



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Konrad-Adenauer-Str. 9
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
StA Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Jan Schürnbrand
Prof. Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
PD Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL. M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Philipp Tolga Mavituna

Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen

Markus Meißner

Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen

KLAUSUREN

Henning T. Lorenz/Yusuf Aydinbas

Strafrecht: „Pokémon Go“

Christian F. Majer/Sarah Bunk

Ordnungswidrigkeitenrecht: „Die kopflosen Hühner“

RECHTSPRECHUNG

OLG Frankfurt a.M.

Übereignung eines Grundstücks; transmortale Vollmacht

BGH

Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB
auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

BGH

Zum rechtswidrigen Besitz von Betäubungsmitteln
als geschütztes Vermögen

OVG Münster

Liveschaltung des türkischen Staatspräsidenten
auf Großdemonstration verboten

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Philipp Tolga Mavituna

Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen

Seite ▶ 160

Markus Meißner

Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen

Seite ▶ 166

Klausuren

Henning T. Lorenz/Yusuf Aydinbas

Anfängerklausur Strafrecht:
„Pokémon Go“

Seite ▶ 169

Christian F. Majer/Sarah Bunk

Übungsklausur Ordnungswidrigkeitenrecht:
„Die kopflosen Hühner“

Seite ▶ 179

Rechtsprechung Zivilrecht

OLG Frankfurt a.M.

Übereignung eines Grundstücks kraft transmortaler Vollmacht
Urteil vom 09.03.2015 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 184

BGH

Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB
auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB
Urteil vom 18.03.2016 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 186

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Zum rechtswidrigen Besitz von Betäubungsmitteln
als geschütztes Vermögen
Beschluss vom 01.06.2016 (*Henning T. Lorenz*)

Seite ▶ 190

BGH

Zu den Voraussetzungen des „Überholens“
iSd § 315c I Nr. 2 b) StGB
Beschluss vom 15.09.2016 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 195

BGH

Auslegung des Einsteigens
iSd. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 N. 3 StGB
Beschluss vom 10.03.2016 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 198

Rechtsprechung
Öffentliches Recht

OVG Münster

Liveschaltung des türkischen Staatspräsidenten
auf Großdemonstration verboten

Urteil vom 29.07.2016 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 201

EDITORIAL

Die mit einer Verurteilung wegen Mordes notwendig verbundene lebenslange Freiheitsstrafe ist seit jeher Gegenstand lebhafter Reformdiskussionen in Literatur und Praxis. Denn selbst unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht angemahnten restriktiven Auslegung des Tatbestandes (BVerfGE 45, 187), sind Fälle denkbar, in denen die absolute Strafdrohung überzogen erscheint – Man denke nur an die immer wieder im Fokus der juristischen Debatte stehenden Fälle der Tötung des „Haustyrannen“ bzw. der „Haustyrannin“. Es verwundert insofern nicht, dass auch in der bislang letzten – von Bundesjustizminister Heiko Maas angestoßenen – Diskussion um eine Reform der Tötungsdelikte das in solchen „Tyrannenfällen“ so wichtige Merkmal der „Heimtücke“ eine zentrale Rolle spielt. Der **Beitrag** von MAVITUNA nimmt das aus Maas' Reformdebatte hervorgegangene Diskussionspapier zum Anlass, um unter dem Titel „Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagraphen“ eine alternative Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke vorzuschlagen.

Im zweiten **Beitrag** dieser Ausgabe geht es weit weniger martialisch zu. Hier gibt MEIßNER einen Überblick über Neuerungen, welche in Folge einer aktuellen BAG Entscheidung (5 AZR 703/15) und dem neuen § 309 Nr. 13 BGB bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen zu beachten sind.

Die **Klausuren** im Heft sind beide – jedenfalls im weiteren Sinne – dem Strafrecht zuzuordnen. In ihrer vornehmlich an Anfänger gerichteten Falllösung „Pokémon Go“ widmen sich zunächst LORENZ und AYDINBAS den Problemen des Rücktritts, insbesondere dem Fall der sog. „außertatbestandlichen Zielerreichung“, dem Verhältnis der Varianten der gefährlichen Körperverletzung zueinander sowie dem Raub durch „Fortwirken der Gewalt als Drohung“. In ihrer Klausur „Die kopflosen Hühner“ geben sodann MAJER und BUNK interessierten Studierenden einen Überblick über die Beteiligungs- und die Fahrlässigkeitsdogmatik des Ordnungswidrigkeitenrechts – dies geschieht anhand von Bußgeldtatbeständen aus dem Recht des Tierschutzes und des Straßenverkehrs

Die **Rechtsprechung zum Zivilrecht** beginnt mit einer Entscheidung des OLG Frankfurt, a. M., welches sich mit den Wirkungen einer sog. transmortalen Vollmacht auseinandersetzen musste. Konkret ging es um die Frage, ob der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers dessen Erben hinsichtlich des Nachlasses vertreten, insbesondere ein Grundstück übertragen darf (FORSCHNER). In der zweiten Entscheidung, war der BGH dazu berufen, zu entscheiden, ob und inwieweit die §§ 280 ff. BGB anwendbar sind, wenn er bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt (FORSCHNER).

Im **Strafrecht** geht es zunächst um Fragen des materiellen Strafrechts, konkret einen Anfragebeschluss des 2. Strafsenat des BGH, in welchem dieser – abweichend von der bisherigen Rechtsprechung – den strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln aus dem strafrechtlichen Vermögensbegriff auszuklammern gedenkt (LORENZ). In der zweiten Entscheidung des BGH, nun des 4. Strafsenates, geht es um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Überholen“ im Rahmen des § 315c StGB und ob dieses – unter bestimmten Umständen – auch durch Benutzung außerhalb der Fahrbahn liegender Flächen verwirklicht werden kann (BECHTEL). Schließlich musste sich der 3. Strafsenat mit der Frage befassen, welche Voraussetzungen an das Merkmal des „Einsteigens“ im Rahmen des besonders schweren Falles des Diebstahls bzw. des Wohnungseinbruchsdiebstahls zu stellen sind (ERNST).

Das **Öffentliche Recht** wartet einmal mehr mit einer Entscheidung rund um den türkischen Staatspräsidenten auf. Im versammlungsrechtlichen Beschluss des OVG Münster ging es um die Frage, ob die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) dem Veranstalter auch das Recht zugesteht, einem ausländischen Staatsoberhaupt oder dessen Regierungsmitgliedern – im Wege der Liveschaltung – ein Forum zu eröffnen, sich auf öffentlichen Versammlungen im Bundesgebiet in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger amtlich zu politischen Fragestellungen zu äußern (MENGLER/BODE).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.mel.**
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Stud. iur. **Philipp Tolga Mavituna***

Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen

Zugleich eine systematische Untersuchung der §§ 211, 212 StGB mit besonderem Hinblick auf den „Tyrannenmord“

Gliederung

A) Vorbemerkungen

B) Kritik an den von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Restriktionstheorien

- I. Zur feindlichen Willensrichtung
- II. Zu den Erfordernissen von Planmäßigkeit und Verschlagenheit
- III. Zum „Verwerflichen Vertrauensbruch“

C) Das negative Kausalitätserfordernis

D) Schlussbemerkungen und Ausblick

Abstract

Die Arbeit an einem Gesetzesentwurf zur Reform der Tötungsdelikte durchzieht wie ein roter Faden nahezu die gesamte Amtszeit des Bundesminister *Heiko Maas*. Sein jüngst publik gewordener Entwurf sieht dabei teilweise grundlegende Änderungen vor.¹ Neben der Abkehr von der lebenslangen Freiheitsstrafe soll nun auch das Mordmerkmal der Heimtücke modifiziert werden. Künftig solle es demnach nur noch auf die Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers ankommen. Zudem sollen Privilegierungstatbestände geschaffen werden, nach denen etwa im Falle, dass der Täter aus „Verzweiflung“ tötete, die Strafe auf fünf Jahre gesenkt werden kann. Hintergrund der Modifizierung des Heimtücke-Mordmerkmals dürfte dabei auch der sog. „Tyrannenmord-Fall“ gewesen sein,² der noch bis heute der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Schwierigkeiten bereitet und im Folgenden besondere Beachtung finden soll. An der Mehrheitsfähigkeit des Gesetzesentwurfs kann jedoch noch gezweifelt werden. Zwar ist eine Überarbeitung längst überfällig, vor dem Hintergrund eines zunehmenden Terrorismus könnte jedoch eine Reform der Tötungsdelikte als

falsches Signal gedeutet werden³. Zudem befürchten Unionsangehörige, dass die „Aufweichung“ der lebenslangen Freiheitsstrafe „der überragenden Bedeutung des Lebens“ entgegenstehe.⁴ Umso mehr lohnt sich ein (dennoch vermutlich) letzter Blick auf den Mordparagrafen, um nicht zuletzt die Frage zu beantworten: Wie viel würde sich mit der Reform tatsächlich ändern?

Bereits im ersten Semester wird das Gerechtigkeitsempfinden wohl jedes angehenden Juristen von dem „Tyrannenmord-Fall“⁵ herausgefordert.⁶ Dabei zeigt vor allem dieses Exempel die fatale Reichweite des Tatbestandmerkmals der Heimtücke innerhalb des Mordparagrafen auf.

Dieser Aufsatz soll zeigen, dass eine systematische Gegenüberstellung der §§ 211, 212 StGB jedoch ein weiteres restriktives Element innerhalb der Heimtücke-Definition fordert, unter dessen Berücksichtigung die „Tyrannenmörderin“⁷ eben nicht wegen Mordes, sondern lediglich wegen Totschlags zu bestrafen ist.

A) Vorbemerkungen

Zu Beginn sei aber ein allgemeiner Blick auf diese besonderen Normen des Strafrechts geworfen: Bereits die Formulierungen des Mord- und Totschlagparagrafen sind einzigartig im Strafgesetzbuch. Die §§ 211, 212 StGB sprechen von dem „Mörder“ und dem „Totschläger“, sie *typisieren* also den Täter und nehmen ein konkretes **Täterbild** an. Hingegen umschreibt das Strafrecht sonst lediglich die tatbestandlich sanktionierte **Tat-handlung**.⁸

Zurückzuführen ist dieser Umstand auf die Entstehung der §§ 211, 212 StGB unter der nationalsozialistischen Herrschaft. Ihren Ursprung finden sie in der Feder des Staatssekretärs (ab 1933) und späteren Präsidenten des Volksgerichtshofes (ab 1942 bis 1945) Roland Freisler im Jahr 1941⁹. Die Typisierungen in

* Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie (Prof. Dr. Joachim Renzikowski).

Der Autor dankt Herrn Dr. Marcus Bergmann, der durch seine Offenheit gegenüber neuen Gedanken (auch von jungen, angehenden Juristen), seinen kritischen Bemerkungen und Fragen diesen Aufsatz maßgeblich gefördert hat, wenn nicht sogar dessen Anfertigung erst ermöglichte.

¹ Vgl. Spiegel-Online, Strafrecht: Bundesjustizminister will zwingend lebenslange Haft für Mord abschaffen:

<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/heiko-maas-will-zwingende-lebenslange-haft-fuer-mord-abschaffen-a-1084124.html> (Stand: 06.Juni 2016).

² So auch: *van Lijnden*, Leben und Sterben des Mörders, LTO,

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/mord-reform-entwurf-zwingend-lebenslang-heimtuecke-qualifikation/> (Stand: 06.Juni 2016).

³ *Winfried Bausback* (CSU) gegenüber dem Spiegel, vgl. Anm. 1; ähnlich über Twitter: *Sebastian Steineke* (CDU), s. Anm. 2.

⁴ So *Winfried Bausback* gegenüber dem Spiegel, s. Anm. 1.

⁵ Siehe für die typischen Tyrannenmordkonstellationen: *Hillenkamp*, in: FS-Miyazawa (1995), 141 (145).

⁶ Siehe für das Phänomen, in Fällen des Tyrannenmordes dem Tyrannen seine Opfereigenschaft abzuerkennen: *Hillenkamp*, (Fn. 5), 141 (145 ff.).

⁷ Freilich ist im konkreten Fall nicht auszuschließen, dass es sich vielmehr um eine Familientyrannin handelte, so etwa: BGHSt 27, 322 ff.

⁸ *Fischer*, Völkisches Recht, in: DIE ZEIT vom 12. Dezember 2013, Nr. 51, S. 8.

⁹ Die Neufassung des § 211 StGB vom 4. September 1941 lehnt sich an Art. 52 des Vorentwurfs zum Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission von 1896, siehe dazu und zu alternativen Entwürfen: BGHSt 9, 385 (387ff).

den §§ 211, 212 StGB sind also kein Zufall und sollen auch nicht das besondere und schlimmste in ihnen verübte Unrecht verdeutlichen, sondern sie sind vielmehr einer nationalsozialistischen Ideologisierung des Strafrechts geschuldet.¹⁰ Nichtsdestotrotz blieben die §§ 211, 212 StGB in ihren Formulierungen bis heute (fast) vollständig erhalten. Erst jetzt werden wieder ernsthafte Bemühungen unternommen, dem Mordparagrafen eine neue Form zu geben.¹¹ Eine Neuformulierung ist dabei aussichtsreicher denn je, denn tatsächlich haben sich die Umstände für eine Neufassung des Mordparagrafen verändert. Die früheren Befürchtungen, alte Verurteilungen wegen Mordes unter der nationalsozialistischen Herrschaft aufheben und neu verhandeln zu müssen, haben sich mit dem natürlichen Gang der Dinge und dem Versterben der meisten davon Betroffenen gelegt. Dieser Aufsatz richtet also vielleicht ein letztes Mal den kritischen Blick auf den noch bestehenden Mordparagrafen, kann aber auch als Gedankenanstoß dahingehend verstanden werden, dass eine **vollständige** Neuformulierung bei **adäquater** Auslegung **nicht unbedingt** notwendig ist.

Eine kurze Skizzierung des „Tyrammenmord-Falls“ soll den Einstieg in die Heimtücke-Thematik erleichtern:

Die seit Jahren körperlich misshandelte und psychisch unterdrückte Ehefrau (T) entschließt sich dazu, den Familiencyrannen (O) im Schlaf zu erstechen.¹²

Schnell erschließt sich, dass T einen anderen Menschen tötet und dessen Arglosigkeit (ein Schlafender kann sich keines Angriffs versehen)¹³ und die mit dieser einhergehende Wehrlosigkeit bewusst ausnutzt.¹⁴ Sie verwirklicht also grundsätzlich den Tatbestand des Mordes nach § 211 II StGB. Auch die Restriktionstheorien der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft werden zu keinem anderen Ergebnis führen.

¹⁰ Mandla stellt dar, dass bereits zur Rechtsprechung der NS-Zeit die Existenz solcher Tätertypen verneint wurde. Vielmehr sei der Tätertyp gelegentlich dazu verwendet worden, eine Strafbarkeit einzuschränken. Zudem macht Mandla darauf aufmerksam, dass das Strafrecht in den §§ 25-27 eine ähnliche Personalisierung kenne („Täter“, „Anstifter“, „Gehilfe“), die auch aus psychologischer Sicht nachvollziehbar sei. Entsprechend seien die Typisierungen in den §§ 211, 212 alles andere als „menschenunwürdig“ und bezüglich ihrer bedürfe es keiner Reform: Mandla, in: FS-Rössner (2015), 845 (852ff.).

¹¹ Nachdem Heiko Maas 2014 eine Expertenkommission einsetzte, werden nun die Erwägungen und Empfehlungen vom Bundesjustizministerium geprüft, danach soll ein Gesetzesentwurf erarbeitet werden: Niedernhöfer, Mord soll nicht mehr zwingend mit lebenslanger Haft bestraft werden, SZ.de 29. Juni 2015; <http://www.sueddeutsche.de/panorama/reform-des-strafrechts-mord-soll-nicht-mehr-zwingend-mit-lebenslanger-haft-bestaft-werden-1.2542407> (Stand: 18.05.2016); über die sich dabei stellenden grundsätzlichen Fragen einer Reform: Saliger, ZIS 2015, S. 600; zu vergangenen Reformbestrebungen ausführlich: Safferling, in: FS-Rössner (2015), 910ff.

¹² So etwa: BGHSt 48, 255; siehe für weitere Beispiele: Zorn, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal? (2013), 88 (Fn. 278).

¹³ Die Rechtsprechung nimmt die Tötung eines Schlafenden als „das geradezu klassische Beispiel der Heimtücke“ an: BGHSt 23, 119 (121); kritisch dazu: Rengier, NSStZ 2004, 233ff.; Küper, JuS 2000, 740 (744f); FahL, JURA 1998, 456ff.

¹⁴ Zur allgemeinen Heimtücke-Definition siehe: BGHSt 9, 385; BGHSt 11, 139; BGHSt 19, 321.

B) Kritik an den von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Restriktionstheorien

I. Zur feindliche Willensrichtung

Die Rechtsprechung fordert darüber hinaus in überzeugender Weise das Vorhandensein einer **feindlichen Willensrichtung**.¹⁵ Der Hintergrund dafür ist, dass ein Täter, der aus rein altruistischen Gründen, also etwa aus Mitleid, „heimtückisch“ tötet, eben nicht besonders verwerflich die Tat begeht, sondern lediglich zum (vermeintlichen) „Besten des Opfers“ handeln will.¹⁶ An solchen altruistischen Motiven fehlt es T aber gänzlich.

II. Zu den Erfordernissen von Planmäßigkeit und Verschlagenheit

Ein Teil der Literatur fordert zudem ein planmäßiges Vorgehen des Täters, das sich durch die bewusste Ausnutzung bestimmter Tatumstände auszeichnet.¹⁷ Das Kriterium der Planmäßigkeit wird bereits aus dem Wortlaut („heimlich“ und „tückisch“)¹⁸ des Begriffs „Heimtücke“ abgeleitet.¹⁹ Tatsächlich wird hier aber auch eine grundsätzliche Frage aufgeworfen: In unserer zivilisierten Gesellschaft in Deutschland, in der strikte Waffengesetze herrschen und die Kriminalität vergleichsweise gering ist, rechnet im Alltag **kein** Mensch mit einem Angriff, sondern vertraut darauf, dass sich jeder legal verhält.²⁰ Unter **alltäglichen** Bedingungen ist also stets jeder arglos. Auch die nur scheinbar davon auszunehmenden Angehörigen staatlicher Sicherheitsorgane oder von Sicherheitsunternehmen rechnen nicht in jedem Moment ihrer beruflichen Ausübung mit einem Angriff.²¹ Stattdessen muss bei realistischer Betrachtung davon ausgegangen werden, dass sich ihre „Bereitschaft“ darin erschöpft, geschult und mit entsprechenden Mitteln ausgestattet zu sein, um im Notfall die Gefahr adäquat abwenden zu können. Kann dem Täter also der Umstand, dass eine ständige „**alltägliche Arglosigkeit**“ herrscht und ihn im Regelfall dazu zwingt, diese auszunutzen, als besonders verwerfliches Unrecht zur Last gelegt werden und eine lebenslange Freiheitsstrafe begründen? Muss ein Täter etwa, ehe er sein Opfer erschießt, dreimal in die Luft schießen und diesem zurufen, dass er es jetzt töten werde, um nicht mehr seine alltägliche Arglosigkeit auszunutzen? Gerade deshalb ist **grundsätzlich** auch diesem Restriktionsversuch zu folgen, der nämlich einen qualitativen Unterschied sieht zwischen dem bloßen spontanen – geradezu zwangsläufigen – Ausnutzen der alltäglichen Arglosigkeit aller und der planmäßigen, bestimmte Umstände abwartenden Ausnutzung einer Situation, in welcher das Opfer

¹⁵ Zum ersten Mal BGHSt 9, 385; kritisch dazu: Jescheck, JZ 1957, 386 ff.; Mitsch, JuS 1996, 214.

¹⁶ BGHSt 9, 385.

¹⁷ So z.B.: Veh, der ein „tückisch-verschlagendes“ Verhalten fordert: Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung (1986), 177; Küpper fordert ein „hinterhältiges“ Verhalten: Küpper, in: FS-Kriele (1997), 777 (787); Schmoller, der eine „besonders weitgehende, dem Opfer nicht erkennbare Tatvorbereitung“ fordert: Schmoller, ZStW 1987, 389 (421).

¹⁸ Zu Wortbedeutung, -herkunft und -entwicklung instruktiv Spendel, JR 1983, 269 (272).

¹⁹ Siehe dazu: Schmoller, ZStW 1987, 389 (412ff.).

²⁰ Meyer, JR 1979, 485.

²¹ MK-Schneider, § 211 Rn. 146; siehe auch: BGHSt 41, 72 (79); darüber hinaus entfällt die Arglosigkeit auch nicht, wenn jemand allgemein Grund zur Vorsicht hat und deshalb eine Waffe bei sich trägt und sich bewachen lässt: BGHSt 18, 87 (88).

nicht nur arglos, sondern darüber hinaus **besonders** verletzlich ist.

Dem gegenüber stehen von der Lehre entwickelte Erfordernisse planmäßigen bzw. darüber hinaus verschlagenen Handelns. Zwar sind die konkreten Wertungsmaßstäbe, die an diese Erfordernisse angelegt werden, zahlreich, dennoch lassen sich die Meinungen in eine auf rein objektive Merkmale **planmäßigen Vorgehens** und eine hinzukommend auf das Erfordernis der **Verschlagenheit** auch subjektive Merkmale abstellende Meinung unterscheiden.²²

Letztere ist der Überzeugung, dass schon dem Wortlaut des Begriffs „Heimtücke“ ein Element der Verschlagenheit innewohne und ein solches subjektives Element daher in die Definition aufgenommen werden müsse.²³ Der Befund, dass das Opfer arglos war und der Täter dies ausnutzte, ist aber ein rein objektiver. Die Heimtücke ist ihrem Wesen nach also als objektives Mordmerkmal zu verstehen.²⁴ Selbst die Berücksichtigung subjektiver Elemente bei Fehlen einer feindlichen Willensrichtung ändert nichts daran, dass das Vorgehen des Täters heimtückisch war, sondern lässt lediglich die Verwerflichkeit seines Vorgehens als gesteigertes Unrecht entfallen.²⁵ Der Versuch, durch subjektive Elemente die Heimtücke zu konkretisieren, stellt daher ein Hinzufügen tatbestandsmerkmalfremder Elemente dar. Darüber hinaus sind die in diesem Zusammenhang aufgeführten Wortlauterwägungen („Tücke des Objekts“, „ein Strom hat seine Tücken“)²⁶ allesamt nicht zwingend und können genauso gut rein objektiv (und eben nicht subjektiv) verstanden werden.

Einer objektiven Sichtweise, die den Begriff der Heimtücke durch das Planmäßigkeitserfordernis rein objektiv (ohne subjektive Elemente) auslegt, wird entgegengehalten, dass es ihr nicht möglich sei, adäquat heimtückisches von nicht heimtückischem Verhalten abzugrenzen. Sie biete nämlich keine Kriterien, um die relevante Schwelle der Planmäßigkeit zu definieren, die ein heimtückisches Verhalten überschreiten müsse.²⁷

Tatsächlich lässt sich aber ein adäquater Wertungsmaßstab entwickeln: Ausgehend davon, dass der Arglosigkeit des Opfers keine eigenständige Bedeutung zukommen kann, da unter alltäglichen Bedingungen im Zweifel jeder arglos ist und die Arglosigkeit als Differenzierungskriterium ihrem Wesen nach neben ihrem Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein nicht steigerungsfähig ist, muss sich der Wertungsmaßstab an die Wehrbereitschaft des Opfers ausrichten. Anders als bei dem Kriterium der Arglosigkeit, sind bei dem Kriterium der Wehr-

bereitschaft qualitative Unterschiede möglich.²⁸ Greift der Täter etwa mit einem Messer einen Passanten auf einem weiträumigen Marktplatz an, so bleiben dem Opfer Möglichkeiten zur Flucht oder zumindest die Möglichkeit um Hilfe zu rufen. Wartet der Täter hingegen darauf, dass das Opfer eine menschenleere, enge Gasse entlangläuft oder lockt es gar hierher, so nutzt bzw. schafft der Täter bewusst eine Situation, in welcher dem Opfer seine Fluchtmöglichkeiten genommen sind und Hilferufe vergebens sind. Er nutzt also eine Situation aus, in welcher das Opfer **besonders** in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist. Ebenso verhält es sich, wenn der Täter sich mit besonderen Verhaltensweisen des Opfers vertraut gemacht hat und dann etwa das sich im Solarium befindliche Opfer ersticht. Nicht anders liegt der Fall, wenn der Täter bewusst Tatmittel verwendet, die dem Opfer keine Verteidigungsmöglichkeiten lassen, etwa indem er es aus sicherer Distanz mit einem Scharfschützengewehr erschießt oder an dessen Auto eine Bombe anbringt.

Zusammenfassend liegt ein **planmäßiges Vorgehen** des Täters also immer dann vor, wenn er eine vorgefundene²⁹ oder geschaffene Situation *bewusst* ausnutzt, in welcher das Opfer in **besonderem** Maße in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt und verletzlich ist, oder wenn der Täter ein Mittel verwendet, gegen das dem Opfer keine Verteidigungsmöglichkeiten verbleiben. Das Kriterium der Planmäßigkeit sollte nicht eng (und subjektiviert) verstanden werden und sich der Kritik von schwer handhabbaren Wertungselementen³⁰ entziehen, indem es eben nur die qualitative Schwelle bezeichnet zwischen dem – geradezu zwangsläufigen (ohne Alternativmöglichkeiten) – Ausnutzen der alltäglichen Arglosigkeit und einer planmäßigen und bewussten Ausnutzung einer Situation, in welcher das Opfer **besonders** verletzlich ist.

Dabei stellt das bewusste Abwarten auf den Schlaf des O und das anschließende Ausnutzen dieser Situation, in welcher O unfähig zu jeder Verteidigung ist und folglich besonders verletzlich ist, bereits ein hinreichend geplantes Vorgehen dar, um auch hier die Verwerflichkeit der Heimtücke anzunehmen.³¹

III. Zum „Verwerflicher Vertrauensbruch“

Schließlich hat sich in weiten Teilen der Literatur der Restriktionsvorschlag eines „verwerflichen Vertrauensbruchs“ durchgesetzt.³² Er setzt an dem hier beschriebenen Phänomen der

²² Im Folgenden dienen für jene objektive Sichtweise *Schmoller*, ZStW 1987, 389 ff. und für jene subjektive Auslegung *Spendel*, JR 1983, 269 ff. als exemplarische Vertreter.

²³ *Spendel*, JR 1983, 269 (273)

²⁴ Scheinbar ebenso *Rengier*, MDR 1980, 1 (2f.), wenn er die Bestrebungen des BGH eine innere Tatseite innerhalb der Heimtücke-Prüfung zu berücksichtigen, über die Strafzumessung nach § 213 StGB auflösen will, um eine „nie genau fassbare innere Tatseite“ nicht in die Heimtücke-Definition mitaufzunehmen.

²⁵ Der BGH knüpft die feindliche Willensrichtung unmittelbar an das Merkmal des Ausnutzens (der Arg- und Wehrlosigkeit) an, bezeichnet die feindliche Willensrichtung hierbei sogar als „kennzeichnend“, also als die verwerfliche Komponente: BGHSt 9, 385 (390).

²⁶ Vgl. dazu ausführlich *Spendel*, JR 1983, S. 269 (273).

²⁷ MK-Schneider, § 211 Rn. 199.

²⁸ Auch der BGH erkennt, dass es innerhalb der Wehrbereitschaft qualitative Unterschiede gibt, wenn er als Folge der Arglosigkeit nicht zwingend auf eine absolute Wehrlosigkeit schließt, sondern vielmehr auf die stark eingeschränkte „natürliche“ Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit: BGH GA 1971, 113.

²⁹ Der BGH lässt ebenfalls eine vorgefundene (nicht vom Täter selbst herbeigeführte oder bestärkte) Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, die vom Täter ausgenutzt wird, genügen: BGHSt 18, 87 (88).

³⁰ Siehe zu dieser Kritik: BGHSt 11, 139 (144f.).

³¹ *Spendel* etwa kommt durch eine stark subjektiviert Auslegung zu einem anderen Ergebnis: So würde die Täterin doch vielmehr aus „Verzweiflung und Empörung über erlittene schwere Demütigungen oder lange Drangsalierungen“ gehandelt haben und „sicherlich nicht aus einer besonders verurteilenswerten tückischen Einstellung“ heraus: *Spendel*, JR 1983, 269 (273); dass die Einstellung zwar weniger aber dennoch auch heimtückisch gefärbt war, was zur Erfüllung von § 211 II StGB ausreichen könnte, und dass das Motiv der „Empörung“ bereits als niederer Beweggrund ausgelegt werden könnte, übersieht *Spendel* indes – abgesehen davon, dass dieser Ansatz, wie dargelegt, abwegig erscheint.

