

famos

Der Fall des Monats im Strafrecht

Online-Zeitschrift

www.fall-des-monats.de

Jahresband 2020

**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 begibt sich in einen Supermarkt, nimmt dort vier Flaschen Jägermeister und zwei Flaschen Bacardi aus dem Warenregal und legt diese zunächst in seinen Einkaufskorb. Um den Alkohol nicht bezahlen zu müssen, versteckt er die Flaschen im Anschluss in einer von ihm mitgeführten Sporttasche.

In einem weiteren Fall geht A in einem anderen Supermarkt ähnlich vor: Er versteckt fünf Flaschen Jägermeister in einem von ihm mitgebrachten Rucksack, nachdem er diese den Regalen entnommen hat. Auch dieses Mal möchte A die Ware, ohne dafür zu bezahlen, für sich behalten und läuft deshalb in Richtung des Ausgangs. A wird unter anderem wegen dieser beiden Taten, die vom LG als vollendeter Diebstahl nach § 242 StGB² gewertet werden, verurteilt. A legt Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Es steht zu vermuten, dass A vor Passieren des Kassenbereichs gestellt wurde. Das Hauptproblem liegt nunmehr darin, zu entscheiden, ob der Diebstahl bereits mit dem Einstecken der Flaschen in den mitgebrachten Rucksack oder in die Sporttasche vollendet ist, wenn der Täter sich noch im Supermarkt befindet. Dafür ist entscheidend, ob A den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht hat, wofür die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache erforderlich ist.

Januar 2020

Bacardi-Fall

Wegnahme / Gewahrsamsenklaue

§ 242 StGB

famos-Leitsatz:

Durch das Verstecken von Waren in einem Rucksack oder in einer Sporttasche begründet der Täter innerhalb eines fremden Herrschaftsbereichs eine Gewahrsamsenklaue.

BGH, Urteil vom 6. März 2019 – 5 StR 593/18; veröffentlicht in NStZ 2019, 613.

Die Wegnahme wird definiert als Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.³ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene, tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Verkehrsanschauung.⁴ Ein Gewahrsamsbruch liegt vor, wenn die tatsächliche Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers ohne dessen Willen aufgehoben wird.⁵ Neuer Gewahrsam wird hingegen begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 8.

⁴ Vgl. *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 8a.

⁵ *Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 35.

des Täters vorher zu beseitigen.⁶ Das ist mithilfe der Verkehrsauffassung auch danach zu beurteilen, ob der Zugriff auf das Diebesgut eine soziale Auffälligkeit nach sich zieht und rechtfertigungsbedürftig ist.⁷ Mit der Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams ist die Wegnahme vollzogen und der Diebstahl vollendet.⁸ Im vorliegenden Fall hat zunächst der Supermarkthinhaber Gewahrsam an den Bacardi- und Jägermeisterflaschen. Das Geschäft stellt nämlich eine vom Ladeninhaber generell beherrschte Sphäre dar.⁹ Der generelle Gewahrsamswille des Inhabers bezieht sich dabei auf alle in diesem Raum befindlichen Gegenstände.¹⁰ Der Gewahrsam endet, sobald die tatsächliche Sachherrschaft aufgehoben ist.¹¹ Zur Vervollendung der Wegnahme ist die Begründung neuen Gewahrsams erforderlich. Neuer Gewahrsam kann dabei auch im fremden Herrschaftsbereich begründet werden.¹² Dies ist der Fall, wenn der Täter einen Gegenstand in seine „höchstpersönliche Sphäre“¹³ bringt und dadurch eine **Gewahrsamsenkave**¹⁴ entsteht. Allerdings werden gewisse Voraussetzungen an die Beschaffenheit des Gegenstandes geknüpft.

Ausschlaggebend sind vor allem **Gewicht und Größe der Sache**. Bei unauffälligen, leicht beweglichen und **sehr kleinen Sachen** (z.B. Schmuck), welche sich in der Hand des Täters verbergen lassen, genügt im Allgemeinen das Ergreifen und Festhalten derselben.¹⁵

Handelt es sich um **kleine Objekte geringen Umfangs**, die nicht mehr durch

bloßes Ergreifen mit der Hand verdeckt werden können, kann neuer Gewahrsam dadurch begründet werden, dass der Täter die Sachen wie seine eigenen wegträgt oder sie in seinen „Tabubereich“ bringt und dadurch eine Gewahrsamsenkave entsteht (z.B. Einstecken von Beute in die Jacken- oder Hosentasche).¹⁶

Dagegen wird bei **schwer zu transportierenden Sachen** (z.B. Fernseher) aufgrund ihres Gewichts oder ihrer Beschaffenheit der Gewahrsamswechsel noch nicht mit Ergreifen oder Verstecken vollzogen, sondern kann erst durch zusätzliche Maßnahmen herbeigeführt werden.¹⁷ In solchen Fällen besteht vor der Kasse noch der Gewahrsam des Ladeninhabers.¹⁸

In einem vergleichbaren Fall aus der **Rechtsprechung** wurde angenommen, dass beim Wegtragen von sechs Flaschen Whiskey ein neuer Gewahrsam im Supermarkt noch nicht begründet ist.¹⁹ Der Täter hatte hier die Spirituosen einem Supermarktregal entnommen und in zwei mitgebrachten Tüten verstaut; außerdem führte er eine weitere Tüte mit sich, die er mit Waren füllte, um den Anschein eines regulären Einkaufs zu erwecken. Bei solch umfangreicher, nach den konkreten Umständen nicht zu verbergender Beute wird, laut BGH, durch das bloße Wegtragen innerhalb der fremden Gewahrsamssphäre noch kein neuer Gewahrsam begründet.²⁰ Dies könnte auch im vorliegenden Fall gegen einen Gewahrsamswechsel sprechen.

Allerdings sind nicht nur die Größe und das Gewicht des Gegenstandes für eine Gewahrsamsenkave maßgeblich, sondern

⁶ Eisele, BT II, 5. Aufl. 2019, Rn. 41.

⁷ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140.

⁸ Wittig, in BeckOK StGB, 44. Edition, Stand: 01.11.2019, § 242 Rn. 25.

⁹ Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 11.

¹⁰ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 30.

¹¹ Rengier, BT I, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 33.

¹² Vgl. Wittig, in BeckOK (Fn. 8), § 242 Rn. 26.

¹³ OLG Düsseldorf NJW 1986, 2266.

¹⁴ Vgl. OLG Dresden NStZ-RR 2015, 211.

¹⁵ BGH NStZ 2011, 158, 159; NStZ 2014, 40, 41; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 50.

¹⁶ Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 3), § 242 Rn. 16.

¹⁷ Wittig, in BeckOK (Fn. 8), § 242 Rn. 26.1.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2013, 276.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2013, 276.

²⁰ BGH NStZ-RR 2013, 276; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 242 Rn. 18.

auch die **Art des Behältnisses**, in welchem er transportiert werden soll. Behältnisse, die der Tabuzone des Täters zugeordnet werden, sind in erster Linie die Kleidungsstücke, die er am Körper trägt.²¹ Vom **Großteil der Literatur** wird vertreten, dass auch durch das Einstecken in ein mitgeführtes, leicht zu transportierendes Behältnis, wie etwa eine Handtasche oder einen Koffer, eine Gewahrsamsenklaue begründet wird.²² Denn eine „intensivere Herrschaftsbeziehung“²³ als jene, die durch das Einstecken geschaffen wird, sei kaum denkbar.²⁴

Nicht anzunehmen sei die Begründung neuen Gewahrsams aber etwa dann, wenn Sachen in Behältnissen versteckt werden, die noch der Kontrolle des alten Gewahrsamsinhabers unterliegen.²⁵ Die Möglichkeit des alten Gewahrsamsinhabers, jederzeit auf den Inhalt zugreifen zu können, wird z.B. beim Verstecken der Sache im Einkaufswagen oder einer Einkaufstüte bejaht.²⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision des A hat keinen Erfolg. Der BGH bestätigt die Entscheidung des LG und sieht den Diebstahl in beiden Fällen als vollendet an. Der BGH nimmt eine Gewahrsamsenklaue durch das Verstauen der Flaschen in der Sporttasche und im Rucksack des A an. Er führt zum Wechsel der tatsächlichen Sachherrschaft an, es sei entscheidend, ob der Täter ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber die Sachherrschaft ausüben kann. Der bisherige Gewahrsamsinhaber dürfe seinerseits nicht mehr in der Lage sein, über die Sache zu verfügen, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen.

Daher wird, wie oben bereits erwähnt, ein entscheidender Unterschied darin gesehen, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche und schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es um leicht transportable, kleinere Gegenstände geht.

Weiterhin legt der BGH dar, dass für leicht bewegliche Sachen, die innerhalb eines Geschäftes in eine Einkaufs-, Akten- oder ähnliche Tasche gesteckt werden, nichts anderes gelten kann als bei Fällen, in denen der Täter die Ware in seiner Kleidung verbirgt.

Laut BGH hätten der Rucksack und die Sporttasche A dazu gedient, einen unproblematischen Abtransport der Beute zu ermöglichen. Zudem seien sie geeignet, den Berechtigten von einem ungehinderten Zugriff auf seine Ware auszuschließen. Das Einstecken habe zugleich dem Verbergen der Beute vor möglichen Beobachtern gedient.

Abschließend führt der BGH an, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine mit der (oben bereits genannten) älteren Rechtsprechung vergleichbare Konstellation handele. Eine nähere Begründung hierfür gibt der Senat allerdings nicht an.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Konstruktion der Gewahrsamsenklaue ist ein „Dauerbrenner“ in **Klausuren**. Deshalb ist die Kenntnis dieser Figur unerlässlich. Vor allem taucht sie häufig im Zusammenhang mit Ladendiebstählen auf. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Gewahrsamsenklaue in jedem fremden Herrschaftsbereich begründet werden kann

²¹ Fischer (Fn. 20), § 242 Rn. 20; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 47.

²² Vogel, in Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, Band 8, § 242 Rn. 96.

²³ BGHSt 16 271, 274.

²⁴ Vogel, in Leipziger Kommentar (Fn. 22), § 242 Rn. 96.

²⁵ Kudlich, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2018, § 242 Rn. 34.

²⁶ BGH NStZ-RR 2013, 276.

(z.B. auch in der Wohnung oder im Büro).²⁷ Betrachtet werden müssen die Beschaffenheit des Gegenstandes, das Mittel des Transports und die Zugriffsmöglichkeiten des bisherigen Gewahrsamsinhabers auf die Sache. Weiterhin ist auch zu berücksichtigen, ob die Sache gut verborgen ist oder offen weggetragen wird. Besonderes Augenmerk sollte man in der Klausur daher auf alle Umstände des Sachverhalts legen, weil bereits kleine Veränderungen, wie beispielsweise die Art des Transportmittels, einen entscheidenden Unterschied bei der Falllösung machen können. Auch für Folgetaten ist die Vollendung von Bedeutung. Sie ist Voraussetzung für einen räuberischen Diebstahl nach § 252 und markiert die Grenze zwischen diesem und dem Tatbestand des Raubs (§ 249).²⁸

Nicht nur für die Theorie, sondern auch für die **Praxis** ist die Begründung des neuen Gewahrsams relevant, weil mit der Wegnahme der Diebstahl vollendet ist.²⁹ Mit der Vollendung einer Straftat ist die Möglichkeit des Rücktritts ausgeschlossen.³⁰ Wenn der Täter die Ware zurücklegt, weil er sich umentscheidet, ändert dies an der Strafbarkeit nichts mehr. Tätige Reue ist beim Diebstahl nicht vorgesehen.³¹ Die Strafbarkeit wird in solchen Fällen also nach vorne verlagert.³² In Fällen wie dem vorliegenden steht und fällt die Erfüllung des objektiven Tatbestands mit der Annahme oder der Ablehnung der Gewahrsamsenklaue. Nimmt man die Gewahrsamsenklaue an, wird dem Täter bereits vor Passieren des Kassenbereichs die Möglichkeit genommen, strafbefreiend zurückzutreten, denn er befindet sich nicht mehr im Versuchsstadium. Folglich entfällt hier auch die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung nach § 49 Abs. 1.

5. Kritik

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Den vorliegenden Fall grenzt er von der Situation ab, bei der das Forttragen der Beute mithilfe von Tüten durchgeführt wurde. Bei der Beurteilung der für die Abgrenzung maßgeblichen Kriterien bietet der BGH einen großen Interpretationsspielraum. Beide Entscheidungen haben als Tatobjekte Bacardi- oder andere Flaschen, die sich in Umfang, Beschaffenheit und Größe ähneln, zum Gegenstand. Verbirgt der Täter die Beute in einem mitgeführten Behältnis und verschließt es, sodass die Ware vor Beobachtern verborgen ist, wird auch an handlichen, gegebenenfalls mehreren Gegenständen neuer Gewahrsam in einem fremden Herrschaftsbereich begründet. Der BGH lehnte die Entstehung einer Gewahrsamsenklaue damals ab, bejahte sie jedoch im vorliegenden Fall, ohne eine detaillierte Begründung für die unterschiedliche Bewertung der Sachverhalte anzugeben.

Es ist daher nicht ganz einfach, zu beurteilen, welche Umstände für die Entscheidung ausschlaggebend sind. Auf die Beute des Diebes als Abgrenzungskriterium kann nicht zurückgegriffen werden, da es sich in beiden Fällen um Bacardi- oder vergleichbare Flaschen in ähnlichem Umfang handelt. Anzunehmen wäre beispielsweise, dass die Abgrenzung aufgrund der Größe und des Umfangs des verwendeten Transportmittels vorgenommen wurde. Denkbar wäre auch, dass darauf abgestellt wird, ob der Täter bei der Tathandlung den **Anschein eines regulären Einkaufs** erweckt oder nicht. Während der Täter des früheren Falls die Einkaufstüten als Tarnung benutzte, um den Anschein eines regulären Einkaufs zu erwecken, verstaute der Täter im aktuellen

²⁷ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 25 f.

²⁸ Rengier (Fn. 11), § 10 Rn. 5.

²⁹ Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 195.

³⁰ Fischer (Fn. 20), § 24 Rn. 3.

³¹ Rengier, AT, 11. Aufl. 2019, § 37 Rn. 4.

³² Rengier (Fn. 31), § 39 Rn. 1 ff.

Fall das Diebesgut in seinem Rucksack und in seiner Sporttasche. Der Anschein eines regulären Einkaufs entstand dadurch nicht. Im früheren Fall wäre ein Zugriff von Seiten des Supermarktinhabers auf den vermeintlich regulären Einkauf des Täters sozial auffällig und damit rechtfertigungsbedürftig gewesen. Wann der Anschein des regulären Einkaufs erweckt wird, könnte sich nach der **Verschließbarkeit** des Transportmittels und der **Verschlossenheit** im konkreten Fall desselben richten. Abstrakt sollte das Behältnis verschließbar und im konkreten Fall auch verschlossen sein. Es handelt sich dabei um das auffälligste Kriterium, welches den neuen und den alten Fall voneinander unterscheidet. Der Tabubereich könnte dadurch begründet werden, dass man die Sporttasche und den Rucksack durch einen Reißverschluss oder ähnliche Verschlussmöglichkeiten verschließen kann und damit den direkten Zugriff des alten Gewahrsamsinhabers unmöglich macht. Offene Einkaufstüten stellen dagegen kein verschließbares Behältnis dar.

Zusätzlich könnte ein wichtiges Kriterium sein, dass eine Tasche (wie hier der Rucksack) einen **ausgeprägteren Persönlichkeitscharakter** hat und einen Bezug zur Person des Täters aufweist. Dadurch stellen solche Behältnisse möglicherweise eher einen Tabubereich dar als Behältnisse, die wie Einkaufstüten extra zum Einkaufen zur Verfügung gestellt sind und die nur in Ausnahmefällen an den Charakter der Person geknüpft sind. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Entscheidung des BGH nachvollziehbar. Die Gewahrsamsenklaue ist im vorliegenden Fall zutreffend angenommen worden.

Allerdings wird an dieser Rechtsprechung nicht deutlich, was für die Entstehung einer Gewahrsamsenklaue notwendig ist. Es gibt noch viele Fallkonstellationen, die nicht ohne weiteres anhand der vorgegebenen Kriterien gelöst werden können. Problematisch sind beispielsweise solche Fälle, in denen der Täter

zwar einen verschließbaren, aber durchsichtigen Rucksack mit sich führt. Vorliegend fehlt es nämlich an einem Verbergen der gestohlenen Ware, anders als es beim Verstauen in einem undurchsichtigen Rucksack der Fall wäre. Jedoch handelt es sich auch bei durchsichtigen Rucksäcken um verschlossene Behältnisse, sodass man nach oben genannten Kriterien nicht mehr vom Anschein eines regulären Einkaufs ausgehen kann. Dies erscheint hier allerdings nicht schlüssig, da die Sachen nicht vor möglichen Beobachtern verborgen sind. Es erscheint folgerichtig, zusätzliche Voraussetzungen daran zu knüpfen, ob der Anschein eines regulären Einkaufs erweckt wird.

An dieser Stelle könnte das Kriterium der **Einsehbarkeit** der Transporthilfe eine Rolle spielen. Geht man beispielsweise mit einem Rucksack in ein Geschäft, verstaut einige Waren darin, schließt den Reißverschluss jedoch nicht zu, ist schwer zu beurteilen, ob eine Gewahrsamsenklaue durch eine solche Handlung begründet wird. Die Option, das Behältnis zu verschließen, ist hier zwar gegeben, wird vom Täter aber nicht genutzt, sodass weiterhin Einsicht in dessen Einkäufe möglich ist. Schlussfolgernd wäre hier eine Gewahrsamsenklaue nach den Kriterien der Verschließbarkeit und Verschlossenheit, als auch nach dem der Einsehbarkeit, nicht entstanden.

Ähnlich problematisch erscheinen Konstellationen, bei denen das Behältnis zwar ursprünglich verschlossen werden konnte, diese Option aber aufgrund eines kaputten Reißverschlusses oder eines fehlenden Knopfes ausgeschlossen ist. An dieser Stelle ist die ungenaue Formulierung und die nicht eindeutige Begründung des BGH in seinem Urteil zu kritisieren. Es tritt nicht hervor, welches Kriterium für den Senat ausschlaggebend war. Anhand der geschilderten Konstellationen wird die **mangelnde Bestimmbarkeit der Gewahrsamsenklaue** deutlich. Dabei kommt die Vermutung auf, dass diese Rechtsfigur

unter Umständen in ihrer derzeitigen Ausprägung mit dem **Bestimmtheitsgebot** nach § 1 i. V. m. Art. 103 Abs. 2 GG kollidiert. Dieses fordert, dass der Gesetzgeber seinen Willen hinsichtlich der Bestrafungsvoraussetzungen und der Strafandrohungen so genau wie möglich zum Ausdruck bringt.³³ Wie bereits dargestellt, kann man bis jetzt jedoch nicht exakt festlegen, wann eine Gewahrsamsenklave angenommen werden kann.

Aufgrund der Unbestimmbarkeit dieser Rechtsfigur könnte man **die Gewahrsamsenklave als Konstrukt selbst ablehnen** und eine neue Gewahrsamsbegründung in solchen Fällen grundsätzlich verneinen. So gesehen könnte Gewahrsam nur dann begründet werden, wenn man die Sache aus dem Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers hinausschafft. Lediglich relevant wäre dann der Vorgang im Kassenbereich. Auf das vorherige An-Sich-Nehmen der Sache wäre nicht mehr abzustellen. Damit wäre der objektive Tatbestand des § 242 auch dann nicht einschlägig, wenn ein Kunde die Sachen, die er einkaufen (und bezahlen) möchte, zunächst in seinen eigenen, mitgebrachten Rucksack steckt, damit er sie ohne Einkaufswagen zur Kasse transportieren kann. Dann befände sich der Täter noch immer im Versuchsstadium, solange er sich mit dem Diebesgut vor dem Kassenbereich aufhält. Von der Tat strafbefreiend zurückzutreten, stünde dem Täter damit noch offen. Er hätte die Möglichkeit, die **goldene Brücke zurück zur Legalität**³⁴ zu beschreiten.

Trotz mangelnder Bestimmbarkeit der Gewahrsamsenklave wird diese Figur in der Praxis regelmäßig herangezogen. Bei Anerkennung der Figur ist die Entscheidung des BGH im vorliegenden Fall anhand der oben entwickelten Kriterien sinnvoll.

Die Entscheidung des BGH sollte allerdings nachvollzogen werden können. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn er weitere Ausführungen zu den maßgeblichen Gegebenheiten bereitstellen würde, die für die Entstehung der Gewahrsamsenklave relevant sind.

(Paula Cankaya/Magdalena Fröhling)

³³ Hassemer/Kargl, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 14.

³⁴ Eser/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 24 Rn. 2.

1. Sachverhalt¹

Die gemeinsam lebenden Eheleute A und B sind in eine prekäre Situation geraten. Trotz der Anstellung des A als Taxifahrer verschlechtert sich ihre finanzielle Situation aufgrund dessen Spielsucht stetig. Seit einiger Zeit behält A wiederholt die Bareinnahmen als Taxifahrer ein, anstatt diese an das Taxiunternehmen zu entrichten. Aufgrund dessen wird A fristlos entlassen sowie dazu aufgefordert, den bis dahin entstandenen Fehlbetrag von über 1.500 Euro zu erstatten. Neben den angehäuften Mietschulden in Höhe von 2.000 Euro ist aufgrund nicht gezahlter Rechnungen nun auch die Sperrung des Stromanschlusses angekündigt worden. Die 78-jährige B, welche unter Depressionen leidet, bereits mehrere Nervenzusammenbrüche hatte und nach einer Hirnblutung unter erheblichen Gesundheitseinschränkungen leidet, weiß über die allgemeine und sich verschlechternde finanzielle Lage an sich Bescheid. Sie hat jedoch keine Kenntnis vom konkreten Ausmaß. A möchte ihr ein Leben im finanziellen Ruin ersparen und befürchtet zudem, dass B bei Offenbarung der Wahrheit einen völligen psychischen Zusammenbruch erleiden werde. Daher beschließt er, sie zu töten und sich danach selbst umzubringen. Ohne andere, naheliegende Lösungsmöglichkeiten ernsthaft durchdacht zu haben, ergreift er schließ-

Februar 2020

Hammer-Fall

Mord / Heimtücke / feindselige Willensrichtung

§ 211 StGB

famos-Leitsätze:

1. Eine vom Opfer ungewollte Tötung stellt grundsätzlich einen feindseligen Angriff auf sein Leben dar.
2. Eine Einschränkung auf Tatbestandsebene kann nur in Ausnahmefällen erfolgen. Eine Ausnahme-situation kommt in Betracht, wenn die Tötung dem Willen des Opfers entspricht oder die Tötung in einer Situation geschieht, in der das Opfer zu einer autonomen Willensbildung selbst nicht mehr fähig ist und der Täter glaubt, zu seinem vermeintlich „Besten“ zu handeln.
3. Andere Motive des Täters, wie ein Handeln zum vermeintlich „Besten“ des Opfers, obwohl es noch zu einer Willensbildung fähig ist und keinen Todeswunsch geäußert hat, können nur auf Rechtsfolgende berücksichtigt werden.

BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19; veröffentlicht in NJW 2019, 2413.

lich einen schweren Hammer und begibt sich zum Bett der schlafenden B. Mit diesem schlägt A ihr mehrfach auf den Kopf, so dass sie verstirbt. Vom LG wird A wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB² verurteilt. Die Staatsanwaltschaft legt hierauf 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

Die Hauptproblematik des Falls besteht darin, ob A durch seine Tat anstelle eines Totschlags (§ 212) einen Mord (§ 211) begangen hat. Hierzu müsste er eines der in § 211 Abs. 2 aufgeführten Mordmerkmale erfüllt haben. In Betracht kommt vorliegend nur das objektive Mordmerkmal der **Heimtücke**.

Zur Begehung einer Tötung auf heimtückische Art und Weise muss der Täter die **Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst ausnutzen**.³ Arglosigkeit liegt vor, wenn sich das Opfer zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁴ Weitestgehend anerkannt ist hierbei, dass ein Schlafender auch dann im Zeitpunkt der Tat arglos ist, wenn er die Arglosigkeit zuvor „mit in den Schlaf“ genommen hat.⁵

Wehrlos ist, wer bei Beginn des Angriffs in Folge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist.⁶ Die Arg- und Wehrlosigkeit der B sind vorliegend gegeben.

Ein bewusstes Ausnutzen liegt vor, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die Lage der angegriffenen Person erkennt, so dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit schutzlosen Menschen zu überraschen.⁷ Vorliegend erkannte A das Vorliegen der Arg- und Wehrlosigkeit bei B ebenso wie die Bedeutung dieser für die Lage, in der er sie angriff. Ein bewusstes Ausnutzen seitens des A liegt damit ebenfalls vor. Demnach hätte A die Tötung mit Heimtücke ausgeführt, mithin einen Mord im Sinne des § 211 begangen.

Diese Definition der Heimtücke lässt jedoch eine sehr weite Anwendbarkeit zu. Dadurch kann letztlich jede überraschende Tötung das Tatbestandsmerkmal der Heimtücke erfüllen. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber für den Mord – anders als beim Totschlag – keinen minder schweren Fall normiert hat. Die in § 211 Abs. 1 angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe ist somit grundsätzlich bei jeder heimtückisch verübten Tötung zu verhängen. Im Jahre 1977 hatte das BVerfG über die lebenslange Freiheitsstrafe im Rahmen des § 211 zu entscheiden.⁸ Im Ausgangsverfahren war der Angeklagte wegen Mordes angeklagt worden. Das zuständige LG sah den Tatbestand der heimtückischen Tötung sowie eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat gemäß § 211 Abs. 2 zwar als verwirklicht an, wollte die in § 211 Abs. 1 angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe jedoch nicht verhängen, da es die Vorschrift für verfassungswidrig hielt. Daraufhin wurde der Fall dem BVerfG vorgelegt. Nach Urteil des BVerfG verstößt die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord nicht gegen das Grundgesetz, jedoch muss eine äußerst restriktive Auslegung der beiden Mordmerkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht vorgenommen werden.⁹ Das Mordmerkmal der Heimtücke gilt dabei hinsichtlich der Vereinbarkeit der absoluten Strafdrohung mit dem Schuldgrundsatz „nulla poena sine culpa“ als besonders umstritten.¹⁰ Somit bedarf es Merkmalen zur **einschränkenden Auslegung** der Heimtücke.

Zunächst empfiehlt sich ein Überblick über die beiden Entscheidungen des **BGH** hinsichtlich dieser Problematik. In seiner Entscheidung von 1956 entschied dieser zunächst noch, dass die Heimtücke entfalle, wenn der Täter glaube, „zum Besten“ des Opfers zu handeln.¹¹ In diesem Fall hatte ein Mann zunächst seinen Job verloren und an-

³ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 211 Rn. 34.

⁴ Momsen, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 211 Rn. 38.

⁵ Neumann/Saliger, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 211 Rn. 55.

⁶ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 211 Rn. 8.

⁷ NStZ-RR 04, 79.

⁸ BVerfGE 45, 187.

⁹ BVerfGE 45, 187.

¹⁰ Fischer (Fn. 3), § 211 Rn. 45.

¹¹ BGHSt 9, 385.

schließlich versucht, sich umzubringen. Nachdem sein erster Versuch misslungen war, beschloss er, nicht nur sein eigenes Leben, sondern auch das seiner Tochter sowie seiner Ehefrau auszulöschen. Hierdurch wollte er seine Familienmitglieder vor einem Leben im Ruin bewahren und meinte, diesen durch deren Tötung eine Wohltat zu erweisen. Der Angeklagte erwürgte seine Tochter, die Ehefrau konnte ihm entkommen. Bereits hier spricht der BGH vom Fehlen einer **feindseligen Willensrichtung**, die sich nach allgemeinem Sprachgebrauch aus der Heimtücke ableite.¹² Nach dieser Auslegung müsste man auch in unserem Fall die heimtückische Begehungsweise ablehnen, da A seiner Ansicht nach „zum Besten“ seiner Ehefrau handelte. Sodann folgte 1977 die soeben dargestellte Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe. Dennoch entschied der Große Senat für Strafsachen im Jahre 1981, bei einem Fall, in dem es um Rache für die Vergewaltigung der Ehefrau ging, dass bei einer Tötung in heimtückischer Begehungsweise stets ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen habe.¹³ Dies gelte auch beim Vorliegen außergewöhnlicher mildernder Umstände wie zum Beispiel notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situationen oder in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus gerechtem Zorn aufgrund einer schweren Provokation verübten Tat.¹⁴ Allenfalls komme eine Strafraumenverschiebung in entsprechender Anwendung von § 49 Abs. 1 in Betracht.¹⁵ Diese neu entwickelte Vorgehensweise ist als **Rechtsfolgenlösung** bezeichnet worden. Jedoch hatte der BGH auch in der Folgezeit über Ausnahmefälle zu entscheiden. So wurde die Heimtücke zum Beispiel bei einer Mitleidstötung abgelehnt.¹⁶ Hier wurde die Heimtücke schon tatbestand-

lich abgelehnt, da der Täter aus Mitleid handelte, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen. Ein weiterer Grenzfall, über den der BGH entschied, hatte einen erweiterten Suizid zum Inhalt.¹⁷ Ein solcher liegt vor, wenn der Täter in Willensübereinstimmung mit dem Opfer einen gemeinsamen Tatplan hat und diesen ausführt.¹⁸ In diesen Fällen ist das Vorliegen der Heimtücke zu verneinen.

Viele Stimmen in der **Literatur** verlangen hingegen eine einschränkende Auslegung speziell bei der Heimtücke bereits auf Ebene des Tatbestands. Demnach müsse eine **besondere Verwerflichkeit** gegeben sein, damit das Mordmerkmal überhaupt vorliege.¹⁹ Hierfür sei ein Vertrauensbruch erforderlich, der ein bestehendes Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer missbrauche.²⁰ Ein solches Vertrauensverhältnis liegt vorliegend in Form der Ehe zwischen A und B vor. Eine andere Ansicht in der Literatur fordert eine **Typenkorrektur**. Diese kann unabhängig von der Heimtücke bei allen Mordmerkmalen angewandt werden.²¹ Hierbei wird zwischen der positiven und der negativen Typenkorrektur differenziert. Nach der positiven Typenkorrektur kann Heimtücke nur angenommen werden, wenn dem Täter die besondere Verwerflichkeit positiv nachgewiesen werden kann.²² Vorliegend müsste A somit das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses zu B und der daraus resultierende Vertrauensbruch positiv nachgewiesen werden. Aufgrund des bestehenden Eheverhältnisses ist dies sicher möglich. Umgekehrt kann ein Entfallen der Heimtücke nach der negativen Typenkorrektur nur dann angenommen wer-

¹⁷ BGH NStZ 1995, 230.

¹⁸ BGH NStZ 1995, 230.

¹⁹ Köhler, JuS 1984, 762; Miehe, JuS 1996, 1000; Sinn, in SK-StGB, 9. Aufl. 2017, Band 3, § 211 Rn. 44.

²⁰ Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 26.

²¹ Momsen, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 211 Rn. 4.

²² Lange, in Schröder-GS, 1978, S. 217.

¹² BGHSt 9, 385.

¹³ BGHSt 30, 105.

¹⁴ BGHSt 30, 105.

¹⁵ BGHSt 30, 105.

¹⁶ BGHSt 37, 376.

den, wenn die Tat aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise nicht besonders verwerflich erscheint.²³ Somit wäre der Nachweis zu erbringen, dass A gerade kein Vertrauensverhältnis zu seinem Opfer hatte und daher auch kein Vertrauensbruch vorliegt. Dies wäre jedoch aufgrund des bestehenden Eheverhältnisses zwischen A und B gerade nicht nachweisbar, sodass A den Tatbestand des Heimtückemordes nach der negativen Typenkorrektur erfüllt hätte.

Die beiden Formen der Typenkorrektur, welche den Heimtückemord bereits auf Ebene des Tatbestands einschränken, sind von der Rechtsprechung bisher allerdings nicht anerkannt worden.²⁴ Auch ein Großteil der Literatur lehnt diese generalisierende Restriktion aufgrund der unterschiedlichen Prägung der einzelnen Mordmerkmale ab.²⁵

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. Das Urteil des LG wird aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Schwurgerichtskammer zurückverwiesen.

Der BGH stellt klar, dass die feindselige Willensrichtung bei einer ansonsten heimtückischen Tötung nur dann entfallen kann, wenn diese dem ausdrücklichen Willen des Getöteten entspricht oder mit dem mutmaßlichen Willen des zu einer autonomen Entscheidung nicht fähigen Opfers geschieht. Ansonsten hat grundsätzlich ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen.

Glaubt der Täter, durch die Tötung „zum Besten“ seines Opfers zu handeln, so hat er sich demnach bei diesem nach dessen ausdrücklichem Willen bezüglich eines etwai-

gen Sterbewunsches zu erkundigen. Unterlässt der Täter dies, obwohl das Opfer zum Zeitpunkt der Tat zu einer autonomen Entscheidung in der Lage ist, so handelt er in feindseliger Willensrichtung.

Die Beweggründe des Täters bei Begehung der Tat vermögen das Vorliegen einer heimtückischen Begehung auf Ebene des Tatbestands im Übrigen nicht einzuschränken. Ein Handeln des Täters zum mutmaßlich „Besten“ des Opfers könne die Strafe nach der Rechtsfolgenlösung des Großen Senats²⁶ allenfalls auf Seite der Rechtsfolge bei entsprechender Anwendung des § 49 Abs. 1 mindern.

Eine Einschränkung des Tatbestands ist nur in Ausnahmefällen denkbar. Ausnahmefälle können in Situationen vorliegen, in denen das Opfer zur autonomen Willensbildung selbst nicht in der Lage ist, wie etwa bei Todkranken. Zudem kann ein Ausnahmefall im Rahmen eines sogenannten erweiterten Suizids bestehen, der sich durch einen gemeinsamen Tatplan zur Selbsttötung kennzeichnet.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Prüfung des Mordmerkmals der Heimtücke ist, wie gezeigt, seit jeher mit Problemen verbunden. Bereits zuvor war die feindselige Willensrichtung Teil der Prüfung. Jedoch war dabei stets entscheidend, ob der Täter zum vermeintlich „Besten“ des Opfers handelte. Die vorliegende Entscheidung hat nun auch **Auswirkungen für die Prüfung der Heimtücke**. Um eine feindselige Willensrichtung zu verneinen, muss nun untersucht werden, ob die Tötung dem ausdrücklichen Willen des Opfers entspricht. Auf den mutmaßlichen Willen darf nur bei einem nicht zu einer autonomen Entscheidung fähigen Opfer abgestellt werden. Selbstverständlich bedarf es dieser umfangreichen Prüfung in der Klausur nur dann, wenn der Sachverhalt Anhaltspunkte für solche außergewöhnlichen Um-

²³ Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 20), § 211 Rn. 10; Sinn, in SK-StGB (Fn. 19), § 211 Rn. 8.

