung finden, wie es auch der Ansicht des BGH entspricht. Gerade bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt würde eine zu große Gewichtung des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs regelmäßig die Kompetenzordnung des § 105 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 GG unterlaufen und der Richtervorbehalt letztlich sinnlos werden.³⁷ In diesem Sinne hat im vorliegenden Fall auch das OLG entschieden.

(Pia Schreiber / Jasper Stehmeier)

³⁶ BGHSt 32, 68-79.

³⁷ BGH NJW 2007, 2273; BGH NStZ 2012, 105; Krehl, NStZ 2003, 463.

1. Sachverhalt¹

A besucht ein Fußballspiel der zweiten Bundesliga. Auf der linken Brustseite seiner Weste ist ein Aufnäher mit dem Schriftzug „A.C.A.B.“ befestigt. Im Rahmen der Einlasskontrolle wird ein Polizeibeamter – der die Ordner unterstützt – auf den Aufnäher aufmerksam. Sowohl das AG als auch das LG verurteilen A wegen Beleidigung (§ 185 StGB) zu einer Geldstrafe. Die von A eingelegte Revision wird vom OLG München verworfen. A legt Verfassungsbeschwerde ein und rügt eine Verletzung seiner Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Strafgerichte werden immer wieder mit Fällen beschäftigt, in denen wegen der Verwendung von Akronymen wie „A.C.A.B.“² oder „FCK CPS“³ bzw. Zahlenfolgen wie „1312“⁴ ein Beleidigungs-

Mai 2017 „A.C.A.B.“-Fall

Meinungsfreiheit / Beleidigung / Kollektivbezeichnung

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

Famos-Leitsätze:

1. Eine herabsetzende Äußerung, die weder bestimmte Personen benennt noch erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne individuelle Aufschlüsselung ein Kollektiv erfasst, kann unter bestimmten Umständen ein Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs sein.
2. Es ist für eine erkennbare Konkretisierung des Angriffs auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs nicht ausreichend, dass der seine – negativ abgrenzende – Meinung Äußernde ein Fußballspiel in dem Bewusstsein besucht, dass dort Einsatzkräfte der Polizei anwesend sein würden.
3. Für die personalisierte Zuordnung einer Äußerung bedarf es konkreter Feststellungen in den Urteilsgründen, dass sich der Äußernde bewusst in die Nähe der Einsatzkräfte der Polizei begeben hat, um diese mit seiner Parole zu konfrontieren.

BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2017 – 1 BvR 1593/16; veröffentlicht in NJW 2017, 1092.

vorwurf im Raum steht.⁵ In diesem Spannungsfeld von strafrechtlichem Ehrschutz (§§ 185 ff. StGB) und verfassungsrechtlich verbürgter Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) stellen sich mehrere Fragen.

Da die Beleidigung (§ 185 StGB) einen **Angriff auf die Ehre** eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung voraus-

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

² Siehe z.B. OLG Karlsruhe SpuRt 2013, 72; OLG Nürnberg NStZ 2013, 593.

³ BVerfG NJW 2015, 2022; AG Bückeburg NdsRpfl 2014, 283.

⁴ Dazu BVerfG NJW 2017, 1092.

⁵ Siehe aus dem Schrifttum Geppert, NStZ 2013, 553; Jäger, JA 2013, 232; Jahn, JuS 2016, 751; Klas/Blatt, HRRS 2012, 388; Muckel, JA 2015, 797; Zöller, ZJS 2013, 102.

setzt,⁶ ist der Rechtsanwender zunächst gehalten, die verschiedenen möglichen Deutungen einer Aussage zu prüfen.⁷ Wenn die Umstände des Einzelfalls eine Deutung zulassen, welche die Äußerung als eine vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckte allgemeine oder anlassbezogene Kritik an einem Kollektiv selbst ohne erkennbar ehrverletzenden Bezug zu einzelnen individualisierbaren Angehörigen des Kollektivs erscheinen lassen, ist dieser grundrechtsschonenden Deutungsvariante grundsätzlich der Vorzug zu geben.⁸ Denn bei Äußerungen, die sich auf ein nicht mehr überschaubares Kollektiv („alle“) beziehen, liegt es auf der Hand, dass solche Behauptungen – auch aus der Sicht des sich Äußernden – nicht zutreffen.⁹ Bei dem Vorwurf an ein solch großes Kollektiv wird es nämlich in der Regel nicht um das individuelle Fehlverhalten oder Merkmale der Gruppenmitglieder gehen, sondern um den Unwert des Kollektivs und seiner sozialen Funktion.¹⁰ Eine solche abwertende Äußerung über menschliche Eigenschaften schlechthin oder die Kritik an sozialen Einrichtungen ist allerdings nicht mehr geeignet, auf die persönliche Ehre des Individuums durchzuschlagen.¹¹ Da es an einem Bezug zu individualisierbaren Personen fehlt, kann auch niemand betroffen sein.¹²

Soll hingegen eine nach dem Wortsinne und den bestimmenden Begleitumständen in Betracht kommende dem Täter günstige Deutungsvariante ausgeschlossen werden, bedarf dies der besonderen Darlegung und Begründung.¹³

Die Fachgerichte interpretieren die Buchstabenfolge „A.C.A.B.“ dahinge-

hend, dass sie für die englische Parole „all cops are bastards“ steht.¹⁴ Das BVerfG billigt dies, da dieses Verständnis der Buchstabenfolge bei der Polizei wie auch den Äußernden allgemein bekannt sei.¹⁵ Andere in diesem Zusammenhang denkbare Deutungen wie „all chicks are beautiful“, „acht Cola, acht Bier“, „autonome Chaoten argumentieren besser“, „alle Chaoten am Bau“ oder „always carry a bible“ werden der Bedeutung der szenetypischen, vor allem bei Demonstrationen und Fußballspielen verbreiteten Abkürzung auf Aufnähern oder Kleidungsstücken nicht gerecht und werden prozessual als Schutzbehauptung gewertet.¹⁶

Versucht man, den zutreffenden Sinn der Abkürzung „A.C.A.B.“ zu erfassen, gelangt man zu dem Schluss, dass es sich bei der Bezeichnung „alle Polizisten seien Bastarde“ um ein ehrenrühriges Werturteil handeln kann. Historisch wurden als „Bastarde“ nämlich solche Kinder bezeichnet, die von Adligen mit Frauen niedrigen Standes gezeugt wurden und mit denen die adligen Väter in der Regel nicht verheiratet waren. Aus der Sicht Adliger erschienen diese Kinder als solche „unreinen Blutes“, weshalb die Formulierung als Schimpfwort verwendet wurde.¹⁷ Aber auch heute noch ist diese Bezeichnung als ein solches zu verstehen, da sie inzwischen einen Menschen als in jeder Hinsicht minderwertig beschreibt.¹⁸ Die Kundgabe der Parole bringt aber auch eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatli-

⁶ BGHSt 1, 288, 289; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2003, 295, 296.

⁷ BVerfGE 93, 266, 295 ff.

⁸ OLG Karlsruhe SpuRt 2013, 72, 73.

⁹ Siehe BGHSt 36, 83, 87.

¹⁰ BVerfGE 93, 266, 301.

¹¹ BVerfGE 93, 266, 302.

¹² BGHSt 36, 83, 87.

¹³ BVerfG NJW 2002, 3315, 3316.

¹⁴ OLG Karlsruhe SpuRt 2013, 72, 74; OLG Stuttgart NStZ-RR 2009, 50; LG Stuttgart NStZ 2008, 633.

¹⁵ BVerfG NJW 2016, 2643; BVerfG NJW 2017, 1092.

¹⁶ Jäger, JA 2013, 232, 234; Zöller, ZJS 2013, 102, 104 f.; siehe auch OLG Stuttgart NStZ-RR 2009, 50.

¹⁷ Zöller, ZJS 2013, 102, 104.

¹⁸ OLG Stuttgart NStZ-RR 2009, 50; Gelpert, NStZ 2013, 553.

chen Ordnungsmacht zum Ausdruck¹⁹ und fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG.²⁰ In diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, dass derjenige, der einen Berufsstand schlechthin beschimpft, damit nicht zwangsläufig jedem Berufsträger der Polizei seine Ehre als Person abspricht.²¹ Es ist nämlich bei einer Äußerung über den Berufsstand (hier: der Polizisten) durchaus eine dahingehende Deutung denkbar – und möglicherweise auch nahe liegend –, dass der Berufsträger für sich als ehrenhafter Mensch angesehen wird, der jedoch einen – nach Ansicht des Äußernden – schändlichen Beruf ausübt.²²

Zudem stellt sich die Frage, inwieweit nach den Maßstäben des Fachrechts die Beleidigung eines Kollektivs möglich ist.²³ Nach wohl überwiegender Ansicht sind auch abgrenzbare **Persongemeinschaften**, die eine anerkannte soziale Funktion erfüllen und einen einheitlichen Willen bilden können, beleidigungsfähig.²⁴ Die mit der Formulierung „all cops“ angesprochene Polizei im Ganzen bzw. Gemeinschaft aller Polizisten (weltweit [?]) ist – angesichts der Tatsache, dass diese Gruppe einer einheitlichen Willensbildung nicht fähig ist – insofern nicht be-

leidigungsfähig.²⁵ Anders wird dies mitunter beurteilt, soweit sich die Äußerung auf eine kleinere polizeiliche Einheit, wie z.B. ein bestimmtes Dezernat der Kriminalpolizei,²⁶ bezieht. Im vorliegenden Fall der Abkürzung „A.C.A.B.“ sind die Voraussetzungen der Beleidigung einer Personengemeinschaft demnach nicht erfüllt.

Dann gelangt man zu dem Problem, unter welchen Voraussetzungen die Beleidigung einer **Einzelperson unter einer Kollektivbezeichnung** möglich ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn der Kreis der betroffenen Personen klar begrenzt und die Zuordnung des Einzelnen zweifelsfrei ist.²⁷ Die in der Bezeichnung „A.C.A.B.“ enthaltene Formulierung „all cops“ (alle Polizisten) bezieht sich – für sich genommen – hingegen nicht auf eine hinreichend überschaubare und abgegrenzte Personengruppe.²⁸ Deshalb ist es entscheidend, ob im Einzelfall eine Zuordnung zu einer Einzelperson bzw. einer überschaubaren Personengruppe von den Strafgerichten festgestellt werden kann.

Im Jahr 2000 lehnte das AG Berlin-Tiergarten²⁹ den Erlass eines Strafbefehls im Fall des Tragens eines T-Shirts mit der Abkürzung „A.C.A.B.“ ab, da „alle Polizisten“ kein ausreichend definiertes Kollektiv darstellten und nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Angeschuldigte lediglich seine Missachtung gegenüber allen Polizisten als Vertretern der Staatsgewalt ausdrücken wollte.³⁰

¹⁹ BVerfG NJW 2016, 2643; BVerfG NJW 2017, 1092; Kretschmer, JR 2015, 444, 445.

²⁰ BVerfG NJW 2016, 2643; BVerfG NJW 2017, 1092.

²¹ Zu dieser Argumentation Dencker, in Bemann-FS, 1997, 292, 296.

²² Dazu Dencker, in Bemann-FS, 1997, 292, 296.

²³ Zu der insoweit uneinheitlichen Terminologie Ignor, Der Straftatbestand der Beleidigung, 1995, 69 f.

²⁴ BGHSt 6, 186, 190 f.; BayObLG NJW 1990, 1742; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, Vorbem. § 185 Rn. 5; a.A. Gaede, in Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 185 Rn. 20; Zaczek, in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, Vorbem. §§ 185 ff. Rn. 12.

²⁵ Siehe BayObLG NJW 1990, 921; BayObLG NJW 1990, 1742; Geppert, NStZ 2013, 553, 557.

²⁶ LG Mannheim NStZ-RR 1996, 360, 361; AG Weinheim NJW 1994, 1543, 1544.

²⁷ BGHSt 2, 38, 39; BGHSt 11, 207, 208; BGHSt 36, 83, 85 ff.

²⁸ Jahn, JuS 2016, 751, 753; siehe auch LG Stuttgart NStZ 2008, 633.

²⁹ AG Berlin-Tiergarten, Beschluss v. 19.1.2000 – 238 Cs 877/99.

³⁰ Siehe ferner LG Stuttgart (NStZ 2008, 633), das den Angeklagten, der eine Jacke mit einem „A.C.A.B.“-Aufnäher trug, ebenfalls vom Vorwurf der Beleidigung

Das AG Waiblingen³¹ hatte in einem Verfahren dahingehende Feststellungen getroffen, dass der Angeklagte gegenüber dem in einiger Entfernung einen Unfall aufnehmenden Polizeibeamten die Abkürzung „A.C.A.B.“ äußerte und gleichzeitig mit dem Finger auf den Polizisten zeigte. Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten wegen Beleidigung und auch das OLG Stuttgart³² erachtete im Revisionsverfahren die Zuordnung der Äußerung zu dem Polizeibeamten als nicht zweifelhaft.

Nach Ansicht des LG Regensburg³³ war das Tragen eines T-Shirts mit dem Aufdruck „A.C.A.B.“ auf einem Volksfest im konkreten Fall nicht nach § 185 StGB strafbar, weil nicht festgestellt werden konnte, dass der Angeklagte seine Äußerung objektiv und subjektiv in einen Bezug zu einem bestimmten Vorkommnis oder in Bezug zu Polizeibeamten eines genau bezeichneten Einsatzes bringen wollte. Allein der Umstand, dass eine Veranstaltung wie ein Volksfest vorhersehbar, aber zeitlich und örtlich nicht festlegbar, von Polizeibeamten bestreift werden wird, sei nicht geeignet, einen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang und damit die notwendige Individualisierbarkeit zu begründen. Die dagegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft verwarf das OLG Nürnberg³⁴ und wies darauf hin, dass der Einwand, es sei für den Angeklagten vorhersehbar gewesen, dass die Veranstaltung von der Polizei bestreift werde, lediglich einen (insoweit nicht von § 185 StGB erfassten) Fahrlässigkeitstatbestand umschreibe.

freisprach. Eine Kollektivbeleidigung liege nicht vor, da der fragliche Personenkreis, nämlich alle Polizisten der Welt, so groß sei, dass sich die ehrenrührige Äußerung in der Masse verliere und den Einzelnen nicht mehr erreiche.

³¹ AG Waiblingen, Urteil v. 11.3.2008 – 2 Ds 46 Js 114850/07 jug (unveröffentlicht).

³² OLG Stuttgart NStZ-RR 2009, 50.

³³ LG Regensburg BeckRS 2012, 22194.

³⁴ OLG Nürnberg NStZ 2013, 593.

Das OLG München³⁵ hielt hingegen die Verurteilung wegen Beleidigung in einem Fall aufrecht, in dem der Angeklagte während eines Fußballspiels eine Hose trug, die im Gesäßbereich großflächig mit dem Aufdruck „A.C.A.B.“ bedruckt war und die beim Verlassen des Stadions von Bereitschaftspolizisten wahrgenommen wurde. Die herabsetzende Äußerung habe sich nämlich auf die Polizeibeamten bezogen, die an dem konkreten Einsatz teilnahmen.³⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG³⁷ hebt die strafgerichtlichen Entscheidungen wegen einer Verletzung der Meinungsfreiheit auf. Die Fachgerichte hätten nämlich in verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Weise angenommen, dass sich die Äußerung auf eine hinreichend überschaubare und abgrenzbare Personengruppe bezogen habe.³⁸ Hierfür reiche es nicht, dass die im Stadion eingesetzten Polizeikräfte eine Teilgruppe aller Polizisten sind. Es bedürfe vielmehr einer **personalisierten Zuordnung**. Es genüge auch nicht, dass A das Fußballspiel in dem Be-

³⁵ OLG München NJW-Spezial 2014, 90; das BVerfG (NJW-Spezial 2016, 472) hat die Entscheidung des OLG München mit einer Begründung aufgehoben, die der hier besprochenen Entscheidung im Wesentlichen entspricht.

³⁶ Siehe aber auch das freisprechende Urteil des LG Karlsruhe (Urteil v. 8.12.2011 – 11 Ns 410 Js 5815/11, juris) im Fall des Hochhaltens von Buchstaben in der Formation „A.C.A.B.“ auf Transparenten im Fußballstadion während einer Zweitliga-Begegnung. Nachdem das OLG Karlsruhe (SpuRt 2013, 72) das freisprechende Urteil aufgehoben hatte, verurteilte eine andere Strafkammer des LG Karlsruhe (BeckRS 2016, 11557) den Angeklagten nach erneuter Verhandlung. Die dagegen gerichtete Revision wurde vom OLG Karlsruhe (BeckRS 2014, 11644) verworfen, das BVerfG (NJW 2016, 2643) hat die Entscheidung des OLG jedoch inzwischen aufgehoben.

³⁷ BVerfG NJW 2017, 1092.

³⁸ BVerfG NJW 2017, 1092, 1093.

wusstsein besucht habe, dass dort Einsatzkräfte der Polizei anwesend sein würden. Die Strafgerichte seien vielmehr gehalten, in den Urteilsgründen Feststellungen dazu zu treffen, dass sich der Täter bewusst in die Nähe der Einsatzkräfte der Polizei begeben hat, um diese mit seiner Parole zu konfrontieren. Der bloße Aufenthalt im Stadion im Bewusstsein, dass dort die Polizei präsent ist, genüge nicht, um eine erkennbare Konkretisierung der Äußerung auf bestimmte Personen anzunehmen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Klausuren, deren Kernprobleme im Bereich der Beleidigungsdelikte liegen, sind wohl eher selten. Allerdings finden sich durchaus auch Examensklausuren, in denen die Beleidigungsdelikte (zumindest beiläufig) zu prüfen sind. Es ist anzunehmen, dass dies auch weiterhin der Fall sein wird,³⁹ weil sich in letzter Zeit die veröffentlichten Entscheidungen aus diesem Bereich mehren.⁴⁰ Auffällig ist insbesondere, dass das BVerfG innerhalb kurzer Zeit Entscheidungen der Strafgerichte wegen Kollektivbeleidigungen aufgehoben hat.⁴¹

Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung des § 185 StGB⁴² ist die vom BVerfG geforderte personalisierte Zuordnung⁴³ bereits auf der Ebene des Tatbestandes zu diskutieren,⁴⁴ nämlich bei der Frage des tauglichen Beleidigungsof-fers⁴⁵. An einem solchen taugli-

chen Beleidigungsof-fer fehlt es, wenn die Deutung der Parole im konkreten Fall zu dem Ergebnis führt, dass es sich lediglich um eine sich in einer nicht überschaubaren Personenmenge verlierende generelle Kritik an dem Berufsstand der Polizei bzw. der Einrichtung der Polizei schlechthin handelt.⁴⁶

Für die Praxis der Strafgerichte hat das BVerfG die zu beachtenden Leitlinien inzwischen hinreichend präzisiert. Die Anforderungen an die Feststellungen in den Urteilsgründen wachsen damit aber nicht nur, wenn es – wie beim LG Ingolstadt⁴⁷ – nicht genügt, einfach darauf abzustellen, dass sich jemand vorsätzlich in eine Situation begeben habe, in der er damit rechnen müsse, mit einiger Sicherheit auf bestimmte Polizeibeamte zu treffen. Vielmehr dürfte eine Beleidigungsstrafbarkeit von Verfassungen wegen künftig nicht mehr ernsthaft in Rede stehen, soweit sich die Person darauf beschränkt, die Abkürzung „A.C.A.B.“ lediglich öffentlich an der Kleidung zu tragen, ohne die Einsatzkräfte der Polizei durch bewusstes „Annähern“ damit zu konfrontieren.

5. Kritik

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Meinungsfreiheit ist schon vielfältig gescholten worden. So führe der vom Gericht beschrittene Weg zu einer „uferlosen Toleranz“.⁴⁸ In der Sache überzeugt der Kammerbeschluss jedoch. Zwar bedarf die Polizei als (Mit-)Bedingung für die Stabilität eines demokratischen Gemeinwesens – worauf *Rüthers*⁴⁹ zu-treffend hingewiesen hat – eines gewissen institutionellen Schutzes.⁵⁰ Allerdings sieht das Strafgesetzbuch z.B. in

³⁹ So auch die Einschätzung bei *Jäger*, JA 2013, 232, 234; *Jahn*, JuS 2016, 751, 754.

⁴⁰ Siehe nur BVerfG NJW 2016, 2643 (Kollektivbeleidigung); BVerfG NJW 2016, 2870 (anwaltliche Schmähkritik); BVerfG StV 2017, 182 (üble Nachrede).

⁴¹ Zuvor BVerfG NJW 2015, 2022; BVerfG NJW 2016, 2643; jetzt BVerfG NJW 2017, 1092.

⁴² Siehe dazu *Bogomolni/Petersen*, famos 11/2016, 2 f., 5.

⁴³ BVerfG NJW 2017, 1092, 1093.

⁴⁴ Siehe OLG Karlsruhe, SpuRt 2013, 72, 73.

⁴⁵ So *Zöller*, ZJS 2013, 102, 107.

⁴⁶ OLG Karlsruhe SpuRt 2013, 72, 73 f.

⁴⁷ LG Ingolstadt, Urteil v. 16.2.2016 – 3 Ns 13 Js 11454/15 (unveröffentlicht).

⁴⁸ Siehe nur *Hilgendorf*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 7 Rn. 25.

⁴⁹ *Rüthers*, NJW 2016, 3337, 3341.

⁵⁰ *Götz*, in *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. III, 1. Aufl. 1988, § 79 Rn. 18.

den §§ 88, 89, 113, 185, 223 StGB ein Normgefüge vor, das einen hinreichenden Schutz der einzelnen Polizeibeamten sowie der Polizei insgesamt gewährleistet. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die zwischenzeitlich in Folge des „Soldaten sind Mörder“-Urteils des BVerfG⁵¹ geforderte Einführung eines besonderen Ehrschutztatbestandes für Soldaten in § 109b StGB-E⁵² gerade nicht weiter verfolgt hat.

Bei der Verurteilung wegen Beleidigung geht es um den strafenden Eingriff des Staates, also um die Verhängung einer „Strafe als Sanktion von besonderem Ernst“⁵³. Dieser Eingriff bedarf allerdings der Rechtfertigung. Insofern ist es nur konsequent, wenn die Kammer im Rahmen der Anwendung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung in den Urteilsgründen konkrete Feststellungen für eine personalisierte Zuordnung des negativen Werturteils fordert. Es muss nämlich berücksichtigt werden, dass die verfassungsrechtlich verbürgte Meinungsfreiheit für die freiheitliche demokratische Ordnung des Grundgesetzes „schlechthin konstituierend“ ist⁵⁴ und aus dem berechtigten Interesse an Machtkritik folgt⁵⁵. Die Parole „A.C.A.B.“ bringt eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck.⁵⁶ Die mit dieser Parole zum Ausdruck kommende Meinungshaltung ist vor allem deshalb verfassungsrechtlich geschützt, weil der Bürger den Staat und seine Institutio-

nen auch in Frage stellen bzw. ablehnen darf,⁵⁷ obwohl er gleichzeitig in diesem Staat lebt; denn dem Grundgesetz ist es fremd, eine Loyalität hinsichtlich der Wertsetzungen der Verfassung zu erzwingen.⁵⁸ Ein solches Verhalten mag man für widersprüchlich halten, ist aber hinzunehmen. Die Meinungsfreiheit schützt nämlich auch Äußerungen, die von anderen für wertlos oder irrational gehalten werden.⁵⁹ Solange also nicht durch die Strafgerichte festgestellt werden kann, dass sich die Äußerung individualisiert gegen bestimmte Beamte richtet, ist nicht auszuschließen, dass es um die ablehnende Haltung gegenüber dem Staat an sich geht, die nicht vom strafrechtlichen Ehrschutz des § 185 StGB erfasst wird. Ein freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat und die ihn (mit-)tragenden Polizeibeamten können eine solche Kritik⁶⁰ bzw. Ablehnung jedoch aushalten und müssen sie von Rechts wegen auch aushalten, denn Kritik allgemein an der Polizei steht in Deutschland nicht unter einer rechtlichen Sanktionsdrohung.⁶¹ Soweit nämlich mündliche Kritik an Staatsorganen geschützt ist, darf diese nicht unter dem Vorwand eines Schutzes der individuellen Persönlichkeitsrechte der handelnden Amtswalter unterlaufen werden.⁶²

(Dr. Robert Pest)

⁵¹ BVerfGE 93, 266.

