

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2019

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

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

1. Sachverhalt¹

A ist polnischer Staatsangehöriger und führt seit mehr als 15 Jahren regelmäßig Handwerkstätigkeiten in Deutschland aus. Zur Abwicklung aller rechtlichen Angelegenheiten lässt er sich von Rechtsanwalt B vertreten. Dieser meldet A unter anderem bei der Handwerkskammer an und erstellt Gewerbeanmeldungen sowie Steuererklärungen. Selbiges erledigt B auch für durch A an ihn vermittelte polnische Staatsangehörige, die ebenfalls einer handwerklichen Tätigkeit in Deutschland nachgehen. Für alle entwirft B Rechnungsvorlagen an Auftraggeber mit Angaben zur Art der durchgeführten Arbeiten, Ausführungsdatum sowie Steuernummern. Bei einer Kontrolle der Baustelle, auf der A und weitere polnische Arbeiter tätig sind, wird festgestellt, dass durch die Vorlagen des B Rechnungen erstellt wurden, auf denen Leistungen einzelner Arbeiter auf Stundenbasis abgerechnet werden. Diverse Rechnungen enthalten die Bankverbindung des A. Dies belegt, neben weiteren Umständen, die Arbeitgeberstellung von A, die wiederum eine Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer begründet. Diesen Pflichten ist A nicht nachgekommen, sodass ihm unter anderem das Vorenthalten von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB² in Höhe von über 120.000 € vorgeworfen wird. Auf subjektiver Seite kann

Januar 2019

Der ahnungslose Arbeitgeber – Fall

Normative Tatbestandsmerkmale / Tatbestandsirrtum / Verbotsirrtum

§§ 266a, 16, 17 StGB

famos-Leitsätze:

1. Die Arbeitgeberbereignschaft i.S.d. § 266a StGB ist ein normatives Tatbestandsmerkmal.
2. Der Irrtum über die Arbeitgeberbereignschaft in § 266a StGB und § 41a EStG i.V.m. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO sind gleich zu behandeln und damit insgesamt als Tatbestandsirrtum und nicht als Verbotsirrtum zu bewerten.

BGH, Urteil vom 24.01.2018 – 1 StR 331/17 (LG Wiesbaden); veröffentlicht in NSTZ-RR 2018, 180 ff.

nicht geklärt werden, ob sich A seiner Arbeitgeberstellung und den daraus resultierenden Pflichten bewusst war. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass A einem unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 unterlag, spricht ihn das LG Wiesbaden frei. Daraufhin legt die Staatsanwaltschaft Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale strafrechtliche Problem des Falls liegt in der Irrtumslehre. Sie gilt als eines der schwierigsten Kapitel des allgemeinen Teils, wobei Einzelfragen seit Jahrzehnten lebhaft umstritten sind.³ Ausgangspunkt bildet die Unterscheidung in Tatbestandsirrtum (auch

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

² Es handelt sich, soweit nicht anders angegeben, um Normen des StGB.

³ Vgl. bereits *Busch*, in *Mezger-FS*, 1953, S. 165 ff.

sog. Tatumstandsirrtum, § 16) und Verbotsirrtum (§ 17). Nach § 16 handelt derjenige, der bei Begehung der Tat einen Umstand des gesetzlichen Tatbestands nicht kennt, ohne Vorsatz. Fehlt dem Täter dagegen lediglich die Einsicht, durch seine Handlung Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, sofern der Irrtum unvermeidbar war (§ 17).

Der **zentrale Unterschied** der Irrtümer liegt damit in ihrem jeweiligen Anknüpfungspunkt: Während sich der Täter bei einem Tatbestandsirrtum (§ 16) über **tatsächliche Umstände** irrt, liegt im Fall des Verbotsirrtums (§ 17) ein Irrtum über die **rechtliche Bewertung eines Sachverhalts** vor.⁴ Da diese Unterscheidung recht abstrakt wirkt, soll sie an zwei Beispielen verdeutlicht werden: Hält ein Fischer einen Taucher für einen sehr großen Fisch und tötet ihn mit einer Harpune, so liegt bezüglich der Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 ein Tatbestandsirrtum (§ 16) vor.⁵ Der Fischer kennt einen Teil der Tatumstände (Mensch statt Fisch) nicht. Um vorsätzlich handeln zu können, wird für das Wissenselement des Vorsatzes Kenntnis des Tatbestandsmerkmals verlangt.⁶ Da unser Fischer davon ausgeht, einen Fisch zu fangen, und nicht einen Menschen zu töten, liegt auf Grund dieser Fehlvorstellung auch keine Tatsachenkenntnis, und damit kein Vorsatz vor. In Betracht kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 222.

Anders läge der Fall, wenn der Täter alle Tatumstände kennt, er sein Verhalten aber trotzdem für nicht verboten hält. Ihm fehlt es dann an der Einsicht, Unrecht zu tun, sodass ein Verbotsirrtum (§ 17) in Betracht kommt. Da in diesem Fall das Unrechtsbewusstsein des Täters in Frage steht, ist der

Verbotsirrtum erst auf Ebene der Schuld zu behandeln. Allerdings soll nicht jede leichtfertig bestehende Unkenntnis eines Verbots die Straflosigkeit des Täters begründen können. Daher ist eine Vermeidbarkeitsprüfung durchzuführen. Nur wenn die Fehlvorstellung des Täters auch unvermeidbar war, soll die Schuld entfallen. War der Irrtum dagegen vermeidbar, besteht für das Gericht lediglich eine Milderungsmöglichkeit für das Strafmaß. Dies bildet die gesetzlich geregelte Ausgangslage für die Behandlung von Irrtümern, die unumstritten ist.

Um gerechte Entscheidungen treffen zu können, ist nach der h.M. in bestimmten Fällen aber eine Abweichung von den gerade vorgestellten Grundsätzen nötig. Ausgangspunkt bildet die Einteilung von Tatbestandsmerkmalen in zwei Kategorien – die sog. **normativen** und **deskriptiven** Tatbestandsmerkmale.⁷ Je nachdem welche Art von Tatbestandsmerkmal vorliegt, seien unterschiedliche Anforderungen an die Kenntnis des Täters in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal zu stellen, was wiederum Auswirkungen auf den Vorsatz habe. Die Bedeutung deskriptiver Tatbestandsmerkmale lasse sich bereits ohne juristische Wertung, nur anhand der Eigenschaften einer Person oder eines Objekts feststellen, wie zum Beispiel die Beweglichkeit einer Sache im Fall des § 242 Abs. 1.⁸ Im Unterschied dazu seien normative Tatbestandsmerkmale gerade keine empirisch feststellbaren Eigenschaften, sondern nur durch eine rechtliche Wertung erkennbar. Der Täter müsse neben den tatsächlichen Umständen auch den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Aufl. 2018, § 14 Rn. 725.

⁵ Bsp. nach Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 15 Rn. 3.

⁶ Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. 2018, § 16 Rn. 3.

⁷ Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2018, Vor. §§ 13 ff. Rn. 64; Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, Vor. § 13 Rn. 43-46; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 5), § 8 Rn. 10 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT (Fn. 4), § 5 Rn. 197 f., § 7 Rn. 362 f.

⁸ Rengier, Strafrecht AT (Fn. 5), § 8 Rn. 11.

des Tatumstands kennen, um vorsätzlich handeln zu können.⁹

Wer zum Beispiel eine Urkunde wegwirft, muss sich nicht nur bewusst sein, dass er sich eines Stück Papiers entledigt, vielmehr muss der Täter auch verstanden haben, dass es sich um eine Urkunde handelt um Vorsatz hinsichtlich §§ 274, 267 zu haben. Dies mag unschwer sein, wenn ein Schriftstück zweifelsfrei als Urkunde erkennbar ist, weil es den Titel „Urkunde“ trägt. Allerdings ist auch schon der vom Kellner mit Strichen versehene Bierdeckel nach der Rspr. als Urkunde i.S.d. § 267 anzusehen, da er eine verkörperte Gedankenklärung des Kellners darstellt, die Aufschluss über die Anzahl der konsumierten Getränke – und damit Beweis im Rechtsverkehr – erbringen soll.¹⁰ Um sog. Bedeutungskennntnis vom Merkmal der Urkunde zu haben, muss der Täter keine rechtlich exakte Subsumtion vollziehen,¹¹ vielmehr ist eine Bedeutungskennntnis nach Laienart ausreichend (sog. **Parallelwertung in der Laiensphäre**). Im Fall des Bierdeckels muss dem Täter daher nur klar sein, dass dieser einen Beweiswert verkörpert, nämlich die Zahl der konsumierten Getränke. Ist dies der Fall, hat der Täter nach der Parallelwertung in der Laiensphäre die für das Wisenselement des Vorsatzes erforderliche Bedeutungskennntnis des Tatbestandsmerkmals.¹² Verstünde der Täter dagegen nicht die Beweiswertfunktion der Striche auf dem Bierdeckel, so hätte er auch nicht in „laienhaft-sozialer Weise“ verstanden, dass der Bierdeckel

eine Urkunde ist. Wirft er diesen weg, so befindet er sich mangels Bedeutungskennntnis in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16). Irrt der Täter dagegen nur über die richtige Definition der Merkmale (zum Beispiel, weil er sich eine Urkunde als ausformulierten Text vorstellt), so liege grundsätzlich ein Subsumtionsirrtum vor, der den Vorsatz nicht entfallen lasse, da der Täter trotzdem Bedeutungskennntnis hat. Nur wenn der Täter durch falsche Subsumtion sein Verhalten für nicht verboten halte, könne ein Verbotsirrtum (§ 17) begründet werden.¹³

In unserem Fall wird A das Vorenthalten von Arbeitsentgelt gem. § 266a vorgeworfen. Diesen Tatbestand kann nur erfüllen, wer Arbeitgeber ist. Das Merkmal „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a stellt ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal dar.¹⁴ Das Strafrecht definiert diesen Begriff nicht eigenständig, sondern nimmt Rückgriff auf das Sozialversicherungsrecht, welches seinerseits an das Arbeitsrecht anknüpft.¹⁵ Dort werden verschiedene Kriterien genannt, die eine Arbeitgeberstellung begründen können. Ob diese im konkreten Einzelfall vorliegt, ist wiederum anhand einer Gesamtschau aller Umstände zu bewerten.¹⁶ Unter Heranziehung der von der h.M. aufgestellten Grundsätze folgt daraus, dass sich der Täter in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16) befindet, wenn ihm die Parallelwertung misslingt. Dies wäre der Fall, wenn er sich über die rechtliche Bewertung seiner Arbeitgeberstellung und den daraus resultierenden Pflichten irrt.¹⁷

⁹ Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289, 290 (m.w.N.).

¹⁰ BGHSt 3, 82, 84 f.; 34, 375, 376 f.

¹¹ Joecks/Jäger, Studienkommentar, StGB, 12. Aufl. 2018, § 16 Rn. 16; Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 15 Rn. 43a (m.w.N.).

¹² Vgl. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 102.

¹³ Vgl. Roxin, Strafrecht AT (Fn. 12), § 12 Rn. 101 f.

¹⁴ Vgl. LG Ravensburg StV 2007, 412; Saliger, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier, 4. Aufl. 2018, § 266a Rn. 28.

¹⁵ BGH NJW 2014, 1975; Ambs, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 22. EL Juli 2018, § 266a Rn. 5; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 266a Rn. 11.

¹⁶ Preis, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 611a Rn. 12.

¹⁷ LG Ravensburg StV 2007, 412, 414; Möhrenschrager, in LK StGB, 12. Aufl. 2012,

Gegen die Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen wendet sich unter anderem *Heinrich*.¹⁸ Sie sei verfehlt, weil eine eindeutige Grenzziehung zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen nicht möglich sei. Auch deskriptive Tatbestandsmerkmale könnten eine juristische Wertung enthalten. Dies zeigt sich zum Beispiel bei der Frage, ob Tiere als Sachen zu qualifizieren sind, oder ab welchem Zeitpunkt der Geburt von einem „Menschen“ gesprochen werden kann, denn sowohl „Tier“ als auch „Mensch“ bilden klassische deskriptive Tatbestandsmerkmale, die gleichwohl einer Wertung bedürfen. Darüber hinaus enthielten auch normative Tatbestandsmerkmale Bestandteile, die rein tatsächlicher Art seien und gerade keiner juristischen Wertung bedürften. Eine Urkunde, die ein normatives Tatbestandsmerkmal darstellt, müsse nämlich auch visuell wahrnehmbar sein. Zwar könne in diesen Fällen von einem „mehr normativ“ oder „mehr deskriptiv“ geprägten Tatbestandsmerkmal gesprochen werden, was jedoch im Endeffekt keinen Mehrwert bringe. Neben der verwässerten Grenzziehung zwischen den Tatbestandsmerkmalen sei weiter unklar, wann genau der Täter in seiner Parallelwertung ein Tatbestandsmerkmal geistig verstanden und damit Vorsatz haben soll. Die Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen ermögliche keine klare Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum. Diese könne erreicht werden, indem keine Differenzierung nach der Art der Tatbestandsmerkmale vorgenommen, sondern lediglich zwischen einem Irrtum über tatsächliche Umstände und einem Irrtum über die rechtliche Bewertung unterschieden würde. Auch wenn keine Parallelwertung in der Laiensphäre durchgeführt werde, stelle dies den Täter nicht schlechter,

da diese Fälle über eine großzügigere Vermeidbarkeitsprüfung abgefangen werden könnten. Unter Anwendung der von *Heinrich* aufgestellten Grundsätze, wäre die Frage über die Behandlung eines Irrtums über die Arbeitgeberstellung i.S.d. § 266a genauso zu behandeln, wie es nach dem Gesetzeswortlaut der Fall ist. Irrt der Täter über Umstände, die seine Arbeitgeberstellung begründen, liegt ein Tatbestandsirrtum (§ 16) vor, wohingegen die falsche rechtliche Bewertung in Kenntnis aller die Arbeitgeberstellung begründenden Umstände einen Verbotsirrtum (§ 17) begründen soll.

Anders wird nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung das normative Tatbestandsmerkmal „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a behandelt. Der Vorsatz des Täters müsse sich dabei auf seine Eigenschaft als Arbeitgeber und die tatsächlichen Umstände, die die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründen, beziehen. Dabei soll es allerdings nur auf die „statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen“ ankommen, nicht jedoch auf die rechtliche Einordnung. Kennt der Täter alle seine Arbeitgeberstellung begründenden Umstände, so habe er auch den wesentlichen Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“ erfasst. Glaubt der Täter trotzdem nicht Arbeitgeber zu sein oder die Beiträge nicht abführen zu müssen, unterliege er einem Verbotsirrtum. Dieser ist in der Regel vermeidbar, da die Möglichkeit der Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens gem. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV, in welchem gerichtlich geklärt werden kann, ob ein Arbeitsverhältnis oder freies Dienstverhältnis vorliegt, besteht.¹⁹ Der BGH nimmt damit bislang keinen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum an.

Darüber hinaus wird A in unserem die Steuerhinterziehung gemäß § 41a EStG i.V.m.

§ 266a Rn. 80; *Radtko*, in MüKo StGB, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 61; *Saliger*, in Satzger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 14), § 266a Rn. 28; vertiefend *Schuster*, NZWiSt 2018, 345 ff.

¹⁸ *Heinrich*, in Roxin-FS, 2011, S. 449 ff.

¹⁹ BGHZ 133, 370, 381; BGH NSTZ 2010, 337; wistra 2014, 23, 25.

§ 370 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 AO, vorgeworfen.²⁰ Auch diese kann nur von Arbeitgebern begangen werden. Um vorsätzlich zu handeln, muss der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennen. Nimmt der Steuerpflichtige dabei irrtümlich an, der Steueranspruch sei nicht entstanden, so unterliege er nach st. Rspr. des BGH einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16).²¹ Auch in diesem Fall irrt der Täter über das Tatbestandsmerkmal „Arbeitgeber“ aus § 41a EStG sowie die sich daraus ergebende Steuerpflicht gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat der Revision der Staatsanwaltschaft mit der Maßgabe stattgegeben, dass die tatsächlichen Umstände besser aufgeklärt werden müssen. Der BGH merkt dabei an, dass eine ungleiche Behandlung desselben Irrtums über das Tatbestandsmerkmal „Arbeitgeber“ bei unterschiedlichen Tatbeständen vorliegt. Diese Differenzierung lasse jedoch keinen sachlichen Grund erkennen. Sowohl bei § 41a EStG als auch bei § 266a handele es sich um normative Tatbestandsmerkmale, die gleich zu behandeln seien. Daher erwägt der BGH, zukünftig die Behandlung des Irrtums über das normative Tatbestandsmerkmal „Arbeitgeber“ in diesen Fällen gleich zu gestalten. Eine Fehlvorstellung über die Arbeitgebergemeinschaft und die daraus resultierende Abführungspflicht aus § 266a soll wie in § 41a EStG i.V.m. § 370 AO als Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 gehandhabt werden und folglich den Vorsatz ausschließen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Annahme eines Tatbestands- oder Verbotsirrtums hat immense Auswirkungen auf der Rechtsfolgenseite. Während der Tatbestandsirrtum (§ 16) bereits vorsatzausschließend wirkt, entfällt bei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17) lediglich die Schuld. Für einen Tatbestandsirrtum ist der Grund der Unkenntnis des Täters unerheblich.²² Auf eine Vermeidbarkeit kommt es hier also gerade nicht an. Ganz anders verhält sich dies im Fall des Verbotsirrtums (§ 17). Strafflos handelt nur derjenige, dessen Irrtum auch unvermeidbar war. Hierbei legt die Rspr. einen strengen Maßstab an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums. Unvermeidbarkeit liegt nach dem BGH nur dann vor, wenn der Täter „trotz der ihm zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte“.²³ Bei geringsten Zweifeln an der Rechtmäßigkeit seines Handelns, treffe ihn eine Erkundungspflicht. Sowohl im Fall der Vermeidbarkeit, als auch bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bleibt eine vorsätzliche, rechtswidrige Tat bestehen, was Auswirkungen auf eine mögliche Tatbeteiligung hat. Sowohl Anstiftung (§ 26) als auch Beihilfe (§ 27) sind bereits möglich, wenn eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat besteht, wobei es auf eine schuldhaftige Tatbegehung gerade nicht ankommt. Unterliegt der Täter zum Beispiel einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und handelt schuldlos, bleibt eine Teilnahme an dieser Tat möglich. Ein Täter, der sich in einem Tatbestandsirrtum befindet, handelt dagegen vorsatzlos, weswegen keine taugliche Haupttat vorliegen kann und damit eine mögliche Teilnahme an der Tat ausgeschlossen ist. Im Fall des § 266a hat die Rechtsprechungsänderung des BGH bezüglich der Einordnung des

²⁰ Diese bestrafen Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zur Lohnsteuerzahlung nicht nachkommen.

²¹ BGHSt 5, 90, 91; BGH wistra 1986, 174; Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 23 Rn. 43-46 (m.w.N.).

²² Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 8.

²³ BGHSt 2, 194, 201; 3, 357, 366.

Irrtums damit weitreichende Rechtsfolgen. Einerseits für den Täter, der seine Fehlvorstellung über die eigene Arbeitsgebereigenschaft nicht mehr am strengen Maßstab der Vermeidbarkeitsprüfung messen lassen muss. Faktisch bedeutet dies einen Wandel von einer fast immer vorliegenden Strafbarkeit, da i.d.R. ein vermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt, zur Straffreiheit, da es für den Tatbestandsirrtum gerade nicht auf eine Vermeidbarkeit ankommt. Andererseits ist kaum noch Raum für eine Teilnahme an der Tat, da im Fall des Tatbestandsirrtums keine Haupttat mehr gegeben ist.

5. Kritik

Grundsätzlich ist die Gleichbehandlung der Irrtümer über die Arbeitgeberstellung in § 41a EStG i.V.m. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO sowie in § 266a begrüßenswert. Wie der BGH richtig feststellt, ist ein Differenzierungsgrund nicht ersichtlich. Trotzdem erscheint das Ergebnis zweifelhaft. Der BGH spricht davon, *„die Fehlvorstellung über die Arbeitsgebereigenschaft in § 266a und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als Tatbestandsirrtum zu behandeln“*.²⁴ Leider erläutert er nicht, ob diese Fehlvorstellung durch fehlende Tatsachenkenntnis oder durch falsche Subsumtion hervorgerufen wird. Eine genaue Abgrenzung dieser Fallgruppen wird in der Praxis ohnehin nur schwer möglich sein, da die Arbeitgeberstellung anhand einer Gesamtschau der Umstände ermittelt wird, sodass es keinen abschließenden Katalog von Tatumständen gibt, der zur Bejahung der Arbeitgeberstellung vorliegen muss. Hierbei führt die Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen zu weiteren Schwierigkeiten, da der Täter die statusbegründenden Umstände nicht nur kennen, sondern auch verstanden haben müsste. Genaue Maßstäbe, wann eine Parallelwertung gelungen oder misslungen sein soll, sind jedoch nicht ersichtlich, obwohl die Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite beachtlich sind. Die

missglückte Parallelwertung führt über § 16 bereits zum Entfall des Vorsatzes. Bejaht man eine zutreffende Parallelwertung in der Laiensphäre dagegen, so könnte, wenn der Täter über die Beitragspflicht irrt, nur noch ein i.d.R. vermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht kommen. Mangels feststehender Beurteilungsmaßstäbe birgt die Anwendung der Parallelwertung damit eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahr, weshalb die Lehre von den normativen Tatbestandsmerkmalen abzulehnen ist. Vielmehr sollte auf die allgemeinen Grundsätze der Irrtumslehre zurückgegriffen und nicht zwischen Arten von Tatbestandsmerkmalen unterschieden werden. Zwar ist es zutreffend, dass das Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“ nicht nur Laien große Schwierigkeiten bereitet. Dieser Problematik könnte aber in der Vermeidbarkeitsprüfung eines Verbotsirrtums Rechnung getragen werden.²⁵ Dabei sollte die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nicht zur Voraussetzung einer Unvermeidbarkeit gemacht werden, da die Einleitung eines solchen bereits die Vermutung einer Arbeitsgebereigenschaft voraussetzt. Vielmehr sollte an den individuellen rechtlichen Kenntnisstand des jeweiligen Täters angeknüpft werden, insbesondere da sich dieser zwischen Großunternehmen und Ein-Mann-Betrieben deutlich unterscheidet. Dagegen ist von der Schaffung eines eigenen strafrechtlichen Arbeitgeberbegriffs abzuraten. Bereits die Einführung des § 611a BGB, der den Begriff des Arbeitnehmers ausdrücklich definiert, zeigt, dass Auslegungsprobleme hierdurch nicht beseitigt werden können. Würde der strafrechtliche Arbeitgeberbegriff eigenen Voraussetzungen folgen, ergäbe sich daraus ein Wertungswiderspruch zum Arbeitsrecht, wenn Straf- bzw. Arbeitsgerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Arbeitgeberstellung kämen.

(Annika Schülke/Luisa Schuster)

²⁴ BGH NStZ-RR 2018, 180, 181.

²⁵ Vgl. Heinrich, in Roxin-FS (Fn. 18) S. 449 ff.

1. Sachverhalt¹

A gelangt durch ein Loch im Zaun auf das Grundstück des Getränkehandels G. Dort entwendet er durch die Verbraucher bereits abgegebene und größtenteils zusammengesetzte Plastikpfandflaschen, sowie einen Kasten mit leeren Glasflaschen. Der Pfandwert beträgt insgesamt 325 Euro. Das Ziel des A ist es, die Plastikpfandflaschen, bei denen es sich um Einheitsflaschen handelt, wieder auszubeulen, um sie ebenso wie den Kasten mit Glasflaschen, bei denen nicht genau feststellbar ist, ob es sich um Einheits- oder Individualflaschen handelt, erneut abzugeben, um dafür Pfand zu erhalten.

Das LG Essen verurteilt den Angeklagten auf Grund dieses Vorgehens wegen Diebstahls gem. § 242 StGB. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In Bezug auf den objektiven Tatbestand des Diebstahls ist der Fall nicht weiter problematisch. A nahm mit den Flaschen jeweils fremde bewegliche Sachen weg. Das Problem des Falles liegt im subjektiven Tatbestand, genauer bei der Zueignungsabsicht. Da A vorhatte, die Flaschen wieder zurückzugeben, ist fraglich, ob er den Eigentümer der Flaschen dauerhaft enteignen wollte.

Unter der Zueignungsabsicht versteht man allgemein den Willen zur Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht

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

Februar 2019
Pfandflaschen-Fall

Zueignungsabsicht / dauerhafte Enteignung / Pfandflaschen

§ 242 StGB

famos-Leitsätze:

1. Die Zueignungsabsicht bei Pfandflaschen ist von der Tätervorstellung bzgl. der Eigentumsverhältnisse der Pfandflasche abhängig
2. Eine Unterscheidung der Pfandflaschentypen ist grundlegend

BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – 4 StR 591/17; veröffentlicht in NJW 2018, 3598.

über die Sache.² Die Zueignungsabsicht unterteilt sich zum einen in den Willen des Täters den Eigentümer dauerhaft zu enteignen, zum anderen in die Absicht, sich die Sache zumindest vorübergehend anzueignen.³ Der Bezugsgegenstand der Zueignungsabsicht ist allerdings umstritten.

Nach der nur noch vereinzelt vertretenen **Substanztheorie** ist ausschließlich die Sache selbst Gegenstand der Zueignungsabsicht.⁴ Problematisch an dieser Theorie ist, dass einige für strafwürdig angesehene Fallgruppen vom Tatbestand ausgeschlossen werden. Ein Beispiel dafür ist die Wegnahme eines Sparbuchs, sofern der Täter nur das Geld abhebt und das dadurch wertlos gewordene Sparbuch wieder zurückgibt. Der

² Bosch, in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 4; Schmitz, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 123.

³ Schmitz, in MüKo (Fn. 2), § 242, Rn. 123.

⁴ Kindhäuser, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 75.

Diebstahl würde in diesem Beispielsfall aufgrund der Tatsache ausscheiden, dass der Täter die Sache als solche nicht auf Dauer entziehen wollte.⁵

Diese Lücken versucht die **Sachwerttheorie** zu schließen. Gegenstand der Zueignungsabsicht soll demnach der unmittelbar verkörperte wirtschaftliche Wert einer Sache sein.⁶ Zieht man hier wieder das oben angesprochene Sparbuch-Beispiel heran, wäre der Zueignungsgegenstand nicht das wieder zurückgegebene Sparbuch, sondern das abgehobene Geld, das dessen Wert ausmacht. Diese Theorie ist aber nur schwer mit dem Gesetzeswortlaut des § 242 StGB in Einklang zu bringen.

Die herrschende Literatur und die Rechtsprechung vertreten eine vermittelnde Ansicht.⁷ Die so genannte **Vereinigungstheorie** kombiniert die Substanz- und Sachwerttheorie. Demnach muss einerseits der Wille bestehen, dem Berechtigten die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dauerhaft zu entziehen und andererseits die Absicht, sie dem Vermögen des Nichtberechtigten wenigstens vorübergehend einzuverleiben.⁸ Obwohl dem Sachwert hierbei eine nur subsidiäre Bedeutung zukommt,⁹ wird die Unvereinbarkeit mit dem Gesetzeswortlaut nicht vollends entkräftet. Unter dem Sachwert ist nach der Vereinigungstheorie ausschließlich der nach Art und Funktion der

Sache bestimmungsgemäß mit ihr verknüpfte Wert und nicht jeder beliebige wirtschaftliche Vorteil zu verstehen.¹⁰ Gegenstand der Zueignungsabsicht wäre sonst das Vermögen, welches jedoch von Bereicherungsdelikten und nicht von Diebstahl geschützt wird.¹¹

Obwohl die Rechtsprechung einheitlich die Vereinigungstheorie anwendet, wird die Problematik der Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von Leergut von den Gerichten unterschiedlich beurteilt. Das **AG Flensburg**¹² lehnte bspw. bei der Zueignungsabsicht bei einem Diebstahl von Pfandflaschen mit der Begründung ab, dass durch die Wegnahme dem Eigentümer zwar die Sachsubstanz der Pfandflasche entzogen werde, die Wegnahme jedoch mit dem Zweck geschehen sei, ihm diese Position wieder zu beschaffen.¹³ Der Täter könne weiterhin keine Zueignungsabsicht bzgl. des Sachwertes haben, da der Vorsatz sich nur auf die Erlangung des Pfandgeldes beziehe, dieses aber nicht den Sachwert der entwendeten Flaschen verkörpere, sondern lediglich einen zusätzlichen Anreiz zur Rückgabe darstellen solle.¹⁴

Das **OLG Hamm** kam in einem vergleichbaren Fall zu einem anderen Ergebnis.¹⁵ Das liegt darin begründet, dass das OLG Hamm, im Gegensatz zum AG Flensburg eine von der Literatur und Rechtsprechung entwickelte Differenzierung zwischen Einheits- und Individualflaschen vornahm.¹⁶ Sie ist notwendig, da je nach Art der Flasche das zivilrechtliche Eigentum beim Hersteller/Abfüller verbleibt

⁵ *Schmitz*, in MüKo (Fn. 2), § 242 Rn. 123.

⁶ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 242 Rn. 34; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 2 Rn. 103; nähere Ausführungen siehe *Dittmer/Hartenstein*, famos 11/2012.

⁷ BGH NJW 1970, 1753, 1754; 1971, 900, 901; *Fischer* (Fn. 6), § 242 Rn. 35; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 2), § 242 Rn. 135; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 22.

⁸ *Fischer* (Fn. 6), § 242 Rn. 35; *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 7), § 242 Rn. 22.

⁹ *Fischer* (Fn. 6), § 242 Rn. 35.

¹⁰ *Duttge*, in Dölling/Duttge/König/Rössner, StGB, 4. Aufl. 2017, § 242 Rn. 41.

¹¹ *Hoyer*, in SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 67.

¹² AG Flensburg NStZ 2006, 101 f.

¹³ AG Flensburg NStZ 2006, 101.

¹⁴ AG Flensburg NStZ 2006, 101, 102; *Hellmann*, JuS 2001, 353, 355.

¹⁵ OLG Hamm NStZ 2008, 154 f.

¹⁶ OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155; BGH NJW 2007, 2913; *Jahn*, JuS 2013, 753; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 2), § 242 Rn. 145.

oder miterworben wird. **Einheitsflaschen** werden von unbestimmt vielen Herstellern verwendet. Das Eigentum an der Einheitsflasche selbst wird auf jeder Vertriebsstufe (Hersteller – Händler – Verbraucher – Händler – Hersteller) auf den jeweiligen Erwerber übertragen.¹⁷ Das Eigentum an der Einheitsflasche selbst wird also mit dem Inhalt zusammen erworben.

Individualflaschen unterscheiden sich von Einheitsflaschen durch eine bestimmte dauerhafte Kennzeichnung, welche nur einem einzigen Abfüller zugeordnet ist.¹⁸ Ein Beispiel dafür sind die Flaschen von Coca Cola, die sich durch ihre Prägung und Form von anderen Flaschen unterscheiden. Bzgl. Individualflaschen nimmt man an, dass sie nur gebrauchswise überlassen werden.¹⁹ Das Eigentum verbleibt beim jeweiligen Hersteller, da die Flasche genau an diesen zurück gelangen soll.²⁰ Das Eigentum an Individualflaschen wird daher nicht miterworben.²¹

Diese Unterscheidung ist von großer Bedeutung, weil sich je nach Flaschentyp auch der Wille des Täters zur dauerhaften Enteignung auf unterschiedliche Eigentümer beziehen muss. Wenn er bspw. eine Einheitsflasche des Getränkehändlers A entwendet, um sie bei Händler B erneut abzugeben, liegt das Eigentum an der Einheitsflasche bei A. Indem der Täter die Einheitsflasche entwendet, um sie bei B abzugeben, will er A dauerhaft die Sachsubstanz der Einheitsflasche entziehen und ihn aus seiner Eigentümerposition verdrängen.²²

Problematisch ist es dann, wenn der Täter die von A entwendete Einheitsflasche bei A selbst wieder zurückgeben möchte. Indem der Täter die Einheitsflasche an A zurückführen will, läge der Wille, die Sachsubstanz dauerhaft zu entziehen, zunächst nicht vor. Allerdings handelt der Täter nach h.M. in dem Bewusstsein, durch die Rückgabe des Pfandguts das Eigentumsrecht des A zu leugnen und sich eine eigentümerähnliche Stellung anzumaßen.²³ Die Einheitsflasche soll als „fremde Flasche“ zurückgegeben werden, sodass die „ursprüngliche“ Flasche dem A dauerhaft entzogen wird und er sie durch einen neuen Rechtsgrund „als neue Flasche“ erwirbt.²⁴

Dies ist vergleichbar mit der Fallkonstellation des Rückverkaufs.²⁵ Ein solcher Fall würde bspw. vorliegen, wenn der Täter T ein Fahrzeug mit dem Ziel stiehlt, es dem Eigentümer E später als vermeintlich fremde Sache wieder zu verkaufen. Zunächst ist festzustellen, dass die Substanz der Sache zu E zurückkehrt und der Wille, E dauerhaft zu enteignen, bei T nicht vorliegt. Die h.M. nimmt auch hier an, dass T bewusst die Eigentümerposition des E leugnet. Der unwissende E soll demnach sein Auto erneut erwerben. Da für einen Neuerwerb des Autos dem E vorher das Auto entzogen worden sein muss, liegt der Wille des T zur dauerhaften Enteignung der Sachsubstanz vor. Eine andere Ansicht verneint die Zueignungsabsicht in den Rückverkaufsfällen, wenn der Täter die Sache mit dem Ziel entwendet, sie dem Eigentümer gegen Bezahlung wiederzugeben.²⁶ Dies wird damit begründet, dass lediglich ein Vermögensschaden und nicht etwa ein Eigentumschaden entstehe. Dieser Schaden könne

¹⁷ BGH NJW 2007, 2913; Weber, NJW 2008, 948; Jahn, JuS 2013, 753; Eisele, Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2017, § 242 Rn. 75.

¹⁸ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821.

¹⁹ Rengier (Fn. 6), § 2 Rn.134.

²⁰ Eisele (Fn. 17), § 242 Rn. 75.

²¹ BGH NJW 2007, 2913, 2914; Weber, NJW 2008, 948.

²² Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 823.

²³ OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155; Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 823.

²⁴ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 823.

²⁵ Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 132.

²⁶ Rönna, JuS 2007, 806, 806.

lediglich für die Betrugsstrafbarkeit von Bedeutung sein. Nach dieser Ansicht müsste die Zueignungsabsicht beim Diebstahl von Einheitsflaschen auch in diesem Fall verneint werden. Zusammenfassend ist festzustellen, dass bei der Wegnahme von Einheitsleergut die Zueignungsabsicht strittig ist, nach h.M. bei der beabsichtigten Rückgabe der Flasche sowohl bei dem gleichen als auch bei einem anderen Getränkehändler angenommen werden kann. Auch das OLG Hamm kam zu dem Ergebnis, dass eine Zueignungsabsicht bei Einheitsflaschen vorliegt.²⁷

Bei der Entwendung von Individualflaschen hingegen lehnt das OLG Hamm eine Zueignungsabsicht des Täters ab.²⁸ Bei einer erneuten Abgabe einer entwendeten Individualflasche beim Getränkehändler wird diese an den Hersteller weitergeleitet. Dieser bleibt Eigentümer der Flasche (s.o.). Da der Täter die Flasche wieder zurückgeben wollte, habe er nie mit dem Ziel gehandelt, dem Eigentümer (Hersteller) die Sachsubstanz dauerhaft zu entziehen. Nach der Vereinigungstheorie könnte aber der Wille zur Entziehung des Sachwerts vorliegen. Das Pfandgeld stellt jedoch nicht den in der Flasche selbst unmittelbar verkörperten Wert dar, sondern dient lediglich als Anreiz zur Rückgabe (s.o.).²⁹ Somit soll durch die Auszahlung des Pfandbetrags dem Eigentümer nicht der in der Flasche selbst unmittelbar verkörperte Wert entzogen werden.³⁰ Folglich leugnet der Täter durch die beabsichtigte Rückgabe der Individualflasche das Eigentumsrecht des Herstellers gerade nicht. Dem Täter fehlt bei der Entwendung von Individualflaschen der auf dauernde Enteignung gerichtete Vorsatz.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A gegen das Urteil des LG Essen und die Verurteilung wegen Diebstahls (§ 242 StGB) hat keinen Erfolg.