²⁴ Vgl. BGHSt 3, 330; 28, 210; 30, 105; 41, 358.

²⁵ Vgl. Momsen, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 211 Rn. 4; Neumann/Saliger, in NK-StGB (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 160; Schneider, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2016 ff., § 211 Rn. 38.

²⁶ BGHSt 30, 105.

stände bietet. Ein **Aufbau der Klausur** könnte dann folgendermaßen aussehen:

Im Rahmen des objektiven Tatbestandes ist zunächst die Tötung einer Person und sodann die Begehung der Tötung auf heimtückische Weise nach obiger Definition (s. unter 2.) zu prüfen. Bei der Prüfung zum Vorliegen der feindseligen Willensrichtung ist dann anhand des Sachverhalts darzulegen, ob der Täter das Opfer in der Intention getötet hat, zu seinem vermeintlich „Besten“ zu handeln. Ist dies der Fall, so ist erneut in enger Arbeit am Sachverhalt darzulegen, dass die Tötung mit dem Willen des Opfers geschehen ist. Auf Ebene des subjektiven Tatbestands muss der Täter mit Vorsatz in Bezug auf die Tötung des Opfers sowie mit Vorsatz in Bezug auf die heimtückische Begehungsweise, namentlich dem Bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, gehandelt haben. Hat das Opfer in die Tötung eingewilligt, so muss der Täter dies ebenfalls gewusst haben und seine Tötungshandlung aufgrund dieses Umstandes ausgeführt haben. Rechtlich problematisch ist dies jedoch im Hinblick auf die mangelnde Dispositionsbefugnis bezüglich des Rechtsguts „Leben“.

Für die Praxis ergibt sich aus dem Urteil die folgende systematische Vorgehensweise. Die feindliche Willensrichtung ist grundsätzlich indiziert, kann jedoch nachträglich entfallen. Da das Handeln zum vermeintlich „Besten“ des Opfers die feindselige Willensrichtung nicht mehr pauschal entfallen lässt, muss genauestens ergründet und festgestellt werden, ob das Opfer vom Täter befragt worden ist, ob es getötet werden soll.

5. Kritik

In seiner Entscheidung von 1956²⁷ hat der BGH zunächst einen guten Grundstein gelegt, an dem man sich orientieren konnte. Mit den Entscheidungen zur Heimtücke, die daraufhin folgten,²⁸ entstand mehr Verwirrung als Klar-

heit. Gerade weil eine vorsätzliche, heimtückische Tötung hinsichtlich des Schuldgrundsatzes sehr umstritten ist, bedarf es einer konsequenten Auslegung durch den BGH. Zielführend wäre es, wenn der BGH einheitliche Kriterien für die Heimtücke entwickeln würde. Betrachtet man die Entscheidung des LG aus dogmatischer Sicht, so ist diesem kein Vorwurf zu machen. Es hat die bisherige Entscheidungspraxis des BGH konsequent angewandt. Der 5. Strafsenat des BGH hält an der Entscheidung des Großen Senats²⁹, nicht weiter fest, sondern nimmt selbst eine nicht deckungsgleiche Auffassung bezüglich des Vorliegens besonderer Ausnahmefälle an. Dadurch findet, mehr als 60 Jahre nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen, eine Rechtsfortbildung statt. Was der Senat hierbei jedoch nicht in Betracht zieht ist, dass durch diese Neuerung, nach der der Täter vor der Tat den vermeintlichen Willen des Opfers zu ergründen hat, das Merkmal der feindseligen Willensrichtung ausgehöhlt wird. Denn liegt ein solcher Wille des Opfers vor, so mangelt es bei diesem bereits an der Arglosigkeit. Des Weiteren wird auch das Verhältnis von § 211 zur Tötung auf Verlangen gemäß § 216 offengelassen, da sich der BGH nicht bezüglich der Frage festlegt, ob das Vorliegen des Tatbestands des § 216 eine Sperrwirkung für § 211 entfaltet. Denn eine Einwilligung in die Tötung führt auch zur Verwirklichung des Tatbestands des § 216. Diese fordert der BGH nun, um das Mordmerkmal der Heimtücke entfallen zu lassen. Zudem ist zu hinterfragen, warum der BGH überhaupt eine Differenzierung auf Tatbestandsseite vornimmt, wenn er diese nach eigener Aussage nicht weiterführen, sondern eine Ergänzung auf der Rechtsfolgenseite vornehmen möchte. Schließt der BGH die Möglichkeit der Einschränkung des objektiven Tatbestands im Regelfall aus, so könnte er konsequenterweise auch auf das Merkmal der feindseligen Willensrichtung verzichten.

²⁷ BGHSt 9, 385.

²⁸ Vgl. u.a. BGHSt 30, 105.

²⁹ BGHSt 30, 105.

Es ist zudem aus mehreren Gründen kritisch zu sehen, im Rahmen der feindseligen Willensrichtung die aktive Ergründung des Willens des Opfers miteinzubeziehen. Bei Betrachtung des Wortlauts „Willensrichtung“ ergibt sich schon, dass es nur auf die subjektive Willensrichtung des Täters ankommen kann. Für eine Befragungspflicht, wie es der 5. Senat nun annimmt, bleibt dabei kein Raum. Eine vorherige Befragung würde auch das Vorliegen von Arglosigkeit in bestimmten Fallkonstellationen ausschließen. Es kommt dabei aber immer auf die Arglosigkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung an. Dies dürfte auch bei der grundsätzlichen Arglosigkeit von Schlafenden problematisch sein, die dann ihre Arglosigkeit nicht mehr mit in den Schlaf nehmen könnten. Zusammenfassend ist der Entscheidung des BGH somit in ihrer Gänze nicht beizupflichten. Wünschenswert wäre insofern die vielfach und seit langem begehrte Reformation des Mord-Paragrafen durch den Gesetzgeber.

(Daniel Kampf/Jonas Knoche)

1. Sachverhalt¹

A und B begeben sich nachts in die Anlieferzone eines Supermarktgeländes der Firma E, um dort nach Lebensmitteln in Abfallcontainern zu suchen. Dort finden sie verschlossene Container, welche zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitstehen. Die beiden entnehmen den Containern diverse Lebensmittel, die sie für noch essbar halten und verlassen daraufhin das Supermarktgelände. Das zuständige AG verurteilt A und B wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB². Sie legen Sprungrevisionen zum BayObLG ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik dieses Falles ist, ob ein sog. „Containern“ strafrechtlich als Diebstahl zu bewerten ist. Unter dem Begriff „Containern“ wird die Entnahme von weggeworfenen, noch genießbaren Lebensmitteln, in der Absicht diese zu verzehren, verstanden.³ Ein weiterer geläufiger Begriff ist u.a. „Mülltauchen“.⁴

In diesem Zusammenhang ist vor allem die Frage zu beantworten, ob das Eigentum auch dann (straf-)rechtlich geschützt wird, wenn sich der Eigentümer der Lebensmittel

März 2020
Container-Fall

Fremde Sache / Wertlose Sache / Dereliktion

§ 242 StGB

famos-Leitsätze:

1. Auch wertlose Sachen werden strafrechtlich vor einem Diebstahl geschützt, da das Eigentum nicht vom wirtschaftlichen Wert abhängt.
2. Solange der Eigentümer ein Interesse an der Verhinderung einer unkontrollierten Verbreitung der Sache hat, liegt keine Dereliktion vor.

BayObLG München, Beschluss vom 02.10.2019 – 206 StRR 1013/19; 206 StRR 1015/19 veröffentlicht in BeckRS 2019, 24051

entledigen will. Der Eigentumsschutz ist verfassungsrechtlich in Art. 14 Abs. 1 GG verankert. Art. 14 GG zielt darauf ab, das „Haben“ und „Gebrauchen“ eines konkreten Gegenstandes zu schützen⁵ und damit dem Eigentümer die Ausnutzung seiner Herrschafts-, Nutzungs- und Verfügungsrechte zu sichern.⁶ Die Eigentumsgarantie dient gerade dazu, die Freiheit jedweder Verfügung über das Eigentum zu bewahren.⁷ Darunter kann auch die Freiheit gefasst werden, sein Eigentum um der Zerstörung willen einem Dritten anzuvertrauen. Art. 14 GG wird zivilrechtlich insbesondere in § 903 BGB näher konkretisiert.⁸

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Duden, 27. Aufl. 2017, S. 318.

⁴ Malkus, Forum Recht 03/16, S. 113; Schiemann, KriPoZ 2019, 231.

⁵ Papier/Shirvani, in Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 88. Ergänzungslieferung 2019, Art. 14 Rn. 146.

⁶ Wendt, in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 42.

⁷ Axer, in BeckOK, GG, 42. Edition 01.12.2019, Art. 14 Rn. 1.

⁸ Brückner, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 11.

Danach darf der Eigentümer die Sache nach seinem Belieben nutzen, veräußern, vernichten und anderweitig damit verfahren.⁹ Diese Verfügung soll nach h.M. folglich sowohl dem verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen als auch strafrechtlichen Schutz unterfallen.

Dennoch stellt sich wie eingangs schon erwähnt die Frage, ob „Containern“ als Diebstahl zu bewerten ist. Denn auch wenn der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren darf, müssten vom Eigentümer geworfene Lebensmittel überhaupt (noch) **fremde Sachen** im Sinne des § 242 Abs. 1 sein. Fremd ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht (auch) im Eigentum einer anderen Person als der des Täters steht.¹⁰ Das Wegwerfen von Lebensmitteln lässt den Eindruck entstehen, dass diese für den Eigentümer wertlos sind. Zu klären ist zunächst, ob auch **wertlose Sachen** im fremden Eigentum stehen können. Nach der herrschenden Lehre werden auch wertlose Sachen geschützt, da das Strafrecht von einem formalen Eigentumsschutz ausgeht, bei dem es nicht auf den wirtschaftlichen Wert der Sache ankommt.¹¹ Das Merkmal der Fremdheit ist aber u.a. auch dann zu verneinen, wenn die Sache herrenlos ist. Herrenlos sind Sachen, die entweder von Natur aus in Niemandes Eigentum stehen oder wenn der Berechtigte den Besitz daran aufgibt und den Willen bekundet, endgültig auf sein Eigentum zu verzichten (sog. Dereliktion, § 959 BGB).¹² Für die Feststellung des Verzichtswillens kommt es primär auf den tatsächlichen subjektiven Willen des Eigentümers an, da es sich bei der Eigentumsverzichtsabsicht um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.¹³ Ein Indiz dafür ist die Aufgabe des (Eigen-)Besitzes, weil

dadurch der Verfügungswille des Eigentümers zum Ausdruck gebracht wird.¹⁴ Die weggeworfenen Lebensmittel standen im vorliegenden Fall ursprünglich im Eigentum der Firma E. Sie könnte durch die Aussonderung der Lebensmittel in die Müllcontainer diese derelinquiert haben.

Allerdings bedeutet nicht jede freiwillige Aufgabe des Besitzes eine Dereliktion.¹⁵ So liegt eine Eigentumsaufgabe nicht vor, solange der Eigentümer ein Interesse an der Verhinderung einer unkontrollierten Verbreitung der Sache hat¹⁶ oder der Eigentümer mit dieser einen bestimmten Zweck verfolgt.¹⁷ Dem entsprechend liegt auch nach der Rechtsprechung ein Verzichtswille nicht vor, wenn eine Person ihr Eigentum zugunsten einer anderen Person oder Organisation aufgeben will, da sie in diesem Fall jener Person das Eigentum übertragen will. Diese Auffassung vertrat auch das BayObLG in einer älteren Entscheidung in Bezug auf zur Abholung bereitgestelltes Sammelgut auf einem Gehsteig. Ein Eigentumsverzicht liege nicht vor, wenn das Bereitstellen von Sammelgut in einem erkennbar zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit einem Sammelauftrag steht. Der Eigentümer habe sein Eigentum gezielt nur an eine bestimmte Organisation übertragen wollen.¹⁸ In einem weiteren kürzlich vom AG Köln entschiedenen Fall ging es um entsorgte Skizzen eines bekannten Künstlers, die der Angeklagte aus dessen Mülltonne an sich genommen hatte. Die Skizzen befanden sich nach der Auffassung des Gerichts immer noch im Eigentum des Künstlers. Mit dem Herausstellen der Mülltonne habe er nur seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die Skizzen zu Entsorgungszwecken an einen entsprechenden Betrieb zu übereignen.¹⁹

⁹ Brückner, in MüKoBGB (Fn. 8), § 903 Rn. 23.

¹⁰ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 4.

¹¹ Schmitz, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 10.

¹² Kindhäuser, in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 22.

¹³ Oechsler, in MüKoBGB (Fn. 8), § 959 Rn. 3.

¹⁴ Kindl, in BeckOK, BGB, 52. Edition Stand 01.11.2019, § 959 Rn. 2.

¹⁵ Oechsler, in MüKoBGB (Fn. 8), § 959 Rn. 3.

¹⁶ Oechsler, in MüKoBGB (Fn. 8), § 959 Rn. 3.

¹⁷ Schermaier, in BeckOGK BGB, Stand 01.11.2019, § 959 Rn. 11.

¹⁸ BayObLGSt 1986.

¹⁹ AG Köln BeckRS 2019, 10368.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Revisionen haben im vorliegenden Fall keinen Erfolg. Das BayObLG bestätigt mit seiner Entscheidung das Urteil der Vorinstanz. In seiner Begründung führt es aus, dass die entwendeten Lebensmittel im Zeitpunkt der Wegnahme im Eigentum der Firma E standen. Ob weggeworfene Lebensmittel weiterhin im Eigentum der entsorgenden Person stehen, hänge allerdings von den Umständen des Einzelfalles ab. In dem konkret zu beurteilenden Fall seien die Lebensmittel zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen ausgesondert worden. In der Aussonderung selbst könne kein Eigentumsverzicht gesehen werden, da die Lebensmittel durch einen versperren Container auf dem Firmengelände vor Zugriffen Dritter geschützt werden sollten. So stellt das BayObLG insbesondere klar, dass die Firma E für die gesundheitliche Unbedenklichkeit der von ihr in Verkehr gebrachten Lebensmittel einzustehen habe. Die Aussonderung der nicht mehr als verkehrsfähig angesehenen Lebensmittel sei demnach lediglich zu deren ordnungsgemäßer Entsorgung durch ein von der Firma E beauftragtes Entsorgungsunternehmen erfolgt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Als erstes deutsches Obergericht entscheidet das BayObLG über die Strafbarkeit des Containers als Diebstahl.²⁰ Bis jetzt wurden solche Verfahren entweder von Anfang an eingestellt oder in zweiter Instanz wieder aufgehoben.²¹ Nun gibt es einen Beschluss einer Revisionsinstanz, der in der **Praxis** als Entscheidungsgrundlage für neue Verfahren dienen könnte.

Allerdings hat das BayObLG nur eine Entscheidung zur Strafbarkeit des Containers nach § 242 geliefert. Es bleibt zu berücksichtigen, dass in diesem Zusammenhang oft noch weitere Straftatbestände wie z.B. Sachbeschädigung oder Hausfriedensbruch mitverwirklicht werden. Einige der in Betracht kommenden Delikte setzen einen Strafantrag voraus. Wird ein solcher Antrag nicht gestellt, ist nur hinsichtlich der relativen Antragsdelikte,²² wie im vorliegenden Fall der §§ 242, 248a, oder reinen Antragsdelikte eine Strafverfolgung möglich.

§ 242 mit seinen Problemen gehört zum Kernbereich des Pflichtstoffs in der **juristischen Ausbildung**. Den Studierenden sollte bewusst sein, dass Probleme in Strafrechtsklausuren auch rechtsgebietsübergreifend sein können. Das hier thematisierte Problem der Fremdheit ist z.B. zivilrechtsakzessorisch. Demnach finden zivilrechtliche Regelungen über die Eigentumslage Anwendung und müssen inzident geprüft werden.²³ Zudem stellt häufig der Gewahrsamsbegriff ein Klausurproblem dar. So könnte zu erörtern sein, ob bei weggeworfenen Lebensmitteln überhaupt noch Gewahrsam bestehen kann.²⁴ Im vorliegenden Fall müsste z.B. berücksichtigt werden, dass die Müllcontainer verschlossen waren und sich auf dem Grundstück der Firma E befanden. Unter dem Prüfungspunkt des Vorsatzes könnten im Hinblick auf die Fremdheit der Sache ferner die strafrechtlichen Irrtümer von Bedeutung sein. Es handelt sich bei dem Merkmal der Fremdheit um ein normatives Tatbestandsmerkmal.²⁵ In Betracht könnte daher ein Tatbestandsirrtum nach § 16 kommen. Nach § 16 handelt der Täter ohne Vor-

²⁰ Jahn, JuS 2020, 85, 87.

²¹ Vgl. etwa LG Lüneburg, AZ. 29 NS 1106 JS 21744/10 (16/11); LG Aachen, AZ. 94 NS 15/13.

²² Mitsch, JA 2014, 1, 2 ff.

²³ Schmitz, in MüKoStGB (Fn. 11), § 242 Rn. 33; Bosch, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12.

²⁴ Vgl. zum Gewahrsam auch Cankaya/Fröhling, famos 01/2020.

²⁵ Zur Problematik der normativen Tatbestandsmerkmale siehe Schülke/Schuster, famos 01/2019.

satz, wenn er bei Begehung der Tat einen Umstand des gesetzlichen Tatbestands nicht kennt. Es handelt sich dabei jedoch um eine Frage, die je nach Einzelfall unterschiedlich entschieden werden muss. Die für den Vorsatz erforderliche Bedeutungskennntnis des Tatbestands des § 242 beurteilt sich nach der Parallelwertung in der Laiensphäre²⁶ und kann demnach je nach Einzelfall bejaht, aber auch abgelehnt werden. Auf der Ebene der Schuld könnte ein Verbotsirrtum gem. § 17 die Schuld ausschließen. Danach handelt der Täter schuldlos, wenn ihm bei der Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. § 17 führt jedoch nur dann zur Straflosigkeit, wenn der Irrtum nicht vermeidbar ist. Das Thema Containern und seine strafrechtliche Bewertung ist jedoch zurzeit ein großes Thema in der öffentlichen Diskussion, dem man sich kaum entziehen kann. Daher dürfte in einem Großteil der Fälle die Annahme, kein Unrecht zu tun, vermeidbar sein.

5. Kritik

In Wohlstandsgesellschaften, welche vom Massenkonsum geprägt sind, erfolgt auch ein rasanter Anstieg der Produktion von Müll. Deutschland gehört dabei zu den größten europäischen Müllproduzenten.²⁷ Nach Forschungsergebnissen der Universität Stuttgart werden pro Jahr in Deutschland rund 12,7 Millionen Tonnen Lebensmittel weggeworfen.²⁸ Dem Beschluss des BayObLG ist daher zwar **de lege lata** zuzustimmen, allerdings ist zu hinterfragen, ob das Containern in der heutigen Wegwerfgesellschaft wirklich noch als strafwürdig angesehen werden sollte. Es ist daher

fraglich, ob es noch verhältnismäßig ist, Eigentum strafrechtlich zu schützen, welches weggeworfen wird.

So hat das BVerfG entschieden, dass das Strafrecht nur als **ultima ratio** zum Schutz von Rechtsgütern heranzuziehen ist, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“²⁹ Zwar sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen,³⁰ das Strafrecht soll aber dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechend nur als letztes Mittel zum Einsatz kommen.³¹ Dementsprechend müsste Containern als ein in besonderer Weise sozialschädliches Verhalten empfunden werden. CDU/CSU und SPD haben sich in ihrem aktuellen Koalitionsvertrag³² verpflichtet, der Verschwendung von Lebensmitteln Einhalt zu gebieten und dem Ziel der Vereinten Nationen zu folgen, bis 2030 pro Kopf die Lebensmittelverschwendung zu halbieren.³³ Das Wegwerfen von Lebensmitteln könnte folglich selbst als ein sozialschädliches Verhalten empfunden werden, wohingegen das Containern vielmehr der Zielsetzung der Politik entspricht, der Lebensmittelverschwendung Einhalt zu gebieten. Es ist daher sehr fragwürdig, ob derartige Sachverhalte überhaupt strafwürdig sind. Des Weiteren ergibt sich aus Art. 14 Abs. 2 GG, dass der Gebrauch des Eigentums dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Eine Ansicht in der Literatur versteht darunter die Verpflichtung des Eigentümers, von Verfassung wegen zu ei-

²⁶ Roxin, Strafrecht AT Band I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 101.

²⁷ Piepenbrink, APuZ 68 (2018), 49–50, S. 3.

²⁸ Hafner „Neue Forschungsergebnisse der Universität Stuttgart zu Lebensmittelabfällen“ 31.05.19, unter: [https://www.uni-stuttgart.de/universitaet/aktuelles/pres-](https://www.uni-stuttgart.de/universitaet/aktuelles/pres-seinfo/Neue-Forschungsergebnisse-der-Universitaet-Stuttgart-zu-Lebensmittelabfaellen/)

[seinfo/Neue-Forschungsergebnisse-der-Universitaet-Stuttgart-zu-Lebensmittelabfaellen/](https://www.uni-stuttgart.de/universitaet/aktuelles/pres-seinfo/Neue-Forschungsergebnisse-der-Universitaet-Stuttgart-zu-Lebensmittelabfaellen/) (abgerufen am 02.02.2020).

²⁹ BVerfGE 120, 224, 240.

³⁰ BVerfGE 120, 224, 240.

³¹ Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, 979.

³² Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, 19. Legislaturperiode 2018.

³³ UN-Dok. A/RES/70/1 v. 25.9.2015.

ner sozialgerechten Nutzung seines Eigentums und zum Unterlassen sozialwidriger Eigentumsnutzungen beizutragen. Folglich ergeben sich aus Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbare Gebrauchs-, Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen.³⁴ Nach einer anderen Ansicht liegt es beim Gesetzgeber, den Umfang der Sozialpflichtigkeit festzulegen, vor allem vor dem Hintergrund des Vorbehalts des Gesetzes und der ausdrücklichen Verpflichtung des Gesetzgebers in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.³⁵ Der jetzige Umgang mit Lebensmitteln bzw. dessen Verschwendung geht zu Lasten der Umwelt und des Klimas und wirkt sich damit unmittelbar auf die Gesellschaft aus. Der Gesetzgeber ist demnach angehalten, in dieser Situation neue Pflichten an das Eigentum zu binden und neue Gesetze zur Erhaltung des Allgemeinwohls zu verabschieden. Schließlich ist die Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes zu hinterfragen. Ab einer Gruppe von drei Leuten³⁶ könnte der Tatbestand des § 244a des schweren Bandendiebstahls erfüllt sein, wenn zusätzlich der Tatbestand des § 243 Abs. 1 S. 2 oder § 244 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 vorliegt. Es handelt sich dann nicht mehr um ein Vergehen, sondern ein Verbrechen. Aber selbst in minder schweren Fällen wäre noch eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen. Es ist sehr fraglich, ob ein solcher Eingriff in die Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG noch von den Eingriffsmöglichkeiten des Staates gedeckt ist. Es erscheint unverhältnismäßig Containern mit

mehreren Personen mit einer so hohen Strafe zu bedrohen. **De lege ferenda** kommen verschiedene Lösungsmöglichkeiten in Betracht. Zum einen wäre eine prozessuale Lösung denkbar, nach der wenigstens Containerfälle, bei denen es sich nur um ein Vergehen handelt, nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt werden.³⁷ Ein Verfahren aus Opportunitätsgründen einzustellen, ist möglich, wenn entweder die Schuld gering ist oder andere Gründe gegen eine Anklage sprechen.³⁸ Mangels öffentlichen Interesses werden viele der Fälle aber auch gem. § 170 Abs. 2 StPO von den Staatsanwaltschaften eingestellt. Einem Antragsteller bleibt dann, zumindest bei geringen Straftaten, noch der Privatklageweg gem. §§ 374 ff. StPO, welcher allerdings sehr umständlich und mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.³⁹ Viele der gestellten Strafanträge bei Containern-Fällen werden immerhin aufgrund der medialen Aufmerksamkeit vom Antragsteller wieder zurückgezogen.⁴⁰ Eine weitere Strafverfolgung ist dann nur, wie oben bereits erwähnt, hinsichtlich der relativen Antragsdelikte möglich. Falls wie im Ausgangsfall ein öffentliches Interesse dennoch bejaht wird, sollten vergleichbare Containern-Fälle aber Paradebeispiele für Opportunitätseinstellungen nach §§ 153, 153a StPO darstellen. Verfahren könnten durch behördliche Weisungen der Länder einheitlich und liberal eingestellt werden.⁴¹ Eine solche Lösung würde dafür sorgen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte in der

³⁴ Wieland, in Dreier, GG, Art. 14 Rn. 107; *Papier/Shirvani*, in Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 14 Rn. 415.

³⁵ Axer, in BeckOK, GG, 42. Edition Stand 1.12.2019, Art. 14 Rn. 25; *Papier/Shirvani*, in Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 14 Rn. 416.

³⁶ BGHSt 46, 321 ff.

³⁷ Ein ähnlicher Vorschlag wurde von den Grünen in BT-Drs. 19/14358, S. 3, 5 vorgebracht.

³⁸ *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium StPO, 2. Aufl. 2017, S. 182.

³⁹ *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 38), S. 247.

⁴⁰ *Schiemann*, KriPoZ 2019, 235; *Nagel* „Hannover: Freispruch für Lebensmittel-Diebe“ 26.03.2019, unter: <https://www.neue-presse.de/Hannover/Meine-Stadt/Hannover-Freispruch-fuer-Lebensmittel-Diebe> (abgerufen am 23.02.2020); *Röhn* „Drei Monate Gefängnis für den Diebstahl von Müll?“ 19.02.2014, unter: <https://www.welt.de/vermischtes/article124973018/Drei-Monate-Gefangnis-fuer-den-Diebstahl-von-Muell.html> (abgerufen am 23.02.2020).

⁴¹ Vgl. auch Editorial, FD-StrafR 2019, 413941; *Schiemann*, KriPoZ 2019, 235.

Praxis nicht mehr so unterschiedlich mit diesen Fallkonstellationen umgehen können.

Weiterhin könnte die Problematik der Entkriminalisierung des Containers auf materiell-rechtlicher Ebene erreicht werden. Im Jahr 2017 wurde eine Petition eingereicht, wonach die Rettung genießbarer Lebensmittel und verwertbarer Sachen aus Mülltonnen/Sperrmüll nicht mehr strafbar sein soll. § 242 und § 959 BGB sollten demnach entsprechend geändert oder ergänzt werden.⁴² Am 19.02.2019 stellte die Fraktion Bündnis90/Die Grünen im niedersächsischen Landtag den Antrag, eine Bundesratsinitiative in die Wege zu leiten und einen Gesetzesentwurf vorzulegen.⁴³ Der Gesetzesentwurf sieht u.a. eine Änderung des § 242 vor. Demnach sollen zukünftig entsorgte Lebensmittel von der Strafverfolgung ausgenommen werden. Eine Entkriminalisierung könne dadurch erreicht werden, dass der in § 243 Abs. 2 angeführte Verweis auf die Geringwertigkeit einer Sache auch in den Grundtatbestand des § 242 mit aufgenommen wird. Die Fraktion Die Linke brachte am 15.04.2019 einen Antrag in den Bundestag ein, der ebenfalls fordert, das Containern von Lebensmitteln zu entkriminalisieren.⁴⁴ Dieser Antrag wurde anlässlich dieses Falles gestellt und beinhaltet, dass die Aneignung entsorgter Lebensmittel von der Strafverfolgung ausgenommen wird, indem z.B. solche Lebensmittelabfälle als herrenlose Sachen zu definieren wären.⁴⁵ Alle vorgestellten Initiativen beinhalten ungefähr dieselbe Strategie, nämlich das Containern unter § 242 straffrei werden zu lassen. Allerdings wird kein Bezug zu den weiteren mit dieser Handlung mitverwirklichten Straftatbeständen genommen. Zudem dienen die abstrakten Normen des StGB dazu, viele verschiedene Sachverhalte zu regeln. Würde man, wie in der Pe-

tition vorgeschlagen, § 242 um weitere Absätze erweitern, könnte dies auf unvorteilhafte **Einzelfalllösungen** hinauslaufen. Nachvollziehbarer wirkt dagegen die Vorgehensweise Frankreichs mit der Problematik. Dort gilt seit dem 11.02.2016 das Gesetz „Kampf gegen Lebensmittelverschwendung“.⁴⁶ Lebensmittelmärkte mit über 400 Quadratmetern Ladefläche müssen demnach Verträge mit gemeinnützigen Organisationen schließen sowie unverkaufte Lebensmittel verschenken. Auch in Deutschland wäre eine solche Methode durchaus denkbar. Das Containern komplett zu entkriminalisieren, wäre eine Idee, aber nicht die Lösung. Zu viele weitere Straftaten können indirekt mit begangen werden. Daher erscheint es sinnvoller, mit den Lösungsansätzen vor der eigentlichen Entsorgung zu beginnen. Ein Wegwerfverbot ähnlich wie in Frankreich scheint die nachhaltigere und sinnvollere Methode zu sein. Eine weitere Idee wäre es, die Angaben zum Mindesthaltbarkeitsdatum und der Verzehrbareit anzupassen. Die meisten Lebensmittel können auch nach Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums problemlos verzehrt werden. Viele Konsumenten verstehen darunter aber ein absolutes Verfallsdatum, weshalb häufig noch genießbare Lebensmittel sowohl von den Supermärkten als auch von den Konsumenten unnötig entsorgt werden. Letztendlich sollten wir uns bewusst machen, dass jährlich massenweise Lebensmittel produziert, verarbeitet, verpackt, transportiert und gelagert werden, um anschließend in der Mülltonne zu landen. Ein **Umdenken** und eine Sensibilisierung müssen somit bei uns allen stattfinden. Die beiden Verurteilten haben mittlerweile Verfassungsbeschwerde eingereicht. Es bleibt also spannend, wie das BVerfG über den Ausgangsfall entscheiden wird.

(Nora Matthiesen/Timna Stein)

⁴² Siehe Petition 74584 S. 1 (Einreichdatum 02.11.2017).

⁴³ Niedersächsischer Landtag Drs. 18/2896 S. 1.

⁴⁴ BT-Drs. 19/9345, S. 1.

⁴⁵ BT-Drs. 19/9345, S. 2.

⁴⁶ Französisches Gesetz „relative a la lutte contre la gaspillage alimentaire“, unter: <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032036289> (abgerufen am 02.02.2020).

1. Sachverhalt¹

A begeht seit Januar 2017 einige Straftaten, mithilfe derer er sich einen luxuriösen Lebensstil leistet. Dafür verübt A Trickbetrugereien, bei denen er entweder den Kaufgegenstand nicht liefert oder nicht bezahlt. Dabei täuscht er in Vertragsverhandlungen andere Identitäten vor und nutzt hierfür neben Fotokopien auch digitale Lichtbilder echter Personalausweise, die er seinen Vertragspartnern zuschickt. Zudem nutzt er in zwei Fällen zum einen die Fotokopie und zum anderen die Bilddatei ausländischer Identitätskarten. Das LG verurteilt A hierfür u.a. wegen Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 StGB². Der 5. Strafsenat des BGH möchte die Revision verwerfen, da er den Schuldspruch nicht für rechtsfehlerhaft hält. Aufgrund dessen entgegenstehender Rechtsprechung wendet sich der 5. Strafsenat mit einem Anfragebeschluss an den 4. Strafsenat, der bislang das „Gebrauchen“ eines Ausweises bei Fotokopien abgelehnt hatte.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kernfrage des Falles betrifft die Grenzen der Begriffsauslegung des „Gebrauchens“ i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1.

April 2020

Identitätsvorgaukler-Fall

Gebrauchen / echtes Ausweisdokument / Identitätstäuschung

§ 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 2 StGB

famos-Leitsätze:

1. Der Begriff „Gebrauchen“ gem. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB ist kongruent zu § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB auszulegen.
2. Das Vorlegen einer Fotokopie oder einer elektronischen Lichtbilddatei eines echten Ausweises zur Täuschung im Rechtsverkehr fällt unter das „Gebrauchen“ i.S.d. § 281 StGB.

BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2019 – 4 Ars 14/19; u.a. veröffentlicht in NStZ-RR 2020, 106.

§ 281 pönalisiert das Täuschen mit **echten Ausweisdokumenten**. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ist der echte Ausweis einer anderen Person vom Täter zu gebrauchen, um falsche Vorstellungen beim Opfer auszulösen.³ Die Tathandlung muss also auf die Täuschung über die eigene Identität im Rechtsverkehr abzielen.⁴ Problematisch ist hier, dass A anstelle der Urschrift nur eine Kopie des echten Ausweises verwendet. Fraglich ist daher, wie in einem solchen Fall der Begriff „Gebrauchen“ ausgelegt wird.

Um § 281 in seiner Gesamtheit verstehen zu können, ist zunächst auf die Verbindung zu § 267 Abs. 1 Var. 3 einzugehen. Die

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Erb, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2019, § 281 Rn. 1.

⁴ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Aufl. 2020, § 38 Rn. 7.

Konnexität beider Normen ergibt sich aus demselben Standort im 23. Abschnitt des Strafgesetzbuches zur Urkundenfälschung und der Verwendung des identischen Wortlauts „Gebrauchen“.⁵

Gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 macht man sich dann strafbar, wenn man „eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht“. Hierfür muss das in Frage stehende Dokument zur Wahrnehmung eines anderen zur Verfügung gestellt werden, um dem Täuschungsadressaten anhand der perpetuierende Beweisfunktion die Echtheit des Falsifikats vorzuspielen.⁶

Aufgrund der Ähnlichkeit beider Tatbestände beziehen sich die Meinungen zum Begriff „Gebrauchen“ i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 in unterschiedlicher Art und Weise auf die Auslegungen dieses Begriffes in § 267 Abs. 1 Var. 3. Im Zuge des § 267 Abs. 1 Var. 3 ist umstritten, ob bereits die Verwendung einer Fotokopie ausreicht oder ob eine unmittelbare sinnliche Wahrnehmung der Urkunde selbst, d.h. eine Art und Weise der Nachprüfung, die nur eine Urschrift gewährleistet, erforderlich ist.⁷

Nach der ständigen Rspr. zu § 267 ist ein **mittelbares Gebrauchen** mit dem Vorlegen einer Kopie, wenn sie auch als derartige erkannt werden soll⁸, im Rechtsverkehr ausreichend.⁹ Eine Fotokopie habe zwar keine Urkundenqualität, vermittele aber durch sinnliche Wahrnehmung beim Opfer die Gestalt der Urschrift.¹⁰

Die **Gegenmeinung** erachtet den Fall des „Gebrauchens“ einer erkennbaren Fotokopie nicht als strafbar i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3.¹¹ Obwohl eine Kopie äußerlich Ähnlichkeiten mit einer Urschrift aufweise, könne diese unrichtige Vorstellungen hervorrufen, ein Original dagegen nicht.¹² Es sei nicht vertretbar, die Verwendung einer einfachen Fotokopie zu bestrafen, andere Schaffungsprozesse mit einem ähnlichen Täuschungseffekt dagegen nicht.¹³ Denn für eine straflose Herstellung des Tatobjekts müsse der Täter beispielsweise nur eine Kopie einer Collage oder eine Kopie einer veränderten Kopie erstellen.¹⁴ Damit führe die i.S.d. Rspr. vorgenommene Subsumtion des „Gebrauchens“ einer Fotokopie unter die Tat handlung zu einer zufälligen abweichenden Bewertung äquivalenter Fallkonstellationen. Aus diesem Grunde sei es nicht vertretbar, die einfache Fotokopie unter § 267 zu fassen.¹⁵

Eine **vermittelnde Ansicht** teilt im Ergebnis die Meinung der ständigen Rspr., lehnt aber die Lehre vom mittelbaren Gebrauch mit der Begründung der Gegenmeinung ab.¹⁶ Allerdings führt sie weiter aus, dass die mit der Urkunde gesicherten Informationen zu schützen sei. Demnach sei jede automatische Abbildung als Urschrift einzustufen, da hierbei von einer Kopie unmittelbar Gebrauch gemacht werde. Eine Gleichstellung für Kopie und Original wird also vertreten, diese gelte i.S.d. § 267 aber nicht für Ausweisdokumente.¹⁷ Da im § 281 Ausweisdokumente im Vordergrund

⁵ BGH NJW 1964, 2427, 2428; BeckRS 2019, 19516, Rn. 21.