⁵² Siehe BT-Drs. 13/3971.

⁵³ BVerfGE 90, 145, 213 – Sondervotum Sommer; siehe auch BVerfGE 22, 49, 79.

⁵⁴ BVerfGE 7, 198, 208; BVerfG NJW 2001, 2069, 2070.

⁵⁵ BVerfGE 93, 266, 293; BVerfG NJW 1999, 204, 205; BVerfG NJW 2012, 1273, 1274.

⁵⁶ BVerfG NJW 2016, 2643; BVerfG NJW 2017, 1092; Kretschmer, JR 2015, 444, 445.

⁵⁷ BVerfGE 124, 300, 320; BVerfG NJW 2001, 2069, 2070.

⁵⁸ BVerfGE 124, 300, 320; BVerfG NJW 2001, 2069, 2070; BVerfG NJW 2012, 1273.

⁵⁹ BVerfGE 30, 336, 347; 93, 266, 289.

⁶⁰ Siehe aber zu den Grenzen der Meinungsfreiheit im Fall der Schmähkritik BVerfG NJW 2016, 2870 f.; die Annahme einer Schmähung setzt aber eine personalisierte Zuordnung der Äußerung voraus, BVerfG NJW 2016, 2643, 2644.

⁶¹ Dazu Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), 173, 220 (bzgl. allg. Kritik am Soldatentum).

⁶² Hoffmann-Riem, in AK-GG, 2. Aufl. 1989, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 62.

1. Sachverhalt¹

Häftling A fordert seine Zellengenossen B und C auf, an dem von ihm geplanten Ausbruch aus der Justizvollzugsanstalt mitzuwirken. Der Plan sieht vor, einen Justizvollzugsbeamten bei der abendlichen Essensausgabe niederzuschlagen, um dann gemeinsam fliehen zu können. Den Tod des Beamten nimmt A in Kauf und macht dies auch gegenüber B und C deutlich. Diese erklären sich A gegenüber zur Mitwirkung bereit, behalten sich jedoch beide unabhängig voneinander insgeheim vor, sich tatsächlich nicht an dem gemeinsamen Vorhaben zu beteiligen. Sie gehen zutreffend davon aus, dass A ihr Einverständnis ernst nimmt und gerade deshalb die Tat verwirklichen will.

In Ausführung des Plans zerlegen A, B und C einen Stuhl und legen die vier massiven Stuhlbeine aus Eisen als potentielle Schlagwerkzeuge in dem Haftraum bereit. Zu einer Umsetzung des Vorhabens kommt es allerdings nicht mehr, da C in eine andere Haftanstalt verlegt wird, der neue Mitinsasse D eine Beteiligung an der Tat ablehnt und stattdessen einen Justizvollzugsbeamten von dem Plan unterrichtet.

Das LG Mönchengladbach verurteilt A wegen Verabredung zu einem Verbrechen des Mordes (§§ 211, 30 Abs. 2

Juni 2017

Der gescheiterte Ausbruch-Fall

Verbrechensverabredung / Sichbereiterklären / Annahme des Erbietens / Versuchte Anstiftung

§ 30 StGB

Famos-Leitsätze:

1. Auch der selbst fest Entschlossene ist nicht einer Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB) schuldig, wenn der oder die anderen den inneren Vorbehalt haben, sich tatsächlich nicht als Mittäter an der vereinbarten Tat beteiligen zu wollen.
2. Der Annahme des Erbietens zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 Var. 2 StGB) steht nicht entgegen, dass das Erbieten des anderen nur zum Schein angenommen wird.

BGH, Beschluss vom 23. März 2017 – 3 StR 260/16; veröffentlicht in BeckRS 2017, 112310.

Var. 3 StGB²) und B und C wegen Annahme des Anerbietens zum Verbrechen des Mordes (§§ 211, 30 Abs. 2 Var. 2). Daraufhin legen die Angeklagten jeweils Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Schwerpunkt des Falles bildet die Problematik der Bestrafung von Vorstufen der Beteiligung nach § 30, wenn die Tat nicht zur Ausführung gelangt. Hierfür spielt es eine entscheidende Rolle, ob zu fordern ist, dass die Beteiligten ihre Erklärungen ernst meinen.

Grundsätzlich macht sich nur strafbar, wessen Tat in das Versuchsstadium gelangt, wer also nach seiner Vorstellung zur Tat unmittelbar ansetzt

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

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

(§ 22).³ Dieses grundlegende Prinzip der Strafrechtsdogmatik⁴ hat der Gesetzgeber⁵ mit der Vorschrift des § 30 durchbrochen, die schon bestimmte **Vorbereitungshandlungen** unter Strafe stellt, vorausgesetzt, es handelt sich bei der geplanten Tat um ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1) und es sind mehrere Personen als Täter oder Anstifter beteiligt.⁶ Neben der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 enthält der § 30 Abs. 2 drei unterschiedliche Tatvarianten: Das Sichbereiterklären, ein Verbrechen zu begehen (§ 30 Abs. 2 Var. 1), die Annahme des Erbietens eines anderen (§ 30 Abs. 2 Var. 2) und die Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 3 Var. 3).

Letztere stellt den in der Praxis relevantesten Fall von § 30 Abs. 2 dar⁷ und bildet auch den Schwerpunkt bei der Beurteilung der Strafbarkeit des A. Die **Verbrechensverabredung** setzt nach allgemeiner Auffassung die Übereinkunft von mindestens zwei Personen voraus, eine bestimmte Tat als Mittäter zu begehen.⁸ Die bloße Zusage einer Hilfeleistung i.S.d. § 27 StGB genügt nicht.⁹ Ferner wird verlangt, dass die Verabredung auf die Begehung eines hinreichend bestimmten Verbrechens gerichtet ist, d.h. die geplante Tat muss im Hinblick auf Tatobjekt, Tatort und Tatzeit bereits in ihren wesentlichen

Grundzügen konkretisiert sein.¹⁰ Für die Strafbarkeit von A stellt sich die Frage, ob es für die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 Var. 3 erforderlich ist, dass die sich Verabredenden die Tatbegehung ernstlich wollen. Dies ist hier problematisch, da B und C ihre Zustimmung zu dem Vorhaben nur zum Schein abgaben, sich tatsächlich aber nicht beteiligen wollten.

Nach der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur müssen die gegenseitigen Erklärungen von **mindestens zwei Beteiligten ernst gemeint** sein,¹¹ andernfalls komme für den ernsthaft entschlossenen Beteiligten nur eine Strafbarkeit wegen Sichbereiterklärens nach § 30 Abs. 2 Var. 1 oder versuchter Anstiftung nach § 30 Abs. 1 in Betracht.¹² Dabei reiche es nicht aus, dass die gegenseitigen Erklärung objektiv den Anschein der Ernstlichkeit erwecken. Als Begründung dafür wird angeführt, dass die Verbrechensverabredung eine Vorstufe zur späteren Mittäterschaft darstelle. Die Mittäterschaft setze aber gerade einen gemeinsamen und ernst gemeinten Tatplan von mindestens zwei Personen voraus.¹³ Eine weitergehende Ansicht,

³ Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage 2014, § 22 Rn. 4.

⁴ Dessecker, JA 2005, 549.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte vgl. Joecks, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 6 ff.

⁶ Dessecker, JA 2005, 549 f.; Wesels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 46. Aufl. 2016, 29. Kap. Rn. 35.

⁷ Dessecker, JA 2005, 549, 551; Heinrich, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 1371.

⁸ RGSt 58, 392, 393; BGHSt 12, 306, 309; Dessecker, JA 2005, 549, 551; Hinderer, JuS 2011, 1072, 1075; Kudlich, JA 2008, 146, 147.

⁹ BGH NStZ 1993, 137, 138; Heine/Weißer, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 30 Rn. 24; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 28 Rn. 60.

¹⁰ Heinrich (Fn. 7), Rn. 1371; Wesels/Beulke/Satzger (Fn. 6), 29. Kap. Rn. 35; vgl. zu den Anforderungen an die Konkretisierung BGH NStZ 2007, 697; 2013, 33, 34; Hoyer, in SK, StGB, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 53 f.; Joecks, in MüKo (Fn. 5), § 30 Rn. 55 ff.; Marxen/Geiger, famos 12/2007.

¹¹ BGH NStZ 2009, 497, 498; 2011, 570; Heinrich (Fn. 7), Rn. 1371; Hoyer, in SK, StGB, 7. Aufl. 2001, § 30 Rn. 48; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 30 Rn. 6; Schünemann, in LK, StGB, 12. Aufl. 2017, § 30 Rn. 63; Zaczyk, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 30 Rn. 50; Anonymität schließt Ernstlichkeit nicht aus; vgl. hierzu Reinbacher, NStZ-RR 2012, 40 ff.; Valerius/Weber, famos 10/2011.

¹² Heinrich (Fn. 7), Rn. 1372; Zaczyk, in NK (Fn. 11), § 30 Rn. 50; Roxin (Fn. 9), § 28 Rn. 49.

¹³ Becker, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB, 2012, S. 87; Tachau/Gaede, JuS

die auch bei einer nur einseitig ernsthaften Erklärung eine Verabredung annimmt, verkenne zudem den Strafgrund von § 30.¹⁴ Dieser liege darin, dass durch die Willensbildung mehrerer Personen eine gesteigerte Gefahr für das bedrohte Rechtsgut entstehe. Denn erst das konspirative Zusammenwirken Mehrerer und die dadurch entstehende Gruppendynamik mache die Ausführung der Tat wahrscheinlicher.¹⁵ Unter Hinweis auf die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium wird zudem allgemein eine restriktive Auslegung des § 30 Abs. 2 gefordert.¹⁶ Teilweise wird eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 3 auch mit dem Argument verneint, der subjektive Tatbestand des Scheinkomplottanten sei nicht erfüllt.¹⁷ Kritiker halten dies jedoch für methodisch problematisch, da so ein subjektiver Umstand zur Verneinung einer objektiven Verbrechensverabredung führe.¹⁸

Nach der Gegenmeinung macht sich der tatsächlich zum Verbrechen Entschlossene selbst dann nach § 30 Abs. 2 Var. 3 strafbar, wenn von zwei Sich-Verabredenden der eine nur zum Schein mitwirkt. Teilweise wird dies mit der „objektiven Gefährlichkeit des kon-

spirativen Tatentschlusses“¹⁹ begründet, die nicht schon deswegen entfalle, weil einer von ihnen nur scheinbar einverstanden sei.²⁰ Eine Ausnahme wird aber dann angenommen, wenn der scheinbare Mittäter eine so gewichtige Rolle spielt, dass die Tat ohne seine Mitwirkung nicht ausgeführt würde.²¹ Andere stellen ähnlich wie bei der Auslegung von Willenserklärungen im Zivilrecht auf den objektiven Empfängerhorizont ab: Die Willensbindung, die als Strafgrund für § 30 Abs. 2 angeführt wird, entstehe aus Sicht des ernsthaften Beteiligten auch dann, wenn er die Erklärung des anderen nur irrtümlich für ernst gemeint halte.²² Hiergegen wird allerdings eingewandt, der Strafgrund der Verabredung sei gerade nicht in der einseitigen Bindung einer Person zu sehen, sondern in der besonderen Gefährlichkeit, die sich erst aus der Wechselwirkung der Versprechen ergebe.²³

Scheidet eine Verbrechensverabredung aus, so stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 2 in Betracht kommt, obwohl B und C ihre **Annahmeerklärungen hinsichtlich des Sicherbietens** des A nicht subjektiv ernst gemeint hatten. Während die Ernstlichkeit des Erbietens nach mittlerweile h.M.²⁴ für eine Bestra-

2008, 256, 259; zur Kritik daran mit Hinweis auf die vermeintliche Mittäterschaft vgl. *Becker*, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB, 2012, S. 87 f.

¹⁴ *Zaczyk*, in NK (Fn. 11), § 30 Rn. 50.

¹⁵ BGH NStZ 2011, 570, 571; BGHSt 61, 84, 92; *Roxin* (Fn. 9), § 28 Rn. 5; *Schünemann*, in LK (Fn. 11), § 30 Rn. 11; zu diesem sog. „Rechtfertigungsdruck“ vgl. *Reinbacher*, NStZ-RR 2012, 40, 42.

¹⁶ *Heine/Weißer*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 30 Rn. 1; *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 1371; *Valerius/Weber*, famos 10/2011, S. 3 f.

¹⁷ BGH NStZ 1998, 403, 404; *Frister*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, Rn. 810; *Roxin* (Fn. 9), § 28 Rn. 50.

¹⁸ *Marxen/Geiger*, famos 12/2007, S. 5; zur Entkräftung dieses Arguments vgl. *Becker*, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung, 2012, S. 86.

¹⁹ *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 183.

²⁰ *Heine/Weißer*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 30 Rn. 29; *Schroeder*, JuS 1967, 289, 294.

²¹ *Heine/Weißer*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 30 Rn. 29; *Schroeder*, JuS 1967, 289, 294.

²² *Becker*, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung, 2012, S. 86 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 6), 29. Kap. Rn. 36.

²³ *Becker*, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung, 2012, S. 87; *Thalheimer*, Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB, 2008, S. 99.

²⁴ BGHSt 10, 388; BGH NJW 1957, 1770; *Frister* (Fn. 17), Rn. 809; *Hinderer*, JuS 2011, 1072, 1075; *Lackner/Kühl* (Fn. 3),

fung nach § 30 Abs. 2 Var. 2 ohne Belang ist, sofern der Täter die mangelnde Ernstlichkeit nicht erkennt, divergieren die Meinungen hinsichtlich der Annahmeerklärung.

Nach einer verbreiteten Ansicht in der Literatur muss zumindest die Annahme ernst gemeint sein. Als Gegenstück zum Sichbereiterklären i.S.d. § 30 Abs. 2 Var. 1 müsse der Handelnde das Angebot eines anderen ausdrücklich oder konkludent annehmen und sich mit ihm solidarisieren.²⁵ Entscheidend sei, dass der Annehmende wisse, dass der andere durch die Annahmeerklärung zu einem festen Tatentschluss gebracht werde. Insoweit müsse er mit Tatvollendungswillen handeln.²⁶

Die Gegenauffassung verneint dieses Erfordernis mit der Begründung, ein etwaiger Vorbehalt, die Tat nicht begehen zu wollen, sei nur eine unbeachtliche reservatio mentalis.²⁷ Sobald der Erklärende damit rechne, der andere werde seine Erklärung als ernst gemeint auffassen und daraufhin das Verbrechen begehen, habe er den für § 30 ausreichenden Eventualvorsatz.²⁸

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision der Angeklagten A, B und C. Allerdings wird der Schuldspruch hinsichtlich des Angeklagten A dahingehend geändert, dass er des Sichbereiterklärens nach § 30 Abs. 2 Var. 1 anstelle der Verabredung zu einem Verbrechen des Mordes nach § 30 Abs. 2 Var. 3 schuldig ist. Der BGH stellt dabei auf den inneren Vor-

behalt von B und C bezüglich der Tatausführung ab. Es komme bei § 30 Abs. 2 Var. 3 maßgeblich darauf an, dass eine Willenseinigung von mindestens zwei tatsächlich zur Tatbegehung entschlossenen Personen gegeben ist, die hinreichend geplante Tat mittäter-schaftlich zu begehen. Da es aber aufgrund des inneren Vorbehalts von B und C an dieser Einigung fehle, scheide § 30 Abs. 2 Var. 3 aus.

Der BGH hält allerdings eine Strafbarkeit des A nach § 30 Abs. 2 Var. 1 durch ein Sichbereiterklären zu einem Verbrechen für gegeben. Voraussetzung dafür sei eine ernstgemeinte, mit Bindungswillen gegenüber dem Adressaten abgegebene Kundgabe der eigenen Bereitschaft zur Verbrechensverwirklichung. Hierbei komme es nicht auf den inneren Vorbehalt von B und C an, da das Sichbereiterklären unabhängig von der subjektiven Einstellung des Erklärungsempfängers zu beurteilen sei.

Anschließend befasst sich der BGH mit der Strafbarkeit von B und C. Hier hält er an den Ausführungen des LG Mönchengladbach fest und hält § 30 Abs. 2 Var. 2 durch das Annehmen des Erbietens des A durch B und C für gegeben. § 30 Abs. 2 Var. 2 setze als Sonderfall der versuchten Anstiftung nur voraus, dass der Täter objektiv das Erbieten des anderen annehme und subjektiv mit Anstiftungsvorsatz handle. Bezüglich des Anstiftungsvorsatzes reiche es aus, dass B und C bewusst war, dass A das Annehmen des Erbietens ernst nehme. Dass sie selbst einen inneren Vorbehalt hatten, habe hier keine Wirkung. Alleine schon durch das Vorspielen ihrer Bereitschaft zur Mitwirkung hätten sie das Erbieten des A objektiv und damit tatbestandsmäßig angenommen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Als Konsequenz dieser Entscheidung kann erwartet werden, dass der BGH auch für seine zukünftige Rechtsprechung zu § 30 Abs. 2 Var. 2 und Var. 3

§ 30 Rn. 6; a.A. *Hoyer*, in SK (Fn. 10), § 30 Rn. 41.

²⁵ *Frister* (Fn. 17), Rn. 809; *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 1370.

²⁶ *Zaczyk*, in NK (Fn. 11), § 30 Rn. 45.

²⁷ *Heine/Weißer*, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 30 Rn. 28; vgl. für die versuchte Anstiftung BGHSt 18, 160 f.; BGH NStZ 1998, 403, 404.

²⁸ BGHSt 44, 101; *Schroeder*, JuS 1967, 289, 294; *Schünemann*, in LK (Fn. 11), § 30 Rn. 99.

an seinen durch die aktuelle Entscheidung aufgestellten Regeln festhält.

Dies ist für Studierende, aber auch für die Praxis, dahingehend relevant, als der Prüfungsaufbau je nach Variante des § 30 Abs. 2 leicht zu modifizieren ist. Betrifft die Prüfung die erste oder dritte Variante des § 30 Abs. 2, so muss bereits im objektiven Tatbestand geprüft werden, ob beide Beteiligten ihre Erklärung subjektiv auch ernst gemeint haben. Die beiden Tatbestandsvarianten werden also bereits im objektiven Tatbestand um ein subjektives Merkmal ergänzt.

Betrifft die Prüfung hingegen § 30 Abs. 2 Var. 2, kommt es für den BGH gerade nicht auf die subjektive Ernsthaftigkeit der Erklärung des Annehmenden an und diese ist folglich nicht zu prüfen. Hier ist es zumindest nach der Rechtsprechung in der Zukunft ausreichend, dass rein objektiv eine Annahme vorliegt. Allerdings ist dies in der Literatur umstritten, so dass es den Studierenden natürlich weiterhin freisteht, sich argumentativ für das Bedürfnis der Ernsthaftigkeit des Annehmenden bei § 30 Abs. 2 Var. 2 auszusprechen.

Unter Berücksichtigung dieser vom BGH aufgestellten Kriterien, könnte eine umfassende Prüfung²⁹ von § 30 Abs. 2 in Zukunft wie folgt aussehen:

Vorschlag für das Prüfungsschema des § 30 Abs. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Geeignete Bezugstat: Hinreichend bestimmtes Verbrechen (bei § 30 Abs. 2 Var. 3: in Mittäterschaft)

2. Tathandlung

a) Var. 1: Sichbereiterklären

(subj. Element: Ernsthaftigkeit des

Erklärenden)

b) Var. 2: Annahme des Erbietens eines anderen

(subj. Element bei dem Sicherbietenenden oder dem Annehmenden)

c) Var. 3: Verbrechensverabredung

(subj. Element: Ernsthaftigkeit beider Erklärenden)

3. Subj. Tatbestand: Doppelvorsatz bzgl. Handlung und Bezugstat

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Pers. Strafausschließungsgrund: Rücktritt nach § 31 StGB

Studierende sollten außerdem beachten, dass ein Rücktritt vom Versuch der Beteiligung gem. § 30 nicht nach den Regelungen des § 24 erfolgen kann. Stattdessen schafft § 31 für die Fälle des § 30 eigene Rücktrittregelungen.³⁰

Obwohl § 30 Abs. 2 im Studium häufig vernachlässigt wird und auch in der Praxis eine vergleichsweise untergeordnete Rolle spielt³¹, darf die Wichtigkeit für Studierende nicht unterschätzt werden. Da § 30 Abs. 2 zum Allgemeinen Teil des StGB gehört, ist die Norm Pflichtstoff des ersten und zweiten juristischen Staatsexamens und sollte daher im Detail beherrscht werden.

5. Kritik

Der Beschluss des BGH ist nur teilweise zu begrüßen. Zunächst legt der BGH fest, dass für § 30 Abs. 2 Var. 3 die Ernstlichkeit der sich zum Verbrechen Verabredenden nötig ist. Hier weicht er von dem Urteil des LG Mönchengladbach entscheidend ab. Die Vorausset-

²⁹ Siehe zu dem Prüfungsaufbau *Hinderer*, JuS 2011, 1072, 1074; *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 1368 ff.

³⁰ Dazu *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 1373.

³¹ *Dessecker*, JA 2005, 549, 550.

zung der Ernstlichkeit begründet der BGH damit, dass die gesteigerte Gefahr für das bedrohte Rechtsgut durch die Verbrechens verabredung erst dann eintritt, wenn mehrere Personen tatsächlich konspirativ zusammenwirken und so die spätere Tatausführung wahrscheinlicher machen. Dem kann nur zugestimmt werden. Da § 30 Abs. 2 Var. 3 die Strafbarkeit weit in den Zeitraum der eigentlich straffreien Vorbereitungshandlungen vorverlegt, bedarf es dieser vom BGH vorgenommenen restriktiven Auslegung des Merkmals der Verbrechens verabredung.³² In dieser Hinsicht leuchtet die Vorgehensweise des BGH folglich ein.

Auch die Ausführungen zur Strafbarkeit des A nach § 30 Abs. 2 Var. 1 können überzeugen. Da die Erklärung der Bereitschaft zur Verbrechensbegehung des A gegenüber B und C ein echtes Anbieten des A darstellt und gleichzeitig auch ernst gemeint ist, folgert der BGH hier richtig, dass sich A nach § 30 Abs. 2 Var. 1 strafbar gemacht hat.

