# famos

## Der Fall des Monats im Strafrecht

**Online-Zeitschrift** 

www.fall-des-monats.de

**Jahresband 2018** 

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



Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

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

A und L führen eine Liebesbeziehung. In deren Verlauf bringt A seine Freundin innerhalb von sechs Monaten mehrfach dazu, ihm hohe Geldbeträge, die L von ihrem Konto abhebt, als Darlehen zu überlassen. L übergibt ihm das Geld, weil sie seiner Behauptung, es handle sich nur um einen kurzfristigen finanziellen Engpass, Glauben schenkt. A will das Geld nie

zurückzahlen und weiß auch, dass ihm dies aufgrund seines luxuriösen Lebensstils nicht möglich ist. Insgesamt erhält er auf diese Weise 121.500 Euro von L.

Als die Ersparnisse der L aufgebraucht sind, behauptet A wiederum wahrheitswidrig, ihre Hilfe zu benötigen. Diesmal gibt er vor, Schulden bei einem ihn unter Druck setzenden Gläubiger zu haben, sodass ihm ohne weitere Unterstützung durch L die Privatinsolvenz drohe. Er bittet sie deshalb, ihm eigene Vermögensgegenstände und solche ihrer Familienangehörigen zu überlassen, die er verpfänden wolle, um mit dem Geld seinen Gläubiger zu befriedigen. Er gibt vor, die Gegenstände schnellstmöglich auslösen und zurückgeben zu wollen. Daraufhin übergibt L ihm sukzessive verschiedene Vermögensgegenstände, insbesondere Goldbarren, Goldmünzen und Schmuck im Wert von insgesamt über 608.700 Euro. Die einzelnen Gegenstände werden überwiegend in Tresoren im von L und ihren Familienangehörigen gemeinsam bewohnten Anwesen aufbewahrt.

## Januar 2018 Familientresor-Fall

Dreiecksbetrug / Diebstahl in mittelbarer Täterschaft §§ 263 Abs. 1, 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

#### famos-Leitsatz:

Allein die Zugehörigkeit des Verfügenden zur Familie des Geschädigten und das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens reichen für eine Zurechnung der Vermögensverfügung nach der Lagertheorie nicht aus.

BGH, Beschluss vom 07. März 2017 – 1 StR 41/17; veröffentlicht in JA 2017, 950.

Das LG Augsburg verurteilt A wegen mehrfachen Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und elf Monaten. Dagegen legt A Revision zum BGH ein.

# 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Strafbarkeit des A wegen Betrugs zu Lasten der L hinsichtlich der Übergabe ihrer eigenen Ersparnisse ist unproblematisch. Fraglich ist hingegen seine Strafbarkeit wegen Betrugs zu Lasten der Familienangehörigen hinsichtlich der Vermögensgegenstände, welche ihm L ausgehändigt hat.

Da in diesem Fall die Verfügende (L) und die Geschädigten (die Familienangehörigen) auseinanderfallen, lag nach Ansicht des LG ein **Dreiecksbetrug** vor. Alternativ käme eine Verurteilung wegen **Diebstahls in mittelbarer Täterschaft** gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2<sup>2</sup> in Betracht. Voraussetzung hierfür wäre, dass L als subjektiv tatbestandlos handelndes Werkzeug des A von diesem zur Wegnahme gesteuert worden ist.

01

2018

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

<sup>§§</sup> ohne n\u00e4here Bezeichnung sind solche des StGB.

Nach h.M. besteht ein **Exklusivitätsverhältnis** zwischen Diebstahl und Betrug.<sup>3</sup> Dieses beruht auf den gegensätzlichen Deliktstypen der beiden Tatbestände. Der Diebstahl ist ein Fremdschädigungsdelikt.<sup>4</sup> Das heißt, dass der Täter von außen in das Eigentum des Opfers eingreift und einen Gewahrsamswechsel gegen dessen Willen vornimmt. Der Betrug als Selbstschädigungsdelikt setzt hingegen voraus, dass das Opfer selbst sein Vermögen aus der Hand gibt.

Eine Abgrenzung zwischen beiden Delikten ist insbesondere erforderlich, wenn der Täter die Sache durch List erlangt hat. Hier kann entweder ein Trickdiebstahl oder ein Sachbetrug vorliegen. Beginnt man mit der Betrugsprüfung, so eröffnet sich die Abgrenzungsproblematik erst beim ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung, welche als Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden fungiert.<sup>5</sup> Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.<sup>6</sup> Bei der Diebstahlsprüfung wird die Abgrenzung im Prüfungspunkt der Wegnahme notwendig.<sup>7</sup> Diese wird als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams definiert.<sup>8</sup> Sowohl beim Sachbetrug als auch beim Trickdiebstahl findet eine Gewahrsamsübertragung an einer Sache statt. Beim Betrug verfügt das Opfer willentlich über sein Vermögen. Indem es die Verfügung selbst vornimmt, erklärt sich das Opfer mit der Gewahrsamsaufgabe einverstanden, sodass eine Selbstschädigung vorliegt. Demnach geschieht die Gewahrsamsübertragung nicht ohne bzw. gegen den Willen des Opfers, sodass fremder Gewahrsam nicht gebrochen wird. Ein Einverständnis, das heißt eine Vermögensverfügung, wirkt beim Diebstahl daher tatbestandsausschließend. Insofern schließen sich Diebstahl und Betrug aus.

Dieses Exklusivitätsverhältnis besteht nach h.M. auch in Dreipersonenverhältnissen, also zwischen Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft. 10 In beiden Fällen greift der Täter über eine dritte Person in das Eigentum bzw. Vermögen des Geschädigten ein. Auch hier wird die Abgrenzung i.R.d. Vermögensverfügung vorgenommen. Entscheidend ist, ob sich der Tatbeitrag des Dritten als selbstschädigende Verfügung des Opfers oder als fremdschädigende Wegnahme durch den Täter darstellt.<sup>11</sup> Wie bereits beschrieben, setzt eine Vermögensverfügung eine unmittelbare Vermögensminderung voraus. 12

Die Besonderheit des Dreiecksbetrugs liegt darin, dass die Vermögensminderung gerade nicht beim Verfügenden, sondern bei einem Anderen (dem Geschädigten) eintritt. Hieraus können sich Zweifel an der Unmittelbarkeit der Selbstschädigung ergeben, bei deren Fehlen ein Betrug zu verneinen wäre. <sup>13</sup> Jedoch ist seit jeher anerkannt, dass Verfügender und Geschädigter auseinanderfallen können. <sup>14</sup> Um den selbstschädigenden Charakter des Betrugs zu wahren, ist dann erfor-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> BGH 14, 171; 17, 209; 31, 179; 41, 198; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 2; a.A. Ebel, Jura 2008, 256, 260.

Schmidt, Strafrecht BT II, 17. Aufl. 2017, Rn. 587.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Eisele, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 554.

Zusätzlich wird Verfügungsbewusstsein beim Verfügenden und z.T. die Freiwilligkeit der Verfügung gefordert; vgl. Darvish/Kaufhold, famos 11/2013.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 40. Aufl. 2017, Rn. 641.

Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. 2017, § 2 Rn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Eisele (Fn. 5), Rn. 555.

BGHSt 17, 205, 209; Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 9. Aufl. 2015, Rn. 660; Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 93; Tiedemann, in LK, StGB, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 116.

Kindhäuser, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 204 f.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Joecks, StGB, 11. Aufl. 2014, § 263 Rn. 87.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Joecks (Fn. 12), § 263 Rn. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263 Rn. 28; Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 65.

derlich, dass die Verfügung des Getäuschten dem Geschädigten wie eine eigene schädigende Verfügung zugerechnet werden kann.<sup>15</sup>

Aufgrund des Deliktscharakters reicht hierfür eine rein faktische Zugriffsmöglichkeit nicht aus. Vielmehr ist ein Näheverhältnis des Verfügenden zum geschädigten Drittvermögen nötig.16 Ein solches fehlt z.B., wenn der Täter in der Bahnhofshalle einen Passanten auffordert, ihm "seinen Koffer", welcher aber tatsächlich einem anderen gehört, zu bringen. Hier liegt mangels Näheverhältnisses des Passanten zum Geschädigten kein Dreiecksbetrug, sondern Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor. 17 Würde man nur auf die faktische Zugriffsmöglichkeit abstellen, so wäre eine Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft unmöglich, weil auch das durch den Täter gesteuerte Werkzeug bei der Wegnahme auf das fremde Vermögen zugreifen kann. 18

An die Qualität des Näheverhältnisses werden unterschiedliche Anforderungen gestellt,<sup>19</sup> wobei sich drei Haupttheorien herausgebildet haben.<sup>20</sup>

Bei allen Theorien besteht dahingehend Konsens, dass eine Zurechnung jedenfalls dann erfolgt, wenn der Verfügende objektiv die rechtliche Befugnis hat, über das Vermögen zu disponieren.<sup>21</sup> Diese kann rechtsgeschäftlich, dem Anschein nach,<sup>22</sup> durch Gesetz oder behördlichen Auftrag<sup>23</sup> bestehen. So liegt immer ein Dreiecksbetrug

vor, wenn die gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Kindes durch Täuschung über sein Vermögen verfügen.<sup>24</sup> Die Vertreter der **Befugnis- bzw. Ermächtigungstheorie** bejahen das erforderliche Näheverhältnis ausschließlich in solchen Fällen.<sup>25</sup>

Während dabei teilweise auf das tatsächliche Vorliegen einer objektiven Dispositionsbefugnis abgestellt wird, <sup>26</sup> fordern andere, dass der Verfügende seiner Vorstellung nach innerhalb der Befugnis handelt. <sup>27</sup> Der Anwendungsbereich der Befugnistheorie wird so auf Fälle erweitert, in denen der Verfügende irrig annimmt, zu einer Verfügung ermächtigt zu sein. Anhänger der Befugnistheorie betonen vor allem die Klarheit durch rechtlich bestimmbare Kriterien. <sup>28</sup>

Gegen diese Ansicht wird angeführt, sie passe nicht zum heute vertretenen wirtschaftlich ausgerichteten<sup>29</sup> Vermögensbegriff.<sup>30</sup> Es sei inkonsequent, Vermögensbegriff und Vermögenschaden primär aus wirtschaftlicher Perspektive zu betrachten und gleichzeitig bei der Zurechnung der Vermögensverfügung allein rechtliche Kriterien heranzuziehen.<sup>31</sup> Weiter wird vorgebracht, die Befugnis- bzw. Ermächtigungstheorie trage durch Rückgriff auf zivilrechtliche Wertungen der Eigenständigkeit strafrechtlicher Be-

Hauf, Strafrecht BT I, 1996, S. 123; Mitsch, Strafrecht BT II/1, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 71.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Tiedemann*, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 115.

Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 640.

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 263 Rn. 66.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Joecks* (Fn. 12), § 263 Rn. 91.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212 ff.

Offermann-Burckart, Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 31; Tiedemann, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 116.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Rengier (Fn. 8), § 13 Rn. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 642.

Satzger, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 186.

Eisele (Fn. 5), Rn. 568; Hoyer, in SK-StGB,
 8. Aufl. 2013, § 263 Rn. 144 ff.; Ro-xin/Schünemann, JuS 1969, 374 ff.

Amelung, GA 1977, 1, 14 ff.; Hefendehl, in MüKo StGB, Band 5, § 263 Rn. 332.

Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT II, 17. Aufl. 2015, Rn. 591.

Hefendehl in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 329; Schmidt (Fn. 4), Rn. 597.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Zu den Vermögensbegriffen vgl. *Maecker/Leiß*, famos 02/2012.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Hefendehl, in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 330; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Eisele (Fn. 5), Rn. 569; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht BT II, 2017, § 7 Rn. 161.

griffsbildung nicht genügend Rechnung.<sup>32</sup> Sie führe zudem zu Strafbarkeitslücken in Fällen, in denen weder eine rechtliche Befugnis, noch eine Zueignungsabsicht vorliegt.<sup>33</sup> Demnach sei sie zu eng.

Einen deutlich weiteren Anwendungsbereich hat die faktische Nähetheorie. Sie lässt für eine Zurechnung ausreichen, dass der Dritte dem Vermögen des Geschädigten vor der Täuschung nähersteht als der Täter, weil er darüber tatsächlich verfügen kann.<sup>34</sup> Der Dritte hat demnach mehr als eine faktische Zugriffsmöglichkeit, weil er schon vor der Tat eine tatsächliche Verfügungsgewalt hatte.<sup>35</sup> Eine solche hat z.B. ein Gärtner bzgl. der sich im Wohnhaus befindlichen Sachen, wenn er einen Schlüssel besitzt, 36 obwohl sich sein Verantwortungsbereich nicht auf das Haus erstreckt. Gibt er nun unbefugt den Fernseher an den vermeintlichen Kundenservice heraus, so liegt nach dieser Ansicht bereits ein Dreiecksbetrug vor.<sup>37</sup>

Auch das RG stellte auf ein rein faktisches Näheverhältnis des Dritten zum betroffenen Vermögen ab. 38 Befürworter dieser Theorie weisen auf eine sachgerechte Abgrenzung beider Delikte hin, für die nur erforderlich sei, dass der Dritte bereits vor der Täuschung eine besitzbezogene tatsächliche Verfügungsgewalt am Tatobjekt habe. 39 Kritiker der Theorie führen an, das Vorliegen einer tatsächlichen Verfügungsgewalt stelle eine Sachlage und damit noch keine Grundlage für eine Zurechnung dar. 40

Vermittelnd ist die herrschende Lagertheorie. Sie stellt normativ-wertend darauf ab, ob der Verfügende "im Lager" des Geschädigten steht.<sup>41</sup> Dies sei der Fall, wenn bereits vor der Tat ein faktisches besonderes Näheverhältnis zwischen Verfügendem und geschädigtem Drittvermögen bestand. 42 Ein solches wird bei Gewahrsam oder einer normativen Beziehung zur Sache (Obhutsverhältnis) angenommen. Ein solches Obhutsverhältnis kann z.B. in Form einer Schutzoder Prüfungsfunktion vorliegen oder wenn die Sache dem Machtbereich des Verfügenden angehört. 43 Dies ist z.B. der Fall bei der Zuordnung der Haushälterin zu den Haushaltsgegenständen des Arbeitgebers, nicht aber zu Gegenständen, die sich in dessen externem Büro befinden.44 Personen, die eine solche Beziehung zur Sache haben, werden als Gewahrsamshüter bezeichnet. 45 Gewahrsamshüter können entweder Mitgewahrsam haben oder z.B. als Laden- oder Hausangestellte lediglich Gewahrsamsdiener ohne eigenen Gewahrsam sein. 46

Innerhalb der Lagertheorie besteht Uneinigkeit, ob zudem ein subjektives Element erforderlich ist.<sup>47</sup> Wird ein solches gefordert, so setzt es voraus, dass der Verfügende im Bewusstsein handelt, unter den gegebenen Umständen zur konkreten Verfügung legitimiert zu sein. Hierfür wird angeführt, es sei erforderlich, um den Selbstschädigungscharakter der Vermögensverfügung

Hefendehl, in MüKo (Fn. 26), § 263 Rn. 330; Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 643.

Kindhäuser, Strafrecht BT II, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 46.

Hilgendorf/Valerius (Fn. 31), Rn. 162; Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> *Kindhäuser* (Fn. 34), § 27 Rn. 46.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Eisele (Fn. 5), Rn. 569.

<sup>38</sup> RGSt 25, 244, 247.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> *Kindhäuser* (Fn. 34), § 27 Rn. 46.

Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 213; Satzger, in Satz-

ger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 24), § 263 Rn. 187.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> OLG Stuttgart, 1966, 319, 319; *Geppert*, JuS 1977, 69, 72; *Lenckner*, JZ 1966, 320, 321.

Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 263 Rn. 82; Gribbohm, JuS 1964, 233, 236.

<sup>43</sup> Lenckner, JZ 1966, 320, 321.

Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht BT,
 6. Aufl. 2015, Rn. 341.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> *Tiedemann*, in LK (Fn. 10), § 263 Rn. 116.

Heinsch, Der Gewahrsamsbergriff beim Diebstahl, 2. Aufl. 2014, S. 60; Küper/Zopfs (Fn. 10), Rn. 665.

<sup>47</sup> Fischer (Fn. 42), § 263 Rn. 83.

zu wahren, die bei wissentlich pflichtwidrigem Handeln zu einer fremdschädigenden Weggabe führt.<sup>48</sup>

Für die Lagertheorie wird angeführt, dass sie einen Mittelweg zwischen der zu engen Befugnistheorie und der von Zufälligkeiten abhängenden faktischen Nähetheorie findet. 49 Dagegen wird angeführt, der Begriff des Lagers sei zu unbestimmt und verleite zu intuitiven Entscheidungen. 50

Die Positionierung der heutigen Rspr. ist unklar. Anlass zur Diskussion gab das Urteil im Sammelgaragenfall<sup>51</sup>. Hier erlangte der Täter vom Pförtner einer Sammelgarage den Zweitschlüssel eines dort geparkten Wagens. Der Pförtner verwahrte für jedes Auto einen Zweitschlüssel und übte den Mitgewahrsam für den Sammelgarageninhaber neben dem jeweiligen Eigentümer aus. Der BGH entschied, dass es für die Unterscheidung, ob Diebstahl oder Betrug vorliegt, nur auf den Willen des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankomme, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit habe und so über die Sache unabhängig vom Willen des anderen Mitgewahrsamsinhabers verfügen könne.<sup>52</sup> Dieses Urteil wird zum Teil als Fortführung der Rechtsprechung des RG gesehen.<sup>53</sup> Der BGH selbst ordnet sich im Sammelgaragenfall hingegen der Lagertheorie zu.<sup>54</sup> Für die Annahme eines Näheverhältnisses solle Mitgewahrsam ausreichen. In der Literatur wird dies teilweise so interpretiert, als fordere der BGH stets Mitgewahrsam beim Verfügenden, um ein Näheverhältnis zu bejahen.<sup>55</sup>

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen auf, soweit sie die Verfügungen über Vermögensgegenstände der Familienangehörigen der L aus den Tresoren betreffen. Er verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurück.

Der BGH bekräftigt seine Positionierung in der Lagertheorie, indem er ihre Kriterien anwendet. Er fordert für die Zurechnung der Verfügung des Getäuschten zum Vermögensinhaber eine Nähebeziehung in Form eines Obhutsverhältnisses. Ein solches könne etwa in Form einer Schutz- oder Prüfungsfunktion mit Einverständnis des Vermögensinhabers vorliegen. Mitgewahrsam könne hierfür ein Indiz sein. 56 Ob ein solcher vorlag, war nach den Feststellungen aber nicht klar.

Dabei stellt der BGH klar, dass die bloße Familienzugehörigkeit der L und das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens nicht ausreichen, um die erforderliche Nähebeziehung zu den Vermögensgegenständen der Familienangehörigen zu bejahen.

# 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in Dreipersonenverhältnissen ist sowohl praxisrelevant als auch ein beliebtes Klausurproblem. Aus klausurtaktischen Erwägungen empfiehlt es sich, in Zweipersonenkonstellationen immer mit dem Delikt zu beginnen, das nicht verwirklicht ist. In Dreipersonenverhältnissen bietet es sich dagegen an, mit der Betrugsprüfung zu beginnen, da sich die Abgrenzungstheorien auf das Merkmal der Vermögensverfügung beziehen. Sie passen dogmatisch besser hierher als in die Diebstahlsprüfung, wo sie beim Gewahrsamsbruch zu thematisieren wären.<sup>57</sup> Bei der Betrugsprüfung ist bereits im Obersatz kenntlich zu machen, dass der Betrug gegenüber dem Verfügen-

Wessels/Hillenkamp (Fn. 7), Rn. 647.

<sup>49</sup> Eisele (Fn. 5), Rn. 569.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Mitsch (Fn. 15), § 7 Rn. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> BGHSt 18, 221, 224.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> BGHSt 18, 221, 223.

Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 212; Satzger, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 24), § 263 Rn. 187.

BGH 1 StR 41/17, Rn. 14; Fischer (Fn. 42), § 263 Rn. 82.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> *Rengier* (Fn. 8), Rn. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> BGH 1 StR 41/17, Rn. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Eisele (Fn. 5), Rn. 569; Rengier (Fn. 8), Rn. 110.

den, aber zu Lasten eines anderen Geschädigten verwirklicht sein könnte.

Die vom BGH entwickelten Kriterien würden sich in einer Klausurprüfung wie folgt auswirken: Hatte die verfügende Person Mitgewahrsam an der Sache, so reicht dies für die Annahme des erforderlichen Näheverhältnisses aus. Ein Dreiecksbetrug wäre damit zu bejahen. In unserem Fall hätte Mitgewahrsam z.B. vorgelegen, wenn L berechtigterweise einen Schlüssel zu den Tresoren hatte. Liegt in der Fallprüfung kein Mitgewahrsam vor, so fehlt ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Obhutsverhältnisses. Um den Dreiecksbetrug zu bejahen, ist daher weiter zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis des Verfügenden zu den Sachen aus anderen Umständen ergibt. Im vorliegenden Fall könnte L ein solches beispielweise aus einer Beauftragung ihrer Eltern, die Tresore zu überprüfen, herleiten. Kommt man aber zu dem Schluss, dass keinerlei normatives Obhutsverhältnis zur Sache vorliegt, so scheidet Dreiecksbetrug aus und es muss Diebstahl in mittelbarer Täterschaft geprüft werden.<sup>58</sup>

#### 5. Kritik

Kritisieren lässt sich, dass der BGH die Zugehörigkeit zur Familie sowie das Bewohnen eines gemeinsamen Anwesens generell nicht ausreichen lässt, um ein Näheverhältnis des Verfügenden zu den Vermögensgegenständen des Geschädigten zu bejahen, sondern stattdessen primär auf das von Zufälligkeiten abhängige Kriterium des Mitgewahrsams abstellt. Die Lagertheorie, der der BGH nach eigener Aussage folgt, stellt zur Bestimmung des Näheverhältnisses jedoch maßgeblich auf normative Kriterien ab. Zur Begründung einer Hüterstellung sollen neben Mitgewahrsam auch andere Umstände ausreichen, sofern sie den Verfügenden vergleichbar stark mit der Sache verbinden wie der Mitgewahrsam. Eine solche Verbundenheit kann bei Vorliegen eines gegenseitigen Vertrauensverhältnisses

angenommen werden, sofern dieses auch das Vermögen dergestalt tangiert, dass eine faktische Zugriffsmöglichkeit für den Verfügenden entsteht. Ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis kann durch soziale bzw. emotionale Bindung entstehen und von räumlicher Nähe begleitet werden. Maßgeblich für die Beurteilung des Vertrauensverhältnisses sind die Umstände des Einzelfalls. Jedenfalls bei Angehörigen einer intakten Kernfamilie kann ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis angenommen werden, wenn sie in regem Kontakt stehen. Ein Bezug zum Vermögen liegt in diesem Fall z.B. dann vor, wenn die Eltern den Kindern zeigen, wo der Tresor ist, ohne ihnen jedoch durch Überreichen eines dazugehörigen Schlüssels Gewahrsam am Inhalt einzuräumen. Wird das Vermögen vor den Kindern geheim gehalten, so wird das ihnen entgegengebrachte Vertrauen gerade nicht auf die Vermögensgegenstände erstreckt.

Grundlage der normativen Zurechnung ist in allen Fällen das kontinuierliche Vertrauen zwischen Geschädigtem und Verfügendem, das, anders als das bedingte Vertrauen, das man einem Gepäckträger entgegenbringt, losgelöst vom Einzelfall für längere Zeit besteht. Diese Ausgestaltung der Zurechnungseinheit wird dem Selbstschädigungscharakter des Betrugstatbestands gerecht, indem sie darauf abstellt, ob die Zugriffsmöglichkeit des Verfügenden in den Verantwortungsbereich des Geschädigten oder des Täters fällt. Folgt man diesem Verständnis einer normativen Obhutsbeziehung, so ist im vorliegenden Fall eine erneute Überprüfung der Gewahrsamsverhältnisse nicht erforderlich; stattdessen kann ein Dreiecksbetrug bejaht werden. Ausreichend hierfür ist das intakte Familienverhältnis zwischen L und ihren Eltern, das gemeinsame Bewohnen des Anwesens und die Tatsache, dass der offene Umgang mit den Vermögensgegenständen innerhalb der Familie nicht auf deren Geheimhaltung schließen lässt.

(Antonia Kuhn/Nadja Neumaier)

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> BGH 1 StR 41/17, Rn. 19.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

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

In einer Sparkasse verwickelt A den B in ein Gespräch, als dieser gerade Geld abheben möchte. Nachdem B seine Bankkarte in den Automaten eingeschoben und seine Geheimnummer eingegeben hat, stößt ihn A von dem Automaten weg. Nun wählt A einen Auszahlungsbetrag von 500 Euro und nimmt das vom Geldautomaten ausgegebene Bargeld, in der Absicht es zu

behalten, an sich. B fordert nun seinerseits das Geld zurück. Nach einem Disput vor der Sparkasse entfernt sich A mit dem Geld.

Das LG Aachen verurteilt A wegen räuberischer Erpressung u.a. gem. §§ 253, 255 StGB<sup>2</sup> zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten. A legt Revision zum BGH ein.

# 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Typischerweise werden Fälle des Bankautomatenmissbrauchs durch nichtberechtigte Dritte mit dem Straftatbestand des Computerbetrugs in Verbindung gebracht.<sup>3</sup> Der vorliegende Fall wirft als Kernproblematik jedoch mit der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung einen Klassiker des Strafrechts auf. Beide Straftatbestände gehören der Gruppe der Vermögensdelikte im

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

# Februar 2018 Sparkassen-Schubser-Fall

Raub / Räuberische Erpressung §§ 249, 253, 255 StGB

#### famos-Leitsatz:

Die unberechtigte Geldabhebung am Bankautomaten nach Wegstoßen des Kontoinhabers, der seine Geheimzahl bereits eingegeben hat, stellt, bei technisch ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten, eine räuberische Erpressung dar.

BGH, Beschluss vom 16. November 2017 – 2 StR 154/17; veröffentlicht in NJW 2018, 245.

weiteren Sinne an. Übereinstimmend wird bei beiden Delikten zudem die persönliche Freiheit als Schutzgut angesehen, denn sowohl der Raub als auch die räuberische Erpressung erfordern eine qualifizierte Nötigungshandlung.<sup>4</sup> Diese besteht in Form von Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

Die divergierenden Abgrenzungskriterien von Literatur und Rechtsprechung beruhen auf der widerstreitenden Einordnung der Delikte. Nach der von der Rechtsprechung angeführten starken und wachsenden Meinung ist der Raub lex specialis zum Grunddelikt der räuberischen Erpressung.<sup>5</sup> Nach dieser sog. **Spezialitätsthese** wird Strukturverwandtschaft der räuberischen Erpressung mit § 240 angenommen; mithin sei bei der räuberischen Erpressung auch keine Vermögensverfügung erforderlich, da die §§ 253, 255 als Fremdschädigungsdelikt einzustufen

02

2018

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

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. etwa BGHSt 38, 120 ff.; Fest/Simon, JuS 2009, 789, 801 f.

Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 249 Rn. 2; Sander, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGHSt 14, 386, 390; 41, 123, 126; BGH NStZ 2002, 31, 32; *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. 2017, § 11 Rn. 14.

seien.<sup>6</sup> Hierfür spreche zunächst der Wortlaut des § 253, der eine Vermögensverfügung nicht ausdrücklich verlangt.<sup>7</sup> Dieses Verständnis geht bereits auf die Motive zum Entwurf des preußischen StGB zurück.<sup>8</sup> Der Raub war bereits in diesem normiert und ist seit 1871 in seinem objektiven Grundtatbestand unverändert. Lediglich die Erpressung, welche bis dahin als Nötigung in Bereicherungsabsicht formuliert war, wurde durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber 1943 um das Erfordernis eines Vermögensschadens ergänzt.<sup>9</sup>

Setzt man hingegen eine Vermögensverfügung voraus, so scheidet gerade die vis absoluta als Nötigungsmittel aus. <sup>10</sup> Vis absoluta liegt vor, wenn die Willensbildung ausgeschaltet (z.B. durch Betäubung) oder die Willensbetätigung unmöglich gemacht wird (z.B. durch Fesseln), dem Opfer also jeglicher Entscheidungsspielraum genommen wird. <sup>11</sup> Dadurch entstehe aber ein Wertungswiderspruch, da dann im Rahmen des § 240 die vis absoluta als taugliches Nötigungsmittel ange-

sehen werde, im Rahmen der §§ 253, 255 dagegen nur willensbeugende Gewalt, die sog. vis compulsiva. Es sei nicht schlüssig begründbar, warum beispielsweise der Täter, der einen Taxifahrer "nur" mit vorgehaltener Pistole zwingt, das Taxi zu verlassen, härter bestraft werden solle, als jemand der den Fahrer "gleich aus dem Auto schießt". Folgt man der Spezialitätsthese, umfassen die §§ 253, 255 grundsätzlich alle in Bereicherungsabsicht durch ein qualifiziertes Nötigungsmittel erzielten Vermögensschädigungen; der Nötigungserfolg selbst kann sich auch in bloßer Passivität erschöpfen. Es

Nimmt man mit dieser Ansicht also an, der Raub sei lex specialis zur räuberischen Erpressung, so kann die Abgrenzung zwischen den beiden Delikten ausschließlich nach dem **äußeren Erscheinungsbild** des Tatgeschehens erfolgen.<sup>15</sup> Objektiv ist nach dieser Ansicht im Falle eines "Gebens" durch das Opfer eine räuberische Erpressung anzunehmen;<sup>16</sup> stellt sich die Vermögensschädigung hingegen als "Nehmen" dar, liegt ein Raub vor.<sup>17</sup>

Konträr zu diesem Spezialitätsverhältnis sieht eine im Schrifttum verbreitete Ansicht zwischen den beiden Delikten ein Exklusivitätsverhältnis.<sup>18</sup> Wie auch der Betrug gem. § 263 sei die räuberische Erpressung im Gegensatz zum Raub ein Selbstschädigungsdelikt. Nach dieser sog. **Exklusivitätsthese** ist folglich auch im Rahmen der räuberischen Erpressung eine Vermögensverfügung Voraussetzung.<sup>19</sup> Begründet wird diese Strukturgleichheit damit, dass es sich bei der räu-

RGSt, 4, 429, 432; Rönnau, JuS 2012, 888, 890; Schünemann, JA 1980, 486, 488.

Vgl. dazu Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 249 ff. Rn. 8; Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 21.

Vgl. dazu RGSt 4, 429, 432 mit Verweis auf S. 126 des Entwurfs des preußischen StGB: "Die Erpressung ist keineswegs wie der Raub auf die rechtswidrige Aneignung einer körperlichen Sache beschränkt, sondern es besteht das Wesen der Erpressung darin, daß sie den Bedrohten zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, durch welche der Thäter den beabsichtigten Vermögensvorteil erwerben will, so daß die Vollendung des Verbrechens in dieser Handlung etc. sich erfüllt, auch wenn späterhin der durch sie erwartete Vorteil nicht erlangt wird."

Schramm, Strafrecht BT I, 1. Aufl. 2017, § 9 Rn. 1.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II,40. Aufl. 2017, § 18 Rn. 730.

Eser/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB29. Aufl. 2014, Vor §§ 234 bis 241a Rn. 13.

Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 18 Rn. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Beispiel nach *Kudlich/Aksoy*, JA 2014, 81, 86.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> *Geilen*, Jura 1980, 43, 51.

BGHSt 7, 252, 255; BGH NStZ 1999, 350, 351; Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 7), § 255 Rn. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> *Rönnau*, JuS 2012, 888, 889.

<sup>17</sup> Kudlich/Aksoy, JA 2014, 81, 86.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Bode, JA 2017, 110, 111.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 13 m.w.N.

berischen Erpressung – wie beim Betrug – um ein Vermögensdelikt handele, welches nicht nur das Eigentum schützt, sondern das Vermögen als Ganzes.<sup>20</sup> Statt durch Täuschung erreiche der Täter die Vermögensschädigung bei der (räuberischen) Erpressung durch eine Nötigung.<sup>21</sup> Zwar ergibt sich das Erfordernis einer Vermögensverfügung nicht ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut, dies ist nach der genannten Ansicht jedoch unschädlich, da eine Reduktion zu Gunsten des Täters methodisch unbedenklich sei.<sup>22</sup>

Ferner wird angeführt, dass eine entsprechende Auslegung auch im Rahmen des § 263 anerkannt ist.<sup>23</sup> Hieraus folge, dass die Vermögensverfügung ein notwendiges, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sei.<sup>24</sup> Es genüge, wenn das Vermögen des Geschädigten konkret gefährdet werde, also mit ökonomischen Nachteilen ernsthaft zu rechnen sei.<sup>25</sup> Eine Vermögensverfügung liege mithin vor, wenn die qualifizierten Nötigungsmittel dazu dienen, das Opfer zur Herausgabe oder Preisgabe von Zugangsmöglichkeiten zu zwingen (z.B. Angabe eines Verstecks, Nennen einer PIN, Herausgabe eines Schlüssels), deren Kenntnis einen ungehinderten Zugriff auf die Sache ermöglicht. 26

Der Exklusivitätsthese folgend, können auch die Grundsätze des Dreiecksbetrugs auf die **Dreieckserpressung** übertragen werden.<sup>27</sup> Im "Dreieck" müssen Genötigter und Verfügender dieselbe Person sein, während Genötigter und Geschädigter nicht identisch sein brauchen.<sup>28</sup> Eine im Rahmen der §§ 253,

255 typische Dreieckskonstellation sei beispielsweise gegeben, wenn der Täter mit qualifizierten Nötigungsmitteln einen Schalterangestellten in einer Bank zwingt, zu seinem Vorteil über das Vermögen der Bank zu verfügen.<sup>29</sup> Die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses führe zudem dazu, dass die bloße nötigungsbedingte Gebrauchsanmaßung (furtum usus) generell wie Raub bestraft werden könne und nicht nur der nötigungsbedingte Diebstahl.<sup>30</sup> Entwendet der Täter beispielsweise gewaltsam ein Fahrrad, um damit eine Spritztour zu machen und es im Anschluss zurückzugeben, läge nach der Ansicht der Rechtsprechung eine räuberische Erpressung vor.<sup>31</sup> Somit werde das System der Privilegierung der Gebrauchsanmaßung unterlaufen.32 Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass der Raubtatbestand, sehe man in § 249 einen Spezialfall der §§ 253, 255, faktisch überflüssig sei und sich sein eigenständiger Anwendungsbereich auf Fälle beschränke, in denen der Täter lediglich eine Sache ohne Vermögenswert nehme.<sup>33</sup>

Nach dieser Meinung muss die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung nach der **inneren Willensrichtung** des Opfers erfolgen,<sup>34</sup> da das "vermögensrelevante Verhalten des Genötigten als dessen eigener Dispositionsakt"<sup>35</sup> zu begreifen sein müsse. Dabei sind jedoch die einzelnen Kriterien umstritten. Nach einer Ansicht ist eine Wegnahme und damit § 249 und nicht § 253 zu bejahen, wenn der Mitwirkungsakt des Genötigten in der Zwangslage gleichgültig ist und sich der Täter die Sache unabhängig vom

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> *Rönnau*, JuS 2012, 888, 890.

Rengier, JuS 1981, 654, 655; Vogel, in LK, StGB, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Schünemann, JA 1980, 486, 488.