⁶ Heger, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 1, 23.

⁷ Dazu ausführlich Marxen/Kossak/Wedemeyer, famos 08/2004.

⁸ Weidemann, in BeckOK, StGB, 46. Edition, Stand: 01.05.2020, § 267 Rn. 29.

⁹ RGSt 69, 228, 230; BGH NJW 1954, 608; NJW 1965, 642, 643; NJW 1978, 2042, 2043; NJW 2016, 884, 886, Rn. 37.

¹⁰ Vgl. auch RGSt 69, 228, 231; BGH NJW 2016, 884, 886, Rn. 36; OLG Düsseldorf BeckRS 1999, 7932, Rn. 27.

¹¹ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 267 Rn. 23; Erb, in MüKo (Fn. 3) § 267 Rn. 198; Zieschang, in LK, StGB, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 217.

¹² Erb, in MüKo (Fn. 3) § 267 Rn. 199.

¹³ BGH NSTZ 2003, 543, 544.

¹⁴ Heine/Schuster, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 42a; Puppe/Schumann, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 95.

¹⁵ Erb, in MüKo (Fn. 3), § 267 Rn. 200; Heine/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 267 Rn. 42c.

¹⁶ Puppe/Schumann, in NK (Fn. 14), § 267 Rn. 95.

¹⁷ Puppe/Schumann, in NK (Fn. 14), § 267 Rn. 25, 95f.

stehen, greift laut dieser Ansicht die eben genannte Ausnahmeregelung für diese, sodass die Verwendung einer Fotokopie für den Tatbestand des § 281 nicht genüge.¹⁸

Bezogen auf § 281 entfalten die Ansichten zu § 267 insoweit Bedeutung, als dass sie entweder zwischen beiden Normen differenzieren oder eine Übertragung der Begriffsauslegung vertreten.

Hierbei wird in der Rspr.¹⁹ und der Literatur²⁰ die Ansicht vertreten, dass der Begriff „Gebrauchen“ in § 281 nicht identisch mit der ständigen Rspr. zu § 267 Abs. 1 Var. 3 zu interpretieren sei.

Nach dieser hier sogenannten **differenzierenden engen Ansicht** lässt sich die Fotokopie nicht unter den Tatbestand des § 281 fassen.²¹ Denn für den Gebrauch eines Ausweisdokuments i.S.d. Abs. 1 oder einer vergleichbaren Urkunde i.S.d. Abs. 2 müssen jene nach dieser Meinung zur unmittelbaren Wahrnehmung zur Verfügung gestellt werden. Ein Täter, der eine unbeglaubigte Fotokopie verwende, erfülle somit nicht den Tatbestand des § 281. So seien Surrogate nicht in der Lage, das Gleiche offenzulegen wie ein entsprechendes Original, weshalb keine automatische Tatbestandsausdehnung erfolgen dürfe.

Eine Urkunde biete eine bestimmte Gewissheit an ihrer Echtheit und Glaubhaftigkeit, was durch eine Fotokopie nicht erlangt werden könne. Bei der Fotokopie einer Urkunde könne der Täter beispielsweise durch Teilverdeckungen oder Hinzufügungen das Opfer gezielt täuschen.²² Eine verlässliche Identifikation müsse durch das Ausweispapier gegeben sein, was eine Fotokopie jedoch nicht zulasse.²³ Die Möglichkeit einer

täuschungsfreien sinnlichen Wahrnehmung des Opfers werde ihm damit genommen, denn diese bestehe ausschließlich bei der Urschrift.²⁴ Folglich sei der Begriff „Gebrauchen“ des § 281 nicht i.S.d. weiten Auslegung zu § 267 Abs. 1 Var. 3 zu interpretieren.

Im Gegensatz hierzu vertreten die zwei weiteren Ansichten beide einen mit § 267 **identischen Begriff**, also eine parallele Auslegung des „Gebrauchens“ in § 281 und § 267, wobei sie – wie bei § 267 – zu unterschiedlichen rechtlichen Wertungen kommen.

Einerseits lehnt die hier sogenannte **deckungsgleiche enge Ansicht**, wie auch die vorherige Meinung, den mittelbaren Gebrauch einer Fotokopie ab.²⁵ Sie bezieht sich auf die oben genannte Gegenansicht zu § 267, auf deren Begründung sie i.R.d. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 verweist.²⁶ Demnach falle auch hier eine Fotokopie nicht unter dessen Tatbestand.

Andererseits vertritt eine weitere Ansicht auch die Übertragung der Auslegung des „Gebrauchens“ i.S.d. § 267 auf § 281, jedoch in die entgegengesetzte Richtung, also mit der Bejahung des mittelbaren Gebrauchs. So steht die hier sogenannte **deckungsgleiche weite Ansicht** der ständigen Rspr. des BGH zu § 267 für eine kongruente Auslegung beider Tatbestände. Nach der Ansicht des 5. Strafsenats im Anfragebeschluss²⁷ mit der Zustimmung von Teilen der Literatur²⁸ dürfe für den Begriff des „Gebrauchens“ zwischen § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und § 267 Abs. 1 Var. 3 keine Unterscheidung vorgenommen werden. So sei die vorausgesetzte sinnliche Wahrnehmung des zu Täuschenden schon allein dann erfüllt, wenn nicht die Urschrift, sondern eine Fotokopie oder ein Lichtbild einer existierenden

¹⁸ Puppe/Schumann, in NK (Fn. 14), § 281 Rn. 7.

¹⁹ BGH NJW 1964, 2427.

²⁰ Hecker, GA 1997, 525, 528, 535.

²¹ Hier und im Folgenden BGH NJW 1964, 2427, 2428; Hecker, GA 1997, 525, 528, 534.

²² BGH NJW 1964, 2427, 2428.

²³ Hecker, GA 1997, 525, 536.

²⁴ BGH NJW 1964, 2427, 2428.

²⁵ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 281 Rn. 3;

Zieschang, in LK (Fn. 11), § 281 Rn. 9.

²⁶ Erb, in MüKo (Fn. 3), § 281 Rn. 8; Heine/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 14), § 281 Rn. 5.

²⁷ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 14.

²⁸ Weidemann, in BeckOK (Fn. 8), § 281 Rn. 6.2; zustimmend wohl Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 281 Rn. 3 mit Verweisung auf § 267 Rn. 36.

Urkunde vorliege. Beispielweise muss der Täter, dem zu Täuschenden nur eine abgebildete Urkunde zur persönlichen Beurteilung zur Verfügung stellen, um das Tatbestandsmerkmal „Gebrauchen“ zu erfüllen. Dafür spreche, dass der Wortlaut „Gebrauchen“ alle Formen der Tathandlung beschreibe. Die Vorlage einer Abbildung der Urschrift sei also auch vom allgemeinen Sprachgebrauch gedeckt.²⁹ Des Weiteren fungiere die Norm als Schutz für den Rechtsverkehr vor einem Täuschen mit einer anderen Identität. So solle die erhebliche Beweiskraft, die eine echte Urkunde dem Rechtsverkehr verleihe, nicht durch die Tathandlung ausgenutzt werden. Der Empfänger hingegen dürfe dem Identitätsnachweis vertrauen, auch dann, wenn dieser eine Fotokopie oder ein Lichtbild erhalte.³⁰ Dies werde auch aus der modernen Kommunikation, unter anderem mit Behörden, ersichtlich, indem im elektronischen Verkehr überwiegend digitale Kopien oder Bilder der Urschriften verwendet würden.³¹ Zudem werde dies auch von der Rechtsprechung des RG unterstützt, welches die Übergabe zur sinnlichen Wahrnehmung an „den jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik“³² geknüpft habe. Das berechnete Vertrauen des Empfängers habe der Gesetzgeber neuerdings anerkannt, indem er gemäß dem Interesse des digitalen Rechtsverkehrs die elektronische Übermittlung von Pässen und Ausweisen gem. § 18 Abs. 3 PassG und § 20 Abs. 2 PAuswG erlaubt habe. So ergebe sich die Gewährleistung der Echtheitsmerkmale auch mithilfe von Kopien.³³ Außerdem bestätige die Gesetzessystematik die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gebrauchen“. Da derselbe Begriff in zwei Normen im selben Abschnitt gleichlaufend genutzt wird, solle er auch gleichermaßen ausgelegt werden.³⁴ Der historische Wille des Gesetzgebers vervollständige dies. § 281

habe den Übertretungstatbestand des § 363 Abs. 2 a.F. mit dem identischen Begriff des „Gebrauchens“ abgelöst.³⁵ Dabei hat der Gesetzgeber auf das damalige Verständnis des RG und von Teilen der Literatur verwiesen.³⁶ So teile er die Meinung, dass nicht nur die Vorlage einer Urschrift von § 281 umfasst sei.³⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Mit seinem Beschluss vom 04.12.2019 stimmt der 4. Strafsenat der Anfrage entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung zu.

Hierbei lehnt er allerdings einen Teil der Argumente des 5. Strafsenats ab. So wird die Ausführung, dass die Passwesensreform eine der Grundlagen sei, den Begriff des „Gebrauchens“ in § 267 Abs. 1 Var. 3 und § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 kongruent auszulegen, vom 4. Senat nicht anerkannt. Die in § 18 Abs. 3 PassG und § 20 Abs. 2 PAuswG neu eingeführte Erlaubnis der Kopie von Pässen und Personalausweisen, die dennoch ausdrücklich als Kopie kenntlich gemacht werden müsse, zielen allein auf das Erfordernis der digitalen Nutzung im Rechtsverkehr ab. Dies dürfe aber nicht darauf schließen lassen, dass die Kopie generell an die Stelle des Originaldokumentes treten könne. Trotz dieser neuen Normen bleibe die Notwendigkeit der Urschrift zum Identitätsnachweis in den Fällen bestehen, in denen der Identität der Person eine starke Gewichtung zukomme, beispielsweise vor einem Notar oder im Hinblick auf das Geldwäschegesetz. Des Weiteren überzeuge der Bezug zu PassG und PAuswG aus dem Grunde nicht, dass hiervon allein deutsche Pässe und Personalausweise umfasst seien, obwohl unter den Begriff der Ausweispapiere auch – wie im hiesigen Fall – ausländische Identitätsdokumente fallen.

²⁹ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 19.

³⁰ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 24.

³¹ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 25.

³² RGSt 69, 228, 230.

³³ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 26.

³⁴ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 21.

³⁵ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 22.

³⁶ BGH NJW 1965, 642, 643.

³⁷ BGH BeckRS 2019, 19516, Rn. 22.

Die sonstigen Ausführungen des anfragenden Strafsenats werden vom 4. Strafsenat jedoch akzeptiert, sodass der Begriff des „Gebrauchens“ gem. § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 nunmehr gleichermaßen wie in § 267 Abs. 1 Var. 3 auszulegen sei. Damit stellt der 4. Strafsenat seine bisherige Rechtsprechung mit der nachfolgenden Begründung ein.

Dass die ständige Rechtsprechung des BGH den Gebrauch einer Urkundenkopie unter den Tatbestand des § 267 fallen lasse, sei auf die neuen Herausforderungen des technischen Zeitalters und damit entstehende Strafbarkeitslücken zurückzuführen. Eine andere Begriffsauslegung sei nicht mehr hinnehmbar.

Weiter wird angeführt, dass der Begriff „Gebrauchen“ auch mit Bezug auf § 281 Abs. 2 ausgelegt werden müsse. Dieser umfasse auch andere Dokumente, die gleich einem Ausweis gebraucht würden. Im Rechtsverkehr sei häufig der Umgang sowohl mit beglaubigten als auch mit unbeglaubigten Kopien der Normalfall, wie beispielsweise bei Geburtsurkunden oder Zeugnissen. Daher sei es vertretbar, bei solchen Dokumenten den Gebrauch einer Kopie für die Erfüllung des Tatbestandes genügen zu lassen. Verwende man also bei § 281 Abs. 1 und Abs. 2 eine deckungsgleiche Begriffsauslegung, so müsse dies erst recht auch im Hinblick auf § 267 Abs. 1 Var. 3 erfolgen.

Schließlich erörtert der 4. Strafsenat, dass Wertungswidersprüche bei einer unterschiedlichen Begriffsauslegung der § 267 und § 281 entstünden. So sei ein Täter, der eine Ausweiskopie zur Täuschung verwende, gem. § 281 straflos, der Gebrauch der Kopie einer unechten Urkunde nach § 267 aber sogar mit einer höheren Strafandrohung zu bestrafen. In beiden Fällen habe sich das Opfer aber auf dasselbe Tatobjekt verlassen, weshalb ein derart differenzierter Vertrauensschutz nicht vertretbar sei.

Letztlich führt der 4. Strafsenat aus, dass auch mit Blick auf die Historie keine unterschiedliche Auslegung Fuß fassen könne.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wie schon ersichtlich, ergibt sich mit dem in dieser Anmerkung erörterten Beschluss eine neue Rechtsprechungslinie des BGH. Diese Änderung, dass unter das Tatbestandsmerkmal „Gebrauchen“ nicht nur i.R.d. § 267 eine Fotokopie fällt, sondern auch bei § 281 eine Kopie genügt, eröffnet einen ganz neuen Anwendungsbereich. Denn vorher war das Benutzen einer Kopie eines Ausweisdokumentes oder Vergleichbarem nach Ansicht der Rechtsprechung nicht unter Strafe gestellt. Indem der 4. Strafsenat mit der Meinung des 5. Strafsenats übereinstimmt, ist eine Vorlage an den großen Senat nicht erforderlich.

Auch stellt sich der 4. Strafsenat mit diesem Beschluss gegen die herrschende Lehre. So fallen erste Reaktionen aus dem Schrifttum zum Anfragebeschluss des 5. Strafsenats, der die Rechtsprechungsänderung andeutet, kritisch aus.³⁸ Allerdings hat ein Teil des Schrifttums die Ansicht des BGH auch übernommen.³⁹ Deswegen kann vermutet werden, dass sich in Zukunft weitere Stimmen zu dem Problem äußern werden und dieses dadurch an Relevanz für Klausurbearbeitungen gewinnen könnte. U.a. deswegen ist es ratsam, diesen Meinungsstreit weiterhin im Auge zu behalten.

Im Zuge dessen ist zu beachten, dass trotz der Parallele in der Auslegung die Exklusivität der Tatbestände weiterhin bestehen bleibt. In einer Tathandlung können unter keinen Umständen beide Delikte verwirklicht werden, da sie unterschiedliche Anforderungen bezüglich des Tatobjekts haben. § 281 verlangt ein echtes bzw. unverfälschtes (Ausweis-)Dokument, § 267 hingegen eine unechte oder verfälschte Urkunde. Vom Schutzzweck der Norm sind also wiederum mögliche Opfer vor einer Täuschung im Bereich des

³⁸ Dehme-Niemann, HRRS 2019, 405.

³⁹ Weidemann, in BeckOK (Fn. 8), § 281 Rn. 6.2.

Identitätsbeweises geschützt. Somit erweitert § 281 den strafbaren Bereich der Handlungen bezüglich echter Urkunden.⁴⁰

5. Kritik

Dem Beschluss des 4. Strafsenats ist im Ergebnis zuzustimmen, wobei die Begründung teilweise in Frage gestellt werden kann.

Erfreulich ist, dass die neue Rechtsprechung die Probleme der modernen Kommunikation ins Auge fasst. Damit stellt sich der BGH der Verlagerung des Rechtsverkehrs in eine digitalisierte Welt. Die dadurch aufgekommenen Strafbarkeitslücken werden für § 281 mit der Aufnahme einer Fotokopie in den Tatbestand geschlossen.

Allerdings fasst der 4. Strafsenat die Änderung des § 18 Abs. 3 PassG und des § 20 Abs. 2 PAuswG nicht als Argument für das Gebrauchen einer Fotokopie auf. Diesbezüglich zitiert er den Gesetzgeber, dass „das öffentliche Interesse an dem Personalausweis als einem verlässlichen, hoheitlichen Identifizierungsdokument zu wahren“⁴¹ und dieses „jederzeit als Kopie erkennbar“⁴² sei. Daraus schließt er, dass für den Gesetzgeber die Kopie das Original nicht ersetzen könne.

Dieser Kritik am Anfragebeschluss ist nicht zuzustimmen. Die zugrunde gelegten Beispiele des 4. Strafsenats reflektieren nur einen geringen Teil des Rechtsverkehrs. Denn die meisten in Frage stehenden Fälle bei der Verwendung einer Kopie betreffen weder Geschäfte vor dem Notar noch den Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes, sondern beispielsweise Verträge, die digital geschlossen werden. Da im Großteil alltäglicher Situationen eine Kopie ausreichend ist, hat der Gesetzgeber nur auf die neuen digitalen Rahmenbedingungen reagiert. Die Bezugnahme auf das PassG und PAuswG verletzt kein Interesse an der Wahrung der Verlässlichkeit des Originalausweises, sondern es wird lediglich das Vertrauen des

Vertragspartners auch in eine Fotokopie geschützt. Somit kann eine gesetzgeberische Tendenz dahingehend erkannt werden, dass mit der Änderung des PassG und PAuswG die schützenswerte Bedeutung einer Kopie eines Ausweises für den Rechtsverkehr erkannt wird.

Des Weiteren kann gegensätzlich zur neuen Rechtsprechung beider Senate eine deckungsgleiche weite Auslegung zwischen § 267 Abs. 1 Var. 3 und § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 nicht mit dem gleichen Wortlaut begründet werden. Der Verweis beider Senate auf den allgemeinen Sprachgebrauch des Begriffs vereinfacht zwar die Auslegung, verkennt jedoch die Komplexität eines strafrechtlichen Tatbestands. Denn ein Gesetzesbegriff könne eine unterschiedliche Bedeutung erlangen, je nach dem in welchem Kontext er verwendet werde.⁴³ Allerdings berichtigt der BGH diese Ungenauigkeit, indem er richtigerweise über die Gesetzessystematik § 281 Abs. 2 miteinbezieht. So werden in Abs. 2 vergleichbare Dokumente geschützt, die wie in § 267 Abs. 1 Var. 3 niedrigeren Maßstäben unterliegen. Daher führe die übereinstimmende Auslegung innerhalb des § 281 auch zu der identischen Begriffsauslegung i.R.d. § 267 Abs. 1 Var. 3.

Mit Blick auf § 267 gilt auch, dass unabhängig von dem Meinungsstreit allein die Konstellation der einfachen Fotokopie für § 281 maßgeblich ist. So ist es vernachlässigbar, ob der Täter eine Kopie verfälscht, da dies nur im Hinblick auf § 273 relevant werden kann. Dieser stellt ein Pendant zu § 267 i.R.d. § 281 dar.

Der Beschluss des 4. Strafsenats verdeutlicht außerdem die Dringlichkeit, dass der Gesetzgeber tätig werden sollte, um dem digitalen Rechtsverkehr in höherem Maße Rechnung zu tragen.

(Sarah Eisert / Philo K. Holland, IV)

⁴⁰ Erb, in MüKo (Fn. 3), § 281 Rn. 1.

⁴¹ BT-Drs. 18/11279, S. 27.

⁴² BT-Drs. 18/11279, S. 27.

⁴³ Dehme-Niemann, HRRS 2019, 405, 407f.

1. Sachverhalt¹

A ist unheilbar an Krebs erkrankt. Sobald seine Schmerzen unerträglich werden, möchte er aus dem Leben scheiden. Dabei will er das Angebot der Sterbehilfe des „Suizidhilfe B e.V.“ in Anspruch nehmen. Über Jahre hinweg hatte B schwerkranke Menschen bei ihrem freiverantwortlichen Suizid unterstützt. Aufgrund der Einführung des in § 217 StGB² normierten Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung im Jahre 2015 hat B seine Arbeit jedoch weitgehend eingestellt. A und B sehen sich durch das Verbot in ihren Grundrechten verletzt. Ebenso die Internistin C. Sie befürchtet, sich im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit mit schwerkranken Menschen bei der palliativmedizinischen Behandlung gem. § 217 strafbar zu machen. A, B und C erheben Verfassungsbeschwerde zum BVerfG.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

In diesem Fall geht es um die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des strafbewehrten Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung.

§ 217 wurde durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung³ eingeführt. Die Vorschrift geht

Mai 2020

Suizidhilfe-Fall

Allgemeines Persönlichkeitsrecht / Recht auf selbstbestimmtes Sterben / Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 217 StGB

famos-Leitsätze:

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben. Aus diesem Recht resultiert auch die Freiheit, die Suizidhilfe Dritter in Anspruch zu nehmen.
2. § 217 StGB macht es den Sterbewilligen faktisch unmöglich, die Suizidhilfe Dritter in Anspruch zu nehmen und ist daher verfassungswidrig.

BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 ua; veröffentlicht in NJW 2020, 905.

auf den sog. Entwurf *Brand/Griese*⁴ zurück, der sich gegen drei andere Gesetzesentwürfe⁵ durchsetzte. Ziel des Gesetzgebers war es, „die Entwicklung der Beihilfe zum Suizid (assistierter Suizid) zu einem Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung zu verhindern.“⁶ Der „gesellschaftlichen Normalisierung“ und dem „Gewöhnungseffekt an solche organisierten Formen des assistierten Suizids“ müsse entgegengewirkt werden.⁷

§ 217 Abs. 1 in seiner bisherigen Fassung bedroht daher denjenigen mit Strafe, der „in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu

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

² Normen ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

³ BGBl. I 2015, S. 2177.

⁴ BT-Drs. 18/5373.

⁵ BT-Drs. 18/5374 (Vorschlag zur zivilrechtlichen Lösung); BT-Drs. 18/5375 (Vorschlag zur Straffreiheit der Suizidbeihilfe); BT-Drs. 18/5376 (Vorschlag zum ausnahmslosen Verbot der Suizidbeihilfe).

⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 2.

⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 3.

fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt“. Als Tathandlung muss der Täter einer anderen Person die Gelegenheit zur Selbsttötung gewähren (d.h. selbst zur Verfügung stellen), verschaffen (also äußere Umstände herbeiführen) oder vermitteln (den Kontakt zwischen dem Sterbewilligen und einem Dritten herstellen, der die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft).⁸ Mit den drei Tathandlungen werden auch Handlungen im zeitlichen Vorfeld des Suizids erfasst. Eine tatsächliche Selbsttötung ist nicht erforderlich. Insofern handelt es sich bei § 217 um ein **abs traktes Gefährdungsdelikt**.⁹ Zentrales Tatbestandsmerkmal ist die Geschäftsmäßigkeit. Geschäftsmäßig i.S.d. § 217 Abs. 1 handelt, „wer die Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit der Selbsttötung zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Tätigkeit macht, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht“.¹⁰

Die Strafvorschrift, gegen die schon während des Gesetzgebungsverfahrens eine Vielzahl von Strafrechtswissenschaftlern protestierte,¹¹ stößt auf erhebliche **verfassungsrechtliche Bedenken**.¹² Da sich das Verbot in erster Linie an die Suizidhelfer richtet, werden dabei vorrangig deren Grundrechte geprüft.¹³

Die Kritiker führen an, dass § 217 in Gestalt einer Berufsausübungsschranke¹⁴ in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) derjenigen

eingreife, die anlässlich ihrer regulären Berufsausübung Suizidhilfe leisten (z.B. Ärzte). Dieser Eingriff sei jedoch verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, da eine „Kriminalisierung organisierter Freitodhilfe“ unverhältnismäßig sei.¹⁵ § 217 werde der „Problematik des ärztlich assistierten Suizids“ nicht gerecht. Vielmehr werde der Arzt behandelt „wie jeder Laie“.¹⁶ Auch liege ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der regelmäßig tätig werdenden Sterbehelfer vor, wenn sie aus echter Gewissensnot Suizidhilfe leisten.¹⁷ Subsidiär greife das Verbot auch unverhältnismäßig in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Sterbehelfer ein.¹⁸

Darüber hinaus seien – wenn auch nur mittelbar (str.)¹⁹ – die Grundrechte des Suizidwilligen betroffen. Die Literatur leitet aus dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) (a.A. allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG)²⁰ her, dass auch die freie Entscheidung über das eigene Sterben grundrechtlichen Schutz genieße.²¹ Dieses Grundrecht schütze auch die Inanspruchnahme der Hilfe Dritter.²² Ganz in diesem Sinne entschied auch der EGMR, dessen Entscheidungen bei der Grundrechtsauslegung grundsätzlich berücksichtigt werden müssen,²³ indem er ein derartiges Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK herleitete.²⁴ Da § 217 den Sterbewilligen mittelbar jede Möglichkeit

⁸ Gaede, JuS 2016, 385, 388.

⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 14, 16; Duttge, NJW 2016, 120, 122; Grünwald, JZ 2016, 938, 940.

¹⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

¹¹ Hilgendorf/Rosenau, medstra 2015, 129.

¹² Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 217 Rn. 8.

¹³ Brunhöber, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 217 Rn. 25.

¹⁴ Vgl. zur Schrankensystematik des Art. 12 GG: BVerfGE 7, 377.

¹⁵ Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 104, S. 215.

¹⁶ Berghäuser, ZStW 2016, 741, 784; Roxin, NStZ 2016, 185, 189 f.

¹⁷ Hilgendorf, JZ 2014, 545, 551.

¹⁸ Saliger (Fn. 15), S. 90.

¹⁹ Lindner, NJW 2013, 136, 137; Rosenau/Sorge, NK 2013, 108, 112; unmittelbaren Eingriff bejahend: Gaede, JuS 2016, 385, 386.

²⁰ Dreier, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Hilgendorf, JZ 2014, 545, 550.

²¹ Gaede, JuS 2016, 385, 386; Linder, NJW 2013, 136; Roxin, NStZ 2016, 185, 186.

²² Bethge, in Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 41, 44; Hufen, NJW 2018, 1524, 1525; Lindner, JZ 2006, 373, 377.

²³ BVerfGE 111, 307, 317 f.; 149, 293, 328.

²⁴ EGMR NJW 2011, 3773; EGMR NJW 2013, 2953.

nehme, ihrem Leben selbstbestimmt ein Ende zu setzen, greife die Regelung unverhältnismäßig in den Kernbereich personaler Selbstbestimmung ein.²⁵

Zuletzt wird ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG angenommen. Besonders für Palliativmediziner sei die unklare Abgrenzung zwischen straffreier und strafbarer Behandlung untragbar,²⁶ da der Täterkreis zu sehr von den Gesetzmaterien abweiche.²⁷ Ärzte könnten sich so bei einer wiederholten Sterbehilfe gem. § 217 strafbar machen, da dieser durch die Formulierung „geschäftsmäßig“ eine Straflosigkeit von Ärzten bei der Suizidhilfe nicht ausreichend abgrenze.²⁸

Neben diesen verfassungsrechtlichen Kritikpunkten werden auch **strafrechtsdogmatische Einwände** in Bezug auf die Teilnehmerstrafbarkeit erhoben.

So wird moniert, § 217 verstoße gegen das Akzessorietätsprinzip aus § 27 Abs. 1.²⁹ Danach ist eine Beihilfe nur strafbar, wenn Hilfe zu einer rechtswidrigen Tat geleistet wird. Die Selbsttötung ist, wenn der freiverantwortlich handelnde Suizident die Tatherrschaft über den unmittelbar lebensbeendenden Akt innehat, jedoch mangels Tatbestandsmäßigkeit nicht strafbar.³⁰ Insofern ist auch die Teilnahme an der Selbsttötung straflos, da es an einer rechtswidrigen Haupttat fehlt.³¹ § 217 erhebe nun eine grundsätzlich straflose Beihilfe zum Suizid durch das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit zur eigenständigen Haupttat.³² Eine grundsätzlich straflose Beihilfe zum

Suizid, die geschäftsmäßig erfolgt, werde jedoch nicht dadurch zu Unrecht.³³

Dem wird allerdings entgegengehalten, dass der Gesetzgeber gerade nicht gegen das Akzessorietätsprinzip verstoße, wenn er einen Straftatbestand erlässt, in dem er eine materielle Beihilfehandlung zur Täterschaft aufwertet.³⁴ Als Beispiel dient der Hehlereitattbestand (§ 259 Abs. 1) in der Absatzvariante.

Zudem wird vorgebracht, dass die Strafnorm im Widerspruch zu § 30 stehe. Dieser stellt die versuchte Anstiftung unter Strafe. Da § 30 auf bestimmte Vorbereitungshandlungen beschränkt ist, ist die versuchte Beihilfe insgesamt straffrei.³⁵ § 217 sei tatbestandlich so weit gefasst, dass er vorbereitende Handlungen pönalisiert, ohne dass es tatsächlich zu einem Suizid oder einem Suizidversuch gekommen sein muss.³⁶ Im Ergebnis werde durch § 217 auch die versuchte Beihilfe bestraft.³⁷ Es sei wertungsmäßig nicht begründbar, dass die versuchte Beihilfe zu einem Mord straflos sei, während die erfolglose Suizidhilfe strafbar ist.³⁸

Während sich die überwiegende Ansicht in der Literatur gegen die Strafvorschrift aussprach, finden sich auch **Befürworter**, die § 217 die Verfassungsmäßigkeit attestieren.³⁹ Diese führen an, dass die Autonomie der Sterbewilligen durch subtilen Druck der Angehörigen oder kommerzieller Sterbehelfer, die die Betroffenen durch ihre Profitorientierung in Richtung eines assistierten Suizids leiten,

²⁵ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 217 Rn. 3a.

²⁶ Fischer (Fn. 25), § 217 Rn. 7.

²⁷ Riemer, BRJ 2016, 96, 104.

²⁸ BT-Drs. 18/5373.

²⁹ Gaede, JuS 2016, 385, 387.

³⁰ Bechtel, JuS 2016, 882, 883; Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. 2020, § 8 Rn. 1.

³¹ Neumann, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 47.

³² Duttge, ZfL 2012, 51; Rosenau/Sorge, NK 2013, 108, 111 („im Grundsatz systemwidrig“).

³³ Vgl. Hoven, ZIS 2016, 1, 6.

³⁴ Grünewald, JZ 2016, 938, 942; Mittermaier, GA 1861, 433, 435.

³⁵ Rengier, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2019, § 47 Rn. 2; Timpe, JA 2012, 430.

³⁶ Grünewald, JZ 2016, 938, 942.

³⁷ Siehe bereits oben zu Fn. 9.

³⁸ Saliger, in NK (Fn. 31), § 217 Rn. 6.

³⁹ Augsberg, Stellungnahme, S. 9 ff., S. 13, unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/387794/be6c9a1868288e677d060abf10172315/augsberg-data.pdf> (abgerufen am 01.06.2020); Kubiciel, ZIS 2016, 396, 402 f.

gefährdet werde.⁴⁰ Demnach sähen sich ältere und kranke Menschen vielfach dem Erwartungsdruck ausgesetzt, Sterbehilfeangebote wahrzunehmen. § 217 sei keine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts, sondern diene gerade dem Schutz des Einzelnen vor der Umsetzung eines nicht hinreichend durchdachten Suizids.⁴¹ Durch § 217 werde der Gesetzgeber somit seiner Schutzpflicht, das Leben zu bewahren und zu schützen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG),⁴² gerecht.⁴³ Die Befürworter führen in diesem Zusammenhang auch das sog. „Dammbbruch“-Argument⁴⁴ an. Demnach verhindere § 217 einen starken Anstieg der Selbsttötungen und das Entstehen einer „Suizidkultur“.⁴⁵

Einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit kommerzieller Sterbehelfer lehnen die Befürworter mit der Argumentation ab, dass nach der Rspr. „schlechthin gemeinschaftsschädliche Betätigungen“⁴⁶ nicht vom Schutzbereich umfasst sind. Da die Beihilfe zum Suizid eine gemeinschaftsschädliche Handlung sei und gegen das verfassungsrechtliche Tötungsverbot (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) verstoße, seien profitorientierte Sterbehelfer nicht vom Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst.⁴⁷ Sie genossen deshalb keinen verfassungsrechtlichen Schutz.⁴⁸

Da zudem die auf Leidenslinderung und nicht auf Lebensverkürzung ausgerichtete Tätigkeit nicht unter den Tatbestand des § 217 falle, seien die Befürchtungen von Palliativmedizinern unbegründet.⁴⁹ Eine wortlautnahe Auslegung der Norm, die sich auf kommerzielle Sterbehelfer beschränke, sei daher verfassungsrechtlich unbedenklich.⁵⁰

Einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, weil das Tatbestandsmerkmal „geschäftsmäßig“ zu vage sei, lehnen die Befürworter mit der Begründung ab, dass das Merkmal ein gängiger Begriff in der deutschen Rechtsordnung sei und ausführlich im Gesetzesentwurf definiert wurde.⁵¹

Eine **dritte Position**⁵² in der Literatur teilt indes die Annahme der grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift. Da das BVerfG⁵³ einen bereits im Dezember 2015 eingelegten Eilantrag auf Außervollzugsetzung der Strafnorm ablehnte, rechnet diese Ansicht jedoch nicht damit, dass das BVerfG die Strafvorschrift für verfassungswidrig erklären wird. Begründet wird dies mit der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative und dem Umstand, dass die Strafnorm aus einer intensiven demokratischen Debatte herrühre.

3. Kernaussagen der Entscheidung

In dem mit Spannung erwarteten Urteil hat das BVerfG nun die Verfassungswidrigkeit des § 217 festgestellt.