Anders verhält es sich jedoch mit den Erläuterungen zur Strafbarkeit von B und C nach § 30 Abs. 2 Var. 2. Der BGH geht hier davon aus, dass die subjektiv nicht ernstliche Annahmeerklärung von B und C gegenüber dem Erbieten des A tatbestandsmäßig ist, da zumindest objektiv (also aus Sicht des A) eine Annahme des Erbietens vorlag. Unschädlich sei es laut BGH dabei auch, wenn B davon ausging, dass ohne sein Mitwirken der Vollzugsbeamte nicht niedergeschlagen und somit der Tatplan nicht umgesetzt würde. Dem kann nicht gefolgt werden. Da § 30 Abs. 2 Var. 2 eine Sonderform der versuchten Anstiftung ist, muss der für die Anstiftung nötige Doppelvorsatz vorliegen. Wenn der Annehmende davon ausgeht, dass die Haupttat ohne sein Mitwirken gar nicht vollendet würde, und er für sich entscheidet, nicht mitwirken zu wollen, so fehlt bereits der Vorsatz hinsichtlich der Vollendung der Haupttat. Dies ließe

wiederum den Anstiftungsvorsatz entfallen und würde zwingend zur Straffreiheit des Annehmenden führen.³³ Geht der Annehmende hingegen davon aus, der Plan würde auch ohne sein Zutun durch den Haupttäter verwirklicht, muss ebenfalls konsequenterweise das Vorliegen von § 30 Abs. 2 Var. 2 abgelehnt werden. In einem solchen Fall geht der mögliche Anstifter nämlich davon aus, dass der Sich-Erbietende bereits omnimodo facturus ist.³⁴ Auch hier entfällt in der Folge der Anstiftungsvorsatz, da der Annehmende denkt, sein Annehmen sei nicht mehr kausal für den bereits bestehenden Tatentschluss des Haupttäters. Die stattdessen in Frage kommende versuchte Beihilfe ist straffrei.³⁵

Darüber hinaus führt der Beschluss zu einem Folgeproblem. Nach bisheriger Rechtsprechung muss das Sich-Erbieten bei § 30 Abs. 2 Var. 2 nicht ernst gemeint sein, sondern nur objektiv als ernst erscheinen. Fordert man zusätzlich auch keine Ernstlichkeit des Annehmenden, führt dies dazu, dass der Tatbestand des § 30 Abs. 2 Var. 2 erfüllt wäre, obwohl keiner der Beteiligten an der Tatverwirklichung tatsächlich interessiert ist. Diesen hypothetisch möglichen Fall hatte der BGH bisher noch nicht zu entscheiden. Da in einer solchen Konstellation keinerlei Gefahr für das scheinbar bedrohte Rechtsgut gegeben ist, kann es auch nicht zu einer Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 2 kommen.

(Cathrin Cordes / Christopher Gardt)

³³ Heinrich (Fn. 7), Rn. 1362 f., 1312 ff.

³⁴ Zur Problematik des omnimodo facturus im Rahmen von § 30 Abs. 2 Var. 2 siehe Joecks, in MüKo (Fn. 5), § 30 Rn. 51; Schünemann, in LK (Fn. 11), § 30 Rn. 95.

³⁵ BGHSt 10, 388.

³² Reinbacher, NSTZ-RR 2012, 40, 41 f.

1. Sachverhalt¹

Zwischen A und B kommt es in einem Asylbewerberheim zu einer tätlichen Auseinandersetzung. Nachdem B dem A ins Gesicht geschlagen hat, folgt ihm dieser und stößt mit einem Messer mehrere Male in Richtung seines Kopfes und Halses. B hebt zur Abwehr seine Hände und wird dort durch das Messer getroffen. Aufgrund der Messerhiebe kommt es unter anderem zu Schnittverletzungen an seiner linken Hand, wobei alle Beugesehnen von vier Fingern einschließlich der Nerven durchtrennt werden. B unterzieht sich einer Notoperation, lehnt aber sowohl weitere angeratene Untersuchungen durch einen Spezialisten als auch eine empfohlene Physiotherapie ab. Wegen der Verletzungen kann er die Faust der linken Hand nicht mehr schließen und die betroffenen Finger nicht mehr strecken. Allerdings sind diese Bewegungseinschränkungen der Finger zu einem Teil auch darauf zurückzuführen, dass B auf die erforderliche Nachsorge seiner Verletzungen verzichtet hat.

Das LG verurteilt A wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB²) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5). Sowohl A als auch die Staatsanwaltschaft legen Revision zum

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

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Juli 2017

Operationsnachsorge-Fall

Schwere Körperverletzung / Dauerhaftigkeit / Zurechnungszusammenhang

§ 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Leitsatz des Gerichts:

Für die Dauerhaftigkeit des Verlustes der Gebrauchsfähigkeit eines Körperteils kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat.

BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 – 5 StR 483/16; veröffentlicht in NJW 2017, 1763.

BGH ein. A rügt mit der Revision seine Verurteilung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Fall befasst sich mit der Frage, welche Voraussetzungen an die **Zurechnung der Dauerhaftigkeit** der schweren Folge bei einem erfolgsqualifizierten Delikt zu stellen sind. Es wird untersucht, ob eine Zurechnung verneint werden muss, wenn das Opfer medizinisch indizierte Behandlungen unterlässt, die den Eintritt der schweren Folge gemildert oder verhindert hätten.

Geschütztes Rechtsgut des § 226 ist die körperliche Unversehrtheit, welche durch die schwere Körperverletzung dauerhaft und tiefgreifend verletzt wird. § 226 Abs. 1 nennt verschiedene Verletzungserfolge, u.a. die dauerhafte Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Glieds des Körpers.

Mit Gebrauchsunfähigkeit i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ist die dauern-

07
2017

de Funktionsunfähigkeit gemeint,³ die z.B. bei der vollständigen Versteifung eines rechten Zeigefingers⁴ oder eines Kniegelenks⁵ zu bejahren ist.

Bei dieser Folge aus § 226 muss es sich grundsätzlich um einen Zustand von **Dauer**⁶ handeln. Während die bloß theoretische Möglichkeit einer medizinischen Wiederherstellung allein nicht genügt, um den objektiven Tatbestand entfallen zu lassen, schließt die konkret und ernsthaft in Betracht genommene medizinisch-therapeutische Herstellung der Gebrauchsfähigkeit das Vorliegen eines solchen Qualifikationstatbestands wiederum aus.⁷ Sowohl die Gebrauchsunfähigkeit an sich als auch deren Dauerhaftigkeit müssen dem Täter nach allgemeinen Kriterien objektiv zurechenbar sein.⁸

Problematisch ist die Zurechnung einer solchen schweren Folge zum Täter allerdings in den Fällen, in denen das Opfer selbst in das Geschehen eintritt und etwa, wie hier, eine notwendige Behandlung ablehnt.

Die herrschende Literaturmeinung verneint eine Zurechnung in den Fällen, in denen die Beseitigung oder Abmilderung einer schweren Folge **möglich**⁹ und dem Opfer **zumutbar** ist.¹⁰ In ei-

ner wertenden Betrachtung seien die Erfolgsaussichten und Risiken der Behandlung abzuwägen. Starke Risiken oder gar lebensbedrohliche Operationen müsse ein Opfer nicht auf sich nehmen.¹¹ Ebenso sei zu entscheiden, wenn die Behandlung gegen die religiösen Ansichten des Opfers verstößt.¹² In Bezug auf die Zumutbarkeit seien auch die Kosten einer Behandlung nicht außer Acht zu lassen; insbesondere wenn diese für das Opfer allein nicht zu tragen sind.¹³ Insgesamt müssten alle Umstände in Erwägung gezogen werden, die von einer solchen Dringlichkeit sind und eine solche Art von Unannehmlichkeit für das Opfer bedeuten würden, dass sie eindeutig gegen die Beseitigung oder Abmilderung der schweren Folge sprechen.¹⁴ Dabei wird auf eine wertungsmäßige Vergleichbarkeit zu dem empfindlichen Übel aus § 240 abgestellt.¹⁵ Argumentiert wird außerdem, dass ein solcher Zurechnungsausschluss auch nicht nur dem § 226 als erfolgsqualifiziertes Delikt innewohne, sondern bereits aus den allgemeinen Regeln der Zurechnung zu folgen habe.¹⁶ Demnach könne ein tatbestandlicher Erfolg, der auf eigenverantwortlichem Opferverhalten beruht, nicht dem Täter zugerechnet werden.

Die Rechtsprechung hat eine solche Einschränkung der Zurechnung im Rahmen der Dauerhaftigkeit i.S.d. § 226 stets verneint.¹⁷ In Bezug auf die Einbeziehung operativer Möglichkeiten bei äußeren Entstellungen wurde zu-

³ *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 226 Rn. 3.

⁴ BGHSt 51, 252, 256; *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 226 Rn. 2.

⁵ *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT Band 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 277; *Rengier*, Strafrecht BT II, 18. Aufl. 2017, § 15 Rn. 16; *Rengier*, ZStW 1999, 1, 15.

⁶ BGHSt 24, 315, 317; *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 226 Rn. 1.

⁷ *Eschelbach*, in BeckOK, StGB, 34. Edition, § 226 Rn. 2 f., 20.

⁸ *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 1, 4.

⁹ *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 1a.

¹⁰ *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 226 Rn. 9a; *Hardtung*, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 226 Rn. 42; *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 5.

¹¹ *Paeffgen*, in NK, StGB, 4. Aufl. 2013, § 226 Rn. 20.

¹² *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 42.

¹³ *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 42; kritisch *Paeffgen*, in NK (Fn. 11), § 226 Rn. 20; *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 1a.

¹⁴ *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 42.

¹⁵ *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 42.

¹⁶ BGH NJW 2017, 1763, 1765.

¹⁷ BGHSt 17, 161, 163; BGH NJW 1967, 297, 298.

nächst darauf abgestellt, dass der technische Fortschritt dem Täter nicht zugutekommen dürfe, obwohl er das Opfer zuvor schuldhaft schädigte.¹⁸ Mit Voranschreiten der technischen Möglichkeiten ist jedoch beispielsweise das Vorliegen einer dauerhaften Entstellung wegen des Vorhandenseins einer Zahnprothese verneint worden.¹⁹ Allerdings ändere das Vorhandensein einer Brille als nur vorübergehend mit dem Körper verbundenes Hilfsmittel nichts an der Funktionsbeeinträchtigung des Sehvermögens i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1.²⁰ Argumentiert wird, dass eine Strafbarkeit grundsätzlich nicht von einem willkürlichen Verhalten des Opfers abhängig gemacht werden könne und dem Opfer sonst geradezu eine Mitwirkungsobliegenheit aufgebürdet würde.²¹ Zudem sei nicht zu verkennen, dass es sich bei den aufgezählten Varianten des § 226 Abs. 1 um objektive Tatbestandsmerkmale handle, die durch Einbeziehung des Willens oder Nicht-Willens des Opfers ihre Objektivität einbüßen würden.²² Grundsätzlich erscheine auch das Kriterium der Zumutbarkeit als zu vage.²³

Neben der allgemeinen objektiven Zurechnung ist ebenso wie bei § 227 erforderlich, dass ein sogenannter **spezifischer Gefahrzusammenhang** vorliegt. Dies bedeutet, dass sich die schwere Folge gerade aus der in der Körperverletzungshandlung innewohnenden Gefahr realisieren muss.²⁴ Es ist für den spezifischen Gefahrzu-

sammenhang ein Mehr im Vergleich zur allgemeinen objektiven Zurechnung zu fordern, um der erhöhten Strafandrohung des erfolgsqualifizierten Delikts Rechnung zu tragen.²⁵

Abschließend ist für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 226 Abs. 1 zumindest Fahrlässigkeit hinsichtlich der schweren Folge erforderlich, § 18.²⁶ Bei Vorliegen von *dolus directus* 1. oder 2. Grades ist die Qualifikation des § 226 Abs. 2 einschlägig.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin wegen eines durchgreifenden Rechtsfehlers in der Strafzumessung auf. Die Revision des Angeklagten hat hingegen keinen Erfolg.

Der BGH kommt zu dem Schluss, dass die Bewegungseinschränkungen der linken Hand des B eine schwere Folge i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 darstellen. Ob ein wichtiges Körperglied im Sinne dieser Norm nicht mehr gebraucht werden kann, sei anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu bestimmen, wobei ein vollständiger Verlust der Gliedfunktionen nicht erforderlich sei. Entscheidend sei vielmehr, ob die tatsächlichen Wirkungen einem physischen Verlust (§ 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1) gleichkommen.

In der Unbrauchbarkeit der linken Hand habe sich auch die den Hieben des A mit dem Messer innewohnende Gefahr verwirklicht. Der Eintritt der Folge sei für A durchaus vorhersehbar gewesen. Dass der Verletzte entgegen ärztlichen Rates eine Nachbehandlung nicht vornimmt, liege nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung. Damit stehe der Zurechnung der Unbrauchbarkeit der Hand zulasten des A nicht die „Mitverursachung“ des B entgegen.

¹⁸ BGHSt 17, 161, 164 f.; BGH NJW 1962, 1067, 1068.

¹⁹ BGHSt 24, 315, 317; zust. etwa *Rengier* (Fn. 5), § 15 Rn. 22; anders noch BGHSt 17, 161.

²⁰ BGH NSTZ-RR 2004, 264.

²¹ *Kudlich*, JA 2017, 470, 471.

²² BGH NJW 1962, 1067, 1067.

²³ *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 7), § 226 Rn. 3.

²⁴ *Hirsch*, in LK, StGB, 12. Aufl., § 226 Rn. 6; *Paeffgen*, in NK (Fn. 11), § 226 Rn. 13 f.; *Stree/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 226 Rn. 1, 8.

²⁵ *Heinrich/Reinbacher*, JURA 2005, 743, 744 f.

²⁶ *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 1.

Zudem sei trotz unterlassener Nachsorge durch B auch die **Dauerhaftigkeit** des Funktionsverlusts dem A zurechenbar. Die Beweggründe des Opfers dafür, angeratene Behandlungen nicht vorzunehmen, seien nicht zu hinterfragen. Etwas anderes könne nur in dem Ausnahmefall gelten, dass das Opfer allein aus Boshaftigkeit gegenüber dem Täter eine entsprechende ärztliche Behandlung nicht vornehme.

Grundsätzlich erfolge eine Berücksichtigung der Mitverursachung durch das Opfer vielmehr nur bei der Strafzumessung.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die schwere Körperverschüttung in § 226 Abs. 1 qualifiziert die §§ 223, 224 bei wenigstens fahrlässiger Verursachung einer der genannten schweren Folgen und stellt damit eine Erfolgsqualifikation dar.²⁷ Als solche wird § 226 Abs. 1 aufgrund der damit einhergehenden komplexeren Prüfung gerne zum Gegenstand von Prüfungsarbeiten gemacht, denn das erfolgsqualifizierte Delikt ist eine Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (§§ 11 Abs. 2, 18) und setzt als Besonderheit einen spezifischen Gefahrszusammenhang voraus. Die Körperverschüttungsdelikte zählen zudem in jedem Bundesland zum Pflichtstoff.²⁸

Auch für die Praxis ist die Entscheidung relevant. Aus Beschuldigtenperspektive droht in Abhängigkeit vom nicht beeinflussbaren Opferverhalten ein Sanktionssprung, denn es handelt sich bei § 226 anders als bei den §§ 223, 224 um ein Verbrechen, § 12 Abs. 1. Damit liegt die Strafandrohung nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe. Gerichte und Nebenkläger werden sich hingegen weniger mit dem Einwand befassen müssen, der Verletz-

te habe (weitere) Behandlungen auf sich nehmen müssen.

Bei der gutachterlichen Prüfung müssen die Studierenden berücksichtigen, dass zwischen **zwei Anknüpfungspunkten des Zurechnungszusammenhangs** zu unterscheiden ist. Das Schema könnte wie folgt aussehen:

Vorschlag für das Prüfungsschema des § 226 StGB

I. Tatbestand

- 1.) Verwirklichung des Grunddelikts
- 2.) Eintritt der schweren Folge
- 3.) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge
- 4.) Objektive Zurechnung
 - a.) Bezüglich des Eintritts der schweren Folge
 - b.) **Bezüglich der Dauerhaftigkeit**
P: Berücksichtigung eigenverantwortlichen Opferverhaltens
- 5.) Spezifischer Gefahrszusammenhang
- 6.) Mindestens Fahrlässigkeit bezüglich der schweren Folge

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

Zunächst ist die **Zurechnung des Eintritts der schweren Folge** an sich zu thematisieren. Der BGH sieht in dieser Zurechnung im konkreten Fall kein größeres Problem und bejaht sie mit dem einfachen Hinweis, dass das aus ärztlicher Sicht unvernünftige Verhalten des B nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liege.

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob die unterlassene Nachbehandlung den Zurechnungszusammenhang bezüglich des Tatbestandsmerkmals der **Dauerhaftigkeit** unterbrechen kann. An dieser Stelle ist der

²⁷ Fischer (Fn. 10), § 226 Rn. 2.

²⁸ Vgl. für Berlin § 3 Abs. 4 Nr. 2 lit. b), lit. gg) JAO; für Bayern § 18 Abs. 2 Nr. 4 JAPO; für Nordrhein-Westfalen § 11 Abs. 2 Nr. 7 lit. b) JAG.

Kernstreit des Falles zu führen. Je nach Sachverhalt muss er entweder mit dem BGH oder der Literaturmeinung entschieden werden oder ist gegebenenfalls, sollte bei Anwendung der von der Literatur entwickelten Kriterien das dem BGH entsprechende Ergebnis gefunden werden, offenzulassen. Zum gleichen Ergebnis kämen die Literatur und der BGH namentlich, wenn zwar eine Behandlung mit Erfolgsaussichten bestanden hätte, diese dem Opfer aber aus wertenden Gesichtspunkten nicht möglich oder zumutbar war.

Für die Praxis hat der BGH mit seiner Entscheidung einen weiteren Einzelfall im Anwendungsbereich des § 226 geklärt. Er hat sich im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung²⁹ gegen die Literaturmeinung gestellt, die für die Zurechenbarkeit der Dauerhaftigkeit der schweren Folge auf die Zumutbarkeit der ärztlichen Behandlung für das Opfer abstellt.³⁰ Eine vorgenommene Behandlung lässt den Zurechnungszusammenhang zwar entfallen, wenn anschließend nicht mehr von einer dauernden Entstellung gesprochen werden kann.³¹ Nun entschieden ist aber, dass es dem Täter im Rahmen des Zurechnungszusammenhangs nicht zugute kommt, wenn eine solche Behandlung aufgrund von allein der Beurteilung des Opfers unterliegenden Gründen nicht vorgenommen wird.

5. Kritik

Der BGH erreicht mit seiner Entscheidung insofern Rechtssicherheit, als eine vom Opfer unterlassene aber erfolgsversprechende ärztliche Behandlung nie den Zurechnungszusammenhang zur Dauerhaftigkeit der schweren Folge unterbrechen soll. Die Gerichte müssen sich nicht mit der Frage auseinandersetzen, welche Behandlung erfolgsversprechend und dem Opfer zumutbar

gewesen wäre. Damit erreicht der BGH die Bestimmtheit der Strafdrohung, deren Fehlen er an der dargestellten Literaturlösung kritisiert.³²

Soweit er für seine Lösung anführt, dass dem Opfer andernfalls durch Gerichtsurteil bescheinigt werde, es sei nicht auf Dauer beeinträchtigt, ist dem jedoch entgegenzuhalten, dass das Urteil lediglich bescheinigen würde, dass ein etwaiger Erfolg i.S.d. § 226 Abs. 1 dem Täter nicht **zuzurechnen** ist. Nicht bescheinigt würde hingegen, dass eine solche dauernde Gebrauchsunfähigkeit überhaupt nicht vorliegt.

Zudem lässt der BGH außer Betracht, dass allgemein anerkannt ist, dass die Zurechnung eines Erfolgs bei Verlagerung der Gefahr in den Verantwortungsbereich entweder des Opfers oder eines Dritten entfallen kann.³³ Statt auf hierzu allgemein anerkannte Kriterien zurückzugreifen, behandelt der BGH die Zurechnung der Dauerhaftigkeit im Rahmen des § 226 als ein Sonderproblem, bei dem Zurechnungserwägungen im Einzelfall keine Rolle mehr spielen sollen. Damit schafft er aber eine sich in die übrige Strafrechtsdogmatik nicht einfügende Ausnahme und erreicht seinerseits eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Dies wird dadurch verstärkt, dass auch der BGH in Extremfällen, in denen das Opfer die Behandlung aus reiner Boshaftigkeit gegenüber dem Täter unterlässt, eine Berücksichtigung der Beweggründe des Opfers doch wieder in Betracht zieht. In sonstigen Fällen von absolut unverständlichem und eigenverantwortlichem Verhalten des Opfers wäre dem Täter, der die qualifizierende Folge zudem gegebenenfalls „nur“ fahrlässig herbeigeführt hat, der Erfolg zuzurechnen. Damit bliebe von der einschränkenden Funktion³⁴ der objekti-

²⁹ BGHSt 17, 161, 163; BGH NJW 1967, 297, 298.

³⁰ Vgl. dazu oben 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand.

³¹ BGHSt 24, 315.

³² BGH NJW 2017, 1763, 1764.

³³ Hierzu *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 42.

³⁴ *Rengier*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2016, § 13 Rn. 38.

ven Zurechnung im Bereich des § 226 aber nicht mehr viel übrig.

Um die Zurechenbarkeit zu begründen, argumentiert der BGH weiter, dass die vom Täter herbeigeführte schwere Folge nicht als Gradmesser seiner Strafwürdigkeit ausgegrenzt werden dürfe. § 226 setzt aber für die erhöhte Strafwürdigkeit gegenüber den §§ 223, 224 gerade nicht nur den Eintritt der schweren Folge voraus, sondern darüber hinaus auch deren Langwierigkeit, die dem Täter zurechenbar sein muss. Für die Frage, ob der Täter besonders strafwürdig ist, muss also zunächst einmal das Vorliegen des Zurechnungszusammenhangs bezüglich der Dauerhaftigkeit geklärt werden. Ist die Dauerhaftigkeit ihm nicht zurechenbar, ist er auch nicht strafwürdig i.S.d. § 226.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der BGH zur Erreichung einer höheren Einzelfallgerechtigkeit lieber Richtlinien zur Zumutbarkeit der Behandlung für das Opfer hätte entwickeln sollen, als diesem Ansatz der Literatur gänzlich die Anwendung zu versagen. Würde man den Fall unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit und Möglichkeit der Behandlung für den B lösen, müsste man eine Strafbarkeit des A gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 wohl verneinen.

Neben dem fehlenden Gesundheitsrisiko wären in die Beurteilung auch die finanziellen Möglichkeiten des B sowie sein Versichertenstatus miteinzubeziehen. Hierüber enthält das Urteil abgesehen von der Wohnsituation des B im Asylbewerberheim aber mangels Relevanz für die einzelfallunabhängige Lösung des BGH keine Angaben.

Konsequenterweise gilt die vom BGH gefundene Lösung wohl nicht nur für § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, sondern auch für die schwere Folge der dauernden Entstellung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1. Dies folgt aus dem Umstand, dass die schweren Folgen des § 226 Abs. 1 alle einen vergleichbaren chronischen Zustand aufweisen müs-

sen.³⁵ Sie setzen also jeweils die Langwierigkeit voraus, deren objektive Zurechnung der BGH im vorliegenden Fall zu klären hatte.

(Miriam Nomanni / Pia Walter)

³⁵ *Hardtung*, in MüKo (Fn. 10), § 226 Rn. 6.