³² S/S-Eser/Steinberg-Lieben, § 211 Rn. 26; *Otto*, ZStW 1971, 39 (63 ff.).

„alltäglichen Arglosigkeit“ an und leitet ab, dass das heimtückische Vorgehen gerade in Ausnutzung „sozialpositiver Verhaltensmuster“ liegen müsse³³. Die Ausnutzung eines besonderen positiven Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer soll demnach gerade das „Tückische“, mithin das Verwerfliche, und aufgrund der besonders aggressionshemmenden Nähe für das Opfer Gefährliche sein.³⁴ Dieser Ansatz verdient insofern Beifall, als dass er richtiger Weise erkennt, was das Wesen der heimtückischen Tötung sein kann.³⁵ Schafft der Täter ein positives Näheverhältnis zum Opfer, so schafft er gerade eine Situation, in welcher das Opfer **besonders verletzlich** ist. Diese kann aber auch durch anderes (planmäßiges) Vorgehen geschaffen werden, indem er etwa den Tatort besonders wählt und so dem Opfer Fluchtmöglichkeiten abschneidet, oder indem er die Gewohnheiten seines Opfers studiert und eine Situation wählt, in welcher das Opfer noch weniger als sonst zur Verteidigung fähig ist. Die besondere Gefährlichkeit des Vorgehens ist also nicht nur auf solche Fälle beschränkt, in welchen der Täter ein „sozialpositives Verhaltensmuster“ ausnutzt. Entsprechend würde hier das Merkmal der Heimtücke zu weit eingeengt³⁶ und würde Täter privilegieren, die gerade darauf verzichten ein „sozialpositives Verhalten“ des Opfers auszunutzen und dennoch Situationen wählen oder schaffen, in denen das Opfer besonders in seiner Verteidigungsfähigkeit eingeschränkt ist³⁷. Zudem ergeben sich Probleme, wann bereits ein solches Vertrauensverhältnis geschaffen wurde und darüber hinaus, unter welchen Voraussetzungen es wieder aufgelöst wird.³⁸ Im vorliegenden Fall wird man wohl davon ausgehen müssen, dass ein enges Vertrauensverhältnis zwischen O und T in Form der Ehe bestanden haben muss, inwiefern es allerdings durch die jahrelange Misshandlung aufgelöst wurde oder noch immer fortwirkt, weil O nicht mit Gegenwehr seitens T rechnete, ist eine schwer zu beantwortende Frage, die wohl je nach Wahl des Wertungsmaßstabes und der eingenommenen Perspektive unterschiedlich ausfallen würde. Stellt man hier (auch) auf das Opfer ab, so muss davon ausgegangen werden, dass es gerade aufgrund des Näheverhältnisses und der Kenntnis der T nicht mit einem Angriff rechnete, entsprechend arglos war, und dass T gerade dieses Vertrauen in sie ausnutzte.

Es zeigt sich, dass die „Tyrannenmörderin“ auch unter Anwendung aller (zumindest verbreitet vertretenen) Restriktionsversuche mit Heimtücke im Sinne von § 211 II StGB tötet.

C) Das negative Kausalitätserfordernis

Tatsächlich lässt sich aber ein ganz anderes Verständnis der Heimtücke entwickeln, wenn die §§ 211, 212 StGB genau betrachtet werden: Sowohl der Totschlag als auch der Mord gehen zunächst von zumindest demselben Tatbestandsmerkmal der (vorsätzlichen) Tötung eines Menschen aus. Ganz gleich, ob der Mord als Qualifikation des § 212 StGB aufzufassen ist³⁹

oder doch vielmehr ein selbstständiges Delikt darstellt⁴⁰, steht fest, dass er in Hinblick auf das verübte Unrecht in einem **qualitativen Verhältnis** zum Totschlag steht⁴¹. Während der Mord eine **zwingend** lebenslange Freiheitsstrafe fordert, setzt der Totschlag lediglich eine Freiheitsstrafe von nicht weniger als fünf Jahren fest. Der vom Gesetzgeber festgelegte Strafrahmen zeigt also, dass der Täter im Falle des **Mordes gesteigertes Unrecht**, im Falle des **Totschlages geringeres Unrecht** verübt.

Das Gesetz vermutet demnach, dass der Täter bei Tötung seines konkreten Opfers vor der **Möglichkeit** steht, gesteigertes oder geringeres Unrecht zu begehen.⁴²

Genau dies trifft aber für die „Tyrannenmörderin“ nicht zu: Sie ist dem Tyrannen physisch und psychisch in jeder Hinsicht unterlegen. Sie **benötigt** das Moment der Heimtücke, um unter gewöhnlichen Umständen überhaupt im Stande zu sein, den Tyrannen zu töten: **Erst die Heimtücke ermöglicht ihr den Tötungserfolg!**

Will T also O töten, so steht sie nicht vor der Möglichkeit als „Totschlägerin“ hervorzugehen, sondern kann sich aufgrund des **unbedingten Erfordernis** der Heimtücke zur Herbeiführung des Tötungserfolgs nur wegen Mordes strafbar machen.

Es bedarf deshalb der Modifikation, dass die Heimtücke im Sinne des § 211 II StGB zwar die Tat für den Täter erleichtert⁴³, aber eben nicht Bedingung für ihren Erfolg sein darf. Gelänge es dem Täter also auch unter **gewöhnlichen** Umständen den Tötungserfolg hervorzurufen, so stellt das heimtückische Verhalten eine Steigerung hinsichtlich des verübten Unrechts dar und die Tötung ist richtigerweise nach § 211 II StGB zu bestrafen. Würde es dem Täter hingegen erst durch das Moment der Heimtücke überhaupt gelingen, den Tötungserfolg seines konkreten Opfers hervorzurufen, so kann dies kein besonders verwerfliches Unrecht im Vergleich zum Totschlag darstellen.

⁴⁰ So die Rechtsprechung: BGHSt 1, 368 (370).

⁴¹ Bzw. in einem gesteigerten Unrechtsgehalt, siehe: MK-Schneider, § 211 Rn. 144; siehe auch: BGHSt 11, 139ff.

⁴² Dies ergibt sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 I GG i.V.m. dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG: Das Strafrecht darf keinen Täter privilegieren. Die Möglichkeit geringeres oder gesteigertes Unrecht zu begehen, muss daher für jeden Täter offenstehen! Anderer Meinung ist Schneider, der eine „Forderung [...], jedermann müsse von Rechts wegen die Chance haben, töten zu können, ohne Mörder zu sein“ ablehnt. Die Heimtücke müsse „opferzentriert“ begriffen werden. Ein „gerechtigkeitsmotivierter Perspektivwechsel“ sei „systemfremd“: Schneider, in: Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 830 (878); abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abchlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.html (Stand: 18.05.2016).

Wie gezeigt ergibt sich diese „Forderung“ jedoch zwingend aus der Systematik der §§ 211, 212 und nicht aus einer Gerechtigkeit erstrebenden Motivation. Zudem scheint eine rein „opferzentrierte“ Perspektive ebenso abwegig, wenn wir die Frage stellen, ob der **Täter** heimtückisch tötete und ob der **Täter** hierdurch gesteigertes Unrecht verübte. Derartigen Erwägungen das Heimtücke-Mordmerkmal als „Monopol“ des Opfers anzusehen, verhindern vielmehr die notwendigerweise abzustimmenden Perspektiven zwischen Opfer (Arg- und Wehrlosigkeit) und Täter (**Ausnutzen** der Arg- und Wehrlosigkeit, feindliche Willensrichtung, Planmäßigkeit, etc.) bei der Auslegung der Heimtücke einzunehmen und von ihnen ist daher abzusehen; ähnlich: Ignor, in: Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 40.

⁴³ Nämlich durch eine besonders gefährliche Vorgehensweise des Täters, die dem Opfer keine Abwehr-, Flucht- und Hilferufmöglichkeiten lässt: BGHSt 2, 60 (61); BGHSt 2, 251 (254).

³³ Meyer, JR 1979, 485 ff.

³⁴ Meyer, JR 1979, 485.

³⁵ Auch der BGH sieht das Ausnutzen eines besonderen Vertrauensverhältnisses „erst recht“ als eine heimtückische Vorgehensweise an: BGHSt 2, 60 (61).

³⁶ Schmoller, ZStW 1987, 389 (405f.).

³⁷ Rengier, MDR 1980, 1 (5).

³⁸ Rengier, MDR 1980, 1 (4); Arzt, JR 1979, 7 (11).

³⁹ So die Rechtswissenschaft, siehe: Kargl, JZ 2003, 1141.

Diese Formel, die als ein „*negatives Kausalitätserfordernis*“ an die Heimtücke betitelt werden könnte, scheint nur auf den ersten Blick denkbar weit.⁴⁴ Grundsätzlich sei festgehalten, dass die reine körperliche Unterlegenheit des Täters gegenüber seinem konkreten Opfer noch nicht dazu führt, dass das negative Kausalitätselement nicht verwirklicht werden kann. Die körperliche Unterlegenheit lässt sich in aller Regel durch Waffen und gefährliche Werkzeuge kompensieren. Dass also das Entfallen des Heimtücke-Merkmals (unbilligerweise) etwa bei Täterinnen häufiger vorkäme als Tätern, weil diese ihren männlichen Opfern in der Regel körperlich unterlegen seien,⁴⁵ ist nicht der Fall. Das negative Kausalitätselement lässt nur in solchen Fällen die Tatbestandsmäßigkeit der Heimtücke entfallen, in denen der Täter seinem Opfer körperlich oder bzw. und psychisch in einem so erheblichen Maße unterlegen ist, dass selbst mit den dem Täter zur Verfügung stehenden Mitteln das Moment der Heimtücke Bedingung des Tötungserfolges bleibt.

Beispiel 1: T ist eine alte gebrechliche Dame. Ihre Arthritis hindert sie daran akkurat eine Schusswaffe abzufeuern oder gefährliche Werkzeuge so zu führen, dass sie mit diesen erhebliche Verletzungen zufügen könnte. Ihr Nachbar und Feind O ist Sportler in den besten Jahren und kerngesund. T tötet den stets hungrigen und nichtsahnenden O, indem sie diesen mit einem vergifteten Kuchen verköstigt.

In diesem Fall ist T in jeder Hinsicht O körperlich unterlegen. In einer „offenen“ Konfrontation würde es ihr selbst mit Schusswaffe nicht gelingen O zu töten, sie würde gar von diesem überwältigt, ehe sie nur einen Schuss abfeuern könnte. Auch sie benötigt das Moment der Heimtücke, um überhaupt ihr konkretes Opfer zu töten.

Beispiel 2: T wurde von seinem Vater O in Kinderjahren sexuell vergewaltigt. Das autoritäre Charisma seines Vaters und seine Kindheitserlebnisse schüchtern noch immer den hoch gewachsenen und muskulösen T ein und machen ihn in Gegenwart des mittlerweile gebrechlichen O ergeblich und handlungsunfähig. Nur aus reichlicher Distanz mit einem Scharfschützengewehr traute sich T seinen Vater O zu erschießen.

In diesem Fall ist T seinem konkreten Opfer körperlich weit überlegen und bedarf eigentlich weder Waffen noch gefährlicher Werkzeuge um O zu töten. Nichtsdestoweniger würde es T aufgrund der permanenten Einschüchterung nicht gelingen, seinen Vater in einer offenen Konfrontation zu töten. Erst aus sichere Distanz, also mit dem Moment der Heimtücke, ist T imstande, die Tötung seines Vaters psychisch zu bewältigen.

Es zeigt sich, dass eine adäquate Auslegung ein negatives Kausalitätserfordernis innerhalb der Heimtücke-Definition nach

⁴⁴ Es könnte darüber nachgedacht werden, ob ein negatives Kausalitätserfordernis auch auf andere Normen, die in einem qualitativen Verhältnis zueinander stehen, übertragen werden könnte. Dies erscheint jedoch (zumindest ohne Modifikation) sehr zweifelhaft, da sich dort weitere Dimensionen auftun: Etwa bei einer Körperverletzung und einer mittels gefährlichem Werkzeug liegt kein absoluter tatbestandlicher Erfolg vor, wie es die Tötung eines Menschen ist, sondern ein relativer, der sich in Form, Intensität und Gefährlichkeit unterscheiden kann (NK-Neumann, § 211 Rn. 48.).

⁴⁵ Oberlies möchte eine systembedingte Privilegierung der Männer sehen, die aufgrund ihrer meist physischen Überlegenheit gegenüber Frauen nicht auf die Heimtücke angewiesen seien: Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Frauen und Männern (1995), 131ff.; Dies kann aber nur überzeugen, wenn die „offene Konfrontation“ nicht allein von der physischen Unterlegenheit rührt, da diese, wie angeführt, kompensiert werden kann.

§ 211 II StGB fordert. Demnach ist die „Tyrannenmörderin“ im vorliegendem Fall trotz heimtückischen Vorgehens nicht wegen Mordes, sondern lediglich wegen Totschlages zu bestrafen.

D) Schlussbemerkungen und Ausblick

Die von Heiko Maas berufene Expertenkommission möchte an der Grundstruktur des Mordparagraphen festhalten. Auch der dahingehende Gesetzesentwurf sieht nichts anderes vor. Mord und Totschlag sollen also weiterhin zweierlei bleiben, jedoch sollen die Plätze im Sinne eines Qualifikationsverhältnisses getauscht und die Mordmerkmale überarbeitet werden.⁴⁶ So soll etwa das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ wegfallen, dafür rassistisch motivierte Taten in den Mordparagraphen aufgenommen werden.⁴⁷ Auch die Heimtücke wird uns in modifizierter Weise, nämlich als Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers erhalten bleiben.⁴⁸ Wie wir aber bereits oben festgestellt haben, ist die Heimtücke ohnehin an dem Merkmal der Wehrlosigkeit und nicht der Arglosigkeit ausgerichtet.⁴⁹ Voraussichtlich werden also die Prämissen für das „negative Kausalitätselement“ weiterhin gegeben bleiben, nämlich die Differenzierung von Mord und Totschlag und der Erhalt des Heimtücke-Merkmals, wenngleich in modifizierter Form. Zu begrüßen ist ferner die Abkehr von der zwingend lebenslangen Freiheitsstrafe⁵⁰.

In einem Rechtsstaat steht es nämlich jedem Täter zu, nach seiner Persönlichkeit, seinen Motiven und den besonderen Umständen seiner Tat verurteilt zu werden (vgl. dazu nur die in § 46 StGB zum Tragen kommenden Grundwertungen). Der Mordparagraph setzt sich jedoch mit seiner *zwingend* lebenslangen Freiheitsstrafe⁵¹ darüber hinweg und setzt eine oberste Richtschnur des verübten Unrechts an. Er fingiert, dass bei Vorliegen eines Mordmerkmals die Schwelle des schlimmsten Unrechts überschritten wurde und differenziert darüber hinaus nicht weiter. Auch wenn Leben und Leben nicht gegeneinander aufzuwiegen sind, so macht es doch in Hinblick auf die Verwerflichkeit der Tat unter Umständen einen Unterschied, ob der Täter ein, zwei, zehn oder hundert Menschen tötete.⁵² Ob er sein Opfer noch vorher lange quälte und vergewaltigte, oder ob er es „lediglich“ planmäßig aus sicherer Distanz mit einem

⁴⁶ Vgl. bereits: Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 26; Ein „reformierischer Kahlschlag“, der etwa vom DAV unterbreitet worden ist und den vollständigen und ersatzlosen Wegfall des Mordparagraphen bedeuten würde, erscheint als Vertikalverschiebung von der Legislative hin zur Judikative geradezu unverantwortbar. Ein Einheitsparagraph mit dem Namen „Tötung“ kann jedenfalls nicht in der gebotenen Bestimmtheit alle dadurch umfassten, denkbaren Verhaltensweisen pönalisieren. Richtigerweise dazu: Mitsch, JR 2015, S. 122 (129f); bzgl. des Gesetzesentwurfes siehe Anm. 1 und Anm. 2.

⁴⁷ Vgl. bereits Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 37, vgl. für den Gesetzesentwurf Anm. 1.

⁴⁸ Vgl. Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 43; für die Streichung des Heimtücke-Merkmals als gleichsam historisches Relikt spricht sich indes Beck aus: Beck, ZIS 2016, 10ff.; vgl. für den Gesetzesentwurf Anm. 1.

⁴⁹ Obgleich freilich die im Gesetzesvorschlag vorgesehene Modifikation die Frage der Auslegung neu aufwerfen dürfte – so auch: van Lijnden, Anm. 2.

⁵⁰ Bereits Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, 55; vgl. zudem Anm. 1.

⁵¹ Zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, siehe: BVerfG NJW 1977, 1525ff.; zur Rechtsfolgenlösung der Rechtsprechung, siehe: BGHSt 30, 105ff.

⁵² Auch Fischer zweifelt an der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens und verweist auf die schuld- und straferhöhende Wirkung bei Vernichtung mehrerer Menschen durch den Täter: Fischer, § 34 Rn. 21.

Gewehr erschoss, und es ließe sich noch weiter aufzählen. Es gibt keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten jede Tat als genau gleich verwerflich anzusehen ist. Diese Differenzierung vorzunehmen, die ein abstrakt generelles Gesetz seinem Wesen nach nicht vornehmen kann, ist nur durch den Menschen selbst in Gestalt des Richters möglich.⁵³ Die Absurdität ist, dass der Mordparagraph nur *fast* vollständig von den Nationalsozialisten übernommen wurde. Der wohl wichtigste Passus ist weggefallen: Im damaligen Absatz 3 kannten die Nationalsozialisten den minderschweren Fall des Mordes.⁵⁴ Nach fast 65-jährigem Bestehen des Mordparagraphen in der Bundesrepublik Deutschland⁵⁵ ist die Abkehr von der Lebenslangensfreiheitsstrafe und die Spiegelnorm zu § 212 II StGB in Form eines dritten Absatzes überfällig und würde die Erwartungen an einen Rechtsstaat wohl eher erfüllen.⁵⁶ Hierhingehend scheint also der Gesetzesentwurf von *Heiko Maas* geglückt. Die Abkehr von der lebenslangen Freiheitsstrafe wird der Rechtsprechung den gebotenen Spielraum geben, die sich stellenden Fälle differenziert(er) zu bewerten. Die hinzukommenden Privilegierungstatbestände umfassen immerhin wichtige Fälle (nämlich solche, in denen der Täter „aus Verzweiflung“ handelte; um „sich oder einen ihm nahestehenden Menschen aus einer ausweglos erscheinenden Konfliktlage“ zu befreien; durch eine „schwere Beleidigung“ oder „Misshandlung [...] zum Zorn gereizt“ wurde; oder von einer „vergleichbar heftigen Gemütsbewegung“ betroffen war),⁵⁷ die über den früheren Absatz 3 hätten geregelt werden können und diesem weitestgehend entsprechen. Insgesamt erwarten uns damit größtenteils (nur) längst überfällige Änderungen – und das dürfte auch der richtige Weg sein: Ein reformerischer Kahlschlag (also ein Einheitsparagraph mit dem Namen „Tötung“) oder eine umfangreiche Umgestaltung der Tötungsdelikte würde wohl die Rechtsprechung vor ganz neue Herausforderungen stellen. Man würde unnötigerweise von „Null“ anfangen, obgleich doch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sich jahrzehntelang umfänglich mit dem Mordparagraphen auseinandergesetzt haben und es ihnen dabei gelungen ist, den Mordparagraphen (jedenfalls in den meisten Fällen) zufriedenstellend anzuwenden. Gerade hierdurch sind die „Schwächen“ des Mordparagraphen zu Tage getreten, die – wenn sie nicht schon zuvor im Wege der Auslegung kompensiert werden konnten – nun durch die zu erwartende Reform beseitigt werden dürften. Der Reform des Mordparagraphen durch *Heiko Maas* liegt entsprechend der richtige Gedanke zugrunde, nämlich zu behalten, was sich bewährt hat

und nur das zu verändern, was veränderungswürdig und – bedürftig ist.

Ganz gleich, ob die Reform der Tötungsdelikte kommen wird oder auch nicht, genauso wie die Nationalsozialisten beispielhaft die Gesetze eines Rechtsstaates ihrer Ideologie gebeugt haben, ist unser Rechtsstaat beispielhaft in der Lage, die gesetzlichen Erzeugnisse des Nationalsozialismus den Ansprüchen eines Rechtsstaates gemäß und nach allen Regeln der Kunst – trotz Typisierungen – auszulegen und anzuwenden⁵⁸. Das Erfordernis eines negativen Kausalitätselements würde seinen Beitrag dazu leisten.

► Inhaltsverzeichnis

⁵³ Ähnlich: *Fischer*, Völkisches Recht, in: DIE ZEIT vom 12. Dezember 2013, Nr. 51, S. 8.

⁵⁴ 15. September 1941 bis 1. Oktober 1953: „(3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“

⁵⁵ 1953 erfolgte die letzte Änderung des Mordparagraphen durch die Streichung der Todesstrafe und des Absatzes 3 (als Anpassung an Art. 102 GG des bereits 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes). Danach folgten lediglich redaktionelle Überarbeitungen.

⁵⁶ Auch die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe kritisierend mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zur Reformbedürftigkeit des § 211 StGB: *Kühl/Heger*, Vor § 211 Rn. 25; Auch *Küpper* kommt zu dem Ergebnis, dass die Mordmerkmale im Wesentlichen einer kritischen Überprüfung standhalten und die Probleme des Mordtatbestandes aus der absoluten Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe resultieren: *Küpper*, in: FS-Kriele (1997), 777 (794).

⁵⁷ Vgl. Anm. 1.

⁵⁸ Ähnlich hinsichtlich der rechtsstaatlichen Auslegung und Anwendung solcher Gesetze: *Mandla*, in: FS-Rössner (2015), 845 (854).



BEITRAG

Dr. Markus Meißner*

Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen

Gliederung

A) Hintergrund von Ausschlussfristen

B) Hintergrund von Ausschlussfristen und Mindestlohnansprüchen

C) Neue Rechtsprechung des BAG

I. Entscheidung des BAG

II. Auswirkungen der Entscheidung

D) Der neue § 309 Nr. 13 BGB

E) Fazit

Abstract

Mit arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen hat man schnell Klarheit über arbeitsvertragliche Ansprüche. Andererseits kann eine Ausschlussfrist für beide Arbeitsvertragsparteien den Verlust von der Sache nach berechtigten Ansprüche bedeuten. Für den Arbeitnehmer können beispielsweise nicht rechtzeitig geltend gemachte Vergütungsansprüche ersatzlos verloren gehen. Ein Urteil des BAG vom 24.08.2016 (5 AZR 703/15) sowie ein neues Gesetz haben Auswirkung auf die Gestaltung von Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen. Die Auswirkungen werden im folgenden Beitrag insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Verwertung der Neuerungen in Klausuren dargestellt.

A) Hintergrund von Ausschlussfristen

Arbeitgeber greifen bei der Arbeitsvertragsgestaltung fast ausnahmslos auf Muster zurück. Bei den Mustern handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen. Diese unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Auch Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen sind daher an den §§ 305 ff. BGB zu messen.

Die arbeitsvertragliche Ausschlussfrist dient dazu, Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis schnell klarzustellen. Üblich sind zweistufige Ausschlussfristen. Auf der ersten Stufe müssen die Vertragsparteien ihre Ansprüche innerhalb einer Frist von mindestens drei Monaten (BAG, Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04) beim Vertragspartner geltend machen. Auf der zweiten Stufe sind die Ansprüche gerichtlich einzuklagen, falls der Vertragspartner die Ansprüche ablehnt oder sich innerhalb einer Frist dazu nicht erklärt.

Ausschlussfristen können wirksam Ansprüche ausschließen. Sie müssen aber für beide Seiten gelten (BAG, Urteil vom 31.08.2005 – 5 AZR 545/04). Zudem gelten Ausschlussfristen nicht für gesetzliche Mindestlohnansprüche.

B) Hintergrund von Ausschlussfristen und Mindestlohnansprüchen

Nach § 3 Satz 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. Demnach ist weder die Vereinbarung eines geringeren Lohns als dem Mindestlohn noch die Beschränkung der Geltendmachung des gesetzlichen Mindestlohns durch eine Ausschlussfrist wirksam.

Auch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) enthält eine Regelung für ein Mindestentgelt. Durch das AEntG werden in bestimmten Branchen Mindeststandards für Arbeitsbedingungen festgelegt. Nach § 9 S. 3 AEntG können Ausschlussfristen für die Geltendmachung des Anspruchs auf das Mindestentgelt nur in Tarifverträgen und dort nur mit einer Mindestfrist von sechs Monaten geregelt werden.

Nach den Regelungen des AEntG findet § 9 AEntG auch auf bestimmte Rechtsverordnungen Anwendung. Eine solche ist die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV).

C) Neue Rechtsprechung des BAG

I. Entscheidung des BAG

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Ausschlussfristen, die in AGB enthalten sind, Mindestentgeltansprüche ausdrücklich von ihrem Geltungsbereich ausnehmen müssen. Ansonsten könnte die Ausschlussfrist wegen mangelnder Transparenz unwirksam sein.

Das BAG hat hierzu am 24.08.2016 entschieden, dass eine arbeitsvertragliche Ausschlussfrist, die das Mindestentgelt nach § 2 PflegeArbbV nicht ausdrücklich ausnimmt, gegen § 9 S. 3 AEntG verstößt. Für andere Ansprüche könne die Ausschlussfrist nicht aufrechterhalten werden, weil sonst das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verletzt würde (BAG, Pressemitteilung 44/16). Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergeben, wenn eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Demnach sei für den Arbeitnehmer nicht hinreichend klar und verständlich, dass das Mindestentgelt von der Ausschlussfrist nicht erfasst ist. Daraus entstehe die Gefahr, dass ein Arbeitnehmer aufgrund der intransparenten Ausschlussfrist das Mindestentgelt nach Fristablauf nicht mehr geltend mache.

In dem Fall, den das BAG zu entscheiden hatte, war die Klägerin als Pflegehilfskraft beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis war die PflegeArbbV anwendbar. Der Arbeitsvertrag enthielt eine zweistufige Ausschlussfrist. Die Klägerin war in der Vergangenheit krankgeschrieben. Der beklagte Arbeitgeber hatte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit und leistete keine Entgelt-

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle in Stuttgart.

fortzahlung. Der beklagte Arbeitgeber berief sich im Verfahren darauf, der Anspruch auf Entgeltfortzahlung sei jedenfalls wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung verfallen. Damit blieb er in allen Instanzen erfolglos (BAG, Pressemitteilung 44/16).

II. Auswirkungen der Entscheidung

Die Argumentation des BAG lässt sich nach einem ersten Eindruck auf sämtliche Ansprüche übertragen, die vertraglich nicht ausgeschlossen werden können. Genauer lässt sich möglicherweise nach der Volltextveröffentlichung der Entscheidung sagen. In Klausuren sollte jedenfalls erkannt werden, falls Ausschlussfristen vertraglich nicht ausschließbare Ansprüche nicht aussparen. Zu diesem Punkt ist dann Stellung zu nehmen. Sollte in Klausuren der Fall einer Ausschlussfrist vorkommen, die Ansprüche aus dem MiLoG nicht ausnimmt, ist an folgenden Aspekt zu denken: Wie dargestellt, sind Vereinbarungen, welche die Geltendmachung des Mindestlohns nach dem MiLoG beschränken oder ausschließen, nach dem Gesetzeswortlaut nur *insoweit* unwirksam. Daher kann diskutiert werden, ob die Rechtsprechung des BAG auf Mindestlohnansprüche nach dem MiLoG übertragbar ist.

D) Der neue § 309 Nr. 13 BGB

Neuerungen bei arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen ergeben sich auch durch das "Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts" (BGBl. 2016 I Nr. 8, 233), das seit dem 01.10.2016 gilt. Entgegen dem Namen des Gesetzes wirkt es sich wegen der Neufassung von § 309 Nr. 13 BGB auch auf die Gestaltung von Arbeitsverträgen aus.

Aufgrund des neuen § 309 Nr. 13 BGB sind seit dem 01.10.2016 vorformulierte Vertragsbedingungen unwirksam, die Anzeigen und Erklärungen gegenüber dem Verwender von vorformulierten Vertragsbedingungen an eine strengere Form als die Textform binden. Bisher durfte hier keine strengere Form als die Schriftform vorgesehen werden.