Schmidt, Strafrecht BT II, 18. Aufl. 2017, Rn. 580.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Schramm (Fn. 9), § 9 Rn. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Vogel*, in LK (Fn. 21), § 253 Rn. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Fischer, (Fn. 4), § 249 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Otto, JZ 1995, 1020, 1020.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Sander, in MüKo (Fn. 4), § 253 Rn. 22; Wes-sels/Hillenkamp (Fn. 10), § 18 Rn. 715.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Sander*, in MüKo (Fn. 4), § 253 Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Vgl. NStZ 2012, 627, 627.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Schröder, ZStW 1941, 33, 110; Tenckhoff, JR 1974, 489, 490.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 37; Schramm (Fn. 9), § 9 Rn. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 9. Aufl. 2015, Rn. 683.

Verhalten des Opfers verschaffen kann.<sup>36</sup> Nach anderer Ansicht ist vielmehr entscheidend, ob das Opfer den Gewahrsam mit wenngleich erzwungenem - Einverständnis verliert oder unwillentlich ohne faktisches Einverständnis.<sup>37</sup> Bei Letzterem liege eine Wegnahme vor. Für die Willentlichkeit sei das äußere Erscheinungsbild ein Indiz, welches diese jedoch nicht abschließend begründe. Beim "Geben" liege ein Einverständnis nahe, beim "Nehmen" hingegen nicht, sodass dann eine Wegnahme zu bejahen sei.<sup>38</sup> Gibt das Opfer jedoch die Sache heraus, weil es durch die Nötigungshandlung sein Leben bereits verloren sieht, liege dementsprechend eine Wegnahme vor.<sup>39</sup>

## 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A. Er legt zunächst dar, dass die von A unberechtigterweise ergriffenen Geldscheine für diesen fremde bewegliche Sachen waren. Dies begründet der BGH damit, dass das Geldinstitut das Übereignungsangebot nicht an A, sondern an den berechtigten Kontoinhaber B gerichtet habe. Dies gelte – unter Berücksichtigung der Interessen des Geldinstituts – auch nach technisch ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten.

Sodann stellt der BGH fest, dass eine unberechtigte Herausnahme von Geldscheinen keine Wegnahme i.S.d. § 249 ist. Wegnahme sei als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams definiert. Ein Bruch fremden Gewahrsams liege vor, wenn der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird. Unabhängig vom rechtsgeschäftlichen Angebot zur Übereignung, erfol-

ge die tatsächliche Ausgabe des Geldes – bei technisch ordnungsgemäßer Bedienung – aber mit dem Willen des Geldinstituts, sodass ein Gewahrsamsbruch ausscheide. Da durch B kein neuer Gewahrsam begründet worden sei, habe auch dieser von A nicht gebrochen werden können.

Durch das Wegstoßen des B vom Geldautomaten habe A diesen vielmehr gezwungen, die Eingabe des Auszahlungsbetrages und die Herausnahme der Geldscheine zu dulden. Auf eine Vermögensverfügung des B komme es als Nötigungserfolg nicht an. Mithin sieht der BGH in der Herausnahme des Geldes am Bankautomaten nach Wegstoßen des Kontoinhabers, der seine Geheimnummer bereits eingegeben hat, eine räuberische Erpressung.

## 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In der Klausur empfiehlt es sich – wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung - zunächst mit der Prüfung von § 249 zu beginnen.40 Ob man im Rahmen der Wegnahme auf das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens oder die innere Willensrichtung des Opfers abstellt, muss nur ausdiskutiert werden, sofern die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Ist dies nicht der Fall, so genügt ein knapper Problemaufriss. Bejaht man eine Wegnahme, ist mit der Prüfung fortzufahren. Liegen die sonstigen Voraussetzungen des § 249 ebenfalls vor, muss unabhängig davon, ob man im Rahmen der §§ 253, 255 eine Vermögensverfügung voraussetzt, nicht mehr auf diese eingegangen werden.41 In einer Klausur mit der vorliegenden Fallkonstellation ist jedoch zu diskutieren, ob die Herausnahme des Geldes durch einen Nichtberechtigten einen Bruch oder

Kudlich/Aksoy, JA 2014, 81, 86; Otto, ZStW 1967, 59, 87; Schramm (Fn. 9), § 9 Rn. 27; es ist str., ob sich das Opfer der Notwendigkeit seiner Mitwirkung bewusst sein muss, vgl. Tenckhoff, JR 1974, 489, 492 m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> *Rengier*, (Fn. 5), § 11 Rn. 37.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> *Schramm* (Fn. 9), § 9 Rn. 27.

Beispiel nach Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), § 18 Rn. 730.

Kudlich/Aksoy, JA 2014, 81, 86.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Der Rspr. folgend scheidet diese auf Konkurrenzebene aus; nach Ansicht der Literatur durch das Exklusivitätsverhältnis, siehe dazu Rönnau, JuS 2012, 888, 891.

eine Übertragung des Gewahrsams darstellt. Die überwiegende Ansicht erachtet für eine Gewahrsamsübertragung am Bankautomaten eine technisch fehlerfreie Datenübermittlung als ausreichend, da diese mit dem Willen des Geldinstituts erfolge. 42 Eine ordnungsgemäße Bedienung, also diejenige durch den berechtigten Kontoinhaber, wird nicht verlangt.<sup>43</sup> Bei einer funktionsgerechten Abhebung am Geldautomaten liegt somit kein Gewahrsamsbruch und mithin keine Wegnahme vor. Es empfiehlt sich die Prüfung des § 249 an dieser Stelle zu beenden und mit der Prüfung der §§ 253, 255 fortzufahren. Je nachdem, ob man im Rahmen der räuberischen Erpressung eine Vermögensverfügung voraussetzt oder nicht, kann es zu divergierenden Ergebnissen kommen. Insbesondere ist dies der Fall, sofern eine Wegnahme bejaht wird, der Raub aber trotzdem - beispielsweise mangels Zueignungsabsicht – nicht einschlägig ist. Auch vorliegend bedarf es eines Streitentscheides, da die Ansichten von Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Folgen haben.

#### 5. Kritik

Zu Recht verneint der BGH zunächst bei der Überlistung eines Geldautomaten bei technisch fehlerfreier Datenübermittlung eine Wegnahme i.S.d. § 249 Abs. 1. Grundsätzlich ist der Gewahrsam zwar bedingungsfeindlich;<sup>44</sup> eine Ausnahme bilden jedoch tatsächliche Umstände, wie die ordnungsgemäße Bedienung, da sich in diesen der Wille des Gewahrsamsinhabers objektiv manifestiert hat.<sup>45</sup> Im Zeitpunkt der Eingabe von Bankkarte und richtiger Geheimnummer, fallen die

Gewahrsamsschranken – unabhängig von der rechtlichen Befugnis – automatisch. <sup>46</sup> Ein Gewahrsamsbruch bei B scheidet bereits mangels tatsächlicher Sachherrschaft aus, sodass der Raub zutreffend abgelehnt wird.

Die Bejahung der §§ 253, 255 kann jedoch nicht überzeugen. Auf den ersten Blick erscheint es lebensfremd, eine räuberische Erpressung anzunehmen, da die Bestimmungsorte von Gewalteinwirkung und Überlistung auseinanderfallen. Der geschilderte Sachverhalt weist eine atypische Dreieckskonstellation auf, in der gegenüber B eine qualifizierte Nötigung vorliegt, jedoch das Geldinstitut das Geld ausgibt. Nach dem BGH kommt es auf eine Vermögensverfügung und die damit verbundene Frage einer Personenidentität von Genötigtem und Verfügenden nicht an. Nimmt man mit der Rechtsprechung ein Spezialitätsverhältnis an, wird verkannt, dass grundsätzlich das speziellere nicht vor dem allgemeineren Delikt steht. Zudem ist es ungewöhnlich, dass der Wortlaut des § 255 ("gleich einem Räuber") auf die vorrangige lex specialis (§ 249) zurückverweist.47 Es erscheint daher neben den oben genannten Argumenten auch aus systematischen Gesichtspunkten vorzugswürdig, ein Exklusivitätsverhältnis von Raub und räuberischer Erpressung anzunehmen und daher in Parallelität zum Betrug eine Vermögenverfügung zu verlangen. Die genötigte Person muss - entsprechend § 263 Abs. 1 - auch die verfügende sein.<sup>48</sup> Folglich liegt auch keine räuberische Erpressung vor.

Gleichwohl ist eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs nach § 263a in Erwägung zu ziehen. Eine solche Prüfung lässt der BGH jedoch vermissen. In Betracht kommt zunächst die unbefugte Verwendung von Daten gem. § 263a Abs. 1 Var. 3. Sowohl die auf der Geldkarte gespeicherten Informationen, als auch die PIN und der eingegebene Auszah-

BGHSt 35, 152, 159; BGHSt 38, 120, 122; Kindhäuser, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 242
 Rn. 51; Schmitz, in MüKo (Fn. 4), § 242
 Rn. 104; a.A. Jungwirth, MDR 1987, 537, 540.

 <sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Rönnau, Roxin-FS, 2011, S. 487, 493; a.A.
 *Gropp*, JZ 1983, 487, 491; *Mitsch*,
 JuS 1986, 767, 769 ff.

Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht BT,
 7. Aufl. 2017, § 18 Rn. 547.

<sup>45</sup> Kindhäuser, in NK (Fn. 41), § 242 Rn. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Kleb-Braun, JA 1986, 249, 260.

<sup>47</sup> Rengier (Fn. 5), § 11 Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> *Sander,* in MüKo (Fn. 4), § 253 Rn. 22.

lungsbetrag, sind kodierte Informationen und somit Daten i.S.d. § 263a Abs. 1.49 Umstritten ist einzig das Verständnis des Merkmals "unbefugt". Nach der h.M. ist dies im Sinne einer Täuschungsäquivalenz "betrugsspezifisch" auszulegen.<sup>50</sup> Man müsste somit im vorliegenden Fall darauf abstellen, ob das Verhalten des A einem Schalterangestellten gegenüber Täuschungsqualität besäße.<sup>51</sup> Meinung des BGH ist der fingierte Angestellte auf die Prüfungen zu limitieren, welche auch der Automat selbst durchführe.52 Wenn jedoch hinsichtlich der Prüfung zwischen Automat und Mensch nicht differenziert wird, erscheint ein fingierter Schalterbeamte obsolet.<sup>53</sup> Jedenfalls sind für den Geldautomaten Identität und Berechtigung bereits mit Eingabe der richtigen Daten hinreichend festgestellt, sodass das Merkmal "unbefugt" hier ohnehin zu verneinen ist. Auch die noch restriktivere "computerspezifische" Auslegung kommt zu dem gleichen Ergebnis, weil nach dieser ein irregulärer Eingriff auf den Datenverarbeitungsvorgang vorliegen müsste, um somit den Willen des Geldinstituts ordnungswidrig zu überwinden.54 Eine Datenmanipulation<sup>55</sup> bzw. eine Erschleichung des Zugangs zum Datenverarbeitungsprogramm durch eine unberechtigte Eingabe des Codes<sup>56</sup> lagen hier jedoch nicht vor. Nach einer dritten Ansicht muss subjektivierend auf den Willen des über die Daten Verfügenden abgestellt werden.<sup>57</sup> Demzufolge ist alles nicht durch Gesetz, Vertrag oder mutmaßliche Einwilligung Erlaubte, "unbefugt" i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3. Vorliegend eröffneten die Daten zwar objektiv den Zugang zum Geldautomaten, durften zu diesem Zweck aber nicht von A verwendet werden, sodass ein Computerbetrug zu bejahen wäre. Nach dieser Ansicht wird der "Computerbetrug [jedoch] in eine reines Vertragsunrecht einbeziehende allgemeine Computeruntreue" verwandelt.<sup>58</sup> Eine "computerspezifische" Auslegung verengt den Anwendungsbereich des § 263a erheblich<sup>59</sup> und schließt vor allem den Missbrauch durch den kontoüberziehenden Berechtigten aus. Die Anlehnung an § 263 entspricht hingegen genau der Stellung sowie dem Zweck des § 263a. Der betrugsspezifischen Ansicht folgend, muss § 263a Abs. 1 Var. 3 ausscheiden.

A könnte das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs jedoch durch sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf gem. § 263a Abs. 1 Var. 4 beeinflusst haben. Wenn der ordnungsgemäßen Bedienung ein rechtswidriges Vorverhalten hinzutritt, bejaht der BGH – hier der subjektivierenden Ansicht entsprechend<sup>60</sup> – Var. 4.<sup>61</sup> Aus den genannten Gründen ist das Merkmal "unbefugt" jedoch, konsequenterweise auch hier, "betrugsspezifisch" auszulegen. Folglich muss § 263a Abs. 1 Var. 4 ausscheiden, da der Geldautomat das Vorverhalten nicht prüft. Mithin verbleibt lediglich eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung und Nötigung.

(Ann-Kathrin Schneider/Yves Germain Strack)

Fischer, (Fn. 4), § 263a Rn. 3; Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), § 14 Rn. 605; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 15 Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> BGHSt 47, 160, 162 f.; *Rengier* (Fn. 5), § 14

Fischer, (Fn. 4), § 263a Rn. 11; Valerius, in BeckOK, StGB, 36. Edition 2017, § 263a Rn. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> BGHSt 47, 160, 163; 50, 174, 179 f.; BGH NJW 1992, 445.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> *Rengier* (Fn. 5), § 14 Rn. 22.

<sup>54</sup> OLG Celle NStZ 1989, 367, 368.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Arloth, Jura 1996, 354, 357 f.; Neumann, JuS 1990, 535, 537.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Achenbach, JR 1994, 289, 295.

Hilgendorf, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 7), § 263a Rn. 10 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 233; Otto, JR 1987, 221, 224.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 10), § 14 Rn. 613.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Fischer (Fn. 4), § 263a Rn. 10a; Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), § 14 Rn. 613.

Fischer (Fn. 4), § 263a Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> BGHSt, 331, 335.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt1

A, B und C sind Mitglieder einer Tierschutzorganisation. In der Vergangenheit haben sie bereits mehrfach Verstöße gegen das Tierschutzgesetz (TierSchG) bei den zuständigen Behörden gerügt. Dabei haben sie allerdings die Erfahrung gemacht, dass solche Anzeigen ohne Bildmaterial oder andere Beweismittel von den zuständigen Behörden nicht ernst genommen werden und daher zu keinem Erfolg führen. In der Tier-

zuchtanlage G, welche ca. 64.000 Tiere hält – darunter vermehrt Schweine – sollen nach einem anonymen Hinweis diverse Verstöße gegen die Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung (TierSchNutztV) vorliegen. Daher dringen die Tierschützer in einer Nacht in die umzäunte Tierzuchtanlage G ein. Die dort tatsächlich herrschenden Missstände dokumentieren sie mittels Filmaufnahmen. Private Räume oder Büroräume betreten sie hierbei nicht.

Aufgrund der Größe der Anlage und der ihnen zur Verfügung stehenden Zeit können sie nicht alle Verstöße aufnehmen. Um weitere Foto- und Filmaufnahmen anzufertigen, betreten sie zwölf Tage später die Tierzuchtanlage erneut. A, B und C handeln jeweils auf Grund ihres stark ausgeprägten Mitgefühls für die Tiere und verfolgen ausschließlich das Ziel, die festgestellten Verstöße gegen die

# März 2018 Tierschützer-Fall

Notwehr / rechtfertigender Notstand / Tierschutz im Strafrecht §§ 32, 34, 123 StGB; Art. 20a GG; §§ 1, 17 TierSchG

#### famos-Leitsätze:

- 1. Das Eindringen von Tierschützern in eine Tierzuchtanlage, um auf die dort herrschenden Missstände aufmerksam zu machen, kann gemäß den §§ 32 und 34 StGB gerechtfertigt sein.
- 2. Die Rechtfertigungsgründe der §§ 32, 34 StGB können nebeneinander angewendet werden.

LG Magdeburg, Urteil vom 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17); veröffentlicht in BeckRS 2017, 130506.

TierSchNutztV, durch Anzeige an die zuständigen Behörden, zu beseitigen. Diese Beweismittel übermitteln sie an die zuständigen Behörden, die bei einem darauf folgenden Kontrollbesuch bei G unter anderem folgende Verstöße feststellen: Eine zu geringe Breite der Kastenstände, fehlendes Beschäftigungsmaterial in den Kastenständen, eine mangelnde Lichtintensität und eine Überbelegung der Mastgruppenhaltung.<sup>2</sup>

Das AG spricht A, B und C von den Tatvorwürfen des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB<sup>3</sup> in zwei Fällen frei. Dagegen legt die Staatsanwaltschaft Berufung zum LG ein.

03

2018

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

Bei den aufgezählten Missständen handelt es sich um die Verstöße gegen die §§ 24 Abs. 2, 26 Abs. 1 Nr. 1, 26 Abs. 2, 29 Abs. 2 Tier-SchNutztV in entsprechender Reihenfolge.

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

famos · März 2018 Seite 2

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall tritt einerseits das allgemeine dogmatische Problem des Verhältnisses von § 32 und § 34 zueinander und anderseits die konkrete Frage, ob Tiere als nothilfe- bzw. notstandsfähig angesehen werden können, auf.

Die hier relevanten Rechtfertigungsgründe des StGB sind in ihrer Prüfung streng voneinander zu unterscheiden. Das Notwehrrecht (§ 32) beruht auf der Zwei-Elemente-Theorie<sup>4</sup>. Diese führt die Verteidigungsbefugnis des Angegriffenen auf zwei wesentliche Grundprinzipien zurück: Das individualrechtliche Schutzprinzip und das sozialrecht-Rechtsbewährungsprinzip.<sup>6</sup> liche besagt, dass sich der Einzelne bei einem Angriff auf seine Rechtsgüter zur Wehr setzen darf (Schutzprinzip). Dementsprechend dürfen nur Individualrechtsgüter und keine Allgemeingüter geschützt werden.<sup>7</sup> Letzteres Prinzip gewährleistet, dass das Recht auch bei fehlender staatlicher Hilfe durchgesetzt werden darf und folglich die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gesichert wird (Rechtsbewährungsprinzip).8 Da bei § 32 keine Güter- und Interessenabwägung erfolgt, handelt es sich um einen besonders scharfen und weitreichenden Rechtfertigungsgrund. Diese Schneidigkeit des Notwehrrechts fußt in dem Zusammenspiel der dargelegten Prinzipien.<sup>9</sup> § 32 Abs. 2 Alt. 2 normiert die sog. Nothilfe. Danach kann auch "einem anderen" Notwehr geleistet werden, sofern sich dieser in einer Notwehrlage befindet. Liegt also ein rechtswidriger Angriff auf die geschützten Güter eines Dritten vor, kann die Handlung somit über die Nothilfe gerechtfertigt sein.<sup>10</sup>

§ 34 beruht hingegen auf dem **Prinzip der Interessenabwägung**. <sup>11</sup> Bei kollidierenden Interessen ist ein Eingriff in ein Rechtsgut erlaubt, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. <sup>12</sup> Hierfür ist nicht nur auf das abstrakte Rangverhältnis der Rechtsgüter abzustellen, sondern eine ausführliche Interessenabwägung durch Einbeziehung aller konkreten Umstände des Einzelfalls durchzuführen. <sup>13</sup> Die Rechtfertigung des Eingriffs hängt – anders als bei § 32 – nicht mit dem Rechtsbewährungsprinzip zusammen, sondern erfolgt alleine aufgrund der Wahrung des geschützten höherrangigen Interesses. <sup>14</sup>

Bezüglich des Verhältnisses dieser beiden Rechtfertigungsgründe zueinander existieren verschiedene Auffassungen.

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, dass die beiden Rechtfertigungsgründe selbstständig nebeneinander stehen und somit **kein Spezialitätsverhältnis** aufweisen. <sup>15</sup> Sie basierten auf fundamental verschiedenen gesetzgeberischen Wertungen und Prinzipien. Sowohl § 32 als auch § 34 besäßen da-

Perron in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 1a m.w.N.; ebenso bekannt als "dualistische Theorie", vgl. Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2016, § 32 Rn. 2.

Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 32 Rn. 2; Hecker, JuS 2018, 83.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGHSt 48, 207, 212; *Jäger*, GA 2016, 258.

Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 8 ff.

BGH 24, 359; 48, 207, 212; Fischer, StGB (Fn. 5), § 32 Rn. 2; Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 32 Rn. 2.

Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016, § 15 Rn. 1; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 1a.

Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, § 10 Rn. 497.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), § 8 Rn. 298.

Fischer, StGB (Fn. 5), § 34 Rn. 12; Zieschang, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2017, Rn. 254 ff.

Rengier (Fn. 7), § 19 Rn. 1; Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 34 Rn. 1.

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 34 Rn. 1.

Erb, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 26; Hirsch, in LK-StGB, § 34 Rn. 93.

mit einen eigenständigen Anwendungsbereich. 16

Andere hingegen vertreten die Auffassung, dass die Notwehr als **lex specialis** dem Notstand vorgeht.<sup>17</sup> Bei § 34 handle es sich um einen bloßen Auffangtatbestand. Dieser verlange, dass eine konkrete Interessenabwägung vorgenommen werde, wodurch ein offener Wertungsrahmen vorliege. Dagegen habe der Gesetzgeber in § 32 dem Einzelnen eine Verteidigungsbefugnis eingeräumt, welche nicht diesem Rahmen unterliege.<sup>18</sup> Ein Rückgriff auf den Auffangtatbestand des § 34 sei bei Vorliegen einer Notwehrlage nicht möglich, selbst wenn ein Notwehrrecht ausscheide.<sup>19</sup>

Des Weiteren stellt sich die Problematik, inwieweit ein Einschreiten durch den Menschen gerechtfertigt sein kann, wenn ein Tier Quälereien ausgesetzt ist. Damit verbunden ist folglich zu klären, ob dem Tier das Merkmal der Nothilfe- bzw. Notstandsfähigkeit anhaftet.

Nach einer Auffassung sind Tiere grundsätzlich **nicht als nothilfefähig** zu erachten.<sup>20</sup> Sie seien zwar Mitgeschöpfe, jedoch handle es sich bei ihnen nicht um Träger von Individualrechten. Demzufolge falle der Tierschutz nicht in den Anwendungsbereich des § 32 und eine Rechtfertigung sei daher zu verneinen. Allerdings bleibe zu beachten, dass der Tierschutz als kollektives Rechtsgut aufgefasst werden könne und mithin notstandsfähig i.S.d. § 34 Satz 1<sup>21</sup> sei.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> *Gropengießer*, Jura 2000, 262, 265.

Ein anderer Teil der Literatur lehnt ebenfalls eine Notwehrfähigkeit des Tieres selbst ab, geht jedoch davon aus, dass es sich hierbei um einen Angriff auf den Menschen handeln kann.<sup>23</sup> Maßgeblich stellt diese Ansicht darauf ab, dass das sich im Mitgefühl für Tiere äußernde menschliche Empfinden notwehrfähig sei. Dass § 1 TierSchG<sup>24</sup> grundsätzlich nur den Schutz des Lebens und Wohlbefindens der Tiere bezwecke, schließe nicht aus, dass das im Mitgefühl für Tiere äußernde menschliche Empfinden mitgeschützt sei. Dies betrifft auch § 90a BGB<sup>25</sup>.26 Denn obwohl nach dieser Vorschrift Tiere durch besondere Gesetze geschützt werden, führe das ebenfalls nicht dazu, dass das menschliche Empfinden nicht als schützenswert zu erachten sei. Folglich komme daher eine Rechtfertigung nach § 32 und § 34 grundsätzlich in Betracht.

Eine andere Ansicht vertritt, dass die Zulässigkeit der Notwehr grundsätzlich gegeben ist. 27 Eine Begründung über das geschützte menschliche Mitgefühl mit dem gepeinigten Lebewesen wird zwar abgelehnt. Jedoch wird der Wortlaut des § 1 TierSchG so aufgefasst, dass der Schutz und das Wohlbefinden der Tiere wesentlich sei. Folglich sei das Tier selbst Begünstigter der Nothilfe bzw. des Notstands, wenn der Quäler an seinem rechtswidrigen Handeln gehindert wird. "Anderer" i.S.d. § 32 Abs. 2 bzw. § 34 Satz 1

Fischer, in StGB (Fn. 5), § 34 Rn. 34; Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 34 Rn. 42.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> *Gropengießer*, Jura 2000, 262, 264.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Rengier* (Fn. 7), § 19 Rn. 3 f.

Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 32 Rn. 8.

Sofern die primäre Zuständigkeit staatlicher Organe geachtet wurde und entsprechende Maßnahmen dieser Behörde ausgeblieben sind, vgl. *Perron*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 34 Rn. 10.

Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 9), § 15 Rn. 76.

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 8.

<sup>§ 1</sup> TierSchutzG: "Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen."

<sup>§ 90</sup>a BGB: "Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. [...]".

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 8.

Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006,
 § 15 Rn. 34.

famos · März 2018 Seite 4

brauche also kein Mensch zu sein.<sup>28</sup> Daher sei der Gesetzeswortlaut dahingehend auszulegen, dass auch ein tierisches Lebewesen als "ein anderer" anzuerkennen und es somit unter besonderen strafrechtlichen Schutz zu stellen sei.<sup>29</sup> Folgerichtig sei auch hier eine Rechtfertigung möglich.

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das LG verwirft die Berufung der Staatsanwaltschaft mit der Begründung, dass die Verletzung des Hausrechts sowohl durch § 32 als auch durch § 34 gerechtfertigt sei. Die beiden Rechtfertigungsgründe werden vom LG nebeneinander angewendet. Ein Spezialitätsverhältnis liegt somit nicht vor.

Das Gericht vertritt die Auffassung, dass Tiere als "ein anderer" i.S.d. § 32 Abs. 2 anzusehen sind. Die Nothilfefähigkeit werde durch mehrere Aspekte begründet. Der Mensch sei aufgrund von § 1 und § 17 TierSchG dafür verantwortlich, dass einem Tier nicht ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden. Nach Art. 20a GG sei der Tierschutz als allgemeines Staatsschutzziel definiert, der sich auch auf den Schutz einzelner Tiere erstrecke. Demzufolge stehen Tiere nach § 17 TierSchG unter strafrechtlichem Schutz. Daneben sei das sich im Mitgefühl für Tiere äußernde menschliche Empfinden § 1 TierSchG ebenfalls mitgeschützt und im Ergebnis ist die Notwehr gegen Tierquälerei als zulässig zu betrachten.

Das LG vertritt zudem die Auffassung, dass der Tierschutz als ein notstandsfähiges Rechtsgut i.S.d. § 34 Satz 1 anzusehen ist. Begründet wird dies mit der Tatsache, dass der Tierschutz gem. Art. 20a GG i.V.m. § 1 TierSchG gesetzlich normiert sei. Aus der vom LG durchgeführten Interessenabwägung zwi-

schen dem Schutz der Tiere und dem Hausrecht des Inhabers ergibt sich, dass die Kammer das Wohl der Tiere als gewichtiger empfindet.

## 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zu den wichtigsten Rechtfertigungsgründen des StGB gehören die Notwehr und der rechtfertigende Notstand.<sup>30</sup> Die Voraussetzungen von § 32 und § 34 und die damit einhergehenden Problemfelder gehören zum Basiswissen im Strafrecht.<sup>31</sup>

Der vorliegende Fall eignet sich gut, um das dogmatische Grundverständnis der Studierenden bezüglich der Rechtfertigungsgründe (§§ 32, 34) zu prüfen.<sup>32</sup> Es ist grundsätzlich empfehlenswert, besonders im Hinblick auf die stets knappe Bearbeitungszeit, in einer Klausur Schwerpunkte zu setzen. Somit erscheint es sinnvoller bei Bejahung einer Notwehrlage die Prüfung auf diesen spezielleren Rechtfertigungsgrund zu beschränken.<sup>33</sup>

Im Rahmen der Notwehr- bzw. Notstandlage ist für Erstere ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff und für Letztere eine gegenwärtige Gefahr erforderlich. Die Nothilfebzw. Notstandsfähigkeit darf nicht zu restriktiv auslegt werden. Es ist daher ratsam, in
einer Klausursituation sich sowohl mit dem
geschützten Mitgefühl von Menschen als
auch mit den konkreten Tierschutznormen
auseinanderzusetzen. Für den weiteren Prüfungsablauf des § 32 ist es unerheblich, welcher Ansicht gefolgt wird. Bezüglich der Interessenabwägung bei § 34 kann kein allgemeines Ergebnis vorgegeben werden. Die
Studierenden müssen stets durch eine voll-

Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 32 Rn. 9; So könnte eine juristische Person oder ein Embryo jemand "anderes" i.S.d. § 32 sein, vgl. Roxin (Fn. 26), § 15 Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> *Roxin* (Fn. 26), § 2 Rn. 55 f., § 15 Rn. 34.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> *Zieschang* (Fn. 11), Rn. 184.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen des § 32 vgl. *Poewe/Weinberg*, in famos 12/16; *Rengier* (Fn. 7), § 19 Rn. 6.

<sup>32</sup> Hecker, JuS 2018, 83, 85.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 7), § 19 Rn. 3 f.

famos · März 2018 Seite 5

umfängliche Interessenabwägung feststellen, welches Rechtsgut im Einzelfall überwiegt.

Aber auch für die Praxis sind solche Konstellationen von nicht unerheblicher Bedeutung. So ist vor allem im Rahmen der Erforderlichkeit genau darauf zu achten, ob nicht etwa ein relativ milderes Mittel zur Verfügung steht, insbesondere ob gewisse Anzeigen oder Bemerkungen bei den zuständigen Behörden erfolglos eingingen. Sodann ist der Umstand zu berücksichtigen, dass den Beschuldigten kein Ermittlungsrecht zu steht. Dies wird grundsätzlich dann gewahrt, sofern ein hinreichender Verdacht der Verletzung des allgemeinen Tierschutzes vorliegt.34 Im Hinblick auf § 34 muss das Urteil auch die Art des verwirklichten Delikts in die Abwägungsfrage miteinbeziehen. Insbesondere die Umstände, wie die Schwere des Delikts oder die konkreten Motive der Betroffenen müssen bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden.

#### 5. Kritik

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist, dass das LG eine Rechtfertigung über § 34 in Betracht zieht und zudem die Interessenabwägung zugunsten des Tierwohls ausfallen lässt. Dass das Wohl der Tiere zweifelsfrei ein Rechtsgut der Allgemeinheit<sup>35</sup> darstellt, wird vom Gericht zutreffend erkannt. Damit wird den tierschutzrechtlichen Vorschriften (§§ 1, 17 TierSchG) genügend Rechnung getragen. Auch wird die Tatsache ausreichend gewürdigt, dass die Verletzung des Hausrechts einer gewerblichen Einrichtung nicht so schwer wiegt wie die Verletzung einer privaten Wohnung. Darüber hinaus spricht für eine Rechtfertigung von Tierschützern nach § 34, dass dies zur Förderung der Rechtssicherheit beiträgt. Denn wenn die Behörden nicht gegen die Missstände vorgehen, fehlt ein konsequenter Vollzug des Gesetzes.<sup>36</sup> Dass Tiere als nothilfe- bzw. notstandsfähig anzuerkennen sind, wird zum einen viele Tierschutzaktivisten freuen. Zum anderen stellt es einen gravierenden Meilenstein im Bereich des Tierschutzes dar. Insbesondere weil das Verhalten der Tieraktivsten nicht mit einem Strafurteil endet.

Dem Urteil des LG ist allerdings nicht in all seinen Ausführungen zuzustimmen. So kann besonders die Auffassung des Gerichts, dass das im Mitgefühl für Tiere sich äußernde menschliche Empfinden mitgeschützt sei, im Ergebnis nicht überzeugen. Geschützte Rechtsgüter i.S.d. § 32 sind grundsätzlich nur rechtlich geschützte Interessen.<sup>37</sup> Mitleid hingegen stellt eine bloße Emotion dar, die in rechtlicher Hinsicht kaum zu fassen ist. Sie ist daher mehr als Handlungsmotivation zu verstehen.<sup>38</sup> Die allgemeine Motivation aus Mitleid des Einzelnen ist zwar ein Indiz dafür, dass es sich um ein positives Verhalten im ethischen Sinne handelt, sie stellt jedoch keinen Grund für ein auch rechtlich berechtigtes Verhalten dar. 39 Es erscheint darüber hinaus auch nicht sinnvoll, einen verteidigungsfähigen strafrechtlichen Schutz des menschlichen Mitgefühls zu etablieren. Denn dadurch würde die bloße Gefühlswelt des Täters die Grundlage für eine objektive Bewertung eines Angriffs bilden. Dadurch müssten wiederum individuelle Maßstäbe bei der Bewertung eines Angriffs i.S.d. § 32 festgelegt werden. So verspüren manche Menschen bspw. bei dem Anblick von Bildern der Massentierhaltungen kein Mitgefühl und können sich folglich auch nicht auf Notwehr berufen. Einfühlsame Menschen hingegen könnten sich auf § 32 berufen, wenn sie gegen diesen Umstand eine Handlung vornehmen. Da das menschliche Empfinden bei jedem Individuum unterschiedlich stark ausgeprägt ist und

17

Herzog, JZ 2016, 190, 195; Rosenau, in Satz-ger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 32 Rn. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Vgl. *Ogorek*, NVwZ 2016, 1433, 1435.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Hecker, JuS 2018, 83, 84.

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 4),§ 32 Rn. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> *Ritz*, JuS 2018, 333, 334.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Herzog, JZ 2016, 190, 195.

durch subjektive Wertvorstellungen charakterisiert wird, kann es nicht als taugliches Rechtsgut i.S.d. § 32 zur Anwendung kommen. Eine Rechtfertigung nach § 34 durch das menschliche Empfinden kann mit den gleichen dargestellten Argumenten verneint werden.

Des Weiteren ist die Ansicht des LG nur schwer vertretbar, dass Tiere als "ein anderer" i.S.d. § 32 Abs. 2 und damit als nothilfefähig anzusehen sind. Das Nothilferecht ist nicht als Tierschutzrechtfertigungsgrund angelegt. Vielmehr umfasst es lediglich interpersonale Auseinandersetzungen, in der das Tier keine Rolle spielt.41 Das "sich" in § 32 Abs. 2 besitzt ein gewisses Persönlichkeitsbewusstsein und bezieht sich somit nur auf natürliche Personen. Diesem Verständnis nach gliedert sich das "anderen" als andere natürliche Person in den grammatikalischen Aufbau der Norm ein. 42 Weiterhin setzen der Wortlaut sowie der Telos des Art. 20a GG nicht zwangsläufig voraus, dass Tiere als "anderer" anerkannt werden müssen. Denn aus dem Wortlaut geht nicht eindeutig hervor, dass man Tieren den Status der Nothilfefähigkeit gewähren muss. Auch eine Verpflichtung des Gesetzgebers, einen Rechtfertigungsgrund zu Gunsten von Tieren abzuleiten, erschließt sich nicht aus dem Wortlaut des Art. 20a GG. 43 Daneben verlangt auch der Telos dieses Staatsziels nicht zwingend, dass Tiere als "anderer" i.S.d. § 32 zu behandeln sind. Denn der Tierschutz kann auf mehreren verschiedenen Ebenen gewährleistet werden, so bspw. durch § 17 TierSchG. Es obliegt daher den staatlichen Behörden, auf welche Weise und mit welcher Intensität der Tierschutz verwirklicht wird.44

Schreibt man allerdings Tieren – wie vorliegend das LG – das Merkmal der "Nothilfefähigkeit" zu und erkennt darüber hinaus

auch das Mitgefühl des einzelnen Menschen als schützenswert an, ergeben sich hierdurch neue Folgeprobleme. So stellt sich die Frage, welche Tiere denn genau schützenswert sind. Das Gericht hat diesbezüglich keine genauen Kriterien geschaffen. In der vorliegenden Entscheidung ging es überwiegend um das Wohl von Schweinen, diese scheinen als taugliche "Opfer" zu gelten. Können Menschen jedoch auch die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, wenn es um das Wohl einer Ameise oder eines Goldfisches geht? Eine Ausdehnung auf alle beliebigen Tiere dieser Welt wird wahrscheinlich zu verneinen sein. Dennoch sollten in diesem Bereich konkrete Ansatzpunkte oder Richtlinien geschaffen werden, um dadurch einerseits Rechtsunsicherheit zu vermeiden und andererseits den entstehenden offenen Wertungsrahmen zu schließen, da jeder einzelne Mensch ein eigenes Rechtsempfinden hat. Weiterhin stellt sich die Frage, wie weit ein Mensch gehen darf, um ein Tier oder seine Gefühle für ein tierisches Lebewesen zu schützen. Darf ein Tierschützer einen Menschen an der körperlichen Unversehrtheit schädigen oder ihn gar töten, nur um einen rechtswidrigen Angriff von einem Tier abzuwenden? Dies wird wohl im Ergebnis unter Berücksichtigung des krassen Missverhältnisses zu verneinen sein, sodass ein Rechtfertigungsgrund nach § 32 nicht greifen kann. Aber wie verhält es sich mit nicht ganz so gravierenden Delikten: Ein Hausfriedensbruch kann offensichtlich gerechtfertigt sein, trifft dies aber auch auf eine Freiheitsberaubung oder eine Nötigung zu?