1. Sachverhalt¹

A klingelt an der Wohnung der 74-jährigen B. Diese liegt auf ihrem Bett und öffnet die Tür mit einem automatischen Türöffner. A geht ans Bett der B und fordert sie auf, ihm Geld zu geben, andernfalls müsse er ihr weh tun. Dabei hält er einen 6 cm langen Schlüssel derart in der Hand, dass B ihn – wie von A beabsichtigt – für ein Messer hält. Angesichts dieser Bedrohung weist sie A auf ihr Portemonnaie hin. A entnimmt das Geld und verlässt die Wohnung.

Das LG verurteilt A wegen schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB² zu einer Freiheitsstrafe. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Problematisch ist in diesem Fall die Anwendung der praxis- und prüfungsrelevanten³ Qualifikationsvorschrift § 250. Die im Jahr 1998 durch das 6. StrRG⁴ neu gefasste Vorschrift stellt die Rechtsprechung vor erhebliche Herausforde-

August 2017 Schlüssel-Fall

Schwerer Raub / Schlüssel als gefährliches Werkzeug / Mitursächlichkeit der Täuschung

§ 250 StGB

Famos-Leitsätze:

1. Ein Schlüssel ist kein objektiv ungefährlicher Gegenstand, da er geeignet ist, bei einer Verwendung als Schlag- oder Stoßwerkzeug ernsthafte Verletzungen zu verursachen.

2. Einer Anwendung von § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB steht es nicht entgegen, dass die Drohwirkung des eingesetzten Gegenstandes auch auf dem täuschenden Verhalten des Täters beruht.

BGH, Urteil vom 12. Juli 2017 – 2 StR 160/16; veröffentlicht in BeckRS 2017, 119104.

rungen, da sie zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt.⁵ Dies zeigt auch der vorliegende Fall. A könnte nämlich mit dem zur Drohung (und Täuschung) eingesetzten Schlüssel ein gefährliches Werkzeug verwendet haben und daher gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 zu verurteilen sein.

Die Rechtsprechung lässt es für ein „Verwenden“ ausreichen, wenn mit dem verletzenden Einsatz des in Rede stehenden Gegenstandes gedroht wird.⁶ Er muss also nicht zur Gewaltanwendung gebraucht werden. Allerdings muss der Geschädigte das Nötigungsmittel als solches erkennen.⁷ Die Literatur

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

² Alle nachfolgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Vgl. Joecks, StGB, 11. Aufl. 2014, § 250 Rn. 5.

⁴ BGBl. 1998 Teil I Nr. 6, S. 164 ff.

⁵ Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 73; zu den bereits vor der Neufassung existierenden Schwierigkeiten vgl. Beck/Konstantinou, famos 09/2011, 1 f.

⁶ BGH NJW 1999, 2198.

⁷ BGH NSTz 2008, 687; NSTz 2011, 158; vgl. auch NJW 2004, 3437; NSTz 2012, 389.

schließt sich diesem Verständnis des Merkmals Verwenden überwiegend an.⁸

Umstrittener ist der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“. Nach der Rechtsprechung gleicht der Begriff des gefährlichen Werkzeugs demjenigen in § 224 Abs. 1 Nr. 2.⁹ Dies habe der Gesetzgeber vorgegeben.¹⁰ Es muss sich danach um einen objektiv gefährlichen Gegenstand handeln.¹¹ Diese objektive Gefährlichkeit kann sich einerseits aus der generellen Gefährlichkeit eines Gegenstandes ergeben. Zur Verwirklichung des Tatbestandes genügt dann jedes Benutzen eines solchen Gegenstandes als Drohmittel.¹² Andererseits kann die objektive Gefährlichkeit sich auch aus der konkreten Art und Weise der Verwendung im Einzelfall ergeben.¹³ Folglich kann etwa aus einer 2 cm großen Platzwunde darauf geschlossen werden, dass es sich bei dem nicht näher aufklärbaren Gegenstand, mit dem diese Wunde herbeigeführt wurde, um ein gefährliches Werkzeug gehandelt haben muss.¹⁴ Sofern ein generell ungefährlcher Gegenstand als Drohmittel eingesetzt wird, soll es genügen, wenn der Täter ankündigt, den Gegenstand in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.¹⁵ Erforderlich ist jedoch, dass die Drohung zumindest potenziell realisierbar ist.¹⁶ Droht der Täter mit einer (generell ungefährlichen) ungeladenen Schusswaffe zu schießen, verwendet er danach kein gefährliches Werkzeug, denn mangels Munition können keine verletzungsgerechten Schüsse abge-

geben werden.¹⁷ Droht er aber mit einer ungeladenen Schusswaffe zu schlagen, so verwendet er nach der Rechtsprechung ein gefährliches Werkzeug, da eine ungeladene Waffe als Schlagwerkzeug eingesetzt werden kann und dann geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.¹⁸

Diese Rechtsprechung zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 wird von der Literatur mehrheitlich kritisiert. Da die Rechtsprechung für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 250 Abs. 1 Nr. 1a allein auf die generelle Gefährlichkeit eines Gegenstandes abstelle,¹⁹ komme es innerhalb des § 250 zu zwei verschiedenen Definitionen desselben Begriffs. Dies sei systemwidrig und widersprüchlich.²⁰ Weiterhin führe diese Rechtsprechung dazu, dass im Rahmen von § 250 Abs. 2 Nr. 1 jeder neutrale Gegenstand als gefährliches Werkzeug qualifiziert werden könne, solange nur dessen (angekündigte und realisierbare) Verwendung geeignet sei, erhebliche Verletzungen zu verursachen.²¹

In der Literatur wird daher vorgeschlagen, den Begriff des gefährlichen Werkzeugs einheitlich auszulegen. Entscheidend sei auch für § 250 Abs. 2 Nr. 1 das gleiche Begriffsverständnis wie bei § 250 Abs. 1 Nr. 1a. Dieses ist zwar nach wie vor sehr umstritten,²² jedoch scheint sich allmählich das objektive Begriffsverständnis der Rechtsprechung durchzusetzen, wonach es allein auf die

⁸ Nachweise bei *Jäger*, JA 2012, 307, 309 Fn. 5.

⁹ So inzwischen ausdrücklich BGH BeckRS 2013, 01323 und BeckRS 2015, 06119.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18.

¹¹ BGH NJW 1998, 2915, 2916.

¹² BGH NStZ 2011, 158.

¹³ BGH NJW 1998, 2915, 2916; weitere Nachweise bei *Wittig*, in BeckOK, StGB, 34. Ed. 1.5.2017, § 250 Rn. 9.

¹⁴ BGH NStZ 2004, 263.

¹⁵ BGH NStZ 2011, 211, 212.

¹⁶ Vgl. dazu *Vogel*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2010, § 250 Rn. 35.

¹⁷ BGH BeckRS 2004, 10264; BGH BeckRS 2007, 15394.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1998, 2915, 2916; NStZ 2011, 211, 212.

¹⁹ Ausführlich BGH NJW 2008, 2861, 2864.

²⁰ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 250 Rn. 27; *Kindhäuser*, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn 11; *Rengier*, BT I (Fn. 5), § 8 Rn. 22.

²¹ *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 250 Rn. 21; *Wittig*, in BeckOK StGB (Fn. 13), § 250 Rn. 9.

²² Zum Streitstand vgl. BGH NJW 2008, 2861, 2862 ff. sowie *Rengier*, BT I (Fn. 5), § 4 Rn. 19 ff.

generelle Gefährlichkeit des Gegenstandes ankommt.²³ Neutrale Gegenstände wie ein Schlüssel scheiden dann unabhängig von ihrer (angekündigten) Verwendung als gefährliche Werkzeuge aus.

Wird eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 abgelehnt, ist § 250 Abs. 1 Nr. 1b näher zu untersuchen. Andernfalls bedarf diese Vorschrift keiner eingehenden Erörterung, da sie im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 250 Abs. 2 Nr. 1 zurücktritt.²⁴ Problematisch ist hierbei, ob der Schlüssel als ein „sonstiges Werkzeug“ qualifiziert werden kann. Insoweit ist festzustellen, dass auch die Anwendung der als Auffangtatbestand geschaffenen Vorschrift erhebliche Schwierigkeiten bereitet.²⁵ Der mit § 244 Abs. 1 Nr. 1b identische Wortlaut birgt die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung.²⁶

Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass sog. „Scheinwaffen“ von § 250 Abs. 1 Nr. 1b erfasst werden.²⁷ Dies sind Gegenstände, die objektiv ungefährlich sind, aber aussehen wie ein objektiv gefährlicher Gegenstand, wie beispielsweise eine echt aussehende Spielzeugpistole. Begründet wird dies mit dem Willen des Gesetzgebers, welcher gerade Scheinwaffen erfassen wollte,²⁸ und der auch von Scheinwaffen ausgehenden Bedrohungswirkung.²⁹ Auf die objektive Gefährlichkeit des Tatmittels kommt es danach nicht an.

Allerdings sollen solche Gegenstände ausscheiden, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstandes selbst, sondern auf täuschenden Erklä-

rungen oder Vorspiegelungen des Täters beruht.³⁰ Der Tatbestand werde nicht allein durch eine Täuschung und die Erzeugung eines Irrtums erfüllt, es müsse vielmehr die objektive Erscheinung des Gegenstandes berücksichtigt werden.³¹ Dies gelte umso mehr, als Gegenstände, die eine drohende Äußerung zu unterstreichen vermögen, in einer unübersehbaren, die Tatbestandskonturen auflösenden Vielfalt in Betracht kommen.³²

§ 250 Abs. 1 Nr. 1b sei mithin nicht einschlägig, wenn die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels eines Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch eine Täuschung hervorgerufen werden solle.³³ Davon könne regelmäßig bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den der Geschädigte nicht sinnlich wahrnehmen könne (und solle), ausgegangen werden.³⁴ Berühmtestes Beispiel ist in diesem Zusammenhang ein Labello-Lippenpflegestift den der Täter dem Geschädigten zur Vorspiegelung einer Waffe in den Rücken drückt.³⁵ Ist hingegen für einen objektiven Beobachter die Gefährlichkeit eines vom Täter verwendeten Gegenstandes überhaupt nicht einzuschätzen, ist § 250 Abs. 1 Nr. 1b anzuwenden. Beispiel ist eine Sporttasche, von der der Täter behauptet, sie enthalte eine Bombe.³⁶

In der Literatur wird die Vorschrift des § 250 Abs. 1 Nr. 1b mehrheitlich sehr kritisch gesehen.³⁷ Da alle anderen Begehungsmodalitäten des § 250 auf die erhöhte objektive Gefährlichkeit der Tat abstellen, wird von einem fragwür-

²³ Vgl. etwa *Bosch/Eser*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 20), § 244 Rn. 5a f.; *Sander*, in *MüKo, StGB*, 2. Aufl. 2012, § 250 Rn. 28 ff.

²⁴ *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht BT II*, 17. Aufl. 2015, Rn. 290.

²⁵ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 21), § 250 Rn. 11 ff.

²⁶ *Rengier*, *BT I* (Fn. 5), § 4 Rn. 68.

²⁷ BGH NStZ 2007, 332, 333.

²⁸ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

²⁹ Vgl. schon BGH NJW 1976, 248.

³⁰ BGH NStZ 2011, 703.

³¹ So bereits BGH NStZ 1992, 129.

³² BGH NStZ 1992, 129.

³³ BGH NStZ 2007, 332, 333.

³⁴ BGH NStZ 2007, 332, 333.

³⁵ BGH NStZ 1997, 184, 184f.

³⁶ NStZ 2011, 278; vgl. dazu *Beck/Konstantinou*, famos 09/2011.

³⁷ Z.B. *Kindhäuser*, in *NK, StGB*, 5. Aufl. 2017, § 250 Rn. 5.

digen Systembruch gesprochen.³⁸ Der Auffangtatbestand halte mit der Unrechtssteigerung der übrigen Qualifikationen nicht mit und sei daher ein systemwidriger Fremdkörper.³⁹ Angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung und des Wortlauts wird indes überwiegend darauf verzichtet, objektiv ungefährliche Gegenstände im Wege der teleologischen Reduktion auszuscheiden.⁴⁰ Vielmehr wird die Rechtsprechung insoweit begrüßt, als sie die Auswirkungen der gesetzgeberischen Entscheidung zu begrenzen vermag.⁴¹

Allerdings findet sich in der Literatur auch Kritik an dieser Rechtsprechung. Sie sei schon wegen ihrer äußerst schwachen Argumentation abzulehnen.⁴² Weiterhin stehe es nicht im Einklang mit der Drohungsdogmatik, nicht auf die Opferperspektive abzustellen.⁴³ Werde § 250 Abs. 1 Nr. 1b verneint, wenn dem Geschädigten eine grüne Wasserpistole in den Rücken gepresst wird, aber bejaht, wenn sie schwarz ist und echt aussieht, sei das ungerecht und willkürlich.⁴⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt die Verurteilung des A wegen schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1b. Ob darüber hinaus der konkrete Einsatz des Schlüssels auch den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 erfülle, bedürfe keiner Erörterung, da A durch das Unter-

bleiben der Verurteilung nicht beschwert sei.

Zum schweren Raub führt der BGH aus, es sei zwar nach dem weiten Wortlaut der Norm nicht erforderlich, dass das mitgeführte Werkzeug objektiv geeignet ist, das Opfer durch Drohung mit Gewalt zu nötigen. Dennoch schieden solche Gegenstände aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstandes selbst, sondern maßgeblich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruhe. Ein solcher Ausnahmefall sei jedoch nicht gegeben. Ein Schlüssel sei ohne weiteres geeignet, bei einer Verwendung als Schlag- oder Stoßwerkzeug ernsthafte Verletzungen zu verursachen. Insoweit könne von einer objektiven Ungefährlichkeit (des Erscheinungsbildes) nicht die Rede sein. Dass die Drohwirkung des eingesetzten Schlüssels auch auf dem täuschenden Verhalten des A beruhe, stehe der Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1b nicht entgegen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Urteil behandelt – soweit ersichtlich – erstmals die Frage, wie mit einem Fall umzugehen ist, in dem der Geschädigte den eingesetzten, generell ungefährlichen Gegenstand (Schlüssel) zwar sinnlich wahrnehmen kann, aber täuschungsbedingt seiner Art nach nicht erkennt und daher für einen generell gefährlichen Gegenstand (Messer) hält. Der Unterschied zu den bekannten Labello-Fällen liegt darin, dass B den Schlüssel sehen konnte.

Dieser Unterschied spielt aus Sicht des BGH und damit für die zukünftige Praxis jedoch keine Rolle. Es kommt für die Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1b im Ergebnis nach der Ansicht des BGH nicht darauf an, ob der Geschädigte den Gegenstand sinnlich wahrnehmen (sehen) konnte oder nicht. Auch ist nicht entscheidend, ob die Drohwirkung durch ein täuschendes Verhalten bedingt ist. Selbst wenn dies der Fall sein

³⁸ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II (Fn. 24), Rn. 281.

³⁹ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 39. Aufl. 2016, Rn. 373.

⁴⁰ Vgl. nur Krey/Hellmann/Heinrich, BT II (Fn. 24), Rn. 282 f.; Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 9. Aufl. 2015, Rn. 789; zweifelnd aber Mitsch, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, S. 521 f.

⁴¹ Wessels/Hillenkamp, BT II (Fn. 39), Rn. 374; vgl. auch Eisele, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2017, Rn. 209.

⁴² Mitsch, BT II (Fn. 40), S. 521.

⁴³ Vogel, in LK (Fn. 16), § 244 Rn. 45.

⁴⁴ Fischer (Fn. 21), § 250 Rn. 11a.

sollte, so ist die Täuschung nämlich nur maßgeblich, wenn aus der Sicht eines objektiven Beobachters der Gegenstand offenkundig ungefährlich ist. Andernfalls liegt eine unbeachtliche Mitursächlichkeit der Täuschung vor. Eine offenkundige Ungefährlichkeit ist für einen Schlüssel nach Ansicht des BGH zu verneinen, ohne dass es einer näheren Bestimmung des Schlüssels bedarf. Denn ein (d.h. jeder) Schlüssel könne bei einer Verwendung als Schlag- oder Stoßwerkzeug ernsthafte Verletzungen verursachen. Dies soll ihn von Gegenständen wie einem kurzen Plastikrohr mit 3 cm Durchmesser⁴⁵, einem Labello-Stift⁴⁶, einem dünnen Metallstift⁴⁷ und einer grellbunten Wasserpistole⁴⁸ unterscheiden.

Fraglich ist aber, ob es in vergleichbaren Fällen zukünftig überhaupt zu einer Erörterung des schwierigen § 250 Abs. 1 Nr. 1b kommen muss. Durch die Erwähnung des vorrangigen § 250 Abs. 2 Nr. 1 macht der BGH deutlich, dass er dessen Bejahung zumindest für erwägenswert erachtet.⁴⁹

Für die Ausbildung ist dieser Fall von hoher Relevanz, da er sich ausgezeichnet eignet, das Wissen der Studierenden abzuprüfen. Gleichzeitig sind bei guter Argumentation viele Ergebnisse vertretbar. Wie also sollte vorgegangen werden? Es bietet sich an, zunächst § 250 Abs. 2 Nr. 1 zu prüfen.⁵⁰ Dafür spricht zum einen, dass dieser spezieller ist als § 250 Abs. 1 Nr. 1a und b.⁵¹ Daher wird er in der Praxis stets vorrangig geprüft. Zum anderen spricht dafür, dass die Rechtsprechung das Merkmal gefährliches Werkzeug hier weiter versteht als in

§ 250 Abs. 1 Nr. 1a, indem sie nicht auf die generelle Gefährlichkeit, sondern die konkrete Verwendung abhebt. Will man dem folgen und prüft dennoch zunächst § 250 Abs. 1 Nr. 1a, so müsste man zu dem (absurden) Ergebnis kommen, dass A zwar kein gefährliches Werkzeug bei sich führte, aber verwendete.⁵² Dass dies konsequent wäre, wird vermutlich nur wenigen Prüfern unmittelbar einleuchten. Klausurtaktisch liegt es nahe, § 250 Abs. 2 Nr. 1 abzulehnen und sodann im Rahmen des § 250 Abs. 1 Nr. 1b klarzustellen, dass trotz der Besonderheiten des Falles die Labello-Rechtsprechung grundsätzlich Anwendung finden könnte. Ob dann angenommen oder abgelehnt wird, die Drohungswirkung beruhe maßgeblich auf dem täuschenden Verhalten, sollte bei guter Argumentation keinen Unterschied machen.⁵³

5. Kritik

Angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung, mit § 250 Abs. 1 Nr. 1b einen Qualifikationstatbestand zu schaffen, der objektiv ungefährliche Gegenstände erfasst, ist dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen. Dennoch bieten die Ausführungen des BGH Anlass zur Kritik.

Zu bedauern ist zunächst, dass der BGH sich zum besonders schweren Raub nicht positioniert. Zwar ist zutreffend, dass A insoweit nicht beschwert ist. Dies steht jedoch einer Berichtigung des Schuldspruchs zu Lasten des Angeklagten nicht entgegen.⁵⁴ Stützt der Angeklagte – wie vorliegend – seine Revision auf die Verletzung materiellen Rechts, hat das Revisionsgericht die Pflicht, die Rechtsanwendung umfassend zu prüfen.⁵⁵ Auch das Verbot der Schlechterstellung steht einer Schuld-

⁴⁵ BGH NStZ 1992, 129.

⁴⁶ BGH NStZ 1997, 184, 184 f.

⁴⁷ BGH NStZ 2007, 332, 333 f.

⁴⁸ BGH NStZ 2011, 703.

⁴⁹ Vgl. Wiedner, in BeckOK, StPO, 27. Ed. 1.1.2017, § 358 Rn. 13.1.

⁵⁰ Ebenso Jäger, JA 2012, 307, 308 – a.A. Beck/Konstantinou, famos 09/2011, 4.

⁵¹ Kindhäuser, in NK (Fn. 37), § 250 Rn. 27.

⁵² Siehe unten 5.

⁵³ Siehe erneut unten 5.

⁵⁴ Str., wie hier auch BGH NJW 1990, 2143; Wiedner, in BeckOK StPO (Fn. 49), § 354 Rn. 34.

⁵⁵ Wohlers, in SK, StPO, 4. Aufl. 2014, § 354 Rn. 26.

spruchänderung nicht entgegen.⁵⁶ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 358 Abs. 2 S. 1 StPO. Eine Entscheidung des BGH wäre auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten gewesen, denn die Judikatur zu § 250 hat zu einer Wirrnis unübersichtlicher Verschachtelungen geführt.⁵⁷

Geht man davon aus, A habe hier konkludent damit gedroht, den Schlüssel als Schlag- oder Stoßwerkzeug einzusetzen, indem er ankündigte, B weh zu tun, müsste mit der dargelegten Rechtsprechung § 250 Abs. 2 Nr. 1 wohl bejaht werden. Schließlich betont der BGH, ein so verwendeter Schlüssel könne ernsthafte Verletzungen hervorrufen. Dann müsste bei tatsächlichem Einsatz auch § 224 Abs. 1 Nr. 2 bejaht werden.⁵⁸ Fraglich könnte aber sein, ob B das Nötigungsmittel, also den Schlüssel, als solches erkannt hat. Diese Anforderung wird durch den BGH nicht näher präzisiert. Bisher ist – soweit ersichtlich – nicht entschieden, ob lediglich der eingesetzte Gegenstand zutreffend als Nötigungsmittel wahrgenommen oder der Gegenstand richtig erkannt werden muss. Es steht zu vermuten, dass es für ein Verwenden ausreicht, wenn der Geschädigte überhaupt das Drohmittel wahrnimmt und zutreffend erkennt, wie es eingesetzt werden kann. Dann nämlich besteht bereits die einer Drohung immanente Zwangslage.⁵⁹

Dies zeigt, wie weitgehend die Rechtsprechung gerade bei neutralen Alltagsgegenständen sein kann. Eine Orientierung am Begriffsverständnis des § 250 Abs. 1 Nr. 1a würde eine solche Ausuferung vermeiden. Die Lösung der Rechtsprechung kann überdies mit der – trotz ihrer systematischen Schwächen grundsätzlich zu begrüßenden – Labello-Rechtsprechung in Kon-

flikt geraten. Wenn der BGH allein aus einer Platzwunde darauf schließt, ein gefährlicher Gegenstand müsse verwendet worden sein,⁶⁰ ist zu besorgen, dass tatsächlich ein Gegenstand verwendet wurde, den er bei Verwendung als Drohmittel als objektiv ersichtlich ungefährlich eingestuft hätte.