Bei vereinbarter Schriftform gelten grundsätzlich die strengen Anforderungen der §§ 126, 126a BGB. Ist allerdings kein anderer Wille der Vertragsparteien ersichtlich, genügt wegen § 127 Abs. 2 BGB bereits jetzt die telekommunikative Übermittlung, also insbesondere E-Mail und Fax. Nach der Gesetzesbegründung sei dies den Verbrauchern – und als solche gelten Arbeitnehmer – nicht bekannt, weshalb eine Klarstellung in Verträgen erfolgen müsse. Die Klarstellung erfolgt in den Verträgen konkret durch eine Ersetzung der Schriftform durch die Textform. Ob Verbrauchern dadurch klarer wird, dass sie Anzeigen und Erklärungen gegenüber dem Verwender auch per E-Mail, Fax, SMS oder WhatsApp abgeben können, sei dahingestellt. Neue Arbeitsverträge müssen jedenfalls die gesetzlichen Anforderungen berücksichtigen.

Das Verbot der Schriftformvereinbarung gilt für die Abgabe von Anzeigen und Erklärungen gegenüber dem Verwender oder Dritten. In einem Arbeitsvertrag kommen hierbei insbesondere in Betracht: Der Antrag auf Gewährung von Urlaub, die unternehmensinterne Bewerbung auf einen freien Arbeitsplatz, der Antrag auf Zustimmung zu einer Nebentätigkeit sowie als Hauptanwendungsfall die Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen von Ausschlussfristen.

Die Form der Geltendmachung auf der ersten Stufe muss angepasst werden. Der Arbeitgeber kann nicht mehr wirksam die schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen vom Arbeitnehmer verlangen.

E) Fazit

Die Rechtsprechung des BAG und das neue Gesetz führen zu weiteren Anforderungen an die wirksame Vereinbarung einer Ausschlussfrist. In Klausuren gilt es, unwirksame Ausschlussfristen zu erkennen. Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht für beide Seiten gelten, Mindestentgeltansprüche nach dem AEntG nicht ausnehmen oder die schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen vom Arbeitnehmer verlangen.

► Inhaltsverzeichnis





Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf www.menoldbezler.de/karriere.



MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 86040-00, Stefanie.Mueller@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

KLAUSUR – STRAFRECHT

Dipl.-Jur. Henning T. Lorenz*/Stud. iur. Yusuf Aydinbas**

„Pokémon Go“ Anfängerklausur***

Sachverhalt

Die Kommilitonen Ash (A) und Gary (G) studieren im zweiten Semester Jura. Gerade haben sie die Klausurenphase überstanden und wollen ihr Studentenleben in vollen Zügen genießen. Da kommt es ihnen gerade gelegen, dass eine neue, zeitfüllende App für ihre Smartphones erschienen ist: Pokémon Go. Die Aufgabe des Spielers ist es dabei, kleine Monster (sog. Pokémon) zu sammeln, indem er durch die reale Welt läuft und diese an bestimmten Orten mittels virtuellen Fangwerkzeugen (sog. Pokébällen) einfängt. Schnell entwickelt sich zwischen A und G eine heftige Rivalität in der Pokémonjagd. Der A erweist sich dabei als talentierterer und nahezu besessener Pokémontrainer. A schafft es, fast alle Pokémon zu fangen. Leider fehlt ihm in seiner Sammlung noch ein besonderes Pokémon, das "Mew" heißt.

Eines Nachmittags sitzen A und G gemeinsam auf der Couch in der Wohnung des A. Total vom Pokémon-Fieber gepackt, haben beide beschlossen, Japanisch zu essen. Sie haben ein Brühfondue, das sog. Shabu-Shabu vorbereitet. Hierbei werden dünn geschnittene Fleischscheiben an Spießeln durch das kochend heiße Wasser gezogen und anschließend verzehrt. Als der A vor Beginn der Zubereitung noch einmal kurz auf die Toilette geht, erhält G auf seinem Smartphone die Meldung, dass ganz in der Nähe ein "Mew" aufgetaucht ist. Sofort wird ihm klar, dass A ebenfalls die Meldung erhalten wird und seine Sammlung vervollständigen kann. G befürchtet, dass dann der Spott über seine eigene Pokémonsammlung – G verfügt einzig über "Taubsi" und "Rattfratz" – noch zunehmen werde. Deshalb ergreift G schnell das Smartphone des A, welches dieser auf dem Couchtisch liegengelassen hat, und versteckt es gut im Wohnzimmer. Er hofft, dass die Suche des A so lange dauern werde, bis die Chance, "Mew" zu fangen, verstrichen ist. Als A kurze Zeit später ins Wohnzimmer zurückkehrt, hält G ihm, wie von Anfang an geplant, wortlos die Meldung hin. Sofort stürzt A zum Couchtisch und stößt einen Schrei des Entsetzens aus, weil er sein Smartphone nicht vorfindet. Als er sich umdreht, sieht er das breite Grinsen des G. Genüsslich verkündet dieser ihm, dass es wohl leider nichts werde mit der Vervollständigung der Sammlung. Wutentbrannt geht A daraufhin auf G zu.

Dabei ergreift A den Topf kochend heißen Wassers und fasst den Plan einen Schwall in Richtung des G zu schütten. A erkennt die Möglichkeit, dass das Wasser das Gesicht des G stark verbrühen und dort schwere bleibende Entstellungen hinterlassen könnte. Dies nimmt er jedoch billigend in Kauf, um dem G einen Denkmittel zu verpassen. Geistesgegenwärtig schafft es G jedoch gerade noch, sich wegzuducken, so dass sich das heiße Wasser nur zu Teilen über dessen Rücken ergießt. Daraufhin krümmt sich der G zwar schmerzerfüllt, jedoch kommt es aufgrund der Kleidung nur zu leichten Verbrühungen und Hautrötungen, die folgenlos verheilen. A gibt sich damit zufrieden, schüttet kein weiteres Wasser auf G und stellt den Topf mit dem verbliebenen Wasser zurück auf den Tisch.

A macht sich umgehend daran, sein Handy zu suchen. Nach kurzer Zeit lassen auch die Schmerzen des G nach und er richtet sich wieder auf, um die Wohnung zu verlassen. Vorher will er sich jedoch noch an A rächen. G stürmt lautstark auf A zu und schlägt ihn zu Boden. Als er sich nun zum Gehen Richtung Wohnungstür wendet, fällt sein Blick auf eine Kommode, auf der sich eine seltene Pokémon-Sammelkarte des A im Wert von 100 € befindet. G beschließt, diese als „Entschädigung“ für die Schmerzen mitzunehmen, steckt sie in seine Hosentasche und verlässt die Wohnung. Der A hatte den Vorgang, eingeschüchtert durch den Schlag und aus Angst vor weiteren Schlägen, wortlos beobachtet. G hatte zufrieden bemerkt, dass er A in Schach hält und dies für sich ausgenutzt.

Wie haben sich A und G nach dem StGB strafbar gemacht?

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht (Prof. Dr. Henning Rosenau) und Repetitor für das Juristische Repetitorium hemmer.

** Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht (Prof. Dr. Henning Rosenau).

*** Die Klausur wurde im Sommersemester 2016 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Semesterabschlussklausur in Strafrecht II gestellt. Sachverhalt und Lösung gehen auf Wiss. Mit. Henning T. Lorenz zurück, der bei der Ausarbeitung tatkräftig von Stud. iur. Yusuf Aydinbas unterstützt wurde.

Gliederung**A) Strafbarkeit des G gemäß § 242 I (Smartphone)**

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

B) Strafbarkeit des A**gemäß §§ 223 I, 226 I Nr. 3 Var. 1, 22, 23 I**

I. Vorprüfung

II. Tatbestand

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

III. Rechtswidrigkeit

1. Notwehr
2. Besitzwehr
3. Zwischenergebnis

IV. Schuld

V. Persönlicher Strafaufhebungsgrund:

Rücktritt, § 24 I 1, 1. Alt.

1. Kein Fehlschlag
2. Unbeendeter Versuch, § 24 I 1 Alt. 1
3. Aufgeben der weiteren Tatausführung
4. Freiwilligkeit

VI. Ergebnis

C) Strafbarkeit des A gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 2

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Körperliche Misshandlung
 - b) Durch Beibringung von anderen gesundheitsschädlichen Stoffen
 - c) Anderes gefährliches Werkzeug
2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

D) Strafbarkeit des G gemäß § 249 I**(Schlag und anschließendes Einstecken der Sammelkarte)**

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Gewalt gegen eine Person
 - b) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache
 - c) Finalität
2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

E) Strafbarkeit des G gemäß § 249 I**(Ausnutzen d. Angst d. A und Einstecken d. Sammelkarte)**

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben
 - b) Zwischenergebnis
2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

F) Strafbarkeit des G gemäß § 223 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

G) Strafbarkeit des G gemäß §§ 240 I, 13 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

H) Strafbarkeit des G gemäß §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 6 (Sammelkarte)

I. Tatbestandsmäßigkeit

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Strafzumessung

IV. Ergebnis

I) Gesamtergebnis

Gutachten

A) Strafbarkeit des G gemäß § 242 I StGB¹ (Smartphone)

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Bei dem, im Eigentum des A stehenden Smartphone handelt es sich für G um eine fremde bewegliche Sache². Sie wurde iSd. § 242 I weggenommen, wenn G durch das Verstecken fremden Gewahrsam gebrochen und neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam begründet hat.³ Zunächst hatte A (fremden) Gewahrsam – verstanden als tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, die sich in der Reichweite nach der Verkehrsauffassung bestimmt⁴ – am Smartphone, weil es sich in dessen Gewahrsamssphäre (Wohnung)⁵ befand. Dadurch, dass der A zum fraglichen Zeitpunkt des Versteckens kurz die Toilette aufsuchte, wird dieser allenfalls gelockert.⁶ Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die tatsächliche Sachherrschaft gegen den Willen bzw. ohne das Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.⁷ Bei sich in Gewahrsamssphären befindlichen Sachen ist dies etwa mit Verbringung dieser in eine Gewahrsamsenklave⁸ oder dem Herausragen aus der Gewahrsamssphäre⁹ der Fall. Allein das Verstecken innerhalb einer solchen reicht für den Bruch des Gewahrsams nicht aus.¹⁰

2. Zwischenergebnis

G hat den objektiven Tatbestand des § 242 I nicht erfüllt.

II. Ergebnis

G hat sich keines Diebstahls gemäß § 242 I schuldig gemacht.

Hinweis

Wer hier fälschlicherweise eine Wegnahme annahm musste unter 2. Subjektiver Tatbestand zur Straflosigkeit gelangen. Es lag keine Zueignungsabsicht vor, weil keine Absicht hinsichtlich einer zumindest vorübergehenden Aneignung bestand.

B) Strafbarkeit des A

gemäß §§ 223 I, 226 I Nr. 3 Var. 1, 22, 23 I

I. Vorprüfung

Der G ist nicht in erheblicher Weise dauernd entstellt, die Tat damit nicht vollendet.¹¹

Ein **Versuch der Erfolgsqualifikation** in der Konstellation, dass das Grunddelikt vollendet, die vorsätzlich erstrebte

¹ Alle nachfolgend genannten §§ entstammen, soweit nicht gesondert kenntlich gemacht, dem Strafgesetzbuch (StGB).

² Vgl. Fischer, 63. Aufl. 2016, § 242 Rn. 3.

³ Vgl. Ruß, in: LK, 11. Aufl., § 242 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp, BT II, 39. Aufl. 2016, Rn. 82.

⁴ BGHSt 16, 273; 22, 182; 41, 205; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 23.

⁵ Zum Begriff Mitsch, BT II, 3. Aufl. 2014, 1.2.1.4.2.1; Rengier, BT I, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 29.

⁶ Vgl. BGHSt 16, 271, 273; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 92.

⁷ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, 17. Aufl. 2015, Rn. 31.

⁸ BGHSt 41, 198, 205; BGH, NStZ 2011, 158; Eser/Bosch, aaO, § 242 Rn. 39.

⁹ BGHSt 23, 254; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2005, 140.

¹⁰ BGH, NJW 1953, 1271; Kindhäuser, in: NK, 4. Aufl. 2013, § 242 Rn. 40; Eisele, BT II, 3. Aufl. 2015, § 242 Rn. 48.

¹¹ Kühl, AT, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 8.

schwere Folge jedoch ausbleibt, ist nach **allgemeiner Meinung grundsätzlich strafbar**.¹²

II. Tatbestand

1. Tatentschluss

Unter dem Begriff des Tatentschlusses sind der Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale und ggf. weitere erforderliche deliktsspezifische subjektive Merkmale zusammengefasst.¹³ Sowohl bzgl. der einfachen Körperverletzung (§ 223 I) als auch der schweren Folge (§ 18), der dauernden erheblichen Entstellung iSd. § 226 I Nr. 3 Var. 1, hatte der G – gemessen an den Anforderungen der hL. und Rspr. – Eventualvorsatz, weil er es für möglich hielt, „dass das Wasser das Gesicht des G stark verbrühen und dort schwere bleibende Entstellungen hinterlassen könnte“ und dies billigend in Kauf nahm.¹⁴ Besondere subjektive Merkmale fordert der Tatbestand nicht, sodass Tatentschluss des G vorlag.

Hinweis

Hier konnten allenfalls kurz die abweichenden rein kognitiven Ansätze¹⁵ zur Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit angeführt werden. Einzig die Wahrscheinlichkeitstheorie konnte hier zu einem anderen Ergebnis führen, wenn man annahm, dass der A den Erfolgseintritt für nur möglich hielt. Dieser Theorie stehen jedoch zum einen die generellen Bedenken gegenüber einem Verzicht auf ein voluntatives Element entgegen und zum anderen bleibt der Maßstab der Wahrscheinlichkeit vage. Sie wäre daher zügig abzulehnen gewesen. Die übrigen Auffassungen führen zum gleichen Ergebnis, wie die hL. und Rspr., weshalb es hier insgesamt möglich war, die Abgrenzung nur anhand dieser vorzunehmen.

2. Unmittelbares Ansetzen

Ein unmittelbares Ansetzen liegt nach Rspr. und hL. vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt hat, sodass sein Verhalten aus der Sicht des Täters bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des Straftatbestandes führen soll.¹⁶ Der A hatte mit dem Schütten des heißen Wassers in Richtung des Gesichtes des G die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten, wobei dies aus seiner Sicht nun unmittelbar zur Verwirklichung der einfachen und schweren Körperverletzung in Form von schmerzhaften Verbrühungen und dauerhaften Entstellung führen sollte. Er setzt daher unmittelbar zur schweren Körperverletzung an.

III. Rechtswidrigkeit

1. Notwehr

Die straflose Sachentziehung¹⁷ des G durch das Verstecken des Smartphones ist zwar – weil ein rechtswidriger Angriff keine Straftat voraussetzt – ein gegenwärtiger, rechtswidriger An-

¹² Kühl, aaO, § 15 Rn. 9.

¹³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. 2015, Rn. 851.

¹⁴ Vgl. Rengier, BT II, 17. Aufl. 2016, § 15 Rn. 18 ff.

¹⁵ Krey/Esner, AT, 6. Aufl. 2016, § 12 Rn. 386 f.

¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, aaO, Rn. 855.

¹⁷ Hierzu Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 41.

griff.¹⁸ Jedoch ist nicht ersichtlich, dass das Überkippen mit heißem Wasser dazu geeignet ist, diesen Angriff abzuwehren. Es handelt sich daher nicht um „erforderliche“ Verteidigung iSd. § 32 II.

2. Besitzwehr

Eine grds. in Betracht kommende Besitzwehr iSd. § 859 I BGB kann gegen verbotene Eigenmacht (§ 858 I BGB) angewendet werden. Eine solche käme hier zwar durch das Verstecken in Form der Besitzstörung (§ 858 I Alt. 2 BGB) in Betracht. Allerdings ist der Besitzer iRd. Besitzwehr durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingeschränkt.¹⁹ Weil das Überschütten mit heißem Wasser nicht zur Beendigung der Besitzstörung geeignet ist, muss Besitzwehr daher ebenso ausscheiden.

3. Zwischenergebnis

A handelte daher rechtswidrig.

IV. Schuld

A war schuldfähig. Zudem sind keine Entschuldigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte er schuldhaft.

V. Persönlicher Strafaufhebungsgrund:

Rücktritt, § 24 I 1, 1. Alt.

1. Kein Fehlschlag

Ein Rücktritt vom Versuch ist nach ganz hM. nur möglich, solange dieser nicht fehlgeschlagen ist.²⁰

Dabei erscheint fraglich, ob ein Fehlschlag anzunehmen ist, wenn der Täter bereits eine, aus seiner Sicht erfolgsgeeignete Handlung vorgenommen hat, die nicht zum Erfolg führte.

(1) Nach der sog. **Einzelaktstheorie**²¹ soll dies der Fall sein. Hiernach läge vorliegend daher ein fehlgeschlagener, nicht rücktrittsfähiger Versuch vor, weil der für erfolgsgeeignet gehaltene Einzelakt in Gestalt des Wasserschüttens nicht zu dem qualifizierenden Erfolg iSd. § 226 I Nr. 3 Var. 1 führte.

(2) Die sog. **Gesamtbetrachtungslehre** hingegen beschränkt die Rücktrittsmöglichkeit nicht derart weitgehend. Kombiniert mit der **Tatplantheorie** soll für das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs auf die Tätersvorstellung zu Beginn der Tat abgestellt werden.²² Hat der Täter seinen Tatplan auf einen Einzelakt beschränkt, ist wie mit der Einzelaktstheorie ein fehlgeschlagener Versuch anzunehmen. Hat er jedoch mehrere Tätigkeitsakte in seinen Tatplan aufgenommen, so wird das gesamte Geschehen betrachtet und ein Fehlschlag erst nach Vornahme dieser Akte angenommen. Beschränkte der Täter seinen Tatplan hingegen von vorneherein gar nicht auf bestimmte Akte oder fehlte es insgesamt an einem festumrissenen Tatplan, liegt auch nach Vornahme einzelner fehlgeschlagener Akte kein fehlgeschlagener Versuch vor und der Rück-

tritt bleibt möglich.²³ Der A hatte in seinen Tatplan nur einen Akt, das einmalige Schütten des Wassers in Richtung des Gesichts des G, aufgenommen, womit er dem G einen „Denkzettel“ verpassen wollte. Mit der Vornahme dieses Akts und dem Ausbleiben des Erfolgs, geht daher der Fehlschlag des Versuchs einher.²⁴

(3) Eine andere Betrachtungsweise eröffnet sich nach der **Gesamtbetrachtungslehre** im Zusammenspiel mit der sog. **Lehre vom Rücktrittshorizont**.²⁵ Die maßgebliche Perspektive für die Beurteilung des Fehlschlags ist hiernach die Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung. Geht der Täter in diesem Zeitpunkt davon aus, den tatbestandlichen Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen zu können, liegt ein Fehlschlag vor.²⁶ Der A gibt sich nach seiner Attacke auf den G mit dem Ergebnis zufrieden, obwohl ihm weiteres kochendes Wasser zur Verfügung steht und er damit die Entstellungen iSd. § 226 I Nr. 3 Var. 1 im Gesicht G hervorrufen konnte. Demnach läge kein untauglicher Versuch vor und ein Rücktritt bliebe grundsätzlich möglich.

(4) Gegen die zuletzt genannte Sichtweise spricht, dass der Täter beim Fehlgehen eines für erfolgsgeeignet gehaltenen Einzelakts letztlich dem Zufall zu verdanken hat, dass dem Opfer nichts passiert ist und durch ein darauffolgendes Aufgeben die Straffreiheit nicht durch eine honorierbare Verzichtleistung verdient.²⁷ Auch würde hiernach ein Täter, der besonders brutal mit mehreren Akten auf das Opfer einwirkt und seinen Tatplan vollständig umsetzt, immer noch zurücktreten können. Auch hierin ist keine honorierbare Verzichtleistung zu sehen. Es ist jedoch fraglich, ob das Fehlen einer so verstandenen honorierbaren Verzichtleistung erforderlich ist. Bereits der Gesetzeswortlaut verlangt in § 24 I 1 Alt. 1 die Aufgabe der „weitere[n] Ausführung der Tat“ und richtet den Blick hinsichtlich der Anforderung an den Rücktritt daher in die Zukunft und nicht auf Vergangenes.²⁸ Daher erscheint es zutreffend, nicht die Zufälligkeit des Scheiterns eines vergangenen Einzelakts oder die Erfüllung eines in der Vergangenheit gefassten Tatplans für den Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit heranzuziehen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Täter sich – im Einklang mit dem Wortlaut – für die Rechtsguterhaltung entschieden hat, indem er die weitere Tatausführung aufgibt, soweit er das Rechtsgut zu diesem Zeitpunkt dadurch als erhalten ansieht. Ein zusätzlicher positiver Aspekt dieser Sichtweise ist der damit bewirkte Opferschutz.²⁹ Während die Einzelakts- und die Tatplantheorie bei Durchführung des Einzelakts bzw. der vom Tatplan vorgesehenen Akte die Rücktrittsmöglichkeit versagen, erhält die Gesamtbetrachtungslehre im Zusammen-

²³ Lehrreich dazu BGHSt 14, 75.

²⁴ Ähnlich die erstinstanzliche Einschätzung zu einem ähnlichen Sachverhalt in BGH, JZ 1993, 359. Dort hatte der Angeklagte dem Opfer einen „Denkzettel“ verpassen wollen und mit einem, hinsichtlich des Todes bedingt vorsätzlichen, Stich in den Oberbauch „alles getan, was in seinem Tatplan enthalten war“.

²⁵ BGHSt 34, 53; BGH, NStZ 2010, 690; 2015, 26; Gropp, AT, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 59 ff.; Hoffmann-Holland, AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 677 f.; Krey/Esser, aaO, Rn. 1277; Wessels/Beulke/Satzger, aaO, Rn. 890

²⁶ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 890 mwN.

²⁷ Jakobs, aaO, Rn. 16.

²⁸ Jäger, AT, 7. Aufl. 2015, § 8 B I Rn. 314.

²⁹ Hierzu Roxin, AT II, 2003, § 30 Rn. 207.

¹⁸ Hierzu Herzberg JuS 1980, 469 (478). Nach der Phase in der er das Handy an sich nimmt und nach einem Versteck sucht liegt wohl ein Angriff durch das Unterlassen der Aushändigung bzw. Verraten des Verstecks vor. Die Garantienstellung (§ 13) erwächst insoweit aus Ingerenz in Form des Versteckens.

¹⁹ Fritzsche, in: BeckOK-BGB, 40. Edition, § 859 BGB Rn. 12 mwN.

²⁰ AA. etwa F. C. Schroeder, NStZ 2009, 9 ff.

²¹ Bosch, JA 2009, 393 f.; Frister, AT, 6. Aufl. 2013, 24. Kap. Rn. 16; Jakobs, AT, 2. Aufl. 1991, 26. Abschnitt Rn. 15 ff.

²² BGHSt 22, 176; 22, 330; BGH, NStZ 1981, 342.

spiel mit der Lehre vom Rücktrittshorizont diese. Dadurch wird dem Täter ein Anreiz gelassen, zur Straffreiheit oder geringerer Strafe³⁰ zu gelangen. Dieser fehlt andernfalls, was zugleich in gegenläufiger Tendenz das Beenden der eigenen Tat oder das Beseitigen des Opfers als Zeugen im Angesicht der ohnehin bestehenden Strafbarkeit befördert. Insgesamt ist daher der **Gesamtbetrachtungslehre** in Kombination mit der **Lehre vom Rücktrittshorizont** zu folgen. Es lag daher kein fehlgeschlagener Versuch vor.

2. Unbeendeter Versuch, § 24 I 1 Alt. 1

Ein **unbeendeter Versuch** liegt vor, wenn der Täter glaubt noch nicht alles Erforderliche für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs getan zu haben, ein **beendeter Versuch**, wenn der Täter dies tut.³¹ Auf welchen Vorstellungszeitpunkt abzustellen ist, wurde bereits zugunsten der **Lehre vom Rücktrittshorizont** entschieden, sodass maßgeblich das Ende der letzten Ausführungshandlung ist.³² Der A erkannte, dass nicht das Gesicht des G, sondern nur dessen, von Kleidung geschützter Rücken getroffen wurde. Insoweit ist bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts davon auszugehen, dass er annahm noch nicht alles Erforderliche, für eine andauernde wesentliche Entstellung iSd. § 226 I Nr. 3 Var. 1 getan zu haben. Es lag demnach ein unbeendeter Versuch vor.

Hinweis

Der Streit um die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch war an dieser Stelle nicht zu führen, weil die Tatplentheorie und die Lehre vom Rücktrittshorizont bereits bei der Frage des Vorliegens eines fehlgeschlagenen Versuchs zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Das kann anders sein in Fällen, in denen der Täter seinen Tatplan noch nicht vollständig umgesetzt hat und nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen zu können. Hier führen beide Auffassungen dazu, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Nach der Tatplentheorie hat der Täter dann noch nicht alles nach seinem Tatplan erforderliche getan, um den Erfolg herbeizuführen und es liegt ein unbeendeter Versuch vor. Erkennt er jedoch, dass der tatbestandliche Erfolg dennoch ohne sein Zutun eintreten wird, so liegt nach der Lehre vom Rücktrittshorizont ein beendeter Versuch vor. Im dann erforderlichen Streitentscheid kann gegen die Tatplentheorie bspw. angeführt werden, dass hiernach der skrupellose Täter privilegiert werde, der zahlreiche Mittel in seinen Tatplan aufnehme – oder dies zumindest im Nachhinein behauptet – und sich daher bis zu deren Ausschöpfung im unbeendeten Versuch befindet³³.

³⁰ Das gilt etwa für die Fälle, in denen der einzelne für erfolgstauglich gehaltene Schuss zwar nicht tötet, jedoch verletzt. Hier ist wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung zu bestrafen. Es kann allerdings zumindest vom Versuch des Totschlags oder Mordes zurückgetreten werden.

³¹ Fischer, aaO, § 24 Rn. 14.

³² Die Problematik des Falles in den Lösungsaufbau integrierend wie hier Krey/Esner, aaO, § 45 Rn. 1285.

³³ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, aaO, Rn. 893 f.

3. Aufgeben der weiteren Tatausführung

Fraglich ist, was unter dem Aufgeben der „weitere[n] Ausführung der Tat“ iSd. § 24 I 1 Alt. 1 zu verstehen ist.

(1) Dem Wortlaut nach liegt es nahe den Begriff der Tat hier mit § 11 I Nr. 5 als Verwirklichung eines Straftatbestandes zu verstehen. Das geforderte Verhalten würde sich danach im Entschluss, den Straftatbestand nicht zu verwirklichen erschöpfen.³⁴ Einen solchen hatte der A gefasst, indem er von G abließ.

(2) Andererseits ließe sich auch vorbringen, dass derjenige, der ein außertatbestandliches Ziel hat und dieses erreicht, nichts mehr aufzugeben hat, weil die weitere Tatausführung für ihn sinnlos ist.³⁵ Das Privileg des Rücktritts erschiene für ihn unbillig. Danach wäre der A, der durch den Treffer an G „zufrieden“ ist und sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat, durch das schlichte Nichtweiterhandeln nicht zurückgetreten.

(3) So unbillig das Ergebnis der aA. auch anmuten mag, der Wortlaut der Norm spricht deutlich hierfür. Zwar verfängt das zusätzlich auch in diesem Zusammenhang genutzte Argument des Opferschutzes nicht.³⁶ Denn im Fall der außertatbestandlichen Zielerreichung wird das Opfer durch die Versagung des Rücktritts nicht zusätzlich durch den Täter gefährdet, weil dieser sein – ihn zum (Weiter-)Handeln motivierendes – Ziel gerade erreicht hat.³⁷ Jedoch streitet hierfür weiterhin, dass auch iRd. Freiwilligkeit keine „moralische Bewertung“ der Motive für den Rücktritt stattfindet.³⁸ Nach überzeugender Auffassung konnte der A daher durch das Abstandnehmen von der Verwirklichung der schweren Folge des § 226 I Nr. 3 Var. 1 zurücktreten.

4. Freiwilligkeit

Dieses Aufgeben der „weitere[n] Ausführung der Tat“ geschah auch aus autonomen Gründen³⁹ und daher freiwillig.

VI. Ergebnis

A hat sich keiner versuchten schweren Körperverletzung schuldig gemacht.