Der Wille des Gesetzgebers, die persönliche Selbstbestimmung zu schützen, werde durch § 217 konterkariert. Sterbewillige würden dazu gezwungen, auf risikoreiche Alternativen auszuweichen. Sie könnten ihren Entschluss zu einem selbstbestimmten Lebensende nicht durchführen. Dieser Entschluss sei eine Grundfrage menschlichen Daseins, eine höchstpersönliche und individuelle Entscheidung. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasse deshalb nicht nur die Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen, sondern auch die Entscheidung, das eigene Leben

⁴⁰ *Rissing-van Saan*, in LK, StGB, 12. Aufl. 2019, § 217 Rn. 10.

⁴¹ *Kubiciel*, ZIS 2016, 396, 398.

⁴² BVerfGE 46, 164; 77, 214; 88, 254; 92, 46.

⁴³ *Augsberg/Szczerbak*, in Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen, 2017, S. 736.

⁴⁴ Dazu *Saliger*, JRE 2007, 633, 642.

⁴⁵ *Müller-Piepenkötter*, ZfL 2008, 66, 73.

⁴⁶ BVerwGE 22, 286, 289.

⁴⁷ VG Hamburg ZfL 2009, 48.

⁴⁸ *Lorenz*, MedR 2010, 823, 827; *Rissing-van Saan*, in LK (Fn. 40), § 217 Rn. 6.

⁴⁹ *Rissing-van Saan*, in LK (Fn. 40), § 217 Rn. 6.

⁵⁰ *Brunhöber*, in MüKo (Fn. 13), § 217 Rn. 26.

⁵¹ *Eser/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder (Fn. 12), § 217 Rn. 8.

⁵² *Gaede*, JuS 2016, 385, 387; *Oglakcioglu*, in BeckOK, StGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2020, § 217 Rn. 14.

⁵³ BVerfG NJW 2016, 558.

eigenhändig zu beenden. Hierbei könne auch die Hilfe von Dritten gesucht und in Anspruch genommen werden. Durch § 217 werde diese Freiheit unverhältnismäßig eingeschränkt.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des A und sein daraus resultierendes **Recht auf selbstbestimmtes Sterben** würden durch die Strafvorschrift faktisch „außer Kraft gesetzt“.

Die Internistin C werde durch § 217 allerdings nicht in ihrer Gewissensfreiheit verletzt. Die Gewissensfreiheit umfasse ausschließlich solche Entscheidungen, die der Betroffene für absolut bindend halte. Die Tathandlungen des § 217 seien davon jedoch nicht erfasst.

Eine Verletzung der Berufsfreiheit der C sei indessen gegeben. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasse auch Suizidhilfe im Rahmen beruflicher Tätigkeiten. Dies könne zumindest nicht einfachgesetzlich durch § 217 ausgeschlossen werden. Außerhalb des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG lägen nur solche Handlungen, die sozial- oder gemeinschaftsschädlich seien. Eine geschäftsmäßige Suizidhilfe sei damit jedoch nicht gemeint.

B werde durch § 217 in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt. Nachdem der Einzelne das Recht habe, mit der Unterstützung Dritter Suizid zu begehen, müsse den Suizidhelfern auch die Unterstützung dabei rechtlich ermöglicht werden, um eine Entleerung des Rechts auf Suizid zu verhindern. Für die Ausübung des Grundrechts des einen, müsse das Tun des anderen rechtlich gewährleistet sein.

Eine verfassungskonforme Auslegung der Strafvorschrift sei deshalb nicht möglich. § 217 ist somit verfassungswidrig.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die zentrale Botschaft des Urteils für Studierende ist, dass eine Strafbarkeit nach § 217

derzeit nicht in Betracht kommt. Die Strafvorschrift ist verfassungswidrig und mit dem Urteil des BVerfG für nichtig erklärt worden. Solange der Gesetzgeber nicht tätig wird, gilt die Rechtslage vor Einführung des § 217.⁵⁴ Diese stellt sich wie folgt dar:

(1) Der Suizid ist, da die §§ 211–216, 222 die Tötung eines anderen Menschen voraussetzen, straflos.⁵⁵

(2) Die Teilnahme, die eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat i.S.d. §§ 11 Abs. 1 Nr. 5, 26, 27 voraussetzt, an einem Suizid ist ebenfalls straflos,⁵⁶ selbst, wenn diese geschäftsmäßig erfolgt.

(3) Entscheidendes Kriterium ist und bleibt dabei, dass der freiverantwortlich handelnde Suizident die Tatherrschaft über den unmittelbar lebensbeendenden Akt (z.B. Spritzen des Giftes) innehat.

(4) Zu beachten ist zudem, dass sich nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH⁵⁷ der Teilnehmer auch nicht wegen eines Unterlassens strafbar macht, wenn der freiverantwortlich handelnde Suizident die Tatherrschaft (z.B. aufgrund von Bewusstlosigkeit) verliert. Ein Eingreifen würde sich über den mutmaßlichen Willen des Sterbewilligen hinwegsetzen, sodass keine Pflicht des Gehilfen besteht, bei einer Handlungsunfähigkeit des Suizidenten Rettungsmaßnahmen zu ergreifen.⁵⁸

5. Kritik

Durch die Entscheidung wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Hinblick auf die freie Entscheidung über einen selbstbestimmten Tod gestärkt. Aus Sicht eines möglichst weitreichenden Schutzes personaler Selbstbestimmung ist die Entscheidung daher begrüßenswert. Erfreulich ist zudem, dass das in der Literatur anerkannte Recht auf selbstbestimmte Lebensbeendigung nun auch in einem Obiter Dictum Bestätigung erfahren hat. Positiv hervorzuheben ist außerdem, dass

⁵⁴ Vgl. Linder, ZRP 2020, 66.

⁵⁵ RGSt 70, 315; BGHSt 2, 152; 32, 262, 371.

⁵⁶ BGHSt 24, 342; 32, 367, 371; 46, 279.

⁵⁷ BGH NJW 2019, 3089.

⁵⁸ Lesenswert Leibold/Prosiegel, famos 11/2018.

durch das Urteil Rechtssicherheit für Palliativmediziner und deren Patienten geschaffen wird.⁵⁹

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass der Adressat des Urteils in erster Linie der Gesetzgeber ist. Wie das BVerfG in seiner Entscheidung feststellte, folgt aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 nicht, „dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat.“⁶⁰ Ganz im Gegenteil: Dieser hat die Pflicht, das Leben zu schützen. Aus dieser Schutzpflicht ergibt sich nach Ansicht der Autoren sogar die grundsätzliche Verpflichtung des parlamentarischen Gesetzgebers, die Rahmenbedingungen der Suizidhilfe zu regulieren, um Sterbewillige vor einem übereilten und nicht hinreichend durchdachten Selbsttötungsentschluss zu schützen. Die hinter dem Gesetz stehenden Motive⁶¹ waren daher grundsätzlich unterstützenswert, jedoch scheiterte es – wie das Urteil zeigt – an der Umsetzung.

Das BVerfG stellte in seinem Urteil fest, dass dem Gesetzgeber bei einer möglichen Neuregelung „ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen“ steht.⁶² Entscheidend ist dabei, dass er das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf selbstbestimmtes Sterben ausreichend berücksichtigt. Eine **mögliche Regelungsoption** wäre eine Lösung über § 216 (Tötung auf Verlangen). So wird u.a. vorgeschlagen, § 216 um einen dritten Absatz zu ergänzen, der die Straffreiheit eines Arztes normiert, wenn er „einen anderen auf dessen ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen, das von seinem Amtsarzt einen Monat vor Durchführung der tödlichen Handlung als frei verantwortlich bewertet wurde, tötet“.⁶³

Denkbar wäre aber auch – wie es schon das BVerfG andeutete – ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Eine mögliche

Neuregelung des § 217 könnte demnach wie folgt aussehen: § 217-Entwurf

(1) ¹Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig ohne Erlaubnis die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. ²Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des Sterbewilligen ist oder diesem nahesteht.

(2) ¹Die Erlaubnis durch die zuständige Behörde darf nur demjenigen erteilt werden, der einen ausreichenden Schutz personaler Selbstbestimmung gewährleisten kann und auch aus sonstigen Gründen nicht unzuverlässig ist. ²Treten nachträglich Tatsachen ein, die dem widersprechen, ist die Erlaubnis unverzüglich zu widerrufen. ³Vor der Selbsttötung, die nur unter Anwesenheit eines Arztes vorgenommen werden darf, bedarf es einer Beratung nach Abs. 4.

(3) ¹Ärzte sind nicht nach Abs. 1 strafbar, wenn ein weiterer in der Palliativmedizin erfahrener Arzt, der an der bisherigen Behandlung des Patienten nicht beteiligt war, zur eigenständigen Anamnese und darauffolgender Konsultation hinzugezogen wurde. ²Vor der Selbsttötung, die unter Anwesenheit des in S. 1 genannten vorgenommen werden muss, bedarf es einer Beratung nach Abs. 4.

(4) ¹Die Beratung der Sterbewilligen dient dem Ziel, das Leben zu schützen. ²Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, den Sterbewilligen zur Fortsetzung seines Lebens zu ermuntern und ihm mögliche Behandlungsoptionen aufzuzeigen. ³Die Beratung hat durch einen staatlich anerkannten Psychiater zu erfolgen, der bescheinigt, dass das Tötungsverlangen ernstlich und ausdrücklich ist.

(Paul Freundorfer/Johannes M. Steinker)

⁵⁹ Zur Reaktion in der Ärzteschaft: *Richter-Kuhlmann*, Deutsches Ärzteblatt 2020, 476.

⁶⁰ BVerfG NJW 2020, 905, 920.

⁶¹ Siehe oben zu Fn. 6 f.

⁶² BVerfG NJW 2020, 905, 921.

⁶³ Vgl. *Coenen*, KriPoZ 2020, 67, 75; zu weiteren Vorschlägen siehe *Berghäuser u.a.*, MedR 2020, 207, 210 f.; *Lindner*, ZRP 2020, 66, 69; *Roxin*, NSTz 2016, 185, 191.

1. Sachverhalt¹

A gelangt in den Besitz der Girocard des B bei der C-Bank, welcher seine Geldbörse zuvor verloren hat. Diese möchte A sogleich für seinen bevorstehenden Einkauf im Supermarkt D nutzen. Im Laden angekommen tätigt A einen Einkauf in Höhe von 24,95 Euro, indem er an der Kasse die Girocard zur Bezahlung auf das Kartenlesegerät legt. Da der Einkauf einen Warenwert unter 25 Euro aufweist, ist die Eingabe einer PIN nicht erforderlich. Der technisch versierte A nutzt hierbei diese Überprüfungs-lücke beim Bezahlvorgang bewusst aus. Mit den Waren verlässt A das Geschäft.

Das AG verurteilt A wegen Computerbetruges gem. §§ 263a Abs. 1, 2 StGB². In der Berufungsinstanz wird A vom LG stattdessen wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 verurteilt. A legt Revision zum OLG ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Technische Neuerungen, wie das kontaktlose Bezahlen ohne PIN-Eingabe, gewinnen zunehmend an Bedeutung und bereiten Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung. Bei der Verwendung einer Girocard durch einen Nichtberechtigten kommen aus strafrechtlicher Sicht eine Reihe an Normen in Betracht. Zu denken ist hier insbesondere

Juni 2020

NFC-Fall

Täuschungsäquivalenz / Unbefugt / (Quasi) Sachgedankliches Mitbewusstsein

§§ 263 Abs. 1, 263a Abs. 1 Var. 3, 269 Abs. 1, 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

famos-Leitsätze:

1. Beahlt ein Nichtberechtigter mit einer Girocard ohne PIN-Eingabe, stellt dies keine konkludente Erklärung über eine berechtigte Karteninhaberschaft dar, weshalb weder ein täuschungsbedingter Irrtum noch eine unbefugte Datenverwendung vorliegt.
2. Die Überschreibung der Logdateien verwirklicht vielmehr eine Urkundenunterdrückung.

OLG Hamm, Beschluss vom 7. April 2020 – 4 RVs 12/20; veröffentlicht in BeckRS 2020, 9059.

an die §§ 263, 263a sowie an die §§ 269, 270, 274.

Eine Kartenzahlung mittels Girocard (früher: ec-Karte) erfolgt zumeist im Point of Sale-Verfahren (POS).³ Dieses kann zum einen durch Einführen der Girocard in ein Kartenlesegerät, verbunden mit einer PIN-Eingabe, abgewickelt werden.⁴ Zum anderen kann es, wie hier, mittels Near Field Communication (NFC) erfolgen, bei der ein bloßes in die Nähe Halten des in der Girocard verbauten NFC-Chips an ein Kartenlesegerät genügt. Bei beiden Verfahren werden Daten an den

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Casper, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, Bd. 6, § 675f Rn. 128 f.; Hopt, in Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, (7) Bankgeschäfte Rn. F/2.

⁴ Werner, in Hoeren/Sieber/Holznagel, MultimediaR-Hdb, 50. EL Oktober 2019, Teil 13.5 Rn. 2 f.

Computer des kartenausgebenden Bankinstituts übermittelt.⁵ Diese auf dem Chip der Girocard gespeicherten Transaktionsdaten umfassen einerseits Logdateien (z.B. Informationen über die letzten Zahlungsvorgänge) sowie andererseits personenbezogenen Daten (z.B. die Kartennummer).⁶ Nach der Datenübermittlung überprüft der Bankcomputer u.a., ob die PIN korrekt eingegeben wurde bzw. ob die Voraussetzungen für deren Verzicht vorliegen.⁷ Dieser freiwillige PIN-Verzicht der kartenausgebenden Bank im NFC-Verfahren ist nur bei Zahlungen unter 50 Euro⁸ möglich.⁹

Zunächst kommt i.R.d. Vermögensdelikte eine Strafbarkeit des A wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 zu Lasten des D bzw. der C-Bank in Betracht. Erforderlich wäre dafür eine Täuschungshandlung, durch die ein Irrtum, d.h. eine Fehlvorstellung über Tatsachen, hervorgerufen wird.¹⁰ Fraglich erscheint bereits das Vorliegen einer Täuschungshandlung. Man könnte hier auf eine Täuschung gegenüber dem Kassenspersonal bei D und dabei darauf abstellen, dass A durch das Nutzen der Karte konkludent erklärt habe, dass er hierzu berechtigt sei.¹¹ Nimmt man dies an, so muss

diese Erklärung zu einem Irrtum beim Kassenspersonal geführt haben. Hinsichtlich des Irrtums ist eine aktive Reflexion des Aussagegehalts der Täuschung nicht erforderlich. Es reicht ein **sachgedankliches Mitbewusstsein**, sprich ein ständiges Begleitwissen. Insbesondere bei konkludenten Täuschungen sieht der Adressat das Vorliegen bestimmter Umstände als selbstverständlich gegeben an.¹² Aus der zwischen C und D bestehenden Zahlungsgarantie könnte sich ergeben, dass es mangels eines Zahlungsrisikos für D keine Rolle spiele, ob A zur Zahlung mit der Girocard berechtigt war.¹³ Es könnte genügen, dass D die wahre Sachlage unbekannt sei.¹⁴ Ein sachgedankliches Mitbewusstsein wäre hiernach abzulehnen. Allerdings kann die Zahlungsgarantie im Ausnahmefall, z.B. unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs bei kollusivem Zusammenwirken, entfallen.¹⁵ Hieraus könnte zu folgern sein, dass sich D Gedanken über die Berechtigung des Kartenbesitzers mache.¹⁶ Ein sachgedankliches Mitbewusstsein würde vorliegen.

Darüber hinaus kommt ein Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 zu Lasten der C bzw. des B in Betracht.¹⁷ Da nach der h.M. Daten einer Originalkarte nie unrichtig sein können, scheidet Var. 2 aus.¹⁸ Die Eingabe der Kartendaten in das Lesegerät stellt eine Datenverwendung dar.¹⁹ Fraglich ist, ob diese auch unbefugt erfolgt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist umstritten,²⁰ wobei die h.L. und

⁵ *Haertlein*, in MüKoHGB, 4. Aufl. 2019, Bd. 6, E. Bankkartenverfahren Rn. 238; *Koch*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb, 5. Aufl. 2017, § 68 Rn. 3 f.

⁶ ULD SH, LT-Drs. SH 18/555, S. 78.

⁷ *Zahrte*, in Bunte/Zahrte, AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen, 5. Aufl. 2019, 4. Teil II. Bedingungen für die Sparkassen-Card (Debitkarte) Rn. 28, 33b f.

⁸ Die Deutsche Kreditwirtschaft gab in ihrer Pressemitteilung vom 15.04.2020 bekannt, dass die Wertgrenze für einen PIN-Verzicht nun von 25 auf 50 Euro gestiegen ist.

⁹ *Zahrte*, in Bunte/Zahrte, AGB-Banken (Fn. 7), 4. Teil II. Bedingungen für die Sparkassen-Card (Debitkarte) Rn. 9a, 22, 33b f.

¹⁰ *Hefendehl*, in MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, Bd. 5, § 263 Rn. 249.

¹¹ *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 135; *Perron*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 14 ff.

¹² *Hefendehl*, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263 Rn. 252.

¹³ Vgl. *Lenk*, JuS 2020, 407, 410.

¹⁴ Vgl. *Kindhäuser*, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 188.

¹⁵ *Sprau*, in Palandt, 79. Aufl. 2020, § 675f Rn. 60, 57.

¹⁶ Vgl. *Kindhäuser*, in NK (Fn. 11), § 263 Rn. 188.

¹⁷ *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 263a Rn. 22.

¹⁸ *Heger*, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 10; *Rossa*, CR 1997, 219, 222.

¹⁹ *Mühlbauer*, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263a Rn. 75; *Rossa*, CR 1997, 219, 221 f.

²⁰ Vgl. dazu ausführlich *Tacke/Wolf*, famos 08/2015, S. 1 ff.

die st.Rspr. einer betrugsspezifischen Auslegung folgen.²¹ Danach ist eine Datenverwendung unbefugt, wenn diese gegenüber einer natürlichen Person eine Täuschungshandlung darstellen würde.²² Allerdings ist innerhalb dieser Ansicht umstritten, ob die fiktive natürliche Person denselben Prüfungsmaßstab anzulegen hat wie das Computerprogramm.²³ Nach einer Ansicht, die auf eine **Täuschungsäquivalenz** abstellt, ist derselbe Prüfungsumfang maßgeblich, welcher für den Computer entscheidend ist. Andernfalls bestehe die Gefahr einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Strafbarkeitsausdehnung.²⁴ Vorliegend wäre bei der Überprüfung der Daten durch den Bankcomputer darauf abzustellen, ob ein fiktiver Schalterangestellter, der dieselben Kriterien wie der Computer prüft, getäuscht würde.²⁵ Mangels PIN-Eingabe wäre die Berechtigung zur Kartennutzung nicht vom Prüfungsumfang umfasst, weshalb folglich keine Täuschungshandlung vorliegen würde.

Nach einer anderen Ansicht ist auf eine **Irrtumsäquivalenz** und somit auf eine natürliche Person mit erweiterten Prüfpflichten abzustellen, da ansonsten erneut Strafbarkeitslücken eröffnet würden, welche durch § 263a geschlossen werden sollten.²⁶ Demzufolge würde im POS-Verfahren mit PIN-Eingabe ein fiktiver Bankangestellter durch die Vorlage von Karte und PIN über eine berechtigte Karteninhaberschaft getäuscht.²⁷ Im NFC-Verfahren wird zwar keine PIN einge-

geben, allerdings könnte im Rahmen eines quasi sachgedanklichen Mitbewusstseins des Computers angenommen werden, dass in dem Benutzen der Karte eine konkludente Täuschung über die Berechtigung liegt.²⁸ Hier wäre zu überlegen, wie der freiwillige Verzicht der C auf eine PIN-Eingabe in Bezug auf das erweiterte Prüfprogramm einzuordnen ist und ob daraus ein Verzicht auf eine Identitätsprüfung herzuleiten ist.

Daneben könnten auch Urkundendelikte verwirklicht sein. Insbesondere könnte sich A wegen der Fälschung beweisheblicher Daten gem. den §§ 269 Abs. 1, 270 strafbar gemacht haben. Um beweishebliche Daten handelt es sich, wenn die Daten nach ihrem Informationsgehalt Gedankenerklärungen sind, die abgesehen von ihrer visuellen Wahrnehmbarkeit sämtliche Urkundenmerkmale erfüllen.²⁹ Als in Betracht kommende Daten könnte man zunächst auf die personenbezogenen Transaktionsdaten (z.B. Kontonummer und Gültigkeitsdatum der Girocard) abstellen. Diese werden bei jedem Bezahlvorgang als eigenständige Gedankenerklärung in das Autorisierungssystem eingelesen. Problematisch erscheint allein, ob die **Garantiefunktion** gewahrt wird, wenn eine PIN-Eingabe ausbleibt. Kennlich zu machen ist, wer hinter dem Datenbestand steht und auf wen dieser beweisrechtlich zurückgeführt werden kann.³⁰ Im vorliegenden Fall könnte dies der Karteninhaber B sein. Problematisch ist, dass bei einem Bezahlvorgang ohne PIN-Eingabe weder der berechtigte noch der unberechtigte Kartennutzer identifiziert wird. Es könnte, anders als bei einem Bezahlvorgang mit PIN-Eingabe, gerade keine vergleichbare Identifikation des Anweisenden stattfinden.³¹ Ohne erkennbaren Aussteller wäre die Ga-

²¹ BGH NJW 2002, 905, 906; Fischer (Fn. 17), § 263a Rn. 11.

²² BGH NJW 2002, 905, 906; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 263a Rn. 9.

²³ Rengier, Strafrecht BT I, 22. Aufl. 2020, § 14 Rn. 22.

²⁴ BGH NJW 2002, 905, 906; Rengier (Fn. 23), § 14 Rn. 45.

²⁵ BGH NJW 2002, 905, 906; Kindhäuser, in NK (Fn. 11), § 263a Rn. 25 f.

²⁶ Lenk, JuS 2020, 407, 409; Perron, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 263a Rn. 13, 9 f.

²⁷ Mühlbauer, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263a Rn. 54 ff.

²⁸ Fischer (Fn. 17), § 263a Rn. 11.

²⁹ Fischer (Fn. 17), § 269 Rn. 5; Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 18), § 269 Rn. 4.

³⁰ Heine/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 269 Rn. 11.

³¹ Vgl. Koch, in Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 5), § 68 Rn. 19.

rantiefunktion nicht gewahrt. Die Transaktionsdaten wären keine Datenurkunde.

Weiterhin könnten die Logdateien, insbesondere die Angaben zum Kontostand, als beweiserhebliche Daten in Betracht kommen. Die Daten sind auf die Bank C als Ausstellerin zurückzuführen. Es wird jedoch vertreten, dass die Erklärung über den Kontostand durch den Eingriff des A keinen rechtswidrigen neuen Inhalt erhalte, da die Bezahlung und mithin die Änderung des Kontostands aufgrund der Zahlungsgarantie rechtmäßig sei.³² Ein Verändern liege nicht vor.

Es könnte ferner ein Fall der Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 vorliegen. In Frage kommen die Logdateien hinsichtlich der Höhe des Verfügungsrahmens sowie der Informationen über die Anzahl und Höhe der letzten Transaktionen, über die B bzw. C verfügungsbefugt ist.³³ Indem durch den Einkauf des A die Logdateien überschrieben wurden, sind diese verändert bzw. gelöscht worden, weshalb der objektive Tatbestand erfüllt ist. Fraglich ist jedoch, ob das Überschreiben der Transaktionsdaten auch vorsätzlich erfolgte. Auf die Überschreibung kommt es dem Täter nicht primär an. Vielmehr ist, abhängig vom Sachverhalt, zwischen einem billigenden Inkaufnehmen (*dolus eventualis*) des Täters und einem Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs (*luxuria*) desselben zu differenzieren. Für diese Abgrenzung ist hier u.a. auf das technische Hintergrundwissen des A abzustellen, da sich sein Vorsatz nur auf Umstände beziehen kann, von denen er Kenntnis hat.³⁴

Bei § 266b Abs. 1 ist darauf einzugehen, ob dieser Tatbestand auch die Girocard um-

fasst und ob dieser von einem Nichtberechtigten begangen werden kann.³⁵

Zudem könnte § 202a Abs. 1 einschlägig sein, sofern sich A die auf der Girocard gespeicherten Daten unter Überwindung einer Zugangssicherung verschafft hat.³⁶

Hinsichtlich der Logdateien kommt schließlich eine Datenveränderung nach § 303a Abs. 1 in Betracht.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das OLG verurteilt A anstelle des Betrug wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 2.

Ein Betrug nach § 263 Abs. 1 sei nicht verwirklicht. Es liege schon keine Täuschung des A vor. Jedenfalls fehle es aber an einem korrespondierenden Irrtum des Kassenpersonals des D. Aus Sicht des D gebe es keinen Anlass, sich über eine Berechtigung Gedanken zu machen und womöglich im zivilrechtlichen Sinne bösgläubig zu werden. Weiter müsse D die Berechtigung weder überprüfen noch müsse er sie sich vorgestellt haben.

Das OLG stellt bei der Prüfung des § 263a Abs. 1 auf eine Täuschungsäquivalenz i.R.d. betrugsspezifischen Auslegung ab. Dies begründet es u.a. damit, dass beim NFC-Verfahren ohne PIN-Eingabe mangels starker Authentifizierung gerade keine Identitätskontrolle statfinde und somit auch ein fiktiver Bankangestellter nicht getäuscht würde. Die Datenverwendung sei somit nicht unbefugt, weshalb § 263a Abs. 1 ausscheide.

Eine Strafbarkeit wegen Fälschung beweiserheblicher Daten nach §§ 269 Abs. 1, 270 lehnt das OLG aus oben genannten Gründen ab. Hierbei beschränken sich die Ausführungen auf die Transaktionsdaten als Datenurkunde. Mangels PIN-Abfrage fehle es an einer Identifikation des Ausstellers der Gedankenerklärung. Allein der unmittelbare Besitz an der Girocard vermöge eine solche

³² Erb, in MüKoStGB (Fn. 10), § 269 Rn. 37; Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 18), § 269 Rn. 9.

³³ BayObLGSt 1993, 86, 89 f.; Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 303a Rn. 3; Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 18), § 274 Rn. 22d, 5.

³⁴ Vgl. Heine/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 11), § 274 Rn. 13.

³⁵ Radtke, in MüKoStGB (Fn. 10), § 266b Rn. 9 ff., 31 f., 4 ff.

³⁶ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 18), § 202a Rn. 4.

nicht zu bewirken. Im Ergebnis seien die Transaktionsdaten keine Datenurkunde.

Das OLG geht hingegen von einer Strafbarkeit des A nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 aus. A habe durch das Benutzen der Girocard die Transaktionsdaten hinsichtlich der Logdateien, über welche er nicht Verfügungsberechtigt sei, verändert. Ihm sei es gerade darauf angekommen, die Daten zu verändern, um so die Sicherheitslücken des NFC-Verfahrens aufzuzeigen. A habe über das notwendige Wissen hinsichtlich der technischen Abläufe bei einer Kartenzahlung mittels NFC verfügt und von dem Absehen einer PIN-Eingabe bei einem Einkaufswert unter 25 Euro gewusst.

Der Tatbestand des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b Abs. 1 sei nicht verwirklicht, da A nicht der berechtigte Karteninhaber sei. Mangels Überwindung einer Zugangssicherung liege auch kein Auspähen von Daten gem. § 202a Abs. 1 vor. Eine Datenveränderung nach § 303a sei zwar gegeben, trete aber im Wege der Spezialität hinter § 274 Abs. 1 Nr. 2 zurück.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der vorliegende Fall eignet sich besonders für Klausuren, da er ein problemorientiertes Arbeiten an einer Vielzahl von Normen unter Einbeziehung eigener Argumente erfordert. Entscheidender Unterschied zu den bisherigen Girocard-Fällen ist der Wegfall einer PIN-Eingabe. Es gilt den einschlägigen Tatbestand zu bestimmen. Eine der maßgeblichen Fragen ist hierbei, ob allein das Verwenden einer Girocard eine konkludente Erklärung über eine Kartenberechtigung darstellt. Dies ist entscheidend für die Beurteilung, ob i.R.d. § 263 eine Täuschung vorliegt, welche einen Irrtum im Wege eines sachgedanklichen Mitbewusstseins nach sich ziehen könnte, und ob bei § 263a die Datenverwendung unbefugt erfolgt. Bei § 263 ist darauf zu achten, zwischen dem Vorliegen einer Täuschung und eines Irrtums zu unterscheiden. Im Hinblick auf § 263a, vor allem wenn man die unbefugte Verwendung von Daten entgegen der An-

sicht des OLG bejaht, ist relevant, zu wessen Lasten der Vermögensschaden erfolgt. Hierbei sind die zivilrechtlichen Verhältnisse ausschlaggebend. Vorliegend erleidet der Händler aufgrund der Zahlungsgarantie keinen Vermögensschaden. Für die Entscheidung zwischen dem Kartenberechtigten und der Bank als Geschädigter ist auf § 675v BGB³⁷ sowie die Frage, ob es B möglich war, das Abhandenkommen seiner Girocard zu bemerken, abzustellen.³⁸ Zudem muss bei den Urkundendelikten zwischen den Logdateien, welche sich nur auf die Transaktionsvorgänge beziehen, und den personenbezogenen Transaktionsdaten unterschieden werden.

5. Kritik

Die fortwährenden technischen Neuerungen scheinen dem StGB stets einen Schritt voraus zu sein. Die damit einhergehenden Herausforderungen führen im hier besprochenen Fall dazu, dass drei Gerichte jeweils unterschiedliche Tatbestände für einschlägig halten. Diesen Herausforderungen begegnet das Urteil des OLG souverän, vermag aber in manchen Punkten nicht vollends zu überzeugen. Der Fall könnte vor allem hinsichtlich § 263a auch anders beurteilt werden. Diskussionsbedürftig ist die Frage, ob die Datenverarbeitung, abgestellt auf eine Irrtumsäquivalenz, unbefugt erfolgt. Für die Einordnung der Fälle ohne PIN-Eingabe erscheint es hilfreich, diese mit bereits bekannten Fallgruppen zu vergleichen. Man könnte diese Konstellation mit den Fällen, in denen der Täter ohne Täuschung an die PIN gelangt ist, gleichstellen.³⁹ Erhält der Täter die Girocard samt PIN einvernehmlich vom Berechtigten mit der Maß-

³⁷ Der Haftungsausschluss nach Abs. 4 greift nicht, da es sich hier um eine Ausnahme von der Pflicht zur starken Authentifizierung nach Art. 11 DelVO (EU) 2018/389 handelt.

³⁸ *Beesch*, jurisPR-BKR 11/2019 Anm. 1; *Hofmann*, in BeckOGK, BGB, Stand: 01.09.2019, § 675v Rn. 119; *Zahrte*, BKR 2019, 484, 486 ff.

³⁹ *Mühlbauer*, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263a Rn. 74.

gabe, Einkäufe in einer bestimmten Höhe zu tätigen und überschreitet der Täter diese Betragsgrenze, so erfolgt die Datenverwendung nicht unbefugt.⁴⁰ Ein lediglich abredewidriges Verhalten des Täters reicht hierfür nicht aus.⁴¹ Stattdessen kommt § 266 bzw. § 263 in Betracht.⁴² Kennzeichnend für diese Fälle ist ein Vertrauensverhältnis, welches im Innenverhältnis missbraucht wird. Ein solches ist bei der vorliegenden Fallgestaltung aber gerade nicht gegeben. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn man eine Parallele zu den Bankautomaten-Missbrauchs-Fällen zieht.⁴³ In diesen Fällen findet bzw. entwendet der Täter eine Girocard, auf der die PIN notiert ist, und benutzt diese an Geldautomaten oder Bezahlterminals. Hier erfolgt die Datenverwendung unbefugt, weshalb § 263a einschlägig ist.⁴⁴ Diese Einordnung erscheint der Problematik am ehesten gerecht zu werden. In der Rspr. wurde bislang vertreten, dass weder die Girocard noch die PIN an sich eine Legitimation geschweige denn einen Vermögenswert darstellt.⁴⁵ Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass bis dahin eine Transaktion ohne starke Authentifizierung nicht möglich war. Da nun das Verwenden einer Girocard ohne die dazugehörige PIN ausreicht, um Transaktionen zu veranlassen, muss auch dies allein als konkludente Täuschungshandlung gegenüber einem fiktiven Bankangestellten genügen. Darüber hinaus erscheint es befremdlich, dass die Verwirklichung von § 263a bzw. § 274 vom freiwilligen

PIN-Verzicht durch die Bank abhängt. Somit entscheidet in Fällen, in denen der Täter zuzätzlich an die PIN gelangt ist, nicht er sondern die Bank welchen Tatbestand er erfüllt.

Wenngleich der Strafraumen der §§ 263, 263a und § 274 vergleichbar ist, stellt die Verwirklichung eines Urkunden- statt eines Vermögensdelikts dennoch einen beachtlichen Unterschied dar. Insbesondere da der Täter bewusst das Vermögen eines Einzelnen schädigt, erscheint eine anschließende Verurteilung wegen einer – für den Täter nur nachrangig mitverwirklichten – Urkundenunterschreibung als Allgemeindelikt schwer nachvollziehbar. Nicht ohne Grund wäre eine Wahlfeststellung trotz vergleichbarem Strafraumen aufgrund unterschiedlichen Unrechtsgehalts nicht möglich.⁴⁶ Dies verdeutlicht zudem, dass die strafrechtliche Würdigung ein und derselben Tathandlung nicht aufgrund eines von der Bank getätigten Verzichts anders ausfallen und ihr kein anderer Unrechtsgehalt beigemessen werden kann.

Seit Einführung des NFC-Verfahrens werden dessen Unsicherheiten in Bezug auf Datenschutz und Kontosicherheit kontrovers diskutiert.⁴⁷ Zwar erfolgt aus Sicherheitsgründen nach fünf Transaktionen oder nach Erreichen einer Gesamtsumme von 150 Euro erneut eine PIN-Abfrage.⁴⁸ Allerdings wird immerhin die Verursachung eines Vermögensschadens von bis zu 150 Euro pro Girocard ermöglicht. Vor dem Hintergrund der derzeitigen Corona-Krise mag der Ausbau kontakt- und PIN-losen Bezahls durchaus sinnvoll sein. Ob dieses Verfahren aber mit entsprechender Wertgrenze auf Dauer nicht doch in einen eigenen Kriminalitätsbereich erwächst, bleibt abzuwarten.

(Nina Fromm/Jacqueline Sittig)

⁴⁰ OLG Köln NStZ 1991, 586, 587; Mühlbauer, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263a Rn. 58, 63, 74.

⁴¹ Fischer, StGB (Fn. 17), § 263a Rn. 13 f.; Schmidt, in BeckOK, StGB, 46. Ed., Stand: 01.05.2020, § 263a Rn. 27.

⁴² OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 137, 137; OLG Jena BeckRS 2007, 05394; Stam, NZWiSt 2017, 238, 239 f.

⁴³ Fischer (Fn. 17), § 263a Rn. 15, 12a; Mühlbauer, in MüKoStGB (Fn. 10), § 263a Rn. 75, 57.

⁴⁴ Oğlakcioğlu, JA 2018, 338, 339.

⁴⁵ BGH NJW 1988, 979, 980; BGH NStZ-RR 2004, 333, 334 f.; Fest, JuS 2009, 798, 799 f.

⁴⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833, 1834; Norouzi, JuS 2008, 113, 114 f.

⁴⁷ Vgl. Rammos, ZD 2013, 599, 600 ff.; ULD SH, LT-Drs. SH 18/555, S. 78 f.

⁴⁸ Hofmann, in BeckOGK (Fn. 38), § 675v Rn. 119 ff.

1. Sachverhalt¹

A ist stellvertretende Amtsleiterin einer JVA. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört u.a. die Entscheidung über Verlegungen in den offenen Vollzug. Über eine solche Verlegung wird nach dem Haftantritt des wegen Verkehrsdelikten in Verbindung mit einer Polizeikontrolle zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten B in einer Konferenz diskutiert. Während ein Vollzugsmitarbeiter sich dagegen ausspricht, befürwortet ein Sozialarbeiter die Verlegung. Trotz dieser Diskrepanz trifft A die in ihrem Ermessen liegende Entscheidung, B in den offenen Vollzug zu verlegen. Hierzu wird ihm zusätzlich die Auflage erteilt, nicht am Straßenverkehr teilzunehmen. Obwohl B an der Pforte der JVA bei seiner Rückkehr immer einen Schlüsselbund mit einem KFZ-Schlüssel abgibt, wird der mehr als 300 Tage umfassende Ausgang und insbesondere die Einhaltung der Auflagen weder kontrolliert, noch beanstandet. Um seine ca. 50 km entfernte Ehewohnung aufzusuchen, nimmt B, von den JVA-Beamten unbemerkt, während dieser Ausgänge ohne Fahrerlaubnis regelmäßig am Straßenverkehr teil. Hierzu benutzt B ein amtlich nicht zugelassenes Fahrzeug.

Eines Tages gerät B während seines Ausgangs in eine polizeiliche Verkehrskontrolle. Dieser entzieht sich B und gelangt auf seiner Flucht vor der Polizei mit seinem PKW in den Gegenverkehr einer Landstraße. Nach einigen Rammversuchen von zivilen Polizeistreifen stößt B während der Verfolgungsjagd mit

Juli 2020

Offener Vollzug-Fall

Sorgfaltswidrigkeit / Ermessensentscheidungen / objektive Voraussehbarkeit / Dazwischentreten eines Dritten / atypischer Kausalverlauf

§§ 222, 15 StGB

famos-Leitsätze:

1. Eine Ermessensentscheidung ist nicht sorgfaltswidrig, wenn sie sich im gesetzlichen Rahmen und innerhalb des Vertretbaren befindet.
2. Ein völlig vernunftwidriges Dazwischentreten eines Dritten liegt außerhalb der Lebenserfahrung und ist nicht vorhersehbar.

BGH, Urteil vom 26. November 2019 – 2 StR 557/18; veröffentlicht in BeckRS 2019, 31022.

einem Fahrzeug zusammen, dessen Fahrerin verstirbt. B wird hierfür u.a. wegen Mordes an der Fahrerin rechtskräftig verurteilt.

Die stellvertretende Amtsleiterin A wird vom LG der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB² schuldig gesprochen. Die Verteidigung und die Bundesanwaltschaft legen Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falls betrifft die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, insbesondere ob eine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Ermessensentscheidung vorliegt und ob der Geschehensablauf vorhersehbar war.

Eines der Kernelemente der Fahrlässigkeitsdelikte ist die den Handlungsunwert

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

² Normen ohne weitere Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

ausmachende Sorgfaltspflichtverletzung.³ Fahrlässig im Sinne von § 15 handelt grundsätzlich, wer gegen eine objektive Sorgfaltspflicht verstößt. Die Anforderungen hieran bestimmen sich nach einer objektiven Betrachtung der Gefahrenlage ex ante aus der Sicht eines besonnenen und gewissenhaften Dritten aus dem Verkehrskreis und in gleicher Lage des Täters.⁴ Solche Sorgfaltsanforderungen sind häufig durch sog. Sondernormen konkretisiert.⁵ Im vorliegenden Fall geht es um die Gewährung vollzugslockernder Maßnahmen durch die Verlegung in den offenen Vollzug. In diesem Bereich finden sich Konkretisierungen in den landesrechtlichen Justizvollzugsgesetzen. Das Gesetz (z.B. Art. 12 Abs. 2 BayStVollzG) räumt den Vollzugsbehörden bei der Entscheidung über Vollzugslockerungen hierbei **Ermessen**⁶ ein. Es normiert jedoch auch die Grenzen des Ermessens, indem es den zwingenden Versagungsgrund der **Flucht- oder Missbrauchsgefahr** benennt. Diese Gefahr wird anhand einer Prognose durch die Vollzugsbeamten ermittelt.⁷ Sollten hier Zweifel aufkommen, ist die Gewährung zu versagen und für eine Ermessensentscheidung kein Raum mehr.

Auch die verfassungsrechtliche Komponente darf nicht unbeachtet bleiben. So ergibt sich aus der Grundrechtsgewährleistung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ein Anspruch des Inhaftierten gegenüber dem Staat auf Ausrichtung seines Strafvollzuges auf Resozialisierung.⁸ Dahinter steckt der Gedanke, psychischen Schäden und sozialer Isolation präventiv entgegenzuwirken.⁹ Da dem Staat die Aufgabe der Vollzugsgestaltung zukommt,

ist er dazu verpflichtet, die Voraussetzungen hierfür zu schaffen.¹⁰ Hierbei hat er sich zunächst der im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen wie z.B. der Arbeit in Gefängniseinrichtungen oder der Vollzugslockerung zu bedienen. Die Verlegung des B in den offenen Vollzug hat damit seinen Anspruch auf Resozialisierung verwirklicht. Dem Anspruch gegenüber steht jedoch das rechtsstaatliche Interesse auf Vollstreckung rechtskräftiger Freiheitsstrafen, wodurch ein Spannungsverhältnis entsteht.¹¹ Um diesem gerecht zu werden, wird dieser Anspruch auf Resozialisierung bedingt, indem er in der Flucht- und Missbrauchsgefahr seine Grenzen findet.

Aufgrund des Beurteilungsspielraums im Rahmen der Ermessensausübung und dem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis ist die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit insbesondere hinsichtlich des ausgeübten Ermessens nur eingeschränkt möglich. Dies zeigt sich auch darin, dass höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt ist, welche genauen Sorgfaltsanforderungen an den Justizbeamten zu stellen sind, und inwiefern das eingeräumte Ermessen im Konkreten gerichtlich überprüfbar ist.

Lediglich das vielbeachtete BGH-Urteil¹² zu Lockerungen im Maßregelvollzug liefert wegen der sich ähnelnden Problematik Anhaltspunkte, wie diese zu lösen sein könnten. Hier hatte der BGH zu entscheiden, inwiefern sich ein Klinikarzt durch die Gewährung des Ausgangs eines Patienten, der als nicht therapierbar beurteilt wurde und bereits zweimal ausgebrochen war, im Maßregelvollzug (§ 63) strafbar machen kann. Er stellte fest, dass, wenn ein Patient nach den Regeln der

³ Rengier, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2019, § 52 Rn. 5.

⁴ Eschelbach, in BeckOK StGB, 46. Ed., Stand: 01.05.2020, § 222 Rn. 15.

⁵ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 222 Rn. 5; Kudlich, in BeckOK StGB (Fn. 4), § 15 Rn. 39.

⁶ Arloth, in BeckOK BayStVollzG, 13. Ed., Stand: 01.05.2020, Art. 13 Rn. 3.

⁷ Arloth, in BeckOK BayStVollzG (Fn. 6), Art. 13 Rn. 8.

⁸ Di Fabio, in Maunz/Dürig, GG, 90. EL Februar 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 216.

⁹ Di Fabio, in Maunz/Dürig (Fn. 8), Art. 2 Abs. 1 Rn. 216, 218.

¹⁰ BVerfGE 98, 169, 185.

¹¹ BVerfGE 64, 261, 276.

¹² BGHSt 49, 1.

psychiatrischen Kunst als therapierbar einzustufen ist, der Klinikarzt bei der Beurteilung der Missbrauchsgefahr einen Spielraum habe, in dessen Rahmen mehrere rechtlich gleichermaßen vertretbare Entscheidungen getroffen werden könnten. Pflichtwidrigkeit liege deshalb nur dann vor, wenn die Entscheidung auf einer unvollständigen oder falsch bewerteten Tatsachengrundlage gegründet und nicht mehr vertretbar sei.¹³ Es ist fraglich, ob diese Anforderungen an Ärzte in einer forensischen Psychiatrie auf Justizbeamte im normalen Vollzug ohne weiteres übertragbar sind. Die Differenz zwischen „normalen Inhaftierten“ und Patienten im Maßregelvollzug ist immens, was wiederum verschiedene Entscheidungsspielräume eröffnen könnte.

Bejaht man vorliegend eine Sorgfaltswidrigkeit, ist die Vorhersehbarkeit des Geschehensablaufs als zweites Kernelement der Fahrlässigkeit zu betrachten. Hierzu darf der Taterfolg nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht so sehr außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegen, dass mit dem Eintritt nicht zu rechnen ist.¹⁴ Im vorliegenden Fall ist hierbei problematisch, inwiefern der komplexe Geschehensablauf und das Zusammenwirken mit einem Dritten objektiv vorhersehbar ist.

Es muss zwischen der Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts und des Geschehensablaufs unterschieden werden. Der Erfolgseintritt ist grds. vorhersehbar, wenn er nach allgemeiner Lebenserfahrung erwartet werden kann (sog. Adäquanzzusammenhang).¹⁵ Bei der Vorhersehbarkeit des Geschehensablaufs wird auf die Lehre der objektiven Zurechnung zurückgegriffen.¹⁶ Hier ergeben sich in dem Sachverhalt an zwei Stellen Probleme. Erstens beruht der Geschehensablauf auf einem Zusammenwirken mehrerer Umstände. Nach

heute h.M. müssen in diesem Fall alle zum Erfolg führenden Umstände für den Täter vorhersehbar sein.¹⁷ Zweitens ist das besonders problematische Dazwischentreten eines Dritten zu beleuchten. Hier ist der Geschehensablauf nur vorhersehbar, wenn das konkrete Verhalten des Dritten für den Täter erkennbar ist.¹⁸ Vorliegend hätte A also erkennen müssen, dass B am Straßenverkehr teilnimmt und es neben dem Geschehensablauf zu einem tödlichen Verkehrsunfall kommt. Des Weiteren wird gefordert, dass das Verhalten des Dritten „in der Ausgangsgefahr begründet“¹⁹ sei, d.h. dass die Teilnahme am Straßenverkehr und das damit verbundene Verhalten i.R.d. Polizeikontrolle gerade auf der durch die Gewährung des offenen Vollzugs begründeten Gefahr beruht. Vorliegend handelt es sich um den Fall des fahrlässig handelnden Ersttätters (A) und vorsätzlich handelnden Zweittätters (B). Die Handhabung dieser Konstellation ist umstritten.²⁰

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Senat verneint eine Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 und spricht sie frei. Eine Sorgfaltspflichtverletzung wird abgelehnt und die Geschehensabläufe als nicht vorhersehbar gewertet.

Grundsätzlich erfülle ein Vollzugsbeamter keinen Fahrlässigkeitstatbestand, wenn er sich bei der Gewährung vollzugsöffnender Maßnahmen an die gesetzlichen Vorgaben hält. Hierzu stellt der BGH fest, welche Anforderungen an die Mitarbeiter der JVA im Rahmen der Entscheidungsfindung zu stellen sind. Zur Beurteilung der Flucht- und Missbrauchsgefahr sei ausreichend, dass die JVA die Einweisungsurteile zur Kenntnis nehme. Eine

¹³ BGHSt 49, 1, 3.

¹⁴ Zieschang, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2017, Rn. 433.

¹⁵ Fischer (Fn. 5), § 222 Rn. 25; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2019, § 15 Rn. 46.

¹⁶ Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 17 Rn. 41.

¹⁷ Fischer (Fn. 5), § 222 Rn. 25.

¹⁸ Fischer (Fn. 5), § 222 Rn. 26.

¹⁹ Zieschang, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 33 Rn. 116 ff.

²⁰ Zur Diskussion s.: Zieschang, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 19), § 33 Rn. 122.

weiterreichende Beurteilung der Vordelinquenz, insbesondere die Beziehung von Vorstrafenakten, überspanne den Anforderungsbogen. Die geltende Rechtslage sehe solche Ermittlungen im Allgemeinen nicht vor, im Einzelfall könne eine solche Situation jedoch entstehen. Die hierfür erforderlichen konkreten Umstände sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Aus den für die Beurteilung relevanten Unterlagen, darunter auch die Einweisungsunterlagen, sei nicht deutlich erkennbar gewesen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehe, dass B sich erneut im Rahmen einer Polizeikontrolle strafbar machen würde. Die Beurteilung lag demnach im Rahmen des Beurteilungs- und Ermessensspielraums und war aus der Sicht ex ante fachlich und rechtlich vertretbar. Die zum Teil abweichenden Äußerungen des zweiten Justizbeamten und des Sozialarbeiters gründen auf der gleichen Tatsachengrundlage. Von der getroffenen Entscheidung abweichende Meinungen seien oftmals vertretbar und auch zu erwarten. Die rechtliche Beurteilung, ob sich die Entscheidung im Rahmen des Vertretbaren bewege, sei zwingend aus der Sicht ex ante zu treffen. Eine Beurteilung aus der Sicht ex post, insbesondere unter Einbeziehung des Geschehenen, dürfe nicht stattfinden. Eine falsche Prognose sei demnach nur dann pflichtwidrig, wenn die Flucht- und Missbrauchsgefahr aufgrund relevanter unvollständiger oder unzutreffender Tatsachengrundlage verneint wird.

In Bezug auf die Nichteinhaltung der Weisungen hat der BGH nicht entschieden, ob in dem Unterlassen von Kontrollen der Weisungen (hier: Verbot des Führens eines KFZ) eine Sorgfaltspflichtverletzung zu sehen sei. Hier betont der BGH, dass solche Weisungen zur Erprobung des Verurteilten dienen. Kontrollen seien deshalb nur stichprobenartig durchzuführen. Das Ausmaß ergebe sich deshalb als **Annex zur Prognoseentscheidung** aus demselben Beurteilungs- und Ermessensspielraum wie bei der Grundfrage der Gewährung. Der Senat geht auf diese Problematik jedoch

nicht näher ein. Vielmehr stellt er darauf ab, dass der Geschehensablauf für A **nicht vorhersehbar** gewesen sei.

Für die Vorhersehbarkeit ausschlaggebend ist hierbei nicht nur das Geschehen an sich, sondern insbesondere auch die Art und Weise des Zustandekommens des Geschehens. Bei einem Zusammenwirken mehrerer Umstände müssten auch diese sämtlichen Umstände erkennbar sein. Beruhe der Erfolgseintritt auf einer vernunftwidrigen Handlung eines Dritten, so liege die Tat außerhalb der Lebenserfahrung und sei nicht vorhersehbar. So sei das Durchbrechen der Polizeikontrolle bereits vernunftwidrig, die Fortführung der Fahrt auf der Gegenfahrbahn atypisch. Diese absolut vernunftwidrige Handlung des B stellt ein Dazwischentreten eines Dritten dar, das außerhalb der Vorhersehbarkeit läge. Dies sei ein atypischer Kausalverlauf.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Nach dem Urteil des Landgerichts war zu erwarten, dass gerade unter Justizbeamten eine große Unsicherheit bzgl. ihres Handlungsrahmens bestehen könnte. Es ist nachvollziehbar, dass die Sorge, sich strafrechtlich verantworten zu müssen, auch wenn im Rahmen des Ermessens entschieden wurde, groß ist. Durch die Feststellung des weiten Entscheidungsrahmens, der eine bis zum Vertretbaren getroffenen Ermessensentscheidung hinnimmt, hat der BGH die Gefahr der Strafverfolgung für Justizbeamte minimiert. Deshalb ist ein Anstieg der Inhaftierten im offenen Vollzug zu erwarten. Hierdurch wird ihnen eine nähere Ausrichtung ihres Vollzugs an die Resozialisierung ermöglicht und der aus den Grundrechten abgeleitete Anspruch hierauf gestärkt. Die Entscheidung wirkt sich somit nicht nur unmittelbar auf die Justizbeamten aus, sondern auch mittelbar auf die Grundrechte von Inhaftierten.

Für die Ausbildung ist dieser Fall äußerst beachtenswert, da es eine Seltenheit ist, dass der BGH einen atypischen Kausalverlauf feststellt. Sowohl bei Annahme als auch bei

Ablehnung der Lehre von der objektiven Zurechnung ist dies relevant. Die Lehre von der objektiven Zurechnung führt bereits auf der objektiven Tatbestandsebene wertende Kriterien ein, die die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie einschränken.²¹ So ist der tatbestandsmäßige Erfolg dem Täter zurechenbar, wenn er eine rechtlich relevante Gefahr für das Rechtsgut geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht.²² Der atypische Kausalverlauf ist in der Lehre der objektiven Zurechnung eine der Fallgruppen, in denen die Zurechnung abgelehnt und das Vorliegen des objektiven Tatbestands verneint wird. Als ausschlaggebend für den atypischen Kausalverlauf im vorliegenden Fall benennt der BGH nicht zuletzt die Fallgruppe des dazwischentretenen Dritter unter der Bedingung, dass dieses dazwischentreten gänzlich vernunftwidrig ist. Lehnt man die Lehre der objektiven Zurechnung ab, so kommt man bei der Fahrlässigkeitsprüfung im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis. So muss im objektiven Tatbestand auch die objektive Vorhersehbarkeit des Erfolges geprüft werden. Ein Erfolg ist objektiv vorhersehbar, wenn aus der Sicht ex ante für einen besonnenen und gewissenhaften Menschen aus dem Verkehrskreis und in der Situation des Täters der Eintritt des Erfolges nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht so sehr außerhalb der Wahrscheinlichkeit gelegen hat, dass man mit ihm nicht zu rechnen brauchte.²³ Vorliegend hat der BGH festgestellt, dass eben diese Vorhersehbarkeit nicht gegeben ist, wenn ein gänzlich vernunftwidriges Dazwischentreten eines Dritten vorliegt.

In Bezug auf die Sorgfaltspflichtverletzung ist in der gegebenen Fallkonstellation eine Klausurrelevanz eher nicht gegeben, da hierfür eine umfangreiche Einbeziehung verwaltungsrechtlicher Maßstäbe nötig wäre. Ist dies in einer Klausur der Fall, so müssen diese

natürlich geprüft werden, doch soll steht der Fokus strafrechtlicher Klausuren auch im Strafrecht liegen und Problematiken der anderen Rechtsgebiete werden selten eine Rolle spielen.

5. Kritik

In dieser besonders vom Justizvollzug lang erwarteten Entscheidung hat sich der BGH, wie nicht so häufig, zu atypischen Kausalverläufen in der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geäußert. Die getroffenen Feststellungen vermögen zum Großteil zu überzeugen. Sie lassen aber gleichzeitig viele Fragen offen und sind an einigen Stellen zu kritisieren.

Zunächst fällt die Prüfungsreihenfolge des Senats auf. So prüft er eine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Gewährung der Lockerungen, verneint diese und geht richtigerweise nicht auf die Vorhersehbarkeit des Erfolgs ein. Anschließend prüft er eine Sorgfaltspflichtverletzung durch das Unterlassen von Kontrollmaßnahmen, wobei er das Ergebnis offenlässt und direkt auf die fehlende Vorhersehbarkeit des Erfolgs verweist. Eine solche Prüfungsreihenfolge vermag nicht zu überzeugen. Auch wenn sich am Endergebnis nichts ändern würde, hätte man sich hier insbesondere eine, besonders für die Praxis interessante, Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung durch das Unterlassen der Kontrollen gewünscht.

In Bezug auf den Aufenthalt im offenen Vollzug bleiben ebenfalls Fragen offen. Aufgrund der Vordelinquenz des Inhaftierten wurde ihm die Auflage erteilt, kein Kraftfahrzeug zu führen. Da er jedoch zum Zeitpunkt der Haft nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis war, ist zu hinterfragen, warum die Justiz ihm eine solche Auflage erteilte. Denn warum bedarf es einer Auflage, wenn es der Person bereits gesetzlich verboten ist, ein Kraftfahrzeug zu führen. Aus Sicht eines rechtreuen

²¹ Rengier (Fn. 3), § 13 Rn. 38 ff.

²² Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 45 ff.

²³ Zieschang (Fn. 14), Rn. 433.

Menschen mag dies sinnlos erscheinen. Da aber die Selbstverständlichkeit rechtstreuen Verhalten nicht bei allen Menschen anzunehmen ist, bedarf es Auflagen, die ihnen zu rechtstreuen Verhalten verhelfen. So soll die Auflage B verdeutlichen, dass er, wenn er erneut widerrechtlich als Fahrzeugführer am Straßenverkehr teilnimmt, seine Vollzugslockerungen verwirkt.

In diesem Kontext sticht deshalb auch besonders ins Auge, dass der Inhaftierte bei seiner Rückkehr aus dem offenen Vollzug oftmals einen Autoschlüssel abgab und während seiner Ausgänge zumeist seine ohne Auto nur schwer erreichbare Ehewohnung aufsuchte. Obwohl die aufbewahrten Gegenstände ausführlich dokumentiert wurden, haben die Justizbeamten nicht hinterfragt, wofür er diesen braucht und Kontrollen jeder Art unterlassen. Da der offene Vollzug dazu dient, den Inhaftierten die Resozialisierung zu ermöglichen, sollte ein solches Verhalten auffallen und zumindest, auch im Interesse des Inhaftierten, kontrolliert werden. Der Verzicht auf Kontrollen erscheint demnach vordergründig im Interesse des Inhaftierten, sodass zurecht behauptet werden kann, dass hier „Liberalität mit Nachlässigkeit verwechselt wird“.²⁴ Hier lässt sich auch fragen, ob das eingeräumte Ermessen in Bezug auf die Häufigkeit von Kontrollen im Allgemeinen zu groß ist und einer Einschränkung bedarf. Man könnte sich hierzu an der Überprüfung der Unterbringung im Maßregelvollzug (§ 63) orientieren. § 67e Abs. 2 normiert eine jährliche Überprüfung dessen Notwendigkeit. Durch eine Festlegung von z.B. einer Kontrolle pro 100 Ausgänge (i.S.e. Soll-Vorschrift) wäre vermutlich aufgefallen, dass der Inhaftierte am Straßenverkehr teilnahm und der Erfolgseintritt verhindert worden.

Auch in Bezug auf den Umfang der Informationen, die zur Beurteilung der Flucht- und

Missbrauchsgefahr einzubeziehen sind, vertritt der BGH eine harsche These. Zur Beurteilung der Vordelinquenz genügt es ihm, dass die Justizbeamten die Einweisungsurteile mit einbeziehen. Eine Beiziehung von weiteren Vorstrafenakten überspanne die Sorgfaltsanforderungen. Daraus folgt, dass eine isolierte Betrachtung der Einweisungsurteile für die Beurteilung der Inhaftierten und dessen Delinquenz genügt. Für eine zutreffende Prognose der Flucht- und Missbrauchsgefahr ist es aber doch gerade elementar, dass die Justizbeamten die Geschichte und Vorstrafen des Inhaftierten kennen. Ohne diese Kenntnis lässt es sich insbesondere nicht beurteilen, ob der Inhaftierte in der Vergangenheit, wie vorliegend, des Öfteren einschlägig straffällig geworden ist, und deshalb eine Missbrauchsgefahr bestehen könnte.

(Elisabeth C. Ahne/Justus Alain Köhn)

²⁴ So titelt es *Hoven* im FAZ-Einspruch, www.faz.net/-irf-aop9w (zuletzt abgerufen am 23.06.2020).

1. Sachverhalt¹

Im Zusammenhang mit seiner Steuererklärung drängt A vehement darauf, dass die Finanzbehörde die ihm entstandenen Kosten eines gerichtlichen Vorgehens gegen den Rundfunkbeitrag als steuerlich absetzbaren Posten zugesteht. Das Finanzamt spricht sich indes gegen die Absetzbarkeit aus. Im Zuge des Schriftwechsels erhält A neben den behördlichen Schreiben ein an ihn adressiertes Rundschreiben mit abgedruckter Unterschrift des Finanzministers B, in welchem es u.a. heißt: „Steuern machen keinen Spaß, aber Sinn. Die Leistungen des Staates, die wir alle erwarten und gern nutzen, gibt es nicht zum Nulltarif“. In einem Antwortschreiben an die Finanzbehörde äußert A seinen Unmut über die Erhebung des Rundfunkbeitrags und richtet sich abschließend mit folgenden Worten unter Bezugnahme auf das Rundschreiben an B: „Solange [...] eine rote Null als Genosse Finanzministerdarsteller dilettiert, werden seitens des Fiskus die Grundrechte und Rechte der Bürger bestenfalls als unverbindliche Empfehlungen, normalerweise aber als Redaktionsirrtum des Gesetzgebers behandelt.“

Sowohl das AG als auch das LG verurteilen A wegen Beleidigung gem. § 185 StGB.² Dabei stützen sich die Gerichte auf die Annahme, dass es sich bei den Aussagen um Schmähkritik handele. In den Äußerungen des A sei keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der politischen Arbeitsweise des B zu

August 2020
„Rote Null“-Fall

Beleidigung von Politikern / Meinungsfreiheit / Grenzen zulässiger Kritik

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; § 185 StGB

famos-Leitsätze:

1. Die Grenzen zulässiger Kritik sind umso weiter zu ziehen, je mehr die Äußerung zum öffentlichen Meinungsbild beiträgt.
2. Das Recht auf Meinungsfreiheit kann bereits dadurch verletzt sein, dass die Fachgerichte eine Äußerung fälschlicherweise als Schmähkritik einordnen.

BVerfG, Beschluss vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 1094/19; veröffentlicht in BeckRS 2020, 12816.

sehen. Vielmehr habe er B mit dem Begriff „Null“ gezielt in seiner Person und Ehre herabgewürdigt. Die Diffamierung des B habe daher im Vordergrund gestanden, sodass das sachliche Anliegen des A dahinter zurückbleibe. Das OLG bestätigt das Ergebnis der Vorinstanzen und verwirft die Revision. A sieht sich durch die Verurteilung nach § 185 in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt und erhebt Verfassungsbeschwerde zum BVerfG.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falles liegt in der Frage, wann es sich bei einer kritischen Äußerung um eine zulässige Meinungsäußerung handelt und wann im Gegensatz dazu eine strafbare Beleidigung i.S.d. § 185 vorliegt.

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

² Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Eine **Meinung** ist im Gegensatz zur Tatsachenbehauptung dadurch geprägt, dass sich der Äußernde³ mit einer persönlichen Stellungnahme ein eigenes subjektives **Werturteil** erlaubt.⁴ Wenn A also vom „dilettieren“ des B als „Genosse Finanzministerdarsteller“ spricht und ihn als „rote Null“ bezeichnet, ist darin eine Kundgabe seiner eigenen Meinung zur politischen Arbeitsweise des B und dessen Person zu sehen. Selbst eine polemisch oder verletzend formulierte Meinungsäußerung ist grundsätzlich vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst.⁵ Die Meinungsfreiheit findet jedoch ihre Schranken gem. Art. 5 Abs. 2 GG in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Zu ebendiesen gehört auch § 185, der seinerseits den Schutz der Ehre zum Gegenstand hat.⁶ Allerdings muss die strafrechtliche Vorschrift wiederum so ausgelegt und interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt der Meinungsfreiheit für das Bestehen der demokratischen Ordnung gewahrt bleibt (sog. Wechselwirkungslehre).⁷

Innerhalb der Prüfung der Strafbarkeit nach § 185 ist daher im Einzelfall zu untersuchen, ob dem grundrechtlich geschützten Interesse des Täters im Hinblick auf die Meinungsfreiheit einerseits oder dem Schutz der Ehre des Beleidigten andererseits, eine

höhere Gewichtung zukommt. Regelmäßig wird die Abwägung neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 angesprochen (strittig).⁸

Eine Abwägung unterbleibt jedoch in Fällen, in denen die Äußerung eine Schmähkritik oder Formalbeleidigung darstellt.⁹ Diese bewirken stets den Vorrang des Ehrschutzes des Betroffenen.¹⁰ Eine **Schmähkritik**, wie sie im Fall der Verurteilung des A durch die Strafgerichte bejaht wurde, zeichnet sich dadurch aus, dass die Äußerung inhaltlich überwiegend böswillig ist und mithin die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht.¹¹ Charakteristisch ist ebenso, dass die Aussage keinen nachvollziehbaren Bezug mehr zur sachlichen Auseinandersetzung hat.¹² So kann eine Schmähkritik trotz der Äußerung polemischer bzw. überspitzter Kritik verneint werden, sofern noch ein Sachbezug besteht.¹³ In der Vergangenheit hat das BVerfG bereits betont, dass gerade die fälschliche Annahme von Schmähkritik durch die Strafgerichte schon einen verfassungsrechtlich erheblichen Fehler darstelle, der zur Aufhebung der Entscheidung führen könne.¹⁴ Eine **Formalbeleidigung** liegt hingegen vor, wenn sich die Ehrherabsetzung aus der vom Täter gewählten Ausdrucksform ergibt, also Begrifflichkeiten benutzt werden, die gesellschaftlich absolut missbilligt

³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird die Sprachform des generischen Maskulinums verwendet. Es wird darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung der männlichen Form geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

⁴ BVerfGE 93, 266, 289; Grabenwarter, in Maunz/Dürig, GG, 90. EL Feb. 2020, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 47.

⁵ BVerfGE 54, 129, 138; 92, 266, 289; Schemmer, in BeckOK GG, 43. Ed., Stand: 15.05.2020, Art. 5 Rn. 4.

⁶ BVerfGE 93, 266 (290); Eisele/Schittenhelm, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 185 ff. Rn. 1.

⁷ BVerfGE 7, 198, 207.

⁸ Siehe dazu ausführlich Bogomolni/Petersen, famos 11/2016.

⁹ Regge/Pegel, in MüKo, StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 185 Rn. 9.

¹⁰ Grabenwarter, in Maunz/Dürig, (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 163.

¹¹ Regge/Pegel, in MüKo (Fn. 9), § 185 Rn. 9.

¹² BVerfGE 93, 266, 294.

¹³ Valerius, in BeckOK StGB, 46. Ed., Stand: 01.05.2020, § 185 Rn. 24.

¹⁴ BVerfGE 93, 266, 294; so auch BVerfG NJW 2016, 2870; vgl. dazu Bogomolni/Petersen, famos 11/2016.

und tabuisiert sind.¹⁵ Dafür müsste es sich bei den Formulierungen „rote Null“ und „dilettieren“ um per se verpönte Ausdrücke handeln. Es ist fraglich, ob davon ausgegangen werden kann, dass A mit seinen Äußerungen im Rückschreiben an die Finanzbehörde, verbal eine rote Linie überschritten hat bzw. eine Auseinandersetzung in der Sache verneint werden kann. Sofern weder eine Schmähkritik noch eine Formalbeleidigung vorliegt, ist eine Abwägung vorzunehmen.

Besondere Probleme ergeben sich bei einer derartigen **Abwägung** dahingehend, nach welchen Kriterien und in welcher Gewichtung die widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen sind. Ein Anknüpfungspunkt können zunächst die Umstände sein, unter denen die Äußerung getätigt wird.¹⁶ Beispielsweise kann eine vorausgehende Provokation des Beleidigten zu einer adäquaten Reaktion berechtigen.¹⁷ Auch ob die Äußerung im Rahmen einer spontanen freien Rede oder schriftlich erfolgt, kann für die Gewichtung der Meinungsfreiheit eine Rolle spielen.¹⁸ Je mehr Bedenkzeit die sich äussernde Person hat, desto weniger schützenswert ist sie in der von ihr gewählten Formulierung. Wird die Äußerung niedergeschrieben, ist anzunehmen, dass die Person ihre Wortwahl dabei ausreichend reflektiert.

Außerdem spielt die Bedeutung der Äußerung für die Öffentlichkeit eine Rolle.¹⁹ Die Meinungsfreiheit fällt umso mehr ins Gewicht, je mehr die Äußerung zum öffentlichen Meinungsbild beiträgt.²⁰ Im privaten Rechtskreis kommt ihr folglich regelmäßig eine geringere Gewichtung zu.²¹ Bezieht sich die kritische

Äußerung auf den Staat und seine Funktions-träger, spricht das BVerfG von der Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede.²² Es handelt sich dabei um eine widerlegliche Vermutung zu Gunsten des Bürgers, dass die Meinungsfreiheit gewichtiger ist. Das BVerfG geht davon aus, dass die Meinungsfreiheit „konstituierend“ für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist, da sich jene gerade durch die Vielfalt an Meinungen und die ständige geistige Auseinandersetzung definiert.²³ Sofern die individuellen Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt sind, kann damit auch eine Gefährdung des Allgemeinwohls einhergehen.²⁴ Der EGMR befürwortet in seiner Rspr. zu Art. 10 EMRK, der die Meinungsfreiheit zum Gegenstand hat, ebenfalls den stärkeren Schutz von politischen Äußerungen.²⁵ Die gesellschaftliche Mitwirkung der Bürger im Staat kann nur gewährleistet werden, sofern ihnen ein hinreichender Schutz zukommt.²⁶ Selbst wenn die Person mit ihrer Äußerung gesellschaftlich aneckt, muss ihr die Möglichkeit zur individuellen Entfaltung gegeben werden, ohne dass sie sich vor Repressalien in Acht nehmen muss.²⁷

Doch nicht jede – insbesondere auch persönliche – Beschimpfung von Personen aus der Politik oder des öffentlichen Lebens ist von der Meinungsfreiheit gedeckt.²⁸ Letztlich ist im Einzelfall zu entscheiden, inwieweit die Herabwürdigung des Beleidigten in den Vordergrund rückt. Es liegt bei den Strafgerichten, eine eigenständige Abwägung vorzunehmen. Das BVerfG prüft lediglich, ob die Gerichte die verfassungsrechtlichen Anforderungen ausreichend berücksichtigen.²⁹

¹⁵ Valerius, in BeckOK (Fn. 13), § 192 Rn. 1.

¹⁶ Valerius, in BeckOK (Fn. 13), § 193 Rn. 32.

¹⁷ Valerius, in BeckOK (Fn. 13), § 193 Rn. 32.

¹⁸ Eisele/Schittenhelm, in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 193 Rn. 15.

¹⁹ Valerius, in BeckOK (Fn. 13), § 193 Rn. 35.

²⁰ BVerfGE 93, 266, 293; Valerius, in BeckOK (Fn. 13), § 193 Rn. 35.

²¹ Grabenwarter, in Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 162.

²² BVerfGE 7, 198, 212.

²³ BVerfGE 7, 198, 205.

²⁴ BVerfG NJW 2020, 300, 310.

²⁵ Vgl. dazu der Fall Oberschlick/Österreich zur Bezeichnung eines Politikers als „Trottel“ EGMR NJW 1999, 1321, 1322.

²⁶ BVerfG NJW 2020, 300, 310.

²⁷ BVerfG NJW 2020, 300, 310.

²⁸ BVerfGE 42, 143, 153.

²⁹ BVerfGE 99, 185, 196.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BVerfG sieht die Verfassungsbeschwerde des A als begründet an. A werde durch die Verurteilung wegen Beleidigung gem. § 185 in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

In der Sache wird zunächst das Vorliegen einer Schmähkritik verneint. Im Zuge der strafgerichtlichen Verurteilung sei nicht hinreichend auf die konkrete Situation eingegangen worden, in der die Äußerungen durch A getätigt wurden. Zwar erkennt das BVerfG an, dass es sich seitens des A um ehrenrührige Äußerungen handelt. Diese seien jedoch nicht so vordergründig, als dass der Sachbezug fehle. Dieser ergebe sich schon daraus, dass die Äußerungen des A eine Reaktion auf das Rundschreiben des Finanzministeriums darstellen, das an ihn persönlich gerichtet ist. Durch seine Unterschrift sei B der Inhalt des Rundschreibens persönlich zuzurechnen. Mit dem Verweis auf die allgemeine Sinnhaftigkeit von Steuern und staatlichen Leistungen, gehe das Rundschreiben über den behördlichen Schriftverkehr in der Sache hinaus und erreiche eine allgemeinpolitische Dimension. Auf jene beziehen sich auch die Äußerungen des A, wobei das BVerfG betont, dass die Beschwerde über die Erhebung von Rundfunkgebühren, als finanzierte Leistung eine in Teilen der Gesellschaft emotional geführte politische Diskussion betreffe.

Auch liege offensichtlich keine Formalbeleidigung vor, da die Begriffe „rote Null“ und „dilettieren“ nicht als tabuisierte Schimpfwörter einzuordnen seien. Die Annahme, es handele sich um einen gezielten persönlichen Angriff des A auf die Ehre des B, erfahre keine nähere Erläuterung, wobei der politische Bezug naheliege. Ein solcher ergebe sich durch eine Gesamtschau der Äußerungen des A im Zuge des Steuerfestsetzungsverfahrens, die „sämtlich einen bestimmten politisch-ideologischen Hintergrund offenbaren“. Eine detaillierte Begründung, weshalb A die zulässigen Grenzen der Kritik an Politikern überschreite und die persönliche

Herabwürdigung des B überwiege, fehle. Dabei hätte auch die Rspr. des EGMR in Anwendung des Art. 10 Abs. 2 EMRK Erwähnung finden müssen.

Das BVerfG verdeutlicht in seinem Beschluss, welche Kriterien bei kritischen Äußerungen von Bürgern gegenüber Politikern in die Abwägung einzufließen haben. Zu berücksichtigen sei beispielsweise, welche Position die betroffenen Politiker innehaben und inwiefern sie die öffentliche Aufmerksamkeit für sich beanspruchen. Insbesondere Amtsträger in Regierungsfunktion hätten auch „harsche Fundamentalkritik“ zu ertragen, wohingegen Lokalpolitikern deutlich weniger zuzumuten sei. Grundsätzlich müsse es möglich sein, Amtsträger für die Ausübung ihrer Aufgaben für ungeeignet zu halten, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Andererseits sei in der Abwägung auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte für Personen, die sich als Politiker engagieren und öffentlich einbringen, hinreichend zu berücksichtigen. Das Maß der Verbreitung und der entsprechende Wirkungskreis einer Äußerung habe ebenfalls als Kriterium einzufließen. Die Beeinträchtigung der Ehre des Beleidigten sei gesteigert, wenn die Äußerung in wiederholender und anprangernder Weise erfolgt. Vorliegend hätten die Strafgerichte verkannt, dass das Schreiben des A lediglich dem zuständigen Sachbearbeiter der Finanzbehörde in einem nichtöffentlichen behördlichen Verfahren zugegangen und mithin keine Breitenwirkung in einem größeren Kreis von Personen entfaltet hat.

Aufgabe der Gerichte sei es, die abwägungsrelevanten Gesichtspunkte herauszuarbeiten und miteinander abzuwägen, wobei die beiderseitigen Interessen hinreichend gewürdigt werden müssten. Im Fall des A finde die Tragweite der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG durch die Gerichte keine ausreichende Berücksichtigung. Die Sache wird schließlich vom BVerfG zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Politiker sehen sich häufig Beleidigungen ausgesetzt. Dies bestätigt auch eine Umfrage der Zeitschrift KOMMUNAL aus dem März 2020. Diese ergab, dass 64 Prozent der befragten Kommunalpolitiker bereits persönlich Beleidigungen im Rahmen ihrer Tätigkeit erlebt haben.³⁰ Laut dem Bayerischen Justizministerium stieg die Zahl der Straftaten gegen Amtsträger in Bayern von 194 Fällen im Jahr 2017 auf 272 Fälle im Jahr 2019, weshalb die Landesregierung nun mit neuen Schutzkonzepten für Kommunalpolitiker aufrüsten will.³¹ Beispielsweise soll es Mandatsträgern durch die Einrichtung eines Online-Verfahrens erleichtert werden, Strafanzeige zu stellen. Außerdem werden den Politikern feste Ansprechpartner bei den bayerischen Staatsanwaltschaften zur Seite gestellt.

Im selben Kontext kommt es aktuell vermehrt zu Beleidigungen durch Hasspostings im Internet. Für Aufsehen sorgte in der jüngeren Vergangenheit die Entscheidung des LG Berlin, das im Fall der Grünen-Politikerin Künast selbst für vulgärste Ausdrücke, die als Onlinekommentare geäußert wurden, das Vorliegen einer Schmähkritik bzw. Formalbeleidigung verneinte und von einer noch angemessenen Kritik ausging.³² Durch die zunehmende Zahl von Beleidigungen und deren steigende Reichweite sah sich der Gesetzgeber nun veranlasst, dem mit einem Gesetz zur Bekämpfung von Hasskriminalität entgegen zu wirken.³³ So soll u.a. in § 185 ein Qualifikationstatbestand geschaffen werden, durch den sich

ein erhöhtes Strafmaß für jene ergibt, die eine Beleidigung in der Öffentlichkeit, einer Versammlung oder durch das Verbreiten von Schriften begehen.³⁴ Außerdem ist vorgesehen, in § 188 Abs. 1 eine Klarstellung einzufügen, dass zum geschützten Personenkreis des § 188 gleichwohl Personen des politischen Lebens auf kommunaler Ebene gehören.³⁵

Auf der Grundlage der neuesten Rspr. sowohl des BVerfG als auch der Strafgerichte zum Vorliegen einer Beleidigung und der politischen und gesellschaftlichen Aktualität dieser Thematik ergibt sich eine hohe Examensrelevanz der Ehrdelikte. Denn § 185 bietet den strafrechtlichen Einstieg, um letztlich zu einer Prüfung der Grundrechte überzuleiten. Daneben kann die Frage der Abgrenzung zwischen einer Schmähkritik und einer Formalbeleidigung Gegenstand der mündlichen Prüfung sein.

5. Kritik

Es existiert bereits eine sehr umfangreiche Rspr. des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Beleidigungen.³⁶ Gleichwohl beschäftigt diese Problematik das BVerfG fortwährend. Mit dem jetzigen Beschluss, der zeitgleich mit drei weiteren Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden im Zusammenhang mit der Verurteilung wegen Beleidigung veröffentlicht wurde, werden die Kriterien, nach denen die Abwägung durch die Gerichte stattzufinden hat, nochmals klarstellend zusammengefasst.³⁷ Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Meinungsfreiheit

³⁰ Umfrage der Zeitschrift KOMMUNAL zum Thema "Gewalt gegen Kommunalpolitiker", unter: <https://kommunal.de/index.php/kommunalpolitiker-umfrage-2020> (abgerufen am 05.07.2020).

³¹ <https://www.stmi.bayern.de/med/aktuell/archiv/2020/200701hetze/> (abgerufen am 07.07.2020).

³² LG Berlin BeckRS 2020, 239; teilweise aufgehoben durch den nachfolgenden Beschluss des KG: BeckRS 2020, 4264.

³³ Vgl. BT-Drs. 19/17741 (Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität), am 18.06.2020 vom Bundestag angenommen.

³⁴ BT-Drs. 19/17741, S. 7.

³⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 7.

³⁶ Dazu bereits wegweisend der Lüth-Fall von 1958: BVerfGE 7, 198; sowie: BVerfGE 82, 272; 93, 266; BVerfG NSTZ-RR 2012, 244; BVerfG NJW 2016, 2870.

³⁷ BVerfG BeckRS 2020, 12825; BVerfG BeckRS 2020, 12819; BVerfG BeckRS 2020, 12823.

für eine demokratische Gesellschaft ist der Beschluss des BVerfG im Ergebnis zu begrüßen. In erster Linie ist die Ablehnung einer Schmähkritik zu loben. Unter Beachtung des Kontexts, in dem die Äußerungen durch A getätigt wurden, ist der Sachbezug nachvollziehbar. Schließlich lässt das BVerfG offen, ob eine entsprechende Abwägung zur Strafbarkeit des A führen würde und überlässt das Ergebnis der Abwägung dem AG.

In der Literatur sieht man die Rspr. des BVerfG dahingehend kritisch, als dass die Meinungsfreiheit zu hoch gewertet würde.³⁸ Die Ehre der betroffenen Person werde dadurch preisgegeben und ein Recht auf Unrecht proklamiert.³⁹ Dass dem nicht so ist, zeigen zwei der zeitgleich veröffentlichten Entscheidungen, in denen das BVerfG die Verurteilung wegen Beleidigung durch die Strafgerichte billigt.⁴⁰ Dort bekräftigt das BVerfG die hohe Gewichtung der Ehre bei der vorzunehmenden Abwägung, sofern die Kritik im Internet geäußert wird und dadurch eine große Verbreitung erfährt.⁴¹

Es zeigt sich aber eine gewisse Diskrepanz zwischen der Annahme des BVerfG, dass Politikern im Hinblick auf ehrverletzende kritische Äußerungen mehr zuzumuten sei, und der Intention des Gesetzgebers, mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Hasskriminalität der sinkenden Hemmschwelle für herabwürdigende Aussagen gegenüber in der Öffentlichkeit stehenden Personen entgegenzuwirken.⁴²

In der Rechtsprechungspraxis wird durch den Beschluss des BVerfG ein Bewusstsein für die Strafgerichte geschaffen, künftig vermehrt eine besonders restriktive Auslegung der Schmähkritik anzuwenden. Um den grundrechtlichen Anforderungen an die Strafbarkeit nach § 185 gerecht zu werden, sollten

die Gerichte zumindest zur Abwägung gelangen. Denn auch diese schließt eine Strafbarkeit nach § 185 nicht von vornherein aus. So könnte sich die Summe der vom BVerfG als begründet angesehenen Verfassungsbeschwerden verringern. Hier mangelt es jedoch oftmals an einer hinreichenden Begründung. Die Abwägung setzt ein großes Maß an Hintergrundinformationen zur Tat und eine detaillierte Auseinandersetzung mit den widerstrebenden Interessen voraus. Dies erscheint höchst zeitaufwendig und erfordert einen Mehraufwand für die Gerichte. Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass sie sich letztlich gegen eine restriktive Auslegung der Schmähkritik wenden und eine solche trotz der Rüge des BVerfG allzu oft bejahen. Hinzu kommt die doch sehr subjektive Entscheidung darüber, welches Interesse zu überwiegen vermag – ist doch das Empfinden, welche Äußerungen zum Sagbaren gehören sehr unterschiedlich. Es ist daher positiv zu würdigen, dass der jetzige Beschluss des BVerfG weitere Vorgaben für eine Abwägung durch die Fachgerichte ins Feld führt. Im Ergebnis bleibt die Strafbarkeit nach § 185 und die damit einhergehende Interessenabwägung einzelfallabhängig.

(Donna Engel/Laura L. Jacob)

³⁸ *Ceffinato*, JuS 2020, 495, 496; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 193 Rn. 26; *Zaczyk*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 193 Rn. 33.

³⁹ *Zaczyk*, in NK (Fn. 38), § 193 Rn. 33.

⁴⁰ So der Fall einer im Internetblog veröffentlichten Bezeichnung eines Richters u.a. als

„Justizverbrecher“: BVerfGE BeckRS 2020, 12819; sowie die Beantragung eines psychiatrischen Gutachtens gegen die Leiterin eines Rechtsamtes: BVerfG BeckRS 2020, 12823.

⁴¹ BVerfG BeckRS 2020, 12823, Rn. 34.

⁴² BT-Drs. 19/17741, S. 1.

1. Sachverhalt¹

A plant, einen Zigarettenautomaten aufzubrechen, um an Zigaretten und Bargeld zu gelangen. Für die Umsetzung hat er verschiedene Einbruchswerkzeug mitgebracht, darunter einen Trennschleifer, für dessen Verwendung er allerdings Strom benötigt. Weitere Hilfsmittel legt er vor dem Zigarettenautomaten ab. In der Absicht, die Geräusche seines Tuns zu dämpfen, verhüllt er den Automaten mit einer Plane und einem Handtuch. Für die Nutzung des Trennschleifers hofft A, in unmittelbarer Nähe zum Tatort, einen Stromanschluss zu finden. Da ein solcher nicht vorhanden ist, kann er den Trennschleifer jedoch nicht nutzen. Den Gebrauch eines anderen Werkzeugs zieht er in Erwägung, aufgrund der zutreffenden Annahme, entdeckt worden zu sein, sieht er hiervon aber ab und verlässt fluchtartig den Tatort.

Das LG verurteilt A im Hinblick auf diese Tat wegen versuchten Diebstahls gem. den §§ 242, 22, 23 StGB². Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falls steht die Frage, ob A bereits zum versuchten Diebstahl unmittelbar

September 2020

Zigarettenautomat-Fall

Versuchsbeginn / unmittelbares Ansetzen / Regelbeispiel

§§ 242, 22, 23, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 StGB

famos-Leitsätze:

1. Ist der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert, so reicht der erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus regelmäßig aus, wenn sich der Täter nach dessen Überwindung ohne Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt.
2. Sollen mehrere gewahrsamssichernde Schutzmechanismen hintereinander überwunden werden, ist schon bei Angriff auf den ersten davon in der Regel von einem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme auszugehen.

BGH, Beschluss vom 28. April 2020 – 5 StR 15/20; veröffentlicht in NJW 2020, 2570.

i.S.d. § 22 angesetzt hat, indem er den Zigarettenautomaten lediglich verhüllte.

Der Gesetzgeber wollte mit § 22 festlegen, dass eine Strafbarkeit auch schon im Vorfeld der Tatvollendung angenommen werden kann.³ Eine zu weite Vorverlagerung in die Vorbereitungsphase war jedoch nicht das Ziel.⁴ Die Grenze zur straflosen Vorbereitung bestimmt sich nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung gem. § 22.⁵ Die h.M. verbindet verschiedene

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ BT-Drs. V/4095, S. 11.

⁴ BT-Drs. V/4095, S. 11.

⁵ Kudlich, JA 2015, 152, 153; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 22 Rn. 4.

subjektive und objektive Elemente (sogeannter „Kombinationsansatz“).⁶ Nach dieser Theorie liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, „wenn der Täter subjektiv [nach seiner Vorstellung] die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, sodass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht“⁷ und aus Tätersicht eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts erreicht wird.⁸ Bei einer Teilverwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes kann das Ansetzen nach § 22 grundsätzlich bejaht werden, ein solches ist für den Versuchsbeginn jedoch nicht erforderlich.⁹ Der Versuch kann bereits bei einem eigenständig betrachteten, noch nicht tatbestandsmäßigen Handeln vorliegen, wenn dieses nach dem Tatplan ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll.¹⁰ Wesentliche Zwischenakte sind Handlungen, die wegen fehlender Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung keinen Bestandteil des Tatplans darstellen.¹¹

In dem hier zu besprechenden Fall wollte A durch Aufbruch eines Zigarettenautomaten an Zigaretten und Bargeld gelangen. Da dieses Vorhaben scheiterte, könnte ein Versuch des Diebstahls vorliegen, der gem. § 242 Abs. 2 strafbar ist. Entscheidend ist hier das **unmittelbare Ansetzen zum Gewahrsamsbruch**, genauer das Vorhandensein einer konkreten Gefahr des ungehinderten Zugriffs auf das potenzielle Diebesgut.¹² Überdies könnte der Zigarettenautomat als **Schutzvorrichtung** gem.

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 angesehen werden. Folglich käme ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 in Betracht.

Zu klären ist dabei, ob ein unmittelbares Ansetzen zum Regelbeispiel ausreichend ist, um zu einer versuchten Wegnahme anzusetzen oder ob zwingend ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt (zur Wegnahme) vorausgesetzt wird.¹³

Nach der dogmatischen Logik wird in diesen Fällen der Versuchsbeginn angenommen, wenn zumindest auch zum Grunddelikt unmittelbar angesetzt wurde,¹⁴ wenn also im unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel auch ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt liegt.¹⁵ Das Regelbeispiel erfasse Umstände, die eine Erhöhung des Strafrahmens ermöglichen, sie bauen auf dem Grundtatbestand auf.¹⁶ Das Unrecht eines versuchten Regelbeispiels könne damit **nicht** gegeben sein, solange zumindest nicht ebenfalls das Unrecht eines versuchten Grunddelikts vorliege.¹⁷

In Bezug auf den vorliegenden Fall, ist zusätzlich problematisch, dass sowohl Regelbeispiel als auch Grunddelikt im Versuch stecken bleiben. Sind sowohl das Grunddelikt, als auch das Regelbeispiel nur versucht, werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze vertreten.¹⁸ Der BGH bejaht einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall.¹⁹ Begründet wird dies zum einen damit, dass es nicht der Wille des historischen Gesetzgebers gewesen sei, bei Änderung des § 243 von einer Qualifi-

⁶ *Cornelius*, in BeckOK, StGB, 47. Ed., Stand: 01.08.2020, § 22 Rn. 35; *Engländer*, NStZ 2017, 86, 88.

⁷ BGH NStZ 2013, 156, 157.

⁸ BGH NStZ 2006, 331, 331 f.

⁹ *Hoffmann-Holland*, in MüKo, StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 106.

¹⁰ BGH BeckRS 1984, 31113653; *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 37.

¹¹ BGH BeckRS 2015, 14775 Rn. 14.

¹² *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 129; *Wittig*, in BeckOK, StGB, 46. Ed., Stand: 01.05.2020, § 242 Rn. 44.

¹³ *Engländer*, NStZ 2017, 86, 87.

¹⁴ *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 5), § 22 Rn. 10.

¹⁵ *Kudlich*, JA 2015, 152, 153.

¹⁶ *Eisele*, JA 2006, 309, 310.

¹⁷ *Engländer*, NStZ 2017, 86, 87.

¹⁸ *Rengier*, Strafrecht BT I, 22. Aufl. 2020, § 3 Rn. 52.

¹⁹ BGH NJW 1986, 940, 941; *Schmitz*, in MüKo, StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 243 Rn. 89.

kation in eine Strafzumessungsregel die Reichweite des § 243 einzuschränken.²⁰ Zum anderen argumentiert die Rspr., dass § 243 aufgrund der Tatbestandsähnlichkeit bereits beim Versuch der Verwirklichung des Regelbeispiels Indizwirkung entfalte.²¹ Die Indizwirkung besagt, dass bei Bejahen des Regelbeispiels widerlegbar vermutet werden kann, dass die Tat insgesamt als besonders schwer einzustufen ist.²² Die Literatur hingegen geht lediglich von einem versuchten Diebstahl aus.²³ Es wird argumentiert, ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 sei nur bei Tatbeständen möglich, bei § 243 handele es sich allerdings um Regelbeispiele.²⁴ Des Weiteren könne man aufgrund des Verbotes einer Analogie gem. Art. 103 Abs. 2 GG zu Lasten des Täters bei einem Versuch der Verwirklichung des Regelbeispiels nicht von einer Indizwirkung ausgehen.²⁵

Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, ob das in Aussicht genommene Diebesgut durch einen oder mehrere Schutzmechanismen gesichert ist. Bisher wurde seitens der Rspr. in vergleichbaren Fällen ein unmittelbares Ansetzen zum Regelbeispiel und gleichzeitig zur Wegnahme bejaht, wenn der Täter erfolgreich **alle** Schutzmechanismen i.S.d. Norm überwunden hat²⁶ und somit anschließend in unmittelbarer zeitlicher und örtlicher Nähe ohne erwartbare Hindernisse mit der Wegnahme beginnen kann.²⁷ Sind diese Voraussetzungen gegeben, sei in dem unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel gleichzeitig auch ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt zu sehen.²⁸

Es kommt jedoch immer auf die Betrachtung des Einzelfalls an. Zum Beispiel lehnte

der BGH im Jahr 2016 einen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 aufgrund fehlenden unmittelbaren Ansetzens ab.²⁹ Hier wollten die Täter in ein Wohnhaus einbrechen, um dort nach Wertgegenständen zu suchen.³⁰ Sie waren bereits über das Gartentor in den Garten des Hauses eingedrungen, machten sich an der Terrassentür zu schaffen und leuchteten die Rollos an.³¹ Der Inhaber des Gebäudes wurde durch die verursachten Geräusche auf die Täter aufmerksam, weshalb diese ihr Vorhaben abbrachen.³² Das Eindringen in den Garten reichte dem BGH für ein unmittelbares Ansetzen nicht aus, da nicht im Garten sondern in dem durch weitere Sicherung geschützten Haus nach Diebesgut gesucht werden sollte.³³ Auch für das „Zuschaffenmachen“ an der Terrassentür und das Anleuchten der Rollos wurde der Versuchsbeginn abgelehnt. Es sei nicht ersichtlich, dass die Wegnahme im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang ohne weitere Zwischenakte, wie die Suche nach der Beute, erfolgen könne.

Im Jahr 2019 verneinte der BGH in einem Fall, in dem die Täter schon einen Schritt weiter waren, erneut das unmittelbare Ansetzen zum Wohnungseinbruchsdiebstahl.³⁴ In diesem Sachverhalt hatte der Täter bereits den Holzrahmen einer Terrassentür durchbohrt, um von innen den Türhebel zu betätigen, mit dem Ziel, aus der Wohnung Gegenstände zu entwenden.³⁵ Zur Umsetzung des Tatplans kam es allerdings nicht, da im Wohnhaus das Licht angeschaltet wurde.³⁶ Das unmittelbare Ansetzen scheiterte ebenfalls aufgrund des

²⁰ Rengier (Fn. 18), § 3 Rn. 52.

²¹ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 10), § 243 Rn. 44.

²² Eisele, JA 2006, 309.

²³ Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 89.

²⁴ Zaczyk, in NK (Fn. 12), § 22 Rn. 55.

²⁵ Eisele, JA 2006, 309, 314.

²⁶ BGH NStZ 2019, 716.

²⁷ Vgl. Kudlich, JA 2015, 152, 154.

²⁸ Cornelius, in BeckOK (Fn. 6), § 22 Rn. 46a.

²⁹ BGH NJW 2017, 1189.

³⁰ BGH NJW 2017, 1189.

³¹ BGH NJW 2017, 1189.

³² BGH NJW 2017, 1189.

³³ Eisele, JuS 2017, 175, 176.

³⁴ BGH, BeckRS 2019, 22265.

³⁵ BGH, BeckRS 2019, 22265.

³⁶ BGH, BeckRS 2019, 22265.

Fehlens des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen Ansetzen zur Qualifikation und der Wegnahme.³⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A gegen das Urteil des LG. Es sei nicht zu beanstanden, dass A zur Verwirklichung des Diebstahls bereits unmittelbar angesetzt hat.

Bei Diebstahlsdelikten müsse berücksichtigt werden, ob aus Tätersicht mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel und damit auch zum Grunddelikt bereits ein ungehinderter Zugriff auf das angestrebte Diebesgut bestehe. Der BGH stellt dabei darauf ab, ob der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert ist. Hierbei reiche der **erste Angriff** auf einen solchen Schutzmechanismus aus, um den Versuchsbeginn zu bejahen. Es sei allerdings zu beachten, dass dies nur gelte, wenn nach der geplanten Tatumsetzung **ohne** tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan, nach den Vorstellungen des Täters ein ungehinderter Zugriff auf die erwartete Beute bestehe. Bei Vorliegen mehrerer Schutzmechanismen sei ein unmittelbares Ansetzen bereits gegeben, wenn mit den zur Verfügung stehenden Mitteln im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang ein Angriff auf den **ersten Schutzmechanismus** erfolge. Ein erfolgreiches Überwinden des angegriffenen Schutzmechanismus sei für das unmittelbare Ansetzen allerdings nicht erforderlich. Deshalb reiche der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen. Der 5. Strafsenat hält insofern an seiner bisherigen Rspr., soweit sie dieser Entscheidung entgegensteht, nicht mehr fest. Das bloße Untersuchen eines Schutzmechanismus sei für die Annahme des unmittelbaren Ansetzens jedoch nicht

ausreichend. Vorliegend habe A geplant, einen Zigarettenautomaten aufzubrechen, um Zigaretten und Bargeld zu entwenden. Der Automat stelle einen solchen Schutzmechanismus dar. Durch die Verhüllung des Automaten und dem damit verbundenen Ziel, die Geräusche der Tat zu dämpfen, sei dieser Schutzmechanismus dem Zugriff des A ausgesetzt gewesen. Diesen habe A durch den Einsatz des Trennschleifers oder mit einem anderen bereitgelegten Werkzeug überwinden wollen, um die darin befindlichen fremden Sachen wegzunehmen. In der vergeblichen Suche nach einem Stromanschluss für die Verwendung des Trennschleifers sei nicht ein tatbestandsfremder wesentlicher Zwischenschritt, eine zeitliche Zäsur oder ein Abweichen vom Tatplan zu sehen. Damit seien die von A begehrten Zigaretten und das Bargeld bereits konkret gefährdet gewesen. Ein unmittelbares Ansetzen und somit ein Versuchsbeginn seien zu bejahen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das unmittelbare Ansetzen ist seit jeher mit Problemen verbunden und bereitet in Prüfungen und der Praxis oftmals große Schwierigkeiten.

Im Hinblick auf den Beschluss ist festzuhalten, dass nach der Ansicht des BGH bereits der erste Angriff auf einen Schutzmechanismus regelmäßig ausreichend ist, um ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen. Gem. der hier zu besprechenden Entscheidung umfasst der Schutzmechanismus auch Fälle in denen der Schutz des Gewahrsams durch eine dafür zuständige Person gewährleistet wird. Bei mehreren Schutzmechanismen reiche der Angriff auf den ersten Schutzmechanismus aus. Dies hat zur Folge, dass es zu einer **Vorverlagerung** des Versuchsbeginns kommt, eine Versuchsstrafbarkeit somit schneller angenommen wird. Wie erwähnt, hält der BGH an der entgegenstehenden Rspr., (wie der oben

³⁷ BGH, BeckRS 2019, 22265; BGH NJW 2017, 1189.

geschilderten aus dem Jahre 2019), nicht fest. Mit Blick auf die aktuelle Rspr. ist anzunehmen, dass in diesen Fällen ein versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl hätte bejaht werden müssen, da mit dem Eindringen zum Tatbestand der Qualifikation unzweifelhaft angesetzt wurde.

Aufgrund der angesprochenen Konsequenzen des Beschlusses könnte der Versuch des Regelbeispiels noch mehr an Prüfungsrelevanz gewinnen. Im Folgenden wird deshalb auf einige Punkte eingegangen, die bei der Bearbeitung dieser Konstellation wichtig werden könnten.

Wenn Anhaltspunkte im Sachverhalt angelegt sind, die auf einen strafbefreienden Rücktritt des Täters schließen lassen, ist zu überlegen, ob dieser erst nach der Prüfung der Strafzumessung, oder bereits davor anzusprechen ist. Klausurtaktisch ist es sinnvoll, sich bereits in der Lösungsskizze darüber Gedanken zu machen, ob der Täter erfolgreich zurückgetreten sein könnte und ob ggf. besondere Probleme in der Strafzumessung angelegt sind. Um sicher zu gehen, dass man sich keine Probleme abschneidet (wie z.B. die Feststellung des Vorliegens einer Strafzumessungsvorschrift, die man in der Normenkette zitiert hat oder etwaige Sonderprobleme der Strafzumessung), sollte der Rücktritt wohl in jedem Fall erst nach Prüfung der Strafzumessung geprüft werden.

Im Prüfungspunkt der Strafzumessung können **drei** unterschiedliche Fallgestaltungen in Bezug auf § 243 relevant werden. Die Vollendung des Regelbeispiels bei versuchter Tat, der Versuch des Regelbeispiels und Tatvollendung und der Versuch von Tat und Regelbeispiel.³⁸ Sind sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel nur versucht, werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze vertreten, die bereits erörtert wurden.³⁹

Die Fallgestaltung Versuch des Regelbeispiels bei Vollendung des Grunddelikts ist strittig. Ein Teil der Lehre geht hier von einem Diebstahl in einem versuchten besonders schweren Fall aus.⁴⁰ Der Versuch des Regelbeispiels müsste bei vollendetem Grunddelikt erst recht die Indizwirkung auslösen, wenn dies schon beim Versuch des Grunddelikts angenommen würde.⁴¹ Aufgrund der Verwirklichung größeren Unrechts müsse somit erst recht der höhere Strafraum angewendet werden.⁴² Die h.M. geht hingegen vom einfachen Diebstahl aus, verneint damit die Indizwirkung des Regelbeispiels, da § 22 lediglich auf Straftaten anzuwenden ist, nicht jedoch auf Strafzumessungsregeln. Der Versuch des Regelbeispiels ist demnach zu verneinen.⁴³

Unproblematisch ist die Vollendung des Regelbeispiels bei versuchtem Grunddelikt.⁴⁴ In diesem Fall ist die Indizwirkung des Regelbeispiels erfüllt und der Täter hat sich somit wegen eines Versuchs des Grunddelikts in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.⁴⁵

5. Kritik

Dem Beschluss des 5. Strafsenats ist nicht zuzustimmen, die ältere Rspr. ist überzeugender. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der BGH hier ein unmittelbares Ansetzen annimmt. Wichtig sei die Überwindung des Schutzmechanismus, da der erste Angriff auf einen solchen ausreicht, wenn sich der Täter nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstelle. Diese Ansicht ist noch nachvollziehbar. Der BGH hat allerdings im vorliegend zu besprechendem Fall ein unmittelbares Ansetzen angenommen, obwohl es noch nicht zu einer Beschädigung des Schutzmechanismus kam. Der Täter hatte

³⁸ Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 85.

³⁹ Rengier (Fn. 18), § 3 Rn. 52.

⁴⁰ Kindhäuser, in NK (Fn. 12), § 243 Rn. 46 f; Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 88.

⁴¹ Eisele, JA 2006, 309, 315.

⁴² Eisele, JA 2006, 309, 315.

⁴³ Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 88.

⁴⁴ Wittig, in BeckOK (Fn. 12), § 243 Rn. 30.

⁴⁵ Heinrich, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2016, Rn. 733a.

das Aufbruchswerkzeug noch nicht einmal verwendet. Damit kommt es zu einer zu weiten Vorverlagerung des Versuchsbeginns.

Die Wendung „regelmäßig“ deutet wiederum darauf hin, dass der BGH es sich vorbehalten will, in Einzelfällen von dieser Entscheidung abzuweichen. Des Weiteren wird aus dem Beschluss nicht ersichtlich, warum der BGH § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 nicht erwähnt. Denn der Zigarettenautomat kann unproblematisch unter die Definition des „verschlossenen Behältnisses“ i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 subsumiert werden.⁴⁶

Im Übrigen ist zu kritisieren, dass der BGH hier nur in wenigen Sätzen auf den genauen Sachverhalt eingeht. Er führt zwar lehrbuchartig aus, welche Kriterien für das unmittelbare Ansetzen relevant sind, und nennt auch einige Beispielsfälle. Diese beziehen sich allerdings eher auf die Diebstahlsqualifikation des § 244 bzw. auf das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

Auf einen möglichen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 wird schließlich gar nicht eingegangen. Der BGH hätte sich zumindest darüber Gedanken machen müssen, ob ein Rücktritt vorläge oder ob dieser aufgrund eines Fehlschlags des Versuchs nicht mehr möglich war. Ein fehlgeschlagener Versuch könnte darin liegen, dass A keinen Stromanschluss fand und somit nach seiner Vorstellung den Erfolgseintritt in unmittelbarem räumlichem oder zeitlichem Zusammenhang mit den ihm zur Verfügung stehenden Tatmitteln nicht mehr erreichen konnte.⁴⁷ Dazu fehlen allerdings die notwendigen Informationen. Des Weiteren könnte der Rücktritt an der fehlenden Freiwilligkeit scheitern. Durch die Entdeckung hatte sich das Tatrisiko für A erhöht, weshalb er von der Tat abgesehen haben könnte. Die Entdeckung der Tat führt nicht unbedingt zur Unfreiwilligkeit, sondern nur,

wenn das Weiterhandeln die sichere Strafverfolgung zur Konsequenz hat.⁴⁸ Dies ist einzel-fallabhängig.

Im Ergebnis bleibt abzuwarten, ob der BGH in folgenden Entscheidungen dieser Linie treu bleibt oder seine Rspr. wieder ändert.

(Magdalena Penßel/Luisa Strobl)

⁴⁶ Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 22.

⁴⁷ BGH NJW 1988, 1602, 1603; Hoffmann-Holland, in MüKo (Fn. 9), § 24 Rn. 53 ff.

⁴⁸ Zaczek, in NK (Fn. 12), § 24 Rn. 69 f.