Abschließend ist anzumerken, dass es überzeugt, über eine Anwendung der Labello-Rechtsprechung auch dann nachzudenken, wenn der Geschädigte das Drohmittel zwar sinnlich wahrnimmt, aber nicht richtig erkennt. Es macht qualitativ keinen Unterschied, ob der Geschädigte den Gegenstand gar nicht sieht oder lediglich so schlecht, dass er ihn seiner Art nach nicht erkennt. In beiden Fällen kommt in Betracht, dass die Täuschung für die Drohungswirkung maßgeblich ist. Dass die Täuschung vorliegend (aus Sicht eines objektiven Betrachters) nicht maßgeblich war, hätte einer ausführlicheren Begründung bedurft, zumal A es offenbar für erforderlich hielt, über das objektive Erscheinungsbild des Schlüssels zu täuschen. Auch kann bezweifelt werden, dass jeder Schlüssel – unabhängig von seiner konkreten Beschaffenheit (Größe/Form/Schärfe/Stabilität/etc.) – ohne weiteres geeignet ist, ernsthafte Verletzungen hervorzurufen. Umgekehrt ist nicht ersichtlich, warum ein dünnes Metallrohr oder eine Wasserpistole dazu nie geeignet sein sollen. Die Kritik der Literatur, die Rechtsprechung führe zu kasuistischen Zufallsergebnissen,⁶¹ ist insoweit nicht fernliegend. Entscheidend sollte die konkrete Beschaffenheit des eingesetzten Gegenstandes sein. Kann diese nicht festgestellt werden, ist davon auszugehen, dass es sich um einen Gegenstand handelte, der nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war.⁶²

(Simon Welzel)

⁵⁶ Vgl. nur *Meyer-Goßner*, StPO, 60. Aufl. 2017, § 331 Rn. 8.

⁵⁷ *Fischer* (Fn. 21), § 250 Rn. 22.

⁵⁸ Vgl. für einen Schlüsselbund BGH VRS 1963, 205, 206.

⁵⁹ Vgl. *Vogel*, in LK (Fn. 16), § 250 Rn. 35.

⁶⁰ Siehe oben 2.

⁶¹ *Fischer* (Fn. 21), § 250 Rn. 11d.

⁶² BGH NSTZ-RR 2008, 311.

1. Sachverhalt¹

Die Staatsanwaltschaft leitet nach einem Hinweis einer Vertrauensperson ein Ermittlungsverfahren wegen Drogenhandels u.a. gegen A und B ein. Die Ermittler erfahren im Laufe einer Telekommunikationsüberwachung des B, dass A demnächst Drogen von den Niederlanden nach Deutschland einführen soll. Bevor das Geschäft stattfindet, reist B vorübergehend nach Marokko. Am Tag erhalten die Polizeibeamten Kenntnis davon, dass A aus den Niederlanden in Richtung Deutschland losfährt. Die Ermittler wollen verhindern, dass die Drogen in Umlauf geraten. Darüber hinaus wollen sie vermeiden, dass A durch einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss über das laufende Ermittlungsverfahren informiert wird. Sie befürchten, dass A den B andernfalls warnen und sich der B dadurch den Ermittlungen entziehen könnte. Daher wollen sie das Fahrzeug des A in Deutschland im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle durchsuchen.

Den Verkehrsbeamten wird das Kennzeichen des A durchgegeben, mit dem Hinweis, dass es wünschenswert sei, wenn sich ein Anlass für eine Verkehrskontrolle bei A fände. Als A in einem Baustellenbereich 10 km/h zu schnell fährt, halten die Verkehrsbeamten ihn an. Sie durchsuchen den Wagen und finden acht Kilogramm Kokain.

September 2017

Legendierte Polizeikontrolle-Fall

Doppelfunktionale Maßnahme / Beweisverwertungsverbot / fair-trial-Prinzip / Täuschung des Beschuldigten

§§ 102, 105, 161 Abs. 2 S. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK

famos-Leitsätze:

1. Es gibt weder einen generellen Anwendungsvorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt.
2. Bei legendierten Kontrollen ist die Verwendbarkeit der präventiv-polizeilich erlangten Beweismittel im Strafprozess nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO zu bestimmen.

BGH, Urteil vom 26.04.2017 – 2 StR 247/16; veröffentlicht in BeckRS 2017, 118214.

A wird durch den Polizeibeamten P belehrt und als Beschuldigter vernommen. Über das laufende Ermittlungsverfahren wird er nicht informiert. Außer der Aussage, 6,5 kg Kokain mitgeführt zu haben, macht A keine weiteren Angaben.

Die Polizeibeamten fertigen anschließend einen Bericht an, in dem keine Hinweise auf das laufende Ermittlungsverfahren enthalten sind, so dass der Eindruck einer zufälligen Verkehrskontrolle entsteht. Dieser Bericht wird den Ermittlungsakten beigelegt. Aufgrund dieser Aktenlage erlässt der Ermittlungsrichter einen Haftbefehl gegen A.

A widerspricht der Verwertung der durch die Fahrzeugdurchsuchung erlangten Erkenntnisse. Das Landgericht verurteilt A wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten. A legt Revision zum BGH ein.

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

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall wirft in strafprozessualer Hinsicht mehrere spannende Fragen auf. Vorliegend wurde eine sog. **legendierte Kontrolle** durchgeführt.² Hierunter sind Durchsuchungen zu verstehen, die unter einem Vorwand stattfinden (bspw. eine zollamtliche Überwachung oder eine allgemeine Verkehrskontrolle), also „legendiert“ werden. Die Maßnahmen werden auf Gefahrenabwehrrecht gestützt, obwohl gegen den Betroffenen bereits ein Anfangsverdacht im Hinblick auf eine Straftat vorliegt und führen in der Regel zu sog. „**vorgetäuschten Zufallsfunden**“³. Dieses Vorgehen entspringt der kriminaltaktischen Erwägung, dass durch ein strafprozessuales Vorgehen laufende Ermittlungen gefährdet würden.⁴

Dabei erscheint aber erstens fraglich, ob eine solche Fahrzeugdurchsuchung auf Polizeirecht gestützt werden darf, obwohl bereits ein Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO vorliegt. Zweitens muss diskutiert werden, ob die auf polizeirechtem Wege erlangten Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden dürfen (sog. Umwidmung⁵). Drittens stellt sich die Frage, ob die nicht vollumfängliche Belehrung des A ein **Beweisverwertungsverbot** nach sich zieht. Viertens muss beleuchtet werden, ob das Vorgehen der Polizei ein Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und das Gebot der Aktenwahrheit sowie der Aktenvollständigkeit darstellt.

Sofern eine Zwangsmaßnahme der Polizei sowohl selbständige präventive als auch repressive Zwecke erfüllt, liegt eine

sog. **doppelfunktionale Maßnahme** vor.⁶ Es ist umstritten, wie diese zu behandeln ist.

Nach einer Ansicht⁷ ist ein Rückgriff auf die Normen des Gefahrenabwehrrechts regelmäßig ausgeschlossen, wenn gegen den Betroffenen bereits ein strafprozessualer Anfangsverdacht vorliegt. Dies wird damit begründet, dass ansonsten die spezielleren Voraussetzungen des Strafprozessrechts umgangen würden.

Nach der sog. Schwerpunkttheorie⁸ wird eine Zwangsmaßnahme hingegen danach zugeordnet, ob ihr Schwerpunkt präventiv (dann Gefahrenabwehrrecht) oder repressiv (dann Strafprozessrecht) ist.

Eine weitere Ansicht⁹ stimmt dahingehend mit der Schwerpunkttheorie überein, dass ein Anfangsverdacht nicht automatisch die Anwendung von Gefahrenabwehrrecht ausschließt. Vielmehr seien beide Bereiche gleichrangig und könnten gleichzeitig vorliegen. Dabei wird jedoch teilweise vertreten, dass den Polizeibeamten grundsätzlich ein Wahlrecht zusteht, ob sie die Zwangsmaßnahme auf Gefahrenabwehrrecht oder Strafprozessrecht stützen wollen, wobei im Zweifelsfall dem Gefahrenabwehrrecht Vorrang einzuräumen sei.¹⁰

Daraus resultierend wird darüber diskutiert, ob die im Rahmen dieser polizeirechtli-

² Vgl. Mosbacher, JuS 2016, 706, 708; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Auflage 2017, § 105 Rn. 1a.

³ Nowroussian, Kriminalistik 2011, 370, 370; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn. 1b.

⁴ Vgl. Müller/Römer, NStZ 2012, 543, 544; Nowroussian, Kriminalistik 2011, 370, 372.

⁵ Vgl. Ziegler/Vordermayer, in SSW-StPO, 2. Auflage 2016, § 161 Rn. 27.

⁶ Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737, 738; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage 2016, § 2 Rn. 11; Schoch, JURA 2013, 1115, 1116.

⁷ Müller/Römer, NStZ 2012, 543, 546; ähnlich auch Mosbacher, JuS 2016, 706, 709, der allerdings zumindest eine Beschuldigtenstellung des Betroffenen voraussetzt.

⁸ Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737, 749 f.; Koehl, VR 2016, 186, 192; Sodan, in Sodan/Ziekow, VWGO, 4. Auflage 2014, § 40 Rn. 617.

⁹ Nowroussian, Kriminalistik 2013, 105 ff.; ders., NStZ 2015, 625 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 12.

¹⁰ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 12.

chen Maßnahmen erlangten Beweismittel im Strafverfahren **verwertet** werden dürfen.

Die bisherige Rechtsprechung¹¹ bejaht dies, sofern die Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO vorliegen. In der Literatur wird jedoch vertreten¹², dass die Umwidmung nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO in der vorliegenden Konstellation eine unzulässige Umgehung darstelle. Dies wird damit begründet, dass die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nur noch anhand der Voraussetzungen der Strafprozessordnung zu bewerten sei, sofern bereits ein Anfangsverdacht vorliegt. Insoweit sei dann ein polizeirechtliches Vorgehen zur Beweiserlangung grundsätzlich rechtsmissbräuchlich.¹³

Zudem ist fraglich, welche Konsequenzen daraus folgen, dass A **nicht** über das laufende Ermittlungsverfahren **belehrt** wurde. Grundsätzlich ist nach § 163a Abs. 4 S.1 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten bei der ersten Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird. Hierbei ist ausreichend, wenn dem Beschuldigten eine sachgerechte Verteidigung ermöglicht wird.¹⁴ Dafür ist erforderlich, dass ihm der Tatvorwurf zumindest in den wesentlichen Aspekten dargelegt wird.¹⁵ Es ist hingegen nicht erforderlich, dass ihm alle Einzelheiten genannt werden, wenn dadurch die **Effektivität der Strafverfolgung**

beeinträchtigt wird.¹⁶ Ob aus dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht ein Beweisverwertungsverbot erfolgt, ist anhand einer Einzelfallabwägung zu ermitteln.¹⁷

Aus dem **Recht auf ein faires Verfahren** (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und dem Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO) folgt ferner der **Grundsatz der Aktenvollständigkeit und -wahrheit**, der die Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren sicherstellen soll.¹⁸ Den Akten muss man zweifelsfrei entnehmen können, welche Ermittlungshandlungen bisher erfolgt sind und zu welchen Ergebnissen diese geführt haben.¹⁹ Insoweit ist unstreitig, dass die unrichtige Darstellung von Sachverhalten in den Ermittlungsakten unzulässig ist.²⁰ Das gesamte Strafverfahren hat den Maßstab des Rechtsstaatsprinzips zu genügen, weshalb bereits der Eindruck der Verschleierung von tatsächlichen Begebenheiten vermieden werden muss.²¹ Lediglich bis zum Abschluss der Ermittlungen gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO ist es erlaubt, dem Verteidiger (ganz oder teilweise) die Akteneinsicht zu verweigern, soweit diese den Untersuchungszweck gefährden kann.

Welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Gebot auf Aktenvollständigkeit im Ermittlungsverfahren nach sich zieht, ist abhängig

¹¹ BGH NJW 2009, 3448 ff; BGH NSTZ-RR 2016, 176 ff.

¹² Müller/Römer, NSTZ 2012, 543, 546 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage 2017, § 24 Rn. 54a.

¹³ Vgl. auch Mosbacher, JuS 2016, 706, 708 f., der nicht kategorisch die Anwendung des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO ablehnt, aber zumindest die rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts für problematisch erachtet.

¹⁴ Diemer, in KK-StPO, 7. Auflage 2013, § 136 Rn. 8; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 6.

¹⁵ Pfeiffer, StPO, 5. Auflage 2005, § 136 Rn. 3; Rogall, in SK-StPO, 5. Auflage 2015, § 136 Rn. 38.

¹⁶ Diemer, in KK-StPO, § 136 Rn. 8; Rogall, in SK-StPO, § 136 Rn. 69; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. BGH NSTZ 2012, 581; Böhm/Werner, in MüKo-StPO, § 114b Rn. 26; Heinrich/Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, 2. Auflage 2017, § 26 Rn. 21.

¹⁸ Vgl. Schlothauer in MAH-Strafverteidigung, 2. Auflage 2014, § 3 Rn. 35; Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, 1. Auflage 2014, § 147 Rn. 11 ff; Wohlers, in SK-StPO, § 147 Rn. 1.

¹⁹ BGH NJW 1991, 435 ff.; Pfeiffer, StPO, § 147 Rn. 3; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 14; Wohlers, in SK-StPO, § 147 Rn. 1.

²⁰ BGH NSTZ 2010, 294.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14.

vom Einzelfall.²² Sofern der Verteidiger dadurch an der Einlegung oder der Begründung eines Rechtsmittels gehindert ist, kommt eine Einsetzung in den vorherigen Stand gem. § 33a StPO in Betracht.²³ In Extremfällen können Verstöße gegen die Aktenvollständigkeit und -wahrheit aufgrund einer unheilbaren Verletzung des fair-trial-Prinzips sogar zu einem Verfahrenshindernis führen.²⁴

Zusätzlich erscheint im Hinblick auf das fair-trial-Prinzip problematisch, ob das Vorgehen der Polizeibeamten eine (unzulässige) **Täuschung des Beschuldigten** darstellt. Dieser wird durch die legendierte Polizeikontrolle über die wahren Hintergründe der Zwangsmaßnahme im Unklaren gelassen.

Nach einer Ansicht²⁵ sind Täuschungen des Beschuldigten über die Hintergründe polizeilicher Maßnahmen unzulässig. Dies folge aus dem Prinzip des fairen Verfahrens.

Nach anderer Ansicht²⁶ ist ein solches Vorgehen zulässig. Ein prinzipielles Täuschungsverbot lasse sich der Strafprozessordnung nicht entnehmen. Insbesondere sei § 136a StPO nur auf Vernehmungen anwendbar und lasse sich nicht verallgemeinern. Auch die Zulässigkeit des Einsatzes von verdeckten Ermittlern spreche gegen eine generelle Unzulässigkeit von Täuschungen im Strafverfahren. Ab wann eine Täuschung sich so intensiv auswirke, dass sie als unzulässig einzustufen sei, bedürfe einer Einzelfallentscheidung.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A, da er die im Rahmen der legendierten Fahrzeugdurchsuchung erlangten Beweise im vorliegenden Fall für verwertbar hält.

Zunächst stellt er fest, dass die Fahrzeugdurchsuchung, also die Beweiserhebung, rechtsfehlerfrei auf Polizeirecht gestützt werden durfte. Dies begründet er damit, dass **keine Anhaltspunkte für einen generellen Anwendungsvorrang** der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht existierten. Zum einen habe sich der Gesetzgeber in § 10 Abs. 3 ZollVG ausdrücklich dafür entschieden, auch bei Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts die Möglichkeit der Anwendung der Gefahrenabwehrregelungen weiterhin bestehen zu lassen. Zum anderen lasse auch das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) ein solches Vorgehen mit der Einschränkung zu, dass die Strafverfolgung lediglich zeitlich aufgeschoben und nicht gänzlich unterlassen wird. Darüber hinaus sei auch nicht zu befürchten, dass spezielle Anordnungsvoraussetzungen des Strafverfahrensrechts umgangen würden. Solche rechtsmissbräuchlichen Verstöße seien erst im Rahmen der Beweisverwertung relevant.

Die **Umwidmung** von nicht strafprozessual-erlangten Beweismitteln richte sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO, den der BGH auch bei doppelunktionalen Maßnahmen für einschlägig hält. Hierbei sei dann im Wege einer **sog. hypothetischen Betrachtung** danach zu fragen, ob ein Ermittlungsrichter zweifelsfrei eine entsprechende strafprozessuale richterliche Anordnung erlassen hätte (**Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs**). Eine hypothetische Betrachtung sei allerdings ausgeschlossen, wenn die Anwendung des Gefahrenabwehrrechts nur dem Zweck diene, die strengeren Voraussetzungen der Strafprozessordnung rechtsmissbräuchlich zu umgehen. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall.

²² Vgl. *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, § 5 Rn. 9; *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²³ *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²⁴ LG Berlin StV 1991, 371; *Schlothauer*, in *MAH-Strafverteidigung*, § 3 Rn. 35; *Thomas/Kämpfer*, in *MüKo-StPO*, § 147 Rn. 53.

²⁵ *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543, 545.

²⁶ *Nowrouzian*, Kriminalistik 2011, 370, 372.

Der Senat musste die Frage nicht entscheiden, ob die unvollständige Belehrung des A ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, da auszuschließen sei, dass das Urteil auf der Aussage des A beruhe.

Der Senat sieht keinen Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und das Gebot der Aktenvollständigkeit und -wahrheit, da die Akten zumindest mehrere Wochen vor Anklageerhebung vollständig waren und somit die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten nicht beschnitten wurden.

Als Fazit ist dieser Entscheidung zu entnehmen, dass im Rahmen von sog. legendierten Kontrollen ein Rückgriff auf Gefahrenabwehrrecht nach dem BGH zulässig ist.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Bisher musste sich der BGH selten mit dem Phänomen der legendierten Kontrolle befassen.²⁷ Durch das vorliegende Urteil wurde zum einen für die Praxis die prinzipielle Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise durch die Polizei bestätigt. Zum anderen stellen sich aber einige Probleme, die in der juristischen Ausbildung gerne geprüft werden.

Das Strafprozessrecht gehört erfahrungsgemäß nicht zu den beliebtesten Bereichen der Studierenden. Gleichwohl kann man sich im Examen durch Kenntnis der strafprozessualen „Problemklassiker“ schnell positiv abgrenzen. Die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln hat nicht nur erhebliche Praxisrelevanz, sondern ist auch ein beliebtes Prüfungsthema im Studium und Examen.

Der BGH verdeutlicht, dass die Beweiserhebung und die Beweisverwertung sauber zu trennen sind. Die Studierenden sollten in der Prüfungssituation herausarbeiten, ob bereits Fehler bei der Beweiserhebung erfolgt sind. Anschließend sollte beachtet werden, dass eine fehlerhafte Beweiserhebung

nicht automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Vielmehr bedarf es nach h.M. einer Abwägung im Einzelfall. In diesem Zweier-Schritt sollten die Studierenden auch bei einem Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip vorgehen. In einem ersten Schritt ist dazulegen, worin der Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens im konkreten Sachverhalt zu sehen ist. Sodann ist in einem zweiten Schritt mittels einer Abwägung zu beurteilen, welche Rechtsfolgen der Verstoß nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass nur äußerst gravierende Verstöße zu einem Verfahrenshindernis führen können. Allgemein empfiehlt sich ein strukturiertes Vorgehen bei strafprozessualen Zusatzfragen. Etwaige Verfahrensverstöße sind häufig im Rahmen einer Abwägung den Rechten des Beschuldigten gegenüberzustellen, wodurch sich deren Konsequenzen stets nach dem konkreten Einzelfall richten.

5. Kritik

Lobenswert an dem Urteil des 2. Strafsenats ist, dass er bezüglich der Rechtmäßigkeit legendierter Kontrollen deutlich Stellung bezieht. Es bestehe bei doppelfunktionalen Maßnahmen kein genereller Anwendungsvorrang der Strafprozessordnung, so dass ein gefahrenabwehrrechtliches Vorgehen der Polizei auch bei bestehendem Anfangsverdacht zulässig sei. Er erklärt legendierte Kontrollen für zulässig und beendet dadurch eine seit dem Urteil des 4. Strafsenats²⁸ geführte Debatte²⁹ über deren Rechtmäßigkeit.

²⁷ BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 – 4 StR 436/09; teilweise veröffentlicht in NSTZ 2010, 294.

²⁸ BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 – 4 StR 436/09; teilweise veröffentlicht in NSTZ 2010, 294.

²⁹ So geht *Nowroussian*, Kriminalistik 2011, 370, 372 von der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens aus, während bspw. *Müller/Römer*, NSTZ 2012, 543 ff. und *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 54a von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit legendierter Kontrollen ausgehen; hingegen fordert *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 1b zumindest

Die Ausführungen des 2. Strafsenats hinsichtlich des fair-trial-Prinzips geraten jedoch zu kurz. Vor allem vor dem Hintergrund, dass der Senat das Vorgehen der Ermittlungsbehörden selbst für „nicht unbedenklich“ erklärt. Zwar beschäftigt er sich mit der Frage, ob das Unterbreiten eines unvollständigen Akteninhalts an den Ermittlungsrichter einen Verstoß gegen das fair-trial-Prinzip und gegen das Prinzip der Aktenvollständigkeit darstellt. Diese Grundsätze gelten auch im Vorverfahren, um dem Ermittlungsrichter eine vollumfängliche Erfassung der bisherigen Ermittlungen zu ermöglichen.³⁰ Die Argumentation des BGH, dass das Vorgehen der Ermittlungsbehörden keinerlei negative Auswirkungen auf die Beschuldigtenposition habe, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. So ist nicht ausgeschlossen, dass dem Verteidiger durch die Unvollständigkeit der Akten ein Vorgehen bspw. gegen den Haftbefehl des Ermittlungsrichters erschwert wird. Insbesondere die etwaigen Hintergründe polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen sind für den Verteidiger von entscheidender Relevanz. Nur so kann der Verteidiger im Ermittlungsverfahren nachvollziehen, ob die Erlangung der Beweismittel nach Polizeirecht rechtmäßig war. Dies ist eine Grundvoraussetzung für eine Umwidmung der Beweismittel gem. § 161 Abs. 2 S. 1 StPO. Zudem bezieht sich der Senat im Rahmen seiner Ausführungen auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts³¹, in dem es heißt: *„Es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren jedenfalls schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen.“*³²

Insofern ist es bedauerlich, dass sich der Senat nicht damit beschäftigt, ob nicht eine

zeitlich begrenzte Aktenunvollständigkeit bereits geeignet ist, zumindest einen solchen Anschein zu erwecken.

Darüber hinaus hätte man sich im Hinblick auf das fair-trial-Prinzip auch fragen können, ob das Vorgehen der Polizeibeamten nicht eine Täuschung des Beschuldigten darstellt. Ausführungen hierzu macht der BGH leider nicht.

Bedenklich erscheint die Auffassung, dass es keiner gesonderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für ein solches Vorgehen bedarf. Somit umgehen die Polizeibeamten durch ein gefahrenabwehrrechtliches Vorgehen faktisch den Richtervorbehalt für Durchsuchungen beim Beschuldigten gem. §§ 102, 105 StPO. Der Gesetzgeber hat einen solchen aber gerade in der Strafprozessordnung normiert, um die Subjektstellung des Beschuldigten zu wahren. Die Entscheidungskompetenz soll nicht den ausführenden Polizeibeamten obliegen. Vielmehr soll ein unabhängiger Richter im Einzelfall über die Wahrung der verfassungsrechtlich statuierten Rechte des Beschuldigten wachen. Insofern stellen Ermittlungsmaßnahmen, die unter einem Richtervorbehalt stehen, auch einen Ausfluss der Gewaltenteilung dar. Es ist nicht zu leugnen, dass ein solches Vorgehen – insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität – im Hinblick auf eine effektive Strafverfolgung sinnvoll ist. Allerdings obliegt die Entscheidung, ob und unter welchen Bedingungen ein solches Vorgehen möglich sein sollte, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und nicht dem BGH.

(Carolyn Coenen/Lukas Hambel)

die Schaffung einer speziellen Ermächtigungsgrundlage durch den Gesetzgeber.