C) Strafbarkeit des A gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 2

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung

Das Überschütten des G mit heißem Wasser, eine üble und unangemessene Behandlung, verursachte Schmerzen und Verbrennungen der Haut, womit das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beein-

³⁴ So die aktuelle Rspr. und hL. BGHSt 39, 221; BGH, NStZ 2014, 450; Krey/Esner, aaO, 1293; Wessels/Beulke/Satzger, 46. Aufl. 2016, Rn. 897 f. jeweils mit mwN.

³⁵ Die alte Rspr. und Teile Lit. BGH NStZ 1990, 77; 1991, 127; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 25; daran festhaltend Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12. Aufl. 2016, § 23 Rn. 35; Jäger, aaO, § 8 B II Rn. 318.

³⁶ So jedoch BGHSt 39, 221 ff.

³⁷ Zutreffend daher Kühl, aaO, § 16 Rn. 50.

³⁸ Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 291.

³⁹ Zum Begriff der Freiwilligkeit des Rücktritts Kühl, aaO, § 16 Rn. 97; Krey/Esner, aaO, § 45 Rn. 1302.

trächtig wurden.⁴⁰ Die Verbrühungen, welche einen Heilungsprozess erforderlich machten, sind ein pathologischer Zustand, weshalb eine Gesundheitsschädigung vorlag.⁴¹

b) Durch Beibringung von anderen gesundheitsschädlichen Stoffen

Unter „anderen Stoffen“ iSd. § 224 I Nr. 1 Alt. 2 sind zunächst solche Stoffe zu verstehen, die mechanisch oder thermisch wirken, aber auch Bakterien, Viren oder andere Krankheitserreger.⁴² Das kochende Wasser als thermisch wirkender Stoff ist demnach ein „anderer Stoff“. „Gesundheitsschädlich“ sind solche nach hM., wenn die Substanz nach ihrer Art und dem konkreten Einsatz zur erheblichen Gesundheitsschädigung geeignet ist.⁴³ Danach sind auch an sich unschädliche Stoffe des täglichen Bedarfs erfasst, wenn ihre Beibringung nach der Art ihrer Anwendung oder Zuführung des Stoffes, seiner Menge oder Konzentration, ebenso aber auch nach dem Alter und der Konstitution des Opfers mit der konkreten Gefahr einer erheblichen Schädigung im Einzelfall verbunden ist.⁴⁴ Im vorliegenden Fall war das kochende Wasser, angewendet gegen das Gesicht des G, dazu geeignet eine erhebliche Schädigung im Einzelfall, namentlich starke Verbrühungen und bleibende Verletzungen im unbedeckten Gesicht und ggf. sogar eine Schädigung der Augen, herbeizuführen.⁴⁵ Dieser Eignung steht nicht entgegen, dass es zur Schädigung aufgrund der geistesgegenwärtigen Reaktion des G nicht kam. Zwar wird auch die Gefährlichkeit eines Werkzeugs oft nach Maßgabe der Erheblichkeit der eingetretenen Verletzungen⁴⁶ beurteilt.⁴⁷ Entscheidend ist jedoch auch dort die „potentielle Gefährlichkeit der konkreten Benutzung des Werkzeugs“.⁴⁸ Die potentielle Eignung zu schweren Verletzungen weist das Schütten kochenden Wassers in Richtung des Gesichts als konkrete Benutzung allemal auf. Das kochende Wasser war damit ein „anderer gesundheitsschädlicher Stoff“. Beigebracht ist ein solcher Stoff dann, wenn er mit dem Körper des Opfers derart verbunden wird, dass er seine gesundheitsschädliche Wirkung entfalten kann.⁴⁹ Dabei ist umstritten, ob der Stoff in das Innere des Opfers gelangen bzw. zumindest dort seine Wirkung entfalten muss, oder sein Auftragen auf der Haut genügt.

(1) Die erstere, restriktive Auffassung wurde vor allem iRd. eigenständigen Vergiftungstatbestands (§ 229 aF.) diskutiert, um dessen erhöhte Strafdrohung (Verbrechen) und den erheblich größeren Unrechtsgehalt im Vergleich zur gefährlichen

Körperverletzung zu begründen.⁵⁰ Allein das Übergießen der Haut mit heißem Wasser, das keine Wirkungen im Inneren entfaltet, wie vorliegend, soll danach keine Beibringung iSd. Norm sein.

(2) Die Rspr.⁵¹ und ihr folgend die hL.⁵², lässt das Auftragen auf der Haut genügen, wobei „die Schwere der möglichen Auswirkung des äußerlich angewandten Mittels auf die Gesundheit der Gefährdung durch einen in das Körperinnere eingeführten Stoff gleichkomm[en muss]“.⁵³ Wie ein solcher Vergleich gelingen soll ist jedoch sehr fraglich, weshalb es letztlich darauf ankommen muss, ob die Eignung zur erheblichen Gesundheitsschädigung bestand.⁵⁴ Die Rspr. hat etwa – freilich ohne Maßstäbe der Vergleichbarkeit mit der inneren Anwendung näher darzulegen – das kurz andauernde Schütten heißen Kaffees über den Kopf mit daraus entstandenen Verbrühungen und Hautrötungen ersten Grades im Nacken-, Hals- und Brustbereich nicht ausreichen lassen.⁵⁵ Dem wird man die eingetretenen Verletzungen des G gleichstellen können. Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall hiervon insoweit, als der A das Wasser in Richtung des Gesichts des G schüttete und die Anwendung zumindest im konkreten Einzelfall zur erheblichen Gesundheitsschädigung geeignet war (s. o.).

(3) Verlangt man mit der erstgenannten Ansicht, dass zur Verwirklichung des § 224 I Nr. 1 Alt. 2 der Stoff tatsächlich in den Körper des Opfers gelangt ist, schränkt man den Tatbestand zu sehr ein. Dadurch wird der Charakter als konkretes Gefährdungsdelikt aus den Augen verloren, der die Gefährlichkeit des Verhaltens für die Gesundheit im Einzelfall voraussetzt. Diese kann, wie hier, vorliegen und dennoch müsste die Deliktsverwirklichung abgelehnt werden. Ein sachlich überzeugender Grund hierfür besteht nicht. Weder der Wortlaut gebietet diese Auslegung⁵⁶ noch die ehemals angeführten Überlegungen bzgl. des inzwischen gestrichenen § 229 aF.⁵⁷ Versteht man das Verhältnis von § 224 I Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 Alt. 2 derart, dass die inhaltlichen Voraussetzungen bzgl. der konkreten Gefährdung grds. übereinstimmen, die Tatbestände jedoch exklusiv voneinander abzugrenzen sind, sodass unter Nr. 2 nur Werkzeuge gegenständlicher, d. h. greifbarer Art, mithin keine Gase und Flüssigkeiten fallen (hierzu sogleich), ist die weite Auslegung des Beibringens iÜ. zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken angezeigt. Der A hat daher die Körperverletzung durch Beibringung eines gesundheitsschädlichen Stoffes begangen.

⁴⁰ Rengier, BT II, 17. Aufl. 2016, § 13 Rn. 7; Wessels/Hettinger, BT I, 40. Aufl. 2016, Rn. 255.

⁴¹ Lilie, in: LK, 11. Aufl. 2000, § 223 Rn. 13.

⁴² Fischer, aaO, § 224 Rn. 5; Lilie, aaO, § 224 Rn. 9; Wessels/Hettinger, aaO, Rn. 264.

⁴³ Fischer, aaO, § 224 Rn. 5; Lilie, aaO, § 224 Rn. 11; aA. Arzt/Weber, BT, 1. Aufl. 2000, § 6 Rn. 52, die auf das Erfordernis der Eignung zur erheblichen Gesundheitsschädigung verzichten. Noch aA. Wolters, in: SK-StGB, § 224 Rn. 8a, der Eignung zur Herbeiführung einer schweren Folge fordert.

⁴⁴ Fischer, aaO, § 224 Rn. 5a; Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811 (828) Lilie, aaO, § 224 Rn. 11 mwN.

⁴⁵ Diese wären sogar Verletzungen iSd. § 226, weshalb selbst die strengste Auffassung hinsichtlich der Anforderungen an die Erheblichkeit erfüllt wäre, vgl. Paeffgen, in: NK, 4. Aufl. 2013, § 224 Rn. 7.

⁴⁶ Hier nur die eingetretenen Hautrötungen und eingetretenen leichten Verbrühungen, die zur Erheblichkeit wohl nicht ausreichen (hierzu unten).

⁴⁷ Fischer, aaO, § 224 Rn. 9.

⁴⁸ BGH, NStZ 2007, 95.

⁴⁹ Statt aller Fischer, aaO, § 224 Rn. 6.

⁵⁰ Hierzu etwa Hirsch, in: LK, 10. Aufl. 1989, § 229 Rn. 13. Auch nach Streichung des § 229 aF. und Schaffung des § 224 I hieran festhaltend Lilie, aaO, § 224 Rn. 15 f.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 53.

⁵¹ BGHSt 15, 114; 32, 130, 132 f.

⁵² Fischer, aaO, § 224 Rn. 6; Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 224 Rn. 1b; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 224 Rn. 2d.

⁵³ BGHSt 32, 130, 132 f., dem folgend BGH, NJW 1976, 1815 f.

⁵⁴ So ganz zutreffend Hardtung, in: MüKo, § 224 Rn. 10 hierzu: „Das ist freilich eine unnötige Arabeske; es kommt schlicht darauf an, ob die äußere Wirkung die Eignung [...] zu erheblichen Gesundheitsschädigungen [...] hat.“

⁵⁵ OLG Dresden, NStZ-RR 2009, 337 f.

⁵⁶ Stree/Sternberg-Lieben, aaO, § 224 Rn. 2d.

⁵⁷ Vgl. hierzu Fn. 50.

c) Anderes gefährliches Werkzeug

Unter einem „anderen gefährlichen Werkzeug“ iSd. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 versteht die hM. jeden beweglichen⁵⁸ Gegenstand der nach seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁵⁹ Während die Eignung zur erheblichen Verletzung bestand (s.o.), ist einzig fraglich, ob es sich beim Wasser um einen Gegenstand und damit um ein gefährliches Werkzeug handelt.

(1) Verlangt man wie die hM.⁶⁰, dass bei § 224 I Nr. 1 Alt. 2 – parallel zu § 224 I Nr. 2 Alt. 2 –⁶¹ die Gefahr einer erheblichen Verletzung im Einzelfall bestand und lässt die äußere Anwendung genügen,⁶² wäre § 224 I Nr. 1 lediglich eine klarstellende lex specialis gegenüber § 224 I Nr. 2, sollte man Flüssigkeiten und Gase hierunter fassen.⁶³ Sie wäre im Grunde überflüssig.

(2) Überzeugender ist hingegen, nur solche Werkzeuge gegenständlicher, dh. „greifbarer“ Art zu erfassen, mithin keine Flüssigkeiten und Gase.⁶⁴

(3) Hierfür spricht zunächst der Wortlaut. Dem natürlichen Wortsinn des Begriffs nach erscheint es näherliegend nicht feste Gegenstände auszuschließen.⁶⁵ Auch ermöglicht der § 224 I Nr. 1 Alt. 2 nun ganz zwanglos die Erfassung entsprechend strafwürdiger Fälle, ohne dass es eines – den Wortlaut strapazierenden – Rückgriffs auf das „gefährliche Werkzeug“ bedürfte.⁶⁶ Es erscheint daher insgesamt sinnvoller iSe. tatbestandlichen Exklusivität voneinander abzugrenzen und damit eine eigenständige Bedeutung der Tatmodalitäten zu erhalten.⁶⁷ Damit ist das kochende Wasser kein gefährliches Werkzeug.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A war nicht gerechtfertigt (s. o.) und handelte daher rechtswidrig. A handelte schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich einer gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht.

D) Strafbarkeit des G gemäß § 249 I

(Schlag und anschließendes Einstecken der Sammelkarte)

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Gewalt gegen eine Person

Der Schlag von G gegen A war körperlich wirkender Zwang durch unmittelbare Einwirkung auf diesen, der nach seiner Vorstellung dazu bestimmt und geeignet war, eine erwartete Gegenwehr zu überwinden bzw. gar nicht erst zu ermöglichen.⁶⁸

b) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Bei der Pokémon-Sammelkarte handelt es sich für den G um eine fremde, bewegliche Sache. An dieser, sich in der Gewahrsamssphäre des A (Wohnung) befindlichen Sache, hatte A Gewahrsam. Dieser für G fremde Gewahrsam muss gebrochen, mithin die tatsächliche Sachherrschaft gegen den Willen bzw. ohne das Einverständnis des A aufgehoben worden sein. Die tatsächliche Sachherrschaft wurde mit dem Herauschaffen aus der Gewahrsamssphäre bei Verlassen der Wohnung aufgehoben. Fraglich ist, ob dies mit (tatbestandsausschließendem) Einverständnis des A geschah.

(1) Die Rspr. käme vorliegend zum Gewahrsamsbruch des G, denn der A duldet die Wegnahme lediglich, war hiermit jedoch nicht einverstanden.⁶⁹ Diese für das Vermögen des A nachteilige Duldung würde – gesetzt dem Fall, die übrigen Voraussetzungen lägen vor – zugleich zur Verwirklichung einer räuberischen Erpressung führen (§§ 253 I, 255). Eine Abgrenzung fände erst auf Konkurrenzebene anhand des äußeren Geschehens statt, sodass der Täter sich bei einem Nehmen wegen eines (spezielleren) Raubes und beim Geben wegen einer räuberischen Erpressung strafbar gemacht hätte (Spezialitätsthese).⁷⁰

(2) Die hL. hingegen sieht Raub und räuberische Erpressung in einem, sich gegenseitig ausschließenden Verhältnis (Exklusivitätsthese).⁷¹ Der Raub als Fremdschädigungsdelikt sei hiernach immer dann ausgeschlossen, wenn eine – das Selbstschädigungsdelikt der räuberischen Erpressung kennzeichnende – Vermögensverfügung vorliege. IRd. Raubes ist daher eine Wegnahme dann abzulehnen, wenn eine Vermögensverfügung und damit verbunden ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Dies setzt jedoch als Mindestvoraussetzung⁷² willentliche Mitwirkung des durch die Raubmittel Genötigten voraus, woran es – wie im vorliegenden Fall – bei der schlichten Duldung einer Wegnahme durch Anwendung von vis absoluta fehlt.⁷³ Insgesamt liegt daher sowohl nach der Rspr. als auch der hL. kein Einverständnis vor. Es wurde daher durch das Verlassen der Wohnung fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam des G begründet. Eine Wegnahme lag vor.

⁵⁸ BGHSt 22, 235; BGHSt, NStZ-RR 2005, 75; Rengier, BT II, 17. Aufl. 2016, § 14 Rn. 37; aA. Lillie, aaO, § 224 Rn. 27.

⁵⁹ BGH, NStZ 1987, 174; Rengier, BT II, 17. Aufl. 2016, § 14 Rn. 27.

⁶⁰ Hierzu bereits Fn. 44.

⁶¹ So etwa Hardtung, aaO, § 224 Rn. 7.

⁶² Das gilt auch für den, der wie Lillie, aaO, § 224 Fn. 15 die Beibringung restriktiv versteht. Auch dann sind die verbleibenden, von Nr. 1 erfassten Fälle, jedenfalls auch von Nr. 2 erfasst. Fehlt es an der Beibringung ist Nr. 2 der Auffangtatbestand.

⁶³ So auch Krey/Hellmann/Heinrich, BT I, Rn. 249 f.

⁶⁴ Hardtung, aaO, § 224 Rn. 14.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, 10. Aufl. 2009, § 9 Rn. 15; Stree/Sternberg-Lieben, aaO, § 224 Rn. 6.

⁶⁵ OLG Dresden, NStZ-RR 09, 337 ff. geht sogar davon aus, dass die Subsumtion von Flüssigkeiten und Gase unter Nr. 2 ein Verstoß gegen Art. 103 II GG.

⁶⁶ In diese Richtung Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811 (816).

⁶⁷ In diese Richtung tendiert inzwischen die Rspr., vgl. Rengier, BT I, 18. Aufl. 2016, § 14 Rn. 24 mit Hinweis auf BGH, 2 StR 207/04; OLG Dresden, NStZ-RR 2009, 337 f.; BGH, NStZ 2009, 506 f.; BGH, JR 2015, 206 f. So auch Knauer, Jura 2014, 257 ff.; Ernst, JR 2015, 208 f.

⁶⁸ Zur Gewalt Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 347 ff. mwN.

⁶⁹ Eser/Bosch, aaO, § 242 Rn. 36; Lackner/Kühl, aaO, § 242 Rn. 14.

⁷⁰ BGHSt 7, 252, 255; Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 430 ff.; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 249 ff. Rn. 7 f.

⁷¹ Samson, in: SK-StGB 4. Aufl., Vor § 249 Rn. 22; Sander, in: MüKo, 2. Aufl. 2012, § 253 Rn. 14 ff.; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 729 ff.

⁷² Hierzu und den übrigen Voraussetzungen Sander, aaO, § 253 Rn. 15 mwN.

⁷³ Küper/Zopfs, BT, 9. Aufl. 2015, Fn. 669; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 728, 730 f.

Hinweis

Es musste zur Begründung dieses Ergebnisses auf Grundlage der Rspr. nicht darauf abgestellt werden, dass äußerlich ein Nehmen des G vorlag. Dies wird erst auf der Konkurrenzebene relevant und sollte daher auch erst dort besprochen werden. Es bietet sich dann etwa an im Gesamtergebnis bei der Erörterung der Konkurrenzen darauf hinzuweisen, dass nach der Rspr. ebenfalls eine räuberische Erpressung verwirklicht ist, diese jedoch im Wege der Spezialität (*lex specialis*) hinter den Raub zurücktritt. In unserem Fall musste dies jedoch nicht geschehen, weil die Voraussetzungen des Raubes iÜ. nicht vorliegen (hierzu sogleich).

c) Finalität

Nach Rspr.⁷⁴ und hL.⁷⁵ muss die Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels nach der subjektiven Zwecksetzung des Täters zur Wegnahme dienen und dazu geeignet sein (Finalität). Der G schlug den A jedoch nur aus Rache nieder, ohne die spätere Wegnahme der Sammelkarte im Sinn zu haben. Den Entschluss zur Wegnahme fasste er erst beim Verlassen der Wohnung, als er die Karte entdeckte. G hat diese daher nicht „mit Gewalt gegen eine Person“ in Gestalt des Schlages weggenommen.

2. Zwischenergebnis

G hat den objektiven Tatbestand des § 249 I nicht erfüllt.

II. Ergebnis

G hat sich keines Raubes gemäß § 249 I schuldig gemacht.

E) Strafbarkeit des G gemäß § 249 I

(Ausnutzen d. Angst d. A und Einstecken d. Sammelkarte)

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand****a) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**

Fraglich ist, inwieweit die ohne Wegnahmevorsatz ausgeübte Gewalt als Drohung weiterer Gewaltanwendung fortwirken kann.

(1) Der BGH ließ zum Teil bereits das Ausnutzen der Furcht des Opfers vor dem Täter ausreichen. Zur Fortwirkung der Gewalt als Drohung führt er dann etwa aus: „[...] vorangegangene Gewalt in diesem Sinne [kann] fortwirken, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewaltanwendung und der gegebenen Kräfteverhältnisse aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von einer Gegenwehr absieht, sofern der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet.“⁷⁶

Nach dieser Maßgabe ist ein Fortwirken der Gewalt als Drohung anzunehmen, da der G die Angst des A vor weiteren

Schlägen erkennt und billigt, dass dieser sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für seinen Leib empfindet.

(2) Andererseits lehnt der BGH⁷⁷ – unter Zustimmung der Literatur⁷⁸ – zum Teil das bloße Ausnutzen der Furcht als Drohung durch fortwirkende Gewalt ab.

Drohen setze eine Handlung des Täters im Sinne einer ausdrücklichen oder konkludenten Gedankenerklärung voraus, so dass das Ausnutzen der Furcht des Opfers vor weiterer Gewaltanwendung nicht ausreicht. In den Worten des BGH: „Erforderlich hierfür ist, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht.“⁷⁹

Der G legte jedoch kein über den Schlag hinausgehendes Verhalten an den Tag, dass die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellte. Vielmehr nutzt er einzig die Situation als Folge der vorangegangenen Gewalt für sich aus.

(3) Bereits terminologisch weist die Rspr. zur „Fortwirkung der Gewalt als Drohung“ Schwachpunkte auf. Weder ist die (abgeschlossene) Gewalthandlung möglicher Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit, weil zu diesem Zeitpunkt gerade kein Wegnahmevorsatz vorlag noch wirkt sie als Drohung fort, denn sie ist nur das Übel dessen Fortsetzung angedroht werden kann. Eine mögliche spätere Drohung kann hierauf nur Bezug nehmen.⁸⁰

Doch auch inhaltlich überzeugt diese Rspr. nicht. Eine Strafbarkeit wegen Raubes mittels Drohung erfordert nun mal, sofern man sich im Bereich aktiven Tuns bewegt, ein aktives Verhalten, welches die Gefahr für Leib oder Leben in Aussicht stellt. Nur im Bereich des Unterlassens ist es denkbar, das Ausnutzen der vom Opfer empfundenen Drohwirkung, ohne aktives Verhalten, als Drohung zu verstehen. Nun wäre es denkbar, die physische Präsenz des G, mit der eine kommunikative Wirkung verbunden ist, die Einschüchterung, als aktives Tun einzustufen. Das damit einhergehende Verbot, durch seine Präsenz keine Einschüchterung des A zu bewirken, ist jedoch zwingend mit dem Gebot aktiven Tuns, namentlich der Korrektur der Einschüchterungswirkung, verbunden. Das Handlungsverbot ist damit akzessorisch zum Handlungsgebot, weshalb allein auf letzteres abzustellen und eine Drohung durch Unterlassen zu prüfen ist.⁸¹ Ob eine solche dogmatisch überhaupt möglich ist, ist jedoch umstritten. Das in Frage stehende unterlassene Verhalten ist dann die Korrektur des beim Opfer entstandenen Eindrucks bedroht zu sein. Zum Teil wird die Möglichkeit einer Drohung durch Unterlassen jedoch abgelehnt, weil durch die fehlende Korrektur des entstandenen Eindrucks kein weiterer Entschluss des Opfers bewirkt werde, sondern nur ein bereits unvorsätzlich bewirkter ausgenutzt.⁸²

⁷⁷ BGH, NStZ 2013, 648; 2014, 110 f.; 2015, 461.

⁷⁸ Eisele, aaO, Rn. 25; Fischer, aaO, § 249 Rn. 13 ff.; Ingelfinger, FS-Küper (2007) 197 (201)

⁷⁹ BGH, NStZ 2014, 110 f.

⁸⁰ Hierzu Fischer, aaO, § 249 Rn. 14.

⁸¹ Zu dieser Abgrenzung von Tun und Unterlassen Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2009, S. 194 (Glossar), dem für anregende Diskussionen zu diesem Thema und anderen in den vergangenen Jahren mein Dank gilt.

⁸² So Sinn, in: MüKo, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 96 mwN.

⁷⁴ BGHSt 20, 32 (33); 48, 365 (366); BGH, NStZ 2015, 156 (157).

⁷⁵ Eisele, aaO, Rn. 324; Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 271; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 350; aA. Joecks, Studienkommentar, § 249 Rn. 24; Sinn, in: SK, § 249 Rn. 28 f., 43, die Kausalität verlangen.

⁷⁶ BGH, NStZ 2010, 570 f., ebenso bereits NStZ-RR 2003, 42 ff.; BGH, NStZ 1982, 380 f.

Hiergegen wird vorgebracht, dass dies nicht zwangsläufig der Fall ist. Vielmehr sind auch Konstellationen denkbar, in denen das Opfer sich erst nach Eintritt der Kenntnis des Täters von der Drohwirkung dazu entschließt nachzugeben, demnach der Nötigungserfolg durch die Korrektur des Eindrucks hätte verhindert werden können.⁸³ In diesen Fällen werde der Nötigungserfolg dann durch zwei Verhaltensweisen verursacht, das positive Tun des Vorverhaltens und das Unterlassen der Korrektur des entstandenen Eindrucks.⁸⁴ Ein Drohen durch Unterlassen sei daher möglich.⁸⁵ Übertragen auf die Problematik des „Fortwirkens von Gewalt als Drohung“ liegt die Annahme eines durch Unterlassen verursachten Nötigungserfolgs, der Duldung der Wegnahme, vorliegend nahe. Den Entschluss, die Wegnahme der Sammelkarte zu dulden, konnte der A erst fassen, als für ihn erkennbar wurde, dass der G diese mitnehmen würde. Dieser hatte über die gesamte Zeit Kenntnis von der Drohwirkung die der A empfand („hatte zufrieden bemerkt, dass er A in Schach hält“). Dadurch, dass er diesen Eindruck nicht korrigierte, sondern ausnutzte, hat er durch Unterlassen die Duldung der Wegnahme verursacht. Eine Drohung durch Unterlassen muss jedoch weiterhin den Anforderungen des unechten Unterlassungsdelikts genügen, insbesondere muss eine Garantstellung bestehen und die Entsprechensklausel (§ 13 I aE.) beachtet werden. Diese werden auch bei dem parallelen Problem der sog. „fortdauernden Gewaltanwendung“ diskutiert. Hierbei begeht der Täter eine Freiheitsberaubung (§ 239 I), bspw. durch Fesseln des Opfers und fasst zwischen deren Vollendung und Beendigung den Wegnahmevorsatz. Die Annahme eines Raubes mittels Gewalt durch Unterlassen,⁸⁶ die Nichtbeseitigung der andauernden Gewaltwirkung durch die Fesselung, scheidet auch nicht an einer Garantstellung, die aufgrund von pflichtwidrigen, gefährdenden Vorverhalten (Ingerenz)⁸⁷ besteht.⁸⁸ Dennoch ist die Verwirklichung des Raubtatbestandes abzulehnen.⁸⁹

Dieser ist in psychischer Hinsicht und seinem Unrechtsgehalt nach durch die aktive Gewaltanwendung zum Zweck der Wegnahme geprägt.⁹⁰ Die Nichtbeseitigung der Gewaltwirkung als Unterlassen entspricht damit nicht „der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun“ (vgl. § 13 I aE). Übertragen auf die Tatalternative der Drohung bedeutet das: Die Nichtbeseitigung der Drohwirkung⁹¹ als Unterlassen entspricht damit auch nicht „der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun“. Auch ein systematischer Vergleich mit § 177 V⁹² legt dieses Ergebnis nahe. Neben den auch im Raub-

tatbestand enthaltenen qualifizierten Nötigungsmitteln wurde dort durch das 33. StÄG die Tatvariante der Ausnutzung einer schutzlosen Lage des Opfers eingeführt. Die auf diesem Wege vom Gesetzgeber geschlossene Lücke des Gesetzes besteht für den Raubtatbestand aber gerade fort und kann nicht durch die Figur der „Fortwirkung der Gewalt als Drohung“ geschlossen werden.⁹³ Schließlich ist noch auf den Wertungswiderspruch hinzuweisen, der bei Anerkennung dieser Figur entstünde. Bei besonders massiver Gewaltanwendung in denen das Opfer hilflos (bspw. bewusstlos) geworden ist, könnte diese nicht „als Drohung fortwirken“ und allein ein Diebstahl käme in Betracht, während bei moderater Gewalteinwirkung – wie etwa im vorliegenden Fall – ein Raub anzunehmen wäre.⁹⁴

b) Zwischenergebnis

Insgesamt ist eine Drohung daher abzulehnen.

2. Zwischenergebnis

G hat den objektiven Tatbestand des § 249 I nicht erfüllt.

II. Ergebnis

G hat sich keines Raubes gemäß § 249 I schuldig gemacht.

F) Strafbarkeit des G gemäß § 223 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

Durch den, bei lebensnaher Auslegung wohl schmerzhaften Schlag, eine üble und unangemessene Behandlung, wurde zumindest das körperliche Wohlbefinden des A nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Hierauf kam es dem G zum Zweck der Rache an. Er handelte vorsätzlich (dolus directus 1. Grades). G handelte tatbestandsmäßig.

II. Rechtswidrigkeit

G könnte jedoch über Notwehr (§ 32 I, II Alt. 1) gerechtfertigt sein. Zwar war das Überschütten mit kochendem Wasser durch A ein rechtswidriger Angriff (s. o.). Jedoch war dieser zum Zeitpunkt des Schlages bereits beendet und damit nicht mehr gegenwärtig. Notwehr scheidet daher aus. G handelte demnach rechtswidrig.