Seite 6

All diese Fragen sind noch ungeklärt und bedürfen einer genauen Würdigung konkreter Umstände des Einzelfalls. Eines steht jedoch jetzt schon fest - es wird tierisch spannend bleiben.

(Jana Anders/Cedric Fenske)

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> *Ritz*, JuS 2018, 333, 334.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Vgl. *Herzog*, JZ 2016, 190, 190 f.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> So *Ritz*, JuS 2018, 333, 336.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> *Ritz*, JuS 2018, 333, 336.

<sup>44</sup> Ritz, JuS 2018, 333, 336.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt1

Am 10.06.2014 haben A und B ihren Heroinvorrat verbraucht und versuchen aus Angst vor Entzugserscheinungen, an Nachschub zu gelangen. Da sie nicht in der Lage sind, sich in der Drogenszene solches zu kaufen, beschließen sie, zu C zu fahren, über den sie aus verlässlicher Quelle erfahren haben, dass er die Droge vorrätig hat, um diesen mit Gewalt zu Herausgabe zu bewegen.

Sie treten dessen Wohnungstür auf, nachdem C trotz mehrfachen Klingelns die Tür nicht geöffnet hat. Sogleich fragt A den C nach "Dope",

worauf dieser jedoch antwortet, dass er keines vorrätig habe. Daraufhin ergreift A den C am Kragen, fordert ihn abermals mit den Worten: "Gib uns das Zeug raus" zur Herausgabe des Heroins auf und versetzt ihm zeitgleich mehrere Schläge. Auch B schlägt C und verlangt wiederholt von ihm die Herausgabe des Heroins.

Im weiteren Verlauf hält B dem C einen spitzen Gegenstand, ein Messer oder eine Schere, vor das Gesicht und bedroht ihn damit. A billigt das Verhalten der B, indem er von seinem eigenen Vorgehen gegen C nicht ablässt. C kann sich losreißen und versucht zu fliehen, wird aber von A am Arm festgehalten und wieder zurück in die Wohnung gedrängt. Im Anschluss versetzen A und B dem C weitere Schläge. Daraufhin holt C drei mit Heroin

## April 2018 "Dope raus"-Fall

Vermögensbegriff / Betäubungsmittel / räuberische Erpressung

§§ 253, 255 StGB; § 29 BtMG

#### famos-Leitsätze:

- 1. Das Vermögen i.S.d. §§ 253, 263 StGB ist nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu bestimmen.
- 2. Auch illegale Betäubungsmittel gehören zum rechtlich geschützten Vermögen i.S.d. §§ 253, 263 StGB

BGH, Urt. v. 16.8.2017 – 2 StR 335/15, veröffentlicht in StV 2018, 27.

gefüllte Plomben aus der Hosentasche und legt sie auf den Tisch mit der Bemerkung: "Hier, könnt ihr haben, mehr habe ich nicht." A und B nehmen daraufhin das Heroin an sich und fliehen aus der Wohnung, da es C zwischenzeitlich gelungen ist, zum Zimmerfenster zu gelangen und nach Hilfe zu rufen. A und B konsumieren zeitnah das Heroin unweit der Wohnung des C.

Das LG verurteilt A und B wegen besonders schwerer räuberischen Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 253, 255; 223, 224; 52 StGB jeweils zu mehrjährigen Haftstrafen. Gegen das Urteil legen A und B Revision zum BGH ein.

# 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Fall betrifft in materiell-rechtlicher Hinsicht das Problem des Vermögensbegriffs im

04

2018

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

famos · April 2018 Seite 2

Rahmen der Vermögensdelikte.<sup>2</sup> Hierbei geht es insbesondere um die Frage, ob der Besitz an illegalen Betäubungsmitteln Bestandteil rechtlich geschützten Vermögens sein kann.

Bereits zu Zeiten des Reichsgerichts war diese Frage umstritten und wurde im Laufe der Zeit unzählige Male unterschiedlich beantwortet. Ging das RG zunächst noch von einem von zivilrechtlichen Aspekten abhängigen Vermögensbegriff aus und klammerte den Besitz an illegalen Betäubungsmitteln damit aus dem Vermögensbegriff aus,3 nahm es später an, dass alles, was einen Geldwert hat, auch dem Vermögensbegriff zuzuordnen sei.4 Letzterer Ansicht folgte auch der BGH zunächst und wertete im Folgenden speziell die durch Täuschung veranlasste Übergabe von Betäubungsmitteln zu den Vermögensdelikten.<sup>5</sup> Argumentiert wurde hierbei vor allem mit der rechtspolitischen Entscheidung, "die Straflosigkeit eines derartigen Verhaltens [bilde] geradezu einen Anreiz für den Verbrecher".6 Dem stellte sich jedoch der 2. Senat des BGH mit Beschluss vom 01.06.2016 entgegen und nahm mit umfangreicher Argumentation an, es gebe "kein strafrechtlich schutzwürdiges Vermögen außerhalb des Rechts"7 und erst recht keines, das im Widerspruch zum Recht steht. Er berief sich demnach auf den sog. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff und versuchte über eine Anfrage an den großen Senat gem. § 132 II GVG einen Rechtsprechungswechsel zu bewirken. Auch in der Literatur findet sich ein

nahezu unüberschaubar großes Stimmenspektrum.

Um den Begriff näher zu bestimmen, lässt sich zunächst festhalten, dass unter Vermögen i.d.S. grundsätzlich die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter des Betroffenen zu verstehen ist.8 Dies bildet auch, als sog. wirtschaftlicher Vermögensbegriff, den Ausgangspunkt für die Bestimmung des Vermögensbegriffs.9 Diese Definition erachten allerdings die Anhänger des sog. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs als zu weit und verlangen eine Einschränkung, welche wiederum unter diesen Vertretern unterschiedliche Ausprägungen annimmt. Daher ist der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff vielmehr als Sammelbegriff zu verstehen. Die wohl meistvertretene Variante ist hierbei die, nach der nur Güter erfasst werden sollen, die im Einklang mit der Rechtsordnung stehen oder ihr zumindest nicht entgegenstehen. 10 Dies wird, wie im obigen BGH-Beschluss von 2016 bereits angemerkt, vor allem damit begründet, dass dem strafrechtlichen Schutz nur solche Rechte unterliegen sollen, die dem Betroffenen rechtlich auch zugestanden oder zumindest nicht abgesprochen werden, da alle anderen Rechte gar nicht, zumindest nicht strafrechtlich, schützenswert seien. 11 Andernfalls entstünden Wertungswidersprüche zwischen

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Vgl. hierzu grundlegend zu den wichtigen Punkten *Eisele/Bechtel*, Jus 2018, 97 sowie *Rönnau*, Jus 2016, 114.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. nur RGSt 19, 186 188 ff.; RGSt 21, 161 ff.; RGSt 36, 334, 343 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> RGSt 44, 230 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGHSt 2, 364, 365 ff.; BGH NStZ-RR 2003, 185, hierbei wurde wegen einer anschließenden Nötigung zur Nichtvornahme von Rückerlangungsversuchen eine räuberische Erpressung angenommen.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGHSt 2, 364, 368.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BGH BeckRS 2016, 12729, Rn. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage 2014., § 263 Rn. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Der früher vertretene rein juristische Vermögensbegriff konnte sich nicht durchsetzen, vgl. hierzu ausführlich *Hefendehl*, in MüKo StGB, 2. Auflage 2014, Rn. 337 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Wobei auch das streng genommen bereits zwei verschiedene Ausprägungen darstellt, vgl. im Einzelnen *Franzheim*, GA 1960, 277; *Cramer*, JuS 1966, 475; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB 28. Auflage 2014, § 263 Rn. 33; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Auflage 2018, § 13 Rn. 121 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 99.

privat- und strafrechtlichen Bewertungen,12 aber auch innerhalb strafrechtlicher Wertungen: Es sei insbesondere offensichtlich widersprüchlich, einerseits den Besitzer von beispielsweise Betäubungsmitteln nach §§ 29 I Nr. 3, 29a I Nr. 2 BtMG zu bestrafen, während auf der anderen Seite der Entzug des Besitzes nach § 263 bzw. den §§ 253. 255 StGB ebenfalls strafbar sein soll. 13 Es sei somit auf eine einheitliche Rechtsordnung zu achten14, andernfalls werde das Besitzrecht an illegalen Gegenständen faktisch doch anerkannt.15 Entscheide man anders, widerspreche es überdies dem "ultima ratio"-Prinzip des Strafrechts, nur solches Verhalten unter Strafe zu stellen, dass hinreichend sozialschädlich und daher nicht tolerierbar ist. 16

Demgegenüber beruft sich der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff vornehmlich auf Strafbarkeitslücken, die entstünden, wenn man die täuschungs- (§ 263 StGB) oder gewalt-/drohungsbedingte (§§ 253, StGB) Verschaffung von rechtlich missbilligten Gütern nicht speziell unter Strafe stellt. 17 Nehme man nämlich illegalen Besitz aus dem Schutz der Vermögensdelikte aus, bleibe oft nur eine Strafbarkeit nach den §§ 223 ff., 240, 261 StGB, ggf. nach § 29 I 1 Nr. 1 BtMG oder, im Falle von täuschungsbedingter Herausgabe von Tatobjekten, die keine Betäubungsmittel sind, möglicherweise Straflosigkeit. Darüber hinaus sei es widersprüchlich, dass zwar die h.L.18 Betäubungsmittel aus dem Vermögensbegriff ausklammern, gleichzeitig jedoch die h.L.<sup>19</sup> Eigentumsdelikte, also insbesondere die §§ 242, 249 StGB, auf Betäubungsmittel anwenden will.<sup>20</sup> Es könne nicht vom Zufall abhängen, ob ein Täter Betäubungsmittel (gewaltsam) wegnimmt oder sich durch Täuschung (oder durch Drohung/Gewalt) geben lässt und dadurch in der einen Situation empfindliche Strafen befürchten muss, in der anderen möglicherweise straffrei davon kommt.<sup>21</sup>

Neben diesen wirtschaftlichen bzw. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffen, finden sich in der Lehre, wie bereits erwähnt, zahlreiche weitere Ansichten. Hier sei zunächst der sog. personale Vermögensbegriff<sup>22</sup> genannt.<sup>23</sup> Durch eine individuelle Betrachtung soll demnach vorrangig die Dispositionsfreiheit des Betroffenen geschützt sein. Es kommt damit nicht auf einen negativen Saldo an, sondern auf die entzogene wirtschaftliche Potenz des Tatopfers<sup>24</sup>, wobei auch auf den Zweck der getätigten Verfügung abgestellt wird.<sup>25</sup> Hierfür spreche, dass das Vermögen nicht starr materiell bestimmbar sei, sondern eine wirtschaftliche Einheit mit den Zielen des Inhabers bilde, welche in die Beantwortung miteinfließen müsse.26 Dies würde den Tatbestand allerdings extrem ausweiten.<sup>27</sup> Auch bringt eine Subjektivierung eine erhebliche Unsicherheit bei der Bestimmung eines Vermögensschadens mit

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Vgl. *Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Auflage 2012, § 263 Rn. 128 und *Kühl*, in Lackner/Kühl, 28. Auflage 2014, § 263 Rn. 33 mit Verweis auf die §§ 134, 138 BGB.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> BGH, NStZ 2016, 596, 598.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Auflage 2017, Rn. 606.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Cramer, Jus 1966, 472, 476.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> BGH BeckRS 2016, 12719, Rn. 19 mit Verweis auf BVerfGE 120, 224, 239 f.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Vgl. bereits BGHSt 2, 364, 365 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> So zumindest *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Auflage 2018, § 13 Rn. 119.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> So zumindest *Schmitz*, in MüKo, 3. Auflage 2017, § 242 Rn. 17.

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, 29. Auflage 2014, § 242 Rn. 19; Kindhäuser, StGB, § 242 Rn. 9.
 BGH NStZ 2015, 571.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Vgl. u.a. *Alwart*, JZ 1986, 563; *Hardwig*, GA 1956, 17; *Otto*, JZ 1993, 652; *ders.*, in Jura 1993, 424

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Vgl. für einen Überblick zum Gesamten *Hefendehl*, in MüKo, 2. Auflage 2014, § 263 Rn. 337 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Bockelmann, JZ 1952, 461, 464 f.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Alwart, JZ 1986, 563; Otto, JZ 1993, 652.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Otto, WM 1988, 729 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Vgl. hierzu mit Beispielen *Hefendehl*, in MüKO, 2. Auflage 2014, § 263 Rn. 359.

sich. Diese Ansicht wird daher überwiegend abgelehnt.

Ferner sei der sog. funktionale Vermögensbegriff<sup>28</sup> an dieser Stelle noch aufgeführt. Dieser versucht, den Vermögensbegriff systematisch zu bestimmen, indem er auf drei Kriterien abgestellt: Die sog. Kohärenzfunktion (Der Vermögensbegriff muss zentrale Eigentums- und Vermögensdelikte gleichermaßen umfassen), die sog. Schadensfunktion (Inhalt und Umfang des Schadens müssen sich bestimmen lassen) und die sog. Bereicherungsfunktion (Der Vorteil für den Täter oder den Dritten muss sich bestimmen lassen).<sup>29</sup> Dem ist inhaltlich zwar zuzustimmen, konnte sich jedoch bisher nicht durchsetzen.

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bleibt mit der vorliegenden Entscheidung letztlich bei seiner Rechtssprechungslinie, nach der es kein von der Rechtsordnung missbilligtes und daher wegen Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen i.S.d. StGB gebe. Wesentlich sei vielmehr, dass dem Besitz an einer Sache ein eigenständiger Wert zukomme, welcher daran gemessen wird, ob damit wirtschaftliche Gebrauchsvorteile verbunden sind. Dies ist bei Betäubungsmitteln, welche zumindest auf dem Schwarzmarkt einen hohen Wert erzielen, regelmäßig zu bejahen. Als Hauptargument für diesen, mittlerweile vom 2. Strafsenat als "bewährten und kriminalpolitisch sachgerecht" bezeichneten, Vermögensbegriff,30 führt der Senat auf, dass andernfalls nicht hinnehmbare Wertungswidersprüche zu den Eigentumsdelikten entstünden. Denn

entfielen die §§ 253, 255 StGB, hänge es, wie oben bereits erwähnt, oft nur vom Zufall ab, ob die §§ 249 ff. StGB oder nur die §§ 223 ff., 240 StGB bzw. § 29 BtMG einschlägig wären. Im Ergebnis können demnach auch weiterhin bezüglich solcher Gegenstände, deren Besitz aufgrund einer strafrechtlichen Handlung erlangt wurde, die §§ 253, 255 StGB verwirklicht werden.

Er stellt sich somit gegen eine vorherige Entscheidung des damals noch anders besetzen 2. Strafsenats des BGH. Dieser wollte, wie oben bereits erwähnt, den juristischökonomischen Vermögensbegriff anwenden und hatte einen entsprechenden Anfragebeschluss an den großen Senat gestellt.<sup>31</sup> Diese Anfrage hat der 2. Strafsenat mit der vorliegenden Entscheidung nun zurückgezogen und ist zu dem, auch in den anderen Senaten angewandten, wirtschaftlichen Vermögensbegriff zurückgekehrt.

# 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Nach einer längeren Zeit der Rechtsunsicherheit bringt dieses Urteil nun zumindest in der Rechtsprechung wieder Rechtssicherheit in diesen doch nach wie vor strittigen Bereich.

Für die Studierenden bedeutet dies jedoch weiterhin, dass bei Sachverhalten mit Gegenständen, deren Besitz aufgrund einer strafrechtlichen Handlung erlangt wurde, je nach Konstellation die §§ 253, 255 StGB bzw. § 263 StGB geprüft werden sollten und ein Problem im Rahmen des Tatbestandsmerkmales "Vermögensschaden" erkannt und diskutiert werden muss.<sup>32</sup> Vertretbar sind weiterhin viele Ansichten, man sollte jedoch im Hinblick auf die Aktualität der Problematik die Argumente parat haben und das Problem umfassend diskutieren.<sup>33</sup> Da es sich hierbei

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Insb. *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Auflage 2017, § 263 Rn. 35 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> *Kindhäuser*, LPK-StGB, 7. Auflage 2017, § 263 Rn. 108 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Das ist deswegen bemerkenswert, da in BGH, NStZ 2016, 596, 598 dies noch mit beachtlichen Argumenten in Frage gestellt worden war.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGH BeckRS 2016, 12729.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Joecks/Jäger*, StGB, Aufl. Jahr, § 253, Rn. 15; § 263, Rn. 102 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Sehr instruktiv auch *Jahn*, JuS 2016, 848; *Jäger*, JA 2016, 790.

um einen echten Klassiker handelt, wird hier in einer Prüfung sicher mehr erwartet, als bloße Standartargumente. Zumindest sollten in Klausuren der ökonomische sowie der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff genannt und ausführliche diskutiert werden.

Daneben sollten in diesem Zusammenhang besonders drei Fallgruppen bekannt sein: (1) Erschleichung von Arbeitsleistung zu insbesondere strafbaren Zwecken nach vorgetäuschter Zahlungsbereitschaft,<sup>34</sup> (2) täuschungsbedingter Verzicht auf nichtige Ansprüche aus verbotenen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften<sup>35</sup> und (3) täuschungsbedingte Vorauszahlung zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken, ohne die Gegenleistung zu erhalten<sup>36</sup>. Diese eignen sich ebenfalls hervorragend für Klausuren.

Für die Praxis kommt dieser aktuellen Entscheidung erhebliche Bedeutung zu. So können die Gerichte nun die gewaltsame Wegnahme sowie die gewaltsame Erzwingung der Herausgabe von Rauschmitteln einheitlich als Verbrechen ahnden.

#### 5. Kritik

Im Ergebnis ist der Entscheidung des 2. Strafsenats in nahezu allen Punkten zuzustimmen. Besonders begrüßenswert erscheint es uns, dass die zwischenzeitlich bestehende Rechtsunsicherheit damit beseitigt worden ist und die Praxis so wieder zu einer einheitlichen Linie zurückkehrt. Dies erscheint aus Sicht der Verfasser auch sachgerecht. Der juristisch-ökonomische Begriff kann zwar durchaus gute Argumente anführen, vermag im Ergebnis aber doch nicht in dem Maße zu überzeugen, wie es der wirtschaftliche Vermögensbegriff, gerade vor kriminalpolitischem Hintergrund, kann.

Denn befürwortet man die Herausnahme des Besitzes illegaler Betäubungsmittel aus dem Vermögensbegriff, so führt dies problematischerweise zu Strafbarkeitslücken. Dem Argument, es könne dann auf § 29 BtMG und die §§ 223 ff., 240, 261 StGB zurückgegriffen werden, ist nur insoweit zuzustimmen, als dies in Fällen der §§ 253, 255 StGB gilt. In Betrugskonstellationen können die §§ 223 ff... 240 StGB nicht herangezogen werden und auch durch § 29 BtMG kann die Schutzlücke zumindest nicht hinreichend geschlossen werden, da dieser dem individualrechtlichen Gehalt einer durch Täuschung bewirkten Besitzverschaffung kaum gerecht wird.37 Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund des § 31a BtMG, der ein Absehen von der Verfolgung ermöglicht. Dies erscheint i.S.d. Rechtssicherheit unbillig und kann daher nicht gewollt sein. Dem steht auch nicht das Argument entgegen, dass es nicht Aufgabe von Vermögensdelikten sei, Strafbarkeitslücken zu verhindern,38 denn es ist gerade Aufgabe des gesamten Strafrechts, Verhaltensweisen mit strafwürdigem Unrechtsgehalt mit Strafe zu bewähren. Was genau strafwürdig ist, ist kriminalpolitisch im Wandel der Zeit immer neu zu definieren. Vor diesem Hintergrund sind somit auch die Vermögensdelikte anzuwenden, da es uns als strafwürdiges Unrecht erscheint, den Besitz an Drogen durch Täuschung oder durch Gewalt oder Drohung zu erlangen.

Weiter würde eine solche Auslegung große Unsicherheiten in Bezug auf die Eigentumsdelikte der §§ 242 ff. StGB aufwerfen. Denn es erscheint widersprüchlich, einerseits Erpressung und Betrug bezüglich Betäubungsmitteln auszuschließen, andererseits Diebstahl und Raub zuzulassen. Dies erkennt zwar auch der 2. Senat in seiner Vorlage, sein dahingehender Lösungsansatz, eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte vorzunehmen,<sup>39</sup> kann allerdings wenig überzeu-

<sup>34</sup> BGH NStZ 2001, 534 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> *Neumann,* JuS 1993, 748 f.; *Corell,* Jura 2010,

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGH NStZ 2002, 33; BGH NJW 2002, 2117.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Jäger, JA 2016, 790, 792.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BGH BeckRS 2016, 12729, Rn. 24 f.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BGH BeckRS 2016, 12729, Rn. 34; ferner *Engel*, NStZ 1991, 520 ff.

gen. Denn zum einen geht schon der Gesetzgeber davon aus, dass Sachen, welche durch eine Straftat hergestellt wurden, in fremdem Eigentum stehen können, vgl. § 74 III Alt. 1 StGB i.V.m. §§ 146, 150 StGB bzgl. Falschgeld, der gerade Eigentum an dem einzuziehenden Gegenstand voraussetzt. Zum anderen würde es zu schwierigen Folgeproblemen bei der Anwendung des § 74c StGB kommen, was gerade die Bekämpfung der organisierten Kriminalität erschweren würde. 40

Zuletzt kann auch das verfassungsrechtliche Argument des Vorlagebeschlusses nicht in Gänze davon überzeugen, dass eine Annahme von strafrechtlich schutzwürdigem Vermögen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und somit gegen die Stellung des Strafrechts als "ultima ratio" staatlichen Handels verstoßen müsste.41 Denn dem 2. Strafsenat ist zwar darin zuzustimmen, dass er einen Widerspruch in der Strafdrohung des § 29 BtMG und der §§ 253, 255; 263 StGB sieht,42 dieser ist jedoch keineswegs so gravierend, wie er behauptet. Denn es erscheint vor dem Hintergrund des Zwecks einer strafrechtlichen Sanktion widersinnig, nur deswegen einen Tatbestand zu verneinen, weil das Tatobjekt selbst durch eine Straftat hergestellt bzw. erlangt wurde. Dies hat nämlich i.d.R. keinen Bezug zur konkreten Tat. Vergleicht man überdies den Unrechtsgehalt von Delikten gemäß den §§ 253, 255; 263 StGB bei von der Rechtsordnung gebilligtem sowie bei nicht gebilligtem Vermögen, ergeben sich keine Unterschiede, sodass auch insoweit der Widerspruch eher verkraftbar erscheint. Gewisse dogmatische Ungereimtheiten sind dabei zwar nicht von der Hand zu weisen, ein Verstoß gegen das "ultima ratio"-Prinzip ist darin aber nicht zu sehen.

Weiter ist ihm nicht zuzustimmen, wenn er schreibt, dass der Besitz von Betäubungsmitteln weder ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut darstellt, noch sein Entzug unerträglich sei. Denn dabei verkennt er, dass es vorliegend gar nicht um das Delikt des illegalen Besitzes von Betäubungsmitteln geht, sondern vielmehr um den Unrechtsgehalt einer erpresserischen oder betrügerischen Entwendung desselben. Denn dies stellt, wie erläutert, sehr wohl ein sozialschädliches und damit strafwürdiges Verhalten dar. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dies käme einer "faktischen Anerkennung des Unrechtsverkehres gleich"43, denn sollte jemand gem. der §§ 253, 255; 263 StGB beschuldigt werden, so steht auch § 29 BtMG noch im Raum, was den Unrechtsgehalt des Besitzes von Betäubungsmitteln abbildet. Es ist daher mitnichten so, dass ein solcher Unrechtsverkehr anerkannt wird, sondern vielmehr, dass dieser gezielt verhindert wird. Aufgrund des hier Rede stehenden strafwürdigen Verhaltens, ist die Anwendung des Strafrechts geboten und wird daher auch den Anforderungen des "ultima ratio"-Prinzips umfassend gerecht. Ein Verfassungsverstoß kann daher nicht angenommen werden.

Zuletzt bleibt noch anzumerken, dass durch die Entscheidung jedoch eine Möglichkeit verpasst wurde, weitere prozessrechtliche Fragen zu klären. So ist weiterhin strittig, welches Verfahren zur Beilegung von rechtlichen Differenzen innerhalb von Senaten des BGH möglich sein soll. Ebenso bleibt ungeklärt, ob ein laufendes Verfahren gem. § 132 II GVG eine andere Sitzgruppe des Senates daran hindert, gegenteilig zu entscheiden<sup>44</sup> und wenn ja, ob sich dadurch das angefragte Verfahren erledigt.<sup>45</sup> Auch diese Fragen hätten unserer Meinung nach in der Entscheidung erörtert werden sollen.

(Yanik Bolender/Matthias Rinck)

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> BGH NStZ 1985, 556 ff.; OLG Dresden NStZ-RR 2003, 214 f.; *Jäger*, JA 2016, 790, 792.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BGH BeckRS 2016, 12729, Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> BGH BeckRS 2016, 12729, Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Cramer, JuS 1966, 472, 476.

<sup>44</sup> Verneinend BGH BeckRS 2016, 19297.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> BGH BeckRS 2017, 102391, Rn. 6.; vgl. zu diesem Thema auch *Mosbacher*, Jus 2017, 127 ff.; 742 ff.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

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

A ist Mitglied einer Bande, die sich zum größten Teil aus seinen Familienangehörigen zusammensetzt und mit Rauschgift handelt. Sie wird vom Bruder B des A angeführt und besteht ansonsten u.a. aus zwei Neffen des A.

Verfahren gegen B und die Neffen, worin alle Beteiligten zu den jeweiligen Tatbeiträgen aussagen, sind bereits im Vorfeld des Hauptverfahrens gegen A mit Verurteilungen wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge abgeschlossen. B räumt dabei u.a. einen Absatz von insgesamt 600 g Kokain durch sich und A ein.

A äußert sich zwei Tage nach den Einlassungen seiner Verwandten ebenfalls zu diesen Umständen, wobei sein Geständnis dem des B inhaltlich im Wesentlichen entspricht. Die Aussage des A wird zwar zu den Verfahrensakten genommen, jedoch nicht als Beweismittel in das Verfahren gegen B und die Neffen eingeführt. In der Hauptverhandlung gegen A berufen sich B und die Neffen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO.<sup>2</sup>

Der Fall wird maßgeblich aufgrund der Aussagen ermittelnder Polizeibeamter entschieden. Es wird jedoch auch eine LG-Richterin, die Berichterstatterin des vorangegangenen Verfahrens, zu den dort getätigten

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

## Mai 2018 "Familienbande"-Fall

Zeugnisverweigerungsrecht / Verwertungsverbot / Rollenverteilung im Strafprozess / Ermittlungsrichterprivileg §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, 337 Abs. 1 StPO; § 46b StGB famos-Leitsätze:

- 1. Die Rechtsprechungs-Figur des Ermittlungsrichterprivilegs hat weiterhin Bestand in ihrer Ausnahmefunktion für das Verwertungsverbot des § 252 StPO.
- 2. Wenn aber ein Zeuge zum Zeitpunkt seiner Einlassung angeklagt war, darf seine Aussage nicht als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dies gilt auch für Einbringungen durch die Vernehmung eines Richters.

BGH, Beschluss vom 30.11.2017 – 5 StR 454/17; veröffentlicht in: BeckRS, 2017 136201

Aussagen der Beteiligten vernommen. Über das Zeugnis der Richterin werden die Einlassungen des B und der Neffen wiederum im Verfahren gegen A verwertet. Überwiegend ergibt sich hieraus nichts anderes als aus dem Zeugnis der Polizisten. A wird wie B zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

A sieht in der Verwertung des Zeugnisses der Richterin einen Verstoß gegen § 252 und rügt zudem den Umstand, dass die Kronzeugenregelung des § 46b StGB keine strafmildernde Anwendung auf sein Geständnis zwei Tage nach dem seiner Verwandten gefunden hat. Er legt Revision zum BGH ein.

05

2018

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

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die in diesem Fall zentrale Vorschrift des § 252 enthält dem Wortlaut nach zunächst nur ein Verbot der Verlesung früherer Aussagen, wenn im Hauptverfahren von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht wird.<sup>3</sup> Sie dient somit der effektiven Gewährleistung des Zeugnisverweigerungsrechts aus §§ 52 - 53a.4 § 252 soll Zeugen vor unzumutbaren Interessenskonflikten bewahren und damit auch familiäre Beziehungen schützen, die unter voreiliger Belastung eines angeklagten Angehörigen erheblich leiden könnten.<sup>5</sup> Über den Wortlaut hinaus begründet § 252 nach h.M.6 jedoch auch ein umfassendes Verwertungsverbot bzgl. der Aussage.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung hat dieses Verwertungsverbot im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung aus der Vorschrift abgeleitet, um eine Umgehung oder Aushöhlung des von § 52 bezweckten Schutzes durch Festhalten am Wortlaut zu verhindern.8

Der Umfang des Verwertungsverbots hängt dabei von verschiedenen Faktoren ab. Im **Grundsatz** verbietet § 252 jede Wiedergabe einer Aussage, die ein Zeugnisverweigerungsberechtigter im Vorfeld der Hauptverhandlung getätigt hat.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Julius, in HK-StPO, 5. Aufl. 2012, § 252 Rn. 1.

Im Gegensatz zu Teilen der Literatur<sup>10</sup> erkennt die Rechtsprechung<sup>11</sup> dabei als einzige Ausnahme zu diesem Grundsatz die Reproduktion einer Aussage auf dem Wege der Vernehmung eines Richters an. 12 Dieses sogenannte Ermittlungsrichterprivileg ist dabei jedoch an das Vorliegen einer Belehrung gebunden. 13 Ursprünglich rührte die besondere Bewertung der Vernehmung durch eine richterliche Verhörsperson u.a. aus dem damals noch anderslautenden § 163 a.F.14 her, der zunächst nur dem Richter, nicht jedoch dem Staatsanwalt oder der Polizei, Belehrungspflichten bei der Zeugenvernehmung auferlegte. 15 Im Zuge dessen wurde davon ausgegangen, dass nur eine vor dem Richter getroffene Aussage in vollem Bewusstsein ihrer prozessualen Tragweite getätigt wurde. Somit ließ man in diesem Fall die indirekte Einbringung dieser Aussage durch Verhör des Richters zu. Da § 163a Abs. 4 und 5 mittlerweile die Belehrungspflichten von Staatsanwalt und Polizei denen des Richters angeglichen haben, bedarf die fortdauernde Anerkennung des Ermittlungsrichterprivilegs heute einer alternativen argumentativen Basis. Der BGH hält jedoch schon aus pragmatischen Gründen gewohnheitsrechtlich an der Privilegierung fest.16

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ranft, Jura 2000, 628, 630.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BGH NJW 2000, 1274, 1275; ebenso Sander/Cirener in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 7; Ganter, in Graf, StPO, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> A.A. *Rogall*, Otto-FS 2007, S. 973, 989 ff.: Erhebungsverbot.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 252 Rn. 1.

<sup>8</sup> BGH NJW 1952, 356; 1955, 721, 722; 1966, 740, 741; Ellbogen, in MüKo StPO, 2016, § 252 Rn. 1; Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO, 2014, § 252 Rn. 16.

BGH NJW 1958, 919; 1960, 584; 1966, 740; Ell-bogen, in MüKo StPO, 1. Aufl. 2016, § 252
 Rn. 1, Velten, in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 3.

Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26.
Aufl. 2010, § 252 Rn.10; Beulke, StPO, 13. Aufl.
2016, Rn. 420; Frister, Fezer-FS, 211, 224.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BGH NJW 1952, 356; 1962, 1875; 1967, 1094.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2000, 1274, 1275; relativierend allerdings BGH NStZ-RR 2015, 118, 119; krit. *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Zum separaten Problemkreis der Belehrungspflichten vgl. bereits *Hermann/Streitbörger*, famos 03/2017; ebenso *Velten*, in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Zur Änderung i.R.d. StPÄG, 19.12.1964 vgl. BGBl. 1964, 1074.

Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO, 1. Aufl. 2014, § 252 Rn. 20; Beulke, StPO, 13. Aufl. 2016, Rn. 420.

So auch Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 10; Eisenberg,

Eine im Wesentlichen unbestrittene Gegenausnahme zum Ermittlungsrichterprivileg stellen jedoch die Fälle dar, in denen ein Eigenschaftswechsel vom Angeklagten zum Zeugen in separaten Verfahren vorliegt. Das Verwertungsverbot für Aussagen von Zeugen ist, wie zuvor ausgeführt, letztlich Ausdruck der Achtung der familiären Sphäre durch die Rechtsprechung. Das hier in Rede stehende Aussageverweigerungsrecht des Angeklagten rührt aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatz her, sich im Strafprozess nicht selbst belasten zu müssen.<sup>17</sup> Deshalb ist es von solcher Bedeutung, dass das Zeugnis des Angeklagten in einem früheren Verfahren nicht im Wege der Vernehmung einer Verhörsperson, auch nicht einer richterlichen, in die Urteilsfindung eingebracht werden kann. 18

Der Angeklagte befindet sich typischerweise in einer Drucksituation, in der er befürchtet, sich durch sein eigenes Verhalten fortgesetzt auf ungewisse Weise zu belasten. 19 Zwar darf ein Angeklagter zur eigenen Verteidigung unstreitig lügen,<sup>20</sup> anders als der explizit zur Wahrheitsfindung herangezogene Zeuge. Jedoch gibt auch dieses Privileg dem Angeklagten keine endgültige Sicherheit in Bezug auf die Wahrnehmung seines Verhaltens. Wird er im Anschluss an sein eigenes Verfahren erneut zu demselben Sachverhalt vernommen, jetzt jedoch in der Eigenschaft eines Zeugen auf, trifft er letztlich noch immer Aussagen über seinen eigenen Anteil am Geschehen, womit er sich einem ähnlichen Selbstentlastungsdruck ausgesetzt sieht. Aus seiner Warte besteht somit kein wesentlicher Unterschied zwischen seiner Angeklagtenund Zeugensituation. § 252 zielt daher gerade auch darauf ab, dem Berechtigten die Möglichkeit zu geben, die endgültige Entscheidung über die Ausübung der Zeugnisverweigerung erst in der Hauptverhandlung vorzunehmen.<sup>21</sup> Insbesondere ist die Vorschrift damit nicht lediglich Ausdruck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, der dem Zeugenbeweis Vorrang vor dem Urkundenbeweis einräumt.<sup>22</sup>

Im Fall des A stellt sich die Frage, inwieweit sich das Urteil des Landgerichts<sup>23</sup> auf die Aussagen des Angehörigen B stützt oder aufgrund anderer verwertbarer Aussagen, wie denen der Polizeibeamten, entschieden wurde. B ist als Bruder des A dessen Angehöriger zweiten Grades, womit er den A betreffend grundsätzlich nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 berechtigt ist, das Zeugnis zu verweigern. Mangels Anzeichen für eine unzureichende Belehrung des B innerhalb seines eigenen Verfahrens hätte hier das Ermittlungsrichterprivileg die Aussage der Richterin zu der Einlassung des B der Verwertung zugänglich gemacht. Da B aber zuvor als Angeklagter vernommen wurde, handelt es sich hier um einen Fall der Gegenausnahme in Bezug auf einen aussageverweigerungsberechtigten Angeklagten.