³⁰ Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, § 147 Rn. 8.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14.

³² BVerfG, Beschluss vom 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, Rn. 21.

1. Sachverhalt¹

A betreibt eine Werkstatt, in der er gestohlene Gegenstände und Fahrzeuge aufbewahrt und demontiert.

Diese hat A – so die Überzeugung des entscheidenden LG – entweder durch Diebstahl oder, trotz Kenntnis über ihren Ursprung, durch gewerbsmäßige Hehlerei erlangt. Eine andere Erklärung kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass zumindest das Nachtatgeschehen gegeben ist, da die Gewahrsamserlangung durch mittäterschaftlichen Diebstahl nicht endgültig ausgeschlossen werden kann. Nach erfolglosen Bemühungen, die tatsächlichen Geschehnisse zu rekonstruieren, verurteilt die Strafkammer A wegen Diebstahls gem. §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3² *o d e r* gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren. Hierzu wird der mildere Strafraum des § 243 Abs. 1 S. 1 herangezogen.

Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein. Der zuständige 2. Strafsenat legt dem Großen Senat für Strafsachen die Sache im Rahmen des § 132 Abs. 4 GVG zur Entscheidung vor.

Oktober 2017 Wahlfeststellungs- Fall II

Echte Wahlfeststellung / Verfassungsmäßigkeit/ Vorlagefrage
§§ 1, 242, 259, StGB, § 261 StPO, Art. 20 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2 EMRK, 103 Abs. 2 GG.

famos-Leitsatz:

1. Die echte Wahlfeststellung verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.
2. Bei der echten Wahlfeststellung handelt es sich ausschließlich um eine prozessuale Entscheidungsregel.

BGH Beschluss vom 8. Mai 2017 - GSSt 1/17; veröffentlicht in NJW 2017, 2842.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Verstößt die gesetzesalternative Verurteilung gegen die Verfassung?

Insbesondere ist umstritten, ob ein Verstoß gegen den in dubio pro reo Grundsatz vorliegt, da das Gericht von keinem der fraglichen Sachverhalte überzeugt ist.³ Die gesetzesalternative Verurteilung könnte weiterhin einen Verstoß gegen das Schuldprinzip aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen.⁴

Die echte Wahlfeststellung ist von anderen Konstellationen abzugrenzen. **Die unechte Wahlfeststellung**⁵ betrifft den Fall, dass der Strafrichter die konkret ursächliche Handlung nicht eindeutig aufklären kann.⁶ Somit steht ein Verstoß gegen § 46 Abs. 1 im Raum, da nicht feststeht, aus welchem Straf-

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

³ Sander, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006-2014, § 261 Rn. 141 ff.

⁴ BVerfGE 20, 323, 331.

⁵ Siehe bereits Schober/Richter, famos 09/2014.

⁶ Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 57 Rn. 17; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 1134.

tatbestand die Strafe resultiert.⁷ Hierbei steht die Erfüllung eines Tatbestandes einer ganz bestimmten Norm fest, allerdings ist die konkret ursächliche Handlung nicht aufklärbar.⁸

Typischerweise lässt sich hierzu das Beispiel der Infizierung des Opfers mit dem HI-Virus anführen. Hat der Täter zumindest eventualvorsätzlich über einen längeren Zeitraum mehrmals Beischlaf mit seinem Opfer gehabt und lässt sich nachträglich nicht mehr eindeutig bestimmen, mit welchem konkreten Handeln er sein Opfer mit dem tödlichen Virus angesteckt hat⁹, spricht man auch von der **Sachverhaltsalternativität**.¹⁰ Die Verurteilung erfolgt nach dem konkret in Rede stehenden Delikt; hier gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 5 bzw. im Todesfall nach § 227.

Beim Vorliegen eines **Stufenverhältnisses** ist zweifelhaft, welche von zwei möglichen, in einem Stufenverhältnis stehenden Begehungsformen der Täter verwirklicht hat.¹¹ In diesem Stufenverhältnis stehen jeweils Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikte¹² sowie Grundtatbestände und Qualifikationen.¹³

Bei der **Präpendenz** ist die Vortatbeteiligung unzweifelhaft, aber die Verwirklichung der Nachtat nicht klar feststellbar.¹⁴ In Fällen der **Postpendenz** hingegen steht zwar das Nachtatgeschehen sicher fest, offen bleibt jedoch eine Beteiligung an der Vortat.¹⁵

Im Gegensatz dazu liegt bei der echten, **sog. ungleichartigen** Wahlfeststellung ebenfalls eine Strafbarkeit vor, allerdings steht aufgrund der unauflösbaren Ungewissheit über den tatsächlichen Sachverhalt nicht fest, gegen welche konkrete Vermeidungspflicht hier verstoßen wurde.¹⁶ Es handelt sich um einen Fall der **Tatbestandsalternativität**¹⁷ oder **Tatsachenalternativität**.¹⁸

Bereits das RG entwickelte die Rechtsfigur für den Fall der gesetzessubstitutiven Verurteilung wegen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei.¹⁹ 1935 normierte der nationalsozialistische Gesetzgeber die echte Wahlfeststellung in den §§ 2b RStGB²⁰ und 267b RStPO.²¹ Obwohl der Alliierte Kontrollrat²² dieses Gesetz 1946 wieder aufhob, hat die Rechtsprechung des BGH auch in der Folgezeit die entwickelten Grundsätze der richterrechtlichen Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung wieder aufgegriffen.²³

Daran wurde schließlich auch in den folgenden Jahrzehnten – ungeachtet der zahllosen Reformen des Gesetzgebers zu Beginn der 1970er Jahre – festgehalten.²⁴ Scheinbar beeindruckt und beeinflusst durch die Kritik der Lehre, hat die Rechtsprechung sich inzwischen auf mehr oder weniger klare Kriterien²⁵ konkretisiert, die für eine Verurteilung

⁷ Haas, HRRS 2016, 190, 190.

⁸ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134.

⁹ BGHSt 36, 262, 266.

¹⁰ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134.

¹¹ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 7; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1129.

¹² Normatives Stufenverhältnis.

¹³ Logisches Stufenverhältnis.

¹⁴ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 1135.

¹⁵ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 32; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1135.

¹⁶ Rengier, (Fn. 6), § 57 Rn. 21.

¹⁷ Köchel, ZJS 2014, 269; Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 21.

¹⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1132 ff.

¹⁹ RGSt 55, 44 f.

²⁰ RGBl. 1935 I, 839: „Steht fest, dass jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist nach dem mildesten Gesetz zu bestrafen“.

²¹ RGBl. 1935 I, 844.

²² KontrollRABl 55.

²³ OGHSt 2, 89, 93; BHGSt 1, 127, 129; 9, 390, 394; 11, 26, 28; 183, 30, 77 f.

²⁴ Siehe bereits unter Fn. 19.

²⁵ Linder, ZJS 2017, 311, 316 ff.

aufgrund gesetzessalternativer Wahlfeststellung vorliegen müssen.²⁶

Zunächst muss der vergebliche Versuch der Sachverhaltsaufklärung innerhalb der prozessualen Tat gem. § 264 StPO trotz Ausschöpfung aller verwertbaren Beweise und Ermittlungsmöglichkeiten unternommen werden. Die Strafverfahrensvorschriften der Strafprozessordnung dürfen keine weitere Aufklärung im Sinne der einen oder anderen alternativen Sachverhalte bringen. Eine andere Strafbarkeit muss gänzlich ausgeschlossen sein.²⁷

Sodann ist die Strafbarkeit durch Subsumtion der in Betracht kommenden Sachverhaltsalternativen unter die entsprechenden Normen zu prüfen. Hier also die Strafbarkeit des Täters nach § 242 bei Annahme der Wegnahme der Gegenstände sowie die Strafbarkeit unter Zugrundelegung der böswilligen Verschaffung der entwendeten Gegenstände durch den Täter gem. § 259.²⁸

Schließlich sind die gefundenen Ergebnisse einerseits dahingehend zu überprüfen, dass zwischen ihnen kein Stufenverhältnis²⁹ besteht und kein Fall der Prä- und Postpendenz vorliegt. Ansonsten müsste zwingend eine Verurteilung nach dem milderen der einschlägigen Gesetze vorgenommen werden.³⁰ Ebenso, wenn ein Auffangtatbestand vorliegt.³¹

Andererseits liegt der Gedanke nahe, mangels expliziter Regelung dieses Dilemmas³² infolge der (doppelten) Anwendung³³ des strafrechtlichen **in dubio pro reo Grundsatzes** als materiellrechtliche Entscheidungs-

regel³⁴ von der Straffreiheit auszugehen. Damit einher ginge der Vorrang der Rechtssicherheit³⁵ zur Vermeidung von Verdachtsurteilen.³⁶

Daneben existiert das besondere Verlangen des Einzelnen und des Rechtsstaats³⁷ nach einer effektiven sowie dem materiellen Gerechtigkeitsempfinden aller Bürger entsprechenden Strafrechtspflege.³⁸

Um diesem Spannungsverhältnis gerecht zu werden, entwickelte die Rechtsprechung als Voraussetzungen für die **richterrechtliche gesetzessalternative Verurteilung**, dass die in Betracht kommenden Tatbestände eine **rechtsethische**³⁹ und **psychologische**⁴⁰ **Vergleichbarkeit**⁴¹ aufweisen.

Die **rechtsethische** Vergleichbarkeit liegt vor, wenn die einschlägigen Delikte sich in ihrer Natur ähneln und sozial in einem ähnlichen Maß verachtenswert erscheinen. Die **psychologische** Vergleichbarkeit wird als die einigermaßen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen bezeichnet.⁴² Die Einstellung des Täters zu den verletzten Rechtsgütern sowie sein motivationales Handeln können dabei genauso als Indizien herangezogen werden,⁴³ wie die Einordnung der

²⁶ Fischer, StGB, 65. Aufl. 2017, § 1 Rn. 11; Rengier (Fn. 6) § 57 Rn. 14 ff.

²⁷ BGH NJW 1983, 405.

²⁸ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 30 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1134 ff.

²⁹ Fischer (Fn. 24), § 1 Rn. 22 m.w.N. aus der Rspr.

³⁰ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 22.

³¹ Ceffinato, Jura 2014, 655, 657.

³² BGHSt 6, 84; 15, 63; BGH NSTZ 1981, 33.

³³ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), Rn. 1118.

³⁴ BVerfG MDR 1975, 468 f.; BGHSt 9, 390, 397; 11, 100, 102; 31, 136, 138; BGH NSTZ 2010, 102.

³⁵ Alwart, GA 1992, 545, 562.

³⁶ Eser/Hecker, in Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 65.

³⁷ Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 64.

³⁸ Vgl. Eschenbach, Jura 1994, 302, 307 f.

³⁹ Ausführlich zum Merkmal der rechtsethischen Gleichartigkeit Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 100.

⁴⁰ Ausführlich zum Merkmal der psychologischen Vergleichbarkeit Eser/Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 102.

⁴¹ BGHSt 9, 390, 392; NSTZ 85, 123.

⁴² BGHSt 9, 390, 394; 11, 26, 29; 20, 100, 101; NSTZ 1985, 123.

⁴³ OLG Saarbrücken NJW 1976, 65, 67; NSTZ 1985, 123.

Delikte als Verbrechen oder Vergehen.⁴⁴ Trotz unterschiedlicher Bemühungen im Interesse der Rechtsstaatlichkeit, die unbestimmten und daher auslegungsträchtigen Begriffe zu umschreiben, dürfen die Anforderungen an das Kriterium der Vergleichbarkeit nicht überstrapaziert werden.⁴⁵

Unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit verlangt ein Teil der Literatur eine von den Voraussetzungen der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit unabhängige und damit uneingeschränkte Anwendung.⁴⁶

Die echte Wahlfeststellung wird sowohl hinsichtlich des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG⁴⁷ als auch der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung des Art. 20 Abs. 3 GG bzw. des Art. 6 Abs. 2 EMRK⁴⁸ als verfassungswidrig angesehen. Die Reichweite des Bestimmtheitsgrundsatzes reicht von seinem Grundrechtscharakter⁴⁹, über die Berechenbarkeitsfunktion⁵⁰, bis hin zur unantastbaren Voraussetzung des Schuldstrafrechts.⁵¹

Große Teile der Literatur verlangen – jeweils mit unterschiedlicher Gewichtung – die **Identität des Unrechtskerns**.⁵² Ein tatsächlicher Unterschied zwischen den einzelnen Wertungsgesichtspunkten wird von anderen Teilen sogar gänzlich in Frage gestellt.⁵³ Dem schließt sich auch der 2. Strafsenat mit seiner Vorlagefrage gem. § 132 Abs. 2 GVG an.⁵⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich insbesondere mit der Frage, ob die gesetzeshypothetische Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei verfassungsgemäß ist.⁵⁵ Der große Senat bejaht diese Frage, wobei er in diesem Rahmen dem Gebot der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit eine konstitutive und gleichzeitig eingrenzende Wirkung hat zukommen lassen.⁵⁶

Die echte Wahlfeststellung sei daher eine **prozessuale Entscheidungsregel**, die nicht an dem nur für das sachliche Recht geltenden⁵⁷ strengen Gesetzhypothetizitätsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG zu messen sei, sondern lediglich den allgemein, für die richterrechtliche Rechtsfortbildung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen unterliege, denen sie im Einzelnen genüge.

Weiterhin liege keine unzulässige Analogie oder eine unzulässige sog. Entgrenzung bzw. „Verschleifung“⁵⁸ von Tatbestandsmerkmalen vor.⁵⁹ Auch sei dem Täter nicht ungewiss, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht, sodass dem Gesetzhypothetizitätsprinzip zugrundeliegenden Gedanken⁶⁰ Rechnung getragen werde.⁶¹ Der große Senat führt weiter aus, dass die Kriterien des BGH den Anwendungsbereich der Rechtsfigur lediglich einschränken, aber keineswegs die Strafbarkeit begründen.⁶²

Er vertritt weiterhin die Auffassung, dass ein Zurückbleiben der Strafe hinter dem wahren **Schuldumfang** kein Spezifikum der Rechtsfigur, sondern eine aus der Anwendung

⁴⁴ Rengier (Fn. 6), § 57 Rn. 26.

⁴⁵ Schulz, JuS 1974, 634, 637 m.w.N.

⁴⁶ V. Hippel, NJW 1963, 1533, 1534.

⁴⁷ Gaede, in Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwalt-kommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 51.

⁴⁸ Haas, HRRS 2016, 190, 194.

⁴⁹ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 290.

⁵⁰ BVerfGE 37, 201, 207.

⁵¹ BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 290.

⁵² Deubner, JuS 1962, 21 f.; Wachsmut/Waterkamp, JA 2005, 509, 512.

⁵³ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 141 ff.

⁵⁴ BGH NJW 2017, 2842, 2843.

⁵⁵ Der BGH hat weiterhin festgestellt, dass § 269 Abs. 9 S. 3 ebenfalls im Rahmen der gesetzeshypothetischen Verurteilung Anwendung findet.

⁵⁶ BGH NJW 2017, 2842, 2843 ff.

⁵⁷ St.Rspr., BVerfGE 25, 269, 284 m.w.N.

⁵⁸ BVerfGE 126, 170, 211 m.w.N.

⁵⁹ BGH NStZ-RR 2014, 308, 309.

⁶⁰ BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370. Fn. 48.

⁶¹ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶² BGH NJW 2017, 2842, 2844.

des **Zweifelssatzes** folgende Konsequenz sei.⁶³ So wird der Vergleich des Schuld-spruchs bei wahldeutiger Verurteilung aufgrund alternativer Tatsachenfeststellung bei gleichwertigen Merkmalen einer einzigen Strafvorschrift herangezogen.⁶⁴ Eine Verletzung des **Schuldprinzips** sei daher nicht anzunehmen.

Zudem betont der große Senat, dass durch die Heranziehung der mildesten in Betracht kommenden Strafe dem **Zweifelssatz** hinreichend Rechnung getragen wird.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Große Senat bestätigt die Ansicht der Rechtsprechung zur echten Wahlfeststellung, die sich in langer Tradition manifestiert hat. In der Folge wird in der Ausbildung weiterhin eine entsprechende Darstellung des Meinungsstreites erforderlich sein. Doch könnte es sich lohnen, die Problematik mit erhöhter Aufmerksamkeit weiter zu verfolgen, denn dem Angeklagten steht noch der Weg einer Verfassungsbeschwerde gem. § 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG oder sogar eine Individualbeschwerde zum EGMR Art. gem. 34 EMRK offen. Ob das BVerfG bzw. der EGMR die ständige Judikatur des BGH so uneingeschränkt bestätigen würde, wie es der Große Senat getan hat, ist zumindest fraglich und bleibt abzuwarten.

5. Kritik

Die Entscheidung gilt es nun hinsichtlich der oben genannten Aspekte zu würdigen. Die Bewertung muss dabei anhand zweier unterschiedlicher Maßstäbe erfolgen. Die Frage der **Billigung anhand moralischer Wertevorstellungen** mit dem Ziel der Einzelfallgerechtigkeit einerseits, sowie die Überprüfung der Entscheidung unter **verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten** andererseits

drängen sich jeweils auf. Diese können sehr wohl divergierend beantwortet werden.

Ob die als Missstand empfundene Situation der Nichtfeststellbarkeit von Diebstahl oder Hehlerei ein derartiges Verbiegen des Gesetzlichkeitsprinzips rechtfertigen kann, darf bezweifelt werden. Der Vergleich des Großen Senats,⁶⁵ dass ein qualitativer Unterschied zu in der Praxis außerhalb der Wahlfeststellung sehr häufigen Konstellationen nicht bestehe, geht ins Leere. Es macht einen elementaren Unterschied, ob infolge nicht vollständiger Aufklärbarkeit des Sachverhalts von Mindestfeststellungen und Annahmen „zugunsten“ des Angeklagten ausgegangen wird oder die Strafbarkeit infolge dessen mit Hilfe der echten Wahlfeststellung begründet wird. Denn entgegen der Ansicht des Großen Senats fungiert sie damit als **materiellrechtliche Entscheidungsregel** und nicht als rein prozessuale, sodass Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung findet.

Der Gesichtspunkt, dass der mögliche Täter im vorliegenden Fall nach Überzeugung des Gerichts zweifelsfrei eine der beiden strafbaren Handlungen begangen hat und deshalb auch verurteilt wird, mag zwar dem Billigkeitsgefühl aller entsprechen. Dem **Schuldprinzip** wird aber, mangels eindeutiger Festlegung auf eine verwirklichte Norm, nicht hinreichend Rechnung getragen.

Hinsichtlich der Frage einer verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit müssen zudem die Maßstäbe des **Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG** näher betrachtet werden. Anknüpfend an den Aspekt der Berechenbarkeit⁶⁶ vermag die Argumentation des Großen Senats nicht zu überzeugen, wenn er ausführt, dass dem Täter nicht ungewiss sei, ob sein Verhalten strafbar ist oder nicht.⁶⁷ Der Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips dient nicht alleine dazu, die Vorhersehbarkeit der Bestrafung für den Normadressaten zu

⁶³ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶⁴ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

⁶⁵ BGH NJW 2017, 2842, 2846.

⁶⁶ Siehe bereits unter Fn. 4.

⁶⁷ BGH NJW 2017, 2842, 2844.

gewährleisten,⁶⁸ sondern zugleich der Rechtstaatlichkeit der Entscheidungsfindung. Es muss der Anspruch des Rechtsstaates sein, auch den Weg zur Bestrafung klar zu definieren. § 261 StPO normiert mit seinen verschiedenen Ausprägungen ausreichende Kriterien.

Die Strafbarkeit des Täters anhand des jeweils in Rede stehenden Delikts muss sich dabei zur „freien Überzeugung“⁶⁹ des Gerichts aus dem „Inbegriff“⁷⁰ der Verhandlung ergeben. Gemessen am Maßstab der freien Überzeugung muss die Prüfung jeder einzelnen Strafbarkeit daran scheitern, dass gerade keine Überzeugung vorhanden ist. Die unzureichende Würdigung des Schuldprinzips kann auch nicht darin seine Rechtfertigung finden, dass bei alternativer Tatsachenfeststellung innerhalb einer Norm ebenfalls ein Verstoß gesehen werden müsse. Bei letzterer steht zumindest gesetzlich fest, dass eine ganz bestimmte Norm verletzt ist, wohingegen die gesetzalternative Verurteilung sich nicht eindeutig auf eine Norm festlegt.

Die Annahme, der Gesetzgeber habe der ständigen Rechtsprechung zur Wahlfeststellung seine Billigung nicht entzogen,⁷¹ kann ebenfalls nicht als Rechtfertigung herangezogen werden. Der **Gewaltenteilungsgrundsatz** erlaubt es der Rechtsprechung nicht, die Untätigkeit des Gesetzgebers als Anlass zu nehmen, die Strafbarkeit mit auslegungsträchtigen Kriterien wie der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit zu begründen.

Der **Bestimmtheitsgrundsatz** verlangt in seinen Ausprägungen unter anderem eine bestimmte, vorher festgelegte, Norm, sowie entsprechende Tatbestandsvoraussetzun-

gen.⁷² Die Aufgabe der Strafgerichte ist nicht die subsidiäre Bestimmung von Strafbarkeitsvoraussetzungen, sondern schlichtweg die Subsumtion der in Rede stehenden Handlungen unter die schon vorhandenen strafprozessualen und materiellrechtlichen Normen.

Die zahlreichen oben zitierten Versuche, den uferlosen Begriffen der **psychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit** Bestimmtheit zu verleihen, widerlegen zudem die Annahme des Großen Senats, die Rechtsprechungsformel habe hinreichend feste Konturen erlangt. Vielmehr gibt der BGH an anderer Stelle zu erkennen, dass zur Vermeidung lebensfremder und der Gerechtigkeit widersprechender Ergebnisse⁷³ die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz ausnahmsweise heruntergeschraubt wurden.

Es muss allerdings das Ziel sein, durch gesetzliche Grundlagen die Strafbarkeit zu begründen. Anderenfalls ist den Ansprüchen des Rechtsstaates und dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht hinreichend Rechnung getragen. Dass die konsequente Anwendung des **in dubio pro reo Grundsatzes** in dem vorliegenden Fall dem gerechtigkeitsbeflissenen Bürger das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit erschweren würde, darf nicht dazu führen, dass eine Kernfrage der Strafbarkeit ohne dogmatische Grundlage beantwortet wird.

Wer die richterrechtliche Konstruktion der echten Wahlfeststellung weiterhin befürwortet, muss sich damit gleichzeitig eingestehen, der Einzelfallgerechtigkeit dem Vorzug gegenüber den anspruchsvollen verfassungsrechtlichen Grundsätzen der **Bestimmtheit, Gesetzlichkeit** und eine dem **Schuldprinzip** entsprechende Strafe, den Vorzug gegeben zu haben.

(Roj Khalaf/Tim Schilderoth)

⁶⁸ BVerfGE 26, 41, 42; 45, 363, 370 ff.

⁶⁹ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 29 ff., 104 ff.

⁷⁰ Sander, in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), § 261 Rn. 14 ff.; Julius, in Gercke/Julius/Temming/Zöller, Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl. 2012, § 261 Rn. 5 ff.

⁷¹ BGH NJW 2017, 2842, 2845.

⁷² Eser/Hecker, in Schönte/Schröder (Fn. 36), § 1 Rn. 8, 17.

⁷³ BGHSt 12, 386, 388.

1. Sachverhalt¹

A und B sind ein halbes Jahr in einer Beziehung, als B den A bei einem Telefonat versehentlich mit dem Namen ihres Ex-Freundes anspricht. Dies nimmt A zum Anlass, die Beziehung mit B zu beenden, da er denkt, B sei ihm untreu. Daraufhin versendet A per Mobiltelefon – über einen Zeitraum von etwa 10 Tagen – zahllose Textnachrichten an B, die hasserfüllte Beleidigungen und Bedrohungen enthalten, darunter die Ankündigung ihrer baldigen Tötung. Allein nach dem ausschlaggebenden Telefonat sendet A der B innerhalb eines Zeitraums von 18 Stunden 111 WhatsApp-Nachrichten. Dem folgen Kontaktaufnahmen mittels diverser Kommunikationsmittel, wogegen auch ein Sperren des Kontakts nichts nützt.

Zudem versucht A mehrfach, persönlich Kontakt zu B aufzunehmen, sowohl in ihrer Wohnung als auch an ihrem Arbeitsplatz. Auch am Haus der Eltern von B fährt A vorbei und macht eine drohende Geste, welche die am Hauseingang stehende B wahrnimmt. Des Weiteren zerstört A Autoreifen an Pkws der B sowie ihrer Freunde und Familie. Im Arbeitsumfeld der B verbreitet A Mitteilungen, die sie bei ihrem Arbeitgeber schlecht dastehen lassen sollen. A ist bewusst, dass B die Drohungen ernst nimmt.

Das gesamte Verhalten des A zielt allein darauf ab, B zu demütigen, sie in Angst zu

November 2017

Tödliche Nachstellungs-Fall

Nachstellung mit Todesfolge / objektive Zurechnung / spezifischer Gefährdusammenhang / Dazwischentreten des Opfers

§§ 238 Abs. 3, 18 StGB

famos-Leitsatz:

Liegt der tödliche Erfolg i.S.d. § 238 Abs. 3 StGB in einem selbstschädigenden Verhalten des Opfers, so ist der tatbestandspezifische Zusammenhang zu bejahen, wenn das Verhalten motivational auf die Verwirklichung des Grundtatbestands zurückzuführen ist und diese Motivation für den Suizid handlungsleitend war.

BGH, Beschluss vom 15. Februar 2017 – 4 StR 375/16; veröffentlicht in NJW 2017, 2211.

versetzen und psychisch zu verletzen, ihr jegliches Sicherheitsgefühl zu nehmen und dadurch ihre Lebensführung nachhaltig zu beeinträchtigen.

B kann daraufhin nur noch sehr eingeschränkt arbeiten, leidet an Panikattacken und Angstzuständen. Sie übernachtet dauerhaft bei ihren Eltern. Es entwickelt sich eine depressive Störung bei B, die sich nachhaltig verstärkt. Sie ist verzweifelt und hat Suizidgedanken. Stationäre Behandlungsmaßnahmen bringen keine Besserung ihres Zustandes. Eine weitere stationäre Behandlung lehnt sie ab und setzt stattdessen eine ambulante Behandlung fort. Rund einen Monat später erhängt sich B – über 8 Monate nach der letzten Nachstellungshandlung – in ihrer eigenen Wohnung.

Das LG Stuttgart verurteilt A u. a. wegen Nachstellung mit Todesfolge nach § 238 Abs. 3² zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der vorliegende Fall wirft das Problem auf, inwieweit ein Verhalten des Opfers, wie hier ein Suizid, dem Täter zugerechnet werden kann. § 238 Abs. 3 stellt ein erfolgsqualifiziertes Delikt dar, bestehend aus dem Grunddelikt der Nachstellung und der schweren Folge, dem Tod des Opfers oder einer ihr nahestehenden Person. Für dessen Verwirklichung muss der Täter durch die vorsätzlich begangene Nachstellung den Tod herbeiführen. Hinsichtlich dieser Tatfolge muss ihm wenigstens Fahrlässigkeit nach § 18 zur Last gelegt werden können. Man spricht bei einem erfolgsqualifizierten Delikt daher auch von einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination.³

Damit dem Täter die schwere Folge als „seine Tat“ angelastet werden kann, muss ein **tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang**⁴ zwischen dem Grunddelikt und der schweren Folge bestehen. Die reine Ursächlichkeit, nach welcher die Handlung des Täters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfielen (Äquivalenztheorie), genügt bei einer Erfolgsqualifikation nicht.⁵ Dies beruht alleine schon auf dem Umstand, dass die Verwirklichung eines erfolgsqualifizierten Delikts einem deutlich höheren Strafmaß unterliegt als eine Verurteilung wegen des Grunddelikts und des Fahrlässigkeitsdelikts in Tateinheit. Darin soll das gesteigerte Unrecht der Tat zur Geltung kommen.⁶ Entfällt der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang und damit eine Strafbarkeit wegen dem erfolgsqualifizierten De-

likt, bleibt eine mögliche Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 unberührt.⁷

Die herrschende Ansicht in der Literatur vertritt zudem die Lehre von der **objektiven Zurechnung**.⁸ Inwieweit sich diese von der allgemeinen Kausalität und dem tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhang unterscheidet soll im Folgenden kurz erläutert werden. Die Kausalität nach der eben erwähnten Äquivalenztheorie reicht so weit, dass sämtliche Bedingungen, die zum Erfolg beigetragen haben, kausal sind, völlig unabhängig davon, wann und ob sie nur zufällig gesetzt worden sind. So wäre auch die Zeugung des Täters durch dessen Eltern kausal für seine Jahre später begangene Tat.

Mit der objektiven Zurechnung kann diese ausufernde Ursächlichkeit bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestands eingeschränkt werden. Der Tatbestand soll demnach nur erfüllt sein, wenn der Erfolg dem Täter als sein Werk zugerechnet werden kann.⁹ Dies ist der Fall, wenn er ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen hat, welches sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.¹⁰ Gegner der Lehre von der objektiven Zurechnung führen an, sie sei zu unbestimmt und verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG.¹¹ Zwar seien einzelne Fallgruppen entwickelt worden, in denen die Zurechnung entfalle, sie sei aber ein bloßer Wertungsgesichtspunkt.¹² Für den Einzelnen sei im Vorhinein nicht klar, welches Verhalten verboten sei. Zudem könnten die Fallgruppen bei exakter juristischer Subsumtion auch ohne die Lehre von der objektiven Zurechnung sachgerecht

³ Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2015, § 12 Rn. 54.

⁴ Auch verwendet als: Ursachen-, Gefahrvirklichungs-, Tatbestandsspezifischer Zusammenhang, etc.

⁵ Zieschang, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2017, Rn. 397.

⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 108.

⁷ Heinrich/Reinbacher, Jura 2005, 743, 748.

⁸ Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 37; Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 13 Rn. 41; Roxin (Fn. 6), § 11 Rn. 44 ff.

⁹ Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 38.

¹⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 251.

¹¹ Hilgendorf, Klausurenkurs I, 3. Aufl. 2015, Fall 6 Rn. 10.

¹² Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 43.

gelöst werden.¹³ Von der Rechtsprechung wird die Rechtsfigur der objektiven Zurechnung bei Vorsatzdelikten nicht angewendet. Sie löst den Gedanken der objektiven Zurechnung dort im subjektiven Tatbestand über die allgemeine Lehre von der wesentlichen Abweichung des Kausalverlaufs und kommt damit zum gleichen Ergebnis.¹⁴ Diese erfordert für eine Zurechnung, dass der Kausalverlauf in wesentlichen Zügen vom Vorsatz des Täters erfasst ist.

Das Vorliegen eines tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs bei einem erfolgsqualifizierten Delikt wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur gefordert. Ein Teil der Literatur prüft diesen spezifischen Zusammenhang im Rahmen der objektiven Zurechnung, ein anderer Teil als eigenständige Voraussetzung des Tatbestandes.¹⁵ Abgesehen von dieser systematischen Einordnung ist unklar, inwieweit der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang mehr verlangt als die Lehre von der objektiven Zurechnung.¹⁶ Er soll aber jedenfalls einen noch engeren Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge fordern als die objektive Zurechnung.¹⁷ Es genügt somit nicht irgendein rechtlich relevantes Risiko, welches sich im Erfolg verwirklicht, sondern gerade das Risiko, das dem Grunddelikt anhaftet, muss sich in der besonderen Folge niedergeschlagen haben.

Jedem Grunddelikt haftet eine andere Gefahr an. Daher können die Anforderungen an den Gefahrzusammenhang nicht einheitlich für alle erfolgsqualifizierten Delikte bestimmt werden.¹⁸ Sie orientieren sich nach

Sinn und Zweck der Norm, sind also deliktspezifisch.¹⁹ Bei einem Raub mit Todesfolge nach § 251, knüpft die schwere Folge an die Gefahr der Nötigungshandlung an, also an die Gewalt oder die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 249). Stirbt das Opfer infolge eines Raubes, weil ihm der Täter seine lebensnotwendigen Medikamente wegnimmt, resultiert der Tod allein aus der Wegnahme. Das Risiko, welches der Täter durch die Wegnahme von lebenswichtigen Medikamenten geschaffen hat, hat sich im Tod realisiert. Ihm ist daher die Tat objektiv zurechenbar. Nicht im Tod verwirklicht hat sich hingegen die raubspezifische Gefahr der Nötigungshandlung. Somit ist der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang in diesem Fall nicht gegeben.²⁰ Ist der Tod des Opfers bei einem Raub Folge der Gewaltanwendung, wie etwas eines tödlichen Schlags, dann ist sowohl die objektive Zurechnung, als auch der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang gegeben.

Im Fall der Nachstellung mit Todesfolge nach § 238 Abs. 3, muss der Tod des Nachstellungsofers auf der durch die Nachstellung verursachten schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung beruhen um einen tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhang bejahen zu können.²¹ Der Grundtatbestand der Nachstellung soll den individuellen Lebensbereich schützen und damit das Opfer vor selbstschädigendem Handeln bewahren.

Der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang kann bei einem Dazwischentreten Dritter oder einem Verhalten des Opfers selbst entfallen, sodass die Folge nicht mehr dem Täter angelastet werden kann. Ob der tödliche Erfolg noch als Ausfluss der dem Grundtatbestand anhaftenden Gefahr gesehen werden kann, wenn dieser Erfolg durch Handeln des Opfers (Suizid) herbeigeführt

¹³ Zieschang (Fn. 5), Rn. 86.

¹⁴ Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 42.

¹⁵ Sowada, Jura 1994, 643, 645 f.

¹⁶ Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 18 Rn. 8; Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 18 Rn. 4.

¹⁷ Kühl (Fn. 8), § 17a Rn. 15.

¹⁸ BGH NJW 1998, 3361, 3362; Hilgendorf/Valerius (Fn. 3), § 12 Rn. 63; Kühl (Fn. 8), § 17a Rn. 17.

¹⁹ Lackner/Kühl, StGB (Fn. 16), § 18 Rn. 8.

²⁰ Hilgendorf/Valerius (Fn. 3), § 12 Rn. 64.

²¹ Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 238 Rn. 37a.

wurde, bestimmt sich nach dem Schutzzweck der Vorschrift. Bei § 238 Abs. 3 hat der Gesetzgeber gerade auch den Fall ins Auge gefasst, in welchem das Nachstellungsoffer durch den Täter in den Suizid getrieben wird.²² Wie genau der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge aussehen muss, hat er dabei nicht erwähnt.

Um einen tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhang entfallen zu lassen, muss das selbstschädigende Handeln des Opfers freiverantwortlich sein. Wann ein Handeln freiverantwortlich ist, wird unterschiedlich beurteilt. Eine Ansicht in der Literatur wendet dabei die Kriterien über die rechtliche **Verantwortlichkeit** eines Täters an und sieht damit das Opfer als Täter gegen sich selbst.²³ Demnach soll ein freiverantwortliches Handeln nicht vorliegen bei Schuldunfähigkeit nach §§ 19, 20, § 3 JGG oder bei einem die Schuld ausschließenden Zustand nach § 35.²⁴ Die überwiegende Ansicht im Schrifttum sowie die Rechtsprechung stellt dagegen nicht auf die Täterrolle des Opfers ab, sondern auf dessen Rolle als Opfer und wendet die Kriterien für die Wirksamkeit einer rechtfertigenden **Einwilligung** bzw. die Ernsthaftigkeit des Verlangens bei § 216 an.²⁵ Als nicht eigenverantwortlich stellt sich das Handeln des Opfers dar, wenn es auch gegenüber Dritten als Täter nicht wirksam auf Rechtsgüter verzichten kann.²⁶ Die Ernsthaftigkeit des Verlangens muss, abgesehen von der Verfügungsbefugnis, den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung entsprechen.²⁷ Ernsthaftigkeit bedeutet, dass keine Fehler in der Willensbildung wie Drohung oder Täuschung vorliegen dürfen. Nur dann verfügt das Opfer über Einsichts- und Urteilsfähigkeit und kann die Bedeutung sowie die Tragweite seines Ent-

schlusses überblicken und abwägen.²⁸ Für diese höhere Anforderung an die zurechnungsausschließende Eigenverantwortlichkeit spricht, dass bei einer Verfügung über das eigene Leben keine geringeren Anforderungen an die Mangelfreiheit der Willensbildung gestellt werden dürfen, als bei der von § 216 geforderten Ernstlichkeit des Todeswillens.²⁹

Ob der Gesetzgeber bei § 238 Abs. 3 auch den Fall des freiverantwortlichen Suizids erfassen wollte, ist nicht klar. Gerade bei der Nachstellung ist nämlich regelmäßig zu bezweifeln, ob der Suizid des Opfers freiverantwortlich war. Zudem ist die Struktur des § 238 so angelegt, dass dem Täter das Opferverhalten als unfreiwillig im Rechtssinne zugerechnet wird, da es sich gerade als psychische Folge seiner Nachstellungshandlungen darstellt.³⁰

Neben dem Suizid ist im vorliegenden Fall zudem problematisch, ob die Weigerung, die stationäre Behandlung fortzusetzen, ein (eigenverantwortliches) Dazwischentreten des Opfers darstellt. Bei der Erfolgsqualifikation der schweren Körperverletzung nach § 226 vertritt die überwiegende Meinung in der Literatur die Ansicht, dass dem Täter die schwere Folge nicht zugerechnet werden kann, wenn das Opfer eine Behandlung ablehnt, die ihm zumutbar gewesen wäre. Für die Zumutbarkeit werden Kriterien wie die Erfolgsaussicht der Behandlung und die damit verbundenen Risiken herangezogen. Die Rechtsprechung hingegen will die Strafbarkeit des Täters nicht an einer Behandlungsablehnung des Opfers messen.³¹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision und bestätigt die Entscheidung des LG Stuttgart.

²² BT-Drs. 16/3641 S. 14.

²³ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), Rn. 265.

²⁴ Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl. 2017, § 8 Rn. 4.

²⁵ Frisch, NStZ 1992, 62, 64.

²⁶ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), Rn. 266.

²⁷ Rengier (Fn. 24), § 6 Rn. 6.

²⁸ BGH NStZ 2012, 85, 86.

²⁹ Kühl (Fn. 8), § 4 Rn. 88.

³⁰ Gericke, in MüKo StGB, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 238 Rn. 55.

³¹ BGH NJW 2017, 1763 f.

Er lässt in dieser Entscheidung bei § 238 Abs. 3 den für das erfolgsqualifizierte Delikt erforderlichen tatbestandsspezifischen Zusammenhang nicht entfallen, wenn der Suizid des Opfers **motivational auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes zurückzuführen** ist und diese Motivation für das Verhalten des Opfers **handlungsleitend** war. Die Selbsttötung sieht der BGH lediglich als letzte Steigerung der tiefgreifenden Beeinträchtigung der Lebensführung des Opfers i.S.d. § 238 Abs. 1 an.

Der BGH nimmt an, dass die Weigerung zu einer weiteren, dringlich angeratenen, stationären Behandlung den tatbestandsspezifischen Zusammenhang nicht entfallen lässt. Die Weigerung stelle kein eigenständiges Dazwischentreten des Opfers dar. Die Handlung sei, wie auch die spätere Selbsttötung der B, aufgrund der starken psychischen Beeinträchtigung kein freiverantwortliches Verhalten mehr. Dem Täter könne somit trotz erheblicher Zeitspanne zwischen den Ereignissen und der Ablehnung einer fortführenden Behandlung des Opfers die schwere Folge i.S.v. § 238 Abs. 3 zugerechnet werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zu beachten ist, dass die vorliegende Entscheidung noch auf der alten Gesetzeslage beruht. Der Tatbestand der Nachstellung nach § 238 Abs. 1 wurde zum 10.03.2017 geändert. Damit wandelte sich das **Erfolgsdelikt** in ein **Eignungsdelikt** um. Für eine Strafbarkeit nach § 238 Abs. 1 genügt seither die Geeignetheit durch die Handlungen des Nachstellers das Leben des Opfers zu beeinträchtigen. Es wird nicht mehr gefordert, dass das Nachstellungsoffer seine Lebensgestaltung auch tatsächlich ändert. Damit sollen auch Fälle erfasst werden, in denen sich das Opfer keine Veränderung der Lebensumstände wie einen Umzug oder einen Arbeitsplatzwechsel leisten kann. Zudem soll der strafrechtliche Schutz nicht von der psychi-

schen Stabilität des Opfers abhängig gemacht werden.

Bei einem erfolgsqualifizierten Delikt sollte auf die objektive Zurechnung – neben der stets zu prüfenden Kausalität – eingegangen werden. Zudem muss anschließend – vorzugsweise innerhalb eines eigenständigen Punktes im Tatbestand – der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang geprüft werden. Bejaht man eine objektive Zurechnung, ist noch zu prüfen, ob der Gefahrezusammenhang vorliegt. Scheitert schon die allgemeine objektive Zurechnung, entfällt der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang ohnehin, weil er enger gefasst ist. Dann ist auch eine Strafbarkeit nach dem Fahrlässigkeitsdelikt ausgeschlossen, bei welchem die objektive Zurechnung einheitlich gefordert wird.

Die Abwägungskriterien für die Zumutbarkeit einer Behandlung, welche die Literatur bei § 226 heranzieht, sollten bei § 238 nicht voreilig angewandt werden, da bei psychischen Erkrankungen die Erfolgsaussichten einer Behandlung wesentlich schwerer einzuschätzen sind, als bei physischen. Die Psyche ist bei jedem Menschen individuell und ihre Entwicklung nur schwer abschätzbar.

5. Kritik

Bedauernswert ist, dass der BGH nicht näher ausführt, wann ein Suizid motivational auf die Nachstellung zurückzuführen ist und wann nicht. Wie weit soll ein solcher Motivationszusammenhang gehen? Und wie will man ihn beweisen, insbesondere wenn das Todesopfer nicht mehr zu seinen Gründen befragt werden kann? Soll womöglich bei jedem Suizid eines Nachstellungsoffers der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang bejaht werden?

Eine Selbsttötung kann von vielen einzelnen Faktoren abhängen. Es muss nicht eine einzelne Person dafür verantwortlich gewesen sein. Daher erscheint es fragwürdig, anhand welcher Kriterien man ermitteln kann, dass sich das Opfer genau durch diese Nachstellungshandlungen das Leben ge-

nommen hat und dafür eine Person zu verurteilen ist. Noch schwieriger dürfte der Beweis werden, dass der Suizid durch die Nachstellung erfolgte, wenn ein langer Zeitraum dazwischenliegt.

Gerade mit der seit März 2017 geltenden neuen Fassung des § 238 Abs. 1 führt diese Entscheidung zu einem doch sehr weiten und damit bedenklichen Anwendungsbe- reich. Man könnte eine Person wegen Nach- stellung mit Todesfolge nach § 238 Abs. 3 verurteilen, obwohl das Opfer seine Lebens- führung nicht geändert hat, aber sich ir- gendwann das Leben nimmt. Dies führt zu erheblichen Nachweisproblemen, welche einer effektiven Strafverfolgung entgegen- stehen.

Im vorliegenden Fall lagen nach der letzten Nachstellungshandlung etwa 8 Mona- te bis zum Zeitpunkt der Selbsttötung. Für einen Täter bedeutet dieser Zeitraum Rechtsunsicherheit. Er kann ab der letzten Nachstellungshandlung nur hoffen, dass sich das Opfer nicht das Leben nimmt. Dieser Zeitraum der Rechtsunsicherheit kann etwa mit demjenigen verglichen werden, in dem ein Körperverletzungsoffer im Koma liegt und nicht absehbar ist, ob es an seinen Ver- letzungen erliegen wird und damit der Tatbe- stand der Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 Abs. 1 erfüllt wäre. Der Unter- schied zwischen dem Nachstellungsoffer und dem im Koma liegenden Körperverletzungs- offer ist aber, dass Letzteres in seinem Zu- stand nicht selbst handeln kann. Das Nach- stellungsoffer kann, trotz der psychischen Beeinträchtigung, die sein Handeln eventuell als nicht eigenverantwortlich erscheinen lässt, dennoch die Entwicklung seiner psychi- schen Krankheit beeinflussen, wie etwa dadurch, dass es in Behandlung geht. Bei einem Suizid wird das Opfer im Gegensatz zu einem Sterben im Koma aktiv.

Der BGH sieht die Tötungshandlung sowie die Ablehnung einer Behandlung im vorliegenden Fall als nicht freiverantwortli- ches Handeln des Opfers an. Aber zeigt sich

nicht gerade durch eine ausdrückliche Wei- gerung einer dringend ärztlich angeratenen Behandlung, dass das Opfer genau weiß, was es möchte? Ihm kann zwar nicht jegliche Be- handlung, die eine etwaige Besserung seines psychischen Zustandes mit sich bringen könnte aufgezwungen werden, dennoch soll- ten nicht voreilig alle Handlungen des Nach- stellungsofers, die es in der Zeit bis zu sei- nem Tod begeht, pauschal auf die Nachstel- lung zurückgeführt werden und folglich als unfrei und damit nicht freiverantwortlich angesehen werden. Bei der Zurechnung einer tödlichen Folge bedarf es vielmehr einer dif- ferenzierenden Untersuchung, ob ein Verhal- ten noch dem Täter zugerechnet werden kann, oder sich als eigenverantwortliches Handeln des Opfers darstellt.

Nähere Ausführungen des BGH zu Zeit- spannen bei erfolgsqualifizierten Delikten und warum im vorliegenden Fall die 8 Mona- te einen Zusammenhang nicht entfallen las- sen, werden vermisst. Es wird wohl allgemein im Hinblick auf Delikte mit Spätfolgen zu überlegen sein, ob der Zurechnungslehre eine zeitliche Dimension hinzugefügt werden sollte, in der ein Erfolg mehr zum Werk des Zufalls wird, als dass er das Werk des Täters darstellt.³²

Alles in allem ist es aber als begrü- ßenswert zu sehen, dass der BGH den Opfer- schutz bei dem Delikt der Nachstellung ernst nimmt. Dennoch wird mit dem unbestimm- ten neuen Kriterium der motivationalen Zurück- führbarkeit der Grundsatz in dubio pro reo bedenklich weit zurückgeschoben.³³

(Andreas Falb/Sonja Seßler)

³² Schlehofer, NJW 1989, 2017, 2022 f.

³³ Jahn, JuS 2017, 1032, 1034.