III. Schuld

G handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

G hat sich einer Körperverletzung gemäß § 223 I schuldig gemacht.

G) Strafbarkeit des G gemäß §§ 240 I, 13 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

Dadurch, dass G es vorsätzlich unterließ die von ihm ausgehende Drohwirkung zu beseitigen, obwohl ihm dies möglich war und er hierfür aus Ingerenz einzustehen hatte (s. o.) und dadurch den A zur Duldung der Wegnahme nötigte, hat er den Tatbestand der Nötigung erfüllt.

Selbstbestimmung vom 04.11.2016 (BGBl. I S. 2460) wurde auf den nahezu identischen § 177 I aF. abgestellt.

⁸³ Eser/Bosch, aaO, § 249 Rn. 6a; Otto, JZ 2004, 365 deshalb für eine Angleichung des Raubtatbestandes de lege ferenda.

⁸⁴ Fischer, aaO, § 249 Rn. 15.

⁸³ Toepel, in: NK, 3. Aufl. 2013, § 240 Rn. 96, der hier die Kausalität des Unterlassens (Quasi-Kausalität) annimmt.

⁸⁴ Toepel, aaO, § 240 Rn. 96.

⁸⁵ So iE. auch Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vor § 234 Rn. 35; Kindhäuser, BT I, 7. Aufl. 2015, § 12 Rn. 41.

⁸⁶ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn. 273 Fn. 36; Sander, aaO, § 249 Rn. 32 mwN. Die Rspr. lässt die offen, ob es sich um ein Tun oder Unterlassen handelt, vgl. BGHSt 48, 365 ff.

⁸⁷ Hierzu Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1022 ff.

⁸⁸ So etwa Eser/Bosch, aaO, § 249 Rn. 6b; Mitsch, aaO, 8.2.1.4.3.

⁸⁹ IE. daher zutreffend Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn. 273; Rengier, BT I, 18. Aufl. 2016, § 7 Rn. 31 f.

⁹⁰ Baier, JA 2004, 433; Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, Rn. 273; Küper, JZ 1981, 571 f.; Otto, JZ 2004, 365.

⁹¹ Freilich hier nicht verursacht durch eine Drohung, sondern durch Gewalt.

⁹² Vor der Reform des Sexualstrafrechts mit dem Fünfzigsten Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen

II. Rechtswidrigkeit

Die Androhung des Übels war zu dem angestrebten Zweck (Ermöglichung der Wegnahme) als verwerflich anzusehen (vgl. § 240 II). G handelte rechtswidrig.

III. Schuld

G handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

G hat sich einer Nötigung durch Unterlassen gemäß §§ 240 I, 13 I schuldig gemacht.

H) Strafbarkeit des G gemäß §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 6**I. Tatbestandsmäßigkeit**

G hat eine fremde bewegliche Sache, die Sammelkarte, weggenommen als er die Wohnung verließ (s. o.). Dies geschah vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft

III. Strafzumessung

G hat bei seinem Diebstahl die Hilflosigkeit des eingeschüchterten A iSd. § 243 I 2 Nr. 6 ausgenutzt. Insoweit kommt dem Regelbeispiel eine Auffangfunktion für einige Fälle fehlender Finalität zu.⁹⁵

IV. Ergebnis

G hat sich eines Diebstahls in besonders schwerem Fall gemäß §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 6 schuldig gemacht.

I) Gesamtergebnis

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 2) strafbar gemacht.

Hinweis

Wer einen Rücktritt wegen außertatbestandlicher Zielerreichung ausschloss und deshalb versuchte schwere Körperverletzung annahm, musste auf deren Verhältnis zur vollendeten gefährlichen Körperverletzung eingehen. In der Literatur⁹⁶ wird Tateinheit angenommen, weil § 224 eigenes Handlungsunrecht zukomme. Die Rspr.⁹⁷ hingegen geht im Grundsatz davon aus, dass § 226 den § 224 konsumiere. Jedoch müsse aus Klarstellungsgründen Tateinheit angenommen werden, wenn § 226 nur versucht, § 224 hingegen vollendet sei. IE. hat sich A damit wegen versuchter schwerer Körperverletzung in Tateinheit mit (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

G hat sich wegen Körperverletzung (§ 223 I) in Tateinheit (§ 52) mit Diebstahl in besonders schwerem Fall (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 6) und Nötigung durch Unterlassen (§§ 240 I, 13) strafbar gemacht.

► Inhaltsverzeichnis

⁹⁵ Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 243 Rn. 30.

⁹⁶ Luckner/Kühl, aaO, § 224 Rn 12; Rengier, BT II, 18. Aufl. 2016, § 21 Rn. 2.

⁹⁷ BGHSt 21, 194, 195; BGH, JZ 1967, 225.



KLAUSUR

ORDNUNGSWIDRIGKEITENRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer*/Prof. Dr. Sarah Bunk**

„Die kopflosen Hühner“

Übungsklausur Ordnungswidrigkeitenrecht***

Sachverhalt

A, B und C sind Asylbewerber aus Sri Lanka und leben seit sechs Monaten in einer Flüchtlingsunterkunft in Baden-Württemberg. Sie kaufen von Bauern L am 13. April 2016 30 Hühner, die sie in der Küche der Unterkunft, in der sie leben, schlachten wollen. Abends ab 23,30 Uhr schlachten A und B in der Küche die Hühner ohne Betäubung unter großer Lärmentwicklung, was allerdings in der Unterkunft niemanden stört, da Lärm um diese Uhrzeit dort üblich ist. Nachbarn, die sich gestört fühlen könnten, gibt es auch nicht. Die Schlachtung ohne Betäubung entspricht dem, was sie in Sri Lanka gelernt und dort auch ausgeübt haben. Über die Erlaubtheit ihres Tuns machen sie sich keine Gedanken.

Während A dem letzten Huhn den Kopf abschneidet, gleitet es B, der es hält, aus der Hand. Trotz bereits abgetrenntem Kopf rennt es aus der Terrassentür, die B nach einer Pause versehentlich hat offen stehen lassen, und gerät auf die unmittelbar an die Küchenterrasse angrenzende Straße. Die Gefahr, dass Hühner – auch noch nach Abtrennen des Kopfes – herumlaufen und auf die Straße geraten können, war B bewusst.

Autofahrer F erschrickt aufgrund des plötzlich auf der Straße auftauchenden Huhnes – zumal ohne Kopf – und leitet sofort eine Vollbremsung ein. Eine Kollision mit dem Huhn kann er deshalb gerade noch verhindern. Der ihm nachfolgende Autofahrer G kann trotz des von ihm eingehaltenen Sicherheitsabstandes und der ebenfalls sofort eingeleiteten Vollbremsung eine Kollision mit dem Kfz des F allerdings nicht mehr verhindern.

Aufgabe

Prüfen Sie in einem Gutachten, ob und nach welchen Normen sich A, B, C, L, F und G ordnungswidrig verhalten haben?

Bearbeiterhinweise

Vorschriften aus der Tierschutzschlachtverordnung sind nicht zu prüfen.

Ein Huhn ist ein warmblütiges Tier.

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

** Die Autorin ist Inhaberin einer Professur für Strafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht, Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

*** Die Klausur war Gegenstand einer Modulprüfung im 2. Semester im Studiengang Public Management B.A. an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg University of Applied Sciences – Public Administration and Finance.

Gliederung

A) Das Schlachten der Hühner

I. Ordnungswidrigkeiten von A und B

1. Vorsätzliche Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand
- c) Rechtswidrigkeit
- d) Vorwerfbarkeit
- e) Ergebnis

2. Vorsätzliche Ordnungswidrigkeit nach § 117 OWiG

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand
- c) Rechtswidrigkeit
- d) Vorwerfbarkeit
- e) Ergebnis

II. Beteiligung des C nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

III. Beteiligung des L nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

B) Verkehrsgeschehen um das Huhn

I. Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO

II. Beteiligung von A an der Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO nach § 14 OWiG

III. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

IV. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des F nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

V. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des G nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

Gutachten

A) Das Schlachten der Hühner

I. Ordnungswidrigkeiten von A und B

1. Vorsätzliche Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

Durch das Schlachten der Hühner könnten A und B jeweils eine Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt zunächst voraus, dass A und B entgegen § 4a Abs. 1 TierSchG ein warmblütiges Tier geschlachtet haben. Nach § 4a Abs. 1 TierSchG darf ein warmblütiges Tier grundsätzlich nur geschlachtet werden, wenn es vor Beginn des Blutentzugs zum Zweck des Schlachtens betäubt worden ist.

Nach dem Bearbeitungshinweis handelt es sich bei Hühnern um warmblütige Tiere. Außerdem haben A und B die Hühner geschlachtet, ohne sie vorher betäubt zu haben.

Eine Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG lag nicht vor, so dass auch ein etwaiger religiöser Einfluss irrelevant wäre.

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

A und B töteten die Tiere bewusst und gewollt ohne Betäubung. Allerdings entsprach die Schlachtung ohne Betäubung dem, was sie in Sri Lanka gelernt und dort auch ausgeübt haben. Insofern handelt es sich jedoch nicht um einen Tatbestandsirrtum nach § 11 Abs. 1 OWiG, der den Vorsatz entfallen lassen kann, sondern ihr Irrtum betrifft die Normebene. Nach § 11 Abs. 2 OWiG entfällt dann allenfalls die Vorwerfbarkeit. Darauf wird noch zurückzukommen sein (unten d.). Mithin handelten A und B vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich. A und B handelten mithin rechtswidrig.

d) Vorwerfbarkeit

Die Schlachtung ohne Betäubung entsprach dem, was A und B in Sri Lanka gelernt und dort auch ausgeübt haben, wobei sie sich über die Erlaubtheit ihres Tuns keine Gedanken machten. Damit stellt sich die Frage, ob A und B einem Verbotsirrtum im Sinne von § 11 Abs. 2 OWiG unterlagen. Wenn dem Täter bei Begehung der Handlung die Einsicht fehlt, etwas Unerlaubtes zu tun, namentlich weil er das Bestehen oder die Anwendbarkeit einer Rechtsvorschrift nicht kennt, handelt er nach § 11 Abs. 2 OWiG nicht vorwerfbar, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Vorliegend haben sich A und B über die Erlaubtheit ihres Tuns überhaupt keine Gedanken gemacht. Dies reicht für die Annahme eines Verbotsirrtums aus, denn ohne Unrechtsbewusstsein handelt auch, wer sich gar keine Gedanken macht, ob er einen Tatbestand verletzt.¹

¹ Rengier, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 11 Rn. 56.

Damit die Vorwerfbarkeit entfällt, müsste der Irrtum überdies unvermeidbar gewesen sein. Ein Verbotsirrtum ist unvermeidbar, wenn der Betroffene trotz der ihm nach den Einzelfallumständen, seinem Lebens- und Berufskreis zumutbaren Gewissensanspannung das Unrecht seines Handelns nicht erkennen kann.² Dafür spricht, dass die Schlachtung ohne Betäubung dem entsprach, was A und B in Sri Lanka gelernt und dort auch ausgeübt haben. Andererseits lebten A und B zum Tatzeitpunkt schon monatelang in Deutschland, so dass ihnen bewusst sein musste, dass in Deutschland im Vergleich zu ihrem Heimatland eine grundlegend andere Tradition herrscht und andere Werte bestehen, womit auch eine andere Gesetzeslage einhergeht. Bei gehöriger Gewissensanspannung hätten sie über den Unwertgehalt zumindest nachdenken und sich erkundigen müssen, was unschwer – etwa bei für die Unterkunft zuständigen Personen oder auf einer Behörde – möglich gewesen wäre. Dies spricht für die Vermeidbarkeit des Irrtums (a.A. vertretbar).

Damit ist von vorwerfbarem Handeln des A und B auszugehen.

e) Ergebnis

A und B haben mit dem Schlachten der Hühner jeweils eine vorsätzliche Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG in 30 tateinheitlichen Fällen (§ 19 OWiG) verwirklicht.

2. Vorsätzliche Ordnungswidrigkeit nach § 117 OWiG

A und B könnten durch die mit dem Schlachten der Hühner verbundene Lärmentwicklung überdies eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 OWiG verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Nach § 117 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig, wer ohne berechtigten Anlass oder in einem unzulässigem Ausmaß Lärm erregt, der geeignet ist, die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft erheblich zu belästigen oder die Gesundheit eines anderen zu schädigen. Davon, dass mit dem Schlachten der Hühner eine erhebliche Lärmentwicklung verbunden war, ist nach dem Sachverhalt auszugehen. Unerheblich ist auch, dass sich vorliegend niemand gestört fühlte. Nach dem Wortlaut ist § 117 Abs. 1 OWiG als potenzielles Gefährdungsdelikt ausgestaltet.³

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Wie oben dargestellt töteten A und B die Tiere vorsätzlich ohne Betäubung, so dass sie die damit verbundene erhebliche Lärmentwicklung zumindest billigend in Kauf nahmen. Mithin handelten A und B insofern zumindest mit Eventualvorsatz.

c) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich, so dass auch die Rechtswidrigkeit zu bejahen ist.

² Grundlegend BGH, Beschluss vom 27.01.1966 - KRB 2/65 (KG), NJW 1966, 842; ausführlich dazu auch Rengier, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 11 Rn. 57.

³ Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 117 Rn. 29.

d) Vorwerfbarkeit

Auch wenn A und B sich über die Erlaubtheit ihres Tuns auch in Bezug auf die Lärmentwicklung keine Gedanken gemacht haben sollten, mithin einem Verbotsirrtum unterlagen, so war dieser jedenfalls vermeidbar (s.o. A.I.1.d). A und B handelten mithin vorwerfbar.

e) Ergebnis

A und B haben durch die mit dem Schlachten der Hühner verbundene Lärmentwicklung eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 OWiG verwirklicht, die zu der Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG in 30 Tateinheitlichen Fällen in Tateinheit steht (§ 19 OWiG).

II. Beteiligung des C nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

C hat die Hühner zusammen mit A und B von L gekauft, so dass er sich an der von A und B verwirklichten Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG gemäß § 14 OWiG beteiligt haben könnte. Nach § 14 OWiG handelt im Fall der Beteiligung mehrerer jeder selbst ordnungswidrig (sogenannter Einheitstäterbegriff).

Problematisch erscheint allerdings, ob C vorsätzlich handelte. C war zweifelsohne bewusst, dass geplant war, die Hühner zu schlachten. Ob er allerdings auch wusste, dass die Hühner ohne Betäubung geschlachtet werden sollten, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht eindeutig. Vor diesem Hintergrund ist der Vorsatz abzulehnen (a.A. vertretbar).

C hat sich mithin nicht nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit von A und B nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG beteiligt.

III. Beteiligung des L nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG

Indem L die Hühner an A, B und C verkauft hat, könnte er sich an der Ordnungswidrigkeit von A und B nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG beteiligt haben. Allerdings scheitert eine solche Beteiligung des L nach § 14 OWiG an dessen Vorsatz. L wusste nach dem Sachverhalt nicht, auf welche Weise die Hühner geschlachtet werden sollen.

L hat sich mithin nicht nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit von A und B nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG beteiligt.

B) Verkehrsgeschehen um das Huhn**I. Ordnungswidrigkeit des B****nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO**

Weiterhin könnte B – indem ein Huhn auf die Straße geriet – eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO verwirklicht haben.

Nach § 28 S. 1 StVO sind Haus- und Stalltiere, die den Verkehr gefährden können, von der Straße fernzuhalten. Einen Verstoß des Tierhalters bzw. als sonst für die Tiere Verantwortlichen gegen § 28 Abs. 1 StVO gestaltet § 49 Abs. 2 Nr. 3 StVO – in Verbindung mit der Blankettnorm des § 24 StVG – als Ordnungswidrigkeit aus.

Hühner sind Stalltiere, die den Verkehr gefährden können. Da B (zusammen mit A) die tatsächliche Verfügungsgewalt über

die Hühner hatte, ist er zumindest ein sonst für die Tiere Verantwortlicher.

Zudem müsste B fahrlässig gehandelt haben. Er hat die Tür nach draußen versehentlich offen gelassen, obwohl in der vorliegenden Situation damit zu rechnen und objektiv und subjektiv vorhersehbar war, dass lebende Hühner bei offener Tür auf die Terrasse und die unmittelbar daran angrenzende Straße geraten können. Das gilt auch für den Umstand, dass in Einzelfällen sogar Hühner, deren Kopf bereits abgetrennt wurde, noch herumlaufen können.

Damit können die objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit sowie die Vorhersehbarkeit bejaht werden.

Nachdem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind und keine Bedenken im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit bestehen, ist als Ergebnis festzustellen, dass B eine fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO verwirklicht hat.

II. Beteiligung von A an der Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO, § 14 OWiG

Eine Beteiligung des A nach § 14 OWiG an der Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 2 Nr. 3, 28 Abs. 1 S. 1 StVO scheidet schon daran, dass eine solche – aufgrund der Anwendung strafrechtlicher Grundsätze auch im Ordnungswidrigkeitenrecht – nur bei Vorliegen einer vorsätzlichen Bezugstat (sog. limitierte Akzessorietät), die hier fehlt, möglich ist.⁴

III. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des B nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

Indem durch das Verhalten des B das Huhn auf die Straße geraten ist, könnte B außerdem eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO verwirklicht haben.

Nach § 1 Abs. 2 StVO hat sich derjenige, der am Verkehr teilnimmt, so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird. Einen Verstoß dagegen gestaltet § 49 Abs. 1 Nr. 1 StVO – in Verbindung mit § 24 StVG – als Ordnungswidrigkeit aus.

Der objektive Tatbestand setzt mithin zunächst voraus, dass B Verkehrsteilnehmer ist. Dies erfordert ein verkehrserhebliches und verkehrsbezogenes Verhalten, mithin eine mit Beteiligungsabsicht erfolgende Einwirkung auf einen Verkehrsvorgang durch ein Handeln oder ein pflichtwidriges Unterlassen.⁵ Vorliegend ist das Huhn in Abwesenheit von B auf die Straße geraten, so dass es an einer unmittelbaren räumlichen Beziehung zwischen Mensch und Verkehrsraum fehlt.⁶ Der objektive Tatbestand ist damit nicht erfüllt.

⁴ Vgl. nur Rengier, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 14 Rn. 16.

⁵ Heß, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Hahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage 2016, § 1 Rn. 16 m. w. Nachw.

⁶ Heß, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Hahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage 2016, § 1 Rn. 16 m. w. Nachw. auch auf die Rechtsprechung.

B hat mithin keine fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO verwirklicht.

IV. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des F nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

F könnte indem er – erschreckt durch das Auftauchen des Huhnes – abrupt abgebremst und dadurch G gefährdet bzw. geschädigt hat, eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO verwirklicht haben.

Wie bereits oben dargestellt hat sich nach § 1 Abs. 2 StVO derjenige, der am Verkehr teilnimmt, so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird.

F ist Verkehrsteilnehmer und hat aufgrund des plötzlich auftauchenden Huhnes abrupt abgebremst. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 StVO darf derjenige, der vorausfährt, nicht ohne zwingenden Grund stark bremsen. Insofern stellt sich die Frage, ob das plötzliche Auftauchen eines Huhnes ein zwingender Grund im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist. Gegen die Annahme eines zwingenden Grundes spricht, dass Hühner Kleintiere sind und ein Zusammenstoß mit diesen regelmäßig keine erheblichen Folgen hat.⁷

Zudem müsste F fahrlässig gehandelt haben. Wie dargelegt hat F ohne zwingenden Grund im Sinne von § 4 Abs. 1 S. 2 StVO abrupt abgebremst, so dass G trotz des von ihm eingehaltenen Sicherheitsabstandes und der von ihm sofort eingeleiteten Vollbremsung eine Kollision mit dem Wagen des F nicht mehr verhindern konnte. Dies war objektiv und subjektiv vorhersehbar und auch die Pflichtwidrigkeit kann damit bejaht werden. Dass F erschrocken ist, ändert hieran nichts. F hat mithin fahrlässig gehandelt.

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Überdies bestehen keine Bedenken im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit.

F hat damit eine fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO verwirklicht.

V. Fahrlässige Ordnungswidrigkeit des G nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO

In Betracht kommt weiter eine fahrlässige Ordnungswidrigkeit des G nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO.

Wie bereits oben dargestellt hat sich nach § 1 Abs. 2 StVO derjenige, der am Verkehr teilnimmt, so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird. Zwar ist G auf das Kfz des F aufgefahren, womit F geschädigt wurde, indes ist die Zurechnung durch den Fahrfehler des F – den Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 2 StVO – unterbrochen. Im Übrigen bestehen keine Anhaltspunkte, dass G fahrlässig gehandelt hätte. Er hat sowohl den erforderlichen Sicherheitsabstand eingehalten, als auch sofort eine Vollbremsung eingeleitet.

G hat damit keine fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO verwirklicht.

► Inhaltsverzeichnis

⁷Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage 2016, § 4 Rn. 16 m. w. Nachw.





MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Übereignung eines Grundstücks kraft transmortaler Vollmacht

Urteil vom 09. März 2015, Az. 20 W 49/15

Aufgrund einer transmortalen Vollmacht kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers dessen Erben hinsichtlich des Nachlasses vertreten. Umfasst die Bevollmächtigung die Vertretung in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit es gesetzlich zulässig ist, bedarf es auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zu einer schenkweisen Auflassung keiner Genehmigung des Erben zum Auflassungsvollzug.

(amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

E ist als Alleineigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Anfang 2014 verstarb E nach langer, schwerer Krankheit. Vor seinem Tod hatte er in einem notariellen Testament die A-Stiftung zur Alleinerbin eingesetzt. Darüber hinaus hatte er seiner Tochter T eine über den Tod hinaus geltende notarielle General- und Vorsorgevollmacht erteilt, die unter anderem folgenden Wortlaut enthielt:

„Die T wird bevollmächtigt, mich in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die Vollmacht erstreckt sich insbesondere - jedoch nicht ausschließlich - auf [...] die Befugnis Grundbesitz zu erwerben, zu veräußern und zu belasten sowie den Grundbesitz der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. [...] Die Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Diese Vollmacht gilt über den Tod des Vollmachtgebers hinaus. Sie ist jederzeit frei widerruflich.“

Mit notarieller Urkunde vom 18.11.2014 übertrug die T das Grundstück unter Vorlage der Vollmacht schenkweise auf sich selbst, erklärte die Auflassung und beantragte beim zuständigen Grundbuchamt die Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch.

Das Grundbuchamt wies den Antrag mit Zwischenverfügung vom 12.12.2014 mit der Argumentation zurück, dass die Erklärung der Auflassung in der Vollmacht nicht ausdrücklich aufgeführt sei. Zudem sei die Genehmigungserklärung der Erben nebst Erbnachweis in grundbuchmäßiger Form erforderlich.

Ist das Grundbuchamt verpflichtet, die T (ohne Beibringung der geforderten Nachweise) als Eigentümerin einzutragen?

B) Die Entscheidung des Senats

Das Grundbuchamt ist auf Antrag (§ 13 GBO) zur Eintragung verpflichtet, wenn derjenige, dessen Recht betroffen ist, die Eintragung bewilligt, § 19 GBO, der Eintragung kein Eintragungshindernis entgegensteht und zusätzlich bei der Auflassung

von Grundstücken, dass die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist, § 20 GBO.

Ursprünglicher Eigentümer des Grundstücks war E. Da jedoch die A-Stiftung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB in sämtliche Rechte und Pflichten des E eingetreten ist, ist nunmehr die A-Stiftung Eigentümerin des Grundstücks und damit ist auch deren Bewilligung gem. § 19 GBO erforderlich. Fraglich ist jedoch, ob T die Eintragung aufgrund der über den Tod hinaus wirkenden Vollmacht bewilligen konnte.

„Zunächst zutreffend ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass es vor dem Vollzug einer Eintragung, die von einem Bevollmächtigten bewilligt worden ist, die Wirksamkeit und den Umfang seiner Vollmacht selbständig zu prüfen hat, auch wenn der Urkundsnotar die Vollmacht für ausreichend angesehen hat [...]. Für die Auslegung einer Vollmacht gelten generell die für Grundbucheintragungen aufgestellten Grundsätze. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt [...]. Bei der Anwendung dieser Grundsätze ist auch dem Bestimmtheitsgrundsatz besondere Beachtung zu schenken; auf eine Auslegung von Erklärungen kann nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt [...].“

Bei der [notariellen Vollmacht] des Notars C handelt es sich um eine sog. transmortale Vollmacht. Abgesehen davon, dass eine Vollmacht, wenn ihr ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu Grunde lag, gemäß §§ 168, 672, 675 BGB ohne dies über den Tod hinaus gilt, ist vorliegend die Fortgeltung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ausdrücklich angeordnet, indem [in der] Vollmachtsurkunde ausdrücklich angeordnet worden ist, dass die Vollmacht durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlöschen soll.

Mit dem Erbfall, der für das Grundbuchamt durch die ihm vom Nachlassgericht übermittelte Sterbefallsanzeige des Ortsgerichts nachgewiesen ist, erwirbt der Bevollmächtigte auf Grund der Ermächtigung des Erblassers die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung des bzw. der Erben zu verfügen [...]. Dazu muss der Bevollmächtigte auch nicht die Erben namhaft machen, für die er handelt [...]. Daher ist unschädlich, dass die [T] in der Urkunde vom 18.11.2014 nicht ausdrücklich namens der Erbin [...] aufgetreten ist. [...].“

Die Bedenken des Grundbuchrechtspflegers hinsichtlich des Vollmachtsumfangs sind nicht gerechtfertigt. Dieser Umfang ist [in] der Vollmachtsurkunde sehr weitgehend dahingehend formuliert, dass er alle persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten umfasst, soweit eine Vertretung gesetzlich

zulässig ist. Ferner ist [in] der Vollmacht ausdrücklich bestimmt, dass die nachfolgende Aufzählung der Befugnisse des Bevollmächtigten keine Einschränkung der Vollmacht gegenüber dem vorbeschriebenen Umfang darstellt, sondern nur der Erläuterung und Verdeutlichung dient. Auch dieser Aufzählung ist vorausgeschickt, dass sich die Vollmacht auf alle Vermögens-, und sonstige Rechtsangelegenheiten in jeder denkbaren Richtung erstreckt. Daher kann aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung einer schenkweisen Auflassung nichts für die Auslegung des Vollmachtsumfangs hergeleitet werden. Angesichts der eindeutig umfassend erklärten Bevollmächtigung können daraus auch keine Zweifel abgeleitet werden, die nur eine Auslegung dahingehend zulassen würden, dass ein geringerer Vollmachtsumfang gewollt gewesen wäre. Nur zur Vollständigkeit [...] ist darauf hinzuweisen, dass [in] der Vollmachtsurkunde auch die Befugnis für Insich-Geschäfte enthalten ist.

Die Ausführungen von Grunewald, auf die sich der Grundbuchrechtspfleger beruft, bieten für den Senat keine Veranlassung, von der auch darin als herrschend bezeichneten Meinung, die er bisher auch selbst vertreten hat [...], abzuweichen, dass die Vorgaben des Erblassers auch nach seinem Tod dem Willen des Erben vorgehen. Auf die Zustimmung des Erben zum Handeln des Bevollmächtigten kommt es danach gerade nicht an, denn abgesehen von Unzuträglichkeiten in solchen Fällen, in denen die Person des Erben noch nicht feststeht bzw. dieser nicht reagiert, liefe die Bejahung eines allgemeinen Zustimmungszwangs dem Zweck von über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmachten zuwider, den Auftrag und seine Verwirklichung gerade von dem Willen späterer Erben unabhängig zu machen [...].

Dafür kann es auch keine Rolle spielen, zu welchen Verfügungen die Bevollmächtigung konkret berechtigt, insbesondere ist nicht anzunehmen, dass bei Schenkungen immer eine Genehmigung des Erben erforderlich wäre; denn nicht jede Schenkung muss dem Willen des Erben entgegenstehen, sei es, dass er den Willen des Erblassers respektiert, sei es, dass für ihn das verschenkte Objekt ohne Interesse ist.

In dem hier gegebenen Fall, dass die Eigentumsübertragung an einem Nachlassgrundstück eingetragen werden soll, ist gemäß § 40 GBO keine Voreintragung der Erbin des eingetragenen Eigentümers erforderlich und deshalb muss die kraft transmortaler Vollmacht handelnde [T] auch insoweit keinen Erbnachweis vorlegen.“

Damit konnte die T kraft Vollmacht mit Wirkung für die A-Stiftung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bewilligen.

Das Grundbuchamt ist damit verpflichtet, die Eintragung vorzunehmen. Weitere Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich. Die Einigung gem. § 20 GBO liegt ebenfalls vor.