Der BGH bestätigt zunächst, dass die **Zueignungsabsicht bei Einheitsflaschen** dann gegeben ist, wenn der Täter in der Absicht handelt, das Leergut gegen die Auszahlung des Pfands wieder zurückzugeben, da er somit das Eigentumsrecht des Händlers leugnet und die eigene Berechtigung zur Abgabe der Flasche vortäuscht. Er betont jedoch zusätzlich, dass es nicht nur auf die tatsächliche Eigentumslage, sondern auch auf die Vorstellung des Täters darüber ankomme, da es sich um ein Merkmal des subjektiven Tatbestandes handelt.

Für die **Zueignungsabsicht bei Individualflaschen** soll nun im Gegensatz zu früher nicht mehr auf die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse, sondern ausschließlich auf die subjektive **Vorstellung des Täters** über die Eigentumsverhältnisse der entwendeten Pfandflaschen abgestellt werden. Da das Vorstellungsbild des Täters bei Individualflaschen jedoch oft von der tatsächlichen zivilrechtlichen Eigentumslage abweiche, werde der Täter im Regelfall davon ausgehen, dass das Eigentum an der Individualflasche, wie bei Einheitsflaschen, auf den Käufer übergehe und nicht beim Hersteller verbleibe. Dann wolle er den vorgestellten Eigentümer ebenfalls enteignen und sich durch die Rückgabe des Leerguts an dessen Stelle setzen.

Gerade weil es für die Zueignungsabsicht nur auf die Vorstellung des Täters ankomme, müsse eine dauerhafte und endgültige objektive Verletzung des Eigentums durch die Zueignung gerade nicht tatsächlich eintreten. Es sei somit unerheblich, ob der Täter durch die Rückführung der Individualflaschen den Eigentümer nicht objektiv dauerhaft enteignet hat. Ausreichend sei, dass der Täter in der Absicht handele, sich eine eigentümerähnliche Stellung über das Leergut anzumaßen und den in seiner Vorstellung wahren Eigentümer zu verdrängen.

²⁷ OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155.

²⁸ OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155.

²⁹ AG Flensburg NStZ 2006, 101, 102; Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 825.

³⁰ OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155.

Wenn der Täter jedoch die Eigentumslage richtig einschätzt und bei der Rückgabe der Individualflasche die Eigentumsposition des Herstellers nicht leugnen, sondern dem Eigentümer seine Sache der Substanz nach zurückgeben will, soll nach dem BGH keine Zueignungsabsicht vorliegen. Das Pfand bildet nämlich auch nicht den Sachwert der Flasche (s.o.).

Im vorliegenden Fall hat das LG nicht festgestellt, ob es sich bei dem Kasten mit Glasflaschen um Einheits- oder Individualflaschen handelte. Folglich müsste A bzgl. des Diebstahls der Glasflaschen in dubio pro reo freigesprochen werden. Auf Grund der geringen Anzahl der Flaschen würde sich dies jedoch nicht auf das Strafmaß auswirken. Daher verzichtete der BGH auf eine Zurückverweisung.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In der Praxis wird sich tatsächlich bzgl. der Zueignungsabsicht beim Diebstahl von Individualflaschen kaum etwas ändern. Die Vorstellung und Absicht des Täters werden in den meisten Fällen nur schwer nachweisbar sein. Überdies ist eine Verurteilung nur noch bei anwaltlich schlecht vertretenen Angeklagten möglich. Denn der Angeklagte müsste in den meisten Fällen vom Vorwurf des Diebstahls von Individualflaschen in dubio pro reo freigesprochen werden, wenn nicht klar ist, ob er die Eigentumsverhältnisse kannte.

Relevanter ist die Problematik des Pfandflaschendiebstahls für die Ausbildung, da die strafrechtliche Bewertung eine Vielzahl von Rechtsfragen aufwirft. Zudem könnte in der Klausur neben dem Diebstahl noch andere Delikte in Betracht kommen. In der Fallbearbeitung sollte grundsätzlich zwischen der **Wegnahme** und der **Rückgabe** der Flaschen unterschieden werden.

Bei der Wegnahme von Pfandflaschen könnte neben dem Diebstahl auch eine **Pfandkehr gem. § 289 StGB** geprüft werden. Die Strafbarkeit gem. § 289 StGB scheidet bei Einheitsflaschen jedoch aus, da die Wegnah-

me nicht zu Gunsten des Eigentümers erfolgt.³¹ Auch bzgl. Individualflaschen ist ein Ausschluss der Strafbarkeit vorzugswürdig. Der Täter nimmt die Flasche nicht weg, um sie dem Eigentümer wieder zurückzugeben, sondern um sie bei einem anderen Händler abzugeben, wodurch der Eigentümer objektiv nicht bessergestellt wird.³² Auch subjektiv handelt der Täter nicht zugunsten des Eigentümers, sondern nur, um sich selbst den Vorteil des Pfands zu verschaffen.³³

Bei der Rückgabe der Flaschen an einen Getränkehändler könnte sich eine Strafbarkeit wegen **Betrugs gem. § 263 StGB** ergeben. Durch die Rückgabe von Einheitsflaschen bei einem anderen Getränkehändler wird diesem vorgespiegelt, ihm das Eigentum an den Pfandflaschen verschaffen zu können. Der neue Händler kann jedoch auf Grund § 935 Abs. 1 S. 1 BGB kein Eigentum an den Einheitsflaschen erwerben. Er würde somit kein vollwertiges Äquivalent zur Pfandauszahlung erhalten und folglich einen Vermögensschaden erleiden.³⁴ Im Gegensatz zu Einheitsflaschen täuscht der Täter bei der Rückgabe von Individualflaschen den Getränkehändler nur über die Besitzberechtigung an den Flaschen. Wenn sie dem vorherigen Besitzer (ursprünglicher Getränkehändler) gestohlen wurden, hat dieser einen Herausgabeanspruch gem. § 1007 Abs. 2 BGB gegen den jetzigen Besitzer (neuer Getränkehändler). Der neue Getränkehändler erhält also nur mit dem Herausgabeanspruch belastete

³¹ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 824.

³² AG Flensburg NStZ 2006, 101, 102; OLG Hamm NStZ 2008, 154, 155; Hellmann, JuS 2001, 353, 355; Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 826.

³³ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 826; Fischer (Fn. 6), § 289 Rn. 5.

³⁴ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 824.

Flaschen. Dies stellt kein vollwertiges Äquivalent zum an den Täter ausgezahlten Pfand dar. Dem neuen Getränkehändler entsteht folglich ein Vermögensschaden.³⁵

Durch die Rückgabe des Leerguts an einem Pfandautomaten könnte auch ein **Computerbetrug gem. § 263a StGB** in Betracht kommen. Das Einführen von Flaschen in einen Pfandautomaten ist eine unbefugte Verwendung von Daten i.S.d. § 263a I Var. 3 StGB.³⁶ Da der Pfandbeleg in den meisten Fällen erst an der Kasse eingelöst wird, müsste man den Computerbetrug aufgrund fehlender Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung indes ablehnen.³⁷ Es kann aber auch die Ansicht vertreten werden, dass es für die Unmittelbarkeit unschädlich ist, wenn eine der Datenverarbeitung nachgeordnete Person ohne Entscheidungsbefugnis die Vermögensverfügung tätigt.³⁸ Der Wert des Pfandbelegs wird in den meisten Fällen ohne erneute Kontrolle durch das Kassenpersonal ausgezahlt. Demzufolge wäre eine Strafbarkeit gem. § 263a StGB durch die Rückgabe gestohlener Pfandflaschen an einem Pfandautomaten anzunehmen.

Zum Schluss sollte auf der Ebene der Konkurrenzen über einen möglichen Sicherungsbetrug bei der Rückgabe der gestohlenen Pfandflaschen als mitbestrafte Nachtat nachgedacht werden.³⁹

5. Kritik

Wie oben schon angemerkt, wird sich in der Praxis bzgl. der Strafbarkeit einer Wegnahme

von Individualflaschen kaum etwas ändern. Dass dieses Ergebnis unbefriedigend ist, zeigt sich besonders dann, wenn der Täter in einer Tathandlung sowohl Einheits- als auch Individualflaschen entwendet. Es scheint unbillig, dass man hier annehmen muss, der Täter maße sich bzgl. der Einheitsflaschen eine eigentümerähnliche Stellung an, während genau das (vorausgesetzt, der Täter gibt an, um die Eigentümerstellung des Herstellers gewusst zu haben) bzgl. der Individualflaschen verneint wird.

Dennoch ist es positiv, dass der BGH nicht versucht hat, das „Schlupfloch“ bei Individualflaschen durch einen konstruierten Ansatz zu schließen. Auch ist generell begrüßenswert, dass der BGH in seiner Entscheidung bei der Prüfung der Zueignungsabsicht nun die genaue Vorstellung des Angeklagten berücksichtigt und nicht auf das Wissen um ein zivilrechtliches Konstrukt – welches in der Regel nicht der Alltagsvorstellung eines Laien entspricht – abstellt.

Allerdings entspricht die jetzige zivilrechtliche Unterscheidung von Individual- und Einheitsflaschen beim Eigentumserwerb nicht dem alltäglichen Verständnis des Rechtsverkehrs und führt neben der Problematik der Strafbarkeit wegen des Diebstahls noch zu anderen strafrechtlich bedenklichen Wertungen.⁴⁰ So verwirklicht bspw. jemand bei der Entsorgung einer Individualflasche den objektiven Tatbestand einer Sachbeschädigung sowie einer Unterschlagung, ohne zu Wissen, dass er nur Besitzer der Flasche ist. Dementsprechend wäre es besser, das Problem – wie bereits in der Literatur gefordert⁴¹ – durch eine überarbeitete einheitliche zivilrechtliche Einordnung von Individualflaschen und Einheitsflaschen zu lösen.

(Lisa Diepold/Franziska Hoff)

³⁵ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 826 f.

³⁶ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 824; nähere Ausführungen bei Tackel/Wolf, famos 08/2015.

³⁷ Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, JURA 2006, 821, 825; Hellmann, JuS 2001, 353, 355 f.

³⁸ Tiedemann/Valerius, in LK-StGB, 12. Aufl. 2011, Band 9, § 263a Rn. 67.

³⁹ Fischer (Fn. 6), § 263 Rn. 233.

⁴⁰ Weber, NJW 2008, 948, 950.

⁴¹ Weber, NJW 2008, 948.

1. Sachverhalt¹

A verschafft sich in mehreren Fällen Zugang zu verschiedenen Wohnungen, um dort Bargeld oder sonstige Wertgegenstände an sich zu nehmen. Unter anderem erbeutet er dabei Schmuck im Wert von 2.000 €, nachdem er zum Betreten des Hauses ein Fenster aufgehebelt hat, wodurch ein Schaden in Höhe von 7.400 € entstanden ist (Fall 1). In einem anderen Fall schlägt A zu demselben Zweck ein Fenster ein, was einen nur geringen Schaden verursacht. Anschließend entwendet er Uhren und Elektrogeräte im Wert von 5.500 € (Fall 2).

A wird vom LG Köln unter anderem wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in mehreren Fällen jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung gemäß §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 303 Abs. 1, 52 StGB² verurteilt, wogegen er Revision zum BGH einlegt.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Verwirklichung der einschlägigen Delikte erweist sich ersichtlich nicht als Hauptproblem des hier vorliegenden Falles. A erfüllt rechtswidrig und schuldhaft die Tatbestände des § 244 Abs. 1 Nr. 3 sowie des § 303 Abs. 1. Hauptaugenmerk sollte man vielmehr auf die letzte Vorschrift in der oben zitierten Normenkette legen: § 52. Dieser gibt an, dass die beiden in Fall 1 und 2 jeweils verwirklichten Delikte zueinander in Tateinheit (auch: Idealkonkurrenz) stehen sollen. Dies hat zur Folge, dass

März 2019

„Konsumier mich!“ – Fall

Wohnungseinbruchsdiebstahl / Sachbeschädigung / Tateinheit / Gesetzeseinheit / Konsumtion

§§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 303 Abs. 1, 52 StGB

famos-Leitsatz:

Bei einem vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3) wird eine zugleich verwirklichte Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1) nicht im Wege der Konsumtion verdrängt, sondern steht zu diesem im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1).

BGH, Beschluss vom 27.11.2018 – 2 StR 481/17 (LG Köln); veröffentlicht in NJW 2019, 1086.

beide Normen in der Urteilsformel explizit aufgeführt werden, wobei gemäß § 52 Abs. 2 S. 1 nur aus dem schwereren Delikt bestraft wird. Anders verhielte es sich jedoch dann, wenn zwischen den hier verwirklichten Delikten Gesetzeseinheit bestünde, bei der nur das schwerwiegendere Delikt im Tenor Erwähnung fände. Der Schwerpunkt des Falles liegt daher auf der Ebene der Konkurrenzen.

Unter **Gesetzeseinheit** (auch: Gesetzeskonkurrenz) versteht man die Konstellation, in der eine Strafnorm ihrem Wortlaut nach ein Verhalten zwar erfasst, das Unrecht dieses Verhaltens jedoch durch einen anderen erfüllten Tatbestand bereits erschöpfend zum Ausdruck gebracht wird und die weniger umfassende Norm daher zurücktritt.³ Eine demnach zurücktretende Norm kann dann nicht

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnungen sind solche des StGB.

³ BGHSt 46, 24, 25; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Aufl. 2018, Rn. 1278.

mehr in Tateinheit gem. § 52 mit der sie verdrängenden stehen. Insofern schließen sich Tat- und Gesetzeseinheit aus. Nach herrschender Ansicht lassen sich drei Fallgruppen der Gesetzeseinheit unterscheiden.⁴

Von **Spezialität** ist jedenfalls dann die Rede, wenn ein Delikt ein anderes notwendigerweise enthält,⁵ wie es beispielsweise bei zusammengesetzten Straftatbeständen der Fall ist. So beinhaltet etwa der Raub neben einer Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 logischerweise auch die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache und setzt insofern die Verwirklichung des § 242 Abs. 1 voraus.

Unter **Subsidiarität** wird hingegen der Fall gefasst, dass eine Norm nur unter dem Vorbehalt, dass nicht schon eine andere eingreift, also hilfsweise anwendbar ist.⁶ Dabei unterteilt man in formell und materiell subsidiäre Vorschriften. Während sich wie z.B. in § 246 Abs. 1 der Aushilfscharakter bei ersteren ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt, ist er bei letzteren durch Auslegung zu ermitteln. So scheitert etwa die Verurteilung eines Anstifters wegen zusätzlicher Beihilfe (§ 27) zu derselben Tat an der schwerwiegenden und daher vorrangigen Anstiftung (§ 26).⁷

Da § 244 Abs. 1 Nr. 3 weder denkbare Begehung einer Sachbeschädigung voraussetzt, noch eine Auslegung ein etwaiges Subsidiaritätsverhältnis zu § 303 Abs. 1 ergibt, scheiden diese Modalitäten der Gesetzeseinheit aus. Es verbleibt die als dritte Kategorie der Gesetzeseinheit herangezogene **Konsumtion**. Im Gegensatz zur Spezialität fordert

diese keinen logischen, sondern einen wertenden Einschluss des eventuell zurücktretenden durch das verdrängende Delikt.⁸ In Abgrenzung zu den bisher erörterten Formen werden dabei überwiegend auch Normen in die Betrachtung einbezogen, die unterschiedliche Rechtsgüter schützen.⁹ Im Rahmen der Konsumtion ist schließlich darauf abzustellen, ob der Unrechts- und Schuldgehalt einer tatbestandsmäßigen Handlung schon von einer weitergehenden, ebenfalls einschlägigen Norm eingeschlossen ist, ob also die eine Strafnorm bei Einschlägigkeit der anderen **regelmäßig** oder **typischerweise** – und gerade nicht notwendigerweise – miterfüllt ist.¹⁰ Dann nämlich kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber das Unrecht der repressiven Strafnorm bei der Aufstellung des Strafraumens der dominanten mitberücksichtigt hat.¹¹ Klassisches Beispiel hierfür ist die neben einer Tötung in der Regel mitverwirklichte Sachbeschädigung an der Kleidung des Opfers.¹² Nach Feststellung einer solchen abstrakten Typizität ist bei der Prüfung der Konsumtion sodann noch ein konkret typischer Begleitcharakter im Einzelfall zu ermitteln.¹³ Dies gilt es auf den hier vorliegenden Fall anzuwenden, wobei angesichts bisher überwiegend stiefmütterlicher Behandlung der Problematik zu § 244 zunächst auf den ähnlich gelagerten § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 einzugehen ist.

Ursprünglich vertraten hinsichtlich des Verhältnisses von **§ 243** und **§ 303 Abs. 1**

⁴ Statt Vieler *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, Vor § 52 Rn. 39 ff.

⁵ *Rengier*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 56 Rn. 29.

⁶ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1283.

⁷ *Kindhäuser*, LPK, StGB, 7. Aufl. 2017, Vor §§ 52-55 Rn. 31 ff.

⁸ V. *Heintschel-Heinegg*, in *MüKo*, StGB, 3. Aufl. 2016 ff., Vor § 52 Rn. 49.

⁹ *Seher*, JuS 2004, 482, 483.

¹⁰ *Kühl*, in *Lackner/Kühl*, 29. Aufl. 2018, Vor § 52 Rn. 27; *Rissing-van Saan*, in *LK*, StGB, 12. Aufl. 2006 ff., Vor § 52 Rn. 144 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1285.

¹¹ *Jäger*, in *SK*, StGB, 9. Aufl. 2016 ff., Vor § 52 Rn. 102; *Rissing-van Saan*, in *LK* (Fn. 10), Vor § 52 Rn. 145.

¹² *Joecks/Jäger*, StGB, 12. Aufl. 2018, Vor § 52 Rn. 26.

¹³ *Fahl*, GA 1996, 476, 483 f.; *Jäger*, in *SK* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 102.

Rechtsprechung¹⁴ und Literatur¹⁵ nahezu einhellig – und mehrheitlich ohne weitere Begründung – die Ansicht, dass § 303 Abs. 1 regelmäßig als typische Begleittat konsumiert werde. Erst durch ein obiter dictum des BGH¹⁶ aus dem Jahre 2001 wurde der fachliche Diskurs über die Konkurrenzen zwischen diesen Normen intensiviert: In diesem begründete der 1. Strafsenat ausführlich, warum in dieser Situation **keine Konsumtion** möglich, mithin immer Tateinheit anzunehmen sei. Den Ausführungen des Gerichts schlossen sich Teile der Literatur wohlwollend an.¹⁷

Der BGH führte aus, dass ein Nebeneinanderstehen der §§ 243, 303 angebracht sei, da die Möglichkeit bestehe, dass jeweils unterschiedliche **Rechtsgutsträger** betroffen sind.¹⁸ So liegt es etwa dann, wenn in Fall 1 der Eigentümer des Schmucks die Wohnung gemietet hätte, wodurch der Vermieter das Opfer der Sachbeschädigung wäre.¹⁹ Hinsichtlich der **Begleittypik** gibt der BGH zu bedenken, dass für die anderen in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 genannten Tatmodalitäten („einsteigt“, „mit einem falschen Schlüssel [...] eindringt“) eine Begehung keineswegs regelmäßig mit einer Sachbeschädigung einhergeht. Ferner sei selbst innerhalb der Modalität des „Einbrechens“ eine Begehung ohne die gleichzeitige Verwirklichung des § 303 Abs. 1 nicht ausgeschlossen, etwa wenn der Täter eine lediglich ins Schloss gezogene Tür mit einfachen Mitteln, z.B. mittels Kreditkarte, zu öffnen in der Lage ist.²⁰ Schließlich sei auf praktische **Abgrenzungs-**

probleme und eine uneinheitliche Rechtsanwendung hinzuweisen, die bei konkret wertender Beurteilung der Typizität im Einzelfall entstünden.²¹ So könnte in Fall 1 angenommen werden, dass aufgrund des im Vergleich zum Wert des Diebesgutes erheblich höheren Sachschadens am Fenster die Sachbeschädigung nicht mehr als typische Begleittat erscheint; es ist jedoch unklar, ab welcher genauen Wertdifferenz dies der Fall sein soll.

Diese Argumente gegen eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 lassen sich aufgrund nahezu identischer Tathandlungen ohne weiteres **auf § 244 Abs. 1 Nr. 3 übertragen**.²² Insbesondere gilt dies in Bezug auf das Argument verschiedener Begehungsmöglichkeiten, wobei *Rengier* andeutet, insofern ein „Splitting“ der Norm vornehmen zu können und bei der Modalität des „Einbrechens“ in der Regel Konsumtion, bei den anderen Tateinheit anzunehmen.²³ Diese Option beiseitegelassen würde die zuvor dargelegte Ansicht in Fall 1 und 2 gleichermaßen, ungeachtet der unterschiedlichen Wertdifferenzen, Tateinheit annehmen.

Gegen die Argumentation des BGH wendet eine beachtliche Anzahl an Stimmen in der **Literatur** ein, dass Konsumtion gerade **keine „zwingende“ Mitverwirklichung** eines anderen Delikts voraussetzt, sondern nur eine tattypische.²⁴ Das typische Erscheinungsbild eines Einbruchsdiebstahls gehe weiterhin mit einer Sachbeschädigung einher, weshalb das Unrecht des § 303 Abs. 1 vollständig vom Strafraum des § 243 abgedeckt sei.²⁵ Favoriert wird eine Lösung, nach der § 303 Abs. 1

¹⁴ KG JR 1979, 249, 250; BayObLG NJW 1991, 3292, 3293.

¹⁵ *Dölling*, JuS 1986, 688, 693; *Geppert*, Jura 2000, 651, 655.

¹⁶ BGH NStZ 2001, 642.

¹⁷ *Marxen/Pridik*, famos 11/2001, S. 6; *Rengier*, Strafrecht BT 2, 20. Aufl. 2018, § 3 Rn. 61; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 8), § 243 Rn. 93; *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, 514, 516.

¹⁸ BGH NStZ 2001, 642, 643.

¹⁹ Beispiel nach *Eisele*, Strafrecht BT 2, 4. Aufl. 2017, Rn. 167.

²⁰ BGH NStZ 2001, 642, 643 f.

²¹ BGH NStZ 2001, 642, 644.

²² *Rengier*, JuS 2002, 850, 855; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 8), § 244 Rn. 79.

²³ *Rengier*, JuS 2002, 850, 855.

²⁴ *Fahl*, JA 2002, 541, 543; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1286.

²⁵ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 245.

grundsätzlich im Wege der **Konsumtion** hinter § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 zurücktritt.²⁶ Etwas anderes gelte lediglich dann, wenn bei **konkreter Betrachtung** im jeweiligen Einzelfall die Sachbeschädigung nicht (vollständig) im Unrechtsgehalt des Einbruchsdiebstahls aufgeht bzw. nicht als typische Begleittat erscheint.²⁷ Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn der Diebstahl lediglich versucht, die Sachbeschädigung jedoch vollendet ist,²⁸ sich die betroffenen Rechtsgüter der jeweiligen Delikte verschiedenen Personen zuordnen lassen²⁹ oder der Wert des durch die Sachbeschädigung entstandenen Schadens erheblich höher ist als derjenige des Diebstahls³⁰.

Vertreter dieser Ansicht stehen konsequenterweise auch für eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 durch § 244 Abs. 1 Nr. 3 ein.³¹ Unter Zugrundelegung einer daher geforderten Einzelfallbetrachtung wäre also in Fall 2 mangels weiterer Hinweise eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 anzunehmen. Da jedoch in Fall 1 aufgrund des erheblichen Wertgefälles vom Schaden an der Tür zum erbeuteten Schmuck das Unrecht der Tat im Ergebnis wohl nicht erschöpfend von § 244 Abs. 1 Nr. 3 erfasst wird, wäre hier eine Konsumtion des § 303 nicht möglich und mithin Tateinheit anzunehmen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH führt die in seinem obiter dictum bezüglich § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 aus dem Jahr 2001³² genannten Argumente für § 244 Abs. 1 Nr. 3 weiter aus. Dieser soll fortan **immer in**

Tateinheit mit § 303 Abs. 1 stehen. Die anderen Strafsenate schlossen sich dieser Rechtsauffassung auf Anfrage an.³³

Der BGH wiederholt zunächst, dass die Verwirklichung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 nicht typischerweise mit einer Sachbeschädigung einhergehe, was sich insbesondere an den Tatmodalitäten „einsteigen“ und „sich verborgen halten“ zeige. Die Annahme einer grundsätzlichen Begleittypik lediglich für die Variante des „Einbrechens“ führe zu einem **systematischen Bruch**. Dies beruhe darauf, dass dann die unterschiedlichen Begehungsmöglichkeiten trotz gesetzgeberischer Gleichstellung, die sich in der Normierung innerhalb einer Nummer des Regelbeispiels und in ihrem einheitlichen Strafraumen manifestiere, konkurrenzrechtlich unterschiedlich behandelt würden.

Weiterhin würde im geschilderten Falle eines Auseinanderfallens der Träger der geschädigten Rechtsgüter eine Verurteilung nur unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls das Unrecht des Geschehens nicht vollständig erfassen. Für diese Situation im Einzelfall eine Ausnahme vom Grundsatz der Konsumtion des § 303 zu machen sei nicht sachgerecht, da dies je nach Anzahl der geschädigten Rechtsgutsträger zu **zufälligen Ergebnissen** führe.

Auch die schon angeführte zweistufige Prüfung der Typizität – zunächst abstrakte, dann konkrete Begleittypik – sei aufgrund großer Abgrenzungsschwierigkeiten vor dem Hintergrund von Rechtssicherheit und -klarheit bedenklich. So sei bereits die im ersten Schritt erforderliche Beurteilung der Regelmäßigkeit einer Begleittat mit für den Normadressaten schwer abzuschätzenden Wertungsvorgängen

²⁶ Kindhäuser, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 62; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 10), § 243 Rn. 24; Niehaus, AL 2014, 151, 157.

²⁷ Kindhäuser, LPK (Fn. 7), § 243 Rn. 58; Niehaus, AL 2014, 151, 157.

²⁸ Heinrich, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 52.

²⁹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1286.

³⁰ Bosch, in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 59; so auch im entscheidungserheblichen Teil des Urteils BGH NStZ 2001, 642, 644.

³¹ Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 4. Aufl. 2018, § 244 Rn. 53.

³² BGH NStZ 2001, 643.

³³ Vgl. BGH NJW 2019, 1086, 1090.

verbunden. Diese Unsicherheiten würden angesichts fehlender eindeutiger, ebenfalls Wertungen unterworfenen Kriterien für die im zweiten Schritt erfolgende Ermittlung einer eventuellen Atypizität im Einzelfall verschärft. Insbesondere könne ein wirtschaftlicher Vergleich der realisierten Diebesbeute mit dem eingetretenen Sachschaden nicht herangezogen werden, da weder der Diebstahl, noch die Sachbeschädigung einen wirtschaftlichen Vermögensverlust voraussetzten. Ein solcher Vergleich berge außerdem die Gefahr von **Wertungswidersprüchen**. So würde etwa der Täter, der neben einem hohen Sach- auch noch einen erheblichen Diebstahlschaden verursacht, gegenüber demjenigen Täter, der bei gleichem Sachschaden nur geringwertiges Diebesgut erlangt, im Schuldspruch privilegiert, indem bei Ersterem Konsumtion stattfindet, obgleich dieser das größere Erfolgsunrecht verwirklicht hat.

Schließlich führt der BGH **prozessuale Anwendungsprobleme** an, die sich durch eine Abgrenzung im Einzelfall im Strafverfahren ergäben. So sei etwa die genaue Ermittlung des durch den Diebstahl und die Sachbeschädigung jeweils entstandenen Schadens nicht immer einfach zu realisieren, was zu mangelnder Entscheidungsreife und daher vermeidbaren Verfahrensverzögerungen führen könnte.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wie bereits einleitend angeklungen, führt die zukünftig ausnahmslose Annahme von Tateinheit gemäß § 52 zwischen § 244 Abs. 1 Nr. 3 und § 303 Abs. 1 als wesentliche Folge für die Praxis zu einer **Veränderung des Urteilsteiners**.

Die Grundlage für diesen bilden die in Tateinheit stehenden und den Unwert der Tat

nur gemeinsam erfassenden Delikte (§ 260 Abs. 1 S. 1, 2 StPO). Dadurch soll im Sinne einer Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs gewährleistet werden, dass dem Volk, in dessen Namen das Urteil schließlich gesprochen wird, das vom Täter verwirklichte Unrecht „klar“ ersichtlich wird.³⁴ Darüber hinaus erweisen sich die praktischen Konsequenzen jedoch als gering, denn in Bezug auf die **Strafzumessung** ist zunächst nur die die schwerste Strafe androhende Norm maßgeblich, § 52 Abs. 2 S. 1. Zwar können die danebenstehenden Delikte strafscharfend in die Beurteilung miteinbezogen werden;³⁵ da dies jedoch nach ständiger Rechtsprechung³⁶ auch für die zurückgetretenen Delikte gelten soll³⁷, ergeben sich durch die nunmehr andere Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses insoweit keine Nachteile für den Täter.

Ungleich größere Bedeutung hat die Bildung der Konkurrenzen in der **universitären Klausur**. Bereits deren korrekte Strukturierung ist abhängig von der Kenntnis des Verhältnisses der in Betracht kommenden Strafnormen zueinander.³⁸ Da dieser hohe Stellenwert im krassen Gegensatz zur häufig mangelnden Behandlung durch die Studierenden steht, ist an dieser Stelle in Grundzügen die zumindest gedanklich zu vollziehende Prüfung der Konkurrenzen darzustellen. Diese ist in zwei Schritte unterteilt.³⁹

Verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, **wie viele Handlungen** des Täters vorliegen. Eine „Handlung“ im Sinne der §§ 52 f. kann sowohl eine Handlung im natürlichen Sinne, also eine einzige auf einem Willensentschluss beruhende Körperbewegung⁴⁰, als auch eine Handlung im juristischen Sinne, bei der mehrere natürliche Handlungen im Wege

³⁴ Rengier (Fn. 5), § 56 Rn. 3.

³⁵ Kindhäuser, LPK (Fn. 7), § 52 Rn. 2.

³⁶ BGHSt 1, 152, 155; 19, 188, 189.

³⁷ Kritisch hierzu bei Spezialität v. Heintschel-Heinegg, in MüKo (Fn. 8), Vor § 52 Rn. 64.

³⁸ Rückert, JA 2014, 826; so sind etwa lange Ausführungen zu § 223 nach Bejahung des § 212 fehlerhaft.

³⁹ Übersichten bei Seher, JuS 2004, 482, 484; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1296.

⁴⁰ Mitsch, JuS 1993, 385, 388.

wertender Betrachtung zu einer einzigen „Handlung“ zusammengefasst werden, sein⁴¹. Liegt danach eine einzige „Handlung“ vor, spricht man von Handlungseinheit, während das Vorliegen mehrerer Handlungen als Handlungsmehrheit bezeichnet wird.⁴² In einem zweiten Schritt sind sodann diejenigen Delikte zu ermitteln, die im Wege der **Gesetzeseinheit** zurücktreten.⁴³ Erst jetzt kann endgültig festgestellt werden, welche zuvor in Handlungseinheit stehenden Delikte nach Aussonderung der zurücktretenden Normen in Tateinheit (§ 52) und entsprechend, welche zuvor in Handlungsmehrheit stehenden Delikte in Tatmehrheit (§ 53) zueinander stehen.⁴⁴

5. Kritik

In der ersten höchstrichterlichen Entscheidung zu dieser Problematik bemüht sich der BGH um lehrbuchmäßige Ausführungen, in denen er in so selten gesehener Form alle kritischen Einwände der Literatur zu widerlegen sucht. Dabei tun sich jedoch argumentative Lücken auf, die Anlass zu erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit des Ergebnisses geben.

Sofern der BGH zum Begleitcharakter der Sachbeschädigung in Bezug auf das „Einbrechen“ ausführt, von diesem könne „nicht ausnahmslos ausgegangen werden“, da die Verwirklichung der Sachbeschädigung „bei einem Einbruchsdiebstahl nicht vorgezeichnet“ sei, **verkennt** er die **anerkannten Beurteilungsmaßstäbe der Konsumtion**, denn diese fordern ja gerade keine notwendige („ausnahmslose“), sondern eben nur eine regelmäßige Mitbegehung des zurücktretenden Delikts. Unter Zugrundelegung des Verständnisses des BGH von der Rechtsfigur Konsumtion verkommt diese zu einer nahezu überflüssigen Kategorie der Gesetzeseinheit, da sich die dann verbleibenden Fälle auch der Spezialität zuordnen ließen.⁴⁵ Dies schlägt sich auch in

den vom BGH gewählten Beispielen nieder: Diese belegen zwar, dass eine Verwirklichung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 ohne Sachbeschädigung grds. denkbar ist. Es drängt sich jedoch die Frage auf, in wie vielen der knapp 100.000 Fälle eines Wohnungseinbruchsdiebstahls im Jahre 2018⁴⁶ der Täter durch einfaches Aufdrücken eines nicht sehr resistenten Fensters einer Boots Kajüte ohne dessen Beschädigung in die Räumlichkeit gelangt ist. Diese Konstellation implizit dem Regeltatbild des § 244 Abs. 1 Nr. 3 zuzuordnen, ist fragwürdig.

Auf Bedenken stößt weiterhin der systematische Einwand des BGH, eine Einzelfallbetrachtung führe trotz ersichtlich entgegenstehenden Gesetzgeberwillens zu einer konkurrenzrechtlichen Ungleichbehandlung der verschiedenen Tatmodalitäten des § 244 Abs. 1 Nr. 3. Denn dies setzt voraus, dass sich der Gesetzgeber bei der Normierung innerhalb einer Nummer des § 244 über die konkurrenzrechtlichen Folgen dieses Vorgehens Gedanken gemacht hat. Primäre Intention ist jedoch gewesen, diese Art des Diebstahls, die oftmals mit erheblichen psychischen Belastungen der Opfer einhergeht, in all ihren denkbaren Begehungsmodalitäten zu erfassen.⁴⁷ Ob dabei auch **konkurrenzrechtliche Konsequenzen in die Erwägungen miteinbezogen** wurden, erscheint angesichts fehlender Erwähnung in den Gesetzgebungsmaterialien sowie einer gegenüber der Thematik oftmals ohnehin indifferenter Haltung⁴⁸ zweifelhaft. Es steht daher nach Ansicht der Verfasser einem „Splitting“ der konkurrenzrechtlichen Behandlung der Norm nichts entgegen. Vorbehaltlich einer Korrektur im Einzelfall ist daher bzgl. des „Einbrechens“ Konsumtion, für die anderen Modalitäten Tateinheit anzunehmen.

(Henrik Letzer/Niklas Oehrlein)

⁴¹ Niehaus, AL 2014, 151, 154.

⁴² Geppert, Jura 2000, 598, 600.

⁴³ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1296.

⁴⁴ Walter, JA 2004, 133, 137.

⁴⁵ Ähnlich bereits Fahl, JA 2002, 541, 543.

⁴⁶ PKS BKA, 2018, V 1.0, IMK-Bericht, S. 16.

⁴⁷ Vgl. dazu BT-Drs. 13/8587, S. 43.

⁴⁸ Puppe, JuS 2016, 961, 961 ff.

1. Sachverhalt¹

A steht unter Verdacht, zusammen mit einem Unbekannten ein Lebensmittelgeschäft überfallen und neben Bargeld auch eine wertvolle Uhr erbeutet zu haben. Er wird nach Abschluss der Ermittlungen von der StA wegen besonders schweren Raubes angeklagt. Dazu wird in der Anklageschrift im konkreten Anklagesatz und im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zusätzlich angeführt, dass A im Anschluss an den Raub die erbeutete Uhr an B verkauft haben soll. Im Laufe des Prozesses stellt sich heraus, dass sich eine Beteiligung des A am besonders schweren Raub nicht nachweisen lässt. A wird jedoch vom LG Detmold aufgrund des Verkaufs der Uhr zu einer Freiheitsstrafe wegen Betruges gem. § 263 I StGB verurteilt, da das Gericht nun davon ausgeht, dass A den gutgläubigen B getäuscht hat. Hiergegen legt der A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der BGH musste sich mit der Frage beschäftigen, ob der abgeurteilte Betrug, mit der in der Anklageschrift bezeichneten Tat identisch ist. Anderenfalls könnte es nämlich bereits an einer Prozessvoraussetzung, namentlich einer wirksamen Anklageschrift, und somit auch an einem wirksamen Eröffnungsbeschluss gem. § 203 StPO, mangeln.² Kommen im Zuge der Hauptverhandlung weitere Geschehnisse ans

April 2019

„Raub rein – Betrug raus“-Fall

Prozessualer Tatbegriff / Nämlichkeit / Tatmodifikation

§§ 264, 266 StPO

famos-Leitsätze:

1. Die Grenze der zulässigen Tatmodifikation in der Hauptverhandlung bildet das Kriterium der Nämlichkeit.
2. Um einen Gegenpol zum weiten, naturalistischen Tatbegriff des BGH zu bilden, ist das Kriterium der Nämlichkeit eng auszulegen.

BGH, Beschluss vom 13.02.2019 – 4 StR 555/18
(LG Detmold); veröffentlicht in BeckRS 2019, 4012

Licht, so stellt sich die Frage, wie mit derartigen Erkenntnissen umzugehen ist und ob diese auch Gegenstand der Urteilsfindung sein können. Umfasst im vorliegenden Fall nämlich die Darstellung des Lebenssachverhalts in der Anklageschrift nicht den abgeurteilten Betrug, so kann dieser auch nicht Gegenstand eines Urteils sein, da die Urteilsfindung auf die „in der Anklage bezeichnete Tat“ beschränkt ist, § 264 StPO. Möglich ist bei einer solchen Feststellung die Erhebung einer **Nachtragsanklage** gem. § 266 StPO, um die in der Hauptverhandlung in Erscheinung getretene neue Straftat in den Prozess mit einzubeziehen, was hier aber nicht geschehen ist. Die Frage nach dem Umfang der prozessualen Tat hat aber durchaus noch weiter reichende Konsequenzen, sieht man sie im Lichte des Grundsatzes ne bis in idem (Verbot der Doppelbestrafung) bzw. des Strafklageverbrauchs, Art. 103 III GG. Danach ist es nicht möglich,

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

² Eschelbach, in BeckOK, StPO, 32. Edition 2019, § 264 Rn. 16.

jemanden wegen derselben prozessualen Tat erneut zu bestrafen oder auch nur anzuklagen.

Um die weitreichenden Auswirkungen des Tatbegriffs zu veranschaulichen, wird häufig auf die Konstellation verwiesen, in der der Angeklagte wegen Jagdwilderei gem. § 292 StGB zu einer geringen Geldstrafe verurteilt wird. Nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist, wird im Wald die halbverweste Leiche des in Wirklichkeit vom Angeklagten erschossenen Ehemann seiner Geliebten gefunden.³ Es stellt sich die Frage, ob der Schütze im Hinblick auf den Schuss hier erneut angeklagt werden kann.

Neben dem Verbot, den bereits abgeurteilten Täter erneut zu bestrafen, ist es ebenso unzulässig, ihn wegen derselben prozessualen Tat erneut anzuklagen. Mit Zulassung der Anklage durch den Eröffnungsbeschluss wird die Tat rechtshängig. Dies hat zur Folge, dass ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung derselben prozessualen Tat in einem anderen Strafverfahren entsteht.

Zur rechtlichen Würdigung der Problematik bedarf es zunächst einer Erörterung des prozessualen Tatbegriffs i.S.d. § 264 StPO. Eingangs ist festzuhalten, dass der materiell-strafrechtliche Begriff der Tat und der strafprozessuale Begriff der Tat voneinander unabhängig zu betrachten sind.⁴ Nach ständiger Rechtsprechung⁵ ist unter der Tat im prozessualen Sinn „der vom Eröffnungsbeschluss

betroffene Vorgang in seiner Gesamtheit zu verstehen [...]. Gegenstand der Urteilsfindung ist dieser Vorgang, einschließlich aller damit zusammenhängenden und darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die nach der Auffassung des Lebens eine natürliche Einheit bilden“⁶ (**natürlicher Tatbegriff**) und bei getrennter Aburteilung und Würdigung unnatürlich aufzuspalten wären.⁷ Grundsätzlich ist der Begriff derselbe wie in Art. 103 III GG.⁸

Im Schrifttum wird die eben genannte Definition häufig und stark kritisiert.⁹ Anstatt einer interpretationsfähigen, dehnbaren Formulierung wird eine **Normativierung** des prozessualen Tatbegriffs gefordert.¹⁰ Um dieses Ziel zu erreichen, wurden zahlreiche Lösungsmöglichkeiten entwickelt. In der Literatur haben sich folgende Hauptströmungen herausgebildet.¹¹

Die **Handlungstheorien** projizieren den „materiell-rechtlichen Tatbegriff“ auf den prozessualen.¹² Diese Theorien stellen die strengste vertretene Ansicht dar und orientieren sich an der „sachlich-rechtlichen Bewertung von Tateinheit und Tatmehrheit, §§ 52, 53 StGB“.¹³ Sie haben zum Ergebnis, dass bei Vorliegen von Idealkonkurrenz stets eine Tat i.S.d. § 264 StPO anzunehmen ist. Im Falle der Realkonkurrenz kommt hingegen niemals nur eine Tat im prozessualen Sinne in Betracht. Im vorliegenden Fall wären auch nach den Handlungstheorien zwei Taten im prozessualen

³ Hruschka, JZ 1966, 700; Roxin, JR 1984, 346, 348.

⁴ Rosenau, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, § 264 Rn. 8; Stuckenberg, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2013, § 264 Rn. 8.

⁵ RGSt 2, 347, 349 f.; BGH NJW 1960, 110; BGH NJW 1996, 1160; BGH NStZ 1999, 523, 524.

⁶ BGH NStZ 1999, 523, 524.

⁷ BGHSt 45, 211, 212 f.; OLG Braunschweig SVR 2015, 189; Norouzi, in MüKo, StPO, 2016, § 264 Rn. 10; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, § 264 Rn. 2; BGH NJW 2016, 1747.

⁸ BVerfGE 45, 434.

⁹ Norouzi, in MüKo (Fn. 7), § 264 Rn. 12.

¹⁰ Radtke, in Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 264 Rn. 19; Roxin, JR 1984, 346, 248; Roxin, JZ 1988, 260 f.

¹¹ Radtke, in Radtke/Hohmann (Fn. 10), § 264 Rn. 17.

¹² Lee, Die Präzisierung der „Tateinheit“ und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt 40, 138 zum „Fortsetzungszusammenhang“: Zugleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des KorObGH, 2002 S. 224.

¹³ Norouzi, in MüKo (Fn. 7), § 264 Rn. 13.

Sinne anzunehmen. Für diesen Ansatz anzuführen ist die Rechtsklarheit, die mit der konsequenten Anwendung des materiellen Strafrechts für den prozessualen Tatbegriff geschaffen wird. Dieser strenge Grundgedanke könnte jedoch im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber getroffenen Wertung in den §§ 155 II, 264 II StPO stehen, die eine derart strikte Herangehensweise nicht zulässt.¹⁴

Die **Rechtsgutsverletzungstheorien** stellen streng normativ auf die jeweiligen verletzten Rechtsgüter ab. Danach kann eine Tat i.S.d. § 264 StPO nur dann angenommen werden, wenn die gleichen oder sehr ähnliche Rechtsgüter verletzt wurden.¹⁵ Auf eine etwaige Unterscheidung zwischen Real- oder Ideal Konkurrenz kommt es hierbei gerade nicht an. Bei diesen Theorien könnten jedoch die richterliche Kognitionspflicht sowie die Urteilsfindung in unzulässiger Weise eingeschränkt sein.¹⁶ Danach wäre in dem vom BGH zu beurteilenden Geschehen die Annahme einer einzelnen prozessualen Tat nicht ausgeschlossen. § 249 StGB schützt zwei Rechtsgüter, namentlich das Eigentum sowie die Willensfreiheit des Opfers. § 263 StGB schützt das Vermögen. Die Einordnung der Rechtsgüter Eigentum einerseits und Vermögen andererseits als „sehr ähnlich“ wäre hierbei zumindest denkbar.

Die **Kombinationstheorien** differenzieren zunächst zwischen Ideal- und Realkonkurrenz.¹⁷ Bei Vorliegen von Idealkonkurrenz liegt immer nur eine Tat im prozessualen Sinne vor, während es bei Realkonkurrenz auf zusätzliche, normativ zu bestimmende Kriterien ankommen soll, namentlich der Rechtsgutsverletzung und der Unrechtsdimension.¹⁸ Es

scheint hierbei jedoch eher fragwürdig, ob eine solche künstliche Trennung zu der beim natürlichen Tatbegriff kritisierten Rechtsklarheit führt.¹⁹

Seit je her²⁰ bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, die Dimension zu bestimmen, um die der in der Anklage umrissene Lebenssachverhalt in Gestalt gerichtlicher Untersuchungen in der Hauptverhandlung von der letztendlich abgeurteilten Straftat abweichen darf, ohne dass er seine Identität verliert.²¹ Ausgehend vom natürlichen Tatbegriff des BGH stellt sich die Frage, ob zwischen der abgeurteilten Tat und dem von der Anklageschrift erfassten Lebenssachverhalt Identität hergestellt werden kann. Problematisch hierbei ist es, wenn im Laufe der Verhandlung neue Erkenntnisse gewonnen wurden, die geeignet sind, das Tatbild zu verändern. Gem. § 264 I StPO ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Dies zeigt, dass die Hauptverhandlung die eigentliche Untersuchung des in der Anklageschrift bezeichneten Tatvorwurfs darstellt und der in Frage stehende Lebenssachverhalt unter allen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten zu würdigen (**Kognitions-pflicht**) und das Gericht gerade nicht auf die rechtliche Beurteilung der Anklage beschränkt ist.²²

Die Grenzen dieser Pflicht werden anhand des Kriteriums der „**Nämlichkeit**“ definiert,²³ d.h. es muss sich noch um die „nämliche Tat“ handeln, die in der Anklageschrift bezeichnet war. Verändert sich im Laufe des Verfahrens das Bild des Geschehens, auf das die

¹⁴ Vgl. hierzu *Norouzi*, in MüKo (Fn. 7), § 264 Rn. 13.

¹⁵ *Hruschka*, JZ 1966, 700.

¹⁶ Näher *Roxin*, JR 1984, 346, 348.

¹⁷ *Lee* (Fn. 12), S. 224.

¹⁸ *Roxin*, JR 1984, 346, 348; *Roxin*, JZ 1988, 260, 261.

¹⁹ *Norouzi*, in MüKo (Fn. 7), § 264 Rn. 13.

²⁰ Vgl. hierzu das philosophische Paradoxon *The-seus Schiff*; *Georg Washingtons Axt*, worin es

darum geht, ob ein Gegenstand seine Identität verliert, wenn viele bis alle Einzelteile ausgetauscht werden.

²¹ *Stuckenberg*, in Löwe-Rosenberg (Fn. 4), § 264 Rn. 95.

²² *Kuckein/Ott*, in KK, StPO, 8. Aufl. 2019, § 264 Rn. 28; st. Rspr. BGH NStZ 2017, 410, 411; BGH NStZ 2010, 222, 223.

²³ BGH NStZ-RR 2018, 353, 354; BGH NStZ-RR 2006, 316, 317.

Anklageschrift hinweist, so kommt es stets darauf an, ob die Nämlichkeit der Tat trotz dieser Veränderung noch gewahrt ist.²⁴ Bedeutsam ist, ob bestimmte Merkmale die Tat als „einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen“.²⁵ Die entscheidenden Faktoren, um das Tatbild zu kennzeichnen und somit auch die Nämlichkeit zu bestimmen, sind in der Regel Zeit und Ort des Geschehens, das Verhalten des Täters, die Angriffsrichtung sowie das Angriffsobjekt.²⁶ Dabei ist jedoch nicht notwendigerweise einzig und allein auf ein Kriterium abzustellen. In sich überschneidenden Konstellationen ist es unwesentlich, wenn einzelne Geschehensabläufe in der Anklage unerwähnt bleiben.²⁷ Anders ist dies jedoch zu beurteilen, wenn sich die Geschehensabläufe trennen lassen.²⁸ Dabei kommt es stets auf den Einzelfall an.²⁹ Einzig allgemeingültiges Kriterium zur Abgrenzung, ob das Merkmal „dieselbe Tat“ noch erfüllt ist, sind die gleich gebliebenen Umstände, welche geeignet sein müssen, den Vorgang hinreichend zu individualisieren und von anderen Geschehnissen abzugrenzen.³⁰

Hier hatte die StA in der Anklageschrift zwar Ausführungen zum Verkauf der Uhr gemacht, der damit begründete Betrug war aber nicht im Anklagesatz enthalten, was Zweifel an der Tatidentität des abgeurteilten Betrugs und des angeklagten Lebenssachverhalts aufkommen lässt. Als „unverwechselbarer Verfahrensgegenstand“ sollte hier lediglich der Raub gelten. Ob der Betrug dabei noch die „nämliche Tat“ i. S. d. § 264 StPO darstellt, musste am Kriterium der Nämlichkeit beurteilt werden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH setzt in seiner Entscheidung seine ständige Rechtsprechung fort. Der Tatbegriff im prozessualen Sinne sei nicht nur der Lebenssachverhalt, der in der Anklageschrift aufgenommen wurde, sondern das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem von der StA in der Anklage dargestellten Lebenssachverhalt korrespondiert. Er bestätigt weiterhin, dass bei Veränderung des Tatbildes im Laufe der Hauptverhandlung die Identität der Tat im prozessualen Sinne stets gewahrt bleiben muss. Die Grenzen dieser Identität stelle die „Nämlichkeit“ der Tat dar. Insbesondere sei dies dann der Fall, wenn Indizien darauf hindeuten, dass die Tat ferner durch ein **einmaliges und unverwechselbares Geschehen** gekennzeichnet wird.

Im vorliegenden Fall sei der abgeurteilte Betrug zum Nachteil des B nicht von dem in der Anklageschrift dargestellten Lebenssachverhalt umfasst. Dazu führt der BGH aus, dass sich die beiden Lebensvorgänge bezüglich Tatzeit und Tatort unterscheiden und sich insbesondere Abweichungen in Bezug auf das Tatbild, das Tatopfer sowie die Angriffsrichtung ergeben. Darüber könne auch die Tatsache, dass die in Rede stehende Uhr aus dem in der Anklageschrift explizit dargestellten Raub stammt, nicht hinweghelfen. Etwas anderes könnte zwar beim Zusammentreffen von Raub und Hehlerei gelten. Im hier behandelten Fall seien jedoch die Angriffsrichtungen des angeklagten Raubes sowie des abgeurteilten Betruges derart unterschiedlich, dass ein einheitlicher Lebenssachverhalt und ein enger Zusammenhang der beiden Taten fern lägen.

Zwar habe die StA die Tatsache der Veräußerung der Uhr in den Anklagesatz

²⁴ BGH BeckRS 2019, 4012.

²⁵ BGH BeckRS 2014, 23272 Rn. 5; BGH NSTZ-RR 2006, 316, 317; BGH BeckRS 2018, 6552 Rn. 18; BGHSt 32, 215, 218; BGHSt 35, 60, 62; BGH NSTZ 2002, 659.

²⁶ BGH BeckRS 2019, 4012 Rn. 5; *Stuckenberg*, in Löwe-Rosenberg (Fn. 4), § 264 Rn. 95.

²⁷ *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 7), § 264 Rn. 9; BGH NSTZ 2009, 705.

²⁸ BGHSt 32, 215, 216f.; BGHSt 46, 130.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2013, 710; BGH BeckRS 2017, 149147 Rn. 8.

³⁰ Vgl. RGSt 72, 339 f.; BGHSt 10, 137, 139; OLG Karlsruhe VRS 62 (1982), 278, 279.

aufgenommen und sie auch im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen erwähnt. Jedoch sei dies eher erfolgt, um eine Beteiligung des A bei der vorangegangenen Tat zu untermauern, und ersichtlich nicht aus dem Grund der Ausdehnung des Geschehensablaufs auf den abgeurteilten Betrug. Der Anklageschrift sei nicht zu entnehmen, dass die Veräußerung der Uhr auf deliktischem Wege erfolgt ist. Auch dass sich der Verfolgungswille der StA auf den Betrug erstreckt habe, sei nicht nahelegend.

Insbesondere sei die Tatidentität nur dann noch gewahrt, wenn Indizien darauf hindeuten, dass die Tat durch ein **einmaliges und unverwechselbares Geschehen** gekennzeichnet wird.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wie bereits oben festgestellt, ergeben sich mit dem aktuellen Urteil des BGH keine weitreichenden Neuerungen für den prozessualen Tatbegriff und das Kriterium der Nämlichkeit der Tat. Der BGH setzt aber erneut hohe Anforderungen an die Beschaffenheit der Anklageschrift. Die Konsequenzen einer falschen Beurteilung durch StA oder Gericht können durchaus folgeschwer sein. Stellt sich im Laufe des Prozesses heraus, dass eine weitere Tat des Angeklagten im Raum steht, so muss die StA diese durch eine Nachtragsanklage, § 266 StPO, in den Prozess mit einbeziehen. Dazu bedarf es jedoch der Zustimmung des Angeklagten. Verkennt die StA diesen Umstand, so kann diese Tat auch nicht abgeurteilt werden. Macht das Gericht die jeweilige Tat trotzdem zum Gegenstand seines Urteils, so stehen dem Angeklagten Verteidigungsmöglichkeiten in Form von Rechtsbehelfen zur Verfügung. Für die StA empfiehlt es sich, in Grenzfällen Nachtragsanklage zu erheben.

Stellt sich die verfolgte Tat nämlich als andere Tat im prozessualen Sinne dar, so kann diese durch Einziehungsbeschluss des Gerichts zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden.³¹ Stellt sich hingegen heraus, dass die Nachtragsanklage nicht notwendig gewesen wäre, so führt dies in der Revision trotzdem nicht zur Urteilsaufhebung.³² Es liegt dann zwar ein Verfahrensfehler vor, auf diesem beruht das Urteil aber nicht, da die gerichtliche Kognitionsspflicht bereits von Anfang an die abgeurteilte Tat umfasst hat.

Handelt es sich dagegen um die Änderung rein rechtlicher oder tatsächlicher Gesichtspunkte und nicht um eine neue Tat im prozessualen Sinne, so ist der Angeklagte gem. § 265 StPO vom Gericht auf solche Veränderungen seiner Anklage besonders hinzuweisen. Die Strafanklage darf aber nicht in der Gestalt abgeändert werden, dass der angeklagte Sachverhalt mit einem anderen substituiert wird.³³

Während sich in den Konstellationen, in denen es sich um mehrere Taten i.S.d. § 264 StPO handelt, die Konsequenzen einer unterbliebenen Nachtragsanklage in einem reinen Formalismus³⁴ erschöpfen, so müssen die StA und das Gericht bei Klageerhebung und Urteilsfindung dennoch äußerst sorgfältig vorgehen. Stellen sich die Taten nämlich als eine Tat im prozessualen Sinne heraus und ist die rechtliche Würdigung der nachträglich erkannten Tat unterblieben, so kann der Angeklagte auf Grund des Strafklageverbrauchs (Art. 103 III GG) dafür nicht mehr belangt werden.

Die Rechtsprechung des BGH hat mittlerweile auch auf **europäischer Ebene** Anklang gefunden. Der EuGH nähert sich bei seiner Begriffsdefinition im Rahmen des europäischen ne bis in idem gem. Art. 54 SDÜ/Art. 50 GRC dem faktenorientierten Tatbegriff der deutschen Rechtsprechung an.³⁵ Diesen

³¹ *Stuckenberg*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 4), § 266 Rn. 12.

³² *Eschelbach*, in Graf, StPO, 3. Aufl. 2018, § 266 Rn. 34.

³³ BGH NStZ-RR 2018, 353, 354.

³⁴ Wird keine Nachtragsanklage erhoben, so muss die StA erneut anklagen.

³⁵ EuGH NJW 2006, 1781, 1782.

Standpunkt teilt nunmehr auch der EGMR und sieht in der Tat i.S.d. Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Umstände des Lebenssachverhalts als entscheidend an.³⁶

5. Kritik

Dieser Beschluss des BGH zur prozessualen Tat zeigt erneut die Schwachstellen des natürlichen Tatbegriffs und wie willkürlich und unberechenbar dieser gehandhabt werden kann.

Dem BGH ist im Ergebnis dennoch nicht vorzuwerfen, an diesem ontologischen Begriffsverständnis festzuhalten. Die in den §§ 155 II, 264 II StPO getroffene Wertung des Gesetzgebers kann überwiegend durch einen individualistischen, naturalistischen Tatbegriff eingehalten werden. Die damit einhergehende weite Dimension des § 264 StPO ist notwendig, um der gerichtlichen Kognitions-pflicht hinreichend Rechnung zu tragen, den Schutz des Angeklagten aus dem Grundsatz *ne bis in idem*, Art. 103 III GG, Art. 6 EMRK, zu garantieren und in der Praxis tragbare Ergebnisse zu gewährleisten. Mangels einer besseren Alternative ist der natürliche Tatbegriff des BGH die vielversprechendste Auslegung des prozessualen Tatbegriffs.

Fraglich könnte im konkreten Urteil dennoch die Ablehnung der Identität des abgeurteilten Betrugs mit dem in der Anklageschrift aufgenommenen Lebenssachverhalt sein. Denn wenn nach Ansicht der Rechtsprechung Raub und Hehlerei regelmäßig nur eine Tat im prozessualen Sinne darstellen, erscheint die gleiche Annahme bei Zusammentreffen von Raub und Betrug nicht unvorstellbar, wie auch vom LG Detmold angenommen.

Entfernt man sich von dieser abstrakten Option und betrachtet die konkrete Anklageschrift näher, so wird jedoch deutlich, dass der BGH hier richtig entschieden hat.

Gem. § 200 I StPO muss die Tat so präzise umschrieben werden, dass der Gegenstand des Verfahrens unverwechselbar gekennzeichnet wird.³⁷ Dabei sind in der Konkretisierung der Anklageschrift nur diejenigen Tatsachen zu erwähnen, die dem Täter auch vorgeworfen werden. Das aufgenommene tatsächliche Geschehen, muss mit dem abstrakten Tatvorwurf und der Liste der anzuwenden Vorschriften in vollem Umfang korrespondieren. Dies war hier ersichtlich nicht der Fall. Anklage fand der Verkauf der Uhr zwar in der Anklageschrift, jedoch stand dieser in keinerlei Zusammenhang mit dem ursprünglichen Tatvorwurf des Raubes und hätte gar keiner Erwähnung bedurft. Die StA wäre also angehalten gewesen, eine Nachtragsanklage zu erheben, um den Betrug noch zum Gegenstand des Verfahrens zu machen und damit eine Aburteilung zu ermöglichen.

Folglich wird am Beschluss des BGH deutlich, dass er trotz des grds. weit gefassten, natürlichen Tatbegriffs diesen in seiner Anwendung in Bezug auf die Klageschrift dennoch eng auslegt. Dies ist auch notwendig, um einen Gegenpol zum weiten natürlichen Tatbegriff zu bilden und diesen nicht ausufern zu lassen. Diese Vorgehensweise vermag zwar nicht die mit dem naturalistischen Tatbegriff geschaffenen Unklarheiten in der praktischen Anwendung zu beseitigen. Jedoch ist sie notwendig, um eine hinreichende Konkretisierung der Anklageschrift zu gewährleisten und den Verfahrensbeteiligten unmissverständlich den Prozessgegenstand in sachlicher Hinsicht klar zu machen.

Somit lässt sich sagen, dass die vom BGH getroffene Entscheidung nicht zu beanstanden ist.

(Lorenz Gemeinhardt/Martin Schubert)

³⁶ EGMR NJOZ 2010, 2630, 2632; Zum Wandel des Tatbegriffs auf europäischer Ebene siehe Jung, GA 2010, 472, 474 f.

³⁷ Eschelbach, in BeckOK (Fn. 2), § 264 Rn. 16.

1. Sachverhalt¹

Rechtsanwalt A verteidigt seinen Mandanten in einem Steuerstrafverfahren und legt dem Gericht hierbei nur unzureichend die beweiserheblichen Dokumente vor. Aufgrund dessen ordnet das LG die Beschlagnahme der fehlenden Dokumente bei A und dem Mandanten an. A teilt der Ermittlungsbehörde den falschen Abgelegt mit. Bei einer anschließenden Beschlagnahme in der Wohnung des A, bestreitet dieser auf Nachfrage der Ermittlungsbeamten unzutreffenderweise, über weitere Beweismittel zu verfügen. Diese werden dem Gericht von A erst nach einiger Zeit übergeben, was eine Verfahrensverzögerung von neun Monaten zur Konsequenz hat. Das LG legt dem OLG aufgrund dessen den Antrag auf Ausschluss des Verteidigers vor. Daraufhin schließt das OLG den A wegen des dringenden Tatverdachts einer zumindest versuchten Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB vom Verfahren aus.

A legt sofortige Beschwerde gegen den Ausschluss nach § 138c Abs. 1 S. 1, § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO beim BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Diese Bearbeitung beschäftigt sich vorrangig mit den zwei Hauptproblemen des Falles. Zum einen ist die Frage der Abgrenzung zwischen zulässiger Strafverteidigung und einer Strafvereitelung zu klären, wobei auch auf die

Mai 2019

„Dokumenten-Asyl“-Fall

Zulässige Strafverteidigung / Beschlagnahmeverbot / Wahrheitspflicht

§§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 138a StPO; § 258 StGB

famos-Leitsätze:

1. Eine zulässige Strafverteidigung erstreckt sich grundsätzlich nicht auf wahrheitswidrige Aussagen des Verteidigers.
2. Das Zurückhalten von beschlagnahmefähigen Beweismitteln und die daraus resultierende Verzögerung ist unzulässig.

BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 Ars 121/18, veröffentlicht in NSTZ 2019, 100.

Auswirkungen der Beschlagnahmefähigkeit von Gegenständen des Mandanten auf das Verteidigerhandeln einzugehen ist. Zum anderen ist festzustellen, ob eine rein zeitliche Verzögerung der Strafverfolgung eine Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB begründen kann.

Besteht der hinreichende Verdacht einer Strafvereitelung durch den Verteidiger, ist dieser von der Mitwirkung am Strafverfahren auszuschließen (§ 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO).²

Um die Reichweite des zulässigen Verteidigerhandelns zu bestimmen, ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob die gesuchten Dokumente einem **Beschlagnahmeverbot** gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO unterliegen. Dies würde dazu führen, dass sie nicht beschlagnahmt bzw. im Prozess nicht verwertet werden dürfen.³ Beschlagnahmeverbote können sich aus den Regelungen der §§ 96, 97, 160a StPO

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

² KG NSTZ-RR 2016, 18; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 19

Rn. 49; Wohlers, in SK-StPO, StPO, 5. Aufl. 2016, Band 3, § 138a Rn. 9.

³ Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 612 f.

ergeben. In dem vorliegenden Fall könnte einzig ein solches aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO bestehen. Diese Vorschrift verweist hinsichtlich der Beschlagnahmeverbote auf das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3b StPO. Werden dem Verteidiger Tatsachen anvertraut, die mit seiner Berufsausübung im engen Zusammenhang stehen, ist § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO einschlägig.⁴ Danach ist die Beschlagnahme von spezifischem Verteidigungsmaterial und Mandantendaten unzulässig.⁵ Vom Beschlagnahmeverbot ausgenommen sind jedoch solche Gegenstände, die zur Begehung der Tat genutzt oder aus dieser entstanden sind, namentlich auch „**verfängliche Geschäftsunterlagen**“.⁶ Diese dürfen ebenfalls nicht beim Verteidiger versteckt werden, denn das Verteidigungsverhältnis begründet kein Recht, Beweismitteln „Asyl“ zu gewähren.⁷ Handelte es sich hingegen um beschlagnahmefähige Dokumente, so war es A nicht gestattet, diese zurückzuhalten.

Dann bleibt aber die Frage, inwieweit der Verteidiger seinem Beruf straffrei nachgehen kann. Grundsätzlich macht sich ein Verteidiger nicht strafbar, solange er sich prozessual zulässiger Mittel bedient.⁸

Es ist zu prüfen, welche Mittel die Grenze des prozessual Zulässigen überschreiten und gleichzeitig eine Tathandlung im Sinne des § 258 Abs. 1 StGB darstellen. Die Bestimmung der Schwelle zwischen noch zulässiger

Verteidigung und strafbarer Handlung richtet sich nach der Rechtsstellung des Verteidigers.

Nach der überwiegend vertretenen **Organtheorie**⁹ agiert der Verteidiger als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und als Beistand des Mandanten (§ 137 Abs. 1 StPO).¹⁰ Aus dieser Doppelstellung ergibt sich ein Spannungsverhältnis¹¹ zwischen den widerstreitenden Interessen. Der Verteidiger ist einerseits zur Treue und Interessenvertretung gegenüber seinem Mandanten verpflichtet und andererseits zur Mitwirkung an einer effektiven Straf rechtspflege.¹² Darüber hinaus ist er durch seine Schweigepflicht gem. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht verpflichtet, eigenständig die Wahrheit vorzubringen.¹³ Überschneiden sich allerdings beide Interessen, so ist die Verpflichtung gegenüber dem Mandanten vorrangig.¹⁴ Im Rahmen dieser Theorie ist zu beachten, dass der Kernbereich der Effektivität der Rechtspflege nicht berührt werden darf.¹⁵ Lügt der Verteidiger, so missbraucht er seine Rechte und geht zu weit.¹⁶ Ihm obliegt eine **Wahrheitspflicht**, sodass alles, was er sagt, wahr sein muss. Daraus resultiert jedoch nicht die Pflicht, alles zu sagen, was er tatsächlich weiß.¹⁷ Denn wäre der Verteidiger hierzu verpflichtet, verstoße er gegen die **Verschwiegenheits- und Treuepflicht** gegenüber seinem

⁴ Greven, in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 97 Rn. 20.

⁵ Dann, NJW 2015, 2609, 2611; Hauschild, in MüKoStPO, 2014, Band 1, § 94 Rn. 36.

⁶ Dann, NJW 2015, 2609, 2612.

⁷ Menges, in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2019, Band 3/1, § 97 Rn. 94; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 2), § 33 Rn. 20; Wohlers/Greco, in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, Band 2, § 97 Rn. 93.

⁸ Altenhain, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Band 3, § 258 Rn. 32; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 174; Hecker, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 258 Rn. 19; Näheres i.R.d. folgenden Organtheorie.

⁹ Weitere Theorieansätze vgl. Beulke, Strafprozessrecht (Fn. 8), Rn. 151 ff.

¹⁰ BVerfGE 16, 214, 216; BVerfG NJW 2004, 1305, 1307; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 2), § 19 Rn. 3; Wohlers, in SK-StPO (Fn. 2), vor §§ 137 ff. Rn. 4.

¹¹ Cramer, in MüKoStGB, StGB, 3. Aufl. 2017, Band 3, § 258 Rn. 20.

¹² BGH NStZ 2011, 294, 295; BVerfG NJW 2004, 1305, 1307.

¹³ Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 258 Rn. 19.

¹⁴ BVerfG NJW 1996, 3267; Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn. 11.

¹⁵ BGHSt 29, 99, 106; Beulke, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl. 2019, § 137 Rn. 8.

¹⁶ Beulke, in Strafprozessrecht (Fn. 8), Rn. 150.

¹⁷ BVerfGE 38, 105; Satzger, Jura 2007, 759.

Mandanten.¹⁸ Daher darf der Verteidiger entgegen seiner Überzeugung auch auf einen Freispruch plädieren. Reichen die vorliegenden Beweise nicht aus, um den Mandanten zu verurteilen, so darf der Verteidiger sogar wider besseres Wissen unter Hinweis auf diesen Umstand an dem Freispruch festhalten.¹⁹ Darüber hinaus ist es ihm aber verboten, Beweismittel und Spuren zu beseitigen oder zu verfälschen.²⁰ Der BGH erachtet außerdem das Abraten von einem Geständnis oder einer Selbstanzeige des Mandanten als zulässig.²¹ Auch kann das Stellen von einem aussichtslosen Rechtsmittel laut Rechtsprechung nicht grundsätzlich verboten sein, auch wenn dadurch das Verfahren verzögert wird.²² Hierbei bemessen sich die Grenzen an dem vom BGH anerkannten Missbrauchsverbot.²³ Der Zweck des Strafverfahrens ist es, zeitnah eine angemessene Entscheidung auf Grundlage einer umfassenden Sachaufklärung herbeizuführen. Der Gebrauch prozessualer Rechte ist unzulässig, soweit hierdurch verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Ziele verfolgt werden.²⁴ Das Stellen eines einzelnen Antrags in Verzögerungsabsicht entspricht regelmäßig keinem Missbrauch. Ist das Verteidigerhandeln hingegen auf das Verhindern einer zeitgerechten Sachverhaltsaufklärung gerichtet, kann im Einzelfall eine unzulässige Konfliktverteidigung vorliegen. Mangels allgemeiner Regelungen ist sich an Anhaltspunkten wie der Häufung der Anträge, als auch bestimmte Verhaltensweisen des Verteidigers zu orientieren.²⁵ Der unzulässige Gebrauch prozessualer Rechte überschreitet das zulässige

Verteidigerhandeln und kann demnach eine Strafbarkeit nach § 258 StGB begründen.

Ferner wird im Rahmen des § 258 StGB ein **Taterfolg** gefordert. Dazu muss die Strafe oder Maßnahme **gänzlich oder zum Teil vereitelt** worden sein. Eine gänzliche Vereitelung der Strafe oder Maßnahme liegt vor, wenn diese jedenfalls endgültig aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr verhängt werden kann.²⁶ Es stellt sich die Frage, ob auch eine rein zeitliche Verzögerung der Strafverfolgung eine Strafbarkeit des Verteidigers nach § 258 Abs. 1 StGB begründet. Nach überwiegender Auffassung stellt auch die alleinige Verzögerung der Strafverhängung für **geraume Zeit** eine gänzliche Vereitelung dar.²⁷ Die Rechtsprechung verfährt jedoch uneinheitlich damit, was unter diesem Kriterium zu verstehen ist. Teilweise wird eine Verzögerung von 14 Tagen nicht unter „geraume Zeit“ gefasst.²⁸ In einem anderen Fall wurde eine hinreichende Verzögerung schon nach lediglich 10 Tagen bejaht.²⁹ Unter Hinweis auf § 229 Abs. 1 StPO stellt die Literatur auf einen Zeitraum von 21 Tagen ab.³⁰ Vorliegend ergibt sich durch das Handeln des A eine Verzögerung von rund neun Monaten. Dies würde in jedem Fall für eine Strafbarkeit nach § 258 StGB ausreichen.

Die herrschende Auffassung, die also eine zeitliche Verzögerung genügen lässt, beruft sich auf den gesetzgeberischen Willen.³¹ Ferner spreche der Schutzzweck der Norm, eine

¹⁸ Cramer, in MüKoStGB (Fn. 11), § 258 Rn. 20; Dabs, Handbuch des Strafverteidigers (Fn. 14), Rn. 48 f.

¹⁹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 2), § 19 Rn. 16; Wohlers, in SK-StPO (Fn. 2), vor §§ 137 ff. Rn. 76.

²⁰ Beulke, in Strafprozessrecht (Fn. 8), Rn. 175.

²¹ BGHSt 2, 375, 377.

²² LG Augsburg NJW 2012, 93, 94.

²³ BGHSt 38, 111.

²⁴ Senge, NSTZ 2002, 225, 226 f.

²⁵ Senge, NSTZ 2002, 225, 228.

²⁶ Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 258 Rn. 8; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 258 Rn. 14.

²⁷ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 258 Rn. 4.

²⁸ Vgl. BGH wistra 1995, 143.

²⁹ Vgl. OLG Stuttgart NJW 1976, 2084.

³⁰ Jahn, JZ 2006, 1134, 1136; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 27), § 258 Rn. 4.

³¹ Altenhain, in NK-StGB (Fn. 8), § 258 Rn. 49.

zeitnahe Ahndung zu garantieren, für diese Ansicht.³²

Die Gegenmeinung lehnt eine Strafvereitelung durch Verzögerung hingegen ab. Begründet wird dies mit der **unzureichenden Bestimmtheit**, die nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sei.³³ In diesem Fall würde hiernach eine Strafbarkeit gem. § 258 Abs. 1 StGB ausscheiden, da eine Aburteilung des Mandanten des A noch möglich ist.

Entgegen der herrschenden Meinung sei jedoch aus den Gesetzesunterlagen³⁴ der genannte gesetzgeberische Wille nicht zu entnehmen. Lasse man die rein zeitliche Verzögerung tatbestandlich ausscheiden, so wirke sich das auf den Zeitpunkt der Aburteilung der Strafvereitelung aus. Deutlich werde dies am Beispiel des Totschlags gem. § 212 StGB. Dieser verjährt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB erst nach 20 Jahren. Erst ab diesem Zeitpunkt kann nicht mehr abgeurteilt werden. Eine mögliche Strafvereitelung sei daher erst mit Ablauf der Verjährungsfrist vollendet. Eine Vereitelung wegen Totschlags könne demnach erst ab diesem Zeitpunkt geahndet werden. Demgegenüber wäre bei Mord gem. § 211 StGB aufgrund fehlender Verjährung (§ 78 Abs. 2 StGB) grundsätzlich keine gänzliche Vereitelung möglich. Diesem Kritikpunkt sei jedoch entgegenzuhalten, dass eine endgültige Aburteilung auch durch einen unrechten Freispruch eintritt. Zudem weisen besonders lange Verjährungsfristen auf die Bedeutung des Deliktes hin, wodurch nicht schon nach wenigen Tagen ein Vereitelungserfolg i.S.d. § 258 StGB anzunehmen sei.³⁵

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH nennt selbst die Grenzen zulässiger Strafverteidigung. Er stellt heraus, dass der Verteidiger in Wahrnehmung seines Mandats Beweismittel in Besitz nehmen und diese zur Untersuchung und Auswertung aufbewahren

kann. Allerdings sei er nicht verpflichtet, diese dem Strafgericht oder den Ermittlungsbehörden unaufgefordert vorzulegen. Alleine Beweismittel, die originär durch die Verteidigung hervorgebracht wurden oder spezifisches Verteidigungsmaterial darstellen, könne der Verteidiger dem staatlichen Zugriff entziehen. Die Beschlagnahme von Dokumenten, die nicht für die Verteidigung notwendig sind, dürfe jedoch nicht umgangen werden, indem man Beweise zurückhält und falsche Angaben bezüglich des Belegenheitsortes macht. Ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO von Gegenständen, die im Vertrauensverhältnis entstanden sind, erstrecke sich nicht auf Beweisurkunden ohne Kommunikationsinhalte aus dem Mandatsverhältnis sowie auf nicht originäres Verteidigungsmaterial. „Verfängliche Geschäftsunterlagen“ und „Überführungsstücke“ sollen von Beschlagnahmeverboten unberührt bleiben. Auch sei es unzulässig, gesuchte Beweisgegenstände in seinen Räumen zu verstecken und diesen „Asyl“ zu gewähren. Der Verteidiger sei nicht befugt, über die Herausgabe derselben zu entscheiden, da die staatliche Verwertung Vorrang gegenüber solcher zu Verteidigungszwecken habe.

Die Verzögerung der Strafahndung des Mandanten von neun Monaten erfülle das Kriterium der geraumen Zeit. Die teilweise Strafvereitelung sei hierdurch vollendet. Der BGH stützt dies auf den Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB und den Willen des Gesetzgebers.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH reiht sich mit der Beurteilung wahrheitswidriger Aussagen des Verteidigers als unzulässige Verteidigungshandlung in die herrschende Auffassung ein. Die Argumentation hierfür fügt sich nahtlos in die Ansicht der Organtheorie ein, indem der BGH die

³² Cramer, in MüKoStGB (Fn. 11), § 258 Rn. 24; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 8), § 258 Rn. 14.

³³ Altenhain, in NK-StGB (Fn. 8), § 258 Rn. 49.

³⁴ BT-Drs. 7/550, S. 249.

³⁵ Vgl. Altenhain, in NK-StGB (Fn. 8), § 258 Rn. 49.

Wahrheitspflicht des Verteidigers scheinbar unstreitig anerkennt. Darüber hinaus stellt der BGH erstmalig klar, dass der Verteidiger im Rahmen seines Mandats gesuchte Beweisgegenstände nicht gezielt in seinen Räumen verstecken darf. Ebenfalls scheint das Gericht die zeitliche Verzögerung unter den Tatbestand des § 258 StGB zu fassen. Damit wird der Tatbestand weit gefasst und die Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit erhöht. Der BGH erkennt eine Verzögerung von geraumer Zeit als Taterfolg an und setzt entgegen der Gegenansicht keine faktisch endgültige Vereitelung voraus. Weitreichende Konsequenzen ergeben sich sowohl für den Verteidiger als auch für den Mandanten aus dem strafprozessualen Problem des Ausschlusses des Verteidigers gem. § 138a StPO. So wird zum einen der Mandant in seiner Wahl eines rechtlichen Vertreters gem. § 137 Abs. 1 S. 1 StPO beschränkt. Diese Freiheit muss jedoch schon aufgrund des fair-trial-Grundsatzes gewahrt sein. Begründet wird dies mit dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG.³⁶ Zum anderen bedeutet der Ausschluss für den Verteidiger einen tiefen Einschnitt in die Ausübung seines Berufs. Kommt es zu einer **Verurteilung** gem. § 258 StGB, gilt er als vorbestraft. Durch den Eintrag im Bundeszentralregister kann dies bei einem Wechsel des Verteidigers in den Staatsdienst zu Problemen führen.³⁷ Das Worst-Case-Szenario für den Verteidiger stellt der mögliche Widerruf der Anwaltszulassung dar. Gem. § 14 Abs. 2 BRAO kann die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft für die Zukunft zurückgenommen werden.³⁸ Bei einer Verurteilung des Verteidigers kommt gem. § 14

Abs. 2 Nr. 2 BRAO ein zwingender Widerruf³⁹ in Betracht. Dies setzt eine strafgerichtliche Verurteilung des Rechtsanwalts voraus, aufgrund welcher er die Fähigkeit verliert, ein öffentliches Amt auszuüben. Als Pendant zu § 7 Nr. 2 BRAO setzt § 14 Abs. 2 Nr. 2 BRAO eine Verurteilung wegen eines Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus.⁴⁰ Dabei sind der Grund der Verurteilung und deren Umstände nicht zu berücksichtigen.⁴¹ Der Entzug der Anwaltszulassung trägt zu einer funktionsfähigen Rechtspflege bei und ist verfassungsgemäß.⁴² Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit ist gewahrt, da die gesetzlichen Anforderungen für den Widerruf bereits hoch angesetzt sind.⁴³ Nach fünf Jahren kann der Rechtsanwalt gem. § 45 Abs. 1 StGB erneut die Zulassung beantragen.⁴⁴ Hinsichtlich einer Strafvereitelung ist festzustellen, dass es sich gem. § 12 Abs. 2 StGB um ein Vergehen handelt. Damit wäre der Widerruf der Anwaltszulassung wegen einer Strafbarkeit gem. § 258 Abs. 1 StGB nicht möglich.

Weiter muss eine fehlende Strafbarkeit nach § 258 StGB nicht zwingend Straffreiheit bedeuten. Verfahrenswidriges Handeln kann u.U. auch über Vorschriften wie §§ 113, 153 ff., 164, 240, 261 StGB geahndet werden.⁴⁵

Die Richter des BGH empfanden diese Problematik als so bedeutend, dass eine Veröffentlichung in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für Strafsachen (BGHSt) vorgesehen ist. Zudem stellt der vorliegende Fall eine examensrelevante Thematik dar, da hier ein materiellrechtliches

³⁶ Vgl. BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105, 11.

³⁷ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 2), § 58 Rn. 13.

³⁸ Vossebürger, in Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 14 Rn. 4.

³⁹ Henssler, in Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 10; Kleine-Cosack, in BRAO, 5. Aufl. 2008, § 14 Rn. 7.

⁴⁰ Vossebürger, in Feuerich/Weyland (Fn. 38), § 14 Rn. 19.

⁴¹ Henssler, in Henssler/Prütting (Fn. 39), § 14 Rn. 11; Kleine-Cosack, in BRAO (Fn. 39), § 14 Rn. 7.

⁴² Henssler, in Henssler/Prütting (Fn. 39), § 14 Rn. 10.

⁴³ Vossebürger, in Feuerich/Weyland (Fn. 38), § 14 Rn. 19.

⁴⁴ Kleine-Cosack, in BRAO (Fn. 39), § 14 Rn. 7.

⁴⁵ Altenhain, in NK-StGB (Rn. 8), § 258 Rn. 77; Hecker, in Schönte/Schröder (Fn. 8), § 258 Rn. 44.

Problem in eine strafprozessuale Frage eingebunden werden kann.

5. Kritik

Grundsätzlich ist im Rahmen der Diskussion bezüglich der Abgrenzung zwischen zulässiger Verteidigung und Strafvereitelung die unzureichende gesetzliche Regelung ein ausschlaggebender Aspekt. Die daraus resultierende Unsicherheit wirkt sich unmittelbar auf den Verteidiger aus. Verteidiger sind in der Praxis gezwungen sich an der Rechtsprechung und an den wenigen Regelungen aus der StPO zu orientieren. Das kann allerdings im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, da die Urteilsfindung von der Auffassung des Gerichts abhängt. Gerade Verteidiger sind einem hohen Risiko ausgesetzt, sich strafbar zu machen. Eine Normierung, die zulässiges Verteidigerhandeln festsetzt ist allerdings keine Alternative. Um dem Verteidiger Sicherheit bezüglich seines Handelns zu geben, müsste man auf jeden Einzelfall eingehen. Dies erscheint im Gesetz nicht umsetzbar. Positiv fällt auf, dass der BGH sich detailliert mit der Frage auseinandersetzt, inwieweit Unterlagen beschlagnahmefähig sind. Er stellt fest, dass ein Beschlagnahmeverbot auch nicht durch den Verteidiger umgangen werden darf.

Noch deutlicher zeigt sich die Unsicherheit bei näherer Betrachtung des Kriteriums der „geraumen Zeit“ aufgrund der Inkonsistenz der Rechtsprechung zu den verschiedenen zeitlichen Grenzen. Zwar fällt die Verzögerung von neun Monaten vermutlich unproblematisch in das Kriterium der geraumen Zeit, jedoch ist die Verwirklichung des § 258 StGB durch reine Verzögerung an sich nicht unstrittig. Gegen eine Strafvereitelung durch die zeitliche Verzögerung spricht der Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB. Daher muss gerade dem Argument der unzureichenden Bestimmtheit und dem Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG bei der Annahme zeitlicher Grenzen Beachtung geschenkt werden. Es ist äußerst fragwürdig, eine geringe zeitliche Verzögerung einem gänzlichen Ausbleiben der

Strafahndung gleichzusetzen und dies unter den Oberbegriff der gänzlichen Vereitelung zu fassen. Dies kann schon im Hinblick auf die Folgen nicht gleich zu bewerten sein, da im Fall der Verzögerung eine Bestrafung eben noch möglich ist. Daher wäre es erforderlich, den Wortlaut des § 258 StGB anzupassen, sofern die Verzögerung weiterhin eine Strafbarkeit begründen soll. Im Ergebnis ist der Beschluss des BGH zwar nachvollziehbar, jedoch ist die Begründung teilweise ungenau. So ist es zumindest fraglich, weshalb sich der BGH auf den Taterfolg einer teilweisen Vereitelung im Rahmen der Verzögerung bezieht. Eine Verzögerung der Strafverhängung stellt der herrschenden Meinung zufolge eine gänzliche Vereitelung dar. Zwar erkennt der BGH die Verzögerung als tatbestandsmäßig an, jedoch ist seine Begründung anhand des Wortlauts un schlüssig.

Insgesamt scheint der BGH ergebnisorientiert zu urteilen und schafft keine umfassende Richtlinie, an welcher sich die Strafverteidiger orientieren können. Auf die Bedenken bezüglich der zeitlichen Verzögerung geht der BGH nicht ein, obwohl dieser Umstand offensichtlich begründungsbedürftig ist.

(Carolyn Fleitmann/Lorena Hillenbrand)

1. Sachverhalt¹

A fährt mit einem Auto zum Haus seiner ehemaligen Lebensgefährtin. Diese fühlt sich von ihm belästigt und verständigt die Polizei. A, der keine Fahrerlaubnis besitzt, noch nie besessen hat und deswegen auch schon vorbestraft ist, begibt sich daraufhin wieder in den Wagen und fährt anschließend mit Schrittgeschwindigkeit in der Nähe des Hauses umher. Wenig später treffen die Polizeibeamten B und C ein, die so gleich A in dem langsam umherfahrenden PKW vermuten. Die Beamten entschließen sich, eine Fahrzeugkontrolle durchzuführen. Hierfür stellt sich der Polizist B mittig auf die Fahrbahn und gibt dem sich nähernden A mit Hand- und Leuchtzeichen zu erkennen, dass dieser anhalten soll. A fährt in Schrittgeschwindigkeit weiter auf P zu, obwohl er dessen Aufforderung, den Wagen zu stoppen, erkennt. Bei einem verbleibenden Abstand von ca. 20-30m zu B beschleunigt A schlagartig, um sich der bevorstehenden Kontrolle zu entziehen. B sieht keine andere Möglichkeit mehr, als dem heranrasenden PKW auszuweichen und tritt rasch zwei Schritte zur Seite, um nicht erfasst zu werden. Bei unveränderter Fahrweise steuert A geradeaus weiter und passiert dabei B mit nur einer Armlänge Abstand. A erkennt dabei die Möglichkeit, B zu erfassen und zu verletzen, vertraut aber darauf, dass dieser die Gefahr erkennt und

Juni 2019

„Knapp daneben ist nicht vorbei“-Fall

Tätlicher Angriff / Neufassung der §§ 113, 114 StGB / erhöhter Schutz für Amtsträger

§ 114 StGB

famos-Leitsätze:

1. Ein tätlicher Angriff ist eine mit feindseligem Willen auf einen anderen gerichtete Einwirkung, ohne Rücksicht auf eine körperliche Berührung.
2. Der Vorsatz muss weder die Körperverletzungseignung noch den tatsächlichen Eintritt einer solchen umfassen.

OLG Hamm, Beschluss vom 12.02.2019 – 4 RvS 9/19; veröffentlicht in BeckRS 2019, 3129

rechtzeitig zur Seite tritt, sodass er nicht verletzt wird.

Das AG verurteilt A zunächst nur wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis. Gegen das Urteil legt die StA Berufung zum LG ein. Dieses ändert das amtsgerichtliche Urteil dahingehend ab, dass A zusätzlich wegen eines tätlichen Angriffs auf einen Vollstreckungsbeamten gemäß § 114 Abs. 1 StGB² verurteilt wird. Gegen das Urteil des LG legt A mit einer Sachrüge Revision zum OLG ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Ein Anstieg der Gewaltdelinquenz gegen Polizeibeamte sowie zunehmende Respektlosigkeit gegenüber Amtsträgern hat im Jahre 2017 zu der Neuregelung der §§ 113 ff. geführt.³ Die Tatbestandsalternative „tätlicher

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Vgl. dazu den Gesetzesentwurf der Fraktion der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/11161, S. 1; kritisch zu den Zahlen *Puschke/Rienhoff*,

Angriff“ wurde aus § 113 a.F. herausgenommen und ist seither im § 114 n.F. normiert. Diese neue Regelung lässt nun einen tätlichen Angriff bei jeder Diensthandlung genügen und erfasst damit wesentlich mehr Fälle als der § 113 a.F., der auf einen tätlichen Angriff bei einer Vollstreckungshandlung beschränkt war. Darüber hinaus sieht § 114 n.F. im Mindestmaß eine Freiheitsstrafe von drei Monaten vor und hebt das Strafhöchstmaß von drei Jahren auf fünf Jahre an.⁴ Zu klären ist, welche Anforderungen nunmehr an das Vorliegen eines „tätlichen Angriffs“ zu stellen sind und – ob mit Blick auf den Sachverhalt – bereits das Zufahren mit einem PKW auf einen Polizeibeamten, ohne diesen überhaupt zu berühren oder zu verletzen, eine Strafbarkeit nach § 114 n.F. begründet.

Im Rahmen von § 113 a.F. hat man bisher unter einem tätlichen Angriff jede in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung ohne Rücksicht auf ihren Erfolg verstanden.⁵ Diese Definition hob hervor, dass es bei einem Angriff gerade nicht um den Eintritt einer Körperverletzung oder einer sonstigen Schädigung geht.⁶ Dies folgt daraus, dass ein Angriff im Rechtssinne, wie er z.B. in § 32 zugrunde gelegt wird, als Bedrohung rechtlich geschützter Interessen ver-

standen wird.⁷ Es genügt somit eine Bedrohungslage. Umstritten ist, ob angesichts der Neuerung die bisherige weite Definition nach wie vor zur Bestimmung des tätlichen Angriffs im Rahmen von § 114 n.F. heranzuziehen ist.

Eine **weite Auffassung** bejaht dies und setzt die Erheblichkeitsschwelle weiterhin niedrig an.⁸ Danach sind weder eine körperverletzungsgeeignete Handlung noch ein darauf bezogener Vorsatz erforderlich.⁹ Selbst eine Freiheitsberaubung kann einen tätlichen Angriff darstellen.¹⁰ Von dieser Ansicht werden somit beispielsweise das Abgeben von Schreckschüssen¹¹ oder das Ausholen zum Schlag erfasst.¹² Die Gemeinsamkeit all dieser Beispiele liegt darin, nicht zur Körperverletzung geeignet zu sein, wohl aber eine in feindseliger Willensrichtung vorgenommene Einwirkung darzustellen.

A ist im hier mit aufheulendem Motor auf den mitten auf der Fahrbahn stehenden B zugefahren und nur dank dessen blitzschneller Reaktion nicht mit ihm in Berührung gekommen. Eine Kollision mit dem PKW würde ohne Zweifel zu erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit des B führen. Eine auf den Körper des Polizisten zielende Einwirkung ist damit gegeben. Diese Einwirkung hat A, der sich der bevorstehenden Kontrolle entziehen wollte, auch erkannt. Der extensiven Ansicht zufolge hat A

JZ 2017, 924, 925 f.; Prittwitz, KriPoZ 2018, 44, 45.

⁴ BT-Drs. 18/11161, S. 1.

⁵ RGSt 59, 264, 265; BGH NJW 1982, 2081; KG StV 1988, 437; Dallmeyer, in BeckOK-StGB, 42. Edition 2019, § 114 Rn. 5; Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 114 Rn. 4; Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 114 Rn. 5; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 114 Rn. 5; Heger, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 114 Rn. 2; König/Müller, ZIS 2018, 96, 99; Otto, JR 1983, 72, 74; Wolters, GA 2002, 303, 311 f.

⁶ Rosenau, in LK, StGB, Band 5, 12. Aufl. 2009, § 113 Rn. 26.

⁷ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 18 Rn. 6; Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2017, Rn. 202.

⁸ Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 114 Rn. 4; Fischer (Fn. 5), § 114 Rn. 5; Kulhanek, JR 2018, 551, 554.

⁹ Wie hier Kulhanek, JR 2018, 551, 554.

¹⁰ RG 41, 181; Eser, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 114 Rn. 4.

¹¹ BSG NJW 2003, 164; Kindhäuser, in LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 113 Rn. 14; Paeffgen, in NK-StGB, Band 1, 5. Aufl. 2017, § 113 Rn. 31.

¹² Fahl, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 5), § 114 Rn. 5.

einen tätlichen Angriff vorgenommen und sich gem. § 114 strafbar gemacht.

Eine andere Ansicht hingegen fordert nach der Neuregelung des § 114 nun eine **restriktive Auslegung** des tätlichen Angriffs.¹³ Erforderlich ist danach eine Handlung, die konkret dazu geeignet ist, nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen. Ein bloß leichtes Schubsen, Stoßen oder Rempeln eines Amtsträgers stellt danach beispielsweise keinen tätlichen Angriff dar.¹⁴ Der Vorsatz des Täters müsse dabei neben der Verletzungseignung seiner Handlung auch den tatsächlichen Eintritt der Körperverletzung erfassen.¹⁵ Entscheidend sei somit, dass der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und sich damit abfindet, indem er diesen zumindest billigend in Kauf nimmt.¹⁶

Wie oben festgestellt, hätte eine Kollision des PKWs mit B erhebliche Folgen für dessen körperliche Unversehrtheit gehabt. Die Handlung des A ist damit nicht nur eine auf einen anderen zielende Einwirkung, sondern gleichzeitig auch konkret dazu geeignet, nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen. Als A mit dem Auto auf B zugefahren ist, hat er zwar die Eignung seiner Handlung zur Verletzung und damit die Gefährlichkeit erkannt, allerdings hat er sich weder mit dem Eintritt einer Körperverletzung abgefunden noch diesen gebilligt. Vielmehr hat er darauf vertraut, dass B die gefährliche Situation erkennt und rechtzeitig reagiert, indem er den Anhalteversuch abbricht und zur Seite tritt. Der nach dieser Ansicht auf einen Körperverletzungserfolg gerichtete erforderliche (be-

dingte) Vorsatz liegt nicht vor. Eine Strafbarkeit gem. § 114 scheidet danach aus.

Aus dem Vorangegangenen zeigt sich, dass sowohl die Vertreter der weiten als auch der engen Ansicht den Neuerungen des Gesetzgebers mit ihrer Art der Auslegung gerecht werden wollen. Um die Hintergründe der einzelnen Auffassungen besser verstehen zu können, wird nachfolgend detailliert auf die jeweiligen Begründungen der unterschiedlichen Auslegungen des tätlichen Angriffs eingegangen. Die Vertreter der weiten Auffassung beziehen sich auf die Zahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS), die eine auffällige Zunahme von Übergriffen auf Polizeibeamte in den letzten Jahren belegt. Um zukünftig einen effektiven präventiven Schutz gewährleisten zu können, soll § 114 n.F. eine möglichst große Bandbreite an Sachverhalten abdecken.¹⁷ Weiter wird angeführt, dass der Gesetzgeber durch die Übernahme des Wortlauts aus der alten Fassung des § 113 zum Ausdruck gebracht habe, an der ursprünglichen extensiven Auslegung des tätlichen Angriffs immer noch festhalten zu wollen.¹⁸

Die Gegenauffassung möchte sich von der bisherigen Definition des tätlichen Angriffs lösen. § 114 komme in seiner Neufassung eine ganz eigenständige und herausgehobene Bedeutung zu.¹⁹ Dazu lasse sich einerseits die signifikante Strafverschärfung anführen, die nur bei einer restriktiven Auslegung auch schuldangemessen sein könne.²⁰ Darüber hinaus sprächen historische Gründe gegen eine weite Auffassung. Vor dem Jahr 1998 stand die versuchte Körperverletzung noch nicht unter Strafe. Da aber schon zu dieser Zeit die Polizei- und Vollstreckungsbeamten besonderen Schutz genießen sollten, musste § 113 a.F. ein weites Spektrum von

¹³ Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510, 512; Dallmeyer, in BeckOK (Fn. 5), § 114 Rn. 5; Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924, 930.

¹⁴ Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510, 513; Dallmeyer, in BeckOK (Fn. 5), § 114 Rn. 5.

¹⁵ Busch/Singelstein, NSTZ 2018, 510, 512; Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924, 930.

¹⁶ Zur Definition des bedingten Vorsatzes BGHSt 36, 1, 9 f.; 57, 183, 186; BGH NJW 2018, 1621, 1622 f.; Rengier (Fn. 7), § 14 Rn. 27 ff.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11161, S. 1; Eser, in Schöнке/Schröder (Fn. 5), § 114 Rn. 1.

¹⁸ Kulhanek, JR 2018, 551, 554.

¹⁹ Joecks/Jäger, Studienkommentar, StGB, 12. Aufl. 2018, § 114 Rn. 3.

²⁰ Dallmeyer, in BeckOK (Fn. 5), § 114 Rn. 5; Magnus, GA 2017, 530, 535.

Konfliktsituationen auffangen. Dies sei heutzutage obsolet und entkräfte das Argument, dass eine weite Auffassung notwendig sei, da nunmehr gem. § 223 Abs. 2 die versuchte Körperverletzung unter Strafe steht.²¹ Schließlich führen die Vertreter der restriktiven Auslegung an, dass mit der Neuregelung auch eine veränderte Schutzrichtung einhergehe. Schutzgut des § 114 sei nun allein die körperliche Unversehrtheit von Amtsträgern und gerade nicht mehr das staatliche Gewaltmonopol.²² Danach sei nur eine körperverletzungsnahe Auslegung mit dem Wortlaut vereinbar.²³

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG hält in seinem Beschluss an einer weiten Auslegung des „tätlichen Angriffs“ i.S.d. § 113 a.F. fest, wonach ein solcher eine mit feindseligem Willen unmittelbar auf den Körper des Beamten oder Soldaten zielende Einwirkung ist. Der Vorsatz müsse dabei lediglich die Angriffshandlung umfassen, ein Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz sei ebenso wenig nötig wie eine körperliche Berührung oder ein darauf gerichteter Vorsatz. Das durch § 114 geschützte Rechtsgut könne durchaus, wie es die Gegenauffassung ausführt, den Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Amtsträger umfassen. Dies ändere dann allerdings nichts an dem Vorliegen einer körperverletzungsgeeigneten Handlung. Durch die Erweiterung des § 114 auf jegliche Diensthandlung habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, möglichst viele Sachverhalte erfassen zu wollen. Diese Wertung werde durch eine enge Auslegung des tätlichen Angriffs unterlaufen. Durch die

Übernahme des Wortlauts aus § 113 a.F. komme zum Ausdruck, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein weites Verständnis des tätlichen Angriffs auch weiterhin zugrunde zu legen sei. Dies werde insbesondere durch Art. 20 Abs. 1, 2 GG (Demokratieprinzip) gestützt, der eine nahe am gesetzgeberischen Willen orientierte Auslegung gebiete. Durch die Erfassung unerheblicher Einwirkungen könnten Bedenken bzgl. eines gerechten Schuldausgleichs bestehen, diesen werde allerdings durch eine am unteren Bereich des Strafrahmens gewählte Strafhöhe hinreichend Rechnung getragen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung setzt bedeutende Maßstäbe, indem sie Amtsträgern und unter diesen insbesondere Polizeibeamten einen weitumfassenden Schutz gewährleistet. Das Unrecht des tätlichen Angriffs auf Repräsentanten der staatlichen Gewalt findet sich zukünftig im Schuldspruch und der Strafhöhe wieder.

Durch die in der Praxis häufiger vorkommenden Übergriffe auf Polizeibeamte und die damit einhergehende Neugestaltung der §§ 113 ff. kommt nunmehr dem examensrelevanten § 114 eine steigende Bedeutung zu. Eine Strafbarkeit nach § 114 geht oftmals zusammen mit der Verwirklichung weiterer Strafvorschriften wie den §§ 113, 223 ff. und § 240 einher. Nachfolgend wird daher das Verhältnis dieser einzelnen Tatbestände zueinander dargestellt. Erörterungsbedürftig ist dabei insbesondere die Konkurrenz von § 114 zu § 113. Freilich haben diese Normen unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen. Es gibt allerdings Konstellationen, in denen dieselbe Tathandlung sowohl einen tätlichen Angriff (§ 114) als auch eine Widerstandshandlung (§ 113) darstellt, so etwa wenn sich ein Beschuldigter mit körperlicher Gewalt der Vollstreckung eines Haftbefehls widersetzt. In einem solchen Fall ist Tateinheit gem. § 52 gegeben, um sowohl dem **Schutz des staatlichen Interesses** nach

²¹ BGH NJW 1982, 2081; *Busch/Singelstein*, NSTZ 2018, 510, 513; *Otto*, JR 1983, 72, 74; Stellungnahme von H. E. Müller im Gesetzgebungsverfahren, S. 10, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/499236/16b128a08cd347480cbe33a15344730%20d/mueller-data.pdf>.

²² *Rosenau*, in LK, StGB (Fn. 6), § 113 Rn. 4.

²³ *Puschke/Rienhoff*, JZ 2017, 924, 930.

§ 113 als auch dem **Individualschutz** i.S.d. § 114 ausreichend Rechnung zu tragen.²⁴ Auch mit den §§ 223 ff. ist Tateinheit möglich.²⁵ So liegt die Verletzung der §§ 223 ff. mit § 114 durch eine Handlung vor, sofern der tätliche Angriff auch als eine Körperverletzung erfassbar ist.²⁶ Gleiches gilt im Verhältnis zwischen § 240 und § 114, falls die Handlung des Täters auch eine Nötigung i.S.d. § 240 darstellt.

Veranschaulicht man sich gerade Erörtertes an dem vorliegenden Fall, so besteht Tateinheit zwischen § 114 und dem ebenfalls verwirklichten § 113. Idealkonkurrenz liegt auch zwischen § 114 und § 240 vor. Die §§ 223 ff. scheitern hier allerdings schon mangels Körperverletzungsvorsatzes des Täters. Zu guter Letzt ist im Einzelfall noch an § 315b zu denken, der eine Eingriffshandlung von außen in den Straßenverkehr voraussetzt. Der Täter darf grundsätzlich kein Verkehrsteilnehmer sein. Eine Ausnahme davon besteht, wenn eine sog. Pervertierung, also Zweckentfremdung des Fahrzeugs²⁷ vorgenommen wird. Dies kann hier jedoch offen bleiben, da ein wenigstens vorausgesetzter bedingter Schädigungsvorsatz²⁸ bei A nicht gegeben ist.

5. Kritik

In seiner Begründung des Beschlusses geht das OLG ausführlich auf den tätlichen Angriff in seiner Neufassung ein. Erfreulicherweise wird darin insbesondere den kritischen Stimmen der Gegenauffassung, die eine einschränkende Auslegung des tätlichen Angriffs fordern, Beachtung geschenkt. Der Senat zieht als Argumentationsgrundlage den gesetzgeberischen Willen hinter der Neurege-

lung sowie die Übernahme des bisherigen Wortlauts aus § 113 a.F. heran und lehnt unverständlicherweise eine Restriktion im Ergebnis ab.

Dem ist nicht beizupflichten. Im Grunde genommen ist die Intention des Gesetzgebers, wie vom OLG zutreffend erkannt, dahingehend zu verstehen, dass mit dem § 114 n.F. mehr Sachverhalte als zuvor erfasst werden sollen. Dieser Gedanke wird bereits durch die Modifikation des § 114, der nunmehr einen tätlichen Angriff bei jeglicher Diensthandlung genügen lässt, ausreichend berücksichtigt und gerade nicht durch eine Restriktion unterlaufen. Vielmehr stellt eine einschränkende Auslegung sicher, nicht jede unerhebliche Einwirkung für die Tatbestandsverwirklichung genügen zu lassen.

In diese Richtung geht auch die Begründung des Gesetzesentwurfes. Darin wird neben der allgemeinen Tendenz steigender Gewaltbereitschaft immer wieder auf die Zunahme von sogenannten „Gewaltdelikten“ verwiesen. Fortan sollen daher nur solche Handlungen unter Strafe gestellt werden, die objektiv auch tatsächlich dazu geeignet sind, dem Opfer ernsthafte Verletzungen zuzufügen und bei denen subjektiv mindestens bedingter Körperverletzungsvorsatz gegeben ist. Durch die Übernahme des Wortlautes aus der alten Fassung kann ferner nicht ohne Weiteres auf den Willen, an einer weiten Auslegung immer noch festhalten zu wollen, geschlossen werden. Vielmehr müssen die weiteren Neuerungen des erhöhten Strafrahmens und der veränderten Schutzrichtung des § 114 berücksichtigt werden. Führt man sich Besagtes vor Augen wird klar, dass der Gesetzgeber wohl kaum die Erfassung jeglicher Einwirkung auf einen anderen bezweckt haben kann. Insofern darf auch der Wortlaut der Vorschrift nicht unberücksichtigt bleiben. Ein „Angriff“, unter dem nach allgemeinem Sprachgebrauch der Beginn eines Kampfes gegen jemanden in feindlicher Absicht verstanden wird, scheint sinngemäß weiter zu gehen als nur eine Einwirkung auf einen an-

²⁴ Eser, in Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 114 Rn. 12.

²⁵ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 5), § 114 Rn. 5.

²⁶ Eser, in Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 114 Rn. 12.

²⁷ BGHSt 23, 7.

²⁸ BGHSt 48, 233; BGH NStZ 2010, 392.

deren. Dass jegliche Einwirkung den Tatbestand erfüllen sollte, würde zu einer Überschreitung der Wortlautgrenze führen.

Schließlich spricht auch der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Kerngedanke der Rechtssicherheit für eine Restriktion. Bürger sollen sich auf die Rechtsordnung verlassen können, die eine gewisse Klarheit, Beständigkeit und Vorhersehbarkeit gewährleisten muss. Dieser Grundsatz wird früher wie heute mit der weiten Auslegung des tätlichen Angriffs verkannt, da keine klar bestimmbare Linie zwischen noch straflosem und bereits strafbarem Verhalten i.S.v. § 114 gezogen wird, wenn bereits ein leichtes Schubsen, Stoßen oder auch anderweitige natürliche Schutzreaktionen eine Strafbarkeit begründen. Eine solche Ausuferung des Tatbestandes kann vom Gesetzgeber kaum gewollt sein. Konsequenterweise ist daher eine weite Auslegung des tätlichen Angriffs, wie es das OLG befürwortet, abzulehnen.

Würde man die restriktive Ansicht auf den vorliegenden Fall anwenden, so würde sich der Tenor des Beschlusses anders gestalten als in der Entscheidung des Senates. Im Schuldspruch des A würde eine Strafbarkeit nach § 114 mangels Körperverletzungsvorsatzes ausscheiden. A hätte sich hingegen wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 und wegen Nötigung des B gem. § 240 strafbar gemacht. In Vollstreckungssituationen, wie hier, würde dann aber § 113 den § 240 im Wege der Spezialität verdrängen. Danach würde A eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren erwarten. Dies ist in Anbetracht der Umstände und des Einzelfalls auch angemessen und gerecht, da der Täter zu keiner Zeit wenigstens bedingten Körperverletzungsvorsatz aufgewiesen hat.

Abschließend ist festzuhalten, dass § 114 n.F. angesichts der vermehrt vorkommenden Gewalttaten gegen Polizeibeamte unzweifelhaft eine wichtige Neuerung mit Daseinsberechtigung darstellt, die den Polizisten und vergleichbaren Amtsträgern den

ihnen zustehenden Sonderschutz bei ihren Einsätzen im Dienste des Staates zukommen lässt. Damit die Bürger keine unverhältnismäßig hohe Strafe bereits für bagatelhafte Handlungen oder Schutzreaktionen erwarten müssen, ist jedoch eine Regelung, die jegliche Einwirkung erfasst, unhaltbar. Um der gesetzgeberischen Zweckbestimmung gerecht werden zu können, ist daher für eine schuldangemessene Strafe nach § 114 eine mit **Körperverletzungsvorsatz** vorgenommene Handlung erforderlich, die konkret dazu geeignet ist, die körperliche Unversehrtheit eines anderen nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

(Muhammed Alpaslan / Jasmin Reising)

1. Sachverhalt¹

A, der seit geraumer Zeit unter wiederkehrenden Depressionen leidet, wohnt mit seiner Mutter zusammen. Sie beabsichtigt einen Umzug in eine neue Wohnung, welche sich in einem Mehrfamilienhaus befindet. A will den Umzug jedoch auf jeden Fall verhindern, da er befürchtet, diese Veränderung werde seine Depression so sehr verschlechtern, dass sie ihn letzten Endes in den Suizid treiben werde. Er fasst daher den Entschluss, die neue Wohnung in Brand zu setzen. Hierfür erwirbt er zwei Kanister Benzin, verteilt dieses in der Wohnung und zündet es anschließend an. Nach den Feststellungen des LG erkennt A die Möglichkeit, dass dabei Hausbewohner in Lebensgefahr geraten können, nimmt aber dennoch keinen Abstand von der Tatausführung. Das in der Wohnung gelegte Feuer breitet sich schnell aus und wird zu einem großflächigen Brand mit starker Rauch- und Hitzeentwicklung. Bei den sich im Haus befindlichen Anwohnern kommt es aber infolge der Rettung durch Einsatzkräfte zu keinen größeren Verletzungen.

Das LG nimmt bedingten Gefährdungsvorsatz des A und daher eine besonders schwere Brandstiftung an, verneint aber einen darüber hinausgehenden bedingten Tötungsvorsatz mit der Begründung, dass aufgrund der psychischen Verfassung des A das

Juli 2019

„Lodernde Gefahr“-Fall

Verletzungsvorsatz / Gefährdungsvorsatz

§§ 212 Abs. 1, 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB

famos-Leitsätze:

1. Das Wissenselement des Gefährdungsvorsatzes entspricht dem des bedingten Verletzungsvorsatzes.
2. Das Vorliegen der voluntativen Komponente des Verletzungsvorsatzes wird nicht durch die Feststellung des Gefährdungsvorsatzes indiziert.

BGH, Urteil vom 31.01.2019 – 4 StR 432/18; veröffentlicht in BeckRS 2019, 1667.

Wissenselement des Vorsatzes nicht mit Sicherheit habe festgestellt werden können. Ebenso wenig wird das Vorliegen des voluntativen Elements bejaht. Es verurteilt A daher wegen besonders schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung, §§ 306b Abs. 2 Nr. 1, 229; 52 StGB². Gegen das Urteil legen sowohl die StA als auch A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung des LG gibt Anlass, das strittige Verhältnis zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz näher zu betrachten.

Den Ausgangspunkt bilden hierbei die unterschiedlichen Deliktstypen. In Rede stehen hier zum einen die **Verletzungsdelikte** der §§ 212, 223 und zum anderen das **konkrete Gefährdungsdelikt** des § 306b Abs. 2 Nr. 1.

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

Zu differenzieren ist dabei anhand der von der Tathandlung ausgehenden Einwirkung auf die geschützten Rechtsgüter. Bei vollendeten Verletzungsdelikten ist eine tatsächliche Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts erforderlich. So verlangt der Totschlag gem. § 212 Abs. 1 als tatbestandlichen Erfolg den Eintritt des Todes und damit die Verletzung des geschützten Rechtsguts Leben. Demgegenüber ist für die Bejahung des objektiven Tatbestandes eines konkreten Gefährdungsdeliktes keine sichtbare Schädigung des Schutzobjektes notwendig, sondern eine ernsthafte Bedrohungslage der Integrität desselben. Die besonders schwere Brandstiftung in Form des § 306b Abs. 2 Nr. 1 setzt insofern die Herbeiführung einer konkreten Gefahr des Todes für einen anderen Menschen voraus, ohne dass tatsächlich ein Schaden eintreten muss.

Aus diesen Anforderungen an die objektive Tatseite der beiden Deliktstypen folgen unter Anwendung der allgemeinen Definition des Vorsatzes als Wissen und Wollen der Verwirklichung des Tatbestandes³ spiegelbildlich unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die subjektive Tatseite.

Was dies jedoch im konkreten Einzelfall für das **Verhältnis von Verletzungs- zu Gefährdungsvorsatz** bedeutet, ist umstritten. Allgemein anerkannt ist dabei nur, dass bei Vorliegen eines Verletzungsvorsatzes auch der Gefährdungsvorsatz von diesem umfasst ist.⁴ Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen: X kann seine neuen Nachbarn nicht ausstehen und möchte sich ihrer entledigen. Hierfür setzt er eines Nachts ihr Haus in Brand. In diesem Fall handelte X mit Tötungsvorsatz. Ein solcher umfasst nach allgemeiner Ansicht auch den für § 306b Abs. 2

Nr. 1 erforderlichen Gefährdungsvorsatz. Demzufolge war sich auch X der Herbeiführung der Gefahr des Todes für seine Nachbarn bewusst. Denn schon denklogisch setzt die Verletzung des Schutzgutes die vorherige Gefährdung desgleichen voraus.

Herrscht in diesem Punkt noch Einigkeit in der Literatur, scheiden sich jedoch die Geister bzgl. der Frage, ob das eben dargestellte Verhältnis auch im umgekehrten Fall gilt. Weist also der mit Gefährdungsvorsatz handelnde Täter auch gleichzeitig (bedingten) Verletzungsvorsatz auf?

Nach der hier so genannten **Differenzierungslösung** kann dies nicht pauschal bejaht werden.⁵ Vielmehr sei zwischen dem **kognitiven** und **voluntativen Element** des Vorsatzes zu differenzieren.⁶ Hinsichtlich des **Wissenselements** wird angeführt, dass derjenige, der die aus der Tathandlung resultierende Lebensgefahr für andere erkenne, auch um die tatsächliche Möglichkeit des Todeseintritts wissen müsse.⁷ Das Wissen um die Gefahr einer Verletzung umfasst abstrakter gesprochen auch immer das Wissen um die Möglichkeit eines konkreten Verletzungserfolgs. Insofern entspreche das kognitive Element des Gefährdungsvorsatzes auch dem des bedingten Verletzungsvorsatzes.⁸ Übertragen auf den Fall bedeutet das für A, der die Möglichkeit der Lebensgefahr für die Hausbewohner erkannte, dass er auch das erforderliche Wissen für den bedingten Tötungsvorsatz aufwies. Bezüglich der **volunta-**

³ Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 15 Rn. 3.

⁴ So Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 98a; Wolters, in SK-StGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, Vor § 306 Rn. 14 – abweichende Meinung nur bei Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, 298 ff.

⁵ Siehe nur Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 15 Rn. 98a.

⁶ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 28; Radtke, NSTZ 2000, 88, 89; Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 15 Rn. 98a.

⁷ BGH NJW 1968, 1244, 1245; BGH NSTZ-RR 2008, 309, 310.

⁸ Dem widerspricht Frisch (Fn. 4), 298 ff., der davon ausgeht, dass das intellektuelle Element des Gefährdungsvorsatzes mehr verlange, als die Möglichkeitsvorstellung des Verletzungserfolgs.

tiven Komponente wird hingegen eine differenzierte Betrachtung verlangt.⁹ Dies wird damit begründet, dass ein Billigen der Verletzungsgefahr im Vergleich zur nachfolgenden Ansicht gerade nicht gleichzusetzen ist mit einem Billigen der tatsächlichen Verletzung.¹⁰

Deutlich wird dies insbesondere in Straßenverkehrsfällen.¹¹ So zum Beispiel in Konstellationen, in denen Autofahrer auf der Autobahn durch zu dichtes Auffahren zum riskanten Spurwechsel gedrängt werden. Für den Auffahrenden ist dabei das Inkaufnehmen der Gefahrenlage ein notwendiges Übel zum Erreichen des Nötigungserfolges, nämlich des Ausweichens. Er weiß dabei, dass er andere durch die Fahrweise in Lebensgefahr bringt und hat sich mit dieser Gefahr abgefunden. Der konkrete Verletzungserfolg wird dabei jedoch nicht gewollt, vielmehr ist anzunehmen, dass auf ein Ausbleiben des Erfolges ernstlich vertraut wird. Das Beispiel veranschaulicht, dass nach dieser Ansicht Gefährdungsvorsatz durchaus auf **bewusste Verletzungsfahrlässigkeit** treffen kann.¹²

Nach der hier sogenannten **Einheitslösung** liegt hingegen im Falle von Gefährdungsvorsatz auch immer zugleich bedingter Verletzungsvorsatz vor.¹³ Zur Begründung wird angeführt, dass die konkrete Gefahr als nicht mehr beherrschbare Gefährdungslage verstanden wird, in der der Schadenseintritt nur noch vom Zufall abhängt.¹⁴ Habe der Täter diese Situation in seinen Vorsatz aufgenommen, so könne er sich nicht mehr darauf

berufen, auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut zu haben. Schließlich habe der Täter in einem solchen Falle keinerlei Einfluss mehr auf den Tatverlauf. Neben dem Gefährdungsvorsatz bleibt dann kein Raum für die bewusste Fahrlässigkeit. Vielmehr liege ein billiges Inkaufnehmen der Verdichtung der konkreten Gefahr hin zum Erfolgseintritt vor, mit anderen Worten wolle derjenige, der gefährde, auch nichts anderes als den Erfolg.¹⁵ In Bezug auf den eben erläuterten Fall schafft der Autofahrer durch das Auffahren eine Gefährdungslage, bei welcher der Erfolgseintritt nicht mehr in seinen Händen liegt, mithin vom Zufall abhängt. Eine bewusste Verletzungsfahrlässigkeit kommt nach dieser Ansicht nicht in Betracht. Denn wer die aus seiner Fahrweise resultierende Gefahr für andere in Kauf nehme, nehme gleichzeitig den tatsächlichen Verletzungseintritt in seinen Vorsatz auf.¹⁶

Stellt man die beiden Meinungen einander gegenüber, so ergeben sich teils erhebliche Abweichungen für die Anwendung in der Praxis und die Bewertung des Einzelfalles, bei der je nach Ansicht gänzlich unterschiedliche Straftatbestände in Frage kommen. Deutlich wird dies auch bezogen auf den Ausgangsfall. Hinsichtlich des bedingten Verletzungsvorsatzes würde, wie bereits oben erwähnt, nach beiden Ansichten das kognitive Element bei A zu bejahen sein.

Nach der Einheitslösung wäre er auch wegen eines versuchten Tötungsdelikts zu bestrafen, da der vom LG festgestellte Gefährdungsvorsatz das Vorliegen von zumindest bedingtem Verletzungsvorsatz beinhaltet. Dahingegen kommt es bei der Differenzierungslösung maßgeblich auf die Bewertung des voluntativen Elements an. Zur Feststellung desselben werden unter anderem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung,

⁹ Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 15 Rn. 98a.

¹⁰ Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 309, 310.

¹¹ Vgl. zu nachfolgendem Beispiel auch die Ausführungen zur Vorsatzproblematik in Alpaslan/Reising, famos 6/2019, S. 2 f.

¹² Vgl. BGH NStZ 2008, 451.

¹³ Siehe nur Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, 209 f. Die Ausführungen zum kognitiven Element in den Fn. 8 f. haben auch für diese Ansicht Bestand.

¹⁴ Zieschang, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 315 Rn. 47.

¹⁵ Schmidhäuser, FS-Oehler 1985, 135, 155; Wolters, in SK-StGB (Fn. 4), Vor § 306 Rn. 15; Zieschang, in NK-StGB (Fn. 14), § 315 Rn. 47.

¹⁶ Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte (Fn. 13), 209 f.

die psychische Verfassung und die Motivationslage des Täters in die Bewertung miteinbezogen.¹⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hält an seiner bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis des Gefährdungs- und Verletzungsvorsatzes fest.

Bezüglich der Feststellungen des LG führt er aus, dass die Annahme von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz im Rahmen der besonders schweren Brandstiftung, § 306b Abs. 2 Nr. 1, bei gleichzeitiger Ablehnung des kognitiven Elements im Rahmen des bedingten Tötungsvorsatzes einen nicht auflösbaren Widerspruch begründe. Denn wer eine konkrete Gefahrenlage für andere Personen in seinen Vorsatz aufnehme, erkenne auch die Möglichkeit des tatsächlichen Erfolgeintritts. Zwar hätten Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz unterschiedliche Bezugspunkte, eine Gefahr sei begrifflich aber nichts anderes als die naheliegende Möglichkeit einer Schädigung. Den Widerspruch sieht der BGH demnach in der Verkennung des Verhältnisses beider kognitiven Elemente zueinander.

Was darüber hinaus die Feststellung des bedingten Tötungsvorsatzes angehe, den das LG auch im Hinblick auf das voluntative Element verneint hat, sei eine umfassende Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles erforderlich. Hierfür seien insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tat, sowie die psychische Verfassung und Motivationslage des Täters ausschlaggebend. Bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen liege es daher sogar nahe, eine fortgesetzte Tatbegehung als ein billiges Inkaufnehmen des Erfolges anzusehen, sofern der Täter die Situation kognitiv erfasst habe.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In seiner Argumentation folgt der BGH der **Differenzierungslösung** und verlangt eine gesonderte Feststellung der beiden Komponenten des Eventualvorsatzes. Hierbei zeigt sich, dass sich im Zusammenhang von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz schwierige Abgrenzungsfragen stellen, welche teils erhebliche Auswirkungen auf die Entscheidung haben können und somit einer intensiven Auseinandersetzung in Ausbildung und Praxis bedürfen.

Es lassen sich insbesondere zwei Konsequenzen aus dem Urteil des BGH für diese Auseinandersetzung ableiten: 1. Führt man sich das oben beschriebene Stufenverhältnis der beiden Vorsatzarten vor Augen, so folgt aus der Gleichheit des kognitiven Elements von Gefährdungs- und bedingtem Verletzungsvorsatz in Bezug auf ein Rechtsgut die Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung des Wissenselements bereits auf der Stufe des Gefährdungsdelikts. Daraus folgt, dass sich schon jetzt klargemacht werden muss, dass mit einer vorschnellen Bejahung des Gefährdungs- und Verletzungsvorsatzes der **Weg in die Verletzungsdeliktsstrafbarkeit** eröffnet wird, welche mit erheblichen Strafschärfungen für den Angeklagten einhergehen kann. 2. Sofern der Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz angenommen wurde, hängt die Strafbarkeit im Rahmen des Verletzungsdelikts noch von der Feststellung des voluntativen Elements ab. Gerade im Hinblick auf den **schmalen Grat zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit** kommt dieser Feststellung zentrale Bedeutung zu.

Zusätzlich sei bei dieser Abgrenzung auf die **Hemmschwellentheorie** des BGH hingewiesen, welche Gerichte und Studierende bei der Prüfung von Tötungsdelikten heranzuziehen haben. Jemandem das existenzielle Rechtsgut Leben zu nehmen, erfordere das Überschreiten einer besonderen natürlichen Hemmschwelle des Täters. Die Überschreitung dieser Hemmschwelle darf nur nach ausführlicher Beweiswürdigung festgestellt

¹⁷ BGH NSTz 2007, 150, 151; NSTz-RR 2008, 309, 310.

werden, was daraus folge, dass das Tötungsdelikt ein gänzlich anderes Unrecht verkörpert als das bloße Gefährdungsdelikt.¹⁸

Mögliche Konsequenzen unterschiedlicher Bewertungen lassen sich gut am Ausgangsfall darstellen. In diesem zündete A das Haus an, zu Tode kam jedoch niemand. Würde zu Lasten des A bei der Brandlegung ein billiges Inkaufnehmen des Todes der anderen Hausbewohner angenommen, so wäre eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags bzw. Mordes gegeben. Würde das Gericht jedoch ein bewusstes Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges feststellen, kämen mangels Versuchsstrafbarkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten keine Tötungsdelikte in Betracht. Je nach Beweiswürdigung des Gerichts ergeben sich somit signifikante Unterschiede im Hinblick auf die Strafbarkeit. Abschließend zeigt das Urteil des BGH sowohl die hohe praktische Relevanz der Differenzierung verschiedener Deliktstypen als auch des richtigen und aufmerksamen Umgangs mit den Elementen und Theorien des Eventualvorsatzes.

5. Kritik

Dem BGH ist zuzustimmen, wenn er in der Annahme des Gefährdungsversatzes und der gleichzeitigen Verneinung des kognitiven Elements für den Tötungsversatz durch das LG einen nicht auflösbaren Widerspruch sieht. Eine andere Bewertung wäre nur dann zulässig, wenn man keine Einheit zwischen den kognitiven Elementen beider Vorsatzarten annehmen würde. Dies würde bedeuten, dass die Möglichkeitsvorstellung des Todesseintritts nicht bereits in dem Wissen um die Schaffung einer konkreten Todesgefahr enthalten wäre. Fraglich ist also, ob eine solche Konstellation überhaupt denkbar ist. Diese Frage muss mit einem klaren Nein beantwortet werden. Denn wer um die konkrete Gefahr eines möglichen Todesseintritts weiß, der muss auch wissen, dass diese Gefahr die

auch noch so unwahrscheinliche Möglichkeit des tatsächlichen Todes beinhaltet. Alles andere wären realitätsferne theoretische Modelle, die keine Überzeugungskraft entfalten können.¹⁹

Eben Gesagtes trifft jedoch noch keine Aussage darüber, ob dem BGH auch dahingehend zugestimmt werden kann, dass er in seinem Urteil der Differenzierungs- und nicht der Einheitslösung folgt. Anführen lässt sich gegen Letztere eine Angleichung der verschiedenen Deliktstypen. So wird der grundsätzlich für jedes Delikt einzeln festzustellende Vorsatz in einer Weise pauschalisiert, die stark zu Lasten des Täters geht. In oben genanntem Beispiel würde Drängeln auf der Autobahn automatisch auch der für versuchte Körperverletzungs- oder sogar Tötungsdelikte erforderliche Eventualvorsatz unterstellt. Die daraus folgende Annäherung von Gefährdungs- und Verletzungsdelikten scheint neben einem etwaigen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot auch gegen die Intention des Gesetzgebers zu sprechen, welcher offensichtlich verschiedene Deliktstypen und keinen einheitlichen Deliktstypus schaffen wollte.

Für die Differenzierungslösung und somit den BGH spricht außerdem die Möglichkeit, Fälle bewusster Fahrlässigkeit nach wie vor neben konkreten Gefährdungsdelikten bestehen zu lassen. Dem Gericht wird es somit ermöglicht, alle Umstände des Einzelfalles in seine Rechtsprechung einfließen zu lassen und ein gerechtes und differenziertes Urteil zu erreichen. Daher sprechen die besseren Argumente für die Differenzierungslösung. Es stellt sich hier aber die weiterführende Frage, ob der Streit zwischen den beiden Ansichten in der Praxis tatsächliche Auswirkungen hat. Die Feststellung des Vorsatzes ist der Sache nach die ureigene Aufgabe des Gerichts, da wohl nichts schwieriger zu belegen oder zu widerlegen ist, als die subjektive Vor-

¹⁸ Vgl. nur BGH NJW 1989, 781, 785.

¹⁹ Selbst *Frisch* (Fn. 4), 298 ff., findet kein Anwendungsbeispiel seiner Theorie.

stellung des Täters im Tatzeitpunkt. Hierbei sind insbesondere die oben genannten Kriterien zur Beurteilung heranzuziehen.²⁰

In der Anwendung derselben scheint der BGH allerdings zu einer Praxis zu neigen, bei der häufig allein von der objektiven Gefährlichkeit der Tat und einer fortgesetzten Tatbegehung des Täters auf ein Billigen des Erfolges geschlossen wird. Dies führt de facto zu einer Aufgabe der Differenzierung der voluntativen Elemente in Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz. In seiner Begründung folgt der BGH somit einer sehr ähnlichen Herangehensweise, wie sie von der Gegenansicht für die Entbehrlichkeit einer getrennten Prüfung des Verletzungsvorsatzes herangezogen wird. So wird dem Täter nach der Einheitslösung durch Herbeiführung einer besonderen Gefährdungslage, bei der er keinerlei Einfluss mehr auf den Erfolgseintritt hat, allein aufgrund dieser Gefährlichkeit das voluntative Element des Verletzungsvorsatzes unterstellt.²¹ Im Ergebnis lassen sich keine großen Unterschiede zwischen der Rechtspraxis des BGH und der Einheitslösung erkennen, wenn der BGH zur Feststellung des voluntativen Elements von der objektiven Gefährlichkeit der Tat auf ein Billigen des Täters schließt.

Ein anderes Ergebnis ließe sich nur dadurch erzielen, und dies muss sich der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung vorbehalten lassen, wenn er seine eigenen Kriterien konsequenter anwenden würde. So liegt der entscheidende Vorteil der Differenzierungslösung doch darin, dass dem Gericht die Möglichkeit gegeben wird, besondere subjektive Umstände in die Bewertung mit einfließen zu lassen. In der vorliegenden Entscheidung hat sich der BGH in seinen Hinweisen an die erneute Beweiswürdigung des LG nur sehr knapp zum voluntativen Element geäußert und dabei das Motiv des A und das psy-

chiatrische Gutachten überhaupt nicht erwähnt. Zu beachten ist jedoch, dass der BGH gem. § 261 StPO auch nur begrenzt befugt ist, die Beweiswürdigung zu überprüfen, da er grundsätzlich an die Überzeugungsbildung des Tatgerichts gebunden ist. Im Rahmen seiner revisionsrechtlichen Überprüfung steht dem BGH dennoch die Möglichkeit offen, seine eigene Rechtsauffassung darzulegen, wie er es auch im vorliegenden Fall getan hat. Kritisieren lässt sich dabei nur, dass er die Konsequenzen dieser Auffassung, nämlich die der Differenzierungslösung, ungleich beleuchtet und die jeweils relevanten Umstände des Einzelfalles zu benennen unterlassen hat. Da das Gutachten für das LG mit ein Grund dafür war, den Tötungs- und Verletzungsvorsatz zu verneinen, so hätte der BGH zumindest die Relevanz dieses Gutachtens sowie die weitere psychische Motivationslage des Täters im Rahmen der Feststellung des voluntativen Elements hervorheben können.

(Pauline Faber/Yannik Kellmann)

²⁰ Vgl. BGH NStZ 2007, 150, 151; NStZ-RR 2008, 309, 310.

²¹ Zieschang, in NK-StGB (Fn. 14), § 315 Rn. 47.

1. Sachverhalt¹

Die Deutsche A reist für drei Jahre in das Gebiet des sog. „Islamischen Staates“ („IS“) mit der Bereitschaft, ggf. auch als Märtyrerin zu sterben. Dort wird sie mit einem höherrangigen „IS“-Mitglied verheiratet, mit welchem sie zwei Kinder bekommt. Das Ehepaar lebt nach ihrer Auslegung des „islamischen“ Ritus und wird durch Unterkünfte und Geldleistungen des „IS“ alimentiert. A's Aufgaben sind die Haushaltsführung und die Versorgung ihres Ehemannes. Während des Aufenthaltes hat sie auch Umgang mit Schusswaffen und Sprengstoff. Zudem betreibt sie einen Internetblog. Auf diesem veröffentlicht sie regelmäßig Fotos von Waffen und Sprengstoff mit verherrlichenden Kommentaren. Auch schreibt sie einen Text mit der Überschrift „Köpfchen ab“, in welchem sie von abgetrennten Köpfen der Gegner, die auf Zaunpfählen aufgespießt wurden, berichtet. Zudem bekennt sie sich zu den Bestrebungen und Ideen des „IS“, welchen sie als „besten Staat“ bezeichnet. A nimmt weder aktiv am Kampfgeschehen teil noch übt sie eine Verwaltungsaufgabe aus. Der Generalbundesanwalt (GBA) stellt einen Antrag auf Haftbefehl aufgrund des dringenden Tatverdachts mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung nach den §§ 129a Abs. 1 Alt. 2, 129b StGB², welcher vom Er-

August 2019

IS-Rückkehrerinnen-Fall

Terroristische Vereinigung / mitgliedschaftliche Beteiligung / Unterstützung

§§ 129a Abs. 1 Alt. 2, Abs. 5 S. 1, 129b StGB

famos-Leitsatz:

Für die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (§ 129a Abs. 1 Alt. 2 StGB) im Ausland ist das bloße Alltagsleben in der Organisation nicht ausreichend, es bedarf konkreter Förderungshandlungen, die die Eingliederung der Täterin bewirken.

BGH, Beschluss vom 28.06.2018 – StB 11/18; veröffentlicht in NSTZ-RR 2018, 369.

mittlungsrichter abgelehnt wird. Dagegen legt der GBA Rechtsmittel beim BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Mehrfach reisten junge Frauen mit deutscher Staatsangehörigkeit in die Krisenregionen des Nahen Ostens, um sich dem „IS“ anzuschließen.³ Vor dem Hintergrund, dass viele Ausge-reiste nun wieder nach Deutschland zurückkehren, gewinnen die Vorschriften des „Terrorismusstrafrechts“⁴ zunehmend an Bedeutung. Hierbei spielen die §§ 129a, 129b eine zentrale Rolle. Es stellt sich i.R.d. § 129a re-

zeichnungen solche des StGB.

³ Siehe etwa Verfassungsschutzbericht 2018, S. 188 ff., 197: Es wird von ca. 1050 ausgereisten Deutschen (Männer und Frauen) im Zeitraum von 2012 bis 2017 ausgegangen, davon sind ungefähr ein Drittel nach Deutschland zurückgekehrt.

⁴ Der Begriff Terrorismusstrafrecht bezeichnet die §§ 89a ff., 129a f. als Teil des Staatsschutzrechts.

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

² Nachfolgend sind Normen ohne Gesetzesbe-

regelmäßig das Problem, welche Tathandlung in Fällen von Frauen, die im „IS“ lebten einschlägig ist.

Dies hat nicht nur Auswirkungen auf den möglichen Strafraum und die Aussetzung einer Freiheitsstrafe auf Bewährung, sondern auch auf die **Anforderungen** an eine **Untersuchungshaft**. Daher muss sich der BGH in den letzten Jahren wie im vorliegenden Beschluss regelmäßig mit Anträgen der Staatsanwaltschaft auf Untersuchungshaft wegen des Verdachts der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung auseinandersetzen.⁵ Voraussetzungen für eine solche sind grundsätzlich das Bestehen eines **dringenden Tatverdachts** und eines **Haftgrundes**, § 112 Abs. 1 S. 1 StPO.⁶ Nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 3 StPO entfällt bei Schwerstkriminalität das Erfordernis eines Haftgrundes. Wie das BVerfG feststellte, ist die Norm jedoch verfassungskonform auszulegen.⁷ Demnach muss für den Haftgrund eine Flucht- oder Verdunkelungsgefahr nicht wie sonst i.R.d. § 112 Abs. 2 StPO positiv festgestellt werden. Es muss aber zumindest negativ festgestellt werden, dass diese Gefahr nach den Umständen des Einzelfalls nicht ausgeschlossen ist.⁸ Hierbei ist § 129a Abs. 1 (mitgliedschaftliche Beteiligung in einer terroristischen Vereinigung) eine im Katalog des § 112 Abs. 3 StPO genannte Straftat, wohingegen § 129a Abs. 5 S. 1 (Unterstützen einer terroristischen Vereinigung) nicht genannt ist. Folglich ist für die Prüfung des Haftrichters und für die mögliche Festnahme der Beschuldigten relevant, welche Tathandlung in Rede steht. Insbesondere in Fällen, in denen die Frau nicht am aktiven

Kampf- oder Verwaltungsgeschehen teil-, sondern vielmehr die von der Ideologie vorgeschriebene Rolle der Ehefrau und Mutter einnimmt, ist eine klare Abgrenzung oftmals schwierig.

Für alle Tathandlungen des § 129a bedarf es als Bezugspunkt zunächst einer terroristischen Vereinigung, also einer Vereinigung, deren Zweck und Ziel es ist, Straftaten des Kataloges aus § 129a Abs. 1 Nr. 1 zu verwirklichen. Unproblematisch handelt es sich bei dem sog. „IS“ um eine solche i.S.d. § 129a.⁹ Dass es sich um eine Vereinigung im Ausland handelt, spielt keine Rolle, wenn die Täterinnen selbst Deutsche sind, denn § 129b erweitert ausdrücklich den Anwendungsbeereich der §§ 129 f. in solchen Fällen.

Als **Unterstützung** i.S.d. § 129a Abs. 5 S. 1 ist grundsätzlich jede Tätigkeit eines Nichtmitgliedes anzusehen, welche den Zweck, die Organisation oder den inneren Zusammenhalt der Vereinigung **fördert**.¹⁰ Hierbei ist es ausreichend, dass Außenstehende die Beteiligung eines Mitgliedes der terroristischen Vereinigung fördern, wobei es sich nach überwiegender Ansicht um eine zur Täterschaft verselbstständigte Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung handelt.¹¹ Notwendig ist, dass die fördernde Handlung objektiv für die Vereinigung nützlich ist, selbst wenn diese den Vorteil nicht nutzt.¹²

Im Ausgangsfall lässt sich A's Verhalten aufteilen, zum einen in das Leben als Ehefrau

⁵ So BGH NStZ-RR 2018, 206; BeckRS 2018, 30363; 2019, 10654.

⁶ Beulke, in Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 209; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 112 Rn. 4 ff.

⁷ BVerfG NJW 1966, 243, 245.

⁸ Böhm/Werner, in MüKoStPO, 2014, § 112 Rn. 90; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 6), StPO, § 112 Rn. 37 f.

⁹ BGH NStZ-RR 2018, 206, 208; 2018, 10, 11; NStZ 2018, 598, 598; ausführliche Beschreibung des IS als terroristische Vereinigung insb.: OLG Celle BeckRS 2016, 7071.

¹⁰ Vgl. BGH NStZ 2018, 598, 599; BeckRS 2018, 30363 Rn. 34.

¹¹ Vgl. BGH BeckRS 2018, 30363 Rn. 34; Krauß, in LK, 12. Aufl. 2009, StGB, § 129 Rn. 132; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in Schönlke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 129 Rn. 15.

¹² Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 129 Rn. 40; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in Schönlke/Schröder (Fn. 11), § 129 Rn. 15.

und Mutter unter der Kontrolle ihres Mannes, zum anderen in die Blogbeiträge und das Posten der Ablichtungen mit den Kommentaren und Texten. Durch die Fotos auf dem Blog und die entsprechenden Kommentare dokumentierte A das Leben im „IS“ und versuchte, die Gewalttaten in einem positiven Licht darzustellen. Der Vereinigung kommt insoweit ein Vorteil zu, als dadurch ihre öffentliche Wahrnehmbarkeit erhöht wird. Teil der Strategie einer Terrororganisation ist es, große Bevölkerungsteile (durch minimalen Aufwand) zu verängstigen. Durch A's Veröffentlichungen werden die Gewalttaten des „IS“ und dessen Umgang mit Waffen glorifiziert, was die Kampfbereitschaft bereits angehöriger Mitglieder stärken kann, sodass eine Förderung der Zwecke vorliegt, mithin eine Unterstützung nach § 129a Abs. 5 S. 1.¹³ Möglicherweise reicht jedoch auch schon das bereits geschilderte Alltagsleben im „Kalifat“ hierfür aus. Grundsätzlich wird das Zusammenleben mit einem Mitglied einer Vereinigung, das nur ein „sozialübliches Verhalten“ darstellt, als nicht ausreichend erachtet.¹⁴ Bisher wird indes vertreten, dass eine Förderungshandlung auch darin bestehen kann, dass sie unmittelbar zur Durchsetzung der Ziele beiträgt oder die Grundlagen für die Aktivitäten der Vereinigung schafft.¹⁵ Zum Erhalt und zur Förderung einer sozialen Struktur, wie es der „IS“ vorsieht, werden Täterinnen wie A benötigt. Das Großziehen der Kinder im Sinne seiner islamistisch-fundamentalistischen Ideologie kommt den Bestrebungen des „IS“ zugute, sodass es die „wesenseigene Gefährlichkeit der Vereinigung“¹⁶ festigt, und auch diese selbstständig als Unterstützungshandlung i.S.d. § 129a Abs. 5 S. 1 anzusehen ist.

Bei Tathandlungen, wie denen der A, könnte jedoch auch eine **mitgliedschaftliche Beteiligung** nach § 129a Abs. 1 Alt. 2 in Betracht kommen. Unter einer solchen mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung versteht man jede Tätigkeit, welche die Vereinigung von „innen“ und nicht lediglich von „außen“ fördert.¹⁷ Hingegen ist nicht erforderlich, dass der Täter an Straftaten mitwirkt.¹⁸ Auch legale Tätigkeiten und Alltagsaufgaben können ein „sich beteiligen“ darstellen.¹⁹ Evident überlagern sich die Definitionen der unterschiedlichen Tathandlungen. Die Unterscheidung, ob die Förderungshandlung dem Unterstützen nach § 129a Abs. 5 S. 1 oder der Beteiligung i.S.d. § 129a Abs. 1 zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob eine Mitgliedschaft vorliegt.²⁰ Denn ein Außenstehender wird nach Ansicht des BGH nicht allein durch eine Förderungshandlung zu einem Mitglied.²¹ Für eine **Mitgliedschaft** bedarf es einer entsprechenden **Eingliederung** in die Organisation und der Unterordnung unter ihre Ziele,²² nicht jedoch einer förmlichen Beitrittserklärung.²³ Zwangsläufig muss die Stellung des Täters eine solche sein, die ihn zum **Kreis der Mitglieder gehörend kennzeichnet**.²⁴ Hierbei bedarf es der Zustimmung der Vereinigung zu den Handlungen des Täters, ein bloß einseitiger Willensentschluss des Täters zur Förderung ist nicht ausreichend.²⁵ Wie sich die

¹³ Ähnlicher Fall im Zusammenhang mit einer Druckschrift: BGH NJW 1988, 1677, 1678.

¹⁴ Vgl. Krauß, in LK (Fn. 11), § 129 Rn. 140, 144.

¹⁵ BGH BeckRS 2019, 10654 Rn. 24.

¹⁶ Schäfer, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, § 129 Rn. 108.

¹⁷ Fischer (Fn. 12), § 129a Rn. 20; Krauß, in LK (Fn. 11), § 129 Rn. 104.

¹⁸ Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 129 Rn. 13.

¹⁹ Krauß, in LK (Fn. 11), § 129 Rn. 108 f; Schäfer, in MüKoStGB (Fn. 16), § 129 Rn. 86.

²⁰ Zu diesem Abgrenzungskriterium auch Fahl, in JR 2018, 276, 279.

²¹ BGH NStZ-RR 2018, 206, 207.

²² Fischer (Fn. 12), § 129a Rn. 20.

²³ BGH NStZ-RR 2018, 369, 370; NJW 2009, 3448, 3460.

²⁴ BGH NStZ-RR 2018, 369, 370.

²⁵ Fischer (Fn. 12), § 129a Rn. 36; Krauß, in LK (Fn. 11), § 129 Rn. 105.

Rechtslage gestaltet, wenn sich die Täterin mit bloß sozial-adäquaten Handlungen in der Organisation einbringt und keine weitreichenderen Tätigkeiten vorliegen, wird unterschiedlich bewertet. Eine Auffassung führt an, dass sich Täterinnen, wie A nach dem Verständnis des „IS“ bereits in das Verbandsleben der Organisation eingliedern und dieses von innen fördern, indem sie als Ehefrauen und ggf. als Mütter zum Aufbau und der personellen Ausdehnung beitragen.²⁶ Gerade weil der „IS“ durch seine Taten versucht, einen Staats- und Herrschaftsanspruch durchzusetzen, solidarisiere sich die Frau mit den Verbrechen und Taten, indem sie an dem Aufbau in der ihr durch die Ideologie möglichen Rolle mitwirke.²⁷ Weitreichendere Betätigungen seien hingegen nicht mehr notwendig.²⁸

Anders sprach sich hingegen der BGH in einem Fall aus dem März 2018 aus.²⁹ In diesem reiste die Angeklagte mit ihrem Ehemann in das „IS“-Gebiet und lebte gemeinsam mit ihm an unterschiedlichen Orten. Dort ging sie Haushaltstätigkeiten nach und erledigte Einkäufe, während ihr Mann Krankenpfleger in einem von der Terrororganisation verwalteten Krankenhaus war. Der Lohn des Ehemanns wurde aufgrund eines sog. Familienzuschlages aufgestockt. Das Paar bekam während ihres Aufenthaltes einen Sohn. Einer Propaganda- oder Verwaltungsaufgabe ging die Frau nicht nach. Der BGH sah ein Fördern von „innen“ durch die reine Sympathiebekundung mit der Ideologie durch das Leben im „IS“, dem ehelichen Zusammenleben und den Haushaltsverrichtungen nicht gegeben. Der Auffassung des GBA, dass bereits eine einvernehmliche Eingliederung in die Organisation als Mitglied stattge-

funden habe, entgegnete der BGH im Beschluss, dass das alleinige Eheleben nicht für eine entsprechende Eingliederung in die Organisationsstruktur genüge. Hieran ändere sich auch nichts durch die Tatsache, dass sie mittelbar durch den aufgrund der Ehe aufgestockten Lohn ihres Mannes finanziell profitierte. Allein das Alltagsleben im „IS“ als solches führe noch nicht zu einer Mitgliedschaft. Dieses sei nämlich nicht mit dem Eingliedern in die hierarchische Struktur der Organisation und der Übernahme des Machtanspruchs des „IS“ als solchem gleichzusetzen, wenngleich es in ihrem Interesse ist, ihre Gefolgschaft personell zu erweitern.³⁰ Notwendig sei zumindest die Erfüllung organisatorischer Aufgaben, welche durch die Vereinigung übertragen werden, das alleinige Einreisen in deren Herrschaftsgebiet, um nach deren Ideologie zu leben, beinhalte noch keine Integration in deren Vereinigung.³¹

Scheinbar geringere Anforderungen an die Mitgliedschaft stellte der BGH jedoch in einem aktuellen Beschluss aus dem Mai 2019.³² In diesem nahm er hinsichtlich der Mitgliedschaft vor allem den Umstand mit in seine Bewertung auf, dass die Täterin bewusst und willentlich in Wohnanwesen lebte, welche völkerrechtswidrig angeeignet und ihr vom „IS“ zugeteilt wurden. Mit dem Bezug des Anwesens habe sie die tatsächliche Gebietsherrschaft der Vereinigung gefestigt.³³

A hat sich jedoch in unserem Fall nicht nur um ihren Ehemann und die Haushaltsführung gekümmert, sondern hat darüber hinaus die verübten Gewalttaten und ihren Zugang zu Waffen dokumentiert und veröffentlicht. Zudem könnte ihre aktive Entscheidung, Deutschland zu verlassen und sich in Syrien dem „IS“ anzuschließen und dort möglicherweise als Märtyrerin zu sterben, für ihren ernsthaften Eingliederungswillen sprechen. Mit der Vermittlung eines Ehemannes, der

²⁶ So auch die Begründung des GBA in einem Antrag auf Untersuchungshaft im März 2018, vgl. BGH NSTZ-RR 2018, 206, 206 f.; *Fahl*, JR 2018, 276, 279 f.

²⁷ *Fahl*, JR 2018, 276, 279 f.

²⁸ So wohl der GBA in BGH NSTZ-RR 2018, 206.

²⁹ BGH NSTZ-RR 2018, 206.

³⁰ BGH NSTZ-RR 2018, 206, 207.

³¹ BGH NSTZ-RR 2018, 206, 207 f.

³² BGH BeckRS 2019, 10654.

³³ BGH BeckRS 2019, 10654 Rn. 27.

Bereitstellung von Wohnraum und Geldleistungen könnte zudem der Aufnahmewille der Organisation deutlich geworden sein.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH musste sich durch die Beschwerde des GBA mit der Frage beschäftigen, wann die Grenzen zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung überschritten sind. Zudem musste das Gericht sich fragen, welche Anforderungen an den Haftgrund zu stellen sind. Mit dem vorliegenden Beschluss festigte der BGH seine st. Rspr., dass auch an sich legale Tätigkeiten Beteiligungsakte i.S.d. § 129a Abs. 1 darstellen können. Er verglich den Sachverhalt mit dem seines Beschlusses aus dem März 2018³⁴ und grenzte die Handlungen der A von normalen Alltagstätigkeiten ab. Als Gründe, für ein über das Maß alltäglicher Verrichtungen hinausgehendes Verhalten, welches die mitgliedschaftliche Beteiligung erfüllt sein lässt, nannte er nicht nur die Blogeinträge von A, sondern auch die Befürwortung des Umgangs mit Schusswaffen. Dass sie zudem eine Beziehung mit einem „IS“-Kämpfer führte, Kinder aus dieser Beziehung bekam und die Haushaltsführung übernahm, was an für sich legale Tätigkeiten darstellen, ließ nach Auffassung des BGH den dringenden Tatverdacht im Hinblick auf die in Rede stehende Tat nicht wieder entfallen. Dadurch war der Haftgrund indiziert, sodass der BGH der Auffassung des GBA folgte und der Untersuchungsbefehl ergehen konnte.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die erst in den letzten Jahren aufgekommene Problematik der §§ 129a, 129b im Zusammenhang mit den Rückkehrinnen aus dem „IS“ stellt sowohl die Rechtsprechung als auch die Ausbildung vor die schwierige Aufgabe, das Verhalten der Täterinnen dem rich-

tigen Tatbestand zuzuordnen. Wie bereits erwähnt, ergeben sich durch den Beschluss und dessen Begründung keine weitreichenden Neuerungen der Rechtsprechung. Der BGH stellt jedoch klare Grenzen auf und verlangt, dass das Verhalten der Täterinnen über alltägliche Verrichtungen hinausgeht, sodass die StA Nachweise über Tätigkeiten erbringen muss, die im konkreten Zusammenhang mit den Gewaltdelikten, der Organisation oder Propaganda des „IS“ stehen. Dies kann sich jedoch aufgrund der Verwirklichung des Delikts in einem anderen Staat und mangelnder Ermittlungsmöglichkeiten im Irak und Syrien als durchaus schwierig gestalten.

Zudem können die Vorschriften des Staatsschutzrechts, mithin die §§ 129 ff., auch Gegenstand der juristischen Staatsprüfung sein, sodass sich eine Auseinandersetzung mit der Problematik empfiehlt.

5. Kritik

Im Beschluss wurde die mitgliedschaftliche Beteiligung der A unproblematisch festgestellt. Der Begründung seitens des BGH ist zuzustimmen. Der Beschluss gibt Anlass Konstellationen in den Blick zu nehmen, in denen keine solch weitreichenden Tätigkeiten wie die der A zum Alltagsleben hinzukommen. Bei der Frage, ob das bloße Alltagsleben im „IS“ für die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung ausreicht, hat der BGH hinsichtlich solcher Fälle, in denen die Frau gemeinsam mit ihrem Mann in das Gebiet des „IS“ reiste, den Tatbestand verneint. Für Fälle, in denen wie bei A die Frau selbstständig einreiste, sollten jedoch folgende Gesichtspunkte nicht außer Acht gelassen werden, die für eine mitgliedschaftliche Beteiligung sprechen, ohne dass es der eben erwähnten Blogeinträge oder Ähnlichem bedarf.

Zum einen ist festzustellen, dass das Einreisen in das Herrschaftsgebiet des „IS“, die Vermittlung und Heirat mit einem „IS“-Kämpfer, die Geburt zweier Kinder aus dieser Ehe und die Versorgung ihres Mannes, jenes

³⁴ BGH NSTZ-RR 2018, 206.

Verhalten darstellen, welches die Terrorvereinigung von Frauen erwartet und ihnen sogar vorschreibt. Gerade durch diese Handlungen wird der Organisation eine Grundlage geschaffen, die es ihr ermöglicht, ihre „Kämpfer“ allein für militärische Aufgaben einzusetzen und ihre Gefolgschaft personell auszuweiten. Diese trägt somit nicht nur zu einer gesteigerten Gefährlichkeit der Vereinigung bei, sondern auch zu deren personeller und territorialer Ausdehnung. Erst durch die der Frau vom „IS“ zugeschriebene soziale Rolle kann die Idee des „Gottesstaates“ getragen werden. Durch die Erziehung der Kinder im Sinne der Ideologie wird eine islamistisch-fundamentalistische Überzeugung zum Nutzen der Bestrebungen des „IS“ weiterverbreitet und gefestigt. Dass andere nun noch weitreichender tätig wurden, wie mit einem Propagandablog oder durch direkten Umgang mit Waffen, lässt die gesteigerte Grundgefahrlichkeit deswegen jedoch nicht geringer werden, im Gegenteil: Gerade dadurch gewinnen Dschihadistinnen einen noch größeren Einfluss auf die Wirkmächtigkeit der Organisation. Die naheliegende Gegenargumentation, dass die Handlungen an und für sich doch sozial-adäquat seien und somit nicht in einen strafbaren Bereich fallen dürften, muss der Zweck und die Zielsetzung des „IS“ entgegengehalten werden. Anders als bei anderen Terrororganisationen lebten die deutschen Täterinnen nicht bereits im Aktionsbereich der Organisation, sondern sie entschieden sich aktiv zu einer Einreise in das Gebiet, sie solidarisierten sich gerade mit der Vorstellung, auf dem Gebiet eines anderen Staates einen von ihrer Ideologie beherrschten Gottesstaat zu errichten. Für eine Eingliederung, wie es die Mitgliedschaft nach § 129a Abs. 1 erfordert, spricht zudem die Vermittlung eines Ehemannes durch den „IS“. Dies zeigt, dass es der Frau nicht um die Person des Partners ging, sondern vielmehr um die Integration in das Verbandsleben des „IS“ durch eine feste Bindung.

Auch der vom BGH in der jüngeren Entscheidung aus dem Mai 2019 miteinbezogene Umstand, dass die Frauen die meist gewaltsam und kriegsverbrecherisch erlangten Häuser wissentlich annahmen und bewohnten, verdeutlicht deren Bereitschaft, Teil des Systems zu sein.³⁵

Gegen ein solch weites Verständnis des § 129a Abs. 1 spricht jedoch, dass es sich bei den Täterinnen meist um junge Frauen handelte, die vor der Einreise ein noch ideologisch verblendetes Bild von der konkreten Lage hatten. Dies könnte durchaus dazu führen, dass bald nach Eintreffen und Einfinden in die Gegebenheiten des „IS“, deren Wille zum Eingliedern entfiel. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Frauen dem Patriarchat des Mannes unterworfen waren, ist ein folgenloser Abbruch der Reise und des Aufenthaltes schwer vorstellbar. Dies könnte auf subjektiver Tatbestandsebene zum Tragen kommen, kann jedoch nicht dazu führen, dass es sich auf objektiver Tatbestandsebene nicht um eine Mitgliedschaft handelt.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das Verhalten der Dschihadistinnen mit deutscher Staatsangehörigkeit, in das Gebiet des „IS“ zu reisen und dort ein Alltagsleben mit einem „IS“-Kämpfer zu führen, tatbestandsmäßig schon für sich die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung erfüllen kann. Wie aufgezeigt, muss jedoch genau nach den Umständen gefragt werden.

(Markus Bohn/Jason Coombe)

³⁵ Zu diesem Ansatz s.o. BGH BeckRS 2019, 10654 Rn. 27.

1. Sachverhalt¹

A ist ein ehemaliger Mitarbeiter des syrischen Nachrichtendienstes „Abteilung 251“. Im Jahr 2018 beantragt er Asyl in Deutschland. Im Rahmen eines vom Generalbundesanwalt (GBA) geführten „Strukturermittlungsverfahrens“ gegen unbekannte Täter des syrischen Regimes wegen Straftaten nach dem VStGB sagt A als Zeuge aus und wird nach den §§ 55 Abs. 2, 163 Abs. 3 S. 2 StPO² belehrt. Dabei belastet er sich trotz der Belehrung mit seinen Aussagen selbst, indem er angibt, an verschiedenen Festnahmeaktionen und gewaltsamen Demonstrationsauflösungen beteiligt gewesen zu sein und von Folterungen von Gefangenen gewusst zu haben. Auf Antrag des GBA erlässt der Ermittlungsrichter des BGH daraufhin Haftbefehl gegen A. Dessen Verteidiger beantragt eine Haftprüfung und rügt, dass A aufgrund seiner Äußerungen Beschuldigtenstatus hätte zuerkannt werden müssen, was eine Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 zwingend notwendig gemacht hätte. Nach diesbezüglicher Aufforderung durch den Ermittlungsrichter erklärt er den Verwertungswiderspruch und führt an, die Aussage unterliege wegen eines Verfahrensfehlers einem Beweisverwertungsverbot. Daraufhin hebt der Ermittlungsrichter den

September 2019

Endlich Beschuldigter-Fall

Beschuldigtenstatus / Belehrungspflicht / Beweisverwertungsverbot / Vorauswirkung

§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 S. 2 StPO

famos-Leitsätze:

1. Beweisverwertungsverbote sind im Ermittlungsverfahren amtswegig zu beachten.
2. Wird der Vernommene unter objektiver Überschreitung des Willkürmaßstabs nicht als Beschuldigter belehrt, liegt ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO vor.

BGH, Beschluss vom 06. Juli 2019 – StB 14/19; veröffentlicht in BeckRS 2019, 12765.

Haftbefehl auf und ordnet die unverzügliche Entlassung des A an. Zur Begründung stellt er fest, der dringende Tatverdacht bestehe nur aufgrund der Angaben des A; diese dürften aber in Folge des Beweisverwertungsverbotes nicht bei der Verdachtsprüfung berücksichtigt werden. Gegen diesen Beschluss legt der GBA Beschwerde ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Kern des Falles geht es um die Frage, wann einem Befragten **Beschuldigtenstatus** zuerkannt werden muss und welche Folgen eine unterbliebene Belehrung für die Verwertbarkeit der Aussage und die Anordnung von Zwangsmaßnahmen hat.

Wird ein Zeuge im Laufe der Befragung zum Beschuldigten, ist er entsprechend zu belehren. Denn der Hinweis auf das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 2 kompensiert nicht die Belehrung über ein vollumfängliches **Aussageverweigerungsrecht** und das Recht auf Verteidigerbeistand

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

nach § 136 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2.³ Die Notwendigkeit einer Belehrung liegt auf der Hand: Wer sich der gegen ihn gerichteten Ermittlungen nicht bewusst ist, kann konsequenterweise auch keine Beschuldigten- bzw. Verteidigerrechte geltend machen.⁴ Die Beschuldigung ist damit „Dreh- und Angelpunkt“⁵ des Strafverfahrens.

Trotz der Bedeutung des Beschuldigtenbegriffs hat der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition verzichtet, gleichwohl wird dieser etwa in § 157 vorausgesetzt. Zur Bestimmung des Beschuldigtenstatus werden daher unterschiedliche Ansichten vertreten: So sehen die Vertreter des **objektiven Beschuldigtenbegriffs** im objektiven Tatverdacht bzw. Ermittlungsstand das den Beschuldigtenstatus auslösende Kriterium.⁶ Danach wäre A Beschuldigter, nachdem er gegenüber den Polizeibeamten bekundete, daran beteiligt gewesen zu sein, fliehende Demonstranten festzunehmen und diese in die Gebäude der Abteilung 251 transportiert zu haben. Dies hätte zur Folge, dass allen danach getätigten Aussagen ein Verfahrensfehler anhaften würde. Demgegenüber verlangen Vertreter des **subjektiven Beschuldigtenbegriffs**⁷ einen Willensakt (Inkulpationsakt) der zuständigen Strafverfolgungsbehörde, dass die Ermittlungen gegen die Person als Beschuldigten geführt werden.⁸ Der Willensakt muss dabei nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent geäußert werden, etwa in Form von Maßnahmen, die nur gegen einen Beschuldigten angeordnet werden dürfen.⁹ So

verhält es sich auch im vorliegenden Fall mit dem Antrag auf Untersuchungshaft gem. § 112; nach der Lehre des subjektiven Beschuldigtenbegriffs wäre erst dies der Zeitpunkt der Inkulpation des A.

Nach überwiegender Ansicht kann jedoch keine der Theorien für sich alleine zu zufriedenstellenden Ergebnissen gelangen.¹⁰ Das alleinige Abstellen des objektiven Beschuldigtenbegriffs auf das Vorliegen eines Tatverdachts stehe in einem unauflösbaren Widerspruch zur Rechtsfigur des tatverdächtigen Zeugen, §§ 55, 60 Nr. 2.¹¹ Der bloße Verfolgungswille des subjektiven Beschuldigtenbegriffs hingegen könne schon angesichts des Wortlauts des § 152 Abs. 2, welcher „zureichende, tatsächliche Anhaltspunkte“ verlangt, nicht genügen.¹² Eine Definition des Beschuldigtenbegriffs ohne Einbeziehung des Tatverdachts sei daher als contra legem abzulehnen.¹³ Abhilfe soll daher der **gemischt subjektiv-objektive Beschuldigtenbegriff** schaffen: Dieser vereint die beiden vorgenannten Ansichten dahingehend, dass neben einem Tatverdacht (objektive Komponente) ein Willensakt der Strafverfolgungsbehörde (subjektive Komponente), die Person als Beschuldigten zu vernehmen, dazu treten soll.¹⁴ Die Entscheidung, wann dem Befragten Beschuldigtenstatus zuerkannt werden muss, fällt somit in den pflichtgemäßen Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörde.¹⁵ Gleichwohl sieht der BGH in den Fällen einen Verfahrensfehler, in denen der Tatverdacht so stark ist, dass die Strafverfolgungs-

³ BGHSt 38, 302.

⁴ Vogel, JZ 2004, 827, 835.

⁵ Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 73.

⁶ Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 78.

⁷ Teilweise wird der subjektive auch als materieller, der objektive als formeller Beschuldigtenbegriff bezeichnet, vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 928 f.

⁸ BGH NJW 1994, 2904, 2907.

⁹ Heintschel-Heinegg, JA 2015, 393, 394.

¹⁰ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2019, § 6 Rn. 4.

¹¹ Gerson (Fn. 5), S. 75 f.; Rogall, NJW 1978, 2535, 2536.

¹² Kindhäuser (Fn. 10), § 6 Rn. 8.

¹³ Gerson (Fn. 5), S. 86.

¹⁴ Kindhäuser (Fn. 10), § 6 Rn. 7; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 102.1; Schmitt, in Meyer-Goßner, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 76 ff.

¹⁵ BGHSt 38, 214, 228; Hellmann, in Kühne-FS, 2013, S. 235, 241.

behörde die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums willkürlich überschreitet, wenn sie nicht zur Beschuldigtenvernehmung übergeht.¹⁶ Der Anlass für eine solche Willkürgrenze findet sich in der Gefahr, dass die Eröffnung des Beschuldigtenstatus gegenüber dem Befragten hinausgezögert wird, um diesen, unter Umgehung seiner Beschuldigtenrechte, als Informationsquelle zur Verfügung zu halten.¹⁷

Wird bei der Aufklärung des Sachverhalts den Beschuldigtenrechten nicht hinreichend Rechnung getragen, insbesondere eine Belehrung nicht vorgenommen, kann das Verhalten der Strafverfolgungsbehörde während des Ermittlungsverfahrens die Hauptverhandlung in unheilbarer Weise prägen.¹⁸ Denn der staatliche Strafanspruch lässt sich nur in Form eines justizförmigen, rechtstaatlichen Verfahrens durchsetzen. Das heißt, dass der Verfolgte den Status erlangen muss, den das Prozessrecht für ihn als Prozesssubjekt vorgesehen hat.¹⁹ Die Beschuldigung und Einhaltung der Belehrungspflichten sind dabei unabdingbar für eine ausreichende Vorbereitung der Verteidigung und damit auch Ausprägung des Grundsatzes der **Waffengleichheit** nach Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. b EMRK i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.²⁰

Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 stellt somit einen Verfahrensfehler dar, der eine Schiefelage des Verfahrens zu Lasten des Beschuldigten zum Ergebnis hat. Die Justierung der Schiefelage soll deshalb einerseits durch Heilungsmöglichkeiten, andererseits durch Beweisverwertungsverbote gewährleistet werden.²¹ Die §§ 136, 163a treffen keine Aussage darüber, welche Folgen ihre Nichtbeachtung hat. Unabhängig

davon herrscht Einigkeit, dass die Aussage eines Unbelehrten dann unverwertbar ist, wenn er sein Aussageverweigerungsrecht tatsächlich nicht kannte.²² Die Aussage ist jedoch verwertbar, wenn sie nach einer qualifizierten Belehrung wiederholt wird. Von einer Wiederholung der ursprünglichen Aussage kann dann abgesehen werden, wenn der Beschuldigte, trotz Kenntnis seiner Rechte und des Verwertungsverbots, der Verwertung zustimmt. In diesem Fall gilt der Verfahrensfehler als geheilt.²³

Nach der **Widerspruchslösung**²⁴ des BGH setzt ein Verwertungsverbot wegen Verletzung einer disponiblen Vorschrift zusätzlich voraus, dass der Angeklagte (oder sein Verteidiger) in der Hauptverhandlung der Verwertung der Aussage bis spätestens zum Zeitpunkt seiner Befragung am Ende der Beweiserhebung (§ 257) widerspricht.²⁵ Versäumt er dies, ist die Aussage verwertbar.²⁶ Ferner führt dies zu einer Rügepräklusion,²⁷ der Verfahrensfehler kann in der Revisionsinstanz also nicht mehr beanstandet werden.²⁸ Ein Widerspruch während des Ermittlungsverfahrens ist indes nicht ausreichend und bleibt auch im späteren Hauptverfahren unbeachtlich.²⁹ Gleichwohl sind mögliche Beweisverwertungsverbote im Rahmen des Ermittlungsverfahrens amtswegig zu berücksichtigen, weil für die Eröffnungsentscheidung bzw. die Anordnung von Zwangsmitteln nicht nur der materielle Verdachtsgrad, sondern auch die Beweisbarkeitsprognose maßgeblich ist.³⁰

¹⁶ BGH NJW 2007, 2706, 2708.

¹⁷ Kühne (Fn. 14), Rn. 102.2.

¹⁸ Kühne (Fn. 14), Rn. 314.1.

¹⁹ Fincke, ZStW, Band 95 (1983), 918, 919.

²⁰ Satzger, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, Art. 6 EMRK, Rn. 40 f.

²¹ Rogall, in SK-StPO, Band 2, 5. Aufl. 2016, § 136 Rn. 52, 54.

²² Diemer, in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 136 Rn. 27; Schmitt (Fn. 14), 62. Aufl. 2019, § 136 Rn. 20; Schuhr, in MüKoStPO, 2014, Band 1, § 136 Rn. 55.

²³ Schuhr, in MüKoStPO (Fn. 22), § 136 Rn. 68 f.

²⁴ BGH NJW 1992, 1463, 1466.

²⁵ Diemer, in KK-StPO (Fn. 22), § 136 Rn. 28.

²⁶ Schuhr, in MüKoStPO (Fn. 22), § 136 Rn. 72.

²⁷ BGH NStZ 2006, 348, 349.

²⁸ Schneider, in KK-StPO (Fn. 22), § 238, Rn. 29.

²⁹ BGH NStZ 1997, 502 f.

³⁰ BGH NJW 2017, 1828 f.

Damit stellt sich die Frage, ob ein mögliches Beweisverwertungsverbot bereits die Heranziehung des Beweismittels für die Begründung eines entsprechenden Tatverdachts ausschließt. Es ist insoweit die Rede von der **Vorauswirkung** des Beweisverwertungsverbots.³¹ Dem Widerspruchserfordernis kommt bei der Beantwortung dieser Frage eine maßgebliche Bedeutung zu. So wird vereinzelt vertreten,³² dass eine konsequente Anwendung der Widerspruchslösung nur dann möglich sei, wenn die Beanstandung als Voraussetzung zur Entstehung des Beweisverwertungsverbots verstanden wird.

Dies hätte zur Folge, dass Beweisverwertungsverbote während des Ermittlungsverfahrens unberücksichtigt bleiben müssen, da ein Widerspruch in diesem Verfahrensstadium noch nicht möglich ist.³³ Da die Vorauswirkung eines Beweisverwertungsverbots aber denklogisch dessen Entstehung voraussetze, kann das Beweismittel nach dieser Ansicht unproblematisch in die Verdachtsprüfung eingestellt werden.³⁴ Dem entsprechen ältere Entscheidungen³⁵ des BGH, in denen regelmäßig von der „Entstehung“ eines Beweisverwertungsverbots durch den Widerspruch die Rede ist.

Gegner dieser Ansicht verlangen, dass (in der Hauptverhandlung) unverwertbare Beweismittel nicht zur Verdachtsbegründung für die Anordnung von Zwangsmitteln herangezogen werden dürfen, da diese erst durch die Aussicht auf eine Verurteilung legitimiert seien.³⁶ Dafür spreche schließlich auch, dass die strafprozessuale Verdachtsbeurteilung

regelmäßig in Grundrechtseingriffe münde,³⁷ wie die Anordnung der Untersuchungshaft nach § 112 im vorliegenden Falle verdeutlicht. Ein solcher Eingriff lasse sich aber nur dann rechtfertigen, wenn der Tatbestand einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage erfüllt ist. Die Ermächtigungsgrundlagen der StPO setzen jeweils einen bestimmten Verdachtsgrad³⁸ voraus. Ob dieser erreicht ist, hängt letztlich aber von der Frage ab, ob das unverwertbare Beweismittel zur Verdachtsprüfung herangezogen werden kann.³⁹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hilft der Beschwerde des GBA ab. Der Beschluss des Ermittlungsrichters wird aufgehoben und der ursprüngliche Haftbefehl dahingehend geändert, dass A der beschuldigten Straftaten dringend verdächtig sei.

Dazu führt der BGH im Einzelnen aus, dass eine Beschuldigtenbelehrung erst erforderlich gewesen sei, nachdem A ausgesagt habe, dass Gefangene während ihrer Haftzeit in der Abteilung 251 regelmäßig gefoltert wurden. Zu dieser Feststellung gelangt das Gericht, indem es an seiner Rechtsprechung zum gemischt subjektiv-objektiven Beschuldigtenbegriff festhält, jedoch Kriterien herausarbeitet, nach denen eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Strafverfolgungsbehörden eine Umgehung von Beschuldigtenrechten und somit einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 darstellt.

Danach sei die Notwendigkeit einer Beschuldigtenbelehrung nicht deshalb abzulehnen, weil kein entsprechender Willensakt der Strafverfolgungsbehörde geäußert wurde. Voraussetzung hierfür sei aber, dass ein objektiv bestimmbarer, hinreichend starker

³¹ Hengstenberg, Die Frühwirkung der Verwertungsverbote, 2007, S. 14 f.

³² Schlothauer, in FS-Lüderssen, 2002, 761 ff.

³³ Schmitt (Fn. 14), § 136 Rn. 25.

³⁴ Schlothauer (Fn. 32), 2002, 761, 767 f.

³⁵ BGH NStZ 1987, 132, 233; BGH NJW 1992, 1463, 2466; BGH NJW 1996, 1547, 1549; BGH NStZ 2017, 367 f.

³⁶ Dencker, StV 1994, 667, 670; Hengstenberg (Fn. 31), S. 31; Kasiske, JA 2017, 16, 23.

³⁷ Hengstenberg (Fn. 31), S. 101.

³⁸ Zu den Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts nach § 112 vgl. Marxen/Wölk, famos, 03/2010.

³⁹ Hengstenberg (Fn. 31), S. 103.

Tatverdacht vorliege. Dieser bestimme sich zwar grundsätzlich auch nach subjektiven Elementen wie kriminalistischer Erfahrung. Liegen aber hinreichend gesicherte Erkenntnisse vor, die einen so starken Tatverdacht begründen, dass die Strafverfolgungsbehörde andernfalls **willkürlich** die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, führe dies zu einem Verfahrensfehler, wenn nicht in die Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird.

Der Willkürmaßstab bzw. die Grenzen des Beurteilungsspielraums seien **objektiv** zu bestimmen und dann überschritten, wenn es sich als sachlich unvertretbar erweise, einen die Belehrungspflicht auslösenden Tatverdacht zu verneinen. Der Verdachtsgrad liege jedenfalls dann vor, wenn das überprüfende Gericht aus der ex ante-Sicht des Vernehmenden einen dringenden Tatverdacht nach § 112 Abs. 1 für gegeben halte. Gleichwohl ziehe nicht schon jeder Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 gegen den Vernommenen eine Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 nach sich. Auch eine verfahrensbezogene Bestimmung des Beschuldigtenbegriffs führe zu keinem anderen Ergebnis: Denn in Fällen, in denen das Gericht die Ladung eines nicht angeklagten, mutmaßlichen Tatbeteiligten anordne, habe dieser unabhängig von der Stärke des Tatverdachts die Stellung eines Zeugen.

Ferner nimmt der BGH die Sache zum Anlass, um festzustellen, dass mögliche Beweisverwertungsverbote im Ermittlungsverfahren nicht erst durch die Beanstandung, sondern bereits durch den Gesetzesverstoß entstehen. Die Auffassung des Ermittlungsrichters, Beweisverwertungsverbote seien im Ermittlungsverfahren schwebend unwirksam⁴⁰ und müssten folglich vor ihrer „Aktivierung“ durch den Widerspruch unberücksichtigt bleiben, überzeuge nicht. Diese hätte nämlich die unangemessene Folge, dass ein Ermittlungsrichter trotz Kenntnis um die spä-

tere Unverwertbarkeit der Aussage einen Haftbefehl erlassen müsste. Diesen habe er jedoch im Fall eines späteren Widerspruchs wieder aufzuheben. Der Haftbefehlserlass habe selbst dann zu geschehen, wenn eine künftige Verurteilung wegen der Unverwertbarkeit der Aussage ausgeschlossen ist. Da die Widerspruchslösung im Ermittlungsverfahren aber ohnehin keine Anwendung finde, seien mögliche Beweisverwertungsverbote im Ermittlungsverfahren amtswegig zu beachten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Nach den Feststellungen des Gerichts können Verteidiger bzw. Beschuldigte im Ermittlungsverfahren auch künftig keinen wirksamen Widerspruch gegenüber möglichen Verwertungsverböten erklären. Sich daraus ergebende Bedenken, ob Beweisverwertungsverböte im Ermittlungsverfahren schwebend unwirksam sind und deshalb keine Vorauswirkung entfalten, hat der BGH nun jedoch beiseite geräumt. Er stellt klar, dass mögliche Beweisverwertungsverböte im Ermittlungsverfahren von Amts wegen zu prüfen sind; dies entbindet den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger jedoch nicht von seiner Beanstandungspflicht im Hauptverfahren.

Die Vorauswirkung eines möglichen Beweisverwertungsverböts kann insbesondere im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Zwangsmitteln relevant werden. Wird ein mögliches Beweisverwertungsverbot bejaht, kann dies u.a. dazu führen, dass das Beweismittel nicht zur Begründung des Tatverdachts herangezogen werden darf. Damit fehlt es an einer tatbestandlichen Voraussetzung eines darauf gestützten Zwangsmittels.

Ein Verwertungsverbot hinsichtlich einer Aussage bei unterbliebener Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 ist dabei besonders sorgfältig zu prüfen. Zwar ist der von der Rechtsprechung und h.M. in der Literatur vertretene gemischt objektiv-subjektive Beschuldigten-

⁴⁰ So auch *Schlothauer* (Fn. 32), 761, 768.

begriff zur Bestimmung des Beschuldigtenstatus zugrunde zu legen. Gleichwohl ist bei Nichtvorliegen eines Inculpationsaktes der Strafverfolgungsbehörde zu prüfen, ob diese den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum nach den oben angegebenen Kriterien überschritten hat. In solchen Fällen ist ein Verwertungsverbot grundsätzlich anzunehmen, es sei denn, der Beschuldigte kannte sein Recht zu schweigen auch ohne Belehrung.

5. Kritik

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen, die Begründung bietet jedoch Anlass für Kritik.

Erfreulich ist zunächst, dass der BGH die Vorauswirkung von möglichen Beweisverwertungsverboten – wenngleich er diese nicht ausdrücklich erwähnt – anerkennt, und feststellt, dass diese im Ermittlungsverfahren amtswegig zu beachten sind. Damit begegnet er Bedenken, die sich aus der zeitlichen Dimension der Beweisverwertungsverbote bzw. des damit verbundenen Widerspruchserfordernisses ergeben. So lag dem nunmehr aufgehobenen Beschluss des Ermittlungsrichters wohl die Erwägung zugrunde, dass die Vorauswirkung eines Beweisverwertungsverbots denklogisch dessen Entstehung voraussetzt. Die Annahme, dass der Widerspruch als Voraussetzung des Entstehens zu verstehen sei, lehnt der BGH indes ab. Unter Verweis auf seine jüngeren Entscheidungen⁴¹ stellt der 3. Strafsenat ausdrücklich fest, dass Beweisverwertungsverbote bereits durch den Gesetzesverstoß und nicht erst durch dessen Beanstandung entstehen. Damit bemüht sich der BGH um die Schaffung einer klaren Linie, deren Notwendigkeit sich aus einer Reihe insofern missverständlich formulierter älterer Entscheidungen⁴² ergibt.

Bedauernd ist jedoch, dass diese Klarstellung erst durch die bislang mangelnde Auseinandersetzung des BGH mit der Herleitung und Begründung der Widerspruchslösung nötig wurde. Vor diesem Hintergrund wäre eine Darstellung der Gründe für ein Widerspruchserfordernis geboten. Der durch die Rückverweise erweckte Anschein, die Begründung lasse sich einer älteren Entscheidung entnehmen, erweist sich dabei als täuschend. Denn auch in der Vergangenheit hat der BGH eine sachliche Auseinandersetzung stets vermieden. Ein solcher Umgang mit der Problematik ist ersichtlich ungeeignet, um die bestehenden Zweifel an der Widerspruchslösung aus dem Weg zu räumen. Vielmehr bekräftigt er den Vorwurf, die Widerspruchslösung sei auf unüberlegte und ergebnisorientierte Weise zustande gekommen.⁴³

Hinsichtlich der Bestimmung der Beschuldigtenstellung ist es zwar zu begrüßen, dass der BGH die subjektive Komponente des Beschuldigtenbegriffs weitgehend zurücktreten lässt, sobald hinreichend objektive Merkmale für die Annahme einer Beschuldigung vorliegen. Bezüglich der willkürlichen Überschreitung des Beurteilungsspielraums wäre es jedoch wünschenswert, festzustellen, dass nicht erst die willkürliche Nichtbelehrung verfahrensfehlerhaft ist. Denn die Notwendigkeit einer Belehrung kann sich erst aus der Feststellung der Beschuldigtenstellung ergeben. Die Vorenthaltung der Beschuldigtenbelehrung – unter Anwendung des gemischt objektiv-subjektiven Beschuldigtenbegriffs – entpuppt sich somit als Vorenthaltung der Beschuldigtenstellung. Wenn diese nun jedoch auch ohne den Inculpationswillen der Strafverfolgungsbehörde eintreten kann, stellt sich die Frage, inwieweit das subjektive Element entbehrlich ist.

(Alexios Hassis / Hans Wernado)

⁴¹ BGH NJW 2017, 1828, 1829 f.; BGH NSTZ 2018, 737.

⁴² Vgl. Rn. 35.

⁴³ So auch Meixner, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten, 2015, S. 62.

1. Sachverhalt¹

A konsumiert seit geraumer Zeit täglich hochprozentige alkoholische Getränke und ist arbeitslos. Er verspricht seiner langjährigen Frau B, dass er sich nicht mehr betrinken sowie eine neue Arbeitsstelle suchen werde. Eines Abends jedoch ist A erneut betrunken und es kommt zwischen den Eheleuten zu einem Streit. B will das Verhalten des A nicht länger hinnehmen, sodass sie ihm ihre Trennungsabsicht mitteilt und ihn auffordert, die gemeinsame Wohnung zu verlassen. Der in der Vergangenheit bereits gegenüber B und dem gemeinsamen Sohn gewalttätige A, bezeichnet B im Verlauf der Auseinandersetzung als „Hure“ und droht ihr damit, ihr „den Schädel zu zertrümmern“. Zudem verlangt er von ihr, in der gemeinsamen Wohnung bleiben zu dürfen. Am nächsten Morgen gegen 04:00 Uhr bittet A die B erneut darum, die Beziehung nicht zu beenden, sie beharrt jedoch auf ihrem Entschluss. Anschließend begibt sie sich auf den Weg zu ihrer Arbeitsstelle. A ist über ihr Verhalten derart verärgert, dass er ein Messer in seine Jackeninnentasche steckt und ihr folgt, um einen letzten Versuch zu unternehmen, sie umzustimmen. Er nimmt sich für den Fall, dass sie nicht auf seine Bitte eingeht, vor, sie mit dem mitgeführten Messer zu töten. Er beteuert sein Versprechen der B gegenüber erneut und bittet sie um eine letzte Chance. B gibt nicht nach. Als A erkennt, dass er sie

Oktober 2019 Partnertötungs-Fall

Mord / niedrige Beweggründe

§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB

famos-Leitsätze:

1. Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ ist restriktiv auszulegen. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung aller inneren und äußeren Faktoren, welche für den Tatantrieb von Bedeutung sind.
2. Die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden.

BGH, Beschluss vom 7. Mai 2019 – 1 StR 150/19; veröffentlicht in NSTz 2019, 518.

nicht umstimmen kann, sticht er ihr mit Tötungsabsicht von hinten vier Mal kraftvoll in den Rücken. Daraufhin fällt sie zu Boden und versucht, sich gegen weitere Angriffe des A zu verteidigen. Dieser setzt sich auf die auf dem Rücken liegende B und sticht mehrmals wuchtig auf ihren Brustbereich ein. Als sich B nicht mehr bewegt, lässt A von ihr ab und wartet auf die von Zeugen herbeigerufene Polizei. Das LG München I verurteilt A wegen Mordes gemäß den §§ 211 Abs. 2, 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB² zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe und stellt die besondere Schwere der Schuld fest. A habe B heimtückisch sowie aus sonst niedrigen Beweggründen getötet. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das LG hat die besondere Schwere der Schuld vor allem auf die Annahme gestützt, dass A durch die Tötung zwei Mordmerkmale verwirklicht habe. Im vorliegenden Fall liegt das Mordmerkmal der Heimtücke erkennbar vor. Nicht ganz so eindeutig scheint hingegen, ob auch ein sonst niedriger Beweggrund vorliegt.

Die Tötung des Intimpartners ist eine häufig anzutreffende Fallkonstellation im Rahmen der Tötungsdelikte.³ Beziehungsdelikte zeichnen sich dadurch aus, dass es im Vorfeld häufig zu teilweise gravierenden Auseinandersetzungen zwischen den Partnern kommt. In den meisten Fällen ist die Beziehung bereits derart beschädigt, dass ein Partner seine Trennungsabsicht bekundet, welche der Täter nicht hinnehmen will und daher das Opfer tötet. Zudem können Provokationen der Tat Vorschub leisten, wenn beispielsweise das Opfer die Trennungsabsicht durch verletzendes Wortes artikuliert. Häufig spielen Tatmotive wie Eifersucht, Wut, Hass, Rache und gekränkte Eitelkeit eine große Rolle. Nicht selten tötet der Täter nicht nur den (Ex-)Partner, sondern auch dessen neuen Partner.⁴

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob die Tötung des Intimpartners als Mord **aus sonst niedrigen Beweggründen** im Sinne des § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 einzustufen ist. Das Mordmerkmal der sonst niedrigen Beweggründe dient als Generalklausel für nicht näher konkretisierte höchststrafwürdige Tötungsmotive.⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind Beweggründe

niedrig, wenn sie nach allgemein sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher besonders, das heißt in deutlich weitreichenderem Maße als bei einem Totschlag, verachtenswert sind.⁶ Auf Grundlage einer **Gesamtwürdigung** aller inneren und äußeren Faktoren, welche für den Tatantrieb von Bedeutung sind, beurteilt das Gericht, ob der Tötungsgrund sittlich auf tiefster Stufe steht.⁷ Tatmotive wie Eifersucht⁸, Wut, Hass, Rache und gekränkte Eitelkeit sind nicht per se niedrige Beweggründe. Vielmehr müssen sie jeglichen nachvollziehbaren Grundes entbehren, also menschlich nicht verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sein.⁹ Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn Verzweiflung und vermeintliche Ausweglosigkeit den Täter bei der Tat geprägt haben.¹⁰ Allgemein setzt daher die Bewertung der Motivgeneralklausel regelmäßig ein **eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat** voraus, wobei sich ein abstrakter Vergleich von Rechtsgütern bzw. Werten verbietet.¹¹ Mithin müsste im vorliegenden Fall untersucht werden, ob die Verärgerung aufgrund einer bekundeten Trennungsabsicht der B geeignet ist, die Tat als sonst niedrigen Beweggrund zu bewerten.

Dem Täter müssen bei Begehung der Tat die Umstände bewusst gewesen sein, welche seine Beweggründe für die **Rechtsgemeinschaft** als niedrig erscheinen lassen.¹² Weiter muss der Täter die Bedeutung seiner Beweggründe für die Tat erfasst haben. Zudem müssen ihm die Umstände, welche die Tat als

³ Vgl. PKS Jahrbuch 2018, Band 2, S. 26 ff.

⁴ Zuletzt ein Fall in Kitzbühel, in dem ein Täter nicht nur die ehemalige Partnerin getötet hat, sondern auch ihre Eltern, ihren Bruder und ihren neuen Freund, siehe dazu „Fünffachmord in Kitzbühel: 25-jähriger gesteht Bluttat“, in: Die Presse, vom 06.10.2019.

⁵ Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 18; Schneider, in MüKoStGB, StGB, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 70.

⁶ Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 211 Rn. 14a; Rengier, Strafrecht BT II, 20. Aufl. 2019, § 4 Rn. 16.

⁷ Eschelbach, in BeckOK StGB, 43. Edition, § 211 Rn. 30.

⁸ Zur Eifersucht bei der Tötung eines Ehepartners als niedriger Beweggrund vgl. Kaya, famos 01/2013.

⁹ Fischer (Fn. 6), § 211 Rn. 14c.

¹⁰ Fischer (Fn. 6), § 211 Rn. 28a.

¹¹ Fischer (Fn. 6), § 211 Rn. 18.

¹² BGHSt 47, 128 (133).

besonders verwerflich erscheinen lassen, bewusst gewesen sein. Nicht erforderlich ist jedoch, dass der Täter selbst seinen Beweggrund (rechtlich) bewertet.¹³ Sind für die Tat gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen von Bedeutung, so muss der Täter seine Beweggründe gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern können.¹⁴ Handelt der Täter aus mehreren Gefühlsregungen, so liegt ein **Motivbündel** vor. Dabei ist zu fragen, welches Motiv bewusstseinsdominant war, um im Anschluss zu untersuchen, ob dieses Motiv als ein niedriger Beweggrund einzustufen ist.¹⁵

Die skizzierten Grundsätze zu den sonst niedrigen Beweggründen verdeutlichen, dass die Bewertung des Merkmals nicht eindeutig bestimmbar ist. Aufgrund dieser Unbestimmbarkeit und weiteren, dogmatischen Einwänden gegen das Mordmerkmal, die hier nicht sämtlich näher erläutert werden können, wird von Teilen des Schrifttums für eine **Streichung des Merkmals** plädiert.¹⁶ Darüber hinaus wird grundsätzlich eine **Reform der Tötungsdelikte** für notwendig gehalten, so dass bereits mehrere Vorschläge erarbeitet wurden.¹⁷ Bis dato ist es aber zu keinem konkreten Gesetzesvorhaben gekommen. In Hinblick auf die Bestimmtheit der sonst niedrigen Beweggründe nach Art. 103 Abs. 2 GG hat das BVerfG keine verfassungsrechtlichen Einwände erhoben.¹⁸ Grundsätzlich seien Mordmerkmale unter Berücksichtigung des

verfassungsrechtlichen **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** restriktiv auszulegen.¹⁹

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss die **Tötung des Intimpartners**, welcher sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden. Gerade der Umstand, dass eine Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, darf als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden.²⁰

Darüber hinaus wird für die Beurteilung des Beweggrundes zwischen **reaktiven** und **intentionalen Tatmotiven** des Täters unterschieden. Handelt es sich bei der Tötung um eine Spontantat aufgrund einer plötzlich bekundeten Trennungsabsicht des Opfers und ist somit ein Ausdruck von Verzweiflung (reaktiv), so liegt die Annahme von niedrigen Beweggründen eher fern.²¹ Möchte der Täter durch die Tötung erreichen, dass das Opfer die Beziehung nicht beendet oder keine neue Beziehung eingeht (intentional), liegt ein sonst niedriger Beweggrund vor. Denn dadurch spricht sich der Täter einen **Besitzanspruch** über das Opfer zu.²² Dies kann durch eine gedankliche Parallele zum Mordmerkmal der Habgier, das einen speziellen und ausdrücklich genannten Fall eines niedrigen Beweggrundes darstellt, verdeutlicht werden. Habgier ist das rücksichtslose Streben nach Gewinn um den Preis eines Menschenlebens.²³ Die niedrige Gesinnung hierbei ist, dass der Täter die Vermögenssteigerung stärker als das Leben des Opfers gewichtet und somit eine **geringere Hemmschwelle zur Tötung** aufweist.²⁴

Vor diesem Hintergrund ist es umstritten, inwieweit dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass sich das Opfer aus vermeintlich nachvollziehbaren Gründen,

¹³ *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2018 ff., § 211 Rn. 82; *Schneider*, in MüKoStGB (Fn. 4), § 211 Rn. 115.

¹⁴ BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe, 2, 6.

¹⁵ *Eschelbach*, in BeckOK StGB (Fn. 7), § 211 Rn. 32.

¹⁶ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 89 ff.

¹⁷ *Grünwald*, Reform der Tötungsdelikte. Plädoyer für ein Privilegierungskonzept, 2016; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 ff.

¹⁸ *Fischer* (Fn. 6), § 211 Rn. 2.

¹⁹ BVerfG NJW 1980, 1943, 1944.

²⁰ BGH NStZ 2019, 204, 206.

²¹ *Schneider*, in MüKoStGB (Fn. 5), § 211 Rn. 106.

²² *Foljanty/Lembke*, KritJ 2014, 298, 308 ff.

²³ *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 13.

²⁴ *Schütz*, JA 2007, 23, 25.

welche der **Täter verschuldet** hat, von ihm getrennt hat.

Nach **einer Ansicht** spricht der Umstand, dass die Trennung aus dem Vorverhalten des Täters resultiert und dieser somit die Trennung hinzunehmen hat, für die Niedrigkeit des Beweggrundes. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Täter das Opfer zuvor beispielsweise körperlich misshandelt hat.²⁵

Dagegen ist nach **anderer Ansicht** dieser Umstand gerade nicht grundsätzlich dazu geeignet, die Tötung des Partners, die wie jede vorsätzliche und rechtswidrige Tötung verwerflich ist, als völlig unbegreiflich erscheinen zu lassen, mithin als sonst niedrigen Beweggrund zu klassifizieren. Vor allem wenn Gefühle wie Verzweiflung und vermeintliche Ausweglosigkeit bestimmend sind, können die sonst niedrigen Beweggründe abgelehnt werden.²⁶ Dem stehe nicht entgegen, dass der Täter den Grund für die Trennung ausschließlich selbst zu verschulden hat.²⁷ Diese Ansicht lehnt die niedrigen Beweggründe bei Tötungen des Intimpartners tendenziell ab.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A hat teilweise Erfolg. Entgegen der Ansicht des LG München I, war die handlungsleitende Verärgerung des A in diesem Fall nicht ausreichend, um einen niedrigen Beweggrund anzunehmen. Hinsichtlich der Heimtücke jedoch bestätigt der BGH die Auffassung des LG. Der 1. Senat legt die Motivgeneralklausel restriktiv aus und verdeutlicht, dass nicht jede Tötung ohne einen „vernünftigen Grund“ als niedriger Beweggrund zu qualifizieren ist. Zur Tötung des trennungswilligen Intimpartners stellt er zunächst fest, dass sich die Trennung des Ehepartners aufgrund des Vorverhaltens des Täters als „völlig normaler Prozess“ darstellt. Daher sei die Trennung von diesem hinzunehmen. Dennoch sei dies nicht geeignet, die

Tötung der B, welche wie jede vorsätzliche und rechtswidrige Tötung verwerflich ist, als völlig unbegreiflich erscheinen zu lassen.

Die Gesamtschau der vom LG München I getroffenen Feststellungen zu der handlungsleitenden Verärgerung des A über das Verhalten der B reiche zur Annahme von sonst niedrigen Beweggründen nicht aus. Denn das LG habe seine Annahme im Wesentlichen darauf gestützt, dass A wegen seines Verhaltens die Zerrüttung der Ehe allein zu verantworten habe, sodass er die **Trennungsentscheidung** der B habe **hinnehmen müssen**.

Eine eigene rechtliche Beurteilung der Tatmotivation stellt der BGH nicht an. Vielmehr wird der Fall zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Auslegung der Motivgeneralklausel stellt oftmals eine große Hürde dar, da die Kenntnis der Definition alleine nicht weiterhilft.²⁸ Im Lichte der absoluten Strafandrohung des § 211 ist zur Gewährleistung schuldangemessenen verhältnismäßigen Strafens eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale notwendig.²⁹ In **Klausuren** werden erfahrungsgemäß niedrige Beweggründe voreilig angenommen, ohne die Angaben im Sachverhalt auszuschöpfen. So beschränken sich die Ausführungen zu niedrigen Beweggründen regelmäßig auf die Feststellung, dass Eifersucht oder Rache nicht per se niedrige Beweggründe seien. Zu untersuchen ist indes, warum ein Tatmotiv im konkreten Einzelfall gerade (nicht) geeignet ist, die Niedrigkeit des Beweggrundes anzunehmen. Das vorliegende Urteil verdeutlicht, dass grundsätzlich nicht jede Motivation, für die es keinen nachvollziehbaren Grund gibt, als niedriger Beweggrund bewertet werden sollte. Jedoch han-

²⁵ *Schneider*, in MüKoStGB (Fn. 5), § 211 Rn. 105.

²⁶ *Fischer* (Fn. 6), § 211 Rn. 28a.

²⁷ *Altwater*, NSTz 2002, 20, 23.

²⁸ *Kühl*, JuS 2010, 1041.

²⁹ BVerfG NJW 1977, 1525, 1532; *Schneider*, in MüKoStGB (Fn. 5), § 211 Rn. 27.

delt es sich auch nicht um ein „wegweisendes“ Urteil für die **Praxis**. Denn nach wie vor ist nicht klar, in welchen Fällen tendenziell ein sonst niedriger Beweggrund anzunehmen ist bzw. welche Umstände hierfür von Bedeutung sind. Tatgerichte müssen somit eine **umfassende Gesamtwürdigung** aller inneren und äußeren für die Handlungstribe des Täters maßgeblichen Faktoren vornehmen und abwägen. Nicht ausreichend ist es, wenn das Tatgericht die Annahme der Motivgeneralklausel auf einzelne Motive stützt, ohne diese im Gesamtkontext zu bewerten. Liegt allerdings im Einzelfall ein vom Gesetzgeber näher konkretisierter niedriger Beweggrund, wie beispielsweise Habgier, vor, so ist das Vorliegen eines „sonst“ niedrigen Beweggrundes nicht mehr zu prüfen.³⁰

5. Kritik

Unter welchen Umständen eine Tatmotivati-on geeignet ist, eine begangene Tötung als Mord aus sonst niedrigen Beweggründen einzustufen, lässt sich nicht abschließend beantworten. Vieles ist vom Einzelfall abhängig. Aufgrund dieser Unbestimmtheit ist zu der Motivgeneralklausel eine **umfangreiche Kasuistik** entstanden, welche insbesondere von der Rechtsprechung des BGH geprägt ist.³¹ Dass die sonst niedrigen Beweggründe im Hinblick auf die lebenslange Freiheitsstrafe und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes restriktiv ausgelegt werden müssen, wird nicht bestritten. In dieser Hinsicht ist dem BGH im vorliegenden Fall beizupflichten. Jedoch bestehen grundsätzliche Einwände gegen die Rechtsprechung des BGH bezogen auf die sonst niedrigen Beweggründe bei Tötungen des Intimpartners.

Es ist nahezu selbstverständlich, dass zwischen Intimpartnern viele Konflikte entstehen, die nicht nur von einer Seite entzündet werden. Insbesondere wenn Partner grundsätzlich ihre Konflikte nicht offen kom-

munizieren, können bereits kleinere Nuancen kausal für einen größeren Streit mit schwerwiegenden Folgen sein. Daher ist es erforderlich, sich teilweise in den Geisteszustand der Partner hineinversetzen zu können. Für einen besonnenen Dritten ist die Tötung des Partners aufgrund der gescheiterten Beziehung menschlich nicht mehr nachvollziehbar. Dagegen verliert bzw. ist der Täter im Begriff einen ihm nahestehenden Menschen womöglich für immer zu verlieren. Somit ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass er reaktiv handelt und von Gefühlsregungen wie vermeintlicher Ausweglosigkeit oder Verzweiflung geleitet wird. Das LG München I hat sich mit den Tatmotiven des A ausführlich befasst und diese seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Der BGH hat indes die Beurteilung verworfen, ohne einen eigenen Beurteilungsmaßstab vorzugeben bzw. aufzuzeigen, wie die Motivgeneralklausel im vorliegenden Fall auszulegen ist. Vielmehr verweist er auf die allgemeine Rechtsprechung zur Beurteilung der niedrigen Beweggründe bei Tötungen des Intimpartners. Diese beschränken sich auf die Annahme, dass die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, nicht zwangsläufig als niedriger Beweggrund bewertet werden muss. Der BGH hätte diesen Fall zum Anlass nehmen können, sich mit der Frage nach der Bewertung des konkreten Einzelfalls auf Grundlage des ermittelten Sachverhaltes zu befassen und klare Leitlinien vorzugeben. Zumindest hätte er aufzeigen können, inwieweit das Vorverhalten des Täters für die Beurteilung maßgeblich sein kann. Denn in diesem Fall kam es im Vorfeld zu konkreten Straftaten, da A in der Vergangenheit gegenüber der B gewalttätig geworden war und sie beleidigt hatte.

Das LG hat die besondere Schwere der Schuld aufgrund des Vorliegens von zwei Mordmerkmalen festgestellt. Dass der BGH die sonst niedrigen Beweggründe ablehnt, wirkt sich auch auf die Annahme des § 57a Abs. 1 Nr. 2 aus. Dennoch liegt im vorliegen-

³⁰ Kühl, JuS 2010, 1041.

³¹ Kühl, JuS 2010, 1041, 1043.

den Fall ein Mord nach § 211 aufgrund der heimtückischen Begehungsweise vor. Daher hat die Bewertung der sonst niedrigen Beweggründe keine Konsequenz für die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag im Einzelfall. Aus diesem Grund scheint die Bewertung der Motivgeneralklausel vom BGH nicht in dem erforderlichen Maß gewichtet worden zu sein. Würde im vorliegenden Fall keine Heimtücke vorliegen, so müsste genau geprüft werden, ob die Tötung der Ehefrau durch A einen sonst niedrigen Beweggrund darstellt. Dann hätte der BGH höchstwahrscheinlich diesen Fall ausführlicher behandelt und die Bewertung der sonst niedrigen Beweggründe detaillierter besprochen. Es kann freilich nicht sein, dass die zu erwartenden Konsequenzen im Einzelfall für die Bewertung des Falles entscheidend sind. Dies gilt vor allem für die Auslegung der sonst niedrigen Beweggründe, welche ohnehin schwer bestimmbar ist.

Darüber hinaus ist speziell die Bewertung der sonst niedrigen Beweggründe bei Tötungen des Intimpartners zu problematisieren. Der BGH legt die Motivgeneralklausel in der Regel täterfreundlich aus.³² In vielen Fällen nimmt die Rechtsprechung an, dass der Täter durch die Tötung des trennungswilligen Partners seine vermeintliche Ausweglosigkeit oder Verzweiflung zum Ausdruck bringt. Grundsätzlich werden die niedrigen Beweggründe dann abgelehnt. Auf den ersten Blick scheint diese Argumentation nachvollziehbar und vertretbar. Beim genaueren Hinsehen bringt der Täter jedoch durch die Tat seinen vermeintlichen Besitzanspruch gegenüber dem Opfer zum Ausdruck.³³ Der Täter spricht dem Opfer sein verfassungsrechtlich geschütztes Selbstbestimmungsrecht ab. Denn nach der Vorstellung des Täters steht es dem Opfer weder zu, sich von ihm zu trennen, noch eine andere Liaison einzugehen. Diese innere Haltung des Täters müsste als allgemein sittlich

auf tiefster Stufe stehend und besonders verachtenswert bewertet werden. Dass die Rechtsprechung eine vergleichbare innere Haltung grundsätzlich als niedrig bewertet, lässt sich an dem kulturellen Phänomen der **Ehrenmorde** feststellen. Ein Ehrenmord ist die vorsätzliche Tötung einer Frau aufgrund einer aus Tätersicht verletzten Ehre.³⁴ Möchte sich eine Frau von ihrem Mann trennen, der von einer patriarchalischen Ehrvorstellung geprägt ist, so empfindet er dies als Angriff auf seine Ehre. Um von seinem sozialen Umfeld, welches ebenfalls diese kulturelle Wertvorstellung teilt, nicht geächtet zu werden, tötet er sodann die Frau. Im Grunde spricht sich der Täter ebenfalls einen vermeintlichen Besitzanspruch über die Frau zu. Auch in diesen Fällen gehen der Tat regelmäßig längere Konflikte und Gewalttaten voraus. Eine bekundete Trennungsabsicht der Frau führt wie bei Tötungen des Intimpartners zu einer Tötung. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind Tötungen aufgrund einer spezifischen Ehrvorstellung als sonst niedriger Beweggrund zu qualifizieren.³⁵ Besonders verachtenswert an einem Ehrenmord sei, dass der Täter dem Opfer das Selbstbestimmungsrecht abspreche sowie sich einen Besitzanspruch zuspreche. Die Gemeinsamkeiten sind somit nicht ganz unbeachtlich. Es wäre interessant zu fragen, wie der BGH die Motivgeneralklausel bei Tötungen des Intimpartners bewerten würde, wenn der Aspekt des vermeintlichen Besitzanspruchs mitberücksichtigt würde. Denn während bei Ehrenmord-Fällen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen signifikant ansteigt, gilt dies für Tötungen des Intimpartners nicht.³⁶ Dieser Fall illustriert erneut, dass die Bestimmung der Motivgeneralklausel im Einzelfall sehr unbestimmt ist.

(Marcelo Heise/Enis Tiz)

³² Schneider, in MüKoStGB (Fn. 5), § 211 Rn. 105.

³³ Kudlich, JA 2019, 794, 795.

³⁴ Dietz, NJW 2006, 1385.

³⁵ Foljanty/Lembke, KritJ 2014, 298, 311.

³⁶ Fischer (Fn. 6), § 211 Rn. 30.

1. Sachverhalt¹

Als A am 1. Mai gegen vier Uhr mit seinem Auto fährt, wird er von Polizeibeamten zum Anhalten aufgefordert. Statt abzubremsen, beschleunigt er, um sich der intendierten Verkehrskontrolle zu entziehen. Die Polizei nimmt unter Einsatz von Blaulicht und Martinshorn (Sonderrechte) sowie einem Haltesignal die Verfolgung auf. In dieser Situation beschleunigt A sein Fahrzeug über die zulässige Höchstgeschwindigkeit hinaus, um seine Verfolger abzuschütteln. Mit überhöhter Geschwindigkeit und unter Missachtung der Sicherheitsinteressen anderer Verkehrsteilnehmer durchquert er eine Ortschaft. Innerhalb dieser überfährt er auf der Gegenfahrbahn eine ihm „Rot“ anzeigende Lichtzeitanlage, wobei er bei erlaubten 50 km/h mit mindestens 145 km/h „geblitzt“ wird. Nach dem Ortsausgang erreicht er – bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h – eine Geschwindigkeit zwischen 160 bis 180 km/h. In diesem unübersichtlichen und kurvenreichen Streckenabschnitt schneidet er bei schlechtem Fahrbahnbelag mehrmals die Kurven. Nach ca. 13 Kilometern lassen die Polizeibeamten von der Verfolgung ab, da sie – trotz spezieller Fahrausbildung – die Distanz zu A nicht ohne erhebliches Risiko für sich und andere Verkehrsteilnehmer verringern können.

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

November 2019

„Need for Speed?“-Fall

Straßenrennen / Polizeiflucht / höchstmögliche Geschwindigkeit

§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

famos-Leitsätze:

1. Für die Annahme einer höchstmöglichen Geschwindigkeit ist ein relativer, sich aus den Umständen ergebender Maßstab heranzuziehen.
2. Die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, kann für die Verwirklichung des Tatbestands auch als bloßes Begleitmotiv vorliegen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 4. Juli 2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19, veröffentlicht in NJW 2019, 2787.

Das AG verurteilt A nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB² zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 40 €, entzieht ihm die Fahrerlaubnis und zieht den Führerschein ein. Weiterhin verhängt es eine Sperrfrist für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis von neun Monaten. A legt gegen das Urteil Sprungrevision nach § 335 StPO zum OLG Stuttgart ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Wegen der Zunahme an illegalen Kraftfahrzeugrennen und einer vielerorts etablierten „Raser-Szene“ sah sich der Gesetzgeber 2017 dazu veranlasst, schärfere Sanktionsmöglichkeiten in das Strafgesetzbuch einzufügen.³ Die bis dahin gem. §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5

³ BT-Drs. 18/12936, S. 1; vgl. auch den „Berliner Raserfall“, BGHSt 63, 88, mit Anm. von Arnt/Schmalow, famos 06/2018.

StVO a.F. als Ordnungswidrigkeit geahndete verbotene Form der übermäßigen Straßenbenutzung konnte mit Bußgeldern bis zu 500 € und einem Fahrerlaubnisentzug bis zu drei Monaten geahndet werden. Mit der Gesetzesänderung wurden die alten Tatbestände gestrichen und § 315d neu eingeführt. Hierdurch sollte eine höhere Abschreckungswirkung erzielt sowie schon **im Vorfeld konkreter Gefährdungslagen** schützend eingegriffen werden. Um die Rechtsgüter der Sicherheit des Straßenverkehrs, Leib und Leben sowie der Vermögenswerte frühzeitig zu schützen, wurde mit Abs. 1 ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** geschaffen.⁴

Der initiierte Gesetzesentwurf des Bundesrates umfasste lediglich illegale Kraftfahrzeugrennen mit mehreren Beteiligten.⁵ Der darin verwirklichte „Renncharakter“ zeichne sich dadurch aus, dass die Fahr- und Verkehrssicherheit durch den Wettbewerb außer Acht gelassen und für eine höhere Geschwindigkeit ein Kontrollverlust in unvorhergesehenen Verkehrssituationen in Kauf genommen werde. Auch sei die Aufmerksamkeit der am Rennen Beteiligten durch den ständigen Positionskampf nicht nur auf den Straßenverkehr gerichtet.⁶ Die Polizeiflucht kann im vorliegenden Fall jedoch mangels einer Rennabrede zwischen der Polizei und A nicht als Rennen i.S. der Nr. 2 verstanden werden.⁷ Während des Gesetzgebungsprozesses wurde jedoch beschlossen, mittels § 315d Abs. 1 Nr. 3 auch diejenigen Fälle miteinzubeziehen, in denen nur ein „einziges Fahrzeug objektiv und subjektiv“ ein Kraftfahrzeugrennen nachstellt.⁸ Bei dieser Variante des Tatbestandes

dachte der Gesetzgeber primär an den Fall des allein mit einer Kamera auf dem Helm rasenden Motorradfahrers, der die so entstandenen Videos auf Online-Plattformen veröffentlicht.⁹ Um dem „Renncharakter“ des § 315d Abs. 1 Nr. 3 im Vergleich zu den Nrn. 1 und 2 gerecht zu werden, muss die Absicht vorliegen, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.¹⁰ Diese soll dazu dienen, Fahrten mit „Renncharakter“ von bloßen (auch erheblichen) Geschwindigkeitsüberschreitungen abzugrenzen.¹¹ Mit dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der „Rennabsicht“ gehen zwei Probleme einher.

Zum einen wird die Frage aufgeworfen, ob A eine **absolut** oder **relativ** höchstmögliche Geschwindigkeit beabsichtigen muss. Bereits der Gesetzgeber erläuterte, dass die fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit im Einzelfall nicht immer erstrebt werden müsse, sondern dass die „Rennabsicht“ vielmehr von verschiedenen subjektiven (etwa Geschwindigkeitsempfindungen) und objektiven (z.B. Verkehrslage, Witterungsbedingungen etc.) Merkmalen abhängen.¹² Dem stimmen – soweit – ersichtlich die bisherige Rechtsprechung sowie die Literatur zu.¹³ Abweichend davon verlangte das LG Stade die Absicht, das Fahrzeug bis an seine technischen und physikalischen Grenzen auszufahren.¹⁴

Weitaus umstrittener ist zum anderen die Frage, ob das Erreichen einer höchstmöglichen Geschwindigkeit **bewusstseinsbeherrschendes Hauptmotiv** für A sein muss („Rasen um des Rasens willen“) oder ob die „Rennabsicht“ als bloßes Begleitmotiv ausreicht (z.B.

⁴ Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 315d Rn. 1, 15; Heger, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 315d Rn. 1.

⁵ BT-Drs. 18/10145, S. 9.

⁶ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

⁷ Preuß, NZV 2018, 537, 538.

⁸ BT-Drs. 18/12936, S. 2.

⁹ Pegel, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, § 315d Rn. 22; Steineke, MdB, Prot. 18/157 BT-Rechtsausschuss, S. 20; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2018,

154, zu einem Motorradfahrer, der sich bei der Missachtung von Verkehrsregeln filmte und diese Videoaufnahmen ins Internet stellte, bis es zu einem folgeschweren Unfall kam.

¹⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

¹¹ BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

¹² BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹³ KG VRS 135, 267; statt vieler Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 4), § 315d Rn. 5.

¹⁴ LG Stade DAR 2018, 577, 578.

um einen Termin zu erreichen oder wie vorliegend der Polizei zu entkommen).

Nach **einer Ansicht** muss das schnellstmögliche Fahren das eigentliche Endziel des Handelns sein.¹⁵ Ist die Absicht, eine (relativ) höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, lediglich ein notwendiges Zwischenziel, so sei das Tatbestandsmerkmal zu verneinen. Ansonsten könne der gesetzgeberischen Intention nicht Folge geleistet werden, welche das Nachstellen eines Rennens beinhaltet.¹⁶

Nach **anderer Ansicht** muss nicht zwingend die Absicht vorliegen, ein Kraftfahrzeugrennen nachzustellen. Die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, muss folglich nicht angestrebter Endzweck des Handelns sein.¹⁷ Bereits aus der allgemeinen Vorsatzlehre ergebe sich, dass eine „Absicht“ auch dann vorliege, wenn der Beweggrund nicht völlig nebensächlich für die Handlung sei.¹⁸

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG Stuttgart bezieht in dieser Entscheidung zu beiden aufgeworfenen Fragen Stellung und bestätigt das Urteil des AG. Zunächst stellt es fest, dass die Erreichung der höchstmöglichen Geschwindigkeit **nicht absolut**, sondern nach einer Gesamtschau aller Umstände bewertet werden muss. Diese beruhe auf der Fahrweise des A, der Tatsache, dass es den Polizisten trotz speziellen Fahrtrainings nicht möglich war, zu A aufzuschließen und der daraus resultierenden Fluchtabsicht.

Die Frage, ob die Absicht, eine relativ höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, bewusstseinsdominant sein muss, **verneint** das OLG. Hierfür sieht es den Wortlaut, die Gesetzesbegründung und den Sinn und Zweck von Nr. 3 als ausschlaggebend an. Dem Wortlaut („um eine höchstmögliche Ge-

schwindigkeit zu erreichen“) sei keine einschränkende Auslegung zu entnehmen, da diese vom Gesetzgeber ohne weiteres durch eine andere Formulierung hätte hergestellt werden können. Sodann folgert das OLG aus der Gesetzesbegründung, dass der in den Nrn. 1 und 2 bestehende „Renncharakter“ durch die Polizeiflucht verwirklicht werde, da dieselben Risiken wie bei einem Rennen bestünden. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass statt des Sieges im Rennen die gelungene Flucht erstrebt werde.

Für die Annahme der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, sei die Frage nach der Motivation irrelevant. Dies begründet das OLG damit, dass die gleiche Gefährdungslage bei Alleinfahrenden und bei mehreren am Rennen Beteiligten vorliege, da sie aus derselben Fahrweise resultiere. Die Gefährdungslage sei jedoch höher als bei „normalen“ Geschwindigkeitsüberschreitungen. Weiter stellt das OLG einen Vergleich mit anderen Normen an, die eine Absicht des Täters fordern. So hätten weitere Ziele des Täters für die in § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a normierte Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen, keine Auswirkung. Ähnliches gelte für die Besitzerhaltungsabsicht bei § 252 oder die Bereicherungsabsicht bei § 263.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Neue Gesetze bieten reichlich Nährboden für (Examens-)Klausuren. Der § 315d Abs. 1 erweitert den 28. Abschnitt des StGB (Gemeingefährliche Straftaten) um weitere strafbewehrte Verkehrsverstöße. Der subjektive Tatbestand der Nr. 3 verlangt mit der „Rennabsicht“ mehr als bloßen Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale. Dadurch sehen sich die Studierenden bei § 315d Abs. 1 Nr. 3, ähnlich der Zueignungsabsicht aus

¹⁵ *Dahlke/Hofmann-Holland*, KriPoZ 2017, 306, 309; *Hecker*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 9.

¹⁶ *Ruhs*, SVR 2018, 286, 289.

¹⁷ *Ernemann*, in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 4. Aufl. 2019, §315d Rn. 15; *Fischer* (Fn. 4), § 315d Rn. 18.

¹⁸ *Stein*, in *SK-StGB*, 9. Aufl. 2017, Band 1, § 16 Rn. 48.