1. Sachverhalt¹

B leidet seit einem operativen Eingriff im Jahre 1988 immer wieder unter erheblichen Bauchbeschwerden und einem damit verbundenen starken Untergewicht. In den Folgejahren begibt sie sich mindestens zwanzigmal in stationäre Behandlung. Dennoch tritt keine Besserung ihres Zustands ein. Ab Mai 2015 hält sich B nur noch in der ehelichen Wohnung auf und ist ab Anfang Oktober bettlägerig, sodass sie nicht mehr selbst zur Nahrungsaufnahme, Körperpflege und zu Toilettengängen in der Lage ist. Entsprechend einer Übereinkunft der Eheleute übernimmt ausschließlich ihr Ehemann C die Pflege der B, um ihren an Epilepsie erkrankten Sohn A nicht zu belasten.

A lebt seit seinem 22. Lebensjahr in seiner eigenen Wohnung im selben Mehrfamilienhaus und besucht seine Eltern zwei- bis dreimal wöchentlich. Das Verhältnis von A zu seinen Eltern ist sowohl von besonderer räumlicher, als auch persönlicher Nähe geprägt. Auch in den Wochen der Bettlägerigkeit hält er sich bei seiner Mutter im Zimmer auf, um sich mit ihr zu unterhalten.

Aufgrund einer Demenzerkrankung des C kann dieser der Pflege seiner Frau B in den letzten Wochen nicht mehr nachkommen, sodass sie weder ausreichend ernährt, noch medizinisch versorgt wird. Eine infolge ihrer Bettlägerigkeit und ihres ohnehin ge-

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

Dezember 2017

Nachlässiger Sohn-Fall

Unechtes Unterlassungsdelikt / Garantenpflicht des Kindes / häusliche Gemeinschaft / familiäre Solidarität

§ 13 Abs. 1 StGB, § 1618a BGB, §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

famos-Leitsätze:

1. Bei der Prüfung einer Garantenpflicht eines Kindes gegenüber einem Elternteil ist maßgeblich auf § 1618a BGB zurückzugreifen.
2. Insbesondere ist dabei auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

BGH, Beschluss vom 2. August 2017 – 4 StR 169/17, veröffentlicht in NJW 2017, 3609.

schwächten Gesamtzustandes eingetretene bakterielle Lungenentzündung, die unbehandelt bleibt, führt am 30. Oktober 2015 letztlich zu ihrem Tod.

Auch am Vorabend des Todes besucht A seine Mutter, die zu diesem Zeitpunkt bereits in ihren eigenen Fäkalien liegt. Den hiervon und von entstandenen Liegegeschwüren ausgehenden Geruch nimmt A wahr, der spätestens jetzt die Hilfsbedürftigkeit und den lebensbedrohlichen Zustand der B hätte erkennen können. Dennoch unterlässt er es, ärztliche Hilfe herbeizuholen. Ob man die B, die nur noch 29 kg wiegt, am Vortag durch ärztliche Maßnahmen noch hätte retten können, ist nicht feststellbar.

Das LG Essen verurteilt A wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1² zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bei einem unechten Unterlassungsdelikt, wie im vorliegenden Fall, stellt sich immer die Frage nach der Garantenpflicht. Der Fall wirft insbesondere die Frage auf, ob eine **Garantenpflicht des Kindes** gegenüber seinen Eltern besteht bzw. unter welchen Voraussetzungen diese zu bejahen wäre.

Um die im Zusammenhang mit den Garantenpflichten aufgeworfenen Probleme bzw. Meinungen besser verstehen zu können, ist es unerlässlich, zunächst die Legitimation von Garantenpflichten zu erörtern. Diese hängt davon ab, welche besonderen materiellen Erwägungen ihnen zugrunde liegen. Teilweise wird auf das sog. Vertrauensprinzip abgestellt, das die wechselseitigen, d.h. erkennbaren Verhaltenserwartungen innerhalb der Gesellschaft zum materiellen Maßstab für die Entstehung einer Garantenpflicht erhebt. Danach wiegt die Verletzung der Vertrauensbasis durch Unterlassen genauso schwer wie durch positives Tun.³ Nach anderer Ansicht sei das zentrale Kriterium die „Herrschaft über den Grund des Erfolges“,⁴ also über die wesentlichen Bedingungen der Rechtsgutsverletzung.

Früher haben das RG und auch überwiegend das Schrifttum Garantenpflichten nur aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenen Tun abgeleitet. Eine gesetzliche Vorschrift im Verhältnis der Kinder zu den Eltern bestand zu dieser Zeit aber nicht.⁵ Die spätere Rechtsprechung des RG ist darüber hinausgegangen. Alleine aus der sittlichen Pflicht zur Leibes- und Lebensfürsorge könne für Menschen, die in so enger Lebensgemeinschaft verbunden seien wie üblicherweise in der Familie oder in der Haushaltsgemeinschaft,

eine entsprechende Erfolgsabwendungspflicht erwachsen.⁶ Der BGH stützte sich so dann maßgeblich auf das Verwandtschaftsverhältnis und betonte insbesondere, dass es sich bei der Familie um die engste und natürlichste Gemeinschaft „verbunden durch Blutsbande“ handle, die in aller Regel eine Rechtspflicht zur Abwendung schwerer Gefahren schaffe. Diese Auffassung entspreche dem allgemeinen Rechtsbewusstsein. Ob dabei eine effektive Haushaltsgemeinschaft bestehe, sei unbeachtlich.⁷

Überdies lassen sich heute nach allgemeiner Auffassung Garantenpflichten in Beschützergarant und Überwachungsgarant unterteilen.⁸ Eine Überwachungsgarantenpflicht kann aus der Pflicht zur Beaufsichtigung anderer Personen, der Verantwortlichkeit für Gefahrenquellen und aus Ingerenz erwachsen. Pflichten als Beschützergarant können aus enger natürlicher Verbundenheit, Vertrauensverhältnissen und tatsächlicher Übernahme von Schutzpflichten folgen.⁹ Dabei ist im Einzelfall eine Überschneidung mehrerer dieser Konstellationen möglich.¹⁰

Die **heutige Rechtsprechung** greift bei der Prüfung einer Einstandspflicht von Kindern gegenüber Eltern gemäß § 13 Abs. 1 hauptsächlich auf **§ 1618a BGB** zurück.¹¹ Diese Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 neu eingeführt und besagt, dass Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schuldig sind.¹² Eingefügt als Grundnorm für die gegenseitigen Beziehungen der Familienmitglieder, soll sie nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich Leitlinien

³ Otto, Grundkurs Strafrecht I, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 28, 42 ff; Stree/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 15.

⁴ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 32 Rn. 8; Schünemann, ZStW 96 (1984), 287 ff.

⁵ BGHSt 19, 167 ff; RGSt 66, 71.

⁶ RGSt 69, 321, 323.

⁷ BGHSt 19, 167 ff.

⁸ Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, Rn. 1126a; Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 50 Rn. 3; Zieschang, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2017, Rn. 602.

⁹ Zieschang AT (Fn. 8), Rn. 602.

¹⁰ Zieschang AT (Fn. 8), Rn. 604.

¹¹ BGH NSTZ 2017, 401.

¹² BGBl. 1979, 1061.

aufzeigen. § 1618a BGB ist deshalb als *lex imperfecta*, also als eine Rechtsregel, an deren Verstoß keine unmittelbare Rechtsfolge geknüpft ist, zu verstehen.¹³

Dennoch kommt der Regelung bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ausfüllung von Lücken Bedeutung zu.¹⁴ So entfalte § 1618a BGB über das bürgerliche Recht hinaus auch im Strafrecht seine Wirkung.¹⁵ Jedenfalls bei einer **häuslichen Gemeinschaft** von Kindern und Eltern wird folglich aus § 1618a BGB eine Garantenpflicht abgeleitet, da das gesetzlich normierte Eltern-Kind-Verhältnis in § 1618a BGB bei faktischem Zusammenleben eine gegenseitige Schutzpflicht begründe, die ein Handeln nach § 13 Abs. 1 gebiete.¹⁶

Ob dagegen Kinder allein aufgrund der formal bestehenden familienrechtlichen Beziehung – ohne Rücksicht auf das tatsächliche Bestehen einer effektiven Familiengemeinschaft – zur Hilfeleistung gegenüber ihren Eltern verpflichtet sind, lässt die Rechtsprechung bisher offen.¹⁷

In der **Literatur** gibt es zu dieser Thematik dagegen unterschiedliche Meinungen. Neben Auffassungen, die dem gänzlich zustimmen, werden auch Ansichten vertreten, die eine Garantenpflicht aus § 1618a BGB ablehnen.

Der **zustimmende Teil der Literatur** nimmt eine Garantenpflicht aus enger natürlicher Verbundenheit an. Besonders bei Verwandten in gerader Linie gemäß § 1589 Abs. 1 BGB, also auch im Verhältnis von Kindern zu Eltern, komme es auf das Vorhandensein einer effektiven Familiengemeinschaft gerade nicht an. Lösen sich z.B. erwachsene Kinder vom Elternhaus, schulden

sie ihren Eltern dennoch bei akuten Gefahren weiterhin Schutz und Beistand.¹⁸

Dagegen werden jedoch seitens des **ablehnenden Teils der Literatur** Zweifel an der Berechtigung der Umkehrung dieser Eltern-Kind-Beziehung laut, zumal Kinder eben nicht für die Existenz der Eltern „verantwortlich“ sind.¹⁹ Auch seien Eltern nicht wie Kinder konstitutionell abhängig von Beschützern, da in aller Regel kein Obhutsverhältnis bestehe (Ausnahmefall: Pflege eines Elternteils durch das Kind). Anders liege der Fall, wenn es um die mögliche Beseitigung von Gefahrenlagen geht: Sind Leib und Leben eines Elternteils bedroht, so könne die Wahrnehmung dieser Möglichkeit vom Kind rechtlich verlangt werden.²⁰

Neben diesen bloßen Zweifeln wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass Kindern keine allgemeine Gefahrabwendungspflicht zugunsten ihrer Eltern obliege, da es sich bei dem sonst allgemein herangezogenen § 1618a BGB um einen bloßen Programmsatz handele, der nur unterhaltsrechtliche Konsequenzen vorbereite.²¹ Nicht jede rechtliche Beistandspflicht im weiten Sinne könne jedoch eine strafrechtliche Einstandspflicht und damit die Erfolgszurechnung begründen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könne auch nicht in Fällen akuter Notsituationen und bei Bedrohung elementarster Rechtsgüter gemacht werden.²² Garantenpflichten könnten sich lediglich aus dem Ge-

¹³ BT-Drucks. 8/2788, S. 36, 43.

¹⁴ Hilbig-Lugani, in Staudinger, BGB, 2015, § 1618a Rn. 6, 11, 13.

¹⁵ BGHSt 48, 301, 304.

¹⁶ BGH NSTZ 2017, 401; Götz, in Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1618a Rn. 3.

¹⁷ BGH NSTZ 2017, 401.

¹⁸ Götz, in Palandt (Fn. 16), § 1618a Rn. 1; Mitsch, Jura 2017, 792, 798; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 8), § 50 Rn. 14; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 1008.

¹⁹ Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 55.

²⁰ Kühl (Fn. 19), § 18 Rn. 55.

²¹ Bülte, GA 2013, 389, 398 f; Freund, in MüKo StGB, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 177; Gade, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 61; Roxin (Fn. 4), § 32 Rn. 42.

²² Bülte, GA 2013, 389, 398 f.

sichtspunkt der Ingerenz oder der Übernahme der Abwehrbereitschaft ergeben.²³

Andererseits besteht ebenso die Ansicht, dass nicht auf die formale Verwandtschaftsbeziehung aus § 1618a BGB abzustellen ist. Vielmehr sei die enge Lebensgemeinschaft heranzuziehen, da nur diese eine gefahr-spezifische Bedeutung habe. Nur so könne die moralische Pflicht zur Rechtspflicht erstarken.²⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil auf und verweist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.²⁵ Er bestätigt in der aktuellen Entscheidung weitestgehend seine bisherige Auffassung. **§ 1618a BGB** entfalte über das bürgerliche Recht hinaus als Wertemaßstab auch Wirkung bei der Konkretisierung strafrechtlicher Einstands- bzw. Garantenpflichten. Somit sei bei der Prüfung einer Einstandspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern i.S.d. § 13 Abs. 1 maßgeblich auf § 1618a BGB zurückzugreifen.

Allerdings sei im Rahmen des als Wertemaßstabs heranzuziehenden § 1618a BGB der Gehalt der geschuldeten familiären Solidarität nicht einheitlich zu bewerten, sondern vielmehr anhand der **Umstände des Einzelfalls** zu bestimmen. Dabei könnten in diesem Zusammenhang insbesondere das Alter, der Gesundheitszustand oder das Zusammenleben der betroffenen Personen Bedeutung erlangen. Folglich könnten die Ein-

standspflichten nicht losgelöst von der faktischen Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses bestimmt werden, sondern es müssten auch solche Regelungen berücksichtigt werden, die der betroffene Personenkreis in autonomer Selbstbestimmung getroffen hat.

Der BGH nimmt an, dass A in objektiver Hinsicht gegenüber seiner Mutter i.S.d. § 13 Abs. 1 garantenpflichtig und deshalb am Vortag ihres Todes verpflichtet war, geeignete Maßnahmen zur Abwendung der bestehenden Lebensgefahr einzuleiten. A habe im selben Wohnhaus unmittelbar neben seinen Eltern gelebt, diese mehrmals in der Woche besucht und es gebe auch keine Anzeichen einer Zerrüttung des Verhältnisses zwischen A und seiner Mutter. Jedenfalls bei der **denkbar schwersten Rechtsgutsgefährdung**, der Lebensgefahr, löse diese enge innerfamiliäre Beziehung im Hinblick auf die geschuldete familiäre Solidarität aus § 1618a BGB eine Einstandspflicht aus. Insbesondere stehe auch die Vorerkrankung des A, seine angeborene Epilepsie, einer Erfolgsabwendungspflicht nicht entgegen. Diese treffe ihn, jedenfalls als C als Garant ausfiel, ebenso trotz der innerfamiliären Rollenverteilung zwischen den Eheleuten bezüglich der Pflege der B. Die vordringliche Verantwortlichkeit des Ehemanns führe somit nicht zu einer gänzlichen Befreiung des A von seinen Schutzpflichten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Eine wesentliche Neuerung dieser Entscheidung liegt darin, dass bei der Frage, ob eine strafrechtliche Garantenpflicht des Kindes gegenüber seinem Elternteil besteht, auch im Rahmen des § 1618a BGB auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist.

In Klausuren muss daher stets einzelfallbezogen geprüft werden, ob eine Garantenpflicht des Kindes vorliegt. Zudem ist zu erörtern, aus welchen Ursachen eine solche erwachsen kann. Neben der Prüfung einer Ga-

²³ Gaede, in NK-StGB (Fn. 21), § 13 Rn. 61; vgl. auch Roxin (Fn. 4), § 32 Rn. 42; Weigend, in LK StGB, Band 1, 12. Aufl. 2007 ff., § 13 Rn. 26.

²⁴ Bülte, GA 2013, 389, 398 f.

²⁵ Grund dafür ist die Ansicht des BGH, das Urteil leide im Hinblick auf die subjektive Tatseite an einem durchgreifenden Darlegungsmangel. So hält er es nicht für erwiesen, dass A sich über seine Einstandspflicht bewusst war. Für die Bearbeitung des Falls ist dies hier jedoch unbeachtlich, da lediglich die Betrachtung der objektiven Seite der Garantenpflicht den Schwerpunkt dieser Anmerkung bildet.

rantenpflicht aus § 1618a BGB ist darüber hinaus auch auf andere Ursachen einzugehen, die eine Garantenpflicht begründen können.²⁶

Gelangt man in Prüfungsarbeiten zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts ausscheidet, so ist noch eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323c zu erörtern. Diese Vorschrift bezweckt als echtes Unterlassungsdelikt die strafrechtliche Sicherung eines Mindestgehalts von Solidarpflichten und gilt somit gegenüber jedermann.²⁷

In der Praxis kommt der aktuellen Entscheidung eine erhebliche Bedeutung zu. So spielt es für den Täter im Hinblick auf seine Bestrafung eine durchaus wichtige Rolle, ob eine Garantenpflicht besteht oder nicht. Hätte man diese in der vorliegenden Sache verneint, wäre über eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c zu befinden gewesen. Die unterlassene Hilfeleistung wird mit einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr geahndet, wohingegen die Strafandrohung des Totschlags nach § 212 mit nicht unter fünf Jahren wesentlich höher liegt.²⁸ Zwischen den beiden Delikten ergeben sich mithin gravierende Unterschiede in der Strafandrohung.

5. Kritik

Der Entscheidung des 4. Strafsenats ist im Wesentlichen und im Ergebnis zuzustimmen. Lobenswert an ihr ist insbesondere, dass bei der Prüfung einer Garantenpflicht aus § 1618a BGB maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt wird. Diese Vorgehensweise ist schlüssig und gerade in der heutigen Zeit nicht hinwegzudenken. So ist es richtig und wichtig, sich in jedem konkreten

Fall aufs Neue die Familienkonstellationen anzusehen und dann alle Gegebenheiten zu berücksichtigen.

Für diese konkrete Prüfung des Einzelfalls sind bestimmte Kriterien von Bedeutung, anhand derer eine Entscheidung getroffen werden kann. Neben den vom BGH schon richtigerweise genannten Faktoren wie Alter, Gesundheitszustand und Zusammenleben der betroffenen Personen, kommt es insbesondere auf das ganz **konkrete, persönliche und emotionale Verhältnis zwischen Kind und Elternteil** an. Grundlegendes Kriterium sollte daher immer die Ausgestaltung des Vertrauensverhältnisses sein. Kann das Kind darauf vertrauen, dass die Eltern ihm in Not-situationen helfen, sollte auch ein Elternteil im umgekehrten Fall auf diese Hilfe vertrauen können. Indizien für ein intaktes Vertrauensverhältnis und damit Basis für eine Einstandspflicht können regelmäßiger persönlicher oder telefonischer Kontakt, Integration in das Familienleben oder gegenseitige Unterstützung im Alltag sein.

Zudem divergiert heutzutage die faktische Ausgestaltung der Eltern-Kind-Verhältnisse sehr stark, denn vor allem in den letzten Jahrzehnten hat sich das Familienbild stetig gewandelt. So ist eine Entwicklung weg von der „klassischen Familie“ bestehend aus Vater, Mutter, Kind hin zu neueren Erscheinungsformen zu verzeichnen. Neben immer mehr alleinerziehenden Müttern oder Vätern gibt es daraus resultierend auch häufiger so genannte „Patchworkfamilien“. Daneben lösen sich die Kinder oftmals früher vom Elternhaus und ziehen für ein Studium oder eine Ausbildung in eine andere Stadt. Trotzdem kann möglicherweise weiterhin ein enges Vertrauensverhältnis bestehen oder aber die Beziehung zwischen Eltern und Kind leidet unter der Entfernung. Würde man jetzt bei der Prüfung einer Garantenpflicht nicht auf die Umstände des Einzelfalls abstellen, sondern auf starre Voraussetzungen zurückgreifen, bestünde die Gefahr, den wirklichen Umständen nicht gerecht zu werden.

²⁶ Vgl. auch Zieschang AT (Fn. 8), Rn. 604.

²⁷ Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 323c Rn. 1; Gaede, in NK-StGB (Fn. 21), § 323c Rn. 1.

²⁸ Im Falle eines Unterlassens wäre jedoch eine fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 i.V. m. § 49 Abs. 1 möglich.

Ebenfalls positiv an der Entscheidung hervorzuheben ist die Feststellung, dass Regelungen, welche die betroffenen Personen in autonomer Selbstbestimmung getroffen haben, zu berücksichtigen sind. So stellt die Familie für die meisten Menschen den wichtigsten Kernbestandteil des Lebens dar. Innerhalb dieser äußerst persönlichen und intimen Gemeinschaft sollten Entscheidungen getroffen werden können, die nur beschränktem staatlichen Einfluss unterliegen und bei der Prüfung der Garantenpflicht zu beachten sind. Treffen Eltern untereinander ganz bewusst die Übereinkunft, Probleme jeglicher Art selbst zu regeln, um beispielsweise ihren Kindern eine unbeschwerte Kindheit und Jugend zu ermöglichen und sie nicht zu belasten, muss dies richtigerweise Berücksichtigung finden. Dass diese Überlegungen nicht außer Acht gelassen werden können, ist eine positive Konsequenz dieser Entscheidung.

Schließlich überzeugt die Entscheidung auch im Hinblick auf das Rechtsempfinden, dass A gerade in diesem konkreten Fall der Pflegebedürftigkeit der Mutter einstandspflichtig ist. Eltern trifft gegenüber ihrem minderjährigen Kind eine strafrechtliche Einstandspflicht nach § 1626 BGB,²⁹ da das Kind schutzbedürftig und konstitutionell von seinen Eltern abhängig ist. Besonders Säuglinge und Kleinkinder sind in allen Lebensbereichen vollumgänglich auf ihre Eltern angewiesen. Im umgekehrten Fall sind diese grundsätzlich nicht von ihren Kindern abhängig. Anders liegt der Fall jedoch, wenn ein Elternteil pflegebedürftig wird und aufgrund seiner physischen oder psychischen Konstitution vergleichbar schutzbedürftig wie in seinen ersten Lebensjahren ist, so dass es in vielen Fällen der Obhut seiner Kinder bedarf. Es überzeugt daher, dass A gegenüber der B eine Erfolgsabwendungspflicht abverlangt werden kann.

Zusammenfassend sind somit bei der Prüfung des Einzelfalls neben einem Vertrauensverhältnis als Basis, auch Alter, Gesundheitsstand, Zusammenleben der betroffenen Personen sowie autonome Übereinkünfte zu berücksichtigen.

Unsicherheiten ergeben sich lediglich im Hinblick darauf, welche Rechtsgutsbeeinträchtigungen eine Einstandspflicht auf jeden Fall auslösen. So führt der BGH im Rahmen der Einzelfallprüfung aus, dass die enge innerfamiliäre Beziehung jedenfalls bei Lebensgefahr, der denkbar schwersten Rechtsgutsgefährdung, eine Einstandspflicht des A auslöse. Dies scheint zu überzeugen, da das Rechtsgut Leben absoluten Schutz durch die Rechtsordnung genießt und daher erst recht nicht disponibel ist (vgl. die Wertung des § 216). Allerdings bleibt die Frage offen, ob bei weniger schweren Rechtsgutsgefährdungen wie z.B. bei einer einfachen Körperverletzung, nach der Ansicht des BGH eine Garantenpflicht ebenfalls anzunehmen ist, oder ob hier Abstufungen gemacht werden müssten.

Aufgrund der aktuellen demographischen Entwicklung (Überalterung der Bevölkerung) und der damit verbundenen gestiegenen Pflegebedürftigkeit in der Gesellschaft wird sich die Anzahl der entsprechenden Entscheidungen, die Aufschluss über die Frage nach den Abstufungen geben könnten, häufen. Die damit einhergehende Konkretisierung der Rechtsprechung wird für den Einzelnen zur Steigerung der Rechtssicherheit (als Ausfluss des Rechtsstaatsgebots aus Art. 20 Abs. 3 GG),³⁰ das nicht nur für Rechtsnormen, sondern auch für Entscheidungen der Judikative gilt,³¹ führen.

(Tunay Gürbüz/Magdalena Schmitt)

²⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2016, § 21 Rn. 60.

³⁰ Degenhart, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn 371.

³¹ Huster/Rux, in BeckOK, GG, 34. Ed. 2017, Art. 20 Rn. 188.