Hinweise

In einer solchen Klausur ist die erste Hürde zunächst, mit der ungewöhnlichen Fallfrage umzugehen. Solche Fallfragen sind in Examensklausuren zwar nicht häufig, können aber durchaus vorkommen. Auch wenn man sich im Grundbuchrecht nicht auskennt, so sollten die zentralen Normen und Grundsätze bekannt sein. Hierzu zählen mindestens(!) der Antrags- und der Bewilligungsgrundsatz in § 13 GBO und § 19 GBO.

Auch transmortale Vollmachten können Gegenstand einer Klausur sein. Hierzu sollte man sich Folgendes merken: Vertreten wird nach dem Tod des Erblassers der Erbe. Der Erblasser kann notwendigerweise nicht mehr vertreten werden, da er nach dem Tod als Rechtssubjekt weggefallen ist. Vertreten wird auch nicht etwa „der Nachlass“, denn der Nachlass ist eine Vermögensmasse, die ebenfalls nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Vertreten wird vielmehr der oder die Erben, wobei sich die Vertretungsmacht auf Nachlassgegenstände beschränkt. Die Vollmacht geht ebenfalls im Wege des § 1922 BGB auf den Erben über. Dass sich die Vertretungsmacht nur auf Nachlassgegenstände beschränkt, ergibt sich schon daraus, dass der Erblasser keine Rechtsmacht besitzt, eine weitergehende Vertretungsbefugnis einzuräumen als bezogen auf sein eigenes Vermögen.

Der Erbe hat die Möglichkeit die Vollmacht jederzeit zu widerrufen. Das hilft in der Praxis jedoch häufig nicht weiter, denn bis der Erbe überhaupt von seiner Erbschaft und von der Vollmacht erfährt, kann sich der Bevollmächtigte bereits reichlich mit dinglicher Wirkung „bedient“ haben. Nicht zu vergessen ist jedoch, dass der Bevollmächtigte aufgrund des der Vollmacht zugrunde liegenden Grundverhältnisses im Sinne des Erblassers respektive der Erben handeln muss. Sonst ist er zivilrechtlich zur Rückgewähr verpflichtet und macht sich gegebenenfalls sogar wegen Untreue strafbar.

Dr. Julius Forschner, LL.M (Cambridge)

Justitiar und Notarvertreter
Hamburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

Urteil vom 18. März 2016, Az. V ZR 89/15

Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 Abs. 1 u. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

(amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Die B betreibt Getränkemarkte in verschiedenen deutschen Städten und ist Mitglied eines Einkaufsrings für Getränkehändler. Die C ist im Werbegeschäft tätig und schloss in diesem Rahmen mit den Mitgliedern des Einkaufsrings Kooperationsverträge, die die C dazu berechtigten, in den Getränkemarkten TV Geräte aufzustellen und auf diesen Werbung zu zeigen. Die TV-Geräte sollten laut Kooperationsvertrag im Eigentum der C verbleiben. Der Kooperationsvertrag ist zum 30. November 2012 ausgelaufen, 15 TV-Geräte befinden sich jedoch weiterhin im Besitz der B. Mit Vertrag vom 29. Dezember 2012 übertrug die C das Eigentum an den TV-Geräten auf K und trat die Herausgabeansprüche aus dem Kooperationsvertrag an K ab.

Mit Schreiben vom 13. April 2013 verlangte die K die TV-Geräte von B unter Setzung einer angemessenen Frist heraus. B verweigert die Herausgabe, da K nicht Eigentümerin der TV Geräte sei.

Kann K von B mit der (als zutreffend zu unterstellenden) Begründung Schadensersatz verlangen, dass die TV-Geräte im Jahr 2013 noch für 500 € pro Stück hätten verkauft werden können, inzwischen aber wertlos sind? Da es der K nicht mehr gelingt, die Voraussetzungen des abgetretenen Herausgabeanspruchs zu beweisen, stützt er sein Schadensersatzbegehren auf die Verletzung des Herausgabeanspruchs gem. § 985 BGB.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Zahlung von insgesamt 7.500 € gem. §§ 985, 280 I, III, 281 BGB?

B) Die Entscheidung des Senats

I. Anspruch des K gegen B auf Zahlung von 7.500 € gem. §§ 985, 280 I, III, 281 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch auf Zahlung von 7.500 € des K gegen B ist, dass K den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB schuldhaft nicht erfüllt hat. Das wiederum setzt voraus, dass K Eigentümer und B unrechtmäßiger Besitzer der TV Geräte ist. Zudem müssen die §§ 280 ff. BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 überhaupt anwendbar sein.

1. Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Anspruch gem. § 985 BGB

Die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB ist umstritten.

„In Teilen der Literatur wird eine Anwendbarkeit aus grundsätzlichen Erwägungen verneint. Der vindikatorische Herausgabeanspruch habe eine andere Funktion als schuldrechtliche Ansprüche. Er diene der Rechtsverwirklichung nur, soweit er Eigentum und Besitz zusammenführe. In Verbindung mit § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB diene er dagegen der Verwertung der Sache; dies sei mit seinem Zweck nicht vereinbar. Das Eigentum könne nicht wie ein sonstiger Erfüllungsanspruch zu Gunsten der Wahl von Schadensersatz wegfallen. Eine Anwendung der §§ 280, 281 BGB gefährde zudem den durch die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses intendierten Schutz des redlichen Besitzers [...].“

Nach einer weiteren Ansicht sind die Vorschriften der § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen anzuwenden [...].

Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB aus. Einschränkend seien allerdings die gesetzgeberischen Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) zu beachten, weshalb ein Eigentümer über die genannten Vorschriften nur gegenüber einem verschärft haftenden Besitzer vorgehen dürfe [...].“

Der BGH folgt der herrschenden Meinung und geht im Ergebnis davon aus, dass die §§ 280 ff. BGB auch auf den Anspruch gem. § 985 BGB anwendbar sind, jedoch unter der Einschränkung, dass die gesetzgeberischen Wertungen des EBV nicht über den Umweg des allgemeinen Schadensersatzrechts unterlaufen werden dürfen.

„Der Senat hat wiederholt Vorschriften aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf die Verletzung von Pflichten angewandt, die sich aus dinglichen Ansprüchen ergeben. Der Schuldner eines Anspruchs aus § 1004 BGB kann sich beispielsweise auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 2 BGB berufen [...]. Die Haftung des Schuldners für einen Verzögerungsschaden aus § 280 Abs. 1 u. 2, § 286 BGB gilt auch für den Anspruch auf Herausgabe einer schuldhaft überbauten Grundstücksteilfläche [...]. Ob bei Verzögerung der Leistung gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen auch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB bestehen kann, hat der Senat dagegen offen gelassen [...].“

Auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB hat der Bundesgerichtshof - in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur - die Vorschrift des § 283 BGB in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 angewandt; sie gab dem Gläubiger die Möglichkeit, dem Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herausgabe der Sache eine angemessene Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen und nach Fristablauf (nur noch) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen [...]. Diese Meinung konnte sich auf die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs stützen, in denen davon ausgegangen wurde, dass die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere diejenigen über die Folgen der Nichterfüllung, auf den Eigentumsherausgabeanspruch anwendbar seien. Die Herausgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer habe nämlich einen obligationsähnlichen Charakter (vgl. Prot. I S. 4158, abgedruckt in Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Sachenrecht I, S. 764; Motive III, S. 397, 398, abgedruckt in Mugdan, Materialien, Bd. 3, S. 221).

Anhaltspunkte dafür, dass mit der Einführung der §§ 280, 281 BGB, die an die Stelle von § 283 BGB aF getreten sind (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 137), ein Übergang vom Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zum Schadensersatz mittels der Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nicht mehr möglich sein soll, finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien nicht. Hiergegen spricht vielmehr, dass mit der Einfügung von § 281 BGB die Gläubigerrechte gerade gestärkt werden sollten; die bis dahin gültige Gesetzeslage wurde als unübersichtlich, umständlich und für den Gläubiger als zu ungünstig empfunden (vgl. etwa BT-Drucks. 14/6040 S. 137 u. S. 140 r. Sp.).

Der Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB steht, anders als das Berufungsgericht meint, nicht entgegen, dass es auf eine Art „Zwangskauf“ hinausläuft, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung anstelle der Herausgabe der Sache verlangen könnte.

Der Schuldner wird rechtlich nicht gezwungen, die Sache zu erwerben. Gibt er sie nach einer - für einen Anspruch aus §§ 280, 281 BGB grundsätzlich erforderlichen - Fristsetzung nicht freiwillig heraus, läuft er allerdings Gefahr, dass der Gläubiger schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung über den Anspruch aus § 985 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt; er kann seine Verpflichtung aus § 985 BGB dann nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen. Hierin, nicht dagegen in der dann gegebenen Möglichkeit, die Sache nach dem Rechtsgedanken von § 281 Abs. 4 u. 5 sowie § 255 BGB im Gegenzug zu Eigentum zu erwerben [...], besteht im Vergleich zur früheren Rechtslage die Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners.

Für schuldrechtliche Rückgewähransprüche hat der Gesetzgeber diese Folge indessen gesehen, sich aber dennoch dafür entschieden, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, zum Schadensersatz überzugehen, und zwar unabhängig davon, ob er das Interesse an der Rückgewähr der Sache verloren hat (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 138 f.). Sie entspricht zudem dem Ziel der Schuldrechtsmodernisierung, dem Gläubiger durch Streichung des § 283 BGB aF und Einfügung der §§ 280, 281 eine einfachere und kostengünstigere Möglichkeit zu geben, von der Leistungspflicht zum Schadensersatz überzugehen (siehe soeben zu cc).

Auch bei einem dinglichen Herausgabeanspruch besteht hierfür ein praktisches Bedürfnis. Der Eigentümer hat gleichermaßen wie ein obligatorischer Herausgabegläubiger, insbesondere bei Ungewissheit über die Erfolgsaussichten der Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, ein Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz [...]. Diesen könnte der Eigentümer andernfalls, von dem Tatbestand des § 992 BGB abgesehen, bei einer bloßen Herausgabeverweigerung mit gleichzeitiger Unauffindbarkeit der Sache für den Gerichtsvollzieher nicht verlangen. Bei fehlgeschlagener Vollstreckung des Herausgabebetitels bliebe ihm nur ein neuer, nunmehr auf die §§ 989, 990 BGB gestützter (Schadensersatz-)Prozess [...]. Dies widerspräche den Vorstellungen des Gesetzgebers. Danach soll der Gläubiger nach Setzung einer angemessenen Frist zur Erbringung der Leistung sicher sein, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können (vgl. BT-Drucks. 14/7052 S. 183). Dieses für die Anspruchsdurchsetzung wichtige Instrument muss auch dem Vindikationsgläubiger zur Verfügung stehen; der dingliche Gläubiger ist bei seiner Rechtsverfolgung nicht schlechter zu stellen als der schuldrechtliche [...]. Überdies muss ihm - wie es bisher auch für § 283 BGB aF anerkannt war [...] - möglich bleiben, seine Klage auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs gesetzten Frist unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO bereits zusammen mit der Herausgabeklage zu erheben (§ 255 ZPO).

Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den vindikatorischen Herausgabeanspruch nicht dazu führen, dass die verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverklagten Besitzers unterlaufen werden. Deren Wertungen sind vielmehr einschränkend zu berücksichtigen, so dass Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB nur im Falle der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden kann [...].“

Die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen.

2. Voraussetzungen des § 985 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 985 BGB ist, dass K Eigentümer und B Besitzer ist und kein Besitzrecht im Sinne des § 986 BGB hat. Vorliegend ist B Besitzer der TV Geräte und K Eigentümer. Ein Recht zum Besitz besteht nicht, da der Kooperationsvertrag bereits ausgelaufen ist. Die Voraussetzungen des § 985 BGB liegen damit vor.

3. Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gem. §§ 280 I, III, 281 BGB ist, dass zwischen K und B ein Schuldverhältnis besteht und eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis schuldhaft verletzt wurde, wobei das Verschulden gem. § 280 I 2 BGB vermutet wird. Zudem ist gem. § 281 BGB grundsätzlich eine Fristsetzung erforderlich.

Vorliegend liegt ein gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne der §§ 985 ff. BGB vor, da eine Vindikationslage, wie oben dargestellt, gegeben ist. Anhaltspunkte, dass B sich vorliegend gem.

§ 280 I 2 BGB exkulpiert sein kann, liegen nicht vor. Eine von K gesetzte Frist ist ebenfalls verstrichen. Die Voraussetzungen des Anspruchs gem. §§ 280 I, III, 281 BGB liegen damit vor.

4. Bösgläubigkeit oder Rechtshängigkeit

Nach der Rechtsprechung des BGH ist weiterhin erforderlich, dass B bösgläubig war oder eine Klage auf Herausgabe rechtshängig war. Letzteres ist nicht der Fall. Allerdings war B vorliegend bösgläubig bzgl. seines Besitzrechts, da er wusste, dass der Kooperationsvertrag ausgelaufen und damit sein Recht zum Besitz entfallen war.

II. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 7.500 € gem. §§ 280 I, III, 281 BGB.

Hinweise

Eine hoch interessante Entscheidung. Wie Jan Kaiser treffend feststellt¹, ist nicht das Ergebnis der Entscheidung überraschend, sondern, dass es seit der Schuldrechtsmodernisierung ganze 14 Jahre gedauert hat, bis dem BGH eine Entscheidung vorlag, in der er die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bejahen konnte.

Die Steilvorlage der Vorinstanzen hat der BGH dann auch dankbar aufgenommen. Denn wenn man sich die Sachverhalte der Vorinstanzen zu Gemüte führt, so hätte es einer Entscheidung womöglich gar nicht bedurft. Wenn die Eigentumsübertragung mittels Abtretung eines Herausgabeanspruchs erfolgt, so wird in der Regel dieser vertragliche Herausgabeanspruch bestehen und eine Verletzung wird die Schadensersatzansprüche der §§ 280 ff. BGB ohnehin auslösen. Denkbar sind aber durchaus Situationen, in denen (und so die Abwandlung des Sachverhalts hier) der Herausgabeanspruch zwar abgetreten wurde, aber die Voraussetzungen für eine Herausgabe nicht mehr beweisbar sind. Kann der Anspruchsteller die Voraussetzungen des § 985 BGB darlegen und ggf. beweisen, so hat er jedenfalls einen dinglichen Herausgabeanspruch.

Unabhängig von der praktischen Relevanz hat die Entscheidung ohne Zweifel hohe akademische Relevanz und ist damit potentielle Klausurvorlage. Der BGH geht schulmäßig vor und begründet die Anwendbarkeit des § 280 BGB sehr ausführlich und in meinen Augen überzeugend.

Dr. *Julius Forschner*, LL.M (Cambridge)

Justitiar und Notarvertreter
Hamburg

► **Inhaltsverzeichnis**

¹ Kaiser, NJW 2016, 3235, 3239.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Zum rechtswidrigen Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen

Beschluss vom 1. Juni 2016, Az. – 2 StR 335/15

Die Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln richtet sich nicht gegen das Vermögen des Genötigten und erfüllt daher nicht den Tatbestand der Erpressung.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

Die heroinsüchtigen D und S benötigten nach dem Verbrauch ihrer Vorräte neues Heroin. D beschloss, nach erfolglosen Einkaufsversuchen einen Dealer zu überfallen, von dem er inzwischen erfahren hatte. Die S erklärte sich mit dem Plan des D einverstanden, den Dealer mit Gewalt zur Herausgabe des Heroins zu zwingen. Ebenso gewann er B für das Vorhaben. Beim Dealer angekommen, traten die drei die Tür ein, und D fragte nach dem „Dope“. Als dieser verneinte, im Besitz davon zu sein, schlugen D und S unter Aufforderung zur Herausgabe auf ihn ein. B schloss sich lediglich den Aufforderungen an. S bedrohte den Dealer auch noch mit einem spitzen Gegenstand, einer Schere oder einem Messer, was D und B billigten. Nach einem durch B vereitelten Fluchtversuch und weiteren Schlägen durch D und S gab er schließlich drei Plomben Heroin heraus, und die drei flohen.

B) Verfahrensgang

Im erstinstanzlichen Urteil wurden D und S – letztere zusätzlich wegen tätlicher Beleidigung – wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt und es wurde deren Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. B wurde wegen Beihilfe zur besonders schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung verurteilt. Hiergegen richten sich die Revisionen mit der Sachrüge.

C) Entscheidung und Hinweise

Der 2. Strafsenat hielt die Revisionen für begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung wegen Beteiligung an einer besonders schweren räuberischen Erpressung richteten. Dies beruht darauf, dass der Senat – anders als die bisherige Rechtsprechung des BGH – den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln nicht dem Vermögen iSd §§ 253, 263 StGB zuordnet.

Deshalb fragte der 2. Strafsenat wegen Divergenz und grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage bei den anderen Strafsenaten an, ob sie ihm folgen oder an der bisherigen Rechtsprechung festhalten, vgl. § 132 III 1 GVG.¹

Hinweis

Das Interessante an diesem Fall ist ersichtlich die materiell-rechtliche Frage nach dem Vermögensbegriff. Insoweit soll zur Darstellung dieses Problems exemplarisch nur die Strafbarkeit von D und S wegen gemeinschaftlicher² besonders schwerer räuberischer Erpressung geprüft werden.

D und S könnten sich wegen gemeinschaftlicher besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Dealer schlugen, ihn zur Herausgabe der Drogen aufforderten, S ihm hierzu sogar einen spitzen Gegenstand vorhielt und sie schließlich die Drogen übergeben bekamen.

I. Objektiver Tatbestand

1. Gewalt gegen eine Person/Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

Die Schläge von D und S gegen den Dealer waren körperlich wirkender Zwang durch unmittelbare Einwirkung auf diesen, die nach deren Vorstellung dazu bestimmt und geeignet waren, den tatsächlich geleisteten Widerstand in Form der Weigerung, die Drogen herauszugeben, zu überwinden.³ Sie übten daher Gewalt gegen eine Person aus.

Mit dem Vorhalten des spitzen Gegenstands stellte S dem Dealer konkludent auch eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben in Aussicht, der hierunter verstehen musste, dass bei weiterhin unkooperativem Verhalten, dieser Gegenstand zum Einsatz gegen ihn kommt.⁴ Sie drohte daher mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben.

D und S handelten in Bezug auf die Schläge im Rahmen des von D ersonnenen und S konsentierten Tatplans, der vorsah den Dealer unter Gewalteinwirkung zur Herausgabe des Heroins zu zwingen. Nicht nötig ist, dass sie den Tatplan gemeinsam erarbeitet und beschlossen haben.⁵ Der Einsatz des spitzen Gegenstands und die damit verbundene Drohung waren zwar nicht vom ursprünglichen Tatplan umfasst, jedoch kann ein

² Die Mittäterschaft ist im Tenor nicht mitzuteilen, BGHSt 27, 287 (289); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 260 Rn. 24 mwN. Angesichts des dargestellten Sachverhalts und der Zurechnung des Einsatzes des spitzen Gegenstands, die sich in der Verurteilung des D wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung niederschlägt, liegt es nahe, davon auszugehen, dass im erstinstanzlichen Urteil Mittäterschaft von D und S angenommen wurde.

³ Zur Gewalt Wessels/Hillenkamp, BT II, 38. Aufl. 2015, Rn. 347 ff. mwN.

⁴ Zur Drohung Eisele, BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 315 ff. mwN.

⁵ Roxin, AT II, 2003, § 25 Rn. 192

¹ Diese Anfrage und die Erklärung des angefragten Senats an seiner Rechtsauffassung festhalten zu wollen, ist gemäß § 132 III 1 GVG eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Vorlage an den Großen Senat nach § 132 II GVG.

solcher auch nach Beginn der Tatausführung (stillschweigend) erweitert werden,⁶ was hier durch Billigung des D geschah.

Objektiv leisteten sowohl D als auch S durch ihre Schläge und die an den Dealer gerichteten Aufforderungen für die Deliktbegehung förderliche Tatbeiträge, die jeweils von erheblichem Gewicht und entscheidender Bedeutung für das Gelingen der Tat waren und sie – anders als B, der nur Aufforderungen ausspricht⁷ – nicht nur als untergeordnete Randfiguren des Geschehens erscheinen lassen (=gemeinsame Tatausführung).⁸

Auch die Rspr., die die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufgrund der subjektiven Einstellung zur Tat anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung beurteilt,⁹ kommt zu diesem Ergebnis, weil D und S jeweils ein hohes Maß an eigenem Interesse, eine im Umfang etwa gleiche Tatbeteiligung und Tatherrschaft hatten.¹⁰

Somit werden ihnen die Handlungen des jeweils anderen über § 25 II StGB zugerechnet.¹¹

2. Nötigungserfolg

Fraglich ist nun, ob der Nötigungserfolg der räuberischen Erpressung eingetreten ist. Der BGH blieb im vorliegenden Fall seiner Linie treu¹² und bejaht dies, weil – dem Wortlaut des § 253 StGB entsprechend – ein „Tun, Dulden oder Unterlassen“, namentlich die Herausgabe der Heroimplomben (Tun) vorlag. Folgte man hingegen der hL, so wäre als Nötigungserfolg – zur Wahrung des Selbstschädigungscharakters der Erpressung ggü. dem Raub – eine Vermögensverfügung zu verlangen gewesen.¹³ Die hiernach entscheidende innere Willensrichtung des Opfers sei für die Beurteilung maßgebend, weshalb auch bei einem äußerlichen Akt des Gebens nur dann eine Vermögensverfügung vorliege, wenn es sich eine Schlüsselstellung einräume und den Vermögensgegenstand nicht bereits ohne eigene Mitwirkung als „verloren“ ansehe.¹⁴ Angesichts der zahlenmäßigen Überlegenheit und der Gewalteinwirkung gegen den Dealer ist es naheliegend, dass dieser sich wohl keine Schlüsselstellung einräumte und die Drogen bereits als „verloren“ ansah. Die hier eigentlich entscheidungserhebliche Diskrepanz der Auffassungen soll vorliegend jedoch außen vor gelassen werden, weil der Schwerpunkt des Falles auf dem Vermögensbegriff liegt. Aus didaktischen Gründen ist daher der Rspr. zu folgen.¹⁵

⁶ Kühl, AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 104.

⁷ Und deshalb auch nur wegen Beihilfe zu den von D und S begangenen Delikten verurteilt wurde.

⁸ Zu dieser objektiven Voraussetzung der Mittäterschaft auf dem Boden der Tatherrschaftslehre, Kühl, aaO, § 20 Rn. 107 mwN.

⁹ Aus der neueren Rspr. BGH NStZ 2010, 445 (447 f.) mwN.

¹⁰ Zu diesen Kriterien Wessels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. 2015, Rn. 761.

¹¹ Insofern hat das LG dem D auch zutreffend das „Verwenden eines anderen gefährlichen Werkzeugs“ durch S iSd § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet. Dies wäre im Grunde erst nach den objektiven Tatbestandsmerkmalen des Grundtatbestands zu prüfen gewesen. Hierzu kommt man auf Grundlage der Ansicht des 2. Strafsenats jedoch nicht (s. u.).

¹² BGHSt 14, 386 (388); 25, 224 (227 f.); 41, 123 (125).

¹³ Statt vieler Eisele, aaO, Rn. 759 ff. mwN.

¹⁴ Eisele, aaO, Rn. 764

¹⁵ Folgte man der hL., so wäre die räuberische Erpressung abzulehnen und ein Raub zu prüfen. Auch hier könnte sich iRd Merkmals „fremde, bewegliche Sache“ dieses Urteil in Zukunft auswirken, wenn der 2. Strafsenat eine teleologische Reduktion von §§ 242, 249 StGB bei illegalen Drogen für angezeigt hält (hierzu sogleich).

3. Vermögensnachteil

Weiterhin muss dem Genötigten oder einem anderen dadurch ein Vermögensnachteil zugefügt worden sein. Trotz der abweichenden Terminologie deckt sich dieser mit dem Vermögensschaden iSd § 263 StGB.¹⁶

Vorliegend stellt sich demnach die Frage, ob dem genötigten Dealer durch den Nötigungserfolg – die Hingabe der Heroimplomben – ein Vermögensschaden entstanden ist.

Dies ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung der Fall, wenn nach einem Vergleich des Vermögenstands unmittelbar vor und nach der Vermögensverfügung eine nachteilige Vermögensdifferenz zu konstatieren ist, wobei nur unmittelbar aus der Verfügung fließende wirtschaftliche Kompensationen zu berücksichtigen sind.¹⁷

Mit der abgenötigten Herausgabe der Heroimplomben verlor der Dealer den unmittelbaren Besitz daran, eine Kompensation erfolgte nicht. Insofern läge eine nachteilige Vermögensdifferenz vor, wenn man den unmittelbaren Besitz der Heroimplomben zu dem Vermögen des Dealers rechnet.

Was jedoch unter dem Begriff des Vermögens zu verstehen ist bzw. diesem zugeordnet wird, ist seit jeher umstritten.¹⁸

a) Der früher vertretene juristische Vermögensbegriff¹⁹ fasste unter das Vermögen nur subjektive Rechte einer Person ungeachtet ihres wirtschaftlichen Werts. Er gilt jedoch als überholt, weil er schutzwürdige, lediglich faktische Güter wie Besitz, Arbeitskraft oder Geschäftsgeheimnisse nicht erfasst, wirtschaftlich wertlose subjektive Rechte hingegen schon.²⁰

b) Die Rspr. und ein Teil der Literatur gehen daher – zumindest im Grundsatz –²¹ von einem wirtschaftlichen/ökonomischen Vermögensbegriff aus, der alle geldwerten Güter einer Person umfasst.²²

Auch rechtswidriger – hier sogar nach § 29 I Nr. 3 BtMG strafbarer – Besitz von Betäubungsmitteln fällt – denn durch deren Verkauf können Einnahmen erzielt werden – demnach unter den Vermögensbegriff und genießt strafrechtlichen Schutz.²³

c) Demgegenüber wird in der Literatur verbreitet ein juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff vertreten, der nur diejenigen geldwerten Güter einer Person zum Vermögen rechnet, die

¹⁶ Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn 716.

¹⁷ Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn 538. Geht man mit der Rspr., die für § 253 StGB keine Vermögensverfügung fordert, so ist der Begriff in dieser – für § 263 StGB entwickelten – Formel freilich untechnisch zu verstehen. Es ist auf die Wirkung des Tuns, Duldens oder Unterlassens abzustellen.

¹⁸ Zum Überblick Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, S. 166 ff. (31. Problem).

¹⁹ Hierzu etwa Binding, BT, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, 238 ff.

²⁰ Krey/Hellmann/Heinrich, BT II, 17. Aufl. 2015, Rn. 606.

²¹ Von einem wirklich rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff kann bei der Rspr. nicht mehr gesprochen werden, weil auch sie mitunter normative Einschränkungen vornimmt, vgl. Saliger, in: Matt/Renzikowski, 2013, § 263 Rn. 153 ff.; hierzu auch Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 263 Rn. 101 ff., der darauf hinweist, dass es unzutreffend sei, der BGH vertrete einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

²² RGSt 44, 230; BGHSt 2, 364; Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 607 ff.

²³ BGHR § 253 I Vermögenswert 3; § 263 I Versuch 1; BGHR BtMG § 29 I Nr. 1 Sichverschaffen 2; BGHSt 48, 322 ff.; BGH NStZ 2005, 155; Fischer, § 263 Rn. 102 mwN; an dieser Position bereits zweifelnd jedoch auch Fischer, aaO, § 253 Rn. 14 ff.

dieser unter dem Schutz der Rechtsordnung zustehen oder zumindest nicht rechtlich missbilligt werden²⁴.

Dabei herrscht jedoch innerhalb dieser Auffassung Streit darüber, wie nach dieser Maßgabe für den unrechtmäßigen Besitz zu entscheiden ist. Dies betrifft etwa auch den Fall des Diebes, dem die gestohlene Sache abgelistet wird.