Verstöße gegen diese Regelungen des § 252 können dabei relative Revisionsgründe i.S.d. § 337 Abs. 1 darstellen. Dazu müsste die entsprechende Verurteilung gerade auf dem gerügten Verfahrensfehler beruhen. Wann dies im Einzelnen angenommen wird, ist mitunter jedoch schwer zu beurteilen. Gemeinhin bedeutet der Begriff des Beruhens im Sinne

Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1288a.

BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19; das BVerfG spricht explizit von einer "verfassungsrechtlichen Gewährleistung" des § 252 StPO. Diese wird aus Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet; ausführliche Darstellung bei Gärditz, in Wolter-FS, 2013, S. 909, 918, m.w.N.

Dazu grundlegend BGH NJW 1997, 1790, 1792; Joecks, Studienkommentar StPO, 4. Aufl. 2015, § 252 Rn. 9.

Beulke, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 1. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 140; vgl. auch BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; sowie jüngst auch BGH NJW 2017, 94 Rn. 50.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGH NJW 1952, 1265; NStZ 2005, 517, 518; *Schuhr*, in MüKO-StPO, 1. Aufl. 2014, § 136 Rn. 49.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Velten, in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 2.

Eser, NJW 1963, 234, 236; Sander/Cirener, in Löwe/Rosenberg StPO, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> LG Lübeck, Urteil vom 28.06.2017, 3KLs 21/16.

der StPO, dass der Verfahrensverstoß insofern kausal für das Urteil ist, als es ohne den Verstoß möglicherweise anders ausgefallen wäre.<sup>24</sup>

Ein weiteres Problem des Falls besteht in der Rüge der Nichtanwendung der Kronzeugenregelung des § 46b StGB auf die Einlassungen des A durch das Gericht. Nach dieser allgemeinen Vorschrift kann ein Gericht eine Strafe mildern oder sogar gänzlich von ihr absehen, wenn der Beschuldigte freiwillig Wissen offenbart, womit er entweder zur Verhinderung oder Aufdeckung der in Rede stehenden Tat beiträgt.<sup>25</sup>

Konkret kommt es darauf an, dass der Kronzeuge, also ein an der Tat beteiligter Zeuge, durch die Angaben einen tatsächlich verwertbaren, erweiterten Erkenntnisstand bei den Ermittlungsbehörden herbeiführt und so die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung erhöht. <sup>26</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine solche Kooperation mit den Behörden in der Form des § 46b StGB nur im Vorfeld der Hauptverhandlung möglich ist.

Dies dient u.a. dazu, die hinreichende Überprüfung der Angaben in zeitlicher Hinsicht sicherstellen zu können und den betreffenden beteiligten Zeugen davon abzubringen, wesentliche Informationen zurückzuhalten.<sup>27</sup> Es steht im Ermessen des Gerichts, die Strafe unter Berücksichtigung der nicht abschließenden Kriterien des Absatzes 2 zu mildern.<sup>28</sup> Dabei gilt allerdings, dass auch solches Verhalten, das nicht den Anforderungen dieser Vorschrift genügt, anderweitig strafmildernd berücksichtigt werden kann.<sup>29</sup> Der Strafmilderungsgrund des § 31 S. 2 BtMG kam

mit der Überschreitung des dortigen maximalen Strafrahmens von drei Jahren für den Fall des A von Anfang an nicht in Betracht.

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält in dieser Entscheidung hinsichtlich des Ermittlungsrichterprivilegs an der bisherigen Rechtsprechung fest.<sup>30</sup>

Bezüglich der Verletzung des § 252 erkennt er darauf, dass mit der Vernehmung der Berichterstatterin ein tauglicher Verfahrensbeteiligter vernommen wurde, jedoch in einer unzulässigen Konstellation. Da die Zeugen, deren Aussagen über das Zeugnis der Berichterstatterin in die Hauptverhandlung eingeführt wurden, Angeklagte des vorausgegangenen Verfahrens waren, war hier eine Verwertung besagter Aussagen noch nicht einmal durch die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson zulässig.

Der Gerichtshof bestätigt vorliegend einen Verstoß gegen § 252, hält dabei aber fest, dass sich der gerügte Verfahrensfehler nicht auf sämtliche im Urteil enthaltenen Anklagepunkte erstreckt. Hinsichtlich der vier verschiedenen Tatvorwürfe des Endurteils des LG, erkennt der BGH in drei Fällen darauf, dass die fraglichen Punkte aufgrund der polizeilichen sowie der Aussage des A geklärt werden konnten. Hinsichtlich dieser Aspekte komme der Aussage des B tatsächlich nur die vom LG behauptete "bestätigende Wirkung"31 zu. Anders verhalte es sich jedoch mit dem letzten Tatvorwurf, der anhand von Informationen beurteilt wurde, die sich ausschließlich in den Einlassungen des B wiederfanden.

Lohse, in Krekeler/Löffelmann/Sommer, AK-StPO, 2. Aufl. 2010, § 337 Rn. 21.

Von Heintschel-Heinegg, in BeckOK-StGB, 37. Edition 2018, § 46b Rn. 5.

Seebode, in AK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 46b Rn. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Kindhäuser, in LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 46b Rn. 7.

Von Heintschel-Heinegg, in BeckOK-StGB, 37. Edition 2018, § 46b Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Zum allgemeinen Strafmilderungsgrund gem. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB vgl. *Kinzig*, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 46b Rp. 21

Immerhin vier der sechs Strafsenate sprechen sich weiterhin für eine Beibehaltung der Figur aus, vgl. auch Neumann, ZIS 2016, 121, 122 m.w.N.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Vgl. LG Lübeck, Urteil vom 28.06.2017, 3 KLs 21/16, S. 11.

Den Vorwurf der unzulässigen Nichtanwendung von § 46b StGB weist der BGH deshalb zurück, weil die Einlassungen der anderen Tatbeteiligten bereits hinreichend Aufschluss über die Tatgeschehnisse gäben, sodass A selbst nichts mehr habe aufklären können.

## 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der verhältnismäßig geringe dogmatische Innovationsgrad der Entscheidung ändert nichts daran, dass es sich bei dem vorliegenden Fall um ein gutes Übungsfeld für die Anwendung der Zeugnisverwertungsverbote in ungewöhnlicheren Konstellationen handelt. Die Frage nach der Tragweite des Verwertungsverbotes des § 252 beschäftigt die Strafprozessrechtsdogmatik bereits seit Erlass der Norm im frühen 20. Jahrhundert und war immer wieder Gegenstand unterschiedlichster Bewertungen in Rechtsprechung und Lehre. Damit handelt es sich bei der Materie auch seit langer Zeit um einen beliebten Prüfungsstoff im Staatsexamen.

In jeder Klausur ist daher zunächst genau festzuhalten, in welcher Eigenschaft die Beteiligten im jeweils betrachteten Verfahrensabschnitt auftreten. Dies gilt sowohl für die Vertreter des Gerichts als auch für Angeklagte und Zeugen. Wurde die Vernehmung etwa von einem Richter oder einer nichtrichterlichen Verhörsperson, wie einem Staatsanwalt oder Polizeibeamten, durchgeführt? Leitet sich ein mögliches Zeugnisverweigerungsrecht aus einer Berufsträgereigenschaft oder einer Angehörigenstellung ab? Wurde der Zeuge möglicherweise in einem früheren Verfahren als Angeklagter vernommen?

Hat man dies für seine Prüfung entschieden, gilt es zu erörtern, ob die vernommene Verhörsperson ihrer Rolle in dem betreffenden Verfahren auch gerecht geworden ist. Daraus ergibt sich etwa der Prüfungsaufbau,

dass eine Aussage zunächst ein Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 2 darstellt und daher grundsätzlich sogar beachtlich sein müsste, wenn nicht andere gesetzliche Wertungen entgegenstünden, wie z.B. das Verbot der Ersetzung des § 250 oder eben das der Verwertung nach § 252. Bei der Prüfung des § 252 ist jedoch im Falle einer unzulässigen Anwendung des Ermittlungsrichterprivilegs die Qualität einer erfolgten Belehrung<sup>32</sup> unerheblich. Schließlich muss zum Ende der Prüfung gesondert festgehalten werden, ob und inwieweit die jeweilige Entscheidung auf den ermittelten Verfahrensverstößen beruht. All diese Fragestellungen können in der Klausur auch in eine vollständige Rechtsmittelprüfung einer Revision eingebettet werden, wobei die hier aufgeworfenen Fragen die Begründetheit derselben betreffen.

Für die rechtliche Praxis ist dieser Fall vor allem in Bezug auf das Verhältnis der Bandenmitglieder von Interesse, da hier zur Abwechslung kein für den Problemkreis des § 252 typischer Ehegatten- oder Verlobten-Fall vorliegt, sondern die zentralen Beteiligten des Sachverhalts in zweifacher Hinsicht, nämlich als Verwandte und als Komplizen, miteinander "verbandelt" sind. Solche Konstellationen unter den Verfahrensbeteiligten können Anlass dazu geben, die Art ihrer besonderen Bewertung durch die Rechtsordnung genau zu betrachten, um die eigene Aufmerksamkeit für Spezialfälle zu schärfen.

#### 5. Kritik

Der Vorgehensweise des BGH im vorliegenden Fall stimmen die Verfasserinnen grundsätzlich zu. Das Ermittlungsrichterprivileg ist eine im Wesentlichen interessen- und praxisgerechte Form der Rechtsfortbildung, die jedoch im Einzelnen sorgfältig praktiziert werden muss, um ihrem Zweck auch gerecht zu werden.

Die Grundsätze des BGH zum Verwertungsverbot des § 252 haben sich im Laufe der

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Zu diesem verwandten Problemkreis vgl. *Hermann/Streitbörger*, famos 03/2017.

Zeit derart weit vom ursprünglichen Wortlaut der Norm entfernt, dass die Art ihrer Anwendung in keiner Weise mehr darauf zurückgeführt werden kann. Im Interesse einer sorgfältigen Anwendung hätte eine formal erhöhte Greifbarkeit des Ermittlungsrichterprivilegs im vorliegenden Fall dazu beitragen können, dass eine etwaige Verkennung der Bedeutung des Status der späteren Zeugen in deren vorangegangenem Verfahren unterblieben wäre.

So ist es nicht verwunderlich, dass seit einiger Zeit konkrete Entwürfe für eine Kodifizierung<sup>33</sup> dieser Rechtsfortbildung existieren, womit zumindest die formellen Bedenken an der derzeitigen Praxis ausgeräumt wären. Dabei würde es sich anbieten, den dreistufigen Aufbau von Grundsatz, Ausnahme und Gegenausnahme in jeweils klar separierten Absätzen eines neu zu fassenden § 252 niederzuschreiben. So würden das grundsätzliche Verwertungsverbot, das Ermittlungsrichterprivileg als Ausnahme sowie die frühere Angeklagtenstellung des Zeugen als Gegenausnahme ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen.

In materieller Hinsicht verbleibt das Problem, dass die Anerkennung der besonderen Qualität der Vernehmung durch den Richter im Rahmen seiner "herausgehobenen Stellung" über die genuin rechtlichen Gründe<sup>34</sup> hinaus argumentativ schwer zugänglich bleibt. Insbesondere nach der oben beschriebenen Angleichung der Belehrungspflichten von Staatsanwalt und Polizei ist es in der Praxis fraglich, ob der Richter aus Sicht der Zeugen eine besondere Stellung innehat.

Dies könnte sich allenfalls aus einem doch noch höheren Grad an Neutralität im Vergleich zu Staatsanwaltschaft und Polizei ergeben. Während Polizisten gezielt dahingehend ausgebildet werden sich verurteilungsförderliche Verhörtechniken anzueignen,35 ist die Staatsanwaltschaft nach deutschem Verständnis, anders als etwa nach anglo-amerikanischem, zwar der Neutralität verpflichtet, vgl. § 160 Abs. 2, tendiert jedoch als Gegengewicht zum Verteidiger oftmals mit zum Punitiven.<sup>36</sup> Allein der Richter ist diesem Konflikt, zumindest in dieser Form, nicht ausgesetzt.<sup>37</sup> Zudem schränkt eine umfassende Anwendung des Zeugnisverwertungsverbots neben ihrer legitimen Zielsetzung den gleichwertigen Grundsatz der Wahrheitsfindung erheblich ein, weshalb das Ermittlungsrichterprivileg als Gegenstück einen sinnvollen Interessensausgleich der Verfahrensbeteiligten darstellt.

Mangels realistischer Alternative zu dieser Form des Ausgleichs ist dem Ermittlungsrichterprivileg zuzustimmen und folglich auch seine gesetzliche Fixierung in materieller Hinsicht sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen erstrebenswert.

(Amalia von Magyary / Hanna Stengel)

Vgl. § 252 StPO des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2014, 1, 11, 55 ff; zur materiellen Tragfähigkeit des Entwurfs eingehend Neumann, ZIS 2016, 121 ff. Die Autorin setzt sich detailliert mit Genese, Sachstand und Perspektive einer gesetzlichen Regelung des Verwertungsprivilegs des Vernehmungsrichters auseinander und unterstützt ausdrücklich den hier zitierten Entwurf.

Vgl. die Strafbarkeit der uneidlichen und eidlichen Falschaussagen in §§ 153, 154 StGB gegenüber der Straflosigkeit der Falschaussage gegenüber Staatsanwaltschaft und Polizei.

<sup>35</sup> El Ghazi/Merold, StV 2012, 250, 252; Geerds, JuS 1991, 199, 201.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Lesch, JA 1995, 695, 696; Grünwald, Dünnebier-FS, 1982, S. 347, 357.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> So auch *Knierim*, FD-StrafR, 254150 m.w.N.

06

2018

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt1

A und B befahren nachts mit ihren hochmotorisierten Fahrzeugen den Kurfürstendamm in Berlin in derselben Richtung. Sie verabreden sich spontan zu einem Wettrennen durch die Stadt. Um an das vereinbarte Ziel zu gelangen, müssen sie elf ampelgeregelte Kreuzungen und eine Strecke von zweieinhalb Kilometern zurücklegen. B fährt unter Missachtung roter Ampeln mit stark überhöhter Geschwindigkeit los, um vor A am Ziel anzukommen.

A, der zunächst noch an zwei roten Ampeln anhält, nimmt die Verfolgung auf. Er holt B in Höhe einer U-Bahn-

Station mit einer Geschwindigkeit von über 100 km/h ein. Als die beiden eine in einer Kurve liegende rote Ampel überfahren, beschleunigt B am Kurvenausgang sein Fahrzeug und erreicht dabei eine Geschwindigkeit von bis zu 150 km/h. Sie gelangen an eine Kreuzung, bei der keine Möglichkeit der Einsicht besteht und fahren trotzdem in diese ein. Inzwischen bewegt sich A mit einer Geschwindigkeit von bis zu 149 km/h und B bis zu 170 km/h. Die Straße ist weder auto- noch menschenleer. Spätestens jetzt wird ihnen bewusst, dass ein dieselbe Straße befahrender, bei grüner Ampelphase berechtigt in die Kreuzung einfahrender Fahrzeugführer bei einer Kollision verletzt werden könnte. A und B sind jedoch inzwischen völlig unfähig, noch zu reagieren, da sie schon zu weit in die Kreuzung

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

## Juni 2018 "Berliner Raserfall"

Dolus eventualis / Bewusste Fahrlässigkeit / Koinzidenzprinzip / Mittäterschaft

§§ 8, 16 I, 25 II, 211, 212 I StGB

#### famos-Leitsätze:

- 1. Bei gefährlichen Verhaltensweisen im Straßenverkehr kann eine Eigengefährdung des Täters dafür sprechen, dass er lediglich bewusst fahrlässig handelt.
- 2. Einen Erfahrungssatz, nach dem ein bestimmter Typ Autofahrer jegliches Risiko für seine körperliche Unversehrtheit ausblendet, gibt es nicht.

BGH, Urteil vom 01.03.2018 – 4 StR 399/17, veröffentlicht in NJW 2018, 1621.

eingefahren sind. Die körperliche Schädigung anderer ist den beiden gleichgültig und sie nehmen diese billigend in Kauf. In der Kreuzung kollidiert B mit dem Fahrzeug des Geschädigten O, der regelkonform in den Kreuzungsbereich eingefahren ist. O erliegt noch am Unfallort seinen schweren Verletzungen. A und B werden wegen Mordes in Mittäterschaft nach den §§ 212 I, 211 II, 25 II StGB verurteilt. Als Begründung führt das LG an, dass Mitglieder der Raserszene prinzipiell von keinerlei Eigenrisiko für ihre eigene Person ausgingen und sich in ihren Fahrzeugen bei derartigen illegalen Straßenrennen sicher fühlten. Basierend auf dieser Überlegung nimmt das LG "spätestens" beim Einfahren in die Kreuzung bedingten Vorsatz an. Daraufhin legen A und B Revision zum BGH ein.

#### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall besteht das Hauptproblem darin, ob A und B bedingt vorsätzlich oder lediglich bewusst fahrlässig gehandelt haben.

Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit werden verschiedene Theorien vertreten, die sich im Wesentlichen in zwei Meinungsgruppen einteilen lassen.2 Zum einen gibt es rein kognitive Theorien, die kein voluntatives Element voraussetzen.3 Dazu gehört z.B. die Möglichkeitstheorie, nach welcher derjenige vorsätzlich handelt, der sich den Erfolg als konkret möglich vorstellt.4 Daneben lässt sich auch die Wahrscheinlichkeitstheorie unter diese Gruppe fassen, nach der bedingter Vorsatz anzunehmen ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für wahrscheinlich, d.h. mehr als möglich, aber weniger als überwiegend wahrscheinlich hält.<sup>5</sup> Unter Zugrundelegung dieser Theorien ließe sich im vorliegenden Fall leichter zu dem Ergebnis kommen, dass die Täter bedingt vorsätzlich gehandelt haben, nachdem allein auf das kognitive Element abzustellen wäre und das -hier problematische- voluntative Element keine Rolle spielen würde.

Zum anderen wurden Theorien entwickelt, die zusätzlich ein voluntatives Element beinhalten.<sup>6</sup> Die Aufnahme des voluntativen Elements rührt daher, dass der Täter durch sein Verhalten seine Entscheidung gegen das Rechtsgut zum Ausdruck bringen muss.<sup>7</sup> Nach Herzberg hat der Täter etwa Eventualvorsatz, wenn es sich bei der vom ihm vorgestellten Gefahr objektiv um eine sowohl unerlaubte wie unabgeschirmte Gefahr der Tatbestandserfüllung handelt. Hier wird die Abgrenzung

nach der Qualität der vom Täter erkannten Gefahr vorgenommen. Für den Vorsatz genügt es dann, dass der Täter die unabgeschirmte Gefahr erkannt hat.<sup>8</sup> Hiernach könnte man ebenfalls bedingten Vorsatz seitens der Täter annehmen, da sie die unabgeschirmte Gefahr, die durch ihr Verhalten im Straßenverkehr entstanden ist, registriert haben.

In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend die sog. Einwilligungs- oder Billigungstheorie vertreten. Bedingt vorsätzlich handelt danach, wer den tatbestandlichen Erfolg für möglich hält (Wissenselement) und diesen billigend in Kauf nimmt,9 mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben (Willenselement).10 Bewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, ernsthaft auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut.11 Hierbei ist stets eine einzelfallbezogene Gesamtabwägung aller Umstände und Indizien für oder gegen die Annahme von dolus eventualis vorzunehmen.

Vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters und dessen psychischer Verfassung bei Tatbegehung, seiner Motivation und der für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände. 12 Zur Annahme bedingten Vorsatzes hinsichtlich eines Tötungsdelikts muss auch die vom BGH entwickelte Hemmschwellentheorie beachtet werden. Diese betrifft das voluntative Vorsatzelement und beinhaltet, dass das billigende Inkaufnehmen des Todes oder auch Sich-Abfinden mit dem tödlichen Erfolg die

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Kindhäuser, StGB, 7. Auflage 2017, § 15 Rn. 106.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 15 Rn. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 75.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 2017, Rn. 130.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 15 Rn. 107.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Fischer, StGB, 65. Auflage 2018, § 15 Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Herzberg, JuS 1986, 249; ders., NJW 1987, 2283 und JZ 88, 573 u. 635.

Lackner/Kühl, StGB, § 15 Rn. 24; Roxin, JuS 1964, 53/61; so meist die Rechtsprechung, z.B. BGH NJW 1955, 1688; BGH NStZ 1981, 22; NStZ 1984, 19; NStZ 1989, 114; NStZ 2000, 583.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Joecks/Jäger, StGB, 12. Auflage 2017, § 15 Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Joecks/Jäger (Fn. 10), § 15 Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BGH NStZ-RR 2016, 79.

Überwindung einer erhöhten inneren Hemmschwelle voraussetzt.<sup>13</sup> Der BGH hat die Hemmschwellentheorie dahingehend präzisiert, dass der Hemmschwellenganke sich in dem Hinweis erschöpft, dass die voluntative Komponente unter Einbeziehung aller Indizien besonders sorgfältig zu prüfen ist.<sup>14</sup>

Hier lässt sich dem Sachverhalt zwar entnehmen, dass A und B beim Einfahren in die Kreuzung den Erfolg des Todes erkannt und billigend in Kauf genommen haben, jedoch konnten sie zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr reagieren. Daher könnte auch auf Grundlage der h.M. problematisch sein, ob sie im entscheidenden Zeitpunkt einen Tötungsvorsatz hatten. Der Vorsatz muss nämlich grundsätzlich im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen, §§ 8, 16 I StGB. Ein nachträglich gefasster Tötungsvorsatz, sog. dolus subsequens<sup>15</sup> ist nach diesem Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzip grundsätzlich unbeachtlich.

Zuletzt ist fraglich, inwiefern eine Mittäterschaft nach § 25 II StGB zwischen A und B vorliegt. Für die Verurteilung wegen eines mittäterschaftlich begangenen Mordes bedarf es nach § 25 II StGB im Grundsatz eines gemeinsamen Tatplans und einer darauf basierenden gemeinsamen Tatbegehung, wobei jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss. 16 Für das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans genügt eine konkludente Übereinkunft, wobei Bezugspunkt des Tatplans stets die Straftat ist. Ein mittäter-schaftlich begangenes Tötungsdelikt setzt voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist.

#### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH ist der Auffassung, dass die Annahme von Eventualvorsatz mit der vorgebrachten Begründung des LG Berlin aus zweierlei Gründen rechtlicher Überprüfung nicht standhält: Bei Handlungen, die nicht von vornherein auf die Verletzung anderer Personen gerichtet sind, könne dies dafür sprechen, dass der Täter auf einen guten Ausgang vertraut. Das LG hätte sich damit auseinandersetzen müssen, ob durch das Verhalten der Täter auch eine Gefahr für ihr eigenes Leben bzw. ihre körperliche Unversehrtheit drohte. Das LG habe sich eines nicht existierenden Erfahrungssatzes bedient und sich auf die Hypothese gestützt, dass Angehörige der "Raserszene" in der Regel kein Eigenrisiko in Rechnung stellten, da sportlich genutzte Fahrzeuge der in Rede stehenden Art ein besonderes Gefühl der Sicherheit vermittelten, weswegen jegliches Risiko für die Fahrer selbst ausgeblendet werden würde. Der BGH stellt klar, dass es einen Erfahrungssatz, nach dem sich ein bestimmter Typ Autofahrer in einer bestimmten Art von Fahrzeug grundsätzlich sicher fühlt und jegliches Risiko für die eigene Unversehrtheit ausblendet, nicht gibt und auch eine entsprechende Vorstellung der Angeklagten im konkreten Fall nicht belegt worden ist. Gerade dem Gesichtspunkt einer potentiellen, im Zusammenhang mit einem Unfall stehenden Eigengefährdung der Täter sei jegliches Gewicht abgesprochen worden. Diese Hypothese des LG reiche für die Annahme von dolus eventualis nicht aus. Außerdem wird das Argument ins Feld geführt, dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar mache, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Joecks/Jäger (Fn. 10), Vor § 211 Rn. 53; detailliertere Angaben und Streitigkeiten zur Hemmschwellentheorie in Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 87.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Neumann/Saliger, in NK, 5. Auflage 2017, § 212 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2017, § 15 Rn. 60.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> BGH NStZ-RR 2018, 40.

den tatbestandlichen Erfolg – bei Tötungsdelikten den Todeserfolg – herbeiführt. A und B müssten nach diesem Zeitpunkt noch eine Handlung vorgenommen haben, die für den tödlichen Unfall ursächlich war, oder eine Handlung unterlassen haben, deren Vornahme den Unfall vermieden hätte. Diesbezüglich bemängelt der BGH, dass nicht hinreichend dargelegt wurde, dass die Angeklagten den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers als Folge ihres Rennens schon vor dem Einfahren in den Kreuzungsbereich für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben.

Das LG stelle bei der Annahme von bedingtem Tötungsvorsatz auf einen Zeitpunkt ab, zu dem die maßgeblichen Umstände unumkehrbar in Gang gesetzt worden seien, nämlich auf den Moment, in dem A und B in die Kreuzung eingefahren sind und unfähig waren noch zu reagieren. Eine kausale Handlung der Täter, die zeitlich mit der Fassung des Tötungsvorsatzes zusammengefallen ist, habe das LG nicht festgestellt. Dass der Tötungsvorsatz ab einem Zeitpunkt vorlag, als die tödliche Kollision nicht mehr zu verhindern war, ist für die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts demnach rechtlich bedeutungslos.

Bezüglich der Mittäterschaft nach § 25 II StGB sei bereits die Annahme eines gemeinsamen Tatentschlusses, der eine bedingt vorsätzliche Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers umfasste, fraglich. Festgestellt sei nur die Einigung von A und B bezogen auf die Durchführung des spontanen Autorennens. Dass die beiden den Entschluss gefasst hätten, einen anderen durch gemeinsames Verhalten zu töten, könne dem Urteil des LG nicht entnommen werden.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Abgrenzung von dolus eventualis zu bewusster Fahrlässigkeit ist ein häufig in Klausuren vorkommender Streit, der allen Studierenden bekannt sein sollte. Im Zusammenhang mit den illegalen Autorennen äußerst relevant ist der am 29. Juni 2017 vom Bundestag eingeführte<sup>17</sup> § 315d StGB, der Kraftfahrzeugrennen unter Strafe stellt. Der neue § 315d StGB soll den Unrechtsgehalt der Veranstaltung von und Beteiligung an derartigen Straßenrennen besser erfassen. 18 Absatz 1 enthält ein abstraktes Gefährdungsdelikt, die Absätze 2 und 4 konkrete Gefährdungsdelikte in einer Vorsatz-Vorsatz und einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-kombination. 19 Die Problematik der Abgrenzung von Eventualvorsatz zu bewusster Fahrlässigkeit wird durch die speziell auf solche Fälle zugeschnittene Norm des § 315d StGB zwar entzerrt, gleichwohl muss entschieden immer noch werden, ob Mord tatsächlich vorliegt. Um den Tatbestand der Norm zu verwirklichen, reicht in subjektiver Hinsicht z.B. Vorsatz in Bezug auf die Tathandlung (also Vorsatz in Bezug auf die Teilnahme an einem Straßenrennen) und Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Gefahrverursachung gemäß § 315d IV StGB aus. Außerdem enthält Absatz 5 eine Erfolgsqualifikation,<sup>20</sup> die bereits fahrlässiges Verhalten im Hinblick auf den Tod eines anderen Menschen unter Strafe stellt. Der Strafrahmen des § 315d StGB lässt eine Freiheitsstrafe von höchstens zehn Jahren zu. Vor der Einführung des § 315d StGB konnte die Rechtsprechung je nachdem, ob sie bewusste Fahrlässigkeit oder bedingten Vorsatz angenommen hat, nur wegen fahrlässiger Tötung oder wegen Mordes verurteilen. Diese Weichenstellung hat zur Folge, dass sich der Strafrahmen zwischen maximal fünf Jahren (§ 222 StGB) oder lebenslang (§ 211 I StGB) bewegt.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BGBI I S. 3532.

<sup>18</sup> Joecks/Jäger (Fn. 10), § 315d Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Fischer (Fn. 7), § 315d Rn. 22 f; Joecks/Jäger (Fn. 10), § 315d Rn. 3; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 44a Rn. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Fischer (Fn. 7), § 315d Rn. 24; Joecks/Jäger (Fn. 10), § 315d Rn. 11 f; Rengier, BT II (Fn. 19), § 44a Rn. 10 f.

Durch § 315d StGB wurden die Handlungsmöglichkeiten der Gerichte, die derartige Fälle zu entscheiden haben, im Bezug auf die Festsetzung des Strafrahmens, erweitert. Das Problem, ob bedingter Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, stellt sich trotz der Schaffung des neuen Tatbestandes, da dieser nur eine separate Strafbarkeit im Bereich der Straßenverkehrsdelikte normiert. § 315d StGB bietet die Möglichkeit, einen Strafrahmen festzusetzen, der sich zwischen dem der §§ 211, 222 StGB bewegt, was zu begrüßen ist, da der Strafrahmen der §§ 222, 315c StGB für derartige Fälle zu niedrig erscheint.<sup>21</sup> Insofern wurde eine Norm geschaffen, die dem Unrechtsgehalt einer solchen Tat - unabhängig von den §§ 212 I, 211, 222 StGB - Rechnung trägt.

Nach dem Grundsatz "nulla poena sine lege" können die Angeklagten im Berliner Raserfall nicht nach § 315d StGB bestraft werden, sodass die Vorschrift im konkreten Fall nicht weiterhilft, da sie erst nach den Geschehnissen in Berlin geschaffen wurde. Für zukünftige Raserfälle wird sie jedoch von großer Bedeutung sein.

#### 5. Kritik

Die Fallkonstellation, in der junge Männer mit ihren Autos illegale Rennen fahren, hatten deutsche Gerichte bereits mehrfach zu entscheiden. In Köln wurden die damals 21 und 22 Jahre alten Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung aufgrund des Fahrens mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit, das zu einem Unfall mit tödlichem Ausgang geführt hatte, verurteilt.<sup>22</sup> Auch in Bremen musste sich ein 24 jähriger Motorradfahrer, der in der Innenstadt mit 150 km/h unterwegs war und einen Unfall mit tödlicher Folge verursachte, ebenfalls wegen fahrlässiger Tötung vor Gericht verantworten.<sup>23</sup> Der "Berliner Raserfall" ist deshalb so besonders und aufsehenerregend,

weil hier das LG Berlin erstmals die Angeklagten wegen Mordes verurteilt hat. Über die Richtigkeit der Entscheidung des LG lässt sich jedoch streiten: Das Urteil ist sowohl auf Kritik als auch auf positive Bewertungen gestoßen.

Kritiker<sup>24</sup> des Urteils führen an, dass eine Verurteilung wegen Mordes ein unbilliges und hartes Ergebnis aufgrund der zwingenden lebenslänglichen Freiheitsstrafe sei. Allerdings ist dieser Fall doch eher ein Anlass, über eine Reform der Tötungstatbestände, insbesondere des Mordparagraphen<sup>25</sup> nachzudenken und mehr als nur eine Möglichkeit zur Festsetzung der Länge der Freiheitsstrafe zu normieren, um eben solche als ungerecht empfundenen Ergebnisse zu vermeiden. Der Einwand, ein unbilliges Resultat bei Bejahung bedingten Tötungsvorsatzes zu erzielen, ist allerdings wenig zielführend: Sollen Gerichte keinen Tötungsvorsatz annehmen – obwohl dessen Vorliegen mit entsprechender Begründung rechtlich durchaus haltbar ist - und nicht wegen Mordes verurteilen, nur um ein billiges und an dem Gerechtigkeitsgefühl der Gesellschaft angepasstes Urteil präsentieren zu können? Das Urteil des LG ist deshalb richtig, weil es losgelöst von Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen, die die Kritiker offenbar vermissen, korrekterweise nur die rechtliche Lage bewertet hat.

Die Feststellung dessen, was Angeklagte in der Situation von A und B gewollt und gedacht haben, erweist sich in der Praxis als äußerst schwierig, zumal sie von ihren Verteidigern häufig geraten bekommen, entweder gar nichts oder nichts Zielführendes in der Verhandlung zu sagen. Ihnen nachzuweisen, dass sie bedingt vorsätzlich gehandelt haben, erscheint gerade im Hinblick auf das voluntative Vorsatzelement diffizil. Allerdings ist der Nachweis von Vorsatz stets mit Schwierigkeiten verbunden. Die Tatsachen, dass junge Erwachsene Gefahren suchen, risikofreudig sind

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Walter, NJW 2017, 1350.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BGH NStZ 2018, 29.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGH NStZ-RR 2018, 154.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Walter, NJW 2017, 1352.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Preuß, NZV 2017, 306.

und mit der Durchführung des Rennens nicht ihren eigenen Tod verursachen wollten, <sup>26</sup> sind zwar nachvollziehbar, allerdings lässt sich nicht bestreiten, dass die enorme Gefährlichkeit der in Rede stehenden Handlung die Annahme von bedingtem Vorsatz zumindest indiziert.

Der herrschenden Einwilligungs- und Billigungstheorie folgend liegt die Annahme von bedingtem Vorsatz nicht fern. Bewegt sich jemand im Straßenverkehr mit dem Ziel, ein illegales Straßenrennen durchzuführen, so begründet er eine so überdeutliche Lebensgefahr für andere, dass er bereits zu Beginn des und während des besagten Rennens wenigstens bedingten Vorsatz hat, weil man nicht an über zehn Ampeln in der Innenstadt Berlins mit extrem überhöhter Geschwindigkeit vorbeirasen und dabei keinen potentiell tödlichen Unfall billigend in Kauf genommen haben kann.<sup>27</sup> Wer ebendies um 00.30 Uhr in der Hauptstadt mit bis zu 170 km/h innerhalb einer "Touri-Meile" tut, kann aufgrund der Möglichkeit des Einbiegens eines anderen Fahrzeugs und der daraus resultierenden blitzartigen Gefahrensituation, auch mit überdurchschnittlichem fahrerischen Können, nicht ernstlich und mit guten Gründen darauf vertrauen, dass der drohende Aufprall vermieden werden kann. Für die Annahme von lediglich bewusster Fahrlässigkeit fehlte den Fahrern eine vertrauensstiftende Tatsachenbasis.<sup>28</sup> Was im Inneren der Angeklagten vorgegangen sein muss, kann nicht mehr als pflichtwidriges Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges bezeichnet werden. Die Täter hatten demnach nicht erst bei Einfahren in die Kreuzung bedingten Vorsatz, sondern bereits zu einem früheren Zeitpunkt.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Urteil des LG Berlin Zustimmung verdient. Die Entscheidung des BGH vom 01. März 2018 steht der Annahme von bedingtem Vorsatz in dieser Konstellation prinzipiell auch gar nicht entgegen. Bemängelt wurde lediglich, dass das LG seine Annahme nicht hinreichend begründet hat. Der Nachweis des Vorliegens des voluntativen Vorsatzelements gelingt nicht durch eine pauschalisierende Zuweisung der Angeklagten zu bestimmten Personengruppen und nicht auf Grundlage eines nicht existenten Erfahrungssatzes diesbezüglich. Gerade hinsichtlich der Entstehungsgeschichte der Hemmschwellentheorie lässt sich feststellen, dass es dem BGH gerade bei Tötungsdelikten bei der Annahme von bedingtem Vorsatz auf eine stichhaltige Begründung auf Grundlage der Würdigung aller Einzelfallumstände ankommt. Auch hätte das LG nicht offenlassen dürfen, zu welchem Zeitpunkt die Täter bedingt vorsätzlich handelten, sondern hätte an einen bestimmten, rechtlich relevanten Zeitpunkt anknüpfen und versuchen müssen, nachzuweisen, dass dolus eventualis vorgelegen hat.

Vorliegend stört sich der BGH also insgesamt nicht an der Annahme von Vorsatz im Grundsatz, sondern an der vorgebrachten unzureichenden Begründung. Nachdem er an das LG Berlin zurückverwiesen hat, bleibt mit Spannung zu erwarten, ob es in seinem Urteil bei der Annahme von Vorsatz und der Verurteilung wegen Mordes bleibt und wenn ja, wie diese begründet wird.

(Alisa Arnt/Maike Schmalow)

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Walter, NJW 2017, 1350.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Walter, NJW 2017, 1352.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 442.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

### 1. Sachverhalt1

Der Jäger A befindet sich in einer depressiven Phase. In suizidaler Absicht begibt er sich in den Wald und nimmt eine geladene Pistole mit. Allerdings schläft er auf einem Feldweg ein. B, ebenfalls Jäger, kann daher den Feldweg mit seinem Pkw nicht weiter befahren, da A auf der Fahrtstrecke liegt. Er weckt A mit einem Tritt und fordert ihn unfreundlich auf, sich zu entfernen. Der erwachte A tritt B erbost in das Gesäß und beschimpft ihn. B schickt sich daraufhin mit den Worten "Na

warte du mal" an, seine ungeladene Flinte aus dem Kofferraum seines Pkw zu holen. Mit der Munition in seiner Jackentasche könnte er das Gewehr jederzeit in schussbereiten Zustand versetzen. A hat Angst vor einem Schuss des B, verfolgt diesen und sprüht ihm aus einem Abstand von circa einem Meter Pfefferspray ins Gesicht. B lässt sich hingegen nicht aufhalten, ergreift die Flinte und dreht sich – das Gewehr in Hüfthöhe haltend – in Richtung des A. Dieser fürchtet um sein Leben, schießt zwei Mal aus einer Entfernung von circa vier Metern in Richtung des B und trifft diesen mit einem Schuss am Oberarm. B hantiert gleichwohl weiter, um seine Flinte zu laden und schussbereit zu machen. A gibt nun einen Warnschuss in die Luft ab, ohne dass B den Ladevorgang unterbricht. A ist nun "kurz vor dem Durchdrehen" und gibt, nachdem er sich nicht mehr zu helfen weiß, einen gezielten

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

# Juli 2018 Jäger-Fall

Notwehr / Gegenwärtigkeit / Erforderlichkeit / Notwehrprovokation / Unterlassene Hilfeleistung §§ 32, 33, 323c I StGB

### famos-Leitsätze:

- 1. Die Gegenwärtigkeit eines Angriffs gem. § 32 liegt bereits bei dem Ladevorgang einer Schusswaffe vor.
- 2. Bei konkreter Lebensgefahr entfällt eine mögliche Einschränkung des Notwehrrechts
- 3. Das Hilfeleisten gem. § 323c I ist auch bei einem selbst herbeigeführten Unglücksfall des Angreifers zumutbar

BGH, Urteil vom 13.09.2017 – 2 StR 188/17; veröffentlicht in NStZ 2018, 84

Schuss auf den Oberkörper des B ab. Obwohl in der Brust getroffen, zeigt sich B weiterhin unbeeindruckt, weshalb A auch noch in dessen Bein schießt. Infolge der Trefferwirkung lässt B nunmehr das noch immer ungeladene Gewehr sinken. A erkennt, dass B handlungsunfähig ist, nimmt diesem das Gewehr ab und entfernt sich, ohne Hilfe zu leisten oder Rettungskräfte zu verständigen. B stirbt an den Folgen der Rumpfverletzung. Bei zeitnaher medizinischer Hilfe hätte er gerettet werden können. A war nach Angaben von Sachverständigen zum Tatzeitpunkt uneingeschränkt schuldfähig. Das LG verurteilt A wegen unterlassener Hilfeleistung zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten. Der tödliche Schuss sei durch Notwehr gerechtfertigt gewesen. Dagegen legt die Staatsanwaltschaft Revision zum BGH ein.

07

2018

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall stellen sich zahlreiche Schwierigkeiten im Hinblick darauf, ob alle Voraussetzungen einer Rechtfertigung des A wegen Notwehr gem. § 32 StGB<sup>2</sup> gegeben waren.

Problematisch ist schon das Bestehen einer Notwehrlage, konkret die **Gegenwärtigkeit** des Angriffs durch B. Grundsätzlich ist ein Angriff gegenwärtig, wenn dieser unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fortdauert.<sup>3</sup> Vorliegend könnte ein Angriff durch einen Schuss des B unmittelbar bevorgestanden haben. Insofern ist aber erst einmal zu klären, wie das "unmittelbare Bevorstehen" eines Angriffs zu bestimmen ist.

Eine Ansicht beurteilt die Gegenwärtigkeit im Rahmen des § 32 analog den Versuchsregeln des § 22.4 Nach der von Vertretern dieser Ansicht herangezogenen Zwischenaktstheorie, muss der Täter Handlungen vorgenommen haben, die der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Fall ihres ungestörten Fortgangs ohne weitere Zwischenakte in eine Tatbestandshandlung übergehen sollen.<sup>5</sup> Fraglich ist daher, ob die Handlung des B zum Zeitpunkt der ersten Schussabgabe durch A bereits als Versuchsbeginn angesehen werden kann. Das Gewehr des B befand sich während des Tatgeschehens durchgehend in ungeladenem Zustand, war also nicht schussbereit. Auch wenn B mit der Waffe hantiert hat, um auf A zu schießen, fehlt, sofern man die Zwischenaktstheorie dem vorliegenden Fall zugrunde legt, der Zwischenschritt des Ladens.

Die h.M. stellt hingegen umfassend auf den Sinn und Zweck des unmittelbaren Bevorstehens im Rahme des § 32 ab.6 Nach dieser Ansicht beginnt dieses bereits mit einer Handlung, die dem Versuchsbeginn unmittelbar vorgelagert ist. So wird ein Verhalten des Angreifers vorausgesetzt, durch welches noch kein Recht verletzt ist, dieses Verhalten des Angreifers jedoch unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann.<sup>7</sup> Problematisch ist daher, ob hier schon der Griff nach der ungeladenen Waffe, um diese möglicherweise schussbereit zu machen, einen gegenwärtigen Angriff darstellt.8 Insofern müsste der jederzeit mögliche Zwischenschritt des Ladens, für A bereits eine zumindest drohende Rechtsgutsverletzung darstellen, in Form der Begründung einer akuten Bedrohungslage.

Sofern eine Notwehrlage angenommen wird, stellt sich weiter die Frage, ob die entsprechende Notwehrhandlung, hier also die Schüsse von A auf B für sich genommen auch erforderlich waren. **Erforderlichkeit** bedeutet, dass die Verteidigungshandlung geeignet sein muss, den Angriff sofort und endgültig zu beenden, und gleichzeitig das mildeste und gleich wirksame Abwehrmittel darstellt, dass dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht.<sup>9</sup>

Im Rahmen der entsprechenden Prüfung der Erforderlichkeit ergeben sich beim Gebrauch von Schusswaffen Besonderheiten. Eine Abstufung des Schusswaffengebrauchs

Es handelt sich, soweit nicht anders angegeben, um Normen des StGB.

Rengier, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2017, § 18 Rn. 19.

Erb, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 106; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 4; Mitsch, in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016, § 15 Rn. 18; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 22 ff

Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 22 Rn. 10; Zieschang, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2017, Rn. 494.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGH NJW 1973, 255; NStZ-RR 2017, 271; E-ser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 22 Rn. 42; Kindhäuser, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 52; Kindhäuser, StGB, 7. Aufl. 2017, § 32 Rn. 17.

Kindhäuser (Fn. 6), § 32 Rn. 17; Rengier (Fn. 3),
 § 18 Rn. 20.

<sup>8</sup> BGH NJW 1973, 255; Kindhäuser, in NK (Fn. 6), § 32 Rn. 52.

BGH NStZ 2016, 593, 594; Frister, Strafrecht AT,
 Aufl. 2015, 16. Kapitel Rn. 24; Rengier (Fn. 3),
 § 18 Rn. 36 ff.

(Androhung<sup>10</sup> – Warnschuss<sup>11</sup> – Schuss auf Extremitäten – gezielter Todesschuss) entspricht im Grundsatz einer angewandten Erforderlichkeitsprüfung,<sup>12</sup> da die jeweilige Stufe regelmäßig ein milderes und gleich wirksames Mittel darstellt. Im Einzelfall kann aber auch unmittelbar ein (Todes-) Schuss erfolgen, sofern es in der konkreten Situation nicht zumutbar wäre, eine abgestufte Verteidigung vorzunehmen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Angreifer selbst mit einer Waffe auf den Verteidiger zielt, abzustellen ist dabei aber jeweils auf die konkrete Kampfeslage.<sup>13</sup> Dabei gilt, dass die Zufügung einer tödlichen Verletzung stets nur ultima ratio sein darf.<sup>14</sup>

Im vorliegenden Fall zeigt sich die Problematik bereits darin, dass sich die vorangegangenen Instanzen uneinig waren und nach Bewertung des Sachverhaltes zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten. So lehnte das LG Erfurt bei seiner Verurteilung des A im Jahr 2013 wegen Körperverletzung mit Todesfolge eine Rechtfertigung nach § 32 ab. 15 Der Schuss auf den Rumpf des B sei nicht erforderlich gewesen, da A mit seiner anfänglichen, tätlichen Beleidigung gegenüber B selbst die Ursache im Sinne einer Notwehrprovokation gesetzt habe. Die Erforderlichkeit als solche wurde von allen Instanzen bejaht, jedoch hat das LG auch eine Notwehrprovokation innerhalb der Erforderlichkeitsprüfung thematisiert. Dogmatisch richtig wäre es jedoch

gewesen, diesen Ansatz im nachfolgenden Prüfungsschritt der **Gebotenheit** zu erörtern.

Notwehr ist geboten, wenn sie sich im Rahmen des normativ Angemessenen bewegt, also keinen sozialethischen Einschränkungen unterworfen ist.16 Zu den möglichen Einschränkungen zählt u.a. die Notwehrprovokation.17 Zur schuldhaften Provokation einer Notwehrlage ist ein Zurechnungszusammenhang zwischen provozierendem Vorverhalten und dem dadurch ausgelösten Angriffsverhalten erforderlich. 18 Als Folge steht bei einem in sonstiger Weise – also nicht absichtlich - schuldhaft provozierten Angriff lediglich ein eingeschränktes Notwehrrecht zur Verfügung.<sup>19</sup> Ein lebensgefährliches Mittel darf dann nicht sofort eingesetzt werden, vielmehr muss dem Angriff nach Möglichkeit ausgewichen werden, zur Trutzwehr mit einer lebensgefährdenden Waffe darf nur übergegangen werden, nachdem alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt wurden.<sup>20</sup> Sofern A also den Angriff, wenn auch nur unabsichtlich, provoziert hat, hätte die Waffe nicht unmittelbar eingesetzt werden dürfen.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass auf Grund dessen eine Rechtfertigung über die Notwehr ausgeschlossen ist, stellt sich weiter die Frage, ob A wegen eines **Notwehrexzesses** entschuldigt ist.<sup>21</sup> Werden die Grenzen der Notwehr aufgrund asthenischer Affekte überschritten, so kann die Notwehrhandlung gem.

Zulässigkeit eines lebensgefährlichen Waffeneinsatzes nach erfolgloser Androhung siehe: Erb, NStZ 2004, 369, 371; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 37; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 501; Zieschang (Fn. 5), Rn. 213.

Erforderlichkeit der Abgabe eines Warnschusses bei endgültiger Abwehr vgl. BGH NStZ-RR 2013, 107, 108; ähnlich verhält sich die notwendige Androhung bei einem Messereinsatz vgl. BGH NStZ-RR 2018, 69; NStZ 2015, 151, 152.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> *Erb,* NStZ 2004, 369, 371.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Zieschang (Fn. 5), Rn. 213.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), Rn. 501.

<sup>15</sup> BGH NStZ-RR 2014, 379.

Kindhäuser, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2017, § 16 Rn. 35 f.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Zieschang (Fn. 5), Rn. 216 ff.

BGH NStZ 2016, 84, 86; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 73

Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 45 f.; Hoyer, in SK, StGB, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 83; im Gegensatz zur Versagung des Notwehrrechts bei der sog. Absichtsprovokation vgl. Duttge, in Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 32 Rn. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2016, 272; *Perron*, ir Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 37 f.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Vgl. dazu auch *Majewski-Zarin/Müller*, famos 06/2016.

§ 33 entschuldigt sein, wenn der Täter sich in einem psychischen Ausnahmezustand befindet, durch welchen er das Geschehen nur noch in erheblich reduziertem Maß beurteilen kann. <sup>22</sup> Nach der h.M. steht auch die schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage durch den Täter der Anwendung des § 33 nicht entgegen, solange das Notwehrrecht nicht völlig ausgeschlossen war. <sup>23</sup>

Zuletzt ist eine unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c I zu prüfen.<sup>24</sup> Diesbezüglich ist insbesondere problematisch, ob eine Hilfeleistung dem A zugemutet werden kann. Nach einer Ansicht müsste dies abgelehnt werden, da dem Helfenden nicht zumutbar sein soll, nach einer rechtmäßigen Notwehrhandlung im Anschluss zu einer Hilfeleistung zugunsten des Angreifers gezwungen zu werden.<sup>25</sup> Nach h.M. ist die Hilfeleistung für den Verursacher jedoch zumutbar, auch wenn er den Unglücksfall<sup>26</sup> selbst herbeigeführt hat.<sup>27</sup> Die erkennbar erforderliche Hilfeleistungspflicht entfällt nicht dadurch, dass der Unglücksfall durch eine Notwehrlage entstanden ist, sondern regelmäßig nur dann, wenn die Hilfeleistung offensichtlich nutzlos ist, also etwa durch den Tod des Opfers.<sup>28</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH bestätigt die zweite Entscheidung des LG und somit das Vorliegen einer Rechtfertigung wegen Notwehr. Von einer Verurteilung des A wegen eines Tötungs- oder Körperverletzungsdeliktes sieht er daher ab.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2016, 84, 86; NStZ-RR 1997, 65 f.

Eine Notwehrlage habe bei der Abgabe sämtlicher Schüsse vorgelegen. Zwar sei die Flinte des B durchgehend ungeladen gewesen, jedoch habe dieser die Waffe bereits ergriffen und sei eindeutig im Begriff gewesen, sie zu laden, um auf A schießen zu können. Die hierzu notwendige Schussbereitschaft der Waffe habe innerhalb weniger Sekunden hergestellt werden können. Demnach habe es zwar an noch notwendigen Handlungsschritten gefehlt, jedoch sei durch die für den Ladevorgang lediglich kurze Zeitspanne, eine unmittelbare und akute Bedrohung i.S. eines gegenwärtigen Angriffs durch A begründet gewesen.

Auch die jeweiligen Verteidigungshandlungen seien erforderlich gewesen. Noch vor den ersten beiden Schüssen des A habe dieser erfolglos versucht, sich mit Pfefferspray gegen B zu verteidigen. Als B sich jedoch im Anschluss wieder in Richtung des A gedreht und hierbei das Gewehr in geringem Abstand von lediglich vier Metern in Hüfthöhe unmittelbar gegen A gerichtet hat, sei A so verängstigt gewesen, dass A die Lage und das damit verbundene, ohnehin schwer kalkulierbare Risiko, nicht mehr hinreichend habe einschätzen können. Die Abgabe eines Warnschusses in dieser konkreten Situation habe eine Beendigung des Angriffs des B nicht erwarten lassen. Nur durch die sofortige Schussabgabe durch A sei ein potenziell tödlicher Schuss von B auf A endgültig abwendbar gewesen. Aufgrund der drohenden Lebensgefahr sei es A nicht

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGH NJW 1993, 1869, 1871; Kindhäuser (Fn. 16), § 25 Rn. 8; Kindhäuser, in NK (Fn. 6), § 33 Rn. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Zum Aufbau der unterlassenen Hilfeleistung vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 19. Aufl. 2018, § 42 Rn. 2 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Spendel*, in LK, StGB, 11. Aufl. 1995, § 323c

Definition Unglücksfall: Schöch, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 323c Rn. 7.

BGHSt 23, 327; BGH NStZ 1985, 501; Hilgendorf, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 39 Rn. 24; Schmidt/Priebe, Strafrecht BT 1, 13. Aufl. 2014, Rn. 718.

BGH NStZ 2016, 153; NStZ 1985, 501; Fischer (Fn. 5), § 323c Rn. 16; Gaede, in NK (Fn. 6), § 323c Rn. 12; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 4), § 323c Rn. 7; Schöch, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 27), § 323c Rn. 18; Verrel, in Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 19), § 323c Rn. 10; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), Rn. 1023.

zuzumuten gewesen, ein zur Abwehr weniger gefährliches, aber gleichermaßen wirksames Verteidigungsmittel zu wählen. Ein solches habe zudem nicht zur Verfügung gestanden.

Im Hinblick auf das sich in der Folge weiter zuspitzende Geschehen sei auch der letztlich todesursächliche vierte Schuss auf den Rumpf des B erforderlich gewesen. Nach Sachstand sei selbst dieser Schuss zunächst noch nicht ausreichend gewesen, um den Angriff des B sofort und endgültig zu beenden. Erst der nachfolgende, letzte Schuss des A in das Bein des B habe dies bewirkt.

A sei zudem gem. § 33 entschuldigt. Die sachverständig beratene Strafkammer sah die Voraussetzungen einer asthenischen Affektlage bei A als gegeben an. Zur Begründung zog sie die Aussage des A, er sei vor der Schussabgabe "kurz vor dem Durchdrehen" gewesen, die erfolglosen, vorgelagerten Abwehrversuche, die damit einhergehende Ratlosigkeit sowie die ohnehin vorliegende psychische Ausnahmesituation des A heran.

## 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Notwehr mit ihren Besonderheiten im Einzelfall ist ein häufiges Klausurthema und gilt als Klassiker. Durch einen strukturierten Aufbau und genaue Subsumtion sind die dargestellten Probleme jedoch gut zu bewältigen.

Ein Gutachten des dargestellten Falles hängt maßgeblich von der Prüfung des Notwehrrechts ab. Sofern sowohl die Gegenwärtigkeit des Angriffs, als auch die Erforderlichkeit des gewählten Verteidigungsmittels bejaht werden kann, ist gleichwohl im Rahmen des Prüfungspunktes der Gebotenheit ein eingeschränktes Notwehrrecht auf Grund einer

Notwehrprovokation mit möglichen Handlungsalternativen zu diskutieren.<sup>29</sup> Eine Verteidigungshandlung richtet sich dann nach der Schrankentrias, ist also abgestuft.<sup>30</sup> Mögliche Alternativen könnten vorliegend zunächst in einer Flucht, in gutem Zureden, in einer Aufforderung zum Niederlegen der Waffe oder sogar im Entreißen derselben liegen. Die Einschränkung entfällt, sofern der Einsatz eines lebensgefährlichen Mittels die einzige Verteidigungsmöglichkeit darstellt.<sup>31</sup> Der Prüfung des Gebrauchs von Schusswaffen kann kein starres Ablaufprogramm zugrunde gelegt werden. Im konkreten Einzelfall ist entscheidend, was möglich und ausreichend ist.

Wird eine Rechtfertigung wegen Notwehr abgelehnt, kann gleichwohl eine Entschuldigung wegen eines Notwehrexzesses gem. § 33 geprüft und bei Vorliegen einer asthenischen Affektlage bejaht werden.

Weiter sind sowohl das Vorliegen einer Garantenstellung (etwa i.H.a. die §§ 212, 13) als auch die Hilfeleistung gem. § 323c I zu diskutieren, weil A den B ohne weiteres liegen lässt. Eine Garantenstellung aus Ingerenz wäre bei einer Rechtfertigung über Notwehr eher abzulehnen, 32 da nach h.M. ein rechtmäßiges Vorverhalten für sich allein keine Garantenstellung begründet. 33

### 5. Kritik

Eine unmittelbare Bedrohung des A durch B bei Abgabe des Todesschusses liegt unzweifelhaft vor. Hätte A sich nicht zu diesem Zeitpunkt verteidigt, wäre möglicherweise seine effektivste Verteidigungsmöglichkeit verstrichen. Insoweit ist dem BGH zuzustimmen.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BGH NStZ-RR 2015, 303, 304.

BGHSt 24, 358; 26, 145; Kindhäuser, in NK (Fn. 6), § 32 Rn. 129.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> BGH NStZ 2001, 143; Fischer (Fn. 5), § 32 Rn. 45.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> BGHSt 23, 327; BGH NStZ 1987, 171, 172; *Mitsch*, in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 21 Rn. 73.

BGHSt, 23, 327; 25, 218, 221 f.; BGH NStZ 2000, 414; Kindhäuser, in NK (Fn. 6), § 32 Rn. 45; Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 26), § 13 Rn. 24; Stree/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 13 Rn. 37; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 10), Rn. 1023 f.; Zieschang (Fn. 5), Rn. 617; a.A. die frühere Rspr. BGHSt 11, 353; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 4), § 13 Rn. 11.

Ob diese allerdings auch schon früher vorlag, scheint entgegen des BGH fraglich. So ist aus Sicht der Verfasserinnen eine Rechtfertigung des vorangegangenen Pfeffersprayeinsatzes mangels Gegenwärtigkeit problematisch. Der Angriff durch den Tritt des B war bereits beendet. Noch vor dem Einsatz des Pfeffersprays wäre eine alternative Handlung des A möglich, erforderlich und auch geboten gewesen. Eine solche hätte in Form von deeskalierender Kommunikation mit B, oder schlicht in einem Rückzug liegen können. Ein tödlicher Ausgang wäre hierdurch möglicherweise vermeidbar gewesen. Allein in der Aussage des B "Na warte du mal" kann kein erneuter Angriff des B auf A begründet werden. Ob bereits durch diese Aussage eine für A erkennbare Absicht des B, den A erschießen zu wollen vorliegt, ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich. Folgerichtig wäre dann auch eine Strafbarkeit des A gem. §§ 223, 224 zu prüfen gewesen. Im weiteren Prozedere liegt jedoch spätestens durch die Aufnahme des Gewehres eine konkrete Bedrohungslage des A vor.

Die nachfolgende Erforderlichkeitsprüfung im eigentlichen Sinne, ist grundsätzlich entsprechend des BGH zu entscheiden. Auch nachdem B das ungeladene Gewehr auf A gerichtet hat, hätte A unter Umständen durch eine verbale, nachdrückliche Aufforderung dieses wegzulegen oder durch einen Warnschuss Schlimmeres verhindern können. Fraglich ist jedoch, ob B die Ladetätigkeit hierdurch endgültig beendet hätte. Auch ein Entreißen des Gewehres durch A erscheint vor diesem Hintergrund kritisch, da sich A hierdurch möglicherweise erst recht in die Gefahr begeben hätte, erschossen zu werden. Die Handlungsalternativen des A sind unter den gegebenen Umständen nicht hinreichend als zielführend zu bewerten. Die Anwendung der Stufentheorie kann von dem Verteidiger in einer derart ausgeprägten Stresssituation nicht eingehalten werden, strikt zumal

vorausgesetzte Zielgenauigkeit auf die Extremitäten und die hierdurch erfolgreiche Beendigung des Angriffs nicht erwartet werden kann. Die Abgabe eines Warnschusses ist hier letztlich nicht erforderlich. Final beendet erst die Gesamttrefferwirkung aller Schüsse den Angriff des B endgültig. Die von A gewählte Verteidigungshandlung war demnach erforderlich.

In der vorliegenden Entscheidung des BGH wurde jedoch eine Notwehrprovokation augenscheinlich nicht erneut in Betracht gezogen.34 Dies erscheint so nicht ganz schlüssig, da bereits durch As Blockade des Feldweges, den Tritt oder schließlich den Einsatz des Pfeffersprays eine zumindest unabsichtlich in sonstiger Weise schuldhaft provozierte Notwehrlage entstanden sein könnte. In der Folge stünde A lediglich ein eingeschränktes Notwehrrecht zur Verfügung. Dies hätte im Rahmen der Gebotenheit gezielter geprüft werden müssen. Unter Heranziehung eines eingeschränkten Notwehrrechts ergäbe sich ein abweichender Prüfungsverlauf. Im Ergebnis handelt A trotzdem nicht rechtswidrig, da mangels Handlungsalternativen der tödliche Schuss des A als ultima ratio gerechtfertigt war. Insoweit ist dem BGH wieder zu folgen.

Auch die vom BGH angenommene Entschuldigung gem. § 33 ist in der vorliegenden Ausnahmesituation nicht zu beanstanden.

Nach Ansicht der Verfasserinnen bestand bei Annäherung des A an den verletzten B möglicherweise noch immer die Gefahr erschossen zu werden. Spätestens nachdem A dem B das Gewehr entwendet hat, war diese Gefahr gebannt. A wäre zur Hilfeleistung verpflichtet gewesen, eine Strafbarkeit des A gem. § 323c I liegt vor. Daneben wäre auch eine Strafbarkeit gem. §§ 223, 224 aufgrund des Pfeffersprayeinsatzes wohl zu bejahen.

(Nina Pfister/Helena Zander)

So jedoch noch in der vorangegangen Entscheidung BGH NStZ-RR 2014, 379.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt1

A und B planen, den Supermarkt L zu erpressen. Um ihren Plan umzusetzen, führen sie im April 2016 in einer Leergutannahmestelle Supermarktes L mithilfe eines selbstgebauten Sprengkörpers in Form einer Rohrbombe per Fernzünder eine Explosion herbei. Dabei wird eine Mitarbeiterin durch die umherfliegenden Metallsplitter leicht verletzt, von A und B billigend in Kauf genomme-Verletzungen ne tödliche bleiben hingegen aus. Zusätzlich entsteht ein erheblicher Sachschaden.

Einige Tage später versenden sie entsprechend

dem von vornherein gefassten Tatplan ein Erpresserschreiben mittels E-Mail an L, in dem sie eine Million Euro fordern. Sollte der Supermarkt der Forderung nicht nachkommen, stellen sie weitere Anschläge in Aussicht. Die Zahlung soll per Überweisung auf Konten erfolgen, auf welche die Angeklagten mittels Prepaid-Kreditkarten Zugriff haben.

Als der Supermarkt L der Forderung nicht nachkommt, versenden A und B insgesamt drei weitere Schreiben mittels E-Mail und wiederholen ihre Forderung, einschließlich der genannten Drohung. Die Verantwortlichen von L befürchten weitere Anschläge auf den Supermarkt und veranlassen aus diesem Grund eine Überweisung auf die genannten

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

# August 2018 Das "Bomben-Duo"

Schwere räuberische Erpressung / Verwendung des Tatmittels bei der Tat

§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB

### famos-Leitsatz:

- 1. Ein Verwenden bei der Tat im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB liegt dann vor, wenn der Einsatz des Tatmittels zwischen Versuchsbeginn und Tatbeendigung vorliegt.
- 2. Eine bereits gezündete Bombe, auf die im darauffolgenden Erpresserschreiben Bezug genommen wird, fällt lediglich in das Vorbereitungsstadium.

BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2017 – 4 StR 322/17; veröffentlicht in NStZ 2018, 148.

Konten in Höhe von mindestens 9.000 Euro. Es erfolgen keine weiteren Anschläge.

Das LG verurteilt A und B zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von jeweils zehn Jahren wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion und insbesondere auch wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß den §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.<sup>2</sup> Gegen das Urteil legen A und B mit einer Sachrüge Revision zum BGH ein.

# 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik ist hier rund um den Qualifikationstatbestand der "besonders"<sup>3</sup>

08

2018

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

Bezeichnung aufgrund Rechtsprechung vgl. BGH NStZ-RR 2003, 328, 329.

schweren räuberischen Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 anzusiedeln. Nach dem Wortlaut der Norm ist die **Verwendung** einer Waffe<sup>4</sup> oder eines gefährlichen Werkzeugs<sup>5</sup> **bei der Tat** erforderlich. Unter Berücksichtigung der möglichen Schäden durch eine Bombe, ist diese grundsätzlich unter den Begriff eines besonders gefährlichen Werkzeuges im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zu fassen.

Ein Verwenden in diesem Sinne ist nach ständiger Rechtsprechung der zweckgerichtete Gebrauch.<sup>6</sup> Das Tatmittel muss demnach zur Gewaltanwendung oder als Drohmittel eingesetzt werden.<sup>7</sup> Unstrittig ist ein Verwenden im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 bei einem bloßen Mitsichführen abzulehnen.<sup>8</sup> Auch darf das Tatmittel nicht nur zur Fluchterleichterung dienen.<sup>9</sup> Wenn bei Wegnahme- oder Weggabedelikten das Tatmittel im Zeitraum vom Ansetzen zum Versuch bis zur Vollendung der Wegnahme bzw. der Weggabe eingesetzt wird, liegt eine Verwendung bei der Tat vor.<sup>10</sup>

In hier behandelten Fall erfolgte die Explosion vor dem Erpresserschreiben. Somit ist zu diskutieren, ob sie dadurch als Tatmittel "bei der Tat" verwendet wird. Wird dies abgelehnt, so wäre zu überlegen, ob die bloße Drohung mit weiteren Explosionen ein solches Verwenden des gefährlichen Tatmittels "bei der Tat" darstellt. Damit die Bombe

<sup>4</sup> Zur Definition einer Waffe vgl. BVerfG NJW 2008, 3627; BGHSt 44, 103, 105; BGH NJW 1998, 2915; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 250 Rn. 4 ff.

als Tatmittel bei der Tat gilt, müsste jedenfalls der Versuchsbeginn zu diesem Zeitpunkt bejaht werden können. Hierzu muss zunächst näher bestimmt werden, wann genau der Versuchsbeginn anzunehmen ist. Dies erfordert ein unmittelbares Ansetzen zur Tat, § 22. Der strafbare Versuch der Qualifikation liegt somit dann vor, wenn der Täter nach seinen Vorstellungen unmittelbar<sup>11</sup> sowohl zum Grundtatbestand als auch zur Qualifikation angesetzt hat.<sup>12</sup>

Vorbereitungshandlungen reichen hingegen noch nicht aus. <sup>13</sup> Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch wird vom Gesetz die gemischt subjektiv-objektive Methode <sup>14</sup> vorgegeben, wonach subjektiv die Tatgeneigtheit und objektiv die auf die Tatausführung gerichteten Handlungen umfasst werden. <sup>15</sup>

Die Rechtsprechung zieht zur Feststellung des Versuchsbeginns neben dem Gesetzeswortlaut<sup>16</sup> auch den Gefährdungsgedanken heran. Als Beurteilungsgrundlage ist der konkrete Tatplan nach der Vorstellung des Täters maßgeblich. Der Täter muss nach der "Kombinationsformel"<sup>17</sup> der Rechtsprechung

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Zur Definition eines gefährlichen Werkzeugs vgl. BGH NJW 1999, 2198; Fischer, StGB (Fn. 4), § 250 Rn. 6 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BGH NStZ 2008, 687, 688; NStZ 2012, 389; StV 2014, 282; *Fischer*, StGB (Fn. 4), § 250 Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. 2018, § 8 Rn. 15.

BGH NStZ-RR 2004, 169; NStZ-RR 2013, 244; Fischer, StGB (Fn. 4), § 250 Rn. 18a.

<sup>9</sup> BGHSt 48, 365 f.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BGH NStZ 2007, 655, 657; Fischer, StGB (Fn. 4), § 250 Rn. 18.

Sog. Ansatzformel vgl. Bosch, Jura 2011, 909; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 22 Rn. 4; Rönnau, JuS 2013, 879.

BGH NStZ 2017, 86, 87; Fischer, StGB (Fn. 4), § 22 Rn. 36; Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 45.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Zur selbstständigen Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen vgl. *Zaczyk*, in NK, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 4.

Fischer, StGB (Fn. 4), § 22 Rn. 7; zur formell objektiven Methode vgl. RGSt 69, 329; zur rein subjektiven Methode vgl. z.B. BGHSt 1, 116; 6, 302; BGH NJW 1954, 1694.

Ambos, in Dölling/Duttge/Rössner/König, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 22 Rn. 18.

Vgl. auch zum Unmittelbarkeitsprinzip E-ser/Bosch, in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 22 Rn. 39 ff.; Weyers, JZ 1991, 999 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Vgl. BGHSt 26, 201; 28, 162, 163; BGH NStZ 1999, 395, 396; näher zur Rspr.-Entwicklung

für den Versuchsbeginn nach seiner Vorstellung die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreiten und seine Handlung muss bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmünden oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.18 Der Versuch ist danach anzunehmen, wenn die Einzelhandlungen in ihrer Gesamtheit einen derartigen unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut darstellen, dass es dadurch gefährdet ist und unmittelbar die Herbeiführung des Enderfolges befürchtet werden muss.<sup>19</sup> Die Handlungen müssen bei ungestörtem Fortgang ohne weitere Zwischenschritte oder zumindest in unmittelbar räumlichem und zeitlichem Zusammenhang zur Tatbestandsverwirklichung führen.<sup>20</sup> Aber nicht das Fehlen jeglicher Zwischenakte wirkt sich versuchshemmend aus, sondern vielmehr das Fehlen eines wesentlichen Zwischenaktes, sonst würde eine künstliche Aufspaltung der sachlich zusammenhängenden Handlungsabläufe und somit ein "Zeitlupenstrafrecht" entstehen.<sup>21</sup> kann, selbst wenn der Täter einen endgültigen Tatentschluss hat, bei zeitlich gestreckten Handlungsabläufen ein unmittelbares Ansetzen nicht bejaht werden.<sup>22</sup>

Im Fall einer Erpressung liegt demnach der Versuchsbeginn dann vor, wenn der Täter zur Nötigungshandlung unmittelbar an-

Hoffmann-Holland, in MüKo, StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 109 ff.

setzt.<sup>23</sup> Auch der Versuch der Qualifikation nach § 255 beginnt, wenn der Täter zur Nötigungshandlung unmittelbar ansetzt.<sup>24</sup> Insofern erscheint problematisch, ob bereits das Zünden der Bombe als ein unmittelbares Ansetzen zur Erpressung gewertet werden kann.

Stellt hingegen erst das Erpresserschreiben mit der Drohung weiterer Anschläge unter Bezugnahme auf die bereits verübte Explosion die Tathandlung dar, so fragt sich, ob diese Bezugnahme auf künftige Bomben ausreicht, um eine Verwendung des Tatmittels, also der Bombe, "bei der Tat" anzunehmen. Verwendet wird eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug nämlich auch dann, wenn sie oder es als Drohmittel<sup>25</sup> oder zu Nötigungszwecken eingesetzt wird.26 Eine Drohung ist das ausdrückliche oder konkludente Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.<sup>27</sup> Das objektiv gefährliche Tatmittel muss hierbei keine konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen anderer begründen.<sup>28</sup>

Jedoch wird vorausgesetzt, dass der Bedrohte das Tatmittel und die Androhung eines gegenwärtigen Einsatzes wahrnimmt.<sup>29</sup> Bei besonders gefährlichen Werkzeugen

BGHSt 26, 201, 203; 40, 257; 43, 177; 48, 34, 35; BGH NJW 1995, 204; NJW 1997, 3453; NStZ 1989, 473, 474; NStZ 1997, 83; NStZ 2008, 209.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> RGSt 51, 342; BGHSt 2, 380; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 11), § 22 Rn. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGHSt 30, 363, 364f.; BGH NJW 1976, 58; NJW 1976, 578; NJW 1982, 1164; NStZ 2013, 156, 157.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Zur Vermeidung eines "Zeitlupenstrafrechts" BGH NStZ 2017, 86, 88; vgl. auch Hoffmann-Holland, in MüKo, StGB (Fn. 17), § 22 Rn. 109.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> BGH NStZ 2008, 209; NStZ 2014, 447, 448; vgl. auch BGH NJW 2002, 1057, 1058.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGHSt 26, 201; BGH NJW 1976, 58; Sander, in MüKo, StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 41; Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB (Fn. 16), § 253 Rn. 23-27; Vogel, in LK, StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Sander, in MüKo, StGB (Fn. 23), § 255 Rn. 11; Vogel, in LK, StGB Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 255 Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB (Fn. 16), § 250 Rn. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BGHSt 45, 92; BGH NStZ 2011, 158, 160; Hecker, JuS 2011, 565; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 11), § 250 Rn. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Rengier, StrafR BT II, 19. Aufl. 2018, § 23 Rn. 39; Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 11), § 240 Rn. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> BGH NJW 1999, 2198.

BGH NJW 2004, 3437; NStZ 2008, 687, 688;
 NStZ 2011, 158, 159; NStZ 2011, 211, 212.

reicht ein offenes Vorzeigen aus.<sup>30</sup> Dagegen reicht es nicht aus, wenn noch eine Handlung ausgeführt werden muss.<sup>31</sup> Bei einer Bombe sind weitere Zwischenakte erforderlich, wie im vorliegenden Fall das Zünden derselben, sodass bereits aus diesem Grund daran zweifeln ließe, dass sie bei der Drohung verwendet wird.

Bei der Drohung mit weiteren Anschlägen müsste zudem die Gegenwärtigkeit der Gefahr bejaht werden können. <sup>32</sup> Eine Gefahr ist aber nur dann gegenwärtig, wenn das Umschlagen in eine Verletzung unmittelbar bevorsteht oder wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Eintritt eines Schadens sicher ist. <sup>33</sup>

In dem ähnlich gelagerten Dagobert-Fall<sup>34</sup> wurde die Verwendung einer Bombenexplosion als Tatmittel bei der Tat durch den BGH bejaht. In diesem Fall entschloss sich der Täter, einen Kaufhauskonzern zu erpressen, wofür er eine selbstgefertigte Rohrbombe in einem Kaufhaus zünden wollte. Nach dem Ablegen und Zünden der Bombe brachte er ein Schreiben auf den Postweg, in dem er sich zu dem Anschlag bekannte und seine Forderung aussprach. Es folgten mehrere Schreiben, in dem die Forderungen nochmals aufgeführt wurden und für den Fall der Nichtzahlung mit weiteren Anschlägen gedroht wurde. Darauf folgten auch tatsächlich weitere Anschläge, da die Forderungen zunächst unerfüllt blieben. Der wichtigste Unterschied zu dem hiesigen Fall ist, dass nach dem Versenden des Erpresserschreibens und der einhergehenden Drohung weitere Explosionen stattfanden. Im Fall Dagobert handelte es sich insofern bei den späteren Sprengstoffexplosionen nicht mehr um Vorbereitungshandlungen einer Erpressung, da zuvor bereits schriftlich Geldforderungen von dem Kaufhaus verlangt wurden. Maßgeblich ist nicht die erste getätigte Herbeiführung einer Explosion, sondern es wird vielmehr auf die Explosionen nach den getätigten Erpresserschreiben abgestellt. Die weiteren Anschläge knüpften an die vorangegangenen Erpressungen an. Somit konnte ein Nötigungsmittel in Form von Gewalt bejaht werden. Der BGH ging nämlich von einer sukzessiven Tatbegehung aus.35 Bei der sukzessiven Tatbegehung wird der Taterfolg "schrittweise" erreicht. Die Mehrzahl an Handlungen wird aufgrund des zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs und aufgrund derselben Motivlage zu einer strafrechtlich relevanten Handlung knüpft.36 Die zur Tatbestandsvollendung dienenden Teilakte bilden dann den einheitlichen Lebenssachverhalt.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH ändert auf die Revision der Angeklagten den Schuldspruch des angefochtenen Urteils wegen eines Rechtsfehlers ab.

Laut BGH erfolgte der Einsatz des Tatmittels nicht im Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Tatbeendigung. Ein Verwenden lediglich im Vorbereitungsstadium reiche nicht aus, um den Qualifikationstatbestand des §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 zu erfüllen. Der Versuch der räuberischen Erpressung beginne vorliegend nicht mit dem vorausgegangenen Zünden der Rohrbombe, sondern erst mit Absenden des Erpresserschreibens an den Supermarkt L. Die Rohrbombe diene im vorliegenden Fall nur dazu, der tatplanmäßig darauffolgenden Drohung Nachdruck zu verleihen. Der ohne jede Vorankündigung gezündeten Bombe könne kein Erklärungsgehalt entnommen werden, welcher sich auf die Willensfreiheit des Geschädigten auswir-

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> BGH NStZ 2008, 687, 688.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Z.B. Waffe, die noch geladen werden muss vgl. BGHSt 45, 249; *Hannich/Kudlich*, NJW 2000, 3475; vgl. auch BGH NStZ-RR 2001, 41; NJW 2002, 2889, 2891.

BGHSt 45, 92, 94 f.; BGH NStZ 1999, 301, 302;
 NStZ 2011, 158, 160.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 726.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> BGH NJW 1996, 936.

<sup>35</sup> BGH NJW 1996, 936.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BGH NStZ 1996, 429, 430 f.

ke, weshalb diese noch nicht als Drohung zu bewerten sei. Auch eine konkludente Drohung könne aus diesem Grund nicht vorliegen. Die Zündung der Bombe könne nur als bloße Vorbereitungshandlung für die nachfolgende räuberische Erpressung gewertet werden und könne nicht den Qualifikationstatbestand der besonders schweren räuberischen Erpressung erfüllen. Daher haben sich die A und B insoweit der räuberischen Erpressung in zwei Fällen strafbar gemacht, in Tateinheit mit versuchtem Mord, gefährlicher Körperverletzung und dem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion. Im Übrigen wurde die Revision verworfen.

# 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Problematik des § 250 Abs. 2 StGB und die damit verbundenen Rechtsfragen können nicht ohne weitergehende Kenntnisse beantwortet werden.<sup>37</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung den Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 anders bestimmt als in § 250 Abs. 2 Nr. 1a Var. 2.<sup>38</sup> Bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 wird eine erweiterte Gefährlichkeitsprüfung<sup>39</sup> vorgenommen, wobei konkret auf das Tatmittel und auf die tatsächliche oder in Aussicht gestellte Verwendung abgestellt wird.<sup>40</sup>

Hinsichtlich des Qualifikationstatbestandes verdeutlicht die Entscheidung des BGH, dass sich aufgrund des erhöhten Strafrahmens bzgl. eines Verwendens bei der Tat kein Raum für eine weite Auslegung bietet. Das Tatbestandsmerkmal "Verwenden bei der Tat" bedarf stets einer detaillierten Prüfung. Hier ist es wichtig, sauber zwischen den Stadien der Verbrechensverwirklichung von der Deliktsvorbereitung, dem Versuchsstadium

bis hin zur Vollendung und Beendigung zu unterscheiden, <sup>41</sup> um im Ergebnis festzustellen, ob ein Verwenden bei der Tat vorliegt. Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass im Vorbereitungsstadium die Qualifikation nicht erfüllt werden kann, jedoch sollte jedem Bearbeiter und jeder Bearbeiterin der Streit bezüglich der Qualifikationserfüllung zwischen Vollendung und Beendigung bekannt sein. <sup>42</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass aufgrund eines im Gesamtgeschehen eingesetzten gefährlichen Werkzeugs nicht automatisch eine Strafbarkeit aufgrund eines besonders schweren Raubes begründet wird. 43 Sowohl in der Ausbildung als auch in der Praxis gilt es somit, ein besonderes Augenmerk auf das "Verwenden bei der Tat" zu legen, da es in Fällen wie diesen besonders problematisch sein kann. In Klausuren kann es sich in ähnlich gelagerten Fällen auch gerade um den Schwerpunkt der Bearbeitung handeln. Hier sind dann umfassende Ausführungen erforderlich.

#### 5. Kritik

Im Wesentlichen kann der Entscheidung des BGH zugestimmt werden. Der BGH hat im vorliegenden Fall zufriedenstellend geprüft, zu welchem Zeitpunkt das gefährliche Mittel, hier die Rohrbombe, verwendet wurde. Er hat erkannt, dass dies zum Zeitpunkt der Vorbereitung erfolgte und nachvollziehbar in seiner Entscheidung ein Verwenden abgelehnt. Wir stimmen mit der Auffassung überein, dass der Versuch erst mit dem Absenden des Erpresserschreibens beginnt und das Verwenden bei der Tat mangels Versuchsbe-

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Vgl. *Vogel*, in LK, StGB (Fn. 24), § 250 Rn. 37.

<sup>38</sup> Dazu *Rengier*, Strafrecht BT I (Fn. 7), § 8 Rn. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> *Sander,* in MüKo, StGB (Fn. 23), § 250 Rn. 57.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> *Vogel*, in LK, StGB (Fn. 24), § 250 Rn. 32.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Bzgl. der Stadien der Verbrechensverwirklichung vgl. Jäger, in SK, StGB, 9. Aufl. 2017, vor § 22 Rn. 1 ff.

Vgl. hierzu *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 16), § 250 Rn. 8; bejahend BGHSt 20, 194; 20, 230; BGH NJW 1953, 551; NStZ 1995, 339, 340; NStZ 1997, 137, 138; NStZ-RR 2013, 244; a.A. *Habetha*, NJW 2010, 3135 f.

<sup>43</sup> Kudlich, NStZ 2018, 148, 150.

ginns auszuschließen ist. Im vorliegenden Fall erscheint es zwar etwas unbefriedigend, dass Vorbereitungshandlungen von der Tatbestandsverwirklichung ausgeschlossen werden, die vom Tatplan für die weitere Tatausführung erfasst sind, sodass sich überlegen ließe, ob eine zeitliche Vorverlagerung erfolgen und in gewissem Umfang auch das Vorbereitungsstadium in den möglichen Zeitraum des Verwendens einbezogen werden sollte. Folgte man solch einer Ansicht, so wäre ein Verwenden bei der Tat zu bejahen. Allerdings spricht dagegen, dass dem Täter ein möglicher Teilrücktritt verwehrt bleiben würde. Auch würde dies dazu führen, dass es zu einer zu weiten Ausdehnung von strafbaren Handlungen in der Vorbereitungsphase führen würde, weswegen dieser Ansatz keine zufriedenstellende Lösung bietet. Zudem ist zu beachten, dass dem Unrechtsgehalt durch andere Strafvorschriften Rechnung getragen wird. Die Täter haben sich vorliegend bereits wegen Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion nach § 308 strafbar gemacht. Eine Strafbarkeitslücke ist in solchen Fällen somit nicht zu befürchten.

Wie bereits unter 2. erwähnt, könnte allerdings die Androhung mit weiteren Explosionen bereits ein "Verwenden" im Sinne des § 250 II Nr. 1 darstellen.<sup>44</sup> Die Verantwortlichen von L handeln hier aus Angst vor weiteren Anschlägen im Supermarkt. Durch die Bezugnahme in dem Erpresserschreiben auf die vorhergegangene Bombe wurde der Forderung erheblich Nachdruck verliehen und die Angst vor einer weiteren Gefahr hat die Verantwortlichen zur Zahlung veranlasst.

Es erscheint aufgrund der Gefährlichkeit solch einer Bombe naheliegend, bereits die Bezugnahme auf die Zündung einer künftigen Bombe für den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 ausreichen zu lassen. Zumal aus subjektiver Sicht des Bedrohten diese Bezugnahme als eine Gefahr erscheinen könnte. Dennoch kann eine Drohung mit der Zündung von

künftigen Bomben keine gegenwärtige Gefahr begründen. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese Bombe auch tatsächlich gezündet wird, kann nicht hinreichend bestimmt werden, da hier weitere Schritte durch die Täter erforderlich sind. Die bloße Bezugnahme auf mögliche künftige Ereignisse reicht somit nicht aus. 45 Der BGH geht im Rahmen seiner Entscheidung auf diese Möglichkeit der Qualifikationserfüllung allerdings gar nicht ein, sodass an dieser Entscheidung zumindest zu kritisieren ist, dass er sich mit dieser Frage nicht weiter auseinandersetzt.

Der Gesetzgeber hat eine Drohung mit einem künftigen schädigenden Ereignis nicht dem Drohen mit einer Waffe gleichgestellt. Dies ist dem besonders hohen Strafmaß des Qualifikationstatbestandes der schweren räuberischen Erpressung geschuldet, weswegen es gerecht erscheint, auch besondere Anforderungen daran zu stellen, ob eine Verwendung des Tatmittels bei der Tat vorliegt.

(Inci Demir/Roxanna Muury)

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Vgl. Kudlich, NStZ 2018, 148, 149 f.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> So auch *Kudlich*, NStZ 2018, 148, 149 f.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

#### 1. Sachverhalt1

Nach dem Ende ihrer kurzen Beziehung sucht A seine ehemalige Lebensgefährtin B auf, um von ihr eine finanzielle Entschädigung für die damalige gemeinsame Wohnung zu fordern. B kommt seinem Drängen nicht nach und weist ihn ab. Dabei kommt es zu einer Auseinandersetzung, bei der A die Tür eintritt und damit droht, B umzubringen. Daraufhin flüchtet B in ihren Garten. A eilt ihr hinterher, stößt sie zu

Boden und würgt sie mit beiden Händen, bis sie das Bewusstsein verliert. Diese Attacke wird von der Nachbarin N wahrgenommen, woraufhin diese A zur Seite drängt, damit er von B ablässt. A zeigt sich unbeeindruckt, packt B an ihren Haaren und wirft sie durch die Luft, sodass sie auf dem Boden aufschlägt. Daraufhin würgt er sie erneut. Die weiteren Versuche von N, ihn davon abzuhalten, bleiben erfolglos. Jedoch rufen zwei weitere Nachbarn, die den Vorfall von ihrer Wohnung aus beobachtet haben, A zu, dass die Polizei informiert sei. Schließlich lässt A von B ab, da er keine Möglichkeit mehr sieht, seinen Plan umzusetzen und fährt davon.

Das Landgericht verurteilt A u.a. wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

# September 2018 "Ehrennachbarn"-Fall

Rücktritt / fehlgeschlagener Versuch / Freiwilligkeit § 24 StGB

# famos-Leitsatz:

- Weder das Entdeckt-Werden noch das Verständigen der Polizei begründen von vornherein einen fehlgeschlagenen Versuch oder stehen der Freiwilligkeit entgegen.
- 2. Als wesentliches Bewertungskriterium ist nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters zu Grunde zu legen.

BGH, Beschluss vom 24.10.2017 – 1 StR 393/17; veröffentlicht in BeckRS 2017, 136661.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der Schwerpunkt des Falles liegt bei der Frage eines möglichen Rücktritts des A vom Versuch des Totschlages, da A von einer weiteren Durchführung der Tat Abstand genommen hat. Dabei sind insbesondere die **Freiwilligkeit** i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB² bzw. ein möglicher Fehlschlag des Versuchs zu thematisieren. Diesbezüglich ist zu klären, ob äußere Einflüsse der Freiwilligkeit eines Rücktritts entgegenstehen oder sogar einen fehlgeschlagenen Versuch begründen.

Nach dem gängigen Prüfungsaufbau<sup>3</sup> bzgl. der Rücktrittsvoraussetzungen ist zunächst ein **fehlgeschlagener Versuch** auszuschließen. Teilweise wird die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs mit der Begründung abgelehnt, dass dem Gesetzeswortlaut

09

2018

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

Es handelt sich, soweit nicht anders angegeben, um Normen des StGB.

Hilgendorf/Valerius, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 70; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 10; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 3a; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 37 Rn. 14.

nichts dergleichen entnommen werden könne, sodass eine solche Auslegung zu Strafen führe, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen habe, und dadurch auch die Rechtssicherheit gefährdet werde.<sup>4</sup> Letztlich sei das Rechtsinstitut an sich überflüssig, da die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs spätestens bei Prüfung der Freiwilligkeit ausgeschlossen werden könnten.<sup>5</sup>

Von der h.M. wird die Figur des fehlgeschlagenen Versuchs hingegen anerkannt.6 Nach dieser Ansicht lässt der Wortlaut des § 24 einen Rückschluss auf eine solche Versuchskategorie durchaus zu. Des Weiteren sei ein "Aufgeben" i.S.d. § 24 nur solange möglich, wie der Täter die weitere Ausführbarkeit der Tat annehme. Im Rahmen des Fehlschlags sei daher zuerst zu prüfen, ob der Rücktritt überhaupt noch als möglich erscheine, wohingegen bei der Freiwilligkeit das Vorliegen von selbstbestimmten Motiven untersucht werde.<sup>7</sup> Der Fehlschlag ist hiernach gegeben, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes mit den bereits eingesetzten oder zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur nicht mehr für möglich erachtet.8

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung des fehlgeschlagenen Versuchs ist nach heute h.M. die Vorstellung des Täters im Moment der Rücktrittshandlung – der sog.

**Rücktrittshorizont** – nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung.<sup>9</sup> Nach diesen Grundsätzen könnte im vorliegenden Fall ein fehlgeschlagener Versuch deshalb anzunehmen sein, weil A keine Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung mehr sah.

Ist der Versuch hingegen nicht fehlgeschlagen, so sind die jeweiligen Voraussetzungen des unbeendeten bzw. beendeten Versuchs zu prüfen, die hier nicht weiter problematisch sind, da der Versuch aus der Sicht des A jedenfalls nicht beendet war, sodass ein einfaches Aufgeben der Tat ausgereicht hätte. Sodann ist jedoch insbesondere die **Freiwilligkeit** des Rücktritts des Täters zu untersuchen. <sup>10</sup> Der Inhalt des Merkmals der Freiwilligkeit ist indes wiederum streitig. <sup>11</sup>

Insbesondere die Rspr. sowie ein Teil der Lit. gehen von einer **psychologischen Betrachtungsweise** aus, wonach entscheidend ist, ob der Wille frei von äußerem oder innerem Zwang ist, der Täter also "Herr seiner Entschlüsse" bleibt.<sup>12</sup> Es müsse demnach festgestellt werden, ob der von dem Rücktrittsmotiv ausgehende Einfluss auf den Täter so sehr im Vordergrund stehe, dass diesem nicht mehr die Möglichkeit verbleibe, sich zwischen mehreren Verhaltensalternativen zu entscheiden.<sup>13</sup> Ebenso müssen moralische Wertigkei-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Fahl, GA 2014, 453, 454; Gössel, GA 2012, 65, 66

Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 19 Rn. 10; ders., Jura 1992, 423.

BGHSt 3, 56; 14, 369; 36, 226; Jäger, in SK-StGB, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 11.; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 24 Rn. 10 ff.; Roxin, JuS 1981, 1 ff.

Hoffmann-Holland, in MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 52.

BGHSt 39, 221, 228; BGH NStZ 2002, 311; NStZ 2010, 690; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 24 Rn. 7; Kindhäuser, in LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 24 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> BGHSt 31, 170, 175; 33, 295, 298; *Ambos*, in Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB, 4. Aufl. 2017, § 24 Rn. 11; *Jäger*, JA 2015, 149, 151;

Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 24 Rn. 21; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 24 Rn. 5; a.A. Bergmann, ZStW 100 (1988), 329, 351; Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 24 Rn. 21; Geilen, JZ 1972, 335, 337 ff., 342 f., Jakobs, JuS 1980, 714 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Vgl. Fn. 3.

Lilie/Albrecht, in LK-StGB, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 200.

BGHSt 7, 296, 299; 9, 48, 50; 21, 216; 35, 184, 186 f.; BGH NStZ 1998, 510; NStZ-RR 2014, 9, 10; Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 103; Zaczyk, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 64.

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 24 Rn. 43; Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 103.

ten bei der Feststellung der Freiwilligkeit außer Acht bleiben. <sup>14</sup> Der Rücktritt werde nicht durch Gefühle wie z.B. Scham, Mitleid mit dem Opfer oder Angst vor Strafe sowie durch Zureden Dritter ausgeschlossen. <sup>15</sup> Ansonsten komme es zu einer zu starken Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeiten, die den kriminalpolitischen Zielen des § 24 zuwiderlaufe. <sup>16</sup>

Diese kriminalpolitischen Ziele werden wiederum unterschiedlich beurteilt: Nach Ansicht des RG<sup>17</sup> soll durch den Rücktritt ein Anreiz geschaffen werden, um zur Legalität zurückzukehren, was durch das Überqueren der "goldenen Brücke"18 symbolisiert wird. Nach der teilweise vertretenen Prämien- oder Gnadentheorie wird der kriminalpolitische Hintergrund des Rücktritts in der Belohnung des Täters für seine Rückkehr zum sozial adäquaten Verhalten gesehen.<sup>19</sup> Nach der heute herrschenden Strafzwecktheorie entfällt das Bedürfnis der Bestrafung des Täters, wenn dieser freiwillig zurücktritt, da dadurch die Aufgabe des Strafrechts - General- und Spezialprävention – zwecklos werde.<sup>20</sup>

Ob eine freiwillige Aufgabe der Tatausführung vorliegt, muss immer im konkreten Einzelfall festgestellt werden. Dennoch hat die Rspr. zur (Un-)Freiwilligkeit gewisse Fallgruppen entwickelt von denen die **Furcht vor Entdeckung** im vorliegenden Fall einschlägig sein könnte.<sup>21</sup>

Anfang der 1990er-Jahre wurde entschieden, dass nicht schon dann Unfreiwilligkeit anzunehmen sei, wenn ein Dritter - wie in unserem Fall – dem Täter zurufe, die Polizei verständigt zu haben. Begründet wurde dies damit, dass zwischen dem Zuruf und dem tatsächlichen Eintreffen der Polizei noch ein gewisser Zeitraum verstreiche, sodass dies aus der Sicht des Täters keinen endgültigen Grund zur Aufgabe darstelle.<sup>22</sup> Hingegen wurde bei Eintreffen der Polizei am Tatort die Freiwilligkeit auch seitens des BGH abgelehnt.<sup>23</sup> Des Weiteren wurde sie verneint, wenn die Furcht vor Entdeckung das Leitmotiv bildete.<sup>24</sup> Diese Sichtweise hat der BGH kurz vor der vorliegenden Entscheidung wieder bestätigt.<sup>25</sup>

Ähnlich gelagert ist die Auffassung, die eine Differenzierung nach psychologischen Kriterien – autonomen und heteronomen Motiven – vornimmt. <sup>26</sup> Die Entscheidung zum Rücktritt sei autonom, wenn sie Ausdruck freier Selbstbestimmung sei, wohingegen ein heteronomes Motiv anzunehmen sei, wenn der Täter durch ein mögliches Weiterhandeln Nachteile fürchte, wobei sich weitgehend keine Unterschiede zu der soeben erläuterten insbesondere von der Rspr. vertretenen Auffassung ergeben.

Gegen die psychologisierende Betrachtungsweise wird vorgebracht, dass jede Rücktrittsleistung auf einen Entschluss zurückgehe und damit die Unfreiwilligkeit nach

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 24 Rn. 43.

BGHSt 21, 319, 321; 39, 244, 247; BGH StV 2012, 15 f.; StV 2014, 336 f.

BGHSt 7, 296, 299; 9, 48, 49 f.; Lilie/Albrecht, in LK (Fn. 11), § 24 Rn. 253.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> RGSt 17, 243, 244; 39, 37, 39; 63, 158, 159; 72, 349, 350; 73, 52, 60.

Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, 2. Theil, S. 102 ff

BGH MDR 1988, 244; Kindhäuser, in LPK (Fn. 8), § 24 Rn. 4; Schröder, JuS 1962, 81 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BGHSt 9, 48, 52; 14, 75, 80; Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 24 Rn. 2 f.; Jäger,

in SK (Fn. 6), § 24 Rn. 5; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 30 Rn. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 106.

BGH StV 1992, 224, 225; StV 2015, 687; a.A. Zaczyk, in NK-StGB (Fn. 12), § 24 Rn. 70.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BGH NJW 2005, 1205; NStZ 2008, 215.

BGHSt 9, 48, 50; BGH NStZ 1993, 279; NStZ-RR 2007, 136 f.; Jäger, in SK (Fn. 6), § 24 Rn. 71.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BGH BeckRS 2017, 129691.

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 24 Rn. 43; Jäger, in SK (Fn. 6), § 24 Rn. 67; Kindhäuser, in LPK (Fn. 8), § 24 Rn. 37; Kudlich/Schuhr, in Satzger/Schluckebier (Fn. 9), § 24 Rn. 64 f.

dieser Ansicht nur bei fast vollständiger Entscheidungslähmung in Betracht komme.<sup>27</sup> Als widersprüchlich wird es zudem angesehen, dass für den Fall, dass dem Täter die Erfolgsherbeiführung noch möglich erscheint und der Versuch also nicht fehlgeschlagen ist, er nicht gleichzeitig davon ausgehen könne, durch inneren oder äußeren Zwang von der Tatbestandsverwirklichung abgehalten zu werden.<sup>28</sup> Außerdem sei der Nachweis, wann die Freiwilligkeit in eine Unfreiwilligkeit umschlage, aufgrund der schwer messbaren Intensität psychischen Zwangs problembehaftet.<sup>29</sup>

Deshalb wird von der überwiegenden Lehre eine normative Betrachtungsweise bevorzugt, bei der die Freiwilligkeit wertend zu beurteilen ist.<sup>30</sup> Sehe man den Sinn und Zweck der Strafbefreiung in der Rückkehr in die Legalität,<sup>31</sup> so sei es gerade entscheidend, ob der Täter dies auch wirklich tue oder nur deshalb zurücktrete, weil er nach den Regeln des "Verbrecherhandwerks" handelt; in letzterem Fall sei die Freiwilligkeit abzulehnen.<sup>32</sup> Folglich liege Unfreiwilligkeit vor, wenn aus der Sicht "eines hartgesottenen, Risiko und Chance des konkreten Tatplans kalt abwägenden Delinquenten"33 der Rücktritt zweckmäßig erscheine.34 Wenn demnach aus seiner Sicht ein Zurücktreten von der Tat als unvernünftig angesehen werde und er dennoch von der Herbeiführung des Erfolgs absehe, sei die Freiwilligkeit zu bejahen.<sup>35</sup> Gefühle wie bspw. Reue, Mitleid mit dem Opfer und Scham lassen auch nach dieser Ansicht die Freiwilligkeit nicht entfallen, da sie belegen, dass der Täter nicht den Instinkten eines kühl abwägenden Verbrechers folge, sondern sich stattdessen auf den Weg der Legalität bekehre.<sup>36</sup> Genauso wie nach der Rspr. muss das Rücktrittsmotiv nicht als sittlich hochwertig angesehen werden können.<sup>37</sup>

Allerdings wird an dieser Theorie die Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 24 gerügt. Anstelle des Wortlauts, der von Freiwilligkeit spricht, bleibe es bei teleologischen Erwägungen der Strafbarkeit, die im Gegensatz zur Freiwilligkeit nicht subjektiv, sondern objektiv bestimmt werden.<sup>38</sup> Das Hinzuziehen Strafzweckgesichtspunkte genannten laufe dem Sinn und Zweck des Rücktritts zuwider.<sup>39</sup> Der Telos der Norm sei nämlich darin zu sehen, dass der Täter aufgrund des Ablassens vom Opfer keiner Strafeinwirkung seitens des Staates bedarf und dass die Abschreckung der Allgemeinheit dadurch überflüssig werde. 40 Freiwilligkeit bedeute Handeln "aus freien Stücken".41 Dieser Beurteilung stehe die Umdeutung durch die normative Theorie von an

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Zaczyk, in NK-StGB (Fn. 12), § 24 Rn. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Hoffmann-Holland*, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 109; *Roxin*, AT II (Fn. 20), § 30 Rn. 368.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Ambos, in Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 9), § 24 Rn. 31.

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, (Fn. 9), § 24
 Rn. 43; Lilie/Albrecht, in LK (Fn. 11), § 24
 Rn. 225; Roxin, AT II (Fn. 20), § 30 Rn. 379 ff.

<sup>31</sup> Roxin, AT II (Fn. 20), § 30 Rn. 358 f.

Jäger, in SK (Fn. 6), § 24 Rn. 68; Roxin, Kriminal-politik und Strafrechtwissenschaft, 1973, S. 37.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> *Roxin*, AT II (Fn. 20), § 30 Rn. 383 ff.

Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 111.

<sup>35</sup> Lilie/Albrecht, in LK (Fn. 11), § 24 Rn. 226.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Bottke, JR 1980, 441, 442 ff.; Jäger, in SK (Fn. 6), § 24 Rn. 69; Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 103, 314 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> *Roxin*, AT II (Fn. 20), § 30 Rn. 380 f.

BGHSt 35, 184, 187; 39, 229 ff; Fischer (Fn. 8), § 24 Rn. 20; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 24 Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> *Zaczyk*, in NK-StGB (Fn. 12), § 24 Rn. 66.

BGHSt 6, 85, 87; 9, 48, 52; 14, 75, 80; a.A. *Kudlich/Schuhr*, in Satzger/Schlucke-bier/Widmaier (Fn. 9), § 24 Rn. 13; *Puppe*, NStZ 1984, 488, 490; *Schröder*, JuS 1962, 81.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 7), § 24 Rn. 115; Schünemann, GA 1986, 293, 327.

sich freiwilligen Rücktrittshandlungen in unfreiwillige entgegen, was zu einem Widerspruch zu Art. 103 II GG führe.<sup>42</sup>

## 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH sieht die Revision für begründet an. Nach Aufhebung des Urteils weist er dieses an das Landgericht zu einer ausführlicheren Prüfung der Freiwilligkeit zurück. Zu Beginn wiederholt der BGH, wann ein Versuch als fehlgeschlagen anzusehen ist. Demnach ist das der Fall, wenn eine Tatvollendung nicht mehr erreicht werden kann und dem Täter dies bewusst ist. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach der letzten Ausführungshandlung an. Wird ein Fehlschlag abgelehnt, ist die Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch maßgebend. Auch diesbezüglich ist keine Änderung zur bisherigen Rspr. ersichtlich.

Weiter stellt der BGH klar, dass es bei der Beurteilung der Freiwilligkeit darauf ankomme, dass der Täter "Herr seiner Entschlüsse" bleibe. Dabei müsse die Ausführung des Verbrechensplans noch für möglich gehalten werden, d.h., dass der Täter weder durch eine äußere Zwangslage noch durch seelischen Druck davon abgehalten werde, die Tat zu vollbringen. Ein Anstoß zum Umdenken von außen, bspw. durch das Einwirken eines Dritten, hindere jedoch nicht von vornherein die Annahme einer autonomen Entscheidung. Maßgebend sei alleine, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will. Für die Bestimmung dahingehend, ob der Täter noch "Herr seiner Entschlüsse" ist, sei ausschließlich auf die Vorstellung des Täters und nicht auf die objektive Sachlage abzustellen. Lediglich die Furcht vor dem Entdeckt-Werden und die sich daran anschließende Flucht sei nicht ausreichend, um

einen fehlgeschlagenen Versuch anzunehmen bzw. die Freiwilligkeit abzulehnen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der zugrundeliegende Beschluss zeigt deutlich, dass seitens der vorherigen Instanzen eine genauere Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen hätte erfolgen müssen. Dabei muss eine klare dogmatische Trennung zwischen den drei Prüfungspunkten eingehalten werden. Folgt man der herrschenden Aufbauweise<sup>43</sup> muss zuerst das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs ausgeschlossen werden. Als Zweites kommt es auf die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch an, die nach dem sog. Rücktrittshorizont erfolgt. Achließlich muss eine Freiwilligkeitsprüfung stattfinden. Dies wird in den Entscheidungen der Vorinstanzen vermischt.

Das Problem der Freiwilligkeit i.R.d. Rücktritts stellt einen "AT-Klassiker" dar. Nicht selten wird daher auch in Klausuren eine Auseinandersetzung mit der Frage der Freiwilligkeit verlangt, wenn bspw. der Täter Sirenen eines herannahenden Polizeiwagens wahrnimmt. In folgenden Fallkonstellationen ist die Freiwilligkeit nach einer ausführlicheren Darstellung zu bejahen: Reue, Scham, Mitgefühl, Gewissensbisse, Angst vor Strafe und Zureden durch das Opfer. 45 Weitere typische Situationen, in denen die Freiwilligkeit verneint wird, sind: erhebliche Risikosteigerung durch unvorhersehbare Umstände, gewaltige Angst, Schock und vor allem die Furcht vor Entdeckung.46

Ein weiterer "beliebter" Klausurfehler ist die oberflächliche Prüfung der Freiwilligkeit und eine zu voreilige Entscheidung darüber. Um dies zu vermeiden, ist das Vorstellungsbild des Täters maßgeblich.

Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 24
 Rn. 43; Lilie/Albrecht, in LK (Fn. 11), § 24 Rn.
 231.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Vgl. Fn. 3.

<sup>44</sup> Kindhäuser, in LPK (Fn. 8), § 24 Rn. 16.

Näheres zur Fallbearbeitung des Rücktritts vgl. Hoven, JuS 2013, 403 ff.

<sup>46</sup> Hoven, JuS 2013, 403 ff.

### 5. Kritik

Lobenswert an dem Beschluss des 1. Strafsenats ist, dass die Ausführungen des LG bezüglich des Rücktritts vom BGH als oberflächlich erachtet werden. Laut den Ausführungen des LG zum Fehlschlag habe A durch die Zurufe der Nachbarn über die Verständigung der Polizei keine Möglichkeit zur Tatrealisierung mehr gesehen. Der BGH hielt dies für nicht ausreichend begründet, da es maßgeblich auf die subjektive Vorstellung des Täters ankomme und es nicht hinreichend belegt sei, dass A sich alleine wegen der Rufe der Nachbarn außerstande gesehen habe, die Tat noch zu vollenden. Dies verdient Zustimmung, da einerseits durch eine unsaubere Prüfung des Fehlschlags die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts dem Täter verwehrt werden könnte. Andererseits könnte durch eine unzureichende Ablehnung des Fehlschlags die Strafbefreiung ermöglicht werden.

Der Auffassung des BGH, dass die Furcht vor Entdeckung und die anschließende Flucht per se nicht ausreichend seien, um die Freiwilligkeit abzulehnen, verdient zumindest eine nähere Betrachtung, da es bezüglich der inneren Motivationslage des Täters keinen Unterschied machen sollte, ob er weiß, dass die Polizei erst auf dem Weg ist oder dass sie sich schon vor Ort befindet.

Grundsätzlich könnte nämlich in beiden Situationen die Furcht vor Entdeckung als das leitende Rücktrittsmotiv angesehen werden. Durch die signifikant erhöhte Gefahr der Entdeckung, die mit der Alarmierung der Polizei einhergeht, könnte angenommen werden, dass der Rücktritt erfolgt, um der Strafe zu entgehen. Verstärkt wird diese Annahme dadurch, dass ein Täter den Zeitpunkt des Eintreffens der Polizei nie exakt vorhersehen kann, sodass er sich ab Kenntnis der Verständigung der Polizei bezüglich der rechtzeitigen

Tataufgabe unter Druck gesetzt fühlen könnte. Diese damit einhergehende Zwangslage, ob er seinen Plan weiterverfolgt oder davon Abstand nimmt, spricht eigentlich gegen die Annahme einer autonomen Entscheidung. Er ist nun gerade nicht mehr "Herr seiner Entschlüsse". Theoretisch kann er zwar seine Tat weiter ausführen, doch praktisch wird dieses Wagnis von einem Durchschnittsmenschen wohl kaum in Kauf genommen. Durch die Alarmierung der Polizei, die eine Gefahr für den Täter darstellt, entdeckt zu werden, wird der beim Menschen veranlagte Fluchtinstinkt ausgelöst.47 All dies spricht gegen eine freiwillige Entscheidung des Täters. Durch die weit gefasste Betrachtungsweise des BGH bzgl. der Freiwilligkeit könnten Täter durchaus zu Schutzbehauptungen in Bezug auf ihre innere Motivationslage ermuntert werden.

Um genau dies zu vermeiden, sollte die Freiwilligkeit nach Ansicht der Verfasserinnen abgelehnt werden, wenn die Polizei verständigt wurde und der Täter davon Kenntnis hat. Vorliegend wurde vom BGH an das LG zurückverwiesen, damit dieses das Vorliegen der Freiwilligkeit genauer untersucht. Vorzugswürdig erscheint jedoch eine Bestätigung des Urteils des LG dahingehend, dass die Freiwilligkeit ausscheidet.

(Büşra Özpınar/Lea-Theresa Zürn)

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Charlier, Grundlagen der Psychologie, Soziologie und Pädagogik für Pflegeberufe, 2001, S. 10.

Der Fall des Monats im Strafrecht Online-Zeitschrift

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

### 1. Sachverhalt1

Nachdem A und B eine Person in einem am Bahnhof gelegenen Döner-Imbiss gemeinschaftlich tätlich angegriffen haben, ziehen sie sich mit leichten äußeren Verletzungen in ihre nahegelegene Wohnung zurück. Dort berichten sie den nach und nach eintreffenden weiteren Personen, darunter auch C, wahrheitswidrig, dass sie von "Immigranten" vor dem Döner-Imbiss zusammengeschlagen worden seien. A ermutigt die anderen, sich an den "Ausländern" zu rächen. Zu diesem Zweck bewaffnet sich A mit einem circa einen Meter langen Baseballschläger, B mit einer etwa 1,20 Meter langen Vorhangstange aus Holz und C mit Schlosserhammer. einem Kenntnis der Bewaffnung einzelner von ihnen machen sich anschließend alle auf den Weg zum Döner-Imbiss. Die mitgeführten Gegenstände wollen sie nutzen, um dort zu drohen, zu randalieren und zu

prügeln. An der Spitze laufen A und B, welche gut sichtbar Baseballschläger und Holzstange in der Hand tragen sowie C, der den Hammer in der Gesäßtasche trägt. In Zweierstärke versetzt, folgen die anderen. Es ertönen aggressive Rufe, wie etwa "Denen zeigen wir's!", "Die machen wir fertig!" und "Die kauf' ich mir jetzt!". Keiner dieser Rufe ist jedoch einem Einzelnen zurechenbar. Im Döner-Imbiss angekommen, schlagen und treten die Beteiligten auf mehrere Personen ein.

# Oktober 2018 Döner-Imbiss-Fall

Bildung bewaffneter Gruppen

§ 127 StGB

# famos-Leitsätze:

- 1. Für das Vorliegen einer Gruppe i.S.d. § 127 StGB genügt eine Anzahl von drei Personen, sofern diese räumlich zusammenwirken. Die Gruppe muss dann weder auf Dauer angelegt sein noch eine Organisationsstruktur aufweisen.
- 2. Ein Verfügen über Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge ist anzunehmen, wenn die Bewaffnung mit diesen Gegenständen dem gemeinsamen Gruppenzweck dient und gleichzeitig nach deren Art und Gefährlichkeit den Charakter des Zusammenschlusses der Mitglieder (mit-)festlegt. Für die Beurteilung der Gefährlichkeit der Werkzeuge ist die Verwendungsbestimmung entscheidend.

BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 – 3 StR 585/17 – LG München II; veröffentlicht in NJW 2018, 2970.

Des Weiteren äußern sie Drohungen und beschädigen zwei Glasfenster.

Das LG München II verurteilt A, B, C und die anderen Beteiligten u.a. gemäß § 127 StGB<sup>2</sup> (Bildung bewaffneter Gruppen). Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In diesem Fall wurden durch den BGH erstmals höchstrichterlich die Tatbestandsmerkmale des § 127, Bildung bewaffneter Gruppen, ausgelegt. Neben der Frage, welche Vo-

10

2018

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

Es handelt sich, soweit nicht anders angegeben, um Normen des StGB.

raussetzungen an das Vorliegen einer "bewaffneten Gruppe" zu stellen sind, beschäftigt sich der BGH auch mit den Tathandlungen "Bilden" und "Befehligen". In den vorliegenden Ausführungen sollen nur diese Tatbestandsmerkmale näher beleuchtet werden. § 127 stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar. Zu den geschützten Rechtsgütern zählen dabei der innere Rechtsfrieden sowie das staatliche Gewaltmonopol.<sup>3</sup>

Die Norm in ihrer aktuellen Fassung besteht erst seit 1998. Durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts wurde der damalig verwendete Begriff "Haufen" durch "Gruppe" ersetzt. Dies hat zur Folge, dass der Vorschrift im Gegensatz zur alten Fassung nicht mehr nur zu kriegerischen Auseinandersetzungen gebildete Gruppen unterliegen. Der Anwendungsbereich des § 127 erfuhr dadurch eine sachliche Erweiterung.<sup>4</sup>

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist unter einer **Gruppe** der Zusammenschluss einer Mehrheit von Menschen zu einem gemeinsamen Zweck, der weder räumlich noch mit einer gewissen Organisationsstruktur oder dauerhaft erfolgen muss, zu verstehen.<sup>5</sup>

Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals Gruppe werden vor allem die Kriterien Personenanzahl und Organisationsstruktur diskutiert.

Nach einer Ansicht kann eine Gruppe aus drei Personen das zu schützende Rechtsgut "staatliches Gewaltmonopol" kaum gefährden.<sup>6</sup> Eine Einschränkung solle dahingehend erfolgen, dass drei Personen, die über das gesamte Bundesgebiet verteilt mit Waffen agieren, nicht unter den Begriff der Gruppe i.S.d. § 127 fallen.<sup>7</sup> Notwendig sei es

daher, dass der Begriff der Gruppe unter Gesichtspunkten des Schutzzweckes so ausgelegt werde, dass lediglich die Ausstattung mit Waffen sowie der angestrebte Zweck dafür ausschlaggebend seien, inwiefern der fragliche Zusammenschluss schon ein spürbares Gefahrenpotenzial von gewissem Belang für den inneren Rechtsfrieden darstelle. Zahlenmäßig sollen danach zwar drei Personen ausreichen, jedoch nur unter der Voraussetzung des räumlichen Zusammenseins. Eine mit Molotowcocktails ausgestattete Dreiergruppe, die es auf Asylbewerberheime abgesehen hat, könne folglich unter den Tatbestand des § 127 subsumiert werden. Fehlt der räumliche Zusammenschluss, so müssten deutlich mehr als drei Personen mitwirken.8

Nach der Gegenauffassung wird eine bestimmte Mindestzahl entsprechend des Schutzzweckes der Vorschrift nicht gefordert, sodass schon drei Personen ein ausreichendes Gefahrenpotenzial aufweisen.<sup>9</sup> § 127 schütze als abstraktes Gefährdungsdelikt gerade den Rechtsfrieden. Dessen Gefährdung könne schon dann möglich sein, wenn sich mindestens drei Personen bei Vorhandensein der anderen Tatbestandsmerkmale zusammenschließen. Eine räumliche Verbindung spiele bereits unter Beachtung moderner Kommunikationsmittel keine überragende Rolle mehr. Es wird vorgebracht, dass so auch über weite Entfernungen ständig die Gruppenmitglieder intensiv in Kontakt blieben.<sup>10</sup> Das notwendige zahlenmäßige Mindestmaß solle vielmehr am konkreten Einzelfall ermittelt werden. 11

Nach einer Ansicht ist die Norm ferner dahingehend einzuschränken, dass eine be-

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 127 Rn. 1; Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 127 Rn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 127 Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 9.

Ostendorf, in NK-StGB, Band 1, 5. Aufl. 2017, § 127 Rn. 9.

Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB,
 29. Aufl. 2014, § 127 Rn. 2; v. Heintschel-

Heinegg in BeckOK-StGB, 39. Edition 2018, § 127 Rn. 2.

Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 127 Rn. 2.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 2; Kindhäuser (Fn. 3), § 127 Rn. 2.

Schäfer, in MüKo-StGB, Band 3, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Schäfer, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 13.

stimmte Organisationsstruktur gefordert wird, sodass sogenannte ad-hoc-Gruppierungen nicht unter § 127 fallen. § 127 verlange zwar nicht notwendig eine militärische, aber zumindest eine, mit der kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 vergleichbare Organisationsstruktur. Da man adhoc-Gruppen gerade nicht befehligen könne, scheiden diese aus dem Tatbestand des § 127 aus. 12 Das OLG Stuttgart hält dem aber entgegen, dass nur beim Fehlen eines räumlichen Zusammenschlusses ein bestimmtes Maß an Organisationsstruktur notwendig sei. Bei einem räumlichen Zusammenschluss hingegen genüge eine lose Gruppierung ohne besondere Organisationsform. 13 Hier erfolgte der Zusammenschluss spontan, sodass nach dem OLG Stuttgart keine Organisationsstruktur nötig ist.

Nach der Gegenauffassung besteht im Unterschied zur Vereinigung in § 129 weder die Notwendigkeit eines bestimmten Grades an Organisation noch eine Verbindung auf Dauer. Nach dieser Ansicht fallen auch Zusammenschlüsse von einmaliger, spontaner Art, also auch ad-hoc-Gruppen, unter den Tatbestand des § 127 StGB. 14

Die Personen schlossen sich hier spontan zusammen, sodass fraglich ist, ob eine Gruppe vorliegt.

Das Verfügen über Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge bedeutet das Innehaben der tatsächlichen Sachherrschaft. Nicht jedes Mitglied, sondern nur ein erheblicher Teil der Gruppe muss dabei eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug tragen. 15 Nach einer Ansicht muss die Bewaff-

nung aber zum Angriff gegen Menschen erfolgen. An solch einer latenten Bereitschaft fehle es bei erlaubten Vereinigungen, wie etwa Jagd- und Schützenvereinen, die daher als bewaffnete Gruppen ausscheiden. 16 Nach einer anderen Ansicht widerspricht es jedoch dem Wortlaut, eine latente Bereitschaft zum Einsatz der Waffen oder gefährlichen Werkzeuge gegen andere Menschen zu verlangen. Diese Forderung sei nicht mit dem Willen des Gesetzgebers<sup>17</sup> vereinbar und im Übrigen bestehe dafür auch kein Anlass. Die Straflosigkeit der Jagd- und Schützenvereine erreiche man nämlich dadurch, dass solche Vereine nicht "unbefugt" handeln, sodass die Strafbarkeit aufgrund von fehlender Rechtswidrigkeit entfalle.18 Der Waffenbegriff ist technisch zu verstehen, sodass darunter etwa Schusswaffen, Schlagringe, Springmesser oder Molotow-Cocktails subsumiert werden. 19 Unter den Begriff "andere gefährliche Werkzeuge" fallen körperliche Gegenstände, welche entsprechend ihrer objektiven Beschaffenheit geeignet sind, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, wie etwa ein Baseballschläger.20 Nach Ansicht des Reformgesetzgebers soll ein Rückgriff auf die Rechtssprechungsgrundsätze zur gefährlichen Körperverletzung zur Auslegung des Merkmals erfolgen.<sup>21</sup> Wie bereits erläutert, stellt § 127 ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, sodass eine Verwendungsabsicht nicht erforderlich ist. Auch im Rahmen des § 244 ist die Auslegung des Merkmals "gefährliches Werkzeug" sehr streitig.22 "Beisichführen" und "Verfügen" ähneln einander, sodass sich bei § 127 die gleichen Probleme wie bei § 244 I Nr. 1

<sup>12</sup> Fischer (Fn. 4), § 127 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> LG Stuttgart NStZ 2015, 398, 399.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 2; Kindhäuser (Fn. 3), § 127 Rn. 2.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 5; Heger, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 127 Rn. 2; Kindhäuser (Fn. 3) § 127 Rn. 3; Ostendorf, in NK (Fn. 6), § 127 Rn. 7; Sternberg-Lieben, in Schön-

ke/Schröder (Fn. 7), § 127 Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK (Fn. 7), § 127 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 127 Rn. 3; v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK (Fn. 7), § 127 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> *Schäfer*, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> *Schäfer*, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Ostendorf, in NK (Fn. 6), § 127 Rn. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BT-Drucks. 13/9064, S. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 3), § 244 Rn. 6 ff.

lit. a und § 250 I Nr. 1 lit. a auch stellen.<sup>23</sup> Hier haben die Mitglieder Zugriff auf die mitgeführten Gegenstände und alle wollen diese zum Randalieren einsetzen. Fraglich ist, ob dies für das Merkmal "Verfügen" ausreicht.

Unter **Bilden** versteht man neben dem Zusammenbringen von bewaffneten Menschen auch die Bewaffnung von schon zusammengebrachten Personen. Sich als Ziel eine längerfristige Organisationsform zu setzen, ist nicht notwendig. Eine Bildung für einzelne Einsätze genügt.<sup>24</sup> Es bedarf keines räumlichen Zusammenbringens, sondern es genügt eine Herstellung der Verbindung. Der Bildende muss später nicht Mitglied der Gruppe sein.<sup>25</sup>

Befehligen bedeutet das Innehaben der Befehls- oder Kommandogewalt bzw. das Sagen haben, wobei sich die Mitglieder den Anweisungen des Befehlsinhabers unterordnen. Dass neben dem Täter auch andere die Befehlsgewalt innehaben, spielt keine Rolle. Der Befehlende muss zum Bilden Mitglied der Gruppe sein.<sup>26</sup> Hier dürfte entscheidend sein, ob es bereits ausreicht, dass A Ideengeber und Initiator der Racheaktion war.

# 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH schließt sich dem LG München II dahingehend an, dass A u.a. wegen Bildung bewaffneter Gruppen nach § 127 schuldig ist.

Der BGH versteht unter einer **Gruppe** nach § 127 eine Personenmehrheit, welche sich zum gemeinsamen (identitätsstiftenden) Zweck zusammenschließen. Eine räumliche Verbindung der Personen sei nicht erforderlich. Ferner erklärt der BGH, dass weitergehende Forderungen an die Mehrheit von Per-

sonen nicht gestellt werden müssen, wenn sie, wie im Sachverhalt, an einem Ort zusammenwirken. Sowohl eine Organisationsstruktur als auch ein Zusammenschluss von längerer Dauer spielen keine Rolle, sodass auch ein spontaner Zusammenschluss für eine einmalige Aktion genüge. Für den Fall der räumlichen Verbindung reiche eine Mindestanzahl von drei Mitgliedern aus. Für die Annahme des Merkmals "Gruppe" genüge hier der Zusammenschluss der Personen zu dem Zeitpunkt, in dem sie sich über den gemeinsamen Zweck endgültig einig sind. Die Personen zeigten sich hier dazu beim Verlassen der Wohnung bereit. Eine Gruppe liege damit vor.

Nach Ansicht des BGH verfügt eine Gruppe über Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge, wenn die Mitglieder zu jeder Zeit auf diese Zugriff haben oder sie ohne größeren Aufwand erlangen können. Es reiche aus, wenn einzelne Gruppenmitglieder im Besitz sind. Aus dem Merkmal des Verfügens ergebe sich, dass die Bewaffnung dem gemeinsamen Zweck der Gruppe diene. Sie müsse dafür wesentlich sein und gleichzeitig nach Art und Gefährlichkeit der Gegenstände ein entscheidendes Merkmal des Zusammenschlusses bedeuten. Die Bewaffnung müsse aber nicht alleiniger Zweck oder das Endziel des Zusammenschlusses sein. Wann Gegenstände als gefährliche Werkezeuge eingestuft werden, richte sich nach der Art und Weise der nach dem Zweck der Gruppe zu ermittelten Verwendung. Der BGH wirft dem Gesetzgeber daher vor, verkannt zu haben, dass § 127 eine tatsächliche Verwendung nicht vorsieht. Eine Beurteilung, ob der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit sowie der Art der Benutzung geeignet ist, erhebliche Verletzungen im Einzelfall hervorzurufen, passe nicht. Aber auch die Rechtsprechung zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, § 250 I Nr. 1 lit. a, wonach lediglich objektive Umstände maßgeblich seien, könne nicht bedenkenlos übernommen werden. Nach Ansicht des BGH erhöht bei diesen Qualifikationstat-

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 4.

V. Heintschel-Heinegg in BeckOK (Fn. 7), § 127 Rn. 4.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 6.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 7; Schäfer, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 22 f.

beständen bereits das Beisichführen von Waffen/gefährlichen Werkzeugen die abstrakte Gefährlichkeit schon für sich gesehen mit Strafe versehener Handlungen. Bei § 127 betreffe hingegen die bloße Verfügungsgewalt über solche Gegenstände den die Sanktion legitimierenden Unrechtskern. Die bloß abstrakte Gefährlichkeit könne das strafwürdige Verhalten nicht geeignet eingrenzen. Alleiniges Abgrenzungskriterium könne die Verwendungsbestimmung sein. Entscheidend sei, wie die Gegenstände ihren Einsatz finden Baseballschläger, Holzstange und Schlosserhammer stellen daher gefährliche Werkzeuge nach § 127 dar, weil die Angeklagten sie in waffengleicher Funktion mit entsprechender Gebrauchsbereitschaft mitgeführt haben und sie nach dem gemeinsamen Willen aller zum Drohen, zum Randalieren und zum Prügeln bestimmt waren.

Nach Auffassung des BGH bildet derjenige eine Gruppe, der als späteres Mitglied oder Nichtmitglied dafür sorgt, dass es zum Zusammenschluss von bewaffneten Personen in der geforderten Anzahl zu einem gemeinsamen Zweck kommt oder der als Mitglied einer Mehrheit von Personen, welche keine notwendigen Waffen oder gefährliche Werkzeuge besitzen, diese damit ausrüstet. Durch das Zusammenführen der Mitglieder zum Zweck der Rache bilde A die Gruppe. Die sich in der Wohnung befindenden gefährliche Gegenstände gelangen dank A in die Verfügungsgewalt der Mitglieder.

Nach Ansicht des BGH befehligt derjenige, der als Gruppenmitglied über die tatsächliche Kommandogewalt verfügt, wobei eine Gleichberechtigung mit anderen Befehlsinhabern möglich ist, und dessen Anweisungen sich die Mitglieder der Gruppe unterordnen. Dass A Ideengeber und Initiator der Rache ist und die Gruppe durch Parolen in Bewegung setzt, genüge nicht für das Vorliegen des Merkmals "Befehligen". Ein Beleg, dass A gleichsam die tatsächliche Kommandogewalt innehatte sowie einseitige Anweisungen erteilte, sei nicht gegeben.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Verurteilung wegen Bildung bewaffneter Gruppen erscheint seit einigen Jahren gesondert in der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes. Zuvor erfolgte noch eine Zusammenfassung mit Delikten aus §§ 126, 134, 144 und 145 unter dem Stichpunkt "Andere Straftaten gegen die öffentliche Ordnung".<sup>27</sup> Die Anzahl von Verurteilungen variiert zwischen 5 Verurteilungen im Jahr 2008, 25 Verurteilungen im Jahr 2012 und 9 Verurteilungen im Jahr 2016.<sup>28</sup> Die Leitentscheidung des BGH ist sehr ausführlich und für die amtliche Sammlung bestimmt.

Auch wenn § 127 im Laufe der universitären Ausbildung kaum auftaucht, zeigt ein Blick in die Prüfungsordnung, dass die Bildung bewaffneter Gruppen u.a. gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 4 JAPO in Bayern zum Prüfungsstoff für die Erste Juristische Staatsprüfung zählt. Es ist daher empfehlenswert, sich mit den Tatbestandsmerkmalen des § 127 vertraut zu machen. Für die Fallbearbeitung muss neben den hier bereits angeführten objektiven Merkmalen beachtet werden, dass zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestands dolus eventualis genügt.<sup>29</sup> Umstritten ist die Auslegung des Merkmals unbefugt. Nach einer Auffassung ist die Formulierung des Tatbestandes von § 127 grammatikalisch fehlerhaft.<sup>30</sup> § 127 sei so zu lesen, dass das Bilden, Befehligen, usw. einer "unbefugt existierenden Gruppe" mit Strafe bedroht ist. Dafür spricht nach dieser Ansicht, dass die Drohung mit Strafe gegen das unbefugte Befehligen einer legal vorhandenen Gruppe weder Schutzrichtung noch Stellung der Norm entsprechen und außerdem nicht sehr

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Schäfer, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 3.

Schäfer, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 3; Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege, Strafverfolgung 2016, S. 94.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Fischer (Fn. 4), § 127 Rn. 12.

<sup>30</sup> Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 127 Rn. 4.

sinnvoll ist.31 Sonst wäre bereits das Zusammenstellen des Einsatzkommandos von bewaffneten Polizisten tatbestandsmäßig. Nach der h.M. in der Literatur handelt es sich bei dem Merkmal "unbefugt" um ein allgemeines Verbrechens- bzw. Rechtswidrigkeitsmerkmal.<sup>32</sup> Es handele sich gerade nicht um eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern es bringe lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass die Tathandlungen rechtswidrig sein müssen, um strafrechtlich verfolgt zu werden, was etwa bei Einsatzkommandos bewaffneter Polizeibeamter ausscheidet. Es dürfe also kein Rechtfertigungsgrund vorliegen.<sup>33</sup> Nach dieser Ansicht handelt derjenige unbefugt, der eine Tatbestandsalternative ohne gesetzliche Ermächtigung verwirklicht, also die Handlung nicht von Bundes- oder Landesrecht erlaubt bzw. anderweitig gerechtfertigt ist.34 Danach würden Schützen- oder Jagvereine jedenfalls nicht rechtswidrig handeln.35 Als Hilfestellung wird folgendes Prüfungsschema vorgeschlagen:

- I. Tatbestand
- 1. Objektiver Tatbestand
- a) Gruppe
- b) Verfügen über Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge
- c) Tathandlungen: Bilden, Befehligen, Sich-Anschließen an eine Gruppe, Versorgen
- 2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit
Prüfung Merkmal unbefugt
III. Schuld

### 5. Kritik

Durch das 6. StrRG hat der Tatbestand des § 127 eine Erweiterung erfahren. In der Literatur wird seitdem lebhaft über die Auslegung der einzelnen Merkmale gestritten. Lob verdient der BGH dahingehend, dass er alle Auslegungsmethoden sorgfältig anwendet. Besonders im Hinblick auf den Begriff der Gruppe und den Begriff des Verfügens über Waffen/andere gefährliche Werkzeuge versucht er für Rechtsklarheit zu sorgen.

Kritisch zu hinterfragen ist jedoch, dass der BGH die Unerheblichkeit von Organisationsstruktur vom Merkmal des räumlichen Zusammenwirkens abhängig zu machen scheint. Im Umkehrschluss könnte daraus gefolgert werden, dass beim Fehlen eines räumlichen Zusammenwirkens weitere Anforderungen an das Vorliegen einer Gruppe zu stellen sind, wie etwa eine gewisse Organisationsstruktur, eine größere Personenmindestzahl oder eine längere Dauer. Dies wäre aber mit dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortsinn nur schwer in Einklang zu bringen. Im Übrigen ergeben sich dann auch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zur Vereinigung i.S.d. § 129, für die gerade eine gewisse Organisationsstruktur vorausgesetzt wird (Vgl. § 129 Abs. 2).

(Maximilian Arnold/Romina Fetzer)

<sup>31</sup> V. Heintschel-Heinegg in BeckOK (Fn. 7), § 127 Rn. 9

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), Ostendorf, in NK (Fn. 6), § 127 Rn. 17.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 12; Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 15), § 127 Rn. 5; Kindhäuser (Fn. 3), § 127 Rn. 6; Ostendorf, in NK (Fn. 6), § 127 Rn. 17; Schäfer in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 38.

Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 3), § 127 Rn. 12; Kindhäuser (Fn. 3) § 127 Rn. 6; Schäfer, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 37.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> *Schäfer*, in MüKo (Fn. 10), § 127 Rn. 37.

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

### 1. Sachverhalt1

Die 44-jährige B ist schwerkrank und leidet seit Jahren akut unter unerträglichen Schmerzen. Aus dieser ihr als nicht lebenswert erscheinenden Situation heraus äußert sie gegenüber ihrem Arzt A, der sie bereits seit über zwölf Jahren behandelt, ihren Wunsch, sie bei einer Selbsttötung zu unterstützen. A, der sich als ihr Arzt ihr gegenüber auch in einer derartigen Situation verpflichtet fühlt, entschließt sich, der Bitte nachzukommen. Ihm sind dabei sowohl der Leidensweg der B als auch die Tatsache, dass sämtliche Therapiemöglichkeiten ausgeschöpft und dabei erfolglos geblie-

ben sind, bekannt. Wie A weiß, hat B auch andere Suizidmöglichkeiten in Erwägung gezogen, bei denen möglicherweise andere Personen zu Schaden kommen könnten. Um dem vorzubeugen, kümmert sich A um die Beschaffung einer tödlichen Dosis des Medikaments Luminal. Beim letzten Hausbesuch in der Wohnung der B stellt A die tiefe Entschlossenheit der B zur Selbsttötung und ihre volle Geschäftsfähigkeit fest. B übergibt A daraufhin ihre Wohnungsschlüssel im Anliegen, sie während des Sterbeprozesses zu betreuen und ihren Tod festzustellen. Anschließend nimmt B bei klarem Verstand und vollem Bewusstsein die von A übergebene tödliche Menge Luminal ein. Um B ihren letzten Wunsch zu erfüllen, betritt A später wieder ihre Wohnung, wo er B in tief bewusstlosem Zustand auffindet. In Anerkennung des ausdrücklichen Verlangens der B, sie lediglich beim Sterbensprozess zu

# November 2018 Luminal-Fall

Sterbehilfe durch Unterlassen / Entfall der Garantenstellung

§§ 216, 13 StGB

## famos-Leitsatz:

Es besteht keine Pflicht des Garanten, bei Handlungsunfähigkeit des Suizidenten Rettungsmaßnahmen zu ergreifen, wenn dem eine freiverantwortliche Entscheidung entgegensteht.

LG Berlin, Urteil vom 08.03.2018 – 234 Js 339/13; veröffentlicht in NStZ-RR 2018, 246

betreuen, unterlässt A sämtliche Handlungen, die erforderlich wären um das Leben der B zu retten. Sein Verhalten stützt er auf seine Überzeugung, dass ihm die Befugnis, sich mittels einer (auch das Leben rettenden) Behandlung über den geäußerten Willen eines Patienten hinwegzusetzen, nicht zustehe. B stirbt infolge dessen.

Das LG Berlin hat A vom Vorwurf der Begehung u.a. von § 216 Abs. 1 StGB<sup>2</sup> durch Unterlassen, sowie aktives Tun freigesprochen. Derzeit ist eine Revision beim BGH anhängig.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Grundsätzlich verwirklicht derjenige den Tatbestand des § 216, der den – frei verantwortlich entscheidenden – Suizidenten unmittel-

**11** 2018

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

Es handelt sich, soweit nichts anderes angegeben, um Normen des StGB.

bar zu Tode bringt (aktive Sterbehilfe).<sup>3</sup> Beispielhaft wäre dies bei A der Fall, wenn dieser B auf deren ausdrückliches und ernstliches Verlangen hin eine tödliche Spritze geben würde. In unserem Fall ist ein solches unmittelbares zu Tode Bringen mangels vorwerfbarer Handlung des A nicht anzunehmen, da B die entscheidende Handlung (Einnahme des Medikaments) selbst vornimmt. Schwerpunkt des Falles ist die Problematik, ob eine Verwirklichung des § 216 durch Unterlassen generell möglich ist und welche Rolle die Bewusstlosigkeit des Opfers in dieser Konstellation spielt.

Die bisherige BGH-Rechtsprechung ist klar für die Möglichkeit einer Begehung des § 216 durch Unterlassen positioniert.<sup>4</sup> Als zwingende Voraussetzung für die Verwirklichung des § 216 als Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 1 kommt der Zuordnung der Tatherrschaft über das Geschehen für Literatur und Rechtsprechung eine zentrale Bedeutung zu.<sup>5</sup> Grundsätzlich hat der Suizident vor Eintritt der Bewusstlosigkeit die volle Tatherrschaft. Uneinigkeit besteht vorwiegend darüber, wie sich der Eintritt der Bewusstlosigkeit des Lebensmüden auf diese auswirkt. Zum Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit des Suizidenten hängt dessen Rettung nur noch von möglicherweise stattfindenden Rettungsbemühungen des Garanten ab. Nach Ansicht des BGH geht die Tatherrschaft zum Zeitpunkt des Eintritts der Bewusstlosigkeit vom Selbsttötenden auf den Garanten über.<sup>6</sup> Angenommen hat der BGH einen solchen Tatherrschaftswechsel bereits in seiner "Peterle"- bzw. "Wittig"-Entscheidung.<sup>7</sup> Hier fand ebenfalls ein Arzt seine 76jährige Patientin in bewusstlosem Zustand in

deren Wohnung auf und nahm aufgrund ihres zuvor geäußerten ausdrücklichen Willens hin keinerlei Rettungsversuche vor. Der BGH geht somit durch Annahme eines Tatherrschaftswechsels von der Möglichkeit einer Verwirklichung des § 216 durch Unterlassen aus. Dass die Situation durch den Bewusstlosen und somit dem handlungs- und willensunfähigen Suizidenten selbst herbeigeführt worden ist, ändere nichts an der Strafbarkeit. Ein entgegenstehender Selbsttötungswille wird nicht berücksichtigt. Der BGH stellt somit lediglich auf das Vorliegen der Tatherrschaft beim Garanten ab.

Dem steht die überwiegende Auffassung in der Literatur gegenüber, die eine Verwirklichung des § 216 durch Unterlassen grundsätzlich verneint.8 Sie orientiert sich hauptsächlich am Willen des Suizidenten, dem sich der Garant unterordnet. Im Falle des Bewusstseins des Selbsttötenden trifft den "Täter" keine Pflicht, diesen von den Selbsttötungshandlungen abzuhalten. Überdies stellt die Selbsttötung keine rechtswidrige Haupttat dar, womit unstreitig eine Beihilfe i.S.d. § 27 straflos ist.9 Durch die Annahme des Übergangs der Tatherrschaft ab Eintritt der Bewusstlosigkeit würde man lediglich die Straflosigkeit der Beihilfe umgehen. 10 Beispielhaft müsste die Ehefrau eines Suizidenten, nachdem sie diesem straflos den Strick gereicht hat, ihn ab Eintritt der Bewusstlosigkeit durch die Strangulation sofort wieder "abhängen", um sich nicht nach §§ 216, 13 I strafbar zu machen. 11 Dies sei grotesk und stelle einen starken Wertungs-

Schneider, in MüKo-StGB, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 216 Rn. 32.

BGH NJW 1959, 1735; NJW 1984, 2639.

So auch Neumann/Saliger, in NK-StGB, Band 2,
 Aufl. 2017, § 216 Rn. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> "Peterle", bzw. "Wittig" - Entscheidung, NJW 1984, 2639, 2640.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BGH NJW 1984, 2639, 2640.

Eschelbach, in BeckOK-StGB, 40. Edition 2018, § 216 Rn. 5; Kühl, in Lackner/Kühl, 29. Aufl.

<sup>2018, § 216</sup> Rn. 4; Schneider, in MüKo (Fn. 3), § 216 Rn. 63; Neumann/Saliger, in NK (Fn. 5), § 216 Rn. 9; Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 10.

So auch BGH NJW 1973, 2215; Fischer, 65. Aufl. 2018, § 216 Rn. 6.

Kindhäuser, in LK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 216 Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Schneider, in MüKo (Fn. 3), vor § 211 Rn. 68.

widerspruch dar. 12 Zudem würde damit auch der Wille des Suizidenten "ignoriert" werden, sobald er die Handlungsherrschaft verliert, da dem Garanten eine strafrechtliche Verpflichtung auferlegt werden würde, den freiverantwortlichen Suizid zu verhindern. 13 Diesem frei gebildeten Willen des Suizidenten kommt in der Literatur erhebliche Bedeutung zu. Eine Begehung des § 216 durch Unterlassen ab dem Zeitpunkt des Übergangs der Tatherrschaft anzunehmen, berücksichtigt dessen Willen unzureichend. 14 Zudem setzt eine täterschaftliche Verwirklichung des § 216 durch Unterlassen zusätzlich einen Tatbeherrschungswillen voraus. Jener könne nach dieser Auffassung entfallen, wenn sich der Garant dem freiverantwortlichen Sterbeverlangen des Selbsttötenden unterwerfe. 15 Nach überwiegender Ansicht der Literatur ist ein derartiges Untätigbleiben auf ausdrücklichen Wunsch des Suizidenten noch als Unterstützung zur straflosen Selbsttötung zu bewerten<sup>16</sup>, womit schon grundsätzlich keine Strafbarkeit anzunehmen wäre. Der Übergang der Tatherrschaft wird nach dieser Auffassung abgelehnt.

Weiterhin besteht die Problematik, ob eine **Garantenpflicht** i.S.d. § 13, die grundsätzlich durch ein Arzt-Patienten-Verhältnis unstreitig vorliegt, auch dann anzunehmen ist, wenn das Opfer eine freiverantwortliche Entscheidung gegen die Vornahme von Rettungsversuchen durch den Garanten getroffen hat.

Der **BGH** positioniert sich in seiner Rechtsprechung allgemein für das Bestehen einer derartigen Garantenpflicht und dies trotz freiverantwortlich getroffener Entscheidung des Lebensmüden. In seiner bereits oben erläuterten "Peterle"- bzw. "Wittig"-Entscheidung legt der BGH dar, dass eine Garantenpflicht bei Vorliegen einer freiverantwortlichen Entscheidung gegen lebensrettende Eingriffe grundsätzlich nicht entfiele. Vielmehr solle der Garant - wenn es sich um einen behandelnden Arzt handele - eine Abwägung zwischen der ärztlichen Behandlungspflicht und dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidenten durchführen.<sup>17</sup> Denn grundsätzlich gebe es keine Rechtspflicht zum Erhalten des Lebens "um jeden Preis". 18 Bei dieser Abwägung seien sowohl Merkmale des Einzelfalls wie Krankheitshistorie, Art und Ausmaß der Lebensverlängerung und mögliche bleibende Schäden nach der lebensrettenden Maßnahme zu beachten, als auch Grundsätze der Standesethik und des Rechts.<sup>19</sup> Nur dann käme ein Entfall der Garantenpflicht in Betracht.

Nach Ansicht der **Literatur** bewirkt eine freiverantwortlich getroffene Entscheidung des Suizidenten einen Entfall der Garantenpflicht. Dies wird unter anderem deshalb angenommen, um der Bedeutung des aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entspringenden Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen angemessen Rechnung zu tragen. Die Literatur ist der Ansicht, dass dieses Selbstbestimmungsrecht besonders auch dann zu achten ist, wenn der Suizident dieses Recht in Form eines ausdrücklichen Hilfeverzichtes gegenüber einem Arzt ausübt. Ein solcher Hilfeverzicht bewirke demnach, dass dadurch der behan-

Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 8), Vorbem. zu § 211ff. Rn. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> So auch *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 8), § 216

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Eschelbach, in BeckOK (Fn. 8), § 216 Rn. 5.

Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 216 Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Fischer (Fn. 8), § 216 Rn. 6.

Schneider, in MüKo (Fn. 3), Vorbem. zu § 211 Rn. 69.

BGH NJW 1984, 2639, 2642; vgl. Momsen, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2016, Vorbem. zu § 211 ff. Rn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Vgl. Schneider, in MüKo (Fn. 3), Vorbem. zu § 211, Rn. 69.

Schneider, in MüKo (Fn. 3), § 216 Rn. 66; so auch Neumann/Saliger, in NK (Fn. 5) § 216 Rn. 9; Rengier, Strafrecht BT II, 19. Aufl. 2018, § 7 Rn. 9.

delnde Arzt, demgegenüber die Verzichtserklärung erfolgt, von seiner Garantenpflicht frei werde.<sup>21</sup> Ferner solle die Garantenstellung, welche der Arzt grundsätzlich inne hat nicht als Begründung dienen, um die freiverantwortlich getroffene Entscheidung des Selbsttötenden zu umgehen.<sup>22</sup> Die neuere Rechtsprechung schließt sich weitgehend der Ansicht der Literatur an. In seinem Urteil zu einem vergleichbaren Sachverhalt hat das Landgericht Hamburg 2017 den angeklagten Arzt freigesprochen. Dabei wurde eine Pflicht zur Abwendung des Todes der Suizidentinnen mit Hinweis auf die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts zum Suizid abgelehnt.<sup>23</sup> Das Recht und die Pflicht des Arztes seinen Patienten zu behandeln finde also seine Grenze im Selbstbestimmungsrecht des zu Behandelnden.<sup>24</sup> Ebenso begründete der erste Strafsenat des OLG München 1987 im "Hackethal" - Fall sogar den Entfall der Garantenstellung.<sup>25</sup> Ferner verneinte auch das OLG Düsseldorf eine Garantenpflicht grundsätzlich bei einer derartigen Konstellation des Untätigbleibens während eines Suizids. Es begründet seine Entscheidung mit dem Sinn und Zweck der Garantenpflicht, welcher eben nicht darin liege, den Suizident als "Opfer und Täter zugleich" vor sich selbst zu schützen.<sup>26</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das LG lehnt eine Strafbarkeit des A ab mit der Begründung, es bestehe keine Garantenpflicht.

Die **Garantenpflicht** solle den Schutzbefohlenen vor von außen drohenden Gefahren und gerade nicht vor eigenverantwortlichem Handeln schützen. Das LG zieht zur Begründung die Wertungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und des daraus entspringenden Selbstbestimmungsrechts heran. Im konkreten Fall bestätigt es zwar das grundsätzliche Bestehen einer Garantenpflicht des A aufgrund des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Dieses wird jedoch im Anschluss, gestützt auf die "veränderte Gesellschaftliche Vorstellung über die Reichweite und Konsequenzen des Selbstbestimmungsrechts", abgelehnt. Das Selbstbestimmungsrecht der B habe eine Garantenpflicht in diesem Zusammenhang entfallen lassen. Umfasst seien vom Recht zur Selbstbestimmung eben auch der Umgang mit der eigenen körperlichen Integrität, sowie der Gesundheit nach eigenem Ermessen.

In diesem Rahmen wird auch auf die Regelung des § 1901a BGB eingegangen. Die Vorschrift misst dem Patienten das Recht zu, mittels einer Patientenverfügung das Verfahren ab Eintritt seiner Einwilligungsunfähigkeit verbindlich festzulegen. An die Entscheidung hat sich der zuständige Betreuer zu halten. Das LG schließt daraus, der Gesetzgeber messe dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen somit hohes Gewicht bei. Es erscheine daher widersprüchlich, dass das Selbstbestimmungsrecht im Rahmen des § 1901a BGB eine ärztliche Behandlung verhindern könne, während eine Zwangsbehandlung selbst bei einem auf freier Willensentscheidung basierendem Suizid verpflichtend sein soll. Eine Entscheidung des Suizidenten zur Selbsttötung sei ebenso wie bei einem bewusstlosen "Normalpatienten" auch nach Eintritt der Bewusstlosigkeit noch wirksam.

Eine Mitwirkung am Tod eines anderen Menschen sei demnach ausgeschlossen, wenn dem eine eigenverantwortliche Entscheidung entgegensteht, der lediglich durch Untätigkeit "passiv gefolgt" wird. Dies sei Aus-

Kindhäuser, in LK (Fn. 10), Vorbem. zu §§ 211 – 222 Rn. 31; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 8), Vorbem. zu § 211 Rn. 15; Schneider, in MüKo (Fn. 3), Vorbem. zu § 211, Rn. 70; Momsen, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 19), § 216 Rn. 11.

Schneider, in MüKo (Fn. 3), Vorbem. zu § 211, Rn. 75.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281, 283.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> So auch BGH NJW 1987, 2940, 2944.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> OLG München NJW 1987, 2940, 2943 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> OLG Düsseldorf NJW 1973, 2215, 2216.

druck des Selbstbestimmungsrechts. Irrelevant seien daher auch die Motive des Suizidenten, sowie Merkmale der Vernunft und der Nachvollziehbarkeit (wie vorliegend möglicherweise das Alter der B). "Eine moralische Bewertung der Handlung des Suizidenten" sei nicht vorzunehmen.

Zudem missbillige die Rechtsordnung den Suizid an sich prinzipiell nicht, sondern lediglich den Eingriff Dritter in das Leben der betroffenen Person. Ein solcher Eingriff liege eben in der Unterlassung von Rettungshandlungen bei einem freiverantwortlichen Suizid einer Person nicht vor. Die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit der Begehung einer Tötung auf Verlangen nach § 216 durch Unterlassen wird im vorliegenden Urteil jedoch offengelassen. Das LG weist in diesem Zusammenhang auf einen gesellschaftlichen Vorstellungswandel bezüglich der "Reichweite und Konsequenzen" des Selbstbestimmungsrechts hin, was vorwiegend für eine generelle Ablehnung der Verwirklichung des § 216 durch Unterlassen spreche.

## 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Problematik der Sterbehilfe gliedert sich grundsätzlich in mehrere Kategorien. Zu diesen zählen die direkte bzw. die indirekte Sterbehilfe sowie die passive Sterbehilfe und der Behandlungsabbruch als solcher. Dogmatisch ist unklar, ob die Sterbehilfe durch Unterlassen einer dieser Kategorien zuzuordnen ist. Eine Einordnung erscheint daher sehr schwierig. Unstreitig ist die Begehung des § 216 durch Unterlassen mangels aktiven Tuns nicht als Form der aktiven Sterbehilfe zu werten. Als passive Sterbehilfe wird allgemein das Sterbenlassen eines schwer kranken durch Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen verstanden. Im Regelfall der Sterbehilfe durch Unterlassen fehlt es jedoch an einer unmittelbar zum Tod führenden Krankheit. Eine Form

des Behandlungsabbruchs ist mangels Vorliegens einer lebensverlängernden Heilbehandlung ebenfalls nicht anzunehmen. In seinem Urteil lässt das LG eine klare Einordnung offen was darauf schließen lässt, dass die Begehung des § 216 durch Unterlassen nach dessen Auffassung eine eigene und auch als solche zu bewertende Kategorie darstellt.<sup>27</sup>

Deutlich äußert sich das LG zur Problematik der Garantenpflicht. So bemisst es den Umfang dieser Garantenpflicht des A anhand des tatsächlich erfolgten Verzichtes der B auf Hilfeleistungen. Das vorliegende Urteil bestärkt hier in seinen Grundzügen die Literaturansicht. Dies macht wiederum klar, dass der gesellschaftliche Wertewandel, welcher dem Selbstbestimmungsrecht einen höheren Stellenwert beimisst, auch von der aktuellen Rechtsprechung nicht unberücksichtigt bleibt.

#### 5. Kritik

Strafrechtlich sind die Konstellationen der Sterbehilfe schwer zu bewerten. Ein Grund dafür ist, dass allgemeine Rechtfertigungsgründe nur unzureichend greifen. Beispielhaft ist eine rechtfertigende Einwilligung mangels Dispositionsbefugnis bezüglich des Rechtsguts Leben grundsätzlich nicht möglich.

Daraus ergibt sich das Bedürfnis einer Regelung, das es vom Gesetzgeber zu befriedigen gilt. Sachgerecht wäre eine Erweiterung des § 13 StGB um einen weiteren Absatz, der den Umfang der Garantenpflicht mit Möglichkeit einer kompletten Entpflichtung regelt. Als Wortlaut käme in Betracht: "Rechtlich für die Abwendung des Erfolges hat derjenige insoweit nicht einzustehen, wie vom Träger des gefährdeten Rechtsguts ein freiverantwortlicher und ernstlicher geäußerter Wille entgegensteht." Somit würde sich der Umfang der Garantenpflicht am wirklichen Willen des Rechtsgutsträgers bemessen, was dem grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungs-

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Müsste jedoch eine Einordnung stattfinden, erschiene es am sachgerechtesten die Form der Sterbehilfe durch Unterlassen in diesem

Zusammenhang als passive Sterbehilfe zu kategorisieren.

recht des Verzichtenden angemessen Rechnung tragen würde.

Dadurch, dass eine Revision zum BGH anhängig ist, ist von diesem in naher Zukunft mit einer Stellungnahme zu rechnen. Die **jüngere BGH-Rechtsprechung** zeigt in anders gelagerten, aber vergleichbaren Konstellationen, wie die Entscheidung ausfallen könnte. Beispielhaft hatte der zweite Strafsenat des BGH im Jahre 2011 die Strafbarkeit eines Garanten für die Nichtverhinderung des Todes seines Schutzbefohlenen zu entscheiden. Die Strafbarkeit hat er dabei vom Vorliegen eines ernst gemeinten freiverantwortlichen Willens des Opfers abhängig gemacht.<sup>28</sup>

Der gesellschaftliche Wandel in Bezug auf den Umfang des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bleibt, wie anhand des eben genannten Beispiels deutlich wird, auch vom BGH nicht unberücksichtigt. Als offensichtlich erscheint, dass der BGH sich bereits in dieser Rechtsprechung den Wertungen der Literatur sowie der Instanzgerichte annähert. Daher ist zu erwarten, dass der BGH in seiner anstehenden Entscheidung nicht wesentlich von den Wertungen des vorliegenden Urteils des LG Berlin abweichen wird.

Wie bereits angesprochen hat das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Bedeutung und Tragweite einen Wertewandel erfahren. Daher erscheint es falsch, diesen Wandel bei freiverantwortlichen Suiziden nicht zu berücksichtigen. Das LG verdient Lob dafür, dass es den vorliegenden Wertewandel erkannt, sehr ausführlich ausgeführt und begründet hat. Zudem hat es diesen zutreffend in seiner Entscheidung berücksichtigt. Dem Urteil ist auch insoweit zuzustimmen, als es derartige Wertungswidersprüche – wie die Frau, die ihrem todeswilligen Mann den Strick nach Eintritt der Bewusstlosigkeit abnehmen muss, diesen ihm zuvor jedoch straffrei reichen kann - zu vermeiden ersucht. Kritisch könnte man jedoch sehen, dass die physischreale Möglichkeit der Erfolgsabwendung als

tatbestandliche Voraussetzung der Tötung durch Unterlassen in der Unterlassens-Prüfung nicht bewertet wurde. Weiterhin ist fraglich, ob die Zitierung einer Entscheidung des BVerfG<sup>29</sup>, wie sie in der Entscheidung erfolgt ist, sachgerecht ist. Das LG Berlin nimmt in dieser Zitierung die Begründung vor, die individuelle Entscheidung des Suizidenten unterliege "keinem allgemeinen Maßstab objektiver Vernünftigkeit". Das BVerfG spricht jedoch nur vom Recht auf Krankheit, welches nicht generell als Recht auf Tod aufzufassen ist. Ein Nichtanwenden eines allgemeinen Maßstabs objektiver Vernünftigkeit bei der Bewertung der Suizidmotive - was grundsätzlich auch nicht der Fall sein sollte – kann darauf aber nicht begründet werden.

Den Grundzügen und Wertungen des Urteils ist nach Ansicht der Verfasser unter zeitgerechter Bewertung voll zuzustimmen.

(Tim Leibold/Jona Prosiegel)

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> BGH NStZ 2012, 319, 320.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BVerfG NJW 2017, 53, 56.

12

2018

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Professur www.fall-des-monats.de

### 1. Sachverhalt1

Gegen A läuft ein Verfahren wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung. Zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des A und zu dessen Observation sendet die Polizei diesem mehrere sog. "stille SMS" (auch "stealth ping"). Die eingehende Nachricht löst eine Rückmeldung des eingeschalteten Mobilgeräts bei der Funkzelle aus, bei der es eingebucht ist. Dadurch wird dem jeweiligen Netzbetreiber die Information gesendet, in welcher Funkzelle der Handynutzer zum Zeitpunkt des Empfangs eingebucht ist. Die SMS wird jedoch nicht in dem

Nachrichteneingang des Mobiltelefons angezeigt. Durch eine Vielzahl solcher Nachrichten kann ein Bewegungsmuster des Empfängers erstellt werden, indem die Ermittlungsbehörde die Informationen der Funkzellen bei dem jeweiligen Netzbetreiber abfragt. Von der Erstellung dieses Bewegungsmusters nimmt der Betroffene keine Kenntnis. Sofern der Handynutzer das Gerät selbst nicht benutzt, befindet es sich ohne eine solche Kontaktaufnahme im Stand-By-Modus. In diesem Zustand sendet es nur in unregelmäßigen Abständen eine Rückmeldung, wodurch lediglich eine großflächigere Standortlokalisierung möglich ist.

A wird vom KG u.a. unter Verwertung dieses Beweismittels nach den §§ 129a, 129b StGB zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren

Dezember 2018 "Stille SMS"-Fall

Technische Ermittlungsmaßnahmen / Überwachung der Telekommunikation / Standortdaten

§§ 100a, 100h, 100i, 161, 163 StPO

## famos-Leitsätze:

- Der Einsatz einer sog. "stillen SMS" für Observationszwecke findet in § 100i Abs. 1 Nr. 2 seine Rechtsgrundlage.
- Die Auslegung der "technischen Mittel" in § 100i Abs. 1 Nr. 2 orientiert sich am technischen Fortschritt.

BGH, Beschluss vom 8.2.2018 – 3 StR 400/17; veröffentlicht in NStZ 2018, 611.

und vier Monaten verurteilt, wogegen er Revision zum BGH einlegt. Er rügt u.a. das Fehlen einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die "stille SMS".

### 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zwangsmaßnahmen greifen in die Grundrechte des Betroffenen ein und erfordern aufgrund des Gesetzesvorbehalts eine Ermächtigungsgrundlage. Liegt eine solche nicht vor, ist die Maßnahme rechtswidrig. Der Grundrechtseingriff ist besonders intensiv, wenn die Zwangsmaßnahme, wie hier, heimlich stattfindet. Ob die StPO für die "stille SMS" eine Ermächtigungsgrundlage bereithält, ist umstritten, da sie nicht explizit gesetzlich geregelt ist. Die "stille SMS" ist zwar in der Praxis schon seit Jahren eine gängige Ermittlungsmethode,

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

allerdings ist deren rechtliche Behandlung bisher kaum ein Thema in Rechtsprechung und Literatur gewesen.

Zunächst könnte § 100a StPO<sup>2</sup> als Eingriffsermächtigung in Betracht kommen.<sup>3</sup> Dieser regelt die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation, was nach § 3 Nr. 22 und 23 TKG den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Nachrichten jeder Art darstellt.<sup>4</sup> Damit unterliegt die Telekommunikationsüberwachung dem Schutzbereich des Art. 10 GG, der nicht nur den Kommunikationsinhalt, sondern auch die näheren Umstände dieses Vorgangs umfasst,5 was auch die Standortdatenbestimmung miteinschließt.<sup>6</sup> Kritisch wird daran aber gesehen, dass durch die "stille SMS" nicht der Zugang zu bestehenden Daten geschaffen wird, sondern durch diese Maßnahme Daten überhaupt erst erzeugt werden.<sup>7</sup> Folglich stelle ein solches Vorgehen eine aktive Maßnahme dar, § 100a decke allerdings nur die passive Überwachung von schon bestehenden Daten ab.8 Daneben wird vorgebracht, Kommunikation setze im Zusammenhang mit Art. 10 GG und § 100a die Beteiligung zweier Individuen voraus, weshalb im Stand-By-Modus schon gar keine Telekommunikation in diesem Sinne stattfinden könne.9

Teilweise wird vertreten, dass die Ermächtigungsgrundlage in § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zu sehen ist. 10 Dieser erlaubt den Einsatz

von "sonstigen technischen Mitteln" außerhalb von Wohnungen zu Observationszwecken. 11 Zu den sonstigen für Observationszwecke bestimmten technischen Mitteln gehören beispielsweise Peilsender, Nachtsichtgeräte oder Bewegungsmelder.12 Nach einer Ansicht stellt auch die "stille SMS" ein solches technisches Mittel dar. 13 Entscheidend sei hierfür jedoch, dass die Maßnahme außerhalb von Wohnungen stattfindet, da ansonsten Art. 13 GG berührt werde. 14 Folglich ist nach dieser Auffassung eine Standortlokalisierung, wenn sich der Betroffene in der Wohnung aufhält, nicht mehr von § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gedeckt, sondern immer nur dann, wenn die Überwachung außerhalb der Wohnung stattfindet.

Das BVerfG<sup>15</sup> legt Art. 13 GG in seiner Entscheidung über die "Online-Durchsuchung" anders aus. Ein Eingriff in den Schutz der Wohnung liege nicht vor, wenn die Maßnahme unabhängig vom Standort möglich sei. Art. 13 GG biete keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz. Übertragen auf die "stille SMS" würde dies nach Auffassung des BVerfG wohl bedeuten, dass Art. 13 GG auch dann nicht berührt ist, wenn der Standort aufgrund der "stillen SMS" innerhalb der Wohnung ermittelt wird, da auch diese Maßnahme unabhängig vom Standort des Betroffenen möglich ist. Damit wäre § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zumindest nicht per se ausgeschlossen.

Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

So BayLT-Drs. 16/11003, S. 1; Bär, in v. Heint-schel-Heinegg/Bockemühl, StPO, § 100g Rn. 70.

Günther, in MüKo, StPO, § 100a Rn. 1; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 100a Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> BVerfGE 125, 260, 309 f.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 63.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Eisenberg/SingeInstein, NStZ 2005, 62, 63.

Eisenberg/SingeInstein, NStZ 2005, 62, 63; Hauck, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2014, § 100a Rn. 70, § 100i Rn 19.

Wolter/Greco, in SK, StPO, 5. Aufl. 2016, § 100a Rn. 21.

Eschelbach, in Satzger/Schluckebier/Widmaier,
 3. Aufl. 2018, § 100h Rn. 6; Graf, in BeckOK,
 StPO, Stand: 15.10.2018, § 100a Rn. 232 f.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Hauck, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100h

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> *Günther*, in MüKo, (Fn. 4), § 100h Rn. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> *Hegmann*, in BeckOK (Fn. 10), § 100h Rn. 7.

Eschelbach, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 100h Rn. 10; Hegmann, in BeckOK (Fn. 10), § 100h Rn. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> BVerfGE 120, 274, 309 f.

Weiterhin könnte § 100i Abs. 2 als Grundlage einschlägig sein. Dieser gestattet den Behörden den Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung des Standortes eines Mobiltelefons.

Dieser soll laut einer Ansicht aber schon gar nicht zur Anwendung kommen, da die Norm nur den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG umfasse. 16 Das Fernmeldegeheimnis schütze das Vertrauen darauf, dass in einen bestehenden Kommunikationsprozess kein Zugriff von staatlicher Seite genommen wird. Grundsätzlich seien auch Standortdaten von Art. 10 GG umfasst, da dieser nicht nur die Telekommunikation an sich schütze, sondern auch deren nähere Umstände. Die "stille SMS" falle jedoch nicht in den Schutzbereich des Art. 10 GG, da dieser nicht vor aufgedrängten Kommunikationsprozessen schütze, sondern nur Schutz hinsichtlich des Inhalts und der näheren Umstände gewollter Kommunikation biete.

Vom BVerfG<sup>17</sup> wurde die Anwendbarkeit der Norm allerdings nicht auf Art. 10 GG beschränkt, sondern auch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ausgedehnt, womit § 100i ebenfalls nicht generell für die "stille SMS" ausgeschlossen wäre. Zwar scheint der Wortlaut den Einsatz der "stillen SMS" auch zu umfassen, jedoch wurde die Norm speziell für den Einsatz von sog. "IMSI-Catchern" geschaffen.<sup>18</sup> Dies sind Messgeräte, die die Teilnehmeridentifikationsnummer ("IMSI"19), sowie Gerätenummer des Mobiltelefons ("IMEI"20) auslesen und damit den Standort

des Mobilgeräts ermitteln.<sup>21</sup> Aus diesem Grund ist strittig, ob die Norm für die "stille SMS" Anwendung findet oder ob sie für die "IMSI-Catcher" abschließend gilt.

Ein Großteil der Lehre lehnt die Anwendbarkeit ab.<sup>22</sup> Zunächst stoße der Wortlaut auf Bedenken, da nach Abs. 1 der Standort "durch" das technische Mittel ermittelt werden müsse und somit nur unmittelbare Abfragen erfasst werden. Für die "stille SMS" ist allerdings der Zwischenschritt der Datenabfrage erforderlich, was als Hindernis für eine Anwendung der Norm gesehen wird.<sup>23</sup> Außerdem sei § 100i nur für die "IMSI-Catcher" geschaffen worden und könne nicht auf die "stille SMS" ausgeweitet werden, da dies einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz darstelle.24 Dem wird wiederum entgegengehalten, dass der Gesetzgeber nicht den Begriff "IMSI-Catcher", sondern "technisches Mittel" verwendet hat, um den Anwendungsbereich der Norm neuen technischen Fortschritten anzupassen.<sup>25</sup>

Die überwiegende Praxis wendet § 100a i.V.m. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 als Ermächtigungsgrundlage an.<sup>26</sup> Dabei wird zwischen dem Aussenden der "stillen SMS" nach den §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 und einer darauf beruhenden Erstellung des Bewegungsprofils nach § 100a unterschieden. Diese Trennung der beiden Handlungen sei gängige Praxis bei den Ermittlungsbehörden.<sup>27</sup> Ein solches Vorgehen bestätigte die Bundesregierung nach mehreren kleinen Anfragen.<sup>28</sup> Kritiker an dieser Methode bemängeln, dass die Generalklauseln der §§ 161, 163

Hauck, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100i Rn. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> BVerfG NJW 2007, 351, 353.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> BT-Drs. 14/9088, S. 7; BT-Drs. 16/5846, S. 56; *Eisenberg/SingeInstein*, NStZ 2005, 62, 63.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> International Mobile Subscriber Identity.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> International Mobile Equipment Identity.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Bruns, in KK, StPO, 7. Aufl. 2013, § 100i Rn. 2.

Eisenberg/SingeInstein, NStZ 2005, 62, 63; Hauck, in Löwe-Rosenberg (Fn. 8), § 100i Rn. 19; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt

<sup>(</sup>Fn. 4), § 100i Rn. 4; Wolter/Greco (Fn. 9), § 100i Rn. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 63.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 63.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> *Röwer*, in Radtke/Hohmann, StPO, § 100i Rn. 3.

BT-Drs. 17/8544, S. 17; BT-Drs. 15/1448, S. 2; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 4), § 100a Rn. 6a.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BT-Drs. 17/8544, S. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> BT-Drs. 18/2695; BT-Drs. 17/8544; BT-Drs. 15/1448.

nur bei weniger grundrechtsintensiven Eingriffen einschlägig sein sollen, andernfalls bedürfe es einer Spezialermächtigung. Im Fall der "stillen SMS" komme neben einem Eingriff in Art. 10 GG auch noch ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere in seiner Ausprägung als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht.<sup>29</sup> Werden Daten geschaffen, überwacht und erhoben, die anzeigen, wann und wo sich der Betroffene aufgehalten hat, stelle dies einen grundrechtsintensiven Eingriff dar, der nicht mehr von den Generalklauseln gedeckt sei. Dabei sei der Grundrechtseingriff auch nicht erst in der Überwachungsmaßnahme zu sehen, sondern bereits im Aussenden der "stil-Ien SMS". In der Praxis hingen beide Maßnahmen fest zusammen und seien als einheitlicher Vorgang der Datenerhebung anzusehen, sodass eine Aufspaltung gekünstelt wirke.<sup>30</sup> Eine andere Betrachtung habe zur Folge, dass die Auffangklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 eine weiterreichende Ermächtigung schaffen würden, als dies nach den Spezialnormen der §§ 100a ff. möglich sei. Ein solches Vorgehen widerspreche allerdings der Systematik der StPO, "wonach es für spezielle Maßnahmen einer speziellen Rechtsgrundlage" bedarf.31

Zuletzt kommen Teile der Literatur aufgrund oben genannter Gründe zu dem Entschluss, dass keine Ermächtigungsgrundlage für die "stille SMS" existiere und ein solches Vorgehen somit rechtswidrig sei.<sup>32</sup>

# 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung mit den verschiedenen Auffassungen auseinandergesetzt und sich für § 100i Abs. 1 Nr. 2 als Eingriffsermächtigung für die "stille SMS" entschieden.

Die Heranziehung des § 100a i.V.m. den Generalklauseln §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 lehnt der BGH ab. Die Anwendbarkeit von § 100a schließt er aufgrund des Telekommunikationsbegriffs aus. Zwar zählten Standortdaten zu den näheren Umständen des Kommunikationsvorgangs, welche dem Schutz von Art. 10 GG unterfallen, jedoch setze dies einen menschlich veranlassten Informationsaustausch voraus. Ein Rückschluss auf menschliche Kommunikationsbeziehungen fehle jedoch, da beim Versand einer "stillen SMS" nur ein Datenaustausch zwischen technischen Geräten stattfinde. Dieser liege hier nicht vor und erlaube somit keinen Rückschluss auf Kommunikationsinhalt und -beziehungen. § 100a erlaube nur ein passives Vorgehen, bei der "stillen SMS" würden jedoch aktiv Daten erzeugt, weshalb es einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Eine solche könne auch nicht in den Ermittlungsgeneralklauseln gesehen werden, da die Erstellung eines Bewegungsprofils erheblich in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreife.

§ 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 kommt aus Sicht des BGH zunächst als Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Die "stille SMS" könne ein "sonstiges technisches Mittel" in diesem Sinne sein. Das Merkmal "außerhalb" der Wohnung stehe einer Anwendung nicht entgegen, da es im Fall der stillen SMS nicht in den Schutzbereich des Art. 13 GG falle. § 100h scheidet nach Ansicht des BGH jedoch trotzdem aus, da § 100i Abs. 1 Nr. 2 lex specialis zu § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 sei.

In § 100i Abs. 1 Nr. 2 sieht der BGH hingegen eine taugliche Eingriffsbefugnis für die "stille SMS". Zwar sei die Norm aufgrund der "IMSI-Catcher" geschaffen worden, jedoch sei durch den Begriff "technisches Mittel" der Anwendungsbereich für den technischen Fortschritt offengehalten worden. Eine solche

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 64.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Eisenberg/SingeInstein, NStZ 2005, 62, 65.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 65.

Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 67; Singelnstein, NStZ 2014, 305, 308; Rückert, NStZ 2018, 611, 614.

Auslegung widerspreche auch nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, da der konkrete Zweck des technischen Mittels zur Standortbestimmung hinreichend bestimmt sei. Somit sei der Einsatz der "stillen SMS" von § 100i Abs. 1 S. 1 Nr. 2 gedeckt und damit nicht rechtswidrig. Dies bestätige auch eine historische Betrachtung der Norm. Die früher noch vorhandene Einschränkung, dass die Norm nur zu Festnahmezwecken griff, wurde 2007 gestrichen und stattdessen die Standortermittlung zu Observationszwecken eingeführt. Da auch die "stille SMS" zu Observationszwecken eingesetzt werde, spreche der Wille des Gesetzgebers für die Zulässigkeit der Subsumtion der "stillen SMS" unter diese Norm. § 100i diene allerdings nur als Eingriffsgrundlage, während § 100g zusätzlich herangezogen werden müsse, wenn man die dadurch gewonnenen Daten erhebt.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die "stille SMS" ist für die Ermittlungsbehörden schon seit Jahren eine gängige Methode, weshalb sie auch Gegenstand kleiner Anfragen beim Bundestag und diverser Landtage war.<sup>33</sup> Neben dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), dem Bundeskriminalamt (BKA) und der Bundespolizei (BPOL) wenden auch der Militärische Abschirmdienst (MAD) und der Zoll sowie die Behörden auf Landesebene die "stille SMS" als Ermittlungsmethode an.<sup>34</sup> Zur Verdeutlichung der Praxisrelevanz folgende Statistik über die Anzahl gesendeter "stiller SMS":

Zeitraum	BfV	BKA	BPOL
1. HJ	103.224	30.988	38.990
2018 <sup>35</sup>			
1. HJ	130.887	23.646	40.077
2017 <sup>36</sup>			

<sup>33</sup> BT-Drs. 18/2695; BT-Drs. 17/8544; BT-Drs. 15/1448; BayLT-Drs. 16/11003.

1. HJ	52.978	34.656	68.832
2014 <sup>37</sup>			

Zu beachten ist, dass die betroffene Personenanzahl deutlich geringer ausfällt, da an eine Person meistens eine große Zahl an "stillen SMS" geschickt wird.

Die "stille SMS" ist im Vergleich zum "IMSI-Catcher" die oftmals einfachere Technik, weshalb diese für die Strafverfolgungsbehörden besonders attraktiv ist.<sup>38</sup> So wurden im Jahre 2014 vom BKA 24 Personen durch den "IMSI-Catcher" geortet, während vom Einsatz "stiller SMS" 122 Personen betroffen waren.39 Der Vorteil einer "stillen SMS" gegenüber den "IMSI-Catchern" zeigt sich bei folgendem Fall: Der Beschuldigte verwendet sein Mobiltelefon nicht über den klassischen Kommunikationsweg mit der SIM-Karte, sondern nur mit wechselnden WLAN-Verbindungen, beispielsweise über WhatsApp.40 Die Kommunikation über WLAN führt keine Rückmeldung des Mobilgeräts herbei, die eine Standortermittlung ermöglicht, weshalb ein "IMSI-Catcher" alleine nutzlos ist. Ein Auslöser für eine solche Rückmeldung ist nur die "stille SMS".

Die Entscheidung des BGH hat Rechtsklarheit im Hinblick auf eine umstrittene Frage gebracht. Er hat sich der Auffassung angeschlossen, dass § 100i die Rechtsgrundlage für die "stille SMS" darstellt. Dieses Urteil dürfte insbesondere für die Praxis von größerer Bedeutung sein, da sich bundesweit verschiedene Behörden auf unterschiedliche Grundlagen für die "stille SMS" stützten. Ermittlungsbehörden, die sich bisher bei der Maßnahme auf §§ 100a i.V.m. 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1<sup>41</sup> oder § 100a<sup>42</sup> alleine gestützt haben, müssen sich nun an den Voraussetzungen des § 100i Abs. 1 Nr. 2 orientieren.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> BT-Drs. 18/13205, S. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> BT-Drs. 19/3678, S. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BT-Drs. 18/13205, S. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BT-Drs. 18/2257, S. 9.

Eschelbach, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 100i Rn. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> BT-Drs. 18/2257, S. 3, 9.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Hiéramente, jurisPR-StR 17/2018, Anm. 1 D.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BT-Drs. 17/8544, S. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> BayLT-Drs. 16/11003, S. 1.

Die "stille SMS" dürfte den Studierenden zwar während des Studiums kaum begegnen, jedoch gehört sie den für die Ausbildung relevanten Zwangsmaßnahmen der StPO an. Bei der Prüfung der "stillen SMS" kann man sich nunmehr bei der Frage der Ermächtigungsgrundlage am Urteil des BGH orientieren.

#### 5. Kritik

Aufgrund jahrelanger Uneinigkeit bezüglich der Rechtsgrundlage der "stillen SMS" ist es begrüßenswert, dass nun endlich eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu gefällt wurde. Der BGH hat sich mit allen in Betracht kommenden Eingriffsgrundlagen auseinandergesetzt und seine Ausführungen meist plausibel erläutert.

Die Begründung weshalb § 100i lex specialis zu § 100h ist, fällt allerdings zu knapp aus. Dem Ergebnis ist jedoch zuzustimmen, da ansonsten § 100h einschlägig wäre. Diese Folge erscheint jedoch unbillig, da dieser sehr weit gefasst ist. So kennt der § 100h im Vergleich zu § 100a und § 100i keinen Richtervorbehalt, außerdem muss die Tat dort auch nicht "im Einzelfall" schwerwiegen. Da durch die Maßnahme der "stillen SMS" ein eindeutiges Bewegungsprofil erstellt werden kann, stellt sich diese als besonders grundrechtsintensiv dar und erfordert strengere Kriterien. Der BGH sieht in § 100i Abs. 1 Nr. 2 überzeugend die taugliche Rechtsgrundlage für die "stille SMS". Lobenswert ist die Bezugnahme auf den historischen Kontext und den Telos der Norm. Bedauerlich ist hingegen, dass sich der BGH nicht mit dem Wortlautargument der Literatur, es fehle an der Unmittelbarkeit, weil der Standort nicht "durch" die "stille SMS" ermittelt werde, auseinandersetzt. An dieser Stelle hätte er Rechtsicherheit bezüglich des Anwendungsbereichs der Norm schaffen können.

Der Grundrechtseingriff durch die "stille SMS" ist mangels des Vorliegens von menschlichen Kommunikationsbeziehungen nicht in Art. 10 GG zu sehen. Schlüssiger erscheint da-

her ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da durch die "stille SMS" ein umfassendes Bewegungsmuster des Empfängers erstellt werden kann.

Die Frage ist, wie sich das Urteil auf die Rechte des Betroffenen auswirkt. Da sich die Ermittlungspraxis bisher meist an den §§ 100a i.V.m. den Generalklauseln orientierte, müssen diese nun mit § 100i Abs. 1 Nr. 2 verglichen werden. Sowohl § 100i als auch § 100a erfordern einen Richtervorbehalt (§§ 100i Abs. 3 S. 1, 100e Abs. 1 S. 1) und das Vorliegen einer Katalogstraftat, die auch im Einzelfall schwer wiegen muss. Allerdings sieht die Telekommunikationsüberwachung nach § 100e Abs. 1 S. 5 eine Befristung auf drei Monate vor, während es bei § 100i Abs. 3 S. 2 sechs Monate sind. Unterschiede der beiden Normen ergeben sich insbesondere bei der Notwendigkeit der Sachverhaltsaufklärung. Während für ein Vorliegen des § 100a die Sachverhaltsaufklärung oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes ohne die Überwachung auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtlos sein müsste, genügt für § 100i, dass die Maßnahme für die Sachverhaltsaufklärung erforderlich ist. Damit besitzt § 100a die strengeren Voraussetzungen.

Das hat zur Folge, dass Ermittlungsbehörden die "stille SMS" in Zukunft unter etwas geringeren Hürden anwenden können, als bisher. Die Rechtsprechung des BGH bewirkt damit eine rechtliche Schlechterstellung des Betroffenen gegenüber der bisherigen Praxis. Dies ist allerdings auch interessengerecht, da die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a das Überwachen des gesamten Kommunikationsverkehrs gestattet und damit den intensiveren Grundrechtseingriff darstellt. Bei der "stillen SMS" wird hingegen nur der Standort ermittelt, weshalb die Rechte des Betroffenen richtigerweise nicht im selben Umfang geschützt werden müssen, wie bei einer Maßnahme nach § 100a.

(Ronja Maihöfer/Laura Wingenfeld)