1. Sachverhalt

Während sich die 84-jährige O auf dem Heimweg befindet, nähert sich ihr A von hinten und ergreift die an ihrem Rollator befestigte Handtasche samt ihrer Geldbörse. Infolgedessen entgleitet O ihr Rollator, wodurch sie das Gleichgewicht verliert und mit ihrem Kopf auf den gepflasterten Boden aufschlägt. A flüchtet mit der Handtasche vom Tatort. O erleidet durch den Sturz erhebliche Verletzungen. Nach einer erforderlichen Hirnoperation erlangt sie das Bewusstsein nicht wieder. Als sich der Gesundheitszustand von O nach vier Tagen nicht bessert, entscheiden die behandelnden Ärzte, zusammen mit den Angehörigen, in Übereinstimmung mit der Patientenverfügung und dem vor der Operation gegenüber dem Arzt geäußerten Wunsch der O, diese nicht mehr intensivmedizinisch zu versorgen. O verstirbt 13 Tage nach der Tat. Das LG verurteilt A wegen Raubes mit Todesfolge nach § 251 StGB¹ zu elf Jahren Freiheitsstrafe. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik des Falles betrifft im Rahmen des tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhangs² die Frage, innerhalb welcher Grenzen und unter welchen Umständen

Oktober 2020

Patientenverfügungs-Fall

Raub mit Todesfolge / objektive Zurechnung / spezifischer Gefahrezusammenhang / Patientenverfügung

§§ 251, 18 StGB

famos-Leitsatz:

Weder das rechtmäßige Unterlassen einer Weiterbehandlung durch Ärzte im Hinblick auf eine wirksame Patientenverfügung eines Raubopfers, noch die Patientenverfügung gemäß § 1901a BGB selbst unterbrechen den tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhang im Sinne des § 251 StGB.

BGH, Beschluss vom 17. März 2020 – 3 StR 574/19; veröffentlicht in NJW 2020, 3669.

dem Täter der Tod des Opfers noch zugerechnet werden kann.

Das Verhältnis zwischen dem spezifischen Gefahrezusammenhang zur allg. objektiven Zurechnung ist streitig.

Bezüglich des Inhalts der Prüfung des spezifischen Gefahrezusammenhangs besteht jedoch Einigkeit, dass sich in der schweren Folge gerade die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche Gefahr – die so genannte tatbestandsspezifische Gefahr – niedergeschlagen haben muss.³ Der Gefahrezusammenhang muss zudem zwischen dem regelmäßig ge-

¹ Normen ohne Gesetzesbezeichnungen sind solche des StGB.

² Zuweilen auch Gefährdungszusammenhang, Gefahrverwirklichungszusammenhang, gefahrspezifischer Zusammenhang oder Unmittelbarkeitszusammenhang genannt.

³ BGHSt 31, 96; 38, 298; *Falb/Seßler*, [famos 11/2017](#), S. 2; *Heinrich/Reinbacher*, JURA 2005, 743, 745; *Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 227 Rn. 3; *Zieschang*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2020, Rn. 397.

fährlichen Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel im Sinne des § 249 und dem tödlichen Erfolg bestehen.⁴

Der vorliegende Fall wirft drei Fragestellungen auf: Zum einen muss geklärt werden, ob der Tod der O dem A als **sein Werk** zurechenbar ist. Vertreter der objektiven Zurechnung prüfen dies unter der allgemein gültigen Formel, ob der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.⁵ Gegner der Lehre prüfen diesen Punkt im Rahmen des Vorsatzes respektive im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs und fragen demnach, ob der Täter hinsichtlich der schweren Folge fahrlässig handelte.⁶ Im vorliegenden Fall ist die Antwort auf diese Fragestellung gerade deshalb relevant, da zu klären ist, ob durch die freiverantwortliche Entscheidung der O – in Form einer Patientenverfügung gem. § 1901a BGB – einerseits bzw. durch das Unterlassen der Behandlung der Ärzte andererseits der Gefahrenzusammenhang entfällt.

Weiter muss geklärt werden, ob sich die **spezifische Gefahr** der Raubhandlung in dem konkreten Erfolg realisiert hat, d.h. ob der Tod von O konkret durch das Wegreißen der Handtasche verursacht wurde.

Schließlich ist auf die **objektive Voraussehbarkeit** einzugehen. Es stellt sich die Frage, ob der Tod der O für A voraussehbar war. In Bezug auf diese Fragestellung sind sowohl der Sturz der O als unmittelbare Folge der Raubhandlung als auch ihre Patientenverfügung zu beachten. Die Besonderheit des Falles ergibt sich daraus, dass das Verhalten der O in Form der Erstellung einer Patientenverfügung dem Tatzeitpunkt vorgelagert ist. Diese

entfaltet dann aber erst bei Befolgung der Patientenverfügung durch den Arzt, d.h. nach dem Tatzeitpunkt, ihre Wirkung.

Im Folgenden wird zunächst thematisiert, unter welchen Voraussetzungen der tatbestandsspezifische **Gefahrenzusammenhang entfällt** bzw. inwieweit dem Täter der Taterfolg unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles noch als sein Werk **zugerechnet** werden kann. Eine Unterbrechung des tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhangs hätte zur Folge, dass dem Täter der tödliche Erfolg nicht mehr zugerechnet werden könnte.⁷

Nach Ansicht des BGH führt ein eigenverantwortliches Dazwischentreten des **Opfers** zu einer **Unterbrechung** des tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhangs.⁸ Er bleibt jedoch **bestehen**, wenn das Opfer aus Furcht vor schweren Verletzungen handelt, da hier ein eigenverantwortliches Verhalten nicht mehr angenommen werden kann und die Reaktionen des Opfers mithin in den Verantwortungsbereich des Täters fallen.⁹ Der tatbestandsspezifische Gefahrenzusammenhang bleibt auch dann **bestehen**, wenn das Opfer in **adäquater** Weise auf die Nötigung des Täters reagiert und erst infolgedessen der tödliche Erfolg eintritt.¹⁰ Dies ist etwa der Fall, wenn das Opfer bei dem Versuch, der Gewaltanwendung des Täters auszuweichen, stürzt und dabei zu Tode kommt.¹¹ Dieses Verhalten ist nach ganz h.M. dem raubtypischen Geschehen zuzuordnen und kann dem Täter infolgedessen über § 251 zugerechnet werden.¹²

Weiterhin ist der Umstand zu klären, ob die Bemühungen der **Ärzte**, den Tod der O zu verhindern, den tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhang unterbrechen, sodass

⁴ BGHSt 33, 322; *Falb/Seßler*, famos 11/2017, S. 3; *Kühl*, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 251 Rn. 1; *Wittig*, in BeckOK, StGB, 47. Ed., Stand: 01.08.2020, § 251 Rn. 4.

⁵ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 156.

⁶ *Zieschang*, AT (Fn. 3), Rn. 407.

⁷ *Falb/Seßler*, famos 11/2017, S. 3.

⁸ BGH NJW 1971, 152.

⁹ BGH NJW 1992, 1708; BGH NStZ 2008, 278; *Rönnau*, JuS 2020, 108, 110.

¹⁰ *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 251 Rn. 6; *Paeffgen*, JZ 1989, 220, 227; *Sander*, in MüKo, StGB, 3. Aufl. 2017, § 251 Rn. 9.

¹¹ *Sander*, in MüKo (Fn. 10), § 251 Rn. 9.

¹² *Kindhäuser*, in NK (Fn. 10), § 251 Rn. 6.

der Tod der O dem A nicht mehr zugerechnet werden kann.

Von der Rechtsprechung wurde bereits der Tod eines Leichtverletzten durch eine Thrombose, die u.a. auch durch die ärztlich verordnete Bettruhe zumindest gefördert worden war, als dem Täter zurechenbar angesehen.¹³ Weiter wurde dem Täter eine Monate nach der eigentlichen Tat auftretende tödliche Sepsis zugerechnet, welche auf einen ärztlichen Kunstfehler zurückzuführen war.¹⁴ Auch im sog. „Hochsitz-Fall“¹⁵ wurde der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang bejaht. Hier hatte das Opfer zunächst nur einen Knöchelbruch erlitten, starb jedoch an einer zumindest fahrlässig nicht verhinderten tödlichen Embolie.¹⁶

Grundsätzlich kann ein Fehlverhalten Dritter bei den Bemühungen, die vom Täter geschaffene Gefahr abzuwenden,¹⁷ den Täter nicht entlasten. Die strafrechtliche Haftung entfällt für den Ersthandelnden nur für Gefahren, die eben nicht mehr im Rahmen der vom Täter gesetzten **Ausgangsgefahr** liegen.¹⁸ Dies gilt jedenfalls bei Vorsatz des Dazwischentreitenden.¹⁹ Teile der Literatur lassen hier bereits grobe Fahrlässigkeit genügen.²⁰ Daher sind dem Täter ärztliche Behandlungsfehler zuzurechnen, wenn sich die vom Täter pflichtwidrig geschaffene Gefahr im Tod oder einer erschwerten Verletzung verwirklicht.²¹

Des Weiteren ist der Umstand zu klären, ob der hier eingetretene Tod der O konkret durch das Wegreißen der Handtasche verursacht wurde. Der Tatbestand des § 251 ist – wenn die tödliche Folge nicht unmittelbar

durch die Nötigung, sondern erst durch weitere Umstände eintritt – insbesondere dann zu bejahen, wenn der Tod des Opfers durch eine Tathandlung herbeigeführt wurde, die derart eng mit dem Tatgeschehen verbunden ist, dass sich die **besondere Gefährlichkeit der Tathandlung** im Todeserfolg realisiert hat.²²

Schließlich stellt sich die Frage, ob der konkret vorliegende Kausalverlauf, der schlussendlich zum Tod des Opfers führte, vom Täter als **voraussehbar** zu erachten ist. Manche Vertreter der Lehre der objektiven Zurechnung prüfen diese Frage im Rahmen der Fallgruppe des **atypischen Kausalverlaufs**.²³ Ein Kausalverlauf ist atypisch, wenn der eingetretene Erfolg völlig außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt.²⁴ Gegner der Lehre fragen danach, ob der konkrete Erfolg **objektiv voraussehbar** war und ordnen dieses Problem mithin dem Prüfungspunkt zu, ob der Täter hinsichtlich der schweren Folge fahrlässig handelte.²⁵ Ein Erfolg gilt dabei als objektiv voraussehbar, wenn ein besonnener und gewissenhaft handelnder Dritter aus dem Verkehrskreis und in der konkreten Situation des Täters und unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, den Erfolg nicht für so weit außerhalb der allgemeinen Lebenswahrscheinlichkeit erachtete, dass man mit ihm nicht zu rechnen brauchte.²⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A und stellt zunächst fest, dass der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang zwischen der Handlung des Täters und dem Tod des Opfers **nicht**

¹³ OLG Stuttgart NJW 1956, 1451.

¹⁴ OLG Celle NJW 1958, 271.

¹⁵ BGH NJW 1982, 2831; *Paeffgen*, in NK (Fn. 10), § 18 a Rn. 26.

¹⁶ BGH NJW 1982, 2831.

¹⁷ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 169.

¹⁸ *Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), vor § 13 Rn. 102.

¹⁹ *Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), vor § 13 Rn. 102a.

²⁰ *Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), vor § 13 Rn. 102a.

²¹ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 169.

²² BGHSt 31, 96, 99; vgl. BGH NStZ 1998, 511; BGH NStZ 2003, 34.

²³ *Heinrich/Reinbacher*, JURA 2005, 743, 744.

²⁴ *Freund*, in MüKo, StGB, 4. Aufl. 2020, vor § 13 Rn. 348.

²⁵ *Zieschang*, AT (Fn. 3), Rn. 408.

²⁶ *Heinrich/Reinbacher*, JURA 2005, 743, 746.

schon dadurch **unterbrochen** wird, dass im Krankenhaus ein **Behandlungsversuch** unternommen wird, der die Risikoverwirklichung verhindern soll. Das Fehlschlagen der Behandlung führe vor allem dann nicht zu einem neuen Risikozusammenhang, wenn der Eingriff medizinisch indiziert und lege artis durchgeführt wird, da dieser kein neues Gefährdungsrisiko für das Opfer setzt, sondern lediglich versucht, die Folgen der Tathandlung zu beseitigen. Dies gilt auch und gerade dann, wenn das mögliche Fehlschlagen des Eingriffs bereits in der Konstitution des Opfers angelegt ist.

Weiterhin stellt der BGH fest, dass ein Opfer, das keine ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, keine neue Ursache für den Eintritt des Todes setzt, sondern dem vom Täter gesetzten Risiko lediglich nicht entgegenwirkt. In diesem Zuge betrachtet der BGH den eigenverantwortlichen, in einer Patientenverfügung niedergelegten Willen als Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Der Patient hat somit in jeder Phase seines Lebens das Recht, selbstbestimmt zu entscheiden, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen möchte. In diesem Fall wird der Zurechnungszusammenhang auch dann **nicht unterbrochen**, wenn der **Arzt** aufgrund der **Patientenverfügung** lebenserhaltende Maßnahmen beendet, da dessen Handlung die aus der Tathandlung resultierende Gefahr weder fördert noch abmildert. Demnach habe sich auch die spezifische Gefahr der Raubhandlung in der tödlichen Folge realisiert.

Zuletzt stellt der BGH fest, dass es für den Täter auch **vorhersehbar** ist, dass sich ein Opfer mit der Konstitution oder in dem Alter der O bei einer Raubhandlung schwere Verletzungen zuziehen kann und dass das Opfer im Rahmen einer Patientenverfügung oder durch

sonstige Willensäußerung eine lebenserhaltende Behandlung ablehnt.

Der BGH lässt dabei die Frage offen, ob der Fall anders zu entscheiden ist, wenn das Opfer aus unvernünftigen Gründen eine erfolgversprechende Behandlung ablehnt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Zunächst stellt sich die Frage, wo der Prüfungspunkt des tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhangs im juristischen Gutachten zu verorten ist.

Bereits hier muss unterschieden werden, ob man die Lehre der objektiven Zurechnung begrüßt und mithin den Gefahrenzusammenhang als besondere Art in einem zweiten Schritt prüft,²⁷ oder ob man auf diese verzichtet.²⁸ Vertreter der objektiven Zurechnung müssen in diesem Rahmen beachten, dass innerhalb dieses Prüfungspunkts auch Fahrlässigkeitsmerkmale, z.B. der Pflichtwidrigkeitszusammenhang und die objektive Voraussehbarkeit, geprüft werden.²⁹

Typische Zurechnungsprobleme werden von Befürwortern dieser Lehre unter dem Prüfungspunkt der objektiven Zurechnung geprüft, um den Tatbestand bereits auf objektiver Ebene einzuschränken.³⁰ Wichtige Fallgruppen sind u.a. die atypischen Kausalverläufe, der Schutzzweckzusammenhang, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, die freiverantwortliche Selbstschädigung des Opfers sowie das eigenverantwortliche Dazwischentreten eines Dritten.³¹

²⁷ Heinrich/Reinbacher, JURA 2005, 743, 745.

²⁸ Zieschang, AT (Fn. 3), Rn. 397.

²⁹ Heinrich/Reinbacher, JURA 2005, 743, 748.

³⁰ Heinrich/Reinbacher, JURA 2005, 743, 744.

³¹ Heinrich/Reinbacher, JURA 2005, 743, 744.

Im Folgenden soll **schematisch** dargestellt werden, wie das erfolgsqualifizierte Delikt im juristischen Gutachten aufzubauen ist.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt
2. Eintritt der schweren Folge
3. Kausalität
4. objektive Zurechnung / tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang
5. mind. Fahrlässigkeit im Hinblick auf die schwere Folge

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

Die zentrale Problematik des Falles wirft außerdem die Frage auf, ob der tödliche Taterefolg zum Nachteil der O dem A zugerechnet werden kann, obwohl der freiverantwortliche Wille der O dazwischentritt, keine intensivmedizinische Behandlung seitens der Ärzte zu erhalten. Besonders klausurrelevant wäre der Fall, wenn O keine Patientenverfügung verfasst hätte. Die Patientenverfügung ist in § 1901a BGB geregelt und gibt dem Verfasser die Möglichkeit, für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit Regelungen zu treffen. Im Falle des Eintritts einer solchen Situation ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Patientenverfügung vorliegen und ob infolgedessen dementsprechend zu handeln ist.

Schwieriger scheint die Fallkonstellation bei Nichtvorliegen einer etwaigen Patientenverfügung und wenn sich die verletzte Person im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit befindet. In diesen Fällen ist ein Behandlungsabbruch im Rahmen der Sterbehilfe zu diskutieren. Dabei wird zunächst vorausgesetzt, dass der Patient lebensbedrohlich erkrankt ist und die entsprechenden Maßnahmen zur Erhaltung des Lebens notwendig sind.³² Bei der

weiteren Feststellung des mutmaßlichen Willens des Patienten, sind der in der Vergangenheit schriftlich oder mündlich geäußerte Patientenwille zu beachten.³³ Zudem sind religiöse Überzeugungen, sonstige persönliche Wertvorstellungen, die altersbedingte Lebenserwartung und das Erleiden von Schmerzen bei Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen.³⁴ Dabei können die Vernünftigkeit einer Maßnahme oder die Interessen eines verständigen Patienten lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sein.³⁵ Im Zweifel ist jedoch immer der Schutz des menschlichen Lebens vorrangig, wobei die Entscheidung im Einzelfall auch davon abhängen kann, wie aussichtslos der Gesundheitszustand des Patienten ist.³⁶ Für die Zurechnung im Rahmen des tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhangs kann es jedoch im Unterschied zu dem vorliegenden Fall strittig sein, ob die Sterbehilfe ein vorsätzliches Dazwischentreten eines Dritten darstellt und somit der Tod dem Täter nicht mehr zurechenbar ist. Auch in dieser Fallkonstellation muss der Täter mit dem möglichen Tod des Opfers rechnen. Zumal die Möglichkeit des Todes in Fällen der geschilderten Sterbehilfe entweder in der Konstitution des Opfers oder in der Tat an sich bereits angelegt sind.

5. Kritik

Die Entscheidung des BGH, dass ein vernünftiges und eigenverantwortliches Handeln des Opfers nicht den Zurechnungszusammenhang unterbricht, ist zu begrüßen. Die Entscheidungsfreiheit des Opfers darf nicht geringer wiegen, als die strafrechtliche Begünstigung des Täters. Dies gilt insbesondere dann, wenn es – wie bei § 251 – für das Opfer um Leben

³² BGH NStZ 2010, 630, 632.

³³ BGH NJW 1995, 204; BGH NStZ 2010, 630, 632.

³⁴ BGH NJW 1995, 204, 205.

³⁵ BGH NJW 1995, 204, 205.

³⁶ BGH NJW 1995, 204, 205.

und Tod geht. Dafür spricht auch die Gefährlichkeit des Raubtatbestandes und das daraus resultierende hohe Strafmaß.³⁷

Der BGH behält zwar die bisherige Rechtsprechung über die Voraussehbarkeit des Dazwischentretens bei, wonach es auch hier für den Täter voraussehbar sein muss, dass sich das Opfer eigenverantwortlich gegen die lebenserhaltenden Maßnahmen entscheiden kann. Dennoch rückt er die Entscheidungsfreiheit des Opfers in den Vordergrund und sorgt somit dafür, dass die Entscheidung des Opfers – für oder gegen eine medizinische Behandlung – von der Tathandlung des Täters unabhängig ist und den Zurechnungszusammenhang nicht unterbricht.

Hierdurch wird der verfassungsrechtlich festgeschriebenen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des Opfers gem. Art. 2 Abs. 1 GG eine höhere Bedeutung beigemessen, als dem unrechtmäßigen Handeln des Täters. Das Opfer einer Straftat kann daher unbeeinflusst von der Furcht, dass der Täter möglicherweise im Strafmaß begünstigt wird, eine selbstbestimmte Entscheidung treffen.

Hinzu kommt, dass auch eine medizinisch indizierte und lege artis ausgeführte Behandlung den Zurechnungszusammenhang nicht unterbricht. Im bisherigen Meinungsstand konnte dem Täter der Tod des Opfers im Rahmen des § 251 nur bei einem ärztlichen Behandlungsfehler zugerechnet werden.³⁸ Nach einem Behandlungsfehler verschlechtert sich jedoch unter Umständen der Zustand des Opfers, wodurch der behandelnde Arzt den Eintritt der schweren Folge nur begünstigt. Wohingegen bei einem lege artis durchgeführten Eingriff die Folgen der Täterhandlung möglicherweise abgemildert oder zumindest nicht verschlimmert werden. Daher ist es nur folgerichtig, dass der Zurechnungszusammenhang auch bei einem lege artis durchgeführten Eingriff – wie im vorliegenden Fall – bestehen

bleibt, wenn schon ein Behandlungsfehler – mithin nicht lege artis ausgeführter Eingriff – den Zurechnungszusammenhang nicht zwangsläufig unterbricht.

In diesem Zuge ist auch der Auffassung des BGH zuzustimmen, dass es für den Täter vorhersehbar ist, dass sich das Opfer eines Raubes – auch durch eine Patientenverfügung – gegen eine Behandlung bzw. für den Abbruch einer Behandlung entscheidet. Man könnte der Entscheidung natürlich entgegenhalten, dass der BGH den Tatbestand durch das Bestehenbleiben des tatbestandsspezifischen Gefährdungszusammenhangs in diesem und ähnlich gelagerten Fällen sehr weit fasst. Dafür spricht, dass § 251 eine hohe Strafandrohung hat und daher restriktiv auszulegen ist. Dagegen lassen sich jedoch die besondere Gefährlichkeit des Raubtatbestandes und die daraus resultierenden und schwer beherrschbaren Folgen für das Opfer anführen.³⁹

Besonders hervorzuheben ist schlussendlich, dass der Fall aufgrund des Vorliegens der Patientenverfügung zwar seine Eigenheiten hat, jedoch aufgrund der Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts richtungsweisend ist.

(Felix Rippl/Adina Wenk)

³⁷ Sander, in MüKo (Fn. 10), § 251 Rn. 1.

³⁸ OLG Stuttgart NJW 1956, 1451; OLG Celle NJW 1958, 271.

³⁹ Sander, in MüKo (Fn. 10), § 251 Rn. 1.

1. Sachverhalt

Der 65-jährige A und seine 17-jährige Partnerin B beschließen, gemeinsam in A's Wohnwagen, den er für vorübergehende Aufenthalte und Urlaubsreisen benutzt, zu sterben. A verteilt daher im Innenraum des Wohnwagens Benzin und entzündet dieses. Der Teppich fängt sofort Feuer und die Flammen breiten sich in kürzester Zeit unkontrolliert aus, sodass eine Flucht aus der Tür des Wohnwagens nicht mehr möglich ist. Zudem greift das Feuer bereits auf den Pkw des A über, der in unmittelbarer Nähe geparkt ist. In dieser Situation beschließt A, B und sich zu retten. Trotz des sich bereits stark ausbreitenden Feuers gelingt es A, das Fenster des Wohnwagens aufzuklappen, B aus diesem herauszuhelfen und danach selbst zu entkommen. Der Wohnwagen brennt vollständig aus. B erleidet multiple Verbrennungen. Das LG verurteilt A unter anderem wegen besonders schwerer Brandstiftung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB¹. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik dieses Falles ist die Frage, ob der Tatbestand der tätigen Reue gem. § 306e über seinen Wortlaut hinaus analoge Anwendung findet, wenn kein Brand gelöscht, sondern auf andere Weise die konkrete Lebensgefahr vom Opfer abgewendet wurde.

November 2020

Brennende Reue-Fall

Besonders schwere Brandstiftung / Tätige Reue / Analogie

§§ 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1, 306e Abs. 1 StGB

famos-Leitsatz:

§ 306e Abs. 1 StGB ist auf die Qualifikationen des § 306a Abs. 2 sowie des § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB analog anzuwenden, wenn der Täter – anstatt den Brand zu löschen – die (konkrete) Lebensgefahr des Opfers freiwillig durch anderweitige Rettungshandlungen beseitigt.

BGH, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 StR 118/20; veröffentlicht in NJW 2020, 2971.

Ein Wohnwagen auf Rädern stellt ein Kraftfahrzeug i.S.d. § 306 Abs. 1 Nr. 4 dar.² Aufgrund der konkreten Gefahr für die Gesundheit der B, ist § 306a Abs. 2 heranzuziehen. Im vorliegenden Fall wandelte sich die konkrete Gefahr der Gesundheitsschädigung sogar in eine konkrete Gefahr des Todes für B um, sodass der Tatbestand einer besonders schweren Brandstiftung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 erfüllt war. Hierbei spielt die (fehlende) Fremdheit der Sache keine Rolle.³

Es fragt sich aber, ob A, der durch die Rettung der B diese Gefahr letztlich beseitigt hat, wegen tätiger Reue auf Straffreiheit oder jedenfalls eine Milderung der Strafe hoffen kann. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird Reue als „tiefes Bedauern über etwas, was nachträglich als Unrecht, als moralisch falsch

¹ Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

² OLG Karlsruhe NStZ 1981, 482.

³ BGH NStZ 1999, 32, 33.

empfunden wird“ angesehen.⁴ Bis heute fehlt es aber an einer Legaldefinition der tätigen Reue.⁵ In der Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass tätige Reue als „Abkehr eines Täters von einer bereits eingeleiteten strafbaren Handlung und seine aktive Bemühung, etwaigen Schaden zu verhindern“ verstanden wird.⁶ Auch wird die tätige Reue als „Rücktritt“ vom beendeten Versuch bzw. von der vollendeten Tat bezeichnet.⁷ Die tätige Reue ist allerdings nur für **spezielle Fälle im Gesetz** geregelt, so etwa im StGB in den §§ 83a, 306e, 314a, 320 sowie § 330b. Vorliegend handelt es sich um Brandstiftungsdelikte der §§ 306-306d, sodass eine **tätige Reue** nach § 306e in Betracht kommt.

Dem Wortlaut nach umfasst diese sowohl das freiwillige selbstständige Löschen des Brandes als auch die Löschung auf Veranlassung des Täters durch Dritte, insbesondere die Feuerwehr,⁸ bevor ein erheblicher Schaden entsteht.⁹ Die tätige Reue nach § 306e begründet ein Ermessen des Gerichts zur Strafmilderung nach § 49 Abs. 2 bzw. zur Straffreiheit.¹⁰ Eine tätige Reue nach § 306e scheidet hingegen aus, wenn eine gewisse „Geldwertschwelle“ bei Sachschäden überstiegen ist.¹¹ Hier hat A allerdings keine Maßnahmen zur Brandlöschung ergriffen, wodurch der Tatbestand des § 306e dem Wortlaut nach nicht erfüllt wurde.

Daher stellt sich die Frage, ob er **analoge Anwendung** findet, wenn die konkrete Lebensgefahr auf andere Weise beseitigt wird. Für eine Analogie bedarf es sowohl einer planwidrigen Regelungslücke als auch einer vergleichbaren Interessenlage.¹² Eine Planwidrigkeit ist anzunehmen, wenn bei Erlass des Gesetzes bzw. folgenden Änderungen außer Acht gelassen wurde, einen solchen Fall zu regeln.¹³ Eine Analogie ist jedoch in zwei Fällen **ausgeschlossen**. Zum einen, wenn der Gesetzgeber eine Regelungslücke im Gesetz bewusst vorgesehen hat, und zum anderen, wenn das Analogieverbot zulasten des Täters nach § 1 sowie dem inhaltsgleichen Art. 103 Abs. 2 GG greift.¹⁴ Durch dieses Verbot darf das Gericht eine Person nicht wegen – nach dem Gesetz straflosen – Handlungen verurteilen, die es für strafwürdig hält und die einer Strafnorm ähneln, wenn die Handlungen nicht mit den jeweiligen Normen übereinstimmen.¹⁵ Dabei wird auf die äußeren Grenzen der Auslegung und des Wortsinns abgestellt.¹⁶

Dagegen ist eine Analogie zugunsten des Täters grundsätzlich zulässig.¹⁷ Aufgrund der gebotenen Gerechtigkeit muss der gesetzlich nicht geregelte Fall mit dem bereits geregelten vergleichbar sein.¹⁸ Hier handelt es sich um einen solchen entsprechenden Sachverhalt, da A die B gerettet hat. Zwar hat er den Brand am Wohnwagen nicht gelöscht, beseitigte jedoch die konkrete Gefahr für das Leben

⁴ Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. 2019, S. 1482.

⁵ Härtl-Meißner, Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht, 2020, S. 25.

⁶ Duden (Fn. 4), S. 1482.

⁷ Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 116; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 24 Rn. 19.

⁸ BGH NStZ 2003, 266.

⁹ Kargl, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 306e Rn. 1; Radtke, in MüKo, StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 306e Rn. 14 f.; Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. 2020, § 40 Rn. 102.

¹⁰ Dietmeier, in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 306e Rn. 2; Kargl, in NK (Fn. 9), § 306e

Rn. 1; Wolff, in LK, StGB, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306e Rn. 1, 6.

¹¹ Rengier, BT II (Fn. 9), § 40 Rn. 102.

¹² Schmitz, in MüKo, StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 73; Schuhr, ZIS 2012, 441, 457.

¹³ Dannecker/Schuhr, in LK, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 283.

¹⁴ BGHSt 9, 310, 312; BVerfGE 73, 206, 235 f.

¹⁵ Schmitz, in MüKo (Fn. 12), § 1 Rn. 73.

¹⁶ Dannecker/Schuhr, in LK (Fn. 13), § 1 Rn. 301.

¹⁷ Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, Lehr- und Praxis-kommentar, 8. Aufl. 2020, § 1 Rn. 6.

¹⁸ BGHSt 7, 190, 193 f.

der B auf andere Weise. Da das Verhalten des A nicht von § 306e umfasst ist und auch sonst nicht im Gesetz geregelt wurde, bestehen eine Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenslage. Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob § 306e über seinen Wortlaut hinaus analoge Anwendung auf solche Fälle findet, in denen kein Brand gelöscht wurde. Dies wird im Schrifttum jedoch nicht einheitlich beantwortet.

Nach einer Ansicht ist eine analoge Anwendung des § 306e auf Handlungen, die dort nicht genannt sind, **nicht** gerechtfertigt. Begründet wird dies mit dem vom Gesetzgeber eng gefassten eindeutigen **Wortlaut**. Als Anknüpfungspunkt des Gesetzes diene das Brandobjekt. Damit sei auf den Schaden an den angezündeten und durch Brandlegung zerstörten Gegenständen und gerade nicht auf Schutzgüter wie beispielsweise Leib und Leben eines anderen Menschen abzustellen.¹⁹ Der Gesetzgeber habe sich im Zuge der 6. Strafrechtsreform 1998 gegen die Anwendung der tätigen Reue auf Fälle, in denen es um die Beseitigung der Gesundheits- oder Lebensgefahr geht, ausgesprochen.²⁰ Es sei ihm bewusst gewesen, dass die tätige Reue ihrem Wortlaut nach nicht auf alle Sachverhalte angewendet werden kann. Um diesen deshalb nicht grundlos weiter zu fassen, als es vom Gesetzgeber anvisiert war, und um den Ausnahmecharakter der tätigen Reue zu wahren, scheitert nach dieser Auffassung die analoge Anwendung an der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, kann A sich nicht auf eine tätige Reue nach § 306e berufen, weil der Wortlaut des § 306e aufgrund der fehlenden Brandlöschung durch A nicht erfüllt ist.

Eine weitere Auffassung verneint ebenfalls die Analogie des § 306e auf Fälle, in denen der Brand nicht gelöscht wird, will stattdessen aber auf eine analoge Anwendung der § 314a Abs. 2 und 3 sowie § 320 Abs. 2 und 3 zurückgreifen.²¹ Innerhalb dieser Ansicht werden **verschiedene Anknüpfungspunkte** vertreten. Für Einige genügt es, wenn der Täter durch andere Verhaltensweisen als das Löschen des Brandes die konkrete Gefahr verhindert,²² beispielsweise durch das Wegschaffen einer anderen Person aus dem Gefahrenbereich, sodass keine Gesundheitsschädigung oder der Tod des Opfers hervorgerufen wird.²³ Begründet wird dies damit, dass der Wortlaut des § 306e allein das Löschen des Brandes umfasst. Lebens- oder Gesundheitsgefahren könne der Täter in den Fällen der § 306a Abs. 2 und § 306b Abs. 2 Nr. 1 aber auch auf andere Weise abwenden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb dem Täter keine Chance auf Straffreiheit über § 306e eröffnet werde, sofern er die Gefahr der Rechtsgutsverletzung freiwillig abwende.²⁴ Daher sei in solchen Fällen auf eine begünstigende Analogie der § 314a Abs. 2 und 3 sowie § 320 Abs. 2 und 3 abzustellen, deren Wortlaut weitergeht. Hiernach kommt eine tätige Reue aufgrund analoger Anwendung dieser Vorschriften angesichts der Rettung der B in Betracht, jedoch nicht analog § 306e.

Andere verlangen, dass eine bislang abstrakte Gefahr für das Opfer nicht in eine tatbestandlich geforderte konkrete Gefahr umschlagen dürfe.²⁵ Der Täter müsse die gefähr-

¹⁹ v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK, StGB, 48. Ed., Stand: 01.11.2020, § 306e Rn. 4.

²⁰ Wolff, in LK (Fn. 10), § 306 Rn. 12.

²¹ Heine/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 306e Rn. 12; Radtke, in MüKo (Fn. 9), § 306e Rn. 12; Wolters, in SK, StGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2019, § 306e Rn. 15.

²² Dietmeier, in Matt/Renzikowski (Fn. 10), § 306e Rn. 3; Schroeder, GA 1998, 571, 575.

²³ Dietmeier, in Matt/Renzikowski (Fn. 10), § 306e Rn. 3; Radtke, in MüKo (Fn. 9), § 306e Rn. 12.

²⁴ Radtke, in MüKo (Fn. 9), § 306e Rn. 12.

²⁵ Heine/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 306e Rn. 12.

dete Person freiwillig, d.h. ohne fremdes Zutun, davor bewahren.²⁶ Schlägt die abstrakte Gefahr bereits in eine konkrete Gefahr um, könne eine analoge Anwendung der tätigen Reue nach §§ 314a Abs. 2 und 3, 320 Abs. 2 und 3 aber nicht mehr angenommen werden. Der Täter dürfe nicht schlechter gestellt werden, wenn ihm keine Chance mehr bleibt, das Feuer zu löschen, er das Opfer aber dennoch auf andere Weise rettet. Als Beispiel kann ein Inbrandsetzen eines PKW durch den Brandstifter genannt werden, der die einzige Person, die sich in Reichweite des Brandes befindet, rettet.²⁷ Folglich sind hier § 314a Abs. 2 und 3 sowie § 320 Abs. 2 und 3 ausgeschlossen, da der Wohnwagen bereits fast komplett in Flammen stand und daher eine konkrete Todesgefahr für B nicht von der Hand zu weisen war. Für A greift nach dieser Ansicht somit kein Tatbestand der tätigen Reue weder direkt noch analog.

Andere Stimmen in der Literatur sprechen sich hingegen für die analoge Anwendung der tätigen Reue gem. § 306e im Fall der konkreten Gefährdungsdelikte aus, wenn der Täter das Opfer rettet, den Brand jedoch nicht löscht.²⁸ Sie beziehen auch **andere Verhaltensweisen** als das Löschen des Brandes mit ein.²⁹ Es sei paradox, wenn der Täter durch das Retten einer anderen Person beispielsweise durch sofortiges Wegziehen aus dem Gefahrenbereich nicht belohnt würde, obwohl dies zumeist die sicherste Möglichkeit zur Bewahrung des geschützten Rechtsguts im Gegensatz zum bloßen Löschen darstelle.³⁰ Der Täter könne durch die analoge Anwendung des § 306e darin bestärkt werden, das effektivere Mittel zur Vermeidung von Personenschäden zu wählen.³¹ Wendet man diese Auffassung auf den Fall an, dann war die si-

cherste Möglichkeit zur Bewahrung des geschützten Rechtsguts der Ausstieg durch das Fenster. Eine Flucht aus der Tür des Wohnwagens war aufgrund der Ausbreitung der Flammen nicht mehr möglich und eine Möglichkeit für A, den Brand zu löschen, war nicht ersichtlich. Die Voraussetzungen der analogen Anwendung des § 306e sind zugunsten des A aufgrund der planwidrigen Regelungslücke und der vergleichbaren Interessenlage gegeben.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH gibt der Revision des A gegen das Urteil des LG statt. Entgegen der Auffassung des LG bejaht er eine analoge Anwendung der tätigen Reue des § 306e auf solche Fälle, in denen der Täter die konkrete Lebensgefahr von einem anderen Menschen abwendet.

Mit der Neuregelung seien die Brandstiftungsdelikte gesondert in den §§ 306-306d einschließlich einer speziellen Vorschrift für die tätige Reue in § 306e geregelt worden, während für die §§ 307 ff. der § 314a und für die §§ 315 ff. der § 320 eingefügt wurde.

Der Wortlaut der §§ 314a, 320 unterscheide sich jedoch von dem des § 306e, da die §§ 314a, 320 bezüglich ihrer Handlungen viel offener formuliert sind. Dies hänge vor allem mit den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten bzw. Schutzgütern der einzelnen Paragraphen zusammen. Dadurch erkläre sich, dass bei den §§ 314a, 320 jegliche Handlung ausreiche – es bedürfe der Gefahrenabwehr – im Gegensatz zu § 306e, der explizit das Löschen des Brandes erfordere.

Die Bejahung der für die Analogie erforderlichen Regelungslücke ergebe sich aus dem Wortlaut des § 306e. Die **Planwidrigkeit** resultiere laut dem BGH aus der vom Gesetzgeber

²⁶ Wolters, in SK (Fn. 21), § 306e Rn. 15.

²⁷ Heine/Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 306e Rn. 12.

²⁸ Stein, in Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, Rn. 104.

²⁹ Stein, in Dencker/Struensee/Nelles/Stein (Fn. 28), Rn. 104; Wolters, in SK (Fn. 21), § 306e Rn. 15.

³⁰ Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 306e Rn. 4.

³¹ Wolters, in SK (Fn. 21), § 306e Rn. 15.

gewählten Formulierung, in der er schlichtweg andere Konstellationen der Gefahrabwendung als das Löschen des Brandes übersehen habe. Zudem sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber nur bei den Brandstiftungsdelikten der §§ 306-306d andere Formen der Gefahrabwendung habe ausschließen wollen.

Für die Gesetzeslücke seien die Voraussetzungen der Analogie gegeben, namentlich auch eine **vergleichbare Interessenlage**. Nach Auffassung des BGH stellt das „Löschen des Brandes“ lediglich einen besonderen Fall der Gefahrabwendung dar, sodass es nicht gerechtfertigt sei, keine tätige Reue anzunehmen, wenn der Täter eine effektivere Methode zur Abwendung der Gefahr gewählt hat und das gleiche Ergebnis erzielt.

Die Tatbestände des § 306a Abs. 2 sowie des § 306b Abs. 2 Nr. 1, bei denen es sich um konkrete Gefährdungsdelikte handelt, seien erst erfüllt, wenn eine konkrete Gefahr eintrete. Die Ansicht, die sich für die analoge Anwendung der §§ 314a, 320 ausspricht und verlangt, dass eine bislang abstrakte Gefahr für das Opfer nicht in eine tatbestandlich geforderte konkrete Gefahr umschlagen dürfe, verkenne dies.

Demnach sprächen sowohl die Schutzgüter als auch die Systematik des Gesetzes für eine analoge Anwendung des § 306e. Daher bejaht der BGH eine analoge Anwendung des § 306e über seinen Wortlaut hinaus, wodurch der Schuldspruch des LG so nicht bestehen bleiben konnte. A habe sich unter anderem wegen besonders schwerer Brandstiftung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 strafbar gemacht. Jedoch könne die Strafkammer des LG, an welche der BGH das Urteil zurückverweist, durch die analoge Anwendung des § 306e, die Strafe des A gem. § 49 Abs. 2 mildern oder ihn gänzlich von der Strafe befreien.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der hier besprochene Fall, bei dem der Tatbestand der tätigen Reue gem. § 306e über seinen Wortlaut hinaus analoge Anwendung findet, wenn kein Brand gelöscht, sondern die konkrete Lebensgefahr von dem Opfer abgewendet wurde, kann gut in einer Examensklausur umgesetzt werden. In der **juristischen Ausbildung** gehören die Brandstiftungsdelikte und die hiermit verbundene tätige Reue des § 306e zum Pflichtstoff des juristischen Exams.

Die tätige Reue stellt einen persönlichen Strafmilderungs- bzw. Strafaufhebungsgrund dar,³² der in der Klausur nach der Schuld zu prüfen ist. Sie ähnelt in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen dem **Rücktritt** gem. § 24. Auch hier muss der Täter eine autonome Entscheidung treffen,³³ welche jedoch nicht notwendigerweise auf dem Handlungsmotiv der tatsächlichen Reue beruht.³⁴ Die Entscheidung des Täters muss von der Freiwilligkeit geprägt sein.³⁵ Diese Voraussetzung zeigt, dass die tätige Reue und der Rücktritt gem. § 24 eng miteinander verknüpft sind.³⁶

Die tätige Reue ist im Vergleich zum Rücktritt jedoch nur auf vollendete Delikte anwendbar und wurde daher als Instrument für Delikte eingeführt, bei denen sich eine schnelle Vollendung bereits aus den Tatbestandsvoraussetzungen ergibt.³⁷ Bei den Brandstiftungsdelikten, bei denen es sich um Gefährdungsdelikte handelt, liegt die Besonderheit gerade in der **Vorverlagerung der Vollendung**, da diese beispielsweise bei § 306a Abs. 2 schon mit der konkreten Gefahr einer Gesundheitsschädigung und bei § 306b Abs. 2 Nr. 1 bereits mit der konkreten Gefahr des Todes vorliegt. Sobald ein wesentlicher Bestandteil des geschützten Objekts in Brand geraten ist, finden die Rücktrittsregelungen

³² v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK (Fn. 19), § 306e Rn. 4.

³³ BGH NStZ 2003, 264, 265 f.

³⁴ Fischer (Fn. 30), § 306e Rn. 5.

³⁵ v. Heintschel-Heinegg, in BeckOK (Fn. 19), § 306e Rn. 8.

³⁶ BGH NStZ 2003, 264, 265 f.

³⁷ Wolters, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl. 2020, § 306e Rn. 3.

des § 24, die gerade eine Nichtvollendung voraussetzen, daher keine Anwendung mehr.³⁸ Eine Nichtvollendung ist bei Brandstiftungsdelikten jedoch nur möglich, wenn das Objekt nicht anfängt zu brennen. Aufgrund dieser Herleitung existiert die tätige Reue nur für Vorbereitungs-, echte Unternehmens- sowie konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte.³⁹ Es wird teilweise diskutiert, ob die tätige Reue auch auf andere Delikte, wie beispielsweise den Diebstahl⁴⁰ oder die unterlassene Hilfeleistung, entsprechend anwendbar sein müsse, da auch hier die Vollendung früh eintritt. Bei § 323c genüge bereits das bloße Versäumen der Hilfeleistung, d.h. wenn der Täter den Rettungsdienst nicht benachrichtigt oder nicht zum Unfallort zurückkehrt, um die Tat zu vollenden.⁴¹ Nach der h.L. sprechen sowohl der frühe Vollendungszeitpunkt der Tat als auch die Aspekte des Opferschutzes für die Annahme der tätigen Reue.⁴² Die Rspr. und ein Teil des Schrifttums verneinen dies jedoch mit der Begründung, dass bereits keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.⁴³ Vielmehr habe der Gesetzgeber die tätige Reue nur für die Tatbestände integriert, in denen er es für notwendig empfand.⁴⁴ Der sich daraus ergebene Ausnahmecharakter müsse somit gewahrt werden.⁴⁵

Für die **Praxis** spielt der Beschluss des BGH ebenfalls eine große Rolle. Den Gerichten wird nun mehr Spielraum bei der Beurteilung der tätigen Reue i.S.d. § 306e gegeben, in dem sie sich auf weitere Verhaltensweisen zur Vermeidung von Personenschäden erstreckt als das bloße Löschen. Ihnen steht nun auch bei solchen Fällen ein Ermessensspielraum zu, ob sie die Strafe nach § 49 Abs. 2 mildern oder den Täter gänzlich von Strafe befreien möchten.

5. Kritik

Die Entscheidung des BGH, der erstmalig § 306e über seinen Wortlaut hinaus analog heranzieht, obwohl kein Brand gelöscht, sondern auf andere Weise die konkrete Lebensgefahr vom Opfer abgewendet wurde, ist zu begrüßen. Es erscheint sachgerecht, dass für die Brandstiftungsdelikte, bei denen die Vollendung vorverlagert ist, die tätige Reue über ihren Wortlaut hinaus analog angewendet wird. Oftmals stellt das Wegziehen des Opfers aus dem Gefahrenbereich das effektivste Mittel dar. Ein bloßes Abstellen auf den Wortlaut wäre hier nicht gerechtfertigt. Dadurch könnte beispielsweise eine tätige Reue für den Täter nicht in Betracht kommen, wenn kein Gegenstand in der Nähe zur Verfügung steht, welcher ihm das Löschen ermöglicht. Dem Täter wäre es somit faktisch unmöglich sich noch von seiner Tat „zu befreien“, obwohl es ihm noch möglich wäre den Schaden zu verhindern. Dem Täter wird deshalb durch die Vorschriften der tätigen Reue ein Anreiz geschaffen, von seiner Tat Abstand zu nehmen und wieder zur Gerechtigkeit zurückzukehren.⁴⁶ Besonders im Hinblick auf den Opferschutz scheint eine analoge Anwendung angebracht und notwendig.

Um alle Zweifel zum Thema der analogen Anwendung der tätigen Reue i.S.d. § 306e zu beseitigen, wäre es dem Gesetzgeber zu empfehlen, diese Problematik zu regeln und den Wortlaut des § 306e anzupassen.

(Katharina Behringer/Sonja Vogt)

³⁸ Wolters, in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 37), § 306e Rn. 2.

³⁹ Fedders, Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorsatzdelikten, 2002, S. 55.

⁴⁰ Hinderer, JuS 2009, 625, 628.

⁴¹ Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 323c Rn. 26; Rengier, BT II (Fn. 9), § 42 Rn. 20.

⁴² Hecker, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 323c Rn. 26; Rengier (Fn. 9), § 42 Rn. 20.

⁴³ Popp, in LK, StGB, Bd. 12, 12. Aufl. 2020, § 323c Rn. 138.

⁴⁴ BGHSt 14, 213, 217.

⁴⁵ Freund, in MüKo (Fn. 9), § 323c Rn. 122.

⁴⁶ Blöcker, Die tätige Reue, 2000, S. 97 f.

1. Sachverhalt¹

In einer S-Bahn kommt es zwischen A und B zu einem Streit, bei welchem sie sich gegenseitig beleidigen. Grund dafür ist die Rückabwicklung eines Betäubungsmittelgeschäfts, das sich zwei Tage zuvor zugetragen hat. Um diesem Streit zu entgehen, wendet sich A von B ab, woraufhin B ihn auffordert, ihm aus der S-Bahn zu folgen und die Sache außerhalb des Bahnhofs zu klären. Als A keine Reaktion zeigt, äußert sich B beleidigend gegenüber dessen Familie. Daraufhin folgt A dem B doch nach draußen. Beiden ist zu diesem Zeitpunkt klar, dass es zu einer körperlichen Auseinandersetzung kommen wird. Allerdings ist sich A bewusst, dass er sich notfalls mit seinem mitgeführten Klappmesser verteidigen kann.

Auf dem Weg nach draußen zieht B aus seiner Kleidung ein Pfefferspray und ein Küchenmesser. Auch A holt ein Klappmesser aus seiner Tasche und klappt es auf. Daraufhin drückt B den A gegen ein Geländer, um ihn so zu fixieren. Nach weiteren gegenseitigen Beleidigungen versucht sich A zunächst ohne Einsatz seines Messers aus dem Griff des B zu befreien, was jedoch nicht gelingt. Als B dem A dann aus kurzer Distanz Pfefferspray ins Gesicht sprüht, beginnt A aus Wut, aber auch in der Absicht sich zu verteidigen, unkontrolliert mit dem Messer in Richtung des B zu stechen, um sich aus dessen Griff zu befreien. Dabei wird B zweimal getroffen, woraufhin er von A ablässt

Dezember 2020

Bahnhofsschlägerei-Fall

Notwehr / Notwehrprovokation

§ 32 StGB

famos-Leitsätze:

1. Bei einem sozioethisch zu missbilligenden Vorverhalten ist eine Einschränkung des Notwehrrechts nur dann vorzunehmen, wenn ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und das Vorverhalten nach Kenntnis des Täters dazu geeignet war, einen ebensolchen Angriff zu provozieren.
2. Das Notwehrrecht ist dann nicht eingeschränkt, wenn der Geschädigte für die Eskalation der Auseinandersetzung selbst verantwortlich war.

BGH, Beschluss vom 19. August 2020 – 1 StR 248/20; veröffentlicht in BeckRS 2020, 23699.

und wegläuft. Das LG verurteilt A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 5 StGB². Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Problematik stellt sich hier in der Frage, ob die Messerstiche des A durch Notwehr gem. § 32 gerechtfertigt waren oder ob das Recht auf Notwehr eingeschränkt war, weil A die Auseinandersetzung zumindest mitverschuldet hat.

Unter Notwehr versteht man gem. § 32 Abs. 2 diejenige Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen

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

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

Angriff von sich oder einem Dritten abzuwenden. Allgemeine Voraussetzungen sind das objektive Vorliegen einer Notwehrlage, eine Notwehrhandlung und der Wille sich zu verteidigen.³ Eine Notwehrlage ist dann gegeben, wenn ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein rechtlich geschütztes Gut erfolgt.⁴ Weiter muss für die Notwehrhandlung eine zur Abwendung des Angriffs erforderliche und gebotene Verteidigung gegen den Angreifer stattfinden.⁵

Die Problematik dieses Falles ist im Rahmen der Gebotenheit zu verorten. In einigen Fällen kann das Notwehrrecht beschränkt sein, wenn dies aus sozialetischen Gründen notwendig erscheint.⁶

Eine solche Einschränkung kommt unter anderem in Fällen der Notwehrprovokation in Betracht. Diese liegt vor, wenn der Angegriffene den Angriff absichtlich oder in sonst vorwerfbarer Weise provoziert hat. Bei einer **Absichtsprovokation** ist das Notwehrrecht nach h.M. zu versagen, da der Angegriffene die Notwehrlage nur ausnutzt, um seinem Gegenüber Verletzungen zuzufügen.⁷ Der Provozierende handelt in einem solchen Fall unter dem Deckmantel des Notwehrrechts und die Handlung ist daher als rechtsmissbräuchlich einzustufen.⁸ Eine Absichtsprovokation liegt im konkreten Fall aber nicht vor.

Im Rahmen der **sonst vorwerfbaren Provokation** ist zunächst umstritten, welche Voraussetzungen an das Vorverhalten zu stellen sind.

Nach verbreiteter Ansicht im Schrifttum ist an ein **rechtswidriges Vorverhalten** des Täters anzuknüpfen.⁹ Gemeint sind damit Taten, die nach den allgemeinen Strafrechtsnormen sanktioniert werden können.¹⁰ Dies wird dahingehend begründet, dass es zwar der Angreifer sei, der rechtswidrig handelt, aber auch der Verteidiger „das Recht nicht vollumfänglich auf seiner Seite hat“.¹¹ Auch der Verteidiger sei für die Situation zumindest mitverantwortlich und daher einer möglichen Beschränkung des Notwehrrechts ausgesetzt. So erfüllen Beleidigungen den Tatbestand des § 185 und können damit jedenfalls grundsätzlich ein rechtswidriges Vorverhalten darstellen. Hinsichtlich der Reaktion des Beleidigten kommt es jedoch trotzdem im Einzelfall darauf an, ob diese sich noch im Rahmen dessen hält, was der Beleidiger vorwerfbar provoziert hat. Gerade dies kann im vorliegenden Fall fraglich sein.

Nach einer anderen Ansicht liegt bereits dann ein vorwerfbares Vorverhalten vor, wenn es **sozialetisch zu missbilligen** ist.¹² Demnach ist es also nicht erforderlich, dass es sich um ein strafbares Vorverhalten handelt. Es sei vielmehr ausreichend, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Provokation und dem Angriff bestehe, den der Provozierende auch als Folge hätte vorhersehen

³ Kindhäuser, in NK, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 1; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 3.

⁴ Kindhäuser, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 25.

⁵ Kindhäuser/Zimmermann, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 27; Rengier, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2020, § 18 Rn. 44; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 50. Aufl. 2020, § 10 Rn. 508.

⁶ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 13.

⁷ BGH NJW 1983, 2267; Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 32 Rn. 42; Perron/Eisele, in

Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 55; Rengier, AT (Fn. 5), § 18 Rn. 86, 88.

⁸ BGH NStZ 2019, 263; Fischer, StGB (Fn. 7), § 32 Rn. 44.

⁹ Kindhäuser, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 127; Kindhäuser/Zimmermann, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 50.

¹⁰ Rengier, AT (Fn. 5), § 18 Rn. 75.

¹¹ Erb, in MüKo, StGB, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 224.

¹² BGH NStZ 2006, 332; NStZ 2014, 451; Kindhäuser, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 127; Rengier, AT (Fn. 5), § 18 Rn. 76; Roxin/Bosch, Jura 2006, 490.

müssen.¹³ Grundsätzlich sind auch nach dieser Ansicht Beleidigungen, wie im vorliegenden Fall, geeignet, um eine sonst vorwerfbare Provokation zu bejahen,¹⁴ wobei wiederum zu prüfen wäre, inwieweit die Reaktion des B dem A vorwerfbar war. Hieran wird jedoch kritisiert, dass das Kriterium der sozialetischen Missbilligung zu vage sei, um sich darauf berufen zu können.¹⁵

Nimmt man eine vorwerfbare Provokation an, so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge ein solches Vorverhalten nach sich zieht.

Nach einer Ansicht ist eine **Beschränkung des Notwehrrechts** in einem solchen Fall **unzulässig**.¹⁶ Bezugspunkt stelle der Angriff als Verstoß gegen die Rechtsordnung dar, den der Angegriffene nicht hinzunehmen brauche. Nach dieser Meinung könnte die Handlung des A unabhängig von den vorangegangenen Streitigkeiten der Beteiligten wegen Notwehr gem. § 32 gerechtfertigt sein.

Eine andere Ansicht im Schrifttum wendet in Fällen der sonst vorwerfbaren Provokation die Rechtsfigur der **actio illicita in causa** (= „die Handlung, die im Ursprung unerlaubt ist“¹⁷) an.¹⁸ Demnach bleibt die Notwehrhandlung selbst an sich vom Notwehrrecht umfasst. Allerdings könne – ähnlich wie bei der *actio libera in causa* – auf die vorangegangene Provokationshandlung abgestellt werden, welcher, isoliert von der Notwehrhandlung, ein Unrechtsgehalt anerkannt werden könne.¹⁹ Bezugspunkt ist demnach nicht die

Notwehrhandlung selbst, sondern das unerlaubte, vorwerfbare und provozierende Verhalten.²⁰ Eine Strafbarkeit könnte sich dann aus der vorsätzlichen oder fahrlässigen Herbeiführung der Notwehrlage ergeben. So könnte der Provozierende dann wegen seinem vorangegangenen Verhalten bestraft werden, obwohl die eigentliche Notwehrhandlung von § 32 gedeckt wäre.²¹ Bei einer Anwendung dieser Rechtsfigur könnte im vorliegenden Fall für eine Bestrafung wegen einer Körperverletzung in Verbindung mit der *actio illicita in causa* auf die vorangegangenen, gegenseitigen Provokationen abgestellt werden.

Viele Stimmen sprechen sich indes gegen eine Anwendung dieser Rechtsfigur aus.²² Sie argumentieren insbesondere damit, eine Aufspaltung innerhalb der Verteidigungshandlung in eine rechtmäßige Verteidigungshandlung und eine rechtswidrige vorhergehende Provokation sei nicht zu befürworten. Zudem sei auch dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht hinreichend Beachtung gegeben.²³

Nach Ansicht insbesondere der Rechtsprechung ist eine **grundsätzliche Beschränkung** des Notwehrrechts unter bestimmten Voraussetzungen möglich.²⁴ Allerdings könne die Einschränkung dennoch keinen vollständigen Ausschluss des Notwehrrechts bedeuten.²⁵ Die Verteidigungshandlung müsse bei vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage abhängig von der Intensität des Angriffs und

¹³ BGH NStZ 2016, 84, 86; Erb, NStZ 2012, 194, 198.

¹⁴ BGH NStZ 2016, 84, 86; Rengier, AT (Fn. 5), § 18 Rn. 75.

¹⁵ Majewski-Zarin/Müller, famos 06/2016, S. 3, <http://famos.jura.uni-wuerzburg.de/2016/06/gespaltene-nachbarn-fall/>.

¹⁶ Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 52; Vgl. Zieschang, AT, 6. Aufl. 2020, Rn. 223.

¹⁷ Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 5), § 10 Rn. 540.

¹⁸ Kindhäuser/Zimmermann, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 53.

¹⁹ Vgl. zur Darstellung der Theorie auch Majewski-Zarin/Müller, famos 06/2016, S. 3 (Fn. 13); Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 5) § 10 Rn. 540.

²⁰ Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496, 498.

²¹ Perron/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 32 Rn. 61; Zieschang, AT (Fn. 16), Rn. 223.

²² Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496, 499.

²³ Kindhäuser, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 130; Lindemann/Reichling, JuS 2009, 496, 499.

²⁴ BGH NStZ 2009, 626, 627.

²⁵ BGH BeckRS 2017, 146190; Kindhäuser/Zimmermann, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 55.

den Tatumständen²⁶ in abgestufter Weise vorgenommen werden (sog. **Dreistufentheorie**).²⁷ Dem Angegriffenen sei es nicht erlaubt, direkt zu einem körperlichen Angriff überzugehen. Vielmehr müsse er zunächst versuchen, dem Angriff auszuweichen, ohne selbst eine aktive Verteidigungshandlung durchzuführen.²⁸ Sollte ein **Ausweichen** den Umständen nach nicht ohne eine eigene Gefährdung möglich sein,²⁹ dürfe sich der Angegriffene durch abwehrende Verteidigung (= **Schutzwehr**) selbst schützen.³⁰ Erst wenn die reine Schutzwehr, bei der auch geringfügige Verletzungen in Kauf genommen werden können,³¹ keine Aussicht auf Erfolg bietet, dürfe der Angegriffene als letzte Abwehrmöglichkeit zur offensiven Verteidigung (= **Trutzwehr**) übergehen.³² Je stärker die Vorwerfbarkeit wiegt, desto höher seien die Voraussetzungen an die Notwehrhandlung.³³ Nach dieser Ansicht müsste das Verhalten des A, sollte eine Notwehrprovokation zu bejahen sein, dahingehend betrachtet und unter Abwägung der Umstände eine Abstufung der Verteidigungshandlung erfolgen. Nur wenn sich die Verteidigungshandlung i.R.d. Einschränkung bewegt, kann eine Rechtfertigung gem. § 32 vorliegen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH gibt der Revision des A statt. Dabei führt er an, dass insbesondere die Feststellung des LG, A sei in seinen Notwehrbefugnissen eingeschränkt gewesen, nicht tragfähig begründet worden sei.

Der BGH stellt zunächst fest, dass eine Beschränkung des Notwehrrechts unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Unter

anderem sei eine Einschränkung des Notwehrrechts gerechtfertigt, wenn der Verteidiger, hier A, gegenüber dem Angreifer, hier B, ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat und der Angriff daher eine vorhersehbare Folge der Pflichtverletzung darstelle. Insbesondere bei einem sozialetisch zu missbilligenden Vorverhalten sei eine Einschränkung dann legitim, wenn ein **enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang** bestehe und dieser nach Kenntnis des Täters dazu geeignet sei, einen Angriff zu provozieren.

Die Frage, ob die vorangegangene Rückabwicklung des Betäubungsmittelgeschäfts zwischen A und B überhaupt geeignet war, ein sozialetisch verwerfliches Verhalten des A zu begründen, lässt der BGH dahinstehen. Die Strafkammer habe die näheren Umstände nicht aufklären können. Aber selbst die am Tag erfolgten wechselseitigen Beleidigungen seien nicht dazu geeignet gewesen, das Notwehrrecht des A einzuschränken. Denn es sei B gewesen, der im Anschluss an die verbale Auseinandersetzung A mit weiteren Beleidigungen dazu aufgefordert habe, aus der S-Bahn zu steigen, um die Sache zu klären. Auch habe B sich sichtbar bewaffnet und sei somit maßgeblich für die Eskalation verantwortlich gewesen. Die vorangegangenen Beleidigungen seien jedenfalls nicht geeignet gewesen, B zu einem Vorgehen mit Waffen zu provozieren.

Spätestens ab dem Zeitpunkt der Pfeffersprayattacke, die zielgerichtet das Gesicht des A, insbesondere die Augenpartie, getroffen hat, sei zudem jegliche denkbare Beschränkung des Notwehrrechts entfallen. Indem B das Pfefferspray verwendete, habe A nunmehr auch mit einem Einsatz des Messers

²⁶ BGH NStZ 2019, 263; Vgl. *Kindhäuser/Hilgen-dorf*, LPK-StGB, 8. Aufl. 2019, § 32 Rn. 60.

²⁷ *Kindhäuser*, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 129; *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 14.

²⁸ *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 258; *Momsen/Savic*, BeckOK StGB, 48. Ed., Stand: 01.11.2020, § 32 Rn. 42.

²⁹ *Kindhäuser*, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 129.

³⁰ BGH NStZ 2014, 451, 452; *Momsen/Savic*, BeckOK (Fn. 28), § 32 Rn. 42.

³¹ BGH NStZ 2019, 263; *Perron/Eisele*, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 32 Rn. 60.

³² BGH NStZ-RR 2011, 74, 75; BGH NJW 1972, 1821, 1822; *Rengier*, AT (Fn. 5), § 18 Rn. 56.

³³ BGH BeckRS 9998, 169175; *Kühl*, AT (Fn. 28), § 7 Rn. 259a.

durch B rechnen müssen. Die Annahme des LG, dass A einer Beschränkung des Notwehrrechts unterlag, verneint der BGH folglich.

Dennoch geht er weiter darauf ein, dass sich A, selbst bei der Annahme einer Beschränkung des Notwehrrechts, in der Abstufung der Dreistufentheorie gewehrt habe. Durch das Entgegenhalten des aufgeklappten Messers, habe A ausreichend Bereitschaft gezeigt, sich notfalls auch mit diesem zu verteidigen.

Berücksichtigung findet weiter der Umstand, dass A mit dem Rücken gegen eine Wand gedrängt war. Gerade durch die mit dem Pfefferspray verursachte Sichtbehinderung habe keine andere erfolgsversprechende Handlungsmöglichkeit bestanden. Hier sei A nicht sofort zur offensiven Gegenwehr übergegangen, sondern erst dann, als die Versuche, B wegzuschubsen, erfolglos blieben.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die vorliegend aufgeworfene Rechtsfrage, ob eine **Einschränkung des Notwehrrechts** möglich ist und, falls ja, unter welchen Umständen, stellt eine bedeutsame Thematik im Rahmen der Rechtfertigungsgründe dar. Für die juristische Ausbildung sollten die betreffenden Fallgruppen bekannt sein. Im Anwendungsbereich des § 32 kommt es immer wieder zu verschiedenen Fallkonstellationen, die auch in (Examens-)Klausuren regelmäßig aufgegriffen werden. Grund dafür ist die Stellung der Notwehr als einer der wichtigsten Rechtfertigungsgründe.³⁴ Als Fallgruppen der sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts sind die Absichtsprovokation und die sonst vorwerfbare Provokation im Rahmen der Gebotenheit zu prüfen.³⁵ In der Prüfung

ist auf die oben aufgeworfenen Meinungsstreitigkeiten einzugehen, dabei ist insbesondere eine klare Abgrenzung zur Absichtsprovokation erforderlich, da bei dieser Fallgruppe nach h.M. das Notwehrrecht gänzlich ausgeschlossen ist. Sollte eine Absichtsprovokation verneint, jedoch eine sonstige Provokation angenommen werden, empfiehlt es sich, i.R.d. Dreistufentheorie des BGH die Notwehrhandlung abgestuft zu prüfen.

5. Kritik

Das Notwehrrecht beruht sowohl auf dem Gedanken des **Selbstschutzes** als auch auf dem der **Bewährung des Rechts**.³⁶ Daraus ergibt sich u.a. folgende Konsequenz: Falls sich der Täter auf § 32 berufen kann, wird ihm dadurch ein echtes Eingriffsrecht zugesprochen.³⁷ Von welcher Bedeutung bei der Gewährung eines solchen Bewertung und Deutung der Geschehnisse unter einer Gesamtbetrachtung sind, zeigt sich im vorliegenden Fall.

Zunächst könnte die Frage gestellt werden, ob nicht eine **Einwilligung** des A in die Körperverletzung durch den B vorgelegen haben könnte. Bei einer Wirksamkeit würde sie als Folge das Unrecht des Angriffs des B entfallen lassen,³⁸ d.h. es hätte gar kein rechtswidriger Angriff des B vorgelegen und A sich aus diesem Grunde gar nicht in einer Notwehrlage befunden, sodass eine Rechtfertigung ausscheiden würde.

Bei Körperverletzungsdelikten steht grundsätzlich die prinzipielle Dispositionsbe fugnis außer Frage.³⁹ Insoweit hätte das Handeln des B dadurch gerechtfertigt sein können, dass A in die Körperverletzung eingewilligt hat. Es könnte sich demnach um eine einvernehmliche Prügelei handeln, bei der eine

³⁴ Fischer, StGB (Fn. 7), § 32 Rn. 2; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB (Fn. 26), Vor. §§ 32-35 Rn. 47; Zieschang, AT (Fn. 16), Rn. 196.

³⁵ Heinrich, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2019, Rn. 361.

³⁶ Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 1.

³⁷ Perron/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 7), § 32 Rn. 1.

³⁸ Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 12.

³⁹ Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. 2020, § 20 Rn. 1.

Zustimmung des A zur körperlichen Misshandlung i.S.d. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 vorliegt. Abwegig erscheint der Gedanke nicht: In einer sich aufheizenden Stimmung vereinbarten A und B, ihren Streit zu klären. Beiden war dabei klar, dass es nicht bei einer verbalen Auseinandersetzung bleiben, sondern es auch zu körperlichen Übergriffen, wie gegenseitigen Schlägen, kommen würde. Hier war es allerdings B, der A zur Auseinandersetzung aufforderte, das Pfefferspray und das Messer vorzeigte und letzteres schließlich auch als Erster verwendete.

A hat nur einer einfachen Auseinandersetzung zugestimmt, wobei von Waffen und gefährlichen Werkzeugen nicht die Rede war. Selbst wenn man eine Einwilligung des A in eine Körperverletzung bejahen würde, ist diese nicht dahingehend auszulegen, dass sie auch einen Angriff mit Waffen durch B umfasst. Auch wenn sich A bewusst war, dass er sich notfalls mit seinem Messer verteidigen konnte, war es gerade nicht seine Intention die Waffe auch einzusetzen. Er wollte die Auseinandersetzung lediglich körperlich führen. Hier war es B, der sich mit dem Vorzeigen der Waffe in dieser Situation überlegen zeigen wollte und auch davon überzeugt gewesen zu sein scheint, die Streitigkeit zu gewinnen. Daher ging der BGH zu Recht davon aus, dass A sich in einer Notwehrlage befand.

Klärungsbedarf besteht weiter hinsichtlich der ungelösten Frage nach einem womöglich **sozialethisch zu missbilligenden Vorverhalten**. Die bisherige Rechtsprechung des BGH zeigt, dass Beleidigungen grundsätzlich geeignet sind, ein vorwerfbares Vorverhalten zu begründen, allerdings nur, wenn der Beleidigte den Streit nicht wie hier völlig eskalieren lässt.

Hier ist positiv anzumerken, dass die Rückabwicklung des Betäubungsmittelgeschäfts, in Verbindung mit dem vorwerfbaren Vorverhalten, nicht weiter thematisiert wird.

Nach diesem Streit trafen A und B erst zwei Tage später wieder aufeinander. Zu diesem Zeitpunkt, war die Rückabwicklung zwar Gegenstand der Auseinandersetzung, aber dennoch **abgeschlossen**. Es lag eine **zeitliche Zäsur** vor. Daher konnte A diesbezüglich keine Provokation angelastet werden. Eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse kann nur aufgrund solcher Handlungen erfolgen, die unmittelbar in Zusammenhang mit der Provokation stehen.⁴⁰

Grundsätzlich ist dem BGH auch dahingehend zu folgen, dass eine Beschränkung des Notwehrrechts des A spätestens ab der Pfeffersprayattacke nicht vorgelegen hat. Selbst wenn man wie das LG dennoch eine solche Beschränkung bejahen würde, erfolgten die Notwehrhandlungen des A in der anwendbaren Abstufung. Das Abwehrverhalten des A i.R.d. Dreistufentheorie würde dann die Rechtswidrigkeit der Handlung entfallen lassen. Hier bestand für A wegen der genannten Umstände keine andere Handlungsmöglichkeit mehr. So ist es nachvollziehbar, dass jemand, der so bedrängt wird, wie vorliegend A von B, keine andere Abwehrmöglichkeit sieht. Auch hier ist dem BGH zuzustimmen, dass A nicht zu direkten Trutzwehr übergegangen ist, sondern erst alle ihm möglichen Verteidigungshandlungen durchgeführt hat. Das Ergebnis des BGH, die Handlungen des A nach § 32 zu rechtfertigen, ist daher insgesamt zu befürworten.

Letztlich zeigt der Beschluss des BGH aber auch, wie austauschbar die Rollen des Täters und des Opfers sein können.

(Nina Golbs / Tina Jafari Berenji)

⁴⁰ BGH NStZ 2006, 332, 333 Rn. 4; *Kindhäuser*, in NK (Fn. 3), § 32 Rn. 128.