Teilweise wird unter Verweis auf die Besitzschutzvorschriften der §§ 858, 859 BGB argumentiert, dass wenn der unrechtmäßige Besitzer Schutz gegen verbotene Eigenmacht genieße, dies auch die Zuordnung des Besitzes zu dessen, unter dem Schutz der Rechtsordnung stehendem Vermögen belege.²⁵

Andererseits wird darauf hingewiesen, dass diese Besitzschutzvorschriften allein der Wahrung des Rechtsfriedens dienen und daher keine Aussage über die Zuordnung des Besitzes zum Vermögen trafen.²⁶

Auch der Anfragebeschluss des BGH geht auf diesen Aspekt ein und stellt fest:

„Die Besitzschutzregeln der §§ 858 ff. BGB, die bisweilen als Grund für die Forderung nach einem flankierenden strafrechtlichen Schutz des Besitzes angeführt werden, dienen nicht dem Schutz des Vermögensbestands [...] und besagen nichts über die Legitimität des Besitzes. Sie ändern deshalb nichts an der strafrechtlichen Bewertung des Vermögens [...]. Ein Anspruch auf Einräumung des - strafbaren - Besitzes an Betäubungsmitteln kann daraus nicht hergeleitet werden [...].“²⁷

Ungeachtet der Entscheidung für die eine oder andere Sichtweise tritt bei Betäubungsmitteln die Besonderheit hinzu, dass der Besitz dieser regelmäßig²⁸ nicht nur rechtswidrig, sondern sogar nach §§ 29 I Nr. 3 BtMG strafbar ist. Die damit einhergehende eindeutige Missbilligung durch die Rechtsordnung wollen deshalb einige zum Anlass nehmen, den Besitz an Betäubungsmitteln nicht in das strafrechtlich geschützte Vermögen einzubeziehen.²⁹

d) Damit ist jedoch noch nicht mehr gesagt, als dass nach einem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff dem strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln mit guten Gründen der strafrechtliche Schutz versagt werden kann, von einem rein ökonomischen Standpunkt hingegen wegen der Werthaltigkeit der Betäubungsmittel eine Erfassung durch den Vermögensbegriff naheliegt.

aa) An diesem Punkt setzt der Anfragebeschluss an. In der Frage, welchem Vermögensbegriff er sich zuwendet, bezieht der 2. Strafsenat bereits zu Anfang deutlich Stellung:³⁰

²⁴ Mitsch, BT II, 3. Aufl. 2014, 5.2.1.5.2.1.; Rengier, BT I, 18. Aufl. 2016.

²⁵ Saliger, aaO, § 263 Rn. 172; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 536.

²⁶ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, 10. Aufl. 2009, § 41 II Rn. 99.

²⁷ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 29.

²⁸ Außer der Besitzer ist im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb, vgl. § 29 I Nr. 3 StGB.

²⁹ Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 34; Mitsch, aaO, 5.2.1.5.2.; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 535.

³⁰ Jahn, JuS 2016, 848 (850) sieht hierin zwar kein Bekenntnis zum juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff, weist jedoch darauf hin, dass der 2. Strafsenat auf dessen Argumentationslinien zurückgreift. Nicht eindeutig

„Es gibt kein strafrechtlich schutzwürdiges Vermögen außerhalb des Rechts [...] oder sogar im Widerspruch dazu.“³¹

Nach dieser Entscheidung zugunsten eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs³² trifft der 2. Strafsenat eine Aussage, die aufhorchen lässt:

„Auch der Besitz ist nur dann ein Bestandteil des geschützten Vermögens, wenn er auf einem Recht zum Besitz beruht [...].“³³

Zwar lehnt er hiermit im Grunde einen strafrechtlichen Schutz des unrechtmäßigen Besitzers (bspw. des Diebes) über die Vermögensdelikte ieS entgegen der bisherigen hL³⁴ und Rspr.³⁵ ab. Jedoch relativiert er diese weitreichende Aussage,³⁶ indem er später postuliert:

„Die Formel, dass es ein strafrechtlich nicht geschütztes Vermögen nicht gebe [...], ist tautologisch und mit Blick auf den strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln jedenfalls unzutreffend.“³⁷

bb) Im Weiteren greift der BGH einige „klassische“ Argumente aus dem Streit um den Vermögensbegriff auf.

(1) Er stellt sich zunächst gegen den oft angebrachten Einwand, ein juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff führe zu einem strafrechtsfreien Raum zwischen Rechtsbrechern, was den Rechtsfrieden gefährde.³⁸ Hierzu führt er zunächst an, dass derart befürchtete strafrechtsfreie Räume zumindest bei Ausklammerung des strafbaren Besitzes von Betäubungsmitteln aus dem Vermögensbegriff ausblieben:

„Die Strafbarkeit nach anderen Straftatbeständen als den Vermögensdelikten (§§ 29 ff. BtMG, §§ 240, 261 StGB u.a.) bleibt bei der Ausklammerung des unerlaubten Besitzes aus dem strafrechtlich geschützten Vermögen unberührt und verhindert, dass ein strafrechtsfreier Raum entsteht [...].“³⁹

Gleichzeitig weist er darauf hin, dass die Wahrung des Rechtsfriedens gar nicht Aufgabe spezifischer Vermögensdelikte sei:

„Aufgabe der spezifischen Vermögensdelikte ist es zudem nicht, zur Vermeidung einer sonst zu befürchtenden Strafbarkeitslücke den Rechtsfrieden zu bewahren [...]. Erst recht ist es nicht geboten, den Anwendungsbereich der Vermögensdelikte anhand von

ist Jäger, JA 2016, 790 (792), der immerhin von einer „Hinwendung des 2. Senats zur juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre“ ausgeht.

³¹ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 17 mit Verweis auf Fischer, in: Fischer/Hoven/Huber/Raun/Rönnau/Saliger/Trüg [Hrsg.], Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2016, S. 51, (54).

³² Das Zitat deckt sich inhaltlich mit der Umschreibung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs, der bei geldwerten Position den Schutz durch die Rechtsordnung oder zumindest fehlende Missbilligung hierdurch für erforderlich hält (vgl. Fn. 24).

³³ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 17 mit Verweis auf Gallas, in: Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 401, 408, 417, 426, einen Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs.

³⁴ Rengier, aaO, § 13 Rn. 59; Wessels/Hillenkamp, aaO, Rn. 535 f.

³⁵ RGSt 44, 230 (248); BGH NSTZ-RR 2008, 76.

³⁶ In diese Richtung deutet den Anfragebeschluss auch Jäger, JA 2016, 790 (793), der zwar dem Ausschluss strafbaren Besitzes von Betäubungsmitteln aus dem Vermögensbegriff zustimmt, i. Ü. jedoch den unrechtmäßigen Besitz unter Verweis auf die Besitzschutzregeln und den Rechtsschein des Eigentums durch diesen (vgl. § 932 BGB) dem Vermögen zuordnet.

³⁷ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 20.

³⁸ Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 614 mwN. So auch Gröseling, NSTZ 2001, 519.

³⁹ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 23.

kriminalpolitischen Billigkeitserwägungen der Rechtsprechung auszudehnen [...]. Die Annahme, den Vermögensdelikten komme die Aufgabe zu, über den Schutz des Rechtsguts „Vermögen“ hinaus die allgemeine Rechtsordnung zu schützen [...], geht ferner daran vorbei, dass die Strafrechtsordnung heute eine Vielzahl von Auffangtatbeständen zur Schließung von Strafbarkeitslücken vorsieht. Für eine weite Auslegung der §§ 253, 263 StGB besteht daher kein Bedarf. Sie steht in Widerspruch zum Gebot der engen Auslegung des fragmentarischen Strafrechts nach dem ultima-ratio-Prinzip.“⁴⁰

Nun ließe sich einwenden, Strafbarkeitslücken entstünden doch zumindest für Betrugsfälle, denn dort fehlt es an einer mit § 240 StGB vergleichbaren, eigenständigen Strafnorm und eine Bestrafung nach § 29 BtMG und § 261 StGB brächte den individualrechtlichen Gehalt des Vorgehens nicht zum Ausdruck.⁴¹ Damit wird aber der soeben genannte Einwand des 2. Strafsenats übergangen. § 263 StGB schützt nach ganz hM allein das Vermögen des Opfers.⁴² Ist dieses nicht berührt, kann die Vorschrift nicht zur Anwendung kommen. Der Umstand, dass eine Bestrafung in diesen Fällen nicht durch eine Vorschrift mit individualrechtlichem Gehalt gelingen kann, hängt schlicht mit der Entscheidung des Gesetzgebers zusammen, die Willensentschlussfreiheit nur gegen Drohung und Gewalt, nicht gegen Täuschung eigenständig strafrechtlich zu schützen – eine Entscheidung, die etwa bei der weitgehend anerkannten Ausklammerung eines nichtigen Anspruchs aus verbotenem bzw. sittenwidrigen Geschäft (bspw. Anspruch auf Bezahlung eines Auftragsmords) aus dem Vermögensbegriff nicht weiter hinterfragt wird.⁴³

(2) Ein ebenfalls altbekanntes Argument im Streit um den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ist die Einheit der Rechtsordnung. Hieraus wird zum einen für den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff abgeleitet, dass rechtliche Wertungen bei der Begrenzung des Vermögensbegriffs Berücksichtigung finden müssten, um Widersprüche zu vermeiden. Insbesondere handelt es sich hierbei um solche des Zivilrechts (§§ 134, 138, 817 S. 2 BGB).⁴⁴ Für den strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln hingegen weist der 2. Strafsenat auf einen andernfalls drohenden strafrechtsinternen Widerspruch hin:

„Die gleichzeitige Strafdrohung gegen denjenigen, der unerlaubt Betäubungsmittel besitzt (§ 29 Abs. 1 Nr. 3, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) und gegen denjenigen, der dem Besitzer diesen unerlaubten Besitz durch Täuschung (§ 263 StGB) oder Nötigung (§§ 253, 255 StGB) entzieht, stellt einen offenkundigen Widerspruch dar.“⁴⁵

(3) Zum anderen lässt sich aus dem Argument der Einheit der Rechtsordnung auch ein Einwand gegen den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gewinnen, indem auf den Widerspruch verwiesen wird, der entsteht, wenn unrechtmäßiger oder strafbarer Gewahrsam sachwidrig zwar durch §§ 242, 249 StGB, nicht hingegen durch §§ 253, 263 StGB geschützt

werde.⁴⁶ Diesem, in der Tat gewichtigen, Einwand entgegnet der Senat:

„Die Anwendung der Vermögensdelikte auf die Entziehung des Drogenbesitzes ist schließlich nicht deshalb geboten, weil in angrenzenden Fällen, in denen dem Opfer die Betäubungsmittel weggenommen werden, ein Eigentumsdelikt vorläge. [...] Werden Betäubungsmittel entgegen einem strafrechtlichen Verbot hergestellt, entsteht kraft bürgerlichen Rechts (§§ 950, 953 BGB) jedenfalls kein vollwertiges Eigentum. Die Eigentumsposition des Herstellers besteht praktisch nur aus Pflichten zur Ablieferung an die Behörden oder Vernichtung der Drogen, während seine Rechte gemäß §§ 903, 985 ff. BGB durch die Verbote nach § 29 BtMG ausgeschlossen werden. Das „Recht“ auf Eigentumsaufgabe oder Vernichtung [...] wird durch das Betäubungsmittelgesetz (§ 16 BtMG) zur Pflicht [...]. Nach allem kann das Strafrecht auch mit der Strafdrohung der §§ 242, 249 StGB gegen Wegnahme des - unerlaubten - Besitzes von Betäubungsmitteln keinen sinnvollen Rechtsgüterschutz darbieten [...]. Dies spricht vielmehr für eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte. Der Hersteller kann das kraft Gesetzes formal erworbene Eigentum an Drogen ohne behördliche Ausnahmegenehmigung nicht durch Rechtsgeschäft wirksam übertragen (§ 134 BGB, §§ 29 ff. BtMG). Er gibt es bei der Veräußerung der Drogen im illegalen Betäubungsmittelhandel preis und glaubt danach regelmäßig als Laie selbst an dessen Verlust [...]. Darin liegt zwar keine Dereliktion (§ 959 BGB). Jedoch erlangt der Erwerber nur einen Gewahrsam ohne eigenes Eigentum; sein Verwertungsinteresse an einem Eigenkonsum ist nicht derart schutzwürdig, dass deshalb das Strafrecht als „ultima ratio“ des Staates zu seiner Gewahrsamsicherung angewendet werden müsste. Beim formalen Eigentümer verbleibt eine Rechtsposition ohne Substanz; dieser kann insbesondere die Herausgabe (§ 985 BGB) nicht verlangen, weil ihr das Erwerbsverbot des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG entgegensteht; auch zum Schutz des Eigentümers ist der Einsatz der staatlichen „ultima ratio“ daher nicht geboten.“⁴⁷

Ergänzend weist der Vorsitzende des 2. Senats Prof. Fischer in seinem Kommentar in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Argument, zumindest der Hersteller der Betäubungsmittel erwerbe Eigentum, weshalb diese „fremd“ iSd §§ 242, 249 StGB und die Delikte anwendbar seien, sich einer Fiktion nähere, weil der Hersteller in aller Regel unbekannt und dessen Überleben ungewiss sei.⁴⁸

cc) Neben diesen klassischen Argumenten im Streit um den Vermögensbegriff, geht der Anfragebeschluss des Weiteren auf ganz spezifische Argumente bzgl. der Ausklammerung des strafbaren Drogenbesitzes ein.

(1) In praktischer Hinsicht beleuchtet er in diesem Zusammenhang die Frage nach den iRv. Betäubungsmittelgeschäften eingesetzten Tatmitteln und der Möglichkeit von Einziehung (§ 74 StGB) und Verfall (§ 73 StGB). Hierbei zeigt er auf, dass sowohl Betäubungsmittel als auch Drogengeld aufgrund der anderweitigen Erfassung durch Strafvorschriften des BtMG und

⁴⁰ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 24 f.

⁴¹ Jäger, JA 2016, 790 (792).

⁴² Saliger, aaO, § 263 Rn. 1 mwN.

⁴³ Vgl. etwa Jäger, BT, 6. Aufl. 2015, Rn. 354.

⁴⁴ Hierzu Eisele, aaO, Rn. 606 ff. mwN.

⁴⁵ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 18.

⁴⁶ Hierzu Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 613 mwN.

⁴⁷ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 31 ff.

⁴⁸ Fischer, aaO, § 242 Rn. 5a.

der Geldwäsche (§ 261 StGB) Einziehung oder Verfall unterliegen.⁴⁹

„Auf die Vermögensdelikte kommt es insoweit nicht an [...]“.⁵⁰

Und auch „[d]as Argument, der Straftäter dürfe ‚nicht friedlos gestellt‘ werden, wird dadurch ebenfalls entwertet.“⁵¹

(2) Weiterhin führt der 2. Strafsenat für eine Ausklammerung aus dem Vermögen die Wertlosigkeit der Betäubungsmittel auf dem legalen Markt an:

„Das ist zur Vermeidung einer faktischen Anerkennung des illegalen Markts und seiner in den Handelsstufen progressiven Wertsetzungen geboten“.⁵²

(3) Bemerkenswert und gerade für die juristische Ausbildung relevant als „neues“ Argument innerhalb dieses Streits, ist der Hinweis auf den verfassungsrechtlichen Aspekt des Strafrechts als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes. Hierzu der anfragende Senat:

„Das Strafrecht wird als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes nur eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotssein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist [...]. Der unerlaubte Besitz an Betäubungsmitteln ist, gemessen an dieser Anforderung, kein strafrechtlich schutzbedürftiges Rechtsgut, seine Entziehung ist nicht unerträglich, deren Verhinderung durch Strafrecht nicht geboten. Das Strafrecht darf nicht dazu dienen, strafbare Positionen zu schützen und insoweit eine „faktische Anerkennung des Unrechtsverkehrs“ vorzunehmen [...]; denn dies verstieße seinerseits gegen Wertentscheidungen der Verfassung [...]“.⁵³

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung des 2. Strafsenats kann man teilen, zwingend ist es nicht.⁵⁴

(dd) Insgesamt lässt sich daher auf der Grundlage eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs mit guten Argumenten der Ausschluss des strafbaren Betäubungsmittelbesitzes aus dem Vermögen entgegen der bisherigen Rspr. vertreten. Ein Vermögensnachteil iSd § 253 StGB liegt dann nicht vor.

II. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

⁴⁹ Der 2. Strafsenat argumentiert hier also mit der praktischen Erwägung, dass auch nach seiner Rechtsauffassung weiterhin Einziehung und Verfall möglich sind. Denkbar erscheint es aber auch, statt dieser „defensiven“ Argumentation, „offensiv“ mit der Möglichkeit von Verfall bzgl. der Betäubungsmittel zu argumentieren, wenn man § 73 I 1 StGB die Wertung entnimmt, dass der Besitz an den erfassten Sachen ein unerwünschter und zu beseitigender Zustand ist, vgl. Mitsch, aaO, 5.2.1.5.2.2.

⁵⁰ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 27.

⁵¹ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 27.

⁵² BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 30.

⁵³ BGH HRRS 2016 Nr. 814, Rn. 19.

⁵⁴ So weist Jahn, JuS 2016, 848 (850) darauf hin, dass man mit einer anderen kriminalpolitischen Wertung die Schutzlosigkeit des Betäubungsmittelbesitzers sub specie §§ 253, 255 gerade auch „für das geordnete Zusammenleben der Menschen“ für unerträglich und die verbleibenden Strafbarkeiten für nicht ausreichend erachten könne.

D) Ergebnis

D und S haben sich nicht wegen gemeinschaftlicher besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Bei der Problematik des Vermögensbegriffs handelt es sich um ein klassisches Problem, das in hohem Maße examensrelevant, aber auch beliebter Prüfungsstoff in universitären Klausuren ist. Die spezielle Frage nach der Zuordnung des strafbaren Besitzes zum Vermögen ist aufgrund des aktuellen Vorlagebeschlusses für Examenkandidaten besonders von Bedeutung. So ist dieses Problem bspw. im Examensdurchgang 2016 II Gegenstand einer Klausur in Sachsen-Anhalt gewesen. Die Befassung hiermit kann danach als „Pflichtprogramm“ angesehen werden.

Inhaltlich ist für die weitere Lösung des Falles noch Folgendes zu bedenken: Für D und S verbleibt letztlich noch eine Strafbarkeit wegen gemeinschaftlicher Nötigung (§§ 240 I, 25 II StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB).

Ein Blick auf dieses Ergebnis zeigt, dass Strafbarkeitslücken insofern noch weniger zu befürchten sind als Überfälle im Betäubungsmittelmilieu nicht nur mit Drohungen, sondern auch mit Körperverletzungen einhergehen können. Das Ablisten strafbaren Besitzes an Betäubungsmitteln durch Täuschung hingegen führt nur in den – wegen des generellen Misstrauens und der fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit wohl eher seltenen – Vorleistungsfällen zu Strafbarkeitslücken wegen der Nichtanwendbarkeit von § 263 StGB.

Neben diesem Anfragebeschluss von Interesse für Studierende, insbesondere Examenkandidaten, sind auch diese – ebenfalls vom 2. Strafsenat stammenden – aktuellen Anfragenbeschlüsse:

Zur Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung nach Art. 103 II GG (BGH StV 2016, 212 ff.)

Zum Erfordernis einer qualifizierten Belehrung nach vorangegangener Vernehmung durch den Ermittlungsrichter hinsichtlich § 252 StPO (BGH NStZ 2014, 596 ff.)

Dipl.-Jur. Henning T. Lorenz

Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und
Medizinrecht
(Prof. Dr. Henning Rosenau)

Repetitor
Juristisches Repetitorium hemmer

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Zu den Voraussetzungen des „Überholens“ iSd § 315c I Nr. 2 b) StGB

Beschluss vom 15. September 2016, Az. 4 StR 90/16

Das Tatbestandsmerkmal des „Überholens“ kann im Rahmen des § 315c StGB auch durch Benutzung von Flächen verwirklicht werden, die außerhalb der Fahrbahn liegen, jedoch nach den örtlichen Gegebenheiten zusammen mit dieser einen einheitlichen Straßenraum bilden.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt¹

T wollte sich einer polizeilichen Kontrolle entziehen und bog zu diesem Zwecke auf eine Straße ein, auf der in seiner Fahrtrichtung drei Fahrstreifen vorhanden waren. Der linke und der mittlere Fahrstreifen waren durch vor einer Ampelanlage wartende Autos, der rechte Fahrstreifen durch einen an einer Haltestelle stehenden Linienbus blockiert. Um dem ihm folgenden Fahrzeug der Polizei entkommen zu können, lenkte T den Pkw über einen Bordstein schräg auf den rechten Gehweg und fuhr in einem Abstand von weniger als einem Meter an zwei Mädchen auf einem Fahrrad vorbei. Danach setzte er die Fahrt – an den auf der Straße wartenden Fahrzeugen vorbei – deutlich schneller als mit Schrittgeschwindigkeit über den Bürgersteig fort und hielt auf einen Passanten zu, der auf dem Trottoir in Fahrtrichtung des T entlanglief. Dabei war T klar, dass es nur vom Zufall abhing, ob dieses Fahrmanöver zu Verletzungen des Passanten führen würde. Um seine Flucht fortsetzen zu können, fand er sich jedoch damit ab. Der von T gesteuerte Pkw berührte den Fußgänger in nicht näher feststellbarer Weise, der dadurch aus dem Tritt geriet, ohne das Gleichgewicht zu verlieren oder auf den Boden zu stürzen, laut aufschrie und schimpfte, dann aber seinen Weg unverletzt fortsetzte.

Nachdem T auf dem Gehweg noch fünf weitere Fußgänger passiert hatte, ohne dass dabei die Gefahr eines Zusammenstoßes bestanden hatte, steuerte er den Pkw nach rechts, streifte versehentlich das an einer Hausfassade befestigte Reklameschild eines Ladengeschäfts und bog in eine Seitenstraße ein, wo er seine Fahrt noch eine kurze Strecke auf dem Gehweg fortsetzte, ehe er anhielt und zu Fuß flüchtete.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Berlin hatte T in Ansehung des im Sachverhalt geschilderten Verhaltens wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c I Nr. 2 b) verurteilt.

Die Revision richtete sich gegen diese Verurteilung mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts.

C) Entscheidung und Hinweise

Der 4. Strafsenat hielt die Revision nach Maßgabe des § 349 II StPO für unbegründet.

T könnte sich durch das Befahren des Gehsteigs – an den auf der Straße wartenden Fahrzeugen vorbei – wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c I Nr. 2 b) StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Handlungsteil

T müsste ein Fahrzeug im Straßenverkehr geführt und dabei iSd § 315c I Nr. 2 b) falsch überholt haben.

(aa) Führen eines Fahrzeugs

Fahrzeugführer ist derjenige, der „sich selbst aller oder wenigstens eines Teils der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, die für seine Fortbewegung bestimmt sind“ (BGHSt 35, 390, 393).

An der Eigenschaft des T als Fahrzeugführer bestehen keine ersichtlichen Zweifel.

(bb) Verkehrswidriges Verhalten

Weiter müsste T einen der in § 315c I Nr. 2 a) bis g) StGB enumerativ aufgezählten Verstöße begangen haben.

In Betracht kommt einzig ein „falsches Überholen“ iSd § 315c I Nr. 2 b) StGB.

Der Senat verhält sich zunächst zum Begriff des Überholens im Sinne der Straßenverkehrsordnung (vgl. § 5 StVO):

„Überholen im Sinne der Straßenverkehrsordnung meint den tatsächlichen Vorgang des Vorbeifahrens von hinten an Fahrzeugen anderer Verkehrsteilnehmer, die sich auf derselben Fahrbahn in dieselbe Richtung bewegen oder verkehrsbedingt halten [...]“

Während des Vorbeifahrens an den anderen Verkehrsteilnehmern bewegte sich T auf dem Gehweg. Der Gehweg ist ein von der Fahrbahn räumlich getrennter, idR durch einen Bordstein abgegrenzter, deutlich durch Pflasterung oder auf sonstige Weise erkennbarer, für die Fußgänger eingerichteter und bestimmter Teil der Straße (Heß, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. 2016, § 25 StVO Rn. 2). T bewegte sich danach im Zeitpunkt des Vorbeifahrens nicht auf derselben Fahrbahn mit den übrigen Verkehrsteilnehmern.

Für den BGH hieß es dementsprechend Stellung zu beziehen zu der Frage, ob auch das Befahren von Flächen außerhalb der Fahrbahn dem Begriff des Überholens iSd § 315c I Nr. 2 b) StGB unterfallen kann.

¹ Der Sachverhalt wurde nur unwesentlich gestrafft.

„Nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 315c I StGB, der auf den Schutz des Lebens, der Gesundheit und bedeutender Sachwerte vor im Gesetz näher bezeichneten, besonders gefährlichen Verhaltensweisen im Verkehr abzielt, ist die Reichweite des Tatbestands des § 315c I Nr. 2 b) StGB indes nicht auf Überholvorgänge im Sinne der Straßenverkehrsordnung beschränkt [...]. Ähnlich wie bei dem Verständnis der Vorfahrt in § 315c I Nr. 2 a) StGB [...] ist der Begriff des Überholens in § 315c I Nr. 2 b) StGB vielmehr durch Auslegung des Regelungsgehalts der Strafnorm zu bestimmen.“

Damit stellt der BGH zunächst klar, dass dem Straßenverkehrsrecht keine abschließende Definitionshoheit in Ansehung der in § 315c I Nr. 2 StGB normierten Voraussetzungen zukommt. Vielmehr müsse eine strafrechtsspezifische Auslegung erfolgen:

„Ausgehend von der Wortbedeutung und unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Sichbewegen auf derselben Fahrbahn kein taugliches Kriterium für eine abschließende Erfassung besonders gefährlicher Fälle des Vorbeifahrens liefert, wird das Tatbestandsmerkmal des Überholens auch durch ein Vorbeifahren von hinten an sich in derselben Richtung bewegenden oder verkehrsbedingt haltenden Fahrzeugen verwirklicht, das unter Benutzung von Flächen erfolgt, die nach den örtlichen Gegebenheiten zusammen mit der Fahrbahn einen einheitlichen Straßenraum bilden.“

Sodann äußert sich der BGH zu der Frage, ob der Überholvorgang eine Fortsetzung der Fahrt auf der Fahrbahn des Überholten voraussetzt:

„Ebenso wenig wie das Überholen nach der Straßenverkehrsordnung einen Spurwechsel nach Abschluss des Überholvorgangs voraussetzt [...], kommt es für den strafrechtlichen Begriff des Überholens nach § 315c I Nr. 2 b) StGB darauf an, dass die Fahrt nach dem Vorbeifahren an dem anderen Fahrzeug auf dessen Fahrbahn fortgesetzt wird.“

Schließlich begründet der Senat, weshalb das Überholen „falsch“ war:

„Indem der Angeklagte den von ihm gesteuerten Pkw über den Bordstein auf den Gehweg lenkte und dort unter Verstoß gegen das Gebot der Fahrbahnbenutzung nach § 2 I 1 StVO an den auf der linken und der mittleren Fahrspur verkehrsbedingt haltenden Fahrzeugen vorbeifuhr, hat er im Sinne der Strafvorschrift falsch überholt.“

(cc) Grob verkehrswidrig

Der Verstoß des T müsste weiter objektiv grob verkehrswidrig, d.h. besonders schwerwiegend, sein (Eisele, BT I, 3. Aufl. 2014, Rn. 1129).

Dies kann bei Befahren eines – von Passanten genutzten – Gehsteigs zu Überholzwecken ohne weiteres bejaht werden.

b) Gefährdungsteil

Zu den weiteren Voraussetzungen des § 315c I Nr. 2 b) StGB verhält sich der BGH nicht, sondern verweist insoweit auf die „rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts“.

Der Eintritt einer konkreten Gefährdung liegt denn auch auf der Hand: Jedenfalls hinsichtlich des Fußgängers, der vom

Wagen in nicht näher feststellbaren Weise berührt wurde, ist der Eintritt einer konkreten (Leibes-)Gefährdung zu bejahen. Der Passant geriet unzweifelhaft in die Gefahrenzone, wobei der Eintritt von (erheblichen) Verletzungen „nur noch vom Zufall“ abhing (vgl. zu den Anforderungen an eine konkrete Gefahr wiederum Eisele, BT I, 3. Aufl. 2014, Rn. 1136).

Zum Wert des gestreiften Reklameschildes fehlt es an Angaben im Sachverhalt, sodass die Annahme einer konkreten Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert (die Untergrenze liegt derzeit bei 750 €; vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 315c Rn. 15) ausscheiden muss.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz hinsichtlich Handlungs- und Gefährdungsteil

T müsste sowohl hinsichtlich des Verstoßes nach § 315c I Nr. 2 b) als auch hinsichtlich des Eintritts einer konkreten Gefahr mindestens eventualvorsätzlich gehandelt haben (zum Genügen von Eventualvorsatz BGH, NStZ-RR 1997, 18; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 315c Rn. 28).