§ 242, einem **Delikt mit überschießender Innentendenz** konfrontiert. Das bedeutet, dass subjektiv mehr gefordert wird, als objektiv verwirklicht sein muss. Außerdem ist zu § 316 ein weiteres abstraktes Gefährdungsdeldikt in das Verkehrsstrafrecht aufgenommen worden. Ein Prüfungsschema für § 315d Abs. 1 Nr. 3 könnte wie folgend lauten:

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Straßenverkehr
 - b) Kraftfahrer
 - c) Nicht angepasste Geschwindigkeit
 - d) Grobe Verkehrswidrigkeit
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Rücksichtslosigkeit
 - c) Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

Im objektiven Tatbestand sind zunächst das Handeln im **Straßenverkehr** und die **Kraftfahrereigenschaft** (vgl. § 315c) mit den überkommenen Definitionen festzustellen.¹⁹

Weiterhin muss das Fahrzeug mit „**nicht angepasster Geschwindigkeit**“ fortbewegt werden. Hiermit greift der Gesetzgeber auf einen aus § 3 Abs. 1 S. 1, 2 StVO bereits bekannten Begriff zurück, sodass dessen Maßstab der sicheren Fahrzeugbeherrschung in jeder Verkehrssituation maßgeblich sein wird.²⁰ Dementsprechend ist eine nicht angepasste Geschwindigkeit relativ und je nach Einzelfall zu bewerten.²¹

Außerdem verlangt § 315d Abs. 1 Nr. 3 eine „**grob verkehrswidrige**“ Fortbewegung. Damit greift der Gesetzgeber bewusst auf einen Begriff des § 315c Abs. 1 Nr. 2 und die damit einhergehende präzisierende Rechtsprechung zurück. Grob verkehrswidrig ist jeder besonders schwerwiegende Verstoß gegen eine Verkehrsvorschrift.²² Der Verwirklichung einer der „sieben Todsünden“ des § 315c Abs. 1 Nr. 2 kann hierfür eine Indizwirkung zukommen.²³

Ergänzend wird im subjektiven Tatbestand eine „**rücksichtslose**“ Fortbewegung verlangt, welche sich ebenfalls auf § 315c Abs. 1 Nr. 2 bezieht. Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmenden hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt.²⁴ Unbeachtlich ist es, ob andere Verkehrsteilnehmende tatsächlich anwesend sind oder konkret gefährdet werden.²⁵ Die Frage nach der Rücksichtslosigkeit wird von einem Teil der Literatur als überformt und gehaltsleer angesehen. Hierfür existieren zwei Argumentationslinien. Einerseits wird argumentiert, dass es kaum Fälle geben werde, bei denen eine grob verkehrswidrige Geschwindigkeitsüberschreitung nicht zugleich auch rücksichtslos ist.²⁶ Andererseits bestünden auch zwischen der Rücksichtslosigkeit und der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, keine wesentlichen Unterschiede.²⁷ Somit wirke die Rücksichtslosigkeit nicht mehr strafbarkeitsbeschränkend.²⁸

Neben der problematischen „**Rennabsicht**“ ist noch der **Vorsatz** zu thematisieren.

¹⁹ Siehe hierzu Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 4), § 315c Rn. 2 ff.

²⁰ Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 15), § 315d Rn. 8.

²¹ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 4), § 315d Rn. 5.

²² Kulhanek, in BeckOKStGB, § 315d Rn. 36.

²³ Kulhanek, in BeckOKStGB (Fn. 22), § 315d Rn. 36; Pegel, in MüKoStGB (Fn. 9), § 315d Rn. 25.

²⁴ BGHSt 5, 392.

²⁵ Fischer (Fn. 4), § 315d Rn. 15.

²⁶ Dahlke/Hofmann-Holland, KriPoZ 2017, 306, 307.

²⁷ Krenberger, NZV 2018, 483.

²⁸ Dahlke/Hofmann-Holland, KriPoZ 2017, 306, 307.

Im Umkehrschluss zu § 315d Abs. 3 besteht für die Nr. 3 keine Versuchsstrafbarkeit. Die Studierenden können sich auf ihre Kenntnisse über § 315c Abs. 1 Nr. 2 berufen, müssen die Merkmale der „groben Verkehrswidrigkeit“ und der „Rücksichtslosigkeit“ aber aufgrund der Fahrweise abstrakt bewerten. Darüber hinaus verdienen die hier angesprochenen Meinungsstreitigkeiten um die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, besonderes Augenmerk.

Für die „Rennabsicht“ als bislang noch nicht präzisiertes Tatbestandsmerkmal stellt dieser Beschluss aber auch eine nicht zu verkennende Richtungsentscheidung für die Rechtspraxis dar. Nach dem KG²⁹ hat sich nun auch das OLG Stuttgart in der zweiten obergerichtlichen Entscheidung für eine relative Höchstgeschwindigkeit ausgesprochen. Das OLG ist jedoch das erste Gericht, das auch die Polizeiflucht hierunter subsumiert. Ferner ist zu beachten, dass mit der Gesetzesänderung diese bisher nur als Ordnungswidrigkeit geahndeten Verstöße nun als Straftaten behandelt und ins Verhältnis zu den §§ 315b und 315c gesetzt werden müssen. Besonders muss hierbei auf die Abgrenzungen zueinander eingegangen werden.

5. Kritik

Dem OLG Stuttgart ist bezüglich der Feststellung, dass für die Beurteilung der höchstmöglichen Geschwindigkeit ein relativer Maßstab herangezogen werden muss, uneingeschränkt zuzustimmen. Das Abstellen auf eine fahrzeugspezifische und somit objektive Höchstgeschwindigkeit würde Fahrer eines stärker motorisierten Fahrzeugs begünstigen.³⁰ Darüber hinaus widerspricht diese Ansicht auch der gesetzgeberischen Intention.³¹

Die Frage, ob die „Rennabsicht“ Hauptmotiv sein muss oder neben der Fluchtabsicht stehen kann, bleibt kritisch zu reflektieren.

Um die Entscheidung zu bewerten, erfolgt bezüglich der „Rennabsicht“ eine Auslegung der Norm nach den bekannten Auslegungsmethoden. Das OLG argumentiert zur Frage der Bewusstseinsdominanz mit der abstrakten Gefährlichkeit und dem renntypischen Verhalten, welches bei einer Polizeiflucht verwirklicht werde. Es bezieht sich hierbei auf die **Gesetzesbegründung**, wonach durch die Nr. 3 solche Fahrweisen von Einzelnen erfasst werden sollten, die über bloße Geschwindigkeitsübertretungen hinausgehend einen rennähnlichen Charakter aufweisen.³² Das OLG bezieht sich auf einen „Renncharakter“ und dessen wettbewerbsspezifische Gefahren durch mehrere Beteiligte, was jedoch nur für die Nr. 2 Bedeutung erlangen kann.

Zusammen mit dem Umstand, dass der **Wortlaut** eine solche „renntypische“ Absicht nicht verlangt, ist die Frage berechtigt, wie ein solcher „Renncharakter“ ausgestaltet und ob er überhaupt gefordert ist. In diesem Zusammenhang ist es nicht hilfreich, dass das OLG die rechtliche Würdigung bereits in der Sachverhaltszusammenfassung vorwegnimmt, indem es ausführt, die Absicht eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, liege vor. Für das Erfordernis eines „Renncharakters“ spricht neben der Gesetzesbegründung die **systematische** Einordnung der Nr. 3: Sie ist Bestandteil einer Norm mit der Überschrift „Verbotene Kraftfahrzeugrennen“. Allerdings wird die Nr. 3 deswegen oftmals als „Fremdkörper“ innerhalb der Norm wahrgenommen,³³ denn tatbestandlich muss hier gerade kein „Rennen“ vorliegen. In Anbetracht der hohen Schutzgüter und des gesetzgeberischen Ziels, abstrakte Gefahren durch überhöhte Geschwindigkeiten zu unterbinden, erscheint es folgerichtig und **zweckmäßig** neben Kraftfahrzeugrennen mit mehreren Beteiligten auch das Fahrverhalten Einzelner zu ahnden, wenn hierdurch vergleichbare abstrakte

²⁹ KG VRS 135, 267.

³⁰ Preuß, NZV 2018, 537, 539.

³¹ BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

³² BT-Drs. 18/12964, S. 6.

³³ Pegel, in MüKoStGB (Fn. 9), § 315d Rn. 22.

Gefahren entstehen. Aufgrund des Wortlauts erscheint es überzeugend, grundsätzlich das Merkmal des „Renncharakters“ nicht als notwendige Voraussetzung zu erachten.³⁴ Wortlaut und Zweck der Norm lassen daher eine einschränkende Lesart, welche das Erreichen der höchstmöglichen Geschwindigkeit als Hauptmotiv fordert, eher abwegig erscheinen. Eine „Rennabsicht“ als Tatbestandsmerkmal ist somit nicht erforderlich.

Vielmehr wird eine Absicht gefordert, welche mit dem Wort „um“ eingeleitet wird. Eine gleichlautende Formulierung ist z.B. auch in § 252 zu finden; überdies weisen die §§ 242, 263 ebenfalls Merkmale mit einer überschießenden Innentendenz auf (Aneignungs- bzw. Bereicherungsabsicht). Ob die Absicht bewusstseinsdominant sein muss, lässt sich daher im Gleichschritt zu diesen Normen verneinen.³⁵ Als Folge dessen kann bei A selbst dann die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, angenommen werden, wenn es ihm primär um die gelungene Flucht geht. Voraussetzung dafür ist, dass diese Absicht keinen gänzlich nebensächlichen Beweggrund darstellt.³⁶

Allerdings ist nicht klar, wie das OLG die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, im Hinblick auf die Polizeiflucht charakterisiert. Es ist danach zu fragen, unter welchen Voraussetzungen die Polizeiflucht unter diese Absicht subsumiert werden kann. Die allgemein mit der Verwendung subjektiver Tatbestandsmerkmale einhergehenden **Beweisschwierigkeiten** zeigen sich bei dieser Problematik und im vorliegenden Fall in ihrer vollen Tragweite. Nur wenn die Polizeiflucht nachweislich mit der höchstmöglichen Geschwindigkeit erreicht werden konnte, kann hier eine entsprechende Absicht angenommen werden. Genügt zur Flucht jedoch

schon eine **etwas niedrigere Geschwindigkeit**, so wird man die Absicht verneinen müssen.³⁷ Neben den Beweisschwierigkeiten sprechen auch andere Gründe gegen eine zu schnelle Subsumtion der Polizeiflucht unter diesen Tatbestand. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) ist eine restriktive Anwendung der Nr. 3 geboten.³⁸ Das OLG kommt diesem hohen Begründungsaufwand mit dem einfachen Verweis auf die rechtsfehlerfreie Bewertung der Umstände durch das AG nur ungenügend nach. Wegweisend hierfür könnte in Zukunft zur Lösung der Beweisschwierigkeiten die Feststellung der „konkret relativen Maximalgeschwindigkeit“ (sog. Geschwindigkeitsgrenzbereich) sein, wie sie auch schon bei § 222 herangezogen wurde.³⁹

Abschließend bleibt somit festzustellen, dass A durch sein rasantes und in keiner Weise zu billiges Fahrverhalten eine erhebliche abstrakte Gefahr verursacht hat. Die im Ergebnis richtige Verurteilung nach § 315d bleibt mit der Begründung des OLG jedoch kritisch zu hinterfragen. **Nr. 3 schließt Polizeiflüchtfälle nicht von vornherein aus.** Die Beweisschwierigkeiten zu überwinden, erfordert jedoch ein hohes Maß an Begründungsaufwand. Neben den Begründungsmängeln bleibt jedoch auch zu beachten, dass bereits die **Norm viele der angesprochenen Probleme verursacht hat.** Perspektivisch bliebe zu untersuchen, inwieweit eine Normierung, welche zugunsten der „groben Verkehrswidrigkeit“ und „Rücksichtslosigkeit“ auf die Absicht verzichtet, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, eine bessere Lösung darstellen würde. So könnte die Polizeiflucht jedenfalls unter Strafe gestellt werden.

(Tillmann Joost/Lukas Kaiser)

³⁴ Jansen, NZV 2019, 285, 287.

³⁵ Hefendehl, in MüKoStGB (Fn. 9), § 263 Rn. 913; Vogel, in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, Band 8 § 242 Rn. 151.

³⁶ Jansen, NZV 2019, 285, 287; a.A. Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 15), § 315d Rn. 9.

³⁷ Jansen, NZV 2019, 285, 288.

³⁸ Quarch, NZV 2019, 314.

³⁹ Kulhanek, in BeckOKStGB (Fn. 22), § 315d Rn. 42.

1. Sachverhalt¹

An einem Samstagnachmittag verteilt A in fünf verschiedenen Einzelhandelsfilialen von ihm präparierte Babynahrungsgläschen. In diese hat er eine tödliche Dosis Gift gemischt, welches farb- sowie geruchlos ist und zudem einen süßlichen Geschmack hat. Rein optisch sind die präparierten von normalen Gläsern nicht zu unterscheiden. Unmittelbar danach verschickt A eine anonyme E-Mail an das Bundeskriminalamt, eine Verbraucher-schutzorganisation sowie sechs Einzelhandelskonzerne. Er setzt die Adressaten von seinem Vorgehen – unter Benennung der exakten Marke und Geschmacksrichtung, nicht aber der konkret betroffenen Filialen – in Kenntnis. Zudem kündigt er eine baldige Wiederholung dieses Vorgehens auf internationaler Ebene und mit mehr Gläsern an. Mit Verweis darauf fordert er von den betroffenen Unternehmen die Zahlung eines Betrages in Millionenhöhe. Kämen sie dem nach, so werde er die Behörden rechtzeitig über die Standpunkte der Gläser informieren und keiner „würde zu Schaden kommen“. Andernfalls werde er die Information erst nach Verkauf und Verzehr preisgeben. Die daraufhin eingeleiteten Ermittlungsmaßnahmen werden durch die Vielzahl der Filialen erschwert. Schließlich können drei Gläser am Sonntag, die restlichen am Dienstagabend gefunden werden. Es wird weder die Forderung des A erfüllt, noch findet die zweite angekündigte Tat statt, da er davor identifiziert und festgenommen werden kann. Das LG

Dezember 2019

Babygiftgläsern-Fall

Rücktrittsvoraussetzungen / Teilweiser Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation

§§ 211, 255, 251, 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB

famos-Leitsätze:

1. Ein erneutes Androhen des Erfolgs steht dem Verhinderungsvorsatz beim Rücktritt nicht entgegen.
2. Ein teilweiser Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation ist auch möglich, wenn der Täter nicht vom Versuch des Grunddelikts zurücktritt.

BGH, Beschluss vom 5. Juni 2019 – 1 StR 34/19; veröffentlicht in NJW 2019, 3659.

Ravensburg verurteilt A wegen eines versuchten Mordes unter Annahme der Mordmerkmale Habgier, Ermöglichungsabsicht und Heimtücke, §§ 211, 22, 23 StGB², in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge §§ 255, 251, 22, 23. Gegen die Entscheidung legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In diesem Fall untersucht der BGH verschiedene Probleme im Hinblick auf den Rücktritt. Zum einen stellt sich sowohl beim versuchten Mord als auch bei der versuchten Erfolgsqualifikation des § 251 die Frage, ob die allgemeinen Voraussetzungen eines Rücktritts vorliegen. Ein Tötungserfolg ist zwar nicht eingetreten, jedoch hat A in seiner E-Mail lediglich auf die Existenz der vergifteten Gläser hingewiesen ohne gezielte Angaben zu machen.

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

Aufgrund dessen stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Verhinderungsvoraussetzungen, insbesondere eines Verhinderungsvorsatzes, zu stellen sind. Zum andern stellt sich im Rahmen des § 251 zusätzlich das Problem eines teilweisen Rücktritts, bei dem der Täter die Erfolgsqualifikation aufgibt, am Grundtatbestand jedoch festhält. Im vorliegenden Fall kann dies dadurch erfolgt sein, dass A zwar Hinweise bezüglich der Verstecke der Gläschen gab, sodass es im Ergebnis nicht zu Todesfällen kam, er aber gleichzeitig seine Forderung nach einer Geldzahlung aufrechterhielt. Dabei ist auch hier problematisch, ob diese Aufrechterhaltung nicht dem Verhinderungsvorsatz des Täters entgegensteht.

Zu den Anforderungen der Vollendungsverhinderung im Rahmen des beendeten Versuchs gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 finden sich, sowohl bezüglich der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen, verschiedene Ansichten. Unumstritten ist, welche Merkmale vorliegen müssen. Auf objektiver Seite wird eine **aktive, kausale und auf die Erfolgsverhinderung gerichtete Tätigkeit** vorausgesetzt, während auf subjektiver Ebene ein **Verhinderungsvorsatz** vorliegen muss.³ Wenngleich die Voraussetzungen des aktiven Handlungserfordernisses nicht angezweifelt werden, ist der Umfang der anderen Merkmale sehr umstritten⁴, vor allem die Anforderungen an das Maß der Bemühungen des Täters.⁵

Anknüpfend an das Erfordernis des „ernsthaften Bemühens“ in § 24 Abs. 1 S. 2 fordern **Teile der Literatur** auch in diesem Fall eine Optimierung der Rettungsmaßnahmen. Hiernach muss der Täter sowohl die ihm zur Verfügung stehenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen als auch die sicherste Option wählen (**sog. Bestleistungstheorie**).⁶

Vorliegend wäre dies die konkrete Benennung der Filialen bzw., solange die Läden noch geöffnet sind, das Zurückfahren und Wiedereinsammeln der Gläschen gewesen. Weiterhin hätte A auch die Sicherheitsbehörden vor Ort informieren können, um ein schnelleres Handeln zu gewährleisten.

Anderer Ansicht ist die **Rechtsprechung**. Wo früher Unstimmigkeiten bestanden,⁷ sticht nun eine klare Linie hervor.⁸ Ausgehend vom Wortlaut lehnt sie eine bestmögliche Erfolgsabwendung ab und fordert lediglich, dass eine neue Kausalkette in Gang gesetzt wird, welche für die Erfolgsverhinderung mindestens mitursächlich ist (**sog. Chanceneröffnungstheorie**).⁹ Ein bekanntes Beispiel ist der sog. Gashahnfall.¹⁰ Der Täter drehte hier aufgrund seines Suizidwunsches Gashähne in einem Mehrfamilienhaus auf. Während er zuerst die Tötung der anderen Hausbewohner billigend in Kauf nahm, änderte er später seinen Willen. Er alarmierte sowohl die Feuerwehr als auch die Polizei, ließ jedoch die Gashähne offen, um weiterhin seine Selbsttötung zu gewährleisten. Der BGH bejahte hier trotz der weiter bestehenden Gefährlichkeit durch die offenen Gashähne den Rücktritt. Durch den Anruf des Täters sei die Kausalkette in Gang gesetzt worden, welche letztendlich zur Evakuierung des Hauses geführt habe, sodass eine Tötung der Hausbewohner verhindert werden konnte. Dem Grundgedanken dieser Ansicht folgen auch Stimmen aus der Literatur. Zudem fordern diese einschränkend eine objektive Zurechenbarkeit der Verhinderung

³ Fischer, StGB, Aufl. 2020, § 24 Rn. 30.

⁴ Hoffmann-Holland, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, § 24 Rn. 126.

⁵ Ausführlich zum Meinungsstand Karasch/Fitzke, famos 03/2011.

⁶ Herzberg, NJW 1989, 862, 863; Jakobs, ZStW 104 (1992), 82, 90.

⁷ BGHSt 31, 46; BGH NSTZ-RR 1997, 193, 194; NSTZ 1999, 128.

⁸ BGHSt 48, 147, 151 ff.; BGH NJW 2002, 3719; NSTZ 2004, 614.

⁹ Hoffmann-Holland, in MüKoStGB (Fn. 4), § 24 Rn. 135.

¹⁰ BGHSt 48, 147 ff.

des Erfolgs, sodass diese deutlich als Werk des Täters hervorgeht.¹¹

Darauf aufbauend entwickelte *Roxin* die sog. Differenzierungstheorie, wonach zwischen eigenhändiger und fremdhändiger Erfolgsverhinderung zu unterscheiden ist.¹² Erstere liegt vor, wenn der Täter selbstständig die Handlung, welche unmittelbar zur Vollendungsverhinderung führt, vornimmt, wobei dann die Grundsätze der Chanceneröffnungstheorie gelten sollen. Letztere hingegen liegt bei der Einschaltung Dritter vor, wobei der Täter dann die beste ihm erkennbare Rettungsmöglichkeit ergreifen sollte. Vorliegend führte die Polizei die konkreten Maßnahmen durch, weswegen nach dieser Theorie die strengeren Voraussetzungen der fremdhändigen Erfolgsverhinderung gelten. Diese wurden, wie oben bereits dargestellt, jedoch nicht erfüllt.

Auch an den Verhinderungsvorsatz als subjektive Komponente werden, je nachdem welcher Ansicht man folgt, unterschiedliche Anforderungen gestellt. Dabei kehren sich die Ansichten in spiegelbildliche Richtungen. Während die Anhänger der Bestleistungstheorie wie oben dargestellt strengere Anforderung an die objektiven Merkmale stellen, erachten sie es im subjektiven Tatbestand als ausreichend, dass der Täter mit nur bedingtem Verhinderungsvorsatz handelt.¹³ Dagegen schränkt die Rechtsprechung die Vorsatzvoraussetzungen an dieser Stelle ein und verlangt eine zielgerichtete Vereitelung. Der Wille des Täters muss bewusst auf die Unterbrechung des Kausalverlaufs gerichtet sein.¹⁴ Dies umfasst zudem die vollständige Aufgabe des Tatvorsatzes. Es genügt nicht, dass er „dem Opfer nach Art eines Glücksspiels eine Chance gibt“¹⁵. Das könnte vorliegend problematisch sein, da A keine Angaben über die exakten Standpunkte der Gläschen gemacht

hat und die Ermittlungsbehörden unter Zeitdruck diese bestimmen mussten. Die Ungewissheit, ob sie dies rechtzeitig schaffen würden oder nicht, kommt einem Glücksspiel nahe.

Weiterhin stellt sich beim Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation des § 251 das Zusatzproblem, dass dieser hier nur teilweise erfolgt, da A weiterhin am Grunddelikt festhält. Zunächst sind bei erfolgsqualifizierten Delikten zwei mögliche Fallkonstellationen des Versuchs zu unterscheiden. Ist das Grunddelikt im Versuchsstadium steckengeblieben, während die schwere Folge herbeigeführt wurde (mind. fahrlässig bzw. leichtfertig), handelt es sich um einen sog. **erfolgsqualifizierten Versuch**.¹⁶ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die vom Täter gewählte Nötigungshandlung den Tod des Opfers verursacht hat, ein Nötigungserfolg jedoch ausbleibt und somit das Raubdelikt nicht vollendet wird. Demgegenüber steht der umgedrehte Fall des sog. **Versuchs der Erfolgsqualifikation**, bei dem die schwere Folge trotz mindestens bedingtem Tätervorsatzes ausbleibt, während das Grunddelikt vollendet ist oder versucht wird.¹⁷ Mit dieser Fallkonstellation beschäftigt sich auch der vorliegende Beschluss, wobei sowohl die Nötigungshandlung als auch die schwere Folge nur versucht wurden.

Nach nahezu einhelliger Ansicht wird der Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation zugelassen, wenn die schwere Folge noch nicht eingetreten ist und der Täter die Grunddeliktvollendung aufgibt oder verhindert.¹⁸ Das heißt zum Beispiel für die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge, dass der Täter sich entscheidet, von der Erpressung abzulassen oder diese zu verhindern, bevor der Todeserfolg eintritt. Der Rücktritt umfasst in diesem Fall sowohl das Grunddelikt als auch

¹¹ *Rudolphi*, NStZ 1989, 508, 511; *Zieschang*, GA 2003, 353, 358 ff.

¹² *Roxin*, in H.J. Hirsch-FS, 1999, 327, 335.

¹³ *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 65.

¹⁴ BGH NJW 1989, 2068.

¹⁵ *Fischer* (Fn. 3), § 24 Rn. 30.

¹⁶ *Vogel*, in LK-StGB, 12. Aufl. 2006, § 18 Rn. 72.

¹⁷ *Wittig*, in BeckOKStGB, 44. Ed. 2019, § 251 Rn. 7a.

¹⁸ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder, StGB, Aufl. 2019, § 18 Rn. 13; *Kühl*, Jura 2003, 19, 22.

die schwere Folge. Im Unterschied dazu steht die Möglichkeit eines **teilweisen Rücktritts**¹⁹, dessen Zulassung allgemein anerkannt ist.²⁰ Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Rücktritt sich nur auf die Erfolgsqualifikation bezieht, während das Grunddelikt bereits vollendet ist oder der Täter das versuchte Grunddelikt nicht aufgeben will. Dies führt zu einer isolierten Bewertung der Strafbarkeit im Hinblick auf das Grunddelikt und die Erfolgsqualifikation.²¹ Auch in hier verhindert A auf der einen Seite den Eintritt des Todes, auf der anderen Seite will er aber nicht von der Erpressung ablassen. Er verdeutlicht dies mit einer erneuten Androhung, vergiftete Gläschen zu verteilen. Dabei könnte jedoch diese erneute Androhung einer vollständigen Aufgabe des Tatvorsatzes entgegenstehen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass das LG den wirksamen Rücktritt des A sowohl vom versuchten Mord als auch vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 verkannt habe. A ist nur wegen der versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung gem. den §§ 255, 253, 22, 23 strafbar. Zum einen stellt er fest, dass die objektiven und subjektiven Rücktrittsvoraussetzungen sowohl für den versuchten Mord als auch die versuchte räuberische Erpressung vorlagen. Dies gelte auch, obwohl der Täter erneut mit dem Einsatz eines Mittels gedroht habe, welches geeignet war, den Tod herbeizuführen. Durch seine E-Mail seien die Ermittlungsarbeiten aufgenommen und dementsprechend eine **neue Kausalkette** in Gang gesetzt worden. Als Resultat habe dies zum Auffinden der vergifteten Babynahrungsprodukte geführt. Die neue Kausalkette sei

mitursächlich für die Nichtvollendung. Auf subjektiver Ebene entnimmt der BGH durch die Formulierung in der E-Mail „dann wird keiner zu Schaden kommen“ den zielgerichteten Willen zur Erfolgsvereitelung im Hinblick auf die schwere Folge. Dies solle auch dann gelten, wenn das erneut angedrohte Mittel wieder den Tod herbeiführen könne. Die spätere Androhung werde vielmehr vom Tatbestand der räuberischen Erpressung, also dem Grunddelikt, erfasst. Sie sei Ausdruck der Entschlossenheit des A. Für die zukünftige Tat habe A zwar den Tod der Kinder billigend in Kauf genommen, dies sei für die bereits verteilten vergifteten Babynahrungsprodukte jedoch nicht von Relevanz. Der BGH bestätigt, dass ein teilweiser Rücktritt von einer Erfolgsqualifikation möglich ist und schließt sich somit der weit verbreiteten Ansicht der Literatur an.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Sowohl die Erfolgsqualifikation an sich als auch die Rücktrittsvoraussetzungen gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 bieten viele Probleme.

Besonders relevant für **Klausuren und Hausarbeiten** ist die Frage, welche Anforderungen an die Rücktrittshandlung beim beendeten Versuch zu stellen sind. Hat sich der Täter, wie im vorliegenden Fall, nicht um die sicherste und optimale Rücktrittshandlung bemüht, sind die Voraussetzungen der Bestleistungstheorie nicht erfüllt. Es bedarf dann einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Theorien. Der Fall zeigt vor allem auf, dass auch der subjektiven Komponente große Beachtung geschenkt werden sollte.

Auch beim Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation muss Einiges beachtet werden. Zuerst bedarf es der Abgrenzung vom

¹⁹ Vgl. vor allem zur Erklärung, warum die Terminologie „Teilrücktritt“ an dieser Stelle nicht angebracht ist, *Kostuch*, Versuch und Rücktritt beim erfolgsqualifizierten Delikt, 2004, S. 233.

²⁰ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in *Schönke/Schröder*, StGB (Fn. 18), § 18 Rn. 13;

Zaczyk, in NK-StGB, Band 1, Aufl. Jahr, § 24 Rn. 80; *Vogel*, in LK-StGB (Fn. 16), § 18 Rn. 84.

²¹ *Stein*, in SK-StGB, StGB, 9. Aufl. 2017, Band 1, § 18 Rn. 52.

Versuch der Erfolgsqualifikation und dem erfolgsqualifizierten Versuch. Bei beiden Konstellationen muss man sich zudem mit der Frage auseinandersetzen, ob sowohl der Versuch als auch der Rücktritt möglich sind. Kommt man wie vorliegend zum Ergebnis, dass dies beim Versuch der Erfolgsqualifikation zu bejahen ist, so muss dann beachtet werden, ob der Täter vollständig oder nur teilweise zurückgetreten ist. Indem der BGH einen teilweisen Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation ohne Rücktritt vom versuchten Grunddelikt bejaht, schließt er sich der überwiegenden Meinung in der Literatur an. Eine **kurze Auseinandersetzung** mit dieser Problematik wird im Rahmen der Fallbearbeitung daher ausreichend sein.

5. Kritik

Wie oben dargelegt nimmt der BGH in der Entscheidung zu zwei Problemkreisen Stellung.

Die erste Problematik umfasst die Voraussetzungen an die Vollendungsverhinderung und ob diesen vorliegend Genüge getan wurde. Während der BGH bezüglich der Voraussetzungen seiner Linie treu bleibt und der Chanceneröffnungstheorie folgt, muss vorliegend vor allem ein Augenmerk auf den Verhinderungsvorsatz gelegt werden. Ausschlaggebend ist der Wortlaut der E-Mail des A, „dass niemand zu Schaden kommen werde“. Der BGH liest aus diesen Zeilen heraus, dass A auf ein Ausbleiben des Erfolges hofft. Gerade das weitere Androhen einer erneuten Tötungshandlung durch die vergifteten Babygläschen solle dem nicht entgegenstehen. Laut BGH will A damit „seine Entschlossenheit zum Ausdruck bringen“. Diese einseitige Begründung enttäuscht. Eine erneute Tötungsdrohung kann auch anders verstanden werden, als nur als Stilmittel zur Verdeutlichung der Entschlossenheit zum Rücktritt. Gerade im Hinblick darauf, dass A die gleiche Tat noch extremer androht, bestehen hier einige Zweifel am

Aufgeben des Tatvorsatzes. Der BGH verweist zudem auf die Meinung von *Fischer*, wonach man von einer weiteren billigenden Inkaufnahme der Tat ausgehen könne, wenn der Täter ein „Glücksspiel“ mit den Opfern spielt.²² Im vorliegenden Fall soll dies aber gerade nicht vorliegen. Im ersten Moment erscheint dies irritierend. Wenn der Täter nicht eine Art russisches Roulette spielen wollte, wieso machte er nicht genauere Angaben zu den Gläschen? Der BGH stellt jedoch klar, dass die Angaben ausreichen, um gezielte Maßnahmen einzuleiten. Hinzu kommt, dass der nächste Tag ein Sonntag war und somit kein Verkauf stattfand, sodass nicht mit einer Gefährdung der Verbraucher zu rechnen war. Auch hat der Täter die E-Mail an gleich mehrere Stellen geschickt. Das Bundeskriminalamt, der Verbraucherschutz sowie die betroffenen Einzelhandelskonzerne waren direkt informiert und konnten entsprechend handeln. Zwar gab es eine Vielzahl an Filialen, sodass sich die Ermittlung der konkreten Filiale und somit der betroffenen Gläschen als schwierig erwies. Dies steht jedoch einer Aufgabe des Verhinderungsvorsatzes nicht entgegen. Nur weil einem Täter bewusst ist, dass die Rettungsmaßnahmen nicht optimal sind, bedeutet dies nicht, dass er sich weiterhin den Erfolg wünscht. Ausreichend ist, wenn er seine Maßnahme als geeignet erachtet, um eine Vollendung zu verhindern.²³ Bei Tötungsdelikten ist dabei die Hemmschwellentheorie²⁴ zu beachten. Es bedarf einer adäquaten Auslegung des in dubio pro reo-Grundsatzes. Gerade an das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes sind hohe Anforderungen zu stellen. Insoweit überzeugt die Begründung des BGH, dass der Täter den Tatvorsatz vollständig aufgegeben habe und es hier gerade nicht zu einem Glücksspiel gekommen sei.

Fraglich ist zudem, welche Auswirkungen die Bestleistungstheorie auf die Vorsatzproblematik hätte. Wie oben dargestellt würden

²² *Fischer* (Fn. 3), § 24 Rn. 30.

²³ *Fischer* (Fn. 3), § 24 Rn. 35a.

²⁴ *Neumann/Saliger*, in NK-StGB (Fn. 20), § 212 Rn. 10.

bereits die objektiven Voraussetzungen fehlen, sodass keine Verhinderungshandlung gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 vorliegen würde. Auf den Vorsatz wäre somit nicht einzugehen. Das große Problem der Bestleistungstheorie ist die wertende Voraussetzung der „besten“ Handlung. Wie schon in Teil 2 dargestellt, können mehrere Handlungen als „die Beste“ erachtet werden. Wo jedoch Platz für einen Beurteilungsspielraum gelassen wird, besteht immer auch die Gefahr der richterlichen Willkür. Zudem erscheint eine bestmögliche Verhinderungshandlung mehr aus moralischer Sicht begründet, ohne dass dies vom Gesetzeswortlaut unterstützt wird.²⁵

Die zweite Problematik stellt die Bejahung des teilweisen Rücktritts von der versuchten Erfolgsqualifikation dar. Dabei mangelt es an einer ausführlichen Argumentation. Grund dafür könnte die allgemeine Zustimmung in der Literatur zu dieser Möglichkeit sein. Vor allem im Hinblick auf die Theorien zur Ratio der Straffreiheit²⁶ des Rücktritts spricht viel für diese Ansicht. Nachfolgend sollen zwei näher dargestellt werden, welche die Möglichkeit des teilweisen Rücktritts untermauern. Zum einen ist aus spezialpräventiver Sicht eine Bestrafung bezüglich der Tötung nicht notwendig.²⁷ A hat diese verhindert und somit demonstriert, dass er auch ohne Bestrafung in die Legalität zurückgekehrt ist. An der räuberischen Erpressung hält er jedoch weiterhin fest, sodass diesbezüglich keine Rückkehr in die Legalität stattgefunden hat und eine Bestrafung weiterhin sinnvoll ist. Auch die kriminalpolitische Theorie, welche den Opferschutz umfasst und dem Täter die sog. „goldene Brücke“ zum Rückzug in die Straffreiheit ermöglicht, spricht dafür.²⁸ Demnach stellt der Rücktritt eine Rettungschance dar,

welche für das Opfer so lange wie möglich aufrecht erhalten werden sollte.²⁹ Würde man dem Täter nicht die Möglichkeit lassen, auch isoliert von der versuchten Tötung zurückzutreten, so würde man ihn gewissermaßen zu dessen Vollendung nötigen.³⁰ Somit besteht ein Anreiz für den Täter, von der schweren Folge abzulassen. Weiterhin ist zu beachten, dass die versuchte Tötung sowohl gem. § 212 als auch gem. § 251 strafbar ist. Es erscheint jedoch widersprüchlich, wenn der Täter von § 212 zurücktreten kann und von § 251 nicht, obwohl beide Vorschriften auch das gleiche Rechtsgut schützen.³¹ Zudem hat sich das spezifische Risiko aus § 251 nicht verwirklicht. Das hohe Strafmaß, welches gerade bei den erfolgsqualifizierten Delikten vorausgesetzt wird, resultiert jedoch aus dieser spezifischen Risikoverwirklichung. Bleibt diese aus, erscheint das Strafmaß unverhältnismäßig. Weiterhin lässt der BGH sowohl die Möglichkeit des Teilrücktritts von der Qualifikation³² als auch den Rücktritt von einem mehraktigen Unterlassungsdelikt³³ zu, sodass der teilweise Rücktritt von der versuchten Erfolgsqualifikation in die Linie dieser Rechtsprechung passt.

Trotz anfänglicher Skepsis ist der Entscheidung des BGH bei genauerer Betrachtung demnach zuzustimmen. Es missfällt lediglich, dass an manchen Stellen eine kritischere Auseinandersetzung wünschenswert gewesen wäre. Zwar war dies in diesem konkreten Fall nicht notwendig, jedoch erschwert dies die Übertragung der Entscheidung auf andere Fälle.

(Bilal Oktay/Tabea Seum)

²⁵ Hoffmann-Holland, in MüKoStGB (Fn. 4) § 24 Rn. 133.

²⁶ Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 18), § 24 Rn. 2.

²⁷ BGHSt 9, 52.

²⁸ Lilie/Albrecht, in LK-StGB (Fn. 16), § 24, Rn. 7 ff.

²⁹ Puppe, NSTZ 1984, 488, 490.

³⁰ Hoffmann-Holland, MüKoStGB (Fn. 4), § 24, Rn. 20.

³¹ Stein, in SK-StGB (Fn. 21), § 18 Rn. 52.

³² BGHSt 51, 276.

³³ BGH NSTZ 2003, 252.