In Ansehung der konkreten Gefährdung ergibt sich eventualvorsätzliches Handeln unmittelbar aus den Angaben im Sachverhalt.

In Ansehung des verkehrswidrigen Verhaltens ist eine genaue Kenntnis der Regelungen der StVO nicht erforderlich. In Fällen des „Verkehrsrödytums“, wie es auch beim Befahren eines Gehsteigs (zu Überholzwecken) zu bejahen sein dürfte, kann bereits aus dem äußeren Tatgeschehen auf (eventual-)vorsätzliches Verhalten geschlossen werden (vgl. LK-König, 12. Aufl., § 315c Rn. 190).

b) Rücksichtslosigkeit

Schließlich müsste T rücksichtslos gehandelt haben. Davon ist bei einem Fahrer auszugehen, „der sich im gegebenen Falle seiner Pflicht bewusst ist, aber aus eigensüchtigen Gründen, etwa seines ungehinderten Vorwärtkommens wegen, sich über sie hinwegsetzt (...). Rücksichtslos handelt ferner, wer sich aus Gleichgültigkeit auf seine Pflichten als Fahrer nicht besinnt, Hemmungen gegen seine Fahrweise gar nicht aufkommen lässt und unbekümmert um die Folgen seines Verhaltens drauflosfährt“ (BGHSt 5, 392, 395).

Die richtigerweise auf Ebene des subjektiven Tatbestandes zu prüfende Rücksichtslosigkeit (BGHSt 5, 392, 395; Eisele, BT I, 3. Aufl. 2014, Rn. 1130; aA – besonderes Schuldmerkmal – etwa Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. 2016, Rn. 643) kann vorliegend, da es T einzig um sein ungehindertes Fortkommen geht, bejaht werden.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

T hat sich durch das Befahren des Gehsteigs wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c I Nr. 2 b) StGB strafbar gemacht.

Hinweise

Die im Ausgangspunkt sehr speziell anmutende Entscheidung des BGH, die sich mit der Auslegung eines Merkmals im Rahmen des § 315c I Nr. 2 StGB befasst, ist deshalb von besonderem Interesse, weil das Erfordernis strafrechtsspezifischer Auslegung betont wird. StVO und Verkehrsstrafrecht stehen zwar nicht beziehungslos nebeneinander. Dies heißt jedoch nicht, dass das Begriffsverständnis der StVO stets die äußerste Grenze bei der Anwendung verkehrsstrafrechtlicher Vorschriften markiert. So ist insbesondere die ratio der in Rede stehenden Vorschrift zu berücksichtigen, um den strafrechtsspezifischen Anwendungsbereich zu ermitteln.

Nicht umsonst ist der Beschluss zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung des BGH (BGHSt) vorgesehen.

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und

Computerstrafrecht

(Prof. Dr. Jörg Eisele)

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Auslegung des Einsteigens iSd. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 N. 3 StGB Beschluss vom 10. März 2016, Az. 3 StR 404/15

Wer eine Räumlichkeit durch eine zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür betritt, steigt nicht im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein, unabhängig davon, auf welche Weise er die Tür geöffnet hat.

(amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

Der Angeklagte griff „durch ein auf Kipp stehendes Fenster eines Wohnhauses und löste die am oberen Fensterrahmen angebrachte Verriegelungsschiene. Dadurch war es ihm möglich, das Fenster weiter nach hinten zu kippen und den Griff der danebenliegenden Terrassentür umzulegen. Durch die auf diese Weise geöffnete Tür verschafften sich der Angeklagte und weitere Beteiligte Zutritt zu dem Wohnhaus und entwendeten aus diesem Alkoholika.“

B) Verfahrensgang und Problemstellung

Wegen dieses Sachverhaltes wurde der Angeklagte vom Amtsgericht und sodann auf seine Berufung hin auch vom Landgericht wegen Wohnungseinbruchdiebstahls verurteilt.

Letzteres führte aus, „dass in diesem Fall die Voraussetzungen des Einsteigens gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, verstanden als ein jedes nur unter Schwierigkeiten mögliches Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung, erfüllt seien, weil es bei der Terrassentür, die der Angeklagte nur mit großem Geschick habe öffnen können, an einer entsprechenden Bestimmung fehle.“

Die hierauf eingelegte Revision des Angeklagten beabsichtigt das Oberlandesgericht zu verwerfen. „Es erachtet - gestützt auf Sinn und Zweck der erhöhten Strafdrohung - das Tatbestandsmerkmal des Einsteigens als erfüllt. Dieses zeichne sich insbesondere dadurch aus, dass der Dieb unter Überwindung der zum Schutz gegen unbefugtes Eindringen geschaffenen oder den Zugang sonst erschwerenden Hindernisse eindringt. Diese Überwindung liege vorliegend darin, dass der Angeklagte nicht nur durch ein auf Kipp stehendes Fenster habe hindurchgreifen, sondern darüber hinaus - ohne das Merkmal des "Einbrechens" zu erfüllen - eine mechanische Manipulation habe vornehmen müssen, indem er eine Verriegelungsschiene aushängte. Dann aber sei es irrelevant, dass die Räumlichkeit selbst durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt bestimmte Öffnung betreten werde.“

Das Oberlandesgericht sah sich an der beabsichtigten Entscheidung durch entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gehindert und legte diesem die entsprechende Rechtsfrage vor.

C) Die Entscheidung des Senats

Der Senat sah die Vorlegungsvoraussetzungen nach § 121 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 1 b) GVG als erfüllt an. Die Vorlegungsfrage verneinte er:

„Die Ansicht des Oberlandesgerichts Oldenburg widerspricht dem gefestigten Verständnis des Einsteigens durch Reichsgericht und Bundesgerichtshof. An deren Auslegung des Tatbestandsmerkmals, die sich auf den gesetzgeberischen Willen, die Systematik und den Wortlaut stützen kann, ist festzuhalten.

1. Schon das Reichsgericht hat das Einsteigen definiert als das Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintreten nicht bestimmte Öffnung unter Überwindung eines entgegenstehenden Hindernisses [Nachw.]. An dieser Definition hat der Bundesgerichtshof - bei teilweise abweichender Formulierung - in zahlreichen Entscheidungen festgehalten [Nachw.]. Soweit in einer Reihe von Entscheidungen das Erfordernis des Betretens durch eine hierfür nicht bestimmte Öffnung keine ausdrückliche Erwähnung fand [Nachw.], war dies lediglich dem Umstand geschuldet, dass bereits die weitere Voraussetzung der Überwindung von Hindernissen nicht erfüllt war. Diese müssen sich ihrerseits aus der Eigenart des Gebäudes oder der Umfriedung des umschlossenen Raumes ergeben [Nachw.]; Schwierigkeiten allein beim Schaffen der Zugangsmöglichkeit genügen nicht [Nachw.].

2. Für diese Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, der die Literatur weitestgehend folgt [Nachw.], spricht bereits die Gesetzgebungsgeschichte. Insoweit hat der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt:

‘Bereits der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten vom 1. Juli 1851 ging davon aus, dass ein Einsteigen beim Betreten eines Gebäudes oder sonstigen umschlossenen Raums durch einen ordnungsgemäßen Zugang ausschied. [...] Dieser gesetzgeberische Wille [...] gilt unverändert fort’.

3. Dieses Ergebnis wird weiter gestützt durch die Binnensystematik der § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Der Alternative des Eindringens ist zu entnehmen, dass das Betreten durch eine hierzu bestimmte Öffnung nur dann vom Regelbeispiel bzw. der Qualifikation erfasst sein soll, wenn dies unter Nutzung eines falschen Schlüssels oder eines anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten, auf den Schließmechanismus einwirkenden [Nachw.] Werkzeuges geschieht. Fälle der Überwindung sonstiger entgegenstehender Hindernisse werden wiederum (nur) dann von der Tathandlungsmodalität des Einbrechens erfasst, wenn der Täter entweder die Substanz der Umschließung verletzt oder nicht unerhebliche körperliche Kraft

aufwenden muss [Nachw.]. Fehlt es - wie nach Ansicht des vorliegenden Oberlandesgerichts im vorliegenden Fall - an einer dieser Voraussetzungen, kann dem nicht dadurch begegnet werden, dass das Vorgehen nunmehr unter den Begriff des Einsteigens subsumiert wird.

4. Das hergebrachte Begriffsverständnis deckt sich schließlich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch. Dieser versteht Einsteigen als das Sichverschaffen unrechtmäßigen Zutritts durch Hineinklettern [Nachw.]. Soweit diese Definition die Stelle des Zutritts nicht näher umschreibt, bedeutet dies in der Sache keinen Unterschied. Denn dafür, dass eine zum ordnungsgemäßen Eintreten bestimmte Öffnung als Ort des Zugangs ausscheidet, spricht bereits das Erfordernis des Hineinkletterns, unabhängig davon, ob man darunter lediglich auf- und absteigende bzw. 'herablassende' [Nachw.] oder auch kriechende Bewegungen versteht [Nachw.].

5. Dass möglicherweise Sinn und Zweck der gesteigerten Strafdrohung - der erhöhte Rechtsfrieden des Verwahrungsortes [Nachw.] sowie die in den Anstrengungen des Täters zum Ausdruck kommende besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes [Nachw.] - auch die vorliegende Konstellation erfassen, rechtfertigt es nicht, das anhand der historischen, systematischen und grammatikalischen Auslegung gefundene, eindeutige Ergebnis zu revidieren. Die teleologischen Erwägungen könnten - bei tatsächlich vergleichbarer Gewichtigkeit der Fälle - allenfalls zu der Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB führen [Nachw.].“

Hinweise

1. Schulmäßig - und daher aus didaktischen Gründen weitgehend wörtlich wiedergegeben - begründet der Senat die höchstrichterliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals einsteigen i.S. der §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 N. 3 StGB. Den Ausführungen bleibt hier nichts anzufügen.

2. Vorliegende Entscheidung ist ein schönes Beispiel für die überragende, gleichviel von Studierenden und Referendaren zu oft unterschätzte Bedeutung der Auslegung. Was dem Bundesgerichtshof zur Begründung seiner Rechtsprechung dient, kann auch in der Prüfungssituation wertvoll sein (dazu etwa *Neupert*, JuS 2016, 489 (489 ff.)). Daher zur Repetition einige Anmerkungen zur Auslegung von Tatbestandsmerkmalen:

a) Wegen der Notwendigkeit, der „Vielgestaltigkeit des Lebens“ durch abstrakte Normen gerecht zu werden, wird die Verwendung sog. „auslegungsbedürftiger Begriffe“ bzw. von Begriffen, die „in besonderem Maße der Auslegung durch den Richter“ (BVerfGE 26, 41 (42)) bedürfen, für zulässig erachtet (etwa BVerfG, NStZ 2009, 83 (84)).

Verkürzt gesagt ist das Ziel der Auslegung die Klarstellung des Gesetzessinns und ggf. die Anpassung des Gesetzes an die veränderten Bedürfnisse und Anschauungen der Gegenwart.

In Abgrenzung dazu ist das Ziel der Analogie die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch Erweiterung und Weiterentwicklung eines Rechtssatzes (Rechtsneuschöpfung). Einer Analogie zu Lasten des Täters steht das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB entgegen.

b) Üblicherweise werden folgende Auslegungsmethoden unterschieden:

aa) Grammatikalische Auslegung: Der Gesetzestext ist maßgebendes Auslegungskriterium (*Ernst*, ZStW 125 (2013), 299 (313); *ders.*, DAR 2014, 595 (596) je m.w.N.). Jede Auslegung beginnt beim Wortlaut des Gesetzes anhand des allgemeinen und des juristischen Sprachgebrauchs (*Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl., S. 43 und 54.). Die Grenze jeder Auslegung ist der mögliche Wortsinn. Jenseits dieser Grenze beginnt das Feld der Analogie, die im Strafrecht verboten ist (vgl. dazu etwa BVerfG, NStZ 2009, 83 (84)).

bb) Die teleologische Auslegung betrifft die Frage nach Sinn und Zweck der Norm, insbesondere nach dem geschützten Rechtsgut (Wozu dient die Norm? Welche Rechtsgüter will sie schützen und auf welche Art und Weise kann dieser Schutz am effektivsten erreicht werden?).

Aus der Höhe des Strafrahmens können sich weitere Aufschlüsse ergeben; auch kriminalpolitische Erwägungen spielen mit hinein.

cc) Die systematische Auslegung möchte den Sinngehalt der Norm aus dem Normzusammenhang ermitteln. Maßgeblich ist der Standort im Gesetz sowie Stellung und Funktion der Norm im gegebenen sachlich-logischen Zusammenhang. Es kann hierbei auf andere Varianten, Sätze oder Absätze derselben Norm, auf benachbarte Normen, auf die Stellung der jeweiligen Norm im Gesetzesabschnitt und auf das Verhältnis zu gleichartigen Tatbeständen geachtet werden.

dd) Die historische Auslegung ist die Auslegung nach der Entstehungsgeschichte des jeweiligen Gesetzes (Was wollte der Gesetzgeber mit diesem Gesetz regeln?). Heranzuziehen sind die Gesetzesmaterialien.

Bei der historischen Auslegung (zum Streit um deren Bedeutung jüngst *Würdinger*, JuS 2016, 1 (2 ff.)) ist im Strafrecht stets zu vergegenwärtigen, dass maßgeblich nur das ist, was im Gesetz selbst enthalten ist. Als Bestätigung für das schon mit den anderen Auslegungsregeln gefundene Ergebnis ist sie aber legitim.

c) Mit diesen Ausführungen sei ein Grundrüstzeug des Juristen in Erinnerung gerufen. Die Bedeutung der Auslegung (gerade, aber nicht nur in einer Prüfung - dazu *Christensen/Pötters*, JA 2010, 566 (566 ff.) und speziell aus Warte des Assessorexamens *Schafranek*, JA 2016, 765 (769)) sollte keinesfalls unterschätzt werden.

Guido Philipp Ernst

Staatsanwalt

Lehrbeauftragter

Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Oberverwaltungsgericht Münster

Liveschaltung des türkischen Staatspräsidenten auf Großdemonstration verboten

Beschluss vom 29. Juli 2016, Az. 15 B 876/16

1. Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet nicht nur die Freiheit, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fern zu bleiben, sondern umfasst zugleich ein Selbstbestimmungsrecht über die Durchführung der Versammlung als Aufzug, die Auswahl des Ortes und die Bestimmung der sonstigen Modalitäten wie Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung.

2. Art. 8 Abs. 1 GG ist jedoch kein Instrument dafür, ausländischen Staatsoberhäuptern oder deren Regierungsmitgliedern ein Forum zu eröffnen, sich auf öffentlichen Versammlungen im Bundesgebiet in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger amtlich zu politischen Fragestellungen zu äußern.

(Leitsätze der Bearbeiter)

A) Sachverhalt

Der Veranstalter B der Pro-Erdogan-Kundgebung will eine Videoleinwand betreiben und dort auch Politiker aus der Türkei zuschalten. Die Polizei hat dem B durch – für sofort vollziehbar erklärten – Bescheid die Zuschaltung ausländischer Regierungsmitglieder oder Staatsoberhäupter durch Liveübertragungen untersagt. Zu Begründung wurde u.a. angeführt, dass diesen hierdurch eine Plattform für politische Stellungnahmen geboten werde.

Überdies wurde es dem B verboten, bei der für den 31. Juli 2016 angemeldeten Versammlung etwa den Staatspräsidenten E. und weitere Regierungsmitglieder aus der U. über die auf der Bühne aufgestellte Videoleinwand live zuzuschalten, wie der B es nach seinem Vorbringen ggf. beabsichtigt. B wendet sich daher gegen diesen Bescheid an das Verwaltungsgericht, wobei die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des angerufenen Verwaltungsgerichts als gegeben zu unterstellen sind.

B) Die Entscheidung des Senats

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO ist begründet, soweit sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse (gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) als rechtswidrig erweist und/oder soweit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse am Vollzug der getroffenen Regelung überwiegt. Es kommt für die Begründetheit des Aussetzungsantrags gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO somit zum einen auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen

Vollziehung und zum anderen auf eine Interessenabwägung an.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Zweifel an der – formellen – Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung bestehen nicht. Die den Verwaltungsakt erlassende Behörde hat als die nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO zuständige Behörde auch die Anordnung seiner sofortigen Vollziehung erlassen. Dabei bedurfte es keiner vorherigen Anhörung iSd. § 28 Abs. 1 LVwVfG, weil die Vollziehungsanordnung als bloß verfahrensrechtliche Nebenentscheidung mangels „Regelung“ keinen eigenständigen Verwaltungsakt iSd. § 35 S. 1 LVwVfG darstellt und § 28 Abs. 1 LVwVfG schon deshalb keine analoge Anwendung finden kann, weil es mit Blick auf die fehlende Bestandskraft der Vollziehungsanordnung jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Ferner kann davon ausgegangen werden, dass eine § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO Rechnung tragende einzelfallbezogene Darlegung des über das bloße Einzelinteresse hinausgehenden besonderen Vollzugsinteresses erfolgte, die Behörde also die Vollziehungsanordnung ordnungsgemäß begründete.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Zu prüfen ist nun, ob das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse am Vollzug der getroffenen Regelung überwiegt.

Dies ist zumindest immer dann der Fall, wenn sich der Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist und den Antragsteller in seinen Rechten verletzt, weil an der sofortigen Vollziehung von rechtswidrigen Verwaltungsakten kein öffentliches Interesse bestehen kann.

1. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

Fraglich ist danach zunächst, ob sich der Verwaltungsakt seinerseits als rechtmäßig erweist.

Für die Rechtmäßigkeit des belastenden Verwaltungsaktes ist maßgeblich, ob dieser auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruht, die formellen wie materiellen Voraussetzungen für seinen Erlass gegeben sind und sich das behördliche Handeln innerhalb der von der Rechtsgrundlage vorgesehenen Rechtsfolge hält („Vorbehalt des Gesetzes“).

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die B gegenüber angeordnete Auflage ist § 15 Abs. 1 VersG. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde „die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder

von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist“.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht bestehen, da Zuständigkeit, Verfahren und Form offenbar gewahrt sind, keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich erscheint allein, ob die Auflage – ein Verbot der Zuschaltung des türkischen Staatspräsidenten Erdogan und weiterer Regierungsmitglieder während der Versammlung – sich als materiell rechtmäßig erweist. Insofern ist der Frage nachzugehen, ob § 15 Abs. 1 VersG und insofern das Versammlungsrecht allgemein, welches seinen grundgesetzlichen Ausdruck in Art. 8 Abs. 1 GG findet, dem Veranstalter einen Anspruch darauf verleiht, ausländischen Staatsoberhäuptern oder Regierungsmitgliedern die Gelegenheit zu geben, in der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen öffentlicher Versammlungen in ihrer Funktion als Staatsoberhaupt bzw. Regierungsmitglied zu politischen Themen zu sprechen. Sollte ein derartiger Anspruch nicht dem grundgesetzlichen Schutzbereich des Versammlungsrechts zuzuordnen sein und folglich keinen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG darstellen, so kann im Umkehrschluss auch ein Verbot nicht zu einer rechtswidrigen Anwendung des § 15 Abs. 1 VersG führen. Dazu das OVG:

(Rn. 9): „Der Antragsteller wird durch die noch im Streit stehende Beschränkung nicht in eigenen Rechten verletzt. [...]

Gemäß Art. 8 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

Art. 8 Abs. 1 GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zweck einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe, die auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugutekommt, ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung konstituierend. Damit die Bürger selbst entscheiden können, wann, wo und unter welchen Modalitäten sie ihr Anliegen am wirksamsten zur Geltung bringen können, gewährleistet Art. 8 Abs. 1 GG nicht nur die Freiheit, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fern zu bleiben, sondern umfasst zugleich ein Selbstbestimmungsrecht über die Durchführung der Versammlung als Aufzug, die Auswahl des Ortes und die Bestimmung der sonstigen Modalitäten wie Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung. [...]

Zu dem Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters der Versammlung gehört prinzipiell auch das Recht, die auf ihnen auftretenden Redner festzulegen. Zählt ein Redebeitrag zu den Programmpunkten einer öffentlichen Versammlung, so beeinträchtigt ein Redeverbot die Möglichkeit kommunikativer Entfaltung in Gemeinschaft mit anderen Versammlungsteilnehmern und

damit auch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG. [...]

Allerdings findet der Schutzbereich dieses Grundrechts seine inhaltliche Grenze dort, wo es mit den oben angesprochenen konstituierenden Merkmalen des Art. 8 Abs. 1 GG in keinem Zusammenhang mehr steht. Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit ist - wie alle Grundrechte - in erster Linie als Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat konzipiert. Der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung zugunsten einer weitreichenden Versammlungsfreiheit liegt die Erwägung zugrunde, dass deren Ausübung seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewussten Bürgers in einem freiheitlichen Staatswesen gelten. Indem der Demonstrant seine Meinung in physischer Präsenz, in voller Öffentlichkeit und ohne Zwischenschaltung von Medien kundgibt, entfaltet auch er seine Persönlichkeit in unmittelbarer Weise. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, wobei die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umganges miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen. [...]

Der von dem Antragsteller verfolgte, in der Beschwerdebeurteilung nochmals hervorgehobene Anspruch, es insbesondere zu ermöglichen, dass sich der u. Staatspräsident per Livebildübertragung an die Teilnehmer der Versammlung wendet, liegt jedoch erkennbar außerhalb dieses Schutzzwecks. Art. 8 Abs. 1 GG ist kein Instrument dafür, ausländischen Staatsoberhäuptern oder Regierungsmitgliedern ein Forum zu eröffnen, sich auf öffentlichen Versammlungen im Bundesgebiet in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger amtlich zu politischen Fragestellungen zu äußern. Aus diesem Grund kann auch nicht von einem in die formale Gestalt einer technischen Auflage gekleideten Redeverbot gegenüber dem u. Staatspräsidenten ausgegangen werden, zumal dieser als solcher - ebenso wie andere Hoheitsträger - kein Grundrechtsberechtigter im Verhältnis zu dem grundrechtsverpflichteten Antragsgegner ist (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG).“

Gemessen an den vorstehenden Erwägungen des OVG unterfällt die von B angestrebte Livezuschaltung des türkischen Staatspräsidenten respektive seiner Regierungsmitglieder während der Veranstaltung nicht dem nach Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Bereich des Versammlungsrechts. Der Schutzzweck der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG dient gerade nicht dazu ausländischen Staatsoberhäuptern die Möglichkeit zu eröffnen, sich auf öffentlichen Versammlungen im Bundesgebiet in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger amtlich zu politischen Fragestellungen zu äußern. Die Auflage in Form des Verbots der Livezuschaltung ausländischer Regierungsmitglieder ist daher nach § 15 Abs. 1 VersG materiell-rechtlich nicht zu beanstanden.

(Aufbau-)Hinweis

Das obenstehende Vorgehen („Umkehrschluss“) erscheint dogmatisch nicht zwingend, denn grundsätzlich muss ein Veranstalter keinen „Anspruch“ nachweisen. § 14 VersG statuiert insofern lediglich ein Anmeldeerfordernis, enthält aber gerade keine Genehmigungspflicht. Folglich hat die Behörde die Voraussetzungen einer Beschränkungsmöglichkeit gemäß § 15 Abs. 1 VersG nachzuweisen. § 15 Abs. 1 VersG fordert seinem Wortlaut nach, dass „nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist“. Das OVG verhält sich in seiner Entscheidung indes dazu, inwieweit ein Schaden für die angeführten Rechtsgüter drohen soll. Es ließe sich für die Klausurbearbeitung erwägen, dass der Staatspräsident mit seiner Rede den – von der öffentlichen Sicherheit umfassten – Bestand des Staates und seiner Einrichtung und Veranstaltungen zu gefährden droht.

c) Zwischenergebnis

Da im Rahmen der Rechtsfolge keine – vom Verwaltungsgericht gemäß § 114 S. 1 VwGO zu prüfenden – Fehler bei der Ermessensausübung (vgl. § 40 VwVfG) seitens der Behörde feststellbar sind, stellt sich der angegriffene Bescheid als rechtmäßig dar.

2. Abwägung zwischen Vollzugs- und Aussetzungsinteresse

Hat sich der Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung als rechtmäßig erwiesen, ergibt sich nicht bereits aus der Rechtswidrigkeit des – den Antragsteller in seinen Rechten verletzen – Verwaltungsakts ein Vorrang des Aussetzungsinteresses des Antragstellers. Gleichwohl kann ebenso wenig zwingend von einem Vorrang des öffentlichen Interesses am Vollzug der getroffenen Regelung ausgegangen werden, weil in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 - 3 VwGO eine gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck kommt, wonach – nur – in dort geregelten Fällen von einem Vorrang des Vollzugsinteresses ausgegangen werden kann. Andernfalls würde eine verfassungswidrige, weil gegen die institutionelle Garantie des Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verstoßende Umkehrung des in § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO normierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses drohen, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Vielmehr ist für den Fall, dass sich der Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung als rechtmäßig erweist, mangels gesetzgeberischer Wertung zu Gunsten der sofortigen Vollziehbarkeit im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ferner das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung zu prüfen. Nach Maßgabe der gebotenen eigenen Abwägung folgt jedoch bereits aus dem Umstand, dass es – so das OVG – „Sache des Bundes“ ist, „zu entscheiden, ob und unter welchen Rahmenbedingungen sich ausländische Staatsoberhäupter oder Regierungsmitglieder auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland im öffentlichen Raum durch amtliche Äußerungen politisch betätigen dürfen“, ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung.

Ein besonderes Vollzugsinteresse ist demnach gegeben und somit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers als nachrangig einzustufen.

III. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor; der Antrag ist aber unbegründet.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat keinen Erfolg.

C) Anmerkung

Die aufbereitete Entscheidung des OVG Münster hat – ebenso wie die Entscheidungen zu dem sog. „Schmähgedicht“ von Jan Böhmermann (VG Berlin, Beschluss vom 14.04.2016 – 1 L 268.16 ▶ **Mengler/Bode, JSE 2016, 101 ff.**) – nicht nur eine juristische, sondern darüber hinaus eine politische Dimension. Gerade vor diesem Hintergrund hat auch der Beschluss des OVG Münster viel Aufmerksamkeit in der medialen wie gesellschaftlichen Öffentlichkeit erfahren und eignet sich schon deshalb als Aufhänger in öffentlich-rechtlichen Examensklausuren. Da die Entscheidung des OVG Münster darüber hinaus sehr examensrelevante Fragen des Versammlungsrechts zum Gegenstand hat, ist die Lektüre jedem Examenskandidaten nachhaltig zu empfehlen. Für die klausurmäßige Darstellung ist der vom OVG Münster gewählte „Anspruchsaufbau“ indes nicht zu empfehlen, sondern vielmehr dazu zu raten, eine saubere Subsumtion unter die – formellen wie materiellen – Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG vorzunehmen. Die vom OVG Münster aufgeworfenen Fragen zur Reichweite der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG sollten sodann in der Rechtsfolge des – Ermessen eröffnenden – § 15 Abs. 1 VersG untergebracht werden, weil ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts zugleich auch immer dazu führt, dass iSv. § 114 S. 1 VwGO „die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind“.

Finn Mengler

Repetitor für Strafrecht und Strafprozessrecht
KissAkademie

Lorenz Bode, LL.M.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug
(Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle)

▶ Inhaltsverzeichnis

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Alexander Bechtel
 Dominique Beck
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Pius Dolzer
 StA Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 Dr. Karin Hummel, M. A.
 Lina Kammerer
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 RA Dr. Andreas Lohbeck
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
 RA Dr. Paul Popescu
 Gabriel Schmidt
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Amela Schön
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Philipp Trautmann
 Richterin Anna Vögelein
 Stephanie Walz
 Julian Weippert
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Konrad-Adenauer-Str. 9
 D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Vorsitzender)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(Schatzmeister)
 StA Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
(Ressortleiter Öffentliches Recht)

6. Jahrgang (2016)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)
 RD Jochen Heinz
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirhdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun
 RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 PD Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL. M. (Harvard)
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ **CMS Hasche Sigle** | ▶ **Menold Bezler** | ▶ **Thümmel, Schütze & Partner**

Beiträge in früheren Ausgaben

3/2016 Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015 Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet
3/2015 Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA
3/2014 Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 Joachim Renzikowski	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 Andreas Lohbeck	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 Hartmut Kilger/Christian F. Majer	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 Tobias Rist	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 Christian F. Majer	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

- 2/2012** | *Paul Popescu* Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
- 1/2012** | *Julius Forschner* Die Haftung von Ratingagenturen